مؤثرات تعيين القانون الحاكم للمسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي الدولي
دراسة في إطار منهج الواقعية التشريعية

The effects of determining the law governing liability arising from international environmental pollution: A study within the framework of the legislative realism approach

أ.م. د صالح مهدي كحيط

معهد العلمين للدراسات العليا

drsalih2084@gmail.com

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/١/١٤

تاريخ قبول النشر ٢٠٢٤/٥/١٢

الملخص

أدى تطور المجال الصناعي في العالم الى كثرة الملوثات الناتجة عن الاستخدام غير المشروع للمواد الكيمياوية والعضوية، كما أن حركة التجارة العالمية أثرت بدورها على نقاء البيئة وخاصة البحرية منها نظراً للحركة الواسعة للنقل البحري، وينتج عن هذه الملوثات أن تلحق اضراراً بالأفراد مستوجبة للتعويض، واذا كان اطراف المسؤولية (المسؤول والمضرور) ينتميان الى دولة واحدة ووقع الضرر على اقليم دولتهم فلا مشكلة تثار حول القانون الواجب التطبيق، اذ ان القانون المختص هو قانون دولتهم ولا اشكال في ذلك، ولكن لما أن العالم لم يعد كما كان سابقاً فتحول من الركود الى الحركة، ومن مجتمع زراعي الى صناعي تكنولوجي، واصبح العالم كقرية صغيرة؛ فأن ذلك تسبب بكثرة التنقل بين الدول، وهذا يعني ان الضرر البيئي من الممكن ان يصيب افراداً تابعين الى دول اجنبية، ومن ثم تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه الضرر، وفي الحقيقة أن الحلول التي اخذت بيها التشريعات الداخلية للدول والمنظمات الدولية، وكذلك الفقه والقضاء متعددة، تخضع الى مؤثرات يمكن أن يُصاغ على أساسها ضابط الاسناد، وأصبحت تلك المؤثرات أسسا في تعيين المعايير المتبعة في تعيين البيئة التشريعية الحاكمة لمثل هذا النوع من المنازعات، اهمها معيار مكان وقوع الضرر ومعيار وقوع الخطأ ومعيار الإرادة، ومعيار التركيز الاجتماعي، ومعيار القانون الاصلح للمضرور ومعيار القواعد ذات التطبيق الضروري، وفي الحقيقة ان كل معيار من هذه المعايير يصلح كحل للنزاع الناشئ عن التلوث البيئي ولكن الدول ومنها العراق ومصر لم تأخذ بكل هذه الحلول فهي اقتصرت على معيار واحد وهو معيار الواقعة المنشئة للالتزام، ولكن هذا لا يعني ان القوانين لم تعط المجال لتطبيق معيار اخر، وانما قد تكون هنالك معايير تفرض نفسها على المشرع، ولا يقدر الا ان يسلم بها كما لو كان الضرر ماساً بالأمن المدني أو النظام العام، فسوف يطبق معيار القواعد ذات التطبيق الضروري، واذا لم يلتجأ الاطراف الى المحاكم الداخلية، وانما لجأوا الى هيئات التحكيم، هنا سنرى معيار الارادة هو من يفرض نفسه، كل ما تقدم سيكون محط رحال هذا البحث في مبحثين نتناول في الأول منهما المؤثرات العامة ونخصص الثاني الى المؤثرات الخاصة.

الكلمات المفتاحية: القانون، التلوث البيئي، المسؤولية، القانون الدولي الخاص.

Abstract

The industrial development of the world has led to an increase in pollution as a result of the illegitimate use of chemical and organic materials. Additionally, the flow of the world trade has impacted the quality of environment; in particular, the marine flow due to the large scale of marine transport activities. This pollution may cause damage to individuals who would require to be compensated and if the parties to the event (Person responsible (who committed a tortious act) and person injured (who sustained damage)) are citizens of one state and the damage occurred in the territory of their own state, then there is no issue to be raised on the applicable law as this would be the law of their own state.

However, and since the world is not as it used to be where it moved from a slow motion to a fast motion, and from agricultural societies to industrial and technological societies, where the world has become a small village, this caused the increase in movement between states and consequently, the damage from pollution may impact citizens of foreign state. This will lead to the issue of the applicable law on the event causing the damage, and in fact there are several solutions implemented by statutes adopted by states and international organizations as well as jurisprudence and courts and they are subject to factors that will lead to the attribution rules applied. These factors have become a basis in identifying the criteria used to identify the governing legislation of such conflict, the most important of which, are the criteria of the place where the damage was sustained and the criteria of the place where the wrongful act had occurred (loci delicti) , and the criteria of the will of the parties, and the criteria of social concertation, and the criteria of the fittest law to the injured party and the criteria of the rules of necessity. In fact, each one of these criteria could be a solution to the conflict resulting from a pollution event, but some states including Iraq and Egypt did not apply any of these solutions and were limited to one criteria and that is the criteria of the event creating the obligation. However, this does not mean that the laws did not give room for the application of another criteria, but there may be other criteria that impose themselves on the legislator, and the legislator cannot help but acknowledge them; as the case may be where the damage is impacting civil security or public order, and then the criteria would be applied are the criteria of necessary application and it is also the case if the parties do not resort to internal courts, but instead they resort to arbitration bodies. Here we will see that the criteria of the will of the parties manifest itself as a solution.

All of the above will be the focus of this research where we divide it into two sections, the first of which will discuss general factors and the second section will discuss the special factors.

Keywords: law, environmental pollution, liability, private international law

المقدمة

أولا: جوهر البحث:

لا يُخفى على أحدٍ ما يعيشه العالم اليوم، من ثورة صناعية وحركة تجارية، وتنقل بين البلدان وعبر المحيطات، تفوق ما سبقتها بكثير، ولكل فعل اثار سواء أكانت إيجابية أم سلبية، فلا يوجد فعل حركي في هذا العالم والا ويترتب عليه لوازم واقعية، والقانون كما يعلم ذوي الاختصاص، ينظم تلك الاثار السلبية لفعل الانسان، ويهتم القانون الدولي الخاص بتلك الاثار المحركة للنظم التشريعية المنتمية لأكثر من دولة، بحسب تأثرها بالعلاقة القانونية محل الخصومة، ومن الموضوعات التي لم يلتفت اليها غالب التشريعات على نحو الأولوية، أن الدول والأشخاص قد يتوهمون بأن من حقهم التصرف بالفضاء والبيئة كيفما يحلو لهم، بلحاظ أن تصرفهم وأفعالهم محكومة بالنظام القانوني الذي يقوم به الفعل، وفاتهم أن هذا الأفعال الصناعية والكيمياوية قد تترك آثارا سلبية على البيئة المنتمية الى سيادة دولة أخرى، وهذا ما يتيح للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، ما يحرك أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، وتعيين النظام القانوني لحكم هذا النوع من المنازعات قد يخضع الى جملة من المؤثرات بعضها يرتبط بإرادة الخصوم، والأخر يتعلق بالضابط المحلي لمكان وقوع الفعل، وغير ذلك بالمستوى الذي كان مدعاة الى الوقوف لضرورة فحص قدرة القواعد العامة والاحكام التي نظمتها التشريعات المحلية لمواجهة هذا النوع من الملوثات البيئية.

ثانياً: أهمية البحث: تتمثل اهمية الدراسة في جانبين مهمين وفق التفصيل الآتي:

١. **الجانب النظري:** تتمثل الأهمية النظرية لموضوع هذا البحث في أن أكثر الدراسات حول مسائل التلوث البيئي جاءت قاصرة على مسائل معينة، وعلى الرغم من جودتها الا انها لم تحط بهذه المسألة بشكل كامل، وهذا ما نعمد الوقوف عنده لتعيين تلك المؤثرات الواقعية في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل التلوث البيئي من كافة الجوانب المتصورة، لنتمكن من أن نضع دراسة جامعة وشاملة لهذا الموضوع عسى أن تكون مرجعاً مفيداً يهتدي به الباحثين في المستقبل.

٢. **الجانب العملي:** تأتي أهمية الدراسة من أهمية البيئة وضرورة المحافظة عليها لتنعم البشرية بحياة آمنة، اذ أن الملوثات البيئية غير محدودة وحوادث التلوث البيئي أصبحت منتشرة بكثرة سواء على النطاق الداخلي أو الخارجي، فالتلوث البيئي أصبحنا نعيشه في كل مكان بفعل التطور الذي شهده العالم، وكثرة المصانع والاستخدام غير الرشيد للملوثات في الصناعات، مما يؤدي هذا الامر الى تلوث البيئة بطريقة ما، وبالتالي تضرر الاشخاص بشخوصهم أو بمصالحهم من ذلك، ما يجعل المؤسسات الحكومية والهيئات والمنظمات الدولية المعنية بالسلامة البيئية على بينة في الاحكام الخاصة بهذا النوع من المعالجات التشريعية.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

على الرغم من ان التلوث البيئي اذا اقترن بعنصر اجنبي صار واحد من موضوعات القانون الدولي الخاص، ومن ثم تنطبق عليه الحلول الواردة في القوانين الداخلة، أو الاتفاقيات الدولية بشكل

عام، الا أن مع ذلك يأخذ التلوث البيئي خصوصيته التي تميزه عن باقي الموضوعات، ودول العالم تعامل التلوث البيئي على وفق القواعد الامرة وقواعد الامن المدني التي لا يجوز مخالفتها بحال من الأحوال، اي جعلت هذا النوع من المنازعات من مسائل النظام العام، وتبعا لذلك سيكون محكوم بموجب القواعد ذات التطبيق المباشر، وهنا سيضعف تدخل ودور قواعد الاسناد، ولكن بالمقابل لا يمكن نكران ان الاثر المترتب على التلوث هو التعويض لمعالجة اختلال التوزان في اطراف العلاقة التي تكونت بفعل التلوث، لذا فأن المشكلة الاساسية للبحث تتمثل في الوقوف على دور القواعد ذات التطبيق الضروري في مسائل التلوث البيئي ودور قواعد الاسناد كذلك وكيف يتم الموازنة بين الاثنين بطريقة توفر الحل الملائم لأطراف النزاع ولا تمس سيادة الدول التي حصل فيها التلوث، اضافة الى الوقوف على التكاملية في العمل بين القواعد من النوعين اعلاه ومساحة تطبيق كل منهما الى الاخر، في ضوء رصد أهم المؤثرات التي يمكن للمحكمة اعتمادها في ترجيح هذا المعيار دون غيره، رائدها في ذلك الأهداف الكلية المقصود تحقيقها للقانون الدولي الخاص.

رابعا: منهجية البحث:

نظراً لأن موضوعات القانون الدولي الخاص ولا سيما التلوث البيئي ليست قاصرة على دولة واحدة، وانما يكون فيها أكثر من قانون، يمكن أن يحكم النزاع؛ لذا فأن ذلك يقتضي منا أن ننتهج منهج الدراسة المقارنة في دراستنا، وستشمل المقارنة كل من القانون المصري ولائحة روما الثانية حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لسنة ٢٠٠٧، اضافة الى القانون العراقي الذي هو محور مضامين هذا البحث، كما أن المقارنة لا تقف عند حد التشريع وانما ستشمل كذلك المواقف الفقهية والقضائية في هذا الشأن.

خامسا: هيكلية الدراسة:

سيتم معالجة موضوع هذا البحث في مبحثين: نتناول في الاول المؤثرات العامة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق، وفي الثاني المؤثرات الخاصة، مستعينين في ذلك ببعض التقسيمات الفرعية التي تصدرت عناوين المطالب والفروع وفق بيان تفصيلي ورد في متن البحث.

المبحث الاول

المؤثرات العامة الحاكمة لقانون المسؤولية عن التلوث البيئي

قد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الضرر البيئي العابر للحدود بموجب مؤثرات عامة في التنازع، وهو ما درجت عليه اغلب التشريعات الداخلية للدول، بوصفها حلولاً منطقية تتماشى مع مسائل القانون الدولي الخاص، وتحقق نوعاً من الاستقرار والسهولة في تحديد القانون الواجب التطبيق، من وجهة نظرهم، كما انها تحقق مصلحة أطراف العلاقة في التقاضي والوصول الى حقوقهم، وتحقق مصلحة الدول الاطراف وخاصة الدولة المرفوع امامها النزاع، ومن أبرز تلك المؤثرات هي خضوع الفعل الضار الى قانون محل حدوثه، وتطبيق القواعد الآمرة على الفعل إذا كان متعلقاً بالنظام العام (القواعد ذات التطبيق الضروري)، وفيما يتعلق بالضرر البيئي العابر للحدود، نكون امام فرضيتين في تحديد القانون المختص، الاولى هي تطبيق قانون مركز فعل التلوث، والثانية هي

تحديد القانون المختص على ضوء مساس هذا التلوث بالأمن الوطني، ومدى تحقيق القانون المختص الحماية الكافية للأمن الوطني من آثار هذا النوع من التلوث. وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: نتناول في الاول الفعل الضار مركز التلوث البيئي، وفي المطلب الثاني حماية الامن المدني من آثار التلوث البيئي.

المطلب الاول

ضابط الفعل الضار مركز التلوث البيئي

التلوث البيئي العابر للحدود يرتبط بأكثر من دولة واحدة، وهما دولة مصدر التلوث والدولة التي وقع فيها الضرر، وهذه الاخيرة قد تكون أكثر من دولة واحدة إذا امتد الضرر على مستوى واسع. وفي هذه الحالة تظهر لدينا اشكالية تحديد القانون المختص في النزاع، فهل هو قانون حدوث الفعل الضار؟ ام قانون ارادة الاطراف؟ ام قانون الوسط الاجتماعي؟ وهذا ما يقتضي التوقف عند هذه الفرضيات، ما يقتضي منًا تجربة القوانين المذكورة على الواقعة محل النزاع ليتسنى لنا معرفة القانون المختص في قضايا الضرر البيئي العابر للحدود.

الفرع الاول

خضوع الفعل الضار لقانون محل حدوثه

بادئ ذي بدء يجب علينا اولا تحديد نوع المسؤولية المترتبة على الضرر البيئي العابر للحدود. فهل أن المسؤولية المترتبة على هذا الضرر هي مسؤولية تقصيرية ام غير تقصيرية؟ ثم بعد ذلك يجب تحديد القانون الواجب التطبيق، فهل ان قانون حدوث الفعل الضار هو القانون المختص في حل النزاع القائم؟ بالنسبة لنوع المسؤولية المترتبة على الضرر البيئي العابر للحدود هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية [1]. اما القانون الذي ينطبق عليها بوصفها مسؤولية تقصيرية فهو قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة المنشئة للالتزام بحسب نص (١/٢٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت بأنه (١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام). وبذات الحكم قضت المادة (١/٢١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

ويذهب معظم الفقه الى ان قانون الواقعة المنشئة للالتزام هو قانون ارتكاب الفعل الضار وهو قانون حصول الخطأ لا الضرر، لان قانون حصول الخطأ هو الذي خرقت نصوصه المتعلقة بالأمن الوطني[2].

في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه[3]، الى القول ان القانون المختص هو قانون وقوع الضرر لا الخطأ، على اعتبار ان غاية قواعد المسؤولية المدنية هي جبر الضرر، ومن ثم فأن هذا الضرر يجب أن يتم تقديره حسب قانون المكان الذي وقع فيه، وهذا المكان هو الذي أختل فيه التوازن بين المصالح المتعارضة. وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي حول قضية امرأة وضعت طفلها في فرنسا نتيجة اغتصابها في البرتغال، وعندما رُفعت الدعوى أمام القضاء الفرنسي، اعتبرت المحكمة أن مكان وقوع الضرر الرئيسي هو فرنسا. وفي حالة ارسال برقية سب وشتم من دولة الى دولة اخرى فأن مكان وقوع الضرر هو البلد الذي تم استلام البرقية فيه، ومن ثم فأن قانون هذا البلد هو القانون المختص، وفي قضية اخرى عام ١٩٦٩ رفعت امام احدى المحاكم الفرنسية، أخذت المحكمة بقانون وقوع الضرر، وتدور احداث القضية في أن

احدى المجلات الالمانية قد نشرت صورة فوتوغرافية لفنان فرنسي دون اخذ موافقته، وعندما أقام هذا الفنان دعوى قضائية، مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، قد قررت المحكمة الفرنسية أسناد الاختصاص التشريعي الى القانون الفرنسي على اعتبار هو مكان حصول الضرر.

وقد أخذت لائحة روما الثانية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لسنة ٢٠٠٧، بقانون محل وقوع الضرر، وذلك حينما نصت الفقرة الاولى من المادة (٤) بقولها (القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي حدث فيها الضرر، بغض النظر عن الدولة التي وقع فيها الفعل الذي ادى الى حدوث الضرر او الدول التي حدث فيها النتائج غير المباشرة لهذه الواقعة). كما نصت المادة (٧) من هذه اللائحة على خضوع الضرر الناتج عن التلوث البيئي الى قانون مكان وقوع الضرر ايضاً. وكذلك فأن المادة (٩) من اللائحة قد اخضعت الاضرار النووية الى قانون محل وقوع الفعل الضار ايضاً [٤].

وإذا أردنا اخضاع الفعل الضار الناتج عن التلوث البيئي الى القاعدة السابقة، فأن الاحكام نفسها تنطبق عليه، على اعتبار انه اخلال بالتزام غير تعاقدي، يخضع الى محل حصول الواقعة المنشئة له شأنه شأن باقي الالتزامات غير التعاقدية. ولكن نتساءل هنا عن مدى ملائمة قواعد القانون المحلي لحكم الضرر البيئي العابر للحدود؟

ونؤيد ما ذهب اليه البعض بأن تطبيق القانون المحلي، سواء كان قانون نشوء الخطأ او وقوع الضرر، على الضرر البيئي العابر للحدود، لا يتلاءم مع أهمية هذا الموضوع، ولا يحقق الحل الامثل لفض النزاع. فالشركات التي تمارس النشاطات الصناعية التي تؤدي الى التلوث البيئي اصبحت اليوم كشبكة العنكبوت منتشرة في جميع دول العالم، وتمارس اعمالها في دولة لا تحمل جنسيتها. ويقابل ذلك توجه الافراد الى كثرة الهجرة والسفر للأغراض السياحية او التجارية او العلاجية او العلمية من بلدانهم الى بلدان اخرى. مما قد يؤدي الى اصابة هؤلاء الأفراد بأضرار بيئية وهم يتوطنون في بلدان غير بلدانهم، ويكون الضرر قادماً من دولة لا يحمل المسؤول عن الضرر جنسيتها. فإذا أخذنا في مثل هذه الاحول بالقانون المحلي لفض النزاع يكون القانون المختص لا علاقة له بالقضية سوى الارتباط الاقليمي. فعلى سبيل المثال لو أصيبت عائلة عراقية تعيش في الأردن بتلوث بيئي ناتج من شركة صينية تعمل في السعودية. فإذا طبقنا القانون المحلي سوف يكون الاختصاص للقانون الاردني او السعودي، في حين أن لا المضرور ولا المسؤول سعودياً أو أردنياً، لذا من الأفضل البحث عن قانون يكون أكثر ملائمة لحكم هكذا قضايا، وتجدر الاشارة الى ان التلوث إذا كان ناتجاً عن اعمال الدولة فهو قد يؤدي الى قيام مسؤوليتها الدولية [٥].

الفرع الثاني

خضوع الفعل الضار لقانون الارادة

يذهب جانب من الفقه التقليدي الى القول بخضوع الفعل الضار الى قانون ارادة المضرور، فهو الذي يختار اي قانون يطبق سواء قانون حصول الخطأ او قانون حصول الضرر [٦]. ويفسر البعض قانون الارادة بقيام القاضي بتطبيق

قانونه المحلى على اساس أنه القانون الذي يعبر عن أرادة الخصوم ورغبتهم بتطبيق قانون الدولة التي رفعت القضية امام محاكمها [٧]، ولكن معظم الفقهاء يرفض هذه الفكرة ويقر بخضوع الفعل الضار لقانون نشوئه، وهذا القول يتوافق مع نص المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي، والتي لم تعطي الخيار للمضرور في اختيار القانون الواجب التطبيق بل جاء النص يقضي بتطبيق قانون حصول الواقعة المنشئة للالتزام بشكل قاطع.

ومن خلال تحليل ما ذهب اليه فقه القانون الدولي الخاص في تبرير موقف التشريعات المحلية التي ذهبت لهذا الاتجاه، نجد أن المبررات تتمثل في عدم خضوع الفعل الضار الى قانون الارادة وخضوعه الى القانون المحلي الى اعتبارات عديدة، قال بها بعض الفقهاء، فالفعل الضار عبارة عن واقعة قانونية لا دخل لأراده الافراد في نشوئها، على العكس من المسائل التي يلعب فيها الاطراف دوراً بارزاً في تحديد ضابط الاسناد، او تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم فأن هذه الواقعة يجب ان تخضع الى مركز ثقلها، بحيث يكون مكان حصولها هو المعتبر في توطين او تركيز المسؤولية، ويكون قانون هذا المكان هو الانسب للتطبيق عليها. كما ان الاصل في تطبيق القوانين هو الاقليمية، فالقانون يسري على جميع اقليم الدولة وما يحدث فيه، ومن ثم فان خضوع الفعل الضار الى القانون المحلي هو تطبيق لهذا المبدأ. بالإضافة الى ان تطبيق القانون المحلي يتناسق مع توقعات أطراف المسؤولية، فمن يعيش على اقليم دولة معينة يتوقع تطبيق قوانينها عليه فيما يقوم به من تصرفات واعمال، وبذلك فأن تطبيق القانون المحلي يؤدي الى تحقيق التوازن واليقين القانوني [٨].

ولكن هنالك اتجاه في الفقه الحديث يذهب الى اعطاء الخيار للمضرور في اختيار القانون الاصلح له، إذا كان هذا القانون يكفل له تعويضاً عادلاً وسريعاً. وبالنظر الى اختلاف الظروف والمستويات البيئية بين الدول فأن مبدأ اختيار القانون الاصلح للمضرور يحقق نوعاً من العدالة له، فاذا ارتكب الضرر في دولة لا تأخذ بمستوى مرتفع من الاجراءات في حماية البيئة بحيث تكون بيئتها ملوثة، وقوانينها لا تولي اهتماما بهذا الموضوع، فان خضوع الضرر البيئي الى هذا القانون لا يؤدي الى انصاف المضرور، لذلك من الافضل تحديد القانون الذي يراعي ويوازن بين مصالح الخصوم، فمصلحة المضرور تستوجب الحصول على التعويض العادل، ومصلحة مرتكب الفعل تقتضي الا يكون مسؤولا عن فعل صدر منه في دولة يعتبره قانونها فعلا مشروعاً. ويتحقق هذا التوازن بإعطاء المضرور الحرية في اختيار قانون نشوء الخطأ او قانون وقوع الضرر، ومن الجدير بالذكر ان فكرة القانون الاصلح للمضرور اقرتها اتفاقية حماية البيئة في أستوكهولم المبرمة سنة ١٩٧٤ بين الدول الاسكندنافية [٩].

كما اخذ بقانون الارادة مشروع الاتفاقية الاوروبية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية في لكسمبورغ عام ١٩٩٨ في المادة (٨) منها بقولها (يستطيع الاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي وذلك باتفاق لاحق على نشأة النزاع ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً ولا يضر بحقوق الغير)[١٠].

كما أجازت لائحة روما الثانية للأطراف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وذلك في المادة (١٤) منها، ولكن هذه المادة قيدت هذا الحق للأطراف بقيدين: الاول هو ان الاتفاق يجب ان يكون بعد حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، واي اتفاق يسبق حصولها يعد باطلاً. والثاني وجوب ان يكون هذا الاتفاق صريحاً وواضحاً [١١]. ويضيف البعض قيداً آخر وهو ان يكون القانون المختار ذو صلة بالواقعة، والا فأنه لا يجوز للأطراف اختيار قانون لا تربطه صلة بالواقعة، لأن القوانين الداخلية للدول ترفض اعطاء الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، ومن ثم فأن اختيار قانوناً خارج دول الاتحاد الاوروبي المنضمة الى لائحة روما الثانية يعتبر خرقاً لنصوص الدول الاعضاء الآمرة، وبنفس الوقت خرقاً لنصوص الاتحاد الاوروبي الآمرة [١٢].

الفرع الثالث

خضوع الضرر لقانون الوسط الاجتماعي

يقصد بالتركيز الاجتماعي للمسؤولية البحث عن البيئة الاجتماعية التي تنشأ فيها المسؤولية وترتبط بها من حيث عناصرها والظروف التي تحيط بميلادها، أي الموطن المشترك للمسؤول والمضرور، أو الاقامة المشتركة او الجنسية المشتركة لطرفي العلاقة محل الخصومة [١٣].

ان مبدأ اعتماد القانون المحلي في حكم المسؤولية التقصيرية يكاد يكون هنالك اجماع على اختصاصه في الفقه والتشريع والقضاء [١٤]، ولكن هذا القانون قد لا يكون صالحا للتطبيق في جميع الاحوال، لذلك فقد برز في ساحة الفقه مذهب يدعو الى بحث القاضي عن القانون الملائم لحكم القضية المرفوعة امامه، وهذا القانون هو قانون الوسط الاجتماعي او التركيز الاجتماعي للواقعة محل النزاع. ويتم تحديد هذا القانون بانه أكثر قانون ترتبط به الوقائع والعناصر والظروف المحيطة بالمسؤولية، كما لو كان المسؤول والمضرور ينتميان الى جنسية واحدة ويجمعهما موطن واحد ولو كانت الاقامة متفرقة، فأن ضابط الجنسية والموطن في هذه الحالة يشكل صلة بالمسؤولية أكبر من صلة القانون المحلي.

وأول ما ظهرت بوادر هذا المذهب في الولايات المتحدة الامريكية عام ١٩٥١ في مقال شهير للكاتب (موريس) نشر في مجلة هارفارد القانونية بعنوان (القانون المناسب للضرر). وملخص هذه المقالة هو ان على القاضي أن يسند الواقعة غير المشروعة الى أكثر القوانين ملائمة، وهو قانون البلد الذي توجد بينه وبين الواقعة المنشئة للالتزام رابطة جدية، مع الاخذ بنظر الاعتبار جميع الظروف الخاصة بمرتكب الضرر والمضرور، وكافة الاعتبارات الموضوعية التي تحيط بالفعل، اذ لا يكفي حسب أنصار هذا التوجه التركيز الجغرافي وحده لتحديد القانون الواجب التطبيق، بل يجب الاعتماد على التركيز الاجتماعي بالدرجة الاساس [١٥].

وقد تحولت هذه الآراء الى حلول واقعية تبناها القضاء المقارن، ففي قرار للمحكمة العليا في مدينة نيويورك في ٩ مايو من عام ١٩٨٣ قضت بإخضاع المسؤولية الناشئة عن اهمال سائق سيارة من مدينة نيويورك في مواجهة شخص يقيم في نفس المدينة، الى قانون ولاية نيويورك، على الرغم من ان

الحادث وقع في مدينة أخرى، كما استبعدت بعض المحاكم الهولندية قانون التركيز الجغرافي (القانون المحلي) في الوقائع غير المشروعة، وطبقت قانون التركيز الاجتماعي، وقد كان لهذا المذهب الحديث نصيباً في القضاء الفرنسي، ففي قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٦ يونيو عام ١٩٧٨ قد اخذت بمبدأ التركيز الاجتماعي بدلاً من التركيز الجغرافي، بخصوص حادث سير وقع في الجزائر، وادى الى موت شخص فرنسي ومتوطن في فرنسا، كما ان السيارة مسجلة ومؤمن عليها في فرنسا. واستناداً لذلك قضت المحكمة بأن القانون المختص هو القانون الفرنسي على الرغم من ان الواقعة قد حدثت واكتملت عناصرها في الجزائر [١٦]

وقد اخذت بهذا المبدأ لائحة روما الثانية في المادة (٣/٤) بقولها (إذا كان واضحا من ظروف الواقعة – مسؤولية او جنحة– بأنها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة اخرى غير التي تم تحديها في الفقرة ١و ٢ فأن قانون هذه الدولة هو الذي يكون واجب التطبيق، وان هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الاخرى قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة). يرى البعض ان لائحة روما الثانية جسدت فكرة التركيز الاجتماعي خير تجسيد، وذلك باختيار انسب القوانين لحكم المسألة من حيث تطبيق قانون الدولة التي يتبين من مجموع الظروف ان الفعل الضار المرتكب ينطوي على روابط بدولة اخرى أكثر ارتباطا مما يربطها بدولة مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام، وذلك يعد خروجا على المفهوم التقليدي للقانون المحلي [١٧].

كما أخذ بهذا المبدأ مشروع اللائحة الاوربية حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية في المادة (٣) بقولها:

١. الالتزام غير التعاقدي الناشئ عن الفعل الضار يخضع لقانون البلد الذي يكون له أكثر الروابط وثوقا.

٢. ويفترض ان الالتزام يكون له أكثر الروابط وثوقا مع الدول التي يكون لكل من مرتكب الفعل الضار والشخص المضرور محل اقامتها العادية لحظة وقوع الفعل الضار.

٣. وعندما تكون الاقامة العادية لكل من مرتكب الفعل الضار والشخص المضرور في بلاد مختلفة لحظة وقوع الفعل الضار فيفترض ان يكون الالتزام أكثر وثوقا مع البلد الذي حدث فيه الفعل الضار وترتب فيه الضرر او يتم التهديد بترتيبه فيه.

٤. على انه لا محل للقرائن المنصوص عليها في الفقرتين (٢،٣) إذا تبين من مجموع الظروف ان للالتزام أكثر الروابط وثوقا ببلد اخر.

٥. ويمكن ان يؤخذ في الاعتبار عند تقرير الروابط الاكثر وثوقا بالعلاقة السابقة او القائمة بين الاطراف.

كما اخذت بهذا المبدأ الكثير من القوانين الداخلية للدول ومنها القانون الدولي الخاص الايطالي والبولندي والنمساوي والمجري والتركي [١٨].

وبالنسبة للقانون العراقي والقوانين التي أسندت الواقعة غير المشروعة الى قانون البلد الذي نشأت فيه هذه الواقعة، فيرى البعض بأنه لا مانع يحول دون الاخذ بمعيار التركيز الاجتماعي في هذه القوانين، ما دام المشرع لم يحدد الدولة التي حصلت فيها الواقعة. وإذا كان الفقه القديم قد فهم ان المشرع قصد بمكان نشوء الالتزام هو التركيز

الجغرافي، فأن التطور قد فسر النصوص بغير التفسير القديم، مما ادى الى التحول من الفكرة التقليدية الجامدة الى فكرة أكثر مرونة وملاءمة وهي فكرة القانون الاكثر صلة او قانون التركيز الاجتماعي [١٩].

وبما ان تطبيق القانون الاكثر صلة بالعلاقة بات مقبولا على الصعيد الداخلي والدولي فلا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من العمل به على أساس التفسير الحديث للمادة (١/٢٧) من القانون المدني، وعلى اعتباره من مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا بموجب المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

ضابط الأمن المدني لحماية البيئة

ان تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا التلوث البيئي العابر للحدود، يقتضي اولاً تحديد معنى الأمن الوطني. ثم الوقوف على دور هذا الأمن في خلق قواعد خاصة، بحيث تنطبق بشكل مباشر على الواقعة التي تدخل ضمنه، دون اعتبار للقانون الذي تشير اليه قواعد التنازع. وعلى سوف نقسم هذا المطلب على فرعين: نحدد في الفرع الاول معنى الامن الوطني، ونبين في الثاني دور الامن الوطني في تكوين القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الأول

معنى الامن المدني

إن مفهوم الامن المدني مفهوم واسع وغامض؛ لذا نجد ان اغلب شراح القانون يتجنب الغور في اعماقه، على الرغم من وفرة الدراسات التي تبحث في قواعد الأمن المدني. وحتى من تطرق له فأنه لم يكن جدياً في تحديد معناه بشكل واضح لا يحتمل اللبس والغموض، وانما تطرق له عرضاً عند تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري، وهذا الأمر يحسب على شراح القانون الباحثين في مسائل القانون الدولي الخاص؛ اذ لا يمكن تحديد القواعد القانونية الخاصة بالأمن المدني دون الوقوف على معناه. وسوف نتولى عرض ما قيل من آراء فقهية بشأن الأمن المدني، محاولين من كل ذلك أن نحدد المعنى الدقيق لمفهوم الأمن المدني، فهنالك من قال بأن الأمن المدني هو كل ما يتعلق بالنشاطين الاقتصادي والاجتماعي داخل الدولة، وهذا القول يرجع الى الفقه التقليدي وعلى رأسهم الفقيه الالماني (سافيني) [٢٠]. وهذا القول لم يحدد مفهوم الأمن المدني، كما أنه يجعل من فكرة الامن المدني فكرة واسعة، لا بل انه يجعلها تشمل جميع نواحي الحياة. فكل نشاطات الحياة تصطبغ بصبغة اجتماعية او اقتصادية، ويتبع ذلك أن كل عمل يقوم به الفرد يعد داخلاً في أطار الأمن المدني.

وهنالك من قال بأن الأمن المدني هو كل ما يتصل بحماية المجتمع وتنظيمه السياسي والاقتصادي والاجتماعي ومراعاة المصلحة العامة [٢١]. وهذا المفهوم يوسع من معنى الامن المدني أكثر من الاتجاه الأول، اذ انه يجعل من النظام السياسي للدولة وما يمر به ذا أثر على الأمن المدني، اختلالاً واستقراراً.

ويذهب جانب آخر من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الايطالي (مانشيني) الى تعريف فكرة الامن المدني بأنها النظام العام في الدولة [٢٢]. وهذا النظام يتعلق بالعلاقات الدولية الخاصة فقط، دون أن يشمل ما يدخل ضمن أحكام القانون العام [٢٣].

ونتيجة الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي، بالقول إن فكرة النظام العام تظهر عند تطبيق القانون الاجنبي بينما تطبق القواعد الخاصة بالأمن المدني قبل تطبيق قاعدة الاسناد، فان أنصار هذا الرأي يميزون بين نوعين من النظام العام، النظام العام الحمائي وهو الذي يُدفع به عند تطبيق القانون الاجنبي والذي يهدف الى حماية المصلحة الخاصة، والنظام العام التوجيهي او الوقائي والذي يراد منه حماية المصلحة العامة. ويسندون فكرة الأمن المدني الى جانب النظام العام التوجيهي لا الحمائي [٢٤].

ونرى أن مفهوم الأمن المدني مفهوم واسع ومرن، ضروري في كافة مجالات الحياة، فهو حاجة ضرورية لاستقرار المجتمع، ووسيلة اساسية للتعايش السلمي. ويتحقق الأمن المدني بالاستقرار الذهني لدى المواطنين، وعدم شعورهم بأي خطر يهددهم، سواء كان هذا الخطر سلمياً او صحياً او اقتصادياً او اجتماعياً او ثقافياً او فكرياً او سياسياً. وإذا غاب الأمن غاب النظام وحلّت الفوضى وانهار المجتمع. والأمن المدني بهذا المعنى لا يختلف عن مفهوم النظام العام، فكل منهما فكرة واسعة ومطاطة تتسع لأن يدخل فيها كل ما يمس كيان المجتمع، وكل ما يكون ضروريا لاستقراره. ولا نقصد بالنظام العام بصورته المطلقة داخل الدولة، لأن النظام العام كما يتضمن المبادئ والاسس الضرورية المتعلقة بإفراد المجتمع، فهو يتضمن ايضاً كل ما يمس النظام السياسي القائم وسلطاته الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية). وانما نقصد بالنظام العام ذلك الجزء منه الذي يتعلق بحياة أفراد المجتمع، كضرورة توفر التعايش السلمي، وضرورة توفر البيئة الصحية الصالحة للعيش، وضرورة توفر السلام الاجتماعي او السكينة الاجتماعية او الهدوء الاجتماعي. فهذه الضرورات كما انها تعتبر من عناصر النظام العام، فهي بذات الوقت تشكل عناصر ضرورية للأمن المدني.

من خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف الأمن المدني بالقول: الأمن المدني هو كل ما يكون ضرورياً في حياة الأفراد، بحيث يترتب على وجوده واستقراره استقرار المجتمع، وعلى تخلفه او اضطرابه اضطراب المجتمع، وتتكفل السلطة العامة في الدولة توفيره والمحافظة عليه.

الفرع الثاني

دور الأمن المدني في تكوين القواعد ذات التطبيق الضروري

كما ذكرنا فأن حماية الأمن المدني منوطة بالسلطة العامة في الدولة، حيث تتولى هذه السلطة منع الاعتداء على الأمن المدني واتخاذ الوسائل الكفيلة بالمحافظة عليه. لذا فأن المشرع في الغالب يلجأ الى سن تشريعات بهدف المحافظة على الأمن المدني، كالتشريعات الخاصة بالصرف والائتمان والنقل والبيئة والتجارة والاستثمارات [٢٥].

ومن المستقر في فقه القانون الدولي الخاص أن القانون الوطني يسري على ما وقع داخل اقليم الدولة من وقائع وتصرفات قانونية، إذا كانت هذه الوقائع والتصرفات ماسة بالأمن المدني، اي إذا كانت القواعد التي تحكمها تستهدف ان يسود النظام داخل الدولة أو تستهدف حماية المجتمع ككل [٢٦].

ويطلق على القواعد التي تحمي الأمن المدني داخل الدولة أسماء عديدة: فتسمى "القواعد ذات التطبيق الفوري او المباشر"، وتسمى "قواعد الامن المدني"، وتسمى "قواعد البوليس"، وتسمى "بالقواعد ذات التطبيق الضروري"، وتسمى "قواعد تأمين المجتمع ذات التطبيق الاستثنائي"، وتسمى ايضاً "قواعد النظام العام". وبغض النظر عن هذه التسميات، فقد بلغت هذه القواعد مبلغاً كبيراً من الأهمية، بحيث أنها لا تدخل ضمن قواعد تنازع القوانين، بل هي قواعد موضوعية يطبق حكمها على الواقعة مباشرة، بغض النظر عن القانون الذي تشير له قاعدة الاسناد، وقد وضع الفقه تعريفات كثيرة للقواعد ذات التطبيق الضروري، منها: تعريف الاستاذ Franciscakis وهو أول من نادى بها، والذي عرفها بأنها تلك القوانين التي تكون مراعاتها ضرورية من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويتمثل المعيار لها في فكرة التنظيم [٢٧].

وهنالك من ذهب الى تعريفها بأنها: تلك القواعد الداخلية التي تتسم بطابع آمر، يفرض تطبيقها الضروري على المراكز التي تدخل عقلاً في نطاق سريانها الذي يتطلبه مضمونها، والأهداف التي تسعى إلى إدراكها، وسواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت، أو اتسمت بالصفة الدولية فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين [٢٨]. ويكون من باب اولى تطبيقها في مجال التلوث البيئي الذ يحدث على اقليم الدولة مهما كان مصدره، سواء كان بسبب وطنين ام اجانب.

وذهب رأي آخر إلى تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها: تلك القواعد التي يخرج المقنن الوطني في سنه أو تقريره لها على الأحكام العامة السارية في دولته بدافع الحفاظ على السكينة العامة، أو السلام الاجتماعي في هذه الدولة، أو بدافع أن يتجنب مجتمعه الاستهداف لبعض المخاطر، أو الاضطرابات الاجتماعية، أو الاقتصادية التي تحدث، أو تقع نتيجة لعدم تقرير مثل هذه القواعد [٢٩].

نفهم مما تقدم ان القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد موضوعية يضعها المشرع الوطني لحماية مصلحة اجتماعية ضرورية ويتم تطبيق حكمها على الوقائع الاقليمية لدولة قاضي النزاع دون الرجوع الى قواعد الاسناد.

وقار أثار الفقه مسألة المعيار الذي يستند اليه القاضي في معرفة القواعد ذات التطبيق الضروري، وطرحت عدة معايير أهمها:

أولاً: افصاح المشرع عن رغبته في تطبيق القانون الوطني بشكل صريح (المعيار الشكلي): قد يفصح المشرع عن رغبته في تطبيق القوانين الوطنية على النزاع الذي يكون فيه عنصراً اجنبياً إذا كان أحد اطرافه ينتمي الى دولة القاضي. ويكون ذلك بنص صريح وارد في التشريع. وفي هذه الحالة لا توجد مشكلة امام القاضي، فما عليه الا ان يحقق رغبة مشرعة ويطبق الحكم الوارد في قانونه.

ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي في أنه إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده، وتقابلها المادة (١٤) من

القانون المدني المصري، التي نصت على الحكم نفسه، والمادة (٣) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها بأن قواعد البوليس تطبق على كل من يقيم في فرنسا، ثم اضافت هذه المادة بأن العقارات حتى المملوكة للأجانب تخضع الى القانون الفرنسي، واضافت في عجزها بأن قضايا الاحوال الشخصية للفرنسيين تخضع الى القانون الفرنسي حتى المقيمين منهم في الخارج. وكذلك ما نصت عليه المادة (١٦) من قانون النقل البحري الفرنسي لسنة ١٩٦٦ والتي قضت بأن القانون الفرنسي يطبق على جميع عقود النقل التي تتم من والى ميناء فرنسي، والتي لا تخضع الى اتفاقية دولية تكون فرنسا طرفاً فيها.

واخذ المشرع العراقي كذلك بهذا المعيار في قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ وذلك في المادة (٤٩) والتي قضت بأن يطبق القانون العراقي على مصنفات العراقيين والاجانب التي تنشر لأول مرة في العراق، ومصنفات العراقيين التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي.

أما فيما يتعلق بحماية البيئة فلم يفصح المشرع العراقي في قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ عن رغبته في تطبيق القانون العراقي على المنازعات البيئية ذات العنصر الاجنبي، وهذا يعني ان القواعد ذات التطبيق الضروري الخاصة بالبيئة لا يمكن الكشف عنها استناداً الى المعيار الشكلي، وإن كانت المادة (٣٢) من هذا القانون قد اشارت الى أنه يتحمل المسؤولية كل من ألحق ضرراً بالبيئة ويلتزم بتعويض هذا الضرر، غلا أن هذا النص خاص بالأضرار البيئية الداخلية وليست المشوبة بعنصر أجنبي. وعليه لا يعتبر نصاً صريحاً ذا تطبيق ضروري فيما يتعلق بالأضرار البيئية العابرة للحدود، ولكن يمكن اعتباره نصاً ذا تطبيق ضروري إذا اعتمدنا معياراً آخر كما سنرى، ويؤخذ بنفس الحكم في قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لعام ٢٠٠٩، فهو لم يأت بنص صريح حول التنازع الذي يحصل بسبب الاضرار البيئية العابرة للحدود.

ثانيا: عدم افصاح المشرع عن رغبته في تطبيق القانون الوطني: رأينا بأنه لا مشكلة تواجه القاضي عندما ينص المشرع على تطبيق القانون الوطني بنصوص صريحة، فما عليه الا ان يطبق حكم النص متجاهلاً قاعدة الاسناد وما تشير له من قانون أجنبي. ولكن المشكلة تثار عندما يسكت المشرع عن النص على وجوب تطبيق القانون الوطني على بعض المسائل الضرورية والتي تمس أمن المجتمع. فكيف يكشف القاضي عن رغبة مشرعه.

لقد طرح الفقه عدة حلول امام القاضي في الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري وهي:

١. **المعيار الاقليمي:** ونشأ هذا المعيار في احضان القضاء الفرنسي، والذي يسبغ القواعد ذات التطبيق الضروري بطابع الاقليمية، ولا محل للتنازع حيث حل قانون الاقليم.

ولكن هذا الرأي منتقد على اساس أنه غامض، فهل ان المقصود بالإقليمية هي الاقليمية المطلقة والتي تتيح للدولة تطبيق قوانينها على كل ما يحدث على ارضها، وهذا القول لم يعد مقبولاً على المستوى الدولي، ام المقصود بالإقليمية هو بناء قواعد الاسناد على اساس اقليمي؟

كما أنه ليس كل قانون اقليمي يعد من القواعد ذات التطبيق الضروري، فقانون موقع المال المنقول هو قانون اقليمي ولكنه لا يعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري. كما أنه قد يكون القانون ذو تطبيق ضروري ولكنه يمتد خارج اقليم الدولة [٣٠]، ومثال ذلك ما اشارت له الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي في انه إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده حتى وان حصل الزواج خارج العراق.

٢. معيار النظام العام: ذهب جانب من الفقه الى القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري هي كل ما يتعلق بالنظام العام؛ لوجود الارتباط الوثيق بين الفكرتين، فكليها يهدف الى صيانة كيان المجتمع ومصالحه.

ولكن الفقه انتقد هذا الرأي بالقول إن القواعد ذات التطبيق الضروري يطبقها القاضي مباشرة، في حين ان فكرة النظام العام تكون وسيلة لدفع القانون المختص بعد أن لجأ القاضي الى قاعدة الاسناد وحدد بموجبها هذا القانون. كما ان هذا القول يؤدي الى جعل القواعد ذات التطبيق الضروري جزء من قاعدة الاسناد مما يفقدها طابعها الخاص وهو الانطباق المباشر على النزاع دون النظر الى قاعدة الاسناد. اضافة الى ان هذا الرأي يعجز عن تفسير تطبيق القانون الاجنبي داخل الدولة حتى في المسائل المتعلقة بالنظام العام ما دام غير مخالف لها، في حين ان قواعد التطبيق الضروري تستبعد القانون المختص حتى وان كان غير مخالف للنظام العام.

٣. المعيار الغائي: ذهبت اتجاهات فقهية اخرى الى تحديد القاعدة ذات التطبيق الضروري بالاستناد الى الغاية منها، فأي قاعدة تستهدف حماية النظام العام والمبادئ الاجتماعية والاقتصادية وتهدف الى المحافظة على مصلحة الدولة والنظام السياسي فيها، تعد من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري. ومن ثم فأن هذه القاعدة تنطبق على العلاقات الدولية الخاصة حتى ولو كانت مخصصة للعلاقات الداخلية [٣١].

٤. معيار المعقولية: جميع المعايير السابقة تجعل من القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد اقليمية تنطبق على الواقعة التي تحصل داخل الدولة دون النظر الى القانون الواجب التطبيق، وهي لا تقبل أن تمتد القواعد ذات التطبيق الضروري لدولة معينة على اقليم دولة القاضي. ولكن إذا كان هذا الرأي مقبولا في السابق، فأن الفقه الحديث لا يسلم به؛ على اعتبار انه يتعارض مع غاية القانون الدولي الخاص وهي التناسق بين القوانين المختلفة من اجل الوصول الى حلول ملاءمة وعادلة. كما ان قواعد القانون الدولي الخاص هي خروج عن المألوف؛ لذلك لا يمكن التمسك بالرأي التقليدي الذي يقضي بأن القواعد الآمرة لدولة معينة لا يمكن ان تنفذ في دولة اخرى، فهذا القول يجعل قواعد القانون الدولي الخاص تختلط بقواعد القانون الدولي العام. لذلك لا بد من عدم الفرض على القاضي أن يطبق قواعد قانونه ذات التطبيق الضروري، طالما كانت المسألة أكثر اتصالاً بقواعد قانونية ذات تطبيق ضروري تابعة لقانون آخر [٣٢].

وعلى اساس ذلك اقترح جانب من الفقه (٣٣) معيار الصلة الذاتية او معيار العقلانية للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، ويكون ذلك عن طريق التنسيق بين هدف القاعدة ومضمونها دون التمسك بطابعها الاقليمي بشكل مطلق ، وقد كان لهذا الاتجاه الفقهي صدى في الاتفاقيات الدولية، ففي اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ في شأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري نصت المادة (١٦) على أنه: (عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقاً لقانون تلك الدولة أياً كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها).

وعلى الرغم من حداثة هذا المعيار، واخذه بنظر الاعتبار غاية قواعد القانون الدولي الخاص، وتأييده من قبل المجتمع الدولي. إلا انه لم يسلم من سهام النقد، حيث يقول البعض ان معيار العقلانية لا يكفي وحده للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري؛ لأنه يعطي تعريفاً وصفياً لهذه القواعد دون أن يكشف عن الاسباب التي فرضت من أجلها. كما أن أنصار معيار الصلة العقلانية لا ينكرون أن البحث عن الصلة بين مضمون القاعدة وهدفها ونطاقها الاقليمي لا يكون له دوراً إذا نصت قاعدة الاسناد على اختصاص القانون الوطني او قانون أجنبي آخر، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي بحاجة الى البحث عن صلة العقلانية، وما عليه سوى ان يأتمر بأمر مشرعه، ويطبق القانون الذي اشارت له قاعدة الاسناد، حتى وان ادى ذلك الى تطبيق قاعدة آمرة لدولة اجنبية، على الرغم من وجود قواعد ذات تطبيق ضروري داخل دولة القاضي (٣٤).

وفي ضوء الانتقادات الموجهة الى جميع المعايير التي طرحها الفقه لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري عندما لا يفصح المشرع عن رغبته بشكل واضح وصريح عنها؛ ولأن قوانين البيئة تدخل في هذا النطاق –عدم افصاح المشرع بشكل صريح عن رغبته في اعتبارها من قواعد التطبيق الضروري في النزعات الدولية الخاصة– فأننا نرى بأن المعيار الكاشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري في مسائل البيئة، هو معيار (المصلحة الآنية).

وهذا المعيار لا يعتمد على معيار محدد من المعايير السابقة، وانما تُحدد القواعد الضرورية بموجب هذا المعيار لكل حالة على حدة وبشكل آني عند وقوعها، بعد الموازنة بين مصلحة الدولة في تطبيق قوانينها الآمرة المرعية للمصلحة العامة، ومصلحة الأفراد في تطبيق القانون الملائم. فمثلاً يؤخذ بالمعيار الاقليمي لدولة القاضي إذا كان الضرر البيئي جماعياً، ويؤخذ بمعيار الصلة الذاتية او الصلة العقلانية إذا كان الضرر البيئي واقعاً في نطاق محدود، ويؤخذ بمعيار النظام العام إذا ادى التلوث البيئي الى المساس بالصحة العامة للمجتمع على اعتبار أن الصحة العامة احدى عناصر النظام العام، وحيث تتعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يطبق القانون الذي يحقق المصلحة العامة، وفي كل ذلك يكون للقاضي دوراً كبيراً في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري وتطبيقها على المنازعات البيئية، أي انه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة نظرا لخطورة الاضرار البيئية وكونها متغيرة، فضلا عن انها لا تظهر بشكل فوري في الغالب وانما بشكل تدريجي مستقبلي.

المبحث الثاني

الأسس الخاصة لقاعدة

تحديد القانون الواجب التطبيق

هنالك أسس خاصة لها تأثير في تحديد القانون الواجب التطبيق على اضرار التلوث البيئي. ولكن هذه الأسس لم تُطرح باعتبارها معايير بحد ذاتها لتحديد القانون الواجب التطبيق، بل تؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد هذا القانون. فلا يمكن للقاضي أن يطبق قانوناً يشكل خرقاً لسيادة دولته، كما أن القانون المختص يجب أن يحقق مبدأ اليقين القانوني والعدالة بالقدر الممكن. ومن أجل بحث هذه الاسس بشكل وافٍ، سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول تأثير السيادة في تعيين القانون الواجب التطبيق، ونخصص المطلب الثاني لبيان تأثير اليقين القانوني والعدالة في تعيين القانون الواجب التطبيق.

المطلب الاول

تأثير السيادة في تعيين القانون الواجب التطبيق

من الطبيعي أن كل دولة تسعى الى حماية سيادتها بشتى الطرق والوسائل، ومن أبرز هذه الوسائل هي تشريع القوانين التي تحمي هذه السيادة، وسيادة الدولة اما ان تكون اقليمية تشمل كل ما يوجد او يحدث على اقليمها، او ان تكون شخصية تحمي رعاياها اينما حلوا وارتحلوا، وقد تبرز مسألة السيادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا التلوث البيئي، وقد يكون لها دور كبير في تحديد هذا القانون، عندما يتم استبعاد القانون الواجب التطبيق بدعوى مساسه بسيادة الدولة، ومن أجل الوقوف على مدى تأثير سيادة الدولة الإقليمية أو الشخصية في تحديد القانون الواجب التطبيق، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين: الأول لحماية السيادة الاقليمية في مواجهة التلوث البيئي، والثاني لحماية السيادة الشخصية في مواجهة التلوث البيئي.

الفرع الأول

ضابط حماية السيادة الاقليمية

يقصد بالسيادة الاقليمية هي سيادة الدولة على اقليمها واختصاصها على كل ما يوجد عليه، بحيث يخضع كل الاشخاص والاشياء المتواجدة فوق اقليم الدولة لسلطانها وسيادتها [٣٥].

ومن الطبيعي أن كل قانون يمثل سيادة الدولة وان كل دولة لها سياستها التشريعية التي تخدم توجهاتها في الميدانين الاقتصادي والتجاري [٣٦]، واذا كان مبدأ السيادة يلعب دوراً كبيراً في نطاق القانون الدولي العام فأن هذا الدور يتراجع في نطاق القانون الدولي الخاص؛ نظراً لكون الدولة في الاول تمارس الاعمال باسمها وتكون طرفاً في النزاع، اما في الثاني فأن الدولة لا تكون طرفاً في النزاع في الغالب وانما يكون النزاع بين افراد تابعين لأكثر من دولة، وحتى لو كانت الدولة طرفاً في النزاع فأنها لا تدخل بوصفها صاحبة سيادة بل بوصفها شخصا عاديا.

وفي الحقيقة أن تشدِّد المشرع الوطني في الاخذ بمبدأ السيادة الاقليمية المطلقة يفضي الى عدم وجود تنازع للقوانين في العلاقات الخاصة الدولية، فالقانون المطبق على الواقعة او التصرف هو قانون الدولة التي وقع هذا التصرف او الواقعة على اقليمها. وعليه حتى نكون امام تنازع للقوانين لا بد ان يبدي المشرع الوطني درجة من المرونة في التعامل مع

القانون الاجنبي، أي أن يأخذ بمبدأ الاقليمية النسبية والتسامح التشريعي لا الاقليمية المطلقة [٣٧].

من المسلم به في الوقت الحاضر أن معظم التشريعات قد أقرت قواعد تنازع القوانين وعملت بها، وسمحت بتطبيق القانون الاجنبي على ما يقع على اقليمها من منازعات تتعلق بالقانون الدولي الخاص، إذا كان هذا القانون هو المختص استناداً الى ما تشير اليه قواعد فض التنازع الدولي، وهذا يعني أن الدولة تأخذ بمبدأ "الاقليمية النسبية" فيما يتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص [٣٨].

وقد أخذ المشرع العراقي بمبدأ السيادة الاقليمية في بعض الحالات، منها ما قضت به المادة (١٥) من القانون المدني حول اختصاص المحاكم العراقية، والتي جعلت لها السيادة على كل من يوجد على ارض العراق من وطنيين واجانب، ويمكن استيعاب مسألة التلوث في الفقرة (ج) من هذه المادة والتي قضت بانه يقاضى الاجنبي امام المحاكم العراقية اذا كان موضوع التقاضي عقدا تم ابرامه او كان واجب التنفيذ في العراق او واقعة حصلت فيه، فالمشرع ذيل هذه الفقرة بعبارة (او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق) فهذه العبارة مرنة وعامة وعليه يمكن ادخال حادثة التلوث ضمنها. وكذلك المادة (٢/٢٥) فيما يتعلق بالقانون المختص على العقود التي تقع على العقار، وقضت هذه المادة بأن قانون موقع العقار هو القانون المختص. وهذا يعني اختصاص القانون العراقي على جميع العقود التي يكون محلها عقاراً. وكذلك الشكلية في العقود تخضع الى قانون البلد الذي تمت فيه سواء كانوا وطنيين ام اجانب بحسب نص المادة (٢٦).

ويتضح من خلال ما تقدم بأن هذه النسبية في مبدأ السيادة الاقليمية قد يكون لها دوراً في تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا القانون الدولي الخاص بشكل عام، ومسائل التلوث البيئي على وجه الخصوص، فيتم الاحتجاج بسيادة الدولة لدفع القانون الذي اشارت له قاعدة الاسناد، ومن خلال الطرح المتقدم يظهر امامنا تساؤل مفاده: ما هو دور السيادة الاقليمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاضرار البيئية؟

بادئ ذي بدء ان المشرع العراقي اخذ بمبدأ السيادة الاقليمية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والتي يدخل التلوث البيئي ضمنها، وذلك في المادة (١/٢٧) بقولها (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام). والمعنى الظاهر من هذا النص انه إذا حدثت الواقعة في العراق واكتملت عناصرها فيه يطبق القانون العراقي وحده، ولكن نظراً لما طرحه الفقه –كما مر بنا–من اشكالات وحلول حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وأن هذه الحلول لو سلمنا بها سوف تؤدي الى تفسير هذا التفسير تفسيراً آخر، وقد تبتعد به عن نطاق الاقليمية.

أما فيما يتعلق بقانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ فعلى الرغم من أن المادة (٣٢) قد ألزمت كل من ألحق ضرراً بالغير أن يقوم بتعويضه، لكن هذه القاعدة ليست قاعدة تنازع، ولا شأن لها بتحديد القانون الواجب التطبيق، بل هي قاعدة موضوعية، تطبق إذا كان القانون العراقي هو المختص، ويتم تحديد القانون المختص بالرجوع الى قواعد التنازع الواردة في القانون المدني.

أما لائحة روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير العقدية، فعلى الرغم من أنها أخذت بشكل صريح بمبدأ الاقليمية وذلك في الفقرة الاولى من المادة (٤) بقولها (القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي حدث فيها الضرر، بغض النظر عن الدولة التي وقع فيها الفعل الذي ادى الى حدوث الضرر او الدول التي حدث فيها النتائج غير المباشرة لهذه الواقعة). كما ان المادة (٧) من هذه اللائحة أعطت الاختصاص في قضايا التلوث البيئي الى قانون مكان وقوع الضرر ايضاً. إلا أننا نرى بأن النصوص السابقة لم تعطي الاختصاص الى قانون الاقليم على أساس حماية السيادة الاقليمية للدولة، وإنما على أساس انه القانون الأوثق صلة من حيث المبدأ؛ وبرهان ذلك، هو ان المادة (١٤) من هذه اللائحة أجازت للأطراف الاتفاق على قانون آخر أذا كان هذا الاتفاق صريحا وواضحاً وسابقاً لحصول الواقعة. كما اخذت الفقرة الثالثة من المادة (٤) بقانون الوسط الاجتماعي [٣٩].

وهذا يعني ان لائحة روما لم تقصد بقانون وقوع الضرر هو قانون السيادة الاقليمية لدولة وقوع الضرر، والا لما أوردت عليه استثناءات، فالسيادة تعلو على الارادة وعلى اي اعتبار آخر. وعليه فأنها لم تأخذ بمبدأ السيادة الاقليمية، وهذا الامر طبيعي؛ لأن الجهود الدولية بشأن القانون الدولي الخاص، ما وجدت إلا لمعالجة المشاكل التي تحصل بسبب الحلول التقليدية في تحديد القانون المختص. هذه المشاكل الناتجة عن مبدأ اقليمية او شخصية القانون الوطني، وتريد أن تبتعد بالقانون الدولي الخاص من نطاقه الداخلي الضيق الى نطاق العالمية.

وعلى أثر ذلك فأن القانون الواجب التطبيق في قضايا التلوث البيئي يتم تحديده بطرق متعددة وليس فقط بقانون الاقليم الذي حصلت فيه واقعة التلوث. وقد طرح الفقه كثير من المعايير لتحديد القانون المختص. فهنالك من قال بمعيار القانون المحلي، وهنالك من نادى بمعيار التركيز الاجتماعي، وذهب آخرون الى الأخذ بقانون الارادة، وقد يكون للقواعد ذات التطبيق الضروري دوراً في اختيار القانون المختص. وأياً كان المعيار الذي تم بموجبه تحديد القانون المختص، قد تظهر فكرة السيادة الاقليمية للدولة التي حصلت الواقعة على ارضها، بحيث يقف مبدأ السيادة حائلاً امام تطبيق القانون المختص.

وعلى الرغم من أن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف الى ايجاد الحل الملائم على أطراف النزاع بعيداً عن تعقيدات القانون الدولي العام وما تثيره فكرة السيادة، فأن سيادة الدولة التي وقع التلوث البيئي على ارضها قد تأبى تطبيق القانون المختص في الحالات التالية:

١. إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة غير معترف بها من قبل الدولة التي حدثت واقعة التلوث على ارضها: ففي مثل هذه الحالة لا يمكن تطبيق القانون المختص داخل دولة القاضي (٤٠)؛ لمساسه بسيادة هذه الدولة، فمثلاً لو حصلت واقعة التلوث في تركيا، وتبين ان القانون المختص بموجب اتفاق الاطراف او بموجب معيار القانون الاكثر صلة او بأي معيار آخر هو القانون

القبرصي، فلا يطبق القاضي التركي القانون القبرصي؛ لعدم اعتراف تركيا بدولة قبرص، ومن ثم فأن تطبيق القانون القبرصي على اقليم تركيا يعتبراً مساساً بسيادتها. وكذلك لو حصلت الواقعة في فلسطين، وتبين أن القانون المختص هو قانون الكيان الصهيوني، فلا يمكن للقاضي الفلسطيني أن يطبق قانون الكيان الصهيوني؛ لمساس هذا الأمر بسيادة فلسطين.

وهذا هو موقف القضاء الفرنسي القديم حيث لم يكن يعترف بالقوانين الصادرة عن الاتحاد السوفييتي بعد الثورة البلشفية لعدم اعتراف فرنسا بهذه الدولة، حتى عام ١٩٢٥ عندما اعترفت فرنسا بها، ولأن عدم الاعتراف بقانون الدولة يمكن ان يضر بمصلحة المضرور خاصة اذا كان قانون الدولة الغير معترف بها يحترم الحقوق المكتسبة ويوفر حماية اوسع للمضرور؛ فأن القضاء الفرنسي عدل عن موقفه هذا سنة ١٩٧٣ واقرت المحكمة العليا الفرنسية بأن عدم الاعتراف بدولة معينة لا يعطي الحق للمحاكم بنكران تشريعاتها الخاصة حتى تعترف بها الحكومة الفرنسية(٤١).

٢. اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة لا تعترف بالدولة التي حدثت واقعة التلوث على ارضها: وهذه الحالة هي عكس الحالة الاولى تماماً، حيث أن الدولة التي يكون قانونها هو الواجب التطبيق لا تعترف بدولة القاضي ولا تطبق قوانينها على ارضها، فمن الطبيعي أن دولة القاضي لا تسمح بتطبيق قانون تلك الدولة على اقليمها وامام محاكمها، استناداً الى مبدأ المعاملة بالمثل.

٣. إذا كانت دولة القانون الواجب التطبيق لا تطبق قوانين دولة القاضي على ارضها لأي سبب آخر: وفي هذه الحالة يكون هنالك اعتراف متبادل بين الدولتين، ولكن دولة القانون الواجب التطبيق لا تُطبق قانون دولة القاضي على ارضها لأسباب مختلفة، كأن تأخذ دولة القانون الواجب التطبيق بمبدأ الاقليمية المطلقة فتعاملها دولة القاضي بمبدأ المعاملة بالمثل، أو كانت هنالك قطيعة للعلاقات بين الدولتين، أو حرب بينهما، أو لأي سبب آخر.

فمثلاً لو كانت دولة القانون الواجب التطبيق تأخذ بمبدأ الاقليمية المطلقة ولا تسمح بتطبيق أي قانون أجنبي على ارضها، فمن الطبيعي أن القاضي يستبعد قانون تلك الدولة استناداً الى مبدأ المعاملة بالمثل. صحيح أن قضايا القانون الدولي الخاص ولا سيما قضايا التلوث البيئي هي منازعات خاصة لا علاقة لها بسيادة الدولة، ولكن لا يمكن تغليب مصلحة الافراد على مصلحة الدولة وسيادتها الدولية. لذلك فأن سيادة الدولة في مثل هذه الحالات يكون لها اثراً فعالا في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويؤدي هذا الأثر الى استبعاده تماماً.

وقد يكون السبب في استبعاد القانون الواجب التطبيق هو القطيعة والتوتر في العلاقات بين الدولتين، فتأبى دولة القاضي أن تطبق قانون الدولة الخصم على ارضها وأمام محاكمها، كما لو وقع التلوث في الجمهورية الإسلامية في إيران من شركة امريكية تعمل في جمهورية العراق، فقد يأبى القاضي الايراني تطبيق القانون الامريكي حتى وأن كان هو المختص؛ بدعوى مساس ذلك بسيادة دولته واعتباره خُنُوع لأمريكا.

٤. إذا كان القانون المختص مخالفاً للنظام العام: الاصل أن الدولة لها السيادة على كل اقليمها وما يقع عليه، وقانونها هو المختص فيما يقع على اقليمها. ولكن هذه الدولة قد سمحت، استثناءً، وبإرادتها، بتطبيق القانون الاجنبي على اقليمها في بعض الاحيان، بشرط عدم مساس هذا القانون بالنظام العام. وعليه متى ما تبين أن القانون الواجب التطبيق يمس النظام العام لدولة القاضي، استُبعد هذا القانون، وعدنا الى الأصل وهو سيادة الدولة على ما يقع على اقليمها. ويذهب البعض الى ابعد من ذلك بالقول إن قاعدة الاسناد تتكون من شقين أحدهما ايجابي وهو الذي يسمح بتطبيق القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني، والآخر سلبي يُعلق تطبيق هذا القانون على عدم مساسه بسيادة الدولة والاسس التي يقوم عليها نظامها القانوني (٤٢).

وهنالك من يرى بأن النظام العام يتعلق بصورة رئيسية بالسياسة التشريعية للدولة، ومتى ما كان القانون الواجب التطبيق مخالفاً لهذه السياسة يجب استبعاده ويشكل الضرر البيئي مساساً بالنظام العام أو الأمن المدني في بعض الحالات، كما لو كان جماعياً وأفضى الى حصول اضطراب بالصحة العامة للمجتمع، فتنهض فكرة النظام العام في مثل هذه الحالة، كمدافع عن القانون الوطني، على اعتبار أن الصحة العامة تشكل عنصراً من عناصر النظام العام. خاصة إذا تبين أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة لا تولي تشريعاتها اهتماماً بالجانب البيئي، وحلولها التشريعية لا تتناسب مع حجم الاضرار البيئية. ففي هذه الحالة يستبعد القاضي القانون الواجب التطبيق ويطبق قانونه الوطني؛ وذلك لمساس التلوث بالنظام العام [٤٣].

من خلال ما تقدم يتبين لنا بأن سيادة الدولة على اقليمها قد تكون هي العنصر الفعال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الضرر البيئي الذي حصل داخل هذا الإقليم، وذلك إذا كانت هذه الدولة تأخذ بمبدأ الاقليمية المطلقة، أو كانت تأخذ بالإقليمية النسبية ولكن وجد سبب يؤدي الى جعل تطبيق القانون المختص داخل الدولة يشكل مساساً بسيادتها، لذا يتم استبعاد هذا القانون ويُطبق القانون الشخصي للقاضي

الفرع الثاني

ضابط السيادة الشخصية

في الفرع السابق بينا مفهوم السيادة الاقليمية للدولة وقلنا بأنها سلطة الدولة واختصاصها القانوني على كل ما موجود على اقليمها من اشخاص واشياء. وبالمقابل قد تكون سيادة الدولة شخصية لا اقليمية ويقصد بالسيادة الشخصية هي سيادة الدولة واختصاصها القانوني على رعاياها ولو كانوا قاطنين خارج اقليمها [٤٤].

ويترتب على مبدأ السيادة الشخصية المطلقة عدم وجود تنازع بين القوانين؛ لأن قانون كل دولة سوف يطبق على رعاياها المقيمين منهم بالداخل او بالخارج، وهذا الأمر يحول دون خضوعهم الى قانون دولة اخرى وأن كانوا في اقليمها، ولكن مبدأ السيادة الشخصية المطلقة –كما هو الحال في مبدأ السيادة الاقليمية المطلقة–لم يعد له دوراً في نطاق القانون الدولي الخاص، ومعظم التشريعات في الوقت الحاضر تأخذ بمبدأ السيادة الشخصية النسبية، والتي تسمح بتطبيق القانون الأجنبي إذا كان هذا القانون هو المختص [٤٥]، وهذه السيادة الشخصية النسبية قد يكون لها دوراً في تعيين

القانون الواجب التطبيق في منازعات القانون الدولي الخاص بشكل عام.

وقد أخذ المشرع العراقي بمبدأ السيادة الشخصية في بعض التشريعات. فقد أخذ القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بمبدأ السيادة الشخصية في كثير من الحالات: فقد أخذ بهذا المبدأ فيما يتعلق باختصاص المحاكم العراقية على العراقيين حتى ما نشأ في ذممهم خارج البلد [٤٦]. كما أخذ القانون المدني بالسيادة الشخصية للقانون العراقي في مسائل الاهلية حيث يخضع العراقي فيما يتعلق بتحديد أهليته الى القانون العراقي أينما ذهب [٤٧]. وكذلك اخذ القانون المدني بمبدأ السيادة الشخصية في مسائل الزواج فاذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده [٤٨]. وكذلك اخذ بمبدأ السيادة الشخصية في قضايا الميراث اذ يسري عليها قانون المورث وقت موته [٤٩]. وكذلك اختصاص قانون الموصي وقت موته على قضايا الوصايا [٥٠]. كما اخذ المشرع العراقي بمبدأ السيادة الشخصية للقانون العراقي في قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١، وذلك في المادة (٤٩) والتي قضت بأن يطبق القانون العراقي على مصنفات العراقيين والاجانب التي تنشر لأول مرة في العراق، ومصنفات العراقيين التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي.

ففي الحالات المتقدمة يسري القانون العراقي وحده على العراقيين اينما وجدوا سواء في داخل العراق أو خارجه ما داموا حاملين للجنسية العراقية.

أما فيما يتعلق بالتلوث البيئي فلا يوجد نص في قانون حماية وتحسين البيئة العراقي يقضي بتطبيق احكامه على ما يترتب على العراقيين في الخارج من مسؤولية ناتجة عن اضرار التلوث البيئي. وهذا يعني أن المشرع لم يأخذ بمبدأ السيادة الشخصية للقانون العراقي في مسائل التلوث البيئي، وعليه فأن الضرر الناتج عن التلوث البيئي يبقى خاضعاً لنص المادة (٢٧) من القانون المدني، والتي اخضعت الالتزامات غير التعاقدية الى قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.

أما على نطاق التشريعات الدولية، فأن لائحة روما الثانية قد اخضعت الضرر البيئي الى قانون مكان وقوع الفعل الضار وذلك بموجب المادة (٧) منها، ولم تقر بمبدأ شخصية القانون الوطني. وهذا الأمر طبيعي ومنطقي؛ لأن هذه التشريعات والاتفاقيات الدولية وجدت اساساً لمعالجة المشاكل التي تحصل بسبب مبدأ اقليمية او شخصية القانون الوطني، وتريد أن تبتعد بالقانون الدولي الخاص من نطاقه الداخلي الضيق الى العالمية كما ذكرنا.

المطلب الثاني

تأثير الاتجاهات الحديثة

في تعيين القانون الواجب التطبيق

إن ما تسعى له قواعد القانون الدولي الخاص هو الوصول الى الحل الأمثل في فض النزاع، ويكون ذلك عن طريق تحديد القانون الأكثر ملاءمة من بين القوانين المتنازعة لحكم القضية المعروضة. وتأتي ملاءمة هذا القانون من أنه يحقق للأطراف قدراً من اليقين القانوني، أي المعرفة المسبقة بالقانون الواجب التطبيق والتنبؤ بالنتائج المترتبة على تطبيقه، وكذلك من خلال تحقيق هذا القانون للعدالة بين الأطراف، ومن أجل بحث الموضوع بشكل واف، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين: نتناول في الفرع الأول تأثير

اعتبارات اليقين القانوني، والفرع الثاني نخصصه لبيان تأثير العدالة المادية.

الفرع الأول

تأثير اعتبارات اليقين القانوني

يقصد باليقين القانوني "وجود قواعد قانونية منسجمة في فحواها مع توقعات الافراد في المجتمع، ومسبوكة في صياغة قانونية واضحة لا لبس فيها ومنشورة بالشكل الذي يتيح للأفراد العلم بفحواها" (٥١).

وهذا التعريف عام لا يقتصر على اليقين القانوني في علاقات القانون الدولي الخاص، بل يشمل ايضاً اليقين القانوني الوطني. فاليقين القانوني أمراً ملحّاً وضرورياً على النطاقين الداخلي والدولي. وسنقتصر في بحثنا هذا على اليقين القانوني الخاص بالعلاقات الدولية الخاصة دون الداخلية.

ويقصد باليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية: "علم الاطراف في العلاقات الخاصة الدولية والقائمين على تنظيمها وحسم منازعاتها بالقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات، والمحكمة المختصة بنظرها، لحظة نشوء العلاقة الى وقت انقضائها"(٥٢).

ويتضح من خلال هذا التعريف أن اليقين القانوني يتحقق بمعرفة الأطراف بالقاعدة القانونية علم اليقين، من خلال معرفة حكم القاعدة القانونية، والتنبؤ بالأثر أو النتيجة المترتبة على تطبيقها. ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نحدد شروط تحقق اليقين القانوني:

١. أن تكون القواعد القانونية واضحة من حيث من موضوعها، لا لبس فيها ولا غموض، بأن تعطي أكثر من معنى واحد.

٢. أن يصل الوضوح بالقاعدة القاعدة إلى اعلى درجات العلم، وهو العلم اليقيني، لا مجرد الظن أو الشك.

٣. أن تكون القاعدة القانونية واضحة من حيث شكلها، ويتحقق هذا الوضوح في القواعد المقننة على العكس من القاعدة العرفية غير المكتوبة.

٤. أن يكون الوصول الى القاعدة القانونية سهلاً، ويكون ذلك عن طريق نشر القوانين واتاحتها للمخاطبين بها. ويبدو ان هذا الشرط متحقق لا سيما في الوقت الحاضر، لأن القانون لا يكتسب قوة النفاذ إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية للدولة.

٥. تنبؤ الأطراف بالنتائج المترتبة على تطبيق القاعدة القانونية. لا قيمة للشروط السابقة اذا كانت قدرة الاطراف على التنبؤ بنتيجة القاعدة القانونية ضعيفاً، فقد تكون القانونية واضحة ومن اليسير الوصول اليها، لكن القضاء يملك سلطة تقديرية واسعة في عدم تطبيقها أو في تفسيرها أو في تأويلها، بالشكل الذي يحقق المصلحة العامة دون اعتبار لمصلحة الأطراف، أو كان القاضي يحابي الطرف التابع لدولته على حساب الطرف الأجنبي. ففي مثل هكذا حالات ينعدم التنبؤ بنتيجة القانون على الرغم من أن العلم به متحقق.

وحتى يتحقق اليقين القانوني لدى الأطراف بالقانون الواجب التطبيق على النزاع، يجب أن تتوفر فيه الشروط السابقة. وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الضرر البيئي، نتساءل عن القانون أو المعيار الذي يتم بموجبه تحديد هذا القانون، والذي يحقق اليقين القانوني للأطراف من بين القوانين المتنازعة. وقد مر بنا عدة معايير يمكن من خلالها تحديد هذا القانون وهي معيار

القانون المحلي، ومعيار الارادة، ومعيار التركيز الجغرافي، ومعيار القواعد ذات التطبيق الضروري.

وإذا كان تحقيق اليقين القانون في مسائل العقود امراً سهلاً الى حد ما، عن طريق اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فأن الأمر ليس بهذه السهولة في مسائل "الفعل الضار" على وجه العموم، والضرر البيئي بشكل خاص؛ نظراً لمحدودية دور الإرادة في اختيار هذا القانون (٥٣).

فإذا قلنا بتطبيق القانون المحلي على الضرر البيئي، لا تظهر مشكلة خرق مبدأ اليقين القانوني ما دام الأطراف على اقليم دولة واحدة، فتطبيق قانون هذه الدولة عليهم يتفق مع توقعاتهم نوعاً ما، فمن يسكن على اقليم دولة معينة من المفروض عليه أن يتوقع تطبيق قوانينها على ما يرتكبه وما يلحق به داخل هذه الدولة. أما لو كان الضرر البيئي ممتد الى أكثر من دولة واحدة، تصبح مسألة تحقيق اليقين القانوني مسألة نسبية، فاذا كان القانون المختص هو قانون وقوع الخطأ تحقق اليقين بالنسبة للمسؤول وقد لا يتحقق للمضرور، أما إذا كان هذا القانون هو قانون وقوع الضرر تحقق اليقين بالنسبة للمضرور وقد لا يتحقق للمسؤول.

أما إذا قلنا بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، فهذا يعني أن يطبق القاضي قانونه الوطني دون أن ينظر الى القانون الواجب التطبيق، وإذا كان هذا القانون يحقق قدراً من اليقين القانوني للأطراف إذا كانوا مقيمين على اقليم دولة القاضي عند وقوع الضرر، نظراً لافتراض توقعهم تطبيق هذا القانون عليهم. إلا أن تحقيق اليقين القانوني يبدو أمراً مستبعداً –على الأقل بالنسبة الى أحدهم–إذا كان الضرر البيئي عابر للحدود. فإذا امتد الضرر من تركيا الى العراق، وكان المسؤول تركياً والمضرور عراقياً، ورفعت الدعوى أمام المحاكم العراقية، فأن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون العراقي سوف تحقق مبدأ اليقين القانون للمضرور (العراقي)، ولا تحققها للمسؤول (التركي). ويكن الأمر معكوساً إذا رفعت الدعوى أمام المحاكم التركية، أما إذا قلنا بتطبيق القانون الأصلح للمضرور، سواء تم تحديد هذا القانون من قبل القاضي أو من قبل المضرور نفسه، فسوف يتحقق اليقين بالنسبة للمضرور دون المسؤول، وهذا يعني أن مسألة اليقين في هذه الحالة تكون نسبية ومقتصرة على المضرور وحده دون المسؤول، وحتى لو تحقق اليقين بالنسبة للمسؤول، فأنه يكون عرضياً وغير مقصوداً، كما لو اختار المضرور قانون المسؤول.

أما إذا تم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الارادة أو بموجب التركيز الاجتماعي، نرى بأن اليقين القانوني يصل الى أعلى مستوياته. ففي الحالة التي يختار فيها الاطراف هذا القانون، لا مجال للقول بعدم توفر اليقين القانوني، نظراً لأنهم هم من اختاروه، وهذا يعني إلمامهم به، وتنبؤهم بالنتائج المترتبة على تطبيقه. أما لو تم تحديد القانون الواجب التطبيق وفق معيار التركيز الاجتماعي، فهذا يعني أن القاضي يبحث عن تطبيق القانون الأكثر صلة بالقضية، كما لو كان الأطراف يحملون جنسية واحدة، أو ينتمون الى موطن واحد، أو يقيمون على اقليم واحد (٥٤)، ومن ثم فأن اختيار هذا القانون يتماشى مع توقعات الأطراف، مما يحقق لهم قدراً

من اليقين القانوني، ولكن احيانا يكون اليقين القانون في مسائل التلوث البيئي متحقق حكما، إذا كان مرتكب الاعمال المؤدية الى التلوث البيئي يعلم علم اليقين بأن عمله غير مشروع ومن ثم يستتبع ذلك افتراض علمه بالقواعد القانونية التي ستطبق عليه، وبالتالي فأن علم اليقين سوف يتوزع بين العلم بعد مشروعية العمل وبوجود قاعدة قانونية تمنع هذا العمل وتستوجب الجزاء، وهذا بالنتيجة سيفضي الى ان العلم بالقواعد القانونية سيبلغ اعلى مستوى له في اليقين القانوني سواء بين المسؤول والمضرور، لأن التلوث معلوم والقواعد الحاكمة له معلومة ايضا. لا بل انه في هذه الحالة حتى في ظل عدم وجود الارادة او عدم الاخذ بقانون التركيز الاجتماعي فأن العلم متحقق، أما المعايير الاخرى مثل معيار القانون المحلي او القواعد ذات التطبيق الضروري فإنها تكون معايير ساندة.

ولم يرد في أحكام القانون الدولي الخص في القانون المدني العراقي اشارة الى وجوب مراعاة اليقين القانوني في تحديد القانون المختص، وما دام لم يرد فيه نص نلجأ الى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي والتي أحالت القاضي في كل حالة لم يرد فيها نص الى قواعد القانون الدولي الخاص الشائعة. وبما أن مبدأ اليقين القانوني أصبح من المبادئ الشائعة في هذه العلاقات، يمكن للقاضي العراقي العمل به بالاستناد الى هذه المادة. وذات الحكم قضت به المادة (٢٤) من القانون المدني المصري.

أما لائحة روما الثانية للالتزامات غير التعاقدية أشارت إلى اعتبارات اليقين القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق بقولها "إن حسن سير العمل في السوق الداخلية قد خلق حاجة إلى قواعد تنازع القوانين للدول الاعضاء تحدد قانون ذات الدولة بغض النظر عن دولة محكمة المرفوع اليها الدعوى وذلك من أجل تحسين القدرة على التنبؤ بنتائج الادعاء اليقين بشأن القانون الواجب التطبيق والحركة الحرة للأحكام القضائية"[٥٥]، وأيضا أشارت في الفقرة الرابعة عشر الى شرط اليقين القانوني بقولها " شرط اليقين القانوني وضرورة العلم بالقانون في القضايا الفردية هي عناصر اساسية في مجال العدالة وذلك لمعالجة القضايا بطريقة مناسبة".

كما ان أحكامها حول تحديد القانون الواجب التطبيق توحي بمدى اهتمامها بمبدأ اليقين القانوني؛ فهي ابتداءً اعطت الاختصاص في مسائل المسؤولية التقصيرية (عموماً) الى قانون وقوع الضرر وذلك في المادة (٤)، وفي مسائل التلوث البيئي (خصوصاً) وذلك في المادة (٧). ثم أنها اجازت للأطراف الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة، وذلك في المادة (١/١٤). كما انها اخذت بفكرة تحديد القانون الاوثق صلة (التركيز الاجتماعي)، وذلك في المادة (٣/٤) [٥٦]. ومن خلال ذلك يمكن القول إن لائحة روما الثانية قد أولت اهتماً بالغاً بمسألة اليقين القانوني، وأجازت للقاضي اللجوء الى جميع الخيارات المتاحة من أجل الوصول الى الحل الملائم، والذي يحقق مصلحة الاطراف، وذلك بتطبيق القانون الذي يحقق ما بنته توقعاتهم عند الدخول بالعلاقات التي افضت الى وقوع الضرر.

الفرع الثاني

تأثير العدالة المادية

ذهب جانب من الفقه بصدد تعريف العدالة المادية بأنها " احساس اخلاقي يسكن داخل الضمير الاجتماعي، وهي شعور اخلاقي يكشف عنه القاضي جراء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة بشرط ان يسمح له القانون في ذلك بنص صريح، وان وظيفة العدالة هي تنظيم العلاقة بين القاعدة القانونية والعلاقة القانونية لتحقيق المواءمة بينهما"(٥٧).

إن السبب الرئيسي من تطبيق القانون الاجنبي بدلاً من القانون الوطني، هو خدمة أطراف القضية وتحقيق العدالة. فتحقيق العدالة بين الاطراف هو الهاجس الذي يسعى اليه المشرع من وراء وضع النصوص، وسواء كانت هذه النصوص خاصة بالوطنيين، ام انها متعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية. كما ان مبادئ العدالة ليست مصدراً للمشرع فقط، وانما هي مصدراً للقاضي يلجأ له متى ما وجد التشريع معوزاً الى حكم ينطبق على القضية المعروضة. وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١) من القانون المدني العراقي، والتي حددت للقاضي سلّم تنازلي يتدرج فيه لاستخلاص حكم للقضية، فيعمل اولاً بالنص التشريعي، فاذا لم يجد حكم لجأ الى قواعد العرف، فاذا تعذر عليه ذلك لجأ الى مبادئ الشريعة الاسلامية، وإذا تعذر عليه الحكم ايضاً يستنبط الحكم وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة والانصاف. وتقابل هذه المادة، المادة (١) من القانون المدني المصري.

ولو تلمسنا قواعد تنازع القوانين في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، لوجدنا انها كلها تصطبغ بصبغة العدالة، فالمشرع يتساهل كثيراً في هذه القواعد ولا يتمسك بقانونه في جميع الاحوال، فهو يتنازل عن جزء من سيادة دولته ويسمح بتطبيق قانون اجنبي فيها، كما انه يعطي للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض الاحيان، كما انه شجع على تنظيم مسائل القانون الدولي الخاص بموجب اتفاقيات دولية (٥٨)، واجاز للقاضي أن يستعين بمبادئ القانون الدولي الخاص اذا لم يجد نصاً دون أن يلزمه بتطبيق القانون المحلي. ونرى بأن المشرع في كل ذلك أنما يبتغي تحقيق مصلحة أطراف القضية وتحقيق العدالة بينهما.

ويمكن أن نوجه نقدا موضوعيا متمثلا بكون قواعد الاسناد في القانون العراقي ثابتة وجامدة وصماء، وهذا الامر يحول بينها وبين مواكبة التطورات في المجالات المحكومة بهذه القواعد وخاصة مجالات التجارة، إذا انه مع ثبات النصوص وتطور موضوعاتها سنشعر بعدم مواكبة النصوص هذه التطورات من اجل تحقيق العدالة، وبالتالي سوف يكون هنالك فرق بين النص الحاكم والواقعة المحكومة، فكلما كانت القاعدة مرنة كانت فرصة تحقيق العدالة أكبر وكلما كانت النصوص جامدة عجزت عن تحقيق العدالة. فالصياغة المرنة تعطي سلطة أكبر للقاضي من النصوص الجامدة وهذا يجعله ينظر الى كل حالة على حدة للبحث عن الحل الأمثل. وبالتالي فأن قواعد التنازع في القانون العراقي وفي الدول المقارنة إذا كانت تحقق العدالة الشكلية فأنها غير قادرة على تحقيق العدالة الموضوعية.

وفيما يتعلق بلائحة روما الثانية فأن الحلول

التي قدمتها لحل النازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية توحي بمدى تأثرها بمبادئ العدالة والانصاف، وسعيها الى تحقيقها بين الأطراف، فهي اعطت الاختصاص بشكل اساسي للقانون المحلي في مسائل المسؤولية التقصيرية بشكل عام وفي مسائل التلوث البيئي على وجه الخصوص، وفي ذات الوقت تبنت مبدأ قانون الارادة عندما سمحت للأطراف اختيار القانون المختص، وحتى لو لم يتفق الاطراف على قانون معين فأنها لم تقف عند حد القانون المحلي بل أنها اجازت للقاضي ان يترك هذا القانون ويبحث عن القانون الاوثق صلة بالقضية والذي يتماشى مع توقعات الاطراف. وتسعى هذه اللائحة من خلال هذه الحلول المتعددة الى الوصول الى أكثر الحلول ملاءمة بين أطراف النزاع.

كما ان الفقه قد بذل جهوداً مضنية لتوفير الحل الأمثل في منازعات القانون الدولي الخاص الناشئة عن المسؤولية التقصيرية على وجه العموم، ومسائل التلوث البيئي بشكل خاص. حيث طرح الفقه –كما مر بنا–حلول ومعايير متعددة في سبيل ذلك، كمعيار القانون المحلي، ومعيار قانون الارادة، ومعيار التركيز الاجتماعي، ومعيار القانون الاصلح للمضرور، وقانون القاضي. وكل فريق من هذه الفرق يبحث عن الحل الأمثل ويقدم الحجج التي تدعم رأيه، مدعياً بأن هذا الرأي هو من يحقق العدالة بين الخصوم. ونحن لا نقف بوجه هذه الادعاءات بتاتاً بل نأخذ موقف الحياد منها؛ لأن كل فريق ينظر الى العدالة بمنظاره الخاص ويعتقد بحسن نية بأن رأيه هو الأصح وما يجب العمل به.

وما نستقر عليه من رأي يتمثل في أن تطبيق القانون المحلي –سواء كان قانون الخطأ او الضرر– على الاضرار الناشئة عن التلوث البيئي لا يحقق العدالة بين الأطراف في بعض الحالات؛ فهو اذ يحققها للمضرور بتطبيق قانونه فقد لا يحققها للمسؤول إذا كان قانونه لا يعاقب على هذا الفعل أو كان قانون المضرور يعاقب بعقوبات شديدة لم يكن يتوقعها المسؤول، والعكس قد يحصل إذا قلنا بتطبيق قانون المسؤول. لهذا السبب فأن الفقه الحديث يهجر نظرية القانون المحلي في الكثير من الحالات ويدعو الى تبني حلول اخرى، نظراً لكون مسألة العدالة نسبية في تطبيق القانون المحلي، كما انها تختلف من قانون الى آخر، ففي القانون الفرنسي يطغي جانب العطف على المضرور، بحيث تعتبر الحقوق الواردة في هذا القانون حداً ادنى له، ويتم استبعاد اي قانون يقرر حماية اقل. أما القانون الالماني فيأخذ بحكم معاكس حيث يعتبر أن الحماية الواردة فيه تمثل حداً اعلى لما يرتكبه الالماني من اعمال في الخارج. في حين نرى بأن القضاء الانجليزي يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر الذي ارتكبه المواطن الانجليزي في الخارج أن يكون هذا الضرر غير مشروعاً في الداخل [٥٩].

ونظراً للمشكلات التي يواجهها تطبيق القانون المحلي وبروز فكرة سيادة الدولة على اقليمها، فقد طرح الفقه حلولا أكثر موضوعية وملائمة وهي قانون الارادة وقانون التركيز الاجتماعي والقانون الاصلح للمضرور. ونرى بأن أنصار القانون الاصلح للمضرور ينظرون الى جانب واحد وهو المضرور ويهدرون مصلحة المسؤول، في حين أن مصلحة المسؤول جديرة بالحماية شأنها شأن مصلحة المضرور، وهذا الأمر يجعل العدالة نسبية ومن جهة واحدة وهي جهة المضرور. أما معيار قانون الارادة

ومعيار التركيز الاجتماعي فنرى بأنهما أكثر الحلول منطقية وقدرةً على الموازنة بين مصالح الخصوم وتحقيق العدالة بينهما.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا بأن اعتبارات العدالة لها دوراً كبيراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير العقدية بشكل عام ولا سيما الضرر البيئي، وحتى يستطيع القاضي الوصول الى هذا الهاجس، يجب عليه ان لا يتمسك بمعيار محدد لحكم الواقعة، وانما يأخذ بكل المعايير، ويتعامل مع كل حالة على حدة. فيطبق القانون المحلي إذا كان الطرفان يقيمون على اقليم دولة واحدة، ويطبق قانون التركيز الاجتماعي إذا كانت القضية أوثق صلة بقانون معين، ويطبق القانون الاصلح للمضرور، إذا كان مرتكب الضرر متعمداً ايقاع الضرر بالمضرور فلا يتم التعامل معه بتهاون في هذه الحالة، ولا يتم العمل بجميع القوانين السابقة، إذا حضرت الارادة حيث يتقيد القاضي بتطبيق هذا القانون ما دام لم يوجد مانع يمنع تطبيقه.

الخاتمة

في ضوء ما تم دراسته في هذا البحث سوف نقسم خاتمته على فقرتين هما النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

١. اثار التلوث البيئي بكافة أنواعه اهتمام على مستوى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية؛ فقد بُذلت في سبيله جهود مُضنية من قبل المشرعين الوطنيين عن طريق سن التشريعات التي تهدف الى حماية وتحسين البيئة ومعالجة الاضرار التي يسببها التلوث، كما أن اهتمام المجتمع الدولي في مسائل التلوث البيئي كان جلياً وذلك من خلال الاتفاقيات الكثيرة والمهمة التي عُقدت من أجل حماية البيئة ومعالجة آثار تلوثها.

٢. أتضح من خلال البحث ان القواعد التشريعية والاتفاقية يطغي عليها الطابع الامر اي انها قواعد موضوعية ذات تطبيق ضروري والقليل منها قواعد اسنادية، وهذا ما يعكس الأهمية الاستثنائية لهذا النوع من المنازعات، واهتمام صانع الإرادة التشريعية على المستوى المحلي والدولي بالتلوث البيئي كاستحقاق لابد من وضع القواعد المناسبة لمواجهة أثاره الضارة.

٣. إن الضمانات التي وضعها القانون الدولي الخاص وبالخصوص بشأن القانون الواجب التطبيق على تختلف بحسب نطاق هذا التلوث، فإذا كان منحصراً في نطاق ضيق طبقت عليه الحلول الواردة في قواعد الاسناد التقليدية، وإن كان هذا عاماً واسعا بحيث يشكل مساساً بالأمن المدني طبقت عليه القواعد ذات التطبيق الضروري في الدولة دون تطبيق قواعد الاسناد.

٤. أن مبدا سيادة الدولة تمنع حصول التنازع سواء كانت هذه السيادة اقليمية او سيادة شخصية، ولكن تخلي الدول جزئيا عن مبدا السيادة المطلقة واعتماد السيادة النسبية هو ما يفسح المجال لحصول التنازع وهذا ما هو متبع في معظم دول العالم حالياً، بالنسبة لهذا النوع من المنازعات.

٥. تلعب الاتفاقيات الدولية دوراً مهما في حل التنازع الدولي للقوانين بشكل عام والتنازع في مسائل التلوث البيئي على وجه الخصوص، حيث شرعت الكثير من الاتفاقيات الدولية الاممية وغير الاممية لوضع الحلول المناسبة في مسائل التنازع الذي يحصل بسبب التلوث البيئي سواء كان تلوثاً برياً او جوياً او بحرياً، ويكون لهذه الاتفاقيات الصدارة بين الدول المتنازعة على الحلول المنصوص عليها في قوانينها الداخلية، بلحاظ كون الاضرار التي يُلحقها التلوث البيئي أصبحت ذات

آثار دولية عابرة للحدود، ولا يمكن مواجهتها في معالجات تشريعية محلية.

٦. وإذا لم توجد اتفاقية بين الدول المتنازعة فيتم اللجوء الى الحلول الشائعة في المجال الدولي وأبرزها الاعراف والمبادئ القانونية الدولية، وهذا أصبح من المسائل التي حصل عليها سبه أتفاق بين الدول لمواجهة خصوصية هذا النوع من المنازعات ذات الابعاد الدولية المؤثرة على الامن المدني لسكان العالم أجمع، بحسب نوع التلوث وآثاره الضارة.

٧. أن التنازع الدولي للقوانين بسبب التلوث البيئي متعدد، فقد يحصل بين شخصين عاديين سواء كانوا اشخاص طبيعيين أو معنويين، وقد يحصل بين دولتين تتصرفان بوصفهما اشخاص عاديين لا بوصفهما دول صاحبة سلطة وسيادة، وقد يحصل بين شخص عادي ودولة وفي هذه الحالة قد تكون الدولة هي المسؤول والمقابل هو المضرور وقد تكون الدولة هي المضرور والمقابل هو المسؤول. ولا يخرج الحل في جميع الحالات عن تطبيق قواعد الاسناد المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية او القوانين الداخلية، أو تطبيق القواعد ذات التطبيق الفوري المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية، أو تطبيق الاعراف والمبادئ الدولية.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي بوضع نص مادة قانونية بشكل واضح صريح لا يقبل التأويل يتناسب مع خصوصية هذا النوع من المنازعات الخاصة بالتلوث البيئي في قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ تبين تحديد القانون الواجب التطبيق في اهلية الوجوب والاداء بالنسبة لأطراف العلاقة، أو في القانون المدني مع قواعد تنازع القوانين، وحسب الفلسفة التشريعية التي يتبناها المشرع بهذا الصدد.

٢. إجراء تعديل على أحكام المادة (١/٢٧) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بان تذيل المادة بعبارة "... مع مراعاة ما ورد في القوانين المعنية بحماية وتحسين البيئة".

٣. نقترح على المشرع العراقي الإسراع بدراسة أمكانية الانظام الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية وتحسين البيئة لتعويض النقص التشريعي الخاص بهذا الشأن، تفاديا للأثار الواقعية على الامن المدني، وبالخصوص في الوقت الراهن والعراق يعيش حالة التغير المناخي نتيجة لعوامل التعرية والنقص الحاد في المياه، وانظامه للاتفاقيات الدولية الخاصة بالحماية البيئية سيوفر للبلد نوع من الحماية الدولية لحقوقه المشروعة.

٤. نوصي المشرع العراقي باعتماد إرادة الأطراف وأخذها بنظر الاعتبار فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق، مع مراعاة الضوابط الخاصة بقانون الإرادة، لأجل الوصول الى اليقين القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة، بشأن الاضرار الناشئة من التلوث البيئي.

٥. اضافة مادة الى قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ تتضمن عبارة (مع مراعاة القوانين المعنية بالبيئة دون اهدار ارادة الاطراف في الاتفاق على القانون الاصلح لهما).

٦. منح سلطة تقديرية للمحكمة المختصة بنظر منازعات التلوث البيئي بمراعاة العدالة المادية والخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق، لأجل الوصول الى أفضل الحلول التي تراعي الأهداف العامة للقانون الدولي الخاص، منها اليقين القانوني والتنسيق بين النظم القانونية وغيرها.

الهوامش

(١) د. محمد جلال حسن الاتروشي، الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، السنة الاولى، العدد الاول، ٢٠١٣، ص٤٥.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ١٩٩٦، ص٤٩٥. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٢٨-١٢٩.

(٣) ينظر للمزيد عن القضاء الفرنسي، نرجس أجعيبط، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٨، ص٣٥.

(٤) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد قانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، بحث منشور في كلية القانون/ جامعة النهرين، المجلد ١٩، العدد ١ب، ٢٠١٧، ص١٦٦ و١٥٠.

(٥) ناظم احمد منديل، المسؤولية الدولية عن مضار التلوث البيئي العابر للحدود، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٣، السنة الاولى، ص٢٩٧ وما بعدها.

(٦) د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج٢، ط٨، بدون دار ومكان طبع، ٢٠٠٦، ص٢٠٩. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص١٢٩.

(٧) انظر في هذا الرأي: د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٨، ص٣٢٠.

(٨) المصدر نفسه، ص٣٢٢.

(٩) د. محمد جلال حسن الاتروشي، مصدر سابق، ص٥١.

(١٠) نشميل سياه كيو مصطفى، تنازع القوانين والاختصاص القضائي في قضايا التلوث البيئي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٦، ص٧٨.

(١١) د. حسين عبدا لله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص١٥٠.

(١٢) أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص٨١-٨٢. نقلا عن د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص١٥٠.

(١٣) د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ط٤، مطبعة نور الاسلام، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٩٣

(١٤) د. مجد الدين خربوط، مصدر سابق، ص٣٢١.

(١٥) د. سالم إرجيعة، مصدر سابق، ص٢٩٢

(١٦) انظر في هذه المواقف القضائية: سالم ارجيعة، مصدر سابق، ص٢٩٣-٢٩٤.

(١٧) د. أميد صباح عثمان، مصدر سابق، ص١٢٧. نقلا عن د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص١٥٢.

(١٨) نشميل سياه كيو مصطفى، مصدر سابق، ص٨١ وما بعدها.

(١٩) د. سالم ارجيعة، مصدر سابق، ص٢٩٥.

(٢٠) أشار اليه د. علي الهادي الاسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية، ليبيا، ٢٠١٥، ص٢٩.

(٢١) محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في أطار العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٧، العدد الاول، الجزائر، ٢٠٢١، ص٢٤٠.

(٢٢) د. علي الهادي الاسود، مصدر سابق، ص٣٠.

(٢٣) محمد السعيد ليندة، مشكلة تطبيق قوانين البوليس الاجنبية من طرف القاضي الوطني، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق–جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص٤١٤.

(٢٤) عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، م٣، العدد ٤٢، ٢٠١٨، ص٣١٥–٣١٦.

(٢٥) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ نشر، ص٤٠، احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٢٠.

(٢٦) ضياء محمد سلامة، عمل الاجانب في الاردن، ط١، دار المأمون للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢١، ص١٦٤.

(٢٧) نقلا عن عمر صدقي محمود، مصدر سابق، ص٣١٥.

(٢٨) د. هشام على صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٨٤٢ – ٨٤٣.

(٢٩) عنايت عبد الحميد ثابت، ذاتية وعدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٨، ١٩٩٢، ص٩٥. نقلا عن عمر صدقي محمد، مصدر سابق، ص٣١٩.

(٣٠) عمر صدقي محمد، مصدر سابق، ص٣٢٥–٣٢٦.

(٣١) محمد بلاق، مصدر سابق، ص٢٤٤.

(٣٢) د. هادي عيسى حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٢١، ص٣٩٢.

(٣٣) د. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٣٤) عمر صدقي محمد، مصدر سابق، ص٣٣٦–٣٣٧.

(٣٥) ابراهيم جودة علي العاصي، دور التشريعات الدولية الخاصة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص٦٧.

(٣٦) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ٢٠١٦، ص٢٣٠.

([٣٧]) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٥٠-٢٥١.

([٣٨]) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٥٢.

([٣٩]) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، ص١٦٦

([٤٠]) اينما وردت كلمة (دولة القاضي) فنقصد بها الدولة التي حصلت على اقليمها واقعة التلوث، ورفعت الدعوى أمام محاكمها.

([٤١]) د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ط٤، مطبعة نور السلام، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤٥.

([٤٢]) د. محمد مصيلحي، مصدر سابق، ص١٧٦.

([٤٣]) المصدر نفسه، ص١٨٤.

([٤٤]) ابراهيم جودة علي عاصي، مصدر سابق، ص٦٧.

([٤٥]) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٠، د. سالم ارجيعة، مصدر سابق، ص٧٣ وما بعدها.

([٤٦]) انظر المادة (١٤) من القانون المدني العراقي.

([٤٧]) انظر المادة (١٨) من القانون المدني العراقي.

([٤٨]) انظر المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي.

([٤٩]) انظر المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي.

([٥٠]) انظر المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي.

([٥١]) د. عبد الله فاضل، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون-جامعة السليمانية، ٢٠١٣، ص٢٦.

([٥٢]) المصدر نفسه، ص٦٧.

([٥٣]) احمد نعمة خضير، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة كربلاء، ٢٠٢٠، ص١٤٧.

(٥٤) د. سالم أرجيعة، مصدر سابق، ص٢٩٣.

(٥٥) الفقرة السادسة من اللائحة التوضيحية للائحة

([٥٦]) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص١٤٦ وما بعدها.

([٥٧]) د. سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٤٤.

([٥٨]) المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٣) من القانون المدني المصري.

([٥٩]) د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٤٩٧-٤٩٨.

المصادر

أولا: الكتب القانونية:

١. د. ابراهيم جودة علي العاصي، دور التشريعات الدولية الخاصة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.

٢. د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ نشر.

٣. د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٤. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ١٩٩٦.

٥. د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد قانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، بحث منشور في كلية القانون/ جامعة النهرين، المجلد ١٩، العدد ١ب، ٢٠١٧.

٦. د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ط٤، مطبعة نور الاسلام، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٧. د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج٢، ط٨، بدون دار ومكان طبع، ٢٠٠٦.

٨. د. سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٣.

٩. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

١٠. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

١١. د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٨.

١٢. د. هادي عيسى حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٢١.

١٣. د. هشام على صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

١٤. ضياء محمد سلامة، عمل الاجانب في الاردن، ط١، دار المأمون للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢١، ص١٦٤.

ثانيا: الرسائل والأطاريح:

١. احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٢٠.

٢. احمد نعمة خضير، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة كربلاء، ٢٠٢٠، ص١٤٧.

٣. عبد الله فاضل، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون–جامعة السليمانية.

٤. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٨.

٥. نرجس أجعيبط، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٨.

٦. نشميل سياه كيو مصطفى، تنازع القوانين والاختصاص القضائي في قضايا التلوث البيئي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٦.

ثالثا: البحوث والدوريات:

١. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ٢٠١٦.

٢. علي الهادي الاسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية، ليبيا، ٢٠١٥، ص٢٩.

٣. عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، م٣، العدد ٤٢، ٢٠١٨، ص٣١٥–٣١٦.

٤. عنايت عبد الحميد ثابت، ذاتية وعدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٨، ١٩٩٢.

٥. محمد السعيد ليندة، مشكلة تطبيق قوانين البوليس الاجنبية من طرف القاضي الوطني، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق–جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص٤١٤.

٦. محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في أطار العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٧، العدد الاول، الجزائر، ٢٠٢١، ص٢٤٠.

٧. محمد جلال حسن الاتروشي، الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، السنة الاولى، العدد الاول، ٢٠١٣.

٨. ناظم احمد منديل، المسؤولية الدولية عن مضار التلوث البيئي العابر للحدود، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٣، السنة الأولى.

رابعا: القوانين والاتفاقيات الدولية:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.

٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.

٣. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.قانون

٤. قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩.

٥. قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لعام ٢٠٠٩.

٦. قانون النقل البحري الفرنسي لسنة ١٩٦٦.

٧. لائحة روما ٢ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧.

٨. اتفاقية حماية البيئة في أستوكهولم المبرمة سنة ١٩٧٤.

٩. الاتفاقية الاوروبية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية في لكسمبورغ عام ١٩٩٨.

١٠. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ في شأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري.