" تقويم قواعد الإسناد في تسوية المنازعات الخاصة الدولية دراسة في القانون الدولي الخاص العراقي"

المدرس. عدنان يونس مخيبر

جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية
adnan_yunes@uodiyala.edu.iq

Abstract

The rules of attribution are abstract general rules whose function is to choose a specific law to govern the relationship of an international nature through controls that derive mainly from the data of the relationship itself, but the development of life, especially after the radical transformations that took place in Iraq after 2003, and openness in all political, social and economic aspects, these rules have become invalid to apply to disputes with an international dimension for two reasons. The first: the inadequacy of the standards used in formulating these rules, such as the criterion of territory and sovereignty, some of which are rigid and unchanged despite the important developments that have taken place internationally. The constitution of Iraq for the year 2005, which made the task of the national judge difficult in connection with the disputes before him. In light of this development, the Iraqi legislator must reconsider the rules of attribution in response to the new developments

الملخص

ان قواعد الاسناد هي قواعد عامة مجردة وظيفتها اختيار قانون معين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي عن طريق ضوابط تستمد اساسا من معطيات العلاقة ذاتها ,الا ان تطور الحياة وخاصة بعد التحولات الجذرية التي حصلت في العراق بعد عام ٢٠٠٣، والانفتاح في جميع النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، اصبحت هذه القواعد غير صالحة للتطبيق على المنازعات ذات البعد الدولي لسببين الاول: عدم ملائمة المعايير المستخدمة في صياغة هذه القواعد كمعيار الاقليم والسيادة والذي بعضها يتسم بالجمود و لم يطرأ عليها تغيير على الرغم من التطورات الهامة التي حدثت دوليا والثاني عدم تكريسها المبادئ الدستورية التي جاء بها دستور العراق لسنة ٢٠٠٥,مما جعلت مهمة القاضي الوطني صعبة بصدد المنازعات المعروضة امامه وفي ضوء هذا التطور يحتم على المشرع العراقي اعادة النظر بقواعد الاسناد استجابة للتطورات الجديدة.

المقدمة

ان كفاءة المنظومة القانونية في أي دولة لا تنبع فقط من صياغة قواعدها بطريقة محكمة وواضحة، بل بقدرة هذه القواعد على التكيف والاستجابة للمسائل المطروحة امام القضاء, فكثير من القواعد القانونية ومنها قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ باتت لا تستوعب المسائل المطروح امام القضاء العراقي كونها قواعد مشرعة منذ اكثر من سبعين عاما يتم حصر جوهرها أو مضمونها في معنى ثابت لا يتغير بتغير الظروف أو على نحو مانع من التقدير , مما يجعل هذه القواعد مرهونة بزمانها ومكانها , وبهذا لا يمكن لقاعدة جامد مواكبة التطور الذي يمر بيه العالم خصوصا بعد دخول التقنية الرقمية في المعاملات التجارية التي جعلت العلاقات القانونية تتجاوز الاطار التقليدي لإبرامها وتنفيذها الى الاطار الافتراضي ,مما اثر هذا التحول الرقمي على القواعد القانونية ومنها قواعد تنازع القوانين فاستجاب بعضها لهذا التطور التقني في التعامل بين الاشخاص في حين ظل البعض الاخر بعيد عن هذا التأثير.

وهناك مسالة أخرى لابد من الالتفات اليها أيضا ان ارتباط قواعد الاسناد بالسيادة الاقليمية للدولة التي تتبعها هذه القواعد هو الذي اضفى على هذه القواعد او غالبها طابع الجمود , والذي يعتبر عيب من عيوب قواعد الاسناد لتحقيق الامان القانوني فهي قواعد عمياء يتم تحديد القانون الواجب التطبيق فيها استنادا الى نظام قانوني معين وليس الى اختيار قواعد موضوعية محددة ,مما يؤدي الى عدم عدالة الحلول ,فلاشك ان هذا الامر يؤدي الى التعارض بين جمود قواعد التنازع ، والحاجة لعدالة تتفق مع ظروف المنازعة مما يقتضي اعطاء سلطة للقاضي المعروض امامه النزاع بالتدخل في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة, خصوصا بعد انفتاح العراق في النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ،اذ اكد دستور العراق النافذ في المادة ٢٥ منه على اصلاح النظام الاقتصادية التي تنص على انه "تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته" وكذلك أكد على مبدأ المساواة ما بين الرجل والمرآة و تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات ، إلا ان قواعد الاسناد العراقية لم تكرس المبادئ الدستورية في دستور ٢٠٠٥ كونها مصاغة منذ زمن بعيد مما يعطي مؤشرا على فقدان هذه القواعد قيمتها الدستورية ويظهر ذلك من خلال تفضيلها جنسية الزوج على جنسية الزوجة في مسائل الزواج كما جاء في المادة ١٩ بفقرتيها الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ,وهذا القصور التشريعي يعيق تحقيق غايات معينة منها ما يتعلق بمصالح الافراد ومنها ما يتعلق باستقرار المعاملات وتحقيقاً لهذه الغايات ، نقترح هذا الدراسة لبيان مدى اهميتها في العلاقات الخاصة الدولية في ضوء التطورات المعاصرة. وكذلك ماهي الاستثناءات التي ترد على فكرة تقويم الاسناد التي يتبناها القضاء العراقي للاستجابة للتطورات الجديدة بخصوص هذه القواعد التي اصبحت غير متماشية مع الواقع العملي .

اهمية البحث :

تظهر اهمية البحث في ان العراق مر بتحولات سياسية واقتصادية واجتماعية غيرت من واقعه السابق كدولة بسيطة الى دولة مركبة مما لها تأثير على قواعد الاسناد العراقية المشرعة قبل اكثر من سبعين عاماً ومتناثرة في عدة

قوانين كالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١وقانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في بيان مدى فعالية قواعد الاسناد العراقية في العلاقات الخاصة الدولية وقدرتها على استيعاب التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي مر بيه العراق بعد عام ٢٠٠٣ لتخلق الثقة والاستقرار للعلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ، لتبدو قواعد منسجمة مع عصرها ,مما يجعلها تواكب التوسع الحاصل في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والتجارية. وبعبارة اخرى هل تستطيع هذه القواعد ان تكون فعالة لإيجاد حلول لمنازعات القانون الدولي الخاص؟ ,وهل تكون متوافقة مع النظام السياسي والدستوري الجديد؟

فرضية البحث

سوف نحاول من خلال هذا البحث اثبات فرضيتين

أولهم : قصور منهج قواعد الاسناد في القانون العراقي, وقدمه مما يجعل هذه القواعد غير قادر ة على مجابهة التحولات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

الثاني: ايجاد حلول وفق فكرة استثناءات تقويم قواعد الاسناد في العلاقات الخاصة الدولية تلبي تطلعات القضاء في تسوية العلاقات القانونية المشوبة بعنصر الأجنبي.

منهجية البحث:

تم اتباع منهج التحليلي المقارن في بحثنا هذا من خلال استقراء وتحليل نصوص القوانين العراقية ومقارنتها بالتشريعات القانونية المقارنة .

خطة البحث:

في ضوء ما تقدم سنبحث فعالية قواعد الاسناد في القانون العراقي ومدى انسجامها مع التطور التشريعي , وذلك من خلال مبحثين المبحث الأول سنبين فيه ذاتية قواعد الاسناد والمبحث الثاني استثناءات تقويم قواعد الاسناد وتطبيقاتها في العلاقات الخاصة الدولية .

المبحث الأول

ذاتية قواعد الاسناد

تعد قواعد الاسناد من القواعد القانونية ذات طبيعة فنية وظيفتها انتقاء القانون الانسب لحكم العلاقات الدولية الخاصة لتحقق الأمن القانوني للعلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي من خلال قدرتها على توقع الحلول، الأمر الذي أدى لإضفاء طابع الجمود عليها . ولغرض الوقوف على تفصيلات هذه القواعد ، سنبين طريقة صياغة هذه القواعد والاشكاليات التي تواجه هذه الصياغة من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول **الصياغة الفنية لقاعدة الاسناد** ، وفي المطلب الثاني اشكاليات الصياغة الفنية لقواعد الاسناد في النظام القانوني العراقي

المطلب الاول

الصياغة الفنية لقواعد الإسناد

أن قاعدة الاسناد() كأي قاعدة قانونية تتم من خلال مجموعة من المقدمات والنتائج المنطقية, فإن القاعدة تُعطِي حلًّا ثابتًا لفرض معين نتيجة التحديد

() ان قواعد الاسناد مصطلح فقهي والاسم العلمي لها على مستوى التشريع قواعد القانون الدولي الخاص ,حيث اعتمد المشرع العراقي هذا الاصطلاح في المادة (١/٣١) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت على ان ((اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)) وتعرف هذه القواعد بانها تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها او ظيفتها اسناد علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي لاكثر القوانين ملائمة لها , وتنتهي مهمتها بالاسناد لتبدأ مهمة القانون المسند له الاختصاص . كما تسمى بقواعد التنازع القوانين لانها تفض التنازع الحاص بين قانونين او اكثر وقد استعمل المصطلح الاخير من قبل اتفاقية واشطن لعام ١٩٦٥ لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة ورعايا الدول الاخرى في المادة ٤٢ منها د. عبد الرسول عبدالرضا الاسدي , القانون الدولي الخاص ,مكتبة السنهوري , بغداد , ط١, ٢٠١٣ , ص٢٢٦ .

المسبق لها فأن الإركان السياسية للقاعدة القانونية بصفة عامة هما ركنا الفرض و الحكم واللذان يعطيان القاعدة القانونية صفة العمومية والتجريد ويقصد بركن الفرض:- الثابت في الفن القانوني أن القاعدة القانونية la Règle de Droit قاعدة عامة مجردة، أي أنها عند نشأتها تخاطب الأفراد والأشياء بصفاتهم وليس بذاتهم، ولا تقصد فردا بعينه أو شيئا محدد وعند التطبيق تسري على الجميع ما لم يرد استثناء يقيد عمومها، بالنسبة للأفراد أو الأشياء أو الوقائع. وصفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية يعني أنها قاعدة فرضية Règle Hypothétique . بمعنى أن عنصر الأمر الذي تتضمنه يرتبط بصفة في الشخص أو الشيء أو الحدث، ولا يسري حكم ذلك الأمر إلا في الفرض الذي تتوفر في الشخص أو الشيء أو الحدث تلك الصفة. وبالتالي فأن ركن الفرض هو، عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع مثل إبرام زواج أو إبرام عقد.... ويحتوي الفرض على شروط انطباق القاعدة القانونية[٢]وركن الحكم:- هو الحكم أو الأثر القانوني le dispositif – effet juridique، أي الحل الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي أو مجموع الأوضاع الواقعية، وينطبق الحكم عند توفر عدة شروط وظروف محددة في الفرض .بحيث القاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية Relation conditionnelle بين ركن الفرض وركن الحكم فيها، بحيث إذا توفرت شروط الفرض وجب إعمال الحكم. فأن ركن الحكم بالنسبة لقاعدة الاسناد يعني الإرشاد إلى القانون الذي يحكم العلاقة أو الرابطة محل النزاع، ويظهر ركن الحكم بصيغ مختلفة. [٣]، فبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقد وفق المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي جاء فيها "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا, فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد , هذا مالم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانونا اخر يراد تطبيقه[٤] " ويتبين من هذا النص ركن الحكم المتمثل بالاشارة الى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وقد يكون

---

٢) د. حسن علي كاظم , قواعد الاسناد و اليات التطبيق في العراق, بحث منشور , في مجلة اهل البيت , العدد ٢٠, ص٣٠٨

٣) د.حسن علي كاظم , مصدر سابق , ص٣١٠ .

٤)المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

الموطن المشترك للمتعاقدين او محل الابرام في حالة غياب ارادة الاطراف في تحديد هذا القانون فهي تنطبق بطريقة آلية على كل الحالات التي تدخل فيه.

فقواعد الاسناد هي قواعد عامة مجردة غير مباشرة لا تطبق مباشرة على النزاع بل ترشد الى القانون الذي يطبق على العلاقة الخاصة الدولية وبذلك يكون الهدف من وجود هذه القواعد انتقاء القانون الذي يحقق الحل المناسب والمتوافق مع مقتضيات المنطق والعدل والانصاف , فأن قاعدة الإسناد قاعدة وطنية من صنع المشرع الوطني , يصوغها على نحو لايترك مجالا للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالقاعدة القانونية أو بالنسبة للقاضي(١) حيث يضع كل مشرع قواعد الاسناد في قانونه بهدف اختيار أنسب القوانين وأكثرها قدرة على حل النزاع , وهذا الامر يتم بدون أي سابق تنسيق مع المشرعين الاخرين , وهذا ما يستتبع في بعض الحالات خللاً في وظيفة قاعدة الاسناد (٢) , نتيجة التحديد المسبق لها , مما يجعل عمل القاضي تحت تأثير قاعدة الاسناد يتمركز حول التحقق من الشروط المحددة لقاعدة عبر مرحلتين :مرحلة تحديد النزاع او العلاقة لربطها باحدى الافكار المسندة وتدعى هذه المرحلة "بالتكييف" (٣). وبعدما ينتهي القاضي من مرحلة التكييف(٤) هذه , ويتبين له الأمر بوضوح ينتقل الى المرحلة الثانية: مرحلة ربط الفكرة المسندة بضابط للأسناد يتكفل بتحديد جنسية القانون الملائم الذي يحكم النزاع المعروض عليها(٥)، ويقتصر دوره حينئذ على تطبيق القاعدة بطريقة ميكانيكية .

وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه " ان وظيفة قاعدة الاسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول الى اكثر الحلول لمقتضيات التجارة الدولية , وذلك دون الاخلال بمصالح الدولة الخاصة , ولكي

(١) د. نبيل ابراهيم سعد – المبادئ العامة للقانون ,نظرية القانون – نظرية الحق ، ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٣ ص٤٩.

(٢) د. عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص ، ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى بيروت ، ٢٠٠٨, ص١٠٩.

(٣) د. سعيد يوسف البستاني , الجامع في القانون الدولي الخاص ,المضمون الواسع المتعدد الموضوعات ,منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت , ط١, ٢٠٠٩, ص٢٧٨.

(٤) يعرف التكييف بانه "تفسير العلاقة القانونية، أي تحديد مفهومها المجرد، وبواسطة التكييف او التفسير تهتدي المحكمة الى حكم القانون الذي يجب ان يحكم هذه العلاقة" - محمد خيري كصير الجشعمي , حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة ,رسالة ماجستير , جامعة بغداد , كلية القانون ,٢٠٠٦, ص٦٧.

(٥) د. ممدوح عبدالكريم , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين ,الاختصاص القضائي الدولي , تنفيذ الاحكام الاجنبية , ط ١, دار الثقافة للنشر والتوزيع ,عمان , ٢٠٠٥، ص٥١.

تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الاسناد الى اخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي الى اكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة , وذلك حتى يتسنى للعلاقة أنتاج أثرها في كافة هذه الدول, كما يحرص من جهة اخرى على اخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه الى أمكان خضوع علاقتهم له " ()[١٠]

لكن في الحقيقة الامر ان قاعدة الاسناد في بعض الاحيان لا تؤدي هذه الوظيفة لأنها من صنع المشرع الوطني في كل دولة حيث يرسم المشرع قواعد اسناد وفق المصالح الخاصة بالدولة دون النظر الى عدالة الحلول ,مما يضفي على البعض من قواعد الاسناد (التحديد المسبق لها) طابع الجمود ,فقاعدة الاسناد لا تسعى في هذه الحالة الى الوصول الى الحل الانسب بالنسبة العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي موضوع النزاع بل تأتي بحل مستمد من الفكرة المسبقة المهيمنة على تحديد مجال تطبيق القانون[١٢]

وان اغلب قواعد الاسناد العراقية تتسم بصياغة الجامدة كونها تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف لجميع الحالات التي تندرج تحت الفرض, والجمود الذي تتصف به قواعد الاسناد العراقية قد يكون ظاهري او فني ويقصد بالجمود ظاهري التحديد الكامل لحكم القانون على نحو لا يترك مجالاً للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالقاعدة القانونية أو بالنسبة للقاضي وقد يكون هذا التحديد بطريق الحصر كنص المادة ٤٨ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل والتي تنص على أن" اولا : يخضع شكل الحوالة الى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها . مع ذلك لا تعتبر الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه هذا القانون ثانيا : يرجع في تحديد اهلية الملتزم بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته . فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت قواعده الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق , ثالثا: اذا كان القانون

١٠() د. عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص ، ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى بيروت ، ٢٠٠٨, ص١١٠.

١١() د. فؤاد عبدالمنعم رياض. د. سامية راشد , الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٨٧,ص٩٨.

الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الاهلية فان التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا اذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الاهلية "أو التحديد الرقمي كتحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة (٢)[١].

اما الجمود الفني فيقصد به استعمال معايير فنية في صياغة قواعد الاسناد والتي تشكل المادة الاساسية في بناء نصوص هذه القواعد كمعيار السيادة وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية بالاعتماد على ضابط الجنسية لاعتبارات سياسية هو بسط سيادتها التشريعي خارج حدودها بالرغم وجود افرادها على اقليم دولة اخرى , وكمعيار الاقليم وبمعنى اخر ارتباط قواعد الاسناد بالسيادة الاقليمية للدولة التي تتبعها هذه القواعد هو الذي اضفى على هذه القواعد او غالبها ايضا طابع الجمود الذي يحرم اطراف النزاع من القدرة على الاتفاق على ما يخالفها ,كما يحرم القاضي الوطني التخلي عن اختصاصه.وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في نص المادة ٢٥ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها ان قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه) ويسوغ الاختصاص لقانون موقع العقار لاعتبار سياسي مقتضاه ان العقارات تعد جزءً من اقليم الدولة وبالتالي لا يجوز السماح لقانون دولة اخرى بتنظيمه وتطبيق قانونه عليه لأن كل دولة سيادة اقليمية على ما يوجد من اشياء على اقليمها (٢)[١].

وكذلك المشرع العراقي في المادة السادسة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ اشترط توافر جميع شروط المادة (٦) في الحكم الأجنبي لكي يتم تنفيذه في العراق والتي جاء فيها "يجب ان تتوفر الشروط الاتية بأجمعها في كل حكم يطلب اصدار قرار التنفيذ بشأنه وتنظر المحكمة من تلقاء نفسها في توفر هذه الشروط سواء دفع المحكوم عليه من اجلها أو لا :أ- كون المحكوم عليه مبلغا بالدعوى المقامة لدى المحكمة الأجنبية بطرق معقولة وكافية للتبليغ. ب-كون المحكمة الأجنبية ذات صلاحية بالمعنى الوارد في المادة ٧ من هذا القانون .ج-كون الحكم يتعلق بدين او مبلغ معين من النقود او

٢ () المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣ ()د. عباس العبودي , تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية, مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١٥, ص١٦٣

كون المحكوم به تعويضا مدنيا فقط اذا كان الحكم الأجنبي صادراً في دعوى عقابية . د- ان لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام ه- ان يكون الحكم حائزا صفة التنفيذ في البلاد الاجنبية " وبهذا لا يمكن تجزئة الحكم الاجنبي الذي يتكون من شقين احدهما صحيح والاخر باطل لمخالفته للنظام العام العراقي على الرغم من ان المشرع العراقي قد تبنى فكرة التجزئة في العقود المدنية في المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١التي تنص على أنه (إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل .أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً) حيث تقرر هذه المادة قبول الحكم الذي اسسته نظرية انتقاص العقود , ومفادها ان العقد إذا تلبس بعدة امور وكان صحيحا بالنظر لبعضها وباطلا الى البعض الاخر , فأن العقد لا يبطل في الجميع .,بل يبطل منه ما لا يكون صحيحا بالنظر إليه , ويبقى عقدا مستقلا صحيحا (١٤).

وايضاً تبنى فكرة التجزئة بصدد أحكام المحكمين الوطنية حيث اجاز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم كلا او بعضا , ويجوز لها في حالة الابطال كلا او بعضا ان تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم او تفصل في النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيه.(١٥)

وبهذا فأن المشرع العراقي قد تبنى فكرة التنفيذ الكلي للأحكام الأجنبية بأنه يشترط استجماع جميع شروط المادة السادسة السالفة الذكر حتى يصدر امر بتنفيذه وهذه عقدة المشكلة فأن المطابقة الموضوعية التي يتطلبها المشرع العراقي لتنفيذ الأحكام الأجنبية لم تسمح للقاضي التدخل في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة لقواعد الاسناد في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية مثلما توصلت اليه التشريعات المقارنة(١٦), والقضاء(١٧).

---

(١٤) د. عبدالمجيد الحكيم , الموجز في القانون المدني ,الجزء , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, مصادر الالتزام ,المجلد الاول ,منشورات الحلبي ,بيروت ,الطبعة الثالثة الجديدة, لسنة ٢٠١٥, ص١٣٤ .

(١٥) المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(١٦) المشرع اللبناني في قانون اصول المحاكمات المدنية لسنة١٩٨٣ في المادة ١٠١٨والتي تنص على انه " للمحكمة تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن

وكذلك يضفى على قواعد الاسناد طابع الجمود من بعض خصائصها كخاصية الحياد لقاعدة التنازع التي ينبغي ان تنطلق من اعتبارات الملائمة والعدالة , غير انها في الحقيقة ليست كذلك , فالواقع ان المشرع يحاول عند اختياره لضوابط الاسناد ان يستجيب الى مصالح مختلفة ومتنوعة تتعلق بتحقيق المصالح الخاصة للأفراد المتعاملين في مجال التجارة الدولية , أو بقصد حماية المصالح الخاصة العليا للمجتمع الوطني وتحقيق اهداف السياسية التشريعية ,وان اتصاف قواعد الاسناد بهذه الخاصية جعلت جانب من الفقه الامريكي بالقول بأنها قواعد تتصف بالجمود(١٧).

ويتضح من الصياغة الفنية لبعض من قواعد الاسناد انها قواعد تتصف بالعمومية والتجريد المفرط وهذا الافراط هو الاثر السلبي لقواعد الاسناد الذي يقوم على اساس فرض محدد تحديدا دقيقا ويكون الحل فيه ايضا محدد تحديدا دقيقا بحيث لا يملك القاضي الناظر بالنزاع ادنى سلطة تقديرية ,فقد لا يعطي حلاً للحالات المعروضة امامه مستقبلاً , وهذا الواقع المتقدم نتج عنه صعوبة في توطين علاقات القانون الدولي الخاص.

النواحي الاخرى , وليس لها ان تدخل عليه تعديل من شأنه ان يوسع مداه سواء بالنسبة للموضوع او بالنسبة للخصوم.

(١٦) القضاء الجزائري في القرار الصادر من المجلس الأعلى بتاريخ ١٩٨٤/٦/٢٣ وذلك بنقض القرار الصادر من مجلس تيزي وزو بتاريخ ١٩٨٢/٤/١٩ جزئياً والمتضمن الموافقة على حكم الدرجة الأولى الذي منح بمقتضاها الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقاً لاتفاق الطرفين , ومبلغ الفائدة المتفق عليه ايضا المقدر ١٢% والتي يجيزها القانون الفرنسي المختص والتي تعتبر وفقاً للقانون الجزائري ممنوعة بناءً على ما جاء في نص المادة(٤٥٣)من القانون المدني الجزائري التي تمنع تقاضي الفوائد بين الاشخاص الطبيعيين, لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئياً, فيما يخص الحق المدعي اكتسابه طبقاً للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة تأسيساً على أن هذا الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر يعتبر مخالفاً للنظام العام في الجزائر. خالد شويرب, القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ,اطروحة دكتوراه ,جامعة الجزائر-١- بن يوسف بن خده , كلية الحقوق ,٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ , ص٧٢.

١٨ ()د. عباس العبودي , , مصدر سابق, ص٢٨.

المطلب الثاني

اشكاليات الصياغة الفنية لقواعد الاسناد في النظام القانوني العراقي

ان تركيبة قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص التي تتكون من ثلاثة عناصر ,هي الفكرة المسندة (موضوع قاعدة التنازع),ضابط الإسناد والقانون المسند اليه, وهذه التركيبة تجعل عمل القضاء مقيد بالتحديد المسبق لها فيكون القاضي ملزم بربط الفكرة المسندة بضابط للأسناد الذي يتكفل بتحديد جنسية القانون الملائم الذي يحكم النزاع المعروض عليه لتحقيق الاستقرار في قاعدة الاسناد , والذي يمكن التضحية بأي شيء اخر في سبيله ,كتحقيق العدل والتقارب بين القانون والحياة وهذا اهم من تحقيق الاستقرار , نتج عنها اشكاليات خطيرة تتمثل بالآتي:

اولاً: فقدان القيمة الدستورية لقواعد الاسناد

ان تأكيد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق في **المادة ١٤**منه والتي تنص على انه "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي" يعطي مؤشرا على فقدان قواعد الاسناد العراقية قيمتها الدستورية ويظهر ذلك من خلال تفضيلها جنسية الزوج على جنسية الزوجة في مسائل الزواج كما جاء في المادة ١٩ بفقرتيها الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص على انه ((٢- ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال. ٣- ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى)). حيث ترجيح قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة يعد تكريسا لمبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة والذي يعد خروجا عن المبدأ الذي كرسه دستور ٢٠٠٥ في المادة ١٤ منه [٩] **هذا من جهة** . ومن جهة اخرى أن وجود النص الدستوري الخاص بمبدأ المساواة يجعل هذا النص مبدأ قانونيا لا يحتاج الى تدخل المشرع العادي لأن هناك "من الحريات والحقوق ما هو مطلق بطبيعته

٩ () في المادة ١٤ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ والتي تنص على انه "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

وبالتالي لا يقبل التقييد والتنظيم فلو صدر تشريع يقيدها كان هذا التشريع باطلا لمخالفته نصوص الدستور"[٢٠] باعتبار مبدأ المساواة الاساس الذي تقوم عليه كافة الحقوق والحريات العامة هو مبدأ يساهم في ضمانه وتأكيده النص عليه في صلب الدستور , وبالتالي فهو يتمتع بهذه الضمانة ولا يحتاج الى تشريع عادي يؤكده وينظمه بل هو مبدأ قانوني دستوري ترجع اليه كافة الحقوق والحريات العامة وكل تشريع يخالف هذا المبدأ يتضمن التمييز على اساس الجنس واللون هو تشريع غير دستوري , وهذا ما حرصت عليه دساتير الدول كدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الذي تمثلت المساواة في مبدأ عدم التمييز بين المواطنين ومبدأ المساواة يمثل جزءا لا يتجزأ من شعار الجمهورية (الحرية الاخاء ,المساواة) فالدستور حظر وبصورة اكيدة التمييز الذي يظهر على اساس العنصر أو الدين أو الاعتقاد أو الجنس وكذلك دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة ١٣ ثانيا منه أكد على ذلك بالنص بأنه " لايجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه". [٢١]

وكذلك نص المادة (٢٥) [٢٢] من دستور ٢٠٠٥ الذي يؤكد على تبني احدث القواعد في مجال الاستثمار مما يعطينا دليلا اخر على عدم دستورية قواعد الاسناد كون هذا النص يؤكد على اصلاح النظام الاقتصادي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده في البلاد وكيفية يتم اصلاح نظام اقتصادي هو يستند الى قواعد مشرعة منذ اكثر من سبعين عاما مما يؤكد قصور هذه القواعد في مجابهة التطور الدولي.

ثانياً: عدم تحقيق العدالة المنشود من قواعد الاسناد

ان صفة الحياد تعد سمة من سمات قواعد الاسناد و التي ينبغي ان تنطلق من اعتبارات الملائمة والعدالة , غير انها في الحقيقة ليست كذلك , في الواقع ان المشرع يحاول عنده اختياره لضوابط الاسناد ان يستجيب الى مصالح مختلفة ومتنوعة تتعلق بتحقيق المصالح الخاصة للأفراد المتعاملين في مجال التجارة

٢٠) د. رمزي طه الشاعر, النظرية العامة للقانون الدستوري ,دار النهضة العربية, القاهرة ، ١٩٧٠,ص٢٧٨.
٢١) د. احمد فاضل حسين , ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، ٢٠١٣,ص٦٦.
٢٢) المادة ٢٥ "تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته"

الدولية , او بقصد حماية المصالح الخاصة العليا للمجتمع الوطني أوتحقيق اهداف السياسية التشريعية الوطنية وهذا ما تبناه المشرع العراقي في الفقرة الخامسة من المادة ١٩ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها على انه "في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده" الذي جعل الصفة الوطنية مبررا كافيا لتطبيق قانون القاضي حيث استعمل المشرع العراقي الصفة الوطنية في صياغة هذه النص الذي الغى صفة الحياد في قواعد الاسناد تعني عدم التفرقة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي ,فهي قد تختار قانون القاضي أو القانون الأجنبي ليكون واجب التطبيق على المسألة محل النزاع , وبصرف النظر عن مضمون هذا القانون ,اذا اتضح لها انه اجدر بتحقيق العدالة والامان القانوني بصدد تلك العلاقة . [٢٢] .

ثالثاً: انعدام فعالية قواعد الاسناد في المنازعات التجارة الالكترونية .

إنّ التطور الذي يشهده العالم بفضل وسائل الاتصال الحديثة , وسهولة انتقال الاشخاص والاموال بين مختلف دول العالم , يؤدي الى زيادة العقود الدولية بشكل كبير, وخصوصاً العقود الالكترونية الدولية التي تتميز بسهولة الانتشار السريع في عالم افتراضي قوامه الأرقام والكيانات المنطقية, والتي تأبى التوطن في إقليم معين , لا شك أن هذا التطور المتزايد في عالم افتراضي الغى في الواقع كل الإسنادات التي تعتمد على ضوابط جغرافية لإقليم معين. وبهذه المثابة فان قواعد وأحكام القانون الدولي الخاص والتي تستند إلى ضوابط إقليمية وجغرافية مثل قانون موطن البائع أو المستهلك أصبحت عديمة الجدوى، لأنها لا تتناسب مع طبيعة المعاملات التي تتم في هذا العالم الافتراضي. تلك المعاملات التي لا تعتمد على صلات مكانية ، حيث يكون التركيز الطبيعي للموقع غير معلوم. فضلاً عن ذلك، إن المعلومات لا يمكن أن ترتبط أو أن يتم تحديدها بإقليم معين، لأنها تنتقل آلياً منذ لحظة التحميل إلى كل الدول المرتبطة بشبكة الانترنت والتي تشكل بأجهزتها وبرامجها ومستخدميها مجتمعا فضائيا افتراضيا , مما اتجه فقه القانون الدولي الخاص للبحث عن قواعد فنية جديدة تراعي عامل السرعة والثقة والائتمان وكان في مقدمتها منهج القواعد

[٢٣]د. عباس العبودي , مصدر سابق , ص٢٨.

الموضوعية حتى لا نكون بصدد فراغ قانوني يقود الى نوع من انكار العدالة ,وان هذه القواعد الموضوعية. وتعرف بأنها" مجموعة من العادات والممارسات المقبولة، التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي Virtual (Community) للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فكونت قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامهُ السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم به المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة "[٢٤].

وبهذا فأن دخول العقود الالكترونية الى النطاق الواقع العملي يعطي مؤشرا واضح لانعدام فعالية منهج قواعد الاسناد التقليدي عن مجابهة هذا التطور لأن مبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في المجال الافتراضي، حيث أن القرية الكوكبية ألغت في الواقع كل الإسنادات التي تعتمد على ضوابط جغرافية لإقليم معين مما دفع مشرعي الدول كالمشرع الفرنسي لتنظيم الاحكام العامة للعقد الالكتروني واصبح من العقود المسماة في التعديل الصادر في ٢٠١٦/١٠/١٦ للقانون المدني الفرنسي في المواد(١١٢٥, ١١٢٦،١١٢٧) والذي بين في هذا المواد الاحكام العامة للعقد الالكتروني حيث جاء في المادة (١١٢٥) والتي تنص على انه" يمكن استخدام الوسيلة الالكترونية لبيان شروط التعاقد او المعلومات عن الاموال أو الخدمات" [٢٥]

فأن قواعد الاسناد المنصوص عليها في المواد (٣٣-١١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لم تعد تتلاءم مع التطور الذي اصاب فكرة الاسناد بدخول العقد الالكتروني الى النطاق الواقع العملي الذي اثبت عجز منهج قواعد الاسناد التقليدي العراقي عن مجابهة هذا التطور لأن مبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في المجال الافتراضي،. مما ينتج عنه بالضرورة تطور في مضمون الافكار المسندة وبالمقابل عدم وجود ضوابط اسناد محددة ودقيقة لهذه الافكار. لذلك نقترح تعديل نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي وذلك من خلال اضافة فقرة الى المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي

(٢٤)د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر ، ص ٤٨.

(٢٥)القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل لسنة ٢٠١٦.

رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتكون بشكل التالي "يسري بشأن الالتزامات التعاقدية الالكترونية قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ، ودرجة التقدم في تقنية تبادلها".

المبحث الثاني

استثناءات تقويم قواعد الاسناد وتطبيقاتها في العلاقات الخاصة الدولية

يهدف منهج قواعد الاسناد في مختلف التشريعات القانونية ومنها التشريع العراقي الى تحديد القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية عن طريق ضوابط معينة محددة مسبقا وفقا لمعطيات العلاقة المعروض امام القضاء , وبالرغم من ميكانيكية عمل قواعد الاسناد هذه في قوانين الدول المختلفة لكن هذا المنهج تعرض لانتقادات كثيرة الذي اثبت عجزه عن حل مشاكل العلاقات الخاصة الدولية , لذلك اتجه فقه القانون الدولي الخاص للبحث عن معايير اسناد اكثر مرونة للخروج من الجمود التي تتصف به هذه المعطيات في مجالات التي تحتاج إلى التأقلم والتطور أكثر من الحاجة إلى الأمان والاستقرار تبنتها الانظمة القانونية بصدد المنازعات الدولية الخاصة .وايضا للخروج من هذا الجمود ينبغي الالمام بالقواعد الموضوعية للاتفاقيات الدولية ولبيان ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول منهج الاسناد المرن لقواعد الاسناد وفي المطلب الثاني التوجه نحو تبني القواعد الموضوعية للاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

منهج الاسناد المرن لقواعد الاسناد

ان منهج الاسناد المرن يعد من استثناءات فكرة تقويم الاسناد ومن الحلول التي تساهم في تطوير قواعد الاسناد العراقية المقننة سابقا و يقصد به ذلك المنهج الذي يقتصر على وضع الفكرة أو المعيار تاركاً تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها ,اي يمنح القضاء سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق النص القانوني بصورة تمكنه من مراعاة الظروف والملابسات المعاصرة أو المتزامنة لكل مسألة من المسائل المثارة امامه ,الأمر الذي يسهم في تحقيق فكرة العدالة التي تعد جوهر القانون ,وهذا الاسناد المرن يسمح باستيعاب النص مسائل جديدة ربما لم تدر في ذهن واضعه عند وضعه ,الأمر الذي يسهم في مواكبته للتطور ومسايرة مستجداته فيعالج هذا النص

المستجدات التي قد تفرزها مظاهر التطور في المجتمع. وتتحقق المرونة في الاسناد حينما لا تفرض القاعدة على القاضي حكما ثابتا لا يتغير بتغير الظروف وانما تجعل بين يديه معياراً مرنا يسمح له بجعل حكمه ملائماً لظروف الحالة التي هو بصدد تطبيق القاعدة عليها [٢٦]. وهذا ما يسلكه المشرعون في تحديد فكرة النظام العام بسبب مرونة فكرة النظام العام وعدم استقرارها [٢٧].

حيث يمتاز الاسناد المرن بانه اكثر عدالة من الاسناد الجامد بسبب مراعاته للظروف والملابسات المحيطة بكل حالة. لمواجهة كافة الفروض المتنوعة التي كشف عنها التطور العلمي والتكنولوجي الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية[٢٨],ولعل ذلك السبب الذي دفع مشرعي بعض الدول كالمشرع السويسري لتبني ضوابط اسناد اكثر مرونة يطبقها القاضي في الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية ,كمبدأ القانون الملائم وفكرة القانون الملائم للعقد مقتضاها أن من حق القاضي أن يكشف، في كل حالة على حدة، عن أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية مثار النزاع، رغم انه يعتد بحسب الأصل بالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، فيجوز للقاضي مع وجود قانون الإرادة أن يَعتد بأي قانون آخر يراه أكثر مناسبة، وخاصة فيما لو كان القانون المختار مُنعدم الصلة بظروف التعاقد وموضوعه أو كان اختيار المتعاقدين لهذا القانون بقصد التحايل على القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد[٢٩].

أو الاداء المميز[٣٠]التي بدأ ظهوره في الفقه والقضاء السويسري ,حيث كرسها القضاء منذ حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر عام ١٩٥٢ في قضية (s$c) وكذلك القضاء الفرنسي تبنى هذا المعيار في حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٩٥٥/١/٢٧ في قضية (jansen c.Heurty والتي تتعلق هذه القضية بعقد دولي

(٢٦) د.خالد جمال احمد حسين, ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ,مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ,السنة الخامسة ,مايو٢٠١٧ ,عدد خاص ص١٢٨.

(٢٧) د. حسن الهداوي , د.غالب علي الداودي ,القانون الدولي الخاص, العاتك لصناعة الكتاب ,القاهرة ,ط٣ ,٢٠٠٩,ص١٨٢.

(٢٨) د. محمد احمد علي محاسنة, تنازع القوانين في العقود الالكترونية دراسة مقارنة ,دار الحامد للنشر والتوزيع , عمان ,٢٠١٣, ص١٠٩.

(٢٩) د. ميثم فليح حسن , تعدي جمود الحياد في قواعد الإسناد منشور على الموقع الالكتروني https://almerja.net/reading.php?idm=74998 .

(٣٠) ان مفهوم الاداء المميز يقصد به " الاداء الذي من اجله تم دفع المقابل النقدي د. محمد احمد علي محاسنة, مصدر سابق ص١٢٢.

اتفق فيه الاطراف على ان يقوم احدهما بتوريد اجهزة صناعية للاخر , ولم يحدد الاطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد , ولما عرض الامر على محكمة استئناف باريس , بعد نشوب النزاع بين الطرفين ,ذهبت المحكمة الى ان تطبق قاعدة التنازع الفرنسية التي يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق يجب ان يتم بطريقة موضوعية , بالنظر الى أكثر العناصر صلة بالعقد بعيدا عن العمليات الذهنية التي تعوق النية المفترضة للاطراف , واضافت المحكمة ان المكان الذي يؤدي فيه الاداء المميز في العقد يعد اكثر اتصالا بالرابطة العقدية محل النزاع , ولما كان الالتزام بتسليم البضاعة المباعة هو الاداء المميز في العقد , فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون موطن البائع الذي يجب عليه تنفيذ هذا الالتزام[٣٢].

ومن التشريعات التي اخذت بمعايير الاسناد المرن التشريع المجري في القانون الدولي الخاص لسنة ١٩٧٩ في المادة ٢٥ والقانون الدولي الخاص النمساوي في المادة ٣٩ و التشريع الروسي الصادر عام ٢٠٠١ حيث نصت المادة ١٢١١ منه على انه " في حالة عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة " وهو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الذي يورد الأداء المميز [٣٢].

اما بشأن الاتفاقيات الدولية ,فأن الكثير من الاتفاقيات تبنت معايير الاسناد المرن , ونذكر منها اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ من يونيه ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية ,التي اعتدت بمحل الاقامة المعتادة للبائع بوصفه الملتزم بالاداء المميز للعقد كضابط اسناد رئيسي لتعين قانون العقد, واتفاقيه مكسيكو المبرمة في ١٧ من مارس ١٩٩٤ في المادة ٩ منه على انه يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالا وثيقاً[٣٢].

وهذه المبادئ التي اعتنقها الفقه والقضاء الحديث وأخذت بها التشريعات الوطنية والاتفاقية في مجال القانون الدولي الخاص لا نجد لها نظيراً في القانون العراقي. إذ أن المشرع العراقي قد أسند العقود الدولية عند سكوت الإرادة الصريحة أو الضمنية عن اختيار قانون العقد لـ(... قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا

([٣٢]) عادل ابوهشيمه , عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ,دار النهضة العربية ,القاهرة,٢٠٠٥,ص٩٩.

([٣٢]) محمد احمد علي محاسنة, مصدرسابق ,ص١١١.

([٣٢]) عادل ابوهشيمه , مصدرسابق ,ص١٠٥.

اتحدا موطناً. فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ...) وفقاً للمادة ١/٢٥ من القانون المدني، ويَظهر بذلك إن المشرع قد أخذ بالإسناد الموضوعي الجامد والمسبق عند عدم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد. ومعلوم ان مثل هذا الإسناد يفتقد إلى المرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود الدولية المعاصرة وتنوعها(٣٤).

وكذلك المشرع العراقي لا يأخذ بمنهج الاسناد المرن في المسائل الاخرى كمسألة الاحالة في نص المادة(٣١ /١)من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ المعدل والتي جاء فيها "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" وهذا النص يتصف بالجمود كونه لم يعطي رخصة للأخذ بالإحالة كلما كان ملائم للمصالح الوطنية(٣٥) لذا ينبغي على المشرع العراقي مسايرة التطور الذي طرأ على المجالات الاقتصادية والاجتماعية بعد عام ٢٠٠٣ ويقرر رخصة الأخذ بالإحالة كلما ظهر ذلك موافقا للمصالح الوطنية ويسلك مسلك المشرع الفرنسي الذي تمتاز قواعد تنازعه بالمرونة والواقعية(٣٦)اي يترك المجال للقاضي بجعل حكمه ملائما لظروف الحالة التي هو بصدد تطبيق القاعدة عليها(٣٧).

وايضا المشرع العراقي في الالتزامات غير التعاقدية ولم يورد على هذا المبدأ أي استثناء يُخضع بموجبه المسائل المتعلقة بتلك الإلتزامات للقانون الملائم في الحالات التي تظهر فيها عَرَضية المكان الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام, أو يظهر فيها وجود قانون آخر أوثق صلة أو أشد ارتباطاً بتلك الواقعة. مع صراحة نص المادة ١/٢٧ بإخضاعها مسائل المسؤولية عن الفعل الضار لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام، فإن من المستبعد أن يتم تفسير القانون المحلي على انه قانون الوسط الاجتماعي أو البيئة الاجتماعية للفعل الضار، وذلك لأنه (لا مساغ للإجتهاد في مورد النص) وفقاً لما يقضي به القانون المدني. ويكون المشرع العراقي بذلك قد اكتفى

---

(٣٤) هيثم فليح حسن, مصدرسابق.

(٣٥) د. هشام علي صادق- تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣ ص٢٢١.له ".

(٣٦) د. بيار ماير فانسان هوزيه, القانون الدولي الخاص ,المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت , ط١ ,٢٠٠٨. ص٧١٠.

(٣٧) د. محمد احمد علي محاسنة, مصدر سابق, ص١١٥.

بالاعتداد بالقانون المحلي بمعناه الجغرافي ولم يَعتد بالمفهوم المرن لهذا القانون وفقاً لما أخذ به الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص([٣٨]).

وللتقليل من الاثار السلبية لقواعد الاسناد العراقية في مجال الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية ويعد استثناءً من فكرة تقويم الاسناد هو اعطاء القاضي العراقي مجال في استخدام معايير مرنة في الاسناد كمعيار القانون الملائم او الاداء المميز للتقليل من اثار الجمود الذي تتسم به قواعد الاسناد العراقية وتكون هذه المكنة من خلال نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي تنص على انه يتبع "... فيما لم يرد بشأنه نص ... من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".حيث هذا نص يسمح للقضاء تبني المبادئ الدولية الاكثر شيوعا في القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني

التوجه نحو تبني القواعد الموضوعية للاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية منهجا اخر يساهم في تطوير قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ويقلل من اثار الجمود التي تتصف به, كونها المصدر المباشر الاول لأنشاء قواعد قانونية ذات طابع دولي من خلال وضع قواعد موضوعية لحكم مسائل القانون الخاص بين الدول المتعاقدة اذا ما اثار نزاع بشأنها طبق القاضي القاعدة الموضوعية على النزاع مباشرة دون حاجة الى الالتجاء الى قواعد الاسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع([٣٩]) ,وللاتفاقيات الدولية سمو على القوانين الداخلية في حالة المصادقة وهذا المبدأ متفق عليها في قوانين الدول, حيث نصت المادة ٢٩ من القانون المدني العراقي على انه "لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية " فهذا النص اعتبر من المصادر الرسمية الملزمة , وبذلك فأن الدولة لا تستطيع ان تتنصل عن التزاماتها الدولية بالاستناد الى قانونها الوطني وهو ما يعبر عنه ب(سمو الاتفاقيات الدولية حيث جاء في قرار لمحكمة

([٣٨])ميثم فليح حسن , مصدر سابق .

([٣٩]) د. فؤاد عبدالمنعم رياض. د. سامية راشد , مصدر سابق,ص٣١.

التمييز الاردنية الصادر في عام ١٩٩٢الى ان "الاتفاقيات الدولية هي اعلى مرتبة من القانون المحلي واولى بالتطبيق " ()[٤٠].

وهناك العديد من الاتفاقيات الدولية طورت من قواعد الاسناد بسبب الانتقادات التي وجهت لهذه القواعد من الفقه والقضاء ,فقدم الفقه والقضاء الحديث احدث النظريات بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والتي تبناها المشرع الأوربي في اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ النافذة لسنة ٢٠٠٩ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية حيث تبنت الاتفاقية ضوابط اسناد جديدة بشأن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية ()[٤١]حيث **اخذت بقانون الارادة** في اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية بصورة جزئية وفق شروط تتمثل بأن يكون الاتفاق بعد حصول النشاط الضار وان يكون صريحاً ولا يضر بحقوق الغير وهذه شروط اكدتها الاتفاقية في المادة الرابعة عشر منها. وتبنت ضابط **التركيز المكاني للواقعة المنشئة للالتزام** وذلك في المادة (٤) الفقرة الأولى من اتفاقية روما الثانية والتي تنص على انه "القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي حدث فيها الضرر, بغض النظر عن الدولة التي وقع فيها الفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر أو الدول التي تحدث فيها النتائج غير المباشرة لهذه الواقعة "()[٤٢]. وهذا الاتجاه الحديث أخذت به كندا وباقي الدول الاسكندنافية يؤكد بضرورة العودة إلى التركيز المكاني في ظل تنازع القوانين . في حالات خاصة إذا كانت الانشطة الضارة تتعلق بدولتين أو اكثر وفي حال غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق , فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يقع فيها الضرر . مالم يكن الاطراف يقيمون بصورة معتادة في دولة اخرى وقت وقوع الضرر , أو الواقعة الاكثر ارتباط بدولة اخرى , حيث اخذت الانظمة الاوربية بفكرة التركيز المكاني واعتبار مكان الواقعة المنشئة للالتزام هو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وكذلك تبنت اتفاقية روما ضابط **التركيز الاجتماعي الذي**

٤٠() د. عباس العبودي مصدرسابق ,ص٢٣١.

(٣٨)فأن الاتجاه الحديث للمشرع الاوربي بشأن المسؤولية التقصيرية عن الفعل الصار قد حسم هذه المسألة في اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذه الاتفاقية ان مفهوم المسؤولية التقصيرية "أي وقائع تحصل او الممكن ان تسبب ضرر للغير سواء اكان الضرر محققا او احتمالياً.

Prof.Peter Stone,The Rome ll Regulation On Choice of law intort,Ankara law Review ,vol.4,no.2(winter 2007),pp99.

٤٢() د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي , الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ,بحث منشور في مجلة كلية الحقوق , جامعة النهرين ,٢٠١٨ , ص١٥٠.

كان معمولا بيه في القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩ الذي أخذ بفكرة التركيز الاجتماعي كاستثناء على قاعدة اعطاء الاختصاص للقانون المحلي (الجغرافي) في الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) منه والتي تنص على انه "عندما يكون موطن كل من فاعل الضرر والشخص المضرور في دولة واحدة , فان قانون تلك الدولة يكون هو الواجب التطبيق " وايضا القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩ النافذ اخذ بهذه الفكرة في المادة (٤٨) منه والتي تنص على انه "اذا وجدت مع ذلك , بالنسبة للأطراف , رابطة قوية مع قانون دولة اخرى فيكون هذا القانون هو المطبق "[٤٢] حيث تعد نظرية التركيز الاجتماعي من النظريات الحديث التي ظهرت على تطبيق قانون مكان الواقعة , ويقصد بهذه النظرية البحث في البيئة الاجتماعية التي تنشأ وترتبط بها تلك الوقائع والظروف والملابسات , حيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية من تركيز الاجتماعي لوقائعها وظروفها وملابساتها المحيطة , من دون البحث في التركيز الواقعي او الجغرافي للقانون المحلي . وأخذ المشرع الاوربي في اتفاقية روما الثانية بالمفهوم الحديث للقانون المحلي بالنسبة للفعل الضار , فقد نص في المادة الرابعة الفقرة الثالثة منه على " 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 , وان هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الاخرى ,قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين طرفين مثل عقد ذات الصلة بالواقعة ويجسد المشروع فكرة التركيز الاجتماعي خير تجسيد , وذلك باختيار انسب القوانين لحكم المسألة بتطبيق قانون الدولة التي يتبين من مجموع الظروف ان النشاط الضار المرتكب ينطوي على روابط بدولة اخرى اكثر ارتباطا مما يربطها بدولة مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام , وذلك يعد خروجا على المفهوم التقليدي للقانون المحلي[٤٣]

فأن مقتضيات تأمين المعاملات عبر الحدود وتأكيد الفعالية الدولية للأحكام ,يفرضان عدم تطبيق القانون المحلي (بمفهومه المكاني) السائد في التشريعات القانونية مادام غير ملائم لحكم الدعوى لأنتفاء رابطة جدية بينه وبين عناصر ها ويكون من المناسب ان يتحدد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية عن الأضرار من فكرة التركيز الاجتماعي , حيث أن الاصل في هذا الاتجاه هو الابقاء على اختصاص القانون

٤٣) د. أميد صباح عثمان , القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية, دار شتات للنشر والتوزيع, مصر , ٢٠١١, ص١٢٣.

٤٤) د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي , مصدر سابق , ص١٥٢..

المحلي كقاعدة عامة , مع فتح المجال للخروج عليه بصفة استثنائية بالاستناد إلى فكرة التركيز الاجتماعي لتحديد القانون الواجب التطبيق. فأن تطبيق قانون الوسط الاجتماعي يستند الى اساسيات مهمة منها ١-ينسجم مع توقعات الافراد , وذلك لأن الأخذ بقانون الوسط الاجتماعي يوفر لهم ميزة العلم المسبق بالقاعدة الواجبة التطبيق على معاملاتهم.٢-إنّ الاخذ بقانون الوسط الاجتماعي يسهل مهمة القاضي , لأن المفعوم الحديث للقانون المحلي يعني تركيز العلاقة محل النزاع في مجتمع الدولة التي يرتبط بها اشخاص دعوى المسؤولية من خلال الضوابط مشتركة بينهم سواء الجنسية أو الموطن أو محل الاقامة وهي ضوابط يمكن أن يتحقق منها القاضي بسهولة ,كما أن الأخذ بالمفهوم الحديث للقانون المحلي من شأنه ان يجنب القاضي مشكلة التكييف القانوني المعقد , لدعوى المسؤولية مثلا هل هي جنائية , ام تقصيرية , ما دام الاعتماد على جنسيات الأطراف أو موطنهم أو محل اقامتهم , ومن ثم تجنب اختلاف القانون الواجب التطبيق باختلاف الدولة التي تتولى حل مشكلة التكييف , وكل ذلك لا يمكن الوصول إليه إذا لم نخرج من اطار المفهوم التقليدي للقانون المحلي الذي يؤكد على التركيز الجغرافي للواقعة.٣-كذلك أن الاعتداد بالضوابط الشخصية لأطراف الدعوى لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها, قد يكون علاجاً للحالات التي يبدو فيها المفهوم التقليدي عاجزا عن تقديم الحل المناسب[٤٥].

في حين المشرع العراقي يفرض تطبيق القانون المحلي (بمفهومه المكاني) وفق المادة ٢٧ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام " ولم يورد المشرع العراقي على هذا المبدأ أي استثناء يُخضع بموجبه الالتزامات غير التعاقدية لقانون الارادة أو قانون التركيز الاجتماعي في الحالات التي تظهر فيها عَرَضية المكان الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام, مع وجود النص الصريح الوارد في المادة ١/٢٧ من القانون المدني العراقي بإخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام ، ولا مجال للاجتهاد استنادا لنص المادة الثانية من القانون المدني [٤٦].

---

[٤٥] د. أميد صباح عثمان ,مصدر سابق ص١٢٦.

[٤٦] المادة الثانية من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي تنص على انه **"لا مساغ للإجتهاد في مورد النص"**.

ويتضح من اتفاقية روما الثاني انها قللت من الاثار السلبية لقواعد الاسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية دون ان تنفي وجودها لا نها الوسيلة الفنية لحل المنازعات الدولية في ظل عدم وجود قواعد موضوعية موحدة تحكم المنازعات ذات البعد الدولي .

وايضا اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠بشأن البيع الدولي للبضائع قللت من الاثار السلبية لقواعد الاسناد بخصوص العقود الالكتروني بسبب عدم ملائمة ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص، والتي تقود إلى تطبيق قواعد قانونية داخلية على عمليات بطبيعتها عابرة للحدود، وهي ضوابط لم توضع إلا من اجل عالم مادي، في حين إن المعاملات عبر شبكة الانترنت تقود إلى عالم افتراضي قوامه الأرقام والكيانات المنطقية. لذا أصبح من الضروري البحث عن بديل يحل محل قواعد التنازع التقليدية وينظم المشكلات التي يمكن أن تثار في هذا المجال. مثلما نصت عليه المادة (٩) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ والتي جاء فيها (يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما.٢-مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك يفترض ان الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما او على تكوينه كالعرف كانا يعلمان به او كان ينبغي ان يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعا بانتظام في التجارة الدولية بين الاطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة) بأن يمكن استخدام اعراف التجارة الالكترونية أو ما يسمى بالقواعد الموضوعية الالكترونية بالتطبيق على عقود التجارة الالكترونية .

وهنالك الكثير من الاتفاقيات عملت على تطوير قواعد كاتفاقيات جنيف لعام ١٩٣٠و ١٩٣١بشأن الأوراق التجارية والشيكات واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية التي انضم العراق اليها بموجب القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٣٣) في ٢٠٢١/٥/٣١ ، لها اهمية في تخطي بعض العقبات التي تواجه مؤسسات الدولة عند ابرامها عقود مع شركات أجنبية التي تفضل اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود في مجال الاستثمار , والتي تعد من اهم الاتفاقيات التي أقرتها الأمم المتحدة في مجال التجارة الدولية ، إذ وضعت بموجبها معايير دولية لغرض ضمان الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها خارج بلد صدورها. وأصبح العراق الدولة رقم (١٦٨) من دول العالم

في تطبيق الاتفاقية [٧].وقبل الانضمام لهذه الاتفاقية لا يوجد نص في القانون المدني العراقي ولا قانون الاستثمار العراقي لسنة ٢٠٠٦ يشير الى ذلك .

الخاتمة: وفي ختام بحثنا هذا سنبين اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها وهي كالآتي :.

اولا :النتائج:

١-يتضح من الصياغة الفنية لقواعد الاسناد العراقي انها قواعد عامة مجردة مفرطة وهذا الافراط هو الاثر السلبي الذي يجعلها قواعد تفتقد لعنصر الملائمة والتوقع لحل المنازعات الخاصة الدولية .

٢- ان معيار الجنسية والسيادة المعتمدة في قواعد الاسناد العراقية غير ملائمة لمنازعات القانون الدولي الخاص لأن صياغة هذه القواعد وفق هذه المعايير تكون لتحقيق المصالح الخاصة بالدولة دون النظر الى عدالة الحلول .

٣-عدم ملائمة ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لمنازعات التجارة الالكترونية ، كونها تقود إلى تطبيق قواعد قانونية داخلية على عمليات بطبيعتها عابرة للحدود، وهي ضوابط لم توضع إلا من اجل عالم مادي، في حين إن المعاملات عبر شبكة الانترنت تقود إلى عالم افتراضي قوامه الأرقام والكيانات المنطقية. لذا أصبح من الضروري البحث عن بديل يحل محل قواعد التنازع التقليدية وينظم المشكلات التي يمكن أن تثار في هذا المجال.

٤-عدم تكريس قواعد الاسناد العراقية المبادئ الدستورية في دستور ٢٠٠٥ مما يعطي مؤشرا على فقدان هذه القواعد قيمتها الدستورية ويظهر ذلك من خلال تفضيلها جنسية الزوج على جنسية الزوجة في مسائل الزواج كما جاء في المادة ١٩ بفقرتيها الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث ترجيح قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة يعد تكريسا لمبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة والذي يعد خروجا عن المبدأ الذي كرسه دستور ٢٠٠٥ .

(٧) قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١

ثانياً: التوصيات :

١-نوصي المشرع العراقي باعتماد الصياغة المرنة التي تجمع بين القاعدة والمعيار بالنسبة لقواعد الاسناد التي تعتبر من مقومات الصياغة القانونية الحديثة ، بحيث يسمح للقاضي بالتدخل من اجل تحقيق العدالة فمثلا اذا تم اختيار قانون يضر بالطرف الضعيف في العقود الدولية فهنا يتم المزج بين تقييد ارادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق والإسناد الجامد لقانون محل الاقامة , ويعتمد هذا الحل على اعطاء الأفراد الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ,مع احتفاظ قاضي الموضوع سلطة مقارنة مدة الحماية الموجودة في القانون المختار من قبل اطراف العقد التبادلي مع القواعد الامرة الموجودة في القانون الداخلي لمحل اقامة الطرف الضعيف ,فاذا كان القانون المختار يتفق مع هذه القواعد الداخلية أو يدعم الطرف الضعيف بحماية اضافية أو تفضيلية عن القانون الداخلي الذي يجب تطبيقه على العقد بين الطرف القوي والطرف الضعيف ,طبق القاضي قانون يحقق حماية افضل للطرف الضعيف من قانون محل الاقامة المعتادة فهذا متروك للقاضي يقدره وفقاً للظروف .

٢- نقترح تعديل نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي وذلك من خلال اضافة فقرة الى المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتكون بشكل التالي "يسري بشأن الالتزامات التعاقدية الالكترونية قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ، ودرجة التقدم في تقنية تبادلها".

٣- المشرع العراقي ملزم بالاستجابة للتطورات وتشريع قانون دولي خاص يتبنى الافكار الحديثة في القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية بشأن قواعد الاسناد وقواعد الاختصاص القضائي الدولي بما ينسجم مع التطور الحاصل في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والتجارية ولا سيما في حقل التجارة الالكترونية بالنص على الوسائل الفنية الحديثة في هذه العلاقات ومن ضمنها منهج القواعد الموضوعية الالكترونية الدولية في حل المنازعات التي تحصل في مجال التجارة الالكترونية,

المصادر

اولاً: الكتب القانونية

١-د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر .

٢-د. احمد فاضل حسين , ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية,منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، ٢٠١٣.
٣-د. أميد صباح عثمان , القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية, دار شتات للنشر والتوزيع, مصر , ٢٠١١.
٤- د. بيار ماير فانسان هوزيه, القانون الدولي الخاص ,المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت , ط١ ,٢٠٠٨.
٥-د. حسن الهداوي , د.غالب علي الداودي ,القانون الدولي الخاص, العاتك لصناعة الكتاب ,القاهرة ,ط٣ ,٢٠٠٩.
٦-د. رمزي طه الشاعر, النظرية العامة للقانون الدستوري ,دار النهضة العربية, القاهرة ، ١٩٧٠.
٧-د. سعيد يوسف البستاني , الجامع في القانون الدولي الخاص ,المضمون الواسع المتعدد الموضوعات ,منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت , ط١, ٢٠٠٩.
٨-د. عادل ابوهشيمه , عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ,دار النهضة العربية ,القاهرة,٢٠٠٥.
٩- د. عباس العبودي , تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية, مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١٥.
١٠-د. عبد الرسول عبدالرضا الاسدي , القانون الدولي الخاص ,مكتبة السنهوري , بغداد , ط١, ٢٠١٣.
١١- د. عبدالمجيد الحكيم , الموجز في القانون المدني ,الجزء , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, مصادر الالتزام ,المجلد الاول ,منشورات الحلبي ,بيروت ,الطبعة الثالثة الجديدة, لسنة ٢٠١٥.
١٢-د. عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص ، ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى بيروت ، ٢٠٠٨.
١٣-د. فؤاد عبدالمنعم رياض. د. سامية راشد , الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٨٧.
١٤- د. محمد احمد علي محاسنة, تنازع القوانين في العقود الالكترونية دراسة مقارنة ,دار الحامد للنشر والتوزيع , عمان ,٢٠١٣.
١٥- د. ممدوح عبدالكريم , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين ,الاختصاص القضائي الدولي , تنفيذ الاحكام الاجنبية , ط ١, دار الثقافة للنشر والتوزيع ,عمان , ٢٠٠٥.
١٦-د. نبيل ابراهيم سعد – المبادئ العامة للقانون ,نظرية القانون – نظرية الحق ، ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٣ ص٤٩. ١٧-د. هشام علي صادق- تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣ .

ثانيا: البحوث والدراسات القانونية:
١-د. حسن علي كاظم , قواعد الاسناد و اليات التطبيق في العراق, بحث منشور , في مجلة اهل البيت , العدد ٢٠.
٢-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي , الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ,بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ,٢٠١٨.
٣-د.خالد جمال احمد حسين, ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ,مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ,السنة الخامسة ,مايو٢٠١٧ ,عدد خاص .
٤- خالد شويرب, القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ,اطروحة دكتوراه ,جامعة الجزائر-١- بن يوسف بن خده , كلية الحقوق ,٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ .
٥-محمد خيري كصير الجشعمي , حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة ,رسالة ماجستير , جامعة بغداد , كلية القانون ,٢٠٠٦.
٦- ميثم فليح حسن , تعدي جمود الحياد في قواعد الإسناد الموقع الالكتروني https://almerja.net/reading.php?idm=**74998**

ثالثاً:المصادر الأجنبية :

1-Prof.Peter Stone,The Rome ll Regulation On Choice of law intort,Ankara law Review ,vol.4,no.2(winter 2007.

رابعاً: القوانين:
١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢-القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل
٣-قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١
٤-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥-قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة١٩٨٣ المعدل.