ماهية ضوابط الاسناد في نطاق حل المنازعات الخاصة الدولية

أ.د محمد حسناوي شويع * ، شهلاء هادي متعب *
*جامعةالكوفة ـ كلية القانون

Article Info

Received: January 2024 **Accepted:** February 2024

الخلاصة

إن قواعد الإسناد تُعد قواعد غائية ، وأن الوظيفة الخاصة لهذه القواعد هي اصطفاء القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، و إذا حللنا أية قاعدة من قواعد الاسناد يتبين لنا أنها لا تنهض بوظيفتها الخاصة إلا بوجود ضابط الاسناد كركن جوهري فيها ، ليكون معيار أو مناط من خلاله يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة محل التنازع ، وهذه الورقة البحثية أتت للتقعيد لمفهوم ضوابط الاسناد ، بهدف الإلمام الدقيق بالمعالم النظرية لهذا المفهوم .

الكلمات المفتاحية : (ضوابط الاسناد ، الأداء المميز ، ضوابط الاسناد الموضوعية ، ضوابط الاسناد الشخصية ، ضوابط الاسناد الجامدة ، ضوابط الاسناد المرنة).

The concept of attribution controls in resolving international private disputes

Muhammad Hasnawi Shuwai* ، Shahla Hadi Miteb*
*** University of Kufa College of Law***

Abstract

The rules of attribution are teleological rules, and the special function of these rules is to select the most appropriate law for the rule of international private relations, and if we analyze any of the rules of attribution, it becomes clear to us that it does not carry out its special function except with the presence of the attribution officer as an essential pillar in it, to be a criterion or a pretext of During which the applicable law is determined on the predicated idea in dispute, and this research paper came to complicate the concept of imputation controls, with the aim of accurately acquainting with the theoretical features of this concept.

Keywords:(Attribution controls, distinguished performance, objective attribution controls, personal attribution controls, rigid attribution controls, flexible attribution controls)

المقدمة

أولاً – التعريف بموضوع البحث : إن ضابط الاسناد أو ضابط الاختيار يعد الركن الثاني من بين الأركان الجوهرية الثلاثة لقاعدة الاسناد ، وهو قطب قاعدة التنازع ، لكون أن الركن الأول وهو الفكرة المسندة أو الواقعة التي يثور بصددها التنازع هو أمر يصنعه الواقع والتعامل فيما بين الأفراد ، أما الركن الثالث وهو القانون المسند اليه أو القانون الواجب التطبيق فهو من صنع المشرع أو المقنن الأجنبي ، وقد يكون احيانا هو قانون دولة القاضي ، عندما يشير ضابط الاسناد الى ذلك ، في حين أن ضابط الاسناد يتم تحديده من قبل مُشرع قاعدة الاسناد[1] وأن الهدف المرجو من ضابط الاسناد إنما هو ارشاد القاضي لتطبيق القانون الأنسب لتحقيق العدالة والأمان القانوني والمصلحة العامة من وجهة نظر المشرع الوطني ، لذا نجد أن ضوابط الاسناد مختلفة باختلاف التشريعات الدولية المتعلقة بحل التنازع بين القوانين ، وهذا الاختلاف هو نتيجة منطقية لاختلاف الأصول الفلسفية المكونة لكل قانون عن غيره من القوانين الأخرى .

ثانياً/ إشكالية البحث وهدفه: إن ضابط الاسناد بالرغم من كونه ركن جوهري في قاعدة الاسناد إلا أنه لم يحظى بالاهتمام الوافي من حيث تحديد ماهيته بشكل دقيق ومفصّل ، إذ أن أغلب الأبحاث والدراسات القانونية تتناول هذا المفهوم بشكل هامشي ، أي أنها لا تختص به فحسب وإنما تتعرض اليه بشكلٍ ثانوي ، لذا يهدف هذا البحث للإحاطة بمفهوم ضابط الاسناد وبشكل مفصّل .

ثالثاً/ هيكلية البحث : إن الوقوف على ماهية ضوابط الاسناد يقتضي أن نبين مفهوم قاعدة الاسناد ، وهذا ما نتناوله في المطلب الأول من هذا البحث ، أما المطلب الثاني يكون مخصص لبيان مفهوم ضوابط الاسناد .

المطلب الأول

مفهوم قاعدة الاسناد في المنازعات الدولية الخاصة

إن الوقوف على تحديد مفهوم قاعدة الاسناد في المنازعات الدولية الخاصة يتطلب أن نبحث عن ظهور قواعد الاسناد ، وتعريفها ، ومن ثم تحديد طبيعتها القانونية ، وخصائصها ، وتمييزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى ، وشرط اعمالها ، وباعتبار أن محل الدراسة يركز على ضوابط الاسناد ، لذا سنقتصر في هذا المطلب على تعريف قاعدة الاسناد ومن خلاله نشير الى الخصائص والطبيعة التي تتميز بها قاعدة الاسناد عن غيرها من القواعد القانونية ، وهذا ما نتناوله في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني نبحث فيه عن شروط اعمال قاعدة الاسناد .

---

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص560.

الفرع الأول

تعريف قاعدة الاسناد

قبل الحديث عن تعريف قاعدة الاسناد لا بد من الاشارة الى إن السياسة التشريعية تقوم على عنصرين أولهما الاحاطة بمعرفة وقائع الحياة ومستجداتها ، وثانيهما ايجاد افضل الحلول القانونية لمعالجة الوقائع المفترضة بما يتلاءم مع مقتضيات الحياة وتطوراتها[1] ، وبعد ظهور مشكلة تنازع القوانين بسبب العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي ، كان لزاما على المشرع الوطني أن يواجه هذه المشكلة ويضع الحلول القانونية لمعالجتها ، وقد تعددت المدارس الفقهية واختلفت فيما بينها بشأن مواجهة التنازع بين القوانين [2] .

وقد توصل الفكر القانوني الحديث بأبعاده الثلاثة من فقه وقضاء وتشريع الى ضرورة وضع قواعد قانونية تؤدي وظيفة حل مشكلة تنازع القوانين ، لذا قام المشرع الوطني بوضع هذه القواعد وتباينت التشريعات فيما بينها بشأن مضمون قواعد الاسناد بسبب اختلاف الرؤى والغايات التي يسعى لتحقيقها كل مشرع ، ولكن يكاد يتفق الفقه المعاصر على أن وظيفة قاعدة الاسناد تكمن في تحقيق العدالة والأمان القانوني في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة[3] .

أما التعريفات التي قيلت بصدد قاعدة الاسناد فهي كثيرة ، إلا أنها تكاد تتفق من حيث المضمون وتختلف من حيث الصياغة اللفظية ، إذ ركزت مجمل هذه التعريفات الفقهية على تعريف قاعدة الاسناد من خلال بيان خصائصها ، وهذا ما سيتبين من خلال التعريفات التي سنذكرها تباعاً .

إذ تعرف قاعدة الاسناد في جانب من الفقه المصري بأنها ((قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية ، تسري على العلاقات الخاصة الدولية ، لتصطفي القانون الأنسب والأكثر ملائمة لتنظيم تلك العلاقات ، وذلك حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها))[4] ويتضح من هذا التعريف أنه يبين الخصائص التي تتميز بها قاعدة الاسناد ، إذ يشير الى أن قاعدة الاسناد ذات طابع وضعي ، بمعنى أنها قاعدة قانونية تقوم السلطة التشريعية في كل دولة على حِدة بوضعها ، لذلك نجد في كل دولة مجموعة من قواعد الاسناد الخاصة بها ، والتي قد تختلف كثيرا أو قليلا عن قواعد الاسناد السارية في الدول الأخرى ، فضلا عن ذلك يتضح من التعريف المتقدم بأن قاعدة الاسناد لا تسري

---

[1] علي أحمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، سنة 2019 ، ص44.

[2] للتفصيل أكثر عن نشوء قواعد التنازع وتطورها وآراء المدارس الفقهية بشأن مواجهة التنازع بين القوانين ، ينظر : د. حفيظة السيد الحداد ، ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 14 وما يليها . كذلك ينظر : د. مجد الدين خربوط ، القانون الدولي الخاص ، منشورات جامعة حلب – كلية الحقوق ، 2008 ، ص38 وما يليها .

[3] د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار السنهوري ، بيروت ، 2015 ، ص 31.

[4] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 545.

على مطلق العلاقات القانونية بين الأشخاص ، انما ينحصر مجال اعمالها في العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، كما أنها ليست ذات تطبيق مباشر على العلاقة القانونية الدولية الخاصة ، فهي لا تعطي حلا مباشرا لتلك العلاقة ، إنما يتجسد دورها في ارشاد القاضي للمفاضلة والاختيار بين القوانين المتعددة التي تتنازع أو تتزاحم فيما بينها على حكم العلاقة الدولية الخاصة المعروضة أمامه.

كما تعرف قاعدة الاسناد أيضا في الفقه المصري بأنها ((قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني ، ومن خلال قاعدة الاسناد يختار المشرع الوطني من بين القوانين المتزاحمة الأجدر والأكثر ملائمة لحكم العلاقة الدولية الخاصة بما يحقق مصالحه الاجتماعية والسياسية والاقتصادية[1] ومن خلال تحليل هذا التعريف يتضح لنا بأن قاعدة الاسناد من صنع المشرع الوطني ، والوظيفة المرجوة منها هي ارشاد القاضي الى اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون .

وتعرف قاعدة الاسناد أيضا بأنها ((هي قواعد وطنية وضعها المشرع الوطني لتشير الى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ، وهدفها هو تحقيق العدالة والمنفعة ولا تتعارض مع مصالح الدولة العليا أو السياسية))[2] ، وهذا التعريف لا يختلف من حيث المضمون عن التعريفات المتقدمة ، إلا من حيث الاشارة الى أن قاعدة الاسناد ينبغي أن لا تتعارض وتصطدم بالمصلحة العامة للدولة ، بل يجب أن تكون صياغة قاعدة الاسناد ملائمة ومنسجمة مع الأهداف العليا التي تسعى اليها السياسة التشريعية .

أما الفقه العراقي فقد عرف جانب منه قاعدة الاسناد بكونها ((قاعدة قانونية وطنية وضعية ، لا تعطي الحل المباشر للنزاع ، انما ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي))[3] وكذلك تعرف قاعدة الاسناد في الفقه العراقي بأنها ((قاعدة يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها تتجسد في اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها ، وتنتهي مهمة هذه القاعدة بالإسناد لتبدأ مهمة القانون المسند اليه الاختصاص))[4].

ويبدو من خلال هذه التعريفات بأنها تكاد تتشابه مع التعريفات الفقهية التي جاء بها الفقه المصري ، ويذهب جانب من الفقه العراقي الى الاعتراف بأن قواعد الاسناد قد تكون دولية المصدر

---

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص25.
[2] د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، عمان ، 1969 ، ص169.
[3] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص19.
[4] د. عبد الرسول عبد الرضا ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، 2018 ، ص258.

أحيانا ، فيعرفها بأنها ((قواعد قانونية وطنية المصدر أو دولية المصدر احيانا ، والتي بواسطتها يسترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون ، ليختار القاضي بواسطة قاعدة الاسناد أكثر القوانين ملائمة لحكم هذه العلاقة بما يحقق المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة))[1] .

ونرى بأن القول بأن قواعد الاسناد قد تكون دولية المصدر ، لا تعني وجود قواعد دولية معاصرة تعالج مختلف مسائل تنازع القوانين ، انما توجد بعض القواعد القانونية الموحدة التي تم الاتفاق عليها من خلال الاتفاقيات الدولية والتي تستهدف حل مسائل محددة من تنازع القوانين [2] .

ويتضح مما تقدم بأن تعريفات قواعد الاسناد في الفقه المصري وكذلك الفقه العراقي تكاد تكون متفقة في المعنى ومختلفة في الصياغة ، ومن تحليل هذه التعريفات اتضح لنا بأن قاعدة الاسناد ، وضعت من قبل المشرع في كل دولة لتقوم بوظيفة ارشاد القاضي في عملية اختيار القانون الانسب لحكم المنازعات الدولية ذات العنصر الأجنبي ، الا أن القول بأن قواعد الاسناد من صنع المشرع الوطني لا يعني أن السلطة التشريعية تنفرد بوضع هذه القواعد ، فقد تكون قواعد الاسناد من صنع القضاء كما هو الحال في انكلترا ، وغيرها من الدول التي تعتمد على الأخذ بنظام السوابق القضائية[3] .

و مما تجدر الاشارة اليه بأن المشرع العراقي قد نص على عدد من قواعد الاسناد المتعلقة بحل التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي وذلك في المواد (17-33) وهذه المواد القانونية جاءت ضمن القانون المدني العراقي النافذ ، إلا أن المشرع العراقي كان يدرك بأن تطور المنازعات الدولية ذات العنصر الاجنبي لا يمكن معالجتها فقط من خلال قواعد الاسناد المنصوص عليها في القانون المدني ، لذلك أشار المشرع العراقي الى امكانية رجوع القاضي فيما لم يرد بشأنه نص الى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً [4] ، وبالتالي يمكن القول بأن قاعدة الاسناد قد تكون مكتوبة أو عرفية .

واستنادا لكل ما تقدم يمكن لنا القول بأن قاعدة الاسناد بأنها قاعدة قانونية الزامية غير مباشرة ، وطنية المصدر من حيث الاصل ، تمثل أداة بواسطتها يمكن للقاضي اختيار القانون الأكثر صلة

---

[1] د. كريم مزعل شبي ، مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، المجلد الثالث ، العدد الثالث عشر ، 2005 ، ص2.

[2] ينظر : احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، ط1 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، القاهرة ، 1996 ، ص543.

[3] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص23.

[4] انظر : المادة (30) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والتي نصت على أنه (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) ، ويقابل هذا النص في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المادة (24) والتي نصت على انه (تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص).

بالعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي من بين القوانين التي تتنازع على حكم تلك العلاقة ، وعادةً ما تكون صياغة قواعد الاسناد متأثرة بالفلسفة السائدة في المجتمع الذي انبثقت عنه هذه القواعد ، لذا نجد أن قواعد الاسناد تختلف بحسب اختلاف الفلسفة السائدة في كل دولة .

الفرع الثاني

شروط اعمال قاعدة الاسناد

إن المتأمل في قواعد الاسناد يجد أن هناك شروطا أو مفترضات أساسية لازمة لإعمال قواعد الاسناد ، لتؤدي وظيفتها وصولا الى حل مشكلة التنازع بين القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق ، فيلزم لإعمال قاعدة الاسناد توافر عدة شروط ، وهذه الشروط نحاول تفصيلها في الفقرات التالية :

أولا – قيام علاقة قانونية تتسم بالصفة الدولية الخاصة : يرى الفقه التقليدي بأن قاعدة الاسناد لا تسري على مطلق العلاقات القانونية ، انما ينحصر مجال اعمالها على العلاقات الدولية الخاصة ، أي المتضمنة عنصر أجنبي ، مثل قيام نزاع بين شخص عراقي وآخر فرنسي ، هنا يثور التنازع بين القانون العراقي والفرنسي على حكم هذه العلاقة ، فيصار الى قاعدة الاسناد في دولة القاضي لتحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة ، ويلاحظ بأن هذا الشرط أمر أساسي يتفق مع طبيعة القانون الدولي الخاص ، باعتبار أن هذا القانون ينظم العلاقات الدولية الخاصة[1] وبالتالي فإن قاعدة الاسناد لا يمكن اعمالها الا عندما يكون القاضي بصدد علاقة قانونية ضمن مسائل القانون الخاص ، فالتنازع لا يمكن أن يرد بحسب الأصل على القوانين العامة ، كالقانون الاداري وقانون العقوبات وقانون الضرائب وغيرها من القوانين العامة ، فكل دولة تطبق قانونها الوطني على الجرائم التي تقع داخل اقليمها بصرف النظر عن جنسية مرتكبها ، وبالتالي فإن الأصل يقضي بأن القوانين العامة لا يرد فيها التنازع لأنها ترتبط مباشرة بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة [2].

وعليه إذا ثار نزاع أمام القاضي المدني العراقي وكان السبب المنشئ لهذا النزاع واقعة مادية كالفعل الضار أو النافع ، أو كان سبب النزاع تصرف قانوني كالبيع أو الوصية ، وكان أطراف هذا النزاع كل منهم ينتمي قانونا الى دولة تختلف عن دولة الطرف الآخر ، هنا يجب على القاضي أن يلجأ الى اعمال قاعدة الاسناد ، ليتوصل من خلالها الى تحديد القانون الواجب التطبيق وحل مشكلة التنازع الدائر على حكم تلك العلاقة ، وبالتالي لا يمكن للقاضي العراقي أن يقرر بصورة سلبية عدم انطباق القانون العراقي على تلك العلاقة القانونية الخاصة الدولية ، بل يجب عليه اعمال قاعدة

[1] د. أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2009 ، ص11.
[2] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ص19.

الاسناد للوصول الى القانون المسند اليه حسم النزاع [1] ، لذا تتصف قاعدة الاسناد بأنها لا تعطي الحل المباشر بل أنها أداة وسيطة ترشد الى القانون الذي يتكفل بالحل المباشر .

ومما تجدر الاشارة اليه بأن جانب من الفقه الحديث يرى بأن اخراج قواعد القانون العام من دائرة التنازع ، هو أمر غير سليم ، لكون القاضي قد يضطر الى الرجوع لقواعد القانون العام الاجنبي في بعض الاحيان وبصفة تبعية ، وهذا يعني بأن التنازع قد اتسع ليشمل علاقات القانون العام .

واستنادا لما تقدم نرى أنه اذا كان نطاق التنازع قد اتسع ليشمل العلاقات التي تندرج ضمن القانون العام في بعض الفروض ، فإن حل مشكلة التنازع في مثل هذه الفروض لا يتحقق من خلال قواعد الاسناد ذات الأصل السافيني [2] ، وانما يأتي حلها من خلال الرجوع الى المنهج الأحادي المباشر (القواعد ذات التطبيق المباشر) ، وهذه الحقيقة تدعونا الى التأكيد على اهمية وضرورة تعدد منهاج القانون الدولي الخاص المعاصر .

وعليه لا يجوز الخلط فيما بين تحديد نطاق تنازع القوانين وتحديد نطاق قواعد الاسناد كوسيلة فنية لازمة لحل مشكلة التنازع ، فاذا كان نطاق التنازع قد اتسع ليشمل بعض علاقات القانون العام ، فإن حل هذه المشكلة يتم من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومن بينها بعض قواعد القانون العام[3] وليس من خلال قواعد الاسناد .

وخلاصة القول فيما قدمناه إن قواعد الاسناد لا يمكن اعمالها إلا في المنازعات الدولية التي يكون محلها ضمن نطاق القانون الخاص ، أما التنازع الذي يشمل بعض علاقات القانون العام فإن تطور القانون الدولي الخاص قد اوجد له حل يتجسد بالقواعد ذات التطبيق الضروري ، ولا ينبغي الخلط بين منهج قواعد الاسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري فكل منهما له نطاقه الخاص .

ثانيا – اتصال العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني ينطبق عليها : وهذا الشرط يعبر الفقه عنه (الصفة الدولية لتنازع القوانين) والتي تعني تعدي العلاقات التي تحكمها القواعد القانونية للحدود

---

[1] د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص 31.

[2] تجدر الاشارة الى أن قواعد الاسناد التي يعود اصلها الى الفقيه الألماني سافيني تقوم على فكرة إن المشكلة التي يجب حلها في قضايا التنازع تثور على النحو التالي : يجب أن يحدد لكل رابطة قانونية نطاق القانون الأكثر اتفاقا مع الطبيعة الذاتية والجوهرية لتلك الرابطة ، أي أن واجب الباحث عن قاعدة التنازع أن يبدأ اولا في تحليل وتحديد الطبيعة القانونية للرابطة أو العلاقة محل النزاع ثم عليه ثانيا أن يبحث عن المقر او المركز المكاني لتلك الرابطة او العلاقة القانونية ، وهذا التركيز أو التوطين المكاني يبدو متيسرا بالنسبة لما يتعلق بالشخص ذاته ، فمقره هو موطنه ، اما بالنسبة لأنشطته فان تركيزها وتوطينها معقود اثارها ، فالمكان الذي تترتب فيه العلاقات والروابط القانونية كل آثارها او غالبها يعد المقر الاقليمي لها . للتفصيل اكثر أنظر : د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص613.

[3] د. هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ،ج1 ، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط1 ، 2014 ، ص134.

القانونية للدولة ، والتي تحتوي على عنصر أجنبي أو أكثر [1] ، فالعلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص تتصف بكونها علاقات تتجاوز بطبيعتها الحدود الاقليمية .

وعليه لا يمكن للقاضي اعمال قاعدة الاسناد الا إذا كان بصدد علاقة تنطوي على عنصر أجنبي ويثور بشأنها تنازع بين قوانين دول مستقلة عن غيرها من الدول الأخرى ، بمعنى أن يمثل كل قانون سيادة تشريعية [2]، وهذا يعني أن القوانين التي تتنازع على حكم العلاقة لا بد أن يكون كل قانون من هذه القوانين المتنازعة صادرا عن دولة تتمتع بالشخصية الدولية[3] وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، أي يتوافر فيها الأركان التي تقوم عليها الدولة ، وهي الشعب والاقليم والسلطة النظامية التي للدولة .

وبصدد ما تقدم يثور التساؤل عن الحالة التي يكون فيها أحد القوانين المتنازعة صادرا عن دولة غير معترف بها وبحكومتها في دولة القاضي الذي ينظر النزاع ، فهل يمكن للقاضي الاعتراف بهذا القانون وتطبيقه فيما لو أشارت قاعدة الاسناد اليه ؟

يرى الفقه بأن مسألة عدم الاعتراف الكلي ينطوي على انكار وجود الدولة الغير معترف بها في دولة القاضي ، أي انكار حكومتها ، وشخصيتها في المجتمع الدولي ، وبالتالي انكار كل ما يصدر عنها من قوانين[4] ، وتأسيسا على ذلك لا مجال لوجود تنازع بين القوانين العراقية والقوانين التي يصدرها الكيان الاسرائيلي لعدم اعتراف دولة العراق بهذا الكيان وانكارها لشخصيته في المجتمع الدولي .

أما في حالة الاعتراف بالدولة وانكار حكومتها ، فيرى الفقه أن الاعتراف بالقانون الأجنبي مرتبط بالدولة وليس بحكومتها ، ويستند هذا الرأي الى أن عدم الأخذ بقانون الدولة غير المعترف بحكومتها في دولة القاضي يؤدي الى نتائج غير منطقية من شأنها أن تنحو بالسلوك القانوني نحو التمييز السياسي[5] .

وعليه يكفي للقاضي أن يتحقق من القانون المعمول به فعلا في الدولة الغير معترف بها ، وليس عليه البحث عن شرعية سلطة هذه الدولة ، ما دامت هذه السلطة قادرة على تحقيق نفاذ قانونها[6] ، فمسألة الاعتراف بحكومة الدولة الأجنبية من عدمه ، هي مسألة سياسية ويكون من الأجدر عدم التحدي بها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة .

---

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص75.
[2] د. عبد الرسول عبد الرضا ، مصدر سابق ، 253.
[3] للتفصيل أكثر عن اركان الدولة ومعيارها القانوني ، ينظر : د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، جامعة بغداد ، ط5 ، 1992، 217 وما يليها .
[4] د. فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، ، 2011، ص11.
[5] د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، بيروت ، 2009 ، ص575.
[6] د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص39.

وبناءً على ما تقدم يتضح بأن قاعدة الاسناد لا يمكن للقاضي اعمالها إلا إذا كان هنالك صفة دولية للنزاع ، أي سريان أكثر من نظام قانوني للانطباق على تلك العلاقة ، وأن القانون الأجنبي لا يمكن للقاضي الاعتراف به واعماله في مجال تنازع القوانين اذا كانت دولة القاضي لا تعترف كليا بالدولة الأجنبية الصادر عنها هذا القانون ، ونحن نؤيد ذلك ، أما في حالة كانت دولة القاضي تنكر حكومة أحد الدول الأجنبية ، الا أنها تعترف بالشخصية الدولية في المجتمع الدولي لتلك للدولة التي يتنازع نظامها القانوني مع غيره من النظم القانونية لحكم العلاقة التي تنطوي على عنصر أجنبي ، فالرأي الراجح بتقديرنا هو ضرورة اعتراف القاضي بهذا القانون للدولة الأجنبية الغير معترف بحكومتها ، لكون عدم الأخذ بقانونها في مجال تنازع القوانين من شأنه أن يؤدي الى نتائج سلبية ، ومنها التمييز السياسي .

ثالثا – تسامح المشرع الوطني في قبول تطبيق القانون الأجنبي : ويعد هذا الشرط من أهم الشروط اللازمة لإعمال قاعدة الاسناد ، فالمشرع الوطني إذا طبق قانونه المحلي في جميع الأحوال حتى وإن تضمنت العلاقة القانونية عنصرا اجنبيا فلا يثور التنازع بين القوانين في مثل هذا الفرض.

وبالتالي يتوقف تطبيق القانون الأجنبي على مدى تسامح دولة القاضي الوطني في قبول تطبيق القوانين الأجنبية ، فإذا كانت دولة القاضي تأخذ بقاعدة اقليمية القوانين بصورة مطلقة ، والتي تعني تطبيق القانون الوطني على جميع الأشخاص المتواجدين في اقليم الدولة وعلى كل الوقائع التي تحدث على اقليمها فلا مجال لوجود تنازع للقوانين[1] .

أما إذا تسامح المشرع الوطني في قبول تطبيق القانون الأجنبي ، وذلك عندما يتخلى المشرع بموجب نص صريح في قانونه عن ولايته الى قانون آخر ، اعتقادا منه في أن هذا القانون هو الأجدر والأنسب لحكم العلاقة الدولية الخاصة بما يتلاءم مع مقتضيات العدالة[2] ، هنا يحدث تنازع بين القوانين ، ويكون على القاضي اعمال قاعدة الاسناد لكي يتوصل من خلالها الى تحديد القانون الواجب التطبيق الذي تشير اليه هذه قاعدة الاسناد .

وعليه فإن التنازع فيما بين القوانين لا يظهر إلا اذا قبل المشرع الوطني مبدأ احتمال تطبيق القانون الأجنبي في حالات معينة يشار اليها من قبل المشرع في قواعد الاسناد[3] ، لذا يمكن القول بأن قاعدة الاسناد هي التي تخلق التنازع فيما بين القوانين وهي في ذات الوقت تؤدي دور حل التنازع فيما بين القوانين المتنازعة .

ومما تجدر الاشارة اليه أن المشرع قد تسامح في قبول مبدأ احتمال تطبيق القانون الأجنبي ،

---

[1] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 21.

[2] د. علي فوزي الموسوي ، قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016 ، ص16.

[3] د. غالب علي الداوودي و د. حسن محمد المهداوي ، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ج2 ، الدار العربية للقانون ، ط3، بلا مكان نشر ، 2010 ، ص15.

وذلك بموجب المواد (17-33) من القانون المدني العراقي ، وهو بذلك لا يختلف عن موقف المشرع المصري الذي تسامح أيضا في قبول تطبيق القانون الأجنبي وذلك من خلال المواد (10- 28) من القانون المدني المصري .

وفي رأينا أن تسامح المشرع في تطبيق القانون الأجنبي هو أمر ايجابي ، ومن شأنه أن يساهم في تحقيق العدالة ، ويعزز من احترام القوانين الأجنبية والدول التي صدرت عنها تلك القوانين

المطلب الثاني

مفهوم ضوابط الاسناد

بعد أن تبين لنا أن قاعدة الاسناد تتكون من ثلاثة أركان جوهرية ، الركن الأول هو الفكرة المسندة ، والركن الثاني هو ضابط الاسناد وهو أهم الأركان الجوهرية في قاعدة الاسناد ، أما الركن الثالث فهو القانون المسند اليه أو القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل التنازع ، وباعتبار أن موضوع الدراسة ينصب على تعدد ضوابط الاسناد ، فلا بد من البحث عن مفهوم ضوابط الاسناد ، لذا سيكون هذا المطلب منقسم الى فرعين ، نتناول في الفرع الأول منه تعريف ضوابط الاسناد ، أما الفرع الثاني سيكون لبيان أنواع ضوابط الاسناد .

الفرع الأول

تعريف ضوابط الاسناد

إن كل قاعدة قانونية لها وظيفة خاصة ، وبعد أن تبين لنا بأن الوظيفة الخاصة لقاعدة الاسناد هي اصطفاء القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، و إذا حللنا أية قاعدة من قواعد الاسناد يتبين لنا أنها لا تنهض بوظيفتها الخاصة إلا بوجود ضابط الاسناد كركن جوهري فيها ، ليكون معيار أو مناط من خلاله يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة محل التنازع .

وتأكيدا لما تقدم نعرض مثال على تحليل إحدى قواعد الاسناد التي نص عليها المشرع العراقي ، فمثلاً تنص الفقرة الأولى في المادة (25) من القانون المدني العراقي على أنه :"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه "[1] ، يتبين لنا من هذه القاعدة بأنها تقوم على ثلاثة أركان جوهرية الركن الأول هو الفكرة المسندة التي يثور بشأنها التنازع ، والفكرة المسندة في القاعدة القانونية محل

[1] الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

التحليل في هذا المثال هي الالتزامات التعاقدية ، أما الركن الثاني فهو ضابط الاسناد أو ما يسمى بضابط الاختيار ، وفي المثال السابق نجد أن المشرع العراقي وضع اكثر من ضابط اسناد للالتزامات التعاقدية، أولهما هو القانون الذي اختاره المتعاقدان بإرادتهم الصريحة أو الضمنية لحكم ما يحدث من نزاع يتعلق بالعقد المبرم بينهم ، وثانيهما هو الموطن المشترك للمتعاقدين وثالثهما هو الموطن الذي تم فيه العقد .

أما الركن الثالث والأخير هو القانون الواجب التطبيق ، وهو في المثال الذي سقناه سابقا ، يكون قانون الدولة التي اتفقت الارادة المشتركة للمتعاقدين على اختياره عند ابرام العقد ، أو قانون الدولة التي تعد موطنا مشتركا للمتعاقدين ، أو قانون الدولة التي تم فيها العقد .

واستنادا لما تقدم اتضح لنا بأن ضابط الاسناد هو الركن الذي لا يمكن من دونه أن تنهض قاعدة الاسناد بوظيفتها الخاصة والتي تتمثل في ارشاد القاضي الى تحديد القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة ، لذا يرى الفقه بأن ضابط الاسناد هو " الهوية " التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على حكم العلاقة الخاصة الدولة ، كما أنه يمثل مرآة تبين عن تفضيل المشرع لقانون معين ، واعراضه عن غيره من القوانين المتنازعة على ذات العلاقة [1] .

وعليه يرى جانب من الفقه المصري أن ضابط الاسناد ((هو المناط أو المعيار الذي من خلاله يقوم المشرع بتفضيل قانون معين عن غيره من القوانين المتزاحمة في عرض حلولها الموضوعية لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي))[2] ويعرف ضابط الاسناد عند جانب آخر من الفقه المصري أيضاً بأنه ((المعيار الذي يعول عليه المشرع بكونه مرشدا الى تحديد القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة ، فهو أداة الوصل بين موضوع قاعدة الاسناد أو الفكرة المسندة التي تنطوي عليها وبين القانون المسند اليه ، أي القانون الواجب التطبيق))[3].

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه ((المعيار المحدد من قبل المشرع لإرشاد القاضي الوطني الذي ينظر النزاع ذو الطابع الأجنبي الى تحديد القانون الواجب التطبيق ، وفقا لما يحقق غاية الفكرة المسندة وهدفها))[4] .

أما الفقه العراقي فيرى جانب منه أن ضابط الاسناد هو ((المعيار الذي يحدد بطريقةٍ مجردة القانون الواجب التطبيق الذي يظهر إرادة المشرع الوطني في تفضيله لقانون معين ، فهو الوسيلة التي تمثل حلقة الوصل بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة))[5] ، ويعرف أيضا بأنه ((الوسيلة أو

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 57.

[2] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 558.

[3] د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص19.

[4] د. عامر محمد الكسواني ، مصدر سابق ، ص93.

[5] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص35.

الأداة التي تصل بين الفكرة المسندة التي تمثل ركن الفرض في القاعدة القانونية ، وبين القانون المسند اليه ، وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز الثقل في العلاقة))[1] ويعرف ضابط الاسناد بأنه ((المعيار الذي يتم بواسطته الربط بين العلاقة محل النزاع والقانون الأكثر صلة بها بوصفه القانون الأنسب والأصلح من بين عدة قوانين متنافسة على حكم العلاقة القانونية التي يشوبها عنصر أجنبي))[2]

ومن خلال تحليل التعريفات المتقدمة بشأن ضابط الاسناد ، اتضح لنا بأن هذه التعريفات تكاد تكون متفقة في المضمون ومختلفة من حيث صياغتها ، كما اتضح لنا بأن ضابط الاسناد هو أهم العناصر الجوهرية في قاعدة الاسناد ، لكونه يمثل روح قاعدة الاسناد ، والذي بدونه تبقى هذه القاعدة عاجزة تماما عن أداء وظيفتها الخاصة ، فهو المرشد والموجه للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق اضافة لما تقدم تأتي أهمية ضابط الاسناد في كونه من صنع المشرع الوطني ، وبالتالي يعبر من خلاله عن أهداف المشرع وفلسفته ، فعندما يضع المشرع ضوابط الاسناد لا بد أن يأخذ بنظر الاعتبار المصالح التي تسعى لتحقيقها الدولة ، فنجد أن المشرع عندما تكون دولته مصدرة للسكان ، يفضل ضابط الجنسية على ضابط الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات الاحوال الشخصية ، وذلك لأجل امتداد تطبيق القانون الوطني حتى لو كانت علاقاتهم عابرة للحدود .

الفرع الثاني

أنواع ضوابط الاسناد[3]

إن كل قاعدة إسناد لا بد أن تتضمن ضابط اسناد على الأقل أو عدة ضوابط لكي تنهض بوظيفتها الخاصة ، فالتشريعات القانونية محل المقارنة في هذه الدراسة قد جرت على تصنيف المراكز الخاصة التي تتضمن عنصرا أجنبيا الى فئات مسندة ، وكل فئة مسندة من هذه الفئات تنطوي على المراكز القانونية المتشابهة ، ليتم اسناد كل فئة من المراكز المتشابهة الى قانون معين ، وذلك عن طريق أداة قانونية هي ضابط الاسناد ، والتي تعد بمثابة المرشد الى القانون الواجب التطبيق[4] .

وعليه فإن ضوابط الاسناد تتعدد وتتنوع في النظرية العامة لتنازع القوانين بتعدد المسائل

---

[1] د. عبد الرسول عبد الرضا ، مصدر سابق ، ص265.

[2] د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2016 ،ص40.

[3] يجدر التنويه الى أننا في هذا الفرع لا نبحث فيه عن تعدد أو تنوع ضوابط الاسناد في قاعدة اسناد معينة تتضمن ضوابط اسناد متعددة ، كقاعدة الاسناد التي تتضمن ضابطا اصليا وضابطا احتياطيا أو أكثر كما هو حال المادة (25) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها (المادة 19) من القانون المدني المصري ، ولكننا نبحث في هذا الفرع عن تنوع ضوابط الاسناد في مجمل قواعد الاسناد ، أما تنوع ضوابط الاسناد في قاعدة معينة فهذا الأمر ستأتي معالجته في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

[4] د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 2007، ص10.

والحالات القانونية التي جرى المشرع على تصنيفها الى فئات أو أفكار مسندة [1] ، والمتمعن في مجمل قواعد الاسناد في التشريعات محل المقارنة يلحظ هذا التعدد والتنوع في ضوابط الاسناد ، كما أنه يلحظ أن كل نوع من ضوابط الاسناد يستمد وجوده من عناصر العلاقة القانونية محل النزاع ، كطرفيها أو أحد أطرافها أو محلها أو سببها[2] .

ونظرا لما تقدم تنقسم ضوابط الاسناد الى قسمين رئيسيين هما : أولهما ضوابط الاسناد الشخصية وثانيهما ضوابط الاسناد الموضوعية ، وسنحاول تفصيل كلٌ منهم في الفقرات التالية :

أولا ـ ضوابط الاسناد الشخصية : وهذه الضوابط تتعلق بأشخاص العلاقة القانونية محل النزاع ، كضابط الجنسية الذي يستمد وجوده بالنظر الى جنسية طرفي العلاقة القانونية أو أحدهما ، وضابط الموطن أو محل الاقامة المعتاد لطرفي العلاقة القانونية أو أحدهم ، أو ضابط الارادة الذي يستمد وجوده من الارادة المشتركة لطرفي النزاع الدائر حول الالتزامات التعاقدية ، وسنفصل هذه الضوابط الشخصية تباعاً وكما يلي :

1- **ضابط الجنسية :** تعرف الجنسية بعدة تعريفات ، إلا أن التعريف الراجح فيها يرى الجنسية بأنها ((علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية فيما بين الشخص والدولة ، ويترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة))[3] ، وبملاحظة وتحليل مجمل ضوابط الاسناد في التشريعات محل المقارنة يتضح بأن ضابط الاسناد هو دائما يعبر عن فكرة قانونية تستمد وجودها أصلا من الواقع ، فيأتي المشرع ليعتمد هذه الفكرة من الواقع لتكون فكرة قانونية ، فمن خلال تحليل ضابط الجنسية يتبين أن العنصر الواقعي فيه هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة ، أما العنصر القانوني فيه هو أن الجنسية كنظام قانوني تفيد الانتماء الى الدولة[4] .

ولتأكيد ما تقدم بصدد الجنسية كضابط اسناد ، نعرض الفقرة الثانية من المادة (19) من القانون المدني العراقي ، كمثال لقواعد الاسناد التي تعتمد الجنسية كضابط اسناد ، والتي تنص على أنه :" يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال "[5] ، وبتحليل هذا النص يتضح أن ضابط الاسناد فيه هو الجنسية التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج ، وهذا الضابط يستمد وجوده من جنسية الزوج

---

[1] د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص584.

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص27.

[3] د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 ، دار السنهوري ، بيروت ، 2015 ، ص39.

[4] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 51 ، سنة 1995 ، ص129.

[5] الفقرة الثانية من المادة (19) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، ويقابلها الفقرة الأول من المادة (13) في القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

باعتباره طرفا في النزاع الذي يحدث بشأن آثار عقد الزواج .

2- **ضابط الموطن أو محل الاقامة المعتاد :** للموطن دور كبير في مجال تنازع القوانين ، خصوصا في الدول التي تأخذ بالاتجاه الانجلو أمريكي[1] ، إذ تقيم هذه الدول وزنا كبيرا للموطن ، بحيث تبني عليه كافة انظمتها القانونية ، وتتخذ منه مناطا لرسم دائرة تطبيق أحكام تلك الأنظمة ، وبالتالي يعد الموطن في هذه الدول ضابطا رئيسيا لتحديد القانون الواجب التطبيق .

والموطن في الاتجاه الانجلو أمريكي يعرف بأنه المكان الذي يوجد به المقر الدائم والرئيس للشخص ، واذا كانت العبرة في هذا الاتجاه بالمقر الرئيس أو الدائم ، فهذا الأمر يعني بأن موطن الشخص هو الدولة التي يوجد على اقليمها المقر الدائم أو الرئيس لذلك الشخص ، وهذه المقر يعد موطن دائم للشخص حتى وان غادره فتره من الوقت[2] .

أما الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني والمتأثرة بالشريعة الاسلامية فقد عرفت الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، والعراق يعد من الدول المتأثرة بهذا الاتجاه ، لذا عرف المشرع العراقي الموطن في المادة (42) من القانون المدني العراقي بأنه :" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقته ، ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد "[3] .

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري ، فقد عرف الموطن في الفقرة الأولى من المادة (40) من القانون المدني المصري ، والتي نصت على أن :" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة " أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد نصت على أنه " يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز ألا يكون له موطن ما "[4] ، والملاحظ أن المشرع العراقي والمصري كلاهما لا يعترفان بمبدأ وحدانية الموطن ، فكلاهما يسوغان للشخص أن يكون له أكثر من موطن ، كما يجوز أن يكون الشخص ليس له موطن ما .

بينما في الاتجاه الانجلو أمريكي يكون لكل شخص موطن ، وهذا الموطن لا يمكن أن يتعدد ، ويبرر وحدانية الموطن في هذا الاتجاه ، كون الموطن هو المعيار الذي بموجبه يتحدد النظام القانوني المختص بحكم علاقات الشخص وتصرفاته القانونية[5] .

وبملاحظة مجمل قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي ، يتضح لنا بأن المشرع العراقي وإن كان من الدول التي تقيم وزنا كبيرا للجنسية كضابط اسناد ، إلا أنه قد أخذ بالموطن كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، وهذا ما يتضح لنا من

---

[1] ابراهيم عباس الجبوري ، دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية ، جامعة بابل ، العدد 43 ، سنة 2019 ، ص1281.

[2] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص474.

[3] المادة (42) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

[4] المادة (40) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[5] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص475.

خلال المادة (25) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على أنه :" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه "[1] ، وبتحليل هذا النص يتضح بأن المشرع العراقي قد جعل من الموطن المشترك لكلا المتعاقدين ضابطا لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تحصل فيما بينهم بشأن الالتزامات التعاقدية ، إلا أن الموطن كضابط اسناد في هذه المادة ، قد أورده المشرع كضابط احتياطي من بعد ضابط الارادة .

أما المشرع المصري فإنه أيضا يقيم دورا كبيرا للجنسية كضابط اسناد في مجمل قواعد الاسناد التي نص عليها ، إلا أنه وبنطاق محدود يأخذ بالموطن كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية ، إذ نصت المادة (20) من القانون المدني المصري على أنه :" العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين ، أو قانونهما الوطني المشترك " وهذا النص يتضمن عدة ضوابط اسناد وردت على سبيل التخيير ، فهي تتسم بالمساواة فيما بينها ، وقد جاء الموطن كضابط اسناد من بين ضوابط الاسناد التخييرية التي أوردها المشرع المصري في هذا النص .

ضابط الإرادة : إن تبني الارادة المشتركة للمتعاقدين كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، قد نصت عليه التشريعات المتأثرة بالفلسفة الفردية ، فالعقد في ظل هذه الفلسفة المشبعة بروح الفردية يقوم على مبدأ سلطان الارادة[2] ، واعتبار العقد شريعة المتعاقدين ، فيتقمص المتعاقدين شخصية الحاكم المطلق المستبد ، فلا يلتزمان الا بحدود إرادتهم المنشئة للالتزام ، وهذه الإرادة هي التي تحدد مضمون الالتزام وآثاره ، وهي التي تعدله أو تلغيه ، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، إذا كان العقد من العقود الدولية الخاصة ، ومن ثم لا يجوز للقانون أو القضاء التدخل في حياة العقد أو تقييد الارادة التعاقدية إلا بحدود حماية النظام العام والآداب[3].

وبملاحظة مجمل قواعد الاسناد التي وردت في القانون المدني العراقي ، نجد أن المشرع العراقي قد أخذ بالإرادة التعاقدية الصريحة أو الضمنية كضابط اسناد أصلي لتحديد القانون الواجب

---

[1] المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

[2] يجدر التنويه الى أن مبدأ سلطان الارادة قد نشأ نتيجة لفلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية والآراء الحرة ، وقد ازدهر هذا المبدأ بسبب الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي ، وأهم القوانين المدنية التي تأثرت بهذا المبدأ هو القانون المدني الفرنسي المعروف باسم قانون نابليون لسنة (1804) ، للمزيد عن هذا المبدأ يُنظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، بغداد ، 2007 ، ص29 وما بعدها .

[3] د. أحمد سلمان السعداوي، د. جواد كاظم سميسم ، مصادر الالتزام ، منشورات زين الحقوقية ط2 ، بيروت ، 2017 ، ص 33.

التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وهذا ما تؤكده المادة (25) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على أنه :" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه "[1]، فقد ورد في هذا النص ضابط الإرادة كضابط اسناد أصلي ، وضابط الموطن المشترك كضابط اسناد احتياطي ، أو الدولة التي تم فيها العقد ، وذلك في حال عدم اتفاق الارادة على تحديد القانون الواجب التطبيق .

ثانيا – ضوابط الاسناد الموضوعية : وهذه الضوابط تستمد وجودها من محل أو سبب العلاقة موضوع النزاع ، فهي ليست لها صلة بأطراف النزاع ، وبالتالي هي ضوابط اسناد موضوعية وليست شخصية ، وسنحاول تفصيل هذه الضوابط الموضوعية تباعا وكما يلي :

1- **ضابط موقع العقار أو المنقول :** وهذا الضابط يستمد وجوده من موضوع النزاع ، وقد أخذت به التشريعات محل المقارنة كضابط اسناد في المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، إذ نصت المادة (24) من القانون المدني العراقي على أنه :" المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها ، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده "[2] وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي يكون محلها عقار ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (25) من القانون المدني العراقي على أنه " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه "[3] ، ويتضح من هذا النص بأن ضابط الاسناد هو موقع العقار .

ويرى جانب من الفقه بأن هنالك عدة اعتبارات سياسية واقتصادية وقانونية تبرر موقع العقار أو المنقول كضابط اسناد في المنازعات الخاصة بمسائل الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، وكذلك العقود التي تبرم بشأن عقار فالاعتبار السياسي مفاده أن العقارات جزء من اقليم الدولة والمبادئ العرفية للقانون الدولي العام تقرر لكل دولة السيادة على كل ما يوجد من أشياء على اقليمها ، أما الاعتبار الاقتصادي فخلاصته أن أحكام النظام القانوني للعقار أو المنقول يتصل بالتنظيم الاقتصادي للدولة التي يوجد فيها العقار أو المنقول ، أما الاعتبار القانوني مقتضاه أن قانون الدولة التي يوجد فيها العقار أو المنقول هي الأقدر على فصل تلك المنازعة ، وذلك لقرب المحكمة الجغرافي

---

[1] المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 . تقابلها المادة (19) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[2] المادة (24) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

[3] الفقرة الثانية من المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

من محل النزاع[1].

2- **ضابط محل الأداء المميز :** إن نظرية الأداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، تعد من النظريات الحديثة في مجال تنازع القوانين ، وقد نادى بها الفقيه السويسري (Schnitzer) الذي يرى بأنه يوجد طرف مميز في العلاقة العقدية وهذا الطرف يقوم بالدور الاقتصادي الفعال في العلاقة العقدية[2].

ويتم التوصل الى تحديد الأداء المميز في العقد من خلال تصنيف العقود الى مجموعات ومن ثم تحليل كل صنف من هذه المجموعات والبحث عن الأداء المميز فيها ، أي البحث عن الالتزام الأساسي أو الجوهري في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه[3] وذلك من خلال الاستناد الى عوامل موضوعية في العقد وليس بالاستناد الى عوامل لا ترتبط بجوهر الالتزام الأساسي ، كجنسية المتعاقدين أو محل ابرام العقد[4] .

وعليه يعرف الأداء المميز بأنه ((الأداء المميز ليس دفع المال ، ولكنه الأداء الذي يستحق الدفع مقابله))[5] ، وبالتالي فإن تحديد الأداء المميز يستند الى جوهر العقد وطبيعته ، فإذا تم تحديد الأداء المميز في العقد ، يكون قانون المدين بالأداء المميز هو القانون الواجب التطبيق على العقد .

ويرى الفقه الحديث بأن الأخذ بالأداء المميز كضابط اسناد في الالتزامات التعاقدية وفي حالة غياب الارادة الصريحة والضمنية من شأنه أن يحقق اعتبارات العدالة والمرونة ، ويحافظ على توقعات الأطراف المتعاقدين ، وبالتالي يحقق الأمان التعاقدي ، ولكن هذه النظرية لا تخرج عن باقي النظريات القانونية في كونها لا تستطيع أن تحوي كل الفروض المعروضة ، وبالتالي هناك حالات استثنائية قد تخرج عن سلطانها مراعاة للعدالة[6] .

ومما تجدر الاشارة اليه بأن المشرع العراقي[7] وكذلك المشرع المصري[8] لم يأخذا بضابط الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالعقود الخاصة الدولية ، إذ لا يزال كلا المشرعين يتمسكان بأن ضابط الإرادة هو المناط في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإن لم تتفق الارادة بشكل صريح أو ضمني على اختيار قانون يكون المرجع في حكم المنازعات المتعلقة بالعقد ،

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص915.

[2] د. محمد محمد حسن الحسيني ، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013 ، ص250.

[3] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص969.

[4] د. نورس عباس العبودي ، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016 ، ص 23.

[5] عبد السلام علي الفضل ، نعيم علي عقوم ، منهج الأداء المميز في تحديد العقد الدولي ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد 46 ، العدد 1 ، 2019 ، ص565.

[6] د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 613.

[7] انظر : الفقرة الاولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[8] أنظر : المادة (19) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

يتم اللجوء الى الموطن المشترك لكلا المتعاقدين ، وفي حالة عدم وجود موطن مشترك ، يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد .

ونحن نرى بأن التمسك بضابط الارادة وضابط الموطن المشترك أو محل ابرام العقد قد لا يؤدي الى تحقيق العدالة والمرونة ، لكون هذه الضوابط هي ضوابط اسناد جامدة ، وعليه ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بنظرية الأداء المميز ، ونقترح أن يكون نص الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي بالشكل الآتي : (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي تعد موطنا دائما للمدين بالأداء المميز للعقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدين على اختيار قانون آخر).

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات ، والتي يمكن اجمالها فيما يلي :

اولاً / النتائج:

1- إن ضابط الاسناد يُعد بمثابة قطب الرحى بالنسبة لقاعدة الاسناد ، وأن هذه الأخيرة لا يمكن أن تنهض بوظيفتها إلا من خلال ضابط الاسناد .

2- إن قاعدة الاسناد هي قاعدة غائية تجسد فلسفة المشرع الوطني ، ومن خلال ضابط الاسناد يتم قراءة الفلسفة الكامنة خلف قاعدة الاسناد .

3- ان صياغة قواعد الاسناد يأتي متأثراً بالفلسفة السائدة في المجتمع الذي انبثقت عنه وهي بذلك مختلفة بحسب اختلاف الفلسفة السائدة في كل دولة .

4- إن قاعدة الاسناد قد تتضمن ضابط اسناد واحد ، وقد تتضمن ضوابط اسناد متعددة على سبيل التدرج والاحتياط أو على سبيل الاختيار ، وعندما تأتي قاعدة الاسناد بضوابط اسناد متعددة على سبيل الاختيار يكون للقاضي امكانية اعمال سلطته التقديرية واختيار القانون الأقرب لتحقيق العدالة المادية .

ثانياً / التوصيات.

1- نوصي المشرع العراقي بإتباع منهج تعدد ضوابط الاسناد لما له من أثر وفاعلية كبيرة في تحقيق العدالة المادية ، أما الابقاء على منهج احادية ضابط الاسناد فهو يعني تحقيق العدالة الشكلية فحسب ، وهذا ما لا يتلائم مع مقتضيات تطور الحياة المعاصرة .

2- نأمل من الباحثين الاهتمام بموضوع ضوابط الاسناد لكونه من أهم اركان قاعدة الاسناد ، ولكونه يعبر عن فلسفة المشرع ، وأن اسلوب تحديده وصياغته اذا كان مرن فيؤدي ذلك الى تحقيق العدالة المادية ، أما اذا كان جامد فيؤدي الى تحقيق العدالة الشكلية ، لذا فإن هذا الموضوع جدير بالاهتمام البحثي.

المصادر والمراجع

اولاً/ الكتب :

1) سلامة ، احمد ، بلا سنة نشر، *القانون الدولي الخاص* ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
2) سلامة ، احمد ، (1996)، *علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا* ، ط1 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، القاهرة.
3) محمد ، أشرف وفا ،(2009)، *الوسيط في القانون الدولي الخاص* ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة.
4) سلامة ، أحمد ، بلا سنة نشر، *الأصول في التنازع الدولي للقوانين* ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
5) السعداوي ، أحمد سلمان ؛ سميسم ، جواد كاظم ، (2017)، *مصادر الالتزام* ، ط2 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت .
7) د. حفيظة السيد الحداد ، ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010.
8) عبد الرحمن ، جابر جاد ،(1969)، *تنازع القوانين* ، دار النهضة العربية ، عمان.
9) البستاني ، سعيد ، (2009) ، *الجامع في القانون الدولي الخاص* ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت .
10) العبودي، عباس ، (2015) ، *تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية* ، دار السنهوري ، بيروت .
11) عبد الرضا ، عبد الرسول ،(2018)، *القانون الدولي الخاص* ، دار السنهوري ، بيروت .
12) الداوودي غالب ؛ المهداوي ، حسن ، (2010)، *القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية* ، ج2 ، ط3، الدار العربية للقانون .
13) العطية ، عصام ،(1992) ، *القانون الدولي العام* ، ط5، جامعة بغداد ، .
14) الموسوي ، علي ،(2016) ، *قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها* ، دار السنهوري ، بيروت .
15) العبودي ، عباس ، (2015) ، *شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006* ، دار السنهوري ، بيروت .
16) بكر ، عصمت عبد المجيد ، (2007) ، *مصادر الالتزام في القانون المدني* ، بغداد .
17) خربوط ، مجد الدين ، (2008) ، *القانون الدولي الخاص* ، منشورات جامعة حلب – كلية الحقوق .
18) عبد العال ، عكاشة محمد ، (2007) ، *تنازع القوانين* ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت .
19) ديب، فؤاد ،(2011)، *القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين* ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق.
20) الحسيني ، محمد ، (2013) ، *حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص* ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
21) العبودي ، نورس ،(2016) ، *الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد* ، دار السنهوري ، بيروت .
22) صادق ، هشام، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية* ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية .
23) صادق ، هشام علي ، (2007) ، *دروس في القانون الدولي الخاص* ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع .
24) صادق ، هشام علي ،(2014) ، *المطول في القانون الدولي الخاص* ،ج1 ، ط1، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية .
25) علي ، يونس صلاح الدين ،(2016) ، *القانون الدولي الخاص* ، ط1، منشورات زين الحقوقية ،.

ثانياً / البحوث :

1) سلامة ، أحمد ،(1995) ، *تأملات في ماهية قاعدة التنازع* ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، *المجلد 51* .

2) الجبوري ، ابراهيم ، *دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص* ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية ، جامعة بابل ، *العدد 43* ، سنة 2019 .

3) الفضل ، عبد السلام ؛ عقوم ، نعيم علي ، (2019)، *منهج الأداء المميز في تحديد العقد الدولي* ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ، *المجلد 46* ، *العدد 1* .

4) علي أحمد حسن اللهيبي ، (2019) ، *قواعد صياغة النص التشريعي* ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، *العدد الأول* .

5) شبي ، كريم مزعل ،(2005)، *مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها* ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، *المجلد الثالث ، العدد الثالث عشر*.

ثالثاً / القوانين :

1) القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948

2) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951