# مبدأ الجوار ودوره في تطوير قواعد الاسناد

# The principle of neighborhood and its role in developing the rules of attribution


م.د: رنا صادق شهاب الدليمي

M. Dr. Rana Sadiq Shehab Al Dulaimi

كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية

College of Law and Political Science / Iraqi University

ranasa466@gmail.com

# الملخص

يهدف البحث الى بيان الدور الذي يمارسه مبدأ الجوار في تطوير قواعد الاسناد بأعتباره وسيلة تقويمية خاصة لقاعدة الاسناد ذات طبيعة استبعادية ومضمون رقابي يستخدمه التشريع والقضاء لمواجهة اي تشريع يتضمن قواعد اسناد محدودة المضمون وذلك لتحقيق اهداف غائية تتمثل بتحقيق عدالة القانون الدولي الخاص.

الكلمات المفتاحية : مبدأ الجوار، الدور الاستبعادي، الوظيفة الرقابية، قواعد اسناد محدودة المضمون، عدالة القانون الدولي الخاص .

## Abstract

**The research aims to explain the role played by the principle of neighborhoodin developing the rules of attribution as a special evaluative means for the attribution base with an exclusionary nature and a regulatory content used by the legislation and the judiciary toconfront any legislation that includes rules of attribution with limited content in order to achieve the ultimate goals of achieving the justice of private international law.**

**Keywords: the principle of neighborhood، the exclusionary role، the oversight function، the rules of attribution with limited content، the fairness of private international law.**

# المقدمة

تتميز قاعدة الاسناد بما يسمى «ميكانيكية الاختيار» والتي تهدف الى اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة مجردة محايدة والتي ينتج عنها بصورة حتمية عدم امكانية التنبؤ بالحلول والعلم بالاحكام نظراً لما تتميز به هذه القواعد بأنها قواعد توزيع الاختصاصات التشريعية « قواعد تنظيمية» ذات غايات مادية وليست قواعد ذات طابع موضوعي، اي تبحث عن قانون ذي حل موضوعي يترجم اعتبارات العدالة والملائمة والاستقرار للعلاقات القانونية وهذا الهدف هو الذي تسعى القوانين إلى تحقيقه عند صياغة قواعد الاسناد، وهذا ما جعل الفقه والقضاء وبمباركة تشريعية الى التدخل لأضفاء طابع المرونة على قواعد الاسناد من خلال الاعتماد على مبدأ الجوار الذي يعمل على ايجاد قواعد اسناد حديثة تهدف الى تحقيق العدالة الموضوعية لأطراف النزاع والمتمثلة بتوقع افضل الحلول وتأمين حد أدنى من الاستقرار في المعاملات القانونية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية وليس مجرد عدالة تنازعية شكلية .

اهمية البحث : تنصرف اهمية البحث في هذا الموضوع من خلال تسليط الضوء على التوجه الفقهي والقضائي والتشريعي الذي ينادي بأعتماد آلية معينة لصياغة قواعد الاسناد تستند على مبدأ الجوار بأعتباره وسيلة من وسائل تقويم قاعدة الاسناد والذي يتميز بأنه وسيلة داخلية تتعلق بذاتية قاعدة الاسناد اذ يتم الاستعانة بها من قبل المشرع او التوجه الموضوعي للقضاء والتي يكون هدفها تلافي عيوب هذه القاعدة ولاسيما العيب الاساسي المصاحب لقاعدة التنازع الثنائية و المتعلق بعدم امكانية توقع الحلول الامر الذي يجعل من هذا المبدأ ظاهرة تفرض نفسها على النظرية العامة لتنازع القوانين وبالتحديد على منهجية تطبيق قاعدة الاسناد.

**اشكالية البحث: تنصرف اشكالية البحث في بيان امكانية ان يكون مبدأ الجوار وسيلة تقويمية ناجحة للتغلب على عيوب قاعدة الأسناد ، فهل بالأمكان الاستناد الى هذا المبدأ لأيجاد نوع من التوازن بين فكرة جمود قاعدة الاسناد والمرونة المعتمدة من قبل التدخلات التشريعية والقضائية واللازمة لتحقيق نوع من الامن القانوني الذي تقتضيه التوقعات المشروعة للأفراد في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ؟ واذا ما تم الاعتماد على هذا المبدأ فما هي الية اعماله هل يمكن تطبيقه بصورة جزئية ام يمكن اعتماد الطابع العام لهذا المبدأ عند صياغة قواعد الاسناد وهل تحتاج جميع انواع قواعد الاسناد لتضمين هذا المبدأ ضمن منهجية التطبيق؟ وهل يمكن اعمال هذا المبدأ في تطوير قواعد الاسناد العراقية ؟**

**منهجية البحث : تم الاعتماد على المنهجين التحليلي والمقارن من خلال استقراء للمعطيات الفقهية والقانونية والقضائية لتطبيق مبدأ الجوار في ميدان المنازعات الخاصة الدولية .**

**هيكلية البحث : بغية الاحاطة بموضوع البحث من كل الجوانب فقد اثرنا ان يتم تقسيم البحث الى مبحثين اثنين وذلك على النحو الاتي : المبحث الاول : مفهوم مبدأ الجوار في نطاق العلاقات الخاصة الدولية . المبحث الثاني : مجال اعمال الدور الاستبعادي لمبدأ الجوار .**

# المبحث الاول

# مفهوم مبدأ الجوار في نطاق العلاقات الخاصة الدولية

من اجل تلافي العيوب التي وجهت الى قاعدة التنازع التقليدية بما تؤدي اليه في بعض الاحوال من نتائج غير مقبولة، افرز ذلك محاولات فقهية تهدف الى التغلب الى ما يفضي اليه تطبيق المنهج التقليدي من عدم عدالة الحلول، ومن هذه المحاولات « مبدأ الجوار » وعليه ولغرض الاحاطة برؤية كاملة لمفهوم هذا المبدأ سنقسم هذا المبحث الى مطلبين اثنين وذلك على النحو الاتي : المطلب الاول : التعريف بمبدأ الجوار ومقتضيات وجوده . المطلب الثاني : آلية اعمال مبدأ الجوار.

المطلب الاول : التعريف بمبدأ الجوار ومقتضيات وجوده

مبدأ الجوار «**le principe de proximité**» يقصد به ذلك الأسلوب الذي يعتمد على اسناد الاختصاص الى اوثق القوانين صلة بالعلاقة محل النزاع، ويتم ذلك عن طريق دراسة كل حالة او علاقة على حدة بواسطة القاضي لتحديد قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة ثم اختيار القانون الذي يكون مركز الثقل في الرابطة[1]، وهذه التسمية سببها وجود قاعدة اسناد احتياطية مجاورة لقاعدة الاسناد الاصلية يُسند لها الاختصاص في حالة عدم ملاءمة القاعدة الاخيرة وهذا معناه ان لهذا المبدأ تركيز وظيفي للعلاقة والذي يتم من خلاله اسناد العلاقة القانونية الى القانون الذي تتوفر فيه العناصر المطلوبة سواء كانت قانونية او اقتصادية او اجتماعية والتي تمثل مركز الثقل في العلاقة، والواقع ان انصار هذا المبدأ لم يحددوا المقصود بالقانون الاوثق في العلاقة،

(1) Paul Lagarde: Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé، Rec. cours La Haye، vol. 196، 1986، p. 29.

فتُركت المسألة لتقدير القاضي الذي يقوم بالبحث عن ذلك القانون من خلال العودة الى معايير متعددة كمكان الابرام او مكان التنفيذ او الجنسية او الموطن او غيرها من المعايير[١]. ويمكن استخلاص تعريف المبدأ من نص المادة (١٥) من القانون الدولي الخاص السويسري والتي جاء فيها : « ١. لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع، اذا ضهر بجلاء من جميع الضروف ان النزاع لا يرتبط بهذا القانون الا بعلاقة ضعيفة جداً وانه يحتفظ مع قانون اخر بعلاقة اكثر وثوقاً . ٢. هذا النص لا يطبق عند اختيار القانون»[٢]، وهناك نص مشابه لهذا النص في الفقرة الاولى من المادة (٢٨) من القانون الالماني لسنة ١٩٨٦ والتي جاء فيها:» «في الحالة التي لا يتم فيها اختيار القانون المنطبق على العقد وفقًا لأحكام المادة ٢٧، يخضع العقد لقانون البلد الذي تربطه به أقرب الروابط، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد منفصل عن بقية اجزاء العقد وله صلة أوثق مع دولة أخرى يمكن تطبيق على أساس استثنائي بالنسبة لهذا الجزء من العقد قانون هذا البلد الآخر»[٣].

(1) Azzi، T.، (2008) La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I، Paris: Recueil Dalloz، p. 2172.

(2) " 1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where in light of all circumstances، it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law.2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties".

(٣) ينظر نص المادة باللغة الفرنسية :

" dans la mesure ou la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 27 le contrat est Régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois si une partie du contrat est separaple du Reste du contrat et présente un lien plus étroit

كما تم الاخذ بفكرة مبدأ الجوار في المنهج الاتفاقي، اذ نصت العديد من الاتفاقيات الدولية عليه وهذا دليل على صداه الايجابي، اذ جاء في اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في الفقرة الاولى من المادة الرابعة على انه : « اذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يتم اختياره وفقاً للمادة (٣) فأن العقد سيكون محكوماً بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد الارتباط الاوثق . ومع ذلك اذا كان جزء من العقد الذي يمكن فصله عن بقية الاجزاء اوثق اتصالاً ببلد اخر فيطبق قانون هذا البلد على هذا الجزء»[١].

ولما سبق يمكن استنتاج اهم الخصائص التي يتميز بها هذا المبدأ والتي من خلالها يمكن تمييزه عن الوسائل التقويمية الاخرى التي اعتمدها الفقه في معالجة عيوب قاعدة الاسناد[٢] والتي يمكن اجمالها بما يأتي : ١. الطابع الاستثنائي للمبدأ والذي يتجلى بوضوح من خلال توفر شرطين اساسين وهما الشرط السلبي وهو ان لا يرتبط النزاع بالقانون الا بعلاقة ضعيفة جداً، والشرط الايجابي وهو ان يكون للنزاع علاقة اكثر وثوقاً بقانون اخر غير القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد.٢. غائية الهدف الذي يرمي المبدأ الى تحقيقه والذي يتمثل بالوصول الى عدالة القانون الدولي الخاص من خلال اسناد العلاقة الى اكثر القوانين وثوقاً بالعلاقة محل النزاع وبذلك

---

avec un autre pays، il pourra être fait application. à titre exceptionnel. A cette partie du contrat de la loi de cet autre pays."

(١) ينظر نص الاتفاقية على الموقع الاتي :

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX-%3A41998A0126%2802%29

(٢) تتمثل وسائل التقويم التقليدية في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق بالتكييف والاحالة وفي مرحلة تطبيق القانون المختص بالغش نحو القانون والنظام العام .

يتميز هذا المبدأ بكونه وسيلة تقويمية تختلف عن الوسائل التقويمية الاخرى كما هو الحال بالدفع بالنظام العام الذي الذي يستند على اساس المضمون الموضوعي للقانون الاجنبي المختص وكذلك يختلف عن التدخل القضائي لسد ما يعتري قواعد الاسناد من قصور او نقص تشريعي، كما يختلف عن الوسائل التقويمية الاخرى في لحظة التدخل التقويمي فتتحدد اللحظة التقويمية للمبدأ عند تطبيق القانون المختص، ففي هذه اللحظة قد تثور عدة مشاكل يجب على القاضي التدخل لحلها كما لو ان القانون المختص لا يكون على درجة كافية من الارتباط ففي هذه الحالة يفتح القاضي الباب ليدخل مبدأ الجوار، كما في حالة غموض القانون الأجنبي الواجب التطبيق وعدم القدرة على الكشف عن حكمه بصدد المنازعة أو خلو هذا القانون من إي نص يمكن تطبيقه على المنازعة، ويعتبر تطبيق قانون القاضي هو الحل المعتمد في اغلب التشريعات لمواجهة هذه المشكلة، إلا أنَّه لا يمكن الركون دائماً وبصورة مباشرة إلى قانون القاضي، فقد لا تكون الصلة بين العلاقة وقانون القاضي من القوة التي تؤهل هذا القانون للأنطباق [1] أو قد لا يكون قانون القاضي ملائماً لحكم العلاقة، وعليه ولغرض تحقيق الهدف من قاعدة الإسناد الوطنية فلا بجب تطبيق قانون القاضي مباشرةً وإنَّما يعتبر هذا حلاً بعد أستنفاذ الأتجاهات الآتية: أ تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الكشف عنه .ب البحث عن أكثر القوانين ارتباطاً بالمسألة بعد القانون

(١) ومثال ذلك كأن يبرم عقد دولي بين ايطالي وسويسري ويتم تنفيذ هذا العقد في البلدين معا فقد بحدث ان يترافع الاطراف امام القضاء الفرنسي وتوصل هذا الأخير الى ان القانون السويسري هو المختص فلم يفلح الخصوم في اثبات مضمونه فتطبيق القانون الفرنسي هنا بما له من اختصاص احتياطي يفتقد الى سند يبرره فالعقد مرتبط ايضا بالقانون الايطالي، فالغابة من قاعدة الاسناد في العقود الدولية ترمي الى اعمال القانون الايطالي لا الفرنسي الذي لا بمكن تطبيقه الا بعد تعذر اثبات مضمون القانون الايطالي .

الذي تعذر تطبيقه .ج البحث في القانون الذي يتعين تطبيقه بمقتضى قاعدة الإسناد الأحتياطية في قانون القاضي مثل تطبيق قانون الموطن أو قانون الجنسية، ولهذا نرى أنه يمكن للمشرع العراقي طالما انه لم يعالج مسألة غموض القانون الاجنبي و الوصول إلى أحدى هذه القوانين من خلال أعمال مبدأ الروابط الأشد وثاقة « مبدأ الجوار» والذي يسهل الوصول إلى حلول ملائمة ومنصفة عن طريق ربط العلاقة القانونية بالنظام القانوني للدولة التي يكون لها معه رابطة وثيقة، فهذا المبدأ يحقق رجاء أطراف العلاقة في حكم موضوعي ملائم في القانون المسند اليه، وللوصول إلى هذه النتيجة يفضل أنَّ يسلك المشرع العراقي في صياغة قاعدة التنازع الخاصة بمجهولية القانون الأجنبي بأسلوب تعدد ضوابط الإسناد ذو الصفة المتعاقبة عن طريق تنظيم ضوابط الإسناد بشكل متسلسل [1]، فيتم تطبيق القانون الأكثر أرتباطاً بالمسألة بعد القانون الأجنبي الذي تعذر أثباته أمَّا إذا تعذر ذلك فيتم اللجوء ضابط الإسناد التالي المتمثل بقانون القاضي وعليه نقترح على المشرع العراقي إفراد نص قانوني يعالج هذه المسألة على أنَّ تكون صياغة النص المقترح على النحو الآتي : «في جميع الحالات التي يتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون الأكثر ارتباطاُ بالمسألة إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن أثباته و إلا فيطبق القانون العراقي»، وفي اتجاه مقابل نلاحظ ان بقية الوسائل الاخرى فتتحدد اللحظة التقويمية عند تحديد القانون الواجب

(١) عندما يضع المشرع ترتيباً متسلسلاً لضوابط الإسناد ويقرنه بمعيار موضوعي، فأنه يكشف للمخاطبين بقاعدة التنازع نيته في حكم صارم لأسلوب تحقيق السياسة التشريعية للمحكمة الناظرة بالنزاع على الرغم من وجود أمكانية الأختيار من بين الضوابط، فالمشرع عندما يفرض شروطاً صارمة للأنتقال من ضابط أسناد إلى أخر فهو لا يقيد نطاق الأختيار وحده، بل محتواه ايضاً
manuel jorge، Les rattachements en droit international privé، thèses،Université paris1-panthéon Sorbonne،1988،p.83.

التطبيق لان اللجوء الى هذه الوسائل يفترض العلم بمضمون القانون المختص.

وتتمثل مقتضيات وجود المبدأ عند انصاره انه يمثل مرحلة هامة على طريق تحقيق مرونة الاسناد وتخفيفاً من الطابع الآلي لقاعدة التنازع التقليدية التي يرون فيها انها مازالت الوسيلة الفنية الفعالة لحل مشكلة تنازع القوانين ومن ثم تحقيق عدالة الاسناد بما يتناسب مع فكرة الرابطة الوثيقة والحاجة لعدالة تتفق ومعطيات النزاع ولكي يكون بمثابة الوسيلة التي تقلل ما يعتري منهج الاسناد التقليدي من طبيعة آلية عمياء أحياناً وتكون خير رد على الانتقادات التي تدعو الى هجر المنهج الاسنادي، وذلك لان حسب رأيهم ان تطوير قواعد القانون الدولي الخاص ينبغي ان لا يكون بهدم قاعدة الاسناد ولكن بأعادة النظر فيها، حتى تغدو ملائمة للتطورات الملاحقة لظروف العصر، فالقانون الدولي الخاص ليس بالقانون الثابت بل ينبغي ان يأخذ في الحسبان الحاجات المستجدة والتغيرات الواقعية الحقيقية[1].

وعليه فأن قاعد الاسناد وفق هذا المبدأ (الرابطة الوثقى) قد خرجت عن طابعها المجرد والمتمثل في البحث عن القانون الذي يرتبط مع العلاقة بروابط اكثر وثوقاً وتركيز تلك العلاقات في نظام قانوني معين وتحولت الى قاعدة ذات طابع موضوعي اي تبحث عن قانون ذي مضمون او حل موضوعي محدد يترجم الاعتبارات المشار اليها[2]، ومن

(١) احمد عبد الكريم سلامة – «نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية» دراسة تأصيلية انتقادية – القاهرة ١٩٨٩ – دار النهضة العربية – ص٧٢ وما بعدها ابراهيم احمد ابراهيم – اسلوب الاسناد في الميزان دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص الامريكي بالقانون المصري والقوانين الاوربية –مكتبة سيد وهبة – القاهرة – طبعة ١٩٨٥ – ص٢٦٢
ANDEREAS BUCHER: Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexionsà la lumière des codifications récentes. Année 1996. P.211

(٢) احمد عبد الكريم سلامة –علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً – ط١–

جانب اخر فإن تطبيق القانون الذي ترتبط به العلاقة القانونية برابطة أضيق، يمكن أن يساهم في تحقيق قدر مؤكد من الوحدة كما أنه يخلق حالة من التوقع للأحكام القضائية، واستندوا كذلك في تبرير العمل بهذا المبدأ الى ان الاساس الذي يستند عليه هو الواقعية على اعتبار ان هذا المبدأ يأخذ بنظر الاعتبار كل العناصر المحيطة بالعلاقة القانونية لتحديد مركز الثقل فيها وهذا على خلاف الوضع في المنهج الاسنادي التقليدي والذي يتميز بالطابع الحيادي التجريدي والذي يفترض ان القانون المحدد هو القانون الذي تتوفر فيه صفة الملائمة ولو لم يكن ذلك من حيث الواقع[١].

الا انه رغم التسويقات الفقهية التي جاء بها انصار المبدأ فأن من جانب اخر قد نبهوا الى اخطاره حيث أنّه سيهدد قاعدة الإسناد المحددة سلفاً لحساب فكرة فضفاضة تعتمد على تخمين القاضي في مهمته عند تحديد القانون المختص على اساس مبدأ الجوار والذي يمكن ان يتحول بدوره الى وسيلة لمحاباة قانون القاضي على حساب القانون الاجنبي[٢]، الا ان هناك من رفض هذا الانتقاد على اعتبار ان النتيجة التي يمكن التوصل لها بأعمال هذا المبدأ والمتمثلة بتقديم الحلول العادلة للمشكلات الخاصة والمتنوعة التي تنشأ بين الاطراف يمكنها من تلافي العيوب الموجهة لهذا المبدأ.[٣]

---

مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٦ – ص٧١.

(1) A.V.M. STRUYCKEN، Rec. cours La Haye، vol. 311، 2004، p. 231-232.

(2) F. SCHNITZER Adolf، « Les contrats internationaux en droit international privé Suisse »، RCADI،T.123، 1968، p.573 et s;AUBERT Jean François، « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisse »،RCDIP، 1962، p.19 et s.

(3) Lowen peter j.m.،Aproper law of torts in the conflict of laws ،Alberta law Review،vol،XII،1974،P127-128.

**المطلب الثاني : آلية اعمال مبدأ الجوار**

تتمثل الية اعمال مبدأ الجوار بأختيار القانون الواجب التطبيق الذي يعتد بالحلول الموضوعية المقررة في القوانين المتنازعة وتفضيل اكثرها ملاءمة للنزاع وتحقيقاً للعدالة بعد القيام بدراسة متأنية ودقيقة للوقائع ومن ثم اجراء المقارنة بين الحلول المترتبة عن تطبيق القوانين المتنازعة ومراعاة فكرة العدالة الواجب تحقيقها للأفراد في ضوء الاهداف السياسية والاجتماعية المتوخاة من تلك القواعد الموضوعية[1]، وبناءاً على ذلك كثيراً ما يتم اختيار القانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع بين القوانين التي تبدو اكثر ملائمة ومناسبة وتقدر الملائمة بالنظر الى عناصر خارجية فقط مع وزن الصلة مع العلاقة المتنازع فيها والقوانين المرشحة فتختار اشد القوانين وثاقة وجدية[2]، ولغرض الوقوف حول آلية تطبيق مبدأ الجوار لابد من التدليل على الشروط الخاصة لاعمال هذا المبدأ والتي تتمثل بشرطين وعلى النحو الاتي:

الشرط الاول: اعمال المنهج الاسنادي لفض التنازع: من الملاحظ ان هذا المبدأ لا يتم اعماله الا اذا كان القاضي بصدد تطبيق قاعدة تنازع وبالتالي يستبعد اعمال هذا المبدأ في ظل المناهج الاخرى المعتمدة في فض التنازع، على ان تكون قواعد التنازع ذات طبيعة تركيزية مكانياً او زمنياً وسواء اكانت القاعدة مفردة الجانب او ثنائية، اما فيما يخص قواعد التنازع الموضوعية والتي لا تعقد الاختصاص لقانون معين استناداً لاعتبارات التركيز فقط وانما تعتد بالمضمون الموضوعي للقانون والتي تهدف الى ضمان التوصل الى نتيجة معينة، فيذهب رأي الى امكانية اعمال مبدأ الجوار ضمن هذه القواعد اذا لم

(١) الطيب زروتي – القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – ج١ –ط٢ – مطبعة الفسيلة – الجزائر – ٢٠٠٨– ص٨٧–٨٨.

(٢) احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع – مصدر سابق – ص٢٤٦–٢٤٧.

يتعارض اخضاع العلاقة لأكثر القوانين ارتباطاً بها مع النتيجة المادية المستهدفة[١].

الا انه من جانب اخر لا يكفي لاعمال هذا المبدأ ان تكون هناك قاعدة تنازع وان يقوم القاضي بتطبيقها بصورة فعلية بل يجب ان يتضمن ضابط الاسناد لهذه القاعدة خصائص معينة، فلابد ان يكون ضابط الاسناد من الضوابط الجامدة كضابط الجنسية والموطن او محل تنفيذ العقد، اما فيما يخص الضوابط المرنة فلا يمكن تصور اعمال هذا المبدأ في اطارها وذلك لان القاضي يتمتع بقدر كبير من حرية التقدير التي تمكنه من مواءمة قاعدة التنازع مع المعطيات الخاصة بالنزاع دون الحاجة الى استخدام اداة تقويمية وذلك لما تنطوي على هذه القواعد من صفة تخييرية لضوابط الاسناد المتعددة التي تمكن القاضي من اختيار ضابط الاسناد المناسب كما هو الحال في قاعدة التنازع الفرنسية المتعلقة بالنظام المالي للزوجين[٢]، وعلى العكس من ذلك يمكن اعمال هذا المبدأ في اطار ضوابط الاسناد الاحتياطية والتي غالبا ما تهدف الى تطبيق قانون القاضي، فيتدخل المبدأ لتقليل حالات اللجوء الى تطبيق قانون القاضي اذا لم يكن على درجة كافية من الارتباط[٣]، اما فيما يتعلق بضابط الارادة فلا اثر لهذا المبدأ عليه على اعتبار

(1) César E. Dubler، les cluses d'exception en droit international prive، Genève : Librairie de l'Université : Georg & Cie، 1983، p74.

(٢) اذ تنص المادة (٢١٣) من التقنين المدني الفرنسي على انه : « يخضع النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون الموطن المشترك او قانون القاضي»

(٣) فعلى سبيل المثال يمكن تطبيق الاستثناء الذي نصت عليه المادة (١٥) من القانون الدولي الخاص السويسري لتخفيف جمود نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٤) من نفس القانون من خلال عدم التطبيق الآلي لقانون القاضي وتطبيق قانون اخر اكثر ارتباطاً، اذ نصت الفقرة على انه : « ٣ . الأزواج الذين لم يسبق لهم الإقامة في نفس الدولة في نفس الوقت والذين ليس لديهم جنسية مشتركة تخضع للنظام السويسري الخاص بالملكية المنفصلة».

ان قيام الاطراف بأختيار صحيح لقانون العقد يخلق في ذاته رابطة على درجة كبيرة من القوة بين العقد والقانون المختار .

الشرط الثاني : عدم الملائمة في عقد الاختصاص للقانون المسند اليه : يتمثل هذا الشرط بصورة اختبار لمدى قدرة قاعدة التنازع على تحقيق العدالة فأذا افضى تطبيقها الى نتيجة غير واقعية تتمثل بتعيين قانون لا ترتبط معه العلاقة برابطة فعلية كان لابد من التدخل التقويمي وتطبيق القانون الذي تحتفظ معه العلاقة برابطتها الاكثر وثوقاً، وقد اشترط انصار مبدأ الجوار لضمان تطبيقه التطبيق الصحيح وعدم الانحراف به عن وظيفته ضرورة ان يقوم القاضي بتعداد ضوابط الاسناد التي سمحت له بتحديد القانون الاوثق صلة بالنزاع المطروح عليه والذي احله محل القانون الذي استبعده لعدم ارتباطه بالنزاع بالرابط الاوثق[1]، كذلك يجب تقييم ضوابط الاسناد بطريقة مختلفة بحسب طبيعة العلاقة القانونية مثار النزاع فمثلاً ضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية يفوق اهميته بالنسبة للالتزامات العقدية، كذلك ينبغي تقييم هذه الضوابط في كل نزاع على حدة، فضابط الموطن تختلف قوته في تحديد الرابطة الاوثق بحسب مدة التوطين، وضابط موقع المال يختلف على حسب موقع المال[2].

(١) صفوت احمد عبد الحفيظ- دور الاستثمار الاجنبي في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - مصر - ٢٠٠٦- ص٨٩.

(٢) على سبيل المثال لو كان زوجين مقيمين في سويسرا منذ ثلاث سنوات بعد توطن دام عشر سنوات في فرنسا وكان الزوجان يستثمران الجزء الاكبر من ثروتهما في فرنسا فوفقاً لذلك لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين نطبق القانون السويسري بوصفه قانون الموطن المشترك للزوجين، الا ان ضابطي الموطن وموقع المال يمكنان ان يرشدا القاضي الى تطبيق القانون الامريكي بوصفه القانون الاكثر وثوقاً اعمالاً لتطبيق مبدأ الجوار .

ومن جانب اخر يجب تقييم الضوابط المستخدمة في تحديد القانون الذي تحتفظ معه العلاقة القانونية محل النزاع بالرابطة الاكثر وثوقاً وذلك في ضوء اهداف القانون الدولي الخاص ومن اهم هذه الاهداف، وحدة الحلول التي تهدف الى تحقيق التنسيق بين مختلف نظم القانون الدولي الخاص الوطنية وخصوصاً بالنسبة للتشريعات التي لا تعتمد على الوسائل الاخرى لتحقيق هذا الهدف كما في حالة الاحالة اذ يمكن ان يتدخل مبدأ الجوار في حالة رفض الاخذ بالاحالة وذلك عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فأنَّه يجب ابتداءً الذهاب إلى تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون على اعتبار أنَّ الإسناد موضوعي وليس أجمالياً، ولا شك ان هناك نتائج غير محمودة للرفض المطلق للأحالة والتي تتمثل بعدم تحقيق هدف قاعدة الإسناد وجوهرها وهو حماية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية وضمان التنسيق بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق العدالة[1]، ولهذا فمن وجهة نظر مناصري مبدأ الجوار انه يمكن معالجة هذه الحالة حتى بدون اللجوء الى الاقرار او الاعتراف بفكرة الاحالة وذلك من خلال اعطاء دور للمبدأ في استبعاد تطبيق القانون المختص المحال اليه وتطبيق قانون اخر تتحقق فيه الرابطة الاوثق[2]، بل ذهبوا الى ابعد من ذلك واقروا الى انه لابد ان يمثل المبدأ هدفاً محورياً يهيمن على حلول مشكلة تنازع القوانين، وعليه لابد من تفسير قواعد التنازع الخاصة بالاحالة تفسيراً غائياً اي لا تتعارض وتحقيق هذا الهدف فأذا ما اشارت قاعد التنازع الى تطبيق القانون الوطني المحال اليه من

(١) أحمد عبد الكريم سلامة- القانون الدولي الخاص الإماراتي- جامعة الامارات العربية المتحدة - العين - ط١- ٢٠٠٢- ص٨٦.

(2) César E. Dubler،les cluses d'exception en droit international prive، Genève : Librairie de l'Université : Georg & Cie، 1983،p119.

قبل القانون الاجنبي فلا يجب تطبيقه اذا لم يكن اكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة، ولعل السبب في ذلك هو الرغبة في تدعيم مبدأ المساواة بين القانون الاجنبي والقانون الوطني وفوقية اعتبار عدالة الاسناد على اعتبار النزعة الوطنية [1]، ومن هذه الاهداف ايضاً كفالة فعالية الاحكام من خلال تطبيق قانون الدولة التي تستطيع سلطاتها ضمان احترام الحكم الصادر في النزاع، وبمفهوم المخالفة لا ينبغي اعمال المبدأ بقصد تحقيق مصلحة عامة او مصلحة وطنية لان تلك الامور موكل بها قواعد النظام العام او القواعد ذات التطبيق الضروري وبعد توفر هذين الشرطين يترتب على ذلك اثرين احدهما اثر مباشر يتمثل بأستبعاد القانون المختص الذي تعينه قاعدة التنازع الذي تظهر الظروف الواقعية ضعف ارتباطه بالعلاقة واحلال قانون اكثر صلة بالنزاع وسواء اكان هذا القانون هو قانون القاضي او قانون اجنبي وبالتالي فأن يمكن اعتبار هذا المبدأ وسيلة من وسائل دعم مبدأ المساواة بين قانون القاضي والقانون الاجنبي اما الاثر الغير مباشر فيتمثل في تأمين الاندماج والملائمة بين مبدأ الرابطة الاكثر وثاقاً وقاعدة التنازع وقد يؤدي العمل بها طويلاً الى صياغة قاعدة اسناد جديدة[2].

## المبحث الثاني : مجال اعمال الدور الاستبعادي لمبدأ الجوار

ان المنهج الاسنادي ذات الطبيعة الاحادية المجردة لم يستطيع الافلات من مغريات مبدأ الجوار فأليته التقليدية الجامدة لا تسمح له بتحقيق النتائج التي يحققها تطبيق القانون الاكثر وثوقاً وعلى ضوء ذلك استعان بتقنيات جديدة في الاسناد تسهم في

(1) vischer(f)-von planta: international privatrecht، 2nd edition،basel/ frankfurt .a.m.1982.p248.

(٢) محمد محمود المغربي – في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – ٢٠٠٧– ص٥١ وما بعدها .

ابداع حلول موضوعية عادلة وخاصة للمسائل التي تثير تنازعاً في القوانين فأصبح بالأمكان أعماله في عدة مجالات، واستناداً الى ذلك سنقسم المبحث الى مطلبين اثنين وذلك على النحو الاتي : المطلب الاول : القانون الاوثق في مسائل الاحوال الشخصية . المطلب الثاني : القانون الاوثق في مسائل الالتزامات العقدية . المطلب الثالث: القانون الاوثق في مسائل المسؤولية التقصيرية .

المطلب الاول: القانون الاوثق في مسائل الاحوال الشخصية

يرى انصار مبدأ الجوار الى امكانية تضمين قواعد التنازع الخاصة بمسائل الاحوال الشخصية وخصوصاً المتعلقة بحالة الاشخاص واهليتهم والتي تعقد الاختصاص لقانون الجنسية بأستثناء على تطبيق هذا القانون اذا ما تبين ان هناك ضروفاً خاصة تقتضي تطبيق قانون دولة اخرى بوصفه القانون الاكثر ملاءمة لحكم التزاع[1]، على اعتبار ان قانون الموطن او محل الاقامة يمثل مركز الصلة الاوثق بالنزاع ويقلل من الاثار الغير ملاءمة لتطبيق قاعدة التنازع، اذ ان القانون الدولي الخاص وان كان يجب ان يكون مرناً غير جامد فلابد ايضاً ان يحترم مقتضيات الامن القانوني وتوقع الحلول[2]، وكان ذلك مرده تأثرهم بالحجج التي ساقها الفقه في الانحياز لضابط « الموطن» او «محل الاقامة» والتي تتمثل بأن محل الإقامة يعتبر المكان الذي تتكون فيه روابط الفرد

(1) MARIDAKIS، G.S. Le renvoi en droit international privé، rapport définitif et provisoire observations des membres de la 23e Commission et de M.H. KELSEN، Annuaire de l'Institut de droit international Vol. 47، tome II، Session d'Amsterdam، 1957، p.47.

(2) JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: L'evolution du droit international privé de puis la Reforme de 1974. Trav.Cn .Fr . Dr.int.Pr .1991 -1992 P 131.

الاسرية والاجتماعية، وفيه أيضا يباشر نشاطه المعتاد ويمارس مختلف حقوقه[1]، كما ان في تطبيق قانون الموطن مصلحة محققة للفرد والغير وللدولة، من ناحية الفرد سيعلم مسبقاً ان الذي يحكمه هو قانون المكان الذي يقيم فيه او يمارس اعماله اضافة الى سهولة العلم به من ناحية الغير ذلك لان الموطن قائم على واقعة مادية يسهل التعرف عليها، كما ان اعتماد قانون الموطن فيه وحدة القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية التي اطرافها وطنيين ام اجانب ام علاقات مختلطة من وطنيين او اجانب، وهذا ما يوفر على القاضي الوقت والجهد في البحث عن قانون اخر مثل قانون الجنسية تجنباً لاختلاف القانون الواجب التطبيق على العلاقة باختلاف جنسية الاطراف، اذ سيطبق قانون الموطن سواء اتحدت ام اختلفت جنسية الاطراف[2]، كما يبرر انصار الموطن ذلك لرعاية مصلحة المهاجرين الذين يندمجون في المجتمع الذين يعيشون فيه فيكون من مصلحتهم أن يطبق عليهم قانون البلد الذي يوجد فيه محل أقامتهم، وكذلك من مصلحة الأغيار الذين يتعاملون معهم ان يتعاملوا على أساس قواعد هذا القانون الذي يسهل عليهم التعرف عليه وذلك لارتباطه بواقعة مادية واضحة للعيان، وهي محل الإقامة[3].

---

(١) فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين– سوريا– منشورات جامعة حلب– ١٩٩٨–ص١٧٤.

(٢) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص٢٤.

(٣) حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين (المجلد الطبعة الثانية )– عمان– الاردن– الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع–٢٠٠١– ص٨٤ وقد تجسد هذا التبرير على ارض الواقع بتوقيع الكثير من الدول ومنها سويسرا على اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين لسنة ١٩٥١ التي قررت إخضاع أهلية اللاجئ الى قانون الموطن وفي حالة عدم وجوده تطبق قانون

وقد طبق القانون الدولي الخاص السويسري مبدأ الجوار في الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) فيما يتعلق بأهلية فئات خاصة من الاشخاص كما في حالة عديمي الاهلية واللاجئين فبجانب قاعدة الاسناد الرئيسية المتمثلة بقانون الجنسية، اقر قاعدة اسناد مساعدة تقضي بتطبيق قانون الموطن او محل الاقامة في حال تعذر تطبيق قانون الجنسية، اذ نصت على انه :» ٣. إذا تم تطبيق هذا القانون على الأشخاص عديمي الجنسية أو اللاجئين، يجب أن يحل محل الإقامة محل الجنسية»[1].

اما فيما يخص المشرع العراقي فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه: « الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته....»، ان هذا الاختيار في الواقع كان يتوافق مع السياسة التشريعية التي تعتبر ملاءمة في الفترة التي وضعت فيها قواعد الاختصاص التشريعي في القانون المدني العراقي في عام ١٩٥١، الا ان ذلك لم يعد ملائما في الوقت الحاضر نظرا للمعطيات والتغيرات التي طرأت او تطرأ على الساحة القانونية العراقية، ومن أهمها التغير الذي حصل في شكل الدولة العراقية من دولة مركزية الى دولة اتحادية فالعراق تحول الى نظام فدرالي والادارة اللامركزية واصبح من الدول المتعددة الشرائع إقليميا، بمعنى ان تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين ولما كان ضابط الجنسية كقانون مطبق

---

محل الاقامة، حيث تنص المادة ١٢ من الاتفاقية على انه: « تخضع أحوال اللاجئ الشخصية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن.»، ينظر الموقع الإلكتروني
(https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfRefugees.aspx

(١) ينظر نص المادة باللغة الانكليزية
" 3 If this Code is applied to stateless persons or refugees، domicile shall replace citizenship."

في حالة تنازع القوانين يكاد يجمع عليه الفقه على عدم كفاية هذا الضابط في تحديد القواعد الموضوعية في الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، والتي تنتمي إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع الداخلية [1] .

كذلك تزايد وتطور العلاقات الاقتصادية مع الدول المختلفة بسبب الانفتاح الاقتصادي في السوق العراقية بالإضافة الى الاستخدام الواسع للأنترنيت وظهور مظاهر العولمة ودخول العراق ميدان التعامل الإلكتروني، والزيادة المتواصلة لعدد المهاجرين بسبب الاحداث السياسية التي شهدها العراق والتي نجم عنها نزوح اعداد هائلة من المواطنين العراقيين الى الخارج، كانت هذه الاسباب برمتها مدعاة لزيادة العلاقات القانونية المختلطة والمشوبة بعنصر أجنبي، وعلى هذا الاساس كان لابد من اللجوء الى معيار أكثر تطوراً وتقبلاً لهذه المعطيات الا وهو ( قانون الموطن) لذلك كان من الأفضل ان يراعي المشرع العراقي هذه الاسباب، وذلك بتبني أكثر من ضابط أسناد يكون الموطن احدى هذه الضوابط، اي ان يكون الموطن ضابط احتياطي الى جانب ضابط الجنسية ، إلا ان الموطن الذي نقترحه كضابط أسناد هو (الموطن الحكمي) الذي يقوم على عنصر النية وتغليبها على عنصر الإقامة، وذلك لأن في هذه الحالة نستطيع التخلص من مشكلة تعدد الموطن او انعدام الموطن ولا شك ان اختيار هذه الضوابط يعتبر وسيلة من وسائل تطور قواعد التنازع العراقية.

---

(١) عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين– دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠١، ص١٢٦؛ جمال محمود الكردي– تنازع القوانين – منشأة المعارف – الإسكندرية – دون سنة النشر – ص١٠٦؛ حسن الهداوي وغالب علي الداوودي – القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – لقسم الثاني الطبعة الأولى – مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع– الموصل ١٩٨٨ – ص٨٧.

ويمكن ان يظهر الموطن بصفته القانون الاوثق في مسائل الاحوال الشخصية ايضاً في مسائل حماية القصر وذلك حينما نصت اتفاقية لاهاي ٥ أكتوبر ١٩٦١ الخاصة بحكم الاختصاص القضائي والقانون المطبق على حماية القاصرين والتي جعلت الاختصاص لقانون محل اقامة الطفل اما القانون الوطني له فقد احلته بالمرتبة الثانية بعد قانون محل الاقامة، اذ نصت في المادة الاولى على انه : « تتمتع السلطات القضائية أو الإدارية في دولة الإقامة المعتادة للرضيع بالسلطة، مع مراعاة أحكام المادتين ٣ و ٤ والفقرة ٣ من المادة ٥ من هذه الاتفاقية، لاتخاذ التدابير الموجهة لحماية شخصه أو ممتلكاته» .

اما المادة الرابعة منها فنصت على انه : « إذا اعتبرت سلطات دولة جنسية الرضيع أن مصالح الرضيع تتطلب ذلك، فيجوز لها، بعد إبلاغ سلطات الدولة بإقامته المعتادة، اتخاذ تدابير وفقًا لقانونها الخاص لحماية شخصه أو ممتلكاته» .

واخذت التشريعات الوطنية بهذا القانون إذ أحالت الفقرة الأولى من المادة (٨٦) من القانون الدولي الخاص السويسري تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد قواعد الاختصاص القضائي الخاصة بحماية القصر الى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦١ والتي حددتها بقانون محل الاقامة، إذ تنص الفقرة الاولى على انه : « ١-في المسائل التي تمس حماية القصر اتفاقية لاهاي من ٥ أكتوبر ١٩٦١ يحكم الاختصاص القضائي والقانون المطبق على حماية القاصرين اختصاص السلطات القضائية أو الإدارية السويسرية، والقانون المنطبق والاعتراف بالأجانب القرارات أو التدابير». ويستند اعتماد قانون محل الاقامة كقانون اوثق فيما يخص القصر هو اعتبارات عدة منها أن من مصلحة القاصر ان يطبق عليه القانون الأكثر استجابةً من غيره لهذه المصلحة ألا وهو قانون محل الإقامة لأنه القانون الذي يوفر حماية له خصوصاً في مجال أتخاذ التدابير والقرارات الخاصة بحمايته وهذه التدابير بطبيعتها لا تكون فعالة إلا إذا صدرت من محكمة قريبة

منه محكمة دولة محل الإقامة ولهذا نقترح متواضعين على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٠) من القانون المدني وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية والإجرائية للقاصر وعديم الإهلية بقانون محل الإقامة وبالتالي يصبح النص بعد التعديل كالآتي : « ١. المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية وكذلك المسائل الإجرائية الخاصة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي يحملون جنسيتها ٢. في حال تعذر ذلك يسري عليهم قانون دولة محل الاقامة « .

ويمكن ان نجد القانون الاوثق عند فحص آلية ضوابط الاسناد وبالاخص ضوابط الاسناد ذو الصفة المتعاقبة التي تستند على تنظيم عمل ضوابط الاسناد بشكل متسلسل اومتعاقب، فحرية القاضي محددة في كون الضابط الرئيسي ينطوي على النتيجة المادية المطلوبة اما لو لم يتحقق ذلك فيجب الانتقال الى ضابط الاسناد التالي في الترتيب وفحص مضمون القانون الذي يشير اليه[1]، ويعزو اللجوء الى هذا الاسلوب في الاسناد الى البحث عن القانون الاكثر ملاءمة للعلاقة القانونية عبر فحص الرابطة الوثيقة بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق، وهذا ما نجده في القانون السويسري اذ نصت المادة (٤٨) من القانون الدولي الخاص السويسري على انه : « ١. تخضع آثار الزواج لقانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان، ٢. إذا لم يكن الزوجان موجودين في نفس الدولة، فإن آثار الزواج يحكمها قانون دولة الموطن الذي ترتبط به حقائق القضية بشكل أوثق»، ونفس الشيء في القانون التونسي، اذ ينص الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على انه : « تخضع واجبات الزوجين للقانون

(1) manuel jorge، Les rattachements en droit international privé، thèses،Université paris1-panthéon Sorbonne،1988،p.83.

الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون اخر مقر مشترك لهما والا فقانون المحكمة «، في حين نلاحظ ان المشرع العراقي في نفس الموضوع قد اعتمد على الضوابط الجامدة في الفقرة الثانية من المادة (١٩) من القانون المدني وذلك بتقرير الاختصاص لضابط جنسية دولة الزوج إذ نصت على أنه : « ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من إثر بالنسبة للمال»، وهذا الأسلوب على إطلاقه غير منطقي ولا عملي ولا منصف لعدم وجود حقوق مكتسبة لحمايتها أصلاً[١]، في حين اعتمد المشرعان التونسي والسويسري أسلوب الإسناد الموضوعي الذي يسعى الى تحقيق نتيجة أو هدف معين عبر آليات تمنح عدداُ معيناً من الخيارات غايته الوصول الى النتيجة الافضل[٢]، وبرأينا المتواضع نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٩) من القانون المدني ويكون النص كالاتي : « ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوجان وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يطبق قانون اخر موطن مشترك لهما والا فقانون المحكمة»، وهذا ما نلاحضه ايضاً في مسائل الميراث، حيث نصت المادة )٢١) من أتفاقية توحيد قوانين الميراث ما بين دول الاتحاد الاوربي والتي دخلت حيز التنفيذ في ٢٠١٥/٠٨/١٧ على انه: « إن القانون الواجب التطبيق على التركة هو قانون الدولة، التي قام فيها محل إقامة المتوفى، المعتاد، إذا ما تضمنت اللائحة نصوص أخرى خلاف

(١) ممدوح عبدالكريم حافظ عرموش – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن . بغداد: دار الحرية للطباعة – ١٩٧٣– ص٩٦.

(٢) [34] نافع بحر سلطان – مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته – ط١– مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي –بغداد – العراق – ٢٠١٦– ص١٢٧.

ذلك «، اذ اوضحت ان ضابط محل الاقامة المعتادة بوصفه عنصر الأرتباط الملائم والذي يتحقق من خلاله مبدأ الجوار، في حين نرى ان المشرع العراقي قد اعتمد في المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه : «قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته ...» على آلية تتسم « بميكانيكية التركيز» والتي تهدف الى ربط العلاقة القانونية بنظام قانوني واحد بشكل آلي بصرف النظر عن أي اعتبار اجتماعي أو مراعاة للظروف التي تقع على سبيل الصدفة، فوفقاً لهذا النص لا يتم التضحية بقانون جنسية المتوفي لمصلحة قانون البلد الذي عاش فيه ومات وترك امواله فيه، وهذا مايجعل من الاختيار ذو طابع تركيزي آلي، ولهذا كان لابد من تضمين النص القانوني ضوابط إسناد تخييرية متعددة تتمثل بقانون المورث وقت الوفاة وقانون محل الإقامة المعتادة وقانون مكان وجود الاموال، إلاَّ أنَّ هذا التعدد يكون على سبيل الاحتياط عند عدم توفر ظروف معينة لتطبيق الضابط الأول فيصار الى الضابط الثاني وهكذا، وعليه ونقترح متواضعين أن يتم تعديل نص المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي لتكون كالاتي : « يسري على الميراث قانون المورث وقت موته أو قانون دولة آخر مقر له أو قانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً».

و يمكن بروز مبدأ الجوار في مسائل الاحوال الشخصية ولكن ليس بصورة قانون محل الاقامة ولكن يمكن ان يكون كوسيلة علاجية لمشاكل اسرية بدون تحديد لماهية القانون الاوثق كما في حالة مشكلة الزواج الاعرج والذي يتعلق بزواج غير صحيح من وجهة نظر الدولة التي ينتمي اليها الطرفان بجنسيتهما وصحيحاً وفقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع[1]، اذ نص القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٢ في

(١) صالح جاد المنزلاوي – الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٨ – ص٣٩.

الفقرة الثالثة من المادة (١٨) على الاعتراف بالزواج الاعرج وقرر تطبيق القانون النمساوي الا انه قرر استثناء مفاده اذا لم يكن القانون النمساوي هو القانون الاوثق فيطبق قانون اخر فنصت الفقرة على انه : « ٣. اذا كان للزوجان رابطة اكثر قوة مع بلد ثالث يعد الزواج صحيح وفقاً لقانونه»[١]، ومن الامثلة التي ساقها الفقه في هذه الحالة عن القانون الاوثق هو قانون محل الاقامة التي ابرم فيها العقد، على اعتبار ان الزواج انعقد خارج النمسا حتى وان كان القانون النمساوي يقر بصحة هذا العقد الا ان العلاقة ترتبط بقانون اخر بصورة اوثق ولهذا يتوجب تطبيقه، على اعتبار في حال إذا ما تم الأعتماد على ضابط محل الإقامة كضابط إسناد شخصي لعقد الزواج ويكون في دولة محل الإبرام نفسها وهذا بلا شك يساعد في جعل أطراف النزاع يرفعون دعواهم أمام المحكمة المختص قانونها أصلاً في النزاع مما يساعد بدوره في الحد من الأشكالات الناتجة عن هذا الزواج[٢]، وهذا ما سارت عليه أيضاً أحدث قرارات محكمة النقض الفرنسية في ١٨/ ٣/ ٢٠٢٠ والتي فضلت تطبيق قانون محل الابرام والذي يكون نفسه

---

(١) ولا شك أنَّ في هذا الاعتراف تحقيقاً لمصلحة الأطراف وذلك من خلال تقليل حالات البطلان التي يمكن أنَّ تمس هذا النوع من الزيجات في نطاق القانون المشترك للزوجين مما يستتبع الأعتراف بالحق المكتسب في دولة القاضي ويمكن أن نجد صلاحية القاضي المختص بالأعتراف بهذا الزواج في المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٦ المتعلقة بأبرام الزواج والأعتراف بصحته والتي نصت على أنَّه : « يجوز لقانون مكان إشهار الزواج أنَّ يبيح زواج الأجانب بالرغم من الموانع المقررة في القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين إذا كانت تلك الموانع مبنية فقط على أسباب ذات طابع ديني »[٠].

(2) Alfred Duchek، Fritz Schwind: Internationales Privatrecht das IPR-Gesetz vom 15.6.1978 samt einschlaegigen sonstigen Rechtsvorschriften und zwischenstaatlichen Abkommen mit ausfuehrlichen Erlaeuterungen، Wien : Manz، 1979.p.54

محل الاقامة على تطبيق قانون القاضي (القانون الفرنسي) اذ قررت بموجبه أنَّ تسجيل عقد الزواج خارج فرنسا في حال غياب الزوجة لا يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي طالما أنَّ المحكمة تحققت من رضا الزوجين، وهو أحد الشروط الموضوعية لعقد الزواج والتي تخضع بموجب المادة ٣ من الاتفاقية الفرانكو-مغربية في ١٠ أغسطس ١٩٨١ المتعلقة بالنظام الأساسي للأشخاص والأسرة والتعاون القضائي لقانون كل واحد من كلا الزوجين، وبالتالي فإنَّ عقد الزواج المبرم وفق القانون المغربي (قانون الزوجة) لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي[1]،والذي يبدو من هذا التوجه هو الرغبة في ضمان أستقرار العلاقات الاجتماعية على الصعيد الدولي وتوحيد الحالة الشخصية للفرد لتفادي عدّه مطلقاً بموجب قانون دولة ومتزوجاً بموجب قانون دولة أخرى، وعلى ضوء ذلك يمكن الاستفادة من فكرة القانون الاوثق لحل مشكلة الزواج الاعرج على اعتبار ان القانون العراقي لم يتضمن نصاً لذلك وعليه نقترح على المشرع العراقي اضافة نصاً الى الفقرة الاولى من المادة التاسعة عشر من القانون المدني العراقي على ان يكون النص المقترح على النحو الاتي : « يرجع في الشروط الموضوعية في صحة الزواج الى قانون كل من الزوجين ومع ذلك اذا كان الزوجين لا يحملون الجنسية العراقية فيطبق القانون الاكثر صلة بالنزاع» .

وفي سياق آخر يمكن ان نتوصل الى امكانية توضيف مبدأ الجوار في التخفيف من

(1) Civ. 1re،18 mars 2020، n°19-11.573، Rev. crit. DIP، oct.-déc.، 2020، p. 821

تتلخص وقائع الحكم في أنَّ زوجاً فرنسياً تزوج من امرأة مغربية وعقد الزواج في القنصلية الفرنسية في مدينة فاس المغربية بدون حضور الزوجة، ثم طلبت الزوجة الطلاق في فرنسا، وطعن الزوج ببطلان عقد الزواج على اعتبار أنَّ رضا الزوجين يشكل قاعدة اساسية في صحة الزواج في القانون الفرنسي وأنَّ جواز إشهار الزواج في غياب الزوجة يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي.

حدة النظام العام في مسائل الاحوال الشخصية، وهذا التوضيف يجد اساسه بمدى تدخل النظام العام في المرحلة اللاحقة لنشوء العلاقة محل النزاع فاذا لم يعد نفاذ هذا الحق مخالفاً للنظام العام فيكون أثر الدفع الأخير مخففاً لأنَّ الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أُريد إنشاء نفس الحق في دول القاضي[1]، وعليه لا يلجأ إلى تطبيق القانون الوطني وإنما يبقى القانون الأجنبي حاكماً للعلاقة محل النزاع بأعتباره القانون الاوثق، كذلك يمكن لهذا التوضيف ان يجد اساسه في مفهوم النظام العام ذي الروابط المحلية الوثيقة والذي يقصد به عدم الاحتاج بأستبعاد القانون الاجنبي مالم توجد رابطة وثيقة بين العلاقة القانونية محل النزاع والنظام القانوني للمحكمة التي تنظر النزاع ومثال هذه الروابط جنسية احد اطراف الدعوى او محل اقامته ....الخ فأذا كانت هذه الروابط قوية فيمكن الدفع بالنظام العام، ومن الامثلة القضائية على ذلك ما ذهبت اليه محكمة باريس في حكمها بتاريخ ٢٣ ابريل ١٩٧٩ والمتعلق بأثبات بنوة طبيعية لأبن مولود من اب فرنسي مقيم في فرنسا وام جزائرية ووفقاً للمادة ٣١١ من التقنين المدني الفرنسي فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الام (القانون الجزائري) والذي لا يجيز البنوة الطبيعية، لذا وبعد ما قامت المحكمة بتعداد نقاط ارتباط هذا النزاع بالقانون الفرنسي قامت بأستبعاد القانون الجزائري لضغف ارتباطه وتطبيق القانون الفرنسي بعده القانون الاوثق صلة

(1) Voir aussi: Batiffol et Lagarde، op. cit.، N°361، P580; Pierre Mayer، op. cit.، N°209، P142،

وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية « رييفيير» الشهيرة في ١٧ ابريل ١٩٥٣ حيث جاء في منطوق الحكم : « ان رد الفعل ضد حكم مخالف للنظام العام ليس واحدا بحسب اذا ما كان يعوق اكتساب الحق في فرنسا او بحسب اذا كان الامر يتعلق بالأثار التي تم اكتسابها في الخارج وفقاً للقانون المختص بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي «.

بهذا النزاع[1].

**المطلب الثاني : القانون الاوثق في مسائل الالتزامات العقدية**

يبرز دور القانون الاوثق في المسائل العقدية في تحديد القانون الاكثر ارتباطاً بالعقد وللوصول الى هذا القانون وضعت اتفاقية روما في الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها على قرينة ترشد القاضي الى القانون الاكثر ارتباطاً بالعقد والذي يتمثل بضابط الاداء المميز والذي يكون في العقود الملزمة للجانبين هو قانون محل اقامة المدين بالأداء المميز وهو القانون الذي تتحقق فيه اثار العقد الاقتصادية والاجتماعية، الا ان هذه الاتفاقية جعلت تطبيق قانون الاداء المميز مشروطاً بعدم وجود قانون اخر يكون اكثر ارتباطاً بالعقد من قانون مكان اقامة المدين بالاداء المميز وهذا ما نصت عليه في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة منها على انه : « يستبعد تطبيق الفقرة الثانية عندما لا يمكن تحديد الاداء المميز للعقد، كذلك تستبعد القوانين التي تضمنتها الفقرات ٥،٤،٣ عندما يتضح من مجمل الضروف ان العقد يرتبط بروابط اكثر وثوقاً مع بلد اخر»، ويمكن تبرير هذا الخروج الاستثنائي عن اعمال فكرة الاداء المميز عندما تتساوى مثلاً التزامات الطرفين مما يصعب تركيز الاداء المميز الذي يختلف من عقد الى اخر بحسب الاداء الاساسي فيه، ولاشك ان في ذلك يوفر المرونة اللازمة في تحديد قانون العقد وفي الوقت نفسه احترام توقعات الاطراف المشروعة وتحقيق مبدأ الامان القانوني، وهذا يعني انه في حالة عدم فعالية ضابط الاداء المميز يتم اللجوء الى آلية القانون الاوثق من خلال ملابسات وظروف التعاقد الخارجية ويتم التحديد من خلالها مركز الثقل في العلاقة ليكون قانون ذلك المكان وهو المختص وهذا ما فيه بلا شك مراعاة لاعتبارات العدالة، وقد وجد

(1) Tribunal de grande instance،paris،23 avril،1979 ،rev، crit،1980،p83،note lagarde.

للقانون الاوثق تطبيقات قضائية فقد اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها سنة ٢٠١٥ في قضية مصرف **Banca di credito** وتدور احداث القضية ان شخصاً فرنسي الجنسية مقيماً في ايطاليا تقدم الى طلب قرض من بنك **Banca di credito** في ايطاليا وتم ضمان القرض بكفالة شخص فرنسي مقيم في فرنسا وعند نخلف الطرف الاول عن سداد قيمة القرض، عرض النزاع امام محكمة الاستئناف الفرنسية لمطالبة الكفيل بدفع قيمة القرض الا ان الاشكال هو في عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان وعند تحديد القانون الواجب التطبيق عليه رأت المحكمة ان الكفالة عقد مستقل وعليه تطبيق القانون الفرنسي بأعتباره قانون المدين بالأداء المميز، الا ان محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا الحكم واعتبرت ان عقد الضمان مرتبط بشكل اوثق مع ايطاليا، بأعتبار ان البنك مقدم القرض مقره في ايطاليا وان طالب القرض مقيم في ايطاليا والعقد كتب باللغة الايطالية وعليه يطبق القانون الايطالي[١]، اما فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الخاصة كعقد النقل والتأمين والاستهلاك والعقود المركبة فأن تحديد القانون المختص وفقاً للتشريعات الاوربية الحديثة يكون استناداً على آلية تركيز جميع ملابسات وظروف العقد من اجل الوصول الى القانون الاكثر ارتباطاً بتلك العلاقة التعاقدية وهذا ما نلمسه في الفقرة الاولى من المادة الرابعة من التوجه الاوربي روما ١ لسنة ٢٠٠٨ اذ قامت بتعداد لاهم عقود التجارة الدولية وقامت بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها مما سهل على القاضي ايجاد القانون الاكثر ارتباطاً بالعقد، اما فيما عدا هذه العقود فيمكن اللجوؤ الى قاعدة احتياطية تتمثل بتطبيق قانون

(١) القرار منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية :
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/842_16_32542.html

المدين بالاداء المميز، اما فيما يتعلق بعقد العمل فيتمثل دور القانون الاوثق في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه الى اتجاهين الاول يذهب الى ان له دور حمائي يتمثل في حماية العامل من خلال صياغته ضمن قواعد اسناد احتياطية يتم اللجوء اليها في حالة اذا ما كان قانون مكان التنفيذ لا يوفر الحماية اللازمة للعامل[1]، اما الثاني والذي يمثل التوجهات القضائية فذهب الى أن له دور تركيزي فهو يشير الى تطبيق قانون اخر غير قانون مكان التنفيذ اذا تبين للقاضي ان ذلك القانون اكثر ارتباطاً بالعقد من قانون مكان التنفيذ دون الاخذ بعين الاعتبار اي هدف حمائي لأحد الاطراف[2] .

وبالعودة الى موقف المشرع العراقي فنلاحظ انه في المادة ٢٥ من القانون المدني قد اعتمد على الية التدرج في ضوابط الاسناد الخاصة بالعقود المترددة بين ضابط الارادة وضابط الموطن المشترك وضابط دولة تنفيذ العقد، من دون اعتبار في مدى ان تكون الضوابط المحددة في حال تخلف الارادة ملاءمة بأعتبارها القانون الاوثق، ولهذا نوصي بتبني هذا الضابط من خلال تعديل نص الفقرة الاولى من المادة (٢٥) من القانون المدني

(1) Deprez M.، (1995) Evolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international، in Mel. en l'honneur de H. Blais، Economica، p. 171، V. aussi، Deprez M.، (1995) Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (art. 3، 6، 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980)، Paris: Dr. soc.، p. 323 et s.، Nord N.، (2016) La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international، Paris: Rev. crit. DIP، p. 318.

(2) CJUE، 12 sept.2013، aff. C-164- 12: Rev. crit. DIP 2014، p. 159، note E. Pataut، JDI 2014، comm. 4، p. 165، note; C. Briere. Cass. soc.، 13 oct.، 2016، n° 15-16872، 17880، JDI، nº 3، Juillet 2017، p. 12، note A.Sinay-Cytermann.، Cass. soc.، 28 mars 2012، Rev. crit.، DIP 2012، p. 587، note S. Corneloup.

على ان يكون النص المقترح كالأتي : « يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره الاطراف صراحة او ضمناً، وفي حالة غياب الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة الاكثر ارتباطاً به، ويكون العقد اكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد بها عند ابرام العقد مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز او الادارة الرئيسية اذا تعلق الامر بشخصية اعتبارية، هذا مالم يتبين للقاضي من خلال ضروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة اخرى».

## المطلب الثالث: القانون الاوثق في مسائل الالتزامات التقصيرية

يتمثل دور القانون الاوثق في مسائل الالتزامات التقصيرية بأنه الوسيلة الفنية الملاءمة لتحقيق قدر من المرونة على قواعد الاسناد التقليدية المحددة بقانون محل وقوع الضرر، وذلك من خلال تحديد القانون المختص عن طريق مجموعة من عناصر الواقعة المنشئة للألتزام وكافة الظروف والملابسات المحيطة بها وللقاضي تقدير هذه العناصر والملابسات في كل حالة على حدة وذلك للوقوف على قانون الدولة التي تتركز على اقليمها العناصر الجوهرية والظروف المؤثرة التي تمثل مركز الثقل في الواقعة المنشئة للألتزام، ويستدل على مركز الثقل في الواقعة المنشئة للألتزام من خلال قيام القاضي بالموازنة بين مختلف عناصر الاسناد المتعلقة بالفعل الضار والظروف والملابسات الشخصية والموضوعية التي احاطت به، كمكان ارتكاب الفعل او مكان تحقق الضرر او جنسية المضرور ومرتكب الفعل او موطنهما المشترك او محل اقامتهما المعتاد .... وغير ذلك، وهذا يعني ان تحديد القانون الواجب التطبيق ينطلق من تركيز اجتماعي للوقائع والظروف والملابسات دون التعويل على تركيز مادي او جغرافي، ويتم اعمال هذا المبدأ بصورة استثناءات التي تعتبر بمثابة وسائل تصحيحية لما قد يتولد عن الاسناد المادي او الجغرافي من نتيجة غير عادلة وبالتالي يمكن ان يتم تطبيقه في كل الفروض بما يحقق

هدف قاعدة التنازع ويحترم توقعات الاطراف ويحقق حماية مصالحهم المشروعة عبر الحدود ويكفل ان تلقى الاحكام التي تصدر في مجال المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار مستقبلاً تنفيذياً يتحقق معه هدف المسؤولية المدنية وهو جبر الضرر[1].

وقد اعتمد هذه الالية الكثير من التشريعات سواء على مستوى التشريعات الوطنية او على مستوى المنهج الاتفاقي، فعلى مستوى التشريعات الوطنية نجد البعض منها نص على تضمين قواعدها بهذه الالية بدون تحديد للعناصر المؤثرة في الاسناد وانما يتم ترك التحديد لسلطة القاضي كما هو الحال في المادة (١٤٥) من التقنين الثاني للقانون الامريكي بشأن تنازع القوانين لسنة ١٩٧١ والتي نصت على انه : « القانون الداخلي للولاية التي يكون لها علاقة ذات قوة ودلالة بالنظر الى ظروف الواقعة وأطرافها، هو الذي يحدد الحقوق والالتزامات التقصيرية لهؤلاء الأطراف»، وكذلك ما جاء في نص الفقرة الاولى من المادة (٤٨) من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على انه : «اذا وجدت مع ذلك بالنسبة للأطراف رابطة قانونية قوية مع قانون دولة اخرى فيكون هذا القانون هو المطبق»، وكذلك ما جاءت بها الفقرة الثالثة من المادة (٣٥) من القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢ والتي نصت على انه : « في الحالة التي تكون فيها الرابطة القانونية الناتجة عن العمل غير المشروع على صلة وثيقة ببلد آخر فأن قانون هذه الدولة يمكن ان يطبق».

في حين ذهبت تشريعات وطنية اخرى الى تحديد مركز الثقل في الاسناد والذي يكون غالباً قانون محل الاقامة، كما هو الحال الشق الثاني من الفصل(٧٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي إذ أورد المشرع التونسي استثناءً عن القاعدة العامة

(١) محمد الروبي – تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٥– ص٦٩–٧٧.

الواردة في الشق الأول منه إذ اعتد المشرع بمحل الإقامة لأطراف المسؤولية عن الفعل الضار إذ نص على أنه : « ....واذا للمتسبب والمتضرر مكان اقامة معتاد بنفس الدولة ينطبق قانون هذه الدولة »، واعتد المشرع التونسي بقانون الوسط الاجتماعي في الفصل (٧٣) من ذات القانون والذي نص على أنه : « تخضع المسؤولية المترتبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي حدث به الحادث ويمكن للمتضرر أن يتمسك بقانون مكان حصول الضرر، إلاَّ أنه إذا كانت جميع الأطراف مقيمة بالبلاد التي هي في الآن نفسه بلاد تسجيل العربة أو العربات المعنية بالحادث فأن قانون تلك البلاد هو المنطبق »، وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري في المادة (١٣٣) والتي نصت على انه : « إذا لم يختر الأطراف قانون القاضي لحكم دعوى المسؤولية، فيكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للفاعل والمضرور.....»

اما على مستوى المنهج الاتفاقي، فقد ظهر مبدأ الجوار بصورة وسائل تقويمية لقواعد الاسناد الاصلية اذا تبين انها ليست على صلة وثيقة بالعلاقة محل النزاع، وقد اعطت مثالاً عن مركز الثقل الاسنادي كأن يوجد عقد مبرم بين الطرفين[1]، فقد اقرته الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من التنظيم الاوربي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية روما ٢ لسنة ٢٠٠٧ والتي نصت على انه : « ٣. اذا تبين من مجموع الظروف ان المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار تنطوي على روابط جوهرية اكثر وثوقاً بدولة اخرى، ولا يوجد رابطة ذات دلالة بين هذه المسؤولية والدولة التي يطبق قانونها بمقتضى الفقرتين ١،٢ فأن قانون هذه الدولة هو الذي يجب

(١) الواقع ان المذكرة التفسيرية للتنظيم الاوربي بأن اصطلاح العلاقة الموجودة بين طرفي المسؤولية قبل وقوع الفعل الضار تفسر تفسيراً مرناً وواسعاً بحيث يشمل العلاقة العقدية القائمة فعلاً بين الطرفين او التي كان من المفترض ان توجد بينهما بيد انها لم تكتمل كالمفاوضات.

تطبيقه، والرابطة الجوهرية الاكثر وثاقاً مع دولة اخرى يمكن ان تستند بصفة خاصة الى العلاقة الموجودة مسبقاً بين طرفي المسؤولية كأن يكون هناك عقد مبرم بينهما يكون اكثر ارتباطاً بالمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار «، وأيماناً بالدور الذي يمارسه مبدأ الجوار في قواعد الالتزامات الغير عقدية فقد تمسك به التنظيم الاوربي عند صياغة قواعد الاسناد المتعلقة بالحالات الخاصة للالتزامات غير العقدية رغبةً منه للوصول الى قواعد تتلائم مع طبيعتها الذاتية وتراعي خصوصياتها وذلك بهدف الوصول الى اكثر القوانين ملاءمة للتطبيق على تلك الحالات الخاصة، ومن هذه الحالات المسؤولية الناشئة عن فعل المنتجات، اذ نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من التنظيم الاوربي على انه : « ٢. اذا تبين من ظروف دعوى المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار ارتباط عناصر هذه المسؤولية برابطة وثيقة بقانون دولة اخرى غير المشار اليها في الفقرة (١) يطبق قانون تلك الدولة، وتتبين الرابطة الوثيقة من خلال وجود علاقة مسبقة بين طرفي المسؤولية مثل وجود علاقة عقدية بينهما تكون اكثر ارتباطاً بالمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار»، وكذلك المسؤولية عن الاضرار البيئية والمسؤولية عن الاضرار الصناعية والتي احالت المادة السابعة والمادة التاسعة على التوالي من التظيم الاوربي في تحديد القانون الواجب التطبيق للمادة الرابعة منه السالفة الذكر وبالتالي يمكن اعمال مبدأ الجوار في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذين الضررين استناداً للفقرة الثالثة من المادة الرابعة.

وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع العراقي بتضمين القانون المدني وسيلة تقويمية للإسناد في نطاق المسؤولية التقصيرية وهي ضابط القانون الاوثق وذلك بإضافة فقرة أخرى إلى نص المادة (٢٧) من القانون المدني وتكون الصياغة على النحو الآتي: « ٢- إذا تبين من الظروف والملابسات أن العلاقة تكون على رابطة قوية مع قانون دولة اخرى، فللقاضي تطبيق قانون تلك الدولة « .

# الخاتمة

لكل عمل لابد من نتائج و مقترحات تبين اهم خلاصة الافكار الواردة في البحث العلمي، عليه سنبرز اهم النتائج و بعدها اهم التوصيات التي تم التوصل اليها و كما يأتي:

## أولاً : النتائج:

١ - يعتبر مبدأ الجوار من ادوات تحقيق فكرة الملاءمة في فض تنازع القوانين وذلك من خلال صياغة قواعد الاسناد بطريقة وظيفية تتسم بالمرونة والواقعية تأخذ في الحسبان نقاط الاتصال وسائر الملابسات المحيطة بالمسألة المعروضة امام للقاضي للوصول الى القانون الملائم .

٢ - يمارس مبدأ الجوار وظيفة تصحيحية ورقابية على آلية تطبيق القانون المختص الذي تشير اليه قواعد الاسناد من خلال عدم الاعتماد على الحلول الجامدة التي تنطبيق بطريقة آلية صماء واستبدالها بحلول تكون اكثر قبولاً وتماشياً مع التطورات التي عرفتها العلاقات الخاصة الدولية .

٣- يتميز مبدأ الجوار بأنه مبدأ استثنائي من خلال وجود قاعدة اسناد احتياطية مجاورة لقاعدة الاسناد الاصلية يُسند لها الاختصاص في حالة عدم ملاءمة القاعدة الاخيرة كما يتميز بغائية الهدف الذي يتمثل بالوصول الى عدالة الحلول في نطاق العلاقات الخاصة الدولية

٤ - مسألة تحديد القانون الاوثق تترك الى القاضي الذي يقوم بتقدير العناصر والظروف في كل حالة على حدة للوقوف على قانون الدولة التي تتركز على اقليمها العناصر المحورية والمؤثرة التي تمثل مركز الثقل في الواقعة المنشئة للألتزام .

٥- للوصول بقواعد التنازع العراقية الى مرحلة من مراحل التطور الاسنادي لابد من اعتماد آلية مبدأ الجوار بأعتباره دعامة من دعائم الاسناد الموضوعي الذي يجعل قواعد الاسناد اكثر انفتاحاً من خلال عقد الاختصاص للقانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية بروابط اكثر وثوقاً مع ملاحظة عدم الاخلال بمبدأ المساواة بين القانون الاجنبي والقانون الوطني في المعاملة الاجرائية وذلك لما تعانيه هذه القواعد من نقص وقصور في تغطية اغلب مسائل تنازع القوانين.

التوصيات :

١- نقترح على المشرع العراقي إفراد نص قانوني يعالج مسألة غموض القانون الاجنبي على أنَّ تكون صياغة النص المقترح على النحو الآتي : « في جميع الحالات التي يتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون الأكثر ارتباطاُ بالمسألة إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن أثباته و إلا فيطبق القانون العراقي « .

٢- نقترح على المشرع العراقي بتبني أكثر من ضابط أسناد في مسائل الاهلية ويكون الموطن احدى هذه الضوابط، اي ان يكون الموطن ضابط احتياطي الى جانب ضابط الجنسية .

٣- نقترح متواضعين على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٠) من القانون المدني وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية والإجرائية للقاصر وعديم الإهلية بقانون محل الإقامة وبالتالي يصبح النص بعد التعديل كالآتي : « ١. المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية وكذلك المسائل الإجرائية الخاصة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي يحملون جنسيتها ٢. في حال تعذر ذلك يسري عليهم قانون دولة محل الاقامة «.

٤- نقترح على المشرع العراقي تضمين قواعد التنازع العراقية المتعلقة بآثار الزواج

آلية مبدأ الجوار من خلال تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٩) من القانون المدني ويكون النص كالاتي : « ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوجان وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يطبق قانون اخر موطن مشترك لهما والا فقانون المحكمة « .

٥- نقترح على المشرع العراقي تضمين قواعد التنازع المتعلقة بالميراث ضوابط إسناد تخييرية متعددة تتمثل بقانون المورث وقت الوفاة وقانون محل الإقامة المعتادة وقانون مكان وجود الاموال، إلاَّ أنَّ هذا التعدد يكون على سبيل الاحتياط، وعليه ونقترح متواضعين أن يتم تعديل نص المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي لتكون كالاتي : « يسري على الميراث قانون المورث وقت موته أو قانون دولة آخر مقر له أو قانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً».

٦- يمكن الاستفادة من فكرة القانون الاوثق لحل مشكلة الزواج الاعرج على اعتبار ان القانون العراقي لم يتضمن نصاً لذلك وعليه نقترح على المشرع العراقي اضافة نصاً الى الفقرة الاولى من المادة التاسعة عشر من القانون المدني العراقي على ان يكون النص المقترح على النحو الاتي : « يرجع في الشروط الموضوعية في صحة الزواج الى قانون كل من الزوجين ومع ذلك اذا كان الزوجين لا يحملون الجنسية العراقية فيطبق القانون الاكثر صلة بالنزاع» .

٧- نوصي المشرع العراقي بتبني هذا المبدأ في قواعد الالتزامات التعاقدية من خلال تعديل نص الفقرة الاولى من المادة (٢٥) من القانون المدني على ان يكون النص المقترح كالأتي : « يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره الاطراف صراحة او ضمناً، وفي حالة غياب الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة الاكثر ارتباطاً به، ويكون العقد اكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد بها عند ابرام العقد مكان الاقامة المعتادة للمدين

بالأداء المميز او الادارة الرئيسية اذا تعلق الامر بشخصية اعتبارية، هذا مالم يتبين للقاضي من خلال ضروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة اخرى «.

٨- نوصي المشرع العراقي بتضمين قواعد الاسناد وسيلة تقويمية للإسناد في نطاق المسؤولية التقصيرية وهي ضابط القانون الاوثق وذلك بإضافة فقرة أخرى إلى نص المادة (٢٧) من القانون المدني وتكون الصياغة على النحو الآتي: « ٢- إذا تبين من الظروف والملابسات أن العلاقة تكون على رابطة قوية مع قانون دولة اخرى، فللقاضي تطبيق قانون تلك الدولة « .

المصادر :

أولاً : المصادر العربية :

١ - احمد عبد الكريم سلامة - «نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية» دراسة تأصيلية انتقادية - القاهرة ١٩٨٩ - دار النهضة العربية .

٢ - ابراهيم احمد ابراهيم - اسلوب الاسناد في الميزان دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص الامريكي بالقانون المصري والقوانين الاوربية -مكتبة سيد وهبة - القاهرة - طبعة ١٩٨٥.

٣- الطيب زروتي - القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - ج١-ط٢ - مطبعة الفسيلة - الجزائر - ٢٠٠٨.

٤- احمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً - ط١ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٦.

٥- صفوت احمد عبد الحفيظ- دور الاستثمار الاجنبي في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - مصر - ٢٠٠٦.

٦- أحمد عبد الكريم سلامة- القانون الدولي الخاص الإماراتي- جامعة الامارات العربية المتحدة - العين - ط١ - ٢٠٠٢.

٧- محمد محمود المغربي - في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - لبنان - ٢٠٠٧.

٨- فؤاد ديب - القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- سوريا- منشورات جامعة حلب-١٩٩٨.

٩- عبد الرسول عبد الرضا الاسدي - الجنسية والعلاقات الدولية - الطبعة الاولى - منشورات زين الحقوقية - بيروت - لبنان-٢٠١٠.

١٠.حسن الهداوي - القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين (المجلد الطبعة الثانية )- عمان- الاردن- الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع-٢٠٠١.

١١- عكاشة محمد عبد العال- تنازع القوانين- دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠١.

١٢- جمال محمود الكردي - تنازع القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - دون سنة النشر.

١٣- حسن الهداوي و غالب علي الداوودي- القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - القسم الثاني الطبعة الأولى - مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع- الموصل -١٩٨٨.

١٤- ممدوح عبدالكريم حافظ عرموش - القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن - بغداد- دار الحرية للطباعة - ١٩٧٣.

١٥- نافع بحر سلطان - مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته - ط١- مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي -بغداد - العراق - ٢٠١٦.

١٦- صالح جاد المنزلاوي - الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٨.

١٧- محمد الروبي - تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥.

ثانياً : المصادر الاجنبية

**1- Paul Lagarde: Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé، Rec. cours La Haye، vol. 196، 1986.**

**2- Azzi، T.، (2008) La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I، Paris: Recueil Dalloz.**

**3- manuel jorge، Les rattachements en droit international privé، thèses،Université paris1-panthéon Sorbonne،1988.**

**4- ANDEREAS BUCHER: Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes. Année 1996.**

**5- A.V.M. STRUYCKEN، Rec. cours La Haye، vol. 311، 2004.**

**6- F. SCHNITZER Adolf، « Les contrats internationaux en droit international privé Suisse »، RCADI،T.123، 1968.**

**7- s;AUBERT Jean François، « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisse »،RCDIP، 1962.**

**8- Lowen peter j.m.،Aproper law of torts in the conflict of laws**

**‹Alberta law Review‹vol‹XII‹1974.**

**9- César E. Dubler‹les cluses d'exception en droit international prive‹ Genève : Librairie de l'Université : Georg & Cie‹ 1983.**

**10.vischer(f)-von planta: international privatrecht‹ 2nd edition‹basel/ frankfurt .a.m.1982.**

**11. MARIDAKIS‹ G.S. Le renvoi en droit international privé‹ rapport définitif et provisoire observations des membres de la 23e Commission et de M.H. KELSEN‹ Annuaire de l'Institut de droit international Vol. 47‹ tome II‹ Session d'Amsterdam‹ 1957.**

**12. JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: L'evolution du droit international privé de puis la Reforme de 1974. Trav.Cn .Fr . Dr.int.Pr .1991 -1992.**

**13. Alfred Duchek‹ Fritz Schwind: Internationales Privatrecht das IPR-Gesetz vom 15.6.1978 samt einschlaegigen sonstigen Rechtsvorschriften und zwischenstaatlichen Abkommen mit ausfuehrlichen Erlaeuterungen‹ Wien : Manz‹ 1979.**

**14. Deprez M.‹ (1995) Evolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international‹ in Mel. en l'honneur de H. Blais‹ Economica.**

**15- V. aussi‹ Deprez M.‹ (1995) Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi ap-**

**plicable au contrat de travail (art. 3، 6، 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980)، Paris.**

**16. Nord N.، (2016) La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international، Paris: Rev. crit. DIP.**

ثالثاً : الاحكام القضائية :

**1- Civ. 1re،18 mars 2020، n°19-11.573، Rev. crit. DIP، oct.-déc.، 2020.**

**2- Tribunal de grande instance،paris،23 avril،1979 ،rev، crit،1980،p83،note lagarde.**

**3- CJUE، 12 sept.2013، aff. C-164- 12: Rev. crit. DIP 2014، p. 159، note E. Pataut،**

**4- JDI 2014، comm. 4، p. 165، note; C. Briere.**

**5- Cass. soc.، 13 oct.، 2016، n° 15-16872، 17880، JDI، nº 3، Juillet 2017، p. 12، note A.Sinay-Cytermann.**

**6- Cass. soc.، 28 mars 2012، Rev. crit.، DIP 2012، p. 587، note S. Corneloup.**

رابعاً : التشريعات والاتفاقيات الدولية

١ – التشريعات الوطنية :

١ – القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢ – مجلة القانون الدولي الخاص التونسي عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٨ .

٣- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ .

٤- التقنين المدني الفرنسي .

٥- القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ .

٦- القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩ .

٧- القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢ .

٨- التقنين الثاني للقانون الامريكي بشأن تنازع القوانين لسنة ١٩٧١ .

٢- الاتفاقيات الدولية :

١- اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

٢- اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦١الخاصة بحكم الاختصاص القضائي والقانون المطبق على حماية القاصرين .

٣- اتفاقية توحيد قوانين الميراث ما بين دول الاتحاد الاوربي لسنة ٢٠١٥ .

٤- التوجه الاوربي روما ١ لسنة ٢٠٠٨ فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

٥- التنظيم الاوربي روما ٢ لسنة ٢٠٠٧ فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية .