

القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر (دراسة تحليلية مقارنة)  
*The law applicable to the employment contract of the illegal migrant in the host country*  
 (A comparative analytical study)

بحث مقدم من قبل

د. أمير أشكح عبد علي المعموري  
 تدريسي في كلية الإمام الكاظم(ع) - أقسام بابل  
 أ.م.د. باسم ذهاب خلف  
 كلية القانون - الجامعة العراقية

### الخلاصة .

تعنى هذه الدراسة بالقانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر بأعتبار أن عقد العمل الدولي من العقود التي تمتاز بخصوصية ، كونها تختلف عن بقية العقود الخاصة من ناحية تحديد الصفة الدولية على العقود لتطرق العنصر الأجنبي المتمثل بجنسية المهاجر غير الشرعي ، وبالتالي فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي من المسائل الصعبة والتي أثارت جدلاً وخلافاً كبيراً على مستوى الفقه والقضاء، مما أدى الى وجود تناقض بين آراء الفقه وأحكام القضاء في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد ، وبقيت الحلول متضاربة حول تطبيق قانون الإرادة أو محل الإبرام أو التنفيذ، وكثرة القوانين التي يدخل هذا الموضوع ضمن نطاقها ، ولا سيما علاقات العمل الدولية المشوبة بعنصر أجنبي من أجل الوصول إلى أفضل الحلول لحماية العامل باعتباره العاقد الضعيف للحصول على حقة. وكذلك حاجة القانون العراقي إلى نصوص واضحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي بشكل عام وعقد عمل المهاجر غير الشرعي بشكل خاص، سواء ضمن قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وضمن قواعد قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 ، وقواعد قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (18) لسنة 2023. لينتهي الأمر بترك المجال أمام الاجتهاد القضائي .

الكلمات المفتاحية ، القانون الواجب التطبيق ، عقد عمل المهاجر غير الشرعي ، قانون دولة التنفيذ ، القانون الأصح للعامل.

### Abstract

This study deals with the law applicable to the employment contract of the illegal migrant in the host country, considering that the international employment contract is one of the contracts that has distinct characteristics, as it differs from other private contracts in terms of determining the international nature of the contracts due to the presence of the foreign element represented by the nationality of the illegal migrant. Consequently, the issue of determining the law applicable to the employment contract of the illegal migrant is a difficult one and has stirred considerable debate and disagreement in jurisprudence and judiciary, leading to contradictions between scholarly opinions and judicial rulings regarding the law to be applied to that contract. The solutions have remained conflicting concerning the application of the law of will, the place of conclusion, or the place of execution, due to the multitude of laws that this subject falls under, especially international labor relations involving a foreign element, in order to reach the best solutions for protecting the worker as the weaker contracting party to secure his rights. Likewise, there is a need in Iraqi law for clear provisions to determine the law applicable to international employment contracts in general and the employment contract of the illegal migrant in particular, whether within the conflict-of-law rules in the Keywords, applicable law, employment contract of the illegal immigrant, law of the enforcing state, the law most suitable for the worker Iraqi Civil Code No. (40) of 1951

## المقدمة

## أولاً - أهمية البحث :

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر من المسائل العملية المعقدة في القانون الدولي الخاص ، نظراً لما يتمتع به هذا العقد من خصوصية لا تتوفر في باقي العقود الأخرى ، هنا بات التساؤل يتردد حول جدوى القانون الدولي الخاص وما يكتنفه من مناهج لتنظيم هذه المعاملات وما هو الأسلوب الأمثل لتحديد القانون الذي يلبي متطلبات العقد، هذا لأن مناهج القانون الدولي الخاص - وكما هو معلوم وجدت لتنظيم معاملات لا تتصف بما يتصف به عقد عمل المهاجر غير الشرعي من خصوصية ويكتسب الموضوع أهمية إضافية ليس فقط بسبب معالجته لأحد المواضيع الرئيسية في مجال عقد العمل بل لما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق. ويكتسب الموضوع الأهمية هذه أيضاً بسبب تعلق الأمر بحماية العاقد الضعيف ( العامل ) في عقد العمل الدولي لاسيما بعد اهتمام المشرع بمسألة حماية العامل وضمان حقوقه باعتباره الطرف الضعيف في العقد. وجاءت هذه الدراسة لاستعراض عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر، ومدى خضوعه لقانون الإرادة واستعراض بعض ضوابط الإسناد، وبيان مدى خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون دولة التنفيذ مع القيود التي ترد عليه وموقف المشرع العراقي من ذلك .

## ثانياً - أسباب اختيار الموضوع :

إن من أهم الأسباب التي دعتنا لاختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي هي كثرة القوانين التي يدخل هذا الموضوع ضمن نطاقها ، ولا سيما علاقات العمل الدولية المشوبة بعنصر أجنبي من أجل الوصول إلى أفضل الحلول لحماية العامل باعتباره العاقد الضعيف للحصول على حقه. ومن الأسباب الأخرى التي دعتنا لاختيار الموضوع هو حاجة القانون العراقي إلى نصوص واضحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي بشكل عام وعقد عمل المهاجر غير الشرعي بشكل خاص، سواء ضمن قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وضمن قواعد قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 ، وقواعد قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (18) لسنة 2023.

## ثالثاً - منهجية البحث:

انتهجت الدراسة أسلوب البحث القانوني التحليلي المقارن ، وذلك من خلال مقارنة النصوص المتاحة في القانون المدني العراقي مع القانون المدني الفرنسي وقانون العمل، فضلاً عن استعراض الآراء الفقهية والأحكام القضائية أن وجدت بهذا، الخصوص وقد حاولنا في بحثنا هذا أن يكون التحليل جامعاً لموقف التشريع والقضاء والفقهاء إن أمكن ذلك.

## رابعاً - هيكلية البحث:

تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين وكان المبحث الأول بعنوان (خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون الإرادة). أما المبحث الثاني فكان بعنوان ( خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون دولة التنفيذ ). فضلاً عن المقدمة والخاتمة ، وكما يأتي:

المبحث الأول: خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون الإرادة.

المطلب الأول: عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر وقانون الإرادة.

المطلب الثاني: تطبيق القانون الشخصي على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر.

المبحث الثاني: خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون دولة التنفيذ.

المطلب الأول: قانون مكان تنفيذ عقد عمل المهاجر غير الشرعي.

المطلب الثاني: القيود التي ترد على قانون مكان تنفيذ العقد، وموقف المشرع العراقي.

## المبحث الأول/خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون الإرادة

هناك اتجاهان يرى الأول اعتناق قانون الإرادة على إطلاقه ، ويرى الآخر الأخذ به في حدود معينة على أساس أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون المطبق على عقدهم ليست مطلقة بل هي مقيدة و لا تتعارض مع النصوص الأخرى ومرتبطة بعقد العمل في جانبه التنظيمي في مطلب أول والمتعلق بعقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر وقانون الإرادة ، غير أن هناك من رفض هذا الاتجاه ودعا لتطبيق القانون الشخصي على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر في مطلب ثان.

## المطلب الأول/عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر وقانون الإرادة

يعد عقد العمل بشكل عام وعقد عمل المهاجر غير الشرعي بدولة المهجر بشكل خاص عقداً كسائر العقود يخضع للقواعد العامة في العقود ، ومن ذلك خضوع القانون المطبق عليه لمبدأ سلطان الإرادة إذ إن إرادة أطراف العلاقة العقدية ( رب العمل والعامل ) هي التي تتولى اختياره باعتباره ضابط الإسناد ، حيث نصت المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). وهو رأي القانون الدولي الخاص البلجيكي والصادر في 16 تموز 2004 في المادة (98) منه والتي نص على أنه فيما يخص (القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تحده الاتفاقية المبرمة في روما 19

حزيران 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيما عدا الأحوال التي ينص القانون على خلافها، تخضع الالتزامات التعاقدية التي تستبعد هذه الاتفاقية من نطاق تطبيقها للقانون الواجب التطبيق بموجب المواد 3 الى 14 ( منها وبالعودة إلى تلك الاتفاقية والتي تم تعديلها في عام 2008 والمسماة لائحة روما 1 لعام 2008 في نص المادة (8) والتي نصت على أن ((1- بالنسبة لعقد العمل الفردي فيخضع للقانون الذي يختاره طرفا العقد وفقاً للمادة 3 من هذه اللائحة ، على أن لا يكون من شأن هذا الاختيار أن يجرد المستخدم من الحماية التي توفرها القوانين التي تعد من النظام العام ، ولا يجوز النص على استبعادها من العقد، أما عند عدم قيام المتعاقدين بالاختيار فيتم تطبيق الفقرات 2 و3 و4 من هذه المادة. 2- وفي حالة عدم قيام المتعاقدين في عقد العمل الفردي باختيار القانون واجب التطبيق ، عند ذلك يخضع العقد لقانون الدولة التي يمارس فيها المستخدم عملة بموجب العقد ، وهذا المكان لا يعتبر قد تغير لمجرد أن المستخدم قد تم التعاقد معه مؤقتاً في دولة أخرى. 3- فإذا لم يكن تحديد القانون الواجب التطبيق بعد تطبيق الفقرة 2 أعلاه ، عند ذلك يخضع العقد لقانون الدولة التي يقع فيه مكان العمل التي تعاقده فيه المستخدم . 4- أما إذا تبين من خلال الظروف المحيطة أن العقد له صلة قريبة مع دولة من غير الدول المنصوص عليها في الفقرتين 2،3 السابقتين ، عند ذلك يطبق قانون تلك الدولة ) ولا يوجد نص مماثل في القانون العراقي للمادة اعلاه (1). والواقع العملي يثبت صدور بعض الأحكام القضائية التي تؤيد خضوع عقد العمل ذا الطابع الدولي إلى قانون الإرادة ، ومن ضمنها الحكم الصادر من محكمة استئناف ميلانو في (26) سبتمبر (2). القانون الفرنسي على عقد عمل نفذ في إيطاليا، بين شركة فرنسية وعامل فرنسي، وكان القانون الفرنسي هو قانون مكان إبرام العقد وفي الوقت نفسه قانون الجنسية المشتركة للخصوم ، ولا شك أن المحكمة في حكمها هذا طبقت القاعدة العامة في العقود في مسألة تنازع القوانين في علاقات العمل ، أي أنها اعتمدت بالطابع التقليدي البحث لعقد العمل أسوةً بغيره من العقود. وهذا هو رأي القانون الدولي الخاص البلجيكي المادة (96) والذي نص على أنه (إضافة للأحوال المنصوص عليها في أحكام عامة في هذا القانون، تكون المحاكم البلجيكية مختصة بالنظر في كل دعوى في ميدان الالتزامات إذا تعلقت الدعوى 1- بالتزام تعاقدي، أ- إذا نشأ في بلجيكا، أو ب- إذا تم تنفيذه في بلجيكا أو كان واجب التنفيذ فيها) والمادة (97) التي نصت على أن ( 2- في ميدان علاقات العمل الفردية ، يعد الالتزام التعاقدية قد تم تنفيذه في بلجيكا على وفق معنى المادة (96) إذا أنجز العامل عملة بشكل معتاد في بلجيكا وقت النزاع (3). كذلك في حكم لمحكمة السين بتاريخ أول يولييه 1960 طبقت القانون الفيتنامي على عقد العمل المبرم بين عامل فرنسي وشركة كائنة في سايجون وإسناد الحكم إلى قصد المتعاقدين المشترك الذي استخلصته من بعض ظروف النزاع . وحاصلها أن الأجر كان يودي بعملة الهند الصينية، وأن العامل انتفع بالزيادة في الأجر المنصوص عليها في تشريع الهند (4). وقد طبق القضاء قانون الإرادة بوصفه ضابطاً إسناد الخاص بالالتزامات التعاقدية، وبالتالي يجيز للمتعاقد أن تكون علاقتهم محكومة بالقانون الذي اختاره صراحةً أو ضمناً (5). ويلاحظ أن جانباً من الفقه قد اتجه إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة في عقود العمل ذات الطابع الدولي لوجود ما يبرر هذا التقييد، من حيث أن عقد العمل بعض جوانبه تحكم بقواعد القانون الخاص وجوانب أخرى بقواعد القانون العام والأمن، وهذا ما يوجب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل تبعاً لطبيعة المسألة المثارة، فإذا كانت هذه الأخيرة تندرج ضمن القانون العام بناي عن إرادة أطراف العلاقة ، لأن التنظيم هذا يعد في فرنسا إجراءً بوليسياً يرتبط بتنظيم الدولة ، وهذا واضح في تنظيم الاستراحة الأسبوعية مدة العمل التي تخضع للقانون العام ، أما إذا كانت تندرج ضمن القانون الخاص فإنه يتعين إعمال قواعد التنازع وإخضاعها لمبدأ سلطان الإرادة (6). وهنا لا يقوم القاضي بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين حالة غيابها، إنما يتولى البحث عن الإرادة المفترضة ، أي أنه يفرض ارادة غير موجودة فعلاً ليتوصل إليها من خلال إسناد العلاقة لضابط إسناد محدد (7). ويرى آخرون (8) أن في حالة عدم وجود نص يطبق قانون الإرادة على العقد فإذا تعذر وجود إرادة صريحة أو ضمنية ويجب تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا لم يوجد يطبق محل إبرام عقد العمل ويرى أنصار ذلك الرأي أن قرينة محل تنفيذ العقد بدلاً من محل إبرامه هو مخالفة لحكم نص المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والتي نصت على أنه (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه ). حيث هنا لا يترك للقاضي حرية اختيار ضابط الإسناد في حالة تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، كل ذلك مع وجوب تطبيق القواعد التنظيمية المقررة في قانون دولة تنفيذ العقد لتعلق القواعد هذه بالأمن المدني في إقليم الدولة فتكون بالتالي فورية التطبيق، ويتعين إعمالها كان الوضع في القانون الواجب التطبيق على العقد وفي هذا الاتجاه ذهب بعض الفقه الفرنسي (9). إلى التأكيد دون تردد أن غياب التعبير الصريح لقانون الإرادة، يفهم منه ضمناً أن الأطراف قد اتفقوا ضمناً على إخضاع عقودهم لقانون مكان إبرام ، وهو بوجه عام القانون الذي يعتبر معلوماً لهم أكثر من أي قانون آخر ، ويتوجب أن يحكم العقد دون إعماله في مسألة اهلية المتعاقدين باعتبارها تندرج ضمن طائفة الأحوال الشخصية كما لا يتم إعمالها في المسائل المتعلقة بالنظام العام وتجد الإشارة إلى أنه هو أن الفقه هذا يعطي أمثلة دون تطبيقها على عقد العمل. إضافة لمناصري الاخذ مبدأ سلطان الإرادة في حدود معينة ، أن قانون الإرادة، يسري على المسائل المنظمة بموجب قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق المباشر باعتبارها تخضع لقانون مكان تنفيذ العقد ، أما المسائل التي لا تنظم بموجب القواعد ذات التطبيق المباشر فإنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق. وهناك رأي آخر رافض لإعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر لأنه يتنافى مع خصوصية وطبيعة العقد هذا ، واستندوا في

ذلك إلى تساوي إرادة الأطراف في التفاوض ووضع شروط العقد هي في الواقع غير موجودة وغير متحققة في عقد العمل، الذي لم يقدم خلال المرحلة الليبرالية سوى النموذج الأكثر وضوحاً لعقد الأذعان منه للعقود الرضائية، فالعامل لم يمتلك يوماً ذات القدرة التفاوضية التي لصاحب العمل، وحتى في حالة امتلاكه لها فهي تختلف من عامل لآخر فالفرق كبير في تفاوض العامل العاطل عن العمل، ولا يملك أي خبرة والعامل المتمكن ويمتلك خبرة ومهارة والذي يتم البحث عنه وتنشيطه وهم فئة قليلة جداً قياساً بالفئة الأولى<sup>(10)</sup>. وبسبب عدم إعمال قانون الإرادة في عقد عمل المهاجر غير الشرعي، استند جانب من الفقه إلى أن كل دولة بموجب تشريعاتها تنظم علاقة العمل بقوانين أمره لتوجيه أثارها على نحو يكفل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المسطرة من قبلها، وتكون في مساريين الأول هو في عدم التنافي مع توجيه الدولة الاقتصادية والاجتماعية، أما المسار الثاني يتمثل بحماية الطرف الضعيف المتمثل بالعامل في علاقة العمل وتحقيق المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين طرفيها<sup>(11)</sup>. وبهذا المناسبة، فإن عقد العمل يجب أن يخضع للقواعد الأمرة التي تفرضها الدولة دون الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة ويبقى دوره منحصراً في التعاقد للدخول في علاقة العمل، وكذلك وتنظم المسائل الخاصة للقوانين الاختيارية أو المكملة، وفي هذا الصدد حكمت محكمة النقض الإيطالية في 12 مارس 1934 بأن تنظيم العمل في إيطاليا الحديثة يخضع للقانون العام، ورتب على ذلك وجوب إسناد عقد العمل في مجموعة إلى قانون مكان التنفيذ، على الأقل عندما يتحقق هذا المكان في إيطاليا، وهذا هو موقف نص المادة (57) من القانون الدولي الخاص الإيطالي رقم 218 لسنة 1995 والتي نصت على أن (الالتزامات التعاقدية يحكمها، في جميع الأحوال اتفاقية روما الصادرة بتاريخ 19 حزيران 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (1) المصدقة بالقانون رقم 975 والتاريخ 18 كانون الأول 1984، مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية الأخرى عند وجوب تطبيقها)<sup>(12)</sup>. وقد تم تعديل الاتفاقية بموجب لائحة روما 1 لعام 2008 وقد نصت في المادة (8) على أنه (3- فإذا لم يكن تحديد القانون الواجب التطبيق بعد تطبيق الفقرة 2 أعلاه، عند ذلك يخضع العقد لقانون الدولة التي يقع فيه مكان العمل التي تعقد فيه المستخدم). وذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 25 مايو 1977 إلى تطبيق نصوص القانون الفرنسي المتعلقة بالنظام العام والتي تحمي العاملين على فصل عامل بلجيكي بفرنسا ويمارس عملة فيها خلال ستة وعشرون عاماً. ورأى جانب من الفقه تعليقاً على هذا الحكم أن تطبيق القانون الفرنسي تم بصفة موضوعية استناداً إلى اعتبارات النظام العام<sup>(13)</sup>. ويلاحظ أن الحكم هذا لا يرى إخضاع عقد العمل للقاعدة العامة في العقود، أي قانون الإرادة. ولا شك أن الأحكام المذكورة تؤكد تطبيق قانون مكان التنفيذ بوصفه ضابط إسناد الأمر.

#### المطلب الثاني/ تطبيق القانون الشخصي على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر

طبيعة عقد عمل المهاجر غير الشرعي أدت إلى اختلاف الفقه والتشريعات التي تعتنق القانون الشخصي بوصفه قانون الإرادة، فبعضها يطبق قانون جنسية المهاجر غير الشرعي، والبعض الآخر يطبق قانون موطن المهاجر غير الشرعي طبقاً لمصالح كل دولة اختلفت تلك المعايير، ولقد تم اعتماد ضابط القانون الوطني في أحكام قضائية قليلة جداً، حيث حكمت محكمة بروكسل المدنية في الأول من مارس 1933 بأن الجنسية المشتركة للخصوم تعتبر ضابط الإسناد الأساسي، وإن اختصاص قانون مكان التنفيذ ليس إلا احتياطياً بالنسبة لهذا القانون، وأنه لا يمكن اللجوء إلى ضابط آخر إلا عند اختلاف جنسية الأطراف. كذلك ذهبت محكمة باريس<sup>(14)</sup> في 16 مايو 1925 إلى تطبيق قانون الجنسية على عقد عمل موضحه أن آثار العقد يجب أن تكون محكومة من المبدأ في القانون الدولي الخاص بالقانون العقد ذاته، وهذا يعني أنه القانون الذي يشير إليه الأطراف، أو قانون الجنسية المشتركة عند سكوتهم. وذهبت محكمة استئناف تورينو في 6 أبريل 1934 إلى تطبيق القانون لوطني المشترك على عقد عمل تم إبرامه بين أجنبي و نفذ في إيطاليا<sup>(15)</sup>. لكن رفض القضاء الغالب هذا الاتجاه الفقهي، فقد قضت محكمة روما بتاريخ 20 يونيو 1936 بتطبيق تشريعات العمل في إيطاليا على عقد عمل نفذ في إيطاليا رغم أن العقد تم تكوينه في سويسرا بين عامل سويسري وشركة سويسرية الجنسية. وكذلك حكمت محكمة النقض الإيطالية في 19 مايو 1936 بتطبيق التشريعات على عقد عمل تم في إيطاليا بين أجنبيين من جنسية واحدة واتفق على تنفيذه في إيطاليا ورفضت تطبيق قانون الجنسية المشتركة وقضت محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 21 مارس 1968 في عقد عمل أبرم بين مواطن بلجيكي وشركة مقرها بلجيكا باستبعاد تطبيق القانون الوطني المشترك للخصوم استناداً إلى أن عقد العمل والنصوص القانونية التي تنظم إنهاءه، هي قوانين بوليس تفرض على كافة الأشخاص المقيمين في الإقليم بمعنى أن الإسناد لا يتم إلا لمكان التنفيذ، والقضاء الفرنسي الحديث لا يعتد بالجنسية المشتركة بوصفها إحدى دلالات الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إلا إذا كان اقترب ذلك العقد بعنصر آخر من عناصر الكشف عن قانون الإرادة الضمنية أو المفترضة. والقضاء في هذا إنما يطبق عدة عناصر مجتمعة بقصد استخلاص التركيز الحقيقي لعلاقة العمل<sup>(16)</sup>. ويلاحظ من خلال الأحكام المتقدمة أن القانون الشخصي يلعب في نطاق علاقات العمل دوراً أقل أهمية ويكاد يكون ثانوياً من الدور الذي يؤدي في العقود الأخرى، وإذا كان القانون هذا يختلف عن قانون مكان التنفيذ فإنه يكون معرضاً إلى حد كبير للاستبعاد أو على الأقل لتطبيق محدد بسبب قوة النصوص الأمرة وأهمية الاعتبارات الإقليمية ودور النظام العام في مكان التنفيذ، ولهذا يرى مانشيني أن تطبيق القانون الشخصي المشترك للخصوم بوصفه قانون الإرادة يعد استثناءً من القاعدة العامة لشخصية القوانين، ويمكن القول بأن إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية يتركز على أسباب تتغير تماماً تلك الأسباب التي تعتبر الجنسية عنصر إسناد موضوعي لعقد معين، ففي مجال الأحوال الشخصية ينحصر الوضع في أن يطبق على شخص قانونه، سواء كان هو القانون الوطني أو قانون الموطن أو قانون

الإقامة ذلك أن القوانين المتعلقة بالزواج والحالة والأهلية والتركات قصد بها تحقيق أهداف أساسية مرتبة بالشخص ذاته، ومناطقها عناصر الشخصية، وهي تنتمي عادة إلى التقاليد المتعارف عليها والأفكار الدينية في المجتمع، وتنطبق بتأثير الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تتشكل منها، والمسألة تختلف كثيراً بالنسبة لدور القانون الوطني في خصوص تطبيقه على العقود. إذ يجب القول ابتداءً أن القانون وفقاً لمفهوم نظرية التركيز يخلو من أية رابطة موضوعية بالعملية التعاقدية، وتتفي الرابطة الوثيقة بين العقود والقانون الواجب التطبيق بوصفة "the proper law of the contract"، في الواقع، وتعتبر الجنسية والموطن أفكاراً أجنبية تنأى عن نطاق العقد الذي ينفرد بذاتية قانونية مستقلة قائمة بذاتها، ويكون تطبيقه بهذا الوصف، وفي ضوء الاعتبارات التي تختلف عن الاعتبارات التي تستند إليها مسائل الأحوال الشخصية (17). وفي إنكلترا فإن الجنسية لا تعتبر ضابطاً إسناد في القانون الأنجلوسكسوني، يعند أحياناً بموطن العامل لتعزيز عناصر الإسناد الأخرى، ويتم التمييز بين موطن العامل وقت إبرام العقد، وموطنه خلال ممارسته عملة طبقاً للعقد، وغالباً ما يتفق هذا الموطن الأخير مع مكان تنفيذ العمل ويتطابق معه، ولهذا فإن أكثر عناصر الإسناد القاطعة تكون مركزة بصفة موضوعية في المكان هذا. والواقع العملي أثبت أنه من الصعب أن نعتبر قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك ضابط الإسناد العام في علاقات العمل لأنه ضابط إسناد مستقل في العلاقات، وهو لا يؤدي سوى دور ثانوي، وكفي للشك في سلامة هذا المعيار أن الجنسية والموطن هما معياراً إسناد متغيران فإذا تغيرت جنسية أو موطن أحد الأطراف في الفترة ما بين إبرام العقد وقيام النزاع فإنه يؤدي إلى اختلاف الطرفين في الجنسية، كما أنه لم تأخذ بهذا القانون سوى بعض أحكام محدودة متفرقة وهي لا تدل على الاستقرار على الإخذ بهذا الضابط، وليست حاسمة في التدليل على اعتناق هذا المعيار، لهذا يتعين أن نعرض لقانون مقر المشروع (مكان التنفيذ) لبيان مدى ملاءمته مع العلاقات محل البحث.

#### المبحث الثاني/ خضوع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون دولة التنفيذ

إن علاقات العمل في مختلف تشريعات دول العالم تنظم بموجب القوانين ذات التطبيق المباشر والضروري، وذلك بقصد حماية العامل في أداء نشاطه المهني ووضع علاقة العمل المنفذة في إقليمها في إطار سياسة الدولة الاجتماعية والاقتصادية، ومن ثم وجوب اعتماد قانون مكان التنفيذ كضابط إسناد عام لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل باعتباره الأكثر ارتباطاً بهذا الأخير والأكثر ملاءمة لطبيعة الخاصة لأن المشرع في كل دولة ينظم تلك العقود بقواعد امرة حماية لمصلحة الطرف الضعيف من حيث تحديد الحد الأدنى من الأجور والحد الأقصى من ساعات العمل وظروف العمل وسن العامل وجنسه، وقد قسمنا المبحث هذا إلى مطلبين تناولنا فيه قانون مكان التنفيذ والقانون الواجب في حالة تنفيذ العمل في أماكن غير محددة في مطلب أول، وتناولنا القيود التي ترد على قانون مكان تنفيذ عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر وموقف المشرع العراقي من ذلك في مطلب ثانٍ

#### المطلب الأول/ قانون مكان تنفيذ عقد عمل المهاجر غير الشرعي

أخضع عقد العمل في وقت سابق بموجب قاعدة قديمة أشارت لها مدرسة الأحوال الإيطالية إلى قانون مكان إبرامه، لكن إذا كان قانون مكان الإبرام له مؤيدوه في الفقه والقضاء فإن القضاء الفرنسي لا يعتبره قاعدة إسناد في عقد العمل، وهو ما يبين ضعف قانون مكان الإبرام كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق في العلاقات هذه. ويلاحظ أن قانون مكان إبرام العقد هو أبعد العناصر الملاءمة التي ترتبط بتحديد القانون المختص في دائرة قانون العمل الدولي، لأنه مكان إبرام عقد العمل هو الأقل فاعلية في جميع الأشكال المكانية للعلاقات القانونية وقد، "kronheim"، إلى أن القضاء الفرنسي لم يقم بأعمال مكان الإبرام إطلاقاً في مجال عقد العمل والعلاقات المترتبة عليه (18). وفي حكم المحكمة النقض المصرية (19). اخذت بقانون مركز الإدارة، حيث أسند عقد العمل إلى قانون مركز الأعمال، على عقد عمل أبرم بين شركة الخطوط الجوية العالمية وأحد طيارها، حيث تبين من وقائع الدعوى أن العقد كان يجري تنفيذه في أكثر من دولة وبصورة جزئية في مصر، وطبقت المحكمة القانون الأمريكي بوصفة قانون الجهة الموجود بها المركز الرئيسي،، ويلاحظ أن مركز الإدارة الرئيسي لا يمكن اعتماده كقاعدة إسناد عامة في علاقات العمل، وذلك لأن فكرة حماية المتعاقد الضعيف من اختلال توازن القوى بين أطراف علاقة العمل تقف عقبة في سبيل تطبيق رب العمل، لأنه الطرف الأقوى الذي أملى شروط العقد من دون أن يملك العامل مناقشة هذه الشروط وهو أمر ليس مقبولاً في تلك العلاقات. ويؤخذ على هذا الرأي أن قانون مركز الإدارة الرئيسي بوصفة ضابط الإسناد في علاقات العمل يجاهله خضوع هذا العقد لقواعد تنظيمية أمرة تهدف إلى حماية العامل، وهي تتعلق بالأمن ويطبق في شأنها قانون بلد التنفيذ، واستقر الفقه والقضاء المعاصر على اتخاذ قانون مكان تنفيذ عقد عمل المهاجر غير الشرعي ضابط الإسناد العام لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل، ذلك استناداً إلى اعتبارات عملية (20). وذهب إلى إخضاع عقد عمل المهاجر غير الشرعي، بطريقة أمرة لقانون هذا المكان وأما عن طريق نظرية التركيز بوصفة أن هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفذ فيه علاقات العمل، فمكان التنفيذ يؤكد الرابطة الفعالة والصلة الوثيقة بين العقد في مجموعة ومصالح الخصوم في المكان هذا، وبالتالي أي عمل يتم على إقليم دولة معينة يجب أن يخضع لقانون هذه الدولة، لأن الإسناد إلى قانون مكان التنفيذ يضمن عدم مخالفة القانون العام والتناسق معه، وأن المكان هذا هو الذي يصبح فيه العقد حقيقة ملموسة، ويفترض أن القانون الذي يحكم العقد والعلاقة التي تنشأ في ظلها. ويلاحظ أن إخضاع عقد عمل المهاجر غير الشرعي لقانون مكان تنفيذه يتطابق مع الاختصاص التشريعي لقواعد بوليس العمل، وهي قواعد ضرورية، والقواعد الأمرة في عقد العمل أكثر اتباعاً من القواعد الأخرى، وإذا كان من الأفضل إخضاع عقد العمل لقانون موحد، فإن أفضل وسيلة لذلك هو تحديد قانون لا يمكن تفادي تطبيقه ولو جزئياً، وهذا القانون هو

قانون مكان التنفيذ والذي لا مناص من تدخله سواء باسم النظام العام أو بوصفة قانون بوليس وامن وعلى النحو السابق، وبالتالي أن ضابط مكان التنفيذ يكشف عن ميزة لا يتضمنها أي نظام آخر في شأن القانون الواجب التطبيق في علاقات العمل<sup>(21)</sup>. لكن يُثار تساؤل عن حكم عقد العمل الذي يجري تنفيذه في أكثر من دولة، يسهل الأمر فيما لو كان العقد المنفذ بصفة أساسية في إقليم دولة معينة مع قيام تنفيذه بصفة فرعية أو مؤقتة في دولة أو عدة دول أخرى. إذ يبقى العقد في الفرض بدوره خاضعاً لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل الرئيسي. والمثال على تنفيذ العقد في أكثر من إقليم دولة العقود المبرمة مع عمال النقل الدولي. ويتجه كل من الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلى تطبيق قانون مركز إدارة العمال في هذا الفرض على أساس أن العمل المؤقت في أكثر من مكان خارج نطاق الدولة التي توجد فيها إدارة المشروع يعد امتداداً لنشاط هذا الأخير، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يكفل بدوره وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، كل ما في الأمر هو أن الفقه قد اشترط في هذه الحالة أن تكون هناك رابط بين العمل الذي يؤدي العامل أو الموظف ومركز المشروع الذي يتبعه، بأن يتلقى توجيهاته من المركز، حتى يمكن القول بأن العمل المؤدى في الخارج امتداد لنشاطه المشروع مما يبرر تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال. وفي هذه الحدود يمكن لنا فهم حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 5 إبريل 1967 السابق الإشارة إليه، والذي أسند عقد العمل لقانون مركز الأعمال، إذ إن الملاحظ في الدعوى المطروحة أن عقد العمل محل البحث المبرم من إحدى شركات الطيران الأمريكية وأحد طياريهما بوصفة قانون الجهة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي<sup>(22)</sup>. وعلى هذا النحو يمكن القول بأن إخضاع عقد العمل لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد مشروط، بأن يكون العقد منفذاً كلياً في هذه الدولة، أو أن تكون هذه الأخيرة على الأقل محلاً لتنفيذ الجزء الأساسي من العقد. أما إذا كان العقد منفذاً في أكثر من دولة على النحو الذي رأيناه فإنه يخضع في هذه الحالة لقانون مركز إدارة الأعمال. إذ تفقد الاعتبارات الأمرة التي تقوم عليها قاعدة خضوع العقد لقانون دولة التنفيذ أهميتها إلى حد كبير في مثل هذا الفرض، وإذا كان عقد العمل يخضع لقانون دولة التنفيذ أو لقانون مركز الأعمال على التفصيل السابق<sup>(23)</sup>.

#### المطلب الثاني/ القيود التي ترد على قانون مكان تنفيذ العقد وموقف المشرع العراقي

هناك قيود عدة ترد على قانون مكان تنفيذ العقد، ومن أهمها هو القانون الأكثر صلاحية للعامل إلى أنه يتلاءم مع قوانين العمل الحديثة في الدول المختلفة من حيث اتباعها سياسة حماية العامل من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية، وإقامة التوازن اللازم بين مصالح الدول والعمال كونهم يمثلون الجزء الأكبر من المجتمع وأرباب العمل تحقيقاً لصالح العام للجماعة، وبذلك يجب إضفاء المشروعية على كل مخالفة تؤدي إلى وضع أفضل بالنسبة لحقوق العامل وعندئذ تكون المخالفة جائزة، ومتفق عليها مع صحيح القانون، لأن الصفة الأمرة هنا لقواعد قانون العمل والعمل تعد بهذه المثابة نسبية وليست مطلقة، وبالتالي الخاصية الموجودة في التشريعات الداخلية في غالبية الدول هي فرض الوضع الأكثر صلاحية للعامل<sup>(24)</sup>. والأساس هذا هو الذي يركز عليه تشريع العمل في القانون الداخلي، وبالتالي هنا لا بد أن لا يتغير في نطاق الدولي، وبمقتضاه يكون لسلطان الإرادة مخالفة القواعد القانونية في علاقات العمل رغم تمتعها بالصفة الأمرة، مادامت هذه المخالفة أكثر فائدة للعامل، وبالتالي إذا اتفق الطرفان على إخضاع عقد عمل المهاجر غير الشرعي والمبرم بينهما لقانون غير قانون مكان التنفيذ وليس ثمة ما يمنع من تطبيق أحكام القانون هذا لا بوصفة القانون الذي يحكم المسألة لكن باعتباره أن أحكامه تعد بمصلحة العامل وتعتبر شرطاً أفضل اتفق عليها الأطراف في عقدهما. وقد اعتد القضاء المصري والفرنسي بفكرة القانون الأكثر فائدة للعامل انطلاقاً من كونه الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل هي صفة نسبية وليست مطلقة - نظراً لاستناد التشريعات الداخلية على الأخذ بفكرة القانون الأكثر صلاحية للعامل وهو ما يوجب أن يعمم ولا يتغير على الصعيد الدولي. على اعتبار أن سلطان الإرادة له دور كبير في مخالفة القواعد القانونية في عقد العمل على الرغم من صفتها الأمرة طالما كانت أصح للعامل والعقد شريعة المتعاقدين. ويرى الفقه الفرنسي أن المعاهدات لا تشكل إلا الحد الأدنى من الحماية الاجتماعية، وعلية فيعدت بالقوانين الوطنية التي تحتوي على حقوق ومزايا أكبر للعامل، وهذا ما نص عليه دستور منظمة العمل الدولية في المادة (19). كذلك اكدت معاهدة روما في المادة (119) مبدأ المساواة بين الرجال والنساء القائمين على ذات العمل داخل دول المجموعة الأوروبية، وهذا لا يمنع من الحصول على مزايا أخرى تم الاتفاق عليها بين العامل ورب العمل<sup>(25)</sup>. كما يوجد قيد آخر يتمثل في تنفيذ عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة القاضي المطروح امامة النزاع أن تنفيذ العمل في تلك الدولة يفرض بالضرورة خضوع عقد العمل لقانون القاضي، وتطبيق هذا القانون فيتم استناداً إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقة، وقد يتم استناداً إلى فكرة التنظيم القانوني الأمر للعلاقة وتطبيقاً لفكرة العمل في دولة القاضي، قضت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية- في 9 ديسمبر (1960) باستبعاد القانون التشيكوسلوفاكي لمقر المشروع الذي اختاره الأطراف، استناداً إلى نصوص النظام العام في شأن نظام V.R.P الخاص بالمندوبين الجوالين والممثلين التجاريين للعمل به في فرنسا، متى تعلق الأمر بعمل ينفذ فيها، وطبقت المحكمة القانون الفرنسي بوصفة قانون القاضي الذي تم فيه التنفيذ تطبيقاً مباشراً أو فورياً<sup>(26)</sup> واستناداً إلى فكرة التركيز المكاني لعلاقة العمل في إقليم القاضي، يمكن القول إن تنفيذ عقد العمل في دولة القاضي يمثل العنصر المميز أو الحاسم الذي تتركز به العلاقة من الناحية الموضوعية، وهنا يحمل طابعاً إقليمياً ذلك التركيز، وبمقتضاه ينعقد الاختصاص التشريعي حتماً لقانون القاضي الذي ينفذ العمل في إقليمه. ويلاحظ أن فكرة التنظيم القانوني الأمر لعلاقة العمل في إقليم القاضي، فإن قانون هذا الأخير هو الذي يطبق على العلاقة مباشرة في نصوصه المتعلقة بالنظام العام. كذلك من القيود الأخرى التي ترد قانون مكان تنفيذ العقد، يتمثل بتنفيذ العمل في دولة أجنبية يثير إشكالية تنفيذ عقد العمل خارج إقليم دولة القاضي المطروح

امامة النزاع، امكانية تنفيذ قوانين البوليس وقواعد القانون العام التابع للبلد الأجنبي التي تنفذ فيه علاقة العمل. وقد اتجه الفقه التقليدي إلى رفض تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي وكذلك قوانين البوليس الأجنبي رفضاً مطلقاً، وأن الهدف من وضع هكذا قواعد يوجب تطبيقها في إقليم مشرعها من دون غيرة أي أنها تخضع في تطبيقها لمبدأ الإقليمية، مسألة مضادة لتنازع القوانين واعتبارات السيادة. ونتيجة لهذا الاتجاه فإن علاقات العمل في أحكامها التنظيمية تستبعد من دائرة التنازع فتبقى حبيسة الإقليم ولا تمتد عبر الحدود، وهو ما يؤدي إلى تلازم الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في شأنهما<sup>(27)</sup>.

أن يستند الفقه التقليدي إلى مبدأ الإقليمية وهذا المبدأ لا يصلح أساساً لرفض تطبيق قواعد البوليس وقواعد القانون العام الأجنبي، فالإقليمية بمفهومها الحديث لا تحول دون تطبيق القاضي الوطني للقوانين الأجنبية في جميع الحالات التي يتعلق فيها الأمن بوقائع أو تصرفات تمت خارج أي في إطار المجال الذي تسري فيه تلك القوانين، ولا تعني إطلاقاً أن كل دولة تجعل من حدود سيادتها الإقليمية حاجزاً لا تنفذ منه القوانين الأجنبية. يضاف إلى ما تقدم أن الاتجاه الذي سلكه الفقه التقليدي يتنافى مع روح التعاون في العصر هذا، ويقضي على ضرورة التعايش بين النظم القانونية المختلفة، ويؤدي إلى حرمان القانون الدولي الخاص من تطبيق قواعد القانون العام وقواعد البوليس الأجنبية في لو كانت لازمة للفصل في نزاع استقرت تشريعات الدول في الوقت الحاضر على التخلي عن مبدأ التطرف الوطني ولأخذ بعين الاعتبار النظم القانونية الأخرى، وذلك من خلال قيام كل دولة بإفصاح المجال للنظم القانونية الأجنبية من دون أن تتمسك باخصاصها التشريعي المطلق، حيث إنه إذا كان القانون الأجنبي هو القانون المختص<sup>(28)</sup>. أما موقف المشرع العراقي من القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر. قيام المشرع العراقي بتنظيم عقود العمل بقواعد أمره تهدف إلى حماية العاقد الضعيف (العامل) وتعويضهم، وهذه القواعد مطبقة على كافة العمال الممارسين، لا عمالهم في الدولة بغض النظر عن مكان انعقاد العقد أو مكان مركز الأعمال وهذا ما دفع المشرع العراقي والفرنسي لإخضاع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ لما لها من مصلحة في تطبيق قانونها ولتعلق الأمر بالحماية الأمرة المطلوبة للطبقة العمالية حيث إن المادة (25) مدني عراقي تخضع الجانب التنظيمي لعقد العمل لقانون دولة التنفيذ، وذلك لتعلق ذلك الجزء بالأمن المدني، أما الجانب الغير تنظيمي فهو يخضع لقانون الإرادة وذلك عملاً بالقاعدة العامة، وهي الخاصة بالالتزامات التعاقدية، وهذا هو موقف القانون الدولي الخاص البلجيكي في المادة 98 منه والتي نصت على أنه (القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تحدده الاتفاقية المبرمة في روما في 19 حزيران 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (... كذلك القانون الدولي الخاص الايطالي في المادة 57 من والتي نصت على أنه ( الالتزامات التعاقدية يحكمها، في جميع الأحوال، اتفاقية روما الصادرة في بتاريخ 19 حزيران 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ..... ) وبالعودة إلى تلك الاتفاقية والتي تم تعديلها في عام 2008 والمسمات لائحة روما 1 لعام 2008 في نص المادة (8) والتي نصت على أن ((1- بالنسبة لعقد العمل الفردي فيخضع للقانون الذي يختاره طرفا العقد وفقاً للمادة 3 من هذه اللائحة ، على أن لا يكون من شأن هذا الاختيار أن يجرّد المستخدم من الحماية التي توفرها القوانين التي تعد من النظام العام ولا يجوز النص على استبعادها من العقد، أما عند عدم قيام المتعاقدين بالاختيار فيتم تطبيق الفقرات 2 و3 و4 من هذه المادة) أي أن أخذ بقانون الإرادة أيضاً، وأن عدم تنظيم قاعدة إسناد مزدوجة تطبق على عقد العمل في القانون العراقي كان الهدف منها ترك المسألة للاجتهاد<sup>(29)</sup>. وهناك من يرى وجوب تطبيق قانون دولة التنفيذ على الجانب التنظيمي وغير التنظيمي . ويثار تساؤل حول ما إذا كان المهاجر هجرة غير شرعية وتمكن من دخول العراق، ولكن قنن بها اوضاعه وتعاقد مع أحد أرباب العمل، وحدثت له ثمة إصابة عرضية أثناء قيامه بعمل، فهل يجوز تعويضه عن تلك الإصابة؟

في البدء نود أن نشير إلى أن دعوى التعويض عن إصابة العمل ليست من دعاوى المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن الأولى تقوم على عاتق صاحب العمل، ولو لم يكن هناك ثمة خطأ من جانبه، أما الثانية تقوم على أساس الخطأ الثابت أو المفترض. وقد اختلفت الآراء تجاه إمكانية تعويض العامل إلى اتجاهين:

الأول: يرى إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل على اعتبارها مسؤولية عقدية تخضع للقانون الحاكم لعقد العمل<sup>(30)</sup>.

الثاني: يرفض أصحاب هذا الرأي إخضاع التعويض عن الإصابة لنفس القانون الحاكم للعقد، ويسند أصحاب هذا الاتجاه رأيهم إلى أن المسؤولية في تلك الحالة تخضع لقانون مكان وقوع الحادث<sup>(31)</sup>.

وهناك من يرى إخضاع المسؤولية الناتجة عن إصابة العمل لقانون بلد التنفيذ، ويبرر هذا بوجود أن تكون هناك وحدة حلول التنازع في شأن علاقات العمل بوجه عام، والأفضل هو الجمع تحت مظلة قانون واحد الا هو قانون بلد التنفيذ وهو ما يستجيب مع القواعد الأمرة لقانون بلد التنفيذ، والذي يكون له مصلحة في تطبيق قانونه لحماية العاملين على إقليمه. علماً أن دعوى المسؤولية التقصيرية تخضع في العراق لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام وفقاً لنص المادة (27) مدني عراقي والتي نصت على أنه (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام) أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من تعويض المهاجر غير الشرعي، يستحق المهاجر غير المصرح له بالعمل عند فسخ رابطة العمل، تعويضاً إجمالياً يعادل أجر ثلاثة أشهر وفقاً للمادة 2-8252-L من قانون العمل ولا يجوز له المطالبة بأي تعويضات أخرى ما لم يثبت وجود اضرار أخرى غير تلك التي تغطيها أحكام قانون العمل<sup>(32)</sup>. وفي حكم صدر لمحكمة النقض الفرنسية في قضية شهيرة تتجلى فيها أبعاد وأهمية موضوع تنازع الاختصاص القانوني<sup>(33)</sup>.

تتلخص وقائع القضية هذه في أنه في غضون الحرب الأهلية الإسبانية ، وأثناء سير قافلة من المركبات النقل المحملة بالمواد الناسفة اصطدمت الشاحنة التي تنصدر القافلة بأحد القطارات مما ترتب عليه سلسلة من انفجارات في جميع الشاحنات أسفرت عن عديد من الضحايا والخسائر المادية في محيط الحادث. ويلاحظ هنا حادثة عمل تشكل العلاقة القانونية بين من أصابهم الضرر من سائقي مركبات النقل – فرنسي الجنسية – وبين رب العمل وهو عبارة عن شركة فرنسية تقوم بنقل المواد الناسفة إلى جبهة القوى الجمهورية الإسبانية . في إطار هذه العلاقة ولبيان مدى الحقوق المترتبة للمتضررين من جراء هذا الحادث فإننا نطبق قواعد المسؤولية عن إصابات العمل – ولكن نظراً لأن هذه القواعد لا يضع على عاتق رب العمل إلا مبلغاً من التعويض الجزائي والذي يسمح بتغطية كافة الأضرار الناتجة عن الحادث فقد رفعت بعض الأراجل من زوجات سائقي الشاحنات دعاوى على الشركة الفرنسية مستندين في مطالبهم للقواعد العامة في المسؤولية وليست تلك الخاصة بحوادث العمل . وأهمية مشكلة تنازع القوانين تأتي هنا من زاوية الاختيار ما بين القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الأطراف وبين القانون الإسباني باعتباره قانون محل وقوع الحادث، وهو أمر تتوقف عليه النتيجة النهائية والحل النهائي لموضوع النزاع . فالقانون الإسبان لكونه لا يعرف المسؤولية المفترضة المقرر في المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنه ( .... يكون أرباب العمل والمتبوعون مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه خدمهم وتابعوهم في الأعمال التي يستخدمونهم فيها)، فإنه يشترط إقامة الدليل على خطأ رب العمل<sup>(34)</sup>.

### الخاتمة

يعد موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر موضوعاً واسعاً ومتشعباً وهو من أهم المواضيع التي تدخل في إطار دراسة القانون الدولي الخاص لما له من دور في كفالة حقوق العامل باعتباره العاقد الضعيف، ومن المنطلق هذا تتكاتف الجهود للبحث عن السبل القانونية الكفيلة بتطبيق القانون الأكثر ملاءمة وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات من أهمها :

### أولاً / النتائج :

- 1- إن عقد عمل المهاجر غير الشرعي هو اتفاق يتضمن عنصراً اجنبياً يتمثل بجنسية العامل .
- 2- إن قانون الإرادة يؤدي إلى حلول تعسفية في إطار عقد عمل في إطار عقد عمل المهاجر غير الشرعي في دولة المهجر، إذ أن إرادة رب العمل تستطيع أن تفرض قانوناً على العامل أقل فائدة من القانون الذي قد تقتضي العدالة تطبيقه، وعلى الأخص بالنسبة للعامل المهاجر عندما يتم الاتفاق على تطبيق قانون بلدهم الذي يكون في الغالب عاجزاً عن حماية مصالحهم .
- 3- تتمثل ضوابط الإسناد الشخصية في مجال عقد عمل المهاجر غير الشرعي ذي الطابع الدولي بشكل عام في إرادة المتعاقدين، والإرادة كما هو معروف أما صريحة وأما ضمنية، وهناك من يرى إمكانية إعمال ضابط الإرادة الصريحة أو الضمنية، وهناك من يرى إمكانية تطبيق القانون الشخصي، وهناك من يستبعد ما سبق ويطبق مكان التنفيذ ويستند إلى اعتبار عقد عمل المهاجر غير الشرعي تتعلق قواعده بالنظام العام وقوانين البوليس والأمن المدني .
- 4- إذا كان قانون مكان التنفيذ هو صاحب الاختصاص التشريعي الأصل لحكم عقد عمل المهاجر غير الشرعي، فإنه قد يستبعد لصالح القانون الأكثر صلاحية .

### ثانياً / التوصيات :

- 1- نوصي المشرع العراقي صياغة ووضع نص صريح يخضع من خلاله عقد العمل الدولي بشكل عام وعقد عمل المهاجر غير الشرعي بشكل خاص لقانون مكان التنفيذ حلاً لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق .
- 2- نوصي المشرع العراقي بوضع نص استثنائي يقر فيه إمكانية تطبيق قوانين البوليس الأجنبية إذا كانت توفر أكبر قدر من الحماية، مقارنة بما توفره القواعد الأمرة في القانون المدني العراقي وقانون القاضي، وذلك من خلال النص الآتي (مع ذلك إذا كان قانون جنسية العامل الذي ينفذ عملاً في العراق يوفر أكبر قدر من الحماية فإنه يجوز تطبيقه في حالات متى ما قنن المهاجر غير الشرعي وضعة القانوني).
- 3- نوصي المشرع العراقي بوضع نص إذا كان عقد العمل هذا يجري تنفيذه في أكثر من مكان، فإنه يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز المشروع أو إدارة الأعمال، فإن تعدد هذا المركز يخضع لقانون البلد الذي يكون أكثر صلة بالعقد .

### الهوامش

(<sup>1</sup>) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج2 في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط8، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص453.

(<sup>2</sup>) cite par toubiana ; ledomaine de loi...op. cit, note 245et la note, rev. crit. 1970 , p. 671.

(<sup>3</sup>) د. نافع بحر سلطان ، القانون الدولي الخاص البلجيكي ، ط1، دار السنهوري ، بيروت – لبنان ، 2023 ، ص85-86.

(<sup>4</sup>) د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة ، ص66.

(<sup>5</sup>) د. منير عبد المجيد ، المصدر نفسة ، ص66

(<sup>6</sup>) Quadri (r) :cours de droit international preve , cours de doctorat ( polycopies) ,faculte de droit du caire , 1954/ 1955, pp, 121, 122.

- (7) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص196 وما بعدها .
- (8) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2014 ، ص418 وبلق محمد ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير جامعة ابو بكر بالقائد – التلمسان ، 2010-2011 ، ص50-51.
- (9) د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، مصدر سابق ، ص62 ومشوار حمزة ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم الحقوق ، 2015-2016 ، ص20.
- (10) د. مصطفى قويدر ، عقد العمل بين النظرية والتطبيق ، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ن ص30 ومحمد عرفات الخطيب ، الحرية التعاقدية في تشريع العمل ازمة عقد العمل ( دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والأربعون يوليو ، 2011 ، ص67.
- (11) محمد عرفات الخطيب ، المصدر نفسه ، ص70.
- (12) د. نافع بحر سلطان ، القانون الدولي الخاص الإيطالي ، ط1، دار السنهوري ، بيروت – لبنان ، 2023، ص69.
- (13) د. منير عبد لمجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، مصدر سابق ، ص75.
- (14) Paris 14mars 1925, gaz. Pal , 1925-i-701, rev. grit , 1925, p. 352.
- منقول من د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص103
- (15) Gite par; batiffol; les conflits de lois .....op.cit., 1938, p. 269 ct la note.
- (16) د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، مصدر سابق ، ص106.
- (17) د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر نفسه ، ص108
- (18) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني ، 1997، ص146-147 ود. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص70-97.
- (19) الحكم الصادر في (5) ابريل 1967 ، مجموعة احكام النقض المدنية ، ص789.
- (20) مشوار حمزة ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي ، مصدر سابق ، ص26 ود. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، ط3، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974، ص692 وما بعدها .
- (21) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، المصدر نفسه ، ص697.
- (22) د. هشام علي صادق ، عقد العمل في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور بمجلة قضايا الحكومة ، ص15 ، ص115 وما بعدها
- (23) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، مصدر سابق ، ص70.
- (24) مشوار حمزة ، مصدر سابق ، ص27.
- (25) د. أحمد رشاد سلام ، الهجرة غير مشروعة في القانون المصري ، دراسة في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016، ص84.
- (26) د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص138-139.
- (27) د. محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق ( دراسة تحليلية وتطبيقية ) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003، ص115 وما بعدها .
- (28) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009، القسم الثاني ، البحث الأول بعنوان التأمينات الاجتماعية في القانون الدولي الخاص ، ص238.
- (29) راجع في ذلك نص المادة (25) مدني عراقي والتي نصت على أنه (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة لتي 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 أن قانوناً آخر يراد تطبيقه )
- (30) أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي حيث أصدرت محكمة باريس في 9 مارس 1961 و9 أكتوبر سنة 1962 وحكم آخر في 3 مارس 1965.
- (31) د. أحمد رشاد سلام ، مصدر سابق ، ص83.
- (32) cass. Soc.8 dec. 2009,n. 08-42100,26 juin 2008, n. 07- 40-434, voir surtout: C. mangematin ,rupture de la relation de travail du travailleur etranger en situation irreguliere. Droit social , 2013 , p. 402 : c. wolmark . op. cit. , n. 324.
- (33) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 25 مايو 1948 والمنشور في Dalloz , 1948 , 1, 357 , note pigeonniere (L) , j. c. p. 1948 , 11 . 4542 , note vasseur .
- (34) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في القضية المذكورة بتطبيق القانون الإسباني ، كذلك راجع في ذلك د. نافع بحر سلطان قانون العقود الفرنسي الجديد ، ط1، مطبعة المنتدى ، بغداد ، 2017، ص62.

## قائمة المصادر

## أولاً / الكتب القانونية:

- 1- د. أحمد رشاد سلام ، الهجرة غير مشروعة في القانون المصري ، دراسة في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016.
- 2- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- 3- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009.
- 4- د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، 1997.
- 5- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج2، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط8، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977.
- 6- د. عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص ، مطبعة جامعة المنصورة ، 2008-2009.
- 7- د. محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق ( دراسة تحليلية وتطبيقية ) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003.
- 8- د. مصطفى قويدر ، عقد العمل بين النظرية والتطبيق ، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 .
- 9- د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة .
- 10- د. نافع بحر سلطان ، القانون الدولي الخاص الإيطالي ، ط1، دار السنهوري ، بيروت - لبنان ، 2023 .
- 11- د. نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، ط1، مطبعة المنتدى ، بغداد ، 2017 .
- 12- د. نافع بحر سلطان ، القانون الدولي الخاص البلجيكي ، ط1، دار السنهوري ، بيروت - لبنان ، 2023 .
- 13- د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2014 .
- 14- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، ط3، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974 .

## ثانياً / الرسائل والأطاريح :

- 1- بلاق محمد ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة ابو بكر بالقائد تلمسان ، 2010-2011.
- 2- مشوار حمزة ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق - جامعة قاصدي مرباح - ورقلة ، 2015-2016 .

## ثالثاً / البحوث القانونية:

- 1- د. محمد عرفات الخطيب ، الحرية التعاقدية في تشريع العمل ازمة عقد العمل - دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والأربعون ، يوليو ، 2011
- 2- د. هشام علي صادق ، عقد العمل في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور بمجلة قضايا الحكومة ، س15.

## رابعاً / القوانين :

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- 3- قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015
- 4- قانون العمل الفرنسي رقم 1088 لسنة 2016

## خامساً / الأحكام القضائية :

- 1- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 25 مايو 1948.
- 2- حكم محكمة باريس في 9 مارس 1961 و9 أكتوبر سنة 1962 وحكم 3 مارس 1965
- 3- الحكم الصادر في 5 ابريل 1967 مجموعة احكام النقض المنديية .

## سادساً / المصادر الأجنبية :

- 1- cite par toubiana ; ledomaine de loi...op. cit, note 245et la note, rev. crit. 1970 , p.
- 2- Quadri (r) :cours de droit international preve , cours de doctorat ( polycopies ),faculte de droit du caire , 1954/ 1955, pp,
- 3- Paris 14mars 1925, gaz. Pal , 1925-i-701, rev. grit , 1925, p..
- 4- Gite par; batiffol; les conflits de lois ....,op.cit., 1938, p.
- 5- cass. Soc.8 dec. 2009,n. 08-42100,26 juin 2008, n., voir surtout: C. mangematin ,rupture de la relation de travail du travailleur etranger en situation irreguliere. Droit social , 2013 , p.: c. wolmark . op. cit ., n