تفسير قاعدة التنازع الدولي

دراسة نقدية في القانون العراقي

م.م علاء حميد حسين الغـزي
Alaalawyer80@gmail.com

تاريخ الاستلام : ١٥-٨-٢٠٢١
تاريخ قبول النشر: ١٣-١٢-٢٠٢١

المستخلص

يتبنى فقه القانون الدولي الخاص - منهجين متباينين في مدى إعمال القانون الواجب التطبيق الأول: المنهج المباشر حيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية على النزاع المعروض عليه بشكل مباشر، أما المنهج الثاني: فهو الذي يعنينا في هذا المقام (المنهج غير المباشر) فهو يتمثل في وجود قواعد معينة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع وتسمى – قواعد التنازع الدولي أو قواعد الاسناد – وهي القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من بين القوانين الأكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية .

وتختلف هذه القواعد الوطنية من دولة الى أخرى، وهي قواعد غير مباشر بمعنى انها لا تطبق بشكل مباشر على النزاع المعروض امام القاضي بل انها تشير الى القانون الواجب التطبيق .

وبهذا المعطى يكتنف إعمال المنهج غير المباشر العديد من المشاكل والصعوبات التي جعلت تنازع القوانين من أكثر العلوم جدلا، وهذا ما حدا بالباحث الرجوع للأسس الفقهية التي تبناها مشرعنا العراقي في وضع المواد الخاصة بالتنازع الدولي من المواد ١٧ الى ٣٣ ؛ وذلك لبيان مدى توفيق المشرع في اختيار النظريات الفقهية ومقارنتها مع النظريات الأخرى، اما اشكالية الدراسة تنطلق من تساؤل : هل وفق مشرعنا العراقي في صياغة قواعد التنازع الدولي . ينبثق عنها إشكاليات فرعية، هل وفق المشرع العراقي بإخضاع التكييف لقانون القاضي، وهل وفق المشرع في رفض الإحالة، وتساؤل فرعي أخير هل ما هو موقف المشرع من فكرة الاسناد لقانون دولة متعددة الشرائع .

وتبينّ هذه الدراسة مواطن النقد لبعض المواد التي هي بحاجة لتعديل وحذف بعض النصوص محل البحث وتقدم الدراسة تعديل وحذف لبعض النصوص القانونية لمواكبة التقنيات المقارنة

الكلمات المفتاحية : القانون الدولي الخاص؛ الإحالة في القانون الدولي؛ التكييف في القانون الدولي؛ القضاء الدولي.

Abstract.

The jurisprudence of private international law adopts two different approaches in the extent of the implementation of applicable law: the first: the direct approach, whereby the judge applies the objective rules to the dispute directly before him, and the second approach: it is what concerns us in this regard (the indirect approach), which is the presence of rules Specific in the law of the judge before the dispute and called - the rules of international conflict or the rules of attribution - and they are the legal rules that guide the judge to the law applicable to legal centers with a foreign element, and they are rules set by the national legislator and according to which he chooses from among the most appropriate laws to break the international special relationship.

These national rules differ from one country to another, and they are indirect rules in the sense that they do not apply directly to the dispute before the judge, but rather refer to the applicable law .

With this fact, the implementation of the indirect method is surrounded by many problems and difficulties that made conflict of laws one of the most controversial sciences, and this is what prompted the researcher to return to the jurisprudential foundations adopted by our Iraqi legislator in setting the articles on international conflict from the articles 17 to 33 .

This study shows the areas of criticism of some articles that need to be modified And delete some of the texts in question and put alternative texts In line with the great development in comparative techniques ..

Key words: **private international law; referral in international law; adaptation in international law; International Judiciary**

المقدمة

تنطلق كافة الدراسات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص من مسلمة مبدئية مفادها أن العلاقة إذا كانت وطنية العناصر فليس ثمة مشكلة، لكن المشكلة تثار فيما لو خالط العلاقة أو عنصر أجنبي، إذ في هذه الحالة ترتبط العلاقة بأكثر من نظام قانوني، وتثور مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، وهي المشكلة التي اصطلح على تسميتها بمشكلة "تنازع القوانين"(١).

ويقدم فقه القانون الدولي الخاص – في حل هذه المشكلة – منهجين متباينين أولهما المنهج المباشر ويتمثل في وجود قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على النزاع مثل المعاهدات الدولية والقواعد ذات التطبيق الضروري(٢).

أما المنهج الثاني وهو الذي يعنينا في هذا المقام، فهو المنهج غير المباشر، الذي يتمثل في وجود قواعد معينة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع تسمى قواعد التنازع أو قواعد الإسناد(٣).

وظيفتها الرئيسية تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة، كالقاعدة التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية (م ١٨ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١). وتلك التي تقضي بخضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج (م ١٩/ ٢ مدني عراقي)، والتي تقضي بخضوع الشكل لقانون بلد الإبرام (م ٢٦ مدني عراقي) الخ والواضح أن هذه القواعد هي قواعد وطنية قد تختلف من دولة إلى أخرى، كما أنها قواعد غير مباشرة بمعنى أنها لا تنطبق مباشرة على النزاع وإنما هي فحسب تشير الى القانون الذي سنطبق على النزاع، وقاعدة التنازع (الإسناد) تتكون من شقين فكرة مسندة وضابط إسناد، فالفكرة

المسـندة هـي الواقعـة التـي نبحـث لهـا عـن القـانون الواجـب التطبيـق، وضـابط الإسـناد هـو المعيـار الـذي يـتم بواسطته معرفـة القـانون الواجـب التطبيـق. ففـي القاعـدة التـي تقضـي بإخضـاع الأهليـة لقـانون الجنسـية، فـإن الأهليـة هنـا هـي الفكـرة المسـندة، والجنسية هي ضابط الإسناد(٤).

ويكتنـف إعمـال المـنهج غيـر المباشـر العديـد مـن المشـكلات والصـعوبات التـي جعلـت علـم تنـازع القـوانين مـن أكثـر العلـوم إثـارة للجـدل الصـاخب، فالقاضـي تثـار لديـه أولاً مشـكلة مـدى التزامـه بإعمـال قاعـدة الإسـناد مـن تلقـاء نفسـه ؟، وإذا مـا انتهـى مـن حـل هـذه المشـكلة كـان عليـه أن يقـوم بعمليـة تكييـف النـزاع المطـروح أمامـه بإدراجـه في إحـدى الفكـر المسـندة لمعرفـة القـانون الواجـب التطبيـق، فـإذا مـا توصـل للقـانون الواجـب التطبيـق واجهتـه أيضـاً العديـد مـن المشـكلات حيـث تثـار لديـه أولاً مشـكلة هـل يطبـق القـانون الأجنبـي في قواعـده الموضـوعية أم يستشـير أولاً قواعـد الإسـناد (وهـي مشـكلة الإحالـة)، كمـا تثـور لديـه مشـكلة أخـرى فيمـا لـو كـان القـانون الواجـب التطبيـق هـو قـانون دولـة متعـددة الشـرائع، فـأي شـريعة داخليـة سـتنطبق، وإذا مـا توصـل القاضـي لحـل كـل هـذه المشـكلات واجهتـه مشـكلة لا تقـل في صـعوبتها عـن المشـكلات السـابقة، وهـي مشـكلة إثبـات القـانون الأجنبـي، وهـل يقـع ذلـك علـى عـاتق القاضـي أم علـى عـاتق الخصـوم. وفي إطـار ذلـك تثـور لـدى القاضـي مشـكلة تفسـير القـانون الأجنبـي ومـدى رقابـة المحـاكم العليـا عليـه، وبعـد كـل هـذه المراحـل قـد يتبـين للقاضـي أن هـذا القـانون الواجـب التطبيـق مخـالف للنظـام العـام، أو أنـه قـد حـدث غـش نحـو القـانون، فيقـوم باسـتبعاده، هـذه المشـكلات هـي قليـل مـن كثيـر يـزدحم بـه المـنهج غيـر المباشـر، ولعلـه لـيس غريبـاً بعـد كـل ذلـك أن نجـد مـن يصـف هـذا المـنهج بأنـه مسـتنقع كئيـب يسـكنه علمـاء غريبـو الأطـوار، ورغـم المبالغـة في هـذا الوصـف إلا أنهـا تعـبر عـن المـدى الـذي وصـلت إليـه أزمـة المـنهج غير المباشر(٥).

ان الإشـكالية الأساسـية في هـذه الدراسـة هـي بيـان مـدى توفيـق المشـرع العراقـي في صـياغة قواعـد تنـازع القـوانين، ولبيـان هـذه الإشـكالية لابـد أن نعلـم أن المشـرع العراقـي قـد نظـم قواعـد التنـازع في المـواد مـن ١٧ إلـى ٣٣ مـن القـانون المـدني العراقـي رقـم ٤٠ لسـنة ١٩٥١، تحـت عنـوان " التنـازع الـدولي مـن حيـث الاختصـاص التشـريعي"، والمتأمـل في هـذه القواعـد يلحـظ دون عنـاء مـدى تأثرهـا بمثيلتهـا الـواردة في القـانون المـدني المصـري الصـادر عـام ١٩٤٨، سـواء مـن حيـث الصـياغة، أم مـن حيـث المضـمون، مـع اختلافـات طفيفـة في بعـض الأحـوال، ورغـم المزايـا العديـدة التـي تميزت بها قواعد التنازع في القانون العراقي(٦).

ورغـم أنـه يحمـد للمشـرع العراقـي وضـع هـذه القواعـد متـأثراً فيهـا بالقـانون المصـري، إلا أن تطـور الـزمن لـه آثـاره، لأنـه إذا كانـت النصـوص المصـرية في التنـازع قـد جـاءت معـبرة عـن أحـدث النظريـات الفقهيـة في علـم القـانون الـدولي الخـاص عنـد وضـع القـانون المـدني عـام ١٩٤٨، إلا أن هـذه النظريـات قـد لحقهـا تطـور مـذهل علـى مـدى مـا يقـترب مـن السـبعين عـام نتيجـة لتغيـرات اقتصـادية واجتماعيـة وسياسـية علـى الصـعيد الـدولي خـلال هـذه الفـترة، ممـا اضـطر معظـم المشـرعين في الـدول الأخـرى إلـى إجـراء تعـديلات تشـريعية أساسـية تعـبر في مجموعهـا

عما يمكن أن نسميه بثورة القانون الدولي الخاص المعاصر(٧).

وإذا كانت الإشكالية الرئيسية كما قلنا هي بيان مدى توفيق المشرع العراقي في صياغة قواعد التنازع، وتحديداً فيما يتعلق بتفسير هذه القاعدة، فإن هناك ثلاث إشكاليات فرعية تنبثق من الإشكالية الرئيسة وهي:

١. هل كان مشرعنا العراقي موفقاً في إخضاع التكييف لقانون القاضي ؟ وهل كان موفقاً في التفرقة بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي ؟ وما موقفه من الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن ؟ وهل كان موفقاً في اعتماد استثناء تكييف المال ؟
٢. هل كان المشرع العراقي موفقاً في رفض الإحالة ؟ وهل كان من الأفضل اعتماد فكرة الحل الوظيفي أم لا ؟
٣. ما موقف المشرع العراقي من فكرة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع ؟ وهل موقفه في هذا الصدد موقف محمود أم هو موقف مذموم ؟

و تهدف هذه الدراسة إلى إعادة النظر في قواعد التنازع المكاني الواردة في القانون المدني العراقي، بما يحقق المصلحة الوطنية من جانب، ويتوافق مع الاتجاهات العالمية الحديثة في القانون الدولي الخاص من جانب آخر، وكما هو معلوم فإن التشخيص السليم هو أساس العلاج السليم، لذلك لابد من دراسة نقدية فاحصة لقواعد التنازع لتقييم موقف المشرع العراقي بشأنها، فهدفنا إذن هو نقد ما هو قائم للإبقاء على ما هو صالح منه ، ولتغيير ما يجب تغييره.

و لكي نصل إلى الغاية التي نتوخاها من هذا البحث فإن دراستنا ستكون نقدية للنصوص العراقية المتعلقة بالتنازع المكاني للقوانين، لكي نصل إلى تقويمها، و لأننا نحرص على بيان الاتجاهات التشريعية الحديثة المقارنة في النظم القانونية المختلفة لعلنا نجد فيها المعين في تطوير قواعد تنازع القوانين في القانون العراقي، و سنخصص هذا البحث لتقييم موقف المشرع العراقي من تفسير قاعدة التنازع المكاني، وتفسير قاعدة التنازع يطرح مشكلات ثلاث: الأولى هي مشكلة التكييف وهي تفسير للفكرة المسندة، والمشكلتان هما الإحالة والإسناد لقوانين الدول متعددة الشرائع وهما تفسير لضابط الإسناد لذلك نقسم دراستنا إلى مباحث ثلاث:

المبحث الأول : تقييم موقف مشرعنا العراقي من مشكلة التكييف.

المبحث الثاني : تقييم موقف مشرعنا العراقي من مشكلة الإحالة.

المبحث الثالث : تقييم موقف مشرعنا العراقي من مشكلة الإسناد لقوانين دول متعددة الشرائع.

المبحث الأول
تقييم موقف المشرع العراقي من مشكلة التكييف.

نصت المادة السابعة عشر من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه :

١. القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.
٢. ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء".

والفقـرة الأولـى مـن هـذه المـادة منقولـة عـن المـادة العاشـرة مـن القـانون المـدني المصـري، وهـي تعـبر عـن أحـدث مـا وصـل إليـه الفقـه الحـديث في القـانون الـدولي الخـاص، والمتمثلـة في إخضـاع التكييـف لقـانون القاضـي وفقـاً لنظريـة بـارتن بعـد تهذيبها [٨].

أن الـذي يـدعوا الـى الاسـتغراب هـو أن المشـرع العراقـي – رغـم تـأثره بالقـانون المصـري في هـذه المسـألة- إلا أنـه لابـد مـن التحليـل والتساؤل حول أمرين :

الآمـر الأول : أن المشـرع لـم يشـر بشـكل صـريح إلـى الاسـتئناس بالقـانون الأجنبـي والقـانون المقـارن عند إجراء التكييف.

الآمـر الثـاني : رغـم أن المشـرع قـد أخضـع التكييـف لقـانون القاضـي في الفقـرة الأولـى مـن المـادة السـابعة عشـر، إلا أنـه أورد اسـتثناء تكييـف المـال في الفقـرة الثانيـة، حيـث أخضـعه لقـانون موقـع المـال، والحكـم الـوارد في هـذه المـادة يعتمـد الاسـتثناء الشـهير الـذي كـان قـد طالـب بـه الاسـتاذ بـارتن علـى نظريـة التكييـف ، وهـو الاسـتثناء الـذي لـم يجـد ترحيبـاً مـن الفقـه الحـديث أو علـى الأقـل مـن معظمـه، لـذلك يبـدو مـن الأهميـة بمكـان تقيـيم موقـف المشـرع العراقـي في هـذا الصـدد، ولـن يتـأتى ذلـك إلا بعـد العـرض المـوجز لنظريـة التكييـف لكـي نصـل بعـد ذلـك إلـى بيـان مـدى سـلامة موقـف المشـرع العراقـي، وعلـى ذلـك نقسـم دراسـتنا في هـذا المبحث إلى مطلبين:

المطلـب الأول : فكـرة التكييـف في القـانون الـدولي الخاص.

المطلـب الثـاني : مـدى سـلامة موقـف المشـرع العراقي من مسالة التكييف.

المطلب الأول

فكرة التكييف في القانون الدولي الخاص

التكييـف La GUALIFICATION في القـانون الـدولي الخـاص هـو تحديـد طبيعـة العلاقـة المطروحـة علـى القاضـي وإدراجهـا في إحـدى الفكـر المسـندة لمعرفـة القـانون الواجـب التطبيـق. فـالتكييف إذن هـو عمليـة سـابقة ولازمـة لمعرفـة القـانون الواجـب التطبيـق، ومعرفـة هـذا القـانون هـي الهـدف الـذي تسـعى إليـه قاعـدة الإسـناد في سـبيل حلهـا لمشـكلة تنـازع القـوانين، ومـن ثـم تبـدو أهميـة التكييـف للدرجـة التـي حـدت بـالبعض للقـول بأنـه حجر الزاوية في القانون الدولي الخاص[٩].

وقـد ثـار التسـاؤل حـول القـانون الـذي يخضـع لـه التكييف:

اولا: فقـال الاسـتاذ بـارتن Bartin بإخضـاع التكييـف لقـانون القاضـي، أي أن القاضـي يحـدد الأوصـاف القانونيـة للأفكـار المسـندة وفقـاً للمفـاهيم السـائدة في قانونـه ، وقـد قـدمت حجـج لتبريـر هـذا النظـام منهـا ان القواعـد التـي يطبقهـا القاضـي لحـل التنـازع هـي مـن نظامـه الـوطني وأن تطبيـق القـانون الاجنبـي لا يكـون الا بـأمر نـص عليـه المشـرع الـوطني ، وبهـذا تكـون قواعـد القـانون الاجنبـي التـي اعطـى لهـا الاختصـاص كأنهـا نصـوص أقرهـا المشـرع الـوطني وحـدد نطـاق تطبيقهـا بـدلا مـن القـانون الـوطني ، أن هـذا الابـدال يجـب حصـره وتقيـده في الظـروف التـي يراهـا المشـرع الـوطني ، اذ انـه لا يريـد عـادة مـن المصـطلحات التـي يسـتعملها في قواعـد الاسـناد الا مـدلولها الـذي تتفـق مـع وجهـة نظـره هـو لا كمـا تتفـق مـع وجهـة نظـر غيـره مـن المشرعين [١٠].

ثانيـا: وقـال الـبعض الآخـر بخضـوع التكييـف للقـانون الواجـب التطبيـق ويعطـى الاختصـاص

للقانون الذي سيحكم العلاقة موضوع النزاع اي تكون مختصه لتكييف العلاقة القانونية ، ويبرر انصار هذا النظام اتجاههم، ان القانون اذا ما اشار بوجوب حل النزاع وفقا لقانون ما فهذا يعني أن تكييف العلاقة ووصفها يلزم ان يكون بمقتضى القانون المشار اليه أيضا لتحقيق العدالة من تطبيق القانون الاجنبي المختص لأنه لا يتم الا بإعطاء القانون المشار اليه صفة الاختصاص بصورة كاملة للقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وايضا القواعد والافكار التي تتعلق بالتكييف(١١).

ثالثا: وقال البعض الثالث بخضوع التكييف للقانون المقارن (Rabel) يقضي هذا النظام بحل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية بالركون للأفكار التي تتسم بكونها عالمية مستخلصة من القانون المقارن(١٢).

رابعا: وقال أخيراً البعض بخضوع التكييف لعلم القانون (Quadri)(١٣).

وقد كتبت لنظرية بارتن الغلبة على بقية النظريات، سواء على الصعيد التشريعي أم الفقهي أم القضائي، وذلك لقوة حججها وسلامة منطقها، وكان الأستاذ الكبير قد أسس نظريته على أن التنازع بين القوانين تنازع بين السيادات، ومن ثم فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي فإن المشرع بذلك يتنازل عن جزء من سيادته في حدود الفكرة المسندة لذلك القانون الأجنبي ، ومادام الأمر كذلك فإنه يجب أن يتم تحديد الفكرة المسندة (أي التكييف) وفقا لقانون القاضي حتى يحدد القانون الوطني المقدار الذي يتم التنازل في حدوده للقانون الأجنبي(١٤).

وكان بارتن قد وضع استثناءين على نظريته وهما :

١. **خضوع التكييفات الثانوية للقانون الواجب التطبيق .**

فقال إنه إذا تم التكييف وفقاً لقانون القاضي، وأدى تطبيق قاعدة الإسناد إلى ثبوت الاختصاص بحكم المسألة المعروضة لقانون أجنبي، فإن هذا القانون هو الذي يرجع إليه في التكييفات التي يقضيها تطبيقه، وهي ما يسميها "التعاريف" أو "التكييفات الثانوية" أو "التكييفات اللاحقة". وعلى ذلك يجب التمييز بين نوعين من التكييف، التكييف الأولي وهو الذي يلزم لتعيين القانون الواجب التطبيق وهو الذي يتصل بسيادة الدولة، وبالتالي يرجع فيه إلى قانون القاضي. والتكيفات الثانوية أو اللاحقة، وهذه لا تتصل بسيادة الدولة، فيرجع فيها إلى القانون الواجب التطبيق نفسه(١٥).

فإذا عرضت على القاضي العراقي مسألة صحة تصرف قانوني، وانتهى بالرجوع إلى قانونه إلى أن المسألة المعروضة تتعلق بالأهلية، وبالتالي يحكمها قانون جنسية الشخص وقت إبرام التصرف، فيرجع إلى هذا القانون في تعريف الرشد أو السفه أو الحجر مثلاً وكذلك إذا عرضت على القاضي علاقة قانونية وكيفها بالرجوع إلى قانونه بأنها تعاقدية وبالتالي تخضع للقانون الذي اختاره المتعاقدان، فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة ماهية الواقعة التي علق عليها المتعاقدان وجود الالتزام وكذلك لمعرفة على أي وجه يكون التضامن بين المدينين، ولمعرفة ماهية سبب انقضاء الالتزام الذي يتمسك به المدين إلى غير ذلك مما يعرض بصدد تطبيق القانون الأجنبي.

٢. خضـوع تكييـف المـال ومـا إذا كـان عقـاراً أم منقولاً لقانون موقع المال.

أمـا الاسـتثناء فهـو أنـه يرجـع في وصـف المـال بأنـه عقـار أو منقـول إلـى قـانون موقعـه لا إلـى قـانون القاضـي، ويقـول بـارتن بـأن هـذا الاسـتثناء يسـتخلص مـن المبـادئ الأساسـية في تنـازع القـوانين فيمـا يتعلـق بنظـام الأمـوال، فكـل مـا يـدخل في نظـام الأمـوال يرجـع فيـه إلـى قـانون الموقـع حتـى تتحقـق الطمأنينة في المعاملات(١٦).

وقـد تراجـع بـارتن عـن الاسـتثناء الأول ، واعتـبر أن خضـوع التكييفـات الثانويـة للقـانون الواجـب التطبيـق هـو أمـر لا يشـكل أي اسـتثناء ، وإنمـا هـو يخضـع لهـذا القـانون كقاعـدة عامـة، لان التكييفـات الثانويـة لا يـتم فيهـا التنـازل عـن جـزء مـن السيادة ومـن ثـم فـلا مـبرر للقـول بإخضـاعها لقاعـدة خضـوع التكييـف لقـانون القاضـي حتـي يـتم تبريـر الاسـتثناء بعـد ذلـك. أمـا الاسـتثناء الثـاني فقـد ظـل بـارتن حتـى وفاتـه وفيـاً لـه ، وهـو الاسـتثناء الـذي أثـار جـدلاً صـاخبا في فقـه القـانون الـدولي الخـاص علـى نحـو مـا سـيتم بيانـه في المطلـب الثـاني، وقـد بـارك الفقـه الحـديث نظريـة بـارتن ولكـن علـى أساس مختلف(١٧).

فلـيس التنـازع بـين القـوانين تنازعـاً بـين السـيادات في نظـر الفقـه الحـديث ، وانمـا يـتم اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق لأنـه الأكثـر صـلة بالعلاقـة ، ويـتم تطبيقـه بـأمر مـن قاعـدة الاسـناد الوطنيـة ومـن ثـم لا يوجـد أي تنـازع بـين السـيادات، وقـد أسـس الفقـه الحـديث خضـوع التكييـف لقـانون القاضـي علـى أن التكييـف تفسـير لقاعـدة الإسـناد الوطنيـة، ومـن ثـم فمـن المنطـق تفسـير القاعـدة الوطنيـة وفقـا لقـانون القاضـي، كـذلك مـن الناحيـة النفسـية فـإن قـانون القاضـي هـو الأقـرب إليـه عنـد إجـراء التكييـف لا سـيما أن هـذا القـانون جـزء لا يتجـزأ مـن ثقافتـه وذكائـه المهنـي كمـا قـال بـارتن نفسـه، وأخيـراً فمـن الناحيـة العمليـة لـيس أمـام القاضـي إلا قانونـه لكـي يقـوم بـالتكييف وفقـاً لـه ، فالقـانون الواجـب التطبيـق لـم يـتم معرفتـه بعـد، والقـانون المقـارن وعلـم القـانون نظريتـان مثاليتـان وليسـتا واقعيتـين ، ويصـعب تطبيقهمـا مـن الناحيـة العمليـة، وإذا كـان الفقـه الحـديث قـد بـارك نظريـة بـارتن فإنـه قـد بـارك أيضـاً قولـه في النهايـة بخضـوع التكييفـات الثانويـة أو اللاحقـة للقـانون الواجـب التطبيـق كأصـل عـام ولـيس كاسـتثناء، وذلـك لأن التكييفـات الثانويـة ليسـت تفسـيراً لقاعـدة الإسـناد الوطنيـة وإنمـا هـي تفسـير للقـانون الواجـب التطبيـق ومـن ثـم وجـب إخضـاعها لهـذا القـانون كأصـل عـام ولـيس كاستثناء(١٨).

ولـم يتوقـف الفقـه الحـديث عنـد ذلـك، وإنمـا دافـع هـذا الفقـه عـن نظريـة بـارتن وأضـفي عليـه قـدراً كبيـراً مـن المرونـة انقـذتها مـن الجمـود والهجـوم، فقـرر الفقـه أن خضـوع التكييـف لقـانون القاضـي لا يمنـع مـن أن تتسـع الافكـار المسـندة بحيـث يكـون لهـا أكثـر مـن معنـى، فـلا يـتم التقيـد بـالمعني الـوارد في القـانون الـداخلي وإنمـا هـي تتسـع لتكـون أكثـر رحابـة لكـي تشـمل المعنـي الجديـد بشـأن العلاقـات الخاصة الدولية(١٩) .

ففكـرة الشـكل مـثلا غرضـها في القـانون الـداخلي التشـديد، إذ حينمـا يتطلـب المشـرع شـكلاً معينـاً لأبـرام التصـرف، ويرتـب البطلان عنـد تخلفـه فـلا شـك أن تلـك الفكـرة تسـعى إلـى التشـديد ، وذلـك بعكـس فكـرة الشـكل في القـانون الـدولي الخـاص، ففـي أغلـب القـوانين المقارنـة يخضـع

الشكل لقانون بلد الإبرام أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو للقانون الذي يحكم موضوع التصرف (راجع مثلاً م ٢٠ من القانون المدني المصري)[٢٠]. والمشرع يسعى بذلك إلي التيسير على المتعاقدين فوضع هذه القاعدة ذات الطابع الاختياري، إذ سيكون الشكل صحيحا مادام أن أحد القوانين الأربعة قد أقر بصحته حتى لو قررت القوانين الثلاثة الأخرى إبطاله ، وهنا يبدو الطابع التيسيري ومن ثم الاختياري لقاعدة الشكل في القانون الدولي الخاص[٢١].

كذلك فإن الفقه الحديث قال بضرورة الاستئناس بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق على النزاع والقانون المقارن في الحالات التي يتبين فيها أن العلاقة المطروحة غريبة عن قانون القاضي ومن ثم يصعب تكييفها وفقا لهذا القانون، فلم ير الفقه الحديث غضاضة في هذا الاستئناس، بل ولم يجد فيه استثناء عن القاعدة التي باركها، إذ أن الأمر لا يتعدى مرحلة الاستئناس بالقانون الاجنبي أو المقارن، لبيان معالم المركز القانوني للنزاع المطروح ثم يتم بعد ذلك التكييف وفقا لقانون القاضي ، وهو ما يضفي في نهاية الأمر المرونة على الأفكار المسندة في مواجهتها لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية[٢٢].

وإذا كان الفقه الحديث قد حارب من أجل أن تحتفظ نظرية بارتن في شأن إخضاع التكييف لقانون القاضي بحيويتها وملائمتها إلا أن هذا الفقه لم يرض تماماً عن الاستثناء الذي وضعه بارتن بشأن وصف المال، بل وجه له سهام النقد الجارح ، ورغم هذا النقد الجارح فقد تبني المشرع العراقي الاستثناء الذي وضعه بارتن ، وهو ما يدعونا لتقييم هذه التجربة في

المطلب الثاني

مدى سلامة موقف المشرع العراقي من مسالة التكييف

بعد أن عرضنا عرضاً موجزاً لنظرية التكييف في القانون الدولي الخاص حان الوقت لكي نعرض لموقف المشرع العراقي منها وتقييمه، وقد سلفت الإشارة في مطلع هذا المبحث إلى نص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ ، بفقرتيها، واللتين تمثلان جوهر موقف المشرع العراقي في هذا الصدد، والسؤال الآن هل أصاب المشرع العراقي في صياغته لهاتين الفقرتين ، أم أخطأ ؟ وما وجه الخطأ ؟ وما هو وسيلة الإصلاح؟

لكي يتسنى لنا وضع إجابة وافية سنعرض لأربعة بنود كالتالي:

أولاً: تقييم موقف المشرع العراقي من إخضاع التكييف لقانون القاضي

البين من نص المادة ١٧ من القانون المدني أن المشرع العراقي قد اعتنق نظرية بارتن Bartin Kahn، [٢٣].

بوجه عام، فأخضع التكييف لقانون القاضي، والواقع أن مسلك المشرع على هذا النحو هو مسلك محمود لا غبار عليه، لعدة أسباب نوردها فيما يلي:

١. يتماشى هذا المسلك مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، فالنظم القانونية المقارنة تأخذ بنظرية بارتن في التكييف ، من ذلك القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ (م ٣/ ١)، والقانون المدني الإسباني لعام ١٩٧٤ (م ١٢/ ١)، القانون المدني المصري (م ١٠) والقانون المدني الليبي (م

١١)، والقـانون الكـويتي لتنظـيم العلاقـات ذات العنصـر الأجنبـي (م ٣١) والقـانون المـدني العراقـي (م ١٧/ ١) والقـانون المـدني السـوري (م ١١) والقـانون المـدني الأردني (م ١١) والقـانون المـدني الجزائـري (م ٩) وقـانون المعـاملات المدنيـة السـودان(م ١٤)، ومجلـة القـانون الـدولي الخـاص التونسـي (م ٢٧)، كمـا أن هـذه النظريـة راسـخة في كتابـات الفقهـاء في فرنسـا وبلجيكـا والولايـات المتحـدة الأمريكيـة وبريطانيـا وكنـدا والمجـر واستراليا[٢٤].

كـذلك فـإن هـذا الحـل هـو الحـل الـذي اعتنقـه فقهـاء القـانون العـرب في القـانون الـدولي الخـاص دون استثناء.

٢. أن هـذا الحـل هـو الـذي يتفـق مـع الاعتبـارات القانونيـة السـليمة، ذلـك أنـه عنـد النظـر في جـوهر الأمـور سـنجد أن عمليـة التكييـف هـي تفسـير للفكـرة المسـندة في قاعـدة التنـازع، وبمـا أن قاعـدة التنـازع هـي قاعـدة وطنيـة عراقيـة، فمـن المنطقـي أن يـتم تفسـيرها وتكييفهـا وفقـاً للقـانون العراقـي، والقـول بغيـر ذلـك معنـاه أن يـتم تفسـير القـانون بعيـداً عـن مرمـى المشـرع العراقي وهو مالا يمكن قبوله .

٣. أن هـذا الحـل هـو الحـل الـذي يتفـق مـع الاعتبـارات النفسـية السـليمة، فـالأقرب إلـى نفـس القاضـي أن يقـوم بـالتكييف وفقـاً لقانونـه، فهـذا القـانون كمـا قلنـا مـن قبـل يشـكل جـزءاً مـن الزكـاء المهنـي لقاضـي، فهـو القـانون الـذي تمرس عليه القاضي دراسة وتطبيقاً.

٤. أن هـذا الحـل هـو الحـل الـذي يتفـق مـع الاعتبـارات العمليـة، إذ لـيس أمـام القاضـي مـن قـانون آخـر يـتم التكييـف وفقـاً لـه إلا قانونـه، فالقاضـي وهـو يقـوم بعمليـة التكييـف لـم يعـرف بعـد القـانون الواجـب التطبيـق لكـي يـتم التكييـف وفقـاً لـه، كمـا أن أي نظريـة أخـرى مـن النظريـات التـي قيلـت في مناهضـة نظريـة بـارتن لم يكتب لها النجاح[٢٥].

ثانيـاً: تقيـيم موقـف المشـرع العراقـي مـن التفرقـة بـين التكييف الأولي والتكيفات الثانوية

سـلفت الإشـارة إلـى أن بـارتن قـد فـرق بـين التكييـف الأولـي مـن جانـب، وفـرق بـين التكييفـات الثانويـة أو اللاحقـة مـن جانـب آخـر، فـالتكييف الأولـي هـو الـلازم لإعمـال قاعـدة الإسـناد والبحـث عـن القـانون الواجـب التطبيـق، وهـو تكييـف سـابق لأنـه يسـبق معرفـة القـانون الواجـب التطبيـق، وقـد أخضـعه بـارتن لقـانون القاضـي، أمـا التكييفـات الثانويـة أو اللاحقـة فهـي التكييفـات التـي يـتم إجراؤهـا بعـد معرفـة القـانون الواجـب التطبيـق، وتلـك أخضـعها بـارتن للقـانون الواجـب التطبيـق ولـيس لقـانون القاضـي، والسـؤال هنـا هـل أخـذ المشـرع العراقـي بهـذه التفرقـة أم لا ؟ نصـت المـادة ١٧/ ١ مـن القـانون المـدنس علـى أن " القـانون العراقـي هـو المرجـع في تكييـف العلاقـات عنـدما يطلـب تحديـد نـوع هـذه العلاقـات في قضـية تتنـازع فيهـا القـوانين لمعرفـة القـانون الواجـب تطبيقـه مـن بينهـا"، والمتأمـل في هـذا الـنص يجـد أن العبـارة الأخيـرة فيـه " لمعرفـة القـانون الواجـب تطبيقـه مـن بينهـا"، تقطـع دون شـك في أن التكييـف الخاضـع لقـانون القاضـي هـو ذلـك التكييـف الـذي يـتم إجـراؤه لمعرفـة القـانون الواجـب التطبيـق، وهـو التكييـف الأولـي، وهـو مـا يعنـي أن التكييفـات الثانويـة أو اللاحقـة تخضـع للقـانون الواجـب التطبيـق، وينتهـي

دور القانون العراقي عند التكييف الاولي وهو تحديد نوع العلاقة القانونية وتحديد قاعدة الاسناد الوطنية ، أما التكيفات اللاحقة فتخرج عن اختصاص القانون العراقي ويحكمها القانون المختص الذي حدده قاعدة الاسناد ([٢٦]).

وحسناً فعل المشرع العراقي بذلك، حيث أن التكييفات الثانوية أو اللاحقة لا تعد تفسيراً لقاعدة التنازع الوطنية، ومن ثم فهي لا تخضع لقانون القاضي، وإنما هي تفسير للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، فتخضع لأحكام هذا القانون بل أن المتأمل في التكييفات الثانوية يجد أنها لا تنطبق عليها وصف التكييف في القانون الدولي الخاص، ذلك أن مفهوم هذا الأخير هو التكييف اللازم لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وهذا المعنى لا ينطبق إلا على التكييف الأولي دون التكييفات الثانية، فهذه الأخيرة لا يتم إجراؤها لمعرفة القانون الواجب التطبيق لأن هذا القانون قد تم معرفته بالفعل، ومن ثم فهي مجرد تطبيق للقانون الأجنبي ([٢٧]).

ثالثاً: تقييم موقف المشرع العراقي من الاستثناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن

لعل أهم الانتقادات التي وجهت لنظرية بارتن هو قصورها عن الاحاطة بالفرض الذى يواجه فيه القاضي علاقة غريبة عن قانونه . إذ كيف يتسنى للقاضي أن يرجع إلى قانونه لكى يصف نظاما غريبا عن احكام هذا القانون ؟ وكمثال على ذلك فإن النظم التي تعترف للزوج بحقه في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة مثلا – كما هو الشأن بالنسبة للشريعة الاسلامية – تعد نظما غريبة تماما عن القانون الفرنسي . وعلى ذلك فمن العسير على القاضي في فرنسا أن يرجع إلى قانونه لتكييف النزاع المتعلق بطلاق أحد المسلمين تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق . إذ أن القانون الفرنسي الذى يخضع له التكييف يجهل طبيعة المركز المطروح أمامه والذى يخول للزوج حق انهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة([٢٨]) .

والواقع أن الفقه الحديث كان له دور مشهود في تطوير نظرية بارتن، حيث أكد على أن اخضاع التكييف لقانون القاضي لا يحول دون إمكان الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه، والسؤال هنا هل يجوز للقاضي العراقي أن يستأنس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن في التكييف، أم أنه يلتزم فقط بالقانون العراقي؟.وقد استقر الفقه ([٢٩]).

في تفسير هذا النص على إمكانية الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن، بل أن البعض([٣٠]) .

قد حاول أن يتلمس سنداً تشريعياً للاتجاه الفقهي الحديث نحو الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم الفكرة المسندة فأكد، أن المشرع العراقي قد استخدم في المادة ١٧/ ١ صياغة مرنة تسمح بهذا التوسع . فقد جاء في هذه المادة أن القانون العراقي هو "المرجع" في التكييف. "ولفظ المرجع ليس فيه الجمود الذى كان يمكن أن يتوافر في النص ، إذ جاء مقررا أن القانون العراقي هو الواجب التطبيق في تكييف العلاقات"وقد حاول البعض([٣١]) .

في سبيل الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن، أن يؤسس الفكرة على أساس آخر هو التزام القاضي بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص والتي يعد من بينها فكرة

الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن، واستند هذا الرأي في ذلك إلى نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي والذي يقضي بأنه "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا"، ونحن نتمنى أن يشير المشرع العراقي صراحة إلى ضرورة الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن.

رابعـًا: تقييم موقف المشرع العراقي من استثناء وصف المال

استثنى بارتن من نظريته تكييف المال، وأخضعه لقانون موقع المال وليس لقانون القاضي، وبرر ذلك بوجوب الطمأنينة والاستقرار في اكتساب الحقوق العينية على المال، والتي تقتضي إخضاع كل ما يتعلق بالمال إلى قانون موقعه، وقد انتقد الفقه استثناء بارتن لافتقاره إلى أساس نظري سليم. ذلك أن الاعتبارات العملية المتعلقة باستقرار المعاملات في شأن الحقوق العينية، والتي أملت على بارتان التمسك بهذا الاستثناء، لا تنهض وحدها سببا كافيا -لدى هذا الرأي- للخروج عن القاعدة العامة في إخضاع التكييف لقانون القاضي. إذ ما دمنا قد سلمنا بسلامة الأساس الذي يقوم عليه إخضاع التكييف لقانون القاضي، فلم يعد من المستساغ بعد ذلك أن نفرق بين حالة وأخرى. ومن جهة أخرى فإن إعمال الاستثناء الذي قرره بارتن على نظريته يبدو أمرا عسيرا في الأحوال التي يصعب فيها إيجاد موقع محدد للمال محل النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للأموال المعنوية. إذ كيف يتصور في هذه الحالة إخضاع تكييف المال لقانون الموقع كما هو مؤدى الاستثناء الذي أورده بارتن على نظريته؟! بل إن صعوبة عملية أخرى قد تثار أيضا حتى بالنسبة للأموال المادية، وذلك فيما لو كان المال كائنا في أكثر من إقليم دولة واحدة. إذ يصعب في هذه الحالة تحديد قانو ن الموقع الذي سيرجع إليه في تكييف وصف هذا المال[٣٢].

والمؤسف أنه بعد كل هذا النقد لاستثناء بارتن نجد أن المشرع العراقي قد أخذ به، حيث نصت المادة ١٧/ ٢ على أنه: " ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء"، وعلى ذلك فالقاضي العراقي ملزم بتكييف المال وفقا لقانون موقع المال، لكي يحدد أولا ما إذا كان المال عقارا أم منقولا، فإذا انتهى إلى أنه عقار، وكانت الدعوى من الدعاوَى العينية المتعلقة به حَكَم القاضي بعدم الاختصاص، استنادا الى ما تقدم تقترح الدراسة :

وبعدما قامت الدراسة بتقييم موقف المشرع العراقي من مشكلة التكييف فإننا نخلص للمطالبة بما يلي:

١. حذف الفقرة الثانية من المادة ١٧؛ كون الأستاذ بارتان قد أخذ بالاستثناء واخضع تكييف المال لقانون موقع المال ؟ وكان تبريره غير موفق البته بوجوب الطمأنينة والاستقرار في اكتساب الحقوق العينية على المال، وهذا يفتقر لأساس منطقي سليم، وكان المفترض ان يخضعه لقانون القاضي.
٢. ولم يكن موفقاً بذلك وقد خالف غالبية الفقهاء الفرنسيين[٣٣]، منهم الاستاذ تان والأستاذ بتافول الخ .
٣. إضافة فقرة أخرى للمادة ١٧ تفيد السماح للقاضي بالاستئناس بالقانون الأجنبي والمقارن.

٤. بحيث نقترح أن تكون صياغة النص كالتالي:

١. القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

٢. ويمكن لقاضي أن يستعين بالقانون الأجنبي والقانون المقارن لتيسير التكييف".

المبحث الثاني
تقييم موقف المشرع العراقي من مشكلة الإحالة.

نظرية الإحالة من النظريات التي أثارت جدلاً فقهياً حاداً في القانون الدولي الخاص، وهي إحدى النظريات التي أضفت على المنهج غير المباشر غموضاً على غموض وجدلاً على جدل؛ والسبب في ذلك انقسام الفقه بين مؤيد ومعارض للأخذ بالإحالة بل ذهب جانب من الفقه الى أن تترك لتقدير القاضي(٣٤).

ونحن هنا يهمنا أن نعرض بإيجاز لنظرية الإحالة، حتى يتسنى لنا بعد ذلك أن نرى مدى سلامة موقف المشرع العراقي بشأن تلك النظرية.

من آجل ذلك نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية نظرية الإحالة بوجه عام.

المطلب الثاني: مدى سلامة موقف المشرع العراقي من نظرية الإحالة.

المطلب الأول
ماهية نظرية الإحالة بوجه عام

إذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي فإن المشكلة التي ستطرح نفسها هل يذهب القاضي إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية؟ أم أنه سيعتبر القانون الأجنبي كلاً لا يقبل التجزئة فيبدأ باستشارة قواعد الإسناد في هذا القانون؟ الواقع أن الإجابة على هذا السؤال من الأهمية بمكان، إذ سيتحدد على أساسها الموقف من فكرة الإحالة، بل سيترتب عليها الاختلاف في القانون الواجب التطبيق ومن ثم الاختلاف في الحل النهائي للنزاع، فإذا ذهب القاضي للقواعد الموضوعية فسوف يطبقها وينتهي الأمر. ولا تثور هنا فكرة الإحالة، ويقال في هذه الحالة أن القاضي يرفض الإحالة، أما إذا ذهب القاضي إلى القانون الأجنبي في قواعد الإسناد، فإن هذه القواعد قد لا تعترف بالاختصاص لقانونها، وإنما تحيل الأمر لقانون آخر سواء كان قانون القاضي أم قانوناً آخر غير قانون القاضي، ويقال هنا أن القاضي يقبل الإحالة من حيث المبدأ، خلاصة القول إذن أن القائلين بوجوب الرجوع إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية من الرافضين للإحالة، أما القائلين بوجوب استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فهم من الآخذين بالإحالة، ولكي يتضح الأمر نسوق المثالين التاليين:

المثال الأول: إذا عرض على القاضي العراقي نزاع يتعلق بأهلية شخص إنجليزي يتوطن في العراق، فإنه سوف يرجع إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية (م ١٨/ ١ مدني عراقي). والسؤال الذي سيطرح نفسه هنا هل سيذهب القاضي إلى القانون الإنجليزي في قواعده الموضوعية التي تحدد ما إذا كان كامل الأهلية أم ناقصها وحكم تصرفاته، أم سيرجع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون؟ إذا اتخذ القاضي المسلك الأول فإنه سيطبق القواعد الموضوعية وينتهي الأمر، ويكون قد رفض الإحالة، أما إذا اتخذ المسلك الثاني فإنه سيجد أن قواعد الإسناد الإنجليزية تقضي بخضوع الأهلية لقانون الموطن (أي القانون العراقي)، أي أنها لا تعترف بالاختصاص للقانون الإنجليزي، وإنما تحيل

النـزاع إلـى القـانون العراقـي، ويقـال هنـا أن القاضـي قد قبل الإحالة.

المثـال الثـاني: إذا عـرض علـى القاضـي العراقـي نـزاع يتعلـق بميـراث شـخص فرنسـي يمتلـك عقـارات بـالعراق، هنـا سـيرجع القاضـي إلـى قاعـدة الإسـناد التـي تقضـي بخضـوع الميـراث لقـانون جنسـية المتـوفي أي القـانون الفرنسـي (م ٢٢ مـدني عراقـي)، هنـا تثـار ذات المشـكلة، هـل يـذهب القاضـي للقواعـد الموضـوعية في القـانون الفرنسـي ويطبقهـا، وينتهـي الأمـر فيـرفض الإحالـة، أم يستشـير قواعـد الإسـناد في القـانون الفرنسـي أولاً والتـي تقضـي بخضـوع الميـراث لقـانون موقـع العقـارات أي للقانون العراقي ويكون بذلك قد قبل الإحالة.

صـفوة القـول أنـه يمكننـا تعريـف نظريـة الإحالـة بأنهـا "النظريـة التـي تقضـي بوجوبـه الرجـوع إلـى القـانون الأجنبـي الواجـب التطبيـق في قواعـد الإسـناد والانصياع لما تشير به هذه القواعد" [٣٥].

نوعا الإحالة

اسـتعرض فقـه القـانون الـدولي الخـاص أنواعـاً مختلفـة للإحالـة، ولكـن يهمنـا مـن هـذه الأنواع النوعين التاليين:

أولاً: الإحالـة مـن الدرجـة الأولـى Renvoi au premier degré

وفيهـا لا يعـترف القـانون الأجنبـي الواجـب التطبيـق بالاختصـاص لنفسـه وإنمـا يحيـل الاختصـاص لقـانون القاضـي الـذي ينظـر النـزاع، ويطلـق علـى هـذا النـوع باللغـة الألمانيـة (Ruckverweisung) ويسـميها الـبعض "الإحالـة البسـيطة"[٣٦]، ويسـميها الـبعض الآخـر "الرجـوع"[٣٧]. ويسـميها الـبعض الثالـث "الرد"[٣٨].

ومثـال هـذا النـوع مـن الإحالـة إذا مـا عـرض علـى القاضـي العراقـي نـزاع يتعلـق بأهليـة شـخص إنجليـزي متـوطن في العـراق، حيـث تشـير قاعـدة الإسـناد المصـرية بتطبيـق القـانون الإنجليـزي بوصـفه قـانون الجنسـية، في حـين تحيـل قواعـد الإسـناد الإنجليزيـة الأمـر إلـى قـانون القاضـي العراقي بوصفه قانون الموطن.

ثانيـاً: الإحالـة مـن الدرجـة الثانيـة Renvoi au second degré:

وفيهـا لا يعـترف القـانون الواجـب التطبيـق بالاختصـاص لنفسـه وإنمـا يحيـل النـزاع لقـانون آخـر غيـر قـانون القاضـي، يعـترف هـذا القـانون الآخـر بالاختصـاص لنفسـه، ويطلـق الـبعض علـى هـذا النوع "الإحالة ذات الدرجة الواحدة"[٣٩].

في حـين يسـميها الـبعض الآخـر "الإحالـة ذات الدرجات المتعددة"[٤٠]

ومثـال هـذا النـوع أن يعـرض علـى القاضـي العراقـي نـزاع يتعلـق بتركـة منقولـة لشـخص فرنسـي يتـوطن في إنجلـترا، هنـا تقضـي قواعـد الإسـناد العراقيـة بتطبيـق القـانون الفرنسـي بوصـفه قـانون الجنسـية (م ٢٢ مـدني عراقـي)، في حـين يقضـي القـانون الفرنسـي بتطبيـق قـانون المـوطن أي القـانون الإنجليـزي، وهـذا الأخيـر يعـترف بالاختصـاص لنفسه.

مفترضات الإحالة

لكـي تثـور مشـكلة الإحالـة لا بـد أن يتـوافر عدد من المفترضات نفصلها فيما يلي:

أولاً: أن يـتم حـل التنـازع عـن طريـق قواعـد الإسناد

فـالمعروف أن مشـكلة تنـازع القـوانين يـتم حلهـا بأحـد طـريقين، الأول هـو الرجـوع لقواعـد

الإسناد، والتي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، ومن ثم فهي قواعد غير مباشرة. والثاني هو المنهج المباشر ويتمثل في قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على النزاع دون حاجة للالتجاء لقواعد الإسناد، ومثال ذلك المعاهدات الدولية والقواعد ذات التطبيق الضروري، والظاهر للناظر أن مشكلة الإحالة لن تثار إلا إذا تم فض التنازع ابتداء غير آلية قواعد الإسناد، إذ عبر هذه الآلية فقط يتم الذهاب إلى قانون أجنبي ومن ثم يطرح التساؤل التقليدي الذي يفجر مشكلة الإحالة وهو هل نذهب إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية أم نستشير قواعد الإسناد؟

ثانيا: أن تشير قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي

وذلك لأنه لو أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون القاضي فلا مجال للحديث عن فكرة الإحالة، ويتحقق ذلك في حالة قواعد الإسناد مفردة الجانب، كالقاعدة التي تقضي بخضوع الإجراءات لقانون القاضي، كما يتحقق أيضاً في حالة قواعد الإسناد مزدوجة الجانب عندما يشير ضابط الإسناد بتطبيق قانون القاضي، كالقاعدة التي تقضي بخضوع النفقة لقانون المدين بها وكان المدين بها عراقياً.

ثالثاً: أن يتم اعتبار القانون الأجنبي وحدة واحدة

إذ يجب للحديث عن الإحالة أن ينظر القاضي للقانون الأجنبي على أنه وحدة واحدة، ويبدأ باستشارة قواعد الإسناد فيه أولاً، ذلك أننا لو ذهبنا إلى القواعد الموضوعية فسوف تنطبق مباشرة على النزاع وينتهي الأمر دون حاجة للحديث عن مشكلة الإحالة.

رابعاً: أن يتعلق الأمر بتنازع سلبي

ذلك أن التنازع الإيجابي لا يثير مشكلة الإحالة[٤١].

ويتحقق التنازع الإيجابي عندما تعقد قواعد الإسناد في كل القوانين المتصلة بالعلاقة الاختصاص لقانونها، كما لو كانت الدعوى متعلقة بأهلية عراقي متوطن في إنجلترا، إذ لو عرض الأمر على القاضي العراقي سيقضي بتطبيق القانون العراقي بوصفه قانون الجنسية، ولو عرض الأمر على القاضي الإنجليزي فسوف يطبق القانون الإنجليزي بوصفه قانون الموطن وعلى ذلك لا تثور مشكلة الإحالة، وعكس ذلك تثار الإحالة في التنازع السلبي وفيه يرفض كل قانون من القوانين المتصلة بالعلاقة عقد الاختصاص لنفسه كما لو تعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن في العراق، هنا تقضي قواعد الإسناد العراقية بتطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، والقانون الإنجليزي بدوره لا يعترف بالاختصاص لنفسه وإنما يحيل الأمر للقانون العراقي بوصفه قانون الموطن، والواقع أنه في حالة التنازع الإيجابي لا يمكن إجبار القاضي الوطني أن يضع في اعتباره قواعد الإسناد الأجنبية، كما هو الحال لدى أنصار الإحالة في التنازع السلبي. لذلك فإن مشكلة التنازع الإيجابي ليس لها حل ظاهر حتى لدى أنصار الإحالة حيث سيلتزم كل قاضي بتطبيق قانونه دون النظر لقانون الدولة الأخرى.

خامسـًا: أن تختلـف قواعـد الإسـناد في القـانون الأجنبـي الواجـب التطبيـق عنهـا في قـانون القاضي

وهـذا أمـر منطقـي لأنـه لـو تماثلـت قواعـد الإسـناد فـلا تثـور فكـرة الإحالـة لأن القـانون الأجنبـي هنـا لا يـرفض الاختصـاص وإنمـا يعـترف لنفسـه بـه، والمثـال الـذي يوضـح ذلـك إذا عـرض نـزاع أمـام القاضـي العراقـي يتعلـق بأهليـة فرنسـي يتـوطن في العـراق، حيـث تقضـي قاعـدة الإسـناد العراقيـة بتطبيـق القـانون الفرنسـي بوصـفه قـانون الجنسـية، وبالـذهاب إلـى القـانون الفرنسـي نجـده هـو الآخـر يقضـي بتطبيـق قـانون الجنسـية أي أنـه قـد اعـترف بالاختصـاص لنفسـه ولـم يقـم بإحالـة النـزاع إلـى قـانون آخـر، وقـد تتماثـل قواعـد الإسـناد في قـانون القاضـي الواجـب التطبيـق وبـالرغم مـن ذلـك تثـور فكـرة الإحالـة، إذا مـا اختلـف المعنـى المحـدد لضـابط الإسـناد في حكميهمـا، فمـثلاً ضـابط المـوطن يقصـد بـه المـوطن الفعلـي في غالبيـة النـظم اللاتينيـة بينمـا يقصـد بـه المـوطن الأصـلي في النـظم الأنجلـو سكسـونية، وعلـى ذلـك فبـالرغم مـن اتحـاد الضـابط وهـو المـوطن إلا أنـه قـد تثـور الإحالـة بحسـب تفسـير هـذا الضـابط، موقـف الأنظمـة القانونيـة المختلفـة مـن فكـرة الإحالـة، نحـن لا ننـوي أن نـدخل في تفاصـيل الاختلافـات الفقهيـة بشـأن الإحالـة لخـروج ذلـك عـن نطـاق بحثنـا ، لكـن يكفينـا في هـذا المقـام البيـان المـوجز لموقـف الأنظمـة المختلفـة بشـأن الإحالـة، وسـوف نلاحـظ أن هنـاك في هـذا الصـدد اتجاهـات تقليديـة، واتجاهـات حديثـة، وسـوف نرجـئ الاتجـاه الحـديث وهـو الحـل الوظيفي للمطلب الثاني.

أمـا بشـأن الاتجاهـات التقليديـة في الإحالـة، فهنـاك اتجاهـان أحـدهما يـرفض الأخـذ بالإحالـة والآخـر يقبـل الأخـذ بهـا، فمـن مشـرعي الـدول التـي رفضـت الإحالـة : المشـرع المصـري(م ٢٧ مـدني)، المشـرع الليبـي (م ٢٧ مـدني)، والمشـرع السـوري (م ٢٩ مـدني)، والمشـرع الكـويتي (م ٧٢ مـن قـانون تنظـيم العلاقـات ذات العقـد الأجنبـي لعـام ١٩٦١)، والمشـرع الأردني (م ٢٢ مـدني)، والمشـرع السـوداني (م ١٦/ ٢١ معـاملات مدنيـة)، والمشـرع التونسـي (م ٣٥ مـن مجلـة القـانون الـدولي الخـاص التونسي لسنة ١٩٩٨)[٤٢].

ومـن القـوانين الغربيـة التـي رفضـت الإحالـة القـانون الإيطـالي (م ٣٠ مـدني) واليونـاني (م ٣٢ مـدني) وقـانون دولـة بيـرو (م ٢٠٤٨ مـدني) والسويسـري (م ١٤ مـن قـانون ١٨ ديسـمبر ١٩٨٧)، أمـا القـوانين التـي قبلـت الإحالـة فمنهـا القـانون الـدولي الخـاص النمسـاوي لعـام ١٩٧٨م (م٥٤)، القـانون الـدولي الخـاص البولنـدي لعـام ١٩٦٥م (م٤)، ومجموعـة القـانون الـدولي الخـاص التركـي لعـام ١٩٨٢م (م٢/ ٣)، وقـد تـم الاخـذ بالإحالـة لأول مـرة في القضـاء الانكليـزي عـام ١٨٤١ غيـر ان معالمهـا تتحـدد الا عـام ١٨٧٤[٤٣] بعـد ان أخـذ بهـا القضـاء الفرنسـي، بـل هو أول من طبقها في قضية فورجو Forgo .

المطلب الثاني

مدى سلامة موقف المشرع العراقي من مشكلة الإحالة

النص القانوني

نصـت المـادة ٣١/ ١ مـن القـانون المـدني العراقـي علـى أنـه :" إذا تقـرر أن قانونـاً أجنبيـاً هـو الواجـب التطبيـق فـلا يطبـق منـه إلا أحكامـه الداخليـة دون التـي تتعلـق بالقـانون الـدولي الخـاص". والمتأمـل في هـذا الـنص يجـد أن المشـرع العراقـي قـد رفـض الإحالـة في الفقـرة الأولـى مـن هـذا الـنص، وعلـى ذلـك يتبلـور موقـف المشـرع العراقـي في أنـه

قد رفض الإحالة رفضا تاما سواء أكان إحالة من الدرجة الأولى، أم كانت من الدرجة الثانية، وهنا نتساءل عن مدى سلامة موقف المشرع العراقي؟ لا سيما وأن هناك آراء فقهية – بل وبعض التشريعات – رغم رفضها للإحالة إلا أنها تنادي بها إذا كانت من الدرجة الأولى [٤٤]، ومبدئياً موقف المشرع العراقي كان موفقاً في رفضه للإحالة[٤٥].

والسبب في ذلك أن اسناد قاضي النزاع للاختصاص يكون اسنادا اجماليا لذلك قانون القاضي يفترض أن يقابل قانون قاضي النزاع رجوع اجماليا لذلك القانون، بمعنى اذا كان القاضي يسند بموجب قواعد اسناده للقانون المسند له الاختصاص ويفترض تطبيق اجمالي لقانون القاضي أي تطبيق قواعد اسناده قبل القواعد الموضوعية وكل هذا يقودنا الى حلقه مفرغه، فضلا عن ذلك ان تطبيق قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص يعني خضوع قاضي النزاع لأوامر المشرع الأجنبي ذات البعد الدولي ، وبهذا المعطى أن الإحالة تقضي الى وجود احكام تنفذ عبر الحدود قول لا يتسم مع المنطق القانوني، لكن يبقي التساؤل حول مدى تأييد المشرع العراقي في رفض الإحالة من الدرجة الأولى، كذلك يثار تساؤل آخر حول مدى توصية المشرع العراقي بالأخذ بفكرة الحل الوظيفي؟ سوف نجيب على هذين التساؤلين في بندين مستقلين.

أولا : تقييم موقف المشرع العراقي من رفض الإحالة من الدرجة الأولى

أن موقف المشرع العراقي في رفضه للإحالة من الدرجة الأولى، حيث ذهب البعض إلى تأييد الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، فالأخذ بها – وفقاً لهذا الرأي لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقاً لأهدافها. فلا شك أن تطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولاً من النظام القانوني العراقي إذ سيؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل إقليم الدولة وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي. ولن يكون في هذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة نظراً لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته: فتطبيق القاضي الوطني لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي ذاته[٤٦].

والواقع أن هذا الرأي غير سديد، لأنه يناهض الهدف الاصيل الذي تسعى إليه قواعد الاسناد الوطنية وهو وضع الحلول التي تتلاءم مع ظروف الحياة الخاصة الدولية. وهي ظروف تختلف بحسب الاصل عن ظروف المجتمع الداخلي والذى وضعت الاحكام الموضوعية في قانون القاضي اساساً لمواجهة مشاكله . فالمشرع الوطني إذ يقضي بتطبيق قانون أجنبي في شأن مسألة معينة فهو يفصح بذلك عن ارادته في استبعاد تطبيق القانون الوطني في شأنها. والقول بتطبيق هذا الاخير رغم ذلك نزولا على حكم قاعدة الاسناد الاجنبية، كما اراد الرأي السالف ، اهدار للاعتبارات التي تقوم عليها قواعد التنازع الوطنية، ومناهضة للهدف الذى تسعى إلى ادراكه[٤٧].

خلاصة القول أننا نرى أن المشرع العراقي قد يرفض الإحالة بنوعيها لا سيما إذا كانت من الدرجة الأولى، ففكرة قبول الإحالة بوجه عام سواء من الدرجة الأولى أو الثانية أو كلتاهما، هي فكرة مرفوضة، وهناك حجج واعتبارات ساقها الفقه لرفض الإحالة ، نرى أنها كافية لبيان صواب المشرع العراقي، ونسوق هذه الحجج [٤٨]،فيما يلي:

١. إن مشكلة تنازع القوانين يتم حلها عن طريق لجوء القاضي إلى قواعد الإسناد الوطنية، فإذا ما قام القاضي بإعمال هذه القواعد وتحديد القانون الواجب التطبيق، فإن مشكلة تنازع القوانين تكون قد انتهت، وليس ثمة ما يدعو القاضي لاستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإلا كان ذلك فتحاً لمشكلة قد انتهت أو إثارة لمسألة تم حسمها.

٢. إن قاعدة الإسناد الوطنية حين تعقد الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة فإنما تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي الأخذ بالإحالة إهدار لهذه الاعتبارات، فإذا ما قدر المشرع الوطني أن القانون الواجب التطبيق في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية هو قانون الجنسية، فإن هذا الأخير هو الأكثر صلة بالعلاقة من وجهة نظر السياسة التشريعية للمشرع الوطني والأخذ بالإحالة يهدر هذه السياسة التشريعية.

الأخذ بالإحالة يتمخض في النهاية عن نتيجة بالغة الفداحة وهي أن القاضي في النهاية سوف يحل مشكلة تنازع القوانين وفقاً لقواعد الإسناد الأجنبية، فإذا ما عرض على القاضي العراقي نزاع يتعلق بأهلية شخص إنجليزي يتوطن في العراق، فإن القاضي سيرجع لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية فإذا ما تصورنا أن القاضي العراقي سيقبل الإحالة فإنه سيستشير أولاً قواعد الإسناد الإنجليزية التي تحيل الأمر للقانون العراقي بوصفه قانون الموطن، وهذا يعني أن القاضي لو قبل الإحالة فسوف يطبق في النهاية قانون الموطن وليس قانون الجنسية، ولا يخفى على الفطنة أن في ذلك ائتمار بقواعد الإسناد الإنجليزية وإهدار لقواعد الإسناد، ولا تجوز المحاجة في هذا الصدد بان قواعد الإسناد الإنجليزية قد اكتسبت ملزوميتها من إشارة قواعد الإسناد العراقية إلى تطبيقها، وذلك أن قاعدة حين تشير بتطبيق القانون الإنجليزي فإن الإشارة ينبغي أن تنصرف إلى القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي دون قواعد الإسناد.

٣. الأخذ بالإحالة قد يؤدي إلى الحلقة المفرغة، وتتحقق هذه الحلقة سواء كانت الإحالة من الدرجة الأولى أم كانت من الدرجة الثانية، وهذه الحلقة المفرغة نتيجة منطقية إذا ما انسقنا وراء منطق أنصار الإحالة من اعتبار القانون الواجب التطبيق وحدة واحدة لا تتجزأ.

٤. ففي الإحالة من الدرجة الأولى – وهي التي تعنينا في هذا المقام- إذا ما أخذنا في الاعتبار المثال السابق، فإن القاضي العراقي عندما يرجع إلى القانون الإنجليزي لا بد وأن يعتبره وحدة واحدة، ويستشير قواعد الإسناد الإنجليزية أولاً، وهي لا تعترف بالاختصاص للقانون الإنجليزي، وإنما تحيل للقانون العراقي، هنا يقتضي المنطق السليم للإحالة، إذا ما أخذه بها أن يتم الرجوع لتقنينا العراقي

في جملته، بما فيه من قواعد الإسناد حتى لا ينطبق هذا القانون هو الآخر في فرض لا يعترف فيه بالاختصاص لنفسه، وهنا سنجد أن قواعد الإسناد مشرعنا العراقي تشير للقانون الإنجليزي مرة أخرى، الذي يحيل الأمر لمشرعنا ... إلخ. وهكذا يصبح الاختصاص التشريعي نهباً للتقاذف بين القانونين.

٥. ولعل ذلك هو الذي دفع البعض إلى تسمية الإحالة بلعبة تنس الطاولة حيث يتقاذف اللاعبان الكرة فيما بينها دون معرفة من ستستقر لديه هذه الكرة، ووصفها الأستاذ كاهن بغرفة المرايا المتقابلة (cabinet des miroirs). ووصفها الأستاذ بارتان بحيوان الكاتوبيليا وهو حيوان أسطوري يأكل أطرافه[٤٩].

٦. الأخذ بالإحالة يؤدي إلى إهدار فكرة الأمان القانوني والتوقعات المشروعة. ويكفي هنا أن نتخيل أن أطراف المنازعة يتوقعون أن القانون الذي سينطبق عليهم هو القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد الوطنية، والقول بالإحالة هنا يهدر توقعاتهم بان يطبق قانوناً آخر غير ما توقعوه.

٧. الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى نتائج ضارة وغير منطقية في بعض الأحيان، ويتحقق ذلك مثلاً فيما لو كانت الدعوى متعلقة بأحوال شخصية لأجنبي يتوطن في العراق، وعقدت قواعد الإسناد مشرعنا العراقي الاختصاص لقانون الجنسية، وتبين أن هذا القانون يرفض الاختصاص، ويحيله إلى قانون الموطن أي لمشرعنا العراقي، والأمر بهذه الصورة سوف ينتهي في غالب الأحوال إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية للأجانب، بما في ذلك من نتائج قد تجافي أبسط قواعد المنطق.

٨. لا سبيل للأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إلا من خلال فكرة المجاملة الدولية التي تقضي بضرورة استشارة قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، لأنه ما دام أن تطبيق القانون الأجنبي يقوم على فكرة المجاملة فليس من المقبول تطبيق القانون الأجنبي في فرض هو لا يعترف فيه بالاختصاص لنفسه.

٩. والواقع أن تلك الفكرة ليست صحيحة لأن المشرع الوطني حين يقضي بتطبيق قانون أجنبي فإنه لا يفعل ذلك بناء على فكرة المجاملة الدولية، وإنما لأن هذا القانون من وجهة نظر المشرع هو القانون الأكثر صلة بالعلاقة وفقاً للسياسة التشريعية التي يتبناها المشرع، ومفاد ذلك تطبيق القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية حتى ولو لم يعترف بالاختصاص لنفسه.

١٠. الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى التناقض في بعض الأحيان حيث ينطبق على العلاقة القانونية الواحدة قوانين مختلفة، فمثلاً لو تصورنا شخصين أحدهما فرنسي والآخر إنجليزي يتوطنان في العراق، وثارت أمام القضاء العراقي مشكلة تتعلق بالأهلية لكل منهما، فبالنسبة للشخص الفرنسي سوف ينطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون الجنسية، وهو يعترف بالاختصاص لنفسه. في حين أنه بالنسبة للشخص الإنجليزي لو أخذنا بالإحالة سينطبق القانون العراقي بوصفه

قـانون المـوطن بمقتضـى الإحالـة مـن قاعـدة الإسناد الإنجليزية.

ثانيـا : ضـرورة اعتنـاق الحـل الـوظيفي في القـانون العراقي

إذا كـان الفقـه التقليـدي قـد تنـاول مسـألة الإحالـة بطريقـة تقليديـة بحتـة ، فـذهب جانـب منـه إلـى قبـول الإحالـة ، وذهـب الجانـب الآخـر إلـى رفضـها ، وكـان لكـل فريـق مـنهم وجهتـه وحججـه، إلا أن التطـور الحـديث في فقـه القـانون الـدولي الخـاص قـد كشـف عـن تنـاول مختلـف للمسـألة، فالاتجـاه الحـديث لا يتبنـي موقفـاً مبـدئياً مـن الإحالـة بـالقبول أو بـالرفض وإنمـا يـترك الأمـر لتقـدير القاضـي في كـل حالـة علـى حـدة، وهـو الـذي يحـدد قبـول الإحالـة أو رفضـها علـى ضـوء مـدى تحقيقهـا لوظيفـة قاعـدة الإسـناد، فـإذا وجـد القاضـي أن قبـول الإحالـة (مـن الدرجـة الأولـى أو الثانيـة) يحقـق الغايـة مـن قاعـدة الإسـناد فعليـه أن يقبلهـا، وإذا وجـد أن قبولهـا سـيطيح بتلـك الغايـة فعليـه أن يرفضـها، أي أن هـذا الاتجـاه يتعامـل مـع الإحالـة بطريقـة برجماتيـة أو نفعيـة ، فيلجـأ إليهـا إذا كانـت تحقـق غايـة قاعـدة الإسـناد ويلفظهـا في الأحـوال الأخـرى، وهـو مـا يعـرف بالحـل الـوظيفي، وقـد وجـد الفقـه الحـديث في الحـل الـوظيفي بشـأن الإحالـة وسـيلة ناجحـة لتصـحيح مسـار قاعـدة الإسـناد، أو لتقـويم عملهـا وتحقيـق وظيفتهـا فـالواقع أن مـنهج قواعـد الإسـناد قـد واجـه انتقـادات لاذعـة باعتبـاره منهجـاً غيـر مباشـر لا يهـدف إلا لتحقيـق عدالـة شـكلية ولا يحقـق العدالـة الماديـة التي يصبو إليها القـانون بصفة عامـة، ورغـم صـمود مـنهج قواعـد الإسـناد أمـام تلـك الانتقـادات إلا أن الفقـه قـد حـاول أن يخفـف مـن مشـكلات هـذا المـنهج ويصـحح مسـاره مـن خـلال وسـائل عـدة، كـان مـن أبرزهـا الأخـذ بالحـل الـوظيفي في الإحالة[٥٠].

ففـي الأخـذ بـه مـا يحقـق العدالـة الماديـة أو يقـترب منهـا، ومـا يحقـق أيضـاً وظيفـة قاعـدة الإسـناد فضـلاً عـن تحقيقـه للتنسـيق والتعـايش المشـترك بـين الـنظم القانونيـة، وقـد انتقلـت فكـرة الحـل الـوظيفي للإحالـة مـن حيـز الآراء الفقهيـة إلـى الحلـول التشـريعية ، وكـان أول التشـريعات التـي أخـذت بهـا هـو القـانون الـدولي الخـاص التشـيكي الصـادر عـام ١٩٦٣ في المـادة ٣٥ والتـي تـنص علـى أنـه "إذا عينـت نصـوص القـانون الـدولي الخـاص التشـيكي قـانون دولـة مـا، وأحالـت نصـوص هـذا القـانون الأخيـر إلـى القـانون التشـيكي أو إلـى قـانون دولـة أخـرى، فـإن تلـك الإحالـة يمكـن قبولهـا إذا كـان ذلـك القبـول يـؤدى إلـى حـل معقـول وعـادل للعلاقـة المعنيـة " ، كـذلك أخـذ بهـذا الحـل القـانون الـدولي الخـاص الألمـاني الصـادر عـام ١٩٨٦ إذ نـص في المـادة الرابعـة منـه علـى أنـه "إذا تـم تعيـين قـانون دولـة أجنبيـة فإنـه يجـب أن نطبـق أيضـا قواعـد الاسـناد المعنيـة في قـانون هـذه الدولـة بالقـدر الـذى لا تتعـارض فيـه هـذه القواعـد مـع روح قاعـدة الاسـناد الألمانيـة، ويجـب أن نطبـق القواعـد الداخليـة الألمانيـة (الماديـة) إذا أحالـت قواعـد الاسـناد الأجنبيـة إلـى القـانون الألمـاني، وأضـافت المـادة ٤/ ٢ قولهـا بأنـه "إذا كـان للأطـراف حريـة اختيـار قـانون احـدى الـدول فـإن حـريتهم في هـذا الصـدد قاصـرة علـى اختيـار القواعـد الماديـة لهـذا القانون دون سواها"[٥١].

وقـد أخـذ بهـذا الحـل أيضـا المشـرع الإيطـالي في القانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٩٥ (م ١٣)[٥٢].

ونحن نشير على المشرع العراقي باعتماد فكرة الحل الوظيفي، لا سيما وأن الاتجاه في الفقه العربي يسير نحو الأخذ بالحل الوظيفي، فقد بدأت هذا الاتجاه في مصر الدكتورة حفيظة الحداد عندما خصصت بحثاً كاملاً عن نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، كذلك يؤيد الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة هذا الحل(٥٣).

ولكن يعد الدكتور عكاشة عبد العال هو الراعي الرئيسي لهذه الفكرة في الفقه العربي، فقد خصص لهذا مساحات واسعة من كتاباته وأبحاثه ودافع عنها دفاعاً مستميتاً(٥٤).

وقد أخذ بها الحل مؤخراً الأستاذ الكبير الدكتور هشام صادق في طبعته الجديدة من مؤلفه المطول في القانون الدولي الخاص(٥٥).

والواقع أن تحول الأستاذ الكبير من رفضه المطلق للإحالة في الطبعات السابقة(٥٦).

من كتاباته إلى الأخذ بالحل الوظيفي في الطبعة الأخيرة يعد مكسباً كبيراً للفكرة في الفقه العربي بما يمكن معه القول بأن الاتجاه الحديث عندنا هو الأخذ بفكرة الحل الوظيفي، ولكن ينبغي التنويه إلى أن المطالبة بالحل الوظيفي في العراق هو مخاطبة للمشرع وليست للقاضي، فالقاضي ليس أمامه سوى النص الصريح برفض الإحالة، لذلك نطالب المشرع باعتماد هذا الحل عند تصديه بالتعديل لقواعد الإسناد.

استنادا الى ما تقدم فأن الدراسة تقترح ما يلي :

بعد أن انتهينا من دراسة نظرية الإحالة بوجه عام، ومدى سلامة موقف المشرع العراقي بشأنها فإننا نقترح إلغاء نص المادة ٣١/ ١ من القانون المدني العراقي، وبوضع نص بديل نقترح أن تكون صباغته كالتالي:

"إذا عينت نصوص قواعد الإسناد قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون العراقي أو إلى قانون دولة أخرى، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدى إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية" .

المبحث الثالث
تقييم موقف المشرع العراقي من مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع

عندما تشير قاعدة التنازع العراقية بتطبيق قانون أجنبي، قد يتبين أن هذا القانون هو قانون دولة متعددة الشرائع الداخلية، وهنا يثار التساؤل : كيف يتم تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق؟ هذه المشكلة اصطلح على تسميتها بمشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، أو الإسناد إلى نظام قانوني مركب، وسيراً على ذات المنهج الذي اتبعناه في المبحثين السابقين فينبغي أن نلقي نظرة عامة على مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، لكي نحدد مدى سلامة موقف المشرع العراقي بشأنها، وعلى ذلك تنقسم دراستنا إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع بوجه عام.

المطلب الثاني: مدى سلامة موقف المشرع العراقي من مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع

المطلب الأول

الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع بوجه عام معنى تعدد الشرائع

تنقسم الدول من حيث نظامها القانوني إلى نوعين:

١. دول ذات نظام قانوني موحد، وفيها تسري القواعد القانونية على جميع أجزاء إقليم الدولة، دون تفرقة بين إقليم وآخر، كما تسري على جميع رعاياها دون تفرقة بسبب الجنس أو الدين.
٢. دول ذات نظام قانوني مركب أو متعددة الشرائع، وفيها تختلف القواعد القانونية واجبة التطبيق باختلاف المكان أو باختلاف الجنس أو الدين، وتعدد الشرائع قد يكون إقليمياً أو شخصياً، ففي التعدد الإقليمي يكون لكل إقليم داخل الدولة شريعة تحكمه كما في أمريكا وسويسرا، وفي التعدد الشخصي يكون لكل طائفة من الأشخاص شريعة تحكمهم في مسائل الأحوال الشخصية[٥٧].

وضع المشكلة وحلها

المشكلة التي تثور هنا: ماذا لو أن قاعدة الإسناد الوطنية أشارت بتطبيق قانون معين وتبين أن هذا القانون هو قانون دولة متعددة الشرائع، سواء أكان التعدد إقليمياً أم شخصياً، فكيف يتم اختيار الشريعة الداخلية واجبة التطبيق؟ الواقع أن حل تلك المشكلة تردد بين إجابتين أو اتجاهين في القانون المقارن، أولهما : تحديد الشريعة الداخلية وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، وثانيهما : تفويض القانون الأجنبي واجب التطبيق في تحديد الشريعة الداخلية. وسوف نعرض بإيجاز لكلا الاتجاهين:

الاتجاه الأول

حل المشكلة عبر قواعد التنازع في قانون القاضي.

ذهب البعض إلى أنه إذا ما قضت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة متعددة الشرائع تعين على القاضي تجاهل القواعد الداخلية التي يتضمنها قانون هذه الدولة وتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع وفقاً لقواعد التنازع التي يتضمنها قانونه الوطني، أي يحسم المشكلة وفقاً لقواعد التنازع في قانونه، ويستند هذا الرأي على جملة من الحجج[٥٨] هي:

١. أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشرع دولة أجنبية، إذ أن القاضي الوطني لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه هو.
٢. أن وظيفة قاعدة الإسناد ليست مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع بل الوصول مباشرة إلى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي.
٣. أن ضوابط الإسناد الداخلية في الدولة قد تختلف تمام الاختلاف عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي مما قد يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد في قانون القاضي من الناحية العملية، هذه هي الحجج التي استند إليها هذا الرأي، والواقع أن هذا الرأي قد واجه بعض الصعوبات في كيفية تطبيق الحل الذي انتهي اليه، باختلاف ضوابط الإسناد المتعددة، لذلك سنعرض لمدى تطبيق هذا الرأي من حيث ضوابط الاسناد المختلفة على النحو التالي:

١. **الضـوابط المكانيـة** : الضـوابط المكانيـة مثـل مـوطن الشـخص أو محـل وقـوع الفعـل أو موقـع المـال، لا تثير أيـة مشـكلة في تطبيـق هـذا الـرأي، ذلـك أن ضـابط الإسـناد المكـاني كفيـل بطبيعتـه بتحديـد الوحـدة الإقليميـة التـي تتركـز فيهـا العلاقـة والتـي يتعـين بالتـالي تطبيـق قانونهـا، سـواء كانـت هـذه الوحـدة إقليـم دولـة بأسـرها أم جزءاً من هذا الإقليم.

٢. **ضابط الجنسية**

إذا كـان ضـابط الإسـناد في دولـة القاضـي هـو الجنسـية، فقـد اختلـف أصـحاب هـذا الـرأي بشـأن كيفيـة تحديـد الشـريعة الداخليـة واجبـة التطبيـق، فـذهب رأي إلـى أنـه يتعـين الاعتـداد بالشـريعة الواجبـة التطبيـق في عاصـمة الدولـة التـي قضـت قاعـدة الإسـناد بتطبيـق قانونهـا دون سـائر الشـرائع الداخليـة. وذهـب رأي آخـر إلـى وجـوب التفرقـة في هـذا الصـدد بـين حـالتين: الأولـى هـي تلـك التـي تكـون فيهـا الدولـة متعـددة الشـرائع دولـة فيدراليـة، وحينئـذ يتعـين إحـلال ضـابط الرعويـة المحليـة محـل ضـابط الجنسـية في تحديـد الشـريعة الداخليـة المختصـة في هـذه الدولـة. والثانيـة هـي تلـك التـي تكـون فيهـا الدولـة ذات النظـام القـانوني المركـب دولـة بسـيطة، وفي هـذه الحالـة يتعـين إحـلال ضـابط المـوطن محـل ضـابط الجنسـية في تحديـد الشـريعة الداخليـة المختصـة، فـإذا تعـذر ذلـك أمكـن تحديـد هـذه الشـريعة وفقـاً لضـابط محـل الإقامـة وإلا فوفقـاً لمكـان مـيلاد الشـخص، وإن تعـذر إعمـال أي مـن هـذه الضـوابط طبـق القاضـي الأحكـام الموضوعية في قانونه[٥٩].

٣. **ضابط الإرادة**

إذا كـان ضـابط الإسـناد هـو ضـابط الإرادة كمـا هـو الحـال في العقـود الدوليـة فـإن أنصـار هـذا الـرأي يفرقـون بـين الحالـة التـي تتجـه فيهـا إرادة المتعاقـدين صـراحة أو ضـمناً إلـى اختيـار قـانون دولـة معينـة، وحينئـذ يتعـين إعمـال هـذه الإرادة أيضـاً في تحديـد الشـريعة الداخليـة المختصـة، بمعنـى أنـه يتعـين الرجـوع إلـى قاعـدة الإسـناد الداخليـة التـي يتضـمنها قـانون هـذه الدولـة باعتبـار أن إرادة المتعاقـدين قـد انصـرفت إلـى ذلـك عنـدما اختـارت قـانون هـذه الدولـة لحكـم العلاقـة، وبـين الحالـة التـي لـم تتجـه فيهـا إرادة المتعاقـدين إلـى اختيـار قـانون دولـة معينـة وحينئـذ يتعـين تطبيـق الضـوابط الاحتياطيـة التـي تقضـي بهـا قاعـدة الإسـناد في قـانون القاضـي عنـد عـدم معرفـة الإرادة الصـريحة أو الضـمنية للمتعاقدين[٦٠].

هـذا هـو مجمـل الـرأي الأول، وهـو رأي مرجـوح لـم يأخذ به سوى قليل من الفقه.

الاتجاه الثاني

تفويض القانون الأجنبي

في اختيار الشريعة الداخلية.

يـذهب الـرأي الـراجح إلـى حـل مشـكلة الإسـناد لقـانون دولـة متعـددة الشـرائع عـن طريـق رجـوع القاضـي الـوطني إلـى قواعـد الإسـناد الداخليـة في الدولـة الأجنبيـة التـي أشـارت قاعـدة الإسـناد بتطبيـق قانونهـا للتوصـل إلـى تحديـد الشـريعة الداخليـة في هـذه الدولـة، أو فيمـا يعـرق بقاعـدة التفـويض، أي تفـويض المشـرع الأجنبـي في اختيـار الشـريعة الداخليـة واجبـة التطبيـق ،وحجـة هـذا الـرأي أن قواعـد الإسـناد الدوليـة في قـانون القاضـي عنـدما تشـير إلـى تطبيـق قـانون دولـة معينـة

إنما تهدف إلى ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة باعتبارها وحدة إقليمية قائمة بذاتها. ومن ثم لا يجوز الاستعانة في ذات الوقت بهذه القواعد لتحديد الشريعة الداخلية المختصة في النظام القانوني الأجنبي، هذا الرأي هو الرأي الراجح ، وسوف نرى في المطلب الثاني أن المشرع العراقي قد أخذ به، فضلاً عن أنه الحل الشائع في الأنظمة القانونية المختلفة، مثل المادة ٢٧ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والمادة ٢٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمادة ٢٣ من القانون المدني الجزائري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٥ والمادة ٧١ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، والمادة ٢٨ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ والمادة ٢٦ من القانون المدني الليبي الصادر عام ١٩٥٣ والمادة ٣٦ من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ ، والمادة ١٥ من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤، ومن التشريعات غير العربية: مثل "التشريع الصيني الصادر سنة ١٩١٨ والتشريع البولوني الصادر سنة ١٩٢٦ (والملغى سنة ١٩٦٥) ، والتشريع السويسري الصادر سنة ١٩٣٧ ، والقانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة ١٩٢٦". كما أخذت بهذا الحل أيضا المادة ٢٨ من القانون المدني السويسري، والمادة ١٢/ ٥ من القانون الإسباني لسنة ١٩٧٤ والقانون النمساوي لسنة ١٩٧٩ والمادة ٢٢٨٦ من مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة ١٩٦٧[٦١].

وقد تحسب هذا الاتجاه للفرض الذي يتعذر فيه على القاضي الاهتداء إلى قاعدة الإسناد داخلية في النظام القانوني الواجب التطبيق، فانقسم انصار هذا الاتجاه في تلك المسألة إلى مذاهب شتى فذهب رأي إلى وجوب الرجوع في هذه الحالة إلى الأحكام الموضوعية في قانون القاضي Lex fori . وذهب رأي آخر إلى أن القاضي يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي يتضمنها النظام القانوني الواجب التطبيق لتحديد الشريعة المختصة داخل هذا النظام، تأسيساً على أنه من المنطقي افتراض أن قواعد الإسناد الداخلية لا تختلف عن قواعد الإسناد الدولية في النظام القانوني الواحد، وذهب رأي ثالث من الفقه إلى أنه يتعين الرجوع إلى مختلف الشرائع الداخلية في النظام القانوني المركب والبحث عن قواعد الإسناد الدولية فيها، التي تنظم العلاقات ذات الطابع الدولي. فإذا أجمعت هذه الشرائع على قواعد إسناد دولية واحدة تعين على القاضي تطبيق هذه القواعد أيضاً في تحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم النزاع' أما إذا اختلفت قواعد الإسناد الدولية فيما بين هذه الشرائع تعين على القاضي تطبيق شريعة الوحدة الإقليمية التي كانت ستختص محاكمها بنظر هذا النزاع [٦٢] .

وأخيراً ذهب رأي إلى أنه إذا لم توجد قاعدة إسناد داخلية في النظام القانوني الواجب التطبيق تعين على القاضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الدولية الواردة في قانونه لتحديد الشريعة المختصة من بين الشرائع التي يتضمنها النظام القانوني الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

مدى سلامة موقف المشرع العراقي من مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع

حدد المشرع العراقي موقفه بشكل واضح من مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع في المادة ٣١/ ٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه "وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها "، وبذلك يكون المشرع العراقي قد اعتمد الاتجاه الثاني الذي أشرنا إليه في المطلب الأول، من خلال النص السالف، والذي درج الفقه على تسميته بقاعدة التفويض(٦٣).

وقد سماها البعض الإحالة الداخلية أو الضرورية(٦٤). والواقع أن هذه المسميات توقع في اللبس، ذلك أن فكرة التفويض تختلف اختلافاً جذرياً عن فكرة الإحالة، ففي الإحالة لا يعترف القانون الواجب التطبيق بالاختصاص لنفسه، وإنما يحيل الاختصاص لقانون آخر، أما في التفويض فإنه يعترف بالاختصاص لنفسه كل ما هنالك أنه يركز الاختصاص في شريعة داخلية واجبة التطبيق، وسوف نعرض لتقييم موقف المشرع العراقي من حيث نطاق قاعدة التفويض، وكذلك تقييم موقفه من حيث تعذر إعمال قاعدة التفويض.

تقييم موقف المشرع العراقي من حيث نطاق قاعدة التفويض

ينبغي هنا الإجابة على تساؤلين هل تشمل قاعدة التفويض الواردة في المادة ٣١/ ٢ مدني عراقي جميع صور التعدد، وهل تشمل جميع ضوابط الإسناد:

١. نطاق قاعدة التفويض بالنسبة لصور التعدد

٢. هل يتم إعمال قاعدة التفويض إذا كان التعدد إقليمياً فقط، أم أنه يشمل التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي، الواقع أن نص المادة ٣١/ ٢ جاء من العموم والشمول بحيث يشمل النوعين من التعدد وينبغي أن نفهم هذا النص في ضوء الاختلافات الفقهية التي سادت من قبل.

٣. فقد ذهب جانب من الفقه الايطالي إلى تحديد نطاق التفويض بصور التعدد الاقليمي دون التعدد الشخصي. ولو تم الأخذ بهذا الرأي في العراق لتم قصر مجال اعمال المادة ٣١/ ٢ على الفروض التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية في القانون الاجنبي المختص تعددا اقليميا. ففي هذه الحالة يتعين اعمال حكم المادة ٣١/ ٢ وتفويض قواعد الاسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الاجنبي المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق . أما إذا كان التعدد تعددا شخصيا فلا وجه لإعمال المادة ٣١/ ٢ وتفويض القانون الاجنبي في فض مشكلة التنازع الداخلي مادام أن هذا القانون يتضمن شريعة اقليمية عامة(٦٥).

٤. وقد قام هذا الرأي على حجة مفادها أن مهمة قاعدة الاسناد هي تعيين شريعة اقليمية ، وليس من وظيفتها أن تحدد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. فتعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة هو أمر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي ، ولا شأن له بتفسير قاعدة الاسناد في قانون القاضي.

٥. وقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أنه قد فرق دون مبرر بين صور التعدد

الاقليمـي وصـور التعـدد الشخصـي بمقولـة أن وظيفـة قاعـدة الاسـناد تنحصـر في تعيـين شـريعة اقليميـة أجنبيـة ولا شـأن لهـا بتحديـد الشـريعة الشخصـية الواجبـة التطبيـق ، بينمـا الصـحيح هـو أن التفرقـة السـابقة "لا تتعلـق بـركن أصـلى مـن اركـان النظريـة العامـة في فقـه القـانون الـدولي الخـاص ، ونمـا هـي مسـألة تتصـل بصـياغة قواعـد الاسـناد، واسـتقلال كـل دولـة بتعيـين مضمونها "[٦٦] .

٦. وقـد رفـض الفقـه العربـي الغالـب الانحيـاز لـرأى الفقـه الإيطـالي. لأن هـذه النزعـة إلـى التضـييق مـن نطـاق نـص المـادة ٣١/ ٢ مـدني عراقـي لا سـند لهـا مـن القـانون ، فقـد جـاء هـذا الـنص في صـياغة عامـة شـاملة تسـمح باتسـاعه لصـور التعـدد الاقليمـي والتعـدد الشخصـي علـى حـد سواء[٦٧].

٧. نطـاق قاعـدة التفـويض بالنسـبة لجميـع ضـوابط الإسـناد يثـور التسـاؤل حـول مـدى إعمـال قاعـدة التفـويض بالنسـبة لجميـع ضـوابط الإسـناد علـى النحو التالي:

أ-ضابط الجنسية

لعـل هـذا الضـابط مـن ضـوابط الإسـناد لـم يثـر أيـة مشـكلة في شـأن إعمـال قاعـدة التفـويض في إطـاره، ومـن ثـم يـتم إعمـال المـادة ٣١/ ٢ عنـدما يكـون ضـابط الاسـناد فيهـا هـو ضـابط الجنسـية. وسـبب ذلـك أن ضـابط الجنسـية لا يمكـن أن يـؤدى في ذاتـه إلـى تعيـين القواعـد الموضـوعية الواجبـة التطبيـق فيمـا لـو تعـددت الشـرائع الداخليـة في القـانون الـذى اشـارت قاعـدة الاسـناد باختصاصـه تعددا اقليميا أو شخصيا[٦٨].

ب- ضابط الارادة

إذا كـان ضـابط الاسـناد هـو ارادة المتعاقـدين ، فـلا خـلاف بـين الفقـه في أن هـذا الضـابط قـادر في ذاتـه علـى اختيـار الشـريعة الداخليـة الواجبـة التطبيـق دون حاجـة إلـى اعمـال قاعـدة التفـويض التـي نـص عليهـا الشارع في المادة ٣١/ ٢ من القانون المدني[٦٩].

ت- الضوابط المكانية

يـذهب جانـب مـن الفقـه أن ضـوابط الاسـناد المكانيـة تتـوافر لهـا كفايـة تعيـين الشـريعة الداخليـة الواجبـة التطبيـق، ومـن ثـم لا حاجـة لآمـال قاعـدة التفويض الواردة في المادة ٣١/ ٢ بشأنها[٧٠].

ومـع ذلـك فـنحن نتجـه مـع الفقـه الغالـب مـن أن إرادة المشـرع العراقـي في المـادة ٣١/ ٢ تكشـف عـن تطبيـق نظريـة التفـويض دون تقييـد هـذا الاتجـاه بمجالات دون أخرى[٧١].

خلاصـة القـول أننـا نـرى أن المشـرع العراقـي قـد أحكـم صـياغة نـص المـادة ٣١/ ٢ مـن القـانون المـدني عنـدما أورد الـنص عامـاً ليشـمل جميـع صـور التعـدد مـن جانـب وجميـع ضـوابط الإسـناد مـن جانب آخر.

تقييم موقـف المشـرع العراقـي اتـى مـن حيـث تعـذر إعمال قاعدة التفويض

يتعـذر إعمـال قاعـدة التفـويض عنـدما لا يحتـوى القـانون الأجنبـي واجـب التطبيـق علـى قواعـد إسـناد داخليـة لاختيـار الشـريعة الداخليـة، كـذلك يتعـذر إعمـال قاعـدة التفـويض في الفـرض الـذي تشـير فيـه قاعـدة الإسـناد بتطبيـق قـانون دولـة متعـددة الشـرائع وعنـدما نفـوض المشـرع الأجنبـي في اختيـار الشـريعة الداخليـة واجبـة التطبيـق نجـده لا يختـار شـريعة داخليـة في دولتـه وإنمـا يشـير بتطبيـق قـانون دولـة أخـري وفي ذلـك أخـذ بالإحالـة مـن

الدرجة الثانية التي يرفضها المشرع العراقي كما رأينا في المبحث الثاني هنا استحال إعمال قاعدة التفويض فما الحل ؟ استقرت الاتجاهات الفقهية على أنه لا توجد مشكلة إذا كان التعدد تعدداً شخصياً طالما كانت هناك شريعة عامة، كذلك لا توجد مشكلة إذا كان التعدد تعددا إقليميا وكان ضابط الإسناد هو ضابط الإرادة والضوابط المكانية لأنها غالباً تحدد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق دون حاجة لقاعدة التفويض، وعلي ذلك فقد انحصرت المشكلة في التعدد الإقليمي عندما يكون ضابط الإسناد هو ضابط الجنسية، فلو كان النزاع متعلقا بأهلية أمريكي وقضت قاعدة الإسناد العراقية بتطبيق قانون الجنسية أي قانون الأمريكي، وهذا القانون هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا، في هذه الحالة نفوض المشرع الأمريكي لاختيار الشريعة الداخلية واجبة التطبيق، ولكن قد نجد أن القانون الأمريكي يعتد بالموطن، وكان الشخص متوطنا في إسبانيا إننا لو فعلنا ذلك نكون قد أخذنا بالإحالة من الدرجة الثانية ، وعلي ذلك يستحيل إعمال قاعدة التفويض فكيف نختار الشريعة الداخلية ؟ لقد تعددت الآراء في ذلك فذهب البعض إلي تطبيق قانون آخر ولاية توطن بها الشخص، فإن لم يوجد فموطن آباؤه و أجداده وذهب البعض الآخر إلي تطبيق قانون القاضي، وذهب البعض إلي تطبيق شريعة العاصمة ولكن كل هذه الحلول حلول منتقدة(٧٢).

ولذا فنحن نؤيد الرأي الذي يري تطبيق قانون الموطن (أي القانون الإسباني) بناء علي قاعدة إسناد احتياطية تقتضي بأنه عند تعذر أعمال قانون الجنسية تطبق قانون الموطن، وليس في ذلك أخذ بالإحالة لأننا عندما نطبق الموطن لا نطبقه بناء علي قاعدة الإسناد الأجنبية، وإنما بناء علي قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي مفادها أنه عند تعذر أعمال قانون الجنسية نطبق قانون الموطن(٧٣).

والخلاصة أن المشرع العراقي قد أحكم صياغة المادة ٣١/ ٢ والمتعلقة بقاعدة التفويض أو بالإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، فهو جعلها عامة لتشمل جميع صور التعدد، وجميع ضوابط الإسناد.

الخاتمة

إن البحث العلمي الحقيقي هو ذلك البحث الذي يخدم المجتمع، وهو ذلك البحث الذي ينتهي فيه الباحث إلى محاولة التطوير في مجال تخصصه، وإيمانا منا بهذا الدور الجليل للبحث العلمي، فقد كان اختيارنا لهذا البحث، والذي وضعنا فيه نصب أعيننا أن نحلل النصوص التي صاغها المشرع العراقي بشأن تفسير قاعدة التنازع المكاني، ولقد رأينا أن البحث يثير التعرض لمشكلات ثلاث هي على التوالي التكييف والإحالة، والإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع.

وكان هدفنا من البحث هو تقييم موقف المشرع إيجابا أو سلبا، وبشكل علمي محايد، ولا نريد هنا أن نكرر ما جاء في البحث، ولكننا نود أن نلفت نظر المشرع العراقي للنتائج التي توصلنا إليها بشأن النظريات الثلاث وكالاتي :

النتائج

أولا : نظرية التكييف (م ١٧)

نصت المادة ١٧ من القانون المدني العراقي على أن:

١. القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه

العلاقـات في قضـية تتنـازع فيهـا القـوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها

٢. ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء".

ولقد خلصنا بشأن هذا النص إلى المطالبة بما يلي:

١. حذف الفقرة الثانية من المادة ١٧.

٢. إضافة فقرة أخرى للنص تفيد السماح للقاضي بالاستئناس بالقانون الأجنبي والمقارن.

واقترحنا أن تكون صياغة النص كالتالي:

١. القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

٢. ويمكن لقاضي أن يستعين بالقانون الأجنبي والقانون المقارن لتيسير التكييف".

ثانيا: نظرية الإحالة (م ٣١/ ١)

نصت المادة ٣١/ ١ من القانون المدني العراقي على أنه : إذا تقرر أن قانونا أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" ولقد انتقدنا هذا النص واقترحنا الأخذ بفكرة الحل الوظيفي، واقترحنا إلى أن تكون صياغة النص كالتالي:

"إذا عينت نصوص قواعد الإسناد قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون العراقي أو إلى قانون دولة أخرى، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدى إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية" .

ثالثا: الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع (م ٣١/ ٢)

نصت المادة ٣١/ ٢ من القانون المدني العراقي على أنه "وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها ". وقد انتهينا إلى أن المشرع العراقي قد أحكم صياغة المادة ٣١/ ٢ والمتعلقة بقاعدة التفويض أو بالإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، فهو جعلها عامة لتشمل جميع صور التعدد، وجميع ضوابط الإسناد.

التوصيات

١. توصي الدراسة المتواضعة بتعديل وحذف بعض النصوص المذكورة انفا؛ كون القانون المدني قد وضع قبل سبعة عقود وهو بحاجه ملحه لتعديل بعض مواده بما يلائم التقنيات المقارنة الحديثة .

٢. إعطاء مساحة واسعه للقاضي في الاستئناس في التقنيات المقارنة .

هذا هو ما انتهينا إليه في بحثنا، نسأل الله تعالي أن ينفع به البلاد والعباد والله من وراء القصد.

الهوامش

١. غني عن الذكر أن هذه المشكلة تثار بعد مشكلة أخرى وهي مشكلة الاختصاص القضائي الدولي، فالقاضي يحدد أولاً ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع ذي العنصر الأجنبي أم لا، ثم يحدد بعد ذلك القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع.

٢. في تفاصيل المنهج المباشر انظر : د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢١ وما بعدها.

٣. راجع في تحليل قواعد الإسناد، د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٩ وما بعدها. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المجلد الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، ص ٤٠ وما بعدها. د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٥، ص ١١ وما بعدها. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ٢٧ وما بعدها، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٨٣، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٣٢٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجاً، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ٢٣ وما بعدها.

٤. للتفاصيل أكثر في تكوين قاعدة الإسناد: د. منصور مصط في منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص ١٥.

٥. د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها، د. أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٩، ص ٥.

٦. في هذه المزايا انظر : د. أحمد عبد الكريم سلامة، في وضع التشريع بين التقليد والتجديد: دراسة نقدية لقواعد التنازع الدولي لقوانين الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المواد من ١٠ – ٢٨، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٢٧، ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٨.

٧. د. هشام صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التى تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته وزارة العدل بالقاهرة في يناير ١٩٩٨ احتفالاً بالعيد الخمسيني للقانون المدني المصري، ص ٣.

8. Bartin, Principes du droit international Privé, la première partie, p 228 .

٩. د. حفيظة الحداد ، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية ، ١٩٩٢، ص ٣٦.

10. 9- Tyan D. I .P.P . 1966 . Page . 387 , Neboyet D . I . P . P . 499

11. 10- Crémieu, Droit International Privé . P 721 Droit Internatinal . Privé . 1973 . P. 2. 11- Robel, Revue

١٢. للتفاصيل هذه الاتجاهات راجع : د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٩٧ وما بعدها، د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

١٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص ٣٧٩.

١٤. د. منصور مصط في منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٧.

١٥. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

١٦. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٨، ص ٨٢ وما بعدها.

١٧. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

١٨. د. فـؤاد ريـاض والـدكتورة سـامية راشـد، الوسـيط في القـانون الـدولي الخـاص، الجـزء الثـاني، تنـازع القـوانين وتنـازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ٦٨.

١٩. وقـد غـاير مشـرعنا العراقـي ذلـك حيـث قضـي في المـادة ٢٦ مـن القـانون المـدني بأنـه " تخضـع العقـود في شـكلها لقـانون الدولـة التـي تمـت فيهـا"، كـذلك فـإن بعـض القـوانين العربيـة قـد اتخـذت موقفـا آخـر ، مـن ذلـك المشـرع الإمـاراتي، حيـث وحـد بـين القـانون الواجـب التطبيـق علـى الموضـوع والقـانون الواجـب التطبيـق علـى الشـكل ، حيـث نصـت المـادة ١/١٩ مـن قـانون المعـاملات المدنيـة علـى أنـه " يسـري علـى الالتزامـات التعاقديـة شـكلاً وموضـوعاً قـانون الدولـة التـي يوجـد فيهـا المـوطن المشـترك للمتعاقـدين إن اتحـدا موطنـا ، فـان اختلفـا موطنـاً يسـري قـانون الدولـة التـي تـم فيهـا العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه".

٢٠. راجـع في الطـابع الاختيـاري لقاعـدة خضـوع الشـكل لقـانون بلـد الابـرام: د. هشـام صـادق، المـوجز في تنـازع القـوانين، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧، ص ٢٣٤.

٢١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

22. 22- La Doctrine Des Qualification Et ses Rapports Aves Le Caractère Natianal Des Règles Des Règles Des Confrts de Lois ,1930, p529.

٢٣. د. عكاشـة عبـد العـال، الوسـيط في تنـازع القـوانين ، المرجـع السـابق، ص ٩٩ ومابعـدها. الـدكتور أحمـد عبـد الكـريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

٢٤. في تفاصـيل الحجـج : د. أحمـد عبـد الكـريم سـلامة، علـم قاعـدة التنـازع والاختيـار بـين الشـرائع، المرجـع السـابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

٢٥. د. حسـن الهـداوي ، القـانون الـدولي الخـاص ، مكتبـة السـنهوري ، ج ٢، بغـداد ، ص ٦٣-٦٤ . د. منصـور مصـط في منصـور ، المرجـع السـابق ، ص٦٨ . د. احمـد مسـلم ، القـانون الـدولي الخـاص والمقـارن في مصـر ولبنـان ، ص ١٨٧ ، د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ١٩٧٤ ، ص ١٢٦ .

٢٦. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ٨٨.

٢٧. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

٢٨. د. فـؤاد ريـاض والـدكتورة سـامية راشـد، الوسـيط في القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق، ص ٦٨. د. هشـام صـادق، المطـول في القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق، ص ٢٢٧. الـدكتور عكاشـة محمـد عبـد العـال، الوسـيط في تنـازع القـوانين في دولـة الإمـارات العربيـة المتحـدة، المرجـع السـابق، ص ١٠٨. د. محمـد كمـال فهمـي، أصـول القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق، ص ٤١٥. د. أحمـد عبـد الكـريم سـلامة، علـم قاعـدة التنـازع والاختيـار بـين الشـرائع، أصـولاً ومنهجـاً، المرجـع السـابق، ص ٤٠٢. ويلاحـظ أن هـذا الـرأي قـد قيـل في ظـل القـانون المصري ونحن ننقله إلى القانون العراقي لتطابق النصين.

٢٩. د. شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون الدولي الخاص ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ١٩٦٢ – ١٩٦٣، ص ٥٨.

٣٠. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ١١٥.

٣١. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٢٢١.

٣٢. أنظر في تعريف الإحالة د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ط ٢، مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٤، ص ٢٩٤، د. علي الزيني، القانون الدولي الخاص، المطبعة الرحمانية بمصر، ١٣٤٧ هـ - ١٩٢٩ م ، ص ١٧٩ . د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦١٤.

33. 33- Tyan, précis de droit internatioal privé, 1966. Op.cit, No.388 .

٣٤. د. غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة). رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة أنقرة بتركيا، دار الطباعة الحديثة بالبصرة، ١٩٦٥، ص ١٨.

٣٥. د. عكاشة عبد العال، الإحالة في قانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الاسناد، ٢٠١٩، ص ٢٠٨ وما بعدها .

٣٦. د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مرجع سابق، ص ٢٩٢، الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦١٥.

٣٧. د. إدمون نعيم، الموجز في القانون الدولي الخاص، بيروت، ١٩٦٧، ص ٨٠. ويلاحظ أن المشرع التونسي يستخدم مصطلح الرد سواء كانت الإحالة لقانون القاضي أم لقانون آخر غير قانون القاضي وهو ما يتجاوز الاستعمال اللغوي لمصطلح "الرد". أنظر نص المادة ٣٥ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي قارن عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٨. والتي تقضي بأنه "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله".

٣٨. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦١٥.

٣٩. د. غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٩.

٤٠. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ١٢٥.

٤١. جدير بالذكر أن المشرع الجزائري في القانون المدني لعام ١٩٧٤ (قبل تعديله عام ٢٠٠٥ التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى)، قد وضع قواعد إسناد تكاد تطابق قواعد الإسناد المصرية، ولكنه لم ينقل النص الخاص برفض الإحالة وهو ما فسره البعض (١) على أنه رفض للإحالة بنوعيها د. عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة س ٧٠، أكتوبر ١٩٧٩، ص ٤٢٧. ولكن هذا التفسير لا يمكن قبوله، ذلك أن التفسير المقبول لعدول المشرع الجزائري عن مثل هذا النص يجب على أن يحمل على قبول الإحالة أو على الأقل على ترك الأمر للاجتهاد الفقهي والقضائي. لأن المشرع الجزائري كان تحت بصره النص الخاص برفض الإحالة، ونقل بقية النصوص الأخرى دون هذا النص ولا يمكن إغفال ذلك إلا عن قصد لدى المشرع في ترك الأمر للقضاء.

42. Tyan Imili Cours de droit international Privé Beyrouth . 1966. P .399.

٤٣. د. فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١١٩، د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق ، ص ١٨٠.

٤٤. د. هشام صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣١١.

٤٥. أنظـر في عـرض د. هشـام صـادق، المطـول في القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق، ص ٢٧٣ ومـا بعـدها، د. عبـد الحميـد أبـو هيـف، القـانون الـدولي الخـاص في أوروبـا ومصـر، مرجـع سـابق، ص ٣٠٨ ومـا بعـدها، د. علـي الزينـي، القـانون الـدولي الخـاص، مرجـع سـابق، ص ١١٨ ومـا بعـدها، د. عبـد المـنعم ريـاض، مبـادئ القـانون الـدولي الخـاص، مكتبـة النهضـة المصـرية، ١٩٤٣، ص ٣٣٨ ومـا بعـدها . د. عكاشـة عبـد العـال، الوسـيط في تنـازع القـوانين، مرجـع سـابق، ص ١٣٠ ومـا بعـدها، د. أحمـد عبـد الكـريم سـلامة، علـم قاعـدة التنـازع وأصـول الاختيـار بـين الشـرائع، مرجـع سـابق، ص ٤٤٤ ومـا بعـدها . د. محمـد كمـال فهمـي، أصـول القـانون الـدولي الخـاص، مرجـع سـابق، ص ٤٢٢.

٤٦. ذهبـت غالبيـة التشـريعات العربيـة رفضـت الإحالـة المشـرع المصـري(م ٢٧) مـدني والسـوري (م ٢٩) مـدني والليبـي (م ٢٧) مـدني والأردني (م ٢٢) مـدني والسـوداني (م ١٦/ ١) مـدني والكـويتي (م ٧٢) كمـا فسـر صـمت بعـض التشـريعات وعدم تحديد موقفها كما في القانون الجزائري .

٤٧. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج ٢، بغداد، ٢٠١٥، ص ٦٨ .

٤٨. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ١٣٢ هامش ٢.

٤٩. ومـن ذلـك أيضـاً الاتجـاه نحـو قواعـد الإسـناد ذات الصـبغة الماديـة ، انظـر تفصـيلاً دكتـور هشـام صـادق، المطـول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٢.

٥٠. للتفصـيل انظـر: د. حفيظـة الحـداد ، نظريـة الإحالـة في القـانون الـدولي الخـاص الألمـاني الجديـد ، دراسـة تحليليـة وانتقادية ، الفتح للطباعة والنشر ، ١٩٨٩، ص ٥ وما بعدها.

٥١. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٧٩.

٥٢. انظر مؤلفه علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق ، ص ٤٦٣.

٥٣. راجـع بحثـه : الإحالـة في القـانون الـدولي الخـاص بـين القبـول والـرفض في ضـوء وظيفـة قاعـدة الإسـناد ، منشـور ضـمن كتـاب دراسـات في القـانون الـدولي الخـاص في دولـة الإمـارات العربيـة المتحـدة ، دار الجامعـة الجديـدة ، وانظـر مؤلفـه القـانون الـدولي الخـاص اللبنـاني ، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة ، ص ٢١٥ ومـا بعـدها ، وكـذلك كتابـه القـانون الـدولي الخـاص في دولـة الإمـارات العربيـة المتحـدة ، الجـزء الأول في تنـازع القـوانين ، ١٩٩٧ ، ١٥٨ ومـا بعـدها، وكتابـه الوجيز في تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المعرفة الجامعية ، ٢٠٠٥، ص ٩١.

٥٤. المرجع نفسه ، ص ٣١٧ وما بعدها .

٥٥. انظـر المطـول في تنـازع القـوانين ، منشـأة المعـارف ، طبعـة ١٩٧٤، ص ٢٠١، وانظـر مؤلفـه المـوجز في تنـازع القـوانين ، دار الفكر الجامعي ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٨ .

٥٦. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣٤٩.

٥٧. في عـرض هـذه الحجـج : د. حسـن بغـدادي، الإسـناد إلـى قـوانين الـدول متعـددة الشـرائع، بحـث منشـور بمجلـة الحقـوق، السـنة الرابعـة ، العـددان ١ و ٢ ، ١٩٥٠، ص ١٦٣، د. فـؤاد ريـاض و د. سـامية راشـد، الوسـيط في القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق ، ص ، د. هشـام صـادق، المطـول في القـانون الـدولي الخـاص، المرجـع السـابق ، ص ٣٥٤.

٥٨. د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٨٣.

٥٩. د. فؤاد رياض درة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٨٤.

٦٠. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣٦٠.

٦١. د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٨٧.

٦٢. د. حسن بغدادي، الإسناد إلى قوانين الدول متعددة الشرائع، المرجع السابق، ص ٣، د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٤.

٦٣. د. غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١١٤، د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

٦٤. في عرض هذا الرأي: د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣٦٤.

٦٥. د. حسن بغدادي ، الإسناد إلى قوانين الدول متعددة الشرائع، ص ١٧ .

٦٦. في تأييد هذا الرأي : د. شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٥ ، د. منصور مصط في منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص١١٨ ، د. محمد كمال فهمى أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣٥٦ ، د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ٣٦٥، د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

٦٧. د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٦٥ ، د. منصور مصط في منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص١١٩ ، د. محمد كمال فهمى، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٥٨ .

٦٨. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

٦٩. د. منصور مصط في منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٢٢ . د. حسن بغدادي ، الإسناد لقوانين الدول متعددة الشرائع، المرجع السابق، ص ٢٣ .

٧٠. د. شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص٦٧ ، د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٧٤. د. عكاشة عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ١٨٩. في عرض هذه الاتجاهات د. منصور مصط في منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص ١٢٥ وما بعدها.

٧١. د. هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية

١. الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة

- علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولًا ومنهجًا، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الأولى. دون تاريخ نشر.

- في وضع التشريع بين التقليد والتجديد: دراسة نقدية لقواعد التنازع الدولي لقوانين الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المواد من ١٠ – ٢٨، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٢٧، كانون الأول، ٢٠١٢م.

٢. الدكتور أحمد عشوش

تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٩.

٣. الدكتور إدمون نعيم

الموجز في القانون الدولي الخاص، بدون ذكر اسم المطبعة، بيروت، ١٩٦٧

٤. الدكتور جابر جاد عبد الرحمن

تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

٥. الدكتورة حفيظة الحداد

نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد ، دراسة تحليلية وانتقادية ، الفتح للطباعة والنشر ، ١٩٨٩.

محل التكييف في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية ، ١٩٩٢.

٦. الدكتور شمس الدين الوكيل

دروس في القانون الدولي الخاص (على الآلة الكاتبة) ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية ١٩٦٢ – ١٩٦٣.

٧. الدكتور عبد الحميد أبو هيف

القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ط ٢، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، ١٩٢٤.

٨. الدكتور عز الدين عبد الله

قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة س ٧٠، أكتوبر ١٩٧٩.

٩. الدكتور عكاشة عبد العال

الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، طبعة بأكاديمية شرطة دبي ٢٠٠٨.

الإحالة في القانون الدولي الخاص بين القبول والرفض في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد ، منشور ضمن كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة ، دار الجامعة الجديدة.

القانون الدولي الخاص اللبناني ، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨ .

الوجيز في تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ، منشورات الحلبي، بيروت ٢٠٠٧.

١٠. الدكتور علي الزيني

القانون الدولي الخاص، المطبعة الرحمانية بمصر، القاهرة، ١٣٤٧ هـ – ١٩٢٩ .

١١. الدكتور غالب الداودي

نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة). رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة أنقرة بتركيا، دار الطباعة الحديثة بالبصرة، ١٩٦٥.

١٢. الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد

الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٢.

١٣. الدكتور محمد عبدالله المؤيد

منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.

١٤. الدكتور محمد كمال فهمي

أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة ، ١٩٨٣.

١٥. الدكتور محمد عبد المنعم رياض

مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ، ١٩٤٣.

١٦. الدكتور منصور مصط في منصور

مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، مصر ١٩٥٦ – ١٩٥٧.

١٧. الدكتور هشام علي صادق

المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المجلد الأول، دار الفكر الجامعي، الطبعة١، ٢٠١٤.

نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التى تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته وزارة العدل بالقاهرة في يناير ١٩٩٨م احتفالاً بالعيد الخمسيني للقانون المدني المصري.

الموجز في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧.

١٨. الدكتور حسن الهداوي

القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ١٩٧٢ .

١٩. الدكتور حسن بغدادي

الإسناد إلى قوانين الدول متعددة الشرائع، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة الرابعة، العددان ١ و ٢، ١٩٥٠.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1. La Doctrine Des Qualification Et ses Rapports Aves Le Caractere Natianal Des Regles Des 2- Regles Des Confrts de Lois.1930 .
2. Tyan Imile , Precisde Droit International Privé . 1968 .
3. Niboyet Manuel De Droit International privé . 1928 4-
4. Crémieu Traite Elementaire De Droit International Privé. 1958 . 5-

5. Droit Internatinal . 1973 . 6- Robel Revue de
6. Tyan Imili Cours de droit international Privé Beyrouth . 1966.
7. Bartin, Principes du droit international Privé, la première partie.

ثالثا : القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥ في ٨/ ٩/ ١٩٥١ .
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد ١١٤٩ في ٢٩/ ٧/ ١٩٤٨