جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

دور الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين (دراسة مقارنة)

إطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب
علي أحمد جاسم إبراهيم المسعودي

بإشراف
الدكتور ثامر داود عبود
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

تشرين الثاني / ٢٠٢٤ م جمادي الأولى / ١٤٤٦ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي
رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَٰلِكَ نَجْزِي
الظَّالِمِينَ ﴾

﴿ صَدَقَ اللهُ العَلِيُّ العَظِيم ﴾

سورة يوسف – الآية ﴿ ٧٥ ﴾

إقرار المشرف

أشهد أن اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (دور الاسناد المركب في مجال تنازع القوانين – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (**علي احمد جاسم**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ، مع التقدير .

التوقيع :

الأسم : أ.م. د. ثامر داود عبود

الاختصاص : القانون الدولي الخاص

كلية القانون / جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة...

أشهد إني قرأت اطروحة الدكتوراه الموسومة ب **(دور الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين- دراسة مقارنة)** المقدمة من قبل الطالب **(علي أحمد جاسم إبراهيم المسعودي)** إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الاطروحة.

مع التقدير....

التوقيع

الاسم: أ.م. بلسم ناصر

الاختصاص العام: اللغة العربية

الاختصاص الدقيق: اللغة

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (دور الاسناد المركب في مجال تنازع القوانين "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (علي احمد جاسم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: ٢٥/ ١٥/ 2024

التوقيع :

الاسم: أ.د. محمد حسناوي شويع

(عضواً)

التاريخ: ٣٠/ ١٠/ 2024

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. سنان عبد الحمزه تايه

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. رحيم عبيد عطيه

(عضواً)

التاريخ : / / 2024

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. علاء إبراهيم محمود الحسيني

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٣ / ١١/ 2024

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك.. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك "**الله جلّ جلاله**"

إلى مبلّغ الرسالة و مؤدي الأمانة.. وناصح الأمة.. ونبيّ الرحمة ونور العالمين

" **النبيّ الأكرم محمد صلى الله عليه وآله وسلم**"

إلى مَن شجعني على المثابرة و الصبر طوال عمري، إلى الرجل الأبرز في حياتي

(والدي العزيز)

إلى مَن بـــها أسمو العلا، وعليها أرتكز، إلى القــلب المعطاء

(والدتي الحبيبة)

إلى من كانوا خير سند لي

(إخـواني وأخواتي)

إلى أسرتي إلى أصدقائي وزملائي ....

إلى كل من مدَّ يد العون لي في حياتي الدراسية

كما أهدي ثمرة جهدي لأستاذي الكريم **الدكتور ثامر داوود الشافعي.**

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين، حمداً يليق بجلال وجهه الكريم، والصلاة والسلام على أشرف الخلق من الأولين والآخرين نبينا الأكرم محمد وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين، وبعد....

بعد الانتهاء من كتابة هذه الأطروحة، فإن الواجب يُملي علي الاعتراف بالعرفان الجميل وتقديم الشكر الجزيل، إلى كل من أعانني في إخراج جهدي المتواضع إلى عالم الوجود، وأخص منهم أستاذي الفاضل الدكتور **(ثامر داود عبود)** لتحمله جهد الأشراف على أطروحتي و إسدائه الملاحظات الثرية التي قومت البحث وأخرجته بهذا الشكل، فجزاه الله عني خير الجزاء وجعل جهده في ميزان حسناته.

كما أتقدّم بالشكر الجزيل إلى أساتذتي الأفاضل في كلية القانون جامعة كربلاء الذين تشرفت أن أكون أحد طلبتهم في المرحلة التحضيرية، لما بذلوه من جهد كان له الأثر البالغ في إتمام دراستي للدكتوراه، كما أسجل شكري و امتناني إلى جميع موظفي كلية القانون جامعة كربلاء، وأخصّ منهم موظفي المكتبة.

ولا يفوتني في هذا المجال أن أتقدّم بأسمى كلمات الشكر والامتنان إلى الأساتذة الأفاضل، رئيس لجنة المناقشة و أعضائها، لتحمل بعضهم عناء السفر، ولما سيقدمونه من ملاحظ سديدة وحسن توجيه و إرشاد.

و أخيراً لا يسعني إلا أن أتقدّم بوافر الشكر إلى كل من أنار لي ضوءًا أو أسدى لي عوناً، ولو بكلمة طيبة أو بدعاء مخلص من القلب.

الباحث

قائمة المحتويات

اسم الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ – ٤
الفصل الأول: مفهوم الإسناد المركّب	٥– ٦٧
المبحث الأول: ماهية الإسناد المركب	٦– ٣٥
المطلب الأول: التعريف بالإسناد المركب	٧ –٢٢
الفرع الأول: التعريف اللغوي للإسناد المركب	٧ –٨
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإسناد المركب	٩ –٢٢
المطلب الثاني: صور الإسناد المركب	٢٢ – ٣٥
الفرع الأول: الإسناد المركب ذو الضابط المفرد	٢٣ –٢٩
الفرع الثاني: الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة	٣٠ – ٣٥
المبحث الثاني: ذاتية الإسناد المركب	٣٦ – ٦٧
المطلب الأول: الاعتبارات العملية والقانونية للإسناد المركب	٣٧ – ٥٦
الفرع الأول: الاعتبارات العملية للإسناد المركب	٣٨ –٤٦
الفرع الثاني: الاعتبارات القانونية للإسناد المركب	٤٧ –٥٦
المطلب الثاني: أساس الإسناد المركب وطبيعته القانونية	٥٧ – ٦٧
الفرع الأول: أساس الإسناد المركب	٥٧ – ٦١
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإسناد المركب	٦٢ – ٦٧
الفصل الثاني: تطبيقات الإسناد المُركَب في مسائل تنازع القوانين	٦٨ – ١٤١
المبحث الأول: دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية	٦٩–١١٥
المطلب الأول: دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية	٦٩– ٨٧
الفرع الأول: دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج	٧٠ – ٧٨
الفرع الثاني: دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج	٧٨– ٨٧
المطلب الثاني: دور الإسناد المركب في إرساء الالتزامات التعاقدية	٨٨– ١١٥

قائمة المحتويات

الفرع الأول: دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الموضوعي للعقد	٨٩– ١٠٤
الفرع الثاني: دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقد	١٠٥ – ١١٥
المبحث الثاني: دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات	١١٦ –١٤١
المطلب الأول: دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية	١١٦ – ١٣١
الفرع الأول: مضمون فكرة الأهلية الصرفية	١١٧ – ١٢٢
الفرع الثاني: دور الإسناد المركب في إرساء الأهلية الصرفية	١٢٣ – ١٣١
المطلب الثاني: دور الإسناد المركب في مجال أدلة الإثبات	١٣٢ – ١٤١
الفرع الأول: مضمون فكرة أدلة الإثبات	١٣٢ – ١٣٤
الفرع الثاني: دور الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات	١٣٤ – ١٤١
الفصل الثالث: أحكام الإسناد المركب	١٤٢ –١٩٨
المبحث الأول: الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب	١٤٣ –١٧٥
المطلب الأول: الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد	١٤٤ – ١٦٥
الفرع الأول: الصعوبات التي تتعلق بنوع الإسناد	١٤٤ – ١٥٠
الفرع الثاني: الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد	١٥٠ – ١٦٥
المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة	١٦٥ – ١٧٥
الفرع الأول: صعوبات تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة	١٦٦ – ١٧١
الفرع الثاني: صعوبات تتعلق بجهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة	١٧٢ – ١٧٥
المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على إعمال الإسناد المركب	١٧٦ –١٩٨
المطلب الأول: آثار الإسناد المركب عند الدفع بالنظام العام	١٧٧ – ١٨٦
الفرع الأول: أثر الإسناد المركب في حالة الدور السلبي للنظام العام	١٧٨ – ١٨٢
الفرع الثاني: أثر الإسناد المركب في حالة الدور الإيجابي للنظام العام	١٨٢ – ١٨٦
المطلب الثاني: آثار الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون	١٨٧ – ١٩٨

قائمة المحتويات

المختص وعند استحالة التعرف على أحكامه	
الفرع الأول: أثر الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون المختص	١٨٧ – ١٩١
الفرع الثاني: أثر الإسناد المركب عند استحالة التعرف على أحكام القانون المختص	١٩١ – ١٩٨
الخاتمة	١٩٩–٢٠٥
قائمة المصادر	٢٠٦– ٢٢٦

المستخلص

يعدّ موضوع الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين، من الموضوعات المهمة في القانون الدولي الخاص والتي لاقت وجودها في نصوص هذا القانون، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، وهو يعدّ أسلوب من أساليب الإسناد يعتمده مشرع قاعدة الإسناد عن طريق تضمينها ضابط مفرد يشير إلى قانونين في ذات الوقت تطبق إما بشكل جامع أو موزع، أو عن طريق تضمينها ضوابط إسناد متعددة تشير إلى أكثر من قانون تطبق إما على سبيل التخيير أو التدرج.

ولما كان الإسناد المركب يظهر في أكثر من صورة، فإن ذلك أدى إلى اختلاف الاعتبارات التي يستجيب لها هذا الأسلوب وتنوعها إلى اعتبارات قانونية وعملية، فضلاً عن اختلاف قواعده من حيث الطبيعة الآمرة والمكملة وإن كانت تتصف بطابع مركب تركيزي موضوعي من حيث الإطار العام.

وبما إن ضابط الإسناد الذي يعدّ العنصر الثاني في ركن الفرض في قاعدة الإسناد التي مهمتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق، يشكّل جوهر الفكرة التي يقوم عليها الإسناد المركب، لذلك نجد إن هذا الأسلوب يقتصر على موضوع تنازع القوانين ولا يرد على باقي موضوعات القانون الدولي الخاص، وإن كان لا يشكل الأصل في الإسناد، فهو يقتصر على إرساء مجالات محددة من مسائل تنازع القوانين.

ولما كانت قواعد الإسناد التي تعتمد هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، تتصف بطابع شكلي وموضوعي مختلف عن قواعد الإسناد التقليدية، كان من شأن ذلك أثارة عديد الصعوبات التي تواجه القاضي وهو بصدد إعمال القوانين التي تشير إليها والتي تختلف عن الصعوبات التي تثيرها قواعد الإسناد التقليدية، كما كان من شأن هذا الاختلاف الشكلي والموضوعي لقواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب أن يجعل هذه القواعد ترتب آثاراً معينة و مختلفة عن الآثار التي ترتبها قواعد الإسناد التقليدية عند إثارة بعض المسائل في مرحلة تطبيق القانون المختص.

وقد عرضنا في هذه الدراسة إلى ذلك بالشرح والتحليل، متبعين أسلوب المقارنة بين القوانين محل الدراسة، مع دراسة آراء الفقه والأحكام القضائية.

المقدمة

نحمدك اللهم على ما أنعمت وأوليت، ونصلّي ونُسلّم على النبيّ الأميّ المبعوث رحمة للعالمين وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين.

أولاً: التعريف بالموضوع

تعدّ قواعد الاسناد من القواعد القانونية التي تبيّن القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي الخاص، وقد تضمنت أغلب التشريعات قواعد إسناد لتؤدي مهمة تحديد القانون المختص لحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، ومن هذه التشريعات التشريع العراقي متمثلاً بالقانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل، والذي تضمن قواعد تنازع القوانين في المواد من (١٧- ٣٣)، والقانون التجاري رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م، في المادة(٤٨) منه، وقانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م المعدل، في المادة (١/١٣) منه، وقواعد الإسناد هذه كأي قاعدة قانونية تتكون من ركنين، الركن الأول يسمى بالفرض، بينما الركن الثاني يطلق عليه بالحكم(القانون الواجب التطبيق)، وركن الفرض في قواعد الإسناد له خصوصية معينة حيث يتحلل إلى عنصرين، العنصر الأول يسمى بالفكرة المسندة بينما العنصر الثاني يطلق عليه بضابط الإسناد

وكما هو معروف فأن ضابط الاسناد يشكل جوهر قاعدة الإسناد؛ ذلك لأنه يربط الفكرة المسندة بالقانون الواجب التطبيق، وقاعدة الإسناد تتضمن ضابط إسناد واحد يشير إلى تطبيق قانون واحد وهذا يمثل الأصل في الإسناد ويطلق عليه بالإسناد البسيط، غير إن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل في بعض الحالات لاعتبارات عملية وقانونية معينة، وذلك عن طريق تضمين قاعدة الإسناد

ضابط إسناد واحد غير إنه يشير إلى تطبيق قانونين أو أكثر في الوقت نفسه أو عن طريق تضمينها أكثر من ضابط إسناد يشير إلى أكثر من قانون يطلق على ذلك بالإسناد المركب.

ثانياً: أهمية الموضوع

يحتل موضوع الإسناد المركب أهمية كبيرة في مجال القانون الدولي الخاص، بالنظر للمزايا المتعددة التي يحققها هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، فهو من شأنه أن يؤدي إلى احترام التوقعات المشروعة لأطراف العلاقات الدولية الخاصة ويوفر الأمان القانوني لهم، ولا شك أن ذلك يعد من الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص، كما إن من شأنه أن يؤدي إلى التيسير على المتعاملين وتصحيح التصرفات وتقليل حالات بطلانها، فضلاً عن ذلك، فإنه يؤدي إلى ديمومة قاعدة الإسناد نظراً لما يتمتع به من مرونة، فيجعلها قاعدة تواكب الظروف المستحدثة التي كانت غائبة عن نظر المشرع عند وضع النص القانوني، كما ترجع أهمية الإسناد المركب بالنظر للدور الكبير الذي يلعبه في مجال تنازع القوانين عن طريق الحلول التي يقدّمها للقاضي المعروض أمامه النزاع.

ثالثاً: مشكلة الدراسة

يحتل الإسناد المركب أهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص، نظير المزايا المتعددة التي يحققها هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، ورغم هذه الأهمية فإننا نجد إنه لم يدرس بشكل وافٍ، وعندما يتم التطرق إليه يكون ضمن الإطار العام فقط، لذلك تتمثل مشكلة الدراسة بالتساؤل المركزي: ما الدور الذي يؤديه الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين؟، وهذه التساؤل يثير تساؤلات فرعية عديدة: ما المقصود بالإسناد المركب وما صوره؟، وهل تبنيّ هذا الأسلوب يستجيب لاعتبارات

معينة؟ وما هو أساسه وطبيعته القانونية؟، وهل يشكل هذا الأسلوب الأصل في الإسناد أم إنه يعد استثناءً على الأصل؟، وما أهم الصعوبات التي يثيرها والحلول الموضوعة لهذه الصعوبات وما آثاره؟ كل ذلك سوف نتطرق له في هذه الدراسة، مع بيان موقف المشرع العراقي والمصري والفرنسي من الموضوع.

رابعاً: منهجية البحث

اعتمد الباحث في الأطروحة، المنهج التحليلي القانوني المقارن، إذ بيّن موقف القانون العراقي تفصيلاً في الموضوع، مقارناً موقفه في أغلب الأحيان مع موقف القانون المصري والفرنسي، فضلاً عن الإشارة في الهوامش لموقف بعض القوانين العربية والأجنبية الأخرى زيادةً في الإيضاح، كذلك تعرض الباحث لموقف بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع البحث.

كما قد اعتمد الباحث المنهج الوصفي في الأطروحة، عن طريق بيان موقف الفقه القانوني في موضوع البحث، مبيناً مسائل الاتفاق ومسائل الاختلاف، مرجحا بين هذه الآراء عند الاختلاف مع بيان الدليل الذي دفع إلى هذا الرأي دون غيره من الآراء، أو معارضاً لهذه الآراء مع بيان حجة الاعتراض، أو مقترحاً رأياً آخر مع بيان السند القانوني لهذا الرأي المقترح.

خامساً: خطة البحث

قمنا بتناول موضوع الدراسة وتقسيمه على ثلاثة فصول مع مقدمة وخاتمة، وعلى هذا النحو.

الفصل الأول: مفهوم الإسناد المركَّب.

المبحث الأول: ماهية الإسناد المركب.

المبحث الثاني: ذاتية الإسناد المركب.

الفصل الثاني: دور الإسناد المُركَب في مسائل تنازع القوانين.

المبحث الأول: دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية.

المبحث الثاني: دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات.

الفصل الثالث: أحكام الإسناد المركب.

المبحث الأول: الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب.

المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على إعمال الإسناد المركب.

وبعد الفراغ من الدراسة نوضح بخاتمتها ما توصلنا إليه من نتائج، ونضع فيها أهم التوصيات والمقترحات والتي نرجو من الله أن تكون ثمرة طيبة لهذا الجهد المتواضع.

الفصل الأول

مفهوم الإسناد المركَّب

إن منهج تنازع القوانين التقليدي يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية ما عن طريق الرجوع إلى قاعدة الإسناد المنصوص عليها في القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، وقاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة أو المركز القانوني المشوب بعنصر أجنبي، وهي من صنع المشرع الوطني وبمقتضاها يختار القاضي من بين القوانين المتزاحمة أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة الدولية الخاصة تحقيقاً للمصالح الاقتصادية والسياسية والاجتماعية .

وقاعدة الإسناد كأي قاعدة قانونية تتكون من ركنين، الأول يسمى الفرض، والثاني يسمى الحكم، وركن الفرض يتحلل إلى عنصرين، العنصر الأول هو الفكرة المسندة، أما الثاني فهو ضابط الإسناد[١]، وضابط الإسناد يعدّ عنصراً جوهريا في قاعدة الإسناد، فهو قطب تلك القاعدة وعن طريقه تقوم قاعدة الإسناد بوظيفتها، وضابط الإسناد يحدده المشرع الوطني لكي يعكس به تفضيله لهذا القانون أو ذاك، ويحقق به العدالة والأمان القانوني، وقاعدة الإسناد قد تتضمن ضابطاً واحداً يشير إلى تطبيق قانون واحد ويسمى

---

[١]– إن الفكرة المسندة هي موضوع الإسناد أو مجموعة الحالات القانونية التي تعني قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بها، فالمشرع في مواجهة دخول العلاقات والمراكز القانونية تحت الحصر تكفل بتصنيف هذه العلاقات والمراكز إلى فئات مختلفة، تسمى كل فئة منها بالفكرة المسندة، وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز أو العلاقات المتقاربة أو المتشابهة، والفكرة المسندة هي العنصر الأول من عناصر ركن الفرض في قاعدة الإسناد، أما ضابط الإسناد فهو المعيار الذي يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين لحكم الفكرة المسندة، فهو ضابط الاختيار والتفضيل بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة، للمزيد ينظر تفضلاً، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بن الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٠م، ص٤٠ و ٤١.

بالإسناد البسيط (وهذا يخرج عن مدار بحثنا)، وقد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد أو أكثر يشير إلى تطبيق أكثر من قانون وهو ما يسمى بالإسناد المركب، وهذا ما سوف نتداول مفهومه في هذا الفصل عن طريق تقسيمه على مبحثين، ندرس في المبحث الأول ماهية الإسناد المركب، ونبين في المبحث الثاني ذاتية الإسناد المركب.

المبحث الأول

ماهية الإسناد المركب

إن الإحاطة بأي موضوع لا تكتمل إلاّ من خلال بيان الإطار العام الذي يؤطره والحدود التي ليس له أن يتجاوزها.

ومن هذا المنطلق، فإن دراسة موضوع الإسناد المركب وما يعنيه ذلك من ضرورة تحديد التعريف وبيان الصور المختلفة له، الأمر الذي يوجب أن تُدرس هذه الأمور ضمن إطار عام يحكمها.

فالتشريعات قد أوردت عدة تطبيقات للإسناد المركب، وفي مجالات مختلفة من تنازع القوانين، كما إن الشراح قد ذهبوا إلى أكثر من مذهب في معرض أشارتهم أو تحديدهم لموضوع الإسناد المركب من جهة تعريفه ومن جهة تحديد صوره، فقد اختلفوا في إيجاد تعريف جامع مانع له، كما أنهم قد اختلفوا في تحديد نطاق ما يندرج تحت الإسناد المركب من صور.

لذلك فإن البحث في ماهية الإسناد المركب يتم عن طريق تحديد ما يتقوم به وما يقوم به ذلك الأسلوب من أساليب الإسناد، فهو الطريق الموصل إلى معرفته وتوضيح المقصود به وبيان صوره، عليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في المطلب الأول التعريف بالإسناد المركب، وفي المطلب الثاني نبين صور الإسناد المركب.

المطلب الأول

التعريف بالإسناد المركب

لغرض الإحاطة بالإسناد المركب والوصول إلى تعريف جامع مانع له فإن ذلك يقتضي التعرض إلى تعريفه في اللغة، ثم بعد ذلك نعرض لتعريفه في الاصطلاح، عليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نبحث في الفرع الأول التعريف اللغوي للإسناد المركب، ونبين في الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي للإسناد المركب:

الفرع الأول

التعريف اللغوي للإسناد المركب

لما كان الإسناد المركب مكون من كلمتين أو لفظتين هما (إسناد– مركب)، فإنه يتحتم علينا البحث في معنى هاتين الكلمتين وفق المعنى الذي أطلق عليه في اللغة.

الإسناد في اللغة: من أسند إسناداً أسنده إلى الشيء أي جعله يعتمد عليه، والإسناد هو اسم وجمع إسناد (أسانيدُ)، ومصدره (أسنَدَ)، والإسناد في الحديث رفعه إلى قائله، وسند فلان أي معتمد، وسند الشيء من باب دخل وأستند إليه بمعنى اعتمد وأسند غيره[١].

ويراد بالإسناد على انضمام الشيء إلى الشيء[١]، أي إسناد كلمة إلى كلمة أخرى على وجه يفيد المعنى تماماً وسَنَد يَسنُدُ سنَداً ما يستند إليه الشيء[٢].

---

[١] – محمد أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ١٩٩٩م، ص١٥٥

ويقال إن فلان سند أي معتمد وسندت إلى الشيء أسند سنوداً وكل شيء أسندت إليه شيء فهو مستند ويقال في الكلام سند ومسند كقولك عبد الله رجل صالح فعبد الله سند ورجل صالح مسند إليه[٣].

نستنتج من جميع ما تقدّم، إن الإسناد من الناحية اللغوية يراد به الاستناد على الشيء أو التأسيس عليه والاعتماد عليه.

أما المُرَكَّب في اللغة فهو الأصل والمنبت، يقال هو كريم المُرَكُب، أي كريم أصل منصبة في قومه[٤].

---

[١]– أحمد بن فارس ين زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج٣، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون ذكر مكان الطبع، ١٩٧٩م، ص١٠٥.

[٢] – جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٩٢م، ص٤٥٢.

[٣] – أبي منصور بن محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، تهذيب اللغة، ج١٢، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص٣٦٥.

[٤]– أحمد بن فارس ين زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج٢، مصدر سابق، ص٤٣٢.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للإسناد المركب

يعد الإسناد المركب في القانون الدولي الخاص من الموضوعات المهمة والتي لاقت وجودها في نصوص هذا القانون، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، لذلك سوف نبين موقف التشريع والفقه والقضاء من تعريف الإسناد المركب، وذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى الفقرات الآتية:

أولاً- موقف التشريع من تعريف الإسناد المركب: على مستوى التشريعات نجد أن المشرع العراقي والمشرعين في القوانين المقارنة(مصر- فرنسا)، لم يوردوا تعريفاً للإسناد المركب، غير أننا نلاحظ إن القانون العراقي والقوانين محل المقارنة قد أوردت تطبيقات متعددة للإسناد المركب، وهذه التطبيقات قد جاءت متناثرة في موادٍ قانونيةٍ تكون بطبيعتها مختلفة الموضوع والمضمون، من ذلك ما نصت عليه المادة (١/١٩)، من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل، والتي جاء في شقها الأول (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

بناءً على ذلك إذا عرض على القاضي العراقي نزاع وتعلق بالشروط الموضوعية للزواج فما على القاضي العراقي إلاَ أن يلجأ إلى إعمال الإسناد المركب وذلك بتطبيق قانون جنسية الزوجين ليتبين ما إذا كانت الشروط المقررة فيهما مستوفاة أم لا[1]، ويقابل نص المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي، نص المادة(١٢) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨م النافذ والمعدل، والتي جاء فيها(يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

---

[1]- د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م، ص١٠٥.

فهذا النص يشير إلى ضابط وحيد للإسناد وهو ضابط الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين، إلاَ أنه في الوقت نفسه ضابط مركب من حيث إن إعمال هذا الضابط يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين في حالة اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة[١].

كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب ما نص عليه الشق الثاني من المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١م النافذ والمعدل، والتي جاء فيها (...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فهذا النص يشترط لصحة الزواج من حيث الشكل أن تراعى فيه الأشكال المقررة في قانون البلد الذي عقد أو أبرم فيه الزواج أو أن تراعى فيه الأشكال المقررة في قانون جنسية كل من الزوجين في حالة اختلاف جنسيتهما، فزواج فرنسيين في تركيا المُوثق أمام القنصل الفرنسي في أنقرة وفقاً للقانون الفرنسي يعدّ صحيحاً بمراعاة الشكل المنصوص عليه في قانون جنسيتهما، ويعدّ كذلك صحيحا لو تم وفقاً للشكل المطلوب في القانون التركي لتنظيمه حسب قانون بلد الإبرام، كذلك لو كان أحد الزوجين عراقي الجنسية فيُعمل بنفس القاعدة والتي تكتفي بتوفر شروط قانون البلد الذي تم فيه العقد أو بتوفر الشروط المدرجة في قانون كل من الزوجين[٢].

أما في القانون المصري فلا يوجد نص خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج، بل إن المشرع المصري أخضع الزواج من حيث الشكل إلى القاعدة العامة الواردة في المادة (٢٠)

---

[١]– د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م، ص٢٦.

[٢]– د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، مصدر سابق، ص١٠٨.

من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨م، والتي تبنى فيها المشرع المصري أسلوب الإسناد المركب من النوع التخييري، والتي جاء فيها(العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

فبموجب هذا النص فإن الزواج يكون صحيحا من حيث الشكل إذا تم إبرامه وفقاً لقانون بلد الإبرام، كما يعتبر صحيحاً إذا تم مراعاة الشكل المنصوص عليه في القانون الذي يحكم الموضوع، كما يعتبر صحيحاً إذا تم إتباع الشكل المنصوص عليه في قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة[١].

أما من تطبيقات الإسناد المركب التي وردت في القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، ما جاء في المادة(١٦/٣١١)، والتي أشارت إلى إن الزواج يستتبع شرعية البنوة إذا كان ذلك مقبولاً أما في القانون الذي يحكم آثار الزواج، أو القانون الشخصي لأحد الزوجين، أو القانون الشخصي للولد[٢]، كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب في القانون الفرنسي ما جاء في المادة(١٨/٣١١)، من القانون المدني

---

[١]– د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٧.

[٢]– نصت المادة(١٦/٣١١) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل على إنه:

(Le mariage comporte légitimation lorsque, au jour de la célébration de l'union, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Légitimation sur l'autorité du tribunal est régi, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant) .

والتي تتعلق بدعاوي نفقة الصغار حيث أعطى هذا النص للطفل (من ينوب عنه قانونا)، حرية بين تطبيق قانون الإقامة العادية للطفل أو تطبيق قانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة[١].

كما إن هناك تطبيقات للإسناد المركب وردت في قوانين أخرى غير القانون المدني من ذلك ما نصت عليه الفقرة(٢) من المادة (٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م النافذ، والتي جاء فيها(٢- 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 الواجبة التطبيق ٣- إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)، فالمشرع التجاري العراقي وضع قاعدة أساسية يجب الاهتداء بها من أجل تحديد أهلية الأجنبي للالتزام بموجب الحوالة التجارية أو التعامل بالأوراق التجارية، إذ اعتمد المشرع العراقي الإسناد المركب من النوع الاحتياطي حيث تضمن ضابط إسناد أصلي وهو قانون جنسية الملتزم بموجب الحوالة، وضابط إسناد احتياطي يتمثل بقانون محل وضع التوقيع على الحوالة[٢]، ويقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (٣٨٨) والتي جاء فيها(١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ٢ -وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على

---

[١]- نصت المادة (٣١١/ ١٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ على إنه: (L'action aux fins de subventions est régie, au choix de l'enfant, par la loi de sa résidence habituelle ou la loi de la résidence habituelle du débiteur).

[٢]- د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمد الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١م، ص٣٣.

الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)[1]، ففي هذا النص نجد أن المشرع المصري قد أعتمد أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي كما هو حال المشرع العراقي.

كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب نص المادة(١٣/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م النافذ، والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات والتي جاء فيها(يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)[2].

يتّضح من هذا النص أن المشرع العراقي قد جعل من محل إبرام التصرف هو ضابط الإسناد الأصلي، وجعل قانون القاضي هو الواجب التطبيق على سبيل الاحتياط وذلك عندما يكون دليل الإثبات في قانون القاضي أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي الواجب التطبيق رغبة من المشرع في التيسير على المتقاضين.

استناداً إلى ما سبق، يتّضح لنا أن القانون العراقي والقوانين محل المقارنة لم تورد تعريفاً صريحاً للإسناد المركب ويعزى ذلك حقيقة على ثلاث أمور هي:

١- إن مهمة وضع تعريفات للمصطلحات القانونية ليست في الأصل من مهمة المشرع بل هي من عمل الفقه[3].

---

[1] – قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ م النافذ و المعدل، نشر في ١٧/ ٥/ ١٩٩٩م، جريدة القوانين الرئيسية.

[2] – قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م النافذ والمعدل، نشر في جريدة الوقائع العراقية في العدد (٢٧٢٨)، بتأريخ ١٩٧٩/٩/٣م.

[3] – اذا كان الأصل إن المشرع لا يضع تعريفات للمصطلحات فإن ذلك ليس قاعدة ثابتة، فقد يورد المشرع بعض التعريفات من ذلك تعريف الموطن في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والتي جاء فيها(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد)، كذلك ما =

٢- إن إيراد المشرع للتعريفات يؤدي إلى جمود هذا التعريف ولا يمكن تطبيقه على الحالات التي تستجد في المستقبل[١].

٣-إن تطبيقات الإسناد المركب متعددة ومختلفة ومتناثرة في أكثر من قانون وهذا التعدد والتناثر يجعل من الصعب على المشرع أن يجمع هذه النصوص تحت جامع واحد.

ثانياً- موقف الفقه من تعريف الإسناد المركب: إن وضع تعريف للمصطلحات القانونية تعتبر من مهمات الفقه غير إننا نجد إن الفقه القانوني قد أنقسم فيما يتعلق بتعريف الإسناد المركب إلى فريقين:

الفريق الأول، ويمثله غالبية الفقه القانوني[٢]، فهذا الفريق لم يورد تعريفاً للإسناد المركب، وجاء موقف أصحابه مطابقاً لموقف المشرعين في القوانين المقارنة(العراقي- المصري – الفرنسي) في عدم إيراد تعريف، إذ أكتفى أصحاب هذا الاتجاه بالنص على تطبيقات الإسناد المركب وبيان صوره، حيث ذكروا إن الإسناد المركب يكون على عدة صور، فهو إما أن يكون إسناداً موزعاً كما هو الحال في قاعدة الإسناد

=جاء في المادة (١/٤٠) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨م النافذ والمعدل، و التي عرفت الموطن بأنه(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً.)

[١]- د. عادل شمران حميد، علي شمران حميد، فلسفة الاستثناء في القانون المدني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد(٣)، ٢٠١٨م، ص١٢٠.

[٢]- د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي (دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي)، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٨م، ص٣٢- ٣٥، د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص٢٥٤، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، (تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص٣، د. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، د. نصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع، ص٢٣٧-٢٣٩، محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع، ص٣٢و٣٣، وغيرهم.

التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والتي توجب تطبيق قانون كل من الزوجين، وإما أن يكون إسناداً تخييرياً، كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية للزواج، وإما أن يكون إسناداً احتياطيا كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم العقود، إذ إنها تتضمن ضابط إسناد أصلي إّذا لم يتحقق يتم الالتجاء إلى الضوابط الأخرى الاحتياطية الواردة في ذات قاعدة الإسناد.

أما الفريق الثاني من الفقه[١]، قد ذهب إلى وضع تعريفات عدة للإسناد المركب، فقد عرف الإسناد المركب بأنه ذلك الأسلوب الذي يلجأ فيه المشرع إلى تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط للإسناد فتتعدد القوانين التي تحكم العلاقة القانونية المعروضة[٢].

يؤخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى إن الإسناد لا يكون مركباً إلاَ إذا تضمن أكثر من ضابط غير إن ذلك لا يعد قاعدة ثابتة؛ لأن بعض تطبيقات الإسناد المركب يكون فيها ضابط الإسناد وحيداً لكنه يشير إلى تطبيق قانونين كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج[٣].

كما عُرف الإسناد المركب، بأنه الشكل الذي يضَمن فيه المشرع قاعدة الإسناد أكثر من ضابط بغية التسهيل على المتعاملين وإعطائهم فرصة اختيار القانون الملائم على العلاقة المطروحة، ويكون تطبيق هذه

---

[١]– د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص٢٦٥، و د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨م، ص٢٩، و د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٤٣، و د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص٩٢.

[٢]– د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٦٥.

[٣]– ينظر نص المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م النافذ و المعدل، ونص المادة (١٢) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨م النافذ والمعدل.

القوانين تطبيقاً اختيارياً ليس فيه الزام[١] .

عند التمعن في هذا التعريف، نلاحظ أنه لا يخلو من القصور فهو يقتصر على صورتي الإسناد التخييري والاحتياطي، ولا يشمل صورتي الإسناد الموزع و الجامع، هذا من جانب، من جانب آخر إن النتيجة التي أنتهى إليها التعريف من حيث إن القوانين التي تشير اليها ضوابط الإسناد المركبة تطبيقها اختياري لا الزام فيها لا تصدق إلاً على بعض صور الإسناد المركب خصوصاً الإسناد التخييري ولا تشمل الصور الأخرى للإسناد المركب.

ومن الفقه[٢]، من أطلق على الإسناد المركب قاعدة الإسناد المركبة وعرفها بأنها تلك القاعدة التي قد تشتمل على ضابط وحيد للإسناد يشير إلى أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسألة أو على كل طرف من أطراف العلاقة قانون منها، أو قد تشتمل على عدة ضوابط يضعها المشرع لهدف أو أهداف معينة يريد تحقيقها من وراء القاعدة أو من وراء تعددية ضوابطها.

هذا التعريف جعل الإسناد المركب يتعلق بذات قاعدة الإسناد وهذا غير صحيح، لأن الإسناد المركب أسلوب من أساليب الإسناد يتعلق بضابط الإسناد والذي يعد عنصر من عناصر ركن الفرض في قاعدة الإسناد.

وهناك من عرف الإسناد المركب بأنه ذلك الأسلوب الذي قد تشتمل فيه قاعدة الإسناد ضابط وحيد يشير إلى تطبيق قانونين، أو قد تشتمل فيه على أكثر من ضابط الأمر الذي يعني وجود أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على العلاقة المطروحة[٣].

---

[١]– د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩.

[٢]– د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٣.

[٣]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢.

هذا التعريف يعد أفضل من التعريفات السابقة للإسناد المركب، فهو تعريف شامل لجميع صور الإسناد المركب، لكنه لا يعد تعريفاً جامعاً مانعاً، فهو لم يبين طبيعة تطبيق القوانين التي أشارت إليها هذه الضوابط، هل تطبيقها اختياري أم الزامي؟، لذلك يجب علينا وضع تعريف للإسناد المركب عسى أن يكون جامعا مانعاً وذلك بعد بحث التعريف القضائي للإسناد المركب.

ثالثاً- موقف القضاء من تعريف الإسناد المركب: من المعلوم إن وظيفة القضاء هي الفصل في النزاعات القانونية، فالقضاء في الغالب لا يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية، وذلك استناداً لوظيفته، ونتيجة لذلك فإن أحكام القضاء لم تتضمن تعريفاً للإسناد المركب، بل أقتصر دور القضاء على تطبيق القوانين التي أشارت إليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق(... وحيث إن المتعاقدين قد اتفقا بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق القانون النرويجي أو القانون السويدي فكان على المحكمة تطبيق أحد القانونيين المذكورين تبعاً لجنسية الناقل واستناداً إلى المادة (٢٥) من القانون المدني)[١]، وجاء في حكم آخر لمحكمة تمييز العراق(.... بأن القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملاً بالمادة(٢٥) من القانون المدني، فقد ظهر من ظروف الدعوى إن الطرفين ارتضيا تطبيق القانون العراقي)[٢]، وجاء في حكم حديث نسبياً لمحكمة التميز الاتحادية (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه صحيح وموافق للقانون وجاء إتباعاً

---

[١]- حكم محكمة تمييز العراق رقم(١٨٧)، حقوقية ثالثة، ١٩٦٩م، في ١٩٦٩/١٢/٢٧م، مقتبس عن، د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ص٣٨٦.

[٢] – حكم محكمة تمييز العراق رقم(٩٩) مدنية عامة ٩/ ٩٧١، في ١٩٧٢/٣/١١م، مقتبس عن، د. يونس صلاح الدين علي، المصدر نفسه، ص ٣٨٦.

لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد ٧٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٥/١٦ ذلك إن الثابت بأن القانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو قانون الموجبات والعقود اللبناني وإنه يتوجب على المدعي عملاً بالفقرة (١٣) من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين (العقد المؤرخ في ٢٠١٠/١/٢٣) أن يطلب إلغاء العقد مع التعويض عملاً بأحكام المادة (٢٤١) من القانون المشار إليه وإن نص المادة يقابله في القانون العراقي نص المادة (١٧٧) من القانون المدني وحيث إن القانون اللبناني هو القانون الواجب التطبيق وإن الطرفين تصادقا على سريانه على موضوع النزاع وحيث إن المدعي لم يطلب إلغاء العقد مما تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالأكثرية في ٢٨/صفر/١٤٣٨هـ الموافق ٢٠١٦/١١/٢٨م.) [١] كما أصدرت محكمة تمييز العراق قراراً بموجب قضية تتلخص وقائعها حول عقد أبرم في سوريا بين سائق عراقي مع عامل لصيانة السيارات سوري الجنسية، لغرض قيام عامل الصيانة السوري بإصلاح السيارة العائدة إلى السائق العراقي ولقاء مبلغ من المال، حيث أمتنع السائق العراقي عن دفع أجور الصيانة التي بذمته، الأمر الذي دفع العامل السوري برفع دعوى ضده أمام محكمة تلعفر مطالباً فيها الحكم له بالمبلغ المستحق له في ذمة السائق العراقي، إلا أن محكمة التمييز قررت نقض الحكم، وجاء في حيثيات الحكم (لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم إبرامه في سوريا بين عراقي وسوري، فتسري والحالة هذه

---

[١]– قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٣٦٥، المؤرخ في ٢٨/ ١١/ ٢٠١٦م، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.sjc.iq/qview.2341/ ،تأريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٥م.

أحكام القانون السوري، بوصفه قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها تطبيقاً لنص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي)[١].

يظهر من الإحكام المتقدم ذكرها والصادرة من محكمة تمييز العراق أو محكمة التمييز الاتحادية[٢]، إن المحكمة قد طبقت الإسناد المركب من النوع الاحتياطي من خلال تطبيق القوانين التي تضمنتها الضوابط الأصلية حيث اتجهت إلى تطبيق القانون المختار من قبل الطرفين طالما وجد أتفاق صريح على تطبيقه وتطبيق قانون الإرادة الضمنية والذي يظهر من ظروف الدعوى في حالة عدم وجود أتفاق صريح بين أطراف العقد على تطبيق قانون معين، وفي حالة عدم وجود أتفاق صريح أو ضمني على القانون المختار تطبق المحكمة الضوابط الاحتياطية، مستندة في ذلك لنص المادة(١/٢٥)، من القانون المدني العراقي والتي تضمنت ضابطين أصليين هما ضابطي الإرادة الصريحة والضمنية، وعند عدم تحققهما يتم الالتجاء إلى الضوابط الاحتياطية وهما ضابطي الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد[٣].

---

[١] – قرار محكمة تمييز العراق الصادر في ١٩٧٧/١٠/١٨م، مقتبس عن، م. م. أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٩)، العدد(٣٥)، ٢٠٢٠م، ص١٨٥.

[٢] – محكمة التمييز في العراق: هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، والأصل إن محكمة التمييز لا تعتبر درجة ثالثة لأنها ليست محكمة تقاضي وإنما هي هيئة تحقيق تختصر مهمتها على تصديق الأحكام أو نقضها وإعادتها إلى المحكمة الأولى، وتتكون من عدة هيئات منها، الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئة الموسعة و الهيئات الخاصة، ولكل من هذه الهيئات اختصاصها، للمزيد ينظر تفضلاً، المحاكم في العراق، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://ar.irakipedia.org/wiki/3791 ، تأريخ الزيارة ٢٠٢٣/٩/١٩م.

[٣]– جاء في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)

أما على صعيد القضاء المقارن، فقد قضت محكمة النقض المصرية (متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى إن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفه الطاعنة تم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن، أعمل ما تم أتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحراً الصادر بإنجلترا في سنه ١٩٢٤ والقواعد الملحقة به، وكانت المادة (٤)، من تلك القواعد تقضي بعدم مسؤولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن إعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشد ومستخدمي الناقل في الملاحة أو في إدارة السفينة وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتي الإيجار و سند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان سائغا وله أصله الثابت في الأوراق و يكفي لحمل قضائه، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بتتبع أسباب الحكم الأبتدائي –الذي لغته– والرد عليها ويكون النعي بما ورد في هذا السبب على غير أساس)[١].

يتّضح من هذا الحكم إن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى إعمال الإسناد المركب الوارد في المادة (١٩) من القانون المدني، حيث قررت إنه في حالة عدم وجود أتفاق صريح بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد، فيتم تطبيق القانون الذي يتبين من الظروف اتجاه قصد المتعاقدين إلى تطبيقه وهو ما يسمى قانون الإرادة الضمنية، والذي يبحث عنه القاضي ويدخل في سلطته التقديرية.

[١]– حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في ١٣ يونيه سنه ١٩٧٤م، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ٢٥، ص ١٠٤٥.

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن(للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي أو طبقا لقانون محل الإبرام)[١].

يتّضح من الحكم المتقدّم أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت إلى إخضاع الزواج من حيث الشكل إلى أكثر من قانون وإن للزوجين إبرام زواجهما وفقاً لأي من هذه القوانين تطبيقاً للإسناد المركب الوارد في المادة (٢٠) من القانون المدني.

أما على صعيد القضاء الفرنسي فنجد إن هذا القضاء قام بإعمال الإسناد المركب الاحتياطي من حيث تطبيق القوانين التي تتضمنها الضوابط الأصلية عند تحقق شروط إعمالها، وفي حالة تخلف هذه الشروط يصار إلى إعمال الضوابط الاحتياطية، حيث قضت محكمة باريس في حكم لها بإخضاع عقد عمل إلى قانون الجنسية المشتركة، موضحة إن آثار العقد تكون محكومة بالقانون الذي يتفق عليه الأطراف و طالما سكت الأطراف عن تحديد ذلك القانون فيتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة[٢].

هكذا يتبين من ما سبق، إن القضاء لم يعرف الإسناد المركب صراحة، ولكن طبق القوانين التي أشارت اليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، وهذا ما اتضح لنا جلياً عن طريق الأحكام القضائية التي عرضنا لها.

انطلاقاً مما سلف، إنه بعد بيان تعريف الإسناد المركب في نطاق اللغة، وكذلك بيان المقصود به اصطلاحاً من أوجه متعددة، إذ بينا الموقف التشريعي من تعريف الإسناد المركب و تبين لنا إن المشرع لم

---

[١]–حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في ١مارس ١٩٧٨م ، الطعن رقم ٢٧ لسنه ٤٥ قضائية، مجموعه محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ٢٩، ص٦٥١.

[٢]–حكم محكمة باريس الصادر في ١٦ مايو ١٩٢٥م، مقتبس عن، د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع، ص ١٠٣.

يورد تعريفاً له وهذا لا يعد عيبا تشريعياً كما بينا ذلك سابقاً، كما إن الفقه القانوني هو الآخر لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً للإسناد المركب، كذلك ألقينا الضوء على موقف القضاء من تعريفه للإسناد المركب، وهو الآخر لم يبين المقصود به لكن هذا لا يمنع الباحث من إيراد تعريف للإسناد المركب الذي يمكن تعريفه بانه(هو أحد أساليب الإسناد الذي يتم عن طريق تضمين قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً يشير إلى تطبيق قانونين أما تطبيقاً موزعاً أو جامعاً، او عن طريق تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط تشير إلى أكثر من قانون تطبق أما على سبيل التخيير أو على سبيل التدرج لحكمة يبتغيها المشرع من وراء ذلك).

المطلب الثاني

صور الإسناد المركب

مما لا شك فيه، إن أسلوب صياغة قاعدة الإسناد يعكس المصالح الوطنية التي يبتغي المشرع تحقيقها على النحو الذي يتصوره محققا للعدالة[١]، ومن ثم فقد يستخدم المشرع الإسناد المركب والذي من خلاله يضمن قاعده الإسناد ضابط إسناد واحد أو أكثر رغبه منه في التسهيل على المتعاملين واعطائهم فرصة اختيار القانون الملائم التي تشير هذه الضوابط باختصاصها للعلاقة المعروضة ويأخذ الإسناد المركب عدة صور[٢].

وجدير بالذكر، ان الفقه القانوني قد اختلف في بيان صور الإسناد المركب حيث انقسم إلى اتجاهات ثلاث، ضيق و وسط و واسع.

---

[١]– د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص٤٥.

[٢]– د. كريم مزعل شبي، مصدر السابق، ص٢٩.

وفقاً للاتجاه الفقهي الضيق[١] ، إن للإسناد المركب صورتين ،هما الإسناد الموزع والإسناد التخييري، أما الاتجاه الموسع[٢]، فقد ذهب إلى أن الإسناد المركب يكون على أربع صور هي الإسناد الموزع والجامع، والإسناد التخييري والاحتياطي، وهناك اتجاه ثالث وسط بين الاتجاهين[٣]، إذ ذهب إلى أن الإسناد المركب يكون على ثلاث صور، الإسناد المركب الموزع ، الجامع، والتخييري.

هكذا يتبين من ما سبق، إن الإسناد المركب يضم صوراً مختلفة ومتعددة، وجرياً على ما ذهب إليه الاتجاه الواسع سوف نعرض للصور الأربع للإسناد المركب، الموزع، الجامع، التخييري والاحتياطي، وهذا ما سوف نأتي على بيانه وذلك عن طريق تقسيم هذا المطلب على فرعين، ندرس في الفرع الأول الإسناد المركب ذو الضابط المفرد ويشمل صورتي الإسناد الموزع والجامع، ونبين في الفرع الثاني الإسناد المركب ذا الضوابط المتعددة ويشمل الإسناد التخييري والاحتياطي .

الفرع الأول

الإسناد المركب ذو الضابط المفرد

عندما تشتمل قاعدة الإسناد ضابط واحد يشير إلى تطبيق أكثر من قانون في نفس الوقت، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته صورتين من صور الإسناد المركب، هما الإسناد المركب الموزع والإسناد المركب الجامع، ولبيان هاتين الصورتين سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على فقرتين:

---

[١]– د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٦و٢٧، د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص٢٩ و٣٠، محمد خيري كصير، مصدر سابق، ص٣٣.

[٢]– د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠١٥م، ص٨٠.

[٣]– د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص٤٦و٤٧، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢–٩٨.

اولاً: الإسناد الموزع

هذه الصورة من صور الإسناد المركب تتحقق حينما تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسالة أو يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانوناً على حدة[١].

وفي واقع الأمر، إن ضابط الإسناد الوحيد والذي يشير إلى اختصاص أكثر من قانون قد يكون ضابط الجنسية أو الموطن[٢]، وتختلف تشريعات الدول في الأخذ بأحد هذين الضابطين بحسب ما إذا كانت الدولة مصدرة أو مستوردة للسكان، فالدول المصدرة للسكان التي تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية، ذلك أن استمرار رعايا الدولة في الخضوع لقانونها على الرغم من وجودهم خارج إقليم هذه الدولة يبقي على الرابطة الروحية التي تربط الأفراد المستقرين في الخارج بدولتهم الأصلية[٣]، وعلى العكس من ذلك، فان الدول المستوردة للسكان و التي تكثر هجرة الأجانب إلى إقليمها تأخذ عادة بضابط الموطن، فالأخذ بهذا الضابط يؤدي إلى إخضاع الأجانب المتوطنين في إقليم الدولة إلى القانون الوطني، وفي ذلك ما يساعد على اندماج هَؤُلاَءِ الأجانب في مجتمع الدولة، أما ضابط الجنسية فإن الأخذ به في الدول المستوردة للسكان قد يحد من مجال تطبيق القانون الوطني داخل إقليم الدولة بشكل غير مقبول، نظراً لأنه سيؤدي إلى إخضاع كافة الأجانب المستقرين فيها لقوانين الدول الاجنبية التي ينتمون إليها بجنسياتهم[٤].

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢.

[٢]– د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٩.

[٣]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٣٥.

[٤]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص٣٦.

ويلاحظ أن صورة الإسناد الموزع نجدها في مجال الأحوال الشخصية و في مسألة الزواج على وجه الخصوص، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي، والتي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين للتأكد من توافر الشروط الموضوعية للزواج و ذلك لهدف يبتغيه المشرع وهو الوصول إلى نتيجة تتمثل في إبرام عقد الزواج الصحيح والتقليل من حالات بطلانه تشجيعاً لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود[١]، وفي الصدد نفسه، نجد أن المثال البارز لهذه الصورة من صور الإسناد المركب في القانون المصري ما نصت عليه المادة (١٢) من القانون المدني، والتي جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)، مقتضى هذا النص إنه في حالة اختلاف جنسية الطرفين أن يطبق على الرجل قانون دولته للتأكد من توفر كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة إبرام الزواج كما يطبق على المرأة قانون دولتها لنفس الغرض[٢].

وقد يكون السبب في ترجيح المشرع في العراق ومصر والدول الإسلامية لضابط الجنسية على ضابط الموطن، إلى إن الإسناد الداخلي في مسائل الزواج هو إسناد ديني يقوم على تعدد نظم الزواج، بينما قد لا يكون للدين من أثر في القوانين الشخصية للأجانب المتوطنين[٣].

أما في فرنسا، فلا توجد تطبيقات تشريعية للإسناد الموزع في القانون الفرنسي، بل إن القضاء الفرنسي طبق هذه الصورة من صور الإسناد المركب على الشروط الموضوعية للزواج، وهذه الشروط تتمثل في البلوغ، الموافقة، الاستعداد الجسدي والأذن من الابوين، وهي تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية

---

[١]– د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٨١.

[٢]– د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٣.

[٣]– د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٥٦.

ويحكمها قانون جنسية كل من الزوجين وقت الزواج، و لا تثار أية صعوبات عندما يكون الزوجان من جنسية واحدة، إذ يطبق بشأن هذه الشروط قانون جنسيتهما المشتركة ولكن الصعوبة تكمن في حاله اختلاف جنسيتهما، وفي هذه الحالة يتم اعمال الإسناد الموزع بأن يشترط أن يتوفر في كل زوج الشروط التي تطلبها قانون موطن الزوجية[١].

وفي معرض تقييم الإسناد الموزع، فإن من مزاياه أن يؤدي إلى حماية الأفراد الوطنيين عن طريق تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينتمون إليها عليهم؛ ذلك لأن القانون الوطني لكل دولة قد وضع ليحمي مصالح أفراده فقط دون سواهم ولا يهدف إلى حماية العلاقة القائمة ذاتها[٢].

إلا إنه على الرغم من المزايا التي يحققها الإسناد الموزع كإحدى صور الإسناد المركب، فإنه لم يسلم من سهام الانتقادات الشديدة التي وجهت إليه من طرف المعارضين، إذ إن هناك من عارضها على أساس إن الإسناد الموزع من شأنه أن يؤدي إلى تجاهل المشكلة الأساسية وهي إخضاع العلاقة القانونية التي تهم أكثر من طرف إلى نظام قانوني واحد، فضلاً عن ذلك، فإن إعمال الإسناد الموزع قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية في بعض الحالات، كما هو الحال في مسالة الطلاق [٣]، فإخضاعها لقانون كل من الزوجين قد يؤدي إلى انتهاء الزواج بالنسبة لأحد الزوجين حينما يسمح قانونه بذلك، وفي المقابل يبقى الطرف الاخر

---

[١]–Pierre Mayer, Vincent José, Droit international privé، بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٨م، ص٥٠٨.

[٢]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص٣٣٨.

[٣]– د. سامي بديع منصور، د. عكاشه عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع، ص٢٠٨.

مرتبطاً بهذا الزواج عندما لا يسمح قانونه بالطلاق، وهذا ما حصل في قضية(**فيراري**) **(Ferrari)** [1]، والتي تتلخص وقائعها في زواج شابة فرنسية من شاب إيطالي يدعى **(فيراري)**، و لم يكن النجاح حليف هذا الزواج الذي أنتهى بالفرقة والتجاء الزوجة إلى القضاء طالبة الحكم لها بالطلاق، وبناء على توافر شروط الطلاق الواردة في القانون الفرنسي فقد لبت المحكمة طلبها وحكمت لها بالطلاق رغم إن قانون جنسية الزوج الإيطالي يمنع إيقاع الطلاق[2]، وقد أدى الأخذ بالإسناد الموزع لقانون جنسية كل من الزوجين إلى هذه النتيجة الغريبة، الزوجة تستعيد حريتها وتتزوج من آخر، بينما يبقى الزوج الإيطالي **(فيراري)**، مقيداً بهذا الزواج، لأن قانون جنسيته الإيطالي كان يمنع إيقاع الطلاق وعليه يحرم الزواج من أخرى[3].

ونحن نرى بأن هذه الانتقادات مبالغ فيها، فهي وإن كانت تصدق على بعض مجالات تنازع القوانين كالطلاق مثلاً، فإنه لا ينبغي تعميمها على بقية المجالات الأخرى والتي يكون للإسناد الموزع الدور الكبير في إسنادها، الأمر الذي يؤدي إلى تصحيحها ومن ثم إنقاذها من براثن البطلان الذي يهددها.

ثانيا: الإسناد الجامع

إن هذه الصورة من صور الإسناد المركب تتحقق حينما تشتمل قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث تطبق جميعها في آن واحد على ذات المسألة محل النزاع.

من تطبيقات هذه الصورة من صور الإسناد المركب، نص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي، المشار إليها آنفاً فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج أي (موانع الزواج) كالقرابة

---

[1]– د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م، ص١١٤.

[2] – Dallas p.1922. 1. 127/ série 1923. 1. 5 .

[3] – د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص١١٤.

المحرمة، مثال ذلك إذا كان قانون الزوج يبيح الزواج من أبنة الأخت أو الأخ و لا ينص على ذلك قانون جنسية الزوجة فهنا يتم العمل بالتطبيق الجامع لكلا القانونين[١]، والطلاق والزنا و اختلاف الدين فهذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ذاته ولا يمكن إغفالها ومن ثم يتعين إعمال التطبيق الجامع بشأنها[٢]، ومن تطبيقاتها في القانون المصري نص المادة (١٢) من القانون المدني، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج (موانع الزواج)[٣]، وفي فرنسا وكما هو الحال بالنسبة للإسناد الموزع نجد خلو القانون الفرنسي من تطبيقات تشريعية للإسناد الجامع، لكن على الرغم من ذلك، نجد إن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد ذهب إلى إعمال الإسناد الجامع فيما يتعلق بموانع الزواج كعدم زواج الخال بابنة أخته وفي هذه الحالة فإن الزواج لا يكون قائماً إلاَ إذا كان قانون كل من الطرفين لا يتضمن هذا المانع[٤].

وفي واقع الأمر، إن الإسناد الجامع هو إسناد نادر الحدوث فلا توجد له تطبيقات إلاَ في فروض قليلة، بل إن من الأنظمة القانونية ما تحرص على تفاديه بالنظر إلى إنه يعوق في غالب الأحيان صلاحية العلاقة محل النزاع ويحول دون الوصول إلى حل مشكلة اختيار القانون، وهو ما يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد وهو الاختيار بين القوانين وليس الجمع بينها[٥].

و لكن لا يفوتنا أن ننوه ، إلى إن الإسناد الجامع يمتاز بعدة مزايا، فهو يعكس إرادة واضع قاعدة الإسناد في التضييق إلى أقصى حد من الاعتراف بحقٍ معين أو بآثاره أي الوصول إلى نتيجة مادية تخدم

---

[١]– د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م، ص١٥٩.

[٢]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢ مصدر سابق، ص١٠٥.

[٣]– د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٧.

[٤]–Pierre Mayer, Vincent José, Droit international privé، بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، مصدر سابق، ص٥٠٨.

[٥]– د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي القوانين، مصدر سابق، ص ٩٤.

سياسته التشريعية[١]، كما إنه يحقق رغبة المشرع في تعدد القوانين التي تحكم العلاقة القانونية و تطبيقها تطبيقاً جامعاً نظرا لأهمية الصلة التي تربط بين هذه القوانين جميعاً في العلاقة القانونية[٢]، وعلى الرغم من المزايا التي يحققها الإسناد الجامع فهو الآخر لم يسلم من النقد، فقد قيل بأن من شأنه أن يؤدي من الناحية العملية إلى أهدار القواعد الأكثر تساهلاً والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشدداً وعليه تقل فرص قيام العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي نظراً لاختلاف أحكام القوانين فيما بين الدول عادةً[٣].

و انطلاقاً مما سلف، نحن نرى إنه على الرغم من القول بأن الإسناد الجامع يعوق قيام العلاقات الدولية الخاصة بوصفه يقتصر على تطبيق القواعد الأكثر تشدداً ، فأننا نجد إن اعتماده أمر لا بد منه في بعض المسائل ، كما هو الحال في مسألة الزواج(الشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج)، خصوصاً في قوانين الدول التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية ومنها القانون العراقي وإلاَ كنا أمام زواج باطل محرم شرعاً، ومن ثم تكون العلاقة الناشئة عنها محرمة كذلك وهذا الأمر غير جائز في القانون العراقي[٤]، وقوانين الدول الإسلامية.

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر نفسه، ص ٩٤.

[٢]– د. صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٧.

[٣]– د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٩.

[٤]– نصت المادة (٢) (أولاً)، من دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥م على إنه: (الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس لتشريع.

أ– لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام.....)، نصوص دستور العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥م ، منشورة على الموقع الإلكتروني https://www.constituteproject.org/ ، تأريخ الزيارة ١٧/ ٤/ ٢٠٢٣م.

الفرع الثاني

الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة

عندما تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يندرج تحته صورتين من صور الإسناد المركب، هما الإسناد المركب التخييري، والإسناد المركب الاحتياطي، لتوضيح هاتين الصورتين سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على فقرتين:

اولاً: الإسناد التخييري

يكون الإسناد تخييريا عندما تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير هذه الضوابط باختصاص أكثر من قانون، بحيث تطبق بالخيار بينها على المسألة محل النزاع[١]، فالمشرع يقوم بصياغة قاعدة الإسناد بشكل خاص تتعدد فيه ضوابط الإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة الواردة في الفكرة المسندة إذا تمت هذه العلاقة وفقاَ لأي ضابط من ضوابط الإسناد الواردة في هذه القاعدة[٢]، و صورة الإسناد التخييري يمكن أن تتم بإحدى طريقتين، الطريقة الأولى أن توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة، ويتم الاختيار فيما بينها، مثال ذلك ما نص عليه الشطر الثاني من المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها(..... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روُعِيَت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فهذا النص يقرر أن الزواج يكون صحيحا شكلاً إذا أبرم وفقاً للشكل المقرر في دوله محل الإبرام

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥.

[٢]– د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص٣٠.

أو إذا أبرم وفقاً لقانون جنسية كل من الزوجين[١]، كذلك من النصوص التي وضعت ضوابط الإسناد على قدم المساواة نص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)، فهذا النص يبين إن القاعدة الخاصة بشكل العقود تتضمن مجموعة من ضوابط الإسناد تمنح الاختصاص لعدة قوانين جميعها في مرتبة واحدة وليس هناك إلزام على القاضي في إتباع تسلسل أو ترتيب معين، فقانون محل الإبرام، و القانون الذي يحكم موضوع العقد وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون جنسيتهم المشتركة كل هذه القوانين اختصاصها تخييري ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يبرما عقدهما في الشكل الذي يتطلبه أي منها[٢].

أما الطريقة الثانية للإسناد التخييري فهي أن توضع ضوابط الإسناد في تجاور ولكن يطبق أحد القوانين التي ترشدنا إليها بالنظر إلى الحل الذي يقدمه للمسألة محل النزاع وعادة ما يكون اختيار ذلك القانون متروكاً لأحد أطراف العلاقة أو كلاهما أو للقاضي[٣]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣١١ / ١٦) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، والتي جاء فيها (إن الزواج يستتبع شرعية البنوة إذا كان مقبولاً أما في القانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الشخصي لأحد الزوجين أو القانون الشخصي للولد)[٤]، كذلك ما نصّت عليه المادة (١٨/٣١١)، من القانون نفسه، والتي نصّت على أنه(إن دعوى

---

[١]– د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق ،ص٨١.

[٢]– د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص٥٤و٥٥.

[٣]– د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٦.

[٤]– نصت المادة (٣١١/ ١٦) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل على إنه: (Le mariage comporte légitimation lorsque, au jour de la célébration de l'union, cette conséquence est admise soit par

إعانة و نفقة الطفل تخضع وفقاً لاختيار الطفل (من ينوب عنه قانوناً)، إما وفقاً لقانون محل إقامته العادية وإما وفقاً لقانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة)[١] ، ففي هذه النصوص جعل المشرع الفرنسي كل ضابط من هذه الضوابط هو مجاور في درجته للضابط الآخر الذي يشترك معه أو يشاركه في عملية التعيين[٢].

ولابد من الإشارة، إلى أن جانب من الفقه[٣]، يطلق على قاعدة الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد تخييرية اسم قاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية أو قاعدة الإسناد ذات الغاية الموضوعية التي تتميز بعدم حيدتها الموضوعية؛ لأنها لا تعقد الاختصاص لقانون ما استناداً لاعتبارات تتعلق بالتركيز فقط، و إنما تستند بالإضافة إلى هذه الاعتبارات لمضمون القواعد الموضوعية لهذا القانون.

ولا يفوتنا أن ننوه إلى أن صورة الإسناد التخييري بطريقتيها يهدف المشرع من تبنيها إلى تحقيق أهداف معينة، فقد يهدف المشرع من ورائها إلى إمكان تطبيق أي من القوانين المتصلة بالعلاقة نظراً لتساوي

---

la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Légitimation sur l'autorité du tribunal est régi, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant).

[١]-جاء في المادة (١٨/٣١١) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤٤م(L'action en subsides est régie, au choix de l'enfant, par la loi de sa résidence habituelle ou la loi de la résidence habituelle du débiteur).

[٢]- Loussouarn, Bourel, abréviation, p. 449-450، لوسوارن وبوريل، المختصر، ص٤٤٩-٤٥٠، نقلاً عن ، د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٦.

[٣]- أحمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص٣٠٣.

هذه القوانين في صلتها بها[١]، أو يهدف عن طريقه إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية الخاصة[٢].

ثانياً: الإسناد الاحتياطي

هو الصورة الثانية من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة، والذي يتحقق عندما تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد أصلي وضابط إسناد احتياطي واحد أو أكثر[٣]، بحيث يطبق أولاً ضابط الإسناد الأصلي، ويعمل بالقانون الذي يرشد إليه، فأن أنعدم تم اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد[٤].

ولعل من المفيد أن نؤكد، إلى إنه في صورة الإسناد الاحتياطي يضع المشرع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، إن وجد الأول لا يعمل بالثاني وإن وجد الثاني لا يعمل بالثالث وهكذا، بحيث يكون الضابط الأول هو صاحب مركز الثقل الأقوى بينما يقل الثاني عنه ويقل الثالث عنهما[٥]، فضلاً عن ذلك، فإن هذا الترتيب التدريجي ملزم للقاضي فعليه أن يطبق أولاً الضوابط الأصلية فإن لم توجد عليه أن يطبق الضوابط الاحتياطية[٦].

---

[١]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٣٦.

[٢]– د. صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

[٣]– د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص٥٨٥.

[٤]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥.

[٥]– أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://jordan-lawyer.com/، تاريخ الزيارة ١٦/ ٢٠٢٣/٤م.

[٦]– وائل بندق، قضايا في القانون الدولي الخاص(دراسة موجزة للمبتدئين وغير المتخصصين)، الطبعة الخامسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٤٥.

ومن التطبيقات التشريعية للإسناد الاحتياطي، ما نصت عليه المادة (١/٢٥)، من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه)[١]، يتّضح من هذا النص أن القانون قد اعتدّ بأكثر من ضابط إسناد وأشار إلى أكثر من قانون، ويظهر من هذا النص أيضاً إن الأولوية في التطبيق قد أعطاها المشرع للقانون المختار من قبل طرفي العقد صراحة، فإن لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة يتم تطبيق قانون الإرادة الضمنية الذي يستشف من الظروف، فإذا لم يستطع القاضي استشفاف واستنباط القانون الواجب التطبيق من الإرادة الضمنية لطرفي العقد، فإن عليه أن يطبق قانون الموطن المشترك إذا أتحدا موطناً، وإلاَ يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد[٢] .

و لا يفوتنا أن ننوه إلى أن الأهداف التي يبتغيها المشرع من تبني أسلوب الإسناد المركب بصورته الاحتياطية، تكمن في تحقيق مصالح الأطراف في العلاقات الدولية الخاصة[٣]، وكذلك تجنب حدوث فراغ قانوني يعيق عملية تحديد القانون الواجب التطبيق[٤].

---

[١]– ويقابلها نص المادة (١٩) فقرة (١)، من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).

[٢]– د. محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، (نحو قانون رياضي دولي خاص)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، بدون ذكر سنة الطبع، ص١٥٤.

[٣]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص٩٧٧.

[٤]– أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://jordan-lawyer.com/، تاريخ الزيارة ١٦/ ٤/٢٠٢٣م.

نخلص من جميع ما تقدّم، أن الإسناد المركب ليس على صورة واحدة، بل أن له صور متعددة، فهناك الإسناد الموزع، الجامع، التخييري، والاحتياطي، وهذا إن دلّ على شيء إنما يدلّ على اختلاف هذه الصور بعضها عن البعض الآخر، فالإسناد الموزع ليس هو الإسناد الجامع، كما أن الإسناد التخييري يختلف عن الإسناد الاحتياطي، كما يلاحظ من خلال القراءة الأولية لهذه الصور أن المشرع قد استخدم كل صورة منها في مجال معين من مجالات تنازع القوانين، وذلك بما يتلاءم مع فلسفته التشريعية والحكمة التي يبتغيها من اعتماد كل صورة من هذه الصور.

المبحث الثاني

ذاتية الإسناد المركب

تتسم قواعد الإسناد بكونها قواعد غير مباشرة بطابع شكلي، حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية من وجهة نظر المشرع الوطني، وذلك بغض النظر عن مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه، وبذلك تعد قواعد الإسناد بمثابة قواعد آلية تكتفي بتحقيق عدالة شكلية، وهي إسناد العلاقة محل النزاع بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بهذه العلاقة وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي، وذلك بصرف النظر عن الاعتبارات التي يؤدي إليها هذا التطبيق، و كان هذا الأمر محل انتقاد[١].

وهذه الانتقادات دفعت المشرعون إلى صياغة جيل جديد من قواعد الإسناد المرنة (ذات الأسلوب المركب)، والتي لا ينحصر أثرها في اختيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة من زاوية تركيزها

---

[١]– لقد تعرضت قواعد الإسناد للعديد من الانتقادات المتباينة في أسبابها وغاياتها ، ويمكن تقسيم هذه الانتقادات إلى ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى، ركزت على الطابع الآلي لعملية اختيار القانون الواجب التطبيق ، فقواعد الإسناد بوصفها قواعد غير مباشرة تقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق دون الأخذ بالاعتبارات المترتبة على هذا الاختيار ، فهي قواعد آلية تؤدي وضيفتها في اختيار القانون الواجب التطبيق وهي معصوبة العينين ويكون هذا الاختيار بمثابة السقوط في دياجير الظلام.

الطائفة الثانية، من الانتقادات تتلخص في إن هذه العلاقة تؤدي في نهاية المطاف إلى تطبيق قانون وطني على العلاقات الخاصة الدولية مهدرة بذلك السمة الأساسية التي تميز تلك العلاقات وهي أتصافها بالطابع الدولي.

أما الطائفة الثالثة، من الانتقادات فتتلخص بكون قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة الجانب كأصل عام قد تعين قانوناً أجنبياً يحكم العلاقة محل النزاع مغفلة بذلك في بعض الأحيان الطبيعة الآمرة والمطلقة للقواعد القانونية للقانون الوضعي الوطني الواجب التطبيق على كافة العلاقات القانونية أياً كانت طبيعتها وطنية بحتة أو ذات عنصر دولي، للمزيد حول هذا الموضوع ينظر تفضلاً، د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٣و ٣٤.

المكاني مجحفة بذلك العدالة الشكلية للقانون الدولي الخاص، بل تسعى هذه القواعد في توجهها الجديد إلى إدراك عدة اعتبارات عملية وقانونية.

ويلاحظ أن قاعدة الإسناد الصادرة من المشرع الوطني والواردة في نصوص تشريعية مكتوبة تمثل القاعدة العامة لأساس لجوء القاضي لإعمال الإسناد المركب، من زاوية أخرى، بما إن الإسناد المركب هو جزء من قاعدة الإسناد فإن طبيعة قواعده من طبيعة قاعدة الإسناد ذاتها، و بما إن قواعده جاءت متناثرة في أكثر من قانون وهي مختلفة في مضمونها وصورها، الأمر الذي جعل هذه القواعد ليست على نسق واحد من حيث الطبيعة الآمرة أو المكملة، بل تختلف باختلاف الموضوعات والصور التي وردت فيها.

لذلك تقتضي دراسة ذاتية الإسناد المركب التطرق إلى الاعتبارات العملية والقانونية للإسناد المركب في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نبين أساس الإسناد المركب وطبيعته القانونية، وهذا ما نسعى إلى توضيحه لغرض إكمال الصورة عن الإسناد المركب و الوقوف عليه من الوجوه كافة وكالآتي:

المطلب الأول

الاعتبارات العملية والقانونية للإسناد المركب

إن التجريد في صياغة ضابط الإسناد يقود لأول وهلة إلى أن المشرع لحظة خلق قاعدة الإسناد يكون محايداً، أي لا ينطلق من اعتبارات سابقة ودوافع خاصة في تضمين قاعدة الإسناد

أسلوباً معيناً من أساليب الإسناد دون أسلوب آخر[1]، غير إن الواقع غير ذلك، فالمشرعين والقضاء في الدول التي ينهض فيها القضاء بصياغة قواعد الإسناد ، يحاول عند اعتماده الإسناد المركب كأحد أساليب الإسناد في قواعد تنازع القوانين أن يستجيب إلى اعتبارات مختلفة ومتنوعة قانونية وعملية ويوفق بينها جميعاً.

عليه تقتضي دراسة هذه الاعتبارات تقسيم هذا المطلب على فرعين، ندرس في الفرع الأول الاعتبارات العملية للإسناد المركب، ونبين في الفرع الثاني الاعتبارات القانونية للإسناد المركب، ونأمل أن نوفق في ذلك وهو ما نطمح إليه.

الفرع الأول

الاعتبارات العملية للإسناد المركب

هناك اعتبارات عملية متعددة يبتغي المشرع تحقيقها من وراء تبني الإسناد المركب في قاعدة الإسناد، سوف نقوم باستعراض هذه الاعتبارات بالفقرات الآتية:

أولاً- احترام التوقع المشروع وتحقيق الأمان القانوني لأطراف العلاقة الدولية الخاصة

تعدّ مسألة احترام توقعات الأطراف المشروعة وتحقيق الأمان القانوني من الغايات الأساسية التي تهدف إلى تحقيقها قواعد القانون الدولي الخاص، وهو لا يعدّ حقاً قانونياً، وإنما توقع لاستمرار

[1] – يدافع البعض من الفقه عن هذا الاتجاه، مقررين إن صياغة ضابط الإسناد لا يجب أن تنطلق من أفكار أو اعتبارات مسبقة، بل يجب أن تتغيا اعتبارات الملائمة والعدالة فقط إلا إن الحقيقة غير ذلك ، للمزيد ينظر تفضلاً، د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٤٢و ٤٣.

منفعة أو الحصول على منفعة أو تحقق مصلحة معينة ، ولكي يكون هذا التوقع مشروعا يجب أن يكون معقولاً ومنطقياً وصحيحاً[١]، ويعرف مبدأ التوقع المشروع[٢]، بأنه عدم إصدار قاعدة قانونية بصورة مفاجئة الأمر الذي يؤدي إلى وضع حلول غير متوقعة تتعارض مع النتائج التي يهدف المتعاقدون إلى تحقيقها من وراء إبرامهم تصرفات قانونية مشروعة[٣] ،أما الأمان القانوني فُيعد من المبادئ الأساسية في دولة القانون، التي تضمن لكل فرد من أفراد المجتمع فرصة التطور في بيئة قانونية آمنة و محمية من كل المفاجآت والتغييرات غير المتوقعة والتي تؤثر في القواعد القانونية، والتي من سماتها الأساسية سيادة حكم القانون والفصل بين السلطات و استقلال القضاء وضمان الحقوق والحريات داخل المجتمع[٤]، ويعرف هذا المبدأ بأنه ذلك المبدأ الذي يعني وجود نوع من

---

[١]– د. مازن ليلو راضي، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع، دراسة في تطور مبادئ القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد (٢١)، العدد(١)، ٢٠١٩م، ص٣.

[٢]– التوقع المشروع مصطلح مكون من لفظين (التوقع – المشروع) ، ويعرف التوقع على إنه التفكير في حدوث أمر ما في المستقبل بناءً على شواهد وأدلة في الوقت الحاضر ، كما يعرف على إنه تمثيل آني حالي حاضر للمستقبل ، أما بالنسبة لإمكانية التوقع فهي: ما يمكن طبيعياً أن يتم التخطيط له والذي يجب أن يكون منطقياً مرتقباً، فالإنسان يتوقع أتخاذ قرارات ملائمة وصحيحة تحقق مصالحه بشرط أن يكون وفق أدلة قوية وغير متغيرة ومفهومة، عليه تعد التوقعات المشروعة أحد العناصر الأساسية المكونة لمعيار المعاملة العادلة وتتمثل الغاية الأساسية لهذا المفهوم في حماية الثقة التي تولدت لدى الأفراد في الأنظمة القانونية السائدة في مواجهة تغير تشريعي يشكل خرقاً لهذه التوقعات المشروعة ، للمزيد حول هذا الموضوع ينظر تفضلاً، بواب بن عامر، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة كأحد ركائز الأمن القانوني) ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ،المجلد (٧)، العدد(٧)، السنة ٢٠٢٠م، ص٦٦.

[٣]– د. حكيمة مسعودان، د. خمري عمار، فكرة الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١٣)، العدد(٢)، السنة ٢٠٢٢م، ص٥٠٣.

[٤]– دانا عبد الكريم سعيد، ديكان ديار أبو بكر، دور القضاء الإداري في تكريس مبدأ الأمان القانوني، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية، المجلد (٤)، العدد(٢)، ٢٠٢٠م، ص٨٥.

الثبات النسبي للعلاقات القانونية واستقرار المراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة حيث يكون بإمكان هذه الأطراف أن تقوم بترتيب أوضاعها وفقاً للقواعد القانونية السارية وقت مباشرتها لأعمالها، دون أن تتعرض لمفاجآت يكون من شأنها ركن الاطمئنان والثقة والاستقرار بالدولة وقوانينها[١] .

إن الإسناد المركب كأحد أساليب الإسناد في قواعد تنازع القوانين يكفل احترام التوقع المشروع للأطراف ويحقق الأمان القانوني لهم و يتحقق ذلك عن طريق تضيمن قاعدة الإسناد ضوابط إسناد أصلية وأخرى احتياطية، إذ يكفل احترام التوقع المشروع للأطراف من خلال تطبيق القوانين التي توقعها الأطراف والتي تضمنتها ضوابط الإسناد الأصلية، وذلك عند تحقق شروط تطبيقها، كما إنه يوفر الأمان القانوني لهم عن طريق تطبيق القوانين التي تضمنتها ضوابط الإسناد الاحتياطية، وذلك عند عدم تحقق شروط انطباق الضوابط الأصلية كما في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية[٢]، فوفقاً لهذه القاعدة فإن أطراف العقود الدولية يتمتعون بمكنة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم من خلال اختيار قانون معين لحكمه، وذلك وفقاً للقاعدة العامة في العقود التي تقضي بإخضاع العقد لقانون الإرادة، ومن ثم فإن إعطاء الافراد مكنة اختيار القانون وتقيد

---

[١]– د. بدوي عبد الجليل، د. هنان علي، مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، العدد(٨)، السنة ٢٠٢١م، ص ٥.

[٢]– الواردة في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)، ويقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (١٩) من القانون المدني والتي نصت على إنه (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).

القاضي بنصوص القانون المختار من قبلهم صراحة أو ضمناً، يؤدي إلى احترام التوقعات المشروعة للأطراف في العقد الدولي وعدم مفاجأتهم بما لم يتوقعوه عن طريق تجنيبهم مغبة تطبيق قانون آخر لا يتفق مع رغباتهم ومصالحهم حال قيام النزاع بينهم[١]، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف في العقود الدولية على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن القاضي المعروض أمامه النزاع يعمد إلى إجراء تركيز مكاني للعلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي عن طريق عدة ضوابط إسناد احتياطية تشير باختصاص عدة قوانين وعلى سبيل التعاقب لحكم العلاقة محل النزاع، بحيث يتعين على القاضي أن يتقيد بها عند تحديد القانون المختص و دون أن تكون له سلطة تقديرية بهذا الصدد، و إن هذا الأمر يحيط المتعاقدين علماً وبصورة مسبقة بالقانون الذي يحكم عقدهم عند سكوتهم عن اختياره صراحة أو ضمناً، الأمر الذي يكفل لهم تحقيق مبدأ الأمان القانوني الذي ينشدونه[٢].

ثانياً- التيسير على الأطراف

مما لا شك فيه، إن التشريع يعدّ وسيلة مهمة لتحقيق الأهداف و الغايات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وهذا الأمر يتطلب من المشرع أن يكون لديه تصور مسبق عن الأهداف والغايات المراد تحقيقها، وسياسة تحقيق الأهداف أو الغايات المختلفة التي يسعى إليها القانون عبر وسائله المختلفة والمتعددة، فالتشريع تعبير عن حاجة المجتمع ومشيئته وهي حاجة يحكمها ما تزخر

---

[١]- د. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٤٢.

[٢]- د. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م، ص٦٨ و٦٩.

به الحياة من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل لتلك الحياة[١]، ولا ريب بأن ذلك ينطبق بشكل كبير على القانون الدولي الخاص وخاصة في شقه الإسنادي، وذلك من خلال اعتماده أسلوب معين من أساليب الإسناد في قاعدة التنازع وبحسب الهدف الذي يبتغي تحقيقه من وراء ذلك.

وتماشياً مع ما تم ذكره، نجد أن من الاعتبارات التي يبغي المشرع تحقيقها من اعتماد الإسناد المركب في قاعدة الإسناد اعتبار عملي يتمثل بالتيسير على الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية، والمتعاملين في ميدان التجارة الدولية عن طريق إتاحة الفرصة أمامهم باختيار أنسب القوانين لحكم علاقاتهم القانونية، والتقليل من حالات البطلان الناجمة عن مخالفة ذلك.

علماً أن اعتبارات التيسير على الأطراف التي يقوم عليها الإسناد المركب تبدوا واضحة في الفرض الذي تتضمن فيه قاعدة الإسناد ضابطان للإسناد أو أكثر وعلى سبيل التخيير، من خلال إعطاء الأفراد مكنة الاختيار بين أحد القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط، كما هو الحال في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج الواردة في الشطر الثاني من الفقرة(١)، من المادة(١٩) من القانون المدني العراقي[٢]، والتي نجد فيها إن المشرع العراقي اعتمد فيها الإسناد المركب التخييري من أجل التيسير والتسهيل على الزوجين بإعطاء الخيار لهما في استيفاء الشروط الشكلية للزواج، إما للشروط المنصوص عليها في بلد الإبرام أو للشروط المدرجة في قانون جنسية كل من

---

[١]– د. أحمد كيلان عبد الله، ميثم فالح حسين، دور الأسس السليمة للتشريع والصياغة في معالجة القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الحادية عشرة ، العدد الأول، ٢٠١٩م، ص ٤٦.

[٢]– نصت المادة (١٩) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي في شطرها الثاني على إن (.... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).

الزوجين[١]، كذلك قاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرف الواردة في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري[٢]، والتي أشارت إلى أربعة قوانين على سبيل التخيير يمكن أن يخضع لها شكل التصرف القانوني، إذ إن سماح المشرع المصري بتعدد القوانين التي يخضع لها شكل التصرف القانوني مبرر باعتبارات التيسير على المتعاقدين والتوصل إلى صحة التصرف من حيث الشكل، فكل قانون من القوانين الأربعة التي نصت عليها قاعدة الإسناد التخييرية الواردة في المادة(٢٠) له ما يبرره، فتطبيق قانون بلد الإبرام يسهل على الأطراف إتباع الشكليات المقررة في قانون بلد الإبرام، وتطبيق القانون الذي يحكم موضوع التصرف له ميزة وحدة القانون الذي يحكم التصرف في جميع جوانبه من حيث الشكل والموضوع ويجنب القاضي عناء تحديد ما يتعلق بالشكل وما يتعلق بالموضوع، والاعتداد بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة له كذلك ما يبرره لأن كل منهما يتصل بالعلاقة أو التصرف من زاوية معينة وهي الجنسية والموطن[٣].

كما أكدّ القضاء الفرنسي في الكثير من الأحكام الصادرة عنه أن تعدد القوانين التي تحكم المسألة ومنح الأفراد مكنة الاختيار فيما بينها يقوم على اعتبار عملي يتمثل في التيسير على الأطراف المتعاملين في العلاقة الدولية الخاصة، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض

---

[١]– د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، مصدر سابق، ص ٤٨.

[٢]– نصت المادة (٢٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

[٣]– د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن _ قواعد الإسناد في القانون المصري _قواعد الاختصاص القضائي _ آثار الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٥٤.

الفرنسية في ٢٠ يوليو ١٩٠٩م، والمعروف بحكم (viditz) (فيديتز)، والذي ذهبت فيه إلى إن (الشكل الخارجي للتصرفات يخضع لقانون محل إبرامها، وإن هذه القاعدة تطبق على الوصايا كما تطبق على سائر التصرفات ولكنها قاعدة اختيارية فيما يتعلق بالوصايا العرفية، وإنها قاعدة مسلم بها من أجل التيسير على الفرنسين في الخارج أو الأجانب في فرنسا، وهذه القاعدة تمنح الموصي حق الاختيار بين الأشكال المقررة في قانون محل الإبرام وتلك المقررة في قانونه الوطني.....)[١].

إن هذا الحكم نص صراحة في إن تعدد القوانين التي تحكم شكل التصرفات، ومن ثم منح الأطراف مكنة الاختيار منها واخضاع الشكل إلى أحد هذه القوانين يستهدف التيسير عليهم ورفع الحرج الذي قد يعترضهم في حالة إخضاع الشكل لقانون واحد قد لا يكونون على معرفة بأحكامه.

وفي الصدد نفسه، أجازت محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بعقد بين امريكيين أبرم في فرنسا، أحدهما الممثل الشهير(شارلي شابلن)، أجازت فيه للمتعاقدين تنظيم عقدهم إما وفقاً لقانون مكان الإبرام أو وفقاً للقانون الشخصي أو وفقاً للقانون الذي يحكم موضوع العقد[٢].

---

[١]- Cass. Cov. 20 juillet. 1909، مقتبس عن، د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لمحل إبرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٣٦ و٣٧.

[٢]- Arrêt de la Cour de cassation française du 28 mai 1963، مقتبس عن، د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ص٣٦٧.

فهذا الحكم وإن لم تذكر محكمة النقض الفرنسية فيه إن تعدد القوانين التي تحكم المسألة يستهدف التيسير على الأطراف بشكل صريح، غير إنه يمكن أن يستخلص ذلك ضمنياً، وذلك من خلال إجازة المحكمة للأطراف إبرام عقدهم شكلاً وفقاً لواحد من القوانين الثلاثة التي ذكرتها في مضمون الحكم

وباعتبار أن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب التخييري تقوم على اعتبار عملي يتمثل بالتيسير على الأطراف، ذهب رأي في الفقه[١]، إلى أن هذه القاعدة تعدّ من القواعد غير المحايدة التي لا تسعى إلى مجرد إدراك عدالة شكلية باختيار القانون الأوثق صلة بالعلاقة، بل تهدف أيضاً إلى تحقيق نتيجة موضوعية محددة وذلك باختيار القانون الذي يؤدي تطبيقه إلى صحة التصرف عملاً بحكمة الإسناد وهي التيسير على الأطراف.

و بما إن قاعدة الإسناد التي تحكم الشكل تعدّ المثال البارز لقاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب التخييري، والتي تقوم على اعتبارات التيسير على الأطراف، نجد بعض الاتجاهات الفقهية حاولت إضافة أسس نظرية لتبرير القاعدة، فقد ذهب اتجاه[٢]، إلى أن أساس قاعدة الشكل اجتماعي قوامه إن قواعد الشكل تستوحى من الوسط الاجتماعي وإنها تعكس حالة الأخلاق ودرجة الثقافة والضمير الاجتماعي في الدولة، في حين ذهب اتجاه اخر[٣]، إلى أن قواعد الشكل تقوم على أساس سياسي مقتضاه إن قواعد الشكل تتعلق بالأمن المدني أو النظام العام، إذ إنها تستهدف تحقيق

---

[١]– د. حفيظة السيد الحداد، المصدر السابق، ص٣٨٣.

[2]– Valéry (j.), manuel de droit international privé, paris, fontemoing, 1914, p404.

[3]– Savetier (René), cours de droit international privé, paris, l.g.d.j, 1953, p287.

الاطمئنان على صحة التصرفات من حيث الشكل وتجنب ما ينشأ بشأنها من منازعات وتحقيق أمن التصرفات وعلانيتها.

ويمكننا الرد على هذه الأسس النظرية لقاعدة الإسناد التخييرية التي تحكم الشكل على النحو التالي: فالقول إن قاعدة الإسناد التخييرية التي تحكم الشكل تقوم على أساس اجتماعي قوامه إن قواعد الشكل تستوحى من الوسط الاجتماعي قول مردود، ذلك إن فكرة الوسط الاجتماعي لا تنهض بالنسبة للقوانين التي تحكم الشكل فقط، بل إن كل القوانين في أي دولة تنبثق من الوسط الاجتماعي ومن ثم يكون للوسط الاجتماعي الأثر الأكبر في وجود هذه القوانين، أما القول إن قاعدة الإسناد التخييرية التي تحكم الشكل تقوم على أساس سياسي مقتضاه إن قواعد الشكل تتعلق بالأمن المدني أو النظام العام، فيمكن الرد على ذلك، بالقول إن القانون الدولي الخاص يعرف بما يسمى بتساوي الاشكال، ذلك إن ضوابط الإسناد التخييرية في قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل يوحي بأن قاعدة الشكل ليست على قدر كبير من الأهمية، وأنه يستوي إتباع الشكل المقرر في هذا القانون أو ذاك، الأمر الذي يدفعنا إلى عدم تصور تعلق قواعد الشكل بالنظام العام .

نخلص من جميع ما تقدّم إلى أنه إزاء ضعف الأسس النظرية التي قدّمت لتبرير قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب التخييري التي تحكم الشكل فإن الغلبة تكتب للاعتبارات العملية التي تتمثل في اعتبارات التيسير على الأطراف في الحياة الدولية الخاصة، وتيسير صحة التصرفات ذات الطابع الدولي من حيث الشكل.

الفرع الثاني

الاعتبارات القانونية للإسناد المركب

إلى جانب الاعتبارات العملية للإسناد المركب ثمة اعتبارات قانونية سوف نقوم ببيانها عن طريق الفقرات الآتية:

أولاً- تطبيق أكثر من قانون

تعدّ قاعدة الإسناد أداة مفاضلة بين القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وأداة إرشاد إلى القانون الملائم، فمن خلالها يتم الموازنة والترجيح بين أسباب كل منها في حكم العلاقة القانونية[١]، ومن ثم فإن القانون الذي ترشد إليه في الأصل يكون قانوناً واحداً، غير أنه قد يظهر ثمة اعتبار قانوني يدفع المشرع إلى تضمين قاعدة الإسناد ضابط إسناد مركب يرشد إلى تطبيق أكثر من قانون على ذات العلاقة نظراً لأهمية الصلة التي تربط هذه القوانين جميعها بالعلاقة[٢]، ومن ثم يترتب على هذه العلاقة آثاراً في غاية الأهمية و لن يكون منطقياً أن تقوم هذه العلاقة في ظل قانون دولة أحد أطراف العلاقة بينما تقع باطلة وفق قانون دولة الطرف الآخر[٣]،

---

[١] – د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت (ع)، العدد (٢٠)، ٢٠١٦م، ص٣٠٧.

[٢]– قريب من هذا المعنى، ينظر، د. جمال الدين محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٤.

[٣]– د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص٣٠٢.

كما في قاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج فقد طُبق عليها أكثر من قانون، قانون الزوج، وقانون الزوجة في الوقت نفسه [١].

ومن هذا المنطلق، فأن هناك رأي في الفقه[٢]، يذهب – وبحق– إلى إن إخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج إلى قانون كل من الزوجين يعد تجسيداً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك المبدأ الذي اقرته الشرائع السماوية كالشريعة الإسلامية الغراء، كما أكدت عليه المواثيق الدولية ومعظم التشريعات الوضعية.

في حين نجد أن هناك اتجاهاً في الفقه[٣]، ينادي بتطبيق قانون الزوج وحده على الشروط الموضوعية، بوصفه رئيس العائلة التي تنشأ بعقد الزواج، وذلك على أساس التمييز بين نوعين من الشروط، شروط تهدف إلى حماية كل من الزوجين، وشروط مفروضة لهدف أبعد و مدى أوسع وهي حماية العائلة نفسها، ويضيف هذا الاتجاه الفقهي، بأن الزواج من ناحية الشروط من النوع الثاني(التي تهدف إلى حماية العائلة) يعدّ منشأ لزوجية جديدة لها مصلحة تفوق مصلحة الزوجين، أكثر منه عقداً مقيداً للخطيبين، الأمر الذي يوجب إخضاع العائلة الجديدة منذ إنشائها إلى القانون المختص بتنظيمها، وهو قانون الزوج وذلك كلما أنصب الشرط على حماية العائلة.

---

[١]– نصت الفقرة(١) من المادة(١٩)، من القانون المدني العراقي (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)، ونصت المادة (١٢)، من القانون المدني المصري (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

[٢]– د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٤٥.

[3]– Bartin, principes de droit international privé, paris, 1930, p236.

ونحن نرى بأن القول بترجيح قانون الزوج وحدة خالي من الأسباب الوجيهة، إذ يجب أن لا يبالغ في حماية مصلحة العائلة إلى الحد الذي يتم فيه التعدي على القواعد القانونية الخاصة بكل من الزوجين، والإغفال الكلي لمصلحة الزوجة وهي تسهم وبالتساوي مع الزوج في خلق الزوجية، كما إن استبعاد قانون الزوجة يؤدي إلى إهدار مصلحتها في تطبيق قانونها إلى جانب قانون الزوج وما يحققه ذلك لها من حماية في بعض الأحوال، ولا ريب أن حماية الشخص وهو على وشك الزواج أولى من حماية العائلة التي تنشأ بعد، لهذه الاسباب نحن نؤيد اعتماد الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج وذلك عن طريق إخضاعها إلى قانون الزوج وقانون الزوجة في الوقت نفسه.

ثانياً- سد الفراغ القانوني

الفراغ في القانون بشكل عام يعدّ أحد العيوب التي يمكن أن تنسب إلى التشريع، والتي تنعكس سلباً في مجمل الوقائع التي يعالجها التشريع[1]،غير أن الفراغ في القانون يعد ظاهرة طبيعية؛ لأن وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية ونزوع دائم نحو التطور ليست أمراً جامداً أو ثابتاً لكي يمكن أن يستوعبها نص قانوني، فضلاً عن إن تطلعات الإنسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من منازعات قانونية وحقوق، لا يمكن أن يقف عند حد معين، ولا يمكن للمشرع مهما كان حريصاً أن يتنبأ بها إلاَ على سبيل الافتراض، والأخير أمر قاصر ومحدود

[1]- محمد سالم لهيمص، الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العراق، ٢٠١٥م، ص٣.

ونسبي[١]، ويعرف الفراغ القانوني بأنه عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية وجزئية[٢]، وهناك عدة وسائل لسد هذا الفراغ، منها اجتهاد القاضي من أجل الوصول إلى الحكم العادل، وهذا الاجتهاد لا يبنى على مجرد الهوى أو التحكم لكنه يبنى على حسن إدراك المقاصد الكلية، ويجب أن يخدم هذا الاجتهاد أهداف القانون ويحدد خطوات القاضي نحو حل القضايا العملية ومن ثم إيجاد الحل العادل لها[٣]، كذلك يمكن سد هذا الفراغ في القانون عن طريق اللجوء إلى المصادر الأخرى للقانون كالعرف وقواعد العدالة وغيرها[٤]، وأخيرا يمكن سد الفراغ القانوني من خلال نص في ذات التشريع، وهذا يمكن ملاحظته في القانون الدولي الخاص باعتماد أسلوب الإسناد المركب في قاعدة الإسناد(مدار بحثنا)، ويتم ذلك عن طريق تصنيف ضوابط الإسناد في القاعدة إلى ضوابط أصلية، إذ يتم تطبيق ضابط الإسناد الأصلي أو الرئيسي أولاً وما يترتب عليه من إعمال القانون الذي يرشد إليه، فإذا أنعدم هذا الضابط ففي هذه الحالة لا يجد القاضي

---

(١)- م. م. عواطف عبد المجيد طاهر، القصور في التشريع، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://www.iasj.net/iasj/download/ تأريخ الزيارة ٧/١٣ / ٢٠٢٣م

(٢)- ينظر، القاضي عبد الستار ناهي عبد عون، البحث القانوني وآثاره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق https://www.sjc.iq/view.67932/ تأريخ الزيارة ٢/ ٧/ ٢٠٢٣م.

(٣) – رغد شاكر عبد فرحان، دور وأهمية القاضي في سد الفراغ القانوني، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، https://www.mohamah.net/law ، تاريخ الزيارة ١٨/ ٥/ ٢٠٢٣م.

(٤)- وهذه الوسيلة لسد الفراغ القانوني قد تبناها المشرع العراقي وذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني والتي جاء فيها (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)، كذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري فقد اعتمد هذه الوسيلة لسد الفراغ القانوني وذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني والتي نصت على إنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

صعوبة ومن ثم لا يكون أمام فراغ قانوني؛ ذلك لأن بإمكانه اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية[1]، مثال ذلك ما نصّت عليه المادة(١/٢٥)، من القانون المدني العراقي، والتي نصّت 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 إن قانوناً آخر يراد تطبيقه)[2].

يتبين من هذه القاعدة الواردة في المادة(١/٢٥)، إن المشرع العراقي قد أورد أربعة ضوابط تبدأ بضابط الإرادة الصريحة ثم الإرادة الضمنية وهما ضابطان أصليان، ثم ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، فمحل إبرام العقد، وهذان الضابطان احتياطيان، وتكمن العلة القانونية من إتباع أسلوب الإسناد المركب بوضع ضوابط إسناد أصلية وأخرى احتياطية في ذات قاعدة الإسناد في تجنب حدوث فراغ قانوني مما يعيق القاضي المعروض عليه النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ثالثاً–إضفاء المرونة على قاعدة الإسناد والتقليل من جمودها الناجم عن تقنينها في تشريع جامع

إن من محاسن التقنين، جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة الأمر الذي يسهل مهمة القاضي في تطبيق تلك القواعد، ويسهل مهمة الفقه في معرفتها ودراستها والاستشهاد بها في المؤلفات القانونية والعلمية، ويسهل من مهمة الأفراد في الإلمام

---

[1]– د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٤٨.

[2]– يقابل هذا النص في القانون المدني المصري نص المادة(١٩) والتي جاء فيها (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).

بتلك القواعد وإتباع أحكامها؛ ذلك لأنها ليست مشتتة أو مبعثرة بل هي مدونة في مجموعة واحدة[١]، غير إن ذلك لا ينفي إن تقنين النصوص في تشريع جامع يؤدي إلى جمود النص القانوني و تخلفه عن مسايرة التطور في المجتمع، الأمر الذي ينافي وظيفة القانون[٢]، ولتفادي ذلك نجد إن المشرعين يراعون في صياغة النصوص المرونة، الأمر الذي يجعل النص قابلاً للتطبيق على صور متعددة من العلاقات، و هذا ما نجده في القانون الدولي الخاص وفي بعض قواعد الإسناد التي اعتمد فيها المشرع أسلوب الإسناد المركب إذ تمتاز هذه القواعد بالمرونة[٣]، والتي من شأنها أن تعطي القاضي معياراً مرناً يستهدي به في وضع الحلول الملائمة لكل حالة على حدة وفقاً للظروف والملابسات المختلفة، ومن ثم يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة المرنة[٤]، كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج الواردة في القانون المدني العراقي، فالمشرع العراقي صاغ قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج صياغة مرنة، فاخضع شكل الزواج لأكثر من قانون

---

[١]– أبو أروى الداوودي، مزايا وعيوب التقنين، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.startimes.com/ تأريخ الزيارة ١/٧/ ٢٠٢٣م .

[٢] – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، د. أحمد حشمت أبو شتيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م، ص١٩٢.

[٣]_ كما في قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب التخييري.

[٤]– مروة أبو العلا، الصياغة الجامدة والمرنة للقاعدة القانونية في التشريع المصري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني،https://www.mohamah.net / ، تاريخ الزيارة ٢٢/ ٥/ ٢٠٢٣م.

وأتاح لطرفي عقد الزواج وللقاضي اختيار القانون الملائم والمناسب والذي يراعي مصالح أطراف العقد ويحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد[١].

كذلك الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرف والواردة في المادة(٢٠) من القانون المدني المصري ، فهذا النص يمتاز بالصياغة المرنة، فهو يتيح للأفراد وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة باختيار القانون المناسب ليحكم شكل العقد[٢].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد استخدم الصياغة المرنة في صياغة بعض قواعد الإسناد شأنه شأن الكثير من القوانين الحديثة، وذلك من خلال استخدام أسلوب الإسناد المركب التخييري، ذلك الأسلوب الذي يقوم على أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير، وذلك في بعض نصوص القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، من ذلك ما جاء في المادة(١٦/٣١١) والتي نصّت على (إن الزواج يستتبع تصحيح النسب عندما تكون النتيجة مقبولة إما بحسب القانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الشخصي لأحد الزوجين أو القانون الشخصي للولد)[٣]، وجاء في

---

[١]– نص القانون المدني العراقي على قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج وذلك في الشطر الثاني من المادة(١٩) الفقرة (١) والتي جاء فيها(...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)

[٢]– نصت المادة(٢٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل على أنه (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

[٣]–نصت المادة (٣١١/ ١٦) على إنه:

(Le mariage comporte légitimation lorsque, au jour de la célébration de l'union, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Légitimation sur=

المادة(١٧/٣١١)(إن الاعتراف بالأبوة أو الأمومة يعد صحيحاً إذا جرى وفقاً للقانون الشخصي لمن صدر عنه أو القانون الشخصي للطفل)[١]، وجاء في المادة(١٨/٣١١)(إن دعوى إعانة أو نفقة الطفل تخضع وفقاً لاختيار الطفل(من ينوب عنه قانوناً) إما وفقاً لقانون محل إقامته العادية أو إما وفقاً لقانون محل الإقامة العادية للمدين بها)[٢]، يتّضح من هذه النصوص بغض النظر عن المواضيع المختلفة التي عرضت لها إن المشرع الفرنسي أستخدم فيها أسلوب الإسناد المركب التخييري، وهذا الأسلوب يمتاز بالمرونة فهو يتضمن خيارات متعددة تعطي الأفراد ذوي المصلحة وكذلك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في الاختيار بينها وبما يتلاءم مع المسألة المعروضة.

يتّضح لنا مما تقدّم أن المرونة التي يمتاز بها الإسناد المركب لها أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد، فهي تساعد على مواكبة الظروف المستحدثة التي كانت غائبة عن نظر المشرع عند وضع النص القانوني و عليه تجعل قاعدة الإسناد تواكب متطلبات الواقع المعاصر.

ولا يفوتنا أن نذكر، أن هناك نوعاً آخر من الصياغة التشريعية التي يمتاز بها الإسناد المركب من النوع الاحتياطي، تمزج هذه الصياغة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة تسمى

---

l'autorité du tribunal est régi, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de = celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant)

[١] -نصّت المادة (١٧/٣١١) على إنه:

(La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable lorsqu'elle a été faite conformément soit à la loi personnelle de son auteur, soit à la loi personnelle de l'enfant)

[٢] -نصّت المادة (١٨/٣١١) على إنه:

L'action en subsides est régie, au choix de l'enfant, par la loi de sa résidence habituelle) ou la loi de la résidence habituelle du débiteur)

بالصياغة المختلطة، فهذه الصياغة تتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرن، غير إنها في الوقت نفسه تكون جامدة، لأنها مقيدة لسلطة القاضي التقديرية و عليه لا يستطيع الخروج عما هو محدد من خيارات داخل النص القانوني[١]، ومثالها النص الخاص بالالتزامات التعاقدية الوارد في المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه)[٢]، وكذلك النص الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي الوارد في المادة(٢/٤٨ و٣) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والتي جاء فيها(٢- 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 الواجبة التطبيق ٣- إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)[٣]،

---

[١]- سلوى مهدي حسين، قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٢٣م ، ص٨٦.

[٢]- يقابل هذا النص في القانون المدني المصري نص المادة(١٩) والتي جاء فيها (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).

[٣]-يقابل هذا النص في القانون التجاري المصري نص المادة (٣٨٨) والتي جاء فيها(١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ٢ -وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية).

وكذلك النص الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات الوارد في المادة(١/١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، والتي جاء فيها (يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)[١].

يتّضح من هذه النصوص أن قاعدة الإسناد التي وردت فيها ذات صياغة مختلطة، ذلك لأنها تضمنت أكثر من خيار كما هو حال الصياغة المرنة، لكنها في الوقت نفسه مقيدة للقاضي فهو لا يتمتع بأي سلطة تقديرية بإعمال أي من الخيارات التي تضمنتها هذه النصوص كما هو حال الصياغة الجامدة .

نخلص من جميع ما تقدّم، أن المرونة التي تمتاز بها بعض صور الإسناد المركب من شأنها أن تجعل قاعدة الإسناد أكثر استجابة لمتطلبات الواقع ومواكبة التطور ومواجهة التغيرات التي تكشف عنها الحياة العملية التي لم يكن بمقدور المشرع أن يتوقعها عند صياغة قاعدة الإسناد، وهذا من شأنه التخفيف والتقليل من الجمود الذي يضفيه تقنين قواعد الإسناد بنصوص تشريعية مكتوبه.

[١]– قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م المعدل، نشر في جريدة الوقائع العراقية في العدد (٢٧٢٨) بتأريخ ١٩٧٩/٩/٣م.

المطلب الثاني

أساس الإسناد المركب وطبيعته القانونية

للوقوف على أساس الإسناد المركب وطبيعته القانونية، فإن ذلك يقتضي منا تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول أساس الإسناد المركب، ونبين في الفرع الثاني الطبيعة القانونية للإسناد المركب.

الفرع الأول

أساس الإسناد المركب

مما لا شك فيه، بأن كل حل قانوني لمسألة معينة لا بد أن يرتكز على قاعدة تشكل أساساً لهذا الحل، وهذه القاعدة تتماشى مع القانون وتفي بمقتضياته وتدعمه لإيجاد الحلول، فأساس الإسناد المركب بجميع صوره هي قاعدة الإسناد، بعبارة أخرى، إن أساس لجوء القاضي لإعمال القوانين التي أشارت إليها ضوابط الإسناد المركبة يتمثل بقاعدة الإسناد نفسها سواء في الفرض الذي تتضمن فيه قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً يشير إلى تطبيق أكثر من قانون، كقاعدة الإسناد الخاصة بشروط انعقاد الزواج[1]، أو في الفرض الذي تتضمن فيه قاعدة الإسناد ضابطان للإسناد أو أكثر بشكل

[1]- وهذا ما نصت عليه المادة(١٩) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)، ونصت المادة (١٢) من القانون المدني المصري (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

تخييري، كما في قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج[١]، أو في الفرض الذي تتضمن فيه قاعدة الإسناد ضوابط إسناد أصلية وأخرى احتياطية كقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية[٢]،

---

[١]– وهذا ما نص عليه الشطر الثاني من المادة(١٩) الفقرة (١)من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، اما في القانون المصري فإن المشرع المصري لم يورد قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج، بل جاء بقاعدة عامة تحكم الشكل بالنسبة لجميع التصرفات القانونية وذلك في المادة(٢٠) من القانون المدني والتي جاء فيها (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك). ويقابل هذه النصوص في القانون الفرنسي نص المادة(١٧٠) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ والتي جاء فيها:

(Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre un Français et un étranger est valable s'il est célébré dans les formes en usage dans ce pays, pourvu qu'il ait été précédé de l'annonce publique prescrite par l'article 63, au titre d'actes d'état civil, et le Français n'a pas enfreint les dispositions contenues au chapitre précédent).

[٢]– وهذا ما نصت عليه المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(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)، ويقابلها نص المادة(١٩) من القانون المدني المصري والتي نصت (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).

وقاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الالتزام الصرفي[1]، وقاعدة الإسناد الخاصة بأدلة الإثبات[2].

إن قاعدة الإسناد الصادرة من المشرع الوطني والواردة في نصوص تشريعية تمثل القاعدة العامة لأساس لجوء القاضي لإعمال ضوابط الإسناد المركبة بالرغم من إن أهمية النصوص التشريعية كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين لم تظهر إلا في تأريخ حديث نسبياً، فقد ظل القضاء طوال عدة قرون يعتمد على الحلول التي وضعها الفقه وخصوصاً في إطار نظرية الأحوال، إلاّ أن هذا الوضع ما لبث أن تغير عند منتصف القرن التاسع عشر حيث أخذت أهمية التشريع كمصدر للقانون بوجه عام في التعاظم، ويرجع تعاظم دور التشريع ابتداءً من تلك الفترة إلى عاملين أساسيين، العامل الأول يتمثل بتكريس الفلسفة الوضعية القانونية والتي من شأنها حصر القانون في إطار النصوص المكتوبة[3]، أما العامل الثاني فيتمثل باستقرار الخريطة السياسية للدول بسبب حصول الكثير منها على استقلالها وتوحيد البعض الآخر سياسياً،

---

[1]- وهذا ما نصّت عليه المادة(٢/٤٨و٣)من قانون التجارة العراقي والتي جاء فيها(٢- 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 الواجبة التطبيق ٣- إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية) ، ويقابلها نص المادة (٣٨٨) من القانون التجاري المصري والتي نصّت (١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ٢- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية).

[2]- وهذا ما نصّت عليه المادة(١/١٣) من قانون الإثبات العراقي والتي جاء فيها(يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي).

[3]- د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص ٣٢.

وكان لهذا أثره في مجال القانون لأن رغبة تلك الدول لأن تظهر كوحدات قانونية أدى بها إلى تعظيم شأن التشريع المكتوب كمصدر للقانون على حساب بقية المصادر الأخرى[١] .

وإذا كانت قاعدة الإسناد الواردة بنصوص تشريعية تمثل الإساس القانوني لإعمال الإسناد المركب، فإن هناك من يرى[٢]،- وبحق - إن تحديد نوع الإسناد موزعاً أو جامعاً بخصوص قاعدة الإسناد المركبة الخاصة بالشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لا يجد أساسه بقاعدة الإسناد الواردة بنصوص تشريعية، بل بمصدر آخر من مصادر القانون الدولي الخاص، وهو مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً؛ ذلك لأن المشرع قد خول القاضي في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي سلطة الكشف عن الحل الواجب الإتباع عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً عند سكوت القانون عن بيان الحل للمسألة المعروضة.

ونحن نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه؛ ذلك لأن معظم تطبيقات الإسناد المركب تجد أساسها القانوني في قاعدة الإسناد الواردة بنصوص تشريعية مكتوبة، باستثناء مسألة تحديد نوع الإسناد الوارد في قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية[٣]، حيث لم تحدد قاعدة الإسناد الخاصة بها نوع التطبيق موزعاً كان أم جامعاً، بل جاء النص عاماً فيحتمل الأمر كلا الاحتمالين، عليه فإن القاضي

---

[١]- د. أحمد محمد الهواري، المصدر نفسه ، ص ٣٢.

[٢]- عدنان باقي لطيف، فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص(القانون الدولي الخاص التونسي نموذجاً)، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية، المجلد(٥)، العدد(٢)، السنة ٢٠٢١م، ص١٢٨٨.

[٣]- وهذا نصت عليه الفقرة(١) من المادة(١٩) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين)، و يقابها نص المادة (١٢) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

يستشف الحل من خلال مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً مستنداً في ذلك لنص المادة(٣٠) من القانون المدني العراقي[١]، وما يؤيد ما ذهبنا إليه أن هناك الكثير من المسائل لم يورد لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بها وأن القاضي يطبق عليها ما شاع وانتشر دولياً[٢].

نخلص من جميع ما تقدّم وبالنظر إلى تعدد حالات وصور الإسناد المركب، فإن الأساس القانوني للإسناد المركب يختلف باختلاف هذه الحالات والصور، فهناك حالات وهي تشكل الغالبية تجد أساسها في نص القانون المتمثل بقاعدة الإسناد، وحالات أخرى تجد أساسها بمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا.

---

[١]– نصّت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا)، ويقابلها في القانون المدني المصري نص المادة (٢٤) والتي جاء فيها(تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص).

[٢]– ومن المسائل التي لم يورد لها المشرع العراقي قاعدة إسناد خاصة بها مسألة إثبات الزواج ومسألة الخطبة و مسألة شكل الوصية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للإسناد المركب

يتخذ الإسناد المركب طبيعته القانونية من طبيعة قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، وبالنظر لكون قاعدة التنازع التي تتضمن أسلوب الإسناد المركب هي قاعدة إسناد، لذلك فإن السمات التي تثبت لقاعدة الإسناد التقليدية هي ذاتها تثبت لها، لذلك فهي قاعدة ذات طابع غير مباشر لا تنطبق على النزاع المعروض على القاضي، بل تشير فقط إلى القانون المختص في شأن هذا النزاع[١]، وإنها ذات طبيعة ثنائية أو مزدوجة، فالقانون الذي ينتج عن إعمالها قد يكون قانوناً وطنياً للقاضي المعروض عليه النزاع وقد يكون قانوناً أجنبياً عن قانون القاضي، وهذا الطابع المزدوج الذي تتصف به يرجع إلى طبيعة وظيفتها في اختيار أنسب وأفضل القوانين التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة للأفراد[٢]، كما إنها قاعدة ملزمة يطبقها القاضي من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب من الخصوم [١].

---

[١]– د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص(الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية– تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص٨.

[٢]– د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م، ص٢٥، غير إن فريقاً من الفقه نادى بوجوب أن تكون قاعدة الإسناد أحادية الجانب، بمعنى أن تقتصر على بيان حالات تطبيق القانون الوطني فقط ولا تتعدى إلى بيان حالات تطبيق القانون الأجنبي، إذ ليس لأي دولة أن تحدد اختصاص قانون دولة أخرى أجنبية لا يكون فيها لهذه الأخيرة إرادة في تطبيق هذا القانون، فقواعد الإسناد تهدف بالدرجة الأولى إلى التوسع في تطبيق القانون الوطني على حساب القوانين الأجنبية، و إن تنازع القوانين يستند في إنه تنازع بين السيادات للدول المختلفة ودون الأخذ بنظر الاعتبار لطبيعة العلاقة القانونية و وجوب إسنادها إلى القانون الملائم لحكمها، للمزيد=

نخلص مما سبق، أن الطبيعة القانونية التي تثبت لقاعدة الإسناد التقليدية ذات الأسلوب البسيط من كونها قاعدة غير مباشرة وذات طبيعة ثنائية أو مزدوجة وإنها ملزمة تنسحب كذلك لقاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب ومن ثم تثبت للإسناد المركب الذي تتضمنه، بالنظر لكون الإسناد المركب هو أسلوب أو منهج يتعلق بضابط الإسناد، وهذا الأخير يكون مع الفكرة المسندة ما يسمى بركن الفرض في قاعدة الإسناد، لذلك فمن الطبيعي أن تكون طبيعته من طبيعة القاعدة التي تشتمل عليه.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو إذا كانت السمات العامة التي تشكل الطبيعة القانونية لقاعدة الإسناد التقليدية ذات الأسلوب البسيط هي ذاتها تثبت لقاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب، فما هي الفروق أو السمات التي تثبت لقاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب والتي تجعلها ذات طبيعة مغايرة عن طبيعة قواعد الإسناد التقليدية ذات الأسلوب البسيط؟

=حول هذا الموضوع ينظر تفضلاً، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٠٩، و د. عباس العبودي، المصدر سابق، ص٢٥.

(١)- إن مسألة الزامية قاعدة الإسناد لم يكن محلاً لإجماع الفقه، حيث ظهر اتجاهين في الفقه بخصوص مدى الزامية قاعدة الإسناد: فثمة اتجاه يذهب إلى القول بأن قاعدة الإسناد ذات طبيعة اختيارية، فالقاضي لا يلتزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه و إنما يجب عليه تطبيقها عندما يتمسك بها الخصوم صراحة، في عرض هذا الاتجاه ينظر، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣١٣، في حين يذهب اتجاه آخر وهو الاتجاه الراجح في الفقه، إلى إن قاعدة الإسناد ذات طبيعة ملزمة وإن القاضي يقوم بإعمالها من تلقاء نفسه مراعاة للهدف والوظيفة منها، ذلك لأن قواعد الإسناد تهدف إلى تطبيق أنسب وأصلح القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقاً للسياسة التي يرمي إليها المشرع الوطني، كما إن وظيفة قاعدة الإسناد تسبغ عليها طابعاً الزامياً، إذ تتلخص هذه الوظيفة بتحقيق التعايش المشترك بين النظم المختلفة، ولتحقيق هذا التعايش المشترك يقوم المشرع الوطني بوضع القواعد الكفيلة بتحديد مجال تطبيق النظم القانونية، في عرض هذا الاتجاه ينظر، د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص٢٧، و د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٢١.

للإجابة نقول إن الاختلاف بين قاعدة الإسناد التقليدية وقاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب يكمن في الغرض أو الهدف في كل منهما، فالغرض يكون في قاعدة الإسناد التقليدية ذات الأسلوب البسيط هو تركيز العلاقة في نظام قانوني معين، فهي تقوم بتحديد القانون المختص بعد تركيزها للعلاقة تركيزاً موضوعيا، وتكون خالية من أي هدف أو مضمون موضوعي، فهي ذات طبيعة تركيزية بحتة، لذلك تسمى بقاعدة الإسناد ذات الطبيعة التركيزية البحتة[١]، في حين يكون الغرض من قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب هو تركيز العلاقة وتحقيق نتيجة مادية معينة، لذلك تكون قاعدة ذات طبيعة مزدوجة، فهي ذات طبيعة تركيزية موضوعية في ذات الوقت، فهي تبقى قاعدة تركيزية، لأنها لا ترشح لحكم المسألة محل التنازع أي قانون يكون من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة الموضوعية التي يتوخاها المشرع، ولكنها ترشح لذلك عدداً من القوانين التي ترتبط بالمسألة محل التنازع، وهي قاعدة ذات طبيعة موضوعية إلى جانب طبيعتها التركيزية، ذلك لأنها تهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة، بحيث إن هذا القانون أو ذاك المرشح لحكم المسألة محل التنازع لن ينعقد له الاختصاص بصفة نهائية إلا إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة المادية[٢]، لذلك تسمى بقواعد الإسناد ذات الطابع المادي، حيث إن عقد الاختصاص لقانون ما لا ينعقد على اعتبارات التركيز فقط، بل يستند بالإضافة إلى هذه الاعتبارات بالبحث المسبق في مضمون القانون[٣].

وبعد أن تبين لنا، أن طبيعة الإسناد المركب هو من طبيعة قاعدة الإسناد التي تحتويه أو تشتمل هذا الأسلوب من أساليب الإسناد ، فإنه قد يتبادر إلى الذهن ثمة تساؤل مفاده، هل يستطيع

---

[١] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ٣٠١.

[٢] – د. أحمد محمد الهواري، المصدر نفسه، ص ٣٠٢.

[٣] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٩٧.

الأفراد الاتفاق على مخالفة قواعد الإسناد المركب، بعبارة اخرى، هل تعدّ قواعد الإسناد المركب قواعد آمرة أم مكملة ؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نقول إن قواعد الإسناد المركب هي قواعد متعددة سواء من حيث المواضيع التي تناولتها أو من حيث الصور التي وردت فيها، الأمر الذي يوجب اختلاف بعضها عن البعض الآخر من حيث الطبيعة الآمرة أو المكملة، فهناك صورتي الإسناد الموزع والجامع، الواردان في إسناد الشروط الموضوعية[١]، فلا خلاف حول الطبيعة الآمرة للقاعدة التي تحكم الشروط الموضوعية، نظراً لاعتبار الشروط الموضوعية حجر الأساس في عقد الزواج في جميع الأنظمة القانونية فهي أحد العناصر الجوهرية التي تضفي على عقد الزواج شرعية وتمنحه قوة النفاذ اللازمة لترتيب آثاره القانونية، وهذه الأهمية للشروط الموضوعية متأتية من تأثر أغلب التشريعات في تنظيمها للزواج بالمفاهيم والأفكار الأساسية السارية في مجتمعاتها والتي تستمدها من أصولها الدينية والاخلاقية والاجتماعية والمثُل العليا، مما دفع التشريعات واعترافاً منها بخطورة الدور الذي تمارسه الشروط الموضوعية إلى إقرارها ضمن طائفة الحقوق الخاصة ذات العلاقة بالنظام العام، والتي تكون محمية بقواعد آمرة غير قابلة للانتهاك أو الخرق حتى بالنسبة للقواعد الأجنبية التي تكون واجبة التطبيق بموجب قاعدة الإسناد[٢]، فضلاً عن ذلك، إن الزواج بمفهومة العام يعد من العلاقات التي تعقد بين الأفراد بتوافق إرادة العاقدين(الزوج والزوجة)، غير إنه يختلف عن بقية عقود القانون الخاص من حيث تعذر التحلل من قواعده باتفاق خاص بين الزوجين أو استبعادها وفقاً لمبدأ

---

[١]– ينظر نص المادة (١٩) الفقرة(١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٢) من القانون المدني المصري .

[٢]– د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.

سلطان الإرادة، فالمشرع في كل دولة يحمي نظام الزواج بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها[١]،

وفضلاً عن ذلك، توجد صور أخرى للأسناد المركب، هي صورة الإسناد التخييري، التي وردت بصورة واضحة في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج[٢]، فهذه الصورة اختلف الفقه حول طبيعتها القانونية، إذ ذهب رأي في الفقه[٣]، إلى أن هذه القاعدة تُعدّ من القواعد الآمرة ، وإن التسلسل الوارد فيها هو تسلسل ملزم يبدأ بضابط محل الإبرام والذي يشكل القاعدة العامة ثم بعد ذلك بقية الضوابط الأخرى التي أشارت إليها قاعدة الإسناد المذكورة.

في حين يذهب غالبية الفقه[٤]، إلى أن هذه القاعدة هي قاعدة مكملة، وهذا الطابع المكمل للقاعدة يرتكز على الهدف من تقريرها والذي يتمثل بالتيسير على المتعاملين، وطالما كان الهدف منها كذلك، فإن ذلك يقتضي أن لا يكون لهذه القاعدة أي طبيعة آمرة.

ونحن نرجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني من إن قاعدة الإسناد التخييرية التي تحكم الشكل هي قاعدة مكملة، ذلك لعدم تعلق هذه القاعدة بالنظام العام هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى

---

[١]– د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين– تنازع الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٣م، ص١٧٢.

[٢]– ينظر نص المادة(١٩) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٠) من القانون المدني المصري، والمادة(١٧٠) من القانون المدني الفرنسي.

[٣]– محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٢٥٦.

[٤]– د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين– تنازع الهيئات– تنازع الاختصاص)، مطبعة الهلال، بغداد، ١٩٤٩م، ص٢٠٢، د .أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٥٦١، د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص٣٣٠، د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص٣٣٧.

إن الصياغة اللفظية للنص توحي إن المشرع ساوى بين جميع الأشكال التي وردت في النص ومن ثم فإنه يمكن إتباع الشكل المقرر في هذا القانون أو تركه وإتباع الشكل المقرر في القانون الآخر وهذا ما لا يمكن أن ينطبق على القواعد الآمرة .

وأخيراً، هناك صورة الإسناد المركب الاحتياطي والتي وردت بصورة واضحة في قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية[١]، فهذه القاعدة لا خلاف حول طبيعتها المكملة؛ ذلك لأن الأحكام التي وردت فيها وضعت لتكملة إرادة الأفراد عند عدم اتفاقهم على حكم المسألة المعنية، فإذا تصدت الإرادة لوضع الحكم أستبعد تطبيق القاعدة القانونية، كما أنها تضمنت نفسها تصريحاً بصفتها المكملة من خلال نصها على جواز الاتفاق على خلافها[٢].

نستنتج من جميع ما تقدّم، أن قواعد الإسناد المركب هي قواعد ثنائية الطبيعة، فبعض قواعده ذات طبيعة آمرة، والبعض الآخر ذات طبيعة مكملة، وهذا الطابع الثنائي يرجع إلى تعدد واختلاف المواضيع التي أتبع المشرع فيها أسلوب الإسناد المركب، فبعضها ما اتصل بالنظام العام فجاءت قواعده آمرة، وبعضها الآخر ما لم يكن كذلك فجاءت قواعده مكملة.

---

[١]– ينظر نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة(١٩) من القانون المدني المصري.

[٢]– حيث يذهب الفقه القانوني إلى إن القاعدة المكملة هي القاعدة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وإن من معايير التمييز بينها وبين القاعدة الآمرة ، معيار لفظي بأن تتضمن القاعدة تصريحاً بصفتها المكملة بالنص على جواز الاتفاق على عكسها، ذهب الى ذلك، د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص٥٧، و، د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٦م، ص١٤٩، و، د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون(المدخل الى القانون– نظرية الالتزامات)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص٦٨ و٦٩.

الفصل الثاني

تطبيقات الإسناد المُركَب في مسائل تنازع القوانين

يعدّ القانون الدولي الخاص موضوعاً حديثاً نسبياً مقارنة مع باقي فروع القوانين الأخرى، وهو متميز عن باقي القوانين، حيث لا يسري إلا على مسائل الأشخاص الخاصة في العلاقات ذات الطابع الدولي، وتتمثل موضوعات القانون الدولي الخاص في خمسة موضوعات هي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

وعلى الرغم من تعدد موضوعات القانون الدولي الخاص، فقد أقتصر دور الإسناد المركب على موضوع تنازع القوانين، لأن الإسناد المركب هو منهج أو أسلوب من أساليب الإسناد يتعلق بضابط الإسناد الذي يعد الركن الثاني من الأركان الداخلية لقاعدة الإسناد التي مهمتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق.

وعلى الرغم من أن موضوع تنازع القوانين هو الميدان الحقيقي الذي يبرز فيه دور الإسناد المركب، فأنه لا يشكل القاعدة العامة في الإسناد، فأغلب موضوعات تنازع القوانين تم إسنادها باعتماد أسلوب الإسناد البسيط، في حين أقتصر الإسناد المركب على مسائل محددة من مسائل تنازع القوانين، تحقيقاً لاعتبارات عملية وقانونية وبما ينسجم مع السياسة التشريعية التي يبتغيها المشرع من اعتماد هذا الأسلوب، عليه ومن أجل الوقوف على دور الإسناد المركب في مسائل تنازع القوانين، سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين، ندرس في المبحث الأول دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية، ونبين في المبحث الثاني دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات.

المبحث الأول

دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية

تعدّ مجالات الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية الميدان الحقيقي ألذي يبرز فيه دور الإسناد المركب في مسائل تنازع القوانين، غير أن دور الإسناد المركب في هذين المجالين ليس على نسقٍ واحد، بل يكون متفاوتاً ومختلفاً، ففي مجال الأحوال الشخصية يكون دور الإسناد المركب محدوداً وقاصراً، فأغلب موضوعات الأحوال الشخصية كالأهلية و النفقة ومسائل النسب والبنوة والميراث والوصية تم إرسائها باعتماد الإسناد البسيط، في حين أن الإسناد المركب أقتصر فقط على إرساء الشروط الموضوعية والشكلية للزواج.

وعلى عكس ما تقدم، يؤدي الإسناد المركب الدور الجوهري في إرساء الالتزامات التعاقدية سواء من ناحية الموضوع أو الشكل فيها، لذلك ومن أجل الوقوف على هذا الدور سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في المطلب الأول دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية، ونخصص المطلب الثاني لبيان دور الإسناد المركب في مجال الالتزامات التعاقدية.

المطلب الأول

دور الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية

إن الدور الذي يؤديه الإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية في مسائل تنازع القوانين هو دورٌ قاصرٌ ومحدود؛ ذلك لأنه يقتصر على إسناد مسألة محددة من موضوعاتها وهي مسألة شروط انعقاد الزواج، فالمجال الخصب للإسناد المركب في مجال الأحوال الشخصية في مسائل تنازع القوانين يكون في مسألتي شروط انعقاد الزواج الموضوعية والشكلية، لذلك ومن أجل الإحاطة

بهذا الدور والوقوف عليه من كافة الأوجه، سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج، ونخصص الفرع الثاني لبيان دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج.

الفرع الأول

دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج

تعدّ الشروط الموضوعية حجر الأساس في عقد الزواج في جميع الأنظمة القانونية بوصفها أحد العناصر الجوهرية التي تضفي على عقد الزواج صفة شرعية وتمنحه قوة النفاذ اللازمة لترتيب آثاره القانونية[١]، وتُعرف الشروط الموضوعية للزواج بأنها ما يلزم لإبرام عقد الزواج، وتخلفها يؤدي إلى عدم انعقاده أو وجوده مع إمكانية إبطاله، لاتصالها بالأركان التي يقوم عليها عقد الزواج[٢]، وتتوزع هذه الشروط على أربعة أنواع هي:

١- شروط الانعقاد

هذه الشروط تتعلق بأركان العقد فإذا ما تخلفت كان العقد باطلاً، وتشمل الشروط التي تتعلق بالعاقدين بأن يكونا مميزين، و أن تحل المرأة للرجل بأن لا تكون محرمة عليه حرمة مؤبدة كالأم والأخت و البنت، وشروط تتعلق بصيغة الإيجاب والقبول، كاتحاد مجلس الإيجاب والقبول، ومطابقة الإيجاب للقبول[٣].

---

[١]- د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.

[٢]- د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٢٨١.

[٣]- د. يونس صلاح الدين علي، المصدر نفسه، ص٣٢٨.

٢- شروط الصحة

هذه الشروط يتوقف عليها صحة العقد بعد انعقاده، وليست شرطاً لتحقق أركانه كشرط حضور الشاهدين[١]، رغم أن هذا الشرط حسب رأي الفقه[٢]، يعدّ شرطاً شكلياً لا موضوعياً؛ لأن الأصل في العقود الرضائية، وإن ما يجاوز الرضا في العقد فهو شكل.

٣- شروط النفاذ

هذه الشروط يتوقف عليها نفاذ العقد إذ إن انتفائها يجعل العقد موقوفاً غير نافذ حتى يتم إجازته ممن له الحق في ذلك، كشرط الولاية لمن يتولى إبرام العقد، فمن يتعاقد باسمه يجب أن يكون أهلاً، ومن يتعاقد باسم الغير يجب أن تكون له سلطة النيابة[٣].

٤- شروط اللزوم

تعدّ من الشروط الموضوعية للزواج، وتشمل هذه الشروط الكفاءة المتوفرة في الزوج، وما يتعلق بالمهر وضرورة تعادله مع مهر المثل[٤].

وتجدر الإشارة إلى أن دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج يظهر من خلال إخضاعها لأكثر من قانون، إذ يقوم هذا الأسلوب في إسناد الشروط الموضوعية للزواج على

---

[١]- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص١٩٥..

[٢]- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص٢١١، د. هشام صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص٢٧٥.

[٣]- د. هشام صادق، د. حفيظة السيد الحداد، المصدر نفسه، ص٢٧٥.

[٤] - د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣م، ص٢٦٩.

ضابط إسناد واحد غير إنه يشير إلى تطبيق أكثر من قانون في الوقت نفسه، وعليه فأن هذا الأمر من شأنه أن يراعي الأهمية التي تحتلها الشروط الموضوعية للزواج، إذ تعد هذه الشروط حجر الأساس في عقد الزواج في جميع الأنظمة القانونية وتتأثر في تنظيمها بالمفاهيم والأفكار الأساسية السارية في مجتمعاتها والتي تستمدها من أصولها الدينية والأخلاقية والاجتماعية والمثُل العليا.

ويلاحظ أن النظم القانونية التي اعتمدت الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية قد انقسمت إلى فريقين بصدد نوع الضابط المعتمد والذي يشير إلى تطبيق أكثر من قانون على شروط الزواج الموضوعية، إذ يذهب الفريق الأول، إلى اعتماد ضابط الجنسية لكلا الزوجين في إسناد الشروط الموضوعية، ومن القوانين التي تعتمد ذلك القوانين العربية[١]، والقانون الألماني[٢]، بينما اعتمد الفريق الثاني على ضابط الموطن في إرساء الشروط الموضوعية للزواج، ومن القوانين التي اعتمدت ضابط الموطن، القانون الإنكليزي وقوانين الدول الاسكندنافية[٣]

وفضلاً عن ذلك، فإن بعض النظم القانونية لم تراعِ الأهمية التي تحتلها الشروط الموضوعية، ولم تأخذ بالحسبان المزايا التي يحققها أسلوب الإسناد المركب في إرساء هذه الشروط، بل راعت فقط وحدة القانون المطبق على هذه الشروط، فاعتمدت في إرساء هذه الشروط على

---

[١]– المادة(١٣) مدني سوري لسنة ١٩٤٩م، والمادة(٣٦) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م، والمادة (١١) من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥م، والمادة(١/١٣) من القانون المدني الأردني لسنة١٩٧٦م، والمادة(١/١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٨٥م، والفصل(٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ١٩٩٨، والمادة(١٣) من القانون المدني القطري.

[٢]– المادة (٢٨٤٥) من القانون المدني الالماني لسنة ١٩٨٦م.

[٣]– نقلاً عن، رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق، مستغانم، الجزائر، المجلد(٤)، العدد(١)، ٢٠١٦م، ص١٠٩.

أسلوب الإسناد البسيط الذي يقوم على ضابط إسناد واحد يشير إلى تطبيق قانون واحد، ومن هذه التشريعات، قوانين الولايات المتحدة الامريكية، والارجنتين وغواتيمالا ونيكاراغوا، إذ تخُضع هذه التشريعات الشروط الموضوعية للزواج لقانون محل إبرام الزواج[١].

ويلاحظ أن كلاً من المشرعين العراقي والمصري[٢]، قد راعو الأهمية التي تحتلها الشروط الموضوعية للزواج، وأخذوا بنظر الاعتبار المزايا التي يحققها الإسناد المركب في إرساء هذه الشروط، وذلك من خلال تبنيهما الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج ورجحا ضابط الجنسية في هذه المسألة[٣]، ويرجع سبب ترجيح المشرع الوضعي في العراق ومصر لضابط الجنسية في إسناد الشروط الموضوعية للزواج، إلى إن الإسناد الداخلي في مسائل الزواج في هذه الدول هو إسناد ديني يقوم على تعدد نظم الزواج بينما لا يكون للدين من أثر في القوانين الشخصية للأجانب المتوطنين، فضلاً عن ذلك، إن المشرع

---

[١]– نقلاً عن، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، بدون ذكر سنة النشر ، ص٢٢٥.

[٢]– إن القضاء المصري قد تبنى أسلوب الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج، قبل أن تتقرر القاعدة بنص القانون، وهو ما يبدوا واضحاً من خلال الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلط في ١١/ يونيو /١٩١٣م، والتي تتلخص وقائعها في إن سيدة مسلمة تدعى (صالحة هانم)، والتي كان محجوراً عليها من المجلس الحُسبي في مصر، قد تزوجت في أحدى الكنائس الروسية من روسي مسيحي أرثوذكسي المذهب بعد اعتناقه البروتستانتية ليتمكن من الزواج؛ لأن مذهبه الأول لا يجيز له الزواج من مسلمة، وقد أقرت المحكمة بأن الزواج يعد صحيحاً وفقاً للقانون الروسي وهو قانون بلد الزوج وقانون دولة إبرام عقد الزواج، كما تبين إن الزوجة قد اكتسبت الجنسية الروسية بالزواج وفقاً للقانون الروسي، وقد قضت المحكمة ببطلان هذا الزواج؛ لأن قانون الزوجة لا يجيزه واعتبرت الزوجة لا تزال مصرية، لأن الزواج الباطل لا يكسبها الجنسية الروسية، الحكم مقتبس من ، د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٣٠٠.

[٣]– ينظر، نص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(١٢) من القانون المدني المصري.

الوطني لا ينشغل بالاهتمام بمصالح الأجانب بقدر انشغال المشرع في الدولة التي ينتمون إليها، فالقوانين التي يصدرها الأخير أقرب إلى تحقيق العدالة لهم، وتلافي تغيير المركز القانوني للأسرة التي ستنشأ بتنقلها من دولة إلى أخرى[١].

وجدير بالذكر، أن المشرع العراقي قد تعرض للشروط الموضوعية للزواج وذلك في المادة (١/٦)، من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والتي نصّت على أنه (١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول. ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج. جـ – موافقة القبول للإيجاب. د – شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج. هـ – أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة).

وتجدر الإشارة، إلى أن النص المذكور قد تعرض للنقد – وبحق- من قبل جانب من الفقه العراقي[٢]، وذلك من ناحيتين:

الأولى: إن هذه المادة لم تشر إلى شروط النفاذ واللزوم وركزت فقط على شروط الانعقاد والصحة، كما إنها لم تشر إلى كل شروط الانعقاد والصحة . أما الثانية: إن هذه المادة ساوت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، إذ جعلت العقد باطلاً بتخلف شرط من شروط أي منهما، مع إن

---

[١]- للمزيد ينظر تفضلاً، د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٥و ٥٦.

[٢]- د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوارث، كربلاء، ٢٠٢٠م، ص٢٣، د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م، ص٤١.

هذا غير صحيح، لأن تخلف شروط الانعقاد يؤدي إلى بطلان العقد، بينما تخلف شروط الصحة يؤدي إلى فساد العقد.

ويمكن أن نضيف إلى الانتقادات السابقة، إن نص المادة(٦) جمع شروط الزواج الموضوعية والشكلية ولم يفرق بينهما، وبناءً على ذلك، نقترح على المشرع العراقي تعديل النص المذكور على نحو يتضمن جميع الشروط الموضوعية للزواج مع وجوب التفرقة في حكم تخلف كل شرط منها، فضلاً عن إيراد فقرة تتضمن شروط الزواج الشكلية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد تناول الشروط الموضوعية للزواج بشكل تفصيلي، إذ قسمها إلى ثلاث طوائف، أطلق على الطائفة الأولى منها تسمية الشروط الطبيعية للزواج، وتشمل هذه الطائفة شرط اختلاف جنسي الزوجين، وبلوغ كل منهما السن القانوني للزواج، بحيث يكون الرجل بلغ (١٨) عاماً على الأقل، و أن تكون المرأة بلغت (١٥) عاماً على الأقل، ويجوز لرئيس الدولة تخفيض سن الزواج لاعتبارات موضوعية وبشروط معينة، كما تشمل هذه الطائفة شرط السلامة الطبية للزوجين من خلال فحص طبي يثبت سلامتهما قبل إبرام الزواج[١]، أما الطائفة الثانية من الشروط الموضوعية فيطلق عليها بالشروط ذات الطبيعة العقدية، وتشمل شرط رضاء الزوجين، حيث يجب عليهما التعبير عن هذا الرضا أمام الموثق لحظة إبرام الزواج، وفي حالة انعدام الرضا أو وجود عيب فيه يترتب على ذلك بطلان الزواج أو قابليته للإبطال حسب مقتضى الحال، وإذا كان الزوجان أو أحدهما قاصراً، فيجب الحصول على رضا الوالدين، وفي حالة عدم وجود الوالدين أو

---

(1) - Emmanuel verge, Georges Ripert, Suzanne dalligny, nouveau répertoire, de droit, troisième, Dalloz, paris, juris prudence générale, Dalloz, 1949, p47.

وجودهم مع عدم قدرتهم على التعبير عن إرادتهم، فقد أوجب القانون الفرنسي الحصول على رضا الأقارب، وإذا كان الزوجان أو أحدهما يعمل في القوات المسلحة أو في السلك الدبلوماسي الفرنسي فيجب في هذه الحالة الحصول على موافقة الجهة الإدارية التي يعمل لديها[١]، ويطلق على الطائفة الثالثة من الشروط الموضوعية بالشروط الأخلاقية، وتشمل هذه الشروط موانع الزواج، إذ لا يجوز إبرام زواج جديد ما دام أحد الزوجين مرتبطاً بزواج سابق أو اثناء عدة المرأة المترتبة على انتهاء زواج سابق بالانفصال أو وفاة الزوج[٢].

هكذا يتبين من ما سبق، أن المشرع الفرنسي وعلى خلاف المشرع العراقي قد بين شروط الزواج الموضوعية بشيء من التفصيل، وهذا الأمر لم نجده لدى المشرع العراقي الذي لم يكن موفقاً في بيان هذه الشروط ولا حكم تخلف شرط منها، ونعتقد إن السبب في ذلك يكمن في إن المشرع العراقي قد اعتمد في إكمال هذه الشروط على مصدر آخر غير النص القانوني يرجع إليه القاضي عند فقدان النص أو عدم كفايته، يتمثل هذا المصدر بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، وهو ما لا نجده في القانون الفرنسي[٣].

وعلى الرغم من الأهمية التي تحتلها الشروط الموضوعية للزواج في القانون الفرنسي الذي تعرض لهذه الشروط بشكل مفصل، فإن هذا القانون لم يحدد أسلوب الإسناد المتبع في إرساء الشروط الموضوعية للزواج؛ ذلك لأنه لم يضع قاعدة إسناد صريحة تحكم هذه المسألة، الأمر الذي

---

(1) - Emmanuel verge, Georges Ripert, Suzanne dalligny, op.cit., p48,51

(2)– Emmanuel verge, Georges Reppert, Suzanne dalligny, op.cit., p 52.

(٣)– نصت المادة (٢/١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على إنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .)

جعل جانب من الفقه الفرنسي[١]، يقترح اعتماد الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج، وذلك عن طريق إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين بالاستناد الى نص المادة(٣) فقرة(٣) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل، والتي نصت على أنه (القوانين الشخصية التي تحكم الاشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين و لو أقاموا في الخارج)[٢]، وبما أن فرنسا تعدّ من الدول التي ينهض فيها القضاء بخلق قواعد الإسناد، لذلك نجد أن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية في حالة إبرام الزواج في فرنسا وكان الزوجان يحملان ذات الجنسية، بينما طبق قانون موطن الزوجية في حالة اختلاف جنسية كل من الزوجين، مسايرة لمبدأ المساواة بين الزوجين[٣].

استخلاصاً لما سبق، يتضح لنا الدور الذي يؤديه الإسناد المركب في إرساء الشروط الموضوعية للزواج، فهذا الأسلوب الذي يوجب إعمال قانون كل من الزوجين في ذات الوقت باعتماد ضابط الموطن أو الجنسية، يعدّ أكثر ملائمة ويتناسب مع الأهمية التي تحتلها الشروط الموضوعية للزواج في الدول المختلفة أكثر من أسلوب الإسناد البسيط، وتتبني وجهة النظر هذه، على أن الزواج يؤدي إلى نشوء رابطة قانونية جديدة بين شخصين مستقلين ومنفصلين عن بعضهما البعض، عليه فمن البديهي، أن يؤخذ بالحسبان عند انشاء هذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين اللذين يرغبان

---

(1)– Gutmann Daniel, droit international privé, Dalloz, 2002, p143.

(٢)– نصت المادة (٣) فقرة(٣) من القانون المدني الفرنسي على إنه: (Les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes régissent les Français, même ceux résidant à l'étranger des pays)

(3) – loussouarnyvon , bourle pierre, droit international privé, Dalloz, 7eme édition, 2001,p353

الدخول في هذه العلاقة، أضف إلى ذلك، إن إعمال قانون كل من الزوجين يعدّ تجسيداً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك المبدأ الذي أقرته النظم القانونية منذ القدم، لهذه الأسباب نؤيد الأخذ بأسلوب الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج.

الفرع الثاني

دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج

في مستهل الحديث عن دور الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج، لا بد من التنويه، إلى أن قانون القاضي المعروض أمامه النزاع يعدّ المرجع في تحديد المقصود بالشروط الشكلية وما يدخل فيها وما يخرج عنها[١]، وتعرف الشروط الشكلية للزواج بأنها الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة، والأوضاع اللازمة لإثبات التصرف وعلانيته[٢]، والأصل أن الزواج عقد يقوم على التراضي ولا يلزم لوجوده أي شكلية سوى ما تحقق به من علانية وإشهار، غير أن القوانين الوضعية وتحت تأثير الاعتبارات الدينية غالبا ما تشترط عدة أمور جعلت من الزواج تصرفاً شكلياً[٣]، ويعدّ من الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والنشر عن الزواج، والمعارضات التي تقدّم فيه، وإشهار الزواج وشهوده وتحرير عقده وإثباته[٤].

---

[١]- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة مولاي الطاهر، العدد(٤) ،سعيدة، الجزائر، ٢٠١١م، ص٢٤٠.

[٢]- د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي- تنازع القوانين- الآثار الدولية للأحكام –التحكيم الدولي الخاص)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص١٣١.

[٣]- د. جمال الدين محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٨٣.

[٤] - د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٣م، ص٧٠.

وبالرجوع إلى دور الإسناد المركب في إسناد الشروط الشكلية للزواج، فإن هذا الدور يظهر في إسناد هذه المسألة من خلال إخضاعها إلى أكثر من قانون بالاستناد إلى أكثر من ضابط، حيث يجعل هذا الأسلوب، من قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج قاعدة مكملة اختيارية يمكن اختيار واحد من القوانين التي تشير إليها ، ومن ثم إبرام الزواج شكلاً وفقاً له، ولا شك أن من شأن ذلك أن ييسر على طرفي عقد الزواج، فضلاً عن ذلك أنه يؤدي إلى تصحيح عقود الزواج والتقليل من حالات بطلانها، وهذا الأسلوب قد اعتمدته العديد من النظم القانونية كأحد طرق الإسناد في قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج، من هذه القوانين، القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩م، والقانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩م، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧م[١]، وغيرها.

في حين تذهب بعض التشريعات إلى إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام الزواج، وفقاً لأسلوب الإسناد البسيط، ويجعل من قاعدة محل الإبرام قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها وإخضاع الزواج من حيث الشكل إلى قانون آخر غير القانون المذكور، ومن النظم القانونية التي تبنت هذا الأسلوب، قوانين الولايات المتحدة الامريكية، وكندا، واستراليا، وإنجلترا، واليابان، والدنمارك[٢].

---

[١]- نقلاً عن، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ٢٨٥.

[٢]- نقلاً عن، سالم حماد الدحدوح، القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي وتطبيقه على عقد الزواج المختلط، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، ٢٠١٢م، ص١٢٩.

لكن يبقى التساؤل المطروح، هل يعد الإسناد المركب هو الأسلوب المعتمد في إرساء الشروط الشكلية في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ؟، إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي بيان موقف كل قانون من القوانين محل المقارنة على انفراد.

فبالنسبة للقانون العراقي، نجد أنه تبنى الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج جرياً على ما ذهبت إليه معظم النظم القانونية، وهو ما يبدو واضحاً من خلال نص المادة (١/١٩)، من القانون المدني والتي نصت على إنه(.....أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين او ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).

فالمشرع العراقي قد أعتدّ في إرساء الشروط الشكلية بقانونين هما، قانون محل إبرام الزواج، وقانون جنسية الزوجين، ومن المتصور أن يتم إبرام الزواج في العراق سواء أكان بين أجنبيين أم بين أجنبي وعراقي، أو قد يتم إبرام الزواج في خارج العراق و سواء أكان بين أجنبيين أم بين أجنبي وعراقي، لذلك نكون أمام فرضين:

الفرض الأول: إبرام الزواج في العراق

في هذا الفرض يكون للزوجين الخيار في إخضاع شكل الزواج وفقاً لأسلوب الإسناد المركب، إما لقانون محل الإبرام وهو القانون العراقي أو إخضاعه لقانون جنسيتهما، فإذا إخضع شكل الزواج للقانون العراقي بوصفه قانون محل الإبرام، في هذه الحالة يفرق بين ما إذا كان الزوجان من المسلمين أو من ديانة أخرى، فإذا كانا من المسلمين فيتم إبرام زواجهما من قبل القاضي الشرعي

سواء أكانا من الأجانب أم كان أحدهما أجنبياَ والآخر عراقياً، كذلك الحال إذا كان أحدهما مسلماً والآخر مسيحياً أو يهودياً[١].

أما إذا تعلق الأمر بزواج مسيحيين وسواء أكانا أجنبيين أم كان أحدهما أجنبياً والآخر عراقياً، ففي هذه الحالة لا بدّ من إتمام مراسيم الزواج لدى الكنيسة ثم بعد ذلك يتم تسجيل العقد لدى محكمة المواد الشخصية المختصة، ولا يجوز الاكتفاء بتسجيل العقد لدى المحكمة فقط، حيث لا ينتج مثل هذا التسجيل أي أثر قانوني وفقاً للقانون الكنسي نظراً لعدم إجراء مراسيم الزواج لدى الكنيسة[٢].

أما إذا لم يرغب الزوجان اللذين أبرما زواجهما في العراق في إخضاعه شكلاً للقانون العراقي بوصفه قانون محل الإبرام، ففي هذه الحالة حتى يكون زواجهما صحيحاً من الناحية الشكلية يتوجب عليهما إتباع الشكل المقرر في قانون جنسيتهما، حيث يطبق قانون الجنسية المشتركة في حالة إذا كان الزوجان من دولة واحدة، أما إذا كانا من دولتين مختلفتين، ففي هذه الحالة يجب إبرام الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانون جنسية الزوج، و وفقاً للشكل المقرر في قانون جنسية الزوجة[٣].

الفرض الثاني/ إبرام الزواج خارج العراق

---

[١] – د. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة في الدول التالية(ليبيا– الجزائر– سوريا– المغرب– العراق– الاردن– الكويت– الإمارات– اليمن– لبنان– السودان– فلسطين– إنكلترا– فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص١٤١.

[٢]– فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز، ط٢، دار واسه، لندن، ١٩٨٦م، ص٦٠.

[٣]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧م، ص٢٩٢.

كذلك في هذا الفرض للزوجين سواء أكانا أجنبيين أم كان أحدهما أجنبياً والآخر عراقياً، وفق قاعدة الإسناد العراقية التي تحكم شكل الزواج الخيار في إخضاع الزواج أما لقانون محل الإبرام أو لقانون جنسيتهما، غير أنه في حالة إبرام الزواج وفقاً لقانون الجنسية وكان الزوجان من جنسيتين مختلفتين، يجب إبرام الزواج وفق قانون جنسية الزوج، و وفق قانون جنسية الزوجة.

أما فيما يتعلق بموقف القانون المصري من أسلوب الإسناد المعتمد في إرساء الشروط الشكلية للزواج، نجد أنه على عكس المشرع العراقي لم ينص على قاعدة إسناد تحكم شكل الزواج، وإزاء هذا الفراغ التشريعي بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، نجد إن الفقه المصري قد اختلف في تحديد هذا القانون.

فذهب جانب من الفقه المصري[1]، إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج يكون وفقاً للاتجاهات السائدة في القانون المقارن وليس وفق المادة (٢٠)؛ ذلك لأن نص المادة المذكور ورَد موضعه بين النصوص التي تضم تنازع القوانين في مواد الأحوال العينية والتصرفات القانونية، الأمر الذي يجعل النص موجه ليحكم شكل العقود في نطاق المعاملات المالية وليس علاقات الأحوال الشخصية ومنها الزواج.

[1]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص٢٧٩ وما بعدها، نقلاً عن، د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٣١٠.

في حين يذهب غالبية الفقه المصري[1]، إلى أن شكل الزواج يخضع لحكم المادة(٢٠)، والمتعلقة بشكل التصرفات القانونية بشكل عام والتي تضمنت أربعة ضوابط مركبة هي، قانون محل الإبرام، والقانون الذي يحكم الموضوع، وقانون الموطن المشترك، وقانون الجنسية المشتركة، باعتبار أن هذا النص يخضع لحكمه جميع العقود ومن بينها عقد الزواج.

ويمكن القول إن الاتجاهين يتفقان في أن أسلوب الإسناد المركب هو الأسلوب المعتمد في إرساء شروط الزواج الشكلية في مصر، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في الأساس القانوني الذي يقوم عليه أسلوب الإسناد المركب، فالاتجاه الأول يرى إن أساس الإسناد المركب يتمثل بمبادئ القانون الدولي الخاص، بينما يرى الاتجاه الثاني أن أساس الإسناد المركب يكمن في نص القانون المتمثل بقاعدة الإسناد الواردة في المادة(٢٠)، ونحن نعتقد أن الاتجاه الثاني و الذي يرى خضوع شكل الزواج للمادة(٢٠)، هو الأولى في الاعتبار، نظراً للاعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة الإسناد المركبة التخييرية، ألا وهي التيسير على المتعاقدين، أضف إلى ذلك، أن القضاء قد ذهب إلى ما ذهب إليه الاتجاه الثاني، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١/ مارس/ ١٩٧٨م بأن(للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي، أو يبرما زواجهما في الشكل المقرر طبقاً لقانون البلد الذي عقد فيه)[2].

---

[1]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٠٩، د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص٢٨٤، د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص١٣٢، د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٣١١، وآخرون.

[2]– حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١/ مارس/ ١٩٧٨م، مقتبس عن، إبراهيم أحمد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٢٥.

مما تقدّم يتّضح، أن المشرع المصري قد اعتمد أسلوب الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج، وفق قاعدة عامة تحكم مسائل الشكل لجميع التصرفات القانونية، وبناءً على ذلك، يجوز للأجنبي أو للأجنبي والمصري في مصر أو خارجه أن يبرما زواجهما وفقاً لقانون من القوانين الأربعة التي أشارت اليها المادة(٢٠) من القانون المدني المصري، فإذا استوفى الزواج الشكل المقرر في إحدى هذه القوانين كان صحيحاً من الناحية الشكلية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فهو من ناحية النص القانوني نجد إنه أعتمد أسلوب الإسناد البسيط في إرساء شكل الزواج؛ ذلك لأنه نص على إخضاع شكل الزواج لقانون محل الإبرام وذلك في المادة(١٧٠) من القانون المدني[١]، غير أنه من ناحية التطبيق العملي نجد أنه اعتمد أسلوب الإسناد المركب في إرساء شكل الزواج؛ ذلك لأنه جعل من قاعدة محل الإبرام قاعدة اختيارية حيث يجوز لطرفي عقد الزواج إخضاع عقد زواجهما من الناحية الشكلية إما لقانون محل الإبرام أو للقانون الشخصي للزوجين، ويسمى بالزواج وفقاً للشكل القنصلي أو الدبلوماسي، والزواج قد يتم إبرامه في فرنسا أو خارجها ، فإذا أبرم في فرنسا، فللزوجين سوآء أكانا أجنبيين أم أحدهما أجنبياً والآخر فرنسياً الخيار في إخضاعه إما لقانون محل الإبرام وهو القانون الفرنسي أو للقانون الشخصي للزوجين، فإذا أخضعاه للشكل المقرر في القانون الفرنسي بوصفه قانون محل الإبرام، ففي هذه

---

[١] – نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل على إنه:

(Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre un Français et un étranger est valable s'il est célébré dans les formes en usage dans ce pays, pourvu qu'il ait été précédé de l'annonce publique prescrite par l'article 63, au titre d'actes d'état civil, et le Français n'a pas enfreint les dispositions contenues au chapitre précédent).

الحالة لا يجوز إبرامه إلاَ وفقاً للشكل الرسمي والذي يشمل عدة شكليات وهي، الإعلان عن مشروع الزواج من قبل السلطة الإدارية المختصة بإبرام عقد الزواج تحقيقاً لمبدأ العلانية[١]، واستيفاء مستندات الزواج عن طريق مثول الزوجين أمام الموثق وتقديمهم المستندات كافة التي استلزمها القانون لإبرام الزواج كشهادة الميلاد والسلامة الطبية والموافقة على الزواج من قبل الوالدين أو الأقارب أو السلطات الإدارية المعنية[٢]، وأخيراً مراسيم الاحتفال بالزواج بإجرائه في موطن الزواج أي في الحي الذي يتوطن فيه أحد الزوجين دون استلزام شرط الإقامة في هذا الموطن، والاحتفال بالزواج في الميعاد المحدد وأن يكون الاحتفال علانية، وحضور الشهود شخصياً أمام الموثق، ويجب على الموثق بحضور الزوجين والشهود تلاوة أهم الأحكام القانونية المنظمة للزواج وإفادة الجميع بأنه قد تم استيفاء المستندات كافة والإجراءات اللازمة التي يتطلبها القانون لإتمام الزواج، وبعد ذلك يعلن الزوجان موافقتهما على إبرام الزواج، وعلى أثر ذلك يعلن الموثق تمام انعقاد الزواج قانوناً[٣].

كما يحق للزوجين إخضاع زواجهما شكلاً للقانون الشخصي لكل منهما، حيث يحق للزوجين التزوج على التراب الفرنسي بواسطة قناصلهم، ويشترط لإبرام الزواج بذلك الشكل أن يكون الزوجان معاً من رعايا القنصل الأجنبي المعني، وأن يكون قانون القنصل يسمح له بإبرام الزيجة المعنية[٤].

---

(1) – verge–Ripert– dalligny, op.cit., p53

(2) – verge–Ripert– dalligny, op.cit., p54

(3) – verge–Ripert– dalligny, op.cit., p55.

(4)– Pierre Meyer, Droit international privé, nouvelle collection universitaire, Domat précis, édition, Montech restions, paris, 1977, p120.

أما في حالة إبرام الزواج خارج فرنسا، فهناك أكثر من فرض، الفرض الأول يتعلق بزواج الفرنسيين، والفرض الثاني يتعلق بزواج الأجانب، فإذا أبرم الفرنسيون زواجاً في الخارج فهنا لهم الخيار في إخضاعه إما للشكل المقرر في قانون محل الإبرام وسواء أكان هذا الشكل رسمياً أم غير رسمي فهو يعدّ صحيحاً في فرنسا بشرط أن تكون الجهة التي تقوم بهذا الزواج يعترف لها قانون محل إبرام الزواج بهذه السلطة[١]، كما يجوز للفرنسيين في الخارج إخضاع زواجهم من الناحية الشكلية للقانون الفرنسي بوصفه قانونهم الوطني، و يتم ذلك عن طريق القناصل الفرنسيين في الخارج[٢].

وفي الفرض الذي يكون فيه طرفي عقد الزواج من الأجانب، فأنه يجوز لهم إبرامه إما وفقاً لقانون محل الإبرام رسمياً كان أو غير رسمي أو وفقاً لقانونهم الشخصي عن طريق القناصل التابعين للدولة التي ينتمون لها بجنسيتهم، شريطة أن يكون الزوجان تابعين لقنصلية الدولة المعنية[٣].

نستخلص مما سبق، أن القانون الفرنسي كما هو حال القانونين العراقي والمصري، قد تبنى عملياً أسلوب الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج، من خلال إخضاعها إلى ضابطين تخييريين، هما ضابط محل إبرام الزواج وضابط جنسية الزوجين، واخضع لهما الزواج شكلاً في جميع الفروض، سواء أبرم الزواج في فرنسا أم خارجها، وسواء أكان طرفي عقد الزواج من الأجانب أم كان أحدهما أجنبياً والآخر فرنسياً.

---

(1) – Pierre Meyer, op.cit., p395-398.

(2) – Pierre Meyer, op.cit., p399.

(3) – Pierre Meyer, op.cit., p397,398.

وفي الختام، يتضح لنا الدور الكبير الذي يؤديه الإسناد المركب في إرساء الشروط الشكلية للزواج، إذ إن إخضاع الزواج شكلاً إلى عدة قوانين وبشكل تخييري من شأنه التيسير على طرفي عقد الزواج، إذ يصعب على طرفي عقد الزواج في كثير من الأحيان العلم بأحكام الشكل الوارد في قانون آخر غير قانون جنسيتهم، ومن ثم فإن الإسناد المركب يعطيهم الخيار في إتباع الشكل لأكثر من قانون الأمر الذي يؤدي إلى التيسير عليهم، كما أن من شأنه أن يؤدي إلى الحد من بطلان الزواج، إذ يكفي لصحة عقد الزواج أن يستوفي الشكل المطلوب في قانون من القوانين المقررة والتي تكون ذات صلة بالعلاقة، وأخيراً، إن الإسناد المركب يؤدي إلى تحقيق الهدف الأساسي للقانون الدولي الخاص ألا وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية، ذلك عن طريق السماح للأجانب المقيمين على إقليم الدولة بالاستفادة من الاشكال المقررة في قوانينهم الشخصية لإبرام زواجهم إن أرادوا ذلك.

المطلب الثاني

دور الإسناد المركب في إرساء الالتزامات التعاقدية

ينصرف مفهوم الالتزامات التعاقدية إلى الالتزامات الناشئة عن العقد، والذي هو اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه، والعقد كتصرف قانوني يتكون من جانبين، الأول موضوعي، والآخر شكلي، ولكل من هذين الجانبين قاعدة إسناد خاصة به تحدد القانون الواجب التطبيق، ففي الجانب الموضوعي يبرز دور قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب الاحتياطي والتي تتكون من ضوابط أصلية وأخرى احتياطية، في حين يبرز في الجانب الشكلي دور قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب التخييري التي تتضمن عدة ضوابط وعلى سبيل التخيير، عليه ومن أجل الوقوف على دور هذه القواعد في إرساء العقد شكلاً وموضوعاً، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، ندرس في الفرع الأول، دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، ونبين في الفرع الثاني، دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقد.

الفرع الأول

دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الموضوعي للعقد

لجأت أغلب التشريعات الوطنية[1]، والدولية[2]، في بناء قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد في شقه الموضوعي، إلى اعتماد أسلوب الإسناد المركب، من خلال تضمينها ضوابط إسناد أصلية وأخرى تكميلية احتياطية، بحيث يخضع العقد إلى قانون الدولة الذي يختاره المتعاقدان أي لقانون الإرادة أو القانون المختار، بوصفه القانون الأصلي الذي يحكم العقد من حيث المبدأ، وفي حال تخلف الإرادة يخضع العقد إلى قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام، أو قانون محل التنفيذ، أو قانون محل الأداء المميز، بوصفها قوانين احتياطية تحكم العقد في حالة انعدام القانون الأصلي للعقد.

---

[1] – ينصرف مفهوم التشريعات الوطنية، إلى القوانين الداخلية النافذة داخل حدود الدولة والصادرة من السلطة المختصة بتشريع القوانين فيها، ومن القوانين التي اعتمدت الإسناد المركب الاحتياطي في قاعدة الإسناد التي تحكم العقد، القانون الدولي الخاص الاسباني لسنة ١٩٧٤(المادة/١٠)، والقانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩(المادة/٢٤)، والقانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩(المادة/٣٥)، والقانون الدولي الخاص البيروني لسنة ١٩٨٤(المادة/٢٠٩٥)، والقانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦(المادة/٢٧)، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧(المادة/١١٦)، والقانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٩٢(المادة/٧٣)، والقانون الدولي الخاص الفنزويلي لسنة ١٩٩٩(المادة/٢٩)، والقوانين المدنية العربية، كالقانون الليبي والسوري والاردني والفلسطيني والكويتي والإماراتي واليمني والسوداني والجزائري و مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، أشار إلى ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص١٣و١٤.

[2] – ينصرف مفهوم التشريعات الدولية إلى الاتفاقيات الدولية التي نظمت مسائل تنازع القوانين في مادة العقود، ومنها اتفاقية روما لعام ١٩٨٠(المادة/٣)، واتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في عقد البيع الدولي للمنقول لعام ١٩٥٥، واتفاقية لاهاي الخاصة بعقد التمثيل التجاري لعام ١٩٧٧، واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م، أشار إلى ذلك، أزهار محمود لهمود، مصدر سابق، ص١٩٢.

وتأسيساً على ما تقدّم، أن ضوابط الإسناد وفقاً لأسلوب الإسناد المركب المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، تقسم إلى ضوابط أصلية وأخرى احتياطية وكالآتي:

أولاً- الضوابط الأصلية

هذه الضوابط تحكم العقد من حيث المبدأ، وتشتمل على ثلاثة ضوابط، هي الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، والإرادة المفترضة.

١- ضابط الإرادة الصريحة

تعدّ الإرادة الصريحة ضابط الإسناد الأصلي الأول وفقاً لأسلوب الإسناد المركب المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، بحيث يصار إلى تطبيق القانون الذي يرشد إليه هذا الضابط عندما يختار أطراف العقد قانوناً يحكم عقدهم، عن طريق النص في العقد على شرط يقضي بخضوع ما ينشأ من نزاع عن عقدهم لقانون دولة معينة[١]، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه، هل إرادة أطراف العقد الصريحة حرة في اختيار أي قانون ولو لم يكن له صلة جدية بالعقد؟

في صدد الإجابة عن هذا التساؤل ظهرت ثلاثة اتجاهات، يذهب الاتجاه الأول، إلى إعطاء إرادة الأفراد الصريحة كامل الحرية في اختيار أي قانون حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة[٢]، بينما ذهب الاتجاه الثاني، إلى اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد، بحيث إذا انعدمت هذه الصلة فإن على القاضي أن يعرض عن القانون المختار وينهض بنفسه

---

[١] – د. أيناس محمد البهيجي، د. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص٥٥

[٢] – د. وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص٤٥

بمهمة البحث عن القانون الذي تتوافر معه الصلة الجدية[١]، في حين يذهب الاتجاه الثالث وهو الاتجاه الراجح، إلى أن القانون المختار يجب أن لا يكون مقطوع الصلة بالعقد، بحيث لا يشترط أن تتحقق الصلة عن طريق الجنسية أو محل الإبرام أو مكان التنفيذ، بل يكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية[٢].

وفي الأصل إن أطراف العقد الدولي استناداً إلى ضابط الإرادة الصريحة أن يختاروا القانون الذي يحكم عقدهم عند إبرام العقد الأصلي، ومع ذلك، يمكن أن يتراخى هذا الاختيار إلى ما بعد إبرام العقد الأصلي، عن طريق اتفاق لاحق مستقل عنه أو حتى لو كان ذلك عند عرض النزاع أمام القاضي المختص بنظره[٣].

وفي معرض تقييم ضابط الإرادة الصريحة كأحد الضوابط التي يتضمنها أسلوب الإسناد المركب الذي يحكم الجانب الموضوعي للعقد، نجد أنه قد تعرض لجملة من الانتقادات، فقد قيل بأن من شأنه أن يمكن الأفراد أن يقرروا ما هو القانون الذي تخضع له تصرفاتهم العقدية في حين إن القانون هو الذي يقرر ما هي التصرفات التي تخضع له وليس الأفراد، كما إن من شأن هذا الضابط أن يفتح الباب واسعاً أمام أطراف العقد لتجزئة العقد وإخضاع كل جزء فيه لأكثر من قانون، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الإفلات من حكم القواعد الآمرة في كل من هذه القوانين[٤].

---

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٥٩.

[٢] – د. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

[٣]– د. فؤاد محمد محمد العديني، مصدر سابق، ص٦٠

[٤] – في عرض هذه الانتقادات، ينظر، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٤٥٥.

ونحن نرى أنه على الرغم من هذه الانتقادات، فإنها لا تكاد تذكر في مقابل ما يحققه هذا الضابط من ميزة لأطراف العقود الدولية، إذ أنه يحمي توقعات الأطراف المشروعة، من خلال تمكينهم من العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم، الأمر الذي يجنبهم مغبة تطبيق قانون آخر غير مرغوب بالنسبة لهم، فضلاً عن ذلك، إنه يحقق الأمان القانوني الذي ينشده أطراف العقد الدولي.

٢- ضابط الإرادة الضمنية

عند تخلف ضابط الإرادة الصريحة يبرز دور ضابط الإرادة الضمنية، فهو يعد الضابط الأصلي الثاني الذي يحكم العقد من بين الضوابط الأصلية التي يتضمنها أسلوب الإسناد المركب المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، وهذا الضابط لا يدلّ بذاته على الاختيار، بل يستنبط من الظروف المصاحبة التي لا يمكن تكييفها إلا بوجود الإرادة[١]، فالإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة، يستخلصها القاضي من أحكام العقد ومن مجموع ظروف الموضوع، والقاضي عند بحثه عن الإرادة الضمنية لا يخضع لرقابة محكمة النقض، إذ يعدّ بحثه عن هذه الإرادة من قبيل مسائل الواقع التي يتمتع فيها بسلطة تقديرية[٢]، وهناك جملة من القرائن والظروف التي يستشف منها القاضي الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدين، كالاتفاق على إخضاع ما ينشأ بينهما من نزاعات

---

[١] – د. عباس زبون العبودي، ليث عبد الرزاق علي الأنباري، عقد اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، ٢٠١٧م، ص١٢.

[٢] – مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦م، ص١٩و٢٠.

بخصوص العقد إلى محاكم دولة معينة[١]، أو من اللغة التي حرر بها العقد[٢]، أو تنفيذ العقد في دولة معينة أو الدفع بعملة دولة معينة أو الإشارة في العقد لنصوص قانون دولة معينة[٣]، فكل هذه تعدّ من القرائن والإمارات التي تؤكد وبما لا يدع مجالاً للشك اتجاه إرادة الأفراد الضمنية نحو قانون معين دون تصريحهم بذلك.

٣- ضابط الإرادة المفترضة

يعدّ ضابط الإرادة المفترضة من الضوابط الأصلية وفقاً لأسلوب الإسناد المركب المتبع في إرساء موضوع العقد، حيث يبرز دور هذا الضابط عند خلو العقد من إشارة صريحة للقانون الواجب التطبيق، ولم يتمكن القاضي من الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، بحيث يجتهد القاضي للتوصل للقانون الواجب التطبيق عن طريق تطبيق قانون معين لحكم العقد على افتراض أن المتعاقدين كانوا سيقومون باختياره لو أنهم فكروا أو أهتموا بمسألة اختيار القانون الواجب التطبيق، لذلك فالإرادة المفترضة هي إرادة غير صريحة وغير حقيقية، بل هي مفترضة من قبل القاضي[٤]، ولعل أهم ما يميز الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية عن الإرادة المفترضة، إن الإرادة الصريحة وكذلك الضمنية يجمعهما جامع مشترك يتمثل في إن كل منهما يعد إرادة حقيقية وموجودة، في حين إن الإرادة المفترضة هي إرادة غير موجودة يستخلصها القاضي من ظروف تكوين العقد و آثاره، مثل مكان تنفيذه، موطن المتعاقدين، أو جنسيتهما، لذلك فهي تؤدي إلى إعطاء القاضي سلطة

---

[١] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٣٨٦.

[٢] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ٢٩٥.

[٣] – د. أيناس محمد البهيجي، د. يوسف المصري، مصدر سابق، ص٦٤-٦٦.

[٤]– د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٢٥١.

تقديرية واسعة عند البحث عنها[١]، الأمر الذي دفع جانب من الفقه[٢]، إلى انتقاد هذا الضابط وتشبيهه بالعدم، و وصفة البحث عنها(أي الإرادة المفترضة) يماثل البحث عن مخيط في كومة قش أو البحث عن رداء أسود في حجرة ظلماء.

وفيما يتعلق بموقف التشريعات –محل المقارنة– من الضوابط الأصلية التي تحكم موضوع العقد، نجد إن المشرعين العراقي والمصري قد تبنيا ضابطي الإرادة الصريحة والضمنية في قاعدة الإسناد التي تحكم العقد[٣]، أما بالنسبة لضابط الإرادة المفترضة فقد اختلف الفقه حول ما إذا كان المشرع المصري قد تبنى هذا الضابط في قاعدة إسناد العقد الواردة في المادة (١٩) من القانون المدني، والتي تقابلها المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي، حيث يقرر الفقه المصري الغالب[٤]، بأن المشرع المصري في المادة (١٩) لم يأخذ بالإرادة المفترضة، بل أخذ بالإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق، ولم يتمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية، يتعين عندئذ تطبيق القانون الذي تحدده الضوابط الاحتياطية.

---

[١]– د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية(نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة –دراسة مقارنة)، الحامد، عمان، بدون ذكر سنة الطبع، ص٥٦.

[٢]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٦٢.

[٣] – ينظر نص المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٩) من القانون المدني المصري.

[٤] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العد الدولي، مصدر سابق، ص١٩٨، و د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٤٢٧، د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ص ٣٥٠ ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مصدر سابق، ٣٥٤.

في حين يرى رأياً آخر[1]، إن المشرع المصري قد أخذ بالإرادة المفترضة في المادة (١٩) نظرا للتشابه بين المادة (٣) من اتفاقية روما والمادة(١٩) من القانون المدني المصري، حيث أوجبت الفقرة الأولى من المادة(٣) من اتفاقية روما، أن يكون اختيار قانون العقد صريحاً وهذه هي الإرادة الصريحة، أو يستخلص من نصوص العقد بطريقة مؤكدة وهذه هي الإرادة الضمنية، أو من الظروف المحيطة به وهذه هي الإرادة المفترضة.

ونحن نرى، إن الحل الذي جاء به المشرعان العراقي والمصري في قاعدة الإسناد التي تحكم العقود، يرمي إلى رفض ما يسمى بضابط الإرادة المفترضة، وهو مسلك محمود، حيث إنهما قد فرضا حلاً قانونياً يتبعه القاضي عند انعدام الاختيار الصريح وعدم تمكن القاضي من استنباط الإرادة الضمنية، عن طريق الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي، فنجد أن القانون الفرنسي يخلو من نص مماثل للمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٩) من القانون المدني المصري، يحدد فيه أسلوب الإسناد المتبع في تحديد القانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية للعقد، لكن على الرغم من ذلك، نجد أن القضاء الفرنسي قد اعتمد أسلوب الإسناد المركب في إرساء الجوانب الموضوعية للعقد، من خلال إخضاعه إلى الضوابط الأصلية المتمثلة بضابطي الإرادة الصريحة والضمنية في حالة وجود اتفاق صريح أو ضمني على قانون العقد وذلك في العديد من الأحكام

---

[1] – د. محمد أحمد المحاسنة، مصدر سابق، ص٥٧.

الصادرة منه[١]، من ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ١٠/ ديسمبر/١٩١٠م، والذي جاء فيه(القانون الواجب التطبيق على العقود..... هو القانون الذي يقوم الأطراف بتحديده)[٢]، أضف إلى ذلك، أن القضاء الفرنسي قد أعتد بضابط الإرادة المفترضة في إرساء موضوع العقد، لكن بالنظر للانتقادات التي تعرض لها هذا الضابط باعتبار أن الإرادة المفترضة مجرد وهم وتصور مجازي يتنافى مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، تخلى عن اعتماد هذا الضابط في الإسناد، مفضلاً اعتناق نظرية (باتيفول) في شأن التركيز الموضوعي للعقد فيما لو لم يحدد أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على نحو صريح وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية[٣].

ثانياً- الضوابط الاحتياطية

إذا تخلّفت الضوابط الأصلية، بحيث لم يعلن أطراف العقد عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون العقد، وتعذر الكشف من أحكام العقد وظروفه عن إرادتهم الضمنية، ففي هذه الحالة يبرز دور الضوابط الاحتياطية في إسناد الجانب الموضوعي للعقد وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الاحتياطي المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، وهذه الضوابط على نوعين وكالآتي:

---

[١] – من قبيل ذلك الحكم الصادر من المحكمة العليا الفرنسية بتأريخ ١٩/يناير/ ١٩٧٦، وكذلك حكمها الصادر بتأريخ ٢٥/ يناير/١٩٧٨م، مقتبس عن، د. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٧٢.

[٢] – حكم محمة النقض الفرنسية الصادر في ١٠/ ديسمبر/ ١٩١٠م، مقتبس عن ، د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٤٩٦.

[٣] – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٤٢٧.

١- الضوابط الاحتياطية الجامدة

يتسم الإسناد بموجب هذا النوع من الضوابط الاحتياطية بالجمود والصرامة، إذ إنها تشير باختصاص عدة قوانين على سبيل التعاقب لحكم الجانب الموضوعي للعقد عند تخلف الضوابط الأصلية، إذ يتعين على القاضي أن يتقيد بهذه الضوابط عند تحديده للقانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية ودون أن تكون لدية سلطة تقديرية في هذا الصدد[١]، ولعل من أهم الضوابط الاحتياطية الجامدة، ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، وضابط الجنسية المشتركة، وضابط محل الإبرام، وأخيراً ضابط محل تنفيذ العقد.

فبالنسبة لضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، يعد الضابط الاحتياطي الذي يحظى بسهم وافر من التأييد[٢]، لأنه يمثل القانون الذي يعرفه المتعاقدان أكثر من غيره، وقد اعتادوا أن ينظموا سلوكهم ومعاملاتهم وفقاً لأحكامه، وعليه فهو يحترم توقعاتهم المشروعة ولا يخل بها، لكونه معلوماً لهم[٣]، على العكس من ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين، الذي يكون غير معلوم لدى أحدهما على الأقل، بسبب إقامته أو توطنه في خارج إقليم دولته لمدة طويلة من الزمن، لذلك يفضل عليه ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين[٤].

وبالنسبة لضابط محل الإبرام، فيبرز دوره في إسناد الجانب الموضوعي للعقد عندما يختلف المتعاقدان في الموطن أو الجنسية، فهو الضابط الذي يوفر صلة قوية بين العقد ومحل ميلاده الأول

---

[١] – د. فؤاد محمد محمد العديني، مصدر سابق، ص٦٨.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٣] – د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص١٦٣.

[٤] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٣٨٧.

الذي تتلاقى فيه إرادة المتعاقدين، كما أنه يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على العقد شكلا وموضوعاً، هذا فضلاً عما له من ميزة خاصة تتجلى في سهولة الوقوف على مضمونه والاستعلام عن أحكامه من قبل المتعاقدين[١]، إلا أنه يعيبه أنه يقوم على محض الصدفة، فهو ضابط عرضي فجائي يعتمد على الملائمات التي تقدرها الأطراف، فضلاً عن صعوبة تحديده لا سيما في العقود التي تجري بين غائبين عن طريق وسائل الاتصال الحديثة[٢]، لذلك يفضل عليه ضابط محل تنفيذ العقد، بوصفه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى العالم الخارجي، كما إن التنفيذ يمثل جل هدف العقد، فضلاً عن أنه موطن أو محل إقامة أحد المتعاقدين على الأقل[٣]، ورغم هذه المزايا التي يتمتع بها ضابط محل التنفيذ، فقد ينتقد باعتبار أنه قد تتعدد اماكن التنفيذ، غير أننا نعتقد أنه يمكن التغلب على هذه الإشكالية عن طريق الاعتداد بمكان التنفيذ الرئيس.

٢- الضوابط الاحتياطية المرنة

تتمثل الضوابط الاحتياطية المرنة، بضابط الأداء المميز، الذي يقصد به الالتزام الأساسي الذي دفع الثمن من أجله[٤]، ويقوم هذا الضابط على تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد وفقاً للالتزام الأساسي[٥]، إذ يتم تقسيم العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق

---

[١] – د. فؤاد محمد محمد العديني، مصدر سابق، ص٧٣.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٢٠١.

[٣]– أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص٢٠١.

[٤] – د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٨٦.

[٥] – د. رمزي أحمد عوني ماضي، المحامي سامر نجيب المعايطة، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد(٩)، العدد(١)، ٢٠١٧م، ص١٠٨.

على كل عقد حسب أهمية الالتزام الأساسي في العقد من الناحية القانونية والواقعية، وحيث إن الالتزام الأساسي ليس واحداً في كل العقود، فأنه من الطبيعي أن يختلف القانون واجب التطبيق من عقد إلى آخر[١].

ومن الجدير بالذكر، إن ضابط الأداء المميز يمتاز بالمرونة، لكونه يقوم على تقسيم العقود على طوائف مختلفة وإسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة لقانون دولة معينة[٢]، إلا أنه يعيبه صعوبة تحديد الالتزام الأساسي في العقد من بين الالتزامات المتعددة ذات الأهمية، الأمر الذي يفتح المجال واسعاً أمام التأويلات والتفسيرات للمحكمين والمحاكم حول النزاع[٣].

وفيما يتعلق بموقف التشريعات – محل المقارنة – من الضوابط الاحتياطية، نجد أن المشرع العراقي وكذلك المصري، تبنى الضوابط الاحتياطية الجامدة في قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية، من خلال النص على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط محل إبرام العقد[٤]، ونحن نؤيد المشرعين العراقي والمصري في اعتماد ضابط الموطن المشترك وتفضيله على ضابط الجنسية المشتركة، لكن في الوقت نفسه لا نؤيدهما في اعتماد ضابط محل الإبرام، و يا حبذا لو اعتمدا ضابط محل التنفيذ بدلاً عنه، نظراً لملائمة هذا الضابط للعلاقات التعاقدية بشكل عام، ففي هذه المرحلة يتعلق بها نشوء الالتزامات التعاقدية، فضلاً عن هذا، أن في اعتماد ضابط محل التنفيذ يؤدي إلى التخلص من المشاكل التي يثيرها ضابط محل الإبرام، ولا سّيما مشكلة التعاقد بين غائبين.

---

[١] – د. محمد أحمد علي المحاسنة، مصدر سابق، ص١٢٢و١٢٣.

[٢] – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٤٢٠.

[٣] – حكيمة مسعودان، خمري عمار، مصدر سابق، ص٥٠٤.

[٤] – بنظر نص المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة(١٩) من القانون المدني المصري.

وتجدر الإشارة إلى أن جانباً من الفقه العراقي[١]، والمصري[٢]، يرى إمكانية الأخذ بالضوابط الاحتياطية المرنة متمثلة بضابط الأداء المميز في إسناد العقد، وذلك بالاستناد إلى نص المادة(٣٠) من القانون المدني العراقي والمادة(٢٤) من القانون المدني المصري، اللتان تجيزان للقاضي إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص، فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين.

ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي فيما يذهب إليه، ونعتقد إن القاضي العراقي وكذلك المصري لا يستطيع إسناد العقد عن طريق ضابط الأداء المميز بالاستناد إلى نصوص المواد (٣٠) و(٢٤)، لأن هاتين المادتين قد قيدتا رجوع القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة بعدم وجود نص يحكم المسألة، وهذا ما لا ينطبق على العقد، نظراً لوجود نصوص المواد(١/٢٥) مدني عراقي و (١٩) مدني مصري اللتان تحكمان مسائل تنازع القوانين فيما يتعلق بالعقد.

أما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي من الضوابط الاحتياطية، فقد ذكرنا في موضع سابق من هذه الأطروحة، بعدم وجود نص يحدد من خلاله القانون الذي يحكم العقد وفق أسلوب معين من أساليب الإسناد، وذكرنا بأن هذا الفراغ التشريعي لم يمنع القضاء الفرنسي من تحديد قانون العقد وفق أسلوب الإسناد المركب، حيث طبق الضوابط الأصلية المتمثلة بضابط الإرادة الصريحة وضابط الإرادة الضمنية وضابط الإرادة المفترضة في العديد من الأحكام التي صدرت عنه عند وجود اختيار صريح أو ضمني أو مفترض لقانون العقد، ونؤكد هنا أن القضاء الفرنسي قد لجأ إلى إعمال الضوابط الاحتياطية عند تعذر إعمال الضوابط الأصلية في تحديد قانون العقد، حيث طبق القضاء

---

[١] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٤٠٠.

[٢] – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٤٢٧٧، وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص٤٧.

الفرنسي في بعض أحكامه الضوابط الاحتياطية الجامدة[١]، وطبق في أحكام أخرى الضوابط الاحتياطية المرنة متمثلة بضابط الأداء المميز[٢].

وبعد أن بينا ضوابط الإسناد المركب الأصلية والاحتياطية التي يتضمنها أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، قد يتبادر إلى الذهن ثمة تساؤل مفاده، هل كل تصرف قانوني ينطبق عليه وصف العقد يخضع للقوانين التي تشير اليها الضوابط الأصلية والاحتياطية التي يتضمنها أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي المتبع في إرساء الجانب الموضوعي للعقد؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إن لإعمال أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي وتطبيق القوانين التي تشير إليها ضوابطه الأصلية و الاحتياطية يستلزم توافر جملة متطلبات أو شروط في عنصر الإسناد(العقد)، وهذه المستلزمات تتمثل بالآتي:

أولاً: أن يتصف العقد بالصفة الدولية، فالعقد الوطني لا يثير مشكلة تنازع القوانين، فهو يخضع في جميع الأحوال للقانون الوطني، وإذا اختار المتعاقدان قانوناً أجنبياً لتنظيم تفاصيل الاتفاق الذي أبرماه، ففي هذه الحالة تعد أحكام القانون الأجنبي المختار من قبل المتعاقدين بمثابة الشروط

---

[١]– cas paris 30 oct.j.d.i.1988 p.114note j.p.mattou، مقتبس عن د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص٧٤.

[٢] – من قبيل ذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في ٢٦/يوليو/١٩٨٥م، قضية البنك التجاري لرواندا و s. a. sple battingnolles .، حيث أشارت المحكمة إلى أنه في ظل خلو عقد الضمان المقابل من بند الاختصاص التشريعي وأغفال الأطراف النص صراحة على اختيار قانون ليحكم العقد فيطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة الكائن فيها البنك الضامن المقابل، مقتبس عن، د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص٦٠.

التعاقدية[١]، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه، متى يعدّ العقد دولياً ومن ثم مسنداً وفقاً لأسلوب الإسناد المركب؟، يعدّ العقد دولياً حسب الرأي الراجح في فقه القانون الدولي الخاص، عندما يشتمل عنصراً أجنبياً سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أم بمحل إبرامه، أم بمكان تنفيذه، أم بموضوعه[٢]، أو عندما تكون له قابلية تحريك الأموال عبر الحدود، أي عندما يتعلق بعملية تصدير أو استيراد لعملة أو سلعة أو خدمة[٣].

ثانيا: أن يكون العقد متصفاً بالصفة المالية، فالعقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج، لا تخضع للضوابط الأصلية والاحتياطية التي يتضمنها أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي المتبع في إرساء موضوع العقد، بل تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها، نظراً لعدم أتصاف عقود الأحوال الشخصية بالصفة المالية.

ثالثا: أن يكون العقد من المسائل التي نظمها المشرع بقواعد مفسرة تكميلية لا قواعد آمرة، لأن القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، كما هو الحال بالعقود المتعلقة بالعقار، فهذه العقود لا تسند وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الاحتياطي، بل تخضع وفقاً لأسلوب الإسناد البسيط الذي يتضمن ضابط واحد يشير إلى قانون واحد يتمثل بقانون موقع العقار، فقانون موقع العقار يحكم العقود كافة المتعلقة بالعقار[٤]، نظراً لاعتبار التصرفات التي تتعلق بالعقار من التصرفات المهمة، وعليه لا بد

---

[١] – د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص٣٢٩.

[٢] – د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص١٨٧.

[٣] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٢.

[٤] – د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص١٦٥.

من تحقيق وحدة النظام القانوني لتلك التصرفات ضماناً لاستقرار المعاملات التي تتعلق بالعقار[١]، كما يعدّ عقد العمل من العقود التي تم تنظيمها بقواعد آمرة، نظراً لرغبة المشرع في حماية العمال من رب العمل، بوصفهم الطرف الضعيف في العقد[٢]، عليه فإن عقد العمل لا يسند وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الاحتياطي، بل يكون محكوما بقانون واحد يحدده ضابط واحد وفقاً لأسلوب الإسناد البسيط، غير أن الضابط الذي يحدد القانون الذي يحكم عقد العمل قد اختلف فيه إلى اتجاهات ثلاثة، الأول، يذهب إلى اعتماد ضابط محل إبرام عقد العمل في تحديد هذا القانون، بينما يذهب الثاني، إلى اعتماد ضابط مكان وجود مركز إدارة المشروع أو المنشأة في تحديده، في حين ينادي الاتجاه الثالث، باعتماد ضابط محل تنفيذ عقد العمل في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه[٣]، لذلك، فالعقود التي تسند وفقاً لأسلوب الإسناد المركب بما يتضمنه من ضوابط أصلية واحتياطية، هي العقود الدولية ذات الصفة المالية والمنظمة من قبل التشريعات بقواعد مفسرة يجوز الاتفاق على خلافها.

نستخلص مما سبق أن اعتماد أسلوب الإسناد المركب بما يتضمنه من ضوابط أصلية وأخرى احتياطية في إرساء الجانب الموضوعي للعقد، من شأنه أن يحقق الكثير من المزايا، فهو يؤدي إلى احترام التوقعات المشروعة للأطراف المتعاقدين، عن طريق تطبيق القوانين التي توقعها أطراف العقد والتي تضمنتها ضوابط الإسناد الأصلية، فتمتع أطراف العقد الدولي بمكنة اختيار قانون معين لحكم عقدهم وتقيد القاضي بالقانون المختار من قبلهم صراحة أو ضمناً يؤدي إلى

---

[١] – د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص١٩٩.

[٢] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٣.

[٣] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٤٨.

احترام التوقعات المشروعة للأطراف في العقد الدولي وعدم مفاجأتهم بما لم يتوقعوه عن طريق تجنيبهم مغبة تطبيق قانون آخر لا يتفق مع رغباتهم ومصالحهم حال قيام النزاع بينهم، كما أن أسلوب الإسناد المركب يوفر الأمان القانوني للأطراف العقد الدولي عن طريق إحاطة المتعاقدين علما وبصورة مسبقة بالقانون الذي يحكم عقدهم عند سكوتهم عن اختياره، حيث يتم تطبيق القوانين التي أشارت اليها الضوابط الاحتياطية، كذلك من مزايا أسلوب الإسناد المركب أنه يؤدي إلى سد الفراغ القانوني، فتقسيم ضوابط الإسناد إلى ضوابط أصلية وأخرى احتياطية، حيث يتم تطبيق الضابط الأصلي، فإذا انعدم هذا الضابط فلا يجد القاضي صعوبة ومن ثم لا يكون أمام حالة فراغ في القانون لأن بإمكانه أن يطبق القوانين التي أشارت إليها الضوابط الاحتياطية.

ولا يفوتنا أن نذكر أن القوانين التي تشير إليها الضوابط الأصلية والاحتياطية وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الاحتياطي المتبع في إرساء موضوع العقد، تحكم جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وآثاره[١]، ولا يخرج من مجال إعمالها سوى بعض المسائل وهي، أهلية الأداء وكذلك شكل العقد[٢].

---

[١] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٣٨٩.

[٢] – د. يونس صلاح الدين علي، المصدر نفسه، ص٣٩٠.

الفرع الثاني

دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقد

إن العقد أو التصرف الإرادي في جوهره يقوم على التراضي أو الإرادة المتجهة نحو إحداث أثر قانوني معين[١]، لأن الأصل في العقود الرضائية[٢]، بيد أن وجود الرضا لا يكون كافياً أحياناً، فقد يتطلب القانون إفراغ الرضا في شكل أو قالب معين، ليس فقط من أجل صحة العقد، بل كذلك من أجل تسهيل إثباته[٣]، يطلق على ذلك بالشكلية في العقد والتي تعرف بأنها القالب أو المظهر الذي يتطلبه القانون لإخراج الإرادة إلى العالم الخارجي، أو هي المظهر الخارجي الذي تظهر من خلاله إرادة الأطراف[٤].

إن إسناد الشكلية في العقد قد مر بمراحل متعددة حتى وصل إلى ما وصل إليه اليوم، إذ إن الفقه القانوني القديم كان ينظر إلى العقد كوحدة واحدة، حيث اخضع هذا الفقه العقد عموماً باعتماد أسلوب الإسناد البسيط إلى قانون محل إبرامه، فقانون محل الإبرام كان يسري على العقد في مجموعه، دون تفرقة بين شكله وموضوعه، ورسخت قاعدة الإسناد البسيط وهي قاعدة المحل يحكم

---

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٨١.

[٢] – د. غالب علي الداوودي، حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م، ص١٦٧.

[٣] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٨١.

[4]– Abdesselam IDRISSI, The law applicable to the formalism of the international contract within the framework of the development of the e-commerce, revue des etudes multidisciplinaires en sciences économiques et s, mai – juillet 2017, p.230.

العقد[١]، واستمر الحال على ما هو عليه حتى ظهور فكرة الإرادة الضمنية على يد الفقيه (كروس يوس) كتبرير نظري لخضوع العقد لقانون محل إبرامه، ففي هذه المرحلة أخذ موضوع العقد ينفصل عن شكله ولو بشكل ظاهري، بينما بقي شكل العقد مسنداً وفقاً لأسلوب الإسناد البسيط لقانون محل الإبرام[٢]، ثم بعد ذلك انفصل موضوع العقد عن شكله انفصالاً حقيقياً، وذلك حينما قدم الفقيه الفرنسي (ديمو لان) نظريته في خضوع موضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، فمن ذلك الحين أصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام قاعدة قاصرة على شكل العقد فقط دون موضوعه[٣].

إن قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام مرت بعد استقلال موضوع العقد عن شكله بتطورات هامة، فبعد أن بدأت هذه القاعدة مسندة وفقاً لأسلوب الإسناد البسيط وذات صفة آمرة، حيث لا يجوز مخالفة الشكل المقرر في قانون محل الإبرام وإتباع شكل آخر، تخلت عن هذه الصفة الآمرة وأصبحت ذات طبيعة مكملة اختيارية، فشكل العقد أصبح لا يخضع بالضرورة لأحكام قانون محل إبرام العقد، ومن ثم يؤدي عدم استيفاء الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون محل الإبرام إلى بطلان العقد من الناحية الشكلية، بل أصبحت مسندة وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الذي

---

[١] – أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هشام ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكليه العقود الدولية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، المجلد(٢٠)، العدد(٣)، ٢٠٢١م، ص٤.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٨٢.

[٣] – د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٣٤٣.

يعطي الأطراف المتعاقدة إمكانية اختيار القانون الذي يحكم العقد من الناحية الشكلية أما وفقاً لقانون محل الإبرام أو وفقاً لقوانين أخرى[١].

بناءً على ما تقدم، يظهر دور الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقد من خلال إخضاع العقد من الناحية الشكلية لعدة قوانين، حيث يكون العقد صحيحاً شكلاً إذا أستوفى الشروط الشكلية وفقاً لما هو مقرر في قانون من القوانين المتعددة التي تشير إليها ضوابط الإسناد المتعددة، فالتشريعات التي تبنت أسلوب الإسناد المركب في إرساء شكل العقد قد اختلفت في عدد القوانين التي تحكم شكل العقد، فمنها من حصر الاختيار بقانون واحد إلى جانب قانون محل الإبرام[٢]، وفي قوانين أخرى جعل الاختيار بين قانون محل الإبرام وعدة قوانين أخرى هي، قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، والقانون الذي يحكم موضوع العقد[٣].

يلاحظ أن شكل العقد يخضع وفقاً لأسلوب الإسناد المركب إلى ضوابط إسناد متعددة، هذه الضوابط حسب ما سارت عليه التشريعات تتأرجح بين ضابطين إلى أربعة ضوابط، يكون من حق الأطراف الاختيار بينها ومن ثم إخضاع العقد شكلاً لأحد القوانين التي تشير إليها وكالآتي:

---

[١]– قريب من هذا المعنى، ينظر، د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص٣٣٧.

[٢] – كالقانون المدني الجزائري في المادة (١٩) والتي نصت على قانون الجنسية المشتركة إلى جانب قانون محل الإبرام.

[٣] – من قبيل ذلك، التشريعات العربية، كالقانون المدني السوري(المادة/٢١)، والقانون المدني الليبي(المادة/٢٠)، والقانون المدني الاردني(المادة/٢١) والقانون المدني الفلسطيني(المادة/٢٨)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي(المادة/١/١٩)، ومن التشريعات الأجنبية، القانون المدني الإسباني لعام ١٩٧٤م، نقلاً عن، Abdeslam Idrisi, op.cit., p235.

أولاً: ضابط محل الإبرام

يُعد هذا الضابط أكثر ضوابط الإسناد المركب إعمالاً، لكونه أكثر ملائمة وارتباطاً مع شكل العقود، ولسهولة العمل به، فمحل الإبرام يلبي متطلبات المعاملات المالية الخارجية ويحقق العدالة، الأمر الذي فرض على المشرعين في الدول المختلفة وضعه كضابط إسناد يحكم الجانب الشكلي للعقد، مع ذلك قد يكون محل الإبرام عرضياً ولا يعبر عن ارتباط العقد بهذا المكان أو تتوجه إليه إرادة المتعاقدين، الأمر الذي جعل هذا الضابط اختيارياً، إذ يمكن للأفراد أو للقاضي أن لا يخضعوا شكل العقد لقانون محل الإبرام ويستعيضوا عنه بقانون آخر كقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الجانب الموضوعي للعقد[١].

ثانياً: القانون الذي يحكم الموضوع

تذهب التشريعات إلى جعل القانون الذي يحكم الجانب الموضوعي للعقد أحد القوانين التي تحكم شكل العقد[٢]، لكون الأخذ بهذا الضابط يؤدي إلى خلق وحدة القانون الذي يحكم العقد في جميع جوانبه من حيث الشكل والموضوع، ويجنب القاضي عناء تحديد ما يتعلق بالشكل وما يتعلق بالموضوع[٣]، والمقصود بالقانون الذي يحكم الموضوع هنا، هو قانون الإرادة، ذلك لأن الضابطين الاحتياطيين وهما ضابط الموطن المشترك وضابط محل الإبرام قد أخذ بهما في إسناد شكل العقد[٤]،

---

[١] – أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، مصدر سابق، ص١٢.

[٢] – أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، المصدر نفسه، ص١٢.

[٣] – أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ٥٦٤.

[٤] – د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص٣٣٨.

وبالتالي يمكن القول إن اعتماد التشريعات القانون الذي يحكم الموضوع يقصد منه قانون الإرادة سواء أكانت صريحة أم ضمنية.

ثالثاً: ضابط الموطن المشترك

إن ضابط الموطن المشترك يُعد من أهم الضوابط التي من الممكن أن يخضع له شكل العقد، لكونه يتمتع بإيجابيات كثيرة، فأطراف العقد يتوقعون أن يخضعوا لقانون الدولة التي يتوطنون فيها وهو الحل العملي والوسطي لشكليات العقود[١]، فضلاً عن ذلك، إن الموطن يتمتع بأهمية خاصة في مجال المعاملات المالية التعاقدية ولا سيما فيما يتعلق بتنفيذ العقود[٢].

رابعاً: ضابط الجنسية المشتركة

يعدّ ضابط الجنسية المشتركة من الضوابط التي يجوز للمتعاقدين إجراء عقودهم وفقاً للأشكال المقررة فيه، ذلك لأنه يفترض في المتعاقدين أن يكونوا عالمين بالأحكام التي يتضمنها أكثر من علمهم بغيره من القوانين[٣].

والواقع إن تبني أسلوب الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقد، والذي يقوم على إخضاع العقد إلى أكثر من قانون وعلى سبيل التخيير، أنما يجعل قاعدة الإسناد تستجيب إلى حاجة المعاملات الدولية وما تتطلبه من التيسير على المتعاملين وذلك بعدم الزامهم بإفراغ تصرفهم في

---

[١] – د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص٣٣٩.

[٢] – أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، مصدر سابق، ص١٢.

[٣] – د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص٣٣٩–٣٤٠.

شكل معين[١]، كما إن من شأنه أن يؤدي إلى بث روح التسامح في تطبيق القوانين الأجنبية، من حيث أنه يبيح للأجانب في إقليم دولة معينة من الاستفادة من قوانينهم[٢]، فضلاً عن ذلك، إن في اعتماده ما يؤدي إلى تصحيح العقود والتقليل من حالات بطلانها[٣]، إذ يكفي أن يكون العقد قد أستوفى الشكل الذي يتطلبه أحد القوانين ليكون سليماً من الناحية الشكلية، ولو قضى أحد القوانين الأخرى ببطلانه، طالما أنعدم الغش نحو القانون.

وفيما يتعلق بموقف التشريعات– محل المقارنة– من إسناد الجانب الشكلي للعقد، فبالنسبة للمشرع المصري نجد أنه قد تبنى أسلوب الإسناد المركب في إرساء الجانب الشكلي للعقود التي تتم بين الأحياء، وهذا ما يبدو واضحاً من خلال نص المادة(٢٠) من القانون المدني والتي نصّت(العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)، فالقانون المصري أخذ في المادة (٢٠) بقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه وجعل منها قاعدة مكملة، فشكل العقد يخضع إلى أحد قوانين أربعة حسبما يستقر عليه اختيار الأطراف، قانون بلد الإبرام، القانون الذي يحكم الجانب الموضوعي للعقد، قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون الموطن المشترك لهما[٤]، كما جعل القانون المصري قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه قاعدة لها طابع تخييري، إذ إن المشرع لم يفرض على وجه الحتم والالزام إتباع

---

[١] – د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٣٥٥.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٨٥.

[٣] – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٣٠.

[٤] – د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٥٦٢.

الشكل المقرر في بلد الإبرام وإنما فتح المجال واسعاً أمام حرية الاختيار حيث يمكن للأفراد إخضاع شكل العقد لقانون من القوانين المشار إليها في نص المادة(٢٠)[١].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فهو يخلو من نص يحدد فيه القانون الذي يحكم الجانب الشكلي للعقد وفق أسلوب معين من أساليب الإسناد لكن على الرغم من هذا الفراغ التشريعي فإن قاعدة المحل يحكم الشكل تطبق على الجانب الشكلي للعقود، بوصف هذه القاعدة مبدأ تشريعي ثابت ومسلَم به في القانون الفرنسي، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي منذ القدم، حيث جاء في حكم لمحكمة استئناف باريس الصادر في ٢ / ديسمبر/١٨٩٨م(يستنتج من الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي إن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف لم تصغ صراحة في المواد التمهيدية، فذلك لأنه بدأ من غير المفيد النص على مبدأ تشريعي ثابت ومسلَم به)[٢].

وجدير بالذكر أن قاعدة المحل يحكم شكل التصرف تطبق على العقود كافة في القانون الفرنسي ولا يخرج من مجال إعمالها إلا عقد الرهن بنص صريح في المادة(٢١٢٨) من القانون المدني الفرنسي[٣]، كما تعدّ قاعدة المحل يحكم شكل التصرف قاعدة اختيارية وليست آمرة، بمعنى

---

[١] – د. أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص١٧١.

[٢] – app. paris2dec.1898، مقتبس عن، د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، مصدر سابق، ص١٠٧.

[٣] – نصت المادة (١٢٢٨) من القانون المدني الفرنسي على أنه

(Un créancier, au lieu de réclamer la pénalité prévue contre le débiteur mis en demeure, peut procéder avec l'exécution de l'obligation principale)

.

أنه يجوز للمتعاقدين أن يبرموا عقدهم وفقاً للشكل المقرر في قانون محل الإبرام أو وفقاً للأشكال المقررة في قوانين أخرى، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[١].

نستنتج مما تقدّم، أن القضاء الفرنسي قد اخضع شكل العقد وفقاً لأسلوب الإسناد المركب إلى عدة قوانين وعلى سبيل التخيير، رغم خلو القانون الفرنسي من نص يحدد فيه القانون الذي يحكم شكل العقد وفق أسلوب معين من أساليب الإسناد، نظراً لأن فرنسا من الدول التي ينهض فيها القضاء بخلق قواعد الإسناد.

أما فيما يتعلق بموقف القانون العراقي، فنجد أنه قد تبنى أسلوب الإسناد البسيط في إرساء الجانب الشكلي للعقد خلافاً لما سارت عليه معظم النظم القانونية في العالم، حيث اخضع شكل العقد لقانون محل الإبرام وذلك في المادة(٢٦) من القانون المدني والتي جاء فيها(تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، فالقانون العراقي قد أعطى لقاعدة(المحل يحكم شكل العقد) صفة الالزام، إذ لم يجز للمتعاقدين الخروج من الشكل المقرر في قانون محل الإبرام واخضاعه للشكل المقرر في قوانين أخرى[٢].

وبناءً على ما تقدم، يحق لنا أن نتساءل عن سبب تبني المشرع العراقي أسلوب الإسناد البسيط في قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد الواردة في المادة(٢٦) من القانون المدني العراقي وجعلها قاعدة آمرة؟ مع التأكيد على الملاحظات الآتية:

---

[١]– cass.cov. juill. 1909 et cass.cov.28mai 1963 et double,13jan. 1887، نقلاً عن، د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، مصدر سابق، ص٣٨ و٣٩و ١١٥.

[٢] – د. غالب علي الداوودي، د. حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٦٩، و د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٨٨.

١- إن المشرع العراقي وقع في تناقض غريب في التعامل مع العقود موضوعاً وشكلاً من ناحية أسلوب الإسناد المعتمد في إرسائها، إذ إنه أعتمد أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي الذي يتضمن ضوابط أصلية تقوم على ضابط الإرادة الذي يسمح للأفراد باختيار القانون الذي يحقق مصالحهم ويمنحهم الشعور بالأمان ليحكم الجانب الموضوعي لعقدهم، وعند عدم اختيارهم لقانون معين بصورة صريحة أو ضمنية يلجأ إلى إعمال الضوابط الاحتياطية من أجل توفير الأمان القانوني لهم، ولكنه لم يسمح لهم بأن يختاروا نفس القانون أو قانوناً آخر ليحكم عقدهم من الناحية الشكلية!! ألا يمثل ذلك تناقضاً صارخاً مع ما تقوم عليه حكمة قاعدة الإسناد في هذا المجال.

٢- إن القاضي العراقي سوف يجد نفسه ملزماً بتطبيق قانون محل الإبرام على شكل العقد وحين يتأكد من عدم استيفاء العقد الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام فمن المؤكد أنه سوف يبطل ذلك العقد حتى وإن كان صحيحاً شكلاً وفقاً للقوانين الأخرى كقانون الموطن والجنسية المشتركة للمتعاقدين والقانون الذي يحكم الموضوع، وذلك بسبب الصياغة الآمرة وغير المرنة للمادة(٢٦) من القانون المدني العراقي التي لا تسمح للقاضي أن يلجأ إلى إعمال أسلوب الإسناد المركب من خلال أي منفذ قانوني آخر، كمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً المنصوص عليها في المادة(٣٠).

٣- إن الهدف من اخضاع شكل العقد لعدة قوانين وفق أسلوب الإسناد المركب هو التيسير على المتعاملين وتصحيح العقود وتقليل حالات بطلانها قدر الامكان، ولهذا نجد الكثير من الدول قد عدلت عن أسلوب الإسناد البسيط في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد والاستغناء عن الطابع

الآمر الذي يفرضه هذا الأسلوب والاستعاضة عنه بالطابع الاختياري الذي يفرضه أسلوب الإسناد المركب.

٤- نستغرب موقف المشرع العراقي إنه أخذ بأسلوب الإسناد المركب التخييري في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج من خلال إعطاء الزوجين الخيار في إبرام زواجهم شكلاً وفقاً لقانون محل الإبرام أو وفقاً للشكل المقرر في قانون جنسيتهما، وعدم أخذه بهذا الأسلوب في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد، فلم هذه التفرقة بين الأمرين؟

لذلك نقترح على المشرع العراقي الاستغناء عن الإسناد البسيط كأسلوب إسناد معتمد في قاعدة الإسناد التي تحكم الجانب الشكلي للعقد في المادة(٢٦) والاستعاضة عنه بأسلوب الإسناد المركب التخييري الذي يقوم على اخضاع شكل العقد إلى أكثر من قانون وعلى سبيل التخيير.

ولا يفوتنا أن نذكر أن القوانين التي تشير إليها ضوابط الإسناد التخييرية وفقاً لأسلوب الإسناد المركب المتبع في إرساء الجانب الشكلي للعقد ، يخضع لها كل ما يتعلق بالشكل اللازم لإظهار الإرادة، فتحدد لزوم أو عدم لزوم شكل معين ونوع هذا الشكل، وهل يكفي الكتابة الرسمية أم الكتابة العرفية؟، وبيان عدد النسخ المحررة وإمضاء الأطراف وتحديد تأريخ التحرير والموافقة على الشطب وكافة البيانات الجوهرية في المحرر[١]، لكن يخرج من مجال إعمال هذه القوانين أشكال

[١] – د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص٢٠٩.

الشهر والعلانية المتعلقة بالحقوق العينية، وأشكال المرافعات والأشكال المكملة للأهلية، فكل من هذه الأشكال يخضع لقانون معين[1].

[1] –د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٤٦٧.

المبحث الثاني

دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات

تعدّ مسألتي الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات من المسائل المهمة في مجال القانون الدولي الخاص، حيث وردت بصددهما قاعدتي إسناد خاصة بكل منهما، وهاتان المسألتان تتميزان عن باقي مسائل تنازع القوانين من جانبين، الأول، إن قاعدتي الإسناد الخاصة بهما وردت بشكلٍ مستقل عن قواعد الإسناد الخاصة بمسائل تنازع القوانين الأخرى، فأغلب مسائل تنازع القوانين وردت قواعد الإسناد الخاصة بها في القوانين المدنية، في حين وردت قاعدتي الإسناد الخاصة بالأهلية الصرفية وأدلة الإثبات في فروع أخرى غير القانون المدني، كالقانون التجاري وقانون الإثبات، هذا من جانب، ومن جانب آخر، يؤدي الإسناد المركب الدور البارز في إسنادهما، الأمر الذي يجعل منهما الميدان الحقيقي لهذا الأسلوب من أساليب الإسناد، وذلك عن طريق اخضاعهما لأكثر من قانون، لذلك ومن أجل الوقوف على مضمون فكرتي الأهلية الصرفية وأدلة الإثبات وبيان دور الإسناد المركب في إرساء كل منهما، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية، ونبين في المطلب الثاني دور الإسناد المركب في مجال أدلة الإثبات.

المطلب الأول

دور الإسناد المركب في مجال الأهلية الصرفية

قبل أن نخوض في بيان دور الإسناد المركب في إرساء الأهلية الصرفية لا بد أن نتعرض لمضمون فكرة الأهلية الصرفية، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الأول

إلى مضمون فكرة الأهلية الصرفية، ونخصص الفرع الثاني لبيان دور الإسناد المركب في إرساء الأهلية الصرفية.

الفرع الأول

مضمون فكرة الأهلية الصرفية

لم تكن البشرية في أول تأريخها تعرف الأوراق التجارية كأدوات للتداول والتبادل التجاري، بل اعتمدت المقايضة ثم بعد ذلك النقود في مرحلة لاحقة، غير إن الوضع ما لبث أن تغير فاكتشفت الأوراق التجارية نتيجة للحاجة الماسة والملحة لوجودها ولكي تقوم بوظيفتها كأداة لتنفيذ عقد الصرف[١]، لذلك فالأوراق التجارية ليست من اختراع المشرع، بل هي من اختراع البيئة التجارية، حيث تعارف التجار على استخدامها إلى جانب النقود، لتسوية ما بينهم من معاملات تجارية، ثم جاءت التشريعات المختلفة بعد ذلك لتضمن استخدامها[٢]، ومن المؤكد أن الورقة التجارية هي محرر شكلي يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصاً آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير أو بالمناولة اليدوية[٣]، والأوراق التجارية على ثلاثة أنواع، هي الحوالة التجارية(السفتجة) والسند لأمر(الكمبيالة) و الصك(الشيك)، وهذه الأنواع الثلاثة تخضع لما

---

[١] – للمزيد حول نشأة الأوراق التجارية، ينظر، د. إيمان الشحات مصطفى محمد، المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية بين الواقع العملي و الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، العدد(٦)، المجلد(٣٣)، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، ٢٠١٦م، ص٣١١٤.

[٢] – أحمد حسين، الأوراق التجارية، سلسة محاضرات منشورة على الموقع الإلكتروني http://mohamoon-montada.com/ ، تأريخ الزيارة ٢٩/ ١٠/ ٢٠٢٣م.

[٣] – د. ممتاز مطلب خبصي، التوقيع المجرد وأثره على الورقة التجارية، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد (٤٩-١)، ٢٠٢١م، ص٣٥٨.

يسمى بقانون الصرف، لذلك تسمى الالتزامات الناشئة عنها بالالتزامات الصرفية، وهي التزامات تختلف عن الالتزامات المعهودة في القواعد العامة، وقانون الصرف يتضمن القواعد القانونية التي تنظم الأوراق التجارية[١].

ولما كان إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها يُعد عملاً تجارياً مطلقاً[٢]، لذلك يشترط في من يوقع عليها أن يكون أهلاً للقيام بالأعمال التجارية.

وتأسيساً على ما تقدّم، فأن التساؤل الذي يطرح نفسه، ما هي الأهلية التي تشترط لإنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها؟ في معرض الإجابة على هذا التساؤل نقول أن القوانين التجارية لم تنظم المسائل المتعلقة بالأهلية اللازمة للالتزام الصرفي ومن ثم لا بدّ من البحث في ثنايا القواعد العامة لمعرفة الأهلية اللازمة لإنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها.

فالأهلية هي صلاحية وقدرة الشخص في التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية[٣]، وتقسم الأهلية إلى قسمين، أهلية وجوب وأهلية أداء.

---

[١] – بن عزوز سعيد، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، ٢٠٢٢م، ص٢٢.

[٢] – نصت المادة (٦) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م على إنه (يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته).

[٣] – د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص٢٤٠.

١- أهلية الوجوب

عرفت أهلية الوجوب بعدة تعريفات منها، إنها وصف في الشخص يقوم على مدى صلاحيته وقدرته لكسب الحقوق وتحمل بعض الالتزامات[١]، كما قد عرفت بأنها وصف يتوفر في الشخص الذي يكون محل اعتبار في القانون[٢].

والإنسان بمقتضى أهلية الوجوب لا يكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية، وإنما تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية، لأن المسؤولية التعاقدية لا يتعرض لها الإنسان إلا عن طريق أهلية الأداء[٣].

وأهلية الوجوب تثبت لكل إنسان ولمجرد أنه إنسان وبمجرد ولادته حياً، إذ إنها تدور مع الحياة وجوداً وعدماً[٤]، لذا يذهب رأي في الفقه[٥]، إلى القول بعدم صحة الرأي القائل بأنه (إذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية)، لذا فهو يرى عكس ذلك بحيث أنه إذا وجدت الشخصية وجدت أهلية الوجوب وإذا انعدمت الشخصية انعدمت أهلية الوجوب.

وأهلية الوجوب تقسم إلى قسمين، أهلية الوجوب الناقصة وأهلية الوجوب الكاملة.

أ- أهلية الوجوب الناقصة

---

[١] – د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م، ص٨٨.

[٢] – د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠٠٧م، ص١١٣.

[٣] – عبد المجيد الحكيم، المصدر نفسه، ص١١٤.

[٤] – دحيري اليامنة، الاخذاري يوسف، نقصان الأهلية و انعدامها وأثرها على المسؤولية المدنية والجنائية، رسالة ماجستير، جامعة زيان بن عاشور، الجفلة، الجزائر، ٢٠٢٠م، ص٥.

[٥] – د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص١١٤.

وهي الأهلية التي تثبت للإنسان وهو جنين في بطن أمه، فهو قبل انفصاله عن أمه يعتبر جزءاً منها، لكن لكونه مفرداً بالحياة ومعد للانفصال عنها فهو لا يعد جزءاً منها بشكل مطلق، وبذلك تكون له أهلية وجوب ناقصة، تخوله بعض الحقوق التي لا تحتاج في ثبوتها إلى قبول منه ولا تحمله أي التزام[١].

ب- أهلية الوجوب الكاملة

وهي تثبت للإنسان بولادته حياً، وتبقى معه طوال حياته، ولا تزول عنه إلا بموته، وبموجبها تثبت للإنسان الحقوق التي تكون له و يتحمل الواجبات التي تكون عليه[٢].

من جميع ما تقدّم يتّضح لنا إن الأهلية الصرفية لا يمكن أن تتمثل بأهلية الوجوب، بوصف أن من يقوم بإنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها إنما يقوم بتصرف قانوني، بينما أهلية الوجوب عبارة عن وصف في الشخص تتيح له ثبوت بعض الحقوق وتحمل بعض الالتزامات، دون أن تتيح له القيام بالتصرفات القانونية.

---

[١] – عبد الصمد غناج، أسامة بنشيخ، أبراهيم بباص، معاذ الانصاري، الأهلية مفهومها وأنواعها وعوارضها(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، بحث مقدم إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، ٢٠١٨م، ص٥.

[٢] – عبد الصمد غناج، أسامة بنشيخ، أبراهيم بباص، معاذ الانصاري، المصدر نفسه، ص٦.

٢- أهلية الأداء

عرف فقهاء القانون الخاص أهلية الأداء بتعاريف عدة، فقد عرفها البعض[١]، بأنها صلاحية الشخص لأن يصدر العمل القانوني منه ومناطها العقل والتمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كان ناقص الأهلية، ومن فقد التمييز كان عديم الأهلية، في حين عرفها البعض الآخر[٢]، بأنها صلاحية الشخص وقدرته على أن يقوم بنفسه بمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق وتحمله الالتزامات، دون حاجة لمن ينوب عنه بمباشرتها.

وجدير بالذكر أن التصرفات بحسب أهلية الأداء تقسم على ثلاثة أنواع:

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهذه التصرفات يترتب عليها اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه، كقبول الهبة.

٢- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: فهذه تسبب افتقاراً لمن يباشرها دون مقابل يأخذه، كالإيهاب والإيصاء للغير[٣].

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وفي هذا النوع من التصرفات يأخذ الشخص مقابلاً لما يعطي، ويدخل فيها ما يسمى بأعمال التصرف، كما يدخل فيها ما يسمى بأعمال الإدارة، وهذا النوع

---

[١] – د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م، ص٦٤.

[٢] – د. رجب كريم عبد الاه، المدخل للعلوم القانونية(نظرية الحق)، ج٢، طبعة منقحة ومزيدة بأحدث التعديلات التشريعية، ٢٠١٦م، ص٢٥١.

[٣] – د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٩م، ص٥٥٤.

من التصرفات يحتمل الربح والخسارة، لذلك تسمى بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر[١].

عليه إذا كان الشخص كامل أهلية الأداء فإنه يكون صالحاً لمباشرة جميع التصرفات، أما إذا كان الشخص عديم أهلية الأداء فإنه لا يصلح لمباشرة أي من هذه التصرفات، أما إذا كان الشخص ناقص الأهلية، فيكون صالحا لمباشرة التصرفات النافعة دون الضارة، في حين مباشرته التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يكون موقوفاً على إجازة وليه أو إجازته بعد بلوغه أو زوال العارض الذي أنقص أهليته[٢].

من جميع ما تقدم يتضح لنا، إن الأهلية الصرفية هي ذاتها أهلية الأداء والمعبر عنها، ومن ثم فإن من يباشر إنشاء الأوراق التجارية أو يقوم بالعمليات المتعلقة بها إنما يقوم بتصرف قانوني، وحتى يكون هذا التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، فيشترط فيمن يباشره أن يكون ذو أهلية صرفية أي كامل أهلية الأداء بأن يكون بالغاً سن الرشد دون عارض من عوارض الأهلية، فإذا كان من أنشأ الأوراق التجارية أو قام بالعمليات المتعلقة بها عديم الأهلية كان تصرفه باطلاً، وإذا كان ناقص الأهلية لصغر سنه أو لعارض من عوارض الأهلية كان تصرفه موقوفاً على إجازة من يمثله أو إجازته بعد بلوغه أو زوال العارض عنه، نظراً لاعتبار إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تحتمل الربح والخسارة، على أن يستثنى من ذلك القاصر المأذون بالتجارة، فحكم إنشاءه الأوراق التجارية وتعامله بها كحكم كامل الأهلية.

---

[١] – د. رجب كريم عبد الاه، مصدر سابق، ص٢٥٥.

[٢] – د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٦٤.

الفرع الثاني

دور الإسناد المركب في إرساء الأهلية الصرفية

تُعدّ الورقة التجارية سواء أكانت حوالة تجارية أم سنداً لأمر أم صكاً تصرف بإرادة منفردة، وهو تصرف قانوني يصدر من شخص يرتب بإرادته المنفردة التزاماً بذمته ودون توقف على إرادة شخص غيره، وتسري عليه الأحكام القانونية التي تسري على العقد إلا ما تعلق منها بوجود إرادتين متطابقتين[١].

وتأسيساً على ما تقدّم، يتطلب لإنشاء الورقة التجارية باعتبارها تصرف بإرادة منفردة استيفاء الشروط الموضوعية لإنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية[٢].

وجدير بالذكر أن الأهلية الصرفية هي الشرط الموضوعي الوحيد الذي اعتمدت فيه الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليها، عن طريق تضمينها ضابط أصلي يُشكل المبدأ العام الواجب التطبيق على الأهلية الصرفية، وضوابط احتياطية تمثل استثناءات على هذا المبدأ وكالآتي:

---

[١] – علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠٠٥م، ص١٢و١٣.

[٢] – علي حميد عبد الرضا، المصدر نفسه، ص١٥.

أولاً: الضابط الأصلي

يُعدّ قانون جنسية الملتزم الصرفي القانون الأصلي الذي يشكل المبدأ العام الذي تخضع له الأهلية الصرفية، نظراً لكون هذا القانون يتسم بالاستقرار والثبات بامتداد سلطانه على الشخص من يوم صدوره إلى يوم الغائه، فضلاً عن كون المشرع الوطني الذي ينتمي إليه الملتزم صرفياً بجنسيته أدرى من أي مشرع آخر بأهلية مواطنيه، وذلك باعتبار إن الغرض من أحكام الجنسية هو حماية الشخص ذاته[١].

وعليه يرجع إلى قانون جنسية الملتزم، لمعرفة مدى تأثر أهلية الملتزم صرفياً بالسن، وهل هو كامل الأهلية أم كونه ناقص أو عديم الأهلية، ويرجع إلى نفس القانون للوقوف على مدى قدرته على إبرام التصرفات القانونية في حالة كونه ناقص الأهلية، وما هو الجزاء المترتب في حالة مباشرة التصرفات رغم عدم توفر الأهلية اللازمة، كما يرجع إلى هذا القانون في كل ما يتعلق بعوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة، وما يترتب عليها من آثار، كما تخضع له موانع الأهلية كالعاهة، والغيبة المترتبة بحكم قضائي[٢].

---

[١] – د. عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد(١٦)، العدد(٢)، ٢٠١٤م، ص١٢١.

[٢] – علي حميد عبد الرضا، مصدر سابق، ص٣٣.

ثانياً: الضوابط الاحتياطية

١- القانون المحال إليه

إن الإحالة تعني تخلي القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية عن اختصاصه إلى قانون آخر سواء كان قانون القاضي الناظر للنزاع أو قانون أجنبي آخر[١].

ومن المقرر وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين إن الإحالة تكون على نوعين، النوع الأول يسمى بالإحالة من الدرجة الأولى، وهي تكون عندما تتخلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص عن اختصاصها لقانون القاضي المعروض عليه النزاع[٢]، أما النوع الثاني فيطلق عليها بالإحالة من الدرجة الثانية، وهذه تتحقق عندما يتخلى القانون الأجنبي المختص عن اختصاصه لا لقانون القاضي، بل لقانون دولة ثالثة أجنبية[٣].

وتأسيساً على ما تقدّم، إذا كان الغرض الذي يطبق من أجله القانون الأجنبي هو تحقيق العدالة لأطراف النزاع و الانسجام بين قوانين الدول المختلفة، فإن هذا الغرض لا يتحقق إلا بتطبيق القانون المحال إليه الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي[٤]، لذلك يعدّ قانون الدولة المحال إليها القانون الاحتياطي الأول الذي يطبق بعد القانون الأصلي المتمثل بقانون جنسية الملتزم على الأهلية الصرفية، غير أننا نجد إن هذا التطبيق يتوقف على ضرورة توفر شروط ثلاثة هي:

---

[١] – د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٨٠.

[٢] – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص١٢٠.

[٣] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٤٨.

[٤] _ بن عزوز سعيد، مصدر سابق، ص٤٨.

أ- أن يكون قانون جنسية الملتزم صرفياً يتنازل عن اختصاصه إلى قانون دولة أخرى سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون دولة ثالثة أجنبية.

ب- أن يكون قانون القاضي المعروض أمامه النزاع يأخذ بالإحالة في المسألة المعنية.

ج- أن يكون من شأن تطبيقه تصحيح الالتزام الصرفي(أي لا يشترط قانون الدولة المحال إليها لبلوغ سن الرشد سناً أكبر من السن الذي يشترطه قانون محل الإبرام).

عليه إذا تحققت هذه الشروط يجد القاضي نفسه ملزماً بتطبيق قانون الدولة المحال إليها بوصفه القانون الاحتياطي الأول وفقاً للإسناد المركب المعتمد في مسألة الأهلية الصرفية، أما إذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف إحداها فقد يضطر القاضي إلى الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني المتمثل بقانون محل الإبرام أو قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي في الورقة التجارية.

٢- ضابط محل إنشاء الورقة التجارية

يعدّ قانون محل إبرام التصرف أو محل إنشاء الالتزام في الورقة التجارية القانون الاحتياطي الثاني الذي يطبق على الأهلية الصرفية، وذلك عندما يكون الملتزم صرفياً ناقص الأهلية وفقاً للقانون الأصلي المتمثل بقانون الجنسية، وكذلك ناقص الأهلية وفقاً للقانون الاحتياطي الأول المتمثل بقانون الدولة المحال إليها، عندما يحيل قانون الجنسية إلى قانون دولة أخرى، ويكون الملتزم صرفياً كامل الأهلية وفقاً لقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي، حيث يكون الحكم تطبيق

قانون محل نشوء الالتزام ومن ثم يكون الالتزام صحيحاً لا غبار عليه[1].

ووفقاً لقانون محل نشوء الالتزام في الورقة التجارية، يكفي أن يكون الموقع على الورقة التجارية أهلاً لالتزامه إما طبقاً لقانون جنسيته أو طبقاً لقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي، فإذا كان الموقع على الورقة التجارية فاقد الأهلية وفقاً لقانون جنسيته، لكنه أهلاً لالتزامه وفق قانون محل نشوء الالتزام في الورقة التجارية، كان تصرفه صحيحاً إعمالاً لفكرة تطبيق القانون الأصلح لحامل الورقة التجارية[2].

وفي واقع الأمر، إن الإسناد المركب المعتمد في إرساء الأهلية الصرفية قد تبنته اتفاقيات جنيف لعام ١٩٣٠ و ١٩٣١، وذلك في المادة الثانية في كل منهما والتي نصت على إنه(تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى كمبيالة أو سند لأمر (أو شيك)لأحكام قانونه الوطني، فإذا أحال هذا القانون الوطني على قانون دولة أخرى كان هذا القانون الأخير هو الواجب التطبيق، وإذا كان الشخص ناقص الأهلية وفقاً للقانون المشار إليه في الفقرة السابقة فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية.....)، فاتفاقيات جنيف للقانون الموحد اعتمدت الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية الصرفية، من خلال تضمينها قانونا أصلياً يتمثل بالقانون الوطني (قانون الجنسية أو الموطن) ويشكل هذا

---

(١) – شنوف معُمر، الإسناد التجارية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة(٢١) من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة تونس، المنار، المجلد(١)، العدد(٢٢)، ٢٠١٥م، ص٢٨٨.

(٢) – عائدة محمد نعيم شكري العامودي، تنازع القوانين في الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جنيف(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، كلية الدراسات العليا، ١٩٩٥م، ص٥٧.

القانون المبدأ العام الذي تخضع له الأهلية الصرفية، وقوانين احتياطية (قانون الدولة المحال إليها وقانون محل نشوء الالتزام في الورقة التجارية)، تشكل استثناءات ترد على المبدأ العام[١].

وجدير بالذكر أن فرنسا تعدّ الدولة الوحيد من بين الدول– محل المقارنة– التي انضمت إلى اتفاقيات جنيف وصادقت عليها و أصدرت قانونها التجاري بتأريخ 30 أكتوبر 1935 على أثر هذه الاتفاقيات[٢]، أما العراق ومصر فلم يصادقا على اتفاقيات جنيف لكن على الرغم من ذلك نقلا الكثير من الأحكام التي تضمنتهما هاتين الاتفاقيتين إلى تشريعاتهما الداخلية ومن بين الأحكام التي تم نقلها نص المادة (٢) من الاتفاقيتين السالفة الذكر[٣].

فبالنسبة للمشرع العراقي، نجد أنه تبنّى الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحكم الأهلية الصرفية جرياً على ما ذهبت إليه اتفاقية جنيف للقانون الموحد، وذلك في المادة (٣/٢/٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤م النافذ، والتي نصت على إنه(٢– 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 الواجبة التطبيق ٣– إذا كان

---

[١] – د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية(دراسة مقارنة في القانون المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وبعض التشريعات العربية واتفاقيات جنيف ١٩٣٠)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص٩٤و٩٥.

[٢] – نقلاً عن، شنوف مُعمر، مصدر سابق، ص٢٨١.

[٣] – ينظر نص المادة (٢/٤٨و٣) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م، ونص المادة (١/٣٨٨و٢) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.

القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)[١].

يلاحظ من خلال هذا النص، إن المشرع العراقي اعتمد قانون أصلي يشكل المبدأ العام الذي تخضع له الأهلية الصرفية يتمثل بقانون جنسية الملتزم في الورقة التجارية، وقوانين احتياطية تتمثل بقانون الدولة المحال إليها وقانون محل نشوء الالتزام في الورقة التجارية، كما يلاحظ أن المشرع العراقي رغم رفضه الأخذ بالإحالة بصفة مطلقة بصريح نص المادة (١/٣١) من القانون المدني[٢]، قد خرج عن حكم هذه القاعدة عن طريق أخذه بالإحالة من درجة واحدة فقط وذلك في الفقرة (٢) من المادة(٤٨) سالفة الذكر.

ونعتقد أن المشرع العراقي حسناً فعل بالأخذ بالإحالة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأهلية الصرفية، نظراً لكون الإحالة مقبولة عالمياً بخصوص تحديد القانون الذي يجب أن يحكم أهلية الملتزم في الورقة التجارية، أضف إلى ذلك، إن أخذ المشرع العراقي بالإحالة في هذه المسألة يدلّ على إدراك المشرع العراقي للأهمية الكبيرة للأوراق التجارية، لأنها تتضمن أمراً بأداء مبلغ محدد من النقود وقابلة للتداول بالتظهير والمناولة اليدوية.

---

[١]– تسري احكام المادة (٤٨) الخاصة بالحوالة على السند لأمر وكذلك الصك، وذلك بمقتضى نص المادة (١٣٥/ أولاً) والمادة(١٣٧) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ.

[٢] – نصت المادة (١/٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا تقرر إن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

وفيما يتعلق بموقف المشرع المصري، فقد وضع لمسألة الأهلية الصرفية قاعدة إسناد مركبة تتضمن أكثر من قانون تقتضي مراعاة التدرج من القاعدة إلى الاستثناء[١]، وذلك في المادة (٢/١/٣٨٨) من قانون التجارة رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩م النافذ، والتي نصت على أنه (١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ٢- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية).

فالمشرع المصري قد اخضع الأهلية الصرفية إلى قانون أصلي يتمثل بقانون جنسية الملتزم، وقانون احتياطي يتمثل بقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، حيث يطبق في الحالة التي يكون فيها الملتزم ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته ولكنه يكون كامل الأهلية وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيها على الورقة التجارية، إذ يكون التصرف صحيحا وفقاً لقانون محل نشوء الالتزام[٢].

ولا يفوتنا أن نذكر، أن الإسناد المركب المعتمد في قاعدة الإسناد التي تحكم الأهلية الصرفية، والذي أخذت به اتفاقيات جنيف للقانون الموحد للأوراق التجارية، ونقلته عنها غالبية التشريعات الوطنية في العالم قد تعرض للانتقاد من عدة أوجه، فقد قيل بأن إخضاع أهلية الملتزم صرفياً إلى قانون آخر غير القانون الأصلي المتمثل بقانونه الوطني (قانون جنسيته أو موطنه)، من شأنه أن يؤدي إلى التضحية بمصالحه لا سيما في الحالة التي يكون فيها قاصراً، لأن قانونه

---

[١] – د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص١٣٢.

[٢] – د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر نفسه، ص١٢٩ و١٣٠.

الوطني لا يطبق إلا إذا كان أقل حماية من القوانين الاحتياطية الأخرى[١]، كما قيل بأن إخضاع الأهلية الصرفية إلى قوانين مركبة أصلية وأخرى احتياطية من شأنه أن يفتح الباب واسعاً أمام الغش نحو القانون، حيث سيكون من الميسور لمن يكون قاصراً وفقاً لقانونه الوطني أن يتحايل على هذا القانون من خلال اللجوء إلى الخارج والتوقيع على الورقة التجارية في دولة يعدّه قانونها أهلاً للالتزام الصرفي[٢].

ونحن نرى أن هذه الانتقادات لا تتعدى الجانب النظري فقط، لأنه في الجانب العملي نجد أن الإسناد المركب الذي يتضمن قوانين أصلية وأخرى احتياطية، يحقق الكثير من المزايا، فهو يؤدي إلى تيسير تداول الورقة التجارية وضمان سرعة انتقالها، حيث يكفي الموقع على الورقة التجارية أن يكون أهلاً لالتزامه وفقاً لقانون من القوانين الأصلية أو الاحتياطية، فضلاً عن ذلك، فإن الإسناد المركب يؤدي إلى تحقيق حماية أكبر للحامل ، حيث يكفيه التأكد من إن الملتزم كامل الأهلية وفق قانون واحد من هذه القوانين وليس جميعها، لذلك نحن نذهب إلى تأييد المشرعين أخذهم بالإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية الصرفية.

---

[١] – علي حميد عبد الرضا، مصدر سابق، ص٢٤.

[٢] – د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص١٠٠.

المطلب الثاني

دور الإسناد المركب في مجال أدلة الإثبات

قبل أن نخوض في بيان دور الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات لا بد أن نتعرض لمضمون فكرة أدلة الإثبات ، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، ندرس في الفرع الأول مضمون فكرة أدلة الإثبات، ونبين في الفرع الثاني دور الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات.

الفرع الأول

مضمون فكرة أدلة الإثبات

إن القاضي كأي باحث عن حقيقة ما، لا يمكنه أن يصل إلى تلك الحقيقة إلاّ عن طريق الدليل الذي يقتنع به ويصدر حكمه على أساسه، نظراً لكون دليل الإثبات هو قوام الحق، فالدليل في اللغة، هو المرشد، يقال دله على الطريق ونحوه سدده إليه فهو دال والمفعول مدلول عليه وإليه[١]، أما الإثبات فهو من ثَبت ثباتاً وثبوتاً، أستقر، ويقال ثَبت بالمكان، أقام، وثبت الأمر، صححه وحققه، ويقال أثبت الكتاب، سجله، و أثبت الحق، أقام حجته، ثبت الشيء، أثبته[٢].

---

[١] – نخبة من اللغوين بمجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج١، ط٢، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص٢٩٤.

[٢] – نخبة من اللغوين بمجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط،، المصدر نفسه، ص ٩٣.

أما اصطلاحا، فيقصد بأدلة الإثبات بأنها الوسائل والطرق التي يلجأ إليها المتخاصمين من أجل إقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعيها كل منهم[١]، أو هي الطرق المقبولة قانوناً من أجل إثبات الوقائع التي يدعي بها المتخاصمين أطراف الدعوى القضائية[٢].

وفي واقع الأمر أن أدلة الإثبات إما أن تكون أدلة كتابية وإما أن تكون أدلة غير كتابية[٣]، ومن المعلوم إن الأدلة الكتابية يتم عن طريقها إثبات التصرفات القانونية وكذلك بعض الوقائع المادية غير الإرادية كواقعة الموت و واقعة الولادة، بينما الأدلة غير الكتابية يتم عن طريقها إثبات سائر الوقائع المادية الأخرى[٤].

---

[١] – سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩م، ص٩٢.

[٢] – وسام توفيق عبد الله الكتبي، إثبات مسائل القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩م، ص ٤٨.

[٣] – تختلف قيمة أدلة الإثبات وأهميتها باختلاف النظام القانوني السائدة في ظله، ففي النظام الإنجلوسكسوني تفضل الأدلة غير الكتابية (شهادة الشهود) على الأدلة الكتابية، حيث يتم إثبات أغلب الوقائع عن طريق شهادة الشهود وحتى فيما يتعلق بالأدلة الكتابية يجب أن يتم تقديمها هي الأخرى عن طريق الأدلة غير الكتابية حيث يتم تأكيد محتوى الأدلة الكتابية وإثباتها عن طريق شهادة الشهود بينما يختلف الوضع في النظام اللاتيني حيث تفضل الأدلة الكتابية على الأدلة غير الكتابية، فالأدلة الكتابية لها أهمية وقيمة تفوق الأدلة غير الكتابية، كما تعتبر طريقاً ذا قوة مطلقة في الإثبات يصلح لإثبات جميع الوقائع المادية ، وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق المراد إثباته، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. أحمد المصطفى محمد صالح، قواعد الإثبات بالأدلة الكتابية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المنبر، السودان، العدد(٢٦)، ٢٠١٩م، ص١و٢.

[٤] – روان وفي كمين، تنازع القوانين في مسائل الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ٢٠٢٠م، ص٥٣.

وجدير بالذكر أن ثمة قواعد تخضع لها مسألة أدلة الإثبات، فالقاضي مقيد بالأدلة التي عينها له النص القانوني والتي يمكن بها إثبات الحقوق المختلفة رغبة في حماية المتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم، أضف إلى ذلك، إن القاضي لا يمكنه أن يأخذ بدليل الإثبات إلا بعد استيفاء الإجراءات الخاصة به، فلا يجوز له مثلاً أن يأخذ بدليل لمصلحة أحد الطرفين إلا بعد تمكين الطرف الآخر من الإدلاء بدفاعه بصدده[1].

يتضح مما سبق أن مضمون فكرة أدلة الإثبات تتحدد بمجموعة الوسائل والطرق التي حدد القانون قيمتها وقوتها، والتي يجب على أطراف الدعوى التقيد بها وعدم تجاوزها والتي على أساسها يصدر القاضي حكمه في الدعوى.

الفرع الثاني

دور الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات

بادئ ذي بدء يمكن القول إن الإسناد المركب يؤدي دوراً بارزاً في إرساء أدلة الإثبات عندما تثور مسألة تنازع القوانين بشأنها، وذلك في الحالة التي يكون فيها دليل الإثبات معد خارج دولة القاضي، وهذا الدور البارز للإسناد المركب يظهر من خلال إخضاع أدلة الإثبات إلى أكثر من قانون وحينئذ تعدد القوانين التي تحكم هذه المسألة، حيث تصنف إلى قوانين أصلية وأخرى احتياطية.

---

[1] – أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، ط٧، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص٤٤و ٤٥.

ويعدّ القانون العراقي القانون الوحيد من بين القوانين– محل المقارنة– الذي أنفرد في اعتماد الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات[١]، وذلك في المادة(١/١٣) من قانون الإثبات النافذ والمعدل رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، والتي نصّت على أنه (يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)، يلاحظ من خلال هذا النص، إنه خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأدلة الكتابية فقط دون الأدلة غير الكتابية، نظراً لأنه أشار إلى التصرفات القانونية، وهذه الأخيرة لا تثبت إلا بالأدلة الكتابية[٢]، كما يلاحظ على هذا النص أنه لم يُخضع أدلة الإثبات إلى قانون واحد، بل اخضعها إلى قانونين وفقاً للإسناد المركب، هما قانون محل إبرام التصرف القانوني بوصفه القانون الأصلي، وقانون القاضي(قانون الدليل الأيسر) بوصفه القانون الاحتياطي وكالآتي:

١– قانون محل إبرام التصرف القانوني

يعدّ قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني(قانون محل إبرام التصرف) القانون الأصلي الذي يسري في شأن أدلة الإثبات وفقاً للإسناد المركب المعتمد في قاعدة الإسناد الواردة في المادة(١/١٣) من قانون الإثبات العراقي النافذ والمعدل رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، ويكمن السبب

---

[١] – يعتبر القانون الدولي الخاص الروماني رقم(١٠٥) لسنة ١٩٩٢م ، القانون الوحيد إلى جانب القانون العراقي الذي اعتمد الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات، وذلك في المادة(١٦١) والتي نصت (إن القاضي يطبق القانون الروماني إذا قبل وسائل إثبات أخرى غير قانون المحل أو قانون إرادة الأطراف حتى لو كانت غير مقبولة بموجب القانون الأجنبي).

[٢] – روان وفي كمين، مصدر سابق، ص ٤٣.

في إعطاء قانون محل إبرام التصرف صفة القانون الأصلي الواجب التطبيق على أدلة الإثبات إلى كون قواعد الإثبات هي قواعد شكلية ومن ثم فأنها تخضع لذات القاعدة التي تحكم الشكل وهي قاعدة قانون محل الإبرام[١].

ويعد قانون محل إبرام التصرف بوصفه قانوناً أصلياً يسري بشأن أدلة الإثبات المصدر الذي يتم الرجوع إليه لمعرفة مدى ضرورة أعداد الدليل الكتابي، ومعرفة وسائل الإثبات المقبولة، وما هي الشروط المطلوبة لقبولها[٢].

٢- قانون الدليل الأيسر

إن قانون الدليل الأيسر وفقاً للإسناد المركب المتبع في قاعدة الإسناد العراقية الواردة في المادة(١/١٣) من قانون الإثبات والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات، هو القانون الذي يطبق بصفة احتياطية بعد القانون الأصلي المتمثل بقانون محل إبرام التصرف، ذلك في الحالة التي يتطلب فيها القانون الأصلي دليلاً للإثبات يتميز بالصعوبة مقارنةً بالدليل الذي يشترطه قانون القاضي الناظر للدعوى، ففي هذه الحالة يعرض القاضي عن تطبيق القانون الأصلي المتمثل بقانون محل إبرام التصرف ويطبق بدلاً عنه قانونه الوطني بوصفه قانون الدليل الأيسر، ويذهب البعض أن المقصود بالدليل الأيسر أن يطبق القاضي العراقي قانونه الوطني إذا كان الدليل الذي يتطلبه أسهل وأكثر وضوحاً من الدليل الذي يتطلبه قانون إثبات البلد الذي تم فيه إبرام

---

[١] – روان وفي كمين، مصدر سابق، ص٤٤٨.

[٢] – روان وفي كمين ، المصدر نفسه، ص٤٤٨.

التصرف القانوني[١]، ويرى البعض الآخر إن الدليل الأيسر يقصد به التنازل عن الدليل الأصعب أو الأقوى الذي يشترطه القانون الأجنبي والاكتفاء بالدليل الأسهل أو الأضعف الذي يقبل به قانون القاضي[٢].

يتضح مما سبق أن المقصود بقاعدة الدليل الأيسر هي عدول القاضي عن تطبيق القانون المختص بصفة أصلية إلى القانون المختص بصفة احتياطية نظراً لاستلزام القانون الأخير دليلاً أكثر يسراً وسهولة من الدليل الذي يستلزمه القانون الأول.

وتجدر الاشارة، إلى إن هناك من الفقه[٣]، من يعطي أمثلة على الدليل الأيسر، ومنها إن القانون الذي يحكم أدلة الإثبات للتصرف القانوني بصفة أصلية إذا كان يستلزم الدليل الكتابي الرسمي لإثبات التصرف، بينما يكتفي قانون القاضي بالكتابة العرفية لإثبات التصرف، فإن على القاضي أن يأخذ بالدليل الذي يستلزمه قانونه بوصفه أكثر يسراً، وفي ذات الصدد، يستعرض البعض الآخر[٤]، أهم الحالات التي تقود القاضي إلى المقارنة بين قانونين ومن ثم التوصل إلى اعتبار أحدهما أيسر من القانون الثاني، ومن هذه الحالات، إذا كان قانون القاضي يميز بين المسائل المدنية والتجارية، ويجيز إثبات المسائل التجارية بكافة طرق الإثبات بخلاف المسائل المدنية، في حين ينكر قانون محل إبرام التصرف مثل هذا التمييز، ففي هذه الحالة فإن قانون

---

[١] – حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الإثبات العراقي النافذ، ط١، بدون ذكر دار النشر، ١٩٨٦م، ص٢٣، نقلاً عن، روان وفي كمين، مصدر سابق، ص٥٣.

[٢] – وسام توفيق عبدالله الكتبي، مصدر سابق، ص٦٨.

[٣] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٢٦٤.

[٤] – وسام توفيق عبد الله الكتبي، مصدر سابق، ص٤٩.

القاضي يكون أيسر في الإثبات، أو إذا كان أحد القانونين يجيز أن يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون يمنح وسيلة أسهل للإثبات دون القانون الآخر، ففي هذه الحالة يعدّ هذا القانون هو قانون الدليل الأيسر.

وجدير بالذكر أن إرساء أدلة الإثبات وفقاً للإسناد المركب بإخضاعها إلى قانونين أحدهما أصلي(قانون محل الإبرام) وآخر احتياطي(قانون الدليل الأيسر)، كان محلاً للنقاش والاختلاف بين الفقه والباحثين في مجال القانون الدولي الخاص، حيث انقسموا إلى اتجاهين بين مؤيد ومعارض لذلك.

إذ يذهب اتجاه أول[١]، إلى تأييد المشرع تبنيه الإسناد المركب في قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات، وساق أصحابه عدة حجج لإسناد رأيهم منها:

١- إن تطبيق القانون الاحتياطي المتمثل بقانون القاضي عند استلزامه دليلاً أيسر من الدليل الذي يستلزمه القانون الأصلي من شأنه أن يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني وتفضيله على القانون الأجنبي عند الاختلاف في الأحكام[٢].

---

[١] – د. عباس الصراف، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، مجلة العدالة، العدد(٢)، السنة السادسة(نيسان–مايس–حزيران)، ١٩٨٠م، ص٣٣٧–٣٤٩، وسام توفيق عبد الله الكتبي، مصدر سابق، ص٧٤.

[٢] – د. عباس الصراف، المصدر نفسه، ص٣٣٧.

٢- كما أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تبسيط الشكلية، والتي تعدّ من المبادئ الأساسية التي نص عليها قانون الإثبات العراقي في المادة(٤) منه والتي نصت (تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه)[١].

٣- كما أن الإسناد المركب يؤدي إلى التيسير على المتعاملين الذين لم يرغبا في أن يطبق القاضي القانون الأصلي المتمثل بقانون محل الإبرام، فما المانع إذاً من أن يطبق القاضي قانونه الوطني والذي يعد تطبيقه هو الأصل في العلاقات الدولية الخاصة وما تطبيق القانون الأجنبي إلا استثناء[٢].

في حين يذهب الاتجاه الثاني [٣]، إلى انتقاد المشرع العراقي اعتماده أكثر من قانون في إسناد أدلة الإثبات أحدهما أصلي (قانون محل الإبرام) والآخر احتياطي(قانون الدليل الأيسر)، وعززوا موقفهم بعدة حجج هي:

١- إن من شأن ذلك أن يؤدي إلى مشكلات عملية، فليس من مصلحة القضاء التدخل في قضية وقعت بين أجانب يطبق عليهم قانونهم الخاص الذي أبرموا العقد في ظله، فليس من المنطق أن

---

[١] - د. عباس الصراف، المصدر نفسه، ص٣٤٢.

[٢] - د. عباس الصراف، المصدر نفسه، ص٣٤٩.

[٣] - د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢م، ص٥٤، د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٣٤٧، روان وفي كمين، مصدر سابق، ص٥٤.

يلجأ أحد هؤلاء إلى القانون العراقي ويأخذ الحق من صاحبه لمجرد إن القانون العراقي ييسر عليه الإثبات[١].

٢- إن عدول القاضي عن تطبيق القانون الأصلي والاستعاضة عنه بالقانون الاحتياطي المتمثل بقانونه الوطني من خلال قاعدة الدليل الأيسر، فيه مساس بالحقوق المكتسبة، نظراً لإمكانية تغيير قانون القاضي بتغيير المحكمة التي يرفع أمامها الدعوى، كما يمكن للخصم في الدعوى أن يغير المحكمة المختصة من خلال تغيير موطنه أو محل إقامته أو وجوده أو غيرها من الضوابط التي يتحدد على أساسها اختصاص المحكمة[٢].

٣- إن اختصاص القانون الاحتياطي المتمثل بقانون القاضي من خلال قاعدة الدليل الأيسر فيه كثير من الغموض، نظراً لأن المشرع نص على هذه القاعدة ولم يحدد معيار اليسر الذي يمكن أن يستند عليه القاضي ومن ثم يطبق قانونه بالاستناد إلى هذه القاعدة، فقد يكون في بعض الأحيان الإثبات بشهادة الشهود أيسر من الإثبات بالدليل الكتابي، وقد يكون الأمر معاكساً في أحيان أخرى، حيث يكون الإثبات بالدليل الكتابي أيسر من الإثبات بشهادة الشهود، نظراً لوجود الدليل الكتابي وغياب الشهود، كما إن تطبيق هذه القاعدة إذا كان من شأنه أن ييسر الإثبات على طرف من أطراف الدعوى فما هو موقف الطرف الآخر؟[٣].

---

[١] – د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٥٤

[٢] – د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٣٤٧

[٣] – روان وفي كمين، مصدر سابق، ص٥٤.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى المشرع العراقي لاعتماده الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات، إلا إننا نعتقد أن موقف المشرع العراقي جدير بالتأييد، نظراً للأهداف المتحققة من وراء تبني الإسناد المركب في إرساء أدلة الإثبات، فهو من شأنه أن يؤدي إلى التيسير على المتعاملين في الحياة الدولية الخاصة، فإذا كان دليل الإثبات يخضع لقانون محل الإبرام، فإنه يمكن الاستغناء عن الدليل الذي يستلزمه ذلك القانون لصالح الدليل الذي يستلزمه قانون القاضي باعتباره ييسر الإثبات، فإذا كان قانون محل الإبرام يستلزم الدليل الكتابي الرسمي لإثبات التصرف بينما يجيز قانون القاضي إثبات ذات التصرف بالدليل الكتابي العادي، ففي هذه الحالة يطبق قانون القاضي بوصفه أكثر يسراً وهذا الأمر من شأنه التيسير على الأطراف المتعاملين، كما إن عدول القاضي عن تطبيق القانون الأصلي المتمثل بقانون محل الإبرام والاستعاضة عنه بقانونه الوطني بوصفه قانونا احتياطياً يطبق وفقاً لقاعدة الدليل الأيسر، من شأنه أن يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني والذي يعدّ تطبيقه هو الأصل وما تطبيق القوانين الأجنبية إلا استثناء، لهذه الأسباب وغيرها نحن نذهب إلى تأييد المشرع العراقي تبنيه الإسناد المركب في قاعدة الإسناد الواردة في المادة(١/١٣) من قانون الإثبات رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩م النافذ، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على أدلة إثبات التصرفات القانونية.

الفصل الثالث

أحكام الإسناد المركب

عندما تعرض على القاضي دعوى تتعلق بعملية تنازع تم إرسائها وفقاً للإسناد المركب في قاعدة الإسناد الوطنية، فإنها كأي عملية تنازع قوانين تمر بمرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى هي مرحلة تعيين القانون الواجب التطبيق على التنازع، وخلال هذه المرحلة تواجه القاضي الوطني صعوبات جمة كصعوبات تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه ضابط الإسناد المركب والذي يشير باختصاص أكثر من قانون في نفس الوقت، وكذلك الصعوبات التي تتعلق بالحل الذي يعتمده القاضي في حالة تعدد هذا الضابط أو انعدامه أو تغييره، والصعوبات التي تتعلق بمدى مراعاة الترتيب التشريعي للقوانين التي تشير إليها ضوابط الإسناد المركب في حالة تعدد هذه الضوابط، وكذلك تلك التي تتعلق بماهية الجهة التي لها مكنة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة.

أما المرحلة الثانية، وهي مرحلة تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية، وعبر هذه المرحلة قد تثار عدة مسائل منها مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام أو استحالة التعرف على أحكامه أو كونه يترتب على إعماله بطلان التصرف أو العلاقة موضوع النزاع ، حيث يرتب الإسناد المركب آثاراً معينة عند إثارة كل مسألة من هذه المسائل، كل ذلك سوف نتطرق له في هذا الفصل عن طريق تقسيمه على مبحثين، نبّين في المبحث الأول الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب، ونخصص المبحث الثاني لبيان آثار الإسناد المركب.

المبحث الأول

الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب

عندما يتجه القاضي إلى إعمال القوانين التي تشير إليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب في قانونه الوطني، قد تواجه وهو بصدد هذا الإعمال إشكاليات أو صعوبات متعددة، وهذه الصعوبات تتنوع وتختلف باختلاف نوع الإسناد المركب، ففي الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته الإسناد الموزع والإسناد الجامع، تواجه القاضي صعوبات تتعلق بتحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هذا الضابط، كما قد تواجهه صعوبات في حالة تعدد هذا الضابط أو انعدامه أو تغييره، أما في الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يشمل الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، فإن الصعوبات التي تواجه القاضي تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة، و بماهية الجهة التي لها مكنة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، لذلك ومن أجل بيان هذه الصعوبات والحلول المقترحة لها سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في المطلب الأول الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد، ونبين في المطلب الثاني الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة.

المطلب الأول

الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد

قد تشتمل قاعدة الإسناد ضابط واحد يشير إلى تطبيق أكثر من قانون في نفس الوقت، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته صورتي الإسناد الموزع والإسناد الجامع، وهذا النوع من أنواع الإسناد المركب يثير بعض الصعوبات التي قد تعترض القاضي عند قيامه بتحديد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا النوع من أنواع الإسناد المركب، لذلك ومن أجل الوقوف على أهم هذه الصعوبات وبيان الحلول الموضوعة لها، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نعرض في الفرع الأول للصعوبات التي تتعلق بتحديد نوع الإسناد، ونبين في الفرع الثاني الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد.

الفرع الأول

الصعوبات التي تتعلق بنوع الإسناد

إن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب تختلف عن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط شكلاً وموضوعا، فقاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط من الناحية الشكلية تشتمل على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص قانون واحد ليحكم كل جوانب المسألة محل النزاع[1]، ومن الناحية الموضوعية تتسم هذه القاعدة بطابعها التركيزي البحث وعدم اشتمالها على أي مضمون موضوعي،

[1] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٩١.

حيث تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد تركيزها للعلاقة تركيزاً موضوعياً، لذلك تسمى بقاعدة الإسناد ذات الطبيعة التركيزية المحضة[١].

تأسيساً على ما تقدّم، أن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط تكون على صورة واحدة من الناحية الشكلية، وتكون خالية من أي هدف من الناحية الموضوعية حيث لا يهدف المشرع من خلالها إلى تحقيق أي نتيجة أو هدف موضوعي، بل يكون هدفه فقط تركيز العلاقة في نظام قانوني معين.

في حين تشتمل قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، وقد تشتمل على أكثر من ضابط إسناد وهو يعني وجود أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي[٢]، وتتسم هذه القاعدة بطبيعتها المركبة بكونها قاعدة تركيزية موضوعية في الوقت نفسه، فهي قاعدة تركيزية لكونها لا ترشح لحكم العلاقة أي قانون يكون من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة الموضوعية التي يتوخاها المشرع، ولكنها ترشح لذلك عدد من القوانين التي ترتبط بالعلاقة، كما إنها قاعدة موضوعية؛ ذلك لأنها تهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة، فمن خلالها يعمد المشرع إلى محاولة تحقيق نتيجة مادية معينة، بحيث إن القوانين مجتمعة أو هذا القانون أو ذاك المرشح لحكم العلاقة لن ينعقد له الاختصاص بصيغة نهائية

---

[١] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٠٠.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٤.

إلا إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة الموضوعية، لذلك تسمى بقاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية[١].

بناءً على ما تقدّم فإن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب تكون على العكس من قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط، حيث تكون على أكثر من صورة من الناحية الشكلية، وتكون قاعدة هادفة من الناحية الموضوعية حيث لا يهدف المشرع من خلالها إلى تركيز العلاقة في نظام قانوني معين فحسب، بل يهدف كذلك إلى تحقيق نتيجة مادية موضوعية معينة.

عليه فإن هذا الاختلاف الشكلي والموضوعي الذي تتميز به قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب، من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات والتي تختلف عن الصعوبات المترتبة على إعمال قواعد الإسناد البسيط[٢]، من ذلك الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في ذات الوقت، حيث تأتي قاعدة الإسناد التي تشتمله عامة لا تتضمن ما يمكن القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هذا الضابط الواحد، هل هو إسناد موزع أم إسناد جامع، كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والواردة في المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)[٣]، فهذا النص تضمن ضابط واحد هو ضابط الجنسية

---

[١] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص ٣٠٢ و٣٠٣.

[٢] – د. أحمد محمد الهواري، المصدر نفسه، ص٣٠٣

[٣] – يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (١٢) من القانون المدني لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ، أما في فرنسا فقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى اعتماد الإسناد المركب ذو الضابط المفرد على الشروط الموضوعية للزواج،=

لكنه أشار إلى تطبيق قانونين هما قانون الزوج وقانون الزوجة غير أنه جاء خالياً من تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هل هو إسناد موزع أم إسناد جامع؟

لقد تعددت التصورات الفقهية في حل هذه الصعوبة وعلى ثلاثة اتجاهات، فثمة اتجاه يذهب إلى القول بإعمال الإسناد الجامع لقانون كل من الزوجين، بحيث يجب أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون دولته وكذلك يجب أن يتوفر فيه أيضاً الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الدولة التي ينتمي لها الزوج الآخر، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأييهم بإعمال الإسناد الجامع، بأن من شأن تطبيقه أن يؤدي إلى قيام الأسرة على أساس سليم يتفق من البداية مع أحكام قانون كل من الزوجين، فمن غير المنطقي أن تكون الأسرة قائمة في نظر أحدهما دون الآخر[١]، وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، فقد قيل بأن من شأن تطبيق الإسناد الجامع أن يؤدي إلى تطبيق أكثر القوانين تشدداً الأمر الذي يؤدي إلى تقليل فرص قيام الزواج المختلط بالنظر لاختلاف قوانين الأسرة بين الدول عادة[٢].

ويذهب اتجاه آخر إلى إعمال الإسناد الموزع لقانون كل من الزوجين، حيث يكفي أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يفرضها قانون دولته دون الشروط التي يتطلبها قانون الزوج

=للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة ، علي محمود مقلد، مصدر سابق، ص٥٠٨.

(1) –Pillet, principes du droit international privé, Paris. 1903, p.323

(٢) – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٣٨.

الآخر، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأييهم بإعمال الإسناد الموزع ، بأن القانون الوطني وضع لحماية أفراده دون سواهم ولا يرمي إلى حماية الأسرة حتى يسري على غير الوطنيين[١].

ويذهب الاتجاه الثالث وهو الاتجاه الراجح ويمثله غالبية الفقه[٢]، إلى إن حل صعوبة تحديد نوع الإسناد الذي يطبق على الشروط الموضوعية للزواج يتم عن طريق إجراء التفرقة بين الشروط الإيجابية والشروط السلبية للزواج، فالشروط الموضوعية الإيجابية كسن الزواج وصحة رضاء الزوجين وغيرها، يسري بشأنها الإسناد الموزع لقانون كل من الزوجين، أما الشروط الموضوعية السلبية للزواج أو ما تسمى بموانع الزواج كالقرابة من درجة معينة واختلاف الدين وارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل، فهذه يسري بشأنها الإسناد الجامع لقانون كل من الزوجين، كون هذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ولا يمكن أن تتحقق بالنسبة لطرف من أطرافه دون أن تمس الطرف الآخر فهي تتعلق بنظام الزواج كوحدة واحدة غير قابلة للتجزئة.

---

[1]– niboyet, cours de droit international privé français, paris. 1949, p.350

[٢] – د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٤٠٥، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين مصدر سابق، ص٢٨١، د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٢٠٢، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٠٧، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٢٨، د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٣٠٦، وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص٣٥، د. أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص١٠٦، د، عادل أبو هشيمة محمود حوته، مصدر سابق، ص٤٦، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢١٧، د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص١٣٠، د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٧٩، د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٣٢٦، د، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م ، ص٨٥، وغيرهم.

وعلى الرغم من كون الاتجاه الثالث والأخير هو الاتجاه الراجح في تحديد نوع الإسناد الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج ، غير إننا نجد أنه خاص بمسألة الشروط الموضوعية للزواج و لا يمكن أن يعدّ مبدأ عام يجري على أساسه تحديد نوع الإسناد في أي قاعدة إسناد أخرى تم إرسائها وفقاً للإسناد المركب ذو الضابط المفرد، لذلك نعتقد الأفضل أن يجري حل صعوبة تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه الضابط المفرد في نطاق قاعدة الإسناد نفسها، وذلك عن طريق وقوف القاضي على النتيجة الموضوعية التي يبغي المشرع تحقيقها من اعتماد الإسناد المركب ذو الضابط المفرد في قاعدة الإسناد، وذلك بالنظر لاتصاف الإسناد المركب بالطابع الموضوعي، ففي كل صورة من صور الإسناد التي تندرج تحت الإسناد المركب ذو الضابط المفرد يهدف المشرع إلى تحقيق نتيجة معينة، ففي الإسناد الموزع يهدف المشرع إلى حماية الأفراد الوطنيين على حساب حماية العلاقة محل التنازع، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينتمون إليها عليهم دون سواهم، نظراً لكون القانون الوطني وضع لحماية أفراده فقط[١]، أما في الإسناد الجامع فأن المشرع يهدف من خلاله إلى التضييق إلى أقصى حد من الاعتراف بحق معين أو بآثاره أي الوصول إلى نتيجة تخدم سياسته التشريعية[٢]، وكذلك رغبته في حماية العلاقة محل التنازع الأمر الذي يوجب تعدد القوانين التي تحكم هذه العلاقة وتطبيقها تطبيقاً جامعاً[٣].

---

[١] – أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ٣٣٨.

[٢] – أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٩٤.

[٣] – د. صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٤٧.

نخلص مما سبق أن صعوبة تحديد نوع الإسناد التي تواجه القاضي وهو بصدد إعمال الإسناد المركب ذو الضابط المفرد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد والذي يثيره الطابع الشكلي المختلف لقواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، يمكن حله عن طريق وقوف القاضي على النتيجة الموضوعية أو الهدف الذي يبغي المشرع تحقيقه من وراء تبني هذا الضابط الواحد والذي يشير إلى أكثر من قانون في الوقت نفسه، نظراً لكون الإسناد المركب هو ذو طابع موضوعي عكس الإسناد البسيط والذي يتسم بالطابع التركيزي، فإذا تبين للقاضي إن الهدف من وراء تبني هذا الضابط يكمن برغبة المشرع في حماية مصالح الأفراد على حساب حماية العلاقة محل التنازع، ففي هذه الحالة وجب عليه إعمال الإسناد الموزع، في حين إذا تبين للقاضي إن هدف المشرع يكمن في حماية العلاقة محل التنازع على حساب الأفراد الوطنيين ففي هذه الحالة يجب عليه إعمال الإسناد الجامع.

الفرع الثاني

الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد

يقوم الإسناد المركب ذو الضابط المفرد على ضابط إسناد واحد يستخدمه مشرع قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا الضابط الواحد قد يختلف باختلاف الفلسفة التشريعية للدولة[1]، غير إنه لا يخرج عن أحد ضابطين هما ضابطي الجنسية أو الموطن[1]، لذلك قد يثير

[1] – تعدّ مسائل الأحوال الشخصية الميدان الحقيقي للإسناد المركب ذو الضابط المفرد، وإن الدول تفاضل بين ضابطين في إسناد هذه المسائل وهما ضابطي الجنسية والموطن، وتختلف الدول في اعتماد أحد هذين الضابطين وبحسب ما إذا كانت من الدول المصدرة أو المستوردة للسكان، فالدول التي تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية، وذلك من أجل استمرار رعاياها بالخضوع لقانونهم الوطني رغم وجودهم خارج دولتهم الأصلية، في حين تفضل الدول التي تكثر هجرة الأجانب إليها الأخذ بضابط الموطن، وذلك من أجل تطبيق قانونها على الأجانب المتوطنين فيها ومن ثم اندماجهم في مجتمع الدولة، للمزيد ينظر تفضلاً، د. فؤاد عبد المنعم رياض،=

الإسناد المركب ذو الضابط المفرد بعض التعقيدات او الصعوبات أمام القاضي وفي أحوال مخصوصة، من ذلك حالة تعدد الضابط المفرد أو انعدامه أو التغيير فيه، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه، كيف يستهدي القاضي في إعمال الإسناد المركب ذو الضابط المفرد في ظل هذه الصعوبات التي تواجهه ومن ثم تطبيق القوانين التي يشير إليها؟، وما الحلول الموضوعة لاجتياز هذه الصعوبات؟

إن الصعوبات والإشكاليات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والتي تتعلق بضابط الإسناد وكذلك الحلول الموضوعة لها تختلف في الحالة التي يكون فيها الضابط المفرد هو ضابط الجنسية عنها في الحالة التي يكون فيها الضابط المفرد هو ضابط الموطن وكالآتي:

=د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٥و٣٦.

(١) – خليل إبراهيم محمد خليل، مصدر سابق، ص٧٩.

١- الضابط المفرد هو ضابط الجنسية

تعدّ الجنسية من أبرز ضوابط الإسناد المعمول بها لحل إشكالية تنازع القوانين، إلاّ أن إعمال هذا الضابط لحل التنازع القانوني قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وذلك في حالة تعدد الجنسيات أو في حالة انعدام الجنسية، وأيضاً في حالة تغيير الجنسية[١].

أ - تعدد الجنسيات

تعدد الجنسيات أو ما يسمى " تنازع الجنسيات الإيجابي" يقصد به أدعاء دولتين أو أكثر إن شخصاً ما ينتمي إليها[٢].

ويترتب على تعدد الجنسية صعوبة في مجال تنازع القوانين، إذ يتعين اختيار قانون جنسية واحدة، نظراً لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الدول التي يحمل الشخص جنسيتها في الوقت نفسه[٣]، لذلك يطرح التساؤل حول الجنسية التي يعتد بها من أجل تطبيق قانونها على موضوع النزاع؟، إن الحلول لهذه الصعوبة تختلف باختلاف الحالات الآتية:

---

[١] – شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءً على ضابط الجنسية، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد(١)، العدد(٢)، ٢٠١٦م، ص٢١٩-٢٢١.

[٢] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠م، ص١٥٥.

[٣] – شبورو نورية، مصدر سابق، ص٢٢٢.

الحالة الأولى/ تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي بينها

ففي هذه الحالة ترجح جنسية دولة القاضي على الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص، ذلك لأن كل دولة من الدول تضطلع بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها على أساس ظروفها ومصالحها، وعلى القاضي بوصفه من الموظفين العموميين في النظام القانوني الداخلي أن يأتمر بأوامر مشرعه الوطني أولاً وقبل كل شيء وإلا خرج عن حدود وظيفته[١].

وهذا الحل قد أخذت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ الخاصة ببعض مسائل تنازع الجنسيات[٢]، كما أخذت بهذا الحل أغلب القوانين الوطنية، ومنها القانون العراقي[٣]، والقانون المصري[٤]، والقانون الفرنسي وإن لم يفرد لهذا الحل نصاً خاصاً وإنما أشار إليه ضمناً[٥].

---

[١] – د. عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي، مصدر سابق، ص١٣٥.

[٢] – نصت المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠م والخاصة بمسائل تنازع الجنسيات على أنه(دون الإخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعاً بجنسيتين أو أكثر، فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من رعاياها).

[٣] – أخذ المشرع العراقي بهذا الحل وذلك في المادة (١/٣٣) من القانون المدني والتي نصت(الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه).

[٤] – نصت المادة(٢/٢٥) من القانون المدني المصري على إنه(الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه).

[٥] – نقلاً عن، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٢٧٤.

وقد وجهت لهذا الحل الكثير من الانتقادات[١]، لكننا نعتقد رغم ذلك، إنه أفضل الحلول، فهو يستند على فكرة السيادة، كما يراعي المبدأ السائد في مسائل الجنسية وهو مبدأ حرية الدولة في أمور جنسيتها، ولا يسمح بأي تدخل خارجي بهذا الصدد.

الحالة الثانية/ تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية القاضي بينها

في هذه الحالة تعددت التصورات المعروضة على عدة حلول[٢]، غير إن أرجح هذه الحلول ذلك الذي يقضي بترجيح الجنسية الفعلية أو الواقعية[٣]، التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويستعين القاضي في الكشف عنها بمجموعة من العناصر الموضوعية والشخصية، كموطن

---

[١] – وجهت لهذا الحل انتقادات كثيرة منها، إنه لا يقوم على نظرة واقعية، فهو لا يراعي الارتباط الفعلي للشخص بدولة جهة النزاع الأمر الذي يشكل مخالفة للمبدأ القاضي بتطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية، كما إنه يؤدي إلى تنوع الحلول بحسب القاضي الناظر للنزاع مما يفضي إلى تنوع الأحكام ومن ثم عدم استقرار المركز القانوني للشخص نفسه، للمزيد حول هذا الموضوع ينظر تفضلاً، د عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٢٧١ و ٢٧٢.

[٢] – من ذلك حل التنازع بين الجنسيات بالطرق الدبلوماسية، و الحل بترجيح الجنسية السابقة في الاكتساب، و الحل بترجيح الجنسية التي يكون قانونها أقرب إلى قانون القاضي، و الحل بترجيح جنسية دولة الموطن، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، مصدر سابق، ص١٥٧.

[٣] – يقصد بالجنسية الفعلية، الجنسية التي يكون الشخص أكثر ارتباطاً بها وترتكز فيها مصالحه وصلاته ويمارس بها أكثر حقوقه و واجباته المدنية والسياسية، كتملك العقارات والزواج و التوظيف وحق الترشيح والانتخاب و أداء الضرائب وخدمة العلم، د. إياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨م، ص١١٣.

الشخص أو محل إقامته أو مركزه التجاري، روابطه العائلية، لغته، محل مزاولة حقوقه السياسية وتأدية خدمته العسكرية[١].

وفي واقع الأمر، إن الحل الذي يقضي باعتماد الجنسية الفعلية قد أخذ به المشرع العراقي، حيث جاء في المادة(١/٣٣/مدني) (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد)، فهذه المادة لم تنص صراحة على الأخذ بالجنسية الفعلية، غير إننا نعتقد بأن هذا الحل يمكن اعتماده باعتباره مبدأً شائعاً وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٣٠) من القانون المدني[٢]، وما قيل بصدد موقف المشرع العراقي ينطبق على المشرع المصري[٣]، أما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي فهو كحال المشرعين العراقي والمصري لم ينص صراحة على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية، غير إن القضاء الفرنسي قد طبق هذا المعيار في الكثير من القضايا التي عرضت عليه، ومنها قضية(مارتينيللي)، والتي تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل إبرام الزواج وانحلاله بين زوج إيطالي وسيدة تونسية

---

[١] – شبورو نورية، مصدر سابق، ص٢٣٣.

[٢] – نصّت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي(يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

[٣] – نصّت المادة (١/٢٥) من القانون المدني المصري (يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد) ونصّت المادة (٢٤) من نفس القانون (تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص).

اكتسبت الجنسية الإيطالية دون أن تفقد الجنسية التونسية، حيث رجح القضاء الفرنسي الجنسية الإيطالية باعتبارها الجنسية الفعلية[١].

ب- انعدام الجنسية

انعدام الجنسية ويسمى " التنازع السلبي للجنسيات" يقصد به عدم تمتع الشخص بجنسية أية دولة على الإطلاق، أي إن الشخص لا ينتمي إلى أية دولة من دول العالم[٢]، ويترتب على ظاهرة انعدام الجنسية إشكالية تحديد القانون الذي يحكم مسائل عديم الجنسية، لا سيما في الدول التي تجعل الضابط المفرد الذي يشير إلى أكثر من قانون هو ضابط الجنسية، لذلك لا بد من البحث عن معيار آخر يتحدد بموجبه القانون الذي يحكم عديم الجنسية بدلاً من معيار الجنسية.

لقد ظهرت عدة اتجاهات للبحث عن أكثر القوانين اتصالاً بعديم الجنسية ليقوم مقام قانون الجنسية ويكون هو صاحب الاختصاص القانوني بالنسبة له[٣]، غير إن أرجح هذه الاتجاهات والذي أستقر عليه العمل في غالبية الدول هو الاتجاه الذي يقضي بتطبيق قانون الدولة التي يكون

---

[١] – حكم محكمة باريس الكلية الصادر في ٨/ آذار/ ١٩٦٨م، مقتبس عن، د. ثامر داوود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية(دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠م، ص٢٥٨و٢٥٩.

[٢] – براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ٢٠١٨م، ص٧.

[٣] – من ذلك اتجاه يذهب إلى تطبيق قانون القاضي على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين فيما يتعلق بعديم الجنسية ومن ثم لا محل للأخذ بقواعد الإسناد، واتجاه آخر يذهب إلى تطبيق قانون آخر دولة يتمتع عديم الجنسية بجنسيتها، وذلك على أساس إنها أقرب الدول صلة به، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص ١٥٣.

الشخص أكثر ارتباطاً بها من غيرها، وهذه الدولة بالنسبة لعديم الجنسية هي الدولة التي يوجد فيها موطنه أو محل إقامته[١].

وفيما يتعلق بموقف القانون العراقي من هذه المسألة، يذهب جانب من الفقه[٢]، إلى القول بأن القانون العراقي قد اعتمد الاتجاه القائل بتطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة على مسائل عديم الجنسية، وذلك بالاستناد إلى نص المادة(١/٣٣/ مدني) والتي توجب على المحكمة تعيين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، وكذلك نص المادة(١/١٩/ عقوبات) والتي وصفت عديم الجنسية بالمواطن العراقي إذا كان مقيماً في العراق لأغراض تطبيق قانون العقوبات.

ومن حيث المبدأ نحن نتفق مع هذا الرأي الفقهي فيما ذهب إليه بكون المشرع العراقي قد أخذ بقانون الموطن أو محل الإقامة على مسائل عديم الجنسية، غير إننا نختلف معهم في أساس هذا التطبيق، حيث نرى إن أساس ذلك لا يكمن بنص المادتين (١/٣٣) من القانون المدني و(١/١٩) من قانون العقوبات، بل يكمن أساس ذلك بنص المادة(٣٠) من القانون المدني والتي توجب على القاضي العراقي إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، باعتبار إن مبدأ قانون الموطن أو محل الإقامة من المبادئ الشائعة دولياً.

---

[١] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن– مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، مصدر سابق، ص ١٦٠.

[٢] – عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٢٦٥، د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن– مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، مصدر سابق، ص١٦١، د. إياد مطشر صيهود، مصدر سابق، ص١٢١.

أما بالنسبة للقانون المصري، فإن المادة(١/٢٥) من القانون المدني لم تحدد للقضاء المصري حلاً لمشكلة انعدام ضابط الجنسية، حيث جاء فيها(يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية)، إلا إن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد نصت على الاتجاه الغالب في حل مشكلة انعدام الجنسية ألا وهو الأخذ بقانون موطن عديم الجنسية أو محل إقامته، حيث جاء فيها(إن القاضي يعتد في الغالب بقانون موطن الشخص أو محل إقامته عند تعيين القانون الواجب تطبيقه على الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية)[١]، وبنفس الحل قد أخذ القانون الفرنسي، إذ اخضع مسائل عديم الجنسية إلى قانون موطنه أو محل إقامته، وذلك بموجب المرسوم المرقم(66060) والصادر في 14 تشرين الأول1960[٢].

ج- تغيير الجنسية

عندما يكون ضابط الإسناد المركب المفرد هو ضابط الجنسية، فإن حالات التنازع الإيجابي والسلبي ليستا المشكلتين الوحيدتين اللتين يمكن أن يثيرهما، بل أن هناك مشكلة أخرى يثيرها يمكن أن تضاف إلى هاتين المشكلتين ألا وهي مشكلة تغيير الجنسية أو ما يسمى "بالتنازع المتحرك" والذي يقصد به التنازع الذي ينشأ نتيجة تغيير الشخص جنسيته ما بين نشوء العلاقة القانونية و

---

[١] – سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥م، ص١٧٦.

[٢] –نقلاً عن، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٢٦٥.

وقت المنازعة فيها[١]، وهنا يثور التساؤل عن كيفية الترجيح بين الجنسيتين المتنازعتين، أي بين قانون الجنسية القديم والجديد؟

في إطار الفقه تعددت الحلول لحسم هذا التنازع، حيث ظهرت اتجاهات ثلاثة يقترح كل منها حلاً لهذا التنازع، فالاتجاه الأول يذهب إلى تطبيق قانون الجنسية القديم الذي تكونت في ظله المراكز القانونية والاستبعاد المطلق للقانون الجديد وذلك على أساس احترام الحقوق المكتسبة واستقرار النظم القانونية[٢]، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ولا يطبق بأثر رجعي على المراكز القانونية، ويصطلح على هذا الاتجاه بالأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته[٣]، ويذهب اتجاه ثالث إلى حل التنازع من خلال النظر إلى كل حالة على حدة وعدم تقيد القاضي بمعيار عام ومن ثم وضع الحلول لكل حالة على حدة[٤].

أما في إطار التشريع، فبالنظر لكون التنازع المتحرك من أصعب المسائل التي يتناولها القانون الدولي الخاص، وإن النظريات التي جاءت لحل هذا التنازع رغم كثرتها لم تسلم من النقد، لهذا فإن أغلب التشريعات ومنها التشريعات محل المقارنة(العراقي والمصري والفرنسي)، لم تحسم

---

[١] – موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢م، ص١١٥.

[٢] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص ٣٠٢-٣٠٤.

[٣] – موشعال فاطيمة، مصدر سابق، ص١٢٠-١٢١.

[٤] – د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٩.

أمرها بالأخذ بنظرية فقهية محددة، حيث لم تأت هذه التشريعات بمبدأ عام بل جاءت بحلول جزئية تستوعب حالات معينة بالذات[١].

ونحن نرى أن القاضي إذا لم يجد حلاً تشريعياً للتنازع المتحرك، فحينئذ يصبح حل هذا التنازع مسألة تقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وعليه حسمها بمقتضى ما يملك من سلطة تقديرية وعلى أساس السياسة التشريعية التي يتبناها مشرعه، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية التي قيلت في حل هذا التنازع.

٢- الضابط المفرد هو ضابط الموطن

في الحالة التي يكون فيها ضابط الإسناد المركب المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في الوقت نفسه هو ضابط الموطن[٢]، فإنه يثير صعوبات التعدد والانعدام والتغيير وكالآتي:

---

[١] – كما هو الحال بنص المادة(٢/١٩) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(١/١٣) من القانون المدني المصري واللتان اخضعتا آثار الزواج إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج وبصرف النظر عن أي تغيير لجنسية الزوج يحصل بعد انعقاد الزواج، وكذلك نص المادة(٣/١٩) من القانون المدني العراقي ونص المادة(٢/١٣)من القانون المدني المصري، حيث اخضعت هاتان المادتان الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق، واخضعتا التطليق والانفصال إلى قانون الزوج وقت إقامة الدعوى.

[٢] – تعتبر القوانين التي انتهجت النظام القانوني الانجلو امريكي من القوانين التي أولت اهتماماً كبيراً بالموطن الدولي ونظمت أحكامه، بينما القوانين التي انتهجت النظام القانوني اللاتيني لم تهتم بالموطن الدولي ونظمت الموطن الداخلي، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، م.م. إبراهيم عباس الجبوري، الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد(٤٢)، ٢٠١٩م، ص١٥٤٨، وتختلف النظم القانونية حول مفهوم الموطن، حيث يوجد مفهومان في الأنظمة الوضعية المعاصرة هما، المفهوم الحكمي وهذا المفهوم يحدد الموطن بالمكان الذي يوجد فيه المقر الدائم والرئيس للشخص، وهذا المفهوم يسود في الدول الانجلو امريكية وفرنسا، أما المفهوم الآخر للموطن فهو المفهوم الواقعي=

أ- تعدد الموطن

تعدد الموطن ويسمى " التنازع الإيجابي للموطن" وهذه الحالة تحصل عندما يعتبر الشخص متوطناً في أكثر من دولة وفقاً لقانون كل منها[١]، وهذه الحالة تثير صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما تقضي قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب ذو الضابط المفرد بتطبيق قانون الموطن، فأي موطن يمكن أن يعتد به؟ إن حل هذه الصعوبة تختلف حسب الحالات الآتية:

الحالة الأولى/ دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص

ففي هذه الحالة يطبق القاضي الناظر للنزاع قانونه الوطني على متعدد الموطن، بوصف إن الشخص متوطن في دولته ومن ثم لا يأخذ القاضي ما تقضي به قوانين الدول الأخرى[٢].

الحالة الثانية/ دولة القاضي ليست من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص

في هذه الحالة يعدّ القاضي مجرد حكم فلا يستطيع تطبيق قانونه الوطني ولا يمكنه أن يرجح قانون على آخر اعتباطاً، لأن في ذلك اعتداء على سيادة الدول التي يهمل قانونها[٣]، لذلك يذهب

=وفيه يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه إقامة دائمة بنية الاستقرار ويسود في غالبية النظم القانونية المعاصرة، كالمانيا واسبانيا وسويسرا ومصر والعراق وغيرها، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج١، ط١، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩م، ص١٢٩-١٣١.

[١] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، مصدر سابق، ص٢٢٩.

[٢] – د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م، ص٢٤١.

[٣] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، مصدر سابق، ص٢٢٩.

الرأي الراجح إلى أن على القاضي أن يأخذ بفكرة الواقعية وتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن الذي يرتبط به الشخص أكثر من سواه والذي تتركز فيه مصالحه[١].

ب- انعدام الموطن

انعدام الموطن ويسمى " التنازع السلبي في الموطن" ويقصد به أن تتخلى قوانين الدول كافة عن اعتبار الشخص متوطناً فيها ويصبح الشخص عديم الموطن[٢]، ويثير انعدام الموطن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون الضابط المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في ذات الوقت هو ضابط الموطن، ففي هذه الحالة أي قانون يطبق؟.

إن حل هذه الصعوبة تتم حسب الراجح من الرأي من خلال إحلال محل الإقامة محل الموطن، باعتبار إن محل الإقامة ضابط إسناد احتياطي[٣]، غير أنه قد يحدث في فرض أن لا يكون للشخص عديم الموطن محل إقامة في أية دولة، لذلك يذهب الرأي في الفقه إلى القول بتطبيق قانون القاضي بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي في هذا الشأن[٤].

---

[١] – د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص٢٤٢.

[٢] – د. محمد جلال حسن، الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع(دراسة تحليلية وصفية مقارنة)، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد(١)، العدد(١)، بدون ذكر سنة النشر، ص١٣٣.

[٣] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، مصدر سابق، ص٢٢٨، د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص٢٤٠.

[٤] – د. محمد جلال حسن، مصدر سابق، ص١٣٤.

ونحن نرى أنه في حالة كون ضابط الإسناد المركب المفرد هو ضابط الموطن وكان هذا الضابط منعدماً، ففي هذه الحالة يطبق ضابط محل الإقامة، بوصفه أكثر القوانين ارتباطاً بالشخص عديم الموطن، وفي حالة انعدام ضابط محل الإقامة أيضاً، ففي هذه الحالة لا نؤيد القول بتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، بل نعتقد أن الأفضل هو على القاضي الاجتهاد بالبحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية المعروضة عليه، باعتبار إن هذا الحل المنطقي يتماشى مع حكمة التشريع وإن المشرع يخضع العلاقات الخاصة الدولية لأكثر القوانين ملائمة لطبيعة هذه العلاقات.

ج- تغيير الموطن

يحصل أن يغير الشخص موطنه بعد نشوء العلاقة محل التنازع وقبل تمام آثارها، فينتقل بموجب هذا التغيير الواقعي في ضابط الإسناد من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر، مما يترتب عليه – أحياناً – حصول تنازع بين قانون موطنه القديم وقانون موطنه الجديد، وهذا الشكل من أشكال التنازع يسمى "بالتنازع المتحرك أو المتغير"[1]، وازاء عدم تحديد المشرع للحظة الزمنية أو الوقت الذي يلزم فيه القاضي بالنظر لقاعدة الإسناد تثور صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، فيبرز التساؤل عما إذا كان يطبق قانون موطنه القديم أم قانون موطنه الجديد؟.

[1] – يقصد بالتنازع المتحرك، تغيير في ضابط الإسناد من نطاق قانون دولة إلى نطاق قانون دولة أخرى مع بقاء قاعدة التنازع ذاتها، فضابط الإسناد لم يتغير بذاته إنما تحرك، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٤.

لقد ظهرت عدة اتجاهات لحسم هذا التنازع، فثمة اتجاه يذهب إلى حسم التنازع من خلال اخضاع المسألة إلى القانون القديم وذلك على أساس احترام الحقوق المكتسبة[١]، في حين يذهب اتجاه آخر إلى حل التنازع من خلال قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، إذ إن القانون الجديد لا يطبق بأثر رجعي بل بأثر فوري مباشر، فالعلاقة القانونية الممتدة عبر الزمان ستخضع للقانون القديم وللقانون الجديد معاً[٢]، ويذهب اتجاه ثالث إلى حسم التنازع من خلال عدم تقيد القاضي بمعيار عام وإنما يجب عليه النظر لكل حالة على حدة وأن يضع حلاً لكل حالة من هذه الحالات[٣].

ونحن نرى أنه بالنظر لعدم وجود مبدأ تشريعي عام يحل إشكالية التنازع المتحرك، فإن حل هذه الإشكالية يتم في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية التي قيلت في هذا الصدد.

وفي ختام هذا الفرع، نخلص إلى أن الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والحلول المقترحة لهذه الصعوبات هي ذاتها بالنسبة للإسناد البسيط، ولا توجد أية خصوصية للإسناد المركب في هذه المسألة، نظراً للاشتراك الشكلي بين الإسناد المركب ذي الضابط المفرد والإسناد البسيط، فكل منهما يقوم على ضابط إسناد واحد رغم

---

[١] – في عرض هذا الاتجاه ينظر، بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية والاكاديمية، المجلد(٤)، العدد(٣)، ٢٠٢١م، ص١١١.

[٢] – في عرض هذا الاتجاه ينظر، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٨

[٣] – في عرض هذا الاتجاه ينظر، بلاق محمد، مصدر سابق، ص١١٣.

الاختلاف في النتيجة التي يقوم عليها ضابط الإسناد في كل منهما، فنتيجة لهذا الاشتراك الشكلي بينهما أدى ذلك إلى التشابه بينهما في الصعوبات التي يثيرها كل منهما وكذلك في الحلول الموضوعة لهذه الصعوبات.

المطلب الثاني

الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة

عندما تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يضم صورتي الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، وهذا النوع من الإسناد المركب كما هو حال النوع الأول(الإسناد المركب ذو الضابط المفرد) قد يثير بعض الصعوبات التي قد تبرز عند تحديد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا النوع من أنواع الإسناد المركب، لذلك ومن أجل الوقوف على هذه الصعوبات وكذلك الحلول الموضوعة لها، سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان الصعوبات التي تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة، ونبين في الفرع الثاني الصعوبات التي تتعلق بجهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة.

الفرع الأول

صعوبات تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة

يعد ضابط الإسناد العنصر الأهم في قاعدة الإسناد، فهو يمثل روح هذه القاعدة و بدونه تبقى عاجزة عن أداء وظيفتها، فهو الموجه والمرشد إلى القانون الواجب التطبيق[١]، حيث يعد معياراً بواسطته يتبين الاختصاص لقانون معين فهو الوسيلة أو الأداة للتفضيل والاختيار بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة[٢]، والأصل إن قاعدة الإسناد تشتمل ضابط إسناد واحد، غير إنه قد يتعدد هذا الضابط بالنسبة للعلاقة القانونية الواحدة[٣]، ويسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة[٤].

وتجدر الاشارة، إلى إن الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يندرج تحته صورتين للإسناد المركب هما الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، فهو يكون إسناداً تخييرياً عندما تشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط تمنح الاختصاص لعدة قوانين على سبيل التخيير، فتكون هذه الضوابط على قدم المساواة بحيث يمكن تطبيق أي قانون من القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة[٥]، في حين يكون الإسناد احتياطيا عندما تشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط أصلية

---

[١] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٤٠.

[٢] – د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مصدر سابق، ص٤١.

[٣] – د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٢٥.

[٤] – هناك من يطلق على ذلك بقواعد النزاع ذات الضوابط المتعددة، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص٧٤٩.

[٥] –د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٦٦.

واحتياطية[١]، بحيث تطبق أولاً الضوابط الأصلية ويعمل بالقوانين التي تشير إليها، فإن انعدمت يتم اللجوء للضوابط الاحتياطية[٢].

وبالنظر لكون قاعدة الإسناد التي تضم الضوابط المتعددة هي قاعدة عامة، لا تحدد نوع الإسناد الذي تشير إليه هذه الضوابط المتعددة، الأمر الذي يخلق أمام القاضي صعوبة تحديد مرتبة هذه الضوابط وكيفية تطبيق القوانين التي تشير إليها كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج الواردة في المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)[٣]، وكذلك قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية الواردة في المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر يراد تطبيقه)[٤]، وغيرها[٥]، فهل تكون هذه الضوابط بمرتبة واحدة وعلى قدم المساواة فيما بينها ومن ثم يمكن تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها أم

---

[١] – د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص٥٨٥.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ٩٥.

[٣] – يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (٢٠) من القانون المدني لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ.

[٤] – يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (١٩) من القانون المدني لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ.

[٥] – هناك نصوص أخرى وردت فيها ضوابط متعددة كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم أهلية الالتزام الصرفي الواردة في المادة(٣/٢/٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وكذلك نص المادة (١/١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، والخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات.

إنها تتدرج في المرتبة بحيث يطبق القانون الذي يشير إليه الضابط الأول فإن انعدم يتم اللجوء للضابط الثاني وهكذا؟

إن صعوبة تحديد مرتبة الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد والتي تواجه القاضي عند إعمالها، يُحل من خلال تحديد القاضي نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد فيما إذا كان إسناداً تخييريا أو تدريجياً، رغم إن تحديد ذلك ليس بالأمر اليسير على القاضي، حيث يستلزم ذلك من القاضي البحث والتقصي، ومن ثم فإن هناك طريقتين أو معيارين أمام القاضي يمكنه عن طريقهما تحديد نوع الإسناد ومن ثم تحديد مرتبة الضوابط المتعددة وكالآتي:

الطريقة الأولى/ تحديد نوع الإسناد على وفق الهدف التشريعي من تعدد الضوابط(المعيار الموضوعي)

ذكرنا في مواضع سابقة من هذه الأطروحة[١]، إن الإسناد المركب يتسم بطابع موضوعي بمعنى إن المشرع يهدف من خلاله إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة، ومن هذا المنطلق، يستطيع القاضي تحديد نوع الإسناد، ذلك لأن المشرع في كل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يبغي تحقيق نتيجة أو هدف معين، ففي الإسناد التخييري يهدف عن طريقه إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً[٢]، وتحقيق مصالحهم الخاصة عن طريق إتاحة الفرصة أمامهم في اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم علاقاتهم، وتقليل حالات

---

[١] – ينظر، ص ١٤٤ و١٤٥ من هذه الأطروحة.

[٢] – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٦.

البطلان الناجمة عن مخالفتهم حكم القاعدة[١]،أما في الإسناد الاحتياطي فيهدف عن طريقه المشرع إلى تحقيق احترام التوقعات المشروعة لأطراف العلاقات الدولية الخاصة[٢]، وتحقيق الأمان القانوني لهم[٣]، وكذلك تجنب حدوث فراغ قانوني يعيق عملية تحديد القانون الواجب التطبيق[٤].

بناءً على ما تقدّم فأن للهدف التشريعي دوراً كبيراً في تمكين القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد ذات الضوابط المتعددة، بالنظر لكون كل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يبغي عن طريقها المشرع تحقيق أهداف معينة تختلف عن الأهداف في الصورة الأخرى.

الطريقة الثانية/ تحديد نوع الإسناد على وفق الصياغة التشريعية للضوابط المتعددة(المعيار الشكلي).

تعدّ الصياغة التشريعية عملية نقل للمعطيات والحاجات والضوابط الاجتماعية بشكل منظم إلى نصوص قانونية محكمة[٥]، وهي تكون على ثلاثة أقسام، قسم أول يسمى بالصياغة الجامدة، وقسم ثانٍ يسمى بالصياغة المرنة، وقسم ثالث وسط بين الصياغتين الجامدة والمرنة يسمى

---

[١] – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٤.

[٢] – د. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص١٤٢.

[٣] – د. فؤاد محمد محمد العديني، مصدر سابق، ص٦٩.

[٤] – أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، https://jordan-lawyer.com/ تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/١/٢٤م.

[٥] – آمنة فارس حامد، سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد(٩)، العدد(٤)، ٢٠١٧م، ص٩٢.

بالصياغة المختلطة[١]، و وفقاً للمفهوم المتقدم فإن لكل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة صياغة تشريعية معينة، فالإسناد التخييري يمتاز بالصياغة المرنة، ذلك لأن نصوصه تمتاز بالصياغة الفضفاضة مما يضفي عليها طابع السعة والمرونة[٢]، أما الإسناد الاحتياطي فتمتاز نصوصه بالصياغة المختلطة، وهذه الصياغة تمزج بين الجمود والمرونة حيث تتضمن خيارات متعددة للجهة المختصة بتطبيقها تجعل من النص مرناً، غير أنها في الوقت نفسه، لا تستطيع الجهة المختصة بتطبيق النص الخروج عما هو محدد من خيارات داخل النص القانوني[٣]، ومن هذا المنطلق، فإن القاضي يمكنه تحديد نوع الإسناد من خلال وقوفه على الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تتضمن ضوابط متعددة، فإذا كانت صياغة هذه الضوابط صياغة مرنة كان الإسناد تخييرياً، في حين إذا كانت صياغتها تتراوح بين الجمود والمرونة كان الإسناد احتياطياً.

وتأسيساً على ما تقدم، إن تمكن القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد ذات الضوابط المتعددة سواء أكان ذلك بواسطة وقوفه على الهدف التشريعي أم بواسطة الصياغة التشريعية، فإن من شأن ذلك أن يحل صعوبة أو إشكالية تحديد مرتبة الضوابط المتعددة؛ ذلك لأن الضوابط المتعددة سواء في الإسناد التخييري أم في الإسناد الاحتياطي لها مرتبة معينة، ففي الإسناد التخييري تكون مرتبة هذه الضوابط على قدم المساواة ويتم الاختيار بينها[٤]، بحيث يمكن تطبيق أي

---

[١] – سلوى مهدي حسين، مصدر سابق، ص٧٦-٨٦.

[٢] – ورود محمد جبر، أنواع الصياغة التشريعية للقواعد الانضباطية وعيوبها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، https://mail.almerja.com/ تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/١/٢٥م.

[٣] – سلوى مهدي حسين، مصدر سابق، ص٨٦.

[٤] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥.

من القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة[١]، في حين لا تكون مرتبة هذه الضوابط في الإسناد الاحتياطي على قدم المساواة بل توضع على سبيل التدرج حيث يحتل الضابط الأول والذي يسمى بالضابط الأصلي المرتبة الأولى ويلزم تطبيق القانون الذي يشير إليه، فإن تعذر تطبيق الضابط الأصلي فتأتي الضوابط الأخرى التي تليه في المرتبة ومن ثم تطبق القوانين التي تشير إليها[٢]، بعبارة أخرى، في صورة الإسناد الاحتياطي يضع المشرع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، إن وجد الأول لا يعمل بالثاني، وإن انعدم الأول و وجد الثاني فلا يعمل بالثالث وهكذا بحيث يكون الضابط الأول هو صاحب مركز الثقل الأقوى بينما يقل الثاني عنه ويقل الثالث عنهما[٣].

نخلص من جميع ما تقدم، إن ضوابط الإسناد المتعددة لا تكون على مرتبة واحدة بل تختلف باختلاف نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد، حيث تكون هذه الضوابط متساوية من حيث المرتبة في الإسناد التخييري ومن ثم يمكن الاختيار فيما بينها دون مراعاة الترتيب التشريعي الذي وردت فيه، في حين تكون هذه الضوابط في الإسناد الاحتياطي متفاوتة في المرتبة ولا يجوز الخروج عن الترتيب التشريعي الذي وردت فيه.

---

[١] – د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٦٧.

[٢] – صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٧و٤٨.

[٣] – أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني،https://jordan-lawyer.com/ تأريخ الزيارة ٢٥/١/ ٢٠٢٤م.

الفرع الثاني

صعوبات تتعلق بجهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة

يقوم المشرع الوطني في كثير من الأحيان بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص عن طريق تضمين قاعدة الإسناد عدة ضوابط للإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة القانونية الواردة في الفكرة المسندة وفق قانون واحد من القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة في هذه القاعدة[١]، وقواعد الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد متعددة كثيرة منها قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج[٢]، وقاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية[٣]، وقاعدة الإسناد التي تحكم أهلية الالتزام الصرفي[٤]، وقاعدة الإسناد التي تحكم أدلة الإثبات[٥]، فكل هذه القواعد قد احتوت على عدة ضوابط للإسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، وهي وإن كانت تقوم على اعتبارات عملية وأخرى قانونية غير إنها تثير عديد الصعوبات من ذلك صعوبات تحديد الجهة المسؤولة عن اختيار قانون من بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، من هي الجهة التي تملك حق الاختيار؟ هل هو القاضي أم إن الاختيار حق للأطراف المعنية في العلاقة أم إن اختيار القانون مهمة موزعة بين الأطراف المعنية والقاضي؟

---

[١] – د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص ٣٠.

[٢] – ينظر ، نص المادة(١/١٩) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(٢٠) من القانون المدني المصري، ونص المادة(١٧٠) من القانون المدني الفرنسي.

[٣] – ينظر، نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(١٩) من القانون المدني المصري.

[٤] – ينظر، نص المادة (٣/٢/٤٨) من قانون التجارة العراقي ، ونص المادة (٢/١/٣٨٨) من قانون التجارة المصري.

[٥] – ينظر، نص المادة (١/١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافذ.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إنه في إطار التشريع لم تأت التشريعات الوطنية بمبدأ عام يمكن أن تخرج عليه الحلول إنما جاءت بحلول جزئية تستوعب حالات معينة بالذات، فالمادة(١/١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافذ، أعطت للمحكمة صلاحية تطبيق القانون الاحتياطي المتمثل بقانون القاضي عندما يكون الدليل الذي يشترطه هذا القانون أكثر يسراً وسهولة من الدليل الذي يشترطه القانون الأصلي المتمثل بقانون محل إبرام التصرف القانوني[١]، ففي هذا النص نجد إن المشرع قد حدد الجهة المسؤولة عن اختيار القانون من بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة وعلى خلاف بقية النصوص التي جاءت خالية من أي تحديد لجهة اختيار القوانين[٢].

ونتيجة خلوا التشريع من مبدأ عام يحكم مسألة تحديد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة الواردة في قاعدة الإسناد، نجد أن الفقهاء قد وجدوا في هذه المسألة مجالاً خصباً لطرح آرائهم للخروج بمبدأ عام يمكن توظيفه في جميع مسائل تنازع القوانين التي تمّ إرسائها وفقاً للإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة، غير إنهم لم يتفقوا على جهة الاختيار بل اختلفوا في تحديدها وعلى ثلاثة آراء:

---

[١] – نصّت المادة(١/١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافد على إنه (يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي).

[٢] – وردت عدة نصوص قانونية تضمنت عدة ضوابط للإسناد لم يحدد فيها المشرع الجهة المسؤولة عن اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، ومن هذه النصوص نص المادة(١/١٩/ ق. م. ع) الخاص بشكل الزواج، ونص المادة(١/٢٥/ ق. م. ع) الخاص بالالتزامات التعاقدية، ونص المادة (٣/٢/٤٨/ق. ت. ع) الخاص بأهلية الالتزام الصرفي.

الرأي الأول ويذهب أصحابه إلى القول بأن جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة تختلف في الحالة التي تتضمن هذه الضوابط المتعددة صورة الإسناد التخييري عنها في الإسناد الاحتياطي(التدريجي)، ففي الإسناد التخييري تتحدد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة بأطراف العلاقة الدولية الخاصة وذلك بعد فحص دقيق لمضمون القانون الذي يعتبره أطراف العلاقة إنه الواجب التطبيق، أما في الإسناد الاحتياطي فالقاضي الناظر للنزاع هو المسؤول عن اختيار القوانين وليس أطراف العلاقة القانونية على عكس الإسناد التخييري[١].

أما الرأي الثاني، فيذهب إلى أن القاضي هو الشخص الوحيد المسؤول عن اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد سواء كانت هذه الضوابط تتضمن صورة الإسناد التخييري أو صورة الإسناد الاحتياطي، مع اختلاف في السلطة التقديرية التي يملكها القاضي في كلتا الصورتين، حيث تكون سلطة القاضي واسعة في الاختيار عندما يكون الإسناد تخييريا، نظراً لتساوي جميع القوانين في المرتبة، في حين لا يتيح الاسناد الاحتياطي للقاضي مثل هذه السلطة في الاختيار بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، نظراً لعدم تساوي القوانين في المرتبة في الإسناد الاحتياطي، بل تكون هذه القوانين واردة على سبيل التدرج[٢].

في حين يرى الرأي الثالث والأخير أن اختيار القانون الواجب التطبيق عندما تتضمن قاعدة الإسناد عدة ضوابط للإسناد تشير باختصاص عدة قوانين هي مهمة موزعة بين الأطراف المعنية في

---

[١] – د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٤٩، د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مصدر سابق، ص٢٥٣–٢٥٥.

[٢] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٤٨، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٠٢.

العلاقة الدولية الخاصة والقاضي، وذلك على أساس إنه إذا تخلف الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق فتنتقل هذه المهمة وتكون من مسؤولية القاضي وعليه تخضع لتقديره[١].

وبالنظر لعدم امكانية وضع مبدأ عام يحكم الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة ويتم على أساسه تحديد الجهة المسؤولة عن اختيار القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة، نحن لا نتفق مع جميع الآراء المتقدمة التي حاولت وضع معيار يتم على أساسه تحديد جهة اختيار القوانين، لذلك نعتقد بأن حل صعوبة تحديد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد يقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد نفسها، وعلى القاضي حسمها على أساس الهدف التشريعي لواضع قاعدة الإسناد وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية.

[١] – د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٥٨٥، د. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٥٣.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على إعمال الإسناد المركب

إذا ما تحدد القانون الواجب التطبيق وفقاً لأسلوب الإسناد المركب الذي تضمنته قاعدة الإسناد الوطنية، فإن ذلك لا يعني إن القاضي يقوم بتطبيق هذا القانون دون قيد أو شرط، فقد تتعارض أحكام هذا القانون مع أحكام النظام العام لدولة القاضي هذا من جانب، من جانب آخر قد يكون من شأن تطبيق القانون الذي تضمنته قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب أن يجعل التصرف أو العلاقة باطلة أو قد يتعذر على القاضي الوطني إعمال هذا القانون نظراً لاستحالة التعرف على أحكامه، وفي كل حالة من الحالات المذكورة يرتب الإسناد المركب آثاراً معينة، ولبيان هذه الآثار سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نبحث في المطلب الأول، آثار الإسناد المركب عند الدفع بالنظام العام، ونبّين في المطلب الثاني، آثار الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون المختص وعند استحالة التعرف على احكامه.

المطلب الأول

آثار الإسناد المركب عند الدفع بالنظام العام

تعدّ فكرة النظام العام[١]، من الأفكار الجوهرية والأساسية في علم القانون بوجه عام[٢]، وهي تعدّ من الأفكار المرنة والمتطورة والتي يشوبها الغموض وصعوبة التحديد[٣]، لذلك نجد أغلب التشريعات قد خلت من تعريف للنظام العام بل أكتفت بإيراد تطبيقات له[٤]، تاركةً مبدأً مرناً يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تطبيقه وحسب الظروف[٥]، و يؤدي النظام العام عند تعارض القانون الواجب التطبيق الذي تضمنته قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب مع المصالح العليا والأسس الجوهرية لمجتمع دولة القاضي الوطني دورين، الأول هو دور سلبي استبعادي والآخر دور إيجابي، وفي كلا الدورين يرتب الإسناد المركب آثاراً معينة، ومن أجل بيان هذه الآثار سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى أثر الإسناد المركب في حالة الدور

---

[١] – يرجع أصل فكرة النظام العام إلى نظرية الأحوال الإيطالية، حيث فرق الفقيه (بار تول)، في العصور الوسطى بين القوانين الملائمة أو المستحسنة والقوانين المستهجنة، فالأولى يمكن أن تمتد وتطبق خارج الإقليم الذي صدرت فيه، أما الثانية فهي تقف عند حدود الإقليم الذي صدرت فيه ولا يمكن للقاضي الوطني أن يطبقها لمخالفتها المبادئ والقيم في مجتمعه، ثم بعد ذلك تبلورت فكرة النظام العام على يد الفقيه الألماني (فردريك سافيني)، حيث يرى إن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا كان بينه وبين قانون دولته اشتراكاً قانونياً، للمزيد حول تطور فكرة النظام العام ينظر تفضلاً، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مصدر سابق، ص٩٨و ٩٩.

[٢] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٧٩.

[٣] – د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٣٥.

[٤] – ينظر، المواد(٢/١٣٠ و٣٢) مدني عراقي، والمادة (٢٨) مدني مصري، والمادة (٦) مدني فرنسي.

[٥] – علي أحمد جاسم إبراهيم المسعودي، المركز القانوني للقاصر الأجنبي في التركة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩م، ص٨١.

السلبي للنظام العام، ونبين في الفرع الثاني أثر الإسناد المركب في حالة الدور الإيجابي للنظام العام.

الفرع الأول

أثر الإسناد المركب في حالة الدور السلبي للنظام العام

يقصد بالدور السلبي للنظام العام استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع القيم والمصالح العليا في دولة القاضي[١]؛ ذلك لأن الهدف الأساس من النظام العام هو هدف وقائي يتمثل بعدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بأن تندمج مع النظام القانوني الوطني، بسبب التنافر القائم بين النظامين[٢].

وهذا الاستبعاد للقانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولة القاضي إما أن يكون استبعاداً جزئياً وإما أن يكون استبعاداً كلياً، فالاستبعاد الجزئي[٣]، يكون عندما تستبعد فقط أحكام القانون الأجنبي التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي دون الأحكام الأخرى التي لا

---

[١] – د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٢] – محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق(دراسة مقارنة في القانون الأردني)، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد(٢)، العدد(٣)، ٢٠٢١م، ص٩٥.

[٣] – يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى إن استبعاد القانون الواجب التطبيق عند تعارضه مع النظام العام هو استبعاد جزئي، نظراً لما يحققه ذلك من مزايا، فهو من شأنه المحافظة على فاعلية القانون الأجنبي الواجب التطبيق وكذلك قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيقه، كما إن الغاية من النظام العام هي غاية حمائية تتمثل بحماية القيم والمصالح العليا لمجتمع دولة القاضي مما يحدق بها من أخطار وليست غاية عدائية تتمثل في إقصاء القانون الأجنبي بحد ذاته، في عرض هذا الرأي، ينظر، د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٢٧٣و٢٧٤.

تتعارض مع النظام العام[١]، بينما يكون الاستبعاد كلياً[٢]، عندما تستبعد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق برمته، نظراً للارتباط الوثيق بين نصوص هذا القانون وعدم قابليتها للتجزئة، لذلك يستبعد القانون بشكل كامل وليس الجزء المخالف لتعذر استبعاد جزء وتطبيق جزء آخر[٣]، وبعد أن بيّنا ما الدور السلبي للنظام العام نعود لنبين أثر الإسناد المركب في حالة الدور السلبي وذلك عن طريق طرح التساؤل الآتي: في أيّ صورة من صور الإسناد المركب تبرز خصوصية هذا الأسلوب في حالة الدور السلبي للنظام العام بشكل واضح؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يمكننا القول بأن الإسناد الجامع هي الصورة التي تبرز فيها خصوصية الإسناد المركب في حالة الدور السلبي للنظام العام بشكل واضح؛ ذلك لأن الإسناد الجامع يشير إلى تطبيق قانونين أو أكثر في الوقت نفسه[٤]، وحينئذ إذا كان أحد هذه القوانين التي تطبق تطبيقاً جامعا يخالف النظام العام في دولة القاضي كما لو تزوجت امرأة سوداء من رجل أبيض يمنع قانون دولته زواج البيض من السود بسبب اختلاف اللون بينما لا يوجد مثل هذا المنع

---

[١] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٤٣.

[٢] – يرى فريق من الفقه وجوب الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، ذلك لأن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة مشرعه، كما إن التطبيق الجزئي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل فالإسناد هو إسناد إجمالي، في عرض هذا الرأي ينظر تفضلاً، د. جمال الدين محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٣] – د. أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص٢٨٣.

[٤] – الإسناد الجامع هو إحدى صور الإسناد المركب والتي تكون عندما تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير بتطبيق قانونين في ذات الوقت بحيث يطبق كلا القانونين على كل طرف من أطراف العلاقة القانونية الدولية الخاصة، خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٨١.

في قانون الزوجة،[١]، أو إذا كان قانون أحد طرفي العلاقة يمنع الزواج بين المسلمين لأسباب مذهبية وطائفية[٢]، ففي هذه الحالات يستبعد فقط القانون المخالف للنظام العام دون القوانين الأخرى التي تطبق معه بصورة جامعة، وهذا يعد تجسيد للدور السلبي الجزئي للنظام العام؛ ذلك لأنه في الإسناد الجامع تدمج أحكام القوانين المطبقة تطبيقاً جامعاً فتكون كلاً واحدا فتطبق على كل طرف من أطراف العلاقة فإذا خالف إحداها النظام العام عد ذلك مخالفة جزئية[٣]، وتطبيقاً لذلك ذهب القضاء المصري في قضية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية السلبية للزواج بين زوج إيراني وزوجة تركية فقرر إخضاعها لقانون جنسية كل من الزوجين، و في مرحلة تطبيق هذه القوانين وجد إن القانون التركي يمنع الزواج بين المسلمين لأسباب طائفية ومذهبية، لذلك قرر استبعاد ذلك القانون نظراً لمخالفته النظام العام في مصر[٤].

---

[١] – كما كان سائداً في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كانت تطبق قوانين مكافحة تمازج الأجناس، التي تمنع الزواج بين الأعراق والتي بقيت سارية حتى عام ١٩٦٧م، للمزيد يراجع، قوانين مكافحة تمازج الأجناس، متوفرة على الموقع الإلكتروني، https://ar.wikipedia.org/wiki تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/٢٥م.

[٢] – كما كان سائداً في تركيا في زمن الدولة العثمانية التي كانت تمنع زواج المسلمين السنة من المسلمين الشيعة على أساس طائفي مذهبي، أشار إلى ذلك، د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مصدر سابق، ص ١٤٢ و١٤٣.

[٣] – د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مصدر سابق، ص٢١٦.

[٤] – حيث حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر في مارس ١٨٩٧م، (بأن الزواج المعقود بين مسلم شيعي من رعايا حكومة فارس (إيراني)، ومسلمة سنية من رعايا الدولة العثمانية (تركية)، هو زواج صحيح رغم كونه منهياً عنه بأمر عالٍ عثماني، على اعتبار أن هذا الأمر القائم على التفرقة المذهبية يعد من قوانين الضبط الداخلية في تركيا ومن ثم لا يترتب عليه البطلان خارج تركيا بصفة خاصة)، مقتبس عن، د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مصدر سابق، ص ١٤٢ و١٤٣.

أما إذا كانت كل القوانين المطبقة تطبيقاً جامعا تتضمن أحكاما مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، كما لو كان قانون كل من الزوجين يعدّ اختلاف اللون من موانع الزواج، ففي هذه الحالة تستبعد هذه القوانين بصورة كلية وفي هذا تجسيد للدور السلبي الكلي للنظام العام[١].

بناءً على ما تقدم، إن أثر الإسناد المركب في حالة الدور السلبي للنظام العام تبرز بشكل واضح في صورة الإسناد الجامع، بالنظر لكونه يؤدي إلى إدماج أحكام القوانين التي يشير إليها فتكون كلاً واحداً، فإذا ما خالف إحداها النظام العام برز الدور السلبي الجزئي للنظام العام وذلك من خلال استبعاد القانون المخالف دون القوانين الأخرى، وإن خالفت جميع القوانين المطبقة بصورة جامعة النظام العام في دولة القاضي برز الدور السلبي الكلي للنظام العام عن طريق استبعاد جميع هذه القوانين، وعلى العكس من ذلك، فإن أثر الإسناد المركب الذي ترتبه صوره الأخرى لا يختلف عن الأثر الذي يرتبه الإسناد البسيط، نظراً لكون هذه الصور وإن كانت تشير إلى أكثر من قانون غير إنه في نهاية المطاف لا يطبق منها إلاّ قانوناً واحداً فقط [٢]، فإذا ما خالف هذا القانون أحكام النظام العام في دولة القاضي استبعدت من هذا القانون أحكامه المخالفة فقط إعمالاً للدور السلبي

---

[١] – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٢٧٧.

[٢] – فالإسناد الموزع يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسألة أو يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانوناً على حدة، للمزيد حول الإسناد الموزع، ينظر تفضلاً، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢، أما الإسناد التخييري، يشير باختصاص أكثر من قانون على سبيل التخيير، بحيث يطبق قانون واحد منها على المسألة المطروحة، للمزيد حول الإسناد التخييري، ينظر تفضلاً، د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥، في حين يشتمل الإسناد الاحتياطي على قانون أصلي وآخر احتياطي واحد أو أكثر، بحيث يطبق القانون الأصلي فإن أنعدم تم اللجوء للقانون الاحتياطي، للمزيد حول الإسناد الاحتياطي، ينظر تفضلاً، د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٨٥٠.

الجزئي للنظام العام، فإن تعذر فصل النصوص المخالفة لهذا القانون عن نصوصه الأخرى غير المخالفة أعمل الدور السلبي الكلي للنظام العام وذلك عن طريق إبعاد هذا القانون برمته.

الفرع الثاني

أثر الإسناد المركب في حالة الدور الإيجابي للنظام العام

يقصد بالدور الإيجابي[١]، للنظام العام إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد سداً للفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد من أجل حكم العلاقة المطروحة أمام القضاء[٢]، وبما أن الدور الإيجابي يؤدي إلى إحلال قانون محل القانون المستبعد، فيمكننا أن نتساءل عن أثر الإسناد المركب في تحديد القانون الذي يحل محل القانون المستبعد؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نجد أن معظم القوانين ومنها القوانين محل المقارنة– العراقي والمصري والفرنسي– لم تبّين أثر الإسناد المركب في تحديد هذا القانون بالنظر لخلو هذه القوانين من أي نص يحدد القانون الذي يطبق بدلاً عن القانون المستبعد لمخالفته النظام العام، بل أكتفت

---

[١] – يذهب جانب من الفقه إلى إن الدور السلبي للنظام العام قد يبرز بصورة منفردة دون أن يعقبه الدور الإيجابي، كما لو كانت قواعد القانون الوطني للقاضي تخلو من نصوص للمسألة المخالفة للنظام العام في بلد القاضي، ففي هذه الحالة يكتفي القاضي باستبعاد القانون المخالف دون أن يعقبه بتطبيق قواعد قانونية تحل محله، كذلك قد يظهر الدور السلبي بصورة منفردة في موضوع الحقوق المكتسبة ، فإذا تم استبعاد القانون الذي تم اكتساب الحق بمقتضاه لمخالفته النظام العام في دولة القاضي المراد تنفيذ الحكم فيه، ففي هذه الحالة لا تستبدل أحكام ذلك القانون بقانون آخر بل تتوقف عند حد الامتناع من تنفيذ الحكم المستند لقانون مخالف للنظام العام، يذهب إلى ذلك، د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص١٩٠

[٢] – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠٥.

هذه القوانين بإبراز الدور السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام[١]، وعليه فقد ظهر الخلاف في الجواب على هذا التساؤل لدى الفقه حيث انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول، ويذهب أصحابه إلى عدم التفرقة بين ما إذا كان القانون المستبعد المخالف للنظام العام قد أشارت إلى تطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب أو قاعدة إسناد ذات أسلوب بسيط عند تحديدهم للقانون الذي يحل محل القانون المستبعد، لذلك نجدهم لم يبرزوا أي أثر أو دور للإسناد المركب في تحديد هذا القانون، وأصحاب هذا الرأي قد ذهبوا إلى عدة آراء في تحديد هذا القانون، فهناك من يرى عدم وجوب إحلال قانون آخر محل أحكام القانون الأجنبي المستبعدة، بل يجب البحث في القانون الأجنبي نفسه عن حكم آخر يحل محل الحكم المستبعد من نفس القانون يكون غير مخالف للنظام العام في دولة القاضي، لأن من شأن ذلك أن يحفظ لقاعدة الإسناد وظيفتها ولتؤدي دورها الذي وضعت من أجله[٢]، وينادي رأي آخر بضرورة اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي كبديل عن القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي[٣]، ويذهب رأي ثالث إلى ضرورة تطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف وإحلاله محل

---

[١] – حيث نصت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي على إنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق)، ونصت المادة (٢٨) من القانون المدني المصري (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته – النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر.)، أما القانون الفرنسي فقد جاء خالياً من أي نص يبرز فيه الدور السلبي أو الإيجابي للنظام العام، بل أكتفى بالنص في المادة(٦) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤م على ضرورة مراعاة القوانين المتعلقة بالنظام العام حيث جاء فيها(Les Lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne peuvent être dérogées par des accords privés).

[٢] – في عرض هذا الرأي، ينظر، د. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مصدر سابق، ص١٥٣.

[٣] – في عرض هذا الرأي، ينظر، أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

القانون المستبعد؛ ذلك لأن من شأنه أن يحمي توقعات الأفراد ويحقق مصالح الطرف الضعيف في العلاقة القانونية المعروضة[١]، وثمة من يرى إن حكمة التشريع تستوجب تطبيق القانون الأقرب للعلاقة عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً استناداً إلى قاعدة إسناد احتياطية[٢]، ويذهب رأي خامس إلى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد والمخالف للنظام العام نظراً لكون قانون القاضي هو صاحب الاختصاص الاحتياطي لحكم العلاقة عند تعذر تطبيق القانون المختص[٣].

أما الاتجاه الثاني، فإن أصحابه وعلى عكس أصحاب الاتجاه الأول، قد جعلوا للإسناد المركب الذي تشتمل عليه قاعدة الإسناد التي أشارت إلى القانون الواجب التطبيق وتم استبعاده لمخالفته النظام العام في دولة القاضي أثراً بارزاً في تحديد القانون الذي يحل محل القانون المستبعد، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القاضي إذا استبعد القانون الواجب التطبيق لمخالفته النظام العام فلا يجوز له تطبيق قانونه الوطني بل يجب عليه الرجوع إلى ذات قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق القانون المستبعد وتطبيق أحد القوانين الأخرى التي تشير إليها بوصف إن هذه القوانين على صلة

---

[١] – في عرض هذا الرأي، ينظر، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠٨.

[٢] – ذهب إلى هذا الرأي، د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢١٦.

[٣] – ذهب إلى هذا الرأي، د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٣٥، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٥١، د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين– تنازع الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبي)، مصدر سابق، ص٢٥٠و٢٥١، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٤٤، محمد خيري كصير، مصدر سابق، ١٤٤.

وثيقة بالعلاقة أكثر من قانون القاضي ومن أي قانون آخر وإن كانت هذه الصلة أقل توثقاً من القانون المستبعد[١].

ومن جانبنا نحن نؤيد الحل الذي جاء به أصحاب الاتجاه الثاني فهو يعد من أنسب الحلول؛ ذلك لأنه يتفق مع الهدف الذي ترمي إليه قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب متعدد الضوابط، والذي يتمثل في ضرورة إسناد العلاقة إلى أحد القوانين الأخرى التي تشير إليها قاعدة الإسناد بجانب القانون المستبعد، باعتبارها أكثر صلة بالعلاقة من بعد القانون المستبعد.

ولعل الاعتراض الوحيد الذي يمكن تصوره على هذا الاتجاه، هو اقتصاره للتطبيق على قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب متعدد الضوابط، والتي تشير إلى أكثر من قانون، أما على سبيل التخيير أو على سبيل التدرج[٢]، وعدم إمكانية تطبيقه على قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب مفرد الضابط[٣]، نظراً لعدم اشتمال قاعدة الإسناد(ذات الأسلوب المركب مفرد الضابط) على قانون آخر بجانب القانون المستبعد ومن ثم تطبيقه بدلاً عنه، لذلك نعتقد إن من الخير أن يقوم القاضي في هذا الفرض(فرض استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب مفرد الضابط) بتطبيق أكثر القوانين ملائمة للعلاقة محل التنازع محل القانون

---

[1]–Antoine Kassis : le nouveau droit européen des contrats internationaux, l.d.g.j, collection hors, paris, 1993, p440, ويؤيد هذا الرأي في الفقه العربي، د . أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٢٢١.

[٢] – يضم الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة صورتين من صور الإسناد المركب، هما صورتي الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي).

[٣] – يضم الإسناد المركب ذو الضابط المفرد صورتين من صور الإسناد المركب، هما صورتي الإسناد الموزع والإسناد الجامع.

المستبعد، وهذا القانون قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، ولا نعتقد إن القاضي في ذلك يخالف قاعدة الإسناد الوطنية، نظراً لخلو قاعدة الإسناد من قانون آخر يطبق بوصفه وثيق الصلة بالعلاقة هذا من جانب ومن جانب آخر إن تطبيق القاضي للقانون الأكثر ملائمة للعلاقة يبرر باعتبار أن المشرع يهدف من وراء قواعد الإسناد إلى إخضاع العلاقات الدولية الخاصة إلى أكثر القوانين ملائمة لهذه العلاقات، وأقدرها على تحقيق العدالة من وجهة نظره.

المطلب الثاني

آثار الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون المختص وعند استحالة التعرف على احكامه

تعدّ قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب قواعد ذات طابع موضوعي، الأمر الذي يجعل هذه القواعد ترتب آثاراً معينة وذلك في الأحوال التي يترتب على إعمال القانون الذي تشير إليه بطلان العلاقة أو التصرف محل النزاع أو في الأحول التي يتعذر فيها على القاضي الوقوف على مضمون ذلك القانون، عليه ومن أجل الوقوف على هذه الآثار فإن ذلك يقتضي منا تقسيم هذا المطلب على فرعين، نبحث في الفرع الأول أثر الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون المختص، ونخصص الفرع الثاني لبيان أثر الإسناد المركب عند استحالة التعرف على أحكام القانون المختص.

الفرع الأول

أثر الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب القانون المختص

تتميز قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب بطابعها الشكلي المختلف عن قواعد الإسناد التقليدية ذات الأسلوب البسيط، إذ قد تشتمل هذه القواعد أما على ضابط إسناد وحيد يشير باختصاص قانونين أو أكثر تطبق إما بشكل جامع أو بشكل موزع، أو قد تشتمل على عدة ضوابط

إسناد تشير باختصاص عدة قوانين تطبق إما على سبيل التخيير أو على سبيل التدرج[١]، عليه يثار التساؤل في هذا الصدد عن أثر هذا الاختلاف الشكلي لهذه القواعد والمتمثل بتعدد القوانين التي تشتمل عليها فيما لو تبين للقاضي إن تطبيق إحداها بوصفه القانون الواجب التطبيق على العلاقة أو التصرف محل النزاع من شأنه أن يفضي إلى بطلانه، فهل يطبق القاضي ذلك القانون إعمالاً للطابع الإرشادي لقاعدة الإسناد والتي تعقد الاختصاص لهذا القانون أو ذاك وهي معصوبة العينين أم إن هذا التعدد للقوانين يستوجب من القاضي العلم بالمضمون الموضوعي لكل منها فيستبعد القوانين التي تبطل التصرف ويستبدله بآخر يجعله صحيحاَ؟

اختلف الفقه في ذلك، حيث يرى البعض[٢] إمكانية بطلان التصرف أو العلاقة وفقاً للقانون الواجب التطبيق الذي تشير إليه هذه القواعد، بالنظر لكونها قواعد إرشادية كأي قاعدة إسناد أخرى تقتصر مهمتها على تحديد القانون المختص فقط وذلك عن طريق الربط بطريقة مجردة بين المسألة محل التنازع والقانون الواجب التطبيق عليها، دون أن تقدم حلاً موضوعياً مباشراً لتلك المسألة.

ويذهب البعض الآخر[٣]، إلى التفرقة في هذه المسألة بين قواعد الإسناد التخييرية وقواعد الإسناد التدريجية، حيث يرى عدم إمكانية إبطال التصرف أو العلاقة محل التنازع وفقاً لقاعدة الإسناد التخييرية كقاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات، لأن هذه القاعدة تعد من القواعد غير

---

[١] – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٣.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته)، مصدر سابق، ص ٢٥٧ و ٣٧٢-٣٧٤.

[٣] – د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص٢٣٣و ٣٣٨.

المحايدة التي لا تسعى إلى مجرد إدراك عدالة شكلية باختيار القانون الأوثق صلة بالعلاقة محل التنازع، بل تهدف إلى جانب ذلك تحقيق نتيجة موضوعية محددة تتمثل بصحة العلاقة محل التنازع وفقاً للقانون الذي يتم تطبيقه عليها عملاً بحكمة الإسناد وهي التيسير على المتعاملين، الأمر الذي يوجب الانتقال بين القوانين التي تشتمل عليها من أجل التوصل إلى القانون الذي يصحح العلاقة محل التنازع، وعلى عكس ذلك تكون قاعدة الإسناد التدريجية كقاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية، نظراً لكون القوانين التي تشير إليها هذه القاعدة يستند تطبيقها لسلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، لذلك من الممكن أن يؤدي تطبيق أحد القوانين التي تشير إليها إلى بطلان التصرف أو العلاقة محل التنازع.

وعلى عكس الآراء السابقة، يرى جانب من الفقه[١]، عدم إمكانية بطلان التصرف أو العلاقة محل التنازع وفقاً لقواعد الإسناد التي تشير باختصاص أكثر من قانون، لأن هذه القواعد ذات طبيعة موضوعية لا تقتصر على تحديد القانون الذي يحكم النزاع فحسب، بل تسعى لحسم النزاع بكيفية موضوعية معينة، فالقاضي لا يقوم بإعمال القوانين التي تشير إليها هذه القواعد بطريقة آلية روتينية، ولكن يقوم عند إعمالها بمراعاة مضمون القانون الذي تشير باختصاصه حتى يمكن له أن يطبق أحكام القانون الذي يصحح التصرف أو العلاقة محل التنازع، خاصة وإن هذه القواعد لا تتسم بالطابع المحايد الذي تتصف به قواعد تنازع القوانين الأخرى، لأن تطبيق أي من القوانين التي تشير

[١] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٠٧، د. هشام خالد، الإحالة(دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص٢٦٤-٢٦٦.

إليها هذه القواعد يرتبط بتحقيق النتيجة الموضوعية التي تبحث عنها قاعدة الإسناد وهذا يفترض العلم المسبق بمضمون هذا القانون مقدماً.

ويبدوا أن الرأي الأخير هو الرأي الراجح، فهو يتفق مع ما تضمنته القوانين –محل المقارنة– من تطبيقات، كقاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج[١]، ففي هذه القاعدة يرصد المشرع أكثر من ضابط إسناد لحكم مسألة شكل الزواج قاصداً بذلك تحقيق نتيجة مادية معينة وهي صحة الزواج من الناحية الشكلية، ومن أجل تحقيق ذلك يقوم القاضي بالانتقال من قانون إلى آخر، حتى يصل إلى القانون الذي يصحح ذلك التصرف المعني[٢]، كذلك قاعدة الإسناد التي تحكم أهلية الالتزام الصرفي[٣]، وفيها أعتمد الإسناد المركب التدريجي(الاحتياطي) الذي يقوم على أكثر من ضابط إسناد يراعى في إعمال القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط التدرج من القاعدة إلى الاستثناء، بحيث يكون الالتزام الصرفي صحيحاً إذا كان الموقع على الورقة التجارية أهلاً لالتزامه وفقاً لأي من القوانين التي تشير إليها القاعدة المذكورة[٤].

---

[١] – وردت قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج في المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي ، أما في القانون المصري فقد وردت في المادة (٢٠) من القانون المدني، وفي القانون الفرنسي وردت قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج في المادة (١٧٠) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤م المعدل.

[٢] – قريب من هذا المعنى، ينظر، د. هشام خالد، الإحالة، مصدر سابق، ص٢٦٤و٢٦٥.

[٣] – وردت قاعدة الإسناد التي تحكم الأهلية الصرفية في المادة (٣/٢/٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م، أما في القانون المصري فقد وردت في المادة(٢/١/٣٨٨) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.

[٤] – قريب من هذا المعنى، ينظر، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مصدر سابق، ص١٣٠–١٣٢.

ورغم تأييدنا للرأي الأخير واعتقادنا بصحة ما أنتهى إلية من نتائج، غير إننا نجد أن التحليل الذي أنتهى إليه لا ينطبق سوى على قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب ذو الضوابط المتعددة و لا يشمل قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب ذو الضابط المفرد، وذلك لعدم اشتمال هذه القواعد على قوانين أخرى بجانب القانون الواجب التطبيق الذي تشير إليه بحيث يمكن الانتقال إليها عند بطلان التصرف أو العلاقة بموجب ذلك القانون، إذ يطبق ذلك القانون وإن أدى إلى البطلان طالما كان تطبيقه لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.

نستخلص من جميع ما تقدّم أن أثر الإسناد المركب عند بطلان التصرف بموجب أحكام القانون الواجب التطبيق تتمثل بانتقال القاضي بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، حتى يصل إلى القانون الذي يصحح العلاقة أو التصرف محل التنازع.

الفرع الثاني

أثر الإسناد المركب عند استحالة التعرف على أحكام القانون المختص

تتسم قاعدة الإسناد بكونها قاعدة محايدة، أي أنها تعين القانون الواجب التطبيق عن طريق ضابط إسناد بشكل مجرد دون أن يعرف القاضي المضمون الموضوعي للقانون الذي يطبقه بصورة مسبقة، ولأي دولة ينتمي، وما اللغة التي كتب بها؟ وهل هو مدون أو غير مدون؟ وما القيمة القانونية لذلك القانون في الدولة السائد فيها؟ وما تفسيره؟ وهل تؤدي السوابق القضائية دوراً في

تطوير أحكامه وتفسيرها أم لا؟[١]، غير أن ذلك لا يسري على قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، بالنظر لكون هذه القواعد ذات مضمون موضوعي، حيث لا تقتصر على تحديد القانون الذي يحكم النزاع فحسب، بل تهدف إلى جانب ذلك حسم النزاع بكيفية موضوعية معينة[٢]، فهي لا تتصف بالطابع المحايد الذي تتسم به غالبية قواعد الإسناد، فاختيار القانون الذي تشير إليه لا يتم إلا بعد العلم المسبق بمضمونه من قبل القاضي الذي يطبقه[٣]، ومع ذلك قد يستحيل على القاضي الكشف عن مضمون القانون الذي تشير إليه هذه القواعد[٤]، فهل يكون للإسناد المركب الذي تشتمل عليه هذه القواعد من أثر في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه؟

---

[١] – حسنين جبار شكير، الإسناد الاحتياطي في نطاق تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة لا رك للفلسفة والإنسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة واسط، المجلد(١٤)، العدد(٥)، ٢٠٢٢م، ص٦٧٠.

[٢] – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٠٧.

[٣] – د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية(دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٩٨.

[٤] – في فرنسا مر القضاء بمراحل ثلاث فيما يتعلق بمسألة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ففي المرحلة الأولى، كانت الأحكام تذهب إلى إلقاء عبء كشف مضمون القانون الأجنبي على الخصوم المتمسكين بأحكام ذلك القانون، أما في المرحلة الثانية، فقد خفف القضاء من حدة هذا الاتجاه، وذلك من خلال تخويل القاضي مهمة البحث عن القانون الأجنبي دون أن يلزم بذلك، بينما في المرحلة الثالثة، فقد الزمت فيها أحكام القضاء الفرنسي القاضي بالكشف عن القانون الأجنبي غير إن هذا الالزام كان بطريقة ضمنية وليست صريحة، أشار إلى ذلك، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٦١، أما في مصر فقد مر القضاء بمرحلتين، الأولى كان فيها يعامل القانون الأجنبي معاملة الواقعة ومن ثم كان الخصوم عليهم الكشف عن مضمونه دو أن يلزم القاضي بهذه المهمة، أما المرحلة الثانية، فقد الزم فيها القاضي بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وذلك عندما يكون القاضي على علم بمضمون ذلك القانون، د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٦٠، وفي العراق، تذهب أحكام القضاء العراقي إلى تكريس التزام القاضي بإعمال=

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إنه في إطار التشريع نجد أن القوانين محل المقارنة (العراقي–المصري–الفرنسي)، لم تبرز أي أثر أو دور للإسناد المركب في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه؛ وذلك لخلو هذه التشريعات من نصوص تحدد الحل الذي يجب على القاضي إتباعه عند عدم تمكنه من الكشف عن مضمون القانون الواجب التطبيق، لذلك وجد الفقهاء في هذه المسألة المجال الخصب لطرح آرائهم في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه، وقد انقسموا في ذلك إلى اتجاهين: الاتجاه الأول، لم يجعل للإسناد المركب أي أثر في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه، ذلك لأن أصحاب هذا الاتجاه لم يجروا على التفرقة بين ما إذا كان القانون الذي تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه قد أشارت بتطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب أو قاعدة إسناد ذات أسلوب بسيط، وأصحاب هذا الاتجاه لم يتفقوا على رأي واحد في تحديد ذلك القانون، بل ذهبوا في ذلك إلى عدة آراء، فهناك من يرى توقف القاضي عن الفصل في الدعوى، لتعذر الكشف عن القانون المختص، ويرى أصحابه إن هذا الحل وإن كان يؤدي إلى إنكار العدالة فهو أفضل من مخالفة العدالة بتطبيق قانون غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد[1]، وينتقد هذا الرأي لكونه يتعارض مع الدور الذي يضطلع به القاضي عند الفصل في الدعوى فهو ملزم دائما بالبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق، فإن تعذر عليه ذلك

=قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ومن ثم التزامه بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، حسنين جبار شكير، مصدر سابق، ص٦٧٠.

[1] – في عرض هذا الرأي، ينظر، د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٢٥٠.

بإمكانه الرجوع إلى قواعد العدالة[١]، ورأي آخر يرشد القاضي إلى تطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه أي القانون الذي ينتمي إلى نفس النظام القانوني[٢]، وينتقد هذا الرأي كذلك، بالنظر لصعوبة التأكد من مدى التقارب بين القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه والقانون الآخر[٣]، ويتجه رأي ثالث إلى القول بضرورة تطبيق قانون القاضي عند تعذر التعرف على أحكام القانون المختص، بوصفه قانون المحكمة وهو قانون ليس بالغريب عن القاضي، كذلك إن تطبيق هذا القانون يستند إلى الاختصاص الاحتياطي الذي يثبت له في الأحوال التي يستحيل فيها تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص[٤]، غير أن هذا الرأي تعرض أيضاً للانتقاد؛ ذلك أن تطبيق قانون القاضي على جميع المنازعات وبشكل مطلق فيه خطورة لعدم ملائمته لجميع العلاقات المطروحة الأمر الذي يؤدي إلى نتائج تتنافى وقواعد العدالة[٥].

---

[١] – د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ١٦٦و١٦٧.

[٢] – في عرض هذا الرأي، ينظر، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٤١.

[٣] – د. غالب علي الداوودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٢١٢.

[٤] – يذهب إلى ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ٢٢١، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص٣٧٨، د. غالب علي الداوودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٢١٢و٢١٣، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٤٢.

[٥] – د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٧و١٧٨.

ونحن نرى أن الآراء المتقدمة والتي تنتمي إلى الاتجاه الفقهي الأول، قد أشارت بتطبيق قوانين قد تكون بعيدة وليست لها صلة بالقانون الذي عينته قاعدة الإسناد وتعذر تطبيقه لاستحالة الكشف عن مضمونه ، كما أنها لم تراعِ أهداف قاعدة الإسناد ولا أسلوب الإسناد المعتمد فيها ولم تجعل لذلك دور أو أثر في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، لهذه الأسباب نحن لا نؤيد هذا الاتجاه بما تضمنه من آراء في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر التعرف على مضمونه.

أما الاتجاه الثاني، فهو على العكس من الاتجاه الأول، إذ يجعل هذا الاتجاه للإسناد المركب الذي تشتمل عليه قاعدة الإسناد أثراً في تحديد القانون الذي يحل محل القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، حيث يذهب هذا الاتجاه إلى القول بضرورة تطبيق القوانين الأخرى التي تشتمل عليها قاعدة الإسناد بجانب القانون الذي تعذر التعرف على مضمونه، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تطبيق أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع وأوفاها بتحقيق العدالة، ويضرب هذا الرأي مثلاً على ذلك بنزاع يتعلق بعلاقة عقدية، ففي هذه الحالة يتوجب على القاضي إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، وحينئذ يقوم القاضي بتطبيق قانون الإرادة، فإذا استحال على القاضي الكشف عن القانون المختار صراحة أو ضمناً ينتقل القاضي إلى تطبيق قانون الموطن المشترك، فإذا استحال على القاضي التعرف عليه طبق قانون محل الإبرام، فإن تعذر الوقوف على هذا القانون أيضاً ولم يعد بمقدور القاضي تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها

قاعدة الإسناد، يطبق القاضي قانون خارج عن قاعدة الإسناد وهو قانون محل التنفيذ بوصفه الحل الأفضل والأقرب إلى حكمة التشريع[١].

يتميز هذا الاتجاه بمحاولته قدر المستطاع أن يتماشى مع حكمة التشريع، وذلك بتطبيق القوانين الأخرى التي تشير إليها قاعدة الإسناد بجانب القانون الذي تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه.

ومع ذلك فإن هذا الاتجاه يصطدم بعقبات تجعل تحقيق النتيجة التي يبغيها في مهب الريح، فهو من جانب يذهب إلى القول بتطبيق قانون خارج عن قاعدة الإسناد وذلك عند تعذر تطبيق جميع القوانين التي تشير إليها هذه القاعدة بالنظر لتعذر الكشف عن مضمونها، وقد فات هذا الرأي إن هذا القانون قد يتعذر أيضاً الكشف عن مضمونه ألا يجعلنا ذلك ندور في حلقة مفرغة، من جانب آخر، إن الحلول التي أنتهى إليها هذا الاتجاه هي حلول قاصرة على حالات معينة فهي لا تطبق إلاّ في الحالات التي يكون فيها القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه قد أشارت بتطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب متعدد الضوابط وبالتالي متعدد القوانين، وِمن ثمَّ فهي لا تصلح للتطبيق على الحالات التي يكون فيها القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه قد أشارت بتطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب مفرد الضابط، بالنظر لعدم اشتمال قاعدة الإسناد على قوانين أخرى بجانب القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه يصار إلى تطبيقها بدلاً عن ذلك القانون.

---

[١] – ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧م، ص١٦٠.

لذلك نحن نعتقد أن الحل الذي يجب على القاضي إتباعه عند تعذر الكشف عن مضمون القانون الواجب التطبيق يختلف بحسب ما إذا كان ذلك القانون قد أشارت بتطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب متعدد الضوابط أو ذات ضابط مفرد، فإذا كان ذلك القانون قد عينته قاعدة إسناد متعددة الضوابط، عند ذلك يتوجب على القاضي أن يطبق بدلاً عنه أحد القوانين الأخرى التي تشير إليها هذه القاعدة بجانب ذلك القانون، وتطبيق أحد هذه القوانين إما أن يكون بشكل تخييري وإما بشكل تدريجي وبحسب صورة الإسناد المعتمدة في تلك القاعدة، فإن تعذر على القاضي الكشف عن مضمون جميع القوانين التي تشير إليها قاعدة الإسناد، بحيث لم يعد بمقدوره تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها، فلعله من الخير أن يطبق القاضي أكثر القوانين ملائمة للعلاقة المطروحة بعد القوانين التي تضمنتها قاعدة الإسناد وتعذر عليه الكشف عن مضمونها، وهذا القانون الملائم قد يكون قانون القاضي المطروح أمامه النزاع أو قد يكون قانوناً آخر، ويكمن السبب في اعتماد هذا الحل، إن من شأنه المحافظة على فاعلية قاعدة الإسناد الوطنية وتحقيق أهدافها التي رسمها لها واضعها، وذلك عن طريق إعمال القوانين الأخرى التي تشتمل عليها قاعدة الإسناد إذا تعذر إعمال إحداها، هذا من جانب، ومن جانب آخر إن هذا الحل يؤدي إلى نتائج عادلة؛ ذلك لأن من شأنه تطبيق أكثر القوانين صلة وارتباطاً بالعلاقة محل التنازع وإن كانت صلة هذه القوانين بالعلاقة أقل توثيقاً من القانون المختص الذي تعذر الكشف عن مضمونه.

أما إذا كان القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه قد أشارت بتطبيقه قاعدة إسناد ذات أسلوب مركب ذو ضابط مفرد، في هذه الحالة يكون الحل الأفضل هو تطبيق أكثر القوانين ملائمة للعلاقة المطروحة، وهذا القانون قد يكون قانون القاضي أو قد يكون قانون أجنبي آخر، ولا نعتقد إن

القاضي في ذلك يخالف قاعدة الإسناد الوطنية، نظراً لخلو قاعدة الإسناد من قانون آخر يطبق بوصفه وثيق الصلة بالعلاقة هذا من جانب ومن جانب آخر أن تطبيق القاضي للقانون الأكثر ملائمة للعلاقة يبرر باعتبار أن المشرع يهدف من وراء قواعد الإسناد إلى إخضاع العلاقات الدولية الخاصة إلى أكثر القوانين ملائمة لهذه العلاقات، وأقدرها على تحقيق العدالة من وجهة نظره.

الخاتمة

بعد أن مَنّ الله علينا و وصلنا إلى خاتمة البحث في موضوع(دور الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين "دراسة مقارنة")، فإن هناك عدداً من الاستنتاجات التي توصلنا إليها، فضلاً عن عدد من التوصيات التي نأمل أن يتم الأخذ بها وهي على النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات

١- بحثنا في ماهية الإسناد المركب، وتوصلنا في ذلك إلى ما يأتي:

(أ)- إن موضوع البحث (الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين) من المواضيع التي لم تبحث بشكل وافٍ وعندما يتمّ التطرق إليه فيكون ذلك ضمن الإطار العام فقط، رغم أهميته والدور الكبير الذي يؤديه في عملية تنازع القوانين.

(ب)- أن المقصود بالإسناد المركب هو أسلوب من أساليب الإسناد الذي يتم عن طريق تضمين قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً يشير إلى تطبيق قانونين إما تطبيقاً موزعاً أو جامعاً، أو عن طريق تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط تشير إلى أكثر من قانون تطبق إما على سبيل التخيير أو على سبيل التدرج لحكمة يبتغيها المشرع من وراء ذلك.

(ج)- الإسناد المركب، ليس على صورة واحدة، بل يكون على صور متعددة، فهناك صورتي الإسناد الموزع والإسناد الجامع، كما أن هناك صورتي الإسناد التخييري والإسناد الاحتياطي(التدريجي).

(د)- إن المشرع واضع قاعدة الإسناد قد استخدم كل صورة من صور الإسناد المركب في مجال معين من مجالات تنازع القوانين، وذلك بما يتلاءم مع الأهداف المراد تحقيقها من اعتماد كل صورة من هذه الصور.

٢-عرضنا لذاتية الإسناد المركب، وخلصنا في ذلك إلى ما يأتي:

(أ)- إن الإسناد المركب في قواعد تنازع القوانين يستجيب إلى اعتبارات مختلفة ومتنوعة عملية وقانونية و يوفق بينها جميعاً.

(ب)- الأساس القانوني للإسناد المركب يختلف باختلاف التطبيقات والصور التي ورد فيها، فهناك تطبيقات وهي تشكل معظم حالات الإسناد المركب تجد أساسها في نص القانون المتمثل بقاعدة الإسناد الواردة بنصوص تشريعية، وبعض التطبيقات الأخرى تجد أساسها بمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.

(ج)- يتخذ الإسناد المركب طبيعته القانونية من طبيعة قاعدة الإسناد التي تشتمل عليه.

(د)- تتميز قاعدة الإسناد التي تشتمل على أسلوب الإسناد المركب ويتخذ هذا الأخير طبيعته القانونية منها، بكونها ذات طبيعة مركبة(مزدوجة) فهي ذات طبيعة تركيزية موضوعية في ذات الوقت، عكس قاعدة الإسناد التقليدية(البسيطة) التي تكون ذات طبيعة تركيزية بحتة.

(هـ)- إن قواعد الإسناد المركب من حيث الصفة الآمرة والمكملة، هي قواعد ثنائية الطبيعة، فبعضها ذات طبيعة آمرة، والبعض الآخر ذات طبيعة مكملة، وهذا يرجع إلى اختلاف الصور التي

تضمنتها هذه القواعد وكذلك عدم اقتصارها على مجال واحد من مجالات تنازع القوانين، وبحسب اتصالها بالنظام العام من عدمه.

٣- بحثنا في تطبيقات الإسناد المركب، وخلصنا في ذلك إلى ما يأتي:

(أ)- استنتجنا أن الإسناد المركب لا يرد في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص، بل يقتصر على موضوع من هذه الموضوعات وهو موضوع تنازع القوانين، بالنظر لكون الإسناد المركب هو أسلوب من أساليب الإسناد يتعلق بضابط الإسناد الذي يعدّ الركن الثاني من الأركان الداخلية في قاعدة الإسناد التي مهمتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق.

(ب)- توصلنا إلى أن الإسناد المركب لا يشكل القاعدة العامة في الإسناد، فأغلب مجالات تنازع القوانين تم إسنادها وفقاً للإسناد البسيط، واقتصر الإسناد المركب على إسناد مسائل محددة من مجالات تنازع القوانين.

(ج)- إن شروط الزواج الموضوعية والشكلية في مجال الأحوال الشخصية، وموضوع العقد وشكله في مجال الالتزامات التعاقدية، والأهلية الصرفية في مجال الأوراق التجارية، وأدلة الإثبات في مجال مسائل الإثبات هي الميدان الحقيقي الذي يبرز فيه دور الإسناد المركب في موضوع تنازع القوانين.

٤- عرضنا للصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب، وتوصلنا في شأن ذلك لما يأتي:

(أ)- إن القاضي عندما يتجه إلى إعمال القوانين التي تشير إليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب في قانونه الوطني، يواجه وهو بصدد هذا الإعمال صعوبات متعددة ومختلفة باختلاف نوع الإسناد وبحسب ما إذا كان إسناد مركباً ذا ضابطاً مفرداً أو إسنادا مركباً ذا ضوابط متعددة.

(ب)- توصلنا إلى إن الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب بكلتا نوعيه وبصوره المختلفة، يجري حل معظمها في نطاق تفسير قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، والقاضي يحسمها على أساس الهدف التشريعي لواضع قاعدة الإسناد وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية.

(٥)- بحثنا في الآثار التي تترتب على إعمال الإسناد المركب، وتوصلنا في شأن ذلك لما يأتي:

(أ)- إن أثر الإسناد المركب في حالة الدور السلبي للنظام العام تكون في صورة الإسناد الجامع أكثر وضوحاً من باقي الصور، كون هذه الصورة تؤدي إلى إدماج أحكام القوانين التي تشير إليها فتكون كلاً واحداً، عكس باقي صور الإسناد المركب التي لا تختلف آثارها في هذه الحالة عن آثار الإسناد البسيط، لكونها في نهاية المطاف تؤدي إلى تطبيق قانون واحد وإن كانت تشير إلى أكثر من قانون.

(ب)- توصلنا إلى إن أثر الإسناد المركب في حالة الدور الإيجابي للنظام العام و كذلك في حالة تعذر الوقوف على مضمون القانون المختص، يتمثل في إسناد العلاقة إلى أحد القوانين الأخرى التي تشتمل عليها قاعدة الإسناد بجانب القانون المستبعد لمخالفته النظام العام أو تعذر الكشف عن مضمونه، باعتبار إن ذلك القانون هو أكثر صلة بالعلاقة محل التنازع من أي قانون آخر.

(ج)- تبين لنا عدم امكانية بطلان التصرف أو العلاقة محل التنازع وفقاً لقواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب ذا الضوابط المتعددة والتي تشير إلى أكثر من قانون، كون هذه القواعد ذات طبيعة

موضوعية، تستوجب من القاضي الانتقال بين القوانين حتى يصل إلى القانون الذي يصحح التصرف أو العلاقة محل التنازع.

ثانيا: المقترحات

(١)- نقترح على المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، تعديل نص المادة(١/٦) منه والخاص بشروط الانعقاد والصحة للزواج، على نحو يجعل هذا النص مقتصراً على شروط الانعقاد فقط، كون تخلف هذه الشروط يجعل العقد باطلاً، في حين إن تخلف شروط الصحة يؤدي إلى إفساد العقد لا إبطاله، ولتكون صياغة النص كالتالي(-لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد المبينة فيما يلي:أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول. ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج. جـ – موافقة القبول للإيجاب. د – أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة).

(٢)- إن المشرع العراقي يأخذ بضابطي محل الإبرام والجنسية وذلك في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، ولا بأس أن يأخذ بضابط الموطن إلى جانب الضابطين المذكورين، كون الأخذ بذلك يجعل قاعدة الإسناد أكثر استجابة للاعتبارات التي يهدف إلى تحقيقها واضع قاعدة الإسناد من إخضاعها إلى أكثر من قانون والمتمثلة بالتيسير على المتعاملين وتصحيح عقد الزواج من الناحية الشكلية، لذلك نقترح أضافة ضابط الموطن إلى ضابطي محل الإبرام والجنسية في المادة (١/١٩) من القانون المدني، ولتكون صياغة النص كالتالي(.....،أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر

في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون موطن الزوجين أو قانون جنسيتهما).

(٣)- كان من الأفضل لو أخذ المشرع العراقي بضابط محل التنفيذ بدلاً من ضابط محل الإبرام كأحد ضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية، نظراً لملائمة هذا الضابط للعلاقات التعاقدية بشكل عام، كما إن في اعتماده ما يؤدي إلى التخلص من المشاكل التي يثيرها ضابط محل الإبرام، لا سيما مشكلة التعاقد بين غائبين، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني، ولتكون صياغة النص بعد التعديل كالتالي(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

(٤)- كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بالإسناد المركب الذي يقوم على أكثر من قانون على سبيل التخيير بدلاً من الإسناد البسيط في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقود أسوة بمعظم القوانين في العالم، لذلك نقترح تعديل نص المادة (٢٦) من القانون المدني والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقود، وجعلها قاعدة اختيارية تسمح بأن يتم اختيار قانون من بين عدة قوانين تحكم شكل العقد، ولتكون صياغة النص بعد التعديل كالتالي(تخضع العقود في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة).

(٥)- نقترح على المشرع العراقي أضافة فقرة إلى المادة (٣٢) من القانون المدني، يتناول فيها الدور السلبي الجزئي للنظام العام، وتكون صياغة الفقرة كالتالي(.....٢- لا يستبعد من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام سوى أحكامه المخالفة في مفهوم القانون الدولي الخاص العراقي).

(٦)- نقترح على المشرع العراقي أضافة فقرة أخرى إلى المادة (٣٢) من القانون المدني ولتكون الفقرة (٣)، يحدد فيها القانون الذي يحل محل القانون المستبعد لمخالفته النظام العام، ولتكون صياغة الفقرة كالتالي(٣- يطبق القاضي أحكام القانون الأكثر صلة بالعلاقة بدلاً من أحكام القانون الأجنبي المستبعدة، فإن تعذر تطبيق ذلك القانون طبق القاضي أحكام القانون الأكثر ملائمة للعلاقة، والذي قد يكون القانون العراقي أو قانون أجنبي آخر).

(٧)- نقترح إنشاء مركز متخصص بالقوانين الأجنبية، تكون مهمته جمع البيانات والمراجع عن القوانين الأجنبية خاصة شائعة التطبيق منها، وتقديم المعلومات عن القانون الأجنبي بناءً على طلب القضاة.

(٨)- نقترح على المشرع العراقي أضافة نص إلى نصوص قواعد تنازع القوانين يتم من خلاله تحديد القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي الذي تعذر الكشف عن مضمونه، ولتكون صياغة النص المقترح كالتالي(يطبق القاضي أحكام القانون الأكثر صلة بالعلاقة بدلاً من أحكام القانون الأجنبي الذي تعذر الكشف عن مضمونه، فإن تعذر تطبيق ذلك القانون طبق القاضي أحكام القانون الأكثر ملائمة للعلاقة، والذي قد يكون القانون العراقي أو قانون أجنبي آخر).

قائمة المصادر

القرآن الكريم، دار البرهان للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.

أولاً: المعاجم اللغوية

١. أبو منصور بن محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج١٢، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.

٢. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج٣، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون ذكر مكان الطبع، ١٩٧٩م.

٣. جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٩٢م.

٤. محمد أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ١٩٩٩م.

٥. نخبة من اللغوين بمجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج١، ط٢، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.

ثانياً: المصادر القانونية

أ- مصادر القانون الدولي الخاص

١. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.

٢. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

٣. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

٤. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.

٥. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.

٦. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي (دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي)، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٨م.

٧. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن _ قواعد الإسناد في القانون المصري _قواعد الاختصاص القضائي _ آثار الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٨. إياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨م.

٩. أيناس محمد البهيجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٣٠١٣م.

١٠. بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٨م.

١١. ثامر داود عبود، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية(دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠م.

١٢. ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧م.

١٣. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين- تنازع الهيئات- تنازع الاختصاص)، مطبعة الهلال، بغداد، ١٩٤٩م.

١٤. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

١٥. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

١٦. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

١٧. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م.

١٨. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.

١٩. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠١٥م.

٢٠. سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.

٢١. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، بدون ذكر سنه الطبع.

٢٢. سامي بديع منصور، عكاشه عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع.

٢٣. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٤. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

٢٥. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بن الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٠م.

٢٦. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م.

٢٧. عادل أبو هشيمة محمود حوته، القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٨. عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٢٩. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لمحل إبرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

٣٠. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م.

٣١. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م.

٣٢. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م.

٣٣. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣م.

٣٤. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م.

٣٥. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية(دراسة مقارنة في القانون المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وبعض التشريعات العربية واتفاقيات جنيف ١٩٣٠)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.

٣٦. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٣م.

٣٧. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٣م.

٣٨. غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠م.

٣٩. غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م.

٤٠. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، (تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.

٤١. فؤاد عبد المنعم رياض، محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.

٤٢. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.

٤٣. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، بدون ذكر سنة النشر.

٤٤. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨م.

٤٥. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية(نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة –دراسة مقارنة)، الحامد، عمان، بدون ذكر سنة الطبع.

٤٦. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.

٤٧. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج١، ط١، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩م.

٤٨. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.

٤٩. محمد سليمان الاحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، (نحو قانون رياضي دولي خاص)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، بدون ذكر سنة الطبع.

٥٠. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية(دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

٥١. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧م.

٥٢. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع.

٥٣. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي- تنازع القوانين- الآثار الدولية للأحكام -التحكيم الدولي الخاص)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٥٤. هشام خالد، الإحالة(دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤م.

٥٥. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة في الدول التالية(ليبيا- الجزائر- سوريا- المغرب- العراق- الاردن- الكويت- الإمارات- اليمن- لبنان- السودان- فلسطين- إنكلترا- فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

٥٦. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

٥٧. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٥٨. هشام صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

٥٩. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص(الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

٦٠. وائل بندق، قضايا في القانون الدولي الخاص(دراسة موجزة للمبتدئين وغير المتخصصين)، الطبعة الخامسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٠م.

٦١. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.

ب- مصادر قانونية متنوعة

١. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م.

٢. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، ط٧، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر.

٣. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة ،١٩٦٩م.

٤. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٩م.

٥. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوارث، كربلاء، ٢٠٢٠م.

٦. رجب كريم عبد الاه، المدخل للعلوم القانونية(نظرية الحق)، ج٢، طبعة منقحة ومزيدة بأحدث التعديلات التشريعية، ٢٠١٦م.

٧. سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥م.

٨. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩م.

٩. عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، أحمد حشمت أبو شتيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م.

١٠. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية. بغداد، ٢٠٠٧م.

١١. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م.

١٢. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢م.

١٣. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م.

١٤. فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز، ط٢، دار واسه، لندن، ١٩٨٦م.

١٥. فوزي محمد سامي، فائق محمد الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١م.

١٦. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٦م.

١٧. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، مبادئ القانون(المدخل الى القانون- نظرية الالتزامات)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

ثالثاً: الأطاريح والرسائل الجامعية

أ- أطاريح الدكتوراه

١. علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠٠٥م.

٢. وسام توفيق عبد الله الكتبي، إثبات مسائل القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩م.

ب- رسائل الماجستير

١. براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ٢٠١٨م.

٢. بن عزوز سعيد، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، ٢٠٢٢م.

٣. دحيري اليامنة، الاخذاري يوسف، نقصان الأهلية و انعدامها وأثرها على المسؤولية المدنية والجنائية، رسالة ماجستير، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، ٢٠٢٠م.

٤. روان وفي كمين، تنازع القوانين في مسائل الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ٢٠٢٠م.

٥. سالم حماد الدحدوح، القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي وتطبيقه على عقد الزواج المختلط، رسالة ماجستير، جامعة الازهر، غزة، فلسطين، ٢٠١٢م.

٦. سلوى مهدي حسين، قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٢٣م.

٧. عائدة محمد نعيم شكري العامودي، تنازع القوانين في الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جنيف(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، كلية الدراسات العليا، ١٩٩٥م.

٨. علي أحمد جاسم إبراهيم المسعودي، المركز القانوني للقاصر الأجنبي في التركة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩م.

٩. محمد سالم لهيمص، الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العراق، ٢٠١٥م.

١٠. مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦م.

١١. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢م.

رابعاً: البحوث

١. إبراهيم عباس الجبوري، الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد(٤٢)، ٢٠١٩م.

٢. أحمد المصطفى محمد صالح، قواعد الإثبات بالأدلة الكتابية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المنبر، السودان، العدد(٢٦)، ٢٠١٩م.

٣. أحمد كيلان عبد الله، ميثم فالح حسين، دور الأسس السليمة للتشريع والصياغة في معالجة القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الحادية عشرة ، العدد الأول، ٢٠١٩م.

٤. أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٩)، العدد(٣٥)، ٢٠٢٠م.

٥. أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هشام ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكليه العقود الدولية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، المجلد(٢٠)، العدد(٣)، ٢٠٢١م.

٦. آمنة فارس حامد، سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد(٩)، العدد(٤)، ٢٠١٧م.

٧. إيمان الشحات مصطفى محمد، المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية بين الواقع العملي و الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، العدد(٦)، المجلد(٣٣)، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، ٢٠١٦م.

٨. بدوي عبد الجليل، هنان علي، مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، العدد(٨)، السنة ٢٠٢١م.

٩. بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، المجلد(٤)، العدد(٣)، ٢٠٢١م.

١٠. بواب بن عامر، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة كأحد ركائز الأمن القانوني) ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة غرداية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ،المجلد (٧)، العدد(٧)، السنة ٢٠٢٠م.

١١. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت (ع)، العدد (٢٠)، ٢٠١٦م.

١٢. حسنين جبار شكير، الإسناد الاحتياطي في نطاق تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة لا رك للفلسفة والإنسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة واسط، المجلد(١٤)، العدد(٥)، ٢٠٢٢م.

١٣. حكيمة مسعودان، د. خمري عمار، فكرة الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١٣)، العدد(٢)، السنة ٢٠٢٢م.

١٤. دانا عبد الكريم سعيد، ديكان ديار أبو بكر، دور القضاء الإداري في تكريس مبدأ الأمان القانوني، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية، المجلد (٤)، العدد(٢)، ٢٠٢٠م.

١٥. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة مولاي الطاهر، العدد(٤)، سعيدة، الجزائر، ٢٠١١م.

١٦. رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط واشكالية تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق، مستغانم، الجزائر، المجلد(٤)، العدد(١)، ٢٠١٦م.

١٧. رمزي أحمد عوني ماضي، المحامي سامر نجيب المعايطة، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد(٩)، العدد(١)، ٢٠١٧م.

١٨. شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءً على ضابط الجنسية، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد(١)، العدد(٢)، ٢٠١٦م.

١٩. شنوف معُمر، الإسناد التجارية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة(٢١) من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة تونس، المنار، المجلد(١)، العدد(٢٢)، ٢٠١٥م.

٢٠. عادل شمران حميد، علي شمران حميد، فلسفة الاستثناء في القانون المدني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد(٣)، ٢٠١٨م.

٢١. عباس الصراف، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، مجلة العدالة، العدد(٢)، السنة السادسة(نيسان–مايس–حزيران)، ١٩٨٠م.

٢٢. عباس زبون العبودي، ليث عبد الرزاق علي الأنباري، عقد اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، ٢٠١٧م.

٢٣. عبد الصمد غناج، أسامة بنشيخ، إبراهيم بباص، معاذ الأنصاري، الأهلية مفهومها وأنواعها وعوارضها(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، بحث مقدم إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، ٢٠١٨م.

٢٤. عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد(١٦)، العدد(٢)، ٢٠١٤م.

٢٥. عدنان باقي لطيف، فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص(القانون الدولي الخاص التونسي نموذجاً)، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية، المجلد(٥)، العدد(٢)، السنة ٢٠٢١م.

٢٦. مازن ليلو راضي، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع، دراسة في تطور مبادئ القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد (٢١)، العدد(١)، ٢٠١٩م.

٢٧. محمد جلال حسن، الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع(دراسة تحليلية وصفية مقارنة)، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد(١)، العدد(١)، بدون ذكر سنة النشر.

٢٨. محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق(دراسة مقارنة في القانون الأردني)، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد(٢)، العدد(٣)، ٢٠٢١م.

٢٩. ممتاز مطلب خبصي، التوقيع المجرد وأثره على الورقة التجارية، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد (٤٩-١)، ٢٠٢١م.

خامساً: القوانين

أ- القوانين العراقية

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م .

٢. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ م.

٣. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م.

٤. دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥م.

ب- القوانين العربية

١. القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

٢. القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ م.

٣. قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م.

٤. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

٥. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م.

٦. قانون التجارة المصري رقم (١١٧) لسنة ١٩٩٩م.

٧. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨م.

٨. القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م.

ج- القوانين الأجنبية

١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ م.

سادساً: الأحكام القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٣٦٥، المؤرخ في ٢٨/ ١١/ ٢٠١٦م، منشور على الموقع الالكتروني https://www.sjc.iq/qview.2341/ .

٢. حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في ١٣ يونيه سنه ١٩٧٤م، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ٢٥.

٣. حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في ١مارس ١٩٧٨م ، الطعن رقم ٢٧ لسنه ٤٥ قضائية، مجموعه محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ٢٩.

4. Dallas p.1922. 1. 127/ série 1923.

سابعاً: البحوث والمقالات المستخرجة من الأنترنت

١. أبو أروى الداوودي، مزايا وعيوب التقنين، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.startimes.com/.

٢. أحمد حسين، الأوراق التجارية، سلسة محاضرات منشورة على الموقع الإلكتروني http://mohamoon-montada.com/.

٣. أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://jordan-lawyer.com/.

٤. رغد شاكر عبد فرحان، دور وأهمية القاضي في سد الفراغ القانوني، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، https://www.mohamah.net/law .

٥. عواطف عبد المجيد طاهر، القصور في التشريع، بحث منشور على الموقع الإلكتروني ./https://www.iasj.net/iasj/download

٦. القاضي عبد الستار ناهي عبد عون، البحث القانوني وآثاره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق ./https://www.sjc.iq/view.67932

٧. المحاكم في العراق، متوفر على الموقع الإلكتروني، .https://ar.irakipedia.org/wiki/3791

٨. مروة أبو العلا، الصياغة الجامدة والمرنة للقاعدة القانونية في التشريع المصري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، https://www.mohamah.net /.

٩. ورود محمد جبر، أنواع الصياغة التشريعية للقواعد الانضباطية وعيوبها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، ./https://mail.almerja.com

ثامناً: المصادر الأجنبية

1. Antoine Kassis : le nouveau droit européen des contrats internationaux, l.d.g.j, collection hors, paris, 1993.
2. Bartin, principes de droit international privé, paris, 1930.

3. Emmanuel verge, Georges Ripert, Suzanne dalligny, nouveau répertoire, de droit, troisième, Dalloz, paris, juris prudence générale, Dalloz, 1949.

4. Gutmann Daniel, droit international privé, Dalloz, 2002.

5. loussouarnyvon , bourle pierre, droit international privé, Dalloz, 7eme édition, 2001.

6. niboyet, cours de droit international privé français, paris. 1949.

7. Pierre Meyer, Droit international privé, nouvelle collection universitaire, Domat précis, édition, Montech restions, paris, 1977.

8. Pillet, principes du droit international privé, Paris. 1903.

9. Savetier (René), cours de droit international privé, paris, l.g.d.j, 1953.

10. Valéry (j.), manuel de droit international privé, paris, fonte oing, 1914.

Abstract

The subject of complex attribution in the field of conflict of laws is one of the important topics in private international law that has found its presence in the texts of this law, in the explanations of jurists, and in judicial rulings. It is considered a method of attribution adopted by the legislator of the rule of attribution by including a single control that refers to two laws in At the same time, it is applied either comprehensively or distributedly, or by including multiple attribution controls that refer to more than one law that is applied either optionally or gradually.

Since complex attribution appears in more than one form, this has led to the difference in considerations to which this method responds, and its diversity into legal and practical considerations, in addition to the difference in its rules in terms of their peremptory and complementary nature, even though they are characterized by a complex, focused, objective nature in terms of the general framework.

Since the attribution officer, who is the second element in the imposition pillar of the attribution rule whose mission is to guide the applicable law, constitutes the core of the idea upon which the complex attribution is based, therefore we find that this method is limited to the subject of conflict of laws and does not address the rest of the topics of private international law. Although it does not constitute the basis for attribution, it is limited to establishing specific areas of conflict of laws issues.

Since the attribution rules that rely on this method of attribution are characterized by a formal and objective nature that is different from the

traditional attribution rules, this raises many difficulties facing the judge when he is in the process of implementing the laws to which they refer, which differ from the difficulties raised by the traditional attribution rules. This formal and substantive difference in the complex-style attribution rules would have made these rules have specific effects that are different from the effects that traditional attribution rules have when raising some issues at the stage of applying the relevant law.

In this study, we have presented this through explanation and analysis, following the method of comparison between the laws under study, while addressing the opinions of jurisprudence and judicial rulings.

University of Kerbala

College of Law

private law

The role of complex attribution in the field of conflict of laws (A comparative study)

A doctoral thesis submitted to the Council of the College of Law - University of Karbala

It is part of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Private Law

by the student

Ali Ahmed Jassim Ibrahim Al Masoudi

Supervised by

Assist. Prof . Dr. Thamer Daoud Abboud

2024 A.D. **1446 A.H.**