ISSN: 1999-5601 (Print) 2663-5836 (online)

Lark Journal

Available online at: https://lark.uowasit.edu.iq

*Corresponding author:

Lecturer Hasanain jabbar shakeer

University: Wasit University

College: college of law

Email: hhskeer@uowasit.edu.iq

Keywords:

The reserve attribution , disjunctive attribution , The gradual attribution , The foreign law.

A R T I C L E I N F O

Article history:

Received	7 Sep 2022
Accepted	14 Sep 2022
Available online	1 Oct 2022

The Reserve Attribution in Scope of Conflict of Laws

A B S T R U C T

The traditional attribution approach is still the most prominent method adopted for solving the problem of conflict of laws in international private relations, and reserve attribution is one of the forms of attribution adopted to solve this problem. The function it performs or where the roles it assumes or in terms of its images as well as its legal basis and nature still vague in spite of the concensus among jurists about it; therefore this research came to shed light on this idea. The reserve attribution takes several forms, including what is stipulated in the rules of attribution, and what is not stipulated, and the stipulated reserve attribution may be gradual and may be optional. For the exclusion of the applicable law when it violates public order.

© 2022 LARK, College of Art, Wasit University

DOI: https://doi.org/10.31185/

الاسناد الاحتياطي في مجال تنازع القوانين

م. حسنين جبار شكير/ جامعة واسط / كلية القانون

الخلاصة:

لا يزال نهج الإسناد التقليدي هو الأسلوب الأبرز لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، ويعد الإسناد الاحتياطي أحد أشكال الإسناد المعتمدة لحل هذه المشكلة. الوظيفة التي تؤديها أو الأدوار التي تقوم بها أو من حيث صورها وكذلك أساسها القانوني وطبيعتها، وبالتالي جاء هذا البحث لتسليط الضوء على هذه الفكرة. ويتخذ الاسناد الاحتياطي صورا عدة منها ما هو منصوص عليه في قواعد الاسناد ومنها ما هو غير منصوص عليه، والاسناد الاحتياطي المنصوص عليه قد يكون تدرجيا وقد يكون تخييريا، اما الاسناد الاحتياطي غير المنصوص عليه فقد يكون لسد الفراغ التشريعي الناجم عن عدم التوصل لمضمون القانون الأجنبي او عن استبعاد القانون الواجب التطبيق عند مخالفته للنظام العام.

كلمات مفتاحية :الاسناد الاحتياطي، الاسناد التخييري، الاسناد التدرجي، القانون الاجنبي

مقدمة

يواجه القاضي وهو في سبيل حسم النزاع ذات العنصر الاجنبي المعروض امامه عدة مناهج لحل مشكلة تنازع القوانين، وابرز هذه المناهج وأكثرها شيوعا واستخداما هو منهج الاسناد القائم على اخضاع المنازعة لاكثر القوانين اتصالا بها من خلال ضابط الاسناد الذي يضعه المشرع الوطني في قاعدة الاسناد. والقاضي عندما يلجأ الى أسلوب الاسناد يواجه عدة مشاكل منها مشكلة الفراغ التشريعي الناجم من انعدام قاعدة الاسناد الخاصة بالنزاع المعروض، او اصطدام القواعد التي اشارت اليها قاعدة الاسناد الوطنية مع النظام العام، او وجود قاعدة اسناد بلا ضابط اسناد محدد او واضح يترك المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية لاختيار القانون الواجب التطبيق، او وجود قاعدة اسناد تتضمن اكثر من ضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض دون تحديد الأولوية في التطبيق لاحد هذه الضوابط، كل تلك الحالات وحالات اخرى قد تواجه القاضي تستدعي اجتهاده وتدخله بحل حاسم للنزاع باعتماد قاعدة اسناد قد تكون غير منصوص عليها في قانونه الوطني الا انها معروضة ومقترحة في اراء فقهاء القانون الدولي الخاص وقرارات المحاكم الوطنية في دول أخرى، وقد تمثل قاعدة عرفية او مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص فتسد فراغا قانونيا عند القاضي الناظر بالنزاع. وتسمى هذه القواعد في فقه القانون الدولي الخاص بقواعد الاسناد الاحتياطية.

أهمية البحث

في الوقت الذي تتنوع فيه العلاقات بين الافراد وتمتد عبر الحدود تعد مشكلة تنازع القوانين من اهم المشاكل التي تواجه القضاء وهو في خضم البحث عن النظام القانوني الذي يحكم النزاع المشوب بعنصر اجنبي الذي ينجم عن تلك العلاقات ويعرض امامه، وقد طرحت الكثير من الحلول القانونية والفقهية والقضائية لحل هذه المشكلة وكان الاسناد الاحتياطي احدى الوسائل التي تقدم حلا للقضاء في النزاع المعروض عليه، ومن تنبع أهمية الموضوع.

إشكالية البحث

للاسناد الاحتياطي دور كبير متفق عليه -فقها وقضاء- في عملية تنازع القوانين من خلال الحلول التي يقدمها للقاضي المعروض امامه النزاع، ورغم هذا الدور فاننا نجد انه لم يدرس بشكل واف، وعندما يتم التطرق اليه فيكون ذلك ضمن الاطار العام فقط، لذا يمكن صياغة اشكالية البحث من خلال طرح التساؤلات الاتية: ما هو مفهوم الاسناد الاحتياطي؟ وما هو الاساس الذي يستند عليه القاضي عند اللجوء اليه؟ وما هي طبيعته القانونية؟ وما هو دوره في عملية تنازع القوانين؟ وما هي حدود هذا الدور؟ وما هي صور الاسناد

الاحتياطي؟ وهل دوره واحدا في كل صورة من صوره؟ كل ذلك سوف نتطرق له في هذا البحث، مع بيان موقف المشرع العراقي من الموضوع.

منهج البحث

سوف نبحث الموضوع وفقا للمنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص القانون الدولي الخاص العراقي مع الإشارة السريعة لبعض القوانين كالقانون المصري والجزائري واللبناني والالماني. وسنقسم البحث الى ثلاثة مباحث نتطرق في المبحث الأول منه الى التعريف بالاسناد الاحتياطي ونقسمه الى مطلبين نبين مفهوم الاسناد الاحتياطي في المطلب الأول وفي المطلب الثاني أساس وطبيعة الاسناد الاحتياطي، ثم نتناول في المبحث الثاني الاسناد الاحتياطي المحدد بنص ونعالج صورة الاسناد التدرجي في المطلب الأول منه وصورة الاسناد التخييري في المطلب الثاني منه، ثم نتطرق في المبحث الثالث للاسناد الاحتياطي غير المحدد بنص ونتناول تكريس الاسناد الاحتياطي عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في المطلب الأول منه و تكريس الاسناد الاحتياطي عند استحالة التوصل الى القانون الواجب التطبيق في المطلب الثاني منه.

المبحث الأول

التعريف بالإسناد الاحتياطي

قبل بيان صور الاسناد الاحتياطي واهمية كل صورة من صوره يقتضي منا البحث التطرق لتعريف الاسناد الاحتياطي ضمن هذا المبحث، فنتطرق في المطلب الأول منه لبيان مفهوم الاسناد الاحتياطي وفي المطلب الثاني لأساسه وطبيعته القانونية.

المطلب الأول

مفهوم الاسناد الاحتياطي

من الأمور التي يمكن ملاحظتها بوضوح أن التطور الذي حصل في ميدان القانون الدولي الخاص صار يستهدف بالدرجة الأساس تحقيق الأمن القانوني لعلاقات الأفراد عبر الحدود وتوفير القدرة على توقع الحلول، الأمر الذي أدى إلى التوجه نحو تقنين القانون الدولي الخاص وصياغة قواعد إسناد تتضمن التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق، ومن ثم بالجمود. وقد انتقد الفقه (انظر مسلم،1974، ص82. الحداد، 2007، ص66. امين، 2018، ص103) الحيادية المفرطة لقواعد الاسناد كونها تؤدي الى جمودها المفرط وعشوائيتها الواضحة وعدم اهتمامها بالنتائج ومن ثم عدم إيجاد حل عادل للمنازعة، فمنهج الاسناد يسند

العلاقة القانونية الى قانون دولة معينة دون معرفة مضمون هذا القانون والنتائج التي تترتب على تطبيقه وذلك للثقة المسبقة التي يمنحها المشرع الوطني للقانون الأجنبي في حكم العلاقة محل النزاع.

ولذلك برزت الحاجة إلى قدر من المرونة في القواعد التي تطبق على علاقات ذات صفة خاصة غير اعتيادية. فكانت النتيجة حصول التعارض بين جمود قاعدة الإسناد المُعدة سلفاً، والحاجة لعدالة تتفق مع ظروف النزاع وما يقتضيه ذلك من ضرورة تدخل القاضي في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة لتطبيق قاعدة الإسناد. ومن هنا كان مولد فكرة استثناءات تقويم الإسناد وتطبيقها في تلك المجالات من أحوال تنازع القوانين التي لم تعد تتلاءم مع الإسناد القائم على ضوابط ومعايير جامدة ومحددة (أبو العلا، تخطي جمود الحياد في قواعد الاسناد وفقا للقانون، بحث منشور على الرابط الالكتروني الاتي : Z9u.pw/GcH2https://) فصار يتدخل المشرع ليمنح القاضي الوطني سلطة تقديرية في بعض الأحيان لايجاد بديل عن القانون المختص هذا البديل قد يكون قانونا اجنبيا اخر او قد يكون قانون القاضي نفسه، او ان يترك المشرع مرونة تشريعية او فراغا تشريعيا ويتيح للقاضي سلطة ملئه في تحديد القانون الملائم للنزاع عندما تسكت قاعدة تنازع القوانين عن تحديد القانون المختص او تعذر الوصول اليه من خلال تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا(كاظم، 2020، ص46) او عبر ما يسمى بـ" الاسناد الاحتياطي". وتعد فكرة الاسناد الاحتياطي من المسلمات عند الفقهاء في بعض التطبيقات التي لا توجد فيها قاعدة اسناد صريحة او محددة على وجه الدقة – سوف نتطرق لها تباعا- ولها ايضا تطبيقات في قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها، وهي تمثل في ذات الوقت صورة من صور مبادئ القانون الدولي الخاص، لان هذه المبادئ باعتبارها مصدرا مهما من مصادره عند افتقاد النص ترشدنا في بعض الأحيان لتطبيق قانونا ما بناء على قاعدة اسناد احتياطية. ورغم الأهمية الكبرى التي تنالها فكرة الاسناد الاحتياطي والدور الذي تلعبه في تحديد القانون المختص او الملائم لحكم النزاع لا نجد لها تعريفا جامعا لا في شروحات الفقهاء ولا في احكام القضاء فضلا عن التشريع، رغم الاشارة اليها في اراء الفقهاء واحكام القضاء كأساس لتطبيق قانون ما على المنازعة المشوبة بعنصر اجنبي.

ويختلف مفهوم الاسناد الاحتياطي بحسب زاوية النظر اليه او الغاية المتوخاة منه او الصورة التي يتمظهر بها في حل مشكلة تنازع القوانين، فهو من جهة (اختيار القاضي لانسب القوانين واكثرها ملائمة لحكم النزاع التي يشير المشرع الوطني الى تطبيق أي واحد منها بشكل اختياري تحقيقا لمصلحة طرفي النزاع او احدهما) وينطبق هذا التعريف مع صورة الاسناد الاحتياطي ذات الطابع التخييري الذي يتيح فيه المشرع للقاضي الوطني بنص صريح اختيار واحد من عدة قوانين متصلة بالموضوع وابرز امثلتها قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات.

وتعرف عملية الاسناد الاحتياطي من زاوية سد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام او لعدم توصل القاضي لمضمونه فنقول بانها (تطبيق القاضي الوطني لقانونه الوطني بدلا من القانون الأجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه لتعذر الوصول اليه او لكونه مخالفا للنظام العام في دولة القاضي) (انظر قرب ذلك: ناصف، 1994، ص261). ويمكن تعريف الاسناد الاحتياطي من زاوية الاسناد التدرجي فنقول بانه (تطبيق القاضي الوطني للقانون البديل او الاحتياطي المعين بمقتضى قاعدة الاسناد بعد ان تعذر تطبيق القانون الأول او الاصلي الذي اشارت اليه أولا وبتدرج يراعى فيه الأولوية في التطبيق).

بالمجمل نستطيع القول ان الاسناد الاحتياطي هو (اجراء يلجا اليه القاضي الوطني اما لاختيار القانون المختص بالنزاع المعروض من بين قانونين او اكثر اختيارا مقيدا منصوصا عليه بشكل يراعى فيه التسلسل والاولوية عند الاختيار، او بشكل تخييري عبر سماح المشرع للقاضي باختيار قانون من بين عدة قوانين متساوية في الدرجة والتطبيق، واما لسد فراغ تشريعي يحدث في عملية الاسناد حين يتعذر على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام او حين يتعذر عليه الوصول الى مضمون ذلك القانون). ووفقا لهذا التعريف يتخذ الاسناد الاحتياطي صورا عدة بحسب الغرض من اللجوء اليه:

أولا: الاسناد الاحتياطي لتحقيق غاية مادية واثرا قانونيا: فيسمح المشرع وفقا لهذه الصورة للقاضي الوطني بان يستبدل القانون المختص بقانون او اكثر بشكل تخييري دون مراعاة التسلسل او التدرج، يبغي من المشرع من خلاله تحقيق غاية مادية في الغالب، وابرز امثلة هذه الصورة القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج في المادة (19/1) من القانون المدني العراقي.

ثانيا: الاسناد الاحتياطي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن ظروف تطبيق القانون الاجنبي: وتتحقق هذه الصورة عندما يستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي المختص بسبب التنافر بين هذا القانون وقانون القاضي المعروض امامه النزاع عندما يخالف النظام العام في دولة القاضي، فيطبق القاضي قانونا اخر بديلا عن ذلك القانون، ويحصل ايضا عندما يتعذر على القاضي الوطني الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.

ثالثا: الاسناد الاحتياطي عند عدم استخدام اطراف العلاقة القانونية لمكنة تحديد القانون المختص: ويحصل عندما يسمح المشرع للافراد بان يختاروا قانونا معينا ليحكم علاقتهم العقدية، وفي حالة عدم اتفاقهم على قانون معين او عدم صحة ذلك الاتفاق فان المشرع يرشد القاضي لتطبيق قانون بديل او اكثر بشكل تدرجي (خالد، 2014، ص549.) ومن ابرز امثلته قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية الواردة في المادة (25) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

أساس الاسناد الاحتياطي وطبيعته القانونية

سنتطرق في هذا المطلب لاساس الاسناد الاحتياطي ضمن الفقرة أولا ولطبيعته القانونية في الفقرة ثانيا.

اولا: الأساس القانوني للاسناد الاحتياطي

يختلف أساس الاسناد الاحتياطي بين ما اذا كان منصوصا عليه في قواعد الاسناد ام غير منصوص عليه. فاذا كان الاسناد الاحتياطي تخييريا او تدرجيا (منصوصا عليه) فيكون أساس لجوء القاضي لضابط الاسناد او لقاعدة الاسناد الاحتياطية هي قاعدة الاسناد نفسها، في الفرض الذي تتضمن فيه ضابط اسناد اصلي وضوابط احتياطية كقاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية التي وردت في المادة (25) من القانون المدني العراقي، والفرض الذي تتضمن فيه ضابطان للاسناد او اكثر بشكل تخييري كما في قاعدة الاسناد الخاصة بشكل الزواج التي وردت في المادة (19/1) من القانون المدني.

اما اذا كان الاسناد الاحتياطي غير منصوص عليه فبعض الفقه (الداودي والهداوي، 2017، ص213. صادق، 1974، ص276) يرى –وبحق- ان المشرع قد خول القاضي في المادة (30) من القانون المدني سلطة الكشف عن الحل الواجب الاتباع من خلال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وذلك عند سكوت القانون عن بيان الحل للمسالة المعروضة، فقد نصت المادة المذكورة على " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص ... من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا "، فاذا كان المشرع قد اعترف للقاضي بقدرة الكشف عن قاعدة الاسناد الاصلية عند سكوت القانون عن وضع حل للتنازع فانه يمكن الاعتراف للقضاء أيضا بالقدرة على الكشف عن قاعدة الاسناد الاحتياطية عند تعذر اعمال قاعدة الاسناد الاصلية التي يتضمنها التشريع لاستحالة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه. ويؤيد هذه القدرة ويؤكدها موقف المشرع في المادة (33) من القانون المدني المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص منعدم او متعدد الجنسية، فقد خول القاضي سلطة تقديرية او " اجتهادية " مضمونها وضع قاعدة اسناد احتياطية تقوم مقام قاعدة الاسناد الاصلية في الفرض المذكور لتعذر اعمال ضابط الاسناد الذي جاءت به قاعدة الاسناد الاصلية، واذا كان الامر كذلك افلا يمكن الاعتراف قياسا على الفرض المتقدم بقدرة القضاء على وضع قاعد اسناد احتياطية عند تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير قاعد الاسناد الاصلية باختصاصه ؟ ويشترط أصحاب هذا الاتجاه للجوء القاضي لقاعدة الاسناد الاحتياطية عند تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي ان يكون التشريع خاليا من قاعدة اسناد احتياطية أخرى، فلو تضمن

التشريع قاعدة اسناد احتياطية أخرى فيتوجب تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه عند تعذر الكشف عن القانون المختص او إيجاد القانون البديل للقانون المخالف للنظام العام بموجب قاعدة الاسناد الاصلية. ونحن بدورنا نطرح ذات التساؤل ونقول: افلا يمكن الاعتراف -قياسا على الفرض المتقدم- بقدرة القاضي على وضع قاعد اسناد احتياطية ترشده الى تطبيق قانون بديل عن القانون الواجب التطبيق الذي يخالف النظام العام في دولته؟ نستطيع القول ان القاضي سيطبق قانونه الوطني في هذا الفرض-ان لم يجد نصا احتياطيا صريحا- استنادا الى قاعدة اسناد احتياطية غير منصوص عليها وفقا لراي غالبية الفقه في هذا المجال، وتجد هذه القاعدة أساسها في الاختصاص العام لقانون القاضي، ويمكن لنا القول ان هذا الحل صار يمثل مبدأ من المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص.

ثانيا: الطبيعة القانونية للإسناد الاحتياطي:

يتخذ الاسناد الاحتياطي طبيعته من طبيعة قاعدة الاسناد نفسها، فمن الثابت فقها وقضاء وتشريعا ان قاعدة الاسناد هي قاعدة إجرائية او شكلية او الية مهمتها تنحصر في ارشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض، وانها لا تعطي حكما لذلك النزاع، لذلك وصفها الفقهاء بانها قاعدة محايدة او مجردة وغير مباشرة أيضا (مسلم،1974، ص82) وانها قاعدة ملزمة يتوجب على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه حتى لو لم يثر الخصوم تطبيقها- حسب الراي الغالب، وتنسحب هذه الطبيعة لتشمل قاعدة الاسناد الاحتياطية، فهذه القاعدة لا تعطي حكما موضوعيا للنزاع وليس من أهدافها وجوهرها معالجة النزاع المعروض بحكم موضوعي، وانما يلجا اليها القاضي لان المشرع امره بذلك عندما يخضع فكرة مسندة واحدة لاكثر من قانون في وقت واحد على سبيل التخيير او على سبيل التدرج، او ان القاضي يلجا اليها ليسد الفراغ التشريعي الذي ينجم عن تعذر القضاء الوصول لمضمون القانون الأجنبي المختص او ان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي الناظر بالنزاع.

ويبقى ان نشير الى ان طبيعة الاسناد الاحتياطي لا تقتضي الرجوع أولا وبشكل متسلسل او متدرج الى قاعدة اسناد اصلية وفي حال عدم وجودها او عدم جدوى تطبيقها يلجا القاضي لقاعدة الاسناد الاحتياطية حسب الاولوية في جميع الفروض والاحوال، فليس كل ضابط اسناد احتياطي او كل قاعدة اسناد احتياطية تكون مهمتها " استثنائية " بان يلتزم القاضي بإعمال قاعدة الاسناد الاصلية قبل اعمالها، ففي بعض الأحيان يعرض المشرع نفسه اكثر من ضابط اسناد في قاعدة الاسناد الواحدة على سبيل التخيير دون إعطاء الأولوية لضابط معين على اخر من اجل تحقيق اثر قانوني معين، وهذا الهدف يكون عزيزا عند المشرع ويكون من الأهمية بمكان بحيث يسمح للقاضي بان يختار قانون واحد من بين عدة قوانين تخييرا " اجتهاديا "دون تدرج

من اجل تحقيق ذلك الهدف العزيز، ومن ابرز القوانين التي تعمل بهذه الفكرة بشكل واضح هو القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1987، وتهدف قواعد الاسناد التي تتضمن ضوابط تخييرية الى ضمان تحقيق اثر قانوني بطريقة مؤكدة ومباشرة لصالح احد الأطراف او كليهما (الحداد، 2007، ص185) ولذلك نسمي المنهج بمنهج الاسناد الاحتياطي رغم عدم مراعاة الأولوية والتدرج ورغم عدم وجود الأصل والاستثناء في هكذا قاعدة. وفي الواقع فان هذا المنهج لا يعدم في القوانين العربية، فالمادة (19/1) من القانون المدني العراقي تأخذ بهذا المنهج فيما يخص شكل الزواج، والمادة (20) من القانون المدني المصري تأخذ به أيضا فيما يخص شكل التصرفات.

المبحث الثاني

الاسناد الاحتياطي المحدد بنص

قد يتدخل المشرع أحيانا ويضع قاعدة اسناد احتياطية او ضابط اسناد احتياطي في قاعدة الاسناد من اجل تحقيق غاية معينة غالبا ما تكون محاولة جعل التصرف صحيحا قدر الإمكان حماية للأطراف او لأحدهما، او تلافيا لأثار انعدام اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم عندما يسمح لهم المشرع باختيار قانون ليحكمها. هذه الصور تتطلب منا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتطرق في الأول منه للإسناد الاحتياطي ذات الطابع التدرجي وفي الثاني للإسناد ذات الطابع التخييري.

المطلب الأول

الاسناد الاحتياطي ذات الطابع التدرجي

جرت مدرسة الأحوال الايطالية القديمة على إخضاع العقود لقانون بلد إبرامها، وكان هذا القانون يحكم العقد من حيث موضوعه ومن حيث شكله، وقد انتقد هذا الإسناد لانه إسناد جامد محدد بشكل مسبق، وهو يتصف بالطابع الآمر نظراً للصفة الوطنية التي تتصف بها قواعد الإسناد، ولكن فيما بعد، وعلى أثر التوسع في العلاقات التجارية للأفراد عبر الدول، اقتضت الضرورة العدول عن ذلك الإسناد إلى إسناد آخر يتلاءم مع التطورات الحاصلة في هذه العلاقات، حيث تم تخويل أطراف العقد الدولي مكنة حل تنازع القوانين الذي يثور بشأن عقدهم عن طريق اختيارهم للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح أوٍ ضمني. وبذلك أصبح هناك

إسناد خاص بالعقود الدولية من خلال قاعدة اخضاع العقد لقانون الإرادة (ياقوت، 2000، ص24ومابعدها) وهي القاعدة التي استقرت في مختلف القوانين الوطنية وكرستها العديد من الاتفاقيات الدولية كقاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية تتخذ من إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ضابطاً للإسناد. ويتجه القانون المقارن على مستوى القوانين الاجنبية و العربية الى احترام ارادة اطراف العلاقة العقدية استنادا لمبدا سلطان الارادة ومن ثم اعتماد القانون الذي تتفق عليه ارادة الاطراف صراحة او ضمنا كما اعتمد القضاء الفرنسي و البريطاني قانون الارادة المفترضة للاطراف وهو القانون الذي يعبر عن الصلة الاوثق بالعقد، ليشمل العقد في تكوينه واثاره وانقضائه (صادق، 1995، ص16) وقد اشارت المادة (1/19) مدني مصري الى اعتماد قانون الارادة مع اعتماد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، و اذا اختلف موطنها فيصار الى اعتماد قانون محل ابرام العقد على سبيل الاحتياط وهذا يعني ان هناك تدرج في تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود، والى ذات الاتجاه ذهب المشرع العراقي في المادة (1/25) من القانون المدني التي نصت على "يسري على الالتزامات العقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا واذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدين او تبين الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه".

وقاعدة قانون الإرادة هي قاعدة مرنة تمثل خروجا عن منهج الإسناد الجامد في فن إعمالها وفي طريقة هذا الإعمال. فهذه القاعدة تطبق بشكل أكثر مرونة، وبما يتجاوب مع المجال الذي وجدت من أجله حيث التعدد والتنوع في العقود الدولية، ويكون ذلك من خلال إعطاء المتعاقدين مكنة اختيار قانون العقد على نحوٍ صريح أو ضمني يستخلصه القاضي من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية، والإسناد بهذا المفهوم يقتصر على حالة الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، أما في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية على نحوٍ مؤكد، فان على القاضي ان يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد وأن يبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد بشكل وثيق وجدي وذلك من خلال تركيز العقد الدولي أو توطينه في دولة معينة يُنتج فيها العقد غالب آثاره أو جميعها لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، وتسمى هذه العملية بعملية التركيز الموضوعي (سلامة، 2008، ص197. compa, 2021, p40.)

على ان فكرة التركيز الموضوعي والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة تترك مجالا واسعا لاجتهاد القاضي، الامر الذي قد يؤدي الى التحكم، ولذلك تفضل القوانين الوضعية وجود ضوابط معينة يلتزم القاضي باعمالها ولا مجال للاجتهاد فيها، فيتدخل المشرع ليحدد مسبقا القانون الذي يراه اكثر صلة بالعقد الدولي عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة او ضمنا، وغالبا ما يقع يتأرجح اختيار المشرعين ما بين قانون ابرام العقد وقانون محل التنفيذ وقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن المشترك.

هذا المنهج يمكن تسميته بمنهج الاسناد الاحتياطي ذات الطابع التدرجي، حيث وضع المشرع قاعدة اسناد تتضمن اسنادا حسب الأولوية، فالامر يستوجب ان يتحرى القاضي الوطني بشان العقد الدولي عن القانون الذي اختاره الأطراف صراحة او ضمنا وفقا للمادة (25) من القانون المدني، فان انتفى الاختيار وجب عليه الرجوع الى ضابط الاسناد الاحتياطي الاول في قاعدة الاسناد وهو ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنا، فان انتفى الموطن المشترك للمتعاقدين وجب عليه الرجوع الى الضابط الاحتياطي الثاني وهو قانون محل ابرام العقد ويطبقه على النزاع. فلا يستطيع القاضي ان يلجأ الى ضابط الاسناد الاحتياطي مع وجود ضابط الاسناد الأصلي بشكل تخييري، بل يقتضي إعطاء الأولوية – وحسب التسلسل التشريعي- لضابط الاسناد الأصلي فان لم يتوفر جاز الرجوع لضابط الاسناد الاحتياطي الأول، فان لم يتوفر صار الرجوع الى ضابط الاسناد الاحتياطي الثاني حتميا، وهذا يعني ان لا سلطة تقديرية او "اجتهادية " للقاضي تجاه هذه الضوابط، بل عليه تطبيقها حسب تسلسلها الوارد في قاعدة الاسناد. ولهذا التحديد التشريعي المسبق لقانون العقد وفقا لمنهج الاسناد الاحتياطي إيجابيات وسلبيات، فمن ناحية الإيجابيات يكفل هذا المنهج فرصة العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم عقدهم عند سكوتهم عن اختياره وهو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون توقعاتهم المشروعة، ومن ثم يسهم في استقرار متطلبات التجارة الدولية (صادق، 1995، ص416. الحداد، 2007، ص380) على ان تلك الحسنات يقابلها سيئات، أهمها ان هذا النوع من الاسناد يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية المطروحة ولظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حده، الامر الذي يتعارض من حيث المبدا مع فكرة القانون الاوثق صلة بالعلاقة التعاقدية والتي تقوم على مبدا الصلة الأقوى بين مثل الرابطة المطروحة والقانون الواجب التطبيق عليها لذلك يطلق عليه الفقه الاسناد الجامد. ومن جهة أخرى ان الحل التشريعي يعد عقبة في تطوير الحلول وملاحقة مستجدات الفن القانوني خصوصا مع ما تكشف عنها التكنولوجيا الحديثة كل يوم، فقد ظهرت عقود كثيرة لها خصوصية تمنع من ادراجها في طوائف العقود المسماة التقليدية، ومن ثم لا يمكن تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون محل الابرام لعدم التلائم بينهما (سلامة، 2008، ص199).

لذا فاننا نؤيد الاتجاه الحديث الذي يتبنى راي مفاده العدول عن الاسناد الجامد وتبني اسنادا مرنا يتلائم وظروف وحاجات التجارة الدولية، وافضل معيار يمكن الركون اليه في هذا المجال هو نظرية الأداء المميز التي تمثل –برايناً- صورة من صور الاسناد الاحتياطي ذات الطابع التدرجي، حيث لا يعمل بها القاضي الا اذا انتفى اختيار اطراف العلاقة العقدية للقانون الذي يحكم عقدهم صراحة او ضمنا، وتقوم نظرية الأداء المميز على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والاهمية

الواقعية للاداء او الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به او تقديمه، ولما كان الأداء او الالتزام ليس سواء في كل العقود فان من الطبيعي ان يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة.

المطلب الثاني

الاسناد الاحتياطي ذات الطابع التخييري

يعمد المشرع أحيانا الى وضع ضابط اسناد او اكثر على سبيل التخيير وذلك في قاعدة اسناد واحدة ليحقق غاية ما، ومن ابرز الامثلة على ذلك ما نجده في قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات عموما وشكل الزواج خصوصا، فقد نصت المادة(19/1) من القانون المدني العراقي على " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين " ، وتنص المادة (20) من القانون المدني المصري على ان " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيها، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك ". ويذهب الفقه (انظر: صادق، 1995، ص499. سلامة، 1996، ص1153. الاسدي، 2017، ص350) الى ان أساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاملين ، ويترتب على ذلك ضرورة التسليم بالطابع الاختياري لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الابرام فاباحة اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الابرام يهدف أساسا الى التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم اتباع الشكل المقرر في دولة التصرف " الشكل المحلي "، وما دام ذلك هو هدف القاعدة فليس هنالك ما يدعو الى اجبار المتعاملين على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الابرام اذا كان في استطاعتهم العلم باحكام قانون اخر اكثر ارتباطا بالتصرف المبرم بينهم.

فجاءت قاعدة الاسناد الخاصة بشكل الزواج في القانون المدني العراقي وقاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات في القانون المدني المصري بطابع اختياري، بحيث يكفي اجراء الزواج وفقا للشكل المقرر في قانون بلد ابرامه او وفقا لقانون جنسية الزوجين، ويكفي اجراء التصرفات عموما وفقا للشكل المقرر في أي من القوانين التي تحددها قاعدة الاسناد المصرية الخاصة بالشكل، دون أي افضلية او أولوية لقانون محل الابرام، بحيث لا يستلزم العقد او التصرف شكل محل الابرام أولا فان لم يستوفه يبحث عن استيفاء الشكل المقرر في غيره، فاختصاص قانون محل الابرام يقف على قدم المساواة مع غيره من القوانين التي لها قابلية حكم مسالة الشكل (سلامة، 1996، ص1155).

ولهذا السبب يرى جانب من الفقه (الحداد، 2007، ص377. ندا، 2006، ص40) بان قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات تعد من القواعد غير المحايدة لانها لا تسعى – كما هو المعروف عن قواعد الاسناد – الى مجرد ادراك عدالة شكلية باختيار القانون الاوثق صلة بالعلاقة العقدية، وانما هي تهدف الى تحقيق نتيجة موضوعية محددة باختيار القانون الذي يؤدي تطبيقه الى صحة العقد عملا بحكمة الاسناد وهي التيسير على المتعاقدين. ونعتقد ان صياغة قاعدة الاسناد بهذه الكيفية تمثل صورة من صور الاسناد الاحتياطي، ذلك لان المشرع يحاول الوصول الى هدف عزيز عنده وعند الافراد وهو تصحيح تصرفاتهم – قدر الإمكان-، ووضع ضابط اسناد او قاعدة اسناد واحدة بشكل امر قد لا يوصل الى ذلك الهدف المنشود، فعندما يضع المشرع قاعدة اسناد تتضمن اكثر من ضابط اسناد وبشكل " متضاعف " دون إعطاء الأولوية لضابط على حساب ضابط اخر، فهذا يعني ان المشرع ترك سلطة تقديرية " اجتهادية" لقاضي الموضوع باختيار القانون الذي يحقق ذلك الهدف من بين قانونين او اكثر على سبيل الاحتياط، فان لم يصل القاضي الى ذلك الهدف بتطبيق قانون دولة (س) جاز له تطبيق قانون دولة (ب) وان لم يصل الى ذلك الهدف بتطبيق قانون دولة (ب) جاز له تطبيق قانون (ه) دون مراعاة التسلسل والاولوية وهكذا.

وبناء على ما تقدم، يحق لنا ان نتسائل عن سبب جعل المشرع العراقي قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات الواردة في المادة (26) من القانون المدني العراقي امرة؟ مع التأكيد على الملاحظات الاتية:

1- ان المشرع العراقي وقع في تناقض غريب من ناحية التعامل مع القانون الواجب التطبيق على التصرفات موضوعا وشكلا، حيث انه سمح للأطراف باختيار القانون الذي يحقق مصالحهم ويمنحهم الشعور بالأمان ليحكم الجانب الموضوعي لعقدهم ولكنه لم يسمح لهم بان يختاروا نفس القانون او قانون اخر ليحكم شكل العقد!! الا يمثل ذلك تناقضا صارخا مع ما تقوم عليه حكمة قاعدة الاسناد في هذا المجال؟ حيث ان الفرقاء سيخضعون الجانب الأهم في العقد وهو الجانب الموضوعي منه للقانون الذي اختاروه بينما لا يمكنهم اختيار نفس القانون او قانون اخر ليحكم الجانب الثانوي من العقد وهو الجانب الشكلي لان المشرع وضع قاعدة اسناد امرة لم تتضمن ضوابط اسناد احتياطية أخرى.
2- ان القاضي العراقي سوف يجد نفسه ملزما بتطبيق قانون محل الابرام على شكل العقد وحين يتاكد من عدم استيفاء العقد للشكل المقرر في قانون بلد الابرام فمن المؤكد انه سوف يبطل ذلك التصرف اذا كان ذلك الشكل ركنا فيه، بسبب الصياغة الامرة وغير المرنة للمادة (26) من القانون المدني العراقي التي لا تسمح للقاضي بان يلجا للاسناد الاحتياطي من خلال أي منفذ قانوني اخر، كمبادئ القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في المادة (30).

3- ان الهدف من اخضاع شكل التصرفات لقانون محل ابرامها وكما هو ثابت تاريخيا هو التيسير على المتعاملين بتوفير الجانب الشكلي للعقد الذي يبرمونه خارج الدولة التي ينتمون اليها، ولهذا السبب نجد ان الكثير من الدول قد عدلت عن الصفة الامرة لها تحقيقا لغاية مادية تتمثل بمحاولة تصحيح تصرفات الافراد – قدر الإمكان – في جوانبها الشكلية (انظر قرب ذلك: ندا، 2006،ص34).

4- نستغرب موقف المشرع العراقي اخذه بفكرة الاسناد الاحتياطي في قاعدة الاسناد الخاصة بشكل الزواج، حيث جعل الزواج صحيحا اذا كان مستوفيا للشكل المقرر في قانون محل ابرامه او قانون جنسية الزوجين، وعدم اخذه بها في قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات عموما، فلم هذه التفرقة بين الامرين؟

يبقى التساؤل المهم الذي يبحث عن إجابة وهو: من الذي يقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على المسالة المطروحة اذا كانت قاعدة الاسناد تتضمن اسنادا احتياطيا تخييريا؟ القاضي ام الخصوم؟ وفي محاولة الجواب عن التساؤل المطروح فاننا نرى ان تحديد من يقوم باختيار القانون على شكل التصرف يجب ان يراعى فيه حكمة قاعدة الاسناد، فحكمة قاعدة الاسناد الاحتياطية ذات الطابع التخييري جاءت لتصحح تصرفات الافراد قدر الإمكان في جانبها الشكلي، فلذا لا يوجد ما يمنع ان يتفقا على اختيار قانون معين، ولكن اذا قرر هذا القانون بان شكل التصرف غير صحيح وجب على القاضي ان يتدخل ليختار القانون الاحتياطي بحسب السلطة المخولة له.

المبحث الثالث

الاسناد الاحتياطي غير المحدد بنص

تمر عملية تنازع القوانين بمرحلتين أساسيتين، الأولى تعيين القانون الواجب التطبيق على التنازع بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية والذي قد يكون قانونا وطنيا او اجنبيا، والمرحلة الثانية تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الاسناد. وفي كلا المرحلتين يواجه القاضي الوطني صعوبات جمة، ومن تلك الصعوبات هي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته وعدم التوصل لمضمون القانون الأجنبي، الامر الذي يحدونا لطرح التساؤل عن الخطوات التي سيتخذها القاضي لمواجهة هذه الصعوبات ودور الاسناد الاحتياطي فيها؟ للجواب عن التساؤل المثار انفا ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول منه لتكريس الاسناد الاحتياطي عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، وفي المطلب الثاني منه لتكريس الاسناد الاحتياطي عند استحالة التوصل الى القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول

تكريس الاسناد الاحتياطي عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام

نصت المادة (32) من القانون المدني العراقي على ان : " لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق " ، يتضمن هذا النص مبدأ من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء في مختلف دول العالم، ومضمون هذا المبدأ ان سماح المشرع الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية على اقليمه في بعض الفروض، لا يعني انه قد منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا، اذ من غير المقبول ان يطبق القاضي الوطني قانونا اجنبيا يتعارض مع النظام العام الذي يتمثل بالمثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي (الحداد، 2007، ص289) وحين يتوصل القاضي الى هذا التعارض يتوجب عليه ان يمتنع تطبيق ذلك القانون أيا كانت النتائج التي تترتب على امتناعه، لان المشرع هو من امره بذلك في المادة (32) سالفة الذكر، فلا تناقض بين امر المشرع للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الاسناد وبين امره بالامتناع عن تطبيق هذا القانون عند مخالفته للنظام العام.

وعند امتناع القاضي عن تطبيق القانون الواجب التطبيق يتطلب الامر بحثا عن بديل له، ويسمي الفقه امتناع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة بالاثر السلبي للنظام العام ويسمي حلول القانون البديل للقانون المستبعد بالاثر الإيجابي للنظام العام، ولكن ما هو القانون البديل للقانون المختص بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية؟ بالرجوع الى نص المادة (32) من القانون المدني نجد انها تطرقت للاثر السلبي للنظام العام دون ان تتطرق للاثر الإيجابي له، الامر الذي يخلف فراغا تشريعيا يقتضي تدخل القاضي لمعالجته، وفي ذلك طرحت عدة اتجاهات. فاتجه جانب من الفقه الألماني الى ابقاء الاختصاص في دائرة القانون الأجنبي احتراما لتوقعات الافراد المشروعة، واحترام قاعدة الاسناد الوطنية التي قررت تطبيق ذلك القانون الأجنبي تفرض البحث فيه عن قاعدة أخرى لحكم النزاع، فاستبعاد هذا القانون لا يستتبع بالضرورة تطبيق قانون اخر بدلا عنه وانما يقتضي تطبيق نص من نصوص القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي (سلامة، 1987، ص234). وفي اتجاه اخر يكرس القضاء المغربي "مبادئ القانون الطبيعي" كبديل عن القانون الأجنبي الذي خالفت احكامه النظام العام فيما يتعلق بحالة الأشخاص الأجانب، الا انه لا يمكن التعويل على هذا الاتجاه لان مبادئ القانون الطبيعي تمثل فكرة مبهمة وغامضة (اشارا اليه: رياض وراشد، 1974، ص204). وذهب اتجاه ثالث (أشار اليه: عبد العال، 2010، ص538. رياض وراشد، 1974، ص203) الى انه اذا استبعد القانون المخالف للنظام العام فيتوجب على القاضي البحث عن قانون

يحمي توقعات الافراد ويحقق مصالح الطرف الضعيف في العلاقة المطروحة، الا ان الاخذ بهذا الراي فيه مصادرة للمطلوب لانه يؤدي الى تطبيق اكثر القوانين حماية للطرف الضعيف في العلاقة مع انه لا يمكن معرفة هذا الطرف الا بعد معرفة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة، وهو مالا يمكن معرفته الا بعد معرفة القانون الواجب التطبيق. ويذهب جانب من الفقه (صادق، 1974، ص334) الى ان حكمة التشريع تستوجب تطبيق اكثر القوانين ارتباطا بالعلاقة الدولية " القانون الأقرب للعلاقة " محل النزاع عند مخالفة القانون المختص للنظام العام في دولة القاضي، سواء كان هذا القانون قانون القاضي او قانونا اجنبيا، استنادا الى قاعدة اسناد احتياطية، وذلك لان حكمة التشريع ووحدة الحلول تستوجب الاخذ بهذا الحل، خصوصا عندما لا يتلائم قانون القاضي مع طبيعة العلاقة المطروحة. ويؤخذ على هذا الراي ان تطبيق قانون اخر غير القانون المختص أصلا لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي لكونه اكثر ارتباطا بهذا القانون او بالعلاقة القانونية المعروضة يؤدي الى مخالفة النظام العام في بعض الفروض، فيكون تطبيق قانون اخر غير قانون القاضي غير مجد في هذا الفرض.

ويتفق الفقه الغالب (انظر: الحداد، 2007، ص331. رياض وراشد، 1974، ص203. الداودي والهداوي، 2017، ص189. سلامة، 1996، ص610) مع القضاء المستقر على إحلال قانون القاضي الناظر بالنزاع بدلا من القانون الأجنبي الذي خالف النظام العام كاثر إيجابي. ففكرة النظام العام لا تظهر في الأثر السلبي لمنع مخاطر تطبيق القانون الأجنبي فحسب ، بل تعاود الظهور مرة أخرى لتعطي لقانون القاضي اختصاصا احتياطيا تستوجبه ضرورة سد الفراغ التشريعي الحاصل بعد استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هذا الاستبعاد الذي يتأسس على عدم ملائمة هذا القانون للظروف والمصالح السائدة في دولة القاضي الناظر بالنزاع (ناصف، 1994، ص457) ويلاحظ بان هذا الاتجاه يحقق التوازن بين الاعتبارات الدولية التي تستلزم اعمال القانون المختص بموجب قاعدة الاسناد بوصفه اكثر القوانين ملائمة للنزاع المعروض من جهة، وبين الاعتبارات التي يقوم عليها امن الجماعة وسلامتها ومصالحها وما تقتضيه من ضرورة استبعاد تطبيق احكام القانون الأجنبي في حدود تعارضها مع النظام العام من جهة ثانية (صادق، 1974، ص331) وقد كرست بعض التشريعات هذا الاتجاه بنص صريح، من ذلك مثلا ما جاء في المادة (73) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 والفصل 5/36 من القانون التونسي الجديد لسنة 1998 والقانون الاماراتي والمادة (24) من القانون المدني الجزائري لسنة 1975 والمادة 2/6 من القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979.

واذا كان الاتجاه الراجح فقها وقضاء وتشريعا يفضل قانون القاضي بالتطبيق على أي قانون اخر عند مخالفة القانون المختص للنظام العام في دولة القاضي المعروض امامه النزاع، فلنا ان نتساءل عن الحل الذي سيتبناه القاضي عند انعدام النص القانوني للنزاع المعروض في قانون دولته؟

نتفق مع بعض الفقه (عبد العال، 2010، ص547) بضرورة اجتهاد القاضي في هذا الفرض بالرجوع الي مبادئ القانون العامة في القانون الوطني والمقارن لاستخلاص حل عادل للنزاع، فلا يمكن ان يرفض النظر في النزاع بحجة عدم وجود نص له.

المطلب الثاني

تكريس الاسناد الاحتياطي عند استحالة التوصل الى القانون الواجب التطبيق

تتصف قاعدة الاسناد بكونها قاعدة محايدة ، أي انها تحدد القانون المختص من خلال ضابط اسناد بشكل مجرد دون ان يعرف القاضي الوطني الذي سيطبق ذلك القانون مضمونه مسبقا او لاي دولة ينتمي، وباي لغة كتب، وهل هو مدون ام غير مدون، وما هي قيمته القانونية بالنسبة للدولة السائد فيها، وهل هو دستوري ام غير دستوري، وعلى ماذا يتوقف تطبيقه، وما هو تفسيره، وهل للسوابق القضائية اثر في تطوير احكامه وتفسيرها، والاهم من ذلك كله كيف سيثبت ذلك القانون ومن الذي سوف يضطلع باثباته وما هي ادلة الاثبات التي يمكن اعتمادها من اجل اثبات ذلك القانون. امام هذه الصعوبات لا يمكن للقاضي ان يعلن استسلامه ويتخلى ببساطة عن التزامه باعمال قاعدة الاسناد وتطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت باختصاصه ، صحيح ان القاضي الوطني لا يفترض به العلم باحكام القانون الأجنبي ولكن هذا الامر لا يعفيه من البحث عن احكام ذلك القانون والالتزام بتطبيقه عند توفر العنصر الاجنبي (تذهب احكام القضاء العراقي الى تكريس التزام القاضي باعمال قاعدة الاسناد ومن ثم التزامه بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1923 في 2008/7/20 منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني الاتي :https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx) ولا يبرأ القاضي من التزامه بتطبيق القانون الأجنبي الا لو استحال عليه التوصل الى مضمونه وعلى القاضي ان يسبب حكمه في هذا الفرض تسبيبا كافيا والا كان حكمه عرضة للنقض امام محكمة التمييز (صادق، 1974، ص266). وقد طرحت عدة اتجاهات بشان الاجراء الذي يتوجب على القاضي اتخاذه في هذه الحالة، فبعض الفقه يرى امتناع القاضي عن الفصل في النزاع، وراي اخر يرشد القاضي الى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدينة، وراي ثالث يتجه الى ضرورة تطبيق القاضي لاحكام القانون الأقرب في مضمونه للقانون الذي تعذر الوصول اليه ، واتجاه رابع وهو الاتجاه الراجح ويرى أصحابه تطبيق القاضي لقانونه الوطني عند

تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي (انظر في عرض هذه الآراء: صادق، 1974، ص270 وما بعدها).

ويختلف الفقه والقضاء بشان الأساس الذي ينبني عليه تطبيق القاضي لقانونه الوطني في حالة تعذره عن التوصل لمضمون القانون الأجنبي ، فاحكام القضاء الإنجليزي تؤسس هذا الامر على افتراض مؤداه تطابق احكام القانون الأجنبي مع احكام القانون الوطني وعلى من يدعي انتفاء هذا التطابق إقامة الدليل على ذلك ، اما القضاء الفرنسي فقد أسس لتطبيق قانون القاضي في هذا الفرض على أساس الاختصاص العام او الولاية العامة لقانون القاضي ، فاذا لم يستطع القاضي ان يتوصل الى مضمون القانون الأجنبي وجب عليه تطبيق قانونه الوطني استنادا للولاية العامة له في حكم علاقات القانون الخاص. اما الأساس الراجح الذي طرحه بعض الفقه (رياض وراشد، 1974، ص127. بلقاسم، 2002، ص152) وتتبناه الكثير من الدول (هذا الحل متبع كقاعدة عامة في دول الاتحاد الأوربي. لمزيد من التفصيل انظر: Carlos Esplugues and others ,2011, p67) في التطبيق ونتبناه نحن ايضا هو ان تطبيق القاضي لقانونه الوطني في حالة تعذر الوصول الى القانون الأجنبي هو ان القانون الوطني يمتلك "اختصاصا احتياطيا" او "قابلية احتياطية" في الفرض المذكور انفا، وهذا الاجراء يمثل استثناء من الأصل الذي تنبني عليه فلسفة قواعد تنازع القوانين والحكمة من تشريعها وهو اخضاع العلاقة القانونية لاكثر القوانين ارتباطا بها ، ولهذا السبب يجب الا يلجا القاضي لهذا الاستثناء الا عند تيقنه من عدم التوصل لاحكام القانون الأجنبي، فالاستثناء لا يجوز التوسع به.

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الحل بالقول ان في تطبيق قانون القاضي في الفرض المطروح بشكل مطلق وفي جميع النزاعات التي تعرض امامه فيه خطورة تتمثل بعدم ملائمة قانون القاضي مع العلاقة المطروحة، الامر الذي يؤدي في بعض الأحيان الى نتائج غير مقبولة تتنافى وقواعد العدالة ، لذا فعند اكتشاف القاضي عدم ملائمة قانونه الوطني -باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي- وطبيعة العلاقة المطروحة يتوجب عليه ان يطبق اكثر القوانين ارتباطا بالعلاقة محل النزاع بعد القانون الذي تعذر الوصول اليه ، سواء كان قانونا اجنبيا او قانون القاضي نفسه (صادق، 1974، ص275). ويذهب جانب اخر من الفقه (عبد العال، 2010، ص399) الى تبني نفس الرأي بشروط أهمها ان تكون هنالك صلة تبرر ذلك التطبيق بين المنازعة والمحاكم الوطنية وان تكون القاعدة المطبقة ملائمة لحل النزاع. ونرى ان هذا الحل يصطدم بعدة عقبات اثناء تطبيقه، منها انه يعطي للقاضي سلطة تحكمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة، فضلا عن ان المسالة تحتاج الى إجابة عدة تساؤلات من قبيل ما المقصود بالقانون الأكثر ارتباطا بالمسالة المعروضة؟ وهل يوجد قانون اخر غير المستبعد وقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع اكثر ارتباطا بالمسالة المعروضة؟ وما هو المعيار الذي يعتمده القاضي في تحديد القانون الأكثر

ارتباطا بالنزاع المعروض؟ فضلا عما تقدم، فانه لا يوجد لدى القاضي ما يضمن وحدة الاحكام او حتى تقاربها بين القانون المختص والقانون الذي يراد تطبيقه لقربه منه، وحتى مع وحدة احكام القانونين من الممكن ان نلاحظ اختلاف التفسير لكل نص منهما في الدولة السائد فيها، ومن جهة أخرى ان القاضي سيقوم بتطبيق قانون غير مختص بناء على قاعدة اسناد احتياطية غير منصوص عليها –في العراق على الأقل-، لعدم توصله الى مضمون القانون المختص الذي عينته قاعدة الاسناد الوطنية بدء ليحكم النزاع، وبذلك يكون القاضي قد نصب نفسه في سلطة لا سند لها ومن ثم يتعرض حكمه للنقض، ومن جهة ثالثة ان هذا الحل يخل بالتوقعات المشروعة للافراد، لانهم يعلمون مسبقا ما هو القانون الذي سيحكم النزاع عند طرحه امام القاضي الوطني لوجود قاعدة اسناد تشير الى تطبيقه. أضف الى ما تقدم، ان ما يدعم تطبيق قانون القاضي استنادا للاسناد الاحتياطي عند تعذر وصول القاضي لمضمون القانون الأجنبي، هو افتراض علم الأطراف مسبقا بان القاضي سيطبق قانونه الوطني في حال مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته او في حال عدم التوصل لمضمونه. ويؤيد وجهة النظر التي نتبناها ما ينظر به جانب من الفقه الفرنسي من نظرة الى القانون الداخلي ككونه قانون لا محدودية له في حل كل مشكلة تتعلق بالقانون الخاص، لذلك يقال بان له صلاحية او اختصاصا احتياطيا يبرز ببداهة عند استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (ماير وهوزيه، 2008، ص203). ولقد كرس بعض المشرعين هذا الاتجاه بنص صريح، من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة (24) من القانون المدني الجزائري لعام 1998 والفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998، والمادة (142) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

اما بالنسبة للفرض الاخر وهو ان تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون الجنسية على حالة الشخص ويكون عديم او متعدد الجنسية فان المشرع العراقي قد وضع قاعدة اسناد تتجلى فيها فكرة الاسناد الاحتياطي المبني على اجتهاد القاضي بشكل بارز، ذلك لان المادة (33) من القانون المدني اوجبت على القاضي ان يقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص متعدد او منعدم الجنسية باجتهاده هو، لان ضابط الاسناد في مسائل الحالة والأهلية هو الجنسية وعند تعددها او انعدامها يكون هذا الضابط معطلا، فما القانون الذي سيطبقه القاضي العراقي في هكذا فرض؟ يتفق الفقه (انظر تفصيلا في عرض الآراء الفقهية: عبد العال، 1996، ص40 وما بعدها) في كلا الفرضين ضرورة ان يلجا القاضي الوطني لقاعدة اسناد احتياطية خول له المشرع الرجوع اليها في هكذا فرض، وهذا الاسناد الاحتياطي يجب ان يتم في ضوء ما هو شائع من مبادئ في القانون الدولي الخاص اذعانا لما طرحته المادة (30) من القانون المدني، والشائع في مجال تعدد الجنسيات -عدا الفرض الذي تكون فيه الجنسية الوطنية حاضرة- هو ان يكون قانون الجنسية الفعلية هو الواجب التطبيق على النزاع، والشائع في مجال انعدام الجنسية هو ان يطبق القاضي قانون الموطن ان كان

لعديم الجنسية موطن معلوم، فان لم يكن له موطن معلوم طبق القاضي قانون محل اقامته المعلوم، فان لم يكن له محل إقامة معلوم طبق القاضي الوطني قانونه الوطني استنادا للاختصاص الاحتياطي او القابلية الاحتياطية للقانون الوطني في المنازعات التي يتعذر على القاضي الوصول فيها للقانون المختص فيها.

خاتمة

أولا: النتائج

1- يلتزم القاضي العراقي بأعمال قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه، ولا يعمل بمنهج الاسناد الاحتياطي الا اذا كان الامر يتطلب ذلك الاعمال، فقواعد الاسناد الواضحة في مضمونها والمحددة في ضابطها وفكرتها المسندة حين تشير للقاضي بتطبيق قانون محدد بشكل دقيق وواضح المضمون دون عناء لا تحتاج الى اعمال منهج الاسناد الاحتياطي معها.
2- ان المشرع العراقي كرس منهج الاسناد الاحتياطي بنص صريح بصورة مباشرة، حيث ان المادة (25) من القانون المدني سمحت للقاضي الوطني بتطبيق قانون إرادة الأطراف على الالتزامات التعاقدية واوجبت على القاضي الوطني ان يرجع يسند العقد اسنادا احتياطيا في حالة عدم اتفاق الأطراف الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنا فاذا اختلفا موطنا اسند عقدهما الى قانون محل ابرام العقد بشكل احتياطي تدرجي.
3- ان المشرع العراقي اعطى للقاضي العراقي سلطة اختيار القانون الذي يحكم شكل عقد الزواج في المادة (19/1) مخيرا إياه بتطبيق قانون محل الابرام او قانون جنسية الزوجين دون التقيد بالتدرج او بالتسلسل بينهما، وفي ذلك اسنادا احتياطيا تخييريا لتحقيق صحة عقد الزواج قدر الإمكان ومن ثم التسهيل على المتعاقدين.
4- سمح المشرع العراقي للقاضي الوطني الرجوع للاسناد الاحتياطي بصورة غير مباشرة عندما منع القاضي الوطني من تطبيق القانون الأجنبي عند مخالفته للنظام العام مع سكوته عن القانون الذي يحل محله في النزاع المعروض، وفي ذلك سماح ضمني من المشرع لرجوع القاضي لقاعدة اسناد احتياطية ترشده لما هو سائد من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، وهذا الأخيرة سوف ترشده لتطبيق قانونه الوطني.
5- في الحالات التي يستحيل معها الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص (تعذر اثبات القانون الأجنبي، وتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية متعدد او منعدم الجنسية) فلا حل امام القاضي

غير الرجوع للاسناد الاحتياطي المبني على قاعدة اسناد احتياطية لسد النقص والفراغ التشريعي في قواعد الاسناد العراقية.

ثانيا: التوصيات

1- تعديل المادة (26) من القانون المدني العراقي الخاصة بشكل التصرفات وجعلها قاعدة مكملة لصالح الافراد وصياغتها صياغة تسمح للقاضي بان يختار قانون من بين عدة قوانين ليحكم الشكل تحقيقا لمصلحة الافراد.
2- وضع قاعدة اسناد احتياطية على غرار ما نصت عليه بعض التشريعات مضمونها تطبيق القانون العراقي عندما يصطدم القانون الأجنبي مع النظام العام في العراق، وعند تعذر وصول القاضي المعروض امامه النزاع لمضمون القانون الأجنبي.
3- نقترح على المشرع تعديل المادة (25) من القانون المدني العراقي بان تكون الإرادة ضابط الاسناد الأول والاصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والاخذ بضابط اسناد احتياطي مرن - بدلا من الضوابط الجامدة - يولي القاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مجاراة للتطور الحاصل في هذا المجال، كضوابط الاسناد التي تعتمد نظرية الأداء المميز.

مصادر البحث

أولا: الكتب

1- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، 2017 .

2- د. احمد مسلم ، تحليل قاعدة الاسناد ، محاضرات ملقاة على طلبة دبلوم الدراسات العليا بكلية الحقوق في جامعة بيروت العربية ، بلا طبعة، بلا دار نشر، 1973-1974 .

3- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشاة المعارف، الإسكندرية ، 1974 .

4- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .

5- د. محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2000 .

6- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1995 .

7- د. احمد عبد الكريم سلامة، قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 .

8- د. احمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987 .

9- د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني(تنازع القوانين) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 .

10- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010 .

11- د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 .

12- بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2008 .

13- د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 .

14- د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، المجلد الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 .

15- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017 .

16- د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لمحل ابرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .

17- د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1996 .

ثانيا: الاطاريح والرسائل:

1- نور حسين جواد كاظم، دور مبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي، أطروحة دكتوراه غير منشورة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2020.

ثالثا: المجلات والدوريات

1- د. خير الدين امين، نظرة انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 8، 2018.

رابعا: المواقع الالكترونية

1- مروة أبو العلا، تخطي جمود الحياد في قواعد الاسناد وفقا للقانون، بحث منشور على الرابط الالكتروني الاتي: Z9u.pw/GcH2https:// بتاريخ 2022/8/28

2- موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني الاتي:

https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx

خامسا: المصادر الأجنبية

1- Carlos Esplugues and José Luis Iglesias and Guillermo Palao, Application of Foreign Law, european law publishers, Germany, 2011.

2- María Campo Comba, The Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law, Springer, Switzerland , 2021.

Research sources

First: the books

1 -Dr. Ghaleb Ali Al-Daoudi and Dr. Hassan Muhammad Al-Hadawi, Private International Law, Part Two, Legal Library, Baghdad, 2017.

2 -Dr. Ahmed Muslim, Analysis of the Attribution Base, Lectures Delivered to Postgraduate Diploma Students at the Faculty of Law at Beirut Arab University, without edition, without publishing house, 1973-1974.

3 -Dr. Hisham Ali Sadiq, Conflict of Laws, third edition, Manshat al-Maarif, Alexandria, 1974.

4 -Dr. Hafida Al-Sayed Al-Haddad, Summary in Private International Law, Book One (Conflict of Laws), Al-Halabi Human Rights Publications, Lebanon, 2007.

5 -Dr. Muhammad Mahmoud Yaqout, The Freedom of Contractors to Choose the Law of the International Contract between Theory and Practice, Knowledge Foundation, Alexandria, 2000.

6 -Dr. Hisham Ali Sadiq, The Law Applicable to International Trade Contracts, Facility of Knowledge, Alexandria, 1995.

7 -Dr. Ahmed Abdel Karim Salama, The rule of conflict and choice between the laws, principles and method, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1996.

8 -Dr. Ahmed Abdel Karim Salama, The Manual of International Private Relations Law, first edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1987.

9 -Dr. Fouad Abdel Moneim Riad and Dr. Samia Rashid, Mediator in Private International Law, Part Two (Conflict of Laws), Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1974.

10 -Dr. Okasha Mohamed Abdel Aal, Conflict of Laws, University Press, Alexandria, 2010.

11-Dr. Hossam El-Din Fathi Nassef, The Judge's Law Center in the Judgment of Private International Disputes, first edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1994.

12 -Pierre Mayer and Vincent Jose, Private International Law, translated by Ali Mahmoud Makled, University Foundation for Studies and Publishing, Beirut, 2008.

13 -Dr. Arab Belkacem, Algerian Private International Law (Conflict of Laws), Homa House for Printing, Publishing and Distribution, Algeria, 2002.

14 -Dr. Hisham Khaled, Private International Law, Volume Two, Dar Al Fikr Al Jamia, Alexandria, 2014.

15 -Dr. Abdel Rasoul Abdel Reda Al Asadi, Private International Law, Al Sanhoury Library, Beirut, 2017.

16 -Dr. Atef Abdel Hamid Abdel Majid Nada, the idea attributed to the rule of subordination of the form of legal actions to its conclusion, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2006.

18-Dr. Okasha Mohamed Abdel Aal, Modern Trends in the Problem of Nationality Conflict, New University House, Alexandria, 1996.

Second: Theses and messages:

1 -Nour Hussein Jawad Kazim, The Role of the Principles of Private International Law in Addressing the Legislative Vacuum, an unpublished PhD thesis submitted to the Council of the College of Law, University of Babylon, 2020.

Third: magazines and periodicals

1 -Dr. Khair Al-Din Amin, A Critical View of the Attribution Rules Approach in Iraqi Private International Law, Babylon University Journal for Human Sciences, Volume 26, Issue 8, 2018.

Fourth: Websites

1 -Marwa Abul-Ela, Overcoming the impasse of neutrality in the rules of attribution according to the law, research published on the following electronic link: https://2u.pw/GcH9Z on 28/8/2022

2 -The Iraqi Legislation Base website on the following electronic link:
https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx