الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين وفقاً لأسلوب الإسناد المركب.

The difficulties that a judge encounters when resolving a conflict of laws problem according to the complex attribution method.

بحث مشترك مقدم من قبل

أ. م. د. ثامر داود عبود Thameer.dawod@uokerbala.edu.iq
الباحث علي أحمد جاسم إبراهيم المسعودي
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.

يعد موضوع الإسناد المركب في مجال تنازع القوانين، من الموضوعات الهامة في القانون الدولي الخاص والتي لاقت وجودها في نصوص هذا القانون، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، وهو يعد اسلوب من أساليب الإسناد يعتمده مشرع قاعدة الإسناد من خلال تضمينها ضابط مفرد يشير إلى قانونين في ذات الوقت تطبق إما بشكل جامع أو موزع، أو من خلال تضمينها ضوابط إسناد متعددة تشير إلى أكثر من قانون تطبق إما على سبيل التخيير أو التدرج.

ولما كانت قواعد الإسناد التي تعتمد هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، تتصف بطابع شكلي وموضوعي مختلف عن قواعد الإسناد التقليدية، كان من شأن ذلك أثارة عديد الصعوبات التي تواجه القاضي وهو بصدد إعمال القوانين التي تشير إليها والتي تختلف عن الصعوبات التي تثيرها قواعد الإسناد التقليدية.

الكلمات المفتاحية: الإسناد المركب، تنازع القوانين، قاعدة الإسناد، الصعوبات.

Abstract.

The subject of complex attribution in the field of conflict of laws is one of the important topics in private international law and has found its presence in the texts of this law, in the explanations of jurists, and in judicial rulings. It is considered a method of attribution adopted by the legislator of the rule of attribution by including a single control that refers to two laws in At the same time, it is applied either comprehensively or distributedly, or by including multiple attribution controls that refer to more than one law that is applied either optionally or gradually.

Since the attribution rules that adopt this method of attribution are characterized by a formal and objective nature different from the traditional attribution rules, this raises many difficulties facing the judge when he is in the process of implementing the laws to which they refer, which differ from the difficulties raised by the traditional attribution rules.

Keywords: complex attribution, conflict of laws, attribution rule, difficulties.

المقدمة.

نحمدك اللهم على ما أنعمت وأوليت، ونصلي ونسلم على النبي الأمي المبعوث رحمة للعالمين وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين.

أولاً/ التعريف بموضوع البحث.

عندما تعرض على القاضي دعوى تتعلق بعملية تنازع تم إرسائها وفقاً للإسناد المركب في قاعدة الإسناد الوطنية، تواجه القاضي خلال مرحلة تعيين القانون الواجب التطبيق الذي تشير إليه هذه القواعد على المسألة محل التنازع إشكاليات أو صعوبات عديدة، وهذه الصعوبات تتنوع وتختلف باختلاف نوع الإسناد المركب الذي تشتمل عليه قاعدة الإسناد، ففي الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته الإسناد الموزع والإسناد الجامع، تواجه القاضي صعوبات تتعلق بتحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هذا الضابط، كما قد تواجهه صعوبات في حالة تعدد هذا الضابط أو انعدامه أو تغييره، أما في الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يشمل الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، فإن الصعوبات التي تواجه القاضي تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة، و بماهية الجهة التي لها مكنة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة.

ثانياً/ أهمية البحث.

إن أهمية موضوع البحث تكمن في إنه يسلط الضوء على أهم الصعوبات التي قد تعترض القاضي عند إعمال الإسناد المركب المعتمد في قاعدة الإسناد الوطنية، وكذلك الوقوف على أهم الحلول التي تعرض أمام القاضي من أجل حل هذه الصعوبات التي تواجهه في مرحلة تعين القانون الواجب التطبيق.

ثالثاً/ مشكلة البحث.

للإسناد المركب دور كبير في عملية تنازع القوانين، من خلال الحلول التي يقدمها للقاضي المعروض أمامه النزاع، ورغم هذا الدور نجد إنه لم يدرس بشكلٍ وافٍ، وعندما يتم التطرق إليه فيكون ذلك ضمن الإطار العام فقط، لذلك يمكن صياغة إشكالية البحث من خلال طرح التساؤلات الآتية: ما المقصود بالإسناد المركب وماهي صوره؟، وما هي أهم الصعوبات أو الإشكاليات التي تواجه القاضي عند إعمال هذا الأسلوب من أساليب الإسناد وما هي أهم الحلول المقترحة لحل هذه الإشكاليات؟، وهل تقتصر هذه الإشكاليات أو الصعوبات على الإسناد المركب أم إنها صعوبات تتعدى الإسناد المركب ويمكن أن تثيرها أيضاً قواعد الإسناد البسيطة؟، كل ذلك سوف نتطرق له في هذا البحث.

رابعاً/ منهجية البحث.

أعتمد الباحث أصول البحث العلمي القانوني المقارن، إذ بين موقف القانون العراقي في الموضوع، مقارناً موقفه في أغلب الأحيان مع موقف القانون المصري والفرنسي، هذا وقد أعتمد الباحث المنهج الوصفي من خلال بيان موقف الفقه في البحث، مبيناً مسائل الاتفاق و مسائل الاختلاف، مرجحاً بين هذه الآراء عند الاختلاف مع بيان الدليل الذي دفع إلى هذا الرأي دون غيره من الآراء مع بيان حجة الاعتراض، أو مقترحاً رأياً آخر مع بيان السند القانوني لهذا الرأي المقترح.

خامساً/ خطة البحث.

سوف نتناول موضوع البحث بتقسيمه على مبحثين، مع مقدمة وخاتمة، سنتطرق في

المبحث الأول: ماهية الإسناد المركب

المبحث الثاني: الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب

المبحث الأول/ ماهية الإسناد المركب[1]

إن الإحاطة بأي موضوع لا تكتمل إلا من خلال بيان الإطار العام الذي يؤطره والحدود التي ليس له أن يتجاوزها. ومن هذا المنطلق، فإن دراسة موضوع الإسناد المركب وما يعنيه ذلك من ضرورة تحديد التعريف وبيان الصور المختلفة له، الأمر الذي يوجب أن تدرس هذه الأمور ضمن إطار عام يحكمها.

فالتشريعات قد أوردت عدة تطبيقات للإسناد المركب، وفي مجالات مختلفة من تنازع القوانين، كما إن الشراح قد ذهبوا إلى أكثر من مذهب في معرض أشارتهم أو تحديدهم لموضوع الإسناد المركب من جهة

تعريفه ومن جهة تحديد صوره، فقد اختلفوا في إيجاد تعريف جامع مانع له، كما أنهم قد اختلفوا في تحديد نطاق ما يندرج تحت الإسناد المركب من صور. لذلك فإن البحث في ماهية الإسناد المركب يتم من خلال تحديد ما يتقوم به وما يقوم به ذلك الأسلوب من أساليب الإسناد، فهو الطريق الموصل إلى معرفته وتوضيح المقصود به وبيان صوره، عليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعريف بالإسناد المركب، وفي المطلب الثاني نبين صور الإسناد المركب.

المطلب الأول/ التعريف بالإسناد المركب.

لغرض الإحاطة بالإسناد المركب والوصول إلى تعريف جامع مانع له فإن ذلك يقتضي التعرض إلى تعريفه في اللغة، ثم بعد ذلك نعرض لتعريفه في الاصطلاح، عليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول التعريف اللغوي للإسناد المركب، ونبين في الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي للإسناد المركب :

الفرع الأول/ التعريف اللغوي للإسناد المركب.

لما كان الإسناد المركب مكون من كلمتين أو لفظتين هما (إسناد- مركب)، فإنه يتحتم علينا البحث في معنى هاتين الكلمتين وفق المعنى الذي أطلق عليه في اللغة.

الإسناد في اللغة: من أسند إسناداً أسنده إلى الشيء أي جعله يعتمد عليه، والإسناد هو اسم وجمع إسناد (أسانيدُ)، ومصدره (أسنَدَ)، والإسناد في الحديث رفعه إلى قائله، وسند فلان أي معتمد، وسند الشيء من باب دخل وأستند إليه بمعنى اعتمد وأسند غيره[2].

ويراد بالإسناد على انضمام الشيء إلى الشيء[3]، أي إسناد كلمة إلى كلمة أخرى على وجه يفيد المعنى تماماً وسَنَد يَسنُدُ سنَداً ما يستند إليه الشيء[4].

ويقال إن فلان سند أي معتمد وسندت إلى الشيء أسند سنوداً وكل شيء أسندت إليه شيء فهو مستند ويقال في الكلام سند ومسند كقولك عبد الله رجل صالح فعبد الله سند ورجل صالح مسند إليه[5].

نستنتج من جميع ما تقدم، إن الإسناد من الناحية اللغوية يراد به الاستناد على الشيء أو التأسيس عليه والاعتماد عليه.

أما المُرَكَّب في اللغة فهو الأصل والمنبت، يقال هو كريم المُرَكَّب، أي كريم أصل منصبة في قومه[6].

الفرع الثاني/ التعريف الاصطلاحي للإسناد المركب.

يعد الإسناد المركب في القانون الدولي الخاص من الموضوعات الهامة التي لاقت وجودها في نصوص هذا القانون، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، لذلك سوف نبين تعريف الإسناد المركب من الناحية التشريعية، وكذلك الفقهية والقضائية، من خلال الفقرات الآتية:

أولاً- التعريف التشريعي: على مستوى التشريعات نجد إن المشرع العراقي والمشرعين في القوانين المقارنة(مصر- فرنسا)، لم يوردوا تعريفاً للإسناد المركب، غير أننا نلاحظ إن القانون العراقي والقوانين محل المقارنة قد أوردت تطبيقات متعددة للإسناد المركب، وهذه التطبيقات قد جاءت متناثرة في موادٍ قانونيةٍ تكون بطبيعتها مختلفة الموضوع والمضمون، من ذلك ما نصت عليه المادة (1/19)، من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 النافذ والمعدل، والتي جاء في شقها الأول (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين). بناءً على ذلك إذا عرض على القاضي العراقي نزاع وتعلق بالشروط الموضوعية للزواج فما على القاضي العراقي إلا أن يلجأ إلى إعمال الإسناد المركب وذلك بتطبيق قانون جنسية الزوجين ليتبين ما إذا كانت الشروط المقررة فيهما مستوفاة أم لا[7]، ويقابل نص المادة(1/19)، من القانون المدني العراقي، نص المادة(12)، من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948م النافذ والمعدل، والتي جاء فيها(يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين). فهذا النص يشير إلى ضابط وحيد للإسناد وهو ضابط الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين، إلا إنه في ذات الوقت ضابط مركب من حيث إن إعمال هذا الضابط يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين في حالة اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة[8].

كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب ما نص عليه الشق الثاني من المادة (1/19) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951م النافذ والمعدل، والتي جاء فيها (أما من حيث الشكل فيعتبر

صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فهذا النص يشترط لصحة الزواج من حيث الشكل أن تراعى فيه الاشكال المقررة في قانون البلد الذي عقد أو إبرم فيه الزواج أو أن تراعى فيه الأشكال المقررة في قانون جنسية كل من الزوجين في حالة اختلاف جنسيتهما، فزواج فرنسيين في تركيا المُوثق أمام القنصل الفرنسي في أنقرة وفقاً للقانون الفرنسي يعتبر صحيحاً بمراعاة الشكل المنصوص عليه في قانون جنسيتهما، ويعتبر كذلك صحيحا لو تم وفقاً للشكل المطلوب في القانون التركي لتنظيمه حسب قانون بلد الإبرام، كذلك لو كان أحد الزوجين عراقي الجنسية فيُعمل بنفس القاعدة والتي تكتفي بتوفر شروط قانون البلد الذي تم فيه العقد أو بتوفر الشروط المدرجة في قانون كل من الزوجين[9].

أما في القانون المصري فلا يوجد نص خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج بل إن المشرع المصري أخضع الزواج من حيث الشكل إلى القاعدة العامة الواردة في المادة (20) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948م، والتي تبنى فيها المشرع المصري أسلوب الإسناد المركب من النوع التخييري، والتي جاء فيها(العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

فبموجب هذا النص فإن الزواج يكون صحيحا من حيث الشكل إذا تم إبرامه وفقاً لقانون بلد الإبرام، كما يعتبر صحيحاً إذا تم مراعاة الشكل المنصوص عليه في القانون الذي يحكم الموضوع، كما يعتبر صحيحاً إذا تم إتباع الشكل المنصوص عليه في قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة[10].

أما من تطبيقات الإسناد المركب التي وردت في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، ما جاء في المادة(16/311)، والتي أشارت إلى إن الزواج يستتبع شرعية البنوة إذا كان ذلك مقبولاً أما في القانون الذي يحكم آثار الزواج، أو القانون الشخصي لأحد الزوجين، أو القانون الشخصي للولد[11]، كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب في القانون الفرنسي ما جاء في المادة(18/311)، من القانون المدني والتي تتعلق بدعاوي نفقة الصغار حيث أعطى هذا النص للطفل (من ينوب عنه قانونا)، حرية بين تطبيق قانون الإقامة العادية للطفل أو تطبيق قانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة[12].

كما إن هناك تطبيقات للإسناد المركب وردت في قوانين أخرى غير القانون المدني من ذلك ما نصت عليه الفقرة(2) من المادة (48) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984م النافذ، والتي جاء فيها(2- يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته. فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق 3- إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)، فالمشرع التجاري العراقي وضع قاعدة أساسية يجب الاهتداء بها من أجل تحديد أهلية الأجنبي للالتزام بموجب الحوالة التجارية أو التعامل بالأوراق التجارية، إذ اعتمد المشرع العراقي الإسناد المركب من النوع الاحتياطي حيث تضمن ضابط إسناد أصلي وهو قانون جنسية الملتزم بموجب الحوالة، وضابط إسناد احتياطي يتمثل بقانون محل وضع التوقيع على الحوالة[13]، ويقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (388) والتي جاء فيها(١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، 2 -وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)[14]، ففي هذا النص نجد إن المشرع المصري قد أعتمد أسلوب الإسناد المركب الاحتياطي كما هو حال المشرع العراقي.

كذلك من التطبيقات الأخرى للإسناد المركب نص المادة(13/ 1) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م النافذ، والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات والتي جاء فيها(يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)[15].

يتضح من هذا النص إن المشرع العراقي قد جعل من محل إبرام التصرف هو ضابط الإسناد الأصلي، وجعل قانون القاضي هو الواجب التطبيق على سبيل الاحتياط وذلك عندما يكون دليل الإثبات في قانون القاضي أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي الواجب التطبيق رغبة من المشرع في التيسير على المتقاضين.

استناداً إلى ما سبق، يتضح لنا إن القانون العراقي والقوانين محل المقارنة لم تورد تعريفاً صريحاً للإسناد المركب ويعزى ذلك حقيقة إلى أمور ثلاث هي:

1- إن مهمة وضع تعريفات للمصطلحات القانونية ليست في الأصل من مهمة المشرع بل هي من عمل الفقه[16].

2- إن إيراد المشرع للتعريفات يؤدي إلى جمود هذا التعريف ولا يمكن تطبيقه على الحالات التي تستجد في المستقبل[17].

3- إن تطبيقات الإسناد المركب متعددة ومختلفة ومتناثرة في أكثر من قانون وهذا التعدد والتناثر يجعل من الصعب على المشرع أن يجمع هذه النصوص تحت جامع واحد.

ثانياً- التعريف الفقهي: إن وضع تعريف للمصطلحات القانونية تعتبر من مهمات الفقه غير أننا نجد إن الفقه القانوني قد أنقسم فيما يتعلق بتعريف الإسناد المركب إلى فريقين:

الفريق الأول، ويمثله غالبية الفقه القانوني[18]، فهذا الفريق لم يورد تعريفاً للإسناد المركب، وجاء موقف أصحابه مطابقاً لموقف المشرعين في القوانين المقارنة(العراقي- المصري – الفرنسي) في عدم إيراد تعريف، إذ أكتفى أصحاب هذا الاتجاه بالنص على تطبيقات الإسناد المركب وبيان صوره، حيث ذكروا إن الإسناد المركب يكون على عدة صور، فهو أما أن يكون إسناداً موزعاً كما هو الحال في قاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والتي توجب تطبيق قانون كل من الزوجين، وأما أن يكون إسناداً تخييرياً، كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية للزواج، وأما أن يكون إسناداً احتياطيا كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم العقود، إذ إنها تتضمن ضابط إسناد أصلي إذا لم يتحقق يتم الالتجاء إلى الضوابط الأخرى الاحتياطية الواردة في ذات قاعدة الإسناد.

أما الفريق الثاني من الفقه[19]، قد ذهب إلى وضع تعريفات عدة للإسناد المركب، فقد عرف الإسناد المركب بأنه ذلك الأسلوب الذي يلجأ فيه المشرع إلى تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط للإسناد فتتعدد القوانين التي تحكم العلاقة القانونية المعروضة[20].

يؤخذ على هذا التعريف إنه أشار إلى إن الإسناد لا يكون مركباً إلاّ إذا تضمن أكثر من ضابط غير إن ذلك لا يعد قاعدة ثابتة؛ لأن بعض تطبيقات الإسناد المركب يكون فيها ضابط الإسناد وحيداً لكنه يشير إلى تطبيق قانونين كما هو الحال بقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج[21].

كما عُرف الإسناد المركب، بأنه الشكل الذي يضَمن فيه المشرع قاعدة الإسناد أكثر من ضابط بغية التسهيل على المتعاملين وإعطائهم فرصة اختيار القانون الملائم على العلاقة المطروحة، ويكون تطبيق هذه القوانين تطبيقاً اختيارياً ليس فيه الزام[22].

عند التمعن في هذا التعريف، نلاحظ إنه لا يخلو من القصور فهو يقتصر على صورتي الإسناد التخييري والاحتياطي، ولا يشمل صورتي الإسناد الموزع و الجامع، هذا من جانب، من جانب آخر إن النتيجة التي أنتهى إليها التعريف من حيث إن القوانين التي تشير إليها ضوابط الإسناد المركبة تطبيقها اختياري لا الزام فيها لا تصدق إلاّ على بعض صور الإسناد المركب خصوصاً الإسناد التخييري والاحتياطي ولا تشمل صورتي الإسناد الموزع والجامع.

ومن الفقه[23]، من أطلق على الإسناد المركب قاعدة الإسناد المركبة وعرفها بأنها تلك القاعدة التي قد تشتمل على ضابط وحيد للإسناد يشير إلى أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسألة أو على كل طرف من أطراف العلاقة قانون منها، أو قد تشتمل على عدة ضوابط يضعها المشرع لهدف أو أهداف معينة يريد تحقيقها من وراء القاعدة أو من وراء تعددية ضوابطها.

هذا التعريف جعل الإسناد المركب يتعلق بذات قاعدة الإسناد وهذا غير صحيح، لأن الإسناد المركب أسلوب من أساليب الإسناد يتعلق بضابط الإسناد والذي يعد عنصر من عناصر ركن الفرض في قاعدة

الإسناد.وهناك من عرف الإسناد المركب بأنه ذلك الأسلوب الذي قد تشتمل فيه قاعدة الإسناد ضابط وحيد يشير إلى تطبيق قانونين، أو قد تشتمل فيه على أكثر من ضابط الأمر الذي يعني وجود أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على العلاقة المطروحة[24]. هذا التعريف يعد أفضل من التعريفات السابقة للإسناد المركب، فهو تعريف شامل لجميع صور الإسناد المركب، لكنه لا يعد تعريفاً جامعاً مانعاً، فهو لم يبين طبيعة تطبيق القوانين التي أشارت إليها هذه الضوابط، هل تطبيقها اختياري أم الزامي؟، لذلك يجب علينا وضع تعريف للإسناد المركب عسى أن يكون جامعا مانعاً وذلك بعد بحث التعريف القضائي للإسناد المركب.

ثالثاً- التعريف القضائي: من المعلوم إن وظيفة القضاء هي الفصل في النزاعات القانونية، فالقضاء في الغالب لا يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية، وذلك استناداً لوظيفته، ونتيجة لذلك فإن أحكام القضاء لم تتضمن تعريفاً للإسناد المركب، بل أقتصر دور القضاء على تطبيق القوانين التي أشارت إليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق(... وحيث إن المتعاقدين قد اتفقا بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق القانون النرويجي أو القانون السويدي فكان على المحكمة تطبيق أحد القانونيين المذكورين تبعاً لجنسية الناقل واستناداً إلى المادة (25) من القانون المدني)[25]، وجاء في حكم آخر لمحكمة تمييز العراق(.... بأن القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملاً بالمادة(25) من القانون المدني، فقد ظهر من ظروف الدعوى إن الطرفين ارتضيا تطبيق القانون العراقي)[26]، وجاء في حكم حديث نسبياً لمحكمة التميز الاتحادية (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه صحيح وموافق للقانون وجاء إتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 79/الهيئة الموسعة المدنية/2016 في 2016/5/16 ذلك إن الثابت بأن القانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو قانون الموجبات والعقود اللبناني وإنه يتوجب على المدعي عملاً بالفقرة (13) من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين (العقد المؤرخ في 2010/1/23) أن يطلب إلغاء العقد مع التعويض عملاً بأحكام المادة (241) من القانون المشار إليه وإن نص المادة يقابله في القانون العراقي نص المادة (177) من القانون المدني وحيث إن القانون اللبناني هو القانون الواجب التطبيق وإن الطرفين تصادقا على سريانه على موضوع النزاع وحيث إن المدعي لم يطلب إلغاء العقد مما تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالأكثرية في 28/صفر/1438هـ الموافق 2016/11/28م.)[27] كما أصدرت محكمة تمييز العراق قراراً بموجب قضية تتلخص وقائعها حول عقد أبرم في سوريا بين سائق عراقي مع عامل لصيانة السيارات سوري الجنسية، لغرض قيام عامل الصيانة السوري بإصلاح السيارة العائدة إلى السائق العراقي ولقاء مبلغ من المال، حيث أمتنع السائق العراقي عن دفع أجور الصيانة التي بذمته، الأمر الذي دفع العامل السوري برفع دعوى ضده أمام محكمة تلعفر مطالباً فيها الحكم له بالمبلغ المستحق له في ذمة السائق العراقي، إلا إن محكمة التمييز قررت نقض الحكم، وجاء في حيثيات الحكم (لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم إبرامه في سوريا بين عراقي وسوري، فتسري والحالة هذه أحكام القانون السوري، بوصفه قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها تطبيقاً لنص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي)[28].

يظهر من الإحكام المتقدم ذكرها والصادرة من محكمة تمييز العراق أو محكمة التمييز الاتحادية[29]، إن المحكمة قد طبقت الإسناد المركب من النوع الاحتياطي من خلال تطبيق القوانين التي تضمنتها الضوابط الأصلية حيث اتجهت إلى تطبيق القانون المختار من قبل الطرفين طالما وجد أتفاق صريح على تطبيقه وتطبيق قانون الإرادة الضمنية والذي يظهر من ظروف الدعوى في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين أطراف العقد على تطبيق قانون معين، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني على القانون المختار تطبق المحكمة الضوابط الاحتياطية، مستندة في ذلك لنص المادة(1/25)، من القانون المدني العراقي والتي تضمنت ضابطين أصليين هما ضابطي الإرادة الصريحة والضمنية، وعند عدم تحققهما يتم الالتجاء إلى الضوابط الاحتياطية وهما ضابطي الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد[30].

أما على صعيد القضاء المقارن، فقد قضت محكمة النقض المصرية (متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى إن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفه الطاعنة تم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن، أعمل ما تم أتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحراً الصادر بإنجلترا في سنه 1924 والقواعد الملحقة به، وكانت المادة (4)، من تلك القواعد تقضي بعدم مسؤولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن إعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشد ومستخدمي الناقل في الملاحة أو في إدارة السفينة وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتي الإيجار و سند الشحن من إنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان سائغا وله أصله الثابت في الأوراق و يكفي لحمل قضائه، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائي -الذي لغته- والرد عليها ويكون النعي بما ورد في هذا السبب على غير أساس)[31].

يتضح من هذا الحكم إن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى إعمال الإسناد المركب الوارد في المادة (19) من القانون المدني، حيث قررت إنه في حالة عدم وجود أتفاق صريح بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد، فيتم تطبيق القانون الذي يتبين من الظروف اتجاه قصد المتعاقدين إلى تطبيقه وهو ما يسمى قانون الإرادة الضمنية، والذي يبحث عنه القاضي ويدخل في سلطته التقديرية.

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن(للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي أو طبقا لقانون محل الإبرام)[32].

يتضح من الحكم المتقدم إن محكمه النقض المصرية قد ذهبت إلى إخضاع الزواج من حيث الشكل إلى أكثر من قانون وإن للزوجين إبرام زواجهما وفقاً لأي من هذه القوانين تطبيقاً للإسناد المركب الوارد في المادة (20) من القانون المدني.

اما على صعيد القضاء الفرنسي فنجد إن هذا القضاء قام بإعمال الإسناد المركب الاحتياطي من حيث تطبيق القوانين التي تتضمنها الضوابط الأصلية عند تحقق شروط إعمالها، وفي حالة تخلف هذه الشروط يصار إلى إعمال الضوابط الاحتياطية، حيث قضت محكمة باريس في حكم لها بإخضاع عقد عمل إلى قانون الجنسية المشتركة، موضحة إن آثار العقد تكون محكومة بالقانون الذي يتفق عليه الأطراف و طالما سكت الأطراف عن تحديد ذلك القانون فيتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة[33].

هكذا يتبين من خلال ما سبق، إن القضاء لم يعرف الإسناد المركب صراحة، ولكن طبق القوانين التي أشارت اليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، وهذا ما أتضح لنا جلياً من خلال الأحكام القضائية التي عرضنا لها.

انطلاقاً مما سلف، إنه بعد بيان تعريف الإسناد المركب في نطاق اللغة، وكذلك بيان المقصود به اصطلاحاً من أوجه عديدة، إذ بينا المقصود بالإسناد المركب من الناحية التشريعية و تبين لنا إن المشرع لم يورد تعريفاً له وهذا لا يعد عيبا تشريعياً كما بينا ذلك سابقاً، كما إن الفقه القانوني هو الآخر لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً للإسناد المركب، كذلك ألقينا الضوء على موقف القضاء من تعريفه للإسناد المركب، وهو الآخر لم يبين المقصود به لكن هذا لا يمنع الباحث من إيراد تعريف للإسناد المركب الذي يمكن تعريفه بانه(هو أحد أساليب الإسناد الذي يتم من خلال تضمين قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً يشير إلى تطبيق قانونين إما تطبيقاً موزعاً أو جامعاً، او من خلال تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط تشير إلى أكثر من قانون تطبق إما على سبيل التخيير أو على سبيل التدرج لحكمة يبتغيها المشرع من وراء ذلك).

المطلب الثاني/ صور الإسناد المركب.

مما لا شك فيه، إن أسلوب صياغة قاعدة الإسناد يعكس المصالح الوطنية التي يبتغي المشرع تحقيقها على النحو الذي يتصوره محققا للعدالة[34]، ومن ثم فقد يستخدم المشرع الإسناد المركب والذي من خلاله يضمن قاعده الإسناد ضابط إسناد واحد أو أكثر رغبه منه في التسهيل على المتعاملين وإعطائهم فرصة اختيار القانون الملائم التي تشير هذه الضوابط باختصاصها للعلاقة المعروضة ويأخذ الإسناد المركب عدة صور[35].

وجدير بالذكر، إن الفقه القانوني قد اختلف في بيان صور الإسناد المركب حيث أنقسم إلى اتجاهات ثلاث، ضيق و وسط و واسع.
وفقاً للاتجاه الفقهي الضيق[36] ، إن للإسناد المركب صورتين ،هما الإسناد الموزع والإسناد التخييري، أما الاتجاه الموسع[37]، فقد ذهب إلى إن الإسناد المركب يكون على أربع صور هي الإسناد الموزع والجامع، والإسناد التخييري والاحتياطي، وهناك اتجاه ثالث وسط بين الاتجاهين[38]، حيث ذهب إلى إن الإسناد المركب يكون على صور ثلاث، الإسناد المركب الموزع ، الجامع، والتخييري.
هكذا يتبين من خلال ما سبق، إن الإسناد المركب يضم صوراً مختلفة ومتعددة، وجرياً على ما ذهب إليه الاتجاه الواسع سوف نعرض للصور الأربع للإسناد المركب، الموزع، الجامع، التخييري والاحتياطي، وهذا ما سوف نأتي على بيانه وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول الإسناد المركب ذو الضابط المفرد ويشمل صورتي الإسناد الموزع والجامع، ونبين في الفرع الثاني الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة ويشمل الإسناد التخييري والاحتياطي .

الفرع الأول/ الإسناد المركب ذو الضابط المفرد.

يندرج تحت الإسناد المركب ذو الضابط المفرد صورتين من صور الإسناد المركب، هما الإسناد المركب الموزع والإسناد المركب الجامع، ولبيان هاتين الصورتين سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى فقرتين:

اولاً: الإسناد الموزع

هذه الصورة من صور الإسناد المركب تتحقق حينما تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسالة أو يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانوناً على حدة[39].
وفي واقع الأمر، إن ضابط الإسناد الوحيد والذي يشير إلى اختصاص أكثر من قانون قد يكون ضابط الجنسية أو الموطن[40]، وتختلف تشريعات الدول في الأخذ بأحد هذين الضابطين بحسب ما إذا كانت الدولة مصدرة أو مستوردة للسكان، فالدول المصدرة للسكان التي تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية، ذلك إن استمرار رعايا الدولة في الخضوع لقانونها بالرغم من وجودهم خارج إقليم هذه الدولة يبقي على الرابطة الروحية التي تربط الأفراد المستقرين في الخارج بدولتهم الأصلية[41]، وعلى العكس من ذلك، فإن الدول المستوردة للسكان و التي تكثر هجرة الأجانب إلى إقليمها تأخذ عادة بضابط الموطن، فالأخذ بهذا الضابط يؤدي إلى إخضاع الأجانب المتوطنين في إقليم الدولة إلى القانون الوطني، وفي ذلك ما يساعد على اندماج هَؤُلاَءِ الأجانب في مجتمع الدولة، أما ضابط الجنسية فإن الأخذ به في الدول المستوردة للسكان قد يحد من مجال تطبيق القانون الوطني داخل إقليم الدولة بشكل غير مقبول، نظراً لأنه سيؤدي إلى إخضاع كافة الأجانب المستقرين فيها لقوانين الدول الاجنبية التي ينتمون إليها بجنسياتهم[42].
ويلاحظ إن، صورة الإسناد الموزع نجدها في مجال الأحوال الشخصية و في مسألة الزواج على وجه الخصوص، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة(1/19) من القانون المدني العراقي، والتي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين للتأكد من توافر الشروط الموضوعية للزواج و ذلك لهدف يبتغيه المشرع وهو الوصول إلى نتيجة تتمثل في إبرام عقد الزواج الصحيح والتقليل من حالات بطلانه تشجيعاً لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود[43]، وفي نفس الصدد، نجد إن المثال البارز لهذه الصورة من صور الإسناد المركب في القانون المصري ما نصت عليه المادة (12) من القانون المدني، والتي جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)، مقتضى هذا النص إنه في حالة اختلاف جنسية الطرفين أن يطبق على الرجل قانون دولته للتأكد من توفر كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة إبرام الزواج كما يطبق على المرأة قانون دولتها لنفس الغرض[44].
وقد يكون السبب في ترجيح المشرع في العراق ومصر والدول الإسلامية لضابط الجنسية على ضابط الموطن، إلى إن الإسناد الداخلي في مسائل الزواج هو إسناد ديني يقوم على تعدد نظم الزواج، بينما قد لا يكون للدين من أثر في القوانين الشخصية للأجانب المتوطنين[45].

أما في فرنسا، فلا توجد تطبيقات تشريعية للإسناد الموزع في القانون الفرنسي، بل إن القضاء الفرنسي طبق هذه الصورة من صور الإسناد المركب على الشروط الموضوعية للزواج، وهذه الشروط تتمثل في البلوغ، الموافقة، الاستعداد الجسدي والأذن من الابوين، وهي تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية ويحكمها قانون جنسية كل من الزوجين وقت الزواج، و لا تثار أية صعوبات عندما يكون الزوجان من جنسية واحدة، إذ يطبق بشأن هذه الشروط قانون جنسيتهما المشتركة ولكن الصعوبة تكمن في حاله اختلاف جنسيتهما، وفي هذه الحالة يتم اعمال الإسناد الموزع بأن يشترط أن يتوفر في كل زوج الشروط التي تطلبها قانون موطن الزوجية[46].

وفي معرض تقييم الإسناد الموزع، فإن من مزاياه أن يؤدي إلى حماية الأفراد الوطنيين من خلال تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينتمون إليها عليهم، ذلك لأن القانون الوطني لكل دولة قد وضع ليحمي مصالح أفراده فقط دون سواهم ولا يهدف إلى حماية العلاقة القائمة ذاتها[47].

إلا إنه على الرغم من المزايا التي يحققها الإسناد الموزع كإحدى صور الإسناد المركب، فإنه لم يسلم من سهام الانتقادات الشديدة التي وجهت إليه من طرف المعارضين، حيث إن هناك من عارضها على أساس إن الإسناد الموزع من شأنه أن يؤدي إلى تجاهل المشكلة الأساسية وهي إخضاع العلاقة القانونية التي تهم أكثر من طرف إلى نظام قانوني واحد، فضلاً عن ذلك، فإن إعمال الإسناد الموزع قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية في بعض الحالات، كما هو الحال في مسالة الطلاق [48]، فإخضاعها لقانون كل من الزوجين قد يؤدي إلى انتهاء الزواج بالنسبة لأحد الزوجين حينما يسمح قانونه بذلك، وفي المقابل يبقى الطرف الاخر مرتبطاً بهذا الزواج عندما لا يسمح قانونه بالطلاق، وهذا ما حصل في قضية(**فيراري**) (**Ferrari**) [49]، والتي تتلخص وقائعها في زواج شابة فرنسية من شاب إيطالي يدعى (**فيراري**)، و لم يكن النجاح حليف هذا الزواج الذي أنتهى بالفرقة والتجاء الزوجة إلى القضاء طالبة الحكم لها بالطلاق، وبناء على توافر شروط الطلاق الواردة في القانون الفرنسي فقد لبت المحكمة طلبها وحكمت لها بالطلاق رغم إن قانون جنسية الزوج الإيطالي يمنع إيقاع الطلاق[50]، وقد أدى الأخذ بالإسناد الموزع لقانون جنسية كل من الزوجين إلى هذه النتيجة الغريبة، الزوجة تستعيد حريتها وتتزوج من آخر، بينما يبقى الزوج الإيطالي (**فيراري**)، مقيداً بهذا الزواج، لأن قانون جنسيته الإيطالي كان يمنع إيقاع الطلاق وبالتالي يحرم الزواج من أخرى[51].

ونحن نرى بأن هذه الانتقادات مبالغ فيها، فهي وإن كانت تصدق على بعض مجالات تنازع القوانين كالطلاق مثلاً، فإنه لا ينبغي تعميمها على بقية المجالات الأخرى والتي يكون للإسناد الموزع الدور الكبير في إسنادها، الأمر الذي يؤدي إلى تصحيها ومن ثم انقاذها من براثن البطلان الذي يهددها.

ثانيا: الإسناد الجامع

إن هذه الصورة من صور الإسناد المركب تتحقق حينما تشتمل قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث تطبق جميعها في آن واحد على ذات المسألة محل النزاع.

من تطبيقات هذه الصورة من صور الإسناد المركب، نص المادة (1/19) من القانون المدني العراقي، المشار إليها آنفاً فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج أي (موانع الزواج) كالقرابة المحرمة، مثال ذلك إذا كان قانون الزوج يبيح الزواج من أبنة الأخت أو الأخ و لا ينص على ذلك قانون جنسية الزوجة فهنا يتم العمل بالتطبيق الجامع لكلا القانونين[52]، والطلاق والزنا و اختلاف الدين فهذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ذاته ولا يمكن إغفالها ومن ثم يتعين إعمال التطبيق الجامع بشأنها[53]، ومن تطبيقاتها في القانون المصري نص المادة (12) من القانون المدني، في ما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج (موانع الزواج)[54]، وفي فرنسا وكما هو الحال بالنسبة للإسناد الموزع نجد خلو القانون الفرنسي من تطبيقات تشريعية للإسناد الجامع، لكن على الرغم من ذلك، نجد إن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد ذهب إلى إعمال الإسناد الجامع في ما يتعلق بموانع الزواج كعدم زواج الخال بابنة أخته وفي هذه الحالة فإن الزواج لا يكون قائماً إلاّ إذا كان قانون كل من الطرفين لا يتضمن هذا المانع[55].

وفي واقع الأمر، إن الإسناد الجامع هو إسناد نادر الحدوث فلا توجد له تطبيقات إلاّ في فروض قليلة، بل إن من الأنظمة القانونية ما تحرص على تفاديه بالنظر إلى إنه يعوق في غالب الأحيان صلاحية العلاقة

محل النزاع ويحول دون الوصول إلى حل مشكلة اختيار القانون، وهو ما يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد وهو الاختيار بين القوانين وليس الجمع بينها[56].

و لكن لا يفوتنا أن ننوه ، إلى إن الإسناد الجامع يمتاز بعدة مزايا، فهو يعكس إرادة واضع قاعدة الإسناد في التضييق إلى أقصى حد من الاعتراف بحقٍ معين أو بآثاره أي الوصول إلى نتيجة مادية تخدم سياسته التشريعية[57]، كما إنه يحقق رغبة المشرع في تعدد القوانين التي تحكم العلاقة القانونية و تطبيقها تطبيقاً جامعاً نظرا لأهمية الصلة التي تربط بين هذه القوانين جميعاً في العلاقة القانونية[58] ، وعلى الرغم من المزايا التي يحققها الإسناد الجامع فهو الآخر لم يسلم من النقد، فقد قيل بأن من شأنه أن يؤدي من الناحية العملية إلى أهدار القواعد الأكثر تساهلاً والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشدداً وبالتالي تقل فرص قيام العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي نظراً لاختلاف أحكام القوانين فيما بين الدول عادةً[59].

و انطلاقاً مما سلف، نحن نرى إنه على الرغم من القول بأن الإسناد الجامع يعوق قيام العلاقات الدولية الخاصة باعتباره يقتصر على تطبيق القواعد الأكثر تشدداً ، فأننا نجد إن اعتماده أمر لا بد منه في بعض المسائل ، كما هو الحال في مسألة الزواج(الشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج)، خصوصاً في قوانين الدول التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية ومنها القانون العراقي وإلاّ كنا أمام زواج باطل محرم شرعاً، ومن ثم تكون العلاقة الناشئة عنها محرمة كذلك وهذا الأمر غير جائز في القانون العراقي[60]، وقوانين الدول الإسلامية.

الفرع الثاني/ الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة.

يضم الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة صورتين من صور الإسناد المركب، هما الإسناد المركب التخييري، والإسناد المركب الاحتياطي، لتوضيح هاتين الصورتين سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على فقرتين:

اولاً: الإسناد التخييري

يكون الإسناد تخييريا عندما تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير هذه الضوابط باختصاص أكثر من قانون، بحيث تطبق بالخيار بينها على المسألة محل النزاع[61]، فالمشرع يقوم بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص تتعدد فيه ضوابط الإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة الواردة في الفكرة المسندة إذا تمت هذه العلاقة وفقاً لأي ضابط من ضوابط الإسناد الواردة في هذه القاعدة[62]، و صورة الإسناد التخييري يمكن أن تتم بإحدى طريقتين، الطريقة الأولى أن توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة، ويتم الاختيار فيما بينها، مثال ذلك ما نص عليه الشطر الثاني من المادة (1/19) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(.... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روُعِيَت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فهذا النص يقرر إن الزواج يكون صحيحا شكلاً إذا أبرم وفقاً للشكل المقرر في دوله محل الإبرام أو إذا أبرم وفقاً لقانون جنسية كل من الزوجين[63]، كذلك من النصوص التي وضعت ضوابط الإسناد على قدم المساواة نص المادة (20) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)، فهذا النص يبين إن القاعدة الخاصة بشكل العقود تتضمن مجموعة من ضوابط الإسناد تمنح الاختصاص لعدة قوانين جميعها في مرتبة واحدة وليس هناك إلزام على القاضي في إتباع تسلسل أو ترتيب معين، فقانون محل الإبرام، و القانون الذي يحكم موضوع العقد وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون جنسيتهم المشتركة كل هذه القوانين اختصاصها تخييري ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يبرما عقدهما في الشكل الذي يتطلبه أي منها[64].

أما الطريقة الثانية للإسناد التخييري هي أن توضع ضوابط الإسناد في تجاور ولكن يطبق أحد القوانين التي ترشدنا إليها بالنظر إلى الحل الذي يقدمه للمسألة محل النزاع وعادة ما يكون اختيار ذلك القانون متروكاً لأحد أطراف العلاقة أو كلاهما أو للقاضي[65]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (311 / 16)، من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، والتي جاء فيها (إن الزواج يستتبع شرعية البنوة إذا كان

مقبولاً إما في القانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الشخصي لأحد الزوجين أو القانون الشخصي للولد)[66]، كذلك ما نصت عليه المادة (18/311)، من نفس القانون، والتي نصت على أنه(إن دعوى إعانة و نفقة الطفل تخضع وفقاً لاختيار الطفل (من ينوب عنه قانوناً)، إما وفقاً لقانون محل إقامته العادية وإما وفقاً لقانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة)[67] ، ففي هذه النصوص جعل المشرع الفرنسي كل ضابط من هذه الضوابط هو مجاور في درجته للضابط الآخر الذي يشترك معه أو يشاركه في عملية التعيين[68].

ولابد من الإشارة، إلى إن جانب من الفقه[69]، يطلق على قاعدة الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد تخييرية اسم قاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية أو قاعدة الإسناد ذات الغاية الموضوعية التي تتميز بعدم حيدتها الموضوعية؛ لأنها لا تعقد الاختصاص لقانون ما استناداً لاعتبارات تتعلق بالتركيز فقط، و إنما تستند بالإضافة إلى هذه الاعتبارات لمضمون القواعد الموضوعية لهذا القانون.

ولا يفوتنا أن ننوه، إلى إن أسلوب الإسناد التخييري بطريقتيه يهدف المشرع من تبنيه إلى تحقيق أهداف معينة، فقد يهدف المشرع من ورائه إلى إمكان تطبيق أي من القوانين المتصلة بالعلاقة نظراً لتساوي هذه القوانين في صلتها بها[70]، أو يهدف من خلاله إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية الخاصة[71].

ثانياً: الإسناد الاحتياطي

هو الصورة الثانية من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة، والذي يتحقق عندما تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد أصلي وضابط إسناد احتياطي واحد أو أكثر[72]، بحيث يطبق أولاً ضابط الإسناد الأصلي، ويعمل بالقانون الذي يرشد إليه، فأن أنعدم تم اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد[73].

ولعل من المفيد أن نؤكد، إلى إنه في صورة الإسناد الاحتياطي يضع المشرع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، إن وجد الأول لا يعمل بالثاني وإن وجد الثاني لا يعمل بالثالث وهكذا، بحيث يكون الضابط الأول هو صاحب مركز الثقل الأقوى بينما يقل الثاني عنه ويقل الثالث عنهما[74]، فضلاً عن ذلك، فإن هذا الترتيب التدريجي ملزم للقاضي فعليه أن يطبق أولاً الضوابط الأصلية فإن لم توجد عليه أن يطبق الضوابط الاحتياطية[75].

ومن التطبيقات التشريعية للإسناد الاحتياطي، ما نصت عليه المادة (1/25)، من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه)[76]، يتضح من هذا النص إن القانون قد إعتد بأكثر من ضابط إسناد وأشار إلى أكثر من قانون، ويظهر من هذا النص أيضاً إن الأولوية في التطبيق قد أعطاها المشرع للقانون المختار من قبل طرفي العقد صراحة، فإن لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة يتم تطبيق قانون الإرادة الضمنية الذي يستشف من الظروف، فإذا لم يستطع القاضي استشفاف واستنباط القانون الواجب التطبيق من الإرادة الضمنية لطرفي العقد، فإن عليه أن يطبق قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً، وإلاّ يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد[77] . و لا يفوتنا أن ننوه، إلى إن الأهداف التي يبتغيها المشرع من تبني أسلوب الإسناد المركب بصورته الاحتياطية، تكمن في تحقيق مصالح الأطراف في العلاقات الدولية الخاصة[78]، وكذلك تجنب حدوث فراغ قانوني يعيق عملية تحديد القانون الواجب التطبيق[79].

نخلص من جميع ما تقدم، إن الإسناد المركب ليس على صورة واحدة، بل إن له صور متعددة، فهناك الإسناد الموزع، الجامع، التخييري، والاحتياطي، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على اختلاف هذه الصور بعضها عن البعض الآخر، فالإسناد الموزع ليس هو الإسناد الجامع، كما إن الإسناد التخييري يختلف عن الإسناد الاحتياطي، كما يلاحظ من خلال القراءة الأولية لهذه الصور إن المشرع قد استخدم كل صورة منها في مجال معين من مجالات تنازع القوانين، وذلك بما يتلاءم مع فلسفته التشريعية والحكمة التي يبتغيها من اعتماد كل صورة من هذه الصور.

المبحث الثاني/ الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب.

عندما يتجه القاضي إلى إعمال القوانين التي تشير إليها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب في قانونه الوطني، قد تواجه وهو بصدد هذا الإعمال إشكاليات أو صعوبات عديدة، وهذه الصعوبات تتنوع وتختلف باختلاف نوع الإسناد المركب، ففي الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته الإسناد الموزع والإسناد الجامع، تواجه القاضي صعوبات تتعلق بتحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هذا الضابط، كما قد تواجهه صعوبات في حالة تعدد هذا الضابط أو انعدامه أو تغييره، أما في الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يشمل الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، فإن الصعوبات التي تواجه القاضي تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة، و بماهية الجهة التي لها مكنة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، لذلك ومن أجل بيان هذه الصعوبات والحلول المقترحة لها سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد، ونبين في المطلب الثاني الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة.

المطلب الأول/ الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد.

قد تشتمل قاعدة الإسناد ضابط واحد يشير إلى تطبيق أكثر من قانون في نفس الوقت، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضابط المفرد والذي يندرج تحته صورتي الإسناد الموزع والإسناد الجامع، وهذا النوع من أنواع الإسناد المركب يثير بعض الصعوبات التي قد تعترض القاضي عند قيامه بتحديد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا النوع من أنواع الإسناد المركب، لذلك ومن أجل الوقوف على أهم هذه الصعوبات وبيان الحلول الموضوعة لها، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول الصعوبات التي تتعلق بتحديد نوع الإسناد، ونبين في الفرع الثاني الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد.

الفرع الأول/ الصعوبات التي تتعلق بنوع الإسناد.

إن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب تختلف عن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط شكلاً وموضوعا، فقاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط من الناحية الشكلية تشتمل على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص قانون واحد ليحكم كل جوانب المسألة محل النزاع[80]، ومن الناحية الموضوعية تتسم هذه القاعدة بطابعها التركيزي البحت وعدم اشتمالها على أي مضمون موضوعي، حيث تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد تركيزها للعلاقة تركيزاً موضوعياً، لذلك تسمى بقاعدة الإسناد ذات الطبيعة التركيزية المحضة[81]. تأسيساً على ما تقدم، إن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط تكون على صورة واحدة من الناحية الشكلية، وتكون خالية من أي هدف من الناحية الموضوعية حيث لا يهدف المشرع من خلالها إلى تحقيق أي نتيجة أو هدف موضوعي، بل يكون هدفه فقط تركيز العلاقة في نظام قانوني معين.

في حين تشتمل قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، وقد تشتمل على أكثر من ضابط إسناد وهو يعني وجود أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي[82]، وتتسم هذه القاعدة بطبيعتها المركبة بكونها قاعدة تركيزية موضوعية في ذات الوقت، فهي قاعدة تركيزية لكونها لا ترشح لحكم العلاقة أي قانون يكون من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة الموضوعية التي يتوخاها المشرع، ولكنها ترشح لذلك عدد من القوانين التي ترتبط بالعلاقة، كما إنها قاعدة موضوعية، ذلك لأنها تهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة، فمن خلالها يعمد المشرع إلى محاولة تحقيق نتيجة مادية معينة، بحيث إن القوانين مجتمعة أو هذا القانون أو ذاك المرشح لحكم العلاقة لن ينعقد له الاختصاص بصيغة نهائية إلا إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة الموضوعية، لذلك تسمى بقاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية[83].

بناءً على ما تقدم، فإن قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب تكون على العكس من قاعدة الإسناد ذات الأسلوب البسيط، حيث تكون على أكثر من صورة من الناحية الشكلية، وتكون قاعدة هادفة من الناحية الموضوعية حيث لا يهدف المشرع من خلالها إلى تركيز العلاقة في نظام قانوني معين فحسب، بل يهدف كذلك إلى تحقيق نتيجة مادية موضوعية معينة.

عليه فإن هذا الاختلاف الشكلي والموضوعي الذي تتميز به قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب، من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات والتي تختلف عن الصعوبات المترتبة على إعمال قواعد الإسناد البسيط[84]، من ذلك الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في ذات الوقت، حيث تأتي قاعدة الإسناد التي تشتمله عامة لا تتضمن ما يمكن القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هذا الضابط الواحد، هل هو إسناد موزع أم إسناد جامع، كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والواردة في المادة(1/19) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)[85]، فهذا النص تضمن ضابط واحد هو ضابط الجنسية لكنه أشار إلى تطبيق قانونين هما قانون الزوج وقانون الزوجة غير إنه جاء خالياً من تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه هل هو إسناد موزع أم إسناد جامع؟

لقد تعددت التصورات الفقهية في حل هذه الصعوبة وعلى ثلاث اتجاهات، فثمة اتجاه يذهب إلى القول بإعمال الإسناد الجامع لقانون كل من الزوجين، بحيث يجب أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون دولته وكذلك يجب أن يتوفر فيه أيضاً الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الدولة التي ينتمي لها الزوج الآخر، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأييهم بإعمال الإسناد الجامع، بأن من شأن تطبيقه أن يؤدي إلى قيام الأسرة على أساس سليم يتفق من البداية مع أحكام قانون كل من الزوجين، فمن غير المنطقي أن تكون الأسرة قائمة في نظر أحدهما دون الآخر[86]، وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، فقد قيل بأن من شأن تطبيق الإسناد الجامع أن يؤدي إلى تطبيق أكثر القوانين تشدداً الأمر الذي يؤدي إلى تقليل فرص قيام الزواج المختلط بالنظر لاختلاف قوانين الأسرة بين الدول عادة[87].

ويذهب اتجاه آخر إلى إعمال الإسناد الموزع لقانون كل من الزوجين، حيث يكفي أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يفرضها قانون دولته دون الشروط التي يتطلبها قانون الزوج الآخر، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأييهم بإعمال الإسناد الموزع ، بأن القانون الوطني وضع لحماية أفراده دون سواهم ولا يرمي إلى حماية الأسرة حتى يسري على غير الوطنيين[88].

ويذهب الاتجاه الثالث وهو الاتجاه الراجح ويمثله غالبية الفقه[89]، إلى إن حل صعوبة تحديد نوع الإسناد الذي يطبق على الشروط الموضوعية للزواج يتم من خلال إجراء التفرقة بين الشروط الإيجابية والشروط السلبية للزواج، فالشروط الموضوعية الإيجابية كسن الزواج وصحة رضاء الزوجين وغيرها، يسري بشأنها الإسناد الموزع لقانون كل من الزوجين، أما الشروط الموضوعية السلبية للزواج أو ما تسمى بموانع الزواج كالقرابة من درجة معينة واختلاف الدين وارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل، فهذه يسري بشأنها الإسناد الجامع لقانون كل من الزوجين، كون هذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ولا يمكن أن تتحقق بالنسبة لطرف من أطرافه دون أن تمس الطرف الآخر فهي تتعلق بنظام الزواج كوحدة واحدة غير قابلة للتجزئة.

وعلى الرغم من كون الاتجاه الثالث والأخير هو الاتجاه الراجح في تحديد نوع الإسناد الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج ، غير إننا نجد إنه خاص بمسألة الشروط الموضوعية للزواج و لا يمكن أن يعتبر مبدأ عام يجري على أساسه تحديد نوع الإسناد في أي قاعدة إسناد أخرى تم إرسائها وفقاً للإسناد المركب ذو الضابط المفرد، لذلك نعتقد الأفضل أن يجري حل صعوبة تحديد نوع الإسناد الذي يشير إليه الضابط المفرد في نطاق قاعدة الإسناد نفسها، وذلك من خلال وقوف القاضي على النتيجة الموضوعية التي يبغي المشرع تحقيقها من اعتماد الإسناد المركب ذو الضابط المفرد في قاعدة الإسناد، وذلك بالنظر لاتصاف الإسناد المركب بالطابع الموضوعي، ففي كل صورة من صور الإسناد التي تندرج تحت الإسناد المركب ذو الضابط المفرد يهدف المشرع إلى تحقيق نتيجة معينة، ففي الإسناد الموزع يهدف المشرع إلى حماية الأفراد الوطنيين على حساب حماية العلاقة محل التنازع، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينتمون إليها عليهم دون سواهم، نظراً لكون القانون الوطني وضع لحماية أفراده فقط[90]، أما في الإسناد الجامع فإن المشرع يهدف من خلاله إلى التضييق إلى أقصى حد من الاعتراف بحق معين أو بآثاره أي الوصول إلى نتيجة تخدم سياسته

التشريعية[91]، وكذلك رغبته في حماية العلاقة محل التنازع الأمر الذي يوجب تعدد القوانين التي تحكم هذه العلاقة وتطبيقها تطبيقاً جامعاً[92].

نخلص مما سبق، إن صعوبة تحديد نوع الإسناد التي تواجه القاضي وهو بصدد إعمال الإسناد المركب ذو الضابط المفرد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد والذي يثيره الطابع الشكلي المختلف لقواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب، يمكن حله من خلال وقوف القاضي على النتيجة الموضوعية أو الهدف الذي يبغي المشرع تحقيقه من وراء تبني هذا الضابط الواحد والذي يشير إلى أكثر من قانون في نفس الوقت، نظراً لكون الإسناد المركب هو ذو طابع موضوعي عكس الإسناد البسيط والذي يتسم بالطابع التركيزي، فإذا تبين للقاضي إن الهدف من وراء تبني هذا الضابط يكمن برغبة المشرع في حماية مصالح الأفراد على حساب حماية العلاقة محل التنازع، ففي هذه الحالة وجب عليه إعمال الإسناد الموزع، في حين إذا تبين للقاضي إن هدف المشرع يكمن في حماية العلاقة محل التنازع على حساب الأفراد الوطنيين ففي هذه الحالة يجب عليه إعمال الإسناد الجامع.

الفرع الثاني/ الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد.

يقوم الإسناد المركب ذو الضابط المفرد على ضابط إسناد واحد يستخدمه مشرع قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا الضابط الواحد قد يختلف باختلاف الفلسفة التشريعية للدولة[93]، غير إنه لا يخرج عن أحد ضابطين هما ضابطي الجنسية أو الموطن[94]، لذلك قد يثير الإسناد المركب ذو الضابط المفرد بعض التعقيدات او الصعوبات أمام القاضي وفي أحوال مخصوصة، من ذلك حالة تعدد الضابط المفرد أو انعدامه أو التغيير فيه، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه، كيف يستهدي القاضي في إعمال الإسناد المركب ذو الضابط المفرد في ظل هذه الصعوبات التي تواجهه ومن ثم تطبيق القوانين التي يشير إليها؟، وما هي الحلول الموضوعة لاجتياز هذه الصعوبات؟

إن الصعوبات والإشكاليات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والتي تتعلق بضابط الإسناد وكذلك الحلول الموضوعة لها تختلف في الحالة التي يكون فيها الضابط المفرد هو ضابط الجنسية عنها في الحالة التي يكون فيها الضابط المفرد هو ضابط الموطن وكالآتي:

1- الضابط المفرد هو ضابط الجنسية

تعتبر الجنسية من أبرز ضوابط الإسناد المعمول بها لحل إشكالية تنازع القوانين، إلا إن إعمال هذا الضابط لحل التنازع القانوني قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وذلك في حالة تعدد الجنسيات أو في حالة انعدام الجنسية، وأيضاً في حالة تغيير الجنسية[95].

أ - تعدد الجنسيات

تعدد الجنسيات أو ما يسمى " تنازع الجنسيات الإيجابي" يقصد به أدعاء دولتين أو أكثر إن شخصاً ما ينتمي إليها[96].

ويترتب على تعدد الجنسية صعوبة في مجال تنازع القوانين، إذ يتعين اختيار قانون جنسية واحدة، نظراً لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الدول التي يحمل الشخص جنسيتها في نفس الوقت[97]، لذلك يطرح التساؤل حول الجنسية التي يعتد بها من أجل تطبيق قانونها على موضوع النزاع؟، إن الحلول لهذه الصعوبة تختلف باختلاف الحالات التالية:

الحالة الأولى/ تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي بينها

ففي هذه الحالة ترجح جنسية دولة القاضي على الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص، ذلك لأن كل دولة من الدول تضطلع بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها على أساس ظروفها ومصالحها، وعلى القاضي بوصفه من الموظفين العموميين في النظام القانوني الداخلي أن يأتمر بأوامر مشرعه الوطني أولاً وقبل كل شيء وإلا خرج عن حدود وظيفته[98].

وهذا الحل قد أخذت به اتفاقية لاهاي لعام 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع الجنسيات[99]، كما أخذت بهذا الحل أغلب القوانين الوطنية، ومنها القانون العراقي[100]، والقانون المصري[101]، والقانون الفرنسي وإن لم يفرد لهذا الحل نصاً خاصاً وإنما أشار إليه ضمناً[102].

وقد وجهت لهذا الحل عديد الانتقادات[103]، لكننا نعتقد رغم ذلك، إنه أفضل الحلول، فهو يستند على فكرة السيادة، كما يراعي المبدأ السائد في مسائل الجنسية وهو مبدأ حرية الدولة في أمور جنسيتها، ولا يسمح بأي تدخل خارجي بهذا الصدد.

الحالة الثانية/ تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية القاضي بينها

في هذه الحالة تعددت التصورات المعروضة على عدة حلول[104]، غير إن أرجح هذه الحلول ذلك الذي يقضي بترجيح الجنسية الفعلية أو الواقعية[105]، التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويستعين القاضي في الكشف عنها بمجموعة من العناصر الموضوعية والشخصية، كموطن الشخص أو محل إقامته أو مركزه التجاري، روابطه العائلية، لغته، محل مزاولة حقوقه السياسية وتأدية خدمته العسكرية[106].

وفي واقع الأمر، إن الحل الذي يقضي باعتماد الجنسية الفعلية قد أخذ به المشرع العراقي، حيث جاء في المادة(1/33/مدني) (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد)، فهذه المادة لم تنص صراحة على الأخذ بالجنسية الفعلية، غير إننا نعتقد بأن هذا الحل يمكن اعتماده باعتباره مبدأً شائعاً وذلك بالاستناد إلى نص المادة (30) من القانون المدني[107]، وما قيل بصدد موقف المشرع العراقي ينطبق على المشرع المصري[108]، أما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي فهو كحال المشرعين العراقي والمصري لم ينص صراحة على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية، غير إن القضاء الفرنسي قد طبق هذا المعيار في العديد من القضايا التي عرضت عليه، ومنها قضية(مارتينيللي)، والتي تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل إبرام الزواج وانحلاله بين زوج إيطالي وسيدة تونسية اكتسبت الجنسية الإيطالية دون أن تفقد الجنسية التونسية، حيث رجح القضاء الفرنسي الجنسية الإيطالية باعتبارها الجنسية الفعلية[109].

ب- انعدام الجنسية

انعدام الجنسية ويسمى " التنازع السلبي للجنسيات" يقصد به عدم تمتع الشخص بجنسية أية دولة على الإطلاق، أي إن الشخص لا ينتمي إلى أية دولة من دول العالم[110]، ويترتب على ظاهرة انعدام الجنسية إشكالية تحديد القانون الذي يحكم مسائل عديم الجنسية، خصوصاً في الدول التي تجعل الضابط المفرد الذي يشير إلى أكثر من قانون هو ضابط الجنسية، لذلك لا بد من البحث عن معيار آخر يتحدد بموجبه القانون الذي يحكم عديم الجنسية بدلاً من معيار الجنسية.

لقد ظهرت عدة اتجاهات للبحث عن أكثر القوانين اتصالاً بعديم الجنسية ليقوم مقام قانون الجنسية ويكون هو صاحب الاختصاص القانوني بالنسبة له[111]، غير إن أرجح هذه الاتجاهات والذي استقر عليه العمل في غالبية الدول هو الاتجاه الذي يقضي بتطبيق قانون الدولة التي يكون الشخص أكثر ارتباطاً بها من غيرها، وهذه الدولة بالنسبة لعديم الجنسية هي الدولة التي يوجد فيها موطنه أو محل إقامته[112].

وفيما يتعلق بموقف القانون العراقي من هذه المسألة، يذهب جانب من الفقه[113]، إلى القول بأن القانون العراقي قد اعتمد الاتجاه القائل بتطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة على مسائل عديم الجنسية، وذلك بالاستناد إلى نص المادة(1/33/ مدني) والتي توجب على المحكمة تعيين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، وكذلك نص المادة(1/19/ عقوبات) والتي وصفت عديم الجنسية بالمواطن العراقي إذا كان مقيماً في العراق لأغراض تطبيق قانون العقوبات.

ومن حيث المبدأ نحن نتفق مع هذا الرأي الفقهي فيما ذهب إليه بكون المشرع العراقي قد أخذ بقانون الموطن أو محل الإقامة على مسائل عديم الجنسية، غير إننا نختلف معهم في أساس هذا التطبيق، حيث نرى إن أساس ذلك لا يكمن بنص المادتين (1/33) من القانون المدني و(1/19) من قانون العقوبات، بل يكمن أساس ذلك بنص المادة(30) من القانون المدني والتي توجب على القاضي العراقي إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، باعتبار إن مبدأ قانون الموطن أو محل الإقامة من المبادئ الشائعة دولياً.

أما بالنسبة للقانون المصري، فإن المادة(1/25) من القانون المدني لم تحدد للقضاء المصري حلاً لمشكلة انعدام ضابط الجنسية، حيث جاء فيها(يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا

تعرف لهم جنسية)، إلا إن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد نصت على الاتجاه الغالب في حل مشكلة انعدام الجنسية ألا وهو الأخذ بقانون موطن عديم الجنسية أو محل إقامته، حيث جاء فيها(إن القاضي يعتد في الغالب بقانون موطن الشخص أو محل إقامته عند تعيين القانون الواجب تطبيقه على الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية)[114]، وبنفس الحل قد أخذ القانون الفرنسي، حيث أخضع مسائل عديم الجنسية إلى قانون موطنه أو محل إقامته، وذلك بموجب المرسوم المرقم(66060) والصادر في 14 تشرين الأول1960[115].

ج- تغيير الجنسية

عندما يكون ضابط الإسناد المركب المفرد هو ضابط الجنسية، فإن حالات التنازع الإيجابي والسلبي ليستا المشكلتين الوحيدتين اللتين يمكن أن يثيرهما، بل إن هناك مشكلة أخرى يثيرها يمكن أن تضاف إلى هاتين المشكلتين ألا وهي مشكلة تغيير الجنسية أو ما يسمى "بالتنازع المتحرك" والذي يقصد به التنازع الذي ينشأ نتيجة تغيير الشخص جنسيته ما بين نشوء العلاقة القانونية و وقت المنازعة فيها[116]، وهنا يثور التساؤل عن كيفية الترجيح بين الجنسيتين المتنازعتين، أي بين قانون الجنسية القديم والجديد؟

في إطار الفقه تعددت الحلول لحسم هذا التنازع، حيث ظهرت اتجاهات ثلاثة يقترح كل منها حلاً لهذا التنازع، فالاتجاه الأول، يذهب إلى تطبيق قانون الجنسية القديم الذي تكونت في ظله المراكز القانونية والاستبعاد المطلق للقانون الجديد وذلك على أساس احترام الحقوق المكتسبة واستقرار النظم القانونية[117]، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ولا يطبق بأثر رجعي على المراكز القانونية، ويصطلح على هذا الاتجاه بالأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته[118]، ويذهب اتجاه ثالث إلى حل التنازع من خلال النظر إلى كل حالة على حدة وعدم تقيد القاضي بمعيار عام ومن ثم وضع الحلول لكل حالة على حدة[119].

أما في إطار التشريع، فبالنظر لكون التنازع المتحرك من أصعب المسائل التي يتناولها القانون الدولي الخاص، وإن النظريات التي جاءت لحل هذا التنازع رغم كثرتها لم تسلم من النقد، لهذا فإن أغلب التشريعات ومنها التشريعات محل المقارنة(العراقي والمصري والفرنسي)، لم تحسم أمرها بالأخذ بنظرية فقهية محددة، حيث لم تأت هذه التشريعات بمبدأ عام بل جاءت بحلول جزئية تستوعب حالات معينة بالذات[120].

ونحن نرى إن القاضي إذا لم يجد حلاً تشريعياً للتنازع المتحرك، فحينئذ يصبح حل هذا التنازع مسألة تقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وعليه حسمها بمقتضى ما يملك من سلطة تقديرية وعلى أساس السياسة التشريعية التي يتبناها مشرعه، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية التي قيلت في حل هذا التنازع.

2- الضابط المفرد هو ضابط الموطن

في الحالة التي يكون فيها ضابط الإسناد المركب المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في ذات الوقت هو ضابط الموطن[121]، فإنه يثير صعوبات التعدد والانعدام والتغيير وكالآتي:

أ- تعدد الموطن

تعدد الموطن ويسمى " التنازع الإيجابي للموطن" وهذه الحالة تحصل عندما يعتبر الشخص متوطناً في أكثر من دولة وفقاً لقانون كل منها[122]، وهذه الحالة تثير صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما تقضي قاعدة الإسناد ذات الأسلوب المركب ذو الضابط المفرد بتطبيق قانون الموطن، فأي موطن يمكن أن يعتد به؟ إن حل هذه الصعوبة تختلف حسب الحالات الآتية:

الحالة الأولى/ دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص

ففي هذه الحالة يطبق القاضي الناظر للنزاع قانونه الوطني على متعدد الموطن، باعتبار إن الشخص متوطن في دولته ومن ثم لا يأخذ القاضي ما تقضي به قوانين الدول الأخرى[123].

الحالة الثانية/ دولة القاضي ليست من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص

في هذه الحالة يعتبر القاضي مجرد حكم فلا يستطيع تطبيق قانونه الوطني ولا يمكنه أن يرجح قانون على آخر اعتباطاً، لأن في ذلك اعتداء على سيادة الدول التي يهمل قانونها[124]، لذلك يذهب الرأي الراجح إلى

إن على القاضي أن يأخذ بفكرة الواقعية وتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن الذي يرتبط به الشخص أكثر من سواه والذي تتركز فيه مصالحه[125].

ب- انعدام الموطن

انعدام الموطن ويسمى " التنازع السلبي في الموطن" ويقصد به أن تتخلى قوانين الدول كافة عن اعتبار الشخص متوطناً فيها ويصبح الشخص عديم الموطن[126]، ويثير انعدام الموطن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون الضابط المفرد الذي يشير باختصاص أكثر من قانون في ذات الوقت هو ضابط الموطن، ففي هذه الحالة أي قانون يطبق؟.

إن حل هذه الصعوبة تتم حسب الراجح من الرأي من خلال إحلال محل الإقامة محل الموطن، باعتبار إن محل الإقامة ضابط إسناد احتياطي[127]، غير إنه قد يحدث في فرض أن لا يكون للشخص عديم الموطن محل إقامة في أية دولة، لذلك يذهب الرأي في الفقه إلى القول بتطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي في هذا الشأن[128].

ونحن نرى إنه في حالة كون ضابط الإسناد المركب المفرد هو ضابط الموطن وكان هذا الضابط منعدماً، ففي هذه الحالة يطبق ضابط محل الإقامة، باعتباره أكثر القوانين ارتباطاً بالشخص عديم الموطن، وفي حالة انعدام ضابط محل الإقامة أيضاً، ففي هذه الحالة لا نؤيد القول بتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، بل نعتقد إن الأفضل هو على القاضي الاجتهاد بالبحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية المعروضة عليه، باعتبار إن هذا الحل المنطقي يتماشى مع حكمة التشريع وإن المشرع يخضع العلاقات الخاصة الدولية لأكثر القوانين ملائمة لطبيعة هذه العلاقات.

ج- تغيير الموطن

يحصل أن يغير الشخص موطنه بعد نشوء العلاقة محل التنازع وقبل تمام آثارها، فينتقل بموجب هذا التغيير الواقعي في ضابط الإسناد من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر، مما يترتب عليه – أحياناً – حصول تنازع بين قانون موطنه القديم وقانون موطنه الجديد، وهذا الشكل من أشكال التنازع يسمى "بالتنازع المتحرك أو المتغير"[129]، وازاء عدم تحديد المشرع للحظة الزمنية أو الوقت الذي يلزم فيه القاضي بالنظر لقاعدة الإسناد تثور صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، فيبرز التساؤل عما إذا كان يطبق قانون موطنه القديم أم قانون موطنه الجديد؟.

لقد ظهرت اتجاهات عدة لحسم هذا التنازع، فثمة اتجاه يذهب إلى حسم التنازع من خلال إخضاع المسألة إلى القانون القديم وذلك على أساس احترام الحقوق المكتسبة[130]، في حين يذهب اتجاه آخر إلى حل التنازع من خلال قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، إذ إن القانون الجديد لا يطبق بأثر رجعي بل بأثر فوري مباشر، فالعلاقة القانونية الممتدة عبر الزمان ستخضع للقانون القديم وللقانون الجديد معاً[131]، ويذهب اتجاه ثالث إلى حسم التنازع من خلال عدم تقيد القاضي بمعيار عام وإنما يجب عليه النظر لكل حالة على حدة وأن يضع حلاً لكل حالة من هذه الحالات[132].

ونحن نرى إنه بالنظر لعدم وجود مبدأ تشريعي عام يحل إشكالية التنازع المتحرك، فإن حل هذه الإشكالية يتم في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية التي قيلت في هذا الصدد.

وفي ختام هذا الفرع، نخلص إلى إن الصعوبات التي تتعلق بضابط الإسناد التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والحلول المقترحة لهذه الصعوبات هي ذاتها بالنسبة للإسناد البسيط، ولا توجد أية خصوصية للإسناد المركب في هذه المسألة، نظراً للاشتراك الشكلي بين الإسناد المركب ذو الضابط المفرد والإسناد البسيط، فكل منهما يقوم على ضابط إسناد واحد رغم الاختلاف في النتيجة التي يقوم عليها ضابط الإسناد في كل منهما، فنتيجة لهذا الاشتراك الشكلي بينهما أدى ذلك إلى التشابه بينهما في الصعوبات التي يثيرها كل منهما وكذلك في الحلول الموضوعة لهذه الصعوبات.

المطلب الثاني/ الصعوبات التي يثيرها الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة.

عندما تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، يسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة والذي يضم صورتي الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(

الاحتياطي)، وهذا النوع من الإسناد المركب كما هو حال النوع الأول(الإسناد المركب ذو الضابط المفرد) قد يثير بعض الصعوبات التي قد تبرز عند تحديد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا النوع من أنواع الإسناد المركب، لذلك ومن أجل الوقوف على هذه الصعوبات وكذلك الحلول الموضوعة لها، سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان الصعوبات التي تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة، ونبين في الفرع الثاني الصعوبات التي تتعلق بجهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة.

الفرع الأول/ صعوبات تتعلق بمرتبة الضوابط المتعددة.

يعد ضابط الإسناد العنصر الأهم في قاعدة الإسناد، فهو يمثل روح هذه القاعدة و بدونه تبقى عاجزة عن أداء وظيفتها، فهو الموجه والمرشد إلى القانون الواجب التطبيق[133]، حيث يعد معياراً بواسطته يتبين الاختصاص لقانون معين فهو الوسيلة أو الأداة للتفضيل والاختيار بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة[134]، والأصل إن قاعدة الإسناد تشتمل ضابط إسناد واحد، غير إنه قد يتعدد هذا الضابط بالنسبة للعلاقة القانونية الواحدة[135]، ويسمى ذلك بالإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة[136].

وتجدر الاشارة، إلى إن الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يندرج تحته صورتين للإسناد المركب هما الإسناد التخييري والإسناد التدريجي(الاحتياطي)، فهو يكون إسناداً تخييرياً عندما تشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط تمنح الاختصاص لعدة قوانين على سبيل التخيير، فتكون هذه الضوابط على قدم المساواة بحيث يمكن تطبيق أي قانون من القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة[137]، في حين يكون الإسناد احتياطيا عندما تشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط أصلية واحتياطية[138]، بحيث تطبق أولاً الضوابط الأصلية ويعمل بالقوانين التي تشير إليها، فإن انعدمت يتم اللجوء للضوابط الاحتياطية[139].

وبالنظر لكون قاعدة الإسناد التي تضم الضوابط المتعددة هي قاعدة عامة، لا تحدد نوع الإسناد الذي تشير إليه هذه الضوابط المتعددة، الأمر الذي يخلق أمام القاضي صعوبة تحديد مرتبة هذه الضوابط وكيفية تطبيق القوانين التي تشير إليها كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج الواردة في المادة(1/19) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(....أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)[140]، وكذلك قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية الواردة في المادة(1/25) من القانون المدني العراقي والتي 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 ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر يراد تطبيقه)[141]، وغيرها[142]، فهل تكون هذه الضوابط بمرتبة واحدة وعلى قدم المساواة فيما بينها ومن ثم يمكن تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها أم أنها تتدرج في المرتبة بحيث يطبق القانون الذي يشير إليه الضابط الأول فإن انعدم يتم اللجوء للضابط الثاني وهكذا؟

إن صعوبة تحديد مرتبة الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد والتي تواجه القاضي عند إعمالها، يحل من خلال تحديد القاضي نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد فيما إذا كان إسناداً تخييريا أو تدريجياً، رغم إن تحديد ذلك ليس بالأمر اليسير على القاضي، حيث يستلزم ذلك من القاضي البحث والتقصي، ومن ثم فإن هناك طريقتين أمام القاضي يمكنه من خلالهما تحديد نوع الإسناد ومن ثم تحديد مرتبة الضوابط المتعددة وكالآتي:

الطريقة الأولى/ تحديد نوع الإسناد وفقاً للهدف التشريعي من تعدد الضوابط

ذكرنا في مواضع سابقة من هذا البحث، إن الإسناد المركب يتسم بطابع موضوعي بمعنى إن المشرع يهدف من خلاله إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة، ومن هذا المنطلق، يستطيع القاضي تحديد نوع الإسناد، ذلك لأن المشرع في كل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يبغي تحقيق نتيجة أو هدف معين، ففي الإسناد التخييري يهدف من خلاله التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً[143]، وتحقيق مصالحهم الخاصة من خلال إتاحة الفرصة أمامهم في اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم علاقاتهم، وتقليل حالات البطلان الناجمة عن مخالفتهم حكم القاعدة[144]،أما

في الإسناد الاحتياطي فيهدف من خلاله المشرع إلى تحقيق احترام التوقعات المشروعة لأطراف العلاقات الدولية الخاصة[145]، وتحقيق الأمان القانوني لهم[146]، وكذلك تجنب حدوث فراغ قانوني يعيق عملية تحديد القانون الواجب التطبيق[147].

بناءً على ما تقدم، فإن للهدف التشريعي دوراً كبيراً في تمكين القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد ذات الضوابط المتعددة، بالنظر لكون كل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة يبغي من خلالها المشرع تحقيق أهداف معينة تختلف عن الأهداف في الصورة الأخرى.

الطريقة الثانية/ تحديد نوع الإسناد وفقاً للصياغة التشريعية للضوابط المتعددة.

تعد الصياغة التشريعية عملية نقل للمعطيات والحاجات والضوابط الاجتماعية بشكل منظم إلى نصوص قانونية محكمة[148]، وهي تكون على أقسام ثلاثة، قسم أول يسمى بالصياغة الجامدة، وقسم ثانٍ يسمى بالصياغة المرنة، وقسم ثالث وسط بين الصياغتين الجامدة والمرنة يسمى بالصياغة المختلطة[149]، و وفقاً للمفهوم المتقدم فإن لكل صورة من صور الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة صياغة تشريعية معينة، فالإسناد التخييري يمتاز بالصياغة المرنة، ذلك لأن نصوصه تمتاز بالصياغة الفضفاضة مما يضفي عليها طابع السعة والمرونة[150]، أما الإسناد الاحتياطي فتمتاز نصوصه بالصياغة المختلطة، وهذه الصياغة تمزج بين الجمود والمرونة حيث تتضمن خيارات متعددة للجهة المختصة بتطبيقها تجعل من النص مرناً، غير إنها في الوقت ذاته، لا تستطيع الجهة المختصة بتطبيق النص الخروج عما هو محدد من خيارات داخل النص القانوني[151]، ومن هذا المنطلق، فإن القاضي يمكنه تحديد نوع الإسناد من خلال وقوفه على الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تتضمن ضوابط متعددة، فإذا كانت صياغة هذه الضوابط صياغة مرنة كان الإسناد تخييرياً، في حين إذا كانت صياغتها تتراوح بين الجمود والمرونة كان الإسناد احتياطياً.

وتأسيساً على ما تقدم، إن تمكن القاضي من تحديد نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد ذات الضوابط المتعددة سواء كان ذلك بواسطة وقوفه على الهدف التشريعي أو بواسطة الصياغة التشريعية، فإن من شأن ذلك أن يحل صعوبة أو إشكالية تحديد مرتبة الضوابط المتعددة، ذلك لأن الضوابط المتعددة سواء في الإسناد التخييري أو في الإسناد الاحتياطي لها مرتبة معينة، ففي الإسناد التخييري تكون مرتبة هذه الضوابط على قدم المساواة ويتم الاختيار بينها[152]، بحيث يمكن تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة[153]، في حين لا تكون مرتبة هذه الضوابط في الإسناد الاحتياطي على قدم المساواة بل توضع على سبيل التدرج حيث يحتل الضابط الأول والذي يسمى بالضابط الأصلي المرتبة الأولى ويلزم تطبيق القانون الذي يشير إليه، فإن تعذر تطبيق الضابط الأصلي فتأتي الضوابط الأخرى التي تليه في المرتبة ومن ثم تطبق القوانين التي تشير إليها[154]، بعبارة أخرى، في صورة الإسناد الاحتياطي يضع المشرع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، إن وجد الأول لا يعمل بالثاني، وإن انعدم الأول و وجد الثاني فلا يعمل بالثالث وهكذا بحيث يكون الضابط الأول هو صاحب مركز الثقل الأقوى بينما يقل الثاني عنه ويقل الثالث عنهما[155].

نخلص من جميع ما تقدم، إن ضوابط الإسناد المتعددة لا تكون على مرتبة واحدة بل تختلف باختلاف نوع الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد، حيث تكون هذه الضوابط متساوية من حيث المرتبة في الإسناد التخييري ومن ثم يمكن الاختيار فيما بينها دون مراعاة الترتيب التشريعي الذي وردت فيه، في حين تكون هذه الضوابط في الإسناد الاحتياطي متفاوتة في المرتبة ولا يجوز الخروج عن الترتيب التشريعي الذي وردت فيه.

الفرع الثاني/ صعوبات تتعلق بجهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة.

يقوم المشرع الوطني في كثير من الأحيان بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص من خلال تضمين قاعدة الإسناد عدة ضوابط للإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة القانونية الواردة في الفكرة المسندة وفق قانون واحد من القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة في هذه القاعدة[156]، وقواعد الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد متعددة كثيرة منها قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج[157]، وقاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية[158]، وقاعدة الإسناد التي تحكم أهلية الالتزام الصرفي[159]، وقاعدة الإسناد التي

تحكم أدلة الإثبات[160]، فكل هذه القواعد قد احتوت على عدة ضوابط للإسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، وهي وإن كانت تقوم على اعتبارات عملية وأخرى قانونية غير إنها تثير عديد الصعوبات من ذلك صعوبات تحديد الجهة المسؤولة عن اختيار قانون من بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، من هي الجهة التي تملك حق الاختيار؟ هل هو القاضي أم إن الاختيار حق للأطراف المعنية في العلاقة أم إن اختيار القانون مهمة موزعة بين الأطراف المعنية والقاضي؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إنه في إطار التشريع لم تأت التشريعات الوطنية بمبدأ عام يمكن أن تخرج عليه الحلول إنما جاءت بحلول جزئية تستوعب حالات معينة بالذات، فالمادة(1/13) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل والنافذ، أعطت للمحكمة صلاحية تطبيق القانون الاحتياطي المتمثل بقانون القاضي عندما يكون الدليل الذي يشترطه هذا القانون أكثر يسراً وسهولة من الدليل الذي يشترطه القانون الأصلي المتمثل بقانون محل إبرام التصرف القانوني[161]، ففي هذا النص نجد إن المشرع قد حدد الجهة المسؤولة عن اختيار القانون من بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة وعلى خلاف بقية النصوص التي جاءت خالية من أي تحديد لجهة اختيار القوانين[162].ونتيجة خلو التشريع من مبدأ عام يحكم مسألة تحديد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة الواردة في قاعدة الإسناد، نجد إن الفقهاء قد وجدوا في هذه المسألة مجالاً خصباً لطرح آرائهم للخروج بمبدأ عام يمكن توظيفه في جميع مسائل تنازع القوانين التي تم إرسائها وفقاً للإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة، غير إنهم لم يتفقوا على جهة الاختيار بل اختلفوا في تحديدها وعلى آراء ثلاثة:

الرأي الأول ويذهب أصحابه إلى القول بأن جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة تختلف في الحالة التي تتضمن هذه الضوابط المتعددة صورة الإسناد التخييري عنها في الإسناد الاحتياطي(التدريجي)، ففي الإسناد التخييري تتحدد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة بأطراف العلاقة الدولية الخاصة وذلك بعد فحص دقيق لمضمون القانون الذي يعتبره أطراف العلاقة إنه الواجب التطبيق، أما في الإسناد الاحتياطي فالقاضي الناظر للنزاع هو المسؤول عن اختيار القوانين وليس أطراف العلاقة القانونية على عكس الإسناد التخييري[163].

أما الرأي الثاني، فيذهب إلى إن القاضي هو الشخص الوحيد المسؤول عن اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد سواء كانت هذه الضوابط تتضمن صورة الإسناد التخييري أو صورة الإسناد الاحتياطي، مع اختلاف في السلطة التقديرية التي يملكها القاضي في كلتا الصورتين، حيث تكون سلطة القاضي واسعة في الاختيار عندما يكون الإسناد تخييريا، نظراً لتساوي جميع القوانين في المرتبة، في حين لا يتيح الاسناد الاحتياطي للقاضي مثل هذه السلطة في الاختيار بين القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، نظراً لعدم تساوي القوانين في المرتبة في الإسناد الاحتياطي، بل تكون هذه القوانين واردة على سبيل التدرج[164].في حين يرى الرأي الثالث والأخير إن اختيار القانون الواجب التطبيق عندما تتضمن قاعدة الإسناد عدة ضوابط للإسناد تشير باختصاص عدة قوانين هي مهمة موزعة بين الأطراف المعنية في العلاقة الدولية الخاصة والقاضي، وذلك على أساس إنه إذا تخلف الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق فتنتقل هذه المهمة وتكون من مسؤولية القاضي وبالتالي تخضع لتقديره[165].وبالنظر لعدم امكانية وضع مبدأ عام يحكم الإسناد المركب ذو الضوابط المتعددة ويتم على أساسه تحديد الجهة المسؤولة عن اختيار القوانين التي تشير إليها هذه الضوابط المتعددة، نحن لا نتفق مع جميع الآراء المتقدمة التي حاولت وضع معيار يتم على أساسه تحديد جهة اختيار القوانين، لذلك نعتقد بأن حل صعوبة تحديد جهة اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة التي تتضمنها قاعدة الإسناد يقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد نفسها، وعلى القاضي حسمها على أساس الهدف التشريعي لواضع قاعدة الإسناد وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية.

الخاتمة.

بعد إن من الله علينا و وصلنا إلى خاتمة بحثنا، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نقترح الأخذ بها.

أولاً/ النتائج.

1- لم تورد القوانين محل المقارنة تعريفاً للإسناد المركب، بل أوردت له تطبيقات عدة وفي مجالات مختلفة من مسائل تنازع القوانين.

2- توصلنا إلى إن الإسناد المركب هو اسلوب من أساليب الإسناد يعتمده مشرع قاعدة الإسناد من خلال تضمينها ضابط مفرد يشير إلى قانونين في ذات الوقت تطبق إما بشكل جامع أو موزع، أو من خلال تضمينها ضوابط إسناد متعددة تشير إلى أكثر من قانون تطبق إما على سبيل التخيير أو التدرج.

3- تبين لنا إن الإسناد المركب ليس على صورة واحدة، بل يكون على صور متعددة، فهناك صورتي الإسناد الموزع والإسناد الجامع، كما إن هناك صورتي الإسناد التخييري والإسناد الاحتياطي(التدريجي) وإن المشرع يستخدم كل صورة من هذه الصور وفي مجال معين من مجالات تنازع القوانين من أجل تحقيق أهداف معينة.

3- توصلنا إلى إن الطابع الشكلي والموضوعي الذي تمتاز به قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب كان من شأنه أثارة عديد الصعوبات التي تواجه القاضي وهو بصدد إعمال القوانين التي تشير إليها هذه القواعد والتي تختلف بدورها عن الصعوبات التي تثيرها قواعد الإسناد التقليدية.

4- توصلنا إلى إن الصعوبات التي تثيرها قواعد الإسناد ذات الأسلوب المركب والناشئة عن الطابع الشكلي والموضوعي المختلف لهذه القواعد يجري حل معظمها في نطاق تفسير قاعدة الإسناد التي تشتمل على هذا الأسلوب من أساليب الإسناد، والقاضي يحسمها على أساس الهدف التشريعي لواضع قاعدة الإسناد وفي حدود ما يملك القاضي من سلطة تقديرية.

ثانياً/ التوصيات.

1- إن المشرع العراقي يأخذ بضابطي محل الإبرام والجنسية وذلك في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، ولا بأس أن يأخذ بضابط الموطن إلى جانب الضابطين المذكورين، كون الأخذ بذلك يجعل قاعدة الإسناد أكثر استجابة للاعتبارات التي يهدف إلى تحقيقها واضع قاعدة الإسناد من اخضاعها إلى أكثر من قانون والمتمثلة بالتيسير على المتعاملين وتصحيح عقد الزواج من الناحية الشكلية، لذلك نقترح أضافة ضابط الموطن إلى ضابطي محل الإبرام والجنسية في المادة (1/19) من القانون المدني، ولتكون صياغة النص كالتالي(.....،أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون موطن الزوجين أو قانون جنسيتهما).

2- كان من الأفضل لو أخذ المشرع العراقي بضابط محل التنفيذ بدلاً من ضابط محل الإبرام كأحد ضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية، نظراً لملائمة هذا الضابط للعلاقات التعاقدية بشكل عام، كما إن في اعتماده ما يؤدي إلى التخلص من المشاكل التي يثيرها ضابط محل الإبرام، لا سيما مشكلة التعاقد بين غائبين، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1/25) من القانون المدني، ولتكون صياغة النص بعد التعديل كالتالي(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

3- كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بالإسناد المركب الذي يقوم على أكثر من قانون على سبيل التخيير بدلاً من الإسناد البسيط في قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقود أسوة بمعظم القوانين في العالم، لذلك نقترح تعديل نص المادة (26) من القانون المدني والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقود، وجعلها قاعدة اختيارية تسمح بأن يتم اختيار قانون من بين عدة قوانين تحكم شكل العقد، ولتكون صياغة النص بعد التعديل كالتالي(تخضع العقود في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة).

الهوامش.

(1)- أن ماهية الشيء هي بيان لحقيقة الشيء وذاته والتي تميزه عن غيرة، وهي غالباً ما تطلق على الأمر المتعقل، والأمر المتعقل، هو كل مقول في جواب ما هو يسمى ماهية، كما إن الماهية تسمى حقيقة من حيث ثبوتها في الخارج، للمزيد ينظر تفضلاً، عبد الفتاح ناجي، مفهوم الماهية في الفلسفة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://mawdoo3.com/ تاريخ الزيارة 30/3/ 2023م.

(2) – محمد أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، 1999م، ص155

(3)- أحمد بن فارس ين زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج3، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دون بيان مكان الطبع، 1979م، ص105.

(4) – جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص452.

(5) – أبي منصور بن محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، تهذيب اللغة، ج12، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص365.

(6)- أحمد بن فارس ين زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج2، مصدر سابق، ص432.

(7)- د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011م، ص105.

(8)- د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002م، ص26.

(9)- د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، مصدر سابق، ص108.

(10)- د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص27.

(11)- نصت المادة(16/311) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل على إنه:

(Le mariage comporte légitimation lorsque, au jour de la célébration de l'union, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Légitimation sur l'autorité du tribunal est régi, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant)

(12)- نصت المادة (311/ 18) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 على إنه: L'action aux fins de) subventions est régie, au choix de l'enfant, par la loi de sa résidence habituelle ou la loi de la résidence habituelle du débiteur)

(13)- د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمد الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011م، ص33.

(14) - قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 م النافذ و المعدل، نشر في 17/ 5/ 1999م، جريدة القوانين الرئيسية.

(15) - قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م النافذ والمعدل، نشر في جريدة الوقائع العراقية في العدد (2728)، بتأريخ 1979/9/3م.

(16) - إذا كان الأصل إن المشرع لا يضع تعريفات للمصطلحات فإن ذلك ليس قاعدة ثابتة، فقد يورد المشرع بعض التعريفات من ذلك تعريف الموطن في المادة (42) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل والتي جاء فيها(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً بصفةً دائمةً أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد)، كذلك ما جاء في المادة (1/40) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948م النافذ والمعدل، و التي عرفت الموطن بأنه(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً.)

(17)- د. عادل شمران حميد، علي شمران حميد، فلسفة الاستثناء في القانون المدني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد(3)، 2018م، ص120.

(18)- د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي (دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي)، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2008م، ص32- 35، د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص254، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، (تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص3، د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع، ص237-239، محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع، ص32و33، وغيرهم.

(19)- د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص265، و د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م، ص29، و د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص43، و د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص92.

(20)- د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص265.

(21)- ينظر نص المادة(1/19) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م النافذ و المعدل، ونص المادة (12) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948م النافذ والمعدل.

(22)- د. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص29.

(23)- د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص43.

(24)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص92.

(25)- حكم محكمة تمييز العراق رقم(187)، حقوقية ثالثة، 1969م، في 1969/12/27م، مقتبس عن، د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ص386.

(26) – حكم محكمة تمييز العراق رقم(99) مدنية عامة 9/ 971، في 1972/3/11م، مقتبس عن، د. يونس صلاح الدين علي، المصدر نفسه، ص 386.

(27)- قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم 365، المؤرخ في 28/ 11/ 2016م، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.sjc.iq/qview.2341/ ،تأريخ الزيارة 2023/4/5م.

(28) – قرار محكمة تمييز العراق الصادر في 1977/10/18م، مقتبس عن، م. م. أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تكريت، المجلد (9)، العدد(35)، 2020م، ص185.

(29) - محكمة التمييز في العراق: هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، والأصل إن محكمة التمييز لا تعتبر درجة ثالثة لأنها ليست محكمة تقاضي وإنما هي هيئة تحقيق تختصر مهمتها على تصديق الأحكام أو نقضها وإعادتها إلى المحكمة الأولى، وتتكون من عدة هيئات منها، الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئة الموسعة و الهيئات الخاصة، ولكل من هذه الهيئات اختصاصها، للمزيد ينظر، المحاكم في العراق، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://ar.irakipedia.org/wiki/3791 ، تأريخ الزيارة 19/9/ 2023م.

(30)- جاء في المادة (1/25) من القانون المدني العراقي(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)

(31)- حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 13 يونيه سنه 1974م، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 25، ص 1045.

(32)-حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 1مارس 1978م ، الطعن رقم 27 لسنه 45 قضائية، مجموعه محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 29، ص651.

(33)-حكم محكمة باريس الصادر في 16 مايو 1925م، مقتبس عن، د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع، ص 103.

(34)- د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص45.

(35)- د. كريم مزعل شبي، مصدر السابق، ص29.

(36)- د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص26و27، د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص29 و30، محمد خيري كصير، مصدر سابق، ص33.

(37)- د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، بدون ذكر مكان الطبع، 2015م، ص80.

(38)- د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص46و47، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص92-98.

(39)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص92.

(40)- د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص79.

(41)- د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص35.

(42)- د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع، ص36.

(43)- د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص81.

(44)- د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص93.
(45)- د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص56.
(46)-Pierre Mayer, Vincent José, Droit international privé، بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، 2008م، ص508.
(47)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص338.
(48)- د. سامي بديع منصور، د. عكاشه عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع، ص208.
(49)- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995م، ص114.
(50)- Dallas p.1922. 1. 127/ série 1923. 1. 5 .
(51)- د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص114.
(52)- د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011م، ص159.
(53)- د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2 مصدر سابق، ص105.
(54)- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص47.
(55)-Pierre Mayer, Vincent José, Droit international privé، بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، مصدر سابق، ص508.
(56)- د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الداخلي القوانين، مصدر سابق، ص 94.
(57)- د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 94.
(58)- د. صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين، مصدر سابق، ص47.
(59)- د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص59.
(60)- نصت المادة (2) (اولاً)، من دستور العراق الدائم لعام 2005م على إنه: (الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس لتشريع.
أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام.....)، نصوص دستور العراق الدائم لسنة 2005م ، منشورة على الموقع الإلكتروني https://www.constituteproject.org/ ، تأريخ الزيارة 17/ 4/ 2023م.
(61)- د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص95.
(62)- د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص30.
(63)- د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، مصدر سابق ،ص81.
(64)- د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص54و55.
(65)- د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص96.
(66)- نصت المادة (311/ 16) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل على إنه: (Le mariage comporte légitimation lorsque, au jour de la célébration de l'union, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Légitimation sur l'autorité du tribunal est régi, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant).

(67)-جاء في المادة (16/311) من القانون المدني الفرنسي لسنة 18044م(L'action en subsides est régie, au choix de l'enfant, par la loi de sa résidence habituelle ou la loi de la résidence habituelle du débiteur).
(68)- Loussouarn, Bourel, abréviation, p. 449-450، لوسوارن وبوريل، المختصر، ص449-450، نقلاً عن ، د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص96.
(69)- أحمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص303.
(70)- د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص36.
(71)- د. صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين، مصدر سابق، ص 266.

(72)- د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص585.
(73)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص95.
(74)- أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://jordan-lawyer.com/، تاريخ الزيارة 16/ 4/2023م.
(75)- وائل بندق، قضايا في القانون الدولي الخاص(دراسة موجزة للمبتدئين وغير المتخصصين)، الطبعة الخامسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010م، ص45.
(76)- ويقابلها نص المادة (19) فقرة (1)، من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه).
(77)- د. محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، (نحو قانون رياضي دولي خاص)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، بدون ذكر سنة الطبع، ص154.
(78)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص977.
(79)- أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://jordan-lawyer.com/، تاريخ الزيارة 16/ 4/2023م.
(80) – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 91.
(81) – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص300.
(82) - د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص94.
(83) – د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص 302 و303.
(84) – د. أحمد محمد الهواري، المصدر نفسه، ص303
(85) – يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (12) من القانون المدني لسنة 1948 المعدل والنافذ، أما في فرنسا فقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى اعتماد الإسناد المركب ذو الضابط المفرد على الشروط الموضوعية للزواج، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، بيار ما يرـ، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة ، علي محمود مقلد، مصدر سابق، ص508.
(86)- Pillet, principes du droit international privé, Paris. 1903, p.323
(87) – د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص338.
(88)- niboyet, cours de droit international privé français, paris. 1949, p.350
(89) – د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص405، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين مصدر سابق، ص281، د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص202، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص207، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، بدون ذكر سنة الطبع ، ص228، د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن _ قواعد الإسناد في القانون المصري _قواعد الاختصاص القضائي _ آثار الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م ، ص306، وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص35، د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م ، ص106، د، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م ، ص46، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2002م ، ص217، د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي- تنازع القوانين- الآثار الدولية للأحكام –التحكيم الدولي الخاص)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م ، ص130، د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص279، د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص326، د، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011م ، ص85، وغيرهم.
(90) – أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، 338.
(91) – أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 94.
(92) – د. صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص 47.
(93) – تعتبر مسائل الأحوال الشخصية الميدان الحقيقي للإسناد المركب ذو الضابط المفرد، وإن الدول تفاضل بين ضابطين في إسناد هذه المسائل وهما ضابطي الجنسية والموطن، وتختلف الدول في اعتماد أحد هذين الضابطين وبحسب ما إذا كانت من الدول المصدرة أو المستوردة للسكان، فالدول التي تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية، وذلك من أجل استمرار رعاياها بالخضوع لقانونهم الوطني رغم وجودهم خارج دولتهم الأصلية، في حين تفضل الدول

التي تكثر هجرة الأجانب إليها الأخذ بضابط الموطن، وذلك من أجل تطبيق قانونها على الأجانب المتوطنين فيها ومن ثم اندماجهم في مجتمع الدولة، للمزيد ينظر تفضلاً، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د .محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص35و36.

(94) – خليل إبراهيم محمد خليل، مصدر سابق، ص79.

(95) – شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءً على ضابط الجنسية، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد(1)، العدد(2)، 2016م، ص219-221.

(96) – د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010م، ص155.

(97) – شبورو نورية، مصدر سابق، ص222.

(98) – د. عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد(16)، العدد(2)، 2014م، ص135.

(99) – نصت المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام 1930م والخاصة بمسائل تنازع الجنسيات على إنه(دون الإخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعاً بجنسيتين أو أكثر، فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من رعاياها).

(100) - أخذ المشرع العراقي بهذا الحل وذلك في المادة (1/33) من القانون المدني والتي نصت(الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه)

(101) – نصت المادة(2/25) من القانون المدني المصري على إنه(الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه)

(102) – نقلاً عن، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص274.

(103) – وجهت لهذا الحل انتقادات عديدة منها، إنه لا يقوم على نظرة واقعية، فهو لا يراعي الارتباط الفعلي للشخص بدولة جهة النزاع الأمر الذي يشكل مخالفة للمبدأ القاضي بتطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية، كما إنه يؤدي إلى تنوع الحلول بحسب القاضي الناظر للنزاع مما يفضي إلى تنوع الأحكام ومن ثم عدم استقرار المركز القانوني للشخص نفسه، للمزيد حول هذه الانتقادات ينظر تفضلاً، د عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المصدر نفسه، ص271 و272.

(104) – من ذلك حل التنازع بين الجنسيات بالطرق الدبلوماسية، و الحل بترجيح الجنسية السابقة في الاكتساب، و الحل بترجيح الجنسية التي يكون قانونها أقرب إلى قانون القاضي، و الحل بترجيح جنسية دولة الموطن، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د.غالب علي الداوودي،حسن محمد الهداوي،القانون الدولي الخاص،ج1، مصدر سابق، ص157.

(105) – يقصد بالجنسية الفعلية، الجنسية التي يكون الشخص أكثر ارتباطاً بها وترتكز فيها مصالحه وصلاته ويمارس بها أكثر حقوقه و واجباته المدنية والسياسية، كتملك العقارات والزواج و التوظيف وحق الترشيح والانتخاب و أداء الضرائب وخدمة العلم، د. إياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018م، ص113.

(106) – شبورو نورية، مصدر سابق، ص233.

(107) – نصت المادة (30) من القانون المدني العراقي(يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

(108) – نصت المادة (1/25) من القانون المدني المصري (يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد) ونصت المادة (24) من نفس القانون (تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص).

(109) – حكم محكمة باريس الكلية الصادر في 8/ آذار/ 1968م، مقتبس عن، د. ثامر داوود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية(دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020م، ص258و259.

(110) – براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018م، ص7.

(111) – من ذلك اتجاه يذهب إلى تطبيق قانون القاضي على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين فيما يتعلق بعديم الجنسية ومن ثم لا محل للأخذ بقواعد الإسناد، واتجاه آخر يذهب إلى تطبيق قانون آخر دولة يتمتع عديم الجنسية بجنسيتها، وذلك على أساس إنها أقرب الدول صلة به، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص 153.

(112) - د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، مصدر سابق، ص 160.

(113) – عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص265، د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، مصدر سابق، ص161، د. إياد مطشر صيهود، مصدر سابق، ص121.

(114) – سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015م، ص176.

(115) – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص265.

(116) – موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2012م، ص115.

(117) – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص 302-304.

(118) – موشعال فاطيمة، مصدر سابق، ص120-121.

(119) – د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص99.

(120) – كما هو الحال بنص المادة(2/19) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(1/13) من القانون المدني المصري واللتان اخضعتا آثار الزواج إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج وبصرف النظر عن أي تغيير لجنسية الزوج يحصل بعد انعقاد الزواج، وكذلك نص المادة(3/19) من القانون المدني العراقي ونص المادة(2/13)من القانون المدني المصري، حيث اخضعت هاتان المادتان الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق، واخضعتا التطليق والانفصال إلى قانون الزوج وقت إقامة الدعوى.

(121) – تعتبر القوانين التي انتهجت النظام القانوني الانجلو امريكي من القوانين التي أولت اهتماماً كبيراً بالموطن الدولي ونظمت أحكامه، بينما القوانين التي انتهجت النظام القانوني اللاتيني لم تهتم بالموطن الدولي ونظمت الموطن الداخلي، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، م.م. إبراهيم عباس الجبوري، الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد(42)، 2019م، ص1548، وتختلف النظم القانونية حول مفهوم الموطن، حيث يوجد مفهومان في الأنظمة الوضعية المعاصرة هما، المفهوم الحكمي وهذا المفهوم يحدد الموطن بالمكان الذي يوجد فيه المقر الدائم والرئيس للشخص، وهذا المفهوم يسود في الدول الانجلو امريكية وفرنسا، أما المفهوم الآخر للموطن فهو المفهوم الواقعي وفيه يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه إقامة دائمة بنية الاستقرار ويسود في غالبية النظم القانونية المعاصرة، كالمانيا واسبانيا وسويسرا ومصر والعراق وغيرها، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج1، ط1، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، 1999م، ص129-131.

(122) - د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، مصدر سابق، ص229.

(123) – د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015م، ص241.

(124) - د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، مصدر سابق، ص229.

(125) - د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص242.

(126) – د. محمد جلال حسن، الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع(دراسة تحليلية وصفية مقارنة)، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد(1)، العدد(1)، بدون ذكر سنة النشر، ص133.

(127) - د. غالب علي الداوودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، مصدر سابق، ص228، د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص240.

(128) - د. محمد جلال حسن، مصدر سابق، ص134.

(129) – يقصد بالتنازع المتحرك، تغيير في ضابط الإسناد من نطاق قانون دولة إلى نطاق قانون دولة أخرى مع بقاء قاعدة التنازع ذاتها، فضابط الإسناد لم يتغير بذاته إنما تحرك، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ، ص94.

(130) - بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، المجلد(4)، العدد(3)، 2021م، ص111.

(131) - د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، دار السنهوري، بيروت، 2015م ، ص98

(132) – بلاق محمد، مصدر سابق، ص113.

(133) – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص40.

(134) – د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مصدر سابق، ص41.
(135) – د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص25.
(136) – هناك من يطلق على ذلك بقواعد النزاع ذات الضوابط المتعددة، للمزيد حول هذا الموضوع، ينظر تفضلاً، د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص749.
(137) –د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص266.
(138) – د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص585.
(139) – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، 95.
(140) - يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (20) من القانون المدني لسنة 1948 المعدل والنافذ.
(141) – يقابل هذا النص في القانون المصري نص المادة (19) من القانون المدني لسنة 1948 المعدل والنافذ.
(142) – هناك نصوص أخرى وردت فيها ضوابط متعددة كما هو الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم أهلية الالتزام الصرفي الواردة في المادة(3/2/48) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984، وكذلك نص المادة (1/13) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م، والخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات.
(143) – د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص26.
(144) – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص44.
(145) – د. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص142.
(146) – د. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص69.
(147) – أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، https://jordan-lawyer.com/ تأريخ الزيارة 2024/1/24م.
(148) – آمنة فارس حامد، سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، بحث منشورفي مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،كلية القانون، جامعة بابل، المجلد(9)، العدد(4)، 2017م، ص92.
(149) – سلوى مهدي حسين، قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2023م ، ص76-86.
(150) – ورود محمد جبر، أنواع الصياغة التشريعية للقواعد الانضباطية وعيوبها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، https://mail.almerja.com/ تأريخ الزيارة 2024/1/25م.
(151) - سلوى مهدي حسين، مصدر سابق، ص86.
(152) – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص95.
(153) – د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، مصدر سابق، ص267.
(154) – صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص47و48.
(155) – أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، https://jordan-lawyer.com / تأريخ الزيارة 2024/ 1/25م.
(156) – د. كريم مزعل شبي، مصدر سابق، ص 30.
(157) – ينظر ، نص المادة(1/19) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(20) من القانون المدني المصري، ونص المادة(170) من القانون المدني الفرنسي.
(158) – ينظر، نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي، ونص المادة(19) من القانون المدني المصري.
(159) – ينظر، نص المادة (3/2/48) من قانون التجارة العراقي ، ونص المادة (2/1/388) من قانون التجارة المصري.
(160) – ينظر، نص المادة (1/13) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل والنافذ.
(161) – نصت المادة(1/13) من قانون الإثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979 المعدل والنافذ على إنه (يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي).
(162) – وردت عدة نصوص قانونية تضمنت عدة ضوابط للإسناد لم يحدد فيها المشرع الجهة المسؤولة عن اختيار القوانين التي تشير إليها الضوابط المتعددة، ومن هذه النصوص نص المادة(1/19/ ق. م. ع) الخاص بشكل الزواج، ونص المادة(1/25/ ق. م. ع) الخاص بالالتزامات التعاقدية، ونص المادة (3/2/48/ق. ت. ع) الخاص بأهلية الالتزام الصرفي.
(163) – د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص749، د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مصدر سابق، ص253-255.
(164) – د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص48، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص302.
(165) – د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 585، د. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص53.

المصادر.

أولاً / المعاجم اللغوية.

1. أبي منصور بن محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، تهذيب اللغة، ج12، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.
2. أحمد بن فارس ين زكريا القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج3، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دون بيان مكان الطبع، 1979م.
3. جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م.
4. محمد أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، 1999م.

ثانياً / المصادر القانونية.

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2002م.
2. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
5. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي (دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي)، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2008م.
6. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن _ قواعد الإسناد في القانون المصري _قواعد الاختصاص القضائي _ آثار الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
7. إياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018م.
8. بيار ما ير، فإنسان هوسيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، 2008م.
9. ثامر داوود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية(دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020م.
10. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
11. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995م.
12. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002م.
13. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، بدون ذكر مكان الطبع، 2015م.
14. سامي بديع منصور، عكاشه عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع.
15. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنه الطبع.
16. سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015م.
17. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
18. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
19. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م.
20. عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
21. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، دار السنهوري، بيروت، 2015م.
22. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015م.

23. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011م.
24. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011م.
25. غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(الجنسية – الموطن- مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)، ج1، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010م.
26. غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين_ تنازع الاختصاص القضائي_ تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011م.
27. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، بدون ذكر سنة الطبع.
28. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، (تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
29. فؤاد عبد المنعم رياض، محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.
30. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.
31. فوزي محمد سامي، فائق محمد الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011م.
32. كريم مزعل شبي، مباحث في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م.
33. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
34. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج1، ط1، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، 1999م.
35. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.
36. محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، (نحو قانون رياضي دولي خاص)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، بدون ذكر سنة الطبع.
37. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع.
38. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي- تنازع القوانين- الآثار الدولية للأحكام –التحكيم الدولي الخاص)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
39. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
40. وائل بندق، قضايا في القانون الدولي الخاص(دراسة موجزة للمبتدئين وغير المتخصصين)، الطبعة الخامسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010م.
41. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.

ثالثاً / الرسائل الجامعية.

1. براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018م.
2. سلوى مهدي حسين، قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2023م.
3. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2012م.

رابعاً / البحوث.

1. إبراهيم عباس الجبوري، الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد(42)، 2019م.
2. أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تكريت، المجلد (9)، العدد(35)، 2020م.
3. آمنة فارس حامد، سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد(9)، العدد(4)، 2017م.
4. بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية والاكاديمية، المجلد(4)، العدد(3)، 2021م.

5. شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءً على ضابط الجنسية، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد(1)، العدد(2)، 2016م.
6. عادل شمران حميد، علي شمران حميد، فلسفة الاستثناء في القانون المدني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد(3)، 2018م.
7. عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد(16)، العدد(2)، 2014م.
8. محمد جلال حسن، الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع(دراسة تحليلية وصفية مقارنة)، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد(1)، العدد(1)، بدون ذكر سنة النشر.

خامساً / القوانين.

أ: القوانين العراقية.

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.
2. قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م.
3. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984م.
4. دستور العراق الدائم لعام 2005م.

ب: القوانين المقارنة

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م.
2. القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948م.
3. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

سادساً / الأحكام القضائية.

1. Dallas p.1922. 1. 127/ série 1923

2 . حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 13 يونيه سنه 1974م، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 25.

3 . حكم محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 1مارس 1978م ، الطعن رقم 27 لسنه 45 قضائية، مجموعه محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 29.

4 . قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم 365، المؤرخ في 28/ 11/ 2016م، منشور على الموقع الإلكتروني ./https://www.sjc.iq/qview.2341

سابعاً / البحوث والمقالات المستخرجة من الأنترنت.

1. أحمد منصور، أركان قاعدة الإسناد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني ./https://jordan-lawyer.com
2. عبد الفتاح ناجي، مفهوم الماهية في الفلسفة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://mawdoo3.com/ .
3. المحاكم في العراق، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني، .https://ar.irakipedia.org/wiki/3791

ثامناً / المصادر الأجنبية.

1. niboyet, cours de droit international privé français, paris. 1949.
2. Pillet, principes du droit international privé, Paris. 1903.