

الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية دراسة في نطاق اتفاقية روما الثانية

The Modern Approaches In Determine The Law Applicable On Non-Contractual Obligations Study In Regulation Rome II

أ.م.د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي
كلية القانون – جامعة بغداد

ملخص

تعد مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية واحدة من اعقد المشكلات في القانون الدولي الخاص، وذلك لوجود اكثر من قانون يحكم العناصر المتعددة لهذه الواقعة، فبالنسبة للفعل الضار يوجد مكان وقوع الفعل الضار و مكان حدوث الضرر، و اماكن اخرى تتحقق فيها النتائج المتعاقبة للضرر، وكذلك بالنسبة للفعل النافع فقد يقع الافتقار في دولة و يتحقق الاغتناء في دولة اخرى. تثار مشاكل اخرى تتعلق بالقانون واجب التطبيق، هل يطبق قانون اقامة المضرور او قانون مكان حدوث الضرر. اتخذت المشكلة شكلا اكثر تعقيدا بعد الحرب العالمية الثانية بسبب تطور وسائل النقل و الاتصال. لقد تصدى المشرع الاوربي لهذه المشكلة من خلال تشريع اتفاقية اوروبية موحدة لمعالجة مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية تسمى اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ و النافذة في ٢٠٠٩، و قد تبني المشرع الاوربي بهذه الاتفاقية احدث ما توصل اليه الفقه و القضاء من اراء فيما يتعلق بموضوع البحث.

عليه سيكون بحثنا مخصص للخوض باهم الافكار والاتجاهات الحديثة التي تبناها المشرع الاوربي في الاتفاقية المذكورة و الوسائل المستحدثة لتحديد القانون واجب التطبيق في نطاق الالتزامات غير التعاقدية، عليه قسمناه الى مباحث ثلاثة نتناول في المبحث الاول الحالات الخاضعة لقانون الواقعة المنشئة للالتزام، و المبحث الثاني نتناول فيه الاستثناءات الواردة على قانون الواقعة المنشئة للالتزام، و المبحث الثالث نتناول فيه وسائل تحديد القانون واجب التطبيق في اتفاقية روما الثانية.

Abstract

The problem of determining the law applicable to non-contractual obligations is one of the most complex problems in private international law. There is more than one law that governs the multiple elements of this act. For the tortious liability, there is a place where the harmful act occurred, where the damage took place. As well as for unjust enrichment action, the elements of the enrichment may take place in more country.

So the problems arise does the law apply the injury residence, or the law of the place where the damage took place, the problem is more complicated after World War II because of the development of transport and communication.

The European legislator has to deals with the problem of determining the law applicable on non- contractual obligations by legislated regulation Rome II of 2007. The European legislator has adopted the latest jurisprudence and judgment regarding Research topic.

Therefore, this research will discuss the latest ideas and the modern approach adopted by the European legislator in this regulation and the new means of

determining the applicable law in the scope of non-contractual obligations. We shall divide it into three sections: The first section deals with the cases under the law of an act non- contractual obligation, the second deals with the Exceptions of the law of an act non-contractual obligation, and the third section deals with means of determining the law applicable in the Rome II.

مقدمة

يعد قانون مكان الواقعة المنشئة للالتزام هو القانون واجب التطبيق، على اساس انه القانون الذي يحكم العلاقات غير التعاقدية الناشئة عن هذا الفعل ، لان النتائج قد تحققت في اقليم دولة معينه و من ثم فان جميع العناصر الاخرى قد اكتملت في هذه الدولة ، الا ان هذا المفهوم قد اثار تساؤلا لدى الفقه ، و صعوبة في التطبيق لدى القضاء بعد الحرب العالمية الثانية .

بدأ مشوار البحث عن اسس اخرى لتلائم المشكلات الناشئة عن الوقائع غير التعاقدية لتنسجم مع متطلبات التطور القانوني و التشريعي. و على هذا الاساس سعى المشرع الاوربي لوضع جملة من الاسس التشريعية التي تتلائم مع البيئة الجديدة التي تبناها في اطار الاتحاد الاوربي و نتج عن تلك الحزمة التشريعية ظهور اتفاقات اقليمية في نطاق الاتحاد الاوربي واستحدث بموجبها عدداً من الافكار و غير العديد من المفاهيم الاسس الراسخة .

حيث عمد المشرع الاوربي الى وضع اتفاقات جماعية داخل المنظومة التشريعية الاوربية لكي تلائم التطور الكبير الذي شهده العالم بعد الحرب العالمية الثانية وتطور وسائل النقل و الاتصال، و قد كان لهذا التطور صدى كبير و انعكاس في بيئة القانون الدولي الخاص.

عليه تم ابرام اتفاقية خاصة داخل المجموعة الاوربية تنظم مواضيع الالتزامات غير التعاقدية النافعة و الضارة منها على حد سواء و تتمثل تلك الاتفاقية باتفاقية روما الثانية التي تحكم القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية رقم ٢٠٠٧/٨٦٤ و النافذة اعتباراً من ١١ كانون الثاني ٢٠٠٩ ، استناداً الى ما نصت عليه المادة ٣٢ من الاتفاقية^(١)، و اذا كانت هذه الاتفاقية تتضمن الاشارة الى ان نطاق تطبيقها يشمل الالتزامات غير التعاقدية ، فان المشرع الاوربي قد توسع في نطاق مفهوم الالتزامات غير التعاقدية هذا من جانب و من جانب اخر قد اورد استثناءات عديدة على القانون واجب التطبيق، فضلاً عن ظهور وسائل جديدة يستعين بها القاضي لتحديد القانون واجب التطبيق.

عليه سوف نتناول الحالات الخاضعة لقانون الواقعة المنشئة للالتزام ، و بعدها نتناول الاستثناءات الواردة عليها، و ثم وسائل تحديد القانون واجب التطبيق في الاتفاقية الاوربية.

المبحث الاول الحالات الخاضعة لقانون الواقعة المنشئة لالتزام

⁽¹⁾ Article 32 **Date of application** " This Regulation shall apply from 11 January 2009, except for Article 29, which shall apply from 11 July 2008."

يرى البعض انه استنادا الى المادة الاولى من اتفاقية روما الثانية فان النطاق الموضوعي لهذه الاتفاقية يشمل الالتزامات غير التعاقدية في المسائل المدنية و التجارية في الحالات التي يحصل فيها تنازع قوانين ، باستثناء الإيرادات و الضرائب و المسائل الادارية و مسؤولية الدولة^(١) .
لانه و بحسب تعبير البعض^(٢) يرى بانه هناك مجالات ثلاثة فيما يتعلق بنطاق تطبيق اتفاقية روما الثانية ، الاول النطاق الموضوعي Substantive scope ، و الثاني النطاق الاقليمي Territorial scope ، و الثالث النطاق الزمني Temporal scope .
عليه سوف نتناول النطاق الموضوعي في هذا المبحث ، اذ حددت المادة الاولى من اتفاقية روما الثانية بانها تطبق على المسائل المدنية و التجارية^(٣) على حد سواء ، اذا اعتبرت جميع الالتزامات غير التعاقدية المتعلقة في المسائل المدنية و التجارية تخضع لاحكام هذه الاتفاقية .
ان المشرع الاوربي بموجب المادة ٢ من الاتفاقية قد وضع مفهوم للالتزامات غير التعاقدية الخاضعة لهذه الاتفاقية و ذلك على النحو الاتي:
أ- عدت الفقرة الاولى من المادة الثانية^(٤) من اتفاقية روما الثانية ان مفهوم الالتزامات غير التعاقدية يتمثل بالاتي (المسؤولية التقصيرية tort ، الكسب غير المشروع unjust enrichment ، الشخص الفضولي negotiorum gestio ، الخطأ الحاصل خلال مرحلة المفاوضات العقدية) .
ب- اخضعت الفقرة الثانية من المادة الثانية^(٥) من الاتفاقية المذكورة جميع الالتزامات غير التعاقدية التي من المحتمل ان تحصل الى هذه الاتفاقية .
ت- عدت الفقرة الثالثة من المادة الثانية^(٦) من الاتفاقية المشار اليها اي وقائع تحصل او من الممكن ان تسبب ضرر للغير سواء أكان الضرر محققاً او احتمالياً .
ث- اشترطت الفقرة الاولى من المادة الرابعة^(٧) من اتفاقية روما الثانية بان تكون الالتزامات غير التعاقدية غير مشروعة في قانون البلد الذي وقعت فيه بغض النظر عن البلد الذي اقيمت فيه الدعوى او البلد الذي وقعت لاحقا بقية الاضرار المتعاقبة .

⁽¹⁾Mo Zhang , Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law , SETON HALL LA WREVIEW ,Vol. 39:861 p. 862 available at: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=shlr>

⁽²⁾Dr. Xandra E. Kramer The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued ,Introductory observations, scope, system, and general rules , Published in Nederland International Private recht (NIPR) 2008, no. 4, p. 414 – 424. Available at: [file:///C:/Users/MRoOzE/Downloads/2008%20Rome%20II%20Regulation%20-%20NIPR%20\(Kramer\).pdf](file:///C:/Users/MRoOzE/Downloads/2008%20Rome%20II%20Regulation%20-%20NIPR%20(Kramer).pdf)

⁽³⁾Article 1 **Scope** " 1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to non-contractual obligations in **civil and commercial matters**."

⁽⁴⁾Article 2 **Non-contractual obligations** "1. For the purposes of this Regulation, damage shall cover any consequence arising out of tort/delict, unjust enrichment, negotiorum gestio or culpa in contrahendo.

⁽⁵⁾This Regulation shall apply also to non-contractual obligations that are likely to arise.

⁽⁶⁾Any reference in this Regulation to: (a) an event giving rise to damage shall include events giving rise to damage that are likely to occur; and (b) damage shall include damage that is likely to occur.

⁽⁷⁾Article 4 " 1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

و قد توسع المشرع الاوربي في تحديد مفهوم المسؤولية التقصيرية و نظم الحالات التي تندرج تحت هذا المفهوم و ذلك على النحو الاتي:

- أ- المسؤولية عن المنتجات المعيبة ، حيث اشارت الى ذلك المادة الخامسة^(١) من اتفاقية روما الثانية ، و اعتبرت ان مسؤولية المنتج تخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية.
 - ب- المنافسة غير المشروعة ، و اعمال تقييد المنافسة الحرة ، حيث اشارت الى ذلك المادة السادسة^(٢) من اتفاقية روما الثانية و اخضعت تلك الوقائع الى قانون مكان وقوع الفعل الضار.
 - ت- الضرر البيئي حيث اشارت الى ذلك المادة السابعة^(٣) من اتفاقية روما الثانية، حيث اخضعت هذا النوع النوع من الضرر الى قانون مكان الفعل الضار.
 - ث- التعدي على حقوق الملكية الفكرية حيث اشارت الى ذلك المادة الثامنة^(٤) من اتفاقية روما الثانية و اخضعته الى قانون مكان الفعل الضار.
 - ج- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن اصابات العمال و الاضراب^(٥)، حيث اعتبرت من صور المسؤولية التقصيرية و اخضعت لقانون مكان الفعل الضار.
- و لم يكتف المشرع الاوربي بالحالات المذكورة انفا انما جعل بعض الحالات التي هي محل خلاف في الفقه و القضاء بشأن مدى خضوعها لقانون الارادة مثل الالتزامات التعاقدية ، او للقانون الشخصي مثل الالتزامات المتعلقة بالاموال الشخصية ، او للجنسية مثل الالتزامات الناشئة عن الزواج^(٦) فقد اخضع هذه الحالات ايضا للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية حيث نص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة الاولى^(٧) من اتفاقية روما الثانية، حيث لا يجوز استبعاد الحالات المدرجة ادناه من الاتفاقية:-

⁽¹⁾Article 5 **Product liability:** 1. Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:(a) the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country; or, failing that.

⁽²⁾Article 6 **Unfair competition and acts restricting free competition :**

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected.

⁽³⁾Article 7 **Environmental damage:**

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4(1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

⁽⁴⁾Article 8 **Infringement of intellectual property rights :** 1. The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.

⁽⁵⁾Article 9 Industrial action " Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non contractual obligation in respect of the liability of a person in the capacity of a worker or an employer or the organizations representing their professional interests for damages caused by an industrial action, pending or carried out, shall be the law of the country where the action is to be, or has been, taken."

^(٦) انظر بصدد القانون واجب التطبيق على العلاقات الاسرية و اثار الزواج استاذنا د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، تنازع القوانين في الاحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، اربيل ، ٢٠١٥ ، ص ٢٩ و ما بعدها.

⁽⁷⁾The following shall be excluded from the scope of this Regulation:

(a) non-contractual obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects including maintenance obligations;

(b) non-contractual obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession;

- أ- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العلاقات الاسرية، و العلاقات التي تعتبر بواسطة القانون واجب التطبيق لها نفس الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العلاقات الاسرية.
- ب- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن نظام الملكية الزوجية ، و علاقات نظام الملكية المشابه لنظام الملكية الزوجية من حيث الاثار و الوصية و الخلافة.
- ت- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الحوالات ، الصكوك ، الكمبيالات و غيرها من الاوراق القابلة للتداول.
- ث- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن قانون الشركات و غيرها من الهيئات ذات الشخصية الاعتبارية او غير المدمجة بشأن التأسيس او التجيل او غير ذلك.
- ج- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العلاقات بين المكلفين بتسوية المنازعات ، و الامناء و من تم منحهم الثقة.
- ح- الالتزامات غير التعاقدية عن الاضرار النووية.
- خ- الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن انتهاك الخصوصية و الحقوق المتعلقة بالشخصية ، بما في ذلك التشهير.
- و يعزو البعض^(١) تدخل المشرع الاوربي لتحديد مفهوم و نطاق الالتزامات غير التعاقدية من الناحية الموضوعية وذلك لان هذا المفهوم مختلف عليه بين الدول الاوربية، حيث يختلف مفهوم الالتزامات غير التعاقدية من دولة اوروبية الى دولة اخرى ، و بهذا التدخل فان المشرع الاوربي قد حسم هذا النزاع و جعل مفهوم موحد للالتزامات غير التعاقدية.

(c) non-contractual obligations arising under bills of exchange,cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(d) non-contractual obligations arising out of the law of companies and other bodies corporate or unincorporated regarding matters such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies corporate or nincorporated, the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body and the personal liability of auditors to a ompany or to its members in the statutory audits of accounting documents;

(e) non-contractual obligations arising out of the relations between the settlors, trustees and beneficiaries of a trust created voluntarily;

(f) non-contractual obligations arising out of nuclear damage;

(g) non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation.

Magdalena Wasylkowska, Looking For The Law Applicable to Non Contractual Obligations ^(١) In The Regulation Rome II, p.4. research published on internet available at:https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/wasylkowska_magdalena.pdf

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على قانون الواقعة المنشئة للاللتزام

لقد وردت استثناءات عدة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ، و يمكن بشكل عام تقسيم الاستثناءات الواردة في اتفاقية روما الثانية الى نوعين من الاستثناءات و على النحو الاتي:-

اولا:- استثناءات قانونية.

لقد استثنت الاتفاقية من التطبيق بعض الحالات التي تتعلق بالالتزامات التي تترتب على الدولة او لمصلحتها حتى و ان كانت ناشئة عن التزامات غير تعاقدية ، حيث نص العجز الاخير من المادة الاولى⁽¹⁾ على انه لا تطبق احكام هذه الاتفاقية على الاتي:

أ- الايرادات المتحققة للدولة.

ب- الكمارك او الشؤون الادارية.

ت- مسؤولية الدولة الناشئة عن فعل او امتناع عن فعل في ممارسة السلطة.

ثانيا:- استثناءات اختيارية.

يمكن للاطراف الاتفاق على اختيار قانون اخر يطبق على الواقعة المنشئة للالتزام، اذ ليس هناك ما يمنع الخصوم بحسب رأي البعض⁽²⁾ من استبعاد احكام القانون الاجنبي الذي تشير قاعدة الاسناد باختصاصه اذ لم يتعلق هذا القانون بالنظام العام وفق المبادئ السائدة في النظام القانوني الاجنبي ذاته.

اذ اجازت اتفاقية روما الثانية ذلك بموجب الفصل الرابع تحت عنوان حرية الاختيار، و قد تناولت ذلك المادة الرابعة عشر حيث نصت على الحالات التي يجوز فيها للأفراد استبعاد القانون واجب التطبيق بارادتهم ، وذلك على النحو الاتي:

١- يستطيع الاطراف الاتفاق فيما بينهم على اخضاع الالتزامات غير التعاقدية للقانون الذي يختارونه ، حيث يستطيع الطرفان الاتفاق على اختيار قانون اخر غير القانون واجب التطبيق استنادا الى الفقرة الاولى من المادة الرابعة عشر⁽³⁾ ، و لكن هذا الاختيار مشروط و ليس مطلق فيجب لصحة هذا الاتفاق و استبعاد القانون واجب التطبيق و وضع بدلا منه قانون الارادة لا بد من توفر الشروط الاتية:

أ- وجود اتفاق يبرم بعد حدوث الواقعة المنشئة للالتزام ، حيث نص على ذلك البند أ الفقرة الاولى من المادة الرابعة عشر ، عليه فالاتفاق يجب ان يحصل بعد حدوث الواقعة المنشئة للالتزام و اي اتفاق يحصل قبل ذلك لا يعتد به لانه يعتبر مخالفا لنصوص القانون و تحايل على ذلك ، لان قواعد المسؤولية التقصيرية تعد من النظام العام.

ب- اذا كان الاطراف يمارسون نشاط تجاري ، يمكنهم الاتفاق مسبقا قبل حصول الواقعة المنشئة للالتزام على تحديد القانون واجب التطبيق.

ت- الاتفاق يجب ان يكون صريحا و ظاهرا و يتناسب مع ظروف القضية و لا يمس حقوق الطرف الثالث.

(1) " It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters or to the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (acta iure imperii) "

(2) انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني دراسة مقارنة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٥ .

(3) Article 14 **Freedom of choice:** 1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

(a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred;

or

(b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

٢- اذا كانت جميع العناصر ذات العلاقة في وقت نشؤ الواقعة المنشئة للالتزام حدثت في دولة اخرى غير الدولة التي اختارها القانون، يستطيع الاطراف اختيار قانون اخر، و قد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشر^(١) و اعتبرت المادة المذكورة ان ذلك لا يمس مبدأ اقليمية القانون بعدم تطبيق قانون تلك الدولة بواسطة الاتفاق.

٣- اذا كانت جميع العناصر ذات العلاقة في القضية قد تحققت وقت نشوء الواقعة المنشئة للالتزام في اكثر من دولة من الدول الاعضاء ، فان الاطراف يستطيعوا اختيار قانون اخر غير قانون الدولة العضو و ذلك لا يمس بمبدأ اقليمية القانون (قانون الجماعة الاوربية) اذا كان ذلك قابلاً للتطبيق في الدولة العضو فان ذلك الاتفاق يكون نافذاً.

و يميز بعض من الفقه بصدد الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق و حرية الاختيار بين الاتفاقات السابقة على حصول الواقعة (ex ante choice) و الاتفاقات اللاحقة على حصول الواقعة (choice ex post) ، حيث يرى بانه اذا كانت هناك علاقات سابقة بين الطرفين تتعلق بممارسة نشاط تجاري مثل ابرام عقد بيع بضائع او تقديم خدمة فانه يمكن الاتفاق مسبقاً على تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية التي من الممكن ان تنشأ في المستقبل و قبل حدوث الضرر^(٢).
و هناك من يرى اكثر من ذلك حيث يشير بان مفهوم الالتزامات غير التعاقدية يشمل المعاملات السابقة على العقد pre-contractual dealings سواء ابرم العقد او لم يبرم^(٣)، اذا نشأ جراء تلك التعاملات ضرر و هذا الضرر نشأ عن عقد باطل او لم يبرم اصلاً فان المسؤولية هنا تكون غير تعاقدية.

عليه استناداً للفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشر يكون للاطراف في حال تعدد عناصر الالتزام في اكثر من دولة اختيار قانون دولة اخرى غير قانون الدولة الاوربية التي حدثت فيها الواقعة بشرط ان يكون اختيار القانون لتلك الدولة قابلاً للتطبيق في الدولة العضو في المجموعة الاوربية.

المبحث الثالث

وسائل تحديد القانون واجب التطبيق في اتفاقية روما الثانية

اذا كان الاساس التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية يتمثل في قانون مكان الواقعة المنشئة للالتزام ، الا ان هذا الاساس قد تعرض للنقد من قبل الفقه و طرحت اسس اخرى لتحديد القانون واجب التطبيق ، و المشرع الاوربي قد تبني احدث النتائج و الاراء و الاتجاهات في الاسس التي توصل اليها الفقه، و سوف نتناول في ادناه الاسس المستحدثة في الاتفاقية الاوربية لتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية و على النحو الاتي:-

اولاً:- دور الارادة في اختيار القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

اذا كان ضابط الاسناد هو ارادة الطرفين فلا خلاف بين الفقه في ان هذه الوسيلة قادرة في ذاتها على اختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق اذا كانت هناك شرائع متعددة^(٤).

(1) 3. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more of the Member States, the parties' choice of the law applicable other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

(2) Thomas Kadner Graziano , freedom to choose the applicable law in tort – Article 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation , p.3-4. Available at : https://www.biicl.org/files/5201_graziano_27-09-10_biicl_2.pdf

(3) Latham & Watkins Client Alert, Rome II and the Law Applicable to Non-contractual Obligations, Number 789 20 January 2009, p.4. available at: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/rome-ii-and-law-applicable-to-non-contractual-obligations>

(٤) انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ٢٠٢.

نعتقد ان هذه القاعدة اذا كانت تنطبق على الالتزامات التعاقدية التي يكون للارادة دور كبير في تحديد القانون واجب التطبيق ، فان نطاق الارادة في الالتزامات غير التعاقدية يكاد يكون في اضييق الحدود و وفق شروط محددة.

يبدو ان المشرع الاوربي قد اخذ بصورة جزئية بدور الارادة ، حيث يجوز للاطراف اختيار القانون واجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدية ، حيث نصت المادة الرابعة عشر من اتفاقية روما الثانية على حرية الاطراف باختيار القانون واجب التطبيق، و لكنها قيدت الارادة المذكورة بشرط ان يكون الاتفاق بعد حصول الواقعة و ان يكون صريحا و لا يضر بحقوق الغير.

و قد فسر البعض مبدأ حق اختيار اطراف النزاع للقانون الذي يحقق مصلحتهم في دعوى المسؤولية التقصيرية بعد تحقق الفعل الضار على اساس انه احياء لضمان اختيار قانون دولة المحكمة^(١). و يرى البعض^(٢) ان اختيار الاطراف لقانون معين لا يتحقق عندما تكون كافة العناصر الاخرى للمسالة متركزة وقت نشوء الالتزام في دولة اخرى غير تلك التي تم اختيار قانونها ، كما في حوادث السيارات عند اختيار قانون دولة لا صلة لها بمكان الحادث، لان ذلك يخل بتطبيق النصوص الامرة في الدولة التي حصل فيها الحادث و التي لا يسمح قانون هذه الدولة بمخالفتها عن طريق الاتفاق لانه تعد تلك النصوص من النظام العام ، و عليه فان اختيار الاطراف لقانون دولة اخرى ليست في المجموعة الاوربية لا يمكن عندما تكون العناصر الاخرى متركزة وقت نشوء الالتزام في دولة او اكثر من الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي لان ذلك يخل بتطبيق النصوص الامرة في الاتحاد الاوربي.

ثانياً- التركيز المكاني للواقعة المنشئة للالتزام

يرى البعض^(٣) ان فكرة التركيز المكاني هي فكرة قديمة ترجع في اصولها الى القرن التاسع عشر حيث كان يعتقد بها الفقه الالماني^(٤) كاساس لحلول خاصة في تنازع القوانين. ويلاحظ البعض^(٥) ان هناك اتجاها حديثا ينادي بضرورة العودة الى التركيز المكاني في اطار تنازع القوانين ، و ان هذا الاتجاه واضحاً في الدول الاسكندنافية ، و كذلك داخل الدول الاوربية نتيجة للتوجه الذي تسير فيه نحو الوحدة ما دامت هذه الوحدة لا تستبعد اماكن تعدد الشرائع. و هناك من يرى بانه توجد استثناء في حالات خاصة اذا كانت الواقعة غير التعاقدية تتعلق بدولتين او اكثر و في حال غياب اختيار الاطراف ، فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي وقع فيها الضرر ، مالم يكن الاطراف يقيمون بصورة معتادة في دولة اخرى وقت وقوع الضرر ، او الواقعة اكثر ارتباطاً بدولة اخرى^(٦).

لقد اخذ المشرع الاوربي بفكرة التركيز المكاني و اعتبر ان مكان الواقعة المنشئة للالتزام *lex loci delicti commissi* هو الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ، و يبدو ذلك الموقف واضحاً في اتفاقية روما الثانية ، حيث نصت المادة الرابعة الفقرة الاولى على انه (القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي حدث فيها الضرر، بغض

(١) انظر د.عبد الحميد محمود حسن السامرائي ، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٩٠.

(٢) اميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ١١٧.

(٣) انظر د.هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ٨١-٨٢.

(٤) اكد سافيني هذه الفكرة في القرن التاسع عشر و الذي انتهى اليه وفقاً لفكرته التركيز المكاني للعلاقات فقد اخضع سافيني الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لقانون محل وقوع الفعل على اساس ان تركيز العلاقة بين مرتكب الفعل الضار و المضرور لا يتحقق الا في هذا المكان. مشار الى هذا الراي في هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

(٥) د.هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٨٢.

(٦) Mo Zhang , op. cit, 865

النظر عن الدولة التي وقع فيها الفعل الذي أدى الى حدوث الضرر او الدول التي تحدث فيها النتائج غير المباشرة لهذه الواقعة^(١).

يمكن القول ان اعتماد المشرع الاوربي على التركيز المكاني و تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار يقوم على اعتبار ان القواعد التي تحكم الاعمال الضارة تدخل في نطاق قواعد الامن المدني حسب رأي البعض^(٢) في الدولة التي وقع العمل الضار على اقليمها.

اما فيما يتعلق بالفعل النافع فقد تبني المشرع الاوربي هذا الموقف ايضا في اتفاقية روما الثانية حيث نص في الفصل الثالث من الاتفاقية الخاص باحكام الكسب غير المشروع في المادة العاشرة الفقرة الثالثة على انه (عندما لا يمكن تحديد القانون واجب التطبيق و فق القواعد المقررة في الفقرة الاولى و الثانية فان قانون الدولة التي حدث فيها الكسب غير المشروع هو يكون واجب التطبيق)^(٣).

و يرى البعض ان وجود و تطور وسائل جديدة للاتصالات كل ذلك جعل التمسك بالقاعدة في تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار لحكم منازعات المسؤولية التقصيرية امر لا يمكن قبوله بسهولة ، الا انه مع ذلك و بحسب اصحاب هذا الرأي فان هذه القاعدة لازال لها مكان في التطورات الحديثة مع وجود نظريات اخرى حاولت الابتعاد عنها بدرجات متفاوتة^(٤).

ثالثا:- التركيز الاجتماعي في حالة ضعف الصلة بمكان الواقعة المنشئة للالتزام

يرى البعض^(٥) ان ثمة وسائل جديدة ظهرت على تطبيق قانون مكان الواقعة و من هذه الوسائل نظرية التركيز الاجتماعي ، و تعني هذه النظرية البحث في البيئة الاجتماعية التي تنشأ و ترتبط بها تلك الوقائع و الظروف و الملابسات، فهذه النظرية تقوم على اساس تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية من تركيز اجتماعي لوقائعها و ظروفها و ملاساتها المحيطة و دون البحث في التركيز المادي او الجغرافي للقانون المحلي.

و ان قانون البيئة الاجتماعية هو الذي يعتبر اكثر ملائمة و ارتباط بالفعل الضار من الوجه الاجتماعية^(٦). الاجتماعية^(٦). و قد اقترح الاستاذ (كان فروند) ان يحل قانون البيئة الاجتماعية The law of social environment بدلا من قانون المكان الذي حدث فيه الفعل الضار The law of the place of commission و ان هذا الاتجاه يتطلب قاعدة حرة عملية و بناء على نص قانوني صريح^(٧).

يبدو ان المشرع الاوربي قد اتجه للتخفيف من حدة سريان القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية و اخذ بالتركيز الاجتماعي و الظروف الملازمة للقضية اذا كانت هناك صلة بقانون اخر. حيث نصت على ذلك المبدأ اتفاقية روما الثانية من حيث التركيز الاجتماعي و الظروف الملازمة للقضية و على اساس ذلك يتم تحديد القانون واجب التطبيق.

حيث نصت اتفاقية روما الثانية بموجب الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على انه (اذا كان واضحا من ظروف الواقعة - مسؤولية او جنحة - بانها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة اخرى غير التي تم تحديدها في الفقرة ١ و ٢ فان قانون هذه الدولة هو الذي يكون واجب التطبيق ، و ان هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الاخرى قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة).

(1)Article 4 " 1.Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur."

(٢) انظر في فكرة الامن المدني و القواعد المتعلقة بها د.عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني، دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ٤١٨ ، هامش ٣.

(3)Article 10 Unjust enrichment 3. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 or 2, it shall be the law of the country in which the unjust enrichment took place.

(٤) انظر د.عبد الحميد محمود حسن السامرائي ، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٥) انظر د.عباس العبودي ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ١٩٩.

(٦) انظر د.ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٣٠٧.

(٧) مشار الى هذا الرأي في المرجع السابق ، ص ٣٠٦.

لم يكتف المشرع الاوربي بهذا النص بل اكد على هذا المبدأ بموجب الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية المذكورة انفا فيما يتعلق بالمسؤولية عن المنتجات ، حيث تبني الموقف نفسه المذكور في المادة الرابعة المشار اليها في اعلاه و بلغة تكاد ان تكون متطابقة من حيث الصياغة.

يرى البعض^(١) ان اتفاقية روما الثانية جسدت فكرة التركيز الاجتماعي خير تجسيد، وذلك باختيار انسب القوانين لحكم المسألة من حيث تطبيق قانون الدولة التي يتبين من مجموع الظروف ان الفعل الضار المرتكب ينطوي على روابط بدولة اخرى اكثر ارتباطا مما يربطها بدولة مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام و ذلك يعد خروجاً على المفهوم التقليدي للقانون المحلي.

و يؤكد اصحاب الراي اعلاه على ضرورة استبعاد القانون المحلي بمعناه الجغرافي عندما يتبين من جميع الظروف ان قانون دولة اخرى اشد ارتباطاً و اوثق صلة بالواقعة^(٢).

و يلاحظ البعض^(٣) بانه مما يؤخذ على الفقه و التشريعات و الاتفاقيات و منها اتفاقية روما الثانية انه اعتمد مفهوم الوسط الاجتماعي فقط بالنسبة للفعل الضار و ليس النافع ، و يرى بان هذا الامر غير مبرر و ليس له سند قانوني ، و حجتهم في ذلك ان علة تقرير تطبيق نظرية التركيز الاجتماعي بصدد الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار متوافرة بذات الدرجة في الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع ، و هذا ما يقتضي توحيد الاحكام في هاتين الحالتين المتمثلتين بحسب وجه نظرهم.

و لانتفق مع الراي المذكور اعلاه ، فاذا كان مقبولا فيما يتعلق بالكلام عن التشريعات الداخلية فان ذلك غير مقبول بالنسبة لاتفاقية روما الثانية حيث ان المشرع الاوربي قد ساوى في الحكم بين الفعل النافع و الضار فيما يتعلق بالتركيز الاجتماعي و يبدو ذلك واضحا من خلال المادة الحادية عشر الفقرة الرابعة^(٤) حيث نصت على انه (اذا كان واضحا من ظروف الواقعة بان الالتزامات غير التعاقدية قد نشأت من خلال تجاوز السلطات الممنوحة لشخص من قبل شخص اخر و قد اثرى الاول على حساب الثاني و ان هذه الواقعة لها صلة بدولة اخرى غير منصوص عليها في الفقرات ١-٣ فان قانون تلك الدولة سيكون واجب التطبيق).

عليه يبدو جليا بان المشرع الاوربي قد اخذ بنظرية التركيز الاجتماعي في الفعل النافع ايضا، و لذلك يبدو من الواضح اهمية هذه النظرية بان يكون القانون ذي الصلة الاجتماعية كوسيلة لحل النزاع بدلا من القانون المحلي الجغرافي الذي يكون ذو صلة ضعيفة بالواقعة المنشئة للالتزام.

(١) انظر د.اميد صباح عثمان ، المرجع السابق ، ص ١٢٧.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٢٨.

(٣) المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

(٤) Article 11 " 4. Where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1, 2 and 3, the law of that other country shall apply."

خاتمة البحث

بعد ان استعرضنا اهم المبادئ التي جاءت بها اتفاقية روما الثانية نخلص الى تبيان اهم النتائج التي تم التوصل اليها:-

- ١- ابرمت المجموعة الاوربية اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.
- ٢- حدد المشرع الاوربي مفهوم الالتزامات غير التعاقدية بـ المسؤولية التقصيرية ، و الكسب غير المشروع ، و تصرفات الفضولي ، و الاخلال خلال مرحلة المفاوضات العقدية.
- ٣- توسع المشرع الاوربي في تحديد مفهوم المسؤولية التقصيرية و جعل هذا المفهوم يشمل المسؤولية عن المنتجات المعيبة ، و المنافسة غير المشروعة ، و تقييد المنافسة الحرة ، و الضرر البيئي ، و التعدي على حقوق الملكية الفكرية ، و اصابات العمال و الاضراب.
- ٤- اورد المشرع الاوربي استثناءات على قانون الواقعة المنشئة للالتزام ، و تشمل هذه الاستثناءات نوعين ، استثناءات قانونية و استثناءات اختيارية.
- ٥- يمكن للاطراف اختيار قانون اخر غير القانون الذي تحدده قواعد الاسناد بشرط الاتفاق على ذلك بعد حصول الواقعة المنشئة للالتزام ، و ان يكون الاتفاق صريحا و ظاهرا و يتناسب مع ظروف القضية و لا يمس بحقوق الغير.
- ٦- عند تعدد عناصر الالتزام في اكثر من دولة فانه يمكن اختيار قانون دولة اخرى غير قانون الدولة الاوربية التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام بشرط ان يكون القانون المختار قابلا للتطبيق في الدولة العضو في المجموعة الاوربية.
- ٧- اعتمد المشرع الاوربي على التركيز المكاني و تطبيق قانون مكان الفعل الضار يقوم على اعتبارات تتعلق بالامن المدني.
- ٨- ظهرت وسائل جديدة تخفف من حدة التطبيق المكاني لقانون الواقعة المنشئة للالتزام تتمثل بنظرية التركيز الاجتماعي و قد تبني المشرع الاوربي هذه النظرية للتخفيف من حدة سريان القانون المحلي.
- ٩- تبني المشرع الاوربي نظرية التركيز الاجتماعي في الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع ، و ساوى بين الفعل النافع و الفعل الضار فيما يتعلق بالتركيز الاجتماعي.

مصادر البحث

أولاً: المصادر باللغة العربية

- ١- اميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، ٢٠١١.
- ٢- د.عباس العبودي ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤.
- ٣- د.عبد الحميد محمود حسن السامرائي ، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٠.
- ٤- د.عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني، دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، ١٩٦٩.
- ٥- د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، تنازع القوانين في الاحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، اربيل ، ٢٠١٥.
- ٦- د.ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٧.
- ٧- د.هشام علي صادق ، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني دراسة مقارنة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٦٨.
- ٨- د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧١.
- ٩- د.هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، ١٩٨١.

ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية

- 1- Latham & Watkins Client Alert, Rome II and the Law Applicable to Non-contractual Obligations, Number 789 20 January 2009, p.4. Available at: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/rome-ii-and-law-applicable-to-non-contractual-obligations>
- 2- Magdalena Wasylikowska ,Looking For The Law Applicable to Non Contractual Obligations In The Regulation Rome II. research published on internet Available at: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/wasylikowska_magdalena.pdf
- 3- Mo Zhang, Party Autonomy in Non-Contractual Obligations:Rome II and Its Impacts on Choice of Law , SETON HALL LA WREVIEW ,Vol. 39:861 p. 862 . Available at: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=shlr>
- 4- Regulation (EC) No 864/2007 Of The European Parliament And Of Council Of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal of the European Union, 31.7.2007 Available at: <https://www.hcch.net/en/home>
- 5- Thomas Kadner Graziano, freedom to choose the applicable law in tort – Article 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation, p.3-4. Available at: https://www.biicl.org/files/5201_graziano_27-09-10_biicl_2.pdf
- 6- Dr. Xandra E. Kramer The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued ,Introductory observations, scope, system, and general rules , Published in Nederland International Private recht (NIPR) 2008, no. 4, p. 414 – 424. Available at: [file:///C:/Users/MRoOzE/Downloads/2008%20Rome%20II%20Regulation%20-%20NIPR%20\(Kramer\).pdf](file:///C:/Users/MRoOzE/Downloads/2008%20Rome%20II%20Regulation%20-%20NIPR%20(Kramer).pdf)