AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مناط المنهج الغائي لحل نزاعات النفقة في القانون الدولي الخاص

The basis of the abolitionist approach to resolving alimony disputes in private international law

م.م. زهراء محمد هادي
Zahraa Mohammed Hadi
جامعة القادسية . كلية القانون
Email to : zhrahady849@gmail.com

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

المستخلص ان الفكرة الأساسية التي ينطلق البحث منها هي محاولة إيجاد منهج جديد في القانون يكون مساندا للمنهج التقليدي او بديلا له، بشرط ان يكون مبني على أسس وأفكار تستند الى منطق قانوني دقيق، فهذا المنهج اليات وأفكار تختلف بشكل تام عن المنهج التقليدي، فهو يشكل ثورة حقيقية على الأفكار والمفاهيم والاسس التي تحكم تنازع القوانين والاختصاص القضائي، فهو يسعى الى تطوير المفاهيم والاسس الحقيقية للبيئة التشريعية والقضائية، وهذا لا يتم مالم يصار الى منهج جديد ومرن يبتعد بمفاهيمه عن الجمود، ويتمتع بالمنطقية والواقعية بعيدا عن التنظير في التطبيق، من اجل تطبيق عدالة واقعية في تشريع وتطبيق القانون على حد سواء، فالقانون ذا صلة وثيقة مع الواقع فالغاية الأساسية من هذا المنهج دمج القانون مع الواقع، بما يحقق غاية القانون بتقوية الطرف الأضعف في العلاقة ذات العنصر الاجنبي.

اما الدافع الأساسي لاعتماد هذا المنهج، فيكمن في إعادة احياء روح القانون، ووضع الأسس اللازمة لتصويب الاحكام القضائية، وابتكار قواعد قانونية جديدة اكثر فاعلية وملاءمة للواقع المتغير، فالمعايير القانونية في القانون الدولي الخاص بطبيعتها متغيرة وغير قابلة للجمود، وذلك نظرا لاختلاف الظروف والتفاصيل الخاصة بكل حالة على حدا، وتتجلى أهمية هدا المنهج بوضوح في المسائل المتعلقة بالنفقة، اذ ان كل حالة من هذا النوع تتضمن تفاصيل وخصوصيات تختلف عن غيرها، مما يجعل اخضاعها لمعايير ثابتة امر غير عادل. لذلك يتيح اللجوء للمنهج الغائي إمكانية تقدر كل حالة حسب ظروفها و تفاصيلها، وهي لا تعتمد على معاير ثابتة يصار اليها في جميع الحالات، وانما تكون متوقفة على حسب قدرة القانون بتحقيق الأفضل والانسب لمصلحة طالب النفقة.

الكلمات المفتاحية: المنهج الغائي، الاختصاص القضائي، النفقة، المصلحة الفضلى، الاختصاص التشريعي.

Abstract

The main idea of this research is to find a new approach in law that supports or replaces the traditional approach, provided that it is based on sound legal logic. This new approach has mechanisms and ideas that completely differ from the traditional one. It represents a

real revolution against the ideas, concepts, and foundations that govern the conflict of laws and jurisdiction. It seeks to develop the true concepts and foundations of the legislative and judicial environment. This cannot be achieved without a new and flexible approach that moves away from rigid concepts and enjoys logic and realism, away from theoretical application, in order to apply realistic justice in both legislation and the application of law. Law is closely related to reality, and the primary goal of this approach is to integrate law with reality. The main motivation for adopting this approach is to restore the spirit of the law and lay the necessary foundations for correcting judgments and generating new, more effective legal rules. Legal standards in private international law are variable and unstable due to changing circumstances and details specific to each case, especially concerning alimony, where each case has unique details and circumstances. By resorting to the purposive approach, each case is decided and assessed according to its circumstances and details, not relying on fixed standards applied to all cases, but rather depending on the law's ability to achieve the best and most appropriate outcome for the benefit of the minor. Keywords: Purposive Approach, Traditional Approach, Alimony, Best Interests, Legislative Jurisdiction.

المقدمة

ان فكرة تنازع القوانين والاختصاص القضائي في المسائل المشوبة بعنصر أجنبي تعد من اكثر الموضوعات حساسية في القانون الدولي الخاص، اذ جاءت نتيجة لتطور الزمن من جانبين: الأول هو الاختلاط والانفتاح بين دول العالم، والجانب الاخر يتمثل في التطور المستمر للاجتهادات القضائية والفقهية، وبالتالي من الطبيعي ان ينعكس هذا التطور على الأفكار والغايات التي تتضمنها قواعد الاسناد الرامية الى حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، فالقواعد التقليدية للإسناد أصبحت حلولها لا تعالج النزاعات المتنوعة، بسبب تغير الزمن و تنوع الظروف والاحداث والتفاصيل مع مراعاة خصوصية هذه العلاقات، لذلك كان من الضروري البحث عن منهج يلم جميع هذه التفاصيل من اجل تحقيق العدالة الواقعية.

من هنا، ظهر المنهج الغائي، الذي يعد منهجا اصلاحيا او تصحيحيا او بديلا بالضد للمنهج التقليدي، اذ ان مراعاة المنهج الغائي لظروف وتفاصيل الحالات المعروضة يجعله منهجا اجتماعيا وواقعيا، مما يساهم في تطور القانون والقواعد والنصوص القانونية التي تحكم العلاقة مما يعمل على تحقيق العدالة الواقعية لا العدالة المفترضة.

أهمية الدراسة

ان المنهج التقليدي (ضابط الاسناد)، وبما يحمله من جمود وتقيد بنصوص محددة، لا يمكن تطبيقه على ظروف وازمنة متغيرة، فالمشرع عندما يضع النصوص القانونية غالبا ما تكون مناسبة لزمان الوضع او الحقبة التي تليه فلا يمكن ان يضع منهج تمتد صلاحيته الى مالا نهاية في التطبيق، فهي وضعت وفق اهداف وغايات الزمن الذي شرعت فيه، فعند قصور النصوص التشريعية وعدم تغطيتها لجميع الحالات المعروضة، فلا يكون امام القاضي الا ان يتجاوز النصوص القانونية من اجل إيجاد الحلول، او إبقاء المسألة المعروضة بدون حلول، وهنا نكون امام مأزق حقيقي؛ لذا يصبح من الضروري إيجاد الحلول الأنسب والأكثر ملاءمة للظروف والغايات المتجددة.

وتظهر أهمية المنهج الغائي لما له من قدرة على مراعاة الغايات والتفصيلات الخاصة بكل حالة، مما يجعل الاختصاص القضائي اكثر قدرة على الفصل في النزاع المعروض، من اجل تحقيق العدالة ورعاية مصالح الأطراف ذات العلاقة.

إشكالية الدراسة

يثير هذا الموضوع العديد من الإشكاليات، لعل من أبرزها اتصاف المنهج التقليدي بالجمود والتجريد، الناتجين عن صعوبة تعديل او تشريع القوانين الجديدة، مما أدى الى قصور هذا المنهج في مواكبة تطورات القانون الدولي الخاص.

على النقيض، يتميز المنهج الغائي بالمرونة واهتمامه بالتفاصيل الخاصة بالأفراد، مما يمكنه من مواكبة هذه التطورات. هذا ما أدى الى قصور منهج الاسناد التقليدي في معالجة مسائل المشوبة بعنصر أجنبي كالنفقة، وان اعتماد على المنهج التقليدي في حل المسائل الخاصة بالنفقة، يؤدي الى جهل القاضي بطبيعة الاشكال او القصور في تكييفه، فهو لا يلم بمضمون النزاع مما قد يؤثر سلبا في تحقيق العدالة الواقعية منها العدالة الظاهرية.

اهداف الدراسة

تحقيق التقارب والتوازن بين القانون والقيم الاجتماعية، من اجل تحقيق العدالة الواقعية، بمعنى الاهتمام بالقيم الإنسانية والأخلاقية والاجتماعية في وضع وسن القوانين، وهذا ما يفتقر اليه منهج الاسناد التقليدي، اذ تتسم الأنظمة القانونية عموما بالجمود والتجريد، وبالتالي تبتعد عن الواقع ولا تحقيق العدالة الواقعية المرجوة.

منهجية البحث: سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي فقد كان لهذا المنهج مساهمه بشكل فعال وواضح في الدراسة، في بيان المعالم الفكرية والتطبيقية للمنهج الغائي لغرض ايضاحها بالشكل المفروض من خلال الاستعانة بالمنهج التحليلي فيما يتم التطرق اليه من اراء فقهية او نصوص قانونية، وقد تم اعتماد المنهج الوصفي من اجل وصف حالات معينة او وصف ما تم طرحه من مواضيع تستحق الدراسة.

هيكلية الدراسة

اتبعت في الدراسة تقسيم البحث الى مبحثين وكل مبحث الى مطلبين وتتشكل المباحث الأساسية للدراسة من الاتي:

المبحث الأول: مفهوم المنهج الغائي في القانون الدولي الخاص

المطلب الأول: الغاية من المنهج الغائي

المطلب الثاني: معايير التميز بين المنهج الغائي وقواعد الاسناد

المبحث الثاني: حكم النفقة وفق منهج الاسناد الغائي

المطلب الأول: معيار المصلحة الفضلى للمنفق عليه

المطلب الثاني: تأثير المنهج الغائي في تحديد الاختصاص التشريعي لمنازعات النفقة

المبحث الأول

مفهوم المنهج الغائي في القانون الدولي الخاص

ان فكرة المنهج الغائي الأساسية هي تحقيق العدالة التي يهدف لها روح القانون، والغاية الحقيقية التي من اجلها شرع النص التشريعي، وان هذه المزايا ما تجعل المنهج الغائي له الفرصة الأكبر في كشف الحقيقة وتوجيه بوصلته نحو الحقيقة فيحقق اليقين القانوني، مما يبرز أهميته ودوره الفعال في توظيف اساسيات النص التشريعي بشكل ينسجم مع تطورات المجتمع والحياة العصرية الحديثة، ونحن في هذا المبحث سنتناول الغاية من المنهج الغائي وذلك في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني سنبحث معايير التميز بين المنهج الغائي وقواعد الاسناد التقليدية.

المطلب الأول

الغاية من المنهج الغائي

ان الغاية الرئيسية من القانون بشكل عام المحافظة على المصالح العامة، وهذا لا يقتصر على وجود تنظيم قانوني والخضوع له وإنزال العقوبات من اجل تعزيز فكرة هيمنة الدولة وسيطرتها على افرادها، وانما الغاية الرئيسية تكمن في زرع الأمان والطمأنينة في نفوس رعاياها، وان تتلاءم القاعدة القانونية مع التطورات التي تطرأ بشكل دائم على هذه المصالح التي تتصف بالتجدد والتغيير، ولهذا ظهرت فكرة الامن القانوني فهي في جوهرها صورة خاصة للمنهج الغائي، للعلاقات التي يتخللها عنصر أجنبي.[١]

لذا يمكن ان يعرف الامن القانوني (هو معرفة الافراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح اذ يمكنهم من خلال ذلك معرفة مالهم وما عليهم من واجبات وهو ما يتيح لهم التصرف باطمئنان استنادا اليها دون خوف او قلق من نتائج هذا التصرف المستقبل)[٢] ، وعرف كذاك (وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية بغض النظر عما اذا كان اشخاص قانونية خاصة ام عامة بحيث يستطيع الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتهم لأعمالهم دون ان يتعرضون لمفاجئات او اعمال لم تكن بالحسبان صادرة من احدى سلطات الدولة الثلاث من شأنها هدم ركن الاستقرار او زعزع روح الثقة بالدولة وقوانينها)[٣].

لكي يضمن المنهج الغائي فعاليته في تحقيق الامن القانوني، لابد من وجود مسوغ قانوني ومضلة قانونية ليحقق العدالة المرجوة، ففي حالة غياب القاعدة القانونية او عدم ملائمتا لظروف القضية، هنا يثار فكرة المنهج الغائي من اجل تحقيق الامن القانوني ويعطي الحق للقاضي للاجتهاد ضمن ضوابط ومحددات واضحة، ونعني بالاجتهاد القضائي (مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون او عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض). ان الغاية الرئيسية من اللجوء الى الاجتهاد هو ضمان تحقيق المنهج الغائي بشكل مضمون، فالمنهج الغائي والامن القانوني بينهما نقاط التقاء وتوافق اكثر من قواعد الاسناد التقليدية ، وذلك بسبب المرونة التي

(١) د. عبد المجيد غميجة، مبدأ القانوني وضرورة الامن القضائي، ٢٠٠٨، ص٧و٨.

(٢) د. يسرى العطار ، الحماية الدستورية للامن القانوني، بحث منشور في المجلة الدستورية ، جامعة القاهرة .كلية الحقوق، ذي العدد،(٣) ، ٢٠٠٣،ص٦١.

(٣) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط١ ، دار النهضة العربية ، مصر . القاهرة ،٢٠٠١، ص .٤٩

يتمتع بها القاضي في المنهج الغائي وعدم التزامه بالنص التشريعي بشكل تام.[١] ومن جانب اخر علاقة المنهج الغائي بقواعد العدالة؛ ان تحقيق العدالة هو الغاية المرجوة من النص التشريعي والقرار القاضي لذا تتجسد مهمة القاضي والمشرع بواجب تطبيقهما معا، ومن ابرز التطبيقات القضائية التي يتحقق فيها ضمان المنهج الغائي للقواعد العدالة، هو عندما صدر قانون هيئة نزع الملكية (رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤) حيث جاء مخالف لتوقعات الافراد حيث جاء بأبطال القيود العقارية بأثر رجعي لثلاثة وثلاثين عام ماضية من تاريخ اصدار القانون ، حيث ابطل تصرفات التي وقعت على العقارات المصادرة من سنة (١٩٦٨.٢٠٠٣) بموجب القانون، وارجاعها الى ملاكها الأصليين مع عدم التعريض، وقامت المحاكم بتطبيق القانون الا انه عاد بإضرار كبيرة على المالكيين الأجانب، لعدم حصولهم على التعويض العادل بسبب التطبيق الحرفي للقانون، وهذا ما عملت به محكمة التمييز العراقية، عند ما نظرت بحكم محكمة بداءة كربلاء في دعوة شخص اجنبي، حيث كان ضمن الفئة التي تم مصادرة عقاره الا انه لم ينال التعويض العادل بناء على هذا القانون، حيث اقام الأجنبي دعواه امام هيئة دعاوي الملكية وطالب باسترداد عقاره المصادر ، الا ان قرار هيئة الدعاوي جاء بالرفض لانعدام السند القانوني، ويعتبر هذا نتيجة حتمية للتطبيق الحرفي للنصوص القانونية، دون الولوج في الغاية الحقيقية والهدف الكامن وراء سنها، الا ان محكمة التمييز رأت ان قرارات المحكمة جاءت تخالف تطلعات الافراد المشروعة، ولا تراعي مبدأ قواعد العدالة و تخالف فكرة الامن القانوني، لذلك جاء قرارها (ان نزع ملكية العقار عن طريق المصادرة خلاف الإجراءات القانونية ومن دون بدل يعد عملا غير مشروع وتعدي على حق الملكية الخاصة للأشخاص، ويسأل عنه قانونا من ارتكبه ويلزم بالضمان عن الضرر الذي لحق المالك نتيجة التعمد والتعدي في احداثه، لذلك كان على المحكمة المضي في رؤية الدعوى واجراء الكشف الموقعي على العقار بصحبة خبراء مختصين، بتقييم العقار لتقدير التعويض عن قيمة العقار الذي يعد نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)[٢]، وهنا بدا واضحا الاجتهاد القضائي بوصفه احد أدوات المنهج الغائي، فالمشرع لم يوفق بتجسيد قواعد العدالة في بعض نصوص هذا القانون فكان القضاء له رأي اخر بإضفاء مبدأ العدالة على قرارته، وتحقيق الطمأنينة في نفوس الافراد الذي يسعى له الامن القانوني، فهو يستهدف حماية توقعات الافراد المشروعة لجميع الأشخاص بما فيهم هذا الشخص الأجنبي، الذي لم يحصل على حقه بسبب عدم شموله بإحكام القانون، وبذلك نصل الى نتيجة مفادها بان المنهج التقليدي غير صالح التطبيق بكل زمان وجميع الأفراد ، فهو قد لا يحقق العدالة والامن القانوني اذا تغيرت الظروف والاشخاص مادام العمل جارا على الالتزام الحرفي بالقوانين، وذلك يؤدي الى قلة الثقة بالقانون والقائمين عليه.

لذلك فان الامن القانوني والمنهج الغائي وقواعد العدالة جميعها تهدف الى حماية الافراد من التكلف والتعقيد للنص التشريعي، وتجنب الاثار غير الإيجابية، والحرص على مبدأ المساواة ووضوح القاعدة القانونية وسهولة تفسيرها،

(١) د. احمد حشيش ، نظرية وظيفية القضاء ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١٨٥.

(٢) وسام جعفر كاظم، تنازع القوانين في حكم الحضانة وفق المنهج الغائي في اطار العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠٢٤، ص٦٠.

والتغلب على الصعوبات من حيث صياغة النص القانوني بشكل جامد مما يؤدي الى عدم احتوائها جزئيات وتفاصيل المشاكل والعلاقات الحديثة والمتطورة بسبب جمود النص، وعدم قابليته لاستيعاب الفرضيات غير متناهية.

المطلب الثاني

التميز بين قواعد الاسناد التقليدية والمنهج الغائي

يعتبر منهج قواعد الاسناد من اكثر المناهج شيوعا بين فقهاء القانون الخاص، وهو الوسيلة التقليدية لحل تنازع القوانين في العلاقات التي يشوبها عنصر اجنبي، وقد عرفت قواعد الاسناد " تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني لاختيار اكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا اجنبيا، وأكثرها ايفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فهي تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وتهدف الى وضع اكثر الحلول المناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية" [١].

وتتمحور مهمة قواعد الاسناد بتعين القانون الواجب التطبيق الأنسب والاصلح في حالة تزاحم القوانين لأكثر من دولة، وفق متطلبات أسس العدالة وتحقيق الاستقرار والطمأنينة في المعاملات بين الافراد بغية حماية مركزهم القانوني[٢]، وبذلك اهم ما تمتاز به قواعد الاسناد عن القواعد القانونية لأخرى، بانها قواعد غير مباشرة من حيث مضمونها، ويقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق دون الولوج في مسألة حل العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وبما انها قاعدة غير مباشرة فهي لا تفرق بين القوانين المتنازعة، وبذلك لا تمنح افضلية لقانون دون اخر، مما قد يقود الى نتائج غير مرضية بسبب الطابع التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فتقتصر مهمته على تحديد القانون الذي يطبق على محل النزاع دون الاخذ بالنتائج التي تحققت نتيجة هذا التطبيق، وبهذا يكون منهج غير مرن وجامد يقتصر على تطبيق القانون او تركه ولا يخوض في حيثيات القانون، مما يؤدي الى جموده وعجزه عن تحقيق العدالة المادية بين اطراف النزاع، اذ ما قورن بالمنهج الغائي الذي يتصف بانه ذو طابع مرن، فقواعد الاسناد التقليدية تهدف الى تحديد القانون الواجب التطبيق، دون الانشغال بالنتائج التي ترتب على تطبيقه، بينما المنهج الغائي يتميز بالأسلوب المرن حيث يسمح للقاضي المختص بنظر القضية ان يراعي الظروف والجزئيات الخاصة بالقضية، وبالنظر بهذه المعطيات يحدد القانون الأكثر ملائمة لتطبيقه على القضية المعروضة.[٣]

وأيضا ما يتصف به المنهج الغائي اعتماده مبدأ التخصص في قواعد الاسناد، وبذلك له حق القيام بوظيفة أساسية وهي ملائمة قواعد الاسناد لمسائل قانونية تطرح في ميدان معين، وهي قد لا يمكن للقواعد المنهج التقليدي القيام بها.

---

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط١ ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣.

(٢) د. سامية راشد، قاعدة الاسناد امام القاضي الوطني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، في العدد الثاني، ص٤١٤.

(٣) وسام جعفر كاظم، مصدر سابق، ص١٠٨.

فمثلا؛ في حالة مسألة (الميراث) من المعروف وفق قواعد الاسناد التقليدية، ان الميراث يخضع الى قانون دولة المورث، وهنا يثار سؤال إذا كان أموال المورث ومحل اقامته في بلد اخر، فهل يتم ترجيح قانون الجنسية على قانون البلد الذي عاش ومات وتركة ثروته به؟ ان التمسك بحل واحد والإصرار عليه لا يحل المسألة، بينما في المنهج الغائي الوضع مختلف فسوف يأخذ من مصلحة الورثة معيار لتطبيق القانون الأكثر ملائمة حل هذه المسألة، والقيام بتجزئة كل مسألة على حد واسناد القواعد الأكثر ملائمة لها.

وايضا لقواعد الاسناد التقليدية اثار مزدوجة حيث قد تشير الى تطبيق القانون الوطني او قد تشير الى قانون اجنبي أخرى، لتطبيقه على العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي.[١] وان المنهج التقليدي في الاسناد يتصف بالازدواجية في الاسناد فهل (قانون القاضي) الذي ينظر في النزاع ام (قانون اجنبي)، الذي ينظر في النزاع الا ان هذا المسار المزدوج قد يصطدم بعقبة (النظام العام) للبلد الذي أشار القاضي لتطبيق قانونه، وبالنظر الى سلبيات منهج الاسناد التقليدي (الجامدة . الحيادية . الازدواجية) ولكنه مازال الى الان يعمل به في الأنظمة القانونية الوطنية في العراق، والا انه بدأ يفقد مكانته في العلاقات الخاصة الدولية، فمثلا القانون المدني الفرنسي اعطى الحق لطفل في المطالبة بالنفقة، ويكون مخيرا اما وفق قانون الدولة التي له فيها محل (محل الإقامة المعتاد) او لقانون (محل الإقامة المعتاد للمدين) وذلك وفق المادة (٣١١) في فقرتها (١٨)، فهذا التخيير جاءا منطلقا من حرص في حماية حقه في الانفاق عليه.

المبحث الثاني

حكم النفقة وفق منهج الاسناد الغائي

ان الدول تحتاج الى نفس متغير ومتجدد يتم من خلاله تطوير وتجديد أنظمتها التشريعية، حتى تستطيع مواكبة التطورات التي تطرأ على الحياة الواقعية، وان القوانين بشكل عام والقوانين الخاصة كقانون الدولي الخاص وضعت حلولها وفق منهج جامد ومقيد، الامر الذي يؤدي الى صعوبة حل جميع هذه المشاكل وفق ألية ثابتة، بسبب التغيرات والتطورات المستمرة يوم بعد يوم، وتداخل العلاقات على جميع الأصعدة وخصوصا الخاصة (الزواج المختلط)، مما يولد حقوق والتزامات بين الطرفين. ونحن في هذا المطلب سنسلط الضوء على اهم معيار في تحديد القانون الاصلح لحل العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وفي المطلب الثاني تأثير المنهج الغائي في تحديد الاختصاص التشريعي الخاص في النزاعات النفقة.

المطلب الأول

معيار المصلحة الفضلى للمنفق عليه

من المتعارف عليه ان العلاقات القانونية تنطوي على عناصر ثلاثة وهي الأشخاص والمحل والسبب، وتتباين وتختلف أهمية هذه العناصر من علاقة الى أخرى، وان من الأفضل والطبيعي ان يستمد ضابط الاسناد شرعيته في

(١) د. عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، ط١ ، دار وائل ، عمان ، ٢٠١١ ، ص٥٧.

نياط الى نظام قانوني معين من هذه العناصر، باعتبار ضابط الاسناد هو النقطة الأهم التي تحدد القانون الذي يجب تطبيقه على العلاقات القانونية الراهنة، وبسبب اعتبار الأشخاص وهم الطرف الأهم في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي، اعتبرت الجنسية او موطن الأشخاص ضابط الاسناد في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها النفقة،[١] الا انها وجهة له بعض الانتقادات للمناهج التي تسلم بان ضابط الاسناد ثابت (الجنسية والموطن)، لذلك توجهت الى ضهور منهج جديد (المنهج الغائي) بمثابة ثورة على كل ما ورد في المنهج التقليدي.

لذا فان الغاية الأساسية من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية في هذا المجال هو حماية مصلحة الطرف صاحب الحق في الحماية القانونية، ولذلك يحمل هذا المصطلح في طياته الكثير من المعاني والدلالات التي تشير الى مصلحة الطفل المنفق عليه او الزوجة، الا انه لا يوجد تعريف قانوني او في الاتفاقيات الدولية تشير له بشكل ثابت وواضح يبين معنى المصلحة الفضلى سواء للزوجة او الطفل، الا انه يوجد محاولات تحاول بيان معنى هذا المصطلح وفق الناحية القانونية، حيث أشار اليه بانه (اختيار افضل الحلول واصلح الوضعيات لتمتع الطفل بها).[٢] وعرفت المصلحة الفضلى أيضا (الأداة القانونية التي تسمح بتحقيق رفاه الطفل على المستوى البدني والنفسي والاجتماعي ويفرض الواجب على المؤسسات العامة والخاصة في تطبيق هذا المعيار وفي التحقق من اخذه بعين الاعتبار عند اخذ القرار في شأن الطفل، وانه يضمن ان تكون مصلحة الطفل على المدى القريب والبعيد، كما يجب ان تكون وحدة القياس عندما يكون هناك تنافس بين عدة مصالح)[٣].

ان الأساس الذي يستند عليه المنهج الغائي هو اختيار القانون الأنسب لتطبيقه، والأكثر ملائمة للحالة المعروضة، الا ان هذا الأساس يصطدم بعقبة معيار القانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية ومنها النفقة، المحدد بضوابط الاسناد الشائعة منها الجنسية والموطن،[٤] الا ان هذه الضوابط أصبحت لا تلائم العلاقات الدولية الخاصة التي أصبحت تفيض بالتنوع والتجدد مع اتساع وانتشار الانفتاح الدولي، بالرجوع للفقه القانوني نجد دائما ما يؤكد على ضرورة عدم فصل قواعد الاسناد عن المبادئ والاعتبارات الإنسانية، والغرض الرئيسي من سن القانون الا وهو حماية مصلحة الطرف الضعيف، وهذا النتيجة اقرب لتحقيقها من خلال المنهج الغائي ، فبالرجوع للمنهج الاسناد التقليدي نجد عجزها وعدم ملائمتها وضعف مسايرتها لتطورات القانون الدولي الخاص، وذلك يحتم ضرورة تطوير التشريعات الوطنية بما ينسجم مع العلاقات المتطورة بشكل واسع.

---

(١) د. كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة وخصائصها، بحث منشور في جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد (١٣) ، ٢٠٠٥، ص٢٤.

(٢) عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائرية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد . كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص٣٠.

(٣) د. منتصر سعيد حمودة، الحماية القانونية لمصالح الطفل في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠، ص٧١.

(٤) د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، مصر . الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٩٥.

لذلك سعت التشريعات الحديثة الى اعتماد ضوابط اسناد اكثر مرونة وتطور من اجل مسايرة تطورات العلاقات بين الافراد، وان المصلحة الفضلى للطفل المنفق عليه وان هذه القاعدة لا يعتبر تطبيقها جديد فقد تم الاخذ بها من قبل العديد من التشريعات، وهي التشريعات التي تأخذ بفكرة المنهج الغائي [١] ، الا ان هناك الكثير من التشريعات التي لازالت متمسك بقواعد الاسناد التقليدية، فمثلا المشرع المصري لازال متمسك بالجنسية كضابط ومعيار بالمسائل الخاصة بالأحوال الشخصية، ولم يأخذ بالمنهج الغائي كمعيار لحل العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي الخاص بمسائل الأحوال الشخصية، وبالرجوع للقانون المدني العراقي[٢] نجد انه مازال متمسكا بضوابط التقليدية بالإسناد، وهذا ما اشارت القانون المدني العراقي في المادة(١٩) رابعا (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الإباء والأولاد يسري عليها قانون الاب)، والذي اخذ بقانون جنسية الاب في حل المنازعات الخاصة بالأولاد والاباء، ان عدم اعتماد قاعدة المصلحة الفضلى لا يقلل من أهمية هذا المعيار، الا ان عدم اعتماده في التشريعات يفقده الغطاء القانوني الذي يحتاجه لتطبيقه، ولكن اعتماد قاعدة المصلحة الفضلى وهي من قواعد ذات التطبيق الضروري مأخوذ به دوليا في الاتفاقيات الدولية والعديد من التشريعات الوطنية كمعيار للمفاضلة والترجيح بين القوانين الواجبة التطبيق، وبهذا فأن باعتماده يساير متطلبات الاتجاهات الحديثة، واعتماد المنهج الغائي بصورة رسمية لحل منازعات القانون الدولي الخاص بالية متطورة.

لذا ندعو التشريعات الحديثة الى اعتماد ضوابط اسناد اكثر مرونة وتطور من اجل مسايرة تطورات العلاقات بين الافراد، وان المصلحة الفضلى للطفل المنفق عليه هي من القواعد ذات التطبيق الضروري، وان هذه لا يعتبر معيارا قائما بذاته وانما من القواعد ذات التطبيق الضروري التي تم الإشارة اليه من قبل العديد من الاتفاقيات ومنها اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٦.

المطلب الثاني

تأثير المنهج الغائي في تحديد الاختصاص التشريعي لمنازعات النفقة

ومثل ما هو معروف وبالتأكيد فان القواعد القانونية تخضع لتطبيق الزامي، وان مخالفتها تعرض المخالف للمسائلة القانونية، وكلما كانت القواعد القانونية نابعة من تشريع مرن ومواكب للتطورات القانونية كان تطبيقها اكثر مرونة وسهولة، خصوصا لو منح القاضي الحرية في بلوغ الغايات التي من اجلها سنت القاعدة القانونية وهي تحقيق العدالة الواقعية، وان بتحقيقها نضمن توافق النص مع الواقع الاجتماعي العام والظروف الخاصة للنزاع المعروض، بأنعدام هذا التوافق معناها ان النص جامد ولا يحمل المرونة المطلوبة لتحقيق غايات النص.[٣]ان التشريعات في التكيف القانوني للنفقة لم تكن على توجه واحد في بيان موقفها في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، لذلك هناك

(١) منها القانون الدولي الخاص البولندي النافذ، والقانون الدولي الخاص الكرواتي النافذ، حيث اخذ بالمنهج الغائي بشكل اصيل، وهناك بعض القوانين اخذت به بشكل كضابط اسناد احتياطي منها القانون الدولي الخاص التونسي.

(٢) نشر القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (١٧٦٦) الصادر في ١٩٦٩/٨/١٠

(٣) د. السيد عبد الحميدة فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، دار الفكر الجامعي، مصر . الإسكندرية، ص٩٥.

اتجاهين ، الاتجاه الأول اخضع النفقة الى ضابط اسناد خاصة، وهذا ما فعل المشرع العراقي في قانونه المدني النافذ في (المادة١٩ الفقرة ٤) حيث نصت (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الإباء والأولاد يسري عليها قانون دولة الاب)وبما ان النفقة احد واجبات الاب وبالمقابل فهو حقوق للطفل، وبذلك فان المشرع العراقي اعتمد قانون جنسية الاب في المنازعات الخاصة بالنفقة المشوبة بعنصر اجنبي، وبالرجوع للنفس المادة في فقرتها الثانية (يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال)، وهنا النفقة تعتبر من الاثار المالية التي يرتبها الزواج على الزوج ونفقة الاب للاطفال، وهي أيضا احد حقوق الزوجة في حال تم الانفصال بدون طلاق او في حال تم الطلاق فلها نفقة العدة، وهذا يعني تطبيق (قانون جنسية الزوج وقت الزواج)،[١] اما الاتجاه الثاني يرمي هذا الاتجاه الى عدم اعتماد ضابط اسناد خاص لنزاعات النفقة، حيث اوكل مهمة اختيار افضل وارجح الحلول الى القاضي او المحكم، وبذلك يفتح باب الاجتهاد من اجل الوصول الى ضابط الاسناد الذي يشير الى القانون الواجب التطبيق للعلاقة المشوبة بعنصر اجنبي، بعد ما بينا الاتجاهات الأكثر شيوعا في تحديد ضابط الاسناد بشأن القانون الواجب التطبيق الى أي مدى تتوافق مع المنهج الغائي ؟ ان اعتمادها على ضوابط ثابتة (الجنسية والموطن) وهذه ضوابط محددة وجامدة لا تتلائم مع ما يتطلع اليه المنهج الغائي المرن، فهي قد لا تتناسب مع الظروف والوقائع التي نشأ عليها النزاع، او قد لا تتناسب أصلا مع غاية قاعدة الاسناد، لذلك هذه الضوابط لا تتناسب مع المنهج الغائي بوصفه منهج مرن يرفض التحديد السابق والثابت لضوابط الاسناد، ويبحث عن افضل نتيجة يمكن الحصول اليها لحماية صاحب الحق فليس من الضروري كل حالة معروضة تقبل الضابط المحدد، بذلك عدم وجود قاسم مشترك بين ضوابط الاسناد التقليدية ورؤية المنهج الغائي في الاسناد، فالمنهج الغائي منهج مرن يمنح القاضي مقدار اكبر من حرية في البحث عن غاية الاسناد[٢].

ان المشرع العراقي جعل النفقة بين الزوجين اثر من اثار المالية للزواج، حيث ربط تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الزوجين بوقت محدد هو قانون الزوج وقت الزواج، وهذا لا يتناسب مع معيار المصلحة الفضلى والتي تهدف الى تكيف كل نزاع معروض على حدا حتى تتمكن من اختيار اكثر القوانين تناسبا، تحقيقا لمبدأ الامن القانوني الذي يحتاج الى أجواء قانونية سليمة، وهذا لا يتحقق اذ لم توجد قاعدة قانونية مستقرة، وان اكثر شيوعا بان قضايا النفقة لا تثار مالم يقع الطلاق فعلا، ومن ثم فأنه من غير المعقول ان يحدد القانون المحدد وقت انشاء العلاقة الزوجية ليحكم النفقة اذا انحلت الرابطة العقدية بين الزوجين، فالنفقة اثر من اثار انحلال العلاقة الزوجية بمعنى ان القانون المراد تطبيقه ليس المقصود به النفقة وانما العلاقة التي انحلت، وعلى ذلك يعد هذا الاتجاه غير ملائم لتطبيقه على مسائل النفقة، وفي نفس الوقت لا تلائم المنهج الغائي الذي يمتاز بترجيح مصلحة الطرف

(١)

(٢) د جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي ، مصدر سابق ،ص١١٧.

الأضعف في النزاع المعروض،[١] وهناك توجه اخر يرى بان القانون الذي يجب ان يطبق هو قانون الاصلح للطرف الأضعف بالعلاقة، اذا يراعي القاضي او المحكم هو انسب وافضل لحماية حقوق الطرف الضعيف، لان هذا التوجه يركز على ضابط اسناد ذو طابع مرن يتغير حسب المعايير والظروف والوقائع لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبهذا فنحن من خلال بحثنا لا نرجح طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق وفق ضوابط الاسناد التقليدية، وان إمكانية تحقيق العدالة المادية في هذا المنهج تكون اعلى، اذا بما قورنت بالمنهج التقليدي لان يسمح المنهج الغائي للقاضي بتوغل لتفاصيل و حيثيات موضوع النزاع قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، فالمنهج الغائي تكون فيه السلطة التقديرية للقاضي أوسع لكونه يعتمد على معايير مادية ومعنوية [٢].

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا سنتناول النتائج والتوصيات التي يوصلنا اليها وكالاتي:

النتائج

١. ان فكرة المنهج الغائي تقوم أساسا على تحقيق العدالة التي يجسدها روح القانون، والغاية الحقيقية التي من اجلها شرع النص التشريعي، وتعد هذه المزايا من ابرز العوامل التي تمنح المنهج الغائي فرصة اكبر في كشف الحقيقة، وتوجيه بوصلته نحو العدالة الواقعية مما يحقق اليقين القانوني.

٢. ان الأساس الذي يستند اليه المنهج الغائي يتمثل في اختيار القانون الأنسب والأكثر ملاءمة لتطبيقه، على الحالة المعروضة. الا ان هذا الأساس يصطدم بعقبة تتمثل في معيار القانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية، ومنها النفقة، والذي غالبا ما يحدد بضوابط الاسناد الشائعة مثل الجنسية والموطن. غيران هذه الضوابط لم تعد ملائمة للعلاقات الدولية الخاصة التي باتت تتصف بالتنوع والتجدد مع اتساع وانتشار الانفتاح الدولي.

٣. ان الوظيفة الأساسية للمنهج الغائي تتمثل في البحث عن العلة والسبب والاساس الذي أدى الى اصدار الحكم ، وتحليل النتيجة التي تم التوصل اليها، بما ينسجم مع تحقيق الغايات الواقعية للعدالة.

المقترحات

١. نوصي المشرع العراقي بإدراج فكرة المنهج الغائي ضمن التشريعات العراقية، مما يوفر الغطاء القانوني للقاضي للحكم وفق هذا المنهج من اجل الارتقاء بالمنظومة القانونية، وجعلها اكثر قدرة على مواكب التطورات العالمية، وما نتج عنها من علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

---

[١] د. حسام الدين فتحي ناصف، تأثير اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، مصر . القاهرة، ١٩٩٧، ص١٠ .

(٢) بتوجيه مختلف جاء المشرع التونسي في القانون الدولي الخاص النافذ حيث أشار في الفصل (٥١) منه، فيما يتعلق بالنفقة (تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن او قانون مقره او القانون الشخصي للمدين او قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن)، وبهذا التوجه نلاحظ وضوح المنهج الغائي من خلال مناط تطبيق القانون الأفضل بالقاضي دون تحديده بشكل ثابت من قبل المشرع.

٢. نوصي المشرع العراقي والسلطة القضائية بسن نص قانوني يجيز للمحاكم العراقية التنازل عن اختصاصها القضائي في القضايا النفقة، في حال كان الاختصاص المتنازل له اكثر ملاءمة للحالة المعروضة من القانون العراقي، بما يحقق مصلحة الأطراف والعدالة المرجوة عند الفصل في النزاع.

٣. نظرا لضبابية ألية العمل وفق قاعدة المصلحة الفضلى ذات التطبيق الضروري التي اشارت اليه الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٦، لذلك ندعو المشرع العراقي ان يسن المصلحة الفضلى كضابط اسناد او معيار عام لحل النزاعات الخاصة الدولية المتعلقة بمسألة النفقة.

مصادر

أولا : الكتب والمراجع القانونية

١. احمد حشيش ، نظرية وظيفية القضاء ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٢. سامية راشد، قاعدة الاسناد امام القاضي الوطني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، في العدد الثاني.

٣. عبد المجيد غميجة، مبدأ القانوني وضرورة الامن القضائي، ٢٠٠٨.

٤. هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط١ ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٥. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط١ ، دار النهضة العربية ، مصر . القاهرة ، ٢٠٠١.

٦. يسرى العطار ، الحماية الدستورية للامن القانوني، بحث منشور في المجلة الدستورية ، جامعة القاهرة . كلية الحقوق، ذي العدد،(٣) ، ٢٠٠٣.

٧. عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، ط١، دار وائل، عمان، ٢٠١١.

٨. منتصر سعيد حمودة، الحماية القانونية لمصالح الطفل في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠.

٩. د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، مصر . الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٠. السيد عبد الحميدة فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، مصر . الإسكندرية.

١١. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر ١٩٥٨.

١٢. حسام الدين فتحي ناصف، تأثير اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، مصر . القاهرة، ١٩٩٧.

الرسائل والاطاريح

١. وسام جعفر كاظم، تنازع القوانين في حكم الحضانة وفق المنهج الغائي في أطار العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلمين للراسات العليا، ٢٠٢٤.

البحوث القانونية

١. عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائرية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد . كلية الحقوق، ٢٠٠٩ .

٢. . كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة وخصائصها، بحث منشور في جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد (١٣) ، ٢٠٠٥.

القوانين

١. القانون المدني العراقي منشور القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (١٧٦٦) الصادر في ١٩٦٩/٨/١٠.