فكرة الاخذ بالاعتبار في القانون الدولي الخاص

م.د.حسين نعمه نغيمش الزيادي

كلية القانون / جامعة القادسية

٠٧٧٠٣٣٨٨٤٧٣

Hussein.nghaemsh@qu.edu.iq

Idea taken into consideration in private international law

الكلمات الافتتاحية :
فكرة الاخذ بالاعتبار، القاعدة القانونية

Keywords :
The idea of taking into account, the legal rul

Abstract: The judge before whom a dispute involves a foreign element is obligated to achieve justice, and his support for this is the application of the law, which is required by looking at the nature of the legal rule that requires its implementation. If that rule is foreign, its nature may preclude its application by the national judge due to its attachment to a foreign public law, and with Therefore, it is necessary for the judge to respect this foreign rule if that is necessary to decide the dispute, and this respect does not mean applying it, but rather only taking it into account by consulting that rule without addressing its application from a technical standpoint.

الملخص

ان القاضي المعروض أمامه نزاع يتخلله عنصرا اجنبيا ملزم بتحقيق العدالة . وسنده في ذلك تطبيق القانون ، الامر الذي يقتضيه النظر الى طبيعة القاعدة القانونية التي

يستوجب أعمالها، فإن كانت تلك القاعدة اجنبية فقد تناى طبيعتها عن تطبيقها من قبل القاضي الوطني لتعلقها بقانون عام اجنبي ، ومع ذلك فأن من الضروري ان يحترم القاضي هذه القاعدة الأجنبية إذا كان ذلك لازما للفصل في النزاع ، وهذا الاحترام لايعني تطبيقها وإنما فقط أخذها بالاعتبار باستشارة تلك القاعدة دون التصدي لتطبيقها من الناحية الفنية .

المقدمة :

اولا:- التعريف بموضوع البحث :يؤكد الفقه التقليدي ان نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص ، اما المراكز الخاضعة للقانون العام فإنها لاتثير تنازعا بين القوانين وإنما فقط يتحدد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان. إلا ان جانبا من هذا الفقه لم يستطيع أن ينكر اضطرار القاضي إلى الرجوع لقواعد القانون العام الأجنبية في بعض الأحيان وبصفة تبعية ، كما لو تصدى القاضي الوطني للفصل في دعوى بطلان زواج ابرم في دولة اجنبية بسبب عيب في إجراءات الشهر ، فقد يضطر القاضي إلى الرجوع إلى قواعد القانون العام التي تحدد سلطات الموثق واختصاصاته. لذا سنحاول في هذا البحث تبيان معرفة كيفية رجوع القاضي الوطني إلى أحكام القانون العام الأجنبي عن طريق فكرة الاخذ بالاعتبار ، باستشارة القاعدة القانونية دون التصدي إلى تطبيقها من الناحية الفنية ، اي من دون ان يعمل القاضي المعروض أمامه النزاع عنصر الحكم او الأثر القانوني الذي تتضمنه.

ثانيا :- اشكالية البحث : ان الرجوع إلى القوانين العامة الأجنبية ، استنادا الى مركز قانوني نشأ لصاحب حق في دولة اجنبية يمكن ان يحرك تنازع القوانين الخاصة ، فكيف يتم الرجوع إلى هذه القوانين العامه ؟ هل بتطبيقها ؟ وهذا ينافي الصفة الإقليمية لهذه القوانين وتحديدها من حيث المكان ، ام مجرد استشارتها وذلك عن طريق فكرة الاخذ بالاعتبار دون التصدي لتطبيقها من الناحية الفنية .

ثالثا :- اسباب اختيار البحث : ان الأسباب التي دعتنا إلى اختيار هذا الموضوع ، يتمثل بعدم تطرق الفقهاء إلى هذه الفكرة بشيء من التفصيل اللهم الا في مجال القانون الجنائي ، إذ لم نجد اي دراسة سابقة تتطرق لهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص.

رابعا:- منهجية البحث : لاستيعاب أبعاد الموضوع وبيان جوانبه القانونية ، ستكون دراستنا لهذا البحث دراسة تحليلية ، وذلك من خلال تحليل الاراء الفقهية التي قيلت بهذا الصدد ، وتتبع اتجاهات القضاء وقرارات ، والإشارة إلى النصوص التشريعية في هذا الشأن.

خامسا :- هيكلية البحث : من أجل الالمام بالموضوع ، سوف يتم عرضه عبر خطة تشتمل مطلبين ، إذ سنعرض في المطلب الاول :- التعريف بفكرة الاخذ بالاعتبار، اما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى تطبيقات فكرة الاخذ بالاعتبار في القانون الدولي الخاص .

المطلب الأول: التعريف بفكرة الاخذ بالاعتبار : لم يتطرق فقهاء القانون بصورة عامه الى هذه الفكرة بشيء من التفصيل اللهم الا في مجال القانون الجنائي ، الامر الذي دعانا إلى الإحاطة بمعناها ، وهذا ماسنعرضه في الفرع الاول من هذا المطلب ، كما أن أعمالها لم يخلو من الجدل ، مما يتطلب بحث الانتقادات التي تعرضت لها والرد عليها ، وهذا ما سوف نوضحه في الفرع الثاني من هذا المطلب .وكالاتي:-

الفرع الأول : معنى فكرة الاخذ بالاعتبار : ان القاضي المعروض أمامه نزاع يشتمل على عنصر اجنبي ملزم بتحقيق العدالة ، وسنده في ذلك تطبيق القانون ، الامر الذي يقتضيه النظر الى طبيعة القاعدة القانونية التي يسعى إلى اعمالها فإن كانت تلك القاعدة اجنبية فقد تناى طبيعتها عن تطبيقها من قبل القاضي الوطني لتعلقها بقانون عام اجنبي ، ومع ذلك قد يكون من الضروري ان يحترم القاضي هذه القاعدة الأجنبية اذا كان ذلك لازما للبت في النزاع ، وهذا الاحترام لايعني التطبيق الفعلي لها ، وانما فقط باخذها بالاعتبار او الحسبان[1]. فكان هناك فرقا بين تطبيق القاعدة القانونية واخذها بالاعتبار ، فالاولى تعني إنزال ماتتضمنه من حكم على المسألة المعروضة اذا توافرت شروط هذا التطبيق المقررة في الفرض الذي تواجهه القاعدة ، فتطبيق القاعدة التي تقرر ان كل من

تسبب بخطئه في الأضرار بالغير (الفرض) يلتزم بالتعويض (الحكم) ، يراد منه ترتيب ترتيب الاثر القانوني او الحكم او الحل على الفرض الذي تحكمه ارتكاب شخص خطأ سبب ضررا للغير[٢]. في حين ان الأخذ بالاعتبار يتم فقط باستشارة القاعدة القانونية دون التصدي لتطبيقها من الناحية الفنية ، اي دون ان يعمل القاضي المعروض أمامه عنصر الحكم او الأثر القانوني الذي تتضمنه [٣]. فلا يخفى عن البال ان القاعدة القانونية تتكون من عنصرين ، عنصر الفرض وعنصر الحكم ، والأول عبارة عن شروط انطباق القاعدة القانونية ، ومتى ماتوافرت تلك الشروط ، تطلب إعمال عنصر الحكم الوارد فيها ، فالحكم هو الحل او الأثر الذي يقرره القانون عند توافر الشروط او الظروف المحدده في الفرض [٤]. ومن خصائص القاعدة القانونية إنها قاعدة مجرده، وصفة التجريد ، تعني إنها قاعدة فرضية ، بمعنى ان عنصر الامر الذي تتضمنه يرتبط بصفة في الشخص او الشيء او الحدث ، ولايصبح هذا الأمر واقعيا ، الا في الفرض الذي تتوافر في الشخص او الشيء ، أو الحدث تلك الصفة[٥]. ويؤيد فكرة الاخذ بالاعتبار في الفقه الانكليزي [٦] ، والفقه الفرنسي [٧] ، والفقه المصري [٨] ، وحري بنا ان نستشهد بهذه الفكرة في القانون الجنائي إذ أخضع المشرع العراقي لحكم قانون العقوبات بموجب المادة العاشرة من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، المواطن العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق اذا وجد في العراق وكانت الجريمة جناية او جنحه يعاقب عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها، حتى لو اكتسب الجاني الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة او كان متمتعا بها وقت ارتكابها وفقدها بعدئذ [٩] ، ففي هذه الحالة يتطلب ازدواج التجريم بين قانون القاضي وقانون العقوبات في الدولة التي ارتكبت بها الجريمة . كذلك ماأورده المشرع العراقي من قيود تحريك الدعوى الدعوى الجنائية عن الجرائم التي ترتكب في الخارج ، فقد نصت المادة (١٤) من قانون العقوبات العراقي سالف الذكر على أنه ((لاتجري التعقيبات القانونية على من ارتكب جريمة خارج الجمهورية إلا بإذن من وزير العدل ولاتجوز محاكمته إذا كان قد صدر حكم نهائي من محكمة اجنبية ببرائته او ادانته واستوفى عقوبته كاملة او كانت الدعوى او

العقوبة للمحكوم بها قد سقطت عنه قانونا ويرجع في تقرير نهاية الحكم وسقوط الدعوى او العقوبة إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم))[١٠]. من النصوص المتقدمة يلاحظ ان القاضي الوطني لايطبق قوانين العقوبات الأجنبية للدول التي وقعت فيها الجريمة بل ياخذها بالاعتبار او الحسبان . ويستشيرها للتعرف على مدى معاقبتها للعمل من عدمه . أو تبراته مما أسند اليه.[١١].

الفرع الثاني : انتقادات فكرة الاخذ بالاعتبار والرد عليها : لقد حاول جانبا من الفقه [١٢]. انتقاد هذه الفكرة معللا ذلك بأنها تخلع عن القاعدة القانونية احد خصائصها الاساسية المتمثلة بصفة الالزام . والقول بأن القاضي لايطبق قاعدة ما . بل ياخذها بالاعتبار . يعني انه في حل من تطبيقها او الالتزام بها وهذا مالايجوز. ويضيف على ذلك بأن الاخذ بالاعتبار والتطبيق الفعلي لايوجد فارق ذا بال . بل ينعدم . كل مافي الأمر ان القاضي لتكوين عقيدته اللازمة لتحقيق العدالة . ياخذها بالحسبان اي يطبقها . والا فماذا يعني تطبيق القانون عموما . وبعبارة اخرى ان كل القوانين في بناء القرار القضائي . يطبقها في الواقع القاضي المختص .

وفي معرض ردنا على الانتقادات المتقدمة . ندرج الملاحظات الآتية: :-

اولا: - بالنسبة للانتقاد الاول . ليس من المقبول وصف القانون الأجنبي بانه مجرد واقعة خالية من عنصر الأمر. لأن مجرد افراغه من هذا العنصر لايتعلق بطبيعته بل بقوة نفاذه . بمعنى أنه ليس من شأنه أن يفقد هذا القانون صفة كونه قاعدة عامة . وإنما تجرده فقط من قوة السريان . وإذا الزمت قاعدة الإسناد القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي. كان هذا الأثر وحده كافيا لتزويد هذا القاضي بعنصر الأمر وقوة النفاذ.

ثانيا :- فيما يتعلق بالانتقاد الثاني الذي يفترض تماثل كل من أحكام القانون الأجنبي والقانون الوطني للقاضي . فهي حجة واهية وتصطدم بالحقائق الثابتة . فالقانون ظاهرة اجتماعية تعكس المعطيات السائدة في كل دولة . ولما كانت تلك المعطيات تتباين من دولة إلى أخرى فإن القانون الساري في دولة يتباين ويختلف بالضرورة عن قرينه في الدولة الاخرى

. فكيف يفترض مثلا تطابق القانون الياباني مع القانون العراقي في نطاق الاحوال الشخصية .

ثالثا :- إن فكرة الأخذ بالاعتبار لها جذور قديمة . فقد ادرجتها بعض التشريعات . منها ماجاء بالمادة (١٩) من المشروع الفيدرالي السويسري وقبل صدور مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والتي نصت على ان ((قواعد القانون العام وقوانين البوليس الأجنبية يمكن ان تطبق او تؤخذ بالاعتبار))[١٣] . وكذلك الفقرة الثانية من المادة الاولى من القرار الذي تبناه مجمع القانون الدولي الخاص في دورة انعقاده بمدينة فايسبان . فبعد ان قررت الفقرة الاولى على أن ((الصفة العامة لأحد نصوص القانون الواجب التطبيق لاتحول دون تطبيقه)) . أضافت الفقرة الثانية نصا يقضي بأنه ((إذا كانت تلك القاعدة تعتبر شرطا لتطبيق قاعدة قانونية أخرى، فليس هناك مايمنع من أخذها بالاعتبار))[١٤].

وبعد ان بينا مضمون هذه الفكرة والتصدي للانتقادات التي تعرضت لها . صار لزاما علينا ان نعرض تطبيقاتها في مجال القانون الدولي الخاص . وهذا ما سوف نتعرف عليه في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني : تطبيقات فكرة الأخذ بالاعتبار في القانون الدولي الخاص : من خلال دراستنا المتعمقة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية . استنتجنا عدة تطبيقات تظهر بصورة جلية لهذه الفكرة في هذا المجال . فما نراه من إعمال القانون العام الأجنبي بصفة تبعية ماهو الا مصداق لهذه الفكرة . والحال نفسه يتكرر في نطاق المسؤلية التقصيرية من كون الفعل غير مشروع في قانون بلد الواقعة المنشئة للالتزام وقانون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع . وكذلك الأمر في الاثر الانعكاسي لمفهوم النظام العام [١٥] . لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وكالاتي: -

الفرع الأول : فكرة الأخذ بالاعتبار وإعمال القانون الأجنبي بصفة تبعية : من المعروف أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون

الخاص ، سواء تعلقت هذه المراكز القانونية بالمعاملات المالية او الاحوال الشخصية ، ويستوي في هذا الشأن ان تكون هذه العلاقات خاضعة للقانون المدني او القانون التجاري او غيرها من فروع القانون الخاص ، اما المراكز الخاضعة للقانون العام فهي لاتثير تنازعا بين القوانين وانما تحدد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان [١٦]. لذا فإن مهمة القاضي تنحصر في النظر في إمكانية تطبيق تطبيق القانون العام الوطني دون غيره او عدم تطبيقه ، الا أنه قد يؤخذ احيانا في كل دولة بالحسبان قوانين عامة اجنبية يتم اعمالها بصورة تبعية ، فاكتساب حق في الخارج بمقتضى قانون عام اجنبي يتطلب الاعتراف به ، إلى البحث عن استكمال قواعد ذلك القانون العام الأجنبي ، كما هو الحال اذا اكتسب عراقي جنسية اجنبية في دولة اجنبية بمحض ارادته ، فإن قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٣ الملغى يفقده جنسيته العراقية وفقا لهذا الاكتساب [١٧]. لذا فإن الملاحظ من هذا النص أنه يستلزم البحث عن استكمال شروط اكتساب الجنسية الأجنبية بنقتضى قانون الجنسية الأجنبي وهو قانون عام ، اي ان العراقي لايفقد جنسيته الا باكتساب الجنسية الأجنبية بصورة صحيحة بموجب قانون الجنسية الأجنبي [١٨]. وهذا مانراه ايضا في مجال تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية الذي يتطلب صدورها من محكمة مختصة وفقا للقوانين المرعية في الدولة التي اصدرتها ، وأن تكون حائزة على صفة التنفيذ في تلك الدول ، اي انها نهائية وغير قابلة للطعن [١٩]. كما أن القضاء الوطني قد لايجد مفرا الا بالرجوع إلى أحكام الدستور الأجنبي في الأحوال التي يدفع بها أمامه بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية[٢٠]. في الأمثلة اعلاه نلاحظ ان فكرة الاخذ بالاعتبار تظهر بصورة جلية ، إذ ان القاضي المعروض أمامه النزاع في كل ما تقدم من حالات ، لايطبق القانون العام الأجنبي ، وإنما يقتصر على استشارت قواعده ، باخذها بالاعتبار اي دون ان يعمل عنصر الحكم او الأثر القانوني الذي تتضمنه.

الفرع الثاني: فكرة الأخذ بالاعتبار في نطاق المسؤلية التقصيرية : من أمثلة الأخذ بالاعتبار في القانون الدولي الخاص مانراه في مجال المسؤلية التقصيرية . فالقانون العراقي بعد ان أعطى الاختصاص في مسائل الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام بموجب الفقرة الاولى من المادة السابعة والعشرين . الا أنه عاد وقيد اعمالها وفقا للفقرة الثانية من المادة اعلاه . بشرط وجب فيه ((على أنه لاتسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه))[٢١]. وعطفا على ذلك يمكن القول بأن كون الفعل غير مشروع استنادا الى ما هو مقرر في القانون الأجنبي . قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعه المنشئة للالتزام . لايعد كافيا لاستكمال عناصر المسؤلية التقصيرية بل يشترط اضافة إلى ذلك أن يكون الفعل الواقع خارج العراق غير مشروع وفقا للقانون العراقي [٢٢].

فإذا رفع شخص دعوى للمطالبة بالتعويض امام المحاكم العراقية . عن فعل ارتكب من عراقي في الخارج . فإن القاضي العراقي الذي ينظر النزاع يتوجب عليه أن يتحقق من كون الفعل المنسوب إلى المدعى عليه يعد فعلا ضارا وغير مشروع وفقا لكل من القانون العراقي وقانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام . وأن القاضي بهذا الأعمال لايطبق القانون العراقي وإنما ياخذه بعين الاعتبار ليتسنى له تطبيق قانون البلد الذي تحقق فيه الفعل الضار استنادا الى ماهو مقرر في قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية . فالمثال اعلاه يبين الفرق بين التطبيق والأخذ بالاعتبار , فلو طبق القاضي القانون العراقي . فإنه سوف يحكم ويحدد عناصر التعويض واهلية المسائلة في حدوث الضرر وفقا للقانون العراقي . اما اذا اخذ القاضي القانون العراقي بالحسبان . فإن المجال المحدد للقانون العراقي سينحصر في تقدير التعويض مشروعية الفعل الضار الواقع في الخارج من عدمه . ومتى تحقق له ذلك انتقل الى قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة

للالتزام في كل مايتعلق بالمسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وتعويض المضرور .

والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد :- هل يكفي ان يكون العمل غير مشروع في قانون القاضي (القانون الذي يؤخذ بالاعتبار) ام يجب ان يكون كذلك في القانون المحلي (قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة تلمنشئة للالتزام) - ؟ كما في حالة مطالبة شخص عراقي امام القضاء العراقي بالتعويض عن الأضرار التي حصلت له جراء اجتياز سائق من دولة اخرى لسيارته من جهة اليمين ، أدى إلى انقلاب سيارته في بريطانيا ، علما بأن الأخيرة تعمل بنظام المرور اليميني بخلاف معظم الدول ومنها العراق التي تعمل بنظام المرور اليساري .فلو تاملنا المثال اعلاه ، نجد ان القانون العراقي يعد العمل غير مشروعا لمخالفته أنظمة السير المعتمدة ، وهو القانون الذي يجب ان يؤخذ بالاعتبار ، بينما القانون البريطاني يعد العمل مشروعا وهو قانون الواقعة المنشئة للالتزام ؟ لامراء في ان المسؤلية التقصيرية لاتنعقد اصلا اذا كان الفعل المرتكب في الخارج مشروعا بوصفه قانون الواقعة المنشئة للالتزام، وغير مشروع في دولة القاضي الذي ينظر النزاع بوصفه القانون الذي يؤخذ بالاعتبار ، لان قانون الدولة الاولى هو الذي يحكم شروط قيام المسؤولية التقصيرية ، باعتباره القانون الذي حصلت فيه الواقعة المنشئة للالتزام . لذا فاننا نؤيد ازدواجية عدم مشروعية الفعل الضار في قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعه المنشئة للالتزام ، وقانون القاضي المعروض أمامه النزاع بوصفه القانون الذي سيؤخذ بالاعتبار لقيام المسؤولية التقصيرية ، وذلك لأنه الكفيل بتحقيق التوازن المطلوب بين مصلحة كل من المضرور والمتسبب بالضرر ، إذ لو اكتفينا بعدم المشروعية في احد القانونيين لترتب على ذلك محاباة لاحد الطرفين على حساب الاخر ، كما أن الازدواجية تؤدي إلى التناسق بين القواعد الجنائية والمدنية ، لأنه غالبا مايتبع الدعوى الجنائية دعوى تعويض مدنية . بخلاف ذلك يرى بعض الفقه الانكليزي [٢٣] ، ان ازدواجية عدم المشروعية فيها محاباة للطرف

المتسبب بالضرر ، إذ يصبح من السهل افلاته من المسائلة اذا كان أحد القانونين، قانون القاضي او القانون المحلي ، يعد العمل مشروعا.

الفرع الثالث: فكرة الاخذ بالاعتبار والاثر الانعكاسي للنظام العام : اذا كان مفهوم الدفع بالنظام العام هو فكرة وطنية يستمد اساسه من النظام القانوني لكل دولة ، ولايلتزم القاضي الا بالمحافظة على حمايته ، دون النظم القانونية الأجنبية، مصداقا لما لهذه الفكرة من طابع إقليمي بحت ، الا ان السؤال الذي يثار في هذا الشأن: – هل يعفى القاضي الوطني من ان ياخذ بالاعتبار مقتضيات النظام العام لدولة اجنبية ، خصوصا اذا كانت تلك المقتضيات تتفق مع فكرة النظام العام في قانون ولايضاح ماتقدم ندرج المثال الاتي :– اذا تزوج إيطالي مسلم في مصر بزوجة ثانية ، متعارضا مع قانونه الشخصي الذي يحظر تعدد الزوجات ، وثار نزاع بشأن صحة الزواج الثاني انام القضاء النصري ، الذي حكم بصحة الزواج ، واستبعاد القانون الإيطالي لمخالفته النظام العام المصري ، فإذا حدث ورفعت الزوجة الثانية دعوى نفقة امام المحاكم العراقية ، فهل تحترم المحكمة العراقية ماقضت به المحاكم المصرية من اعتبار الزواج الثاني صحيحا ، بحسبان ان النظام العام المصري بخصوص تعدد الزوجات يتفق مع النظام العام العراقي ويقضي باحقية الزوجة بالنفقة ام لايعترف بهذا الزواج في العراق على اعتبار انه لايجوز ان يعتمد في العراق باثار النظام العام في دولة اجنبية وبعبارة اخرى هل تعترف المحاكم العراقية بالاثر الانعكاسي للنظام العام المصري امام القضاء العراقي ؟ ان جواب الاستفهام المتقدم من اعتراف المحاكم العراقية بصحة الزواج ، يتوقف على العمل بفكرة الاخذ بالاعتبار من عدمه ، فلو سلمنا بأنه لايجوز للمحاكم العراقية الاعتراف باثر النظام العام المصري بلحاظ ان تنظيم العلاقات المشتملة على عنصر اجنبي يتسم بالطابع الوطني ، والنظام العام بدوره ليس دوليا بل وطني القالب ، غايته الدفاع عن المصالح العليا لمجتمع دولة القاضي ، وبالتالي لاتمتد اثاره خارج حدود الدولة التي حصل الدفع به فيها ، فالقاضي لايذعن

بصورة عمياء بصحة انشاء الحق او المركز القانوني في الخارج وفقا لمقتضيات النظام العام الأجنبي ، اي ان المحاكم هنا لاتعتد بفكرة الاخذ بالاعتبار اصلا [٢٤]. اما اذا قلنا بأن الحق او المركز القانوني اذا نشأ في دولة اجنبية وفقا لقانونها ، بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق استنادا لقواعد التنازع في تلك الدولة بسبب مخالفته النظام العام بها ، فإنه لاضير من الاعتراف بذلك الحق او المركز القانوني امام قضاء دولة ثالثة يتفق فيها مفهوم النظام العام مع مفهومه في الدولة التي نشأ الحق فيها ، وبالتالي فإن إعمال قانون القاضي للدفع بالنظام العام يستمد اساسه من فكرة الاخذ بالاعتبار ، وهذا هو الرأي الراجح فقهيا [٢٥] . وبدورنا نؤيد إعمال الأثر الانعكاسي للنظام العام استنادا الى فكرة الاخذ بالاعتبار ، مستشهدين بالعديد من الأحكام القضائية التي سببت ذلك ، ففي قضية يتلخص وقائعها ببولنديين تزوجا في بلجيكا بالشكل المدني خلافا للقانون البولندي الذي كان يحظر الزواج المدني انذك، ومكتفيا بالشكل الديني ، اذ قضت المحكمة البلجيكية بصحة الزواج ، واستبعدت القانون البولندي لمخالفته النظام العام البلجيكي ، وبعدما عرض نزاع بذات الشأن امام القضاء الفرنسي، حكم بصحة ماقرره القضاء البلجيكي، واعتبر الزواج صحيحا ، اذ ان مقتضيات النظام العام البلجيكي تتماشى مع مقتضيات النظام العام الفرنسي [٢٦] .

وفي هذا المعنى قضت محكمة كولمار بفرنسا ، بشأن قواعد القانون الألماني المتعلقة بالرقابة على النقد ، بأنه ((وحيث ان المدعى عليها تتمسك بمخالفة القوانين الألمانية للنظام العام الفرنسي ، وبعدم تطبيقها خارج الإقليم الالماني ، فإن الامر لايتعلق بتطبيق هذه القوانين في فرنسا ولابتقرير كيف ان تطبق في ألمانيا، وانما بملاحظة آثارها في تلك الدولة ، وحيث ان المحكمة تواجه وقائع تمت في ألمانيا، فعليها ان تستخلص فقط النتائج المترتبة عليها في فرنسا))[٢٧]. كما قررت ذات المبدا محكمة استئناف Rowen في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٣/٢٠ إذ قضت بأنه ((وفقا للقانون الدولي الخاص ، ومن المستقر عليه في فرنسا ، ان الحقوق المكتسبة في الخارج وفقا لقانون عام اجنبي يمكن أخذها

بالاعتبار بالقدر الذي لاتتعارض فيه مع النظام العام))[٢٨]. إذ نلاحظ مما تقدم من أحكام قضائية ان الأمر لايتعلق بالتطبيق الفعلي للقواعد النقدية الأجنبية وقواعد القانون العام الأجنبي، من قبل القاضي الفرنسي وانما التحقق فقط من آثار تلك القوانين واخذها فقط بالاعتبار عند التثبت من شروط صحة الحقوق التي تم اكتسابها في الخارج .

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة فكرة الاخذ بالاعتبار في القانون الدولي الخاص ، خلصنا إلى بعض الاستنتاجات التي يمكن ان نطرح من خلالها بعض التوصيات

اولا :- الاستنتاجات

١.ان تبني فكرة الاخذ بالاعتبار يساعد على تبسيط الحلول في مسائل تنازع القوانين ، خاصة تلك المتعلقة باكتساب حق في الخارج بمقتضى قانون عام اجنبي ، فالقاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين عنصري الفرض والحكم وتطبيق تلك القاعدة مؤداه ترتيب الاثر القانوني على الفرض الذي تحكمه ، اما الاخذ بالاعتبار فهو مجرد استشارة القاعدة القانونية دون تطبيقها فنيا ، اي دون ان يعمل عنصر الحكم او الأثر القانوني الذي تتضمنه .

٢. ان إعمال القاضي للدفع بالنظام العام كاثر انعكاسي يستمد اساسه من فكرة الاخذ بالاعتبار .

٣.ان ازدواجية عدم مشروعية الفعل الضار في قانون الدولة التي حصلت الواقعة المنشئة للالتزام وقانون القاضي المعروض أمامه النزاع بوصفه القانون الذي يؤخذ بالاعتبار ، هو الكفيل بتحقيق التوازن المطلوب بين مصلحة كل من المضرور والمتسبب بالضرر، وحسنا فعل المشرع العراقي بالنص على ذلك بمقتضى المادة (٢/٢٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

التوصيات :-

١.بالنسبة للاستنتاج الاول المستخلص من الدراسة ، وأن كان الفقه الغالب يذهب إلى إعمال القانون العام الأجنبي بصفة تبعية ، الا اننا نفضل لو أدرج المشرع على ذلك بنص صريح تطبيقا لفكرة الاخذ بالاعتبار ، مع المواد الخاصة بالتنازع الدولي للقوانين من حيث المكان في القانون المدني ، لتكون بالشكل الاتي :- ((قواعد القانون العام الأجنبي المتعلقة بحق اكتسب في الخارج يمكن ان تؤخذ بالاعتبار من قبل القاضي الوطني))

٢.فيما يتعلق بالاستنتاج الثاني من الدراسة ، وماوضحناه في متن البحث ، نتمنى من المشرع العراقي ان يضيف فقرة ثانية إلى نص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي لتكون بالشكل الاتي :- ((يجوز أن يعتد في العراق بالاثر الانعكاسي للنظام العام في دولة اجنبية تتفق مع فكرة النظام العام العراقي)).

الهوامش

(١)انظر د.احمد عبد الكريم سلامه ، مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٥٣٨

(٢) راجع في هذا الشأن د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٧١٨-٧١٩

(٣) انظر د.احمد عبد الكريم سلامه ، علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولا ومنهجا) ، ط١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦ ، ص ٤٢٠-٤٢١

(٤) انظر في تركيب القاعدة القانونية د.حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ط١ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧١ ،

(٥) انظر د.احمد عبد الكريم سلامه ، علم قاعدة التنازع ..... ، مصدر سابق ، ص٤٢١

(٦) انظر Cheshire , Private International law, ninth edition , butter worth , London , 1974 , p.134 and Morris , the conflict of Law, ninth edition, Stevens & sons limited , London, 1980 , p.47

(٧) انظر Pierre Mayer , Droit International law , deta , 5 edition, 1994 , p.117 ets.

(٨) انظر في القانون الجنائي د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٥ ، ١٩٨٢ ، ص ١٤٧ – ١٤٨

(٩) يقابلها م(٣) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل وم(٢/٦٨٩) من قانون الاحراءات الجنائية الفرنسي رقم ٥٨-١٢٩٦ لسنة ١٩٥٨ المعدل

(١٠) يقابلها م(١٠) من قانون العقوبات المصري وم(٦٩٢) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي

(١١) انظر بنفس المعنى د.محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ -١٤٨

(١٢) انظر في عرض هذه الانتقادات د.احمد عبد الكريم سلامه ، القانون الجنائي امام القضاء الوطني ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٤ ، ١٩٨٨ ، ص ١٨٧

(١٣) نقلا عن د.هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٧١٨

(١٤) راجع هذه النصوص د.احمد عبد الكريم سلامه ، مصدر سابق ، ص ٥٣٨ – ٥٤٠

(١٥) اما عن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية من قبل القاضي الوطني المرفوع أمامه النزاع ، فقد أثارت جدلا كبيرا بشانها ، هل يطبقها القاضي ام ياخذها بنظر الاعتبار . وان الرأي الراجح يذهب إلى تطبيق هذه القواعد ، لذا فإن تناولها في البحث يخرج من نطاق دراستنا .لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر د.احمد عبد الكريم سلامه ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥

(١٦) انظر د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٧١

(١٧) انظر المادة ١١ من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٣ الملغى والتي تنص على أن ((كل عراقي اكتسب جنسية اجنبية باختياره يفقد الجنسية العراقية))،علما بأن قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٦ يتيح للشخص الاحتفاظ بجنسيته اذا اكتسب جنسية اجنبية الا اذا تخلى عنها تحريريا،اي انه يسمح بازدواج الجنسية. انظر م(١٠/اولا) من هذا القانون

(١٨) انظر د.حسن الهداوي، تنازع القوانين ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨

(١٩) انظر المادة السادسة من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي٣٠ لسنة ١٩٢٨ النافذ

(٢٠) انظر د.حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٧٣

(٢١) تقابلها م (٢/٢١) مدني مصري وماسار عليه القضاء الفرنسي بهذا الشأن

(٢٢) انظر د.حسن الهواوي ود.غالب الداودي، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطبعة مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع ، الموصل ، ١٩٨٢ ص ١٦٤

(٢٣) انظر Cheshire , op.cit , p.267

(٢٤) لمزيد من التفاصيل حول الفقه المؤيد لهذا الاتجاه انظر د.احمد عبد الكريم سلامه ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص ٦١٧ ومابعدها

(٢٥) انظر في الفقه المؤيد لذلك Batiffol & Lagarde , Droit International Law, se'ptime' edition , Tome ll , Paris , 1983 , p.176

(٢٦) انظر في حيثيات الحكم د.سامي بديع منصور ود.اسامه العجوز ، القانون الدولي الخاص ، ط٣ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٨٧

(٢٧) نقلا عن د.احمد عبد الكريم سلامة ،علم قاعدة تنازع الاحتيار..،مصدر سابق ، ص ٦١٧

(٢٨) نقلا عن د.احمد عبد الكريم سلامه ، علم قاعدة التنازع والاختيار..، مصدر سابق ، ص ٦١٩

المصادر

المصادر العربية

١.د.احمد عبد الكريم سلامه ، القانون الجنائي امام القضاء الوطني ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٤٤ ، ١٩٨٨

٢.د.احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥

٣.د.احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولا ومنهجا) الطبعة الاولى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦

٤.د.احمد عبد الكريم سلامة ، مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع

٥.د.حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥

٦. د.حسن الهداوي ود.غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطبعة مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع ، الموصل ، ١٩٨٢

٧.د.حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الاولى ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧١

٨.د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩

٩. د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الخامسة ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٢

١٠ د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠١٤

المصادر الأجنبية

1.cheshire , private international law , ninth edition , butter worth , London, 1974

2.henry batiffol & Paul Lagarde , droit international law , Tome ll , Parise, 1983

3.pierre Mayer, droit international law , delta , five edition, 1994

4.morris , the conflict law, ninth edition, Steven's & sense limited , London, 1980