دور الأحالة في تطور قواعد الاسناد

بحث تقدم به

م.م ارم عصام خضير أ.د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي

كلية التمريض – جامعة بابل كليه القانون–جامعة بابل

The role of assignment in the evolution of attribution rules

Assistant teacher. Arm Issam Khudair Prof. Abdul Rasoul Abdel Reda

College of Nursing College of Law

University of Babylon University of Babylon

Nasma.law@gmail.com Rasol1970@yahoo.com

Abstract

It is well known that each country has internal objective legal rules that apply to its citizens in their internal relations, and besides it other rules related to conflict of laws that are included in private international law and are applied to relations that include a foreign element. If a foreign law is to be applied, does that mean that its purely domestic rules apply Or, to also apply the rules of conflict in it. If we say, for example, that the judge before whom a dispute tainted with a foreign element is brought before him, he must apply the law of a specific country, does he have to refer to the internal civil law rules of that state or should he refer to the rules of the private international law of that state and apply what it decides. If he works according to the rules of private international law for that country, then we will be in front of the assignment, otherwise we will not be in front of a referral. The referral is a theory that says the application of the rules of private international law in the applicable foreign law. The referral to foreign law has a role in the development of the rules of attribution, as it can form a generation of attribution rules as it works to develop performance Existing attribution rules, and this will reduce the chances of conflict between laws, and this in turn reduces the conflict, because this position can transform the rules of attribution into subject rules The referral also creates opportunities for the conclusion of international treaties, and thus the agreed rules turn into objective rules, as well as achieving coexistence between the national rules of conflict and the foreign conflict base.

Keywords: role, assignment, evolution, grammar, attribution

الملخص

من المعروف ان لكل دولة قواعد قانونية موضوعية داخلية تطبق على رعاياها في علاقاتهم الداخلية وإلى جانبها قواعد أخرى خاصة بتنازع القوانين وداخلة في القانون الدولي الخاص وتطبق على العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي فإذا وجب تطبيق قانون أجنبي، فهل يكون معنى ذلك أن تطبق قواعده الداخلية البحتة، أو أن تطبق أيضاً قواعد التنازع فيه فاذا قلنا مثلا بان القاضي المعروض امامه النزاع المشوب بعنصر اجنبي يجب عليه تطبيق قانون دوله معينه فهل يجب عليه الرجوع الى قواعد القانون المدني الداخلية لتلك الدولة ام ان يرجع الى قواعد القانون الدولي الخاص لتلك الدولة ويطبق ما تقضي به فاذا عمل بقواعد القانون الدولي الخاص لتلك الدولة نكون امام الاحالة والا فلا نكون امام احالة فالإحالة نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الاجنبي الواجب التطبيق وللإحالة للقانون الاجنبي دور في تطور قواعد الاسناد فهي يمكن ان تشكل جيل من قواعد الاسناد كما تعمل على تطوير أداء قواعد الاسناد القائمة، وذلك سيقلل من فرص التنازع بين القوانين، وهذا بدوره يقلل من النزاع، لان هذا الموقف يمكن ان يحول قواعد الاسناد الى قواعد موضوعية كما وتعمل الاحالة ايضا على تهيئة فرص لأبرام المعاهدات الدولية وبالتالي تتحول القواعد المتفق عليها الى قواعد موضوعية كما وتحقق التعايش بين قواعد النزاع الوطنية وقاعدة النزاع الاجنبية.

الكلمات المفتاحية: دور ، الاحالة، تطور ، قواعد، الاسناد

المقدمة

من الثابت ان قانون كل دولة يتكون من نوعين من القواعد، قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية , وحيث ان وظيفة الاولى تتحدد في اطار حل التنازع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي بينما تتحدد وظيفة الثانية في حكم العلاقات الوطنية في الغالب، فضلا عن قيامها بحكم العلاقات ذات البعد الدولي في حالات محدودة. وفي اطار العلاقات ذات البعد الدولي تنهض قواعد الاسناد بدورها في تحديد الاختصاص التشريعي لدولة ما، وفي هذه المناسبة فأن القانون المعقود له الاختصاص اذا اعتمدنا قواعده الموضوعية فلا نتصور حصول الاحالة لأن الاخيرة ستطبق بشكل مباشر وفوري (آني)، بينما نجد استشارة قواعد الاسناد والرجوع لها في القانون المعقود له الاختصاص يمكن ان يفضي لبروز ظاهرة الاحالة عندما لا تقبل قواعد الاسناد في القانون المعقود له الاخصاص ما اسند لها من اختصاص بموجب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع، فهنا عدم القبول هو التخلي والاخير يمكن ان يكون لحساب القانون الساند او لحساب قانون آخر، في هذه الموقف احتدم النقاش حول مصير الاختصاص الراجع او المنقول لقانون دولة اخرى هل يقبل او يرفض؟ والسؤال الذي يمكن اثارته ايضا هنا ما هو تأثير قبول الاختصاص الراجع ؟، وما هو تأثير عدم القبول ؟ ان الاجابة عن هذه التساؤلات سيكون من خلال النظر لطبيعة قواعد الاسناد ووظيفتها فأن كان القبول يحفظ للقاعدة هيبتها ووظيفتها ما علينا الا اعتماد الاحالة والا فلا. وفي اطار الموقف لقواعد الاسناد في القانون الاجنبي (في قبولها ورفضها) قد احتدم هنا النقاش الفقهي وانعكس بدوره على موقف التشريعات، وفي هذا البحث سنتناول تحليل الموقف على المستويين الفقهي والتشريعي لاستخلاص افضل الحلول معتمدين في ذلك المبادئ الاتية: وهي الامن القومي للإفراد (توقعاتهم)، والعدالة، والتناسق والتعايش بين الانظمة القانونية، مبدأ قوة النفاذ وما يحقق حماية الطرف الضعيف في العلاقة والمقصود بالحماية.

ولأجل الاحاطة بكل ما تقدم سنتناول البحث من خلال ثلاثة مباحث، سنبين في الاول تطوير وظيفة قواعد الاسناد، وفي الثاني تحقيق التناسق بين قواعد الاسناد، ونوضح مدى تأثير نوع الاحالة في تطوير قواعد الاسناد في المبحث الثالث، على ان نتعرض لمعنى قواعد الاسناد وعناصرها ولمفهوم الاحالة في مطلب تمهيدي مستقل.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره

تتمثل أهمية موضوعنا في بيان دور الاحالة في تطور قواعد الاسناد وخصوصا وان العمل بالإحالة يحقق الغاية الاساسية والعامة لقاعدة الاسناد والتي تشترك بها جميع البلدان كونها تهدف الى تحقيق مبادئ التناسق والملائمة والعدالة بين القوانين وحماية توقعات الافراد وامنهم القانوني والتي قد تعمل الاحالة على تحقيقها اكثر من العمل بالقواعد الموضوعية الداخلية لكل دولة.

مشكلة البحث

ان اشكالية بحثنا تكمن في بيان هل ان للإحالة الى قانون اجنبي دور في تطور قواعد الاسناد الوطنية وهل يبرز هذا الدور في اطار المسائل المتعلقة بالإقليم ام في اطار المسائل المتعلقة بالأشخاص فقط اضافه الى بيان هل ان القاضي المعروض امامه النزاع المشوب بعنصر اجنبي ملزم بأعمال الوظيفة الطبيعية العامة لقاعدة الاسناد ام بإمكانه الحياد والعمل بقاعدة الاسناد الخاصة وبالأخص ان الهدف من وراء العمل بقواعد الاسناد يتمثل بتحقيق التناسق والملائمة والعدالة بين القوانين.

منهجية البحث

للإحاطة بإبعاد موضوعنا قدر المستطاع ولبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا دراسة تحليلية وذلك بالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ذات الصلة بموضوعنا اضافه الى الاشارة الى بعض القوانين المقارنة للإحاطة بالموضوع.

خطة البحث

لبيان دور الاحالة في تطور قواعد الاسناد سنقوم بعرض الموضوع عبر خطة تتضمن ثلاث مباحث نسبقها بمطلب تمهيدي تناولنا فيه معنى قاعدة الاسناد وخصائصها وعناصرها اضافه الى تعريف الاحالة في حين تناولنا في المبحث الأول

تطوير وظيفة قاعدة الاسناد وبدوره قسمناه الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول الوظيفة الطبيعية لقواعد الاسناد وفي المطلب الثاني الوظيفة الاستثنائية الاحتياطية لقاعدة الاسناد حين تناولنا في المبحث الثاني تحقيق التناسق بين قواعد الاسناد وقسمناه بدوره الى مطلبين خصصنا المطلب الاول لتناسق القوانين في اطار المسائل المتعلقة بالأشخاص والمطلب الثاني خصصناه للتناسق في اطار المسائل المتعلقة بالإقليم اما المبحث الثالث فتناولنا فيه مدى تأثير نوع الاحالة في تطوير قواعد الاسناد وبدوره قسمناه الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول الاحالة البسيطة والمطلب الثاني لبيان الاحالة المركبة.

مطلب تمهيدي

يتكون قانون كل دولة من نوعين من القواعد الاولى هي التي تعنى بحكم العلاقات الوطنية تسمى بالقواعد الموضوعية والثانية تعنى بحكم العلاقات الاجنبية وتسمى بقواعد الاسناد وهذه الاخيرة تتخذ اصلاحات متنوعة في القوانين فالقانون الدولي الخاص الالماني يصطلح عليها بقواعد الاسناد، بينما اصطلح عليها المشرع العراقي في القانون المدني بقواعد تنازع القوانين ويتضح من ذلك ان المشرع الوطني هو صاحب الاختصاص في وضعها لتعمل في مجال العلاقات ذات البعد الدولي، وبالتالي فإنها تعتد وطنية المصدر وعالمية التطبيق وعليه سنقسم هذا المطلب التمهيدي الى ثلاث فروع نتناول في الفرع الاول معنى قاعدة الاسناد والفرع الثاني خصصناه الى خصائص قواعد الاسناد والفرع الثالث لبيان عناصر قاعدة الاسناد والفرع الرابع للتعريف بالاحاله.

الفرع الاول- معنى قاعدة الاسناد:

ان قواعد الاسناد اصطلاح فقهي، والاسم العلمي لها على مستوى التشريع هو قواعد القانون الدولي الخاص حيث اعتمد المشرع العراقي هذا الاصطلاح في المادة (1/31) من القانون المدني والتي نصت على انه (اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منها القواعد الموضوعية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص). كما ذهبت الى المعنى نفسه بقية التشريعات العربية، كما يصطلح عليها البعض بقواعد تنازع القوانين.

وتعرف هذه القواعد (بأنها تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها أو وظيفتها اسناد علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها، وتنتهي مهمتها بالإسناد لتبدأ مهمة القانون المسند له الاختصاص). وقد ذهب جانب اخر من الفقه الى تعريفها بالقول (انها قواعد قانونية ترشد القاضي بشان علاقات قانونية ذات عنصر اجنبي او اكثر، او انها قواعد قانونية يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق بصدد المنازعة).[1371] وبالتالي فان وظيفة قواعد الاسناد هي ارشاد ونقل، فهي ترشد القاضي الى الحل وتنقل العلاقة الى قانون دولة معينة يكون هو المختص بحكمها، ومن الجدير بالذكر ان الاسناد لا يعني التطبيق لان القانون المسند له الاختصاص قد يتوافر فيه ما يمنع تطبيقه من قبل قاضي النزاع، وحيث ان قواعد الاسناد المتفق عليها لا تثير اشكال بين قانون القاضي والقانون الاجنبي المسند له الاختصاص، ولكن بالمقابل يثار الاشكال في نطاق نوع من القواعد، فالمسائل التي تحكمها قواعد الاسناد مختلفة فمنها ما تحكم مسائل الأموال واخرى الأفعال وكذلك الأشكال، وبما ان الاموال جزء من اقليم الدولة فهنا تكون قواعد الاسناد ذات الية تطبيق واحدة في العالم والحكم نفسه يتكرر فيما يتعلق بمسائل الأفعال لأن كل من النوعين من القواعد يرتبط موضوعها بالإقليم، بالمقابل نجد ان قواعد الاسناد المتعلقة بالأشخاص باثر تحرك موضوعها (الاشخاص) عبر الحدود ونشوء علاقات ذات بعد دولي باثر ذلك وحيث يوجد هناك تنوع في الثقافات بين الدول حول المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية (الزواج والميراث والبنوة الشرعية) فان الاختلاف بين قواعد الاسناد امرا واردا في هذه المسائل، ومن ثم يجعل من ظهور الاحالة امرا واردا لان الاخيرة تحصل بفعل عدم الاتفاق على مسائل معينة بين قواعد اسناد لعدة دول.

[1371]- ينظر د.هشام علي صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة-منشاة المعارف – الاسكندرية-ط2-1972- – ص 5

وتزداد فرص ظهور الاحالة ظاهرة التباعد الحضاري بين الدول وتقل هذه الفرص بين الدول المتقاربة حضاريا، ولهذا فهي تقل بين الدول العربية وتكثر بينها وبين الدول الغربية، ثم ان موضوع الاحالة يواجه قاضي النزاع اذا تم اسناد العلاقة اجمالا لقانون اجنبي (قواعده الموضوعية وقواعد قانون الدولي الخاص) ولا يواجه القاضي هذا الامر اذا تم الاسناد للقواعد الموضوعية مباشرة دون استشارة قواعد الاسناد، ومثال ذلك موقف المشرع العراقي في المادة (1/31) السالفة الذكر.

لذا فان تسمية قواعد حل تنازع القوانين بقواعد الاسناد يأتي من خلال وضيفتها التي تتمثل بمهمتها الاسنادية، كما تسمى بقواعد تنازع القوانين لأنها تفض التنازع الحاصل بين قانونين أو أكثر. وقد استعمل الاصطلاح الاخير من قبل اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة ورعايا دولة اخرى في المادة (42) منها. وشبه الفقيه الفرنسي (آرمنجون) مهمة أو وظيفة قواعد الاسناد بمكاتب الاستعلامات في محطات القطار مهمتها توجيه المسافر لرصيف القطار.

الفرع الثاني– خصائص قواعد الاسناد:

هناك عدة خصائص ذاتية لقواعد الاسناد تتمثل بالاتي:

اولا: انها قواعد حل غير مباشر: بمعنى انها لا تحل التنازع وانما وظيفتها تنحصر بإسناد العلاقة ذات البعد الدولي لقانون دولة ما دون ان تطبق على النزاع فهي تقوم بنقل النزاع المتعلق بالعلاقة لحساب قانون ما وتنتهي مهمتها لتبدأ مهمة القواعد القانونية في القانون الاخير، وحسم النزاع عن طريق قواعده الموضوعية، لذا اصطلح عليها بقواعد الاسناد، ولذا السبب يصفها البعض بأنها قواعد صماء لا تقدم حل للنزاع بشكل مباشر وبذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصف الاخيرة قواعد حل مباشر لذا نجد تخلي قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص يخلق مشكله التنازع السلبي في قواعد الاسناد اذا لم ينتهي الموقف بقبول القانون المتخلى لحسابه عن الاختصاص بالاختصاص.

ثانيا: انها قواعد مزدوجة الجانب على رأي الاكثرية: فهي يمكن أن تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني وممكن ان يكون ذلك لحساب قانون اجنبي فلا تقرر ابتداءاً لمن يكون الاختصاص، ولا يعرف القانون المختص بموجبها الابعد التكييف، وتحديد طبيعة العلاقة، مثال ذلك اهلية الشخص تحكم بقانون جنسيته، فيكون القانون العراقي اذا كان الشخص عراقي و يكون قانون اجنبي اذا كان الشخص اجنبي، وبذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصفها مفردة الجانب وتوصف قواعد الاسناد من هذه الناحية بأنها قواعد محايدة أي لا تنحاز ابداً لقانون معين وهو ما يسمح بظهور حالة تبادل الاختصاص بين قواعد الاسناد وغيابه بين القواعد الموضوعية.

ثالثا: انها قواعد وطنية المصدر: اي يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها وتراعى فيها الخصوصيات الوطنية في كل دولة مع مراعاة المعايير الدولية السائدة عالمياً. وبذلك تكون ذات مصدر وطني، وتختلف عن القواعد الموضوعية اذ الاخيرة ممكن ان تكون ذات مصدر وطني تسن عن طريق التشريع أو دولي يتفق عليها عن طريق الاتفاقيات الدولية او تعكسها قرارات القضاء الدولي[1372] فكل دولة لها سياسة تشريعية تنبثق عنها قواعد اسناد قد تختلف او تتفق مع قواعد الاسناد للدولة اخرى.

الفرع الثالث: عناصر قاعدة الاسناد:

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاثة عناصر هي (فكرة الاسناد، وضابط الاسناد، والقانون المسند اليه).

اولا: فكرة الاسناد: هي العلاقة او المسألة موضوع النزاع ويكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكييف، فالأخير يصنف العلاقات على شكل أفكار مسندة تتمثل بالأهلية والزواج والطلاق والنفقة والميراث والوصية والتصرفات المالية المتعلقة بعقار أو منقول بالعقد والحيازة أو أي سبب لكسب الحق فيها، وكذلك التصرفات العقدية وغير العقدية.

[1372]– د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مكتبة السنهوري – بغداد –2013 – ص255 وما بعدها .

ثانيا: ضابط الاسناد: هو الوسيلة التي تصل فكرة الاسناد بالقانون المسند اليه، وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة ولما كانت العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر وهي الاشخاص والموضوع والسبب فاذا كانت العلاقة مركزها الاشخاص فان الضابط ستكون طبيعته شخصيه أي تستمد من الشخص ويظهر الضابط بمظهر الجنسية أو الموطن حسب الدولة، فتحسب العلاقة من مسائل الاحوال الشخصية كالزواج والاهلية. أما اذا كان مركز ثقل العلاقة الموضوع فستكون من مسائل الاحوال العينية والضابط سيكون اقليمي اي يستمد من الاقليم طبيعته ويتمثل بموقع المال أو محل ابرام التصرف أو تنفيذه، أما اذا كان مركز ثقل العلاقة هو السبب فستكون العلاقة على أحد الاوصاف الثلاثة وهي اما ان تكون (علاقة عقدية أو علاقة غير عقدية أو علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي) فان كانت من الوصف الاول فالضابط سيستمد طبيعته من العقد حيث ان العقد مبني على تلاقي ارادة طرفين فان الضابط يكون ارادي (ضابط) الارادة، أما اذا كانت من الوصف الثاني فالضابط يأخذ طبيعته من المكان الذي ترتكز فيه العلاقة كالفعل النافع او الضار فيكون الضابط محل حدوث الفعل. أما اذا كانت على الوضع الثالث فسيستمد الضابط وجوده من مكان نشوء التصرف المرتبط بالشكل، وهنا يتمثل في الغالب بمحل نشوء التصرف. كما ان ضابط الاسناد يمكن ان يكون واحد ويحقق وحده القانون المسند اليه الاختصاص كما هو الحال بالنسبة لضابط موقع المال، وقد يكون الضابط متعدد يفضي الى تعدد القوانين الواجبة التطبيق كما هو الحال بالنسبة لضابط الجنسية في مسائل الشروط الموضوعية للزواج مع اختلاف جنسية الزوجية. وبناء على ذلك تكون المسائل التي يحصل في نطاقها التنازع على خمسة انواع وهي: مسائل الاحوال الشخصية، مسائل الاحوال العينية، مسائل العقود، مسائل غير العقدية، مسائل الشكل. وان اختلاف ضابط الاسناد بين قواعد الاسناد لدولة واحدة امر وارد لان اختلافها في مسائل معينة بين دولتين او اكثر يسبب اشكالية الاحالة.

ثالثا: القانون المسند له الاختصاص: قد يكون هذا القانون شخصي كما هو الحال بالنسبة لفكرة الاسناد الخاصة بالأهلية فضابط الاسناد فيها هو ضابط شخصي يتمثل بالجنسية، كما هو الحال في العراق وبعض الدول اللاتينية. وهكذا بالنسبة للضابط الاقليمي المتعلق بالتصرف بعقار وهو قانون موقع العقار حيث يكون القانون المسند اليه قانون اقليمي وهو قانون موقع المال. أما بالنسبة للضابط المستمد من العقود وهو ضابط الارادة فيكون القانون فيه قانون الارادة وهكذا بالنسبة للتصرف غير العقدي يكون الضابط فيه هو محل حدوث الفعل الضار والقانون المسند اليه هو قانون محل حدوث الفعل، وكذلك شكل التصرف الضابط فيه هو محل اجراء التصرف والقانون فيه هو قانون محل اجراء التصرف. وبذلك تكون القوانين الشخصية حاكمة لمسائل الاحوال الشخصية، واقليمية حاكمة لمسائل الاحوال العينية، وقوانين تقف بين بين هذه القوانين ومنها قانون الارادة.

وبناء على ما تقدم فان مسالة الاحالة تظهر فقط في ضابط الاسناد لا في فكرة الاسناد ولافي القانون المسند ذلك لاختلاف الدول في اعتمادها لضوابط الاسناد مما يؤدي الى اختلاف قواعد الاسناد بينها ومن ثم يهيئ فرصة بروز الاحالة، فحيث تعتمد بريطانيا في مسائل الاهلية ضابط الموطن فان القانون العراقي يعتمد فيها ضابط الجنسية، وهذا الاختلاف المتقدم لا يفضي لظهور الاحالة بصورة مباشرة بل يفترض اسناد قاضي النزاع الى قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص لا الى قواعده الموضوعية ثم يلزم ان لا تقبل الاولى الاختصاص وتتخلى عنه للقانون الساند او قانون اخر حتى ينتهي الموقف الى استقرار الاختصاص التشريعي في القواعد الموضوعية لاحد القوانين المتنقل بينها الاختصاص (قانون القاضي، القانون المسند له الاختصاص، القانون المتنازل له عن الاختصاص)، مما يعني ان مسالة الاحالة لا تظهر اذا تم الاسناد من قبل قانون قاضي النزاع الى القواعد الموضوعية دون قواعد الاسناد وهو ما سنلاحظه لاحقا.

الفرع الرابع– تعريف الاحالة

لما كانت وظيفة قواعد الاسناد هي ارشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق وحيث ان الاخير يتضمن نوعين من القواعد (موضوعية وقواعد اسناد)، ويعتمد ظهور فرص الاحالة على منهج قوانين الدول المتنازعة. فالمعروف ان موقف هذه القوانين

مختلف بين اعتماد الاحالة ورفضها، فالقانون الذي يأخذ بالإحالة يقر اعتماده قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص، اما الذي يرفضها يعتمد على القواعد الموضوعية دون المرور بقواعد الاسناد. وينبغي ان نستبعد الاحالة لقيام ذات النزاع امام محمة اجنبية من نطاق البحث، لان الاخيرة تدخل ضمن نطاق الاختصاص القضائي.

وعلى وفق ذلك يمكن تعريف الاحالة بانها وسيلة فنية يتم من خلالها تحقيق التناسق الدولي للأحكام الصادرة لأجل الابقاء على صحة التصرفات القانونية حماية لمصالح الاطراف المعنية، فالإحالة عبارة عن حوار بين قاعدة النزاع الوطنية التي تعين القانون الواجب التطبيق وبين قاعدة النزاع الاجنبية التي تتابع التعين، وهذا التنسيق عبارة عن تنسيق طبيعي بين انظمة الدول، وليس تنسيقا صناعيا يقوم على البحث كما يذهب الى ذلك (باتيفول)[1373]. ويعد القانون الدولي الخاص الالماني الصادر عام 1986، فقد نصت المادة (4/ اولا) منه

على ان (اذا تم تعين قانون دولة اجنبية فانه يجب تطبيق قواعد الاسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا يتعارض فيه هذه القواعد مع روح قواعد الاسناد الالمانية ويجب تطبيق القواعد الداخلية الالمانية اذا احالت قواعد الاسناد الاجنبية الى القانون الالماني)[1374]. وهذه هي الاحالة من الدرجة الاولى والتي يعود فيها الاختصاص المسند بموجب القانون الوطني لدولة اخرى بموجب الاحالة الى قانونها الوطني، وقد يحيل القانون المسند اليه الى غير قانون دولة قاضي النزاع فنكون امام احالة من الدرجة الثانية اي مركبة، اما اذا حددت قواعد الاسناد القواعد الموضوعية للقانون المسند اليه دون قواعد الدولي الخاص فلا نكون امام فرض الاحالة، مثل قاعدة خضوع التصرف من حيث الشكل لقانون محل ابرامه وخضوع العقار في التصرفات الواردة عليه لقانون موقعه.[1375] هذا من جانب ومن جانب اخر فان قواعد الاسناد التي تحيل الى قواعد القانون الدولي الخاص، تعمل على حكم العلاقة القانونية المعنية للقانون الاوثق الذي ترتبط به العلاقة كمكان ابرام عقد الزواج فاذا الاحالة على المفهوم المتقدم ببساطة تخلي قانون عن اختصاصه لحساب قانون اخر مع قبول الاخير بهذا التخلي.

المبحث الاول

تطوير وظيفة قواعد الاسناد

تبين لنا فيما تقدم ان قواعد الاسناد، هي تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها او وظيفتها اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها، وعليه فان ذلك يدعونا الى البحث في هذه الوظيفة وتحديد درجة تأثير الاحالة في تطوير الوظيفة الطبيعية ام الوظيفة الاحتياطية لقواعد الاسناد، وهذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال مطلبين نتكلم في الاول عن الوظيفة الطبيعية لقاعدة الاسناد اما الثاني فسنتكلم فيه عن وظيفتها الاحتياطية.

[1373]– ينظر –حفيظة السيد الحداد –نظرية الاحالة في القانون الدولي – مجموعة رسائل قانونية –ص13

[1374]– ينظر المصدر السابق نفسه – ص7

[1375] –ينظر د. سامي بديع منصور واسامة العجوز – القانون الدولي الخاص – منشورات زين للحقوق – ص122

المطلب الاول

الوظيفة الطبيعية لقواعد الاسناد

سنتتبع قاعدة الاسناد هنا من خلال بعدين فهناك بعد عام او وظيفة طبيعية عامة وهناك بعد خاص او وظيفة طبيعية خاصة، وهذا ما سنوضحه في فرعين:

الفرع الاول

الوظيفة الطبيعية العامة لقاعدة الاسناد

لقد لاحظنا ان وظيفة قاعدة الاسناد تقوم على تركيز العلاقة القانونية في المنطقة القانونية دولة معينة، وهذه الوظيفة تمثل المبدأ العام الذي ترتكز عليه هذه القاعدة في كل الانظمة القانونية وفي جميع بلدان العالم، اذ ان هذ الوظيفة هي نفسها في النظام القانوني العراقي والامريكي والبريطاني، والسبب وراء ذلك كونها تستهدف تحقيق مبادئ ثابتة في جميع هذه البلدان، ونستطيع ان نحدد هذه المبادئ في ثلاث وهي التناسق و الملائمة والعدالة وكما يأتي:-

اولا: مبدا التناسق:- ان المقصود بهذا المبدأ في اطار قاعدة الاسناد هو تحديد مساحة القانون الذي يطبق لكل دولة، فمن المعلوم ان جميع الدول تطبق قوانينها وضمن الحدود والاطار الجغرافي لها، ولا ينازعها في ذلك اي قانون لأي دولة اخرى، ولكن نظرا لوجود الروابط القانونية التي يشوبها العنصر الاجنبي، دعت الحاجة الى ان يتنازع اكثر من قانون في حكم هذه الروابط، فكان لابد من وجود قواعد قانونية تعمل على رسم حدود لكل قانون في حكمه على هذه الروابط ولا يتحقق ذلك الا من خلال وجود قاعدة الاسناد التي تحقق هذه الغاية فهي تعمل على تحديد نسبة او حصة كل قانون في حكمه لهذه العلاقة وبالشكل الذي يضمن مساحة من التطبيق لا يتجاوز فيها مساحة القانون الاخر.[1376] فتبدا مهمة قانون حيث تنتهي مهمة قانون اخر.

ثانيا: مبدا الملائمة:- من المعلوم ان ثبوت الاختصاص القضائي لمحكمة معينة يقوم على مراعاة مقتضيات الملائمة للقانون المختص، و تحقيق الامن القانوني لأطراف العلاقات القانونية الخاصة المشوبة بعنصر اجنبي، والممتدة عبر الحدود بمعنى ان هذه المحكمة لا تنفرد فقط بتطبيق قانونها الوطني، بل تفسح المجال ايضا وتعطي الفرصة الى امكانية تطبيق قانون دولة اخرى يتنازع العلاقة القانونية مع القانون الوطني لملائمته، فالاعتبارات التي يقوم عليها الامن القانوني تفرض تحديد الاختصاص القضائي انطلاقا من معطيات معينة ليست هي بالضرورة التي تراعى فيها تحديد الاختصاص التشريعي فقد تختص محكمة معينة بالنظر في منازعة ليست بطبيعتها تدخل ضمن الاختصاص العادي لتلك المحكمة وانما قرر الاختصاص مراعاة" لاعتبارات معينة مثل حسن ادارة العدالة وتلافيا لتضارب الاحكام.[1377]

ثالثا: مبدا العدالة:- ان من المبادئ التي تحققها قاعدة الاسناد هو العدالة بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية وتتمثل في فسح المجال لقواعد القانون الاجنبي في تطبيقها على العلاقة القانونية اذ ان اقتصار تطبيق قواعد القانون الوطني لقاضي النزاع قد يكون فيه انكار للعدالة بالنسبة لاحد اطراف العلاقة القانونية مما يتنافى مع الغاية العليا لوجود القاعدة القانونية في كل الانظمة القانونية على اختلافها والتي تقوم على تحقيق العدل لأفراد المجتمع بغض النظر عن انتمائاتهم السياسية (الجنسية) وارتباطاتهم الواقعية (الموطن)[1378].

[1376]- ينظر د. عبد الرسول عبد الرضا –القانون الدولي الخاص ، مصدر السابق – ص212

[1377] –ينظر- احمد عبد الكريم سلامة – التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة – القاهرة- بدون سنة طبع – ص23

[1378] –ينظر في هذا المعنى – احمد عبد الكريم سلامة – المصدر اعلاه – ص52

الفرع الثاني

الوظيفة الطبيعية الخاصة لقاعدة الاسناد

لقد لاحظنا ان لقواعد الاسناد وظيفة طبيعية تتصف بالصفة العامة، فهي تهدف الى تحقيق التناسق او التعايش بين القوانين وكذلك تحقق الملائمة والعدالة، بالنسبة للقوانين التي تحكم الرابطة القانونية، وبينا ان هذه المبادئ للوظيفة العامة هي موجودة وتسعى لتحقيقها التشريعات القانونية في جميع الدول، فبالمقابل ان لقواعد الاسناد وظيفة طبيعية اخرى محددة التأثير تتمثل بالوظيفة الخاصة و تسعى الدول الى تحقيقها، وهذه الوظيفة لا تكون واحدة بل تختلف بين دولة واخرى وبين مجتمع واخر.

ولهذا فان معيار تحديد هذه الوظيفة الطبيعية الخاصة لقاعدة الاسناد يتمثل في تحقيق المصلحة لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي، فكلما كانت هذه العلاقة خاضعة من حيث عناصرها الى نسبة كبيرة لقانون يتحقق بموجبه مصلحة الاطراف، كلما كانت قاعدة الاسناد قد حققت وظيفتها الخاصة الا انه يجب ملاحظة ان تحقق هذه الوظيفة الخاصة ليست واحدة بل تختلف من دولة الى اخرى ومن مجتمع الى اخر وعلى مستويين عموديا وافقيا وكما يأتي:

اولا:- اختلاف الوظيفة الطبيعية الخاصة عموديا: ونقصد بالعمودية هنا هو تحقيق مصلحة قاعدة الاسناد الخاصة ضمن الاطار الواحد للقانون، بمعنى ضمن الاطار الداخلي لكل قانون، دون ان يكون هناك قانون اخر يتنازع معه، فتحقيق المصلحة هنا لا يكون فيه خلاف ما دام ضمن الاطار العمودي للتشريعات في كل دولة، وبالتالي فان قواعد الاسناد مثلا في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية تختلف عن قواعد الاسناد المتعلقة بمسائل الاموال وهكذا فان الاخيرة تختلف عن قواعد الاسناد الخاصة بالأفعال والاشكال، من حيث تحقيق وظيفة كل منها ضمن اطار دولة واحدة وهي مسالة طبيعية.

ثانيا:- اختلاف الوظيفة الطبيعية الخاصة افقيا: ان المقصود بالأفقية هنا هو اختلاف وتنوع قواعد الاسناد على مستوى التشريعات الدول المختلفة والتي توجد في مجتمعات مختلفة لها خلفيات حضارية متنوعة منها ما يكون متقاربا ومنها ما يكون متباعدا، وكما سنوضحه فيما يأتي:-

1. مدى الاختلاف في الوظيفة الخاصة بين المجتمعات المتقاربة حضاريا:- ان المقصود بهذه المجتمعات هي التي تشترك في الخصائص الموروث التاريخي بمعنى ان هناك خصائص حضارية وتاريخية مشتركة بين هذه المجتمعات مما ينعكس على افراز حالة تقارب في صياغة القواعد القانونية التي تشرعها ومنها قواعد الاسناد، فالدول العربية مثلا غالبية القواعد القانونية فيها متقاربة وتارةً متشابه نظرا للخصائص الحضارية المتشابه فيما بينها، وهذا ايضا ينعكس بالنسبة لقواعد الاسناد فهناك الكثير من قواعد الاسناد تحقق ذات الوظيفة الخاصة مثال ذلك الاقرار بالمهر كنظام تعتمده هذه التشريعات، اذن نخلص الى القول ان الوظيفة الطبيعية الخاصة لقواعد الاسناد مجال ظهورها واحدا في المجتمعات المتقاربة حضاريا فالإحالة هنا يمكن ان توطد هذا التقارب وتفضي الى وحدة تشريعية تخدم مصالح الدول والافراد فلا يجد قاضي النزاع صعوبة في حل التنازع بين تشريعات هذه الدول طالما ان الحل قد تم حسمه ابتداء.
2. مدى الاختلاف في الوظيفة الخاصة بين المجتمعات المتباعدة حضاريا:- ان هذه المجتمعات هي على نقيض المجتمعات المذكورة سابقا فهي تمتاز باختلاف الموروث الحضاري فيما بينها فلا توجد هناك عوامل مشتركة وان وجدت فهي قليلة، مما ينعكس هذا على وضع وتشريع القواعد القانونية وبضمنها قواعد الاسناد، كما هو الحال بين المجتمعات العربية والمجتمعات الاوربية فهناك اختلاف واسع بينهما فلا يوجد تقارب بينهما كما هو الحال بين تشريعات الدول العربية مما ينعكس الحال على قواعد القانون بشكل عام وقواعد الاسناد بشكل خاص والتي هي بدورها تكون مختلفة.

فعلى سبيل المثال قاعدة الاسناد في المجتمعات العربية الخاصة بمسائل الاحوال الشخصية تتمثل بقانون الجنسية بينما نجد في بعض دول اوربا تأخذ بقانون الموطن، ومن جانب فان المجتمعات العربية تأخذ بتعدد الزوجات بينما نجد القوانين الاوربية تعده مخالفا للقانون وهكذا بالنسبة للبنوة الطبيعية ترتب اثر فيها فحين لا توجد قواعد اسناد في اغلب التشريعات العربية ترتب هكذا اثر.

نخلص الى القول ان الوظيفة الطبيعية الخاصة لقاعدة الاسناد تحقيقها واجبا لمصلحة اطراف العلاقة القانونية ذات الاختلاف في البعد الحضاري ومن ثم تتحقق هذه الوظيفة من خلال تطبيق القانون الذي يحقق هذه المصلحة وان كان ذلك في ظل اعتماد الاحالة وان كان اعتماد الاخيرة يضر بها فلا يجوز اعتمادها وكذلك اذا كان يتقاطع مع القواعد الامرة في دولة قاضي النزاع.

المطلب الثاني

الوظيفة الاحتياطية (الاستثنائية) لقاعدة الاسناد

ان قواعد الاسناد الاحتياطية لا تأخذ مفعولها الا بعد تعذر العمل بالقاعدة الاصلية المتمثلة برفض قاعدة الاسناد الاصلية الاختصاص او غيابها مطلقا، عليه فان اعمال الوظيفة الاستثنائية لقاعدة الاسناد الاولى (الاصلية) لا تبرز الا عندما لا تتحقق الوظيفة الاصلية لها، وهكذا فان تطبيق وظيفة قاعدة الاسناد الاحتياطية يتكئ في اساسه الى عدم وجود قواعد الاسناد الاصلية او عدم كفاءتها في اداء مهامها، واكثر ما تظهر هذه الوظيفة في مجال الاحوال الشخصية كما هو الحال في تنازل قانون الجنسية عن الاختصاص المسند اليه لحساب قانون اخر وهو قانون الموطن، ولبيان الوظيفة الاحتياطية لقاعدة الاسناد سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول اثر الوظيفة الاحتياطية لقاعدة الاسناد في حاله تعدد الجنسية والفرع الثاني لاثرها في حاله انعدام الجنسية:

الفرع الاول: اثر الوظيفة الاحتياطية في حالة تعدد الجنسية:- ان حمل احد اطراف العلاقة اكثر من جنسية، ولم يكن من بينها جنسية قاضي النزاع فان الاخير لا يستطيع ان يطبق قانونه في النزاع، اي لا يستطيع ترجيح قانونه استنادا لمبدا تكافؤ السيادات، فهو بذلك لا يستطيع ترجيح قانون جنسيته، ففي هذه الحالة فان ضابط الاسناد المتمثل بالجنسية لا يمكن تطبيقه لعدم كفايته وعندها ننتقل لتطبيق ضابط اسناد احتياطي يتمثل في قانون الجنسية الفعلية الذي يمكن نستدل عليه من خلال ضابط الموطن او الاقامة او مزاولة النشاط ليشكل بذلك قاعدة الاسناد الاحتياطية.

الفرع الثاني: اثر الوظيفة الاحتياطية في حالة انعدام الجنسية:- ان انعدام الجنسية يجعل من المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لعديم الجنسية مجهولة النظام القانوني ابتداء لعدم وجود ضابط الاسناد الاصلي لذا فان الوظيفة الطبيعية لقاعدة الاسناد التي تقوم على هذا الضابط لا يمكن ان تتحقق في هذه الحالة وعليه يتم اللجوء الى ضابط الاسناد الاحتياطي ويمكن ان نستدل عليه من خلال الموطن، والمتمثل الاخذ بقانون الدولة المقيم او المتوطن فيها الشخص حيث انها تشكل دولة جنسيته المفترضة، التي تأخذ احدى صيغ ثلاث(دولة الموطن او دولة محل الاقامة او دولة قاضي النزاع) وتؤخذ على سبيل التدرج لا الاختيار.

ومن خلال ما تقدم فان الوظيفة الاحتياطية لقاعدة الاسناد ضمن الاحوال الشخصية تتضح وتأخذ مفعولها عند عدم قيام ضابط الاسناد الاصلي المتمثل بالجنسية بمفعوله، ويلاحظ ايضا ان ضابط الاسناد الاصلي في مجال الاحوال الشخصية في الدول العربية هو الجنسية، بينما هناك بعض الدول يكون ضابط الاسناد فيها هو الموطن، وكذلك الحال بالنسبة للمسائل المتعلقة بالالتزامات العقدية، فان القانون العراقي والقوانين العربية تأخذ بضابط اسناد اصلي يتمثل بقانون الارادة الصريحة او الضمنية، وفي حال عدم وجوده ينتقل الى ضابط اسناد احتياطي هو قانون الموطن المشترك فان لم يوجد يطبق قانون محل الابرام، بينما نجد ان هناك بعض القوانين الاجنبية تنتقل مباشرة الى تطبيق قانون بلد التنفيذ عند عدم وجود قانون الارادة.[1379] او قانون ذات الصلة الاوثق ويفترض انها متحقق في دولة من يقوم بالاداء المميز من اطراف العلاقة كالبائع في عقد البيع والمقاول في عقد المقاولة والعامل في عقد العمل والمؤجر في عقد الاجارة وهكذا بالنسبة لكل من يقوم بالاداء المميز في باقي العقود.

[1379] -ينظر- محمد خيري كصير- حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة-منشورات الحلبي -بيروت -2012- ص33

ومن خلال ما تقدم نجد ان الوظيفة الاستثنائية لقواعد الاسناد تختلف باختلاف التوجهات التشريعية للدول وفي جميع الاحوال يجب ملاحظة ان الوظيفة الاحتياطية لهذه القواعد يجب ان تحافظ في تطبيقها على الوظيفة الطبيعية العامة من حيث تحقق التناسق والملائمة والعدالة لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي وهنا فان الاخذ بقاعدة الاسناد الاحتياطية يفترض ان تحقق بالضرورة المبادئ العامة للوظيفة الطبيعية، فاذا فرضنا عدم تحقق هذه المبادئ فلا يمكن الاخذ بهذه الوظيفة لأنها تخالف ما اتفقت عليه التشريعات في الدول من مبادئ عامة لتحقيق وظيفة قاعدة الاسناد العامة من تناسق وملائمة وعدالة اي اهمال قاعد الاسناد الاحتياطية لتقصيرها عن اداء دورها وتقاطعها مع غايات قاعدة الأسناد الطبيعية.

المبحث الثاني

تحقيق التناسق بين قواعد الإسناد

لاحظنا ان من بين المبادئ العامة للوظيفة الطبيعية لقاعدة الإسناد أنها تحقق التناسق بين القوانين، وتلعب الاحالة دور في تطوير هذا التناسق سواء اكان على مستوى الأشخاص ام الاقليم، وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتكلم في الاول عن التناسق في اطار المسائل المتعلقة بالأشخاص في حين نخصص الثاني للتناسق في اطار المسائل المتعلقة بالإقليم

المطلب الاول

التناسق بين القوانين في اطار المسائل المتعلقة بالأشخاص

تلعب قواعد الاسناد دورا بارزا في تحقيق التناسق بين القوانين الاجنبية والوطنية التي تتنازع العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي، ويبرز هذا التناسق في مجال الاحالة وخصوصا في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد، نتيجة لإمكانية الافراد على التنقل وما يترتب عليه من اقامة العلاقات القانونية المختلطة، هذا مع ملاحظة ان هناك مبادئ او محددات يعمل وجودها على التقليل من الحاجة للتناسق من خلال تقليص مساحة القوانين الاجنبية التي تحكم العلاقة الاجنبية، ومن اهم هذه المحددات هي الاتفاقات الدولية، فنجد ان كلما كثرت المعاهدات او الاتفاقيات الدولية التي تعمل على تحديد القواعد الموضوعية الحاكمة للعلاقات ذات العنصر الاجنبي، كلما ادى ذلك الى التقليل من التنازع وتحديد اكثر للقانون الواجب التطبيق، وعند ذاك لا يكون للإحالة دورا بل تكون نسبتها صفر في تحقيق التناسق، وهذه النسبة تتحدد بالمدى الذي تتدخل فيه المعاهدات في تحديد القانون الواجب التطبيق في المسائل المتعلقة بالأشخاص، اي كلما اتسعت هذه المعاهدات او الاتفاقيات في حكمها لمسائل الاحوال الشخصية كلما ضاقت مساحة التنازع وقل دور الاحالة، ومن خلال ما تقدم سنبين دور التناسق في المسائل المتعلقة بالأشخاص في فرعين نخصص الفرع الاول لبيان التناسق من حيث الاهلية والارادة في الاتفاقات العقدية والفرع الثاني لبيان دورها في الزواج والطلاق والوصية والميراث.

الفرع الاول: دور التناسق بين القوانين في اطار الاهلية والارادة في الاتفاقات العقدية: من المعلوم ان المعيار المعتمد في مسالة تحديد الاهلية، هو المعيار الشخصي (الجنسية) وعلى اساس هذا الضابط سيطبق قانون جنسيته، وهذه ما نصت عليه المادة (1/18) من القانون المدني العراقي، الا انه يلاحظ ان قانون جنسية الشخص المعتمد في تحديد اهليته من كمال او نقصان، قد لا يعتمد في بعض الاحيان، وهنا يأتي الموقف من الاحالة في تحديد ذلك، فقاعدة الاسناد اذا ما نقلتنا الى قانون معين لغرض تحديد اهلية الشخص، فعلى القاضي هنا ان ينظر في هذا القانون فاذا وجد ان التخلي عن الاختصاص المسند اليه وظهور الية (الاحالة) والاخذ بها يؤدي الى عدم تحقق المبادئ الاساسية للوظيفة الطبيعية العامة لقاعدة الاسناد من ملائمة وعدالة وتناسق، فهنا لا يأخذ بها القاضي، وكذلك الحال اذا ما ادت الاحالة الى مخالفة النظام العام، ففي هذه الحالات لا يتم الاخذ بالإحالة، كونها لا تحقق الوظيفة المنشودة لقواعد الاسناد، وكذلك يجب ملاحظة ان على القاضي النظر في مدى تحقق الحماية

بالنسبة للأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد والمقصودين بالحماية، فاذا ما وجد ان الاحالة لا توفر الحماية لهؤلاء الاشخاص فيجب عليه عدم الاخذ بها لان في ذلك هدر لحقوقهم لعدم توافر الحماية في القانون المحال اليه[1380].

اما في اطار دور الارادة في التصرفات القانونية، فما دام تحديد اهلية الشخص يتم الرجوع بها الى قانون جنسيته، فان ذلك يحدد مدى هذه الاهلية في ابرام التصرفات القانونية، اذ ان ارادة الاطراف اذا ما اتجهت الى تحديد القانون الواجب التطبيق لا يكون هناك مجال لتطبيق قواعد الاسناد، لان الارادة قد حددت مسبقا القواعد الموضوعية التي ستطبق على التصرف القانوني اذا ما حصل نزاع بشأنه، فهم اكثر دراية بمصالحهم وبالتالي ينعدم دور الاحالة وينعدم معها تحقيق التناسق بين القواعد القانونية التي تتنازع العلاقة القانونية، ولكن دورها يكون ثانويا عند تخلف دور الارادة من خلال تطبيق معيار اخر احتياطي يتمثل بقانون الموطن المشترك او محل الابرام بحسب الاحوال، والسؤال هنا هل ان تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل ارادة الاطراف تفضي الى الاحالة ومن ثم يمكن العمل بها ؟ ان الاجابة على هذا التساؤل، لا يمكن ان نتصور ان الاطراف قصدوا غير القانون الذي اتفقوا عليه وبذلك فهم يستهدفون تطبيق قواعده الموضوعية ولا فرصة لتطبيق قواعد اسناده،ولكن ان حصل وان قصدوا القانون المختار جملة فهنا يقتضي من القاضي النظر في مدى ما تحققه الاحالة من مصلحة للأطراف فاذا ما كانت الاحالة للقانون الواجب التطبيق المتخلى لحسابه من قبل القانون الذي اختارته الارادة يعمل على تحقيق الوظيفة الطبيعية العامة فيأخذ به، اما اذا كانت تصطدم مع هذه المبادئ فيجب عدم الاخذ بها وان قصدت الارادة تحديده وتطبيقه وذلك لان الاخذ بالإحالة لا يحقق هذه المبادئ.

الفرع الثاني:دور التناسق بين القوانين في مسائل الزواج والطلاق والوصية والميراث: واذا انتقلنا الى مسائل الزواج فهنا يجب أن نفرق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لان كل منهما تخضع لقانون يختلف عن الاخر وان تحديد طبيعة كون الشروط موضوعية كانت أم شكلية مسألة تكييف تدخل في اختصاص قانون قاضي النزاع بحسب نص المادة (1/17) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان(القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) وسنوضح هذه الشروط وكما يأتي:

اولا: الشروط الموضوعية: ان الشروط الموضوعية للزواج تتمثل في شروط الانعقاد والصحة والنفاذ، فهذه الشروط تخضع لقانون موطن الزوجية بالنسبة للدول الانكلوسكسونية، بينما تخضع في دول اللاتينية لقانون جنسية الزوجين، وفي حالة اختلاف الجنسية تخضع الشروط لقانون موطن الزوجية كما في فرنسا. اما على مستوى الدول العربية فيطبق القاضي قانون جنسية الزوجين المشتركة كالقانون المصري والليبي والسوري وكذلك الحال في القانون العراقي حيث اشارة الى ذلك المادة (1/19) من القانون المدني العراقي التي نصت على (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين.)، اما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فعالجته حلول فقهية توزعت على اتجاهين الاول يرى الاخذ بالتطبيق الجامع اي يجب توافر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كل من الزوجين في عقد الزواج. أما الاتجاه الثاني يأخذ بالتطبيق الموزع أي يطبق قانون كل زوج عليه فقط مستقل عن قانون الزوج الاخر، فالزوجة يجب ان تتوافر فيها الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيتها، والزوج كذلك، فبالرغم من ان هذه الاتجاهات الفقهية لم تنظم تشريعياً الا انه يمكن للمحاكم العراقية أن تأخذ بالاتجاه الثاني أي التطبيق الموزع استناداً الى نص المادة (30) من القانون المدني العراقي ((يتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً))، ولما كان التطبيق الموزع من هذه المبادئ،

[1380]– د. عبد الرسول عبد الرضا – الجنسية والعلاقات الدولية – ط2 – زين الحقوقية – 2011 – ص137 .

فيمكن اتباعها في كل حالة تختلف فيها جنسية الزوجين عند انعقاد العقد. وعليه فانه مادام الفقه قد استقر على التطبيق الموزع فان الاخذ بالإحالة من عدمه يتوقف على مدى تحقيقيها لمصلحة الاطراف والمقصودين بحماية قاعدة الاسناد، وعليه فان زواج مصري من تونسية بعد زواجه الاول، فبموجب القانون المصري يجوز تعدد الزوجات في حين ان القانون التونسي يحضر ذلك بالنسبة للزوج فاذا ما عرضت القضية امام قاضي اردني فان تطبيق القانون المصري بشان الشروط الموضوعية للزوج وتطبيق القانون التونسي باشان الشروط الموضوعية بالنسبة للزوجة يفضي الى اباحة الزواج لان المنع الوارد في القانون التونسي يخص الزوج وليس الزوجة.[1381]

ثانيا: الشروط الشكلية: وهي الصيغة الفنية التي يفرغ فيها عقد الزواج وهذه الصيغة تأخذ مظاهر متنوعة فقد تكون على شكل حضور شهود أو اجراء مراسيم دينية معينه أو توثيق العقد. وان تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الشروط يكون بحسب قانون محل الابرام على مستوى التشريعات الاجنبية كفرنسا والمانيا، أما في اطار التشريعات العربية فنجد انها تعطي الاختصاص فيها لأكثر من قانون فالمادة (20) من القانون المدني المصري نصت على ان (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك). فالقانون المصري يخضع الشكلية في الزواج وبقية العقود لأربع قوانين (قانون الموطن المشترك قانون الجنسية المشتركة، قانون محل الابرام، القانون الذي يحكم النزاع) وهذا هو حال القانون المدني الاردني والليبي. اما القانون العراقي فنجد انه قد حدد الاختصاص لاحد القانونين وهما قانون محل الابرام أو قانون جنسية كل من الزوجين حسب نص المادة (1/19) من القانون المدني السابقة الذكر فزواج عراقي من عراقية في فرنسا يخضع بحسب قواعد الاسناد الفرنسية للقانون العراقي فيما يتعلق بالشروط الموضوعية، أما الشروط الشكلية فالزواج يعد صحيحاً اذا استوفى الشكلية المقررة في قانون محل الابرام (القانون الفرنسي) أو الشكلية المقررة في القانون العراقي عن طريق توثيق العقد أمام القنصل العراقي في باريس مثلاً.

واذا اختلفت جنسية الزوجين كما لوكان احدهما عراقي والاخر الماني، فالعقد يعد صحيح شكلاً اذا استوفى الاشكال المقررة في القانونين، ويقتضي هنا من الزوجين توثيق العقد امام القنصل العراقي ثم امام القنصل الالماني في فرنسا. وهنا نجد ان مجال التناسق الذي تحققه الاحالة اذا توافرت متطلباتها يكون واسعا، اذ حددت تناسق كبيرا بين القوانين فيما يتعلق بالإجراءات او الشروط الشكلية وهو من جانب اخر تحقق منفعة ومصلحة للزوجين اذ تمكنهم من استكمال هذه الشروط اما من خلال قانونهم او قانون محل الابرام.[1382]

وفي اطار الطلاق والذي يعد احد الاسباب الارادية لانتهاء الزواج [1383], وبخصوص القانون الواجب التطبيق بصدده , فقد ذهبت جانب من القوانين إلى اخضاع الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجية، ذلك ان ضابط الموطن أكثر حياداً من ضابط الجنسية ما هو اتجاه القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986.[1384]

أما الدول العربية فقد ذهبت اغلبيها [1385] وكذلك قانوننا العراقي , إلى اخضاع الطلاق والتطليق والانفصال لقانون الزوج وقت التطليق أو وقت اقامة الدعوى، فقد نصت المادة(3/19) من القانون المدني العراقي على أن ((يسري في الطلاق والتفريق

[1381]– د. عبد الرسول عبد الرضا – الجنسية والعلاقات الدولية – مصدر سابق – ص158.

[1382]–ينظر – د. غالب علي الداودي – تنازع القوانين – ط2 – دار الثقافة للنشر والتوزيع – الاردن – 2013 – ص175–176 .

[1383]– فالزواج ينتهي نهاية طبيعية بالوفاة

[1384]– د. عبد الرسول عبد الرضا, القانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص274.

والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى))، إلا ان قاعدة الأسناد اعلاه تتعطل إذا كان أحد الطرفين عراقي الجنسية [1386] , وما يجدر ذكره في هذا الصدد , بأنه يوجد رأي يميل إلى إخضاع انحلال الزواج للقانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به دون الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين وهذا ما جسدته بعض الدول في قوانينها, كالقانون الكويتي واليوناني وأيضا اتفاقية لاهاي الخاصة بالطلاق لعام 1902 في المادة (8) الذي يخضع الانحلال لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين وإن لم تكن هناك جنسية مشتركة فجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

أما في فرنسا فقد كان يخضع التطليق والانفصال لقانون جنسية الزوجين فإذا اختلفا طبق القانونيين تطبيقا موزعا، كما حدث في قضية Ferrari وقد عاد القضاء الفرنسي قبل 1975 يخضع الانحلال إلى قانون الموطن المشترك للزوجين وفي حالة لم يكن لهما موطن موحد فإلى قانون القاضي وهذا الأخير أخذت به كل من الولايات المتحدة الأمريكية والدول الانكلوسكسونية.[1387]

ومن الجدير بالذكر ان الحل الذي أخذت به قاعدة الاسناد في العراق واغالب الدول العربية منتقد، ذلك أن الزواج رابطة تنشأ بين طرفين وفقا لقانونهما وعلية من الافضل أن تحل هذه الرابطة وفقا لحكم قانون نفسه [1388]ولاسيما ان قانون موطن الزوجية المشترك ؛ هو الأمثل والأكثر ملائمة لحل الرابطة الزوجية ويستجيب للوظيفة العامة والطبيعية للقاعدة الاسناد اذا ما تم التخلي عن الاختصاص من قبل قانون جنسية الزوج الى قانون موطن الزوجة فالإحالة تعتمد هنا لما تفضي الية من مصلحة للطرف الضعيف وما تحققه من تناسق بين التشريعات.

وعليه لو كان قانون جنسية الزوج وقت زواجهما يسمح بالطلاق ثم تغيرت جنسية الزوج بالفترة الواقعة ما بين وقت الزواج ووقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ولم يكن قانون جنسيته يسمح بالطلاق ولم تدخل الزوجة في جنسية زوجها فعليه يكون من الأفضل لو يأخذ بهذا الصدد بقانون الموطن المشترك للزوجية لحل الرابطة، لأنه القانون الأكثر ملائمة لحكم علاقتهما اذا ما احال قانون جنسية الزوج وقت الطلاق الى هذا القانون لأنه معلوم لدى الاطراف وفيه يتحقق امنهم القانوني.

وفي هذا الاطار قدم لنا القضاء الفرنسي سابقة من خلالها تظهر أهمية الاحالة ودورها في تحقيق وحدة الحلول وحماية توقعات الأفراد المشروعة ففي قضية تتلخص وقائعها في إن زوجين سوريين من الديانة اليهودية كانا يقيمان بصفة دائمة في بريطانيا وفيما كانا يقيمان اقامة عابرة في ايطاليا أبرما زواجهما أمام الحاخام الأكبر على وفق الشكل الديني اليهودي الذي يقره قانون جنسيتهما المشترك وفي تأريخ لاحق استقر مقام الزوجين في فرنسا وعندئذ اثير مسألة صحة الزواج من حيث الشكل أمام القضاء الفرنسي ووفق للقانون الفرنسي فان قاعدة الأسناد فيه تقضي بإخضاع الشكل لقانون محل الأبرام أي (القانون الايطالي) ألا ان محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بقاعدة الاسناد تلك، إذ الأخذ بها يؤدي إلى ابطال الزواج لأنه لم يتم فق الشكل الذي يفرضه القانون الايطالي , أنما تم وفق القانون السوري بوصفه قانون الجنسية المشترك للزوجين, وعليه فان محكمة النقض الفرنسية أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية من القانون الايطالي الى القانون السوري , أي انها لم ترجع إلى القواعد الموضوعية في القانون

[1385] –المادة (2/13) مدني مصري , (40) مدني كويتي ,(12) مدني جزائري , (2/14)مدني سوري , (2/13) مدني ليبي , (2/13) مدني أماراتي , والمادة (3/21) مدني بحريني

[1386]– نصت المادة ((لا تسري احكام الفقرات السابقة من هذه المادة إذا كان أحد الطرفين عراقي , وهو الحكم ذاته بالنسبة لأغلبية التشريعات العربية ينظر المادة (14) مدني مصري والمادة (36) مدني كويتي,(15) مدني سوري ,(14)مدني أماراتي (14) مدني ليبي.

[1387] –القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره وانحلاله, بحث منشور على الموقع الالكتروني , تاريخ المشاهدة 9مساءًيوم http://www.startimes.com:2015/4/25

[1388] –د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ص274

الإيطالي وإلا لقالت بأبطال الزواج, وانما رجعت لقواعد الاسناد فيه التي احالت للقانون السوري الذي يعد الزواج صحيحاً . ويعد هذا حلاً نموذجيا يحمي توقعات الأفراد والحفاظ على العلاقات الاسرية.[1389]

واذا ما انتقلنا الى محيط العلاقات بين الاحياء والاموات ففي اطار الوصية فإنها من المعلوم تخضع من حيث الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية او وقت الوفاة حسب الاتجاه اللاتيني[1390]، اما بالنسبة للشروط الشكلية فإنها تخضع وحسب الراي الراجح الى الخيار بين اعتماد قانون الجنسية وبين قانون محل الابرام.[1391] وعليه فان تعدد ضوابط الاسناد الاختيارية تقلل من الحاجة الى الاحالة، اما اذا كان كلا القانونين المذكورين يبطلان التصرف عندها تنهض الحاجة الى ضرورة الحاجة الى الية الاحالة والامر يتشابه في قضايا الميراث فعلى سبيل المثال وفاة بلجيكي في روسيا وترك عقارات ومنقولات في روسيا اثير النزاع امام المحاكم الالمانية والتي اشارت بدورها بالاختصاص لحساب القانون البلجيكي بالتطبيق باعتباره قانون جنسية المتوفي، في حين قواعد الاسناد البلجيكية احالت الاختصاص الى القانون الروسي لأنه قانون موقع المال، فنلاحظ ان القانون الالماني اشار للقانون البلجيكي والاخير احال الى القانون الروسي وقبول الاخير للإحالة يحقق فيه الوظيفة العامة لقواعد الاسناد لأنها تمثل موقع المال وهذا ينسجم مع مبدا الاقليمية.

المطلب الثاني

التناسق بين القوانين في إطار المسائل المتعلقة بالإقليم

اذا كان للإحالة دور تنسيقي بين القوانين في اطار المسائل المتعلقة بالأشخاص فالسؤال الذي يثار هنا هو، هل ينسحب هذا الدور بالمثل في إطار المسائل المتعلقة بالإقليم ؟

من المعلوم إن معيار الإقليم يطبق لتحديد الاختصاص التشريعي في العلاقات القانونية التي ترتبط بصورة أو بأخرى بالمجال المكاني للدولة سواء كان ذلك لاعتبارات سياسية أو لاعتبارات عملية، ويتمثل في العلاقات التي موضوعها الأموال او الأفعال او الأشكال وهذا ماسنبينه في هذا المطلب الذي سنقسمه الى فرعين نتناول في الفرع الاول دور التناسق بين القوانين في مجال الاموال والثاني الى دور التناسق بين القوانين في مجال الافعال لو الشكل.

الفرع الاول: دور التناسق بين القوانين في مجال الاموال ففي مجال الأموال، نجد انها تقسم على نوعين أموال عقارية وأموال منقولة، حيث تخضع الأموال العقارية إلى قانون موقعها، وهذا ما جاءت به المادة (24) من القانون المدني العراقي، وهو توجه ينسجم مع المبررات السياسية التي تعتبر الأراضي جزءا" من إقليم الدولة وبالتالي من غير المستساغ أن تتنازل الدولة عن اختصاصها القانوني للنظر في المنازعات التي تنشا فيها لقانون أجنبي، وكذلك تنسجم مع المبررات العملية التي تفرضها طبيعة العقار الذي يحتاج في إطار المنازعة إلى إجراء الكشف والمعاينة عليه وصعوبة تحقق ذلك إذا ما كان يخضع لقانون آخر غير قانون موقعه.

إن خضوع الأموال العقارية لقواعد قانون موقع العقار من حيث التصرفات القانونية سواء المرتبة لحقوق شخصية ام عينية يؤدي إلى أن توصف هذه القواعد بأنها قواعد ذات حلول عالمية،اذا كانت هذه الاموال موجودة في دولة القاضي، أي أن الإسناد والتطبيق يكون في وقت واحد، وهذا ما نلاحظه في المادة (2/17) من القانون المدني العراقي التي نصت على (ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان عقارا او منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء)، وكذلك المادة (24) من القانون المدني العراقي التي نصت على (ان المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق

[1389]–د. عبد الرسول عبد الرضا, مصدر سابق ص246

[1390]–تنظر نص المادة (1/23) من القانون المدني العراقي

[1391]– د. عبد الرسول عبد الرضا – الجنسية والعلاقات الدولية مصدر سابق – ص2

بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسري عليها قانون الموقع فيما يخص العقار)[1392] أخضعت جميع التصرفات القانونية الواردة على العقار لقانون موقعه.[1393]

ومن خلال ما تقدم هل يمكن أن يتحقق التناسق من خلال الإحالة في إطار الأموال العقارية ؟

يلاحظ من خلال عرضنا لتحديد القانون الواجب التطبيق افي التصرفات المتعلقة بالعقار، بان ليس للإحالة دور فيها ذلك، لان القوانين قد عقدت مسبقا الاختصاص لقانون موقع العقار، وبالتالي انتفى دور الإحالة وترتب على ذلك، انتفاء تحقق التناسق بين القواعد القانونية لعدم وجود تنازع بينها اصلا، إذ لا توجد هناك مساحة لتطبيق قواعد القانون الأجنبي، فضلا أن كل قانون يستأثر باختصاص الاقليمي في الأموال العقارية الكائنة في مجال تطبيقه فالتناسق أصلا سيكون متحقق ولكن بصورة ضمنية والإحالة هنا تكون منتفية، وهذا ما اخذت به محكمة التمييز المدنية الهيئة العامة في لبنان في قرارها رقم (1) في (21 ايلول) 1961 حيث جاء فيه ان المادة 231 من القرار 3339 تنص بصورة مطلقة على ان تركة الأجنبي العقارية تخضع لأحكام قوانين بلاده.ولكن هذا الأصل بتقديرنا يمكن أن يرد عليه استثناء، وهو في حال فرضنا أن قانون موقع العقار قد تخلى عن الاختصاص لمصلحة قانون آخر، ففي هذه الحالة تلعب الإحالة دورا في التناسق، فيكون هناك مساحة لتطبيق قانون موقع العقار ومساحة أخرى لتطبيق القانون المسند إليه الاختصاص، ولكن هذا الافتراض غير ممكن الوقوع، وبالتالي لا تتحقق الإحالة وكذلك ينتفي التناسق.[1394]

أما الحال في مجال الأموال غير العقارية أي المنقولة، فان القانون الواجب التطبيق فيها يكون قانون موقعها فيطبق على جميع التصرفات القانونية التي يكون المال المنقول محلا له، وهذا ما نصت عليه المادة (24) من القانون المدني العراقي، وهنا كذلك لا يكون هناك دورا للإحالة إلا إذا تنازل قانون موقع المال المنقول لقانون آخر فيحصل التناسق بين القانونين وهو احتمال وارد في مسائل التركة المنقولة في الوصية او الميراث في اطار موقف التشريع الفرنسي والبريطاني والامريكي اذا يطبق بشان التركة قانون موطن المتوفي الاخير فالإحالة هنا تظهر واعتمادها يعتمد على مدى ما تحافظ عليه من وظائف لقاعدة الأسناد.

الفرع الثاني: دور التناسق بين القوانين في مجال الافعال والشكل: أما فيما يتعلق بالأفعال، فنقصد بها المسائل غير العقدية والتي تتمثل في الأفعال النافعة و الأفعال الضارة، فالأولى يصطلح عليها بالإثراء بلا سبب، وعناصرها فعل الافتقار والإثراء والعلاقة السببية بينهما، وان القانون الواجب التطبيق عليهما هو قانون الدولة التي حصل فيها فعل الإثراء وان تفرقت عناصر العلاقة، باعتبارها الأساس القانوني للالتزام غير العقدي [1395]، فإذا سحب المفتقر شيك في بنك في العراق لحساب شخص وسلمه له في الأردن فان فعل الإثراء بحسب هذا الفرض يكون قد حصل في الأردن، لذا فالقانون الأردني هو القانون الواجب التطبيق وهو الذي يحقق مصلحة الدائن الطرف المتضرر في العلاقة اذا ما حصل لحسابه التخلي (الاحالة).

وفي إطار الأفعال الضارة المترتبة على المسؤولية التقصيرية والتي أساسها العمل غير المشروع، والتي تقع نتيجة تقصير من قبل مرتكب الفعل الضار والذي أدى إلى إلحاق ضرر بالمضرور فالقانون الواجب التطبيق على هذه الأفعال المرتبة للمسؤولية التقصيرية، هو القانون المحلي أي قانون الدولة التي حدث فيها الفعل الضار نتائج الفعل باعتباره المكان الذي اختلت فيه توازن مصالح الأفراد فضلاً عن أن قانون هذا المكان، هو الأقرب للأفعال من أي قانون آخر كما انه الأقدر على تقدير الأضرار وتحديد مقدار التعويض الملائم ومن ثم ضمان عدالة الأحكام فيها. أما في حالة توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول تتمثل في

[1392]– ويقابلها المادة (19) مدني سوري والمادة (18) مدني مصري والمادة (18) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

[1393]– عبد الرسول عبد الرضا – القانون الدولي الخاص—مصدر سابق – ص 281– 284

[1394]– د. عبد الرسول عبد الرضا ،مصدر سابق ، ص281

[1395]– ينظر – اميد صباح عثمان – القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير العقدية – دار الكتب – مصر – 2011 – ص53–56

ارتكاب الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى، نجد أن التشريعات العربية لم تتضمن صراحة آلية معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق في ظل توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول، وهذا يعني أن المشرع ترك فرصة الاجتهاد للقضاء لتطبيق القانون الأصلح للمتضررين وهو قانون محل حدوث الفعل الضار (الخطأ)، وقد أكدت المادة (1/27) مدني عراقي (الالتزامات غير العقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام).

أما في حالة حدوث الفعل الضار في منطقة لا تخضع لسيادة دولة معينه، مثل تصادم سفينتان في أعالي البحار أو طائرتين في الفضاء الجوي الحر، فهاتين المنطقتين لا تخضعان لسيادة دولة معينه، وإنما السيادة عليها مشتركة لجميع الدول. فالمشرع العراقي لم ينظم أحكام مثل هكذا حالة، ولكن يمكن اعتماد قانون قاضي النزاع، وذلك لان المنطقة التي حدث فيها الفعل الضار تنتفي فيها السيادة بالإضافة إلى أن القاضي له سلطة تقديرية للبحث عن القانون الأصلح للمضرور بين قانون السفينة التي تسبب الضرر وقانون السفينة التي ترتب عليها الضرر وحيث انه لا نص يستجيب للحكم وهذا يعني وجود فراغ تشريعي لابد من تلافيه وهنا نطبق المبادئ الأكثر شيوعا استنادا لنص المادة (30) من القانون المدني العراقي والتي سبق ذكرها. ويشترط لتطبيق قانون محل حدوث الفعل الضار من قبل قاضي الموضوع على أراضي دولته أن يكون الفعل غير مشروع أيضا حسب قانون دولة القاضي وهذا ما اشارت إليه المادة (2/27) مدني عراقي (على أن لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)[1396]

ومن خلال العرض المتقدم للأفعال غير العقدية هل يمكن أن تتحقق حالة التناسق من خلال الإحالة ؟

في واقع الحال لا نجد أن هناك تناسقا يمكن أن يتحقق إذ أن الإحالة منتفية، والسبب لان القوانين قد ربطت الأفعال الغير عقدية بقانون محل وقوعها، وبالتالي قد ربطتها بإقليمها ومن هنا نطبق القواعد الموضوعية بصورة مباشرة، إذ لا يوجد هناك قواعد قانونية أجنبية تنازع قانون الإقليم الذي حدث فيه الفعل الضار اذ ان التناسق اصلا متحقق اسوة بالمسائل المتعلقة بالأموال العقارية.ولكن يمكن أن تتحقق الإحالة ومن ثم يحصل التناسق في الفرضية التالية مثلا لو أن الحادث الذي يقع في رحلة للولايات المتحدة الأمريكية قد وقع في أمريكا وكان الطلبة والتدريسيون والمشرفون ومدير المدرسة كلهم لبنانيين يقيمون في لبنان، تمثل الحادث بسلوك احد الأفراد بالرحلة على نحو اضر بلبناني اخر، فعند رفع دعوى التعويض أمام القضاء اللبناني فسوف يسند الاختصاص في الدعوى المرفوعة للقضاء الأمريكي باعتباره قضاء دولة محل ارتكاب الفعل، نجد أن الاعتبارات التي تم مراعاتها في إسناد الاختصاص في هذه القضية لقانون محل وقوع الفعل الضار فرض غير متحقق، لان مكان وقوع الفعل المفترض وهو في المثال أمريكا، أمر عارض في حقيقته، وهو يخل بتوقعات الأطراف باعتبار كلهم لبنانيون، لان مرتكب الفعل الضار لبناني والمضرور لبناني، عليه فان إعمال قواعد القانون الأمريكي بموجب قواعد الإسناد اللبنانية، وبافتراض أن قواعد الإسناد في القانون الأمريكي تقضي بتطبيق قواعد القانون اللبناني الموضوعية باعتباره قانون الوسط الاجتماعي، ففي هذه الفرضية تحقق لنا التناسق إذ أصبح هناك مجال لتطبيق القانون اللبناني في مساحة معينة وكذلك تطبيق القانون الأمريكي في مساحة اخرى.

واذا انتقالنا الى مسائل الشكل، فانه لا يخرج كذلك عن الأصل العام الذي ذكرناه إذ أن الدول تعقد الاختصاص لقانون محل التصرف المتعلقة به الشكل، أي قانون محل الإبرام، وذلك بقصد التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي ابرم فيها العقد، بالإضافة إلى أن إعمال هذا الحل احتراما لتوقعات الأطراف وتيسيرا لإبرام العقود الدولية، ومن هنا هل يمكن أن تكون هناك إحالة في مجال شكل التصرف ؟ وبالتالي يكون التناسق بين القواعد القانونية؟

[1396]– وتقابلها المادة (21) مدني مصري والمادة (22) مدني اردني

الأصل أن لا مجال للأخذ بالإحالة مادام التصرف القانوني من حيث الشكل قد جاء صحيحا ومستوفيا للشروط القانونية وفقا للقواعد المادية ومحققا للرغبة في التيسير على المتعاقدين فلا مجال للأخذ بالإحالة هنا ما دام قد تحققت الغاية وعلى النحو الذي أراده المشرع، أما إذا كانت هذه الغاية غير متحققة بان كان الشكل باطلا وفقا للقواعد الموضوعية في قانون دولة إبرام التصرف، وكانت قاعدة الإسناد في قانون محل الإبرام تحيل إلى قانون آخر يحكم موضوع العلاقة ويعتبر العلاقة صحيحة من حيث الشكل عند ذاك نأخذ بالإحالة ويترتب على ذلك دورها في تحقيق التناسق بين قواعد قانون محل إبرام التصرف من الناحية الشكلية والذي يعتبرها غير صحيحة وبين القانون المسند إليه الذي يعتبر العلاقة صحيحة فيحقق بذلك الغاية في تحقيق مصلحة الأطراف، وهذه المصلحة تتحقق لحصول العلم المسبق للأطراف بالقانون وهو غاية قاعدة الاسناد التي تقوم على الامن القانوني، إذن ان اعتماد الإحالة أو عدمها، يكون بحسب كل حالة على حد، وليس هناك قاعدة عامة يمكن وضعها.

المبحث الثالث

مدى تأثير نوع الاحالة في تطوير قواعد الاسناد

لا تظهر الإحالة في ظل تشابه قواعد الإسناد بين الدول، وهذا يعني انه إذا كانت قواعد الإسناد في دولة قاض النزاع تقر نفس الحكم الذي تقرره قواعد إسناد القانون المسند له الاختصاص فستكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص، وهو يعني اتفاق القانونين على القانون الواجب التطبيق ولقيام الإحالة لابد من توافر شروط معينة، حيث يجب ان يكون هناك اختلاف في حكم قواعد الإسناد في دولة قاض النزاع عن الحكم الذي تقرره قواعد الإسناد في القانون المسند له الاختصاص، وان يتم اعتماد حكم قواعد الإسناد في القانون المسند له الاختصاص قبل تطبيق قواعده الموضوعية، ويجب ايضا تخلي قواعد الاسناد في القانون المسند له لحساب دولة قانون قاض النزاع، ومتى توافرت هذه الشروط تتحقق الاحالة في احدى صورتيها، فهي اما ان تكون احالة بسيطة او احالة مركبة، وعلى اساس ذلك سنبحث كل نوع منها في مطلب مع بيان مدى ما تحققه من التناسق بين القوانين.

المطلب الاول

الإحالة البسيطة

الإحالة البسيطة او الإحالة من الدرجة الأولى وهي عبارة عن حالة تخلي قاعدة التنازع في قانون الدولة الاجنبية والتي انعقد لها الاختصاص لمصلحة قانون القاضي المختص بنظر النزاع ويطلق عليها ايضا تسمية الرجوع، لان الاختصاص فيها يرجع من القانون المسند اليه الى القانون الساند وهو قانون القاضي، ويصطلح على هذا النوع من الاحالة بالدائرية لان الاختصاص فيها يدور بين القانونين اعلاه[1397].

وهذا يعني وجود فائدة عملية قاطعة تتحقق بقبول القانون المسند رفض القانون المسند إليه وتطبيق قانون قاضي النزاع، وهي تؤكد بنفس الوقت على مبدأ نسبية الإسناد، فليس من ضابط إسناد في أمر معين ضابطا مطلقا، وإنما بالإمكان الاعتماد على ضوابط إسناد أخرى منصوص عليها في القانون الأجنبي المسند إليه الاختصاص على خلاف ما تقضي به قواعد التنازع الوطنية، وهي تكرس في الوقت نفسه مبدأ التعايش في الأنظمة في اطار قاعدة النزاع الوطنية وقاعدة النزاع الأجنبية [1398].

وقد أثيرت الإحالة من الدرجة الأولى في قضية ما يعرف (بفوركو البافاري الجنسية) الذي توفى في فرنسا تاركا ثروة فيها وكان متوطنا فعليا دون أن يكون له موطنا قانونيا إذ بقي الأخير في بافاريا، ولما أثير النزاع أمام القاضي الفرنسي لتحديد القانون الواجب التطبيق فان قاعدة التنازع الفرنسية أشارت للقانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفى القانوني، إلا أن قواعد التنازع

[1397]– د. عبد الرسول عبد الرضا – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص 244

[1398]– ينظر– د.سامي بديع منصور ود .اسامة العجوز مصدر سابق .ص117

البافاريه أشارت إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن الفعلي للمتوفى ولما عرض أمر مطالبة إدارة الدومين العام الفرنسي بذلك أيدت احالة قاعدة الإسناد البافاريه الى احكام القانون الفرنسي بشان الميراث. [1399]

ومن المعروف ان التشريعات لم تكون مواقفها موحدة من الاحالة فنلاحظ من ناحية التشريعات العربية ومن بينها التشريع العراقي لم يأخذ في الأصل بها، وهذا ما نصت عليه المادة (1/31) منه حيث نصت على انه:

(إذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) [(1400)]، الا إن المشرع العراقي قد اخذ بها بصورة استثنائية في المادة (2/48) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل التي نصت على ان (.....ثانيا: يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته. فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق.) وكذلك قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931 في المادة (1) التي نصت (على المحاكم العراقية عندما تنظر في دعاوى المواد الشخصية المتعلقة بالأجانب والتي جرت بتطبيق قانون البلد الاجنبي فيها ان تطبق ذلك القانون وفق احكام قانون الدولة الخاصة باعتبارها القانون الشخصي. والقانون الشخصي هو قانون الدولة التي يكون ذلك الشخص من رعاياها او قانون دولة اخرى عندما ينص القانون المذكور على تطبيقه).

ان موقف المشرع العراقي في عدم أخذه بالإحالة يسجل عليه اكثر من مأخذ، اذ أن الإحالة وخاصة البسيطة تلعب دورا مهما في تحقيق الوظيفة العامة لقواعد الإسناد، فإسناد القضية المتنازع فيها لقانون المختص بحسب قواعد اسناد دولة قاض النزاع ثم عودته لقانون القاضي، قبول الاخير يعني تحقيق التناسق بين القانونين، وستكون هناك مساحة في تطبيق لكل من القانونين يحيط بها علما اطراف النزاع وهو ما يحقق امنهم القانوني، كما ان الأخذ بالإحالة البسيطة يعزز من فرصة تطبيق القانون الوطني قانون قاضي النزاع اي يمنحه امتداد في التطبيق بشكل اوسع، وهذا ما يسعى اليه المشرع في جعل مساحة تطبيق قانونه هي الأكبر، وبذلك يكون قد تحققت حالة التناسق والتعايش بين القوانين مرة اخرى، ومن جانب اخر فان عدم الأخذ بالإحالة يؤدي الى إهدار حقوق ومصالح الأطراف وبالتالي لا يعزز الأمن القانوني للأطراف، فمثلا لو إن بريطانيان قد تزوجا في العراق فان القاضي العراقي سوف يسند الاختصاص الى القانون البريطاني بوصفه قانون جنسية الزوجين المشترك، فيعمل على إبرام عقد الزواج وفق القانون البريطاني، وهو توجه صحيح ولكن عند الرجوع الى القانون البريطاني نجد انه يحيل الاختصاص الى القانون العراقي بوصفه موطن الزوجين، فعدم اخذ القانون العراقي بالإحالة يؤدي الى إهدار حقوق الطرفين، وهو هنا قد حقق العدالة الشكلية دون تحقيق العدالة المادية لهما والتي تتحقق في الأخذ بالإحالة لان الوثائق التي ستصدره المحكمة العراقية وما يتعلق بها من احكام سيتعثر نفاذها اذا ما اريد الاحتجاج بها على الاراضي البريطانية وهو ما سيمس بالتأكيد مصلحة الاطراف لان فحصها من قبل القانون البريطاني سيكون وفقا لقانون مختص وهو حسب الفرض القانون العراقي في حين ان الوثائق والاحكام كانت قد استصدرت وفقا للقانون البريطاني.

والاسباب التي تقف وراء اعتماد الاحالة البسيطة هي تمكين القاضي من زيادة فرصة تطبيق قانونه، وان الأخذ بها يؤدي إلى تعزيز الوظيفة العامة لقواعد الإسناد.

[1399] – د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص163

[1400]– يقابلها المادة 27 من القانون المدني المصري

المطلب الثاني

الاحالة المركبة

ان الاحالة في هذا الفرض تعني تخلي قواعد الاسناد في القانون الاجنبي عن الاختصاص لحساب قانون اخر، وتسمى كذلك بالإحالة من الدرجة الثانية او المتعددة [1401]، وبمعنى اخر هي عبارة عن صورة تتخلى بها قاعدة التنازع الاجنبية عن اختصاصها المسند لها بموجب القانون وهي الاحالة التي يتخلى بها القانون المسند اليه الاختصاص لحساب قانون اجنبي، وهذا الوضع تتشابه فيه مع الاحالة من الدرجة الاولى او البسيطة، الا انها تختلف عنها لان قواعد التنازع الاجنبية في هذه الصورة تعقد الاختصاص الى قانون دولة ثالثة وليس قانون القاضي المعروض امامه النزاع كما في الاحالة البسيطة [1402].

وهذا يعني ان تكون هناك اسنادات متكررة او سلسلة من الاحالات، وان التوصل الى نتيجة معينة وهي الاستقرار التشريعي في محيط قانون ما من القوانين المتنقل بينها الاختصاص، اي ينتهي المطاف والوصول للحل الانسب بما ينسجم مع مبادئ وظيفة الاحالة من ملائمة وتناسق بين القوانين من خلال تطبيق القانون الانسب للموضوع الذي تستقر على انتقائه الاحالة، وبذلك يكون الحل مقبولا كما هو الحال بالإحالة البسيطة مع الاخذ بنظر الاعتبار ان التطبيق الذي توصل اليه الاحالة البسيطة يكون مرغوبا من قبل القاضي الوطني لأنه سيطبق في النهاية قانونه الوطني وما يترتب عليه من تطابق بين الاختصاصين القضائي والتشريعي إضافة الى انسجام الحل مع توقعات الافراد وحماية اموالهم في دولة القاضي ويتجنب بذلك تطبيق القانون الاجنبي وما يرافقه من عدم علم القاضي الوطني به الا ان منهج الاحالة المركبة (الاحالة من الدرجة الثانية) لا يمنع من الاخذ بها طالما يساعد على تحقيق التعايش والتناسق بين النظم القانونية ولا نغالي ان قلنا ان فرص التعايش بين الانظمة يجد صدا اوسع احيانا في هذا النوع من الاحالة كونها تعمل على التجوال بين القوانين والنظم القانونية وتبين اكثر القوانين اتصالا بها يشهد تنازل متتابع لحساب قانون واحد فسيكون هناك حلقة عريضة وواسعة من القوانين المنسجمة في حالة الرفض او القبول للإحالة طالما سيستقر بها المطاف لحساب احدها، وقد لاحظنا فيما تقدم من اوراق بحثنا بخصوص شكل عقد زواج سوريين يهوديين وقد تم استيفائه وفق القانون السوري وليس قانون محل الابرام الايطالي وبالإحالة منه بموجب قواعد الاسناد الفرنسية المثار امامها النزاع وهو حل يتناسب قطعا مع توقعات الافراد وينشا اطمئنان نفسي لهم واستقرار موضوعي لعلاقاتهم. ولكن بالمقابل فرص الحل المناسب السابق الحديث عنه لا يتحقق في الحالة التي لا يقبل بها قانون الدولة الثالثة المحال اليها الاختصاص ويقوم هذا القانون بإعادة الاحالة من جديد ولمرة ثانية لقانون دولة سبق وان تم استشارته عندها سنكون امام فرض الحلقة المفرغة للاختصاص بين الرفض المتتابع دون ان يقابله قبول.

وللتوضيح يساق المثال الاتي فلو اريد تحديد اهلية مواطن انكليزي مقيم في بلجيكا واثير هذا النزاع امام القاضي الفرنسي وكانت قاعدة الاسناد الفرنسية قد حددت الاختصاص للقانون الانكليزي باعتباره القانون الشخصي الا ان الاخير احال بدوره للقانون البلجيكي وهو قانون الاقامة ولكن القانون الاخير احالة الاختصاص بدوره الى قانون سبق وان تم استشارته وهو القانون الانكليزي باعتباره القانون الشخصي، عنده سنفقد وظيفة قواعد الاسناد ان سايرنا هذا التجوال بدون هدف والمتمثلة بتحقيق التناسق بين الانظمة، وعنده يكون لابد من اناطة الاختصاص للقواعد الوطنية في دولة قاضي النزاع (الاحالة البسيطة) [1403]

[1401]– د. عبد الرسول عبد الرضا ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص144

[1402]– المصدر السابق نفسه ، ص 71

[1403] –د. سامي بديع ود. اسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، ص116 .

الخاتمة

نخلص من خلال ما تقدم لجملة من النتائج نطرح وفقها عدد من التوصيات:

النتائج:

1. ان لا يتم رفض او قبول الاحالة مقدما وانما تتم دراسة كل حالة على حدة من الحالات التي تثير مسالة الاحالة من اجل القبول او الرفض ذلك وفقا لما تحققه وظيفة قواعد الاسناد.
2. يمكن ان تشكل الاحالة جيل من قواعد الاسناد او انها تعمل على تطوير أداء قواعد الاسناد القائمة، ومن ثم سيقلل ذلك من فرص التنازع بين القوانين،وهذا بدوره يقلل من النزاع، لان هذه الموقف يمكن ان يحول قواعد الاسناد الى قواعد موضوعية.
3. تحقيق التعايش بين قواعد النزاع الوطنية وقاعدة النزاع الاجنبية.
4. تعطي للقاضي سلطة اوسع في تطبيق قانونه الوطني، وان لا يتقيد بموجب قواعده الوطنية فقط.
5. تحقق الاحالة المركبة التناسق بين قوانين عدة دول بخلاف الاحالة البسيطة التي يقتصر دورها بين قوانين دولتين.
6. تساعد الاحالة على تهيئة فرص لأبرام المعاهدات الدولية وبالتالي تتحول القواعد المتفق عليها الى قواعد موضوعية.
7. ان عدم اعتماد موقف مسبق من الاحالة سيحقق مرونة للقاضي من اعتماد سلبي او ايجابي في اطار العلاقات الالكترونية ذات النشئة الافتراضية، وعليه قبول الاحالة او رفضها يعتمد على طبيعة هذا الوسط.

التوصيات:

1- على المشرع العراقي والعربي التخلي عن الموقف السلبي من الرفض او القبول للأحالة ومنح القاضي سلطة تقديرية حسب طبيعة النزاع وظروفه.

2- ان يتم صياغة قواعد نصوص الاحالة بطريقة مرنة استجابة للمستجدات والتطورات التي تحصل لتكوين العلاقات القانونية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة (الانترنيت).

المصادر

اولا :الكتب القانونية

1- د. احمد عبد الكريم سلامة – التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة – القاهرة- بدون سنة طبع

2- د. اميد صباح عثمان – القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير العقدية – دار الكتب – مصر – 2011

3- د. حفيظة السيد الحداد –نظرية الاحالة في القانون الدولي – مجموعة رسائل قانونية، ،الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية ، 1989.

4- د. غالب علي الداودي – تنازع القوانين – ط2 – دار الثقافة للنشر والتوزيع – الاردن – 2013 .

5- د. سامي بديع ود. اسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، بلا سنة طبع .

6- د. عبد الرسول عبد الرضا – الجنسية والعلاقات الدولية – ط2 – زين الحقوقية – 2011 .

7- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مكتبة السنهوري – بغداد -2013

8- د. غالب علي الداودي – تنازع القوانين – ط2 – دار الثقافة للنشر والتوزيع – الاردن – 2013 .

9- د. هشام علي صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة-منشاة المعارف – الاسكندرية-ط2-1972

10-د. محمد خيري كصير- حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة-منشورات الحلبي – بيروت،2011.

ثانيا :القوانين

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948