

Fairness in applying conflict of laws rules within the framework of non-contractual obligations (A comparative study)

العدالة في تطبيق قواعد تنازع القوانين في إطار الالتزامات غير التعاقدية
(دراسة مقارنة)

م.د مصطفى جاسم محمد حسين

Dr. Mustafa Jassim Mohammed Hussein

جامعة تكريت – كلية القانون

القانون الخاص – القانون الدولي الخاص

Tikrit University – College of Law

Private Law – Private International Law

الملخص:

ان الالتزامات غير التعاقدية التي تتمثل بالمسؤولية التقصيرية والتي يكون اطرافها مختلفي الجنسية قد تثار بخصوصها مسألة تنازع القوانين من حيث تطبيق القانون الواجب التطبيق عليها فقد اتجهت بعض التشريعات الى تحديد التطبيق الاالي للقانون الواجب التطبيق من حيث تحديد القانون المحلي المطبق عليها او التشريعات التي اعطت مرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها من حيث اختيار الاطراق لهذا القانون.

Abstract

Non-contractual obligations, particularly tort liability, may give rise to a conflict-of-laws issue when the parties are of different nationalities, in terms of determining the law applicable to the dispute. Some legal systems have adopted an automatic approach by designating the applicable law in advance, typically by applying the local law governing the matter. Other legal systems, however, have introduced greater flexibility in determining the applicable law, including within certain limits allowing the parties to choose the law that will govern the obligation.

المقدمة

ان الالتزامات غير العقدية الناجمة عن الضرر الذي يلحق بشخص معين من بين الاشخاص الذين يحملون جنسيات مختلفة و يرتبطون بعلاقات دولية خاصة و التي يشوبها عنصر اجنبي قد اظهرت اختلافا حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات فقد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص و التشريعات القانونية التي تنظم اجراءات تطبيق القانون الواجب التطبيق عليها من حيث تطبيق القانون المحلي او تطبيق قانون ارادة الاطراف على هذه العلاقات مما يؤدي الى تحقيق المصلحة للشخص حسب وجهة نظر كل اتجاه من الفقه او كل تنظيم قانوني ينظم احكام التنازع وفق هذه الالتزامات غير العقدية و المنشأ للمسؤولية التقصيرية .

اهمية البحث

ان الاهمية الاساسية التي تكمن اهمية بحثنا في فك الجمود التقليدي لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وتوجيهها نحو المرونة في تطبيق هذه القواعد والتي تتضمن عدم تطبيق القانون المحلي عليها وانما تتجه نحو تطبيق القانون الذي يضمن مصلحة المتضرر من جراء المسؤولية التقصيرية الناجمة عن هذه الالتزامات غير التعاقدية.

اشكالية البحث

ان الاشكالية الاساسية التي يتم معالجتها بهذه الدراسة هي الجمود الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اعمال قواعد الاسناد وعدم وجود مرونة في تحديد مصلحة الشخص المتضرر كون القاضي ملزم بتطبيق هذه القاعدة بغض النظر عن المصلحة المقررة للشخص وعن الحقوق المكتسبة له او جبر الضرر.

منهجية البحث

اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية الخاصة بتنازع القوانين على صعيد التشريع العراقي والتشريعات المقارنة .

خطة البحث

للإحاطة بموضوع الدراسة قمنا بتقسيم البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: موقف الفقه من العدالة في تطبيق قواعد التنازع في الالتزامات غير العقدية .

المطلب الاول: موقف الفقه من تطبيق مبدأ الملائمة القانونية في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الثاني: موقف الفقه من التطبيق التقليدي للقانون في الالتزامات غير العقدية.

المبحث الثاني: موقف التشريعات من العدالة في تطبيق قواعد التنازع في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الاول : موقف التشريعات من تطبيق مبدأ الملائمة في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من التطبيق التقليدي للقانون في الالتزامات غير العقدية.

المبحث الاول

موقف الفقه من العدالة في تطبيق قواعد التنافس في الالتزامات غير العقدية

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير العقدية فمنهم من ايد تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير العقدية و المقصود به قانون موقع الضرر اي المكان الذي وقع فيه الضرر باعتباره الركن الاساسي من اركان المسؤولية التقصيرية و منهم من استبعد تطبيق هذا القانون و اتجه الى تطبيق معايير اخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات.

واستنادا الى ما تقدم سنقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الاول: موقف الفقه من تطبيق مبدأ الملائمة القانونية في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الثاني: موقف الفقه من التطبيق التقليدي للقانون في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الاول

موقف الفقه من تطبيق مبدأ الملائمة القانونية في الالتزامات غير العقدية

"اتجه جانب من الفقه الى أن تطبيق القانون المحلي في جميع الحالات بشأن الالتزامات غير العقدية أمراً تقليدياً لا يمكن تطبيقه و بات غير مقبولاً كونه لا ينسجم مع التطورات الحاصلة في المجتمعات, إذ ذهبوا إلى وضع عدة معايير بديلة من أبرزها:

أولاً: تطبيق القانون المختار من قبل الاطراف على الالتزامات غير العقدية.

يرى أنصار هذا الاتجاه ان من الاسلم تطبيق قانون الإرادة على النزاعات الناشئة بشأن المسؤولية التقصيرية سواء كان الامر متعلقاً بالفعل الضار أو النافع، كما هو الحال في العقود الدولية ويستند هذا الرأي إلى أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لا تقتصر على العقود بل يمكن أن تؤدي دوراً مهماً أيضاً في تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات غير العقدية⁽¹⁾, مستندين في ذلك الى عدة مبررات من أهمها⁽²⁾, أن إرادة الأطراف ليس لها دور في نشوء الالتزامات غير العقدية، أكانت ناتجة عن فعل ضار أو نافع ولا في تحديد نطاقها أو تعيين التزامات أطرافها كما هو الحال في العقود الارادية فيجب احترام هذه الإرادة وعدم إغفالها إذا اتجهت إلى اختيار

(1) د. أميد صباح عثمان القانون الواجب في الالتزامات غير التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة) دار الكتب القانونية_ القاهرة مصر _ ٢٠١١ ص ١١٣.

(2) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية اخر زيارة للموقع في 2022/8/30، بحث منشور على الموقع الآتي:

https://www.researchgate.net/publication/3٢٥٠١٩٦٦٤_alatjahat_alhdytht_fy_thdyd_alqanwnwajb_altbyq_ly_alaltzamat_ghyr_altaqdyt

قانون دولة معيّنة لتطبيقه فانها تُعبّر عن رغبة الطرفين في حماية مصالحهما وتسعى إلى تحقيق الأمان القانوني الذي يطمحان إليه، وكذلك من شأنه أن يُسهم في تحقيق العدالة بين الطرفين إذ إنهما يحددان القانون الاجدر على تحقيق العدالة في حماية مصالحهما المشروعة.

ثانياً: تطبيق القانون الملائم.

ذهب الاتجاه الفقهي الى أنه يجب على القاضي أن يتحرر من تكييف الواقعة على القواعد التقليدية التي تُخضع المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي وأن يتجه إلى البحث عن القانون الاكثر ملائمة لتطبيقه على تلك الوقائع المنشئة للمسؤولية، مستندا في ذلك إلى مدى تطابقه للظروف التي نشأت فيها الواقعة ومنطلق هذا التوجه أن المشكلات الناجمة عن الفعل الضار أو النافع لا تختلف في جوهرها عن تلك التي تنشأ عن العقود الارادية، مما يوجب على قاضي الموضوع أن يفسر هذه المسائل ويفكك عناصرها ويتعامل معها بطريقة أكثر ملائمة تحقق حاجات المجتمع ويؤكد أنصار هذا الاتجاه الى انه يجب على المحاكم أن تراعي في تطبيق القانون الملائم على الوقائع المنشئة للمسؤولية التقصيرية حالات المجتمع وظروف ومصالح الأطراف في اطار الحالات التي تتمتع بأكثر حركية كالمضاربات المالية و الوقائع الناشئة عن النشاطات الرياضية، إذ يجب على القاضي المعروض امامه النزاع بشأن هذه الالتزامات ان ينتهج منهج تطبيق القواعد المرنة كون هذه الوقائع تختلف من حيث الاثر عن بعضها بعضا و بذلك استبعاد القواعد التقليدية يحقق أكثر مصلحة للأطراف الذين تضرروا من هذه الوقائع وبذلك تتحقق العدالة في حماية مصالحهم⁽¹⁾.

ثالثاً: تطبيق القانون الاصلح للمضرور.

يرى أنصار هذا الاتجاه ان تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية يجب ان يحقق مصلحة المضرور بجبر الضرر عنه من خلال تحقيق التعويض العادل له و بذلك يجب على القاضي ان يبين الطرف الذي وقع عليه الضرر و يطبق القانون الاكثر ملائمة لجبر الضرر عنه سواء كان القانون المحلي أي قانون المكان الذي وقع فيه الضرر او القانون الاكثر ملائمة لجبر الضرر عنه وبذلك يحقق العدالة في تحقيق مصلحة المضرور⁽²⁾.

ان المعيار المؤدي الى تحديد او اختيار القانون الاصلح للمضرور هو المضرور ذاته من خلال قيام المشرع بمنح مرونة في النصوص القانونية المنظمة لقواعد التنزع الخاصة بالمسؤولية التقصيرية من خلال منح المضرور امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحقق مصلحته من خلال جبر الضرر الواقع عليه و الذي يرى من ذاته ان هذا القانون هو الاكثر ملائمة في جبر الضرر عنه و منحه التعويض العادل لتحقيق مصلحته و رفع

(1) د. محمد سليمان الاحمد تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية الطبعة الأولى دار وائل للنشر والتوزيع عمان الاردن ٢٠٠٥ ص ١٧٦ وما بعدها.

(2) د. جمال محمود الكردي حلول مشكلة الاختصاص القضائي والتشريعي بدعاوى المسؤولية والتعويض عن مزار التلوث البيئي العابر للحدود الطبعة الأولى دار النهضة العربية للنشر والتوزيع القاهرة مصر _ ٢٠١٥ _ ص ١٥١ وما بعدها.

الضرر عنه⁽¹⁾، أو من خلال تطبيق القانون الذي يخفف من عبئ الإثبات الملقى على عاتقه، ومن ثم سيختار القانون الذي سيحقق مصالحه على النحو المشار إليه.

أن عملية الترجيح بين القوانين تظهر في الحالات التي يتزاحم فيها أكثر من قانون لحكم العلاقة محل النزاع وهو ما يحدث عند توزع عناصر المسؤولية التقصيرية بين دولتين أو أكثر كما لو وقع الضرر في دولة بينما وقع الفعل المنشئ للواقعة في دولة أخرى و في هذه الحالات لا بد من ترجيح أحد القوانين المتزاحمة لتطبيقه وعليه أن يُمنح المضرور حق اختيار القانون الأنسب للتطبيق باعتباره الطرف الأجدر بالحماية وإذا مُنح هذا الحق فمن الطبيعي أن يختار القانون الذي يحقق مصالحه على نحو أفضل كأن يُفضل قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار إذا كان نطاق التعويض فيها أوسع أو إذا كانت قواعد الإثبات فيها أكثر تيسيراً مقارنة بقانون الدولة التي وقع فيها الضرر ومن شأن هذا التوجه أن يُضفي مزيداً من المرونة على القاعدة التقليدية في إسناد الالتزامات غير العقدية ويُسهّم في تصحيح مسارها بما يجعلها أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهي الغاية الأساسية التي وُضعت من أجلها قاعدة الإسناد⁽²⁾.

المطلب الثاني

موقف الفقه من التطبيق التقليدي للقانون في الالتزامات غير العقدية

"اتجه الفقه في إطار التطورات الحديثة إلى القول بضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية استناداً إلى فكرة التركيز الاجتماعي للمسؤولية، وذلك في الأحوال التي يُقدّر فيها القاضي عدم ملاءمة القانون المحلي لحكم دعوى المسؤولية.

ويستند في عدم الملاءمة وفقاً لهذا الاتجاه إلى أن تطبيق القانون المحلي قد يكون قائماً على أسباب تتعلق بعوامل بطرفي المسؤولية كالجنسية أو الموطن أو محل الإقامة أو بالنظر إلى ظروف الدعوى وعناصرها الخاصة وفي مثل هذه الحالات تقتضي ضرورة تأمين استقرار المعاملات العابرة وتعزيز فاعلية الأحكام القضائية الدولية واستبعاد تطبيق القانون المحلي متى تبين أنه غير ملائم وعليه من الأجدر تحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء فكرة الإسناد المتمثلة بالتركيز الاجتماعي لما توفره من واقعية ومرونة تسهم في تحقيق العدالة في العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي⁽³⁾، وبذلك يعني التركيز الاجتماعي هي الظروف التي تنشأ في ضلها الوقائع المنشئة للمسؤولية

(1) هذا ما فعلته أغلب التشريعات الحديثة والتي من أبرزها مجلة القانون الدولي الخاص التونسي وذلك في الفصل (٧٠) منها والذي نص على أنه: "تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار. إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك....."

(2) د. محمد جلال حسن الأتروشي؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي؛ د. عبد الله فاضل ميراني القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية (الكتاب الثاني الطبعة الأولى مكتبة يادكار في السليمانية العراق ٢٠٢٠ ص ١٨٣ وما بعدها.

(3) د. جابر سالم عبد الغفار - تنازع القوانين في مجال حوادث العمل دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر - ٢٠١٠ - ص ٧٨.

التقصيرية الناجمة عن الفعل الضار او النافع والتي في ضوءها يتضرر الشخص من الناحية المادية او المعنوية بعيداً عن الواقع الجغرافي المتمثل بالمكان الذي نشأت فيه الواقعة⁽¹⁾.

وعلى سبيل المثال حدوث حادث سير بين شخصين اجنبيين يحملان الجنسية الكندية في بغداد وبعد معافاة المصاب من هذا الحادث اقام دعوى للتعويض عن الضرر الذي اصابه امام المحاكم الكندية فبموجب قواعد الاسناد يطبق القاضي القانون المحلي اي قانون الموقع الجغرافي لحدوث الواقعة الا وهي القانون العراقي فبموجب هذه الحالة يقرر القانون العراقي تعويضه عن الضرر المادي والمعنوي الذي اصابه بقدر اقل من التعويض الذي تقررته المحاكم الكندية⁽²⁾, لذلك اتجه الفقه الحديث الى تطبيق القانون الاكثر ملائمة من الناحية الاجتماعية على الوقائع المنشئة للمسؤولية التقصيرية وبسبب التطورات التي حدثت بعد الثورات الصناعية والتكنولوجية التي وضعت وسائل تنقل وتعاقد عابرة للحدود مما قلل من ملائمة القانون المحلي الذي يعتمد على الموقع الجغرافي التي نشأت في حدوده الواقعة المنشأة للالتزامات غير العقدية⁽³⁾, مستندين في ذلك الى ان القانون المحلي المتمثل بالموقع الجغرافي للواقعة لا يحقق المصلحة من ناحية التعويض والعدالة في تقديره من جانب المضرور كون النصوص الموضوعية المعالجة لهذه الوقائع تختلف من دولة الى اخرى وكذلك منح القاضي الحرية والمرونة في تقدير القانون الاكثر ملائمة على الوقائع المنشئة للمسؤولية التقصيرية من حيث مصلحة الاطراف في الالتزامات غير العقدية ومنح الاطراف الحرية الكاملة في تقدير القانون الاكثر ملائمة على الواقعة⁽⁴⁾.

مما تقيم يتبين لنا ان الاتجاهات الفقهية قد جاءت لتحقيق هدف موحد والمتمثل بإعطاء المرونة اللازمة للقاضي ولأطراف النزاع في تحديد القانون الاكثر ملائمة على الواقعة المنشئة للمسؤولية التقصيرية نتيجة للتطورات الحاصلة على صعيد الظروف الدولية وبالابتعاد عن الجمود في تطبيق القانون المحلي من خلال تحديده عن طريق قواعد الاسناد والذي يؤدي الى الالتزام الطوعي من قبل القاضي بالقانون المحلي الذي لا يتلاءم مع مصلحة اطراف النزاع ولا يمنحه السلطة التقديرية اللازمة لجبر الضرر الناشئ عن المسؤولية التقصيرية وبذلك لا يحقق العدالة اللازمة لأطراف النزاع وعلية من جانبنا نؤيد تطبيق هذين الاتجاهين كونهما يحققان غاية النصوص القانونية التي عالجت جبر الضرر بالتعويض العادل الناجم عن المسؤولية التقصيرية في ضوء الالتزامات غير العقدية".

(1) د. جمال محمود الكردي مصدر سابق_ ص ١٥٦.

(2) د. أميد صباح عثمان مصدر سابق_ ص ١٢٤.

(3) د. محمد الروبي تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي روما ٢ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية دار النهضة العربية القاهرة مصر_ ٢٠٠٥ ص ٧٥.

(4) د. حسام الدين ناصف فتحي المرونة المتطلبية في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة) - مصدر سابق_ ص ٤٢.

المبحث الثاني

موقف التشريع من العدالة في تطبيق قواعد التنافس في الالتزامات غير العقدية

"وفي خضم البحث عن موقف التشريعات من مبدأ الغائية في الالتزامات غير العقدية فأنها لم تجتمع على موقف موحد وأختلف موقفها بين مؤيد تبني الغائية بنصوص واضحة، وبين معارض لم يتأثر بمضامين هذا التوجه ولم يغير من موقفه، وأفرز هذا الاختلاف في التوجه ظهور اتجاهان، وأن اللامم بهما يتطلب منا أن نبحثهما تباعاً وفق الآتي:

المطلب الاول: موقف التشريعات من تطبيق قانون مبدأ الملائمة في الالتزامات غير العقدية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من تطبيق القانون التقليدي في الالتزامات غير العقدية."

المطلب الاول

موقف التشريعات من تطبيق مبدأ الملائمة في الالتزامات غير العقدية.

"ويتمثل ذلك بموقف القانون الدولي الخاص الألماني وذلك في نص المادة (42) منه والتي نصت على أنه: "يستطيع الأطراف بعد حدوث الواقعة المنشئة لرابطة الالتزام غير التعاقدية اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك الرابطة وذلك دون المساس بحقوق الغير".

ومن خلال مطالعة النص اعلاه يتبين لنا أن المشرع الألماني قد تبني الغائية في الالتزامات غير العقدية، من خلال منح اطراف الالتزام غير العقدي مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق، ولم يقيد الاطراف بضرورة اختيار قانون معين وإنما أباح لهم اختيار القانون الذي يروه مناسباً في هذا الخصوص، وأن تقييده لإرادة الاطراف بضرورة أن يكون الاختيار بعد حدوث الواقعة المنشئة للالتزام غير العقدي جاء سليماً لأنه ليس من المتصور قيام هذه الإرادة بأي دور إلا في وقت لاحق لنشوء الالتزام خصوصاً في مجال الفعل الضار، كل ذلك مرهون بأن لا يترتب على الاختيار الاضرار بحقوق الغير، وإيراد هذا الضابط يعد من الامور المنطقية استناداً لنسبية أثر الاتفاق الذي لا يلزم إلا أطرافه، كما لو اتفق المضرور ومحدث الضرر على تطبيق قانون دولة يضر بحقوق شركة التأمين المؤمنة لديها المركبة التي تسببت في الحادث الذي نجم عنه الضرر، فأن مثل هذا الاتفاق لا يعتد به ولا يترتب أثره على شركة التأمين لكونه يؤدي الى أهدار الحكمة التشريعية من منح الاطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع.

جاء هذا الموقف مشابهاً لما تبناه مشروع التنظيم الاوربي (روما2) رقم (47) لسنة 2003 الخاص بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، إذ نصت المادة (11) منه على أنه: "1- يجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدية، وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً ولا يمكن أن يضر بحقوق الغير. 2- اختيار الاطراف لقانون معين لا يمكن، عندما تكون كافة العناصر الاخرى للمسألة

متركة، وقت نشوء الالتزام في دولة أخرى غير تلك التي تم اختيار قانونها، أن تخل بتطبيق النصوص التي لا يسمح قانون هذه الدولة بمخالفتها عن طريق الاتفاق والتي نطلق عليها النصوص الأمرة.....".

ومن خلال النص أعلاه فقد أعطى المشرع الدولي الحرية التامة للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق مسائراً بذلك التوجه الغائي الحديث، ولضمان عدم الخروج عن الحكمة التشريعية التي ابتغاهها واضع النص فقد أورد ضوابط عديدة ضمن من خلالها سلامة الاختيار وهي:

1- أن يكون الاختيار صريحاً، فلا مجال للقاضي البحث عن الإرادة الضمنية على غرار ما معمول به في العقود، لعدم تصور قيام الإرادة بأي دور قبل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام غير العقدي.

2- أن لا يترتب على الاختيار الأضرار بحقوق الغير.

3- أن لا تكون الغاية من الاختيار التحايل والغش على النصوص الأمرة في القانون المختص بحكم العلاقة أصلاً. فيما جاء موقف القانون الدولي الخاص السويسري رقم (291) لسنة 1989 مغايراً بعض الشيء للتشريعات أعلاه في حدود قانون الإرادة، إذ نصت المادة (132) منه على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق في أي وقت، وبعد وقوع الحادث الضار، على تطبيق قانون القاضي"، يطابقه في ذلك نص الفصل (71)⁽¹⁾ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998.

فعلى الرغم من منح المشرع السويسري إرادة الأطراف الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قصر حق الاختيار على قانون القاضي الناظر للزراع وهذا القيد ليس له ما يبرره لأن المشرع حينما منح الأطراف مكنة الاختيار إنما يعلم أن الأطراف أجدر من غيرهم وأكثر حرصاً على اختيار القانون الأكثر ملائمة لعلاقتهم غير العقدية، مما يستلزم احترام هذه الإرادة وعدم تقييدها ومنحها الحرية التامة في الاختيار غير المخل على غرار ما أشرنا إليه في القانون الألماني، وكذلك أورد قيداً زمنياً بضرورة اختيار القانون الواجب التطبيق بعد وقوع الحادث المنشئ للالتزام غير العقدي، وهذا يعد أمراً منطقياً لعدم تصور وجود تدخل إرادي من قبل الأطراف في نشوء ذلك الالتزام.

وعند تخلف الاختيار من قبل الأطراف فقد اخضع المشرع الألماني الالتزامات غير العقدية لقانون الواسط الاجتماعي الذي حدث في إطاره الواقعة المنشئة للالتزام غير العقدي، إذ نصت المادة (40) منه على أنه: "إذا كان الطرف المسؤول والطرف المتضرر، وقت وقوع الحادث الاساسي للمسؤولية قد أقام كلاهما بشكل اعتيادي في نفس البلد فسيتم تطبيق قانون تلك الدولة"، يطابقه في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (133)⁽²⁾ من

(1) إذ ينص الفصل أعلاه على أنه: "يمكن للأطراف، بعد حصول الفعل الضار، الاتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في طور الابتدائي".

(2) إذ تنص الفقرة الأولى من المادة أعلاه على أنه: ١- عندما يكون للفاعل والمتضرر موطن مشترك على وجه الاعتقاد في دولة واحدة فإن المطالبات المؤسسة على العمل غير المشروع تكون خاضعة لقانون هذه الدولة".

القانون الدولي الخاص السويسري، يطابقه في ذلك نص الفصل (70)⁽¹⁾ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي وذلك في الشطر الأخير منه.

ولم يقف المشرع الألماني عند هذا الحد إنما ذهب إلى أبعد من ذلك محققاً الغائية بأبهى صورها من خلال إلزام قاضي الموضوع بضرورة تطبيق القانون الملانم عند عدم وجود الاختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وتخلف الضوابط الشخصية لطرفي العلاقة (المتضرر والمسؤول عن الضرر) المعبرة عن قانون الوسط الاجتماعي التي أشارت إليها المادة (40) أعلاه، وهذا ما جاء به نص المادة (41) من القانون الدولي الخاص الألماني والتي نصت على أنه: "أما إذا كان هناك قانوناً آخر أوثق صلة وأشد ارتباطاً بالواقعة وأكثر توثيقاً مع توقعاتهم وجب تطبيق ذلك القانون".

وأضفى المشرع التونسي مرونة أكثر مواكباً التطورات الحاصلة على صعيد المسؤولية التقصيرية من خلال إجازته تطبيق القانون الأصلح للمضرور في الأحوال التي تتوزع فيها العناصر المكونة لتلك المسؤولية في أكثر من دولة، عن طريق منح الطرف المضرور مكنة اختيار تطبيق قانون الدولة التي حدث فيها الضرر إذا رأى أن تطبيق القانون الأخير هو الأصلح له من بين بقية القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع، هذا ما أشار إليه نص الفصل (70) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والذي نص على أنه: "..... إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإنّ قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك....." يقابله في ذلك نص المادة (32)⁽²⁾ من القانون الدولي الخاص المجري.

المطلب الثاني

موقف التشريعات من التطبيق المحلي للقانون في الالتزامات غير العقدية

"ويتمثل ذلك بموقف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وذلك في نص الفقرة الأولى من المادة (27) منه والتي نصت على أنه: "1- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، يطابقه في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (21)⁽³⁾ من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

ومن خلال النص أعلاه يتبين بأن المشرع العراقي لم يتبنى الغائية كونه أخضع الالتزامات غير العقدية بشكل عام لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، ومن ثم فإنه لم يعط للقاضي أدنى سلطة تقديرية للتحرري

(1) إذ ينص الفصل أعلاه على أنه: "..... وإذا كان للمتسبب وللمتضرر مكان معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة".

(2) إذ تنص المادة أعلاه على أنه: "تخضع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الخطأ أو قانون محل تحقق الضرر مهما أصلح للمضرور".

(3) إذ تنص الفقرة الأولى من المادة أعلاه على أنه: "1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

عن القانون الأكثر ملائمة لحكم الواقعة لاسيما في الأحوال التي يكون فيها القانون المحلي غير منسجماً مع التوقعات المشروعة للأطراف ولا يعطي الحل الملائم على النحو الذي أسلفناه.

وحيث أن التطور التي شهدته المسؤولية التقصيرية أفرز أن التطبيق الآلي الاصم للقانون المحلي يشكل عقبة أمام إيجاد الحلول المناسبة، وأن تطبيقه بالطريقة الآلية المعهودة سبب الشذوذ في أغلب الحالات التي يكون فيها الحادث المنشئ للالتزام غير العقدي حدث بطريقة عارضة وعن طريق الصدفة، مما سيؤدي تطبيقه الى الحاق الضرر بطرفي العلاقة وبالأخص الطرف المضرور لا سيما في الفرض الذي يكون فيها هذا القانون لا يكفل له مكنة الحصول على التعويض الكامل بما يعادل حجم الضرر الذي أصابه.

لذا فنحن نرى كباحثين ومن باب التواضع أن على المشرع العراقي ونتيجة لقصور موقفه من الناحية التشريعية، أن يفسح المجال لإرادة الأطراف أن تأخذ دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير العقدية على غرار ما فعلته التشريعات الحديثة والتي من أبرزها القانون الألماني، وفي حال عدم وجود اختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق فيتم اللجوء الى تطبيق القانون المحلي بمفهومه الاجتماعي، على اعتباره وسيلة تصحيحية وتقويمية لما عسى أن يفرزه التطبيق الآلي الاصم للقانون المحلي بمفهومه الجغرافي من شذوذ في أغلب الأحيان، وذلك عن طريق تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (27) من القانون المدني العراقي وإضافة فقرتين لنفس المادة على النحو الذي تكون به أكثر مواكبة للتطورات وأكثر تحقيقاً لتوقعات الأطراف، ونقترح أن يكون النص بعد التعديل بالشكل الآتي: "1- يسري على الالتزامات غير العقدية القانون الذي يختاره الأطراف، على أن لا يضر بحقوق الغير، ولا يخالف القواعد الأمرة في القانون المختص بحكم العلاقة أصلاً. 2- عند غياب الاختيار من قبل الأطراف يطبق قانون الإقامة المعتادة المشترك للطرفين 3- عند تغلف الفقرتين (1 و2) من هذه المادة فيطبق القاضي القانون الأشد ارتباطاً بالواقعة وأكثر توثيقاً مع توقعات الأطراف".

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة بحثنا الموسوم ب(العدالة في تطبيق قواعد تنازع القوانين في اطار الالتزامات غير التعاقدية-دراسة مقارنة) توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

اولاً: النتائج

- 1- ان بعض التشريعات القانونية قد منحت حرية الاختيار للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية دون تحديد اي قيد على حريتهم
- 2- ان تحديد القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية قد اتجهت فيه بعض التشريعات الى الاخذ بحرية الاختيار بموجب قيد معين يتمثل بتطبيق قانون القاضي المعروض امامه النزاع

- 3- في حال عدم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف فان تحديده يتم بموجب تطبيق قانون الوسط الذي وقع فيه الضرر
- 4- ان بعض التشريعات قد اتجهت الى تطبيق القانون الاكثر ملائمة على الالتزامات غير التعاقدية في حال تراحم القوانين وبذلك يطبق القانون الاصلح للمضروب.
- 5- ان المشرع العراقي قد اخذ بمبدأ التطبيق الاي لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية من خلال تحديد القانون المحلي الذي يطبق على الالتزامات غير التعاقدية والمتمثل بقانون موقع الضرر.

ثانياً: التوصيات

نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (27) من القانون المدني العراقي على النحو الاتي: "1- يسري على الالتزامات غير العقدية القانون الذي يختاره الاطراف، على أن لا يضر بحقوق الغير، ولا يخالف القواعد الأمرة في القانون المختص بحكم العلاقة أصلاً. 2- عند غياب الاختيار من قبل الاطراف يطبق قانون الإقامة المعتادة المشترك للطرفين 3- عند تخلف الفقرتين (1و2) من هذه المادة فيطبق القاضي القانون الأشد ارتباطاً بالواقعة وأكثر توثيقاً مع توقعات الاطراف".

المصادر

- 1- د. أميد صباح عثمان القانون الواجب في الالتزامات غير التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة) دار الكتب القانونية_ القاهرة مصر_ ٢٠١١.
- 2- د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية اخر زيارة للموقع في 2022/8/30، بحث منشور على الموقع الاتي: https://www.researchgate.net/publication/321966532_alatjihat_alhdyth_fy_thdyd .
- 3- د. محمد سليمان الاحمد تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية الطبعة الأولى دار وائل للنشر والتوزيع عمان الاردن ٢٠٠5.
- 4- د. جمال محمود الكردي حلول مشكلة الاختصاص القضائي والتشريعي بدعوى المسؤولية والتعويض عن مضار التلوث البيئي العابر للحدود الطبعة الأولى دار النهضة العربية للنشر والتوزيع القاهرة مصر_ ٢٠١٥_ ص ١٥١ وما بعدها.
- 5- د. محمد جلال حسن الاتروشي؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي؛ د. عبد الله فاضل ميراني القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الاحكام الاجنبية) الكتاب الثاني الطبعة الأولى مكتبة يادكار في السليمانية العراق ٢٠٢٠.

- 6- د. جابر سالم عبد الغفار_ تنازع القوانين في مجال حوادث العمل دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر _ ٢٠١٠.
- 7- د. محمد الروبي تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي روما ٢ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية دار النهضة العربية القاهرة مصر _ ٢٠٠٥.
- 8- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 9- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- 10- القانون الدولي الخاص الالماني.
- 11- القانون الدولي الخاص السويسري رقم 291 لسنة 1987.
- 12- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي (97) لسنة 1998.