

الجزء الثاني

من مادة

القانون الدولي

الخاص

تتنازع القوانين

تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية

الباب الأول

تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

الفصل الأول

المبادئ العامة

قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر أو أكثر من قانون واحد، كقانون جنسية أطراف العلاقة وقانون موطنهم وقانون محل حصول العقد وقانون موقع المال وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى... وغيرها. وتعلق العلاقة القانونية بمثل هذه القوانين العائدة لدول مختلفة يجيز في الظاهر على الأقل لكل من هذه القوانين، أن يطبق دون غيره على العلاقة القانونية سواء من حيث أنشائها أو من حيث انتهاءها، وينتج عن تعلق القوانين بهذه العلاقة يؤدي إلى تنازع هذه القوانين لحكم هذه العلاقة.

المبحث الأول

التعريف بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

ان مصطلح تنازع القوانين طرح من قبل الفقيه الهولندي (هوبر) يقصد به... تراحم أو تعارض قانونين لدولتين أو أكثر بشأن علاقة قانونية لها صلة بأكثر من دولة واحدة. فإذا كانت علاقة قانونية يشوبها عنصر أجنبي ففي هذه الحالة يكون هنا تنازع للقوانين ...

اختلف الفقه حول اصطلاح (تنازع القوانين). لأنه ليس هناك في الواقع تنازع بين القوانين في المعنى الحقيقي، لأن التنازع يفترض وجود المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة... ومثل هذا التساوي غير موجود لأن الأصل أن تكون السيادة للقانون الوطني. لذلك فضل الفقه تسميته (تسابق القوانين أو اختيار القوانين) ... لأبعاد فكرة التنازع بين القوانين.

طرح الفقه الأنكليزي مصطلح اختيار القوانين فيما ان الفقهاء الهولنديين اطلقوا مصطلح تسابق القوانين وهناك من اطلق مصطلح تلاقي القوانين، ولكن مع ذلك بقي اصطلاح تنازع القوانين هو السائد.

المبحث الثاني

مقومات او شروط تنازع القوانين

اولاً: الصفة الأجنبية للعلاقة القانونية :- وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية ، وهي رابطة بين شخص وآخر تحكمه قاعدة قانونية ، فإذا كانت العلاقة وطنية بحتة فلا يوجد تنازع في هذه الحالة . ويجب أن تتوفر فيها ثلاثة عناصر هي :-

الأولى

أ) السبب المنشئ للعلاقة القانونية، وهي الواقعة التي تؤدي إلى نشوء الحق سواء كان تصرف قانوني أو واقعة مادية.

ب) أشخاص العلاقة القانونية، البائع والمشتري في عقد البيع والزوج والزوجة في عقد الزواج.
ت) محل العلاقة القانونية أو موضوعها، وهو الالتزام أما أن يكون التزام بنقل ملكية أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ثانياً: الصفة الخاصة في العلاقة القانونية :- أي يكون التنازع بين القوانين الخاصة... لأن القانون الدولي الخاص ينظم العلاقات الدولية الخاصة للأفراد ، لذلك يجب أن يكون التنازع خاصاً بالقوانين التالية (القانون المدني والتجاري والشركات والأحوال الشخصية) ... لأن التنازع في الأصل لا يرد على القوانين العامة لأنها مرتبطة مباشرة بمصلحة وسيادة الدولة.

ثالثاً: مرونة المشرع الوطني أزاء القانون الأجنبي :- أي يسمح المشرع الوطني ويقبل تطبيق القانون الأجنبي في حالات معينة، ذلك أن التنازع لا يظهر إلا إذا قبل المشرع الوطني احتمال تطبيق القانون الأجنبي في حالات خاصة معينة يشار إليها من قبله في قواعد الإسناد، ولا يتعارض هذا الأمر مع سيادة الدولة لأن قانون كل دولة عادة ينص على حالات تطبيق القانون الأجنبي كالقانون المدني العراقي من المواد (14 - 49).

رابعاً: اختلاف القوانين في المسائل الثانوية :- أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول ، لأنه إذا كان الحكم واحد فلا توجد مصلحة من التنازع. كما لو طبقت الدول المختلفة أحكاماً مختلفة في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق والنسب.

للتوضيح يطرح المثال التالي...

أبرم تاجر عراقي مع صيني عقداً في بيروت على أن يكون الدفع بالدولار الأمريكي، وأن تكون البضاعة مشحونة من محل العقد في الفرع الموجود في هونك كونج، والتسليم في ميناء البصرة بسفينة يونانية. هنا يثار السؤال حول أحقية القانون الذي يمكن أن يحكم النزاع في حالة حدوثه، وعدم وجود قانون متفق عليه بين أصحاب العلاقة القانونية... هل هو...؟

❖ القانون العراقي باعتباره قانون جنسية المشتري.

❖ القانون الصيني باعتباره قانون البائع.

❖ قانون هونك كونج باعتباره موطن الأموال المتعاقدة عليها.

❖ البصرة باعتبارها مكان التسليم (القانون العراقي).

❖ القانون اللبناني باعتباره محل العقد في بيروت.

❖ القانون الأمريكي باعتباره قانون الدولة صاحبة العملة المطلوب التسديد بموجبها.

❖ القانون اليوناني بالنسبة إلى السفينة الناقلة للبضاعة.

في ضوء الوصف أعلاه تظهر أهمية دراسة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

المبحث الثالث

قواعد حل تنازع القوانين - قواعد الإسناد

الأولى

- 1- **القواعد الموضوعية:** -وتقضي هذه القواعد بالحل الفوري والمباشر وتدخل ضمن قواعد الامن المدني والبوليس، كما يصطلح عليها في القانون الدولي الخاص بالقواعد المادية، تمتاز بأنها قواعد حل مباشر للنزاع ومفردة الجانب أي تقرر اختصاص دولة ما بصورة مباشرة وتجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية كقواعد النقل البري والجوي والقواعد المتعلقة بالأوراق التجارية، كما تجد مصدرها في احكام القضاء الداخلي كما في جواز اشتراط شرط التحكيم في العقود الدولية في فرنسا .
- 2- **القواعد الشكلية قواعد الإسناد:** هي قواعد قانونية يحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، أو هي إسناد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازع في حكمها. لهذه القواعد خصائص تميزها عن غيرها ... وهي :-

اولاً: أنها قاعدة غير مباشرة ، فهي تقوم بالإشارة إلى تعيين القانون الواجب التطبيق، وقد شبه الفقيه الانكليزي (شيرر) هذه القواعد بمكتب استعلام السكك الحديدية التي يلجأ إليها المسافر لمعرفة القطار الذي ينقله إلى وجهته.

ثانياً: - إن قاعدة الإسناد غير محددة المضمون ، لأنها لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي ، وإنما تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات.

ثالثاً: - قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة ، لأنه بموجبها يمكن تطبيق القانون الأجنبي والوطني على السواء.

رابعاً: - إنها قواعد وطنية وليست قواعد عالمية ملزمة .

3- أنواع تنازع القوانين ... هي :-

- 1) **التنازع الدولي...** ويطلق عليه (القانون الدولي)، الذي يظهر بين قوانين دول مختلفة، فكل قانون يتمتع بالسيادة التامة على إقليمها، كالتنازع بين القانون العراقي والقانون الإيراني بشأن علاقة قانونية تتعلق بهذين القانونين، إذا لم يعترف القانون الآخر بهذه العلاقة ، فوجود عنصر أجنبي في العلاقة ينشأ عنه نزاع في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهنا لابد من فض هذا النزاع عن طريق قواعد ترشدنا إلى القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقات القانونية، وهذه القواعد يهتم بها وينظمها القانون الدولي الخاص.
 - 2) **التنازع الداخلي ...** وهو التنازع الذي ينشأ بين قوانين مختلفة في دولة واحدة، كأن تكون الدولة مكونة من عدة ولايات لكل منها قانونها الخاص بها... كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا التنازع لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لأنه قانون دولة واحدة.
 - 3) **التنازع المشترك ...** وهو التنازع الذي يكون وسط بين التنازع الدولي والداخلي، كما هو الحال في التنازع المحتمل الظهور بين قوانين الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة.
- والأصل أن التنازع ينحصر في القوانين الخاصة ومع ذلك أن القانون العام الأجنبي لا يعني بعيد الأثر، كما هو الحال في العقوبة على تعدد الزوجات مثلاً. فإنه يتوقف على الأخذ أو عدم الأخذ بالقانون الشخصي لذلك الأجنبي. فلو دفع الأجنبي المقدم للمحكمة بتهمة تعدد الزوجات ، ببطلان أحد الزوجين فيلزم بادئ ذي بدء البت في إدعائه هذا، لأن العقاب يتوقف على صحة هذا الدفع أو عدم صحته. ولكن تحديد صحة عقد الزواج أو بطلانه إنما يقرره القانون الخاص، وهو هنا قد يكون قانون محل انعقاد العقد أو قانون جنسية المتهم أو موطنه أو قانون القاضي...ألخ، فلأي من هذه القوانين يجب أن يترك تقدير بطلان الزواج...؟ نخلص مما تقدم إلى أن القانون العام وان كان لا يقبل فيه التنازع، إلا أن تطبيقه قد يجر إلى التنازع بين القوانين الخاصة.

المبحث الرابع

التطور التاريخي لقواعد التنازع

الأولى

لم تظهر قواعد التنازع مرة واحدة أو بصورة فجائية، بل ظهرت بشكل تدريجي تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. ولورجعنا إلى فكرة القانون الدولي الخاص عند الرومان، فكانوا يطبقون القانون المدني على أبناء البلد من الرومان، أما الأجانب فقد شرعوا لهم قانونا خاصا بهم سمي قانون الشعوب. وحيث أن كلا القانونين يطبقا في بلد واحد فلا مجال للتنازع هنا.

أما فكرة التنازع في الشريعة الإسلامية... فأن القانون العام الإسلامي يقسم العالم إلى دارين: -

- (1) دار الإسلام ... ويشمل جميع الأشخاص الذين يخضعون للسلطة الإسلامية.
- (2) دار الحرب ... ويشمل جميع من لا يخضع إلى السلطة الإسلامية، ولذلك لا يوجد تنازع بين القوانين الإسلامية، حيث استندوا إلى قوله تعالى (أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون) و(وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه، فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا....)

فالشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القوانين. فالقاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية، وحتى إذا كان المتخاصمين من ديانة مختلفة يخضع للقاضي المسلم، أما إذا كان المتخاصمين من ديانة واحدة غير الإسلام، يرى البعض على القاضي المسلم أن يطبق عليهم أحكام ديانتهم وليس الشريعة الإسلامية. ولكن في الآونة الأخيرة سمح للأجانب بتطبيق قوانينهم لاسيما في العراق عام 1924. حيث سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على الأجانب في العراق في مسائل الأحوال الشخصية.

أن القواعد العامة تقتضي أن تطبق المحكمة قانونها الوطني، لأنه الأسهل والأقرب للتطبيق بالنسبة للقاضي، غير أن المشرع يطلب أو يسمح للمحكمة أن تطبق القانون الأجنبي كونه الأقرب في حالات معينة ... والأساس القانوني الذي يسمح للقانون الأجنبي بالتطبيق لحصول حالة تنازع القوانين ضمن معايير معينة، وهذه الأخيرة تبلورت عبر ظهور عدة نظريات كلا منها ذهب إلى حل لتنازع القوانين وهي كالآتي :-

المطلب الأول

النظريات القديمة في تنازع القوانين

أولاً:- نظرية الأحوال الإيطالية (مدرسة الحواشي):- سميت هذه المدرسة ب (الحواشي) نسبة إلى الطريقة التي أتبعها فقهاء هذه المدرسة في حل التنازع ... وهي التعليق في الحواشي على نصوص القانون الروماني بحواشي مختصرة أو مقتضبة. ومقتضى هذه النظرية ... أن شكل التصرف القانوني يخضع إلى قانون محل إجراءه ، وأعطوا لهذه القاعدة صفة الإلزام ، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها. مثال ذلك شخص ألماني نظم وصية في فرنسا ، فان الاختصاص يكون لقانون المحل الذي تمت فيه الوصية وهي فرنسا. أي قانون البلد الذي وقع فيه التصرف، وانتقدت هذه النظرية بأنها تنقصها الدقة وذلك لاختلاف وجهات النظر التي قدمتها.

ثانياً:- نظرية الأحوال الفرنسية :-مقتضى هذه النظرية أن القانون الإقليمي (قانون البلد الذي تم فيه التصرف) هو الأصل ويطبق القانون الشخصي استثناء، وبهذا حلت إقليمية القوانين النسبية محل القوانين المطلقة. وقسمت هذه النظرية العلاقات القانونية إلى :

- الأحوال العينية ... وهو الأصل ... ويقصد فيه كل تصرف يتعلق بالأرض كالعقد والوصية ، وإذا حدث نزاع يطبق قانون الإقليم ، أي قانون البلد الذي توجد فيه هذه العقارات.

الأولى

- الأحوال الشخصية ... كالاسم والموطن والزواج ، فالقانون المطبق عليها هو القانون الشخصي ، أي قانون الموطن الذي يسكن فيه الشخص ، فهذه النظرية تفضل قانون الموطن على القانون الوطني ، لأن فكرة الإقطاع هي التي كانت سائدة في ذلك الوقت.
- الأحوال المختلطة ... وهي الأحوال التي تضم جميع العلاقات القانونية التي يشك في طبيعتها والتي تتصل بالأحوال العينية والشخصية في وقت واحد وإلى حكم واحد، فعندئذ يطبق عليها القانون الإقليمي. انتقدت هذه النظرية وذلك لصعوبة معرفة قواعد الشكل التي تحكم العقد، وكذلك القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، لمعرفة ما إذا كانت هذه القواعد عينية أو شخصية. بالرغم من أن هذه النظرية حققت بعض المنافع، لأنها قدمت حلول لحالات خاصة مستعصية. وكذلك لكون أفكارها كانت مناوئة للإقطاع المهيمن آنذاك.

ثالثاً:- النظرية الهولندية أو نظرية المجاملة الدولية :- هذه النظرية تأثرت بالنظرية الفرنسية وقسمت الأحوال إلى ثلاثة أنواع وهي :-

- الأحوال العينية، ويحكمها القانون الإقليمي.
 - الأحوال الشخصية، ويحكمها القانون الشخصي الموطن.
 - الأحوال المختلطة، ويحكمها القانون الإقليمي.
- وأنكرت هذه النظرية الصفة الإلزامية لقواعد تنازع القوانين، إذ لا يسمح بمقتضى هذه النظرية تطبيق القانون الأجنبي إلا استثناءً. وفكرة المجاملة الدولية التي يعود تقديرها إلى القاضي أو المشرع الوطني، بالرغم من أن هذه النظرية عالجت تنازع القوانين في صورتها الدولية بصورة استثنائية، على العكس من تنازع الأحوال الإيطالية التي كرست جهود فقهاءها في حل التنازع بين قوانين المدن. والفرنسيين الذين وضعوا الحلول للتنازع القائم بين قوانين المقاطعات وأنظمتها. غير أنها ترفض الاعتراف لقواعد تنازع القوانين بقوة الإلزام.

المطلب الثاني

النظريات الحديثة لتنازع القوانين

أولاً: النظرية الإيطالية الحديثة :- وتسمى نظرية شخصية القوانين النسبية. وملخص هذه النظرية أن القانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدول التي ينسب إليها أطراف العلاقة القانونية. فالأصل هو شخصية القوانين، والقانون الأجنبي لا يؤخذ فيه إلا في حالات استثنائية، ولذلك أطلق عليها (شخصية القوانين النسبية)، فهذه النظرية تأخذ بالقانون الوطني لأنه أكثر تكيف مع تقليد الشعب وأكثر استقرار من قانون الموطن الذي ينقصه الثبات، واستثناء لا يطبق القانون الوطني الشخصي، كما في القوانين التي تعد من النظام العام. ولذلك سميت با (القوانين النسبية). وانتقدت هذه النظرية إلا أن الاستثناءات التي فرضتها ضرورة الدفاع عن مصلحة المجتمع وحاجات التجارة والمتعلقة بالقانون العام، وهذه الاستثناءات التي ذكرتها تكاد تغطي على الأصل فضلاً عن قيام التنازع بين أطراف مختلفة. لأنه مبدأ شخصية القوانين لا يمكن العمل فيه بصورة مطلقة، وكذلك جميع الدول تفرض سيادتها من حيث الواقع على الإقليم وعلى الشخص بأوقات متفاوتة حسب الحالات التي يشوبها نزاع وفيه عنصر أجنبي.

ثانياً: النظرية الألمانية :- وتسمى نظرية العلاقات القانونية المتعددة لأنها لا تخضع فقط إلى تقسيم القوانين عينية وشخصية ولا على نظرية الأحوال، وبالتالي ليس بالضرورة أن نختار بين القانون الإقليمي والقانون الشخصي، بل هناك قوانين أخرى يمكن أن تدخل في النزاع، كقانون محل التنفيذ وقانون محل السكن. لذلك هذه النظرية تخضع العلاقات القانونية إلى المحل أو الموطن الذي ترتكز عليها، وذلك بتحليل هذه العلاقة إلى ثلاثة عوامل هي :

الأولى

أ- القانون الطبيعي ب- المركز القانوني للعلاقة القانونية ج- الخضوع الإرادي.

ومؤسس هذه النظرية الفقيه المعروف (سافيني) ، الذي يرى بأن السماح بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، لا يخضع إلى فكرة المجاملة الدولية ، وإنما تعمل بمقتضى التزام دولي مفاده المصالح والغايات المشتركة بين الدول وهو تحقيق العدالة .

ثالثاً:- النظرية الفرنسية الحديثة :- تنظر هذه النظرية إلى طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها، ويذهب أنصارها (بيليه)، إلى أن حل التنازع يتم عن طريق الكشف عن الغرض الاجتماعي ، فكل قانون له غرض اجتماعي يهدف إلى حمايته. فإذا كان غرض القانون هو توفير الحماية الفردية أو العائلية فإن هذه الصفة يجب أن تستمر ، وان تطبق خارج إقليم الدولة ، وذلك من أجل الحفاظ على هذا الغرض ، وإذا كان القانون يهدف إلى ضمان الدفاع عن الدولة، فيجب أن تغلب صفة العموم على الاستمرار ويطبق القانون المحلي أو الوطني في جميع النزاعات التي تقع في إقليمه. أما إذا لم يمكن معرفة الغرض من القانون فتلجأ هذه النظرية إلى وسيلة من يضره عدم تطبيق القانون الفرد أو المجتمع، كما في القوانين العقارية يجب أن تكون ضمن نظام عام، والمحكمة المرفوع أمامها النزاع لكي تحل النزاع، فأنها تمر بمرحلتين هما:

(أ) المرحلة الأولى ... تقوم بتكييف العلاقة القانونية وهي من اختصاص القانون الوطني .

(ب) المرحلة الثانية... إسناد العلاقة القانونية ، وهي اختيار وتفضيل أحد القوانين المتنازعة .

ويقول بيليه في هذه النظرية ضرورة معرفة القانون الذي يحكم الحقوق التي هي في طريق التكوين . أما الحقوق المكتسبة فعلا لا تثير نزاعا ويجب على الدول احترامها ، بشرط أن لا يكون ذلك مخالفا للنظام العام للدولة ، كما لو تزوج مسلمان في بلدهما وفقا للشريعة الإسلامية، أمكن لهما الاحتجاج بآثار الزواج في بلد آخر بصرف النظر عن شروط صحة الزواج في قانون هذا البلد المعروض عليه النزاع. وان يكون هذا الحق المراد التمسك به معترفا في قانون الدولة التي يراد أحد التمسك بالحق فيها.

وانتقدت هذه النظرية لإخراجها الحقوق المكتسبة من موضوع التنازع بحجة أنها لا تثير التنازع فضلا عن ذلك، أنه من الصعوبة معرفة الغرض الاجتماعي ، لأن كل القوانين في أحيان معينة تهدف إلى حماية الفرد والمجتمع في آن واحد.

الفصل الثاني

تطبيق قواعد تنازع القوانين (قواعد الأسناد)

إن الأسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين ، يكون عن طريق قواعد الإسناد ... وهي قواعد وطنية يقوم المشرع بتنظيمها بقانون ، حيث تعمل هذه القواعد على تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي . وإذا ما أفتقد التشريع أضطر القاضي لاستكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي الاتفاقيات الدولية والعرف والقضاء والفقه.

وحتى تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي للقانون الذي يحكمها، لابد من تحديد طبيعة العلاقة، ولأية مجموعة تنتمي لتبين قاعدة الإسناد التي تلحقها بالقانون الخاص بها. فالقاضي مكلف ابتداء بتكييف العلاقة القانونية، وبموجب أي قانون يستند إليه في التكيف ؟ وإذا ما تمت عملية التكيف وأسندت العلاقة القانونية لقانون ما ليكون هو الواجب التطبيق، عندها تثار مسألة تحديد نطاق هذا القانون، فهل يؤخذ منه قواعد الموضوعية أم تتدخل قواعد الإسناد أيضاً. وبعد أن نحل مشكلة التكيف والإحالة وتوصلنا إلى القانون الواجب التطبيق، فقد يحدث ثمة أمر يمنع العمل بهذا القانون لوجود مانع يقضي باستبعاد القانون الأجنبي كأن يكون مخالف للنظام العام في بلد القاضي، أو جاء الاختصاص فيه نتيجة لغش أو تحايل.

المبحث الأول

ما المقصود بالتكييف، ولأي قانون يجب أن يكون التكييف

التكييف ... يقصد فيه قيام القاضي بتفسير الواقعة المتنازع عليها (العلاقة القانونية) وتحديد طبيعتها وردها لنظام قانوني معين.

والتكييف لا يقتصر على القانون الدولي الخاص ، وإنما هو موجود في كل فرع من فروع القانون ، لاسيما القوانين الداخلية والتكييف له أثر مهم في تعيين القانون الواجب التطبيق .أذن التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين ، لأن تحديد قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانوني معين.

ففي نزاع حصل بين ورثة هولنديون أمام المحاكم الفرنسية، نزاعا يتعلق بوصية حررها والدهم الهولندي في فرنسا بالشكل العرفي، (أي أنها كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعا عليها بخط يد المتوفى). إلا أنها كانت غير موثقة رسميا كما يشترط القانون الهولندي ، طعنوا فيه بعدم صحة الوصية لمخالفتها للمادة 992 من القانون الهولندي، التي تمنع الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية بكتابتها بخط يد الموصي. وتختلف النتيجة باختلاف الوصف القانوني للمسألة . فأن كان الحظر المقرر في القانون الهولندي، يتعلق بفرض شكل معين لإجراء الوصية فأن النزاع ينصب على شكل الوصية ، وعندئذ يخضعه كلا القانونين الفرنسي والهولندي للقانون المحلي. وهو في هذه الحالة القانون الفرنسي يعتبر الوصية صحيحة، في حين أن الحظر الموجود في القانون الهولندي يرمي لحماية أهلية الموصي، فأن النزاع والحالة هذه ينصب على الأهلية ولا يعود الاختصاص فيه إلى قانون محل إجراء الوصية بل إلى قانون جنسية الموصي، وهو هنا القانون الهولندي، وعندئذ تعتبر مثل هذه الوصية باطلة. وهكذا ومع تشابه قواعد الإسناد في هاتين الدولتين، فقد تباين الحكم لاختلاف المفاهيم القانونية في هذا الموضوع.

ولكن وفقا لأي قانون يجب أن يتم التكييف ...؟ بمقتضى قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أم بمقتضى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية، أم بمقتضى قانون آخر؟ اقترحت لهذا الغرض أنظمة مختلفة ، كل منها يسند التكييف لقانون معين وهي :-

أولاً:- نظام القانون المقارن:- ويرى هذا النظام من خلال الأستاذ روبل الذي يعطي الاختصاص في التكييف للقانون المقارن ، وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة. فإذا نص قانون القاضي مثلا على أن الأهلية تخضع إلى قانون الجنسية ، فان مفهوم الجنسية يجب أن لا يتحدد طبقا لقانون القاضي أو طبقا لقانون جنسية الشخص ، ولكن يرجع ذلك إلى المفهوم العالمي في هذا الشأن، وبالرغم من أن هذا النظام يحقق أو يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتجعل لقواعد الإسناد معنأ عالمياً، بالإضافة إلى أنها تذلل الصعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي .

ولا ينكر أنصار هذا النظام بان رغبتهم هو تحقيق مثل أعلى وهذه تعتبر من الأمور الصعبة ، لأن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد ولم تنجح في التوفيق بين أوصاف العلاقات القانونية.

ثانياً:- نظرية القانون الواجب التطبيق :- وبموجبها تعطي الاختصاص في التطبيق للقانون الذي يحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، فإذا أشار القانون بوجوب حل النزاع طبقا لقانون معين فان هذا القانون هو الذي يحكم العلاقة القانونية بشكل كامل ، بما في ذلك التكييف وذلك لتحقيق العدالة.

الأولى

لأن إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العلاقة من شأنه أن يؤدي إلى عدم تطبيق القانون المذكور ، وانتقدت هذه النظرية بأنها ليست عملية وأنها سوف تؤدي إلى حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها ... لأن كل خطوة في قواعد الإسناد تتطلب معرفة طبيعة العلاقة القانونية ، والتكييف عملية أولية تسبق معرفة القانون .

ثالثاً:- نظرية قانون القاضي أو المحكمة:- وبموجبها يعطى التكييف لقانون القاضي أو المحكمة المرفوع أمامها النزاع ، وأخذ بهذه النظرية الفقيه (بارتان) ... واتفاقية لاهاي لعام 1925 ، وأخذت بها بعض التشريعات العربية ومنها القانون المدني العراقي في المادة (17 / 1) ، على اعتبار أن القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها.

وقد تمت حجج وأدلة لتبرير هذا النظام أو هذه النظرية ... بأن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون إلا بأمر أو حالات نص عليها المشرع الوطني، وأن تطبيق القاضي لقواعد التنازع هو تطبيق لنظامه الوطني. وانتقدت هذه النظرية لأنها تجعل أساسها هو التنازع بين السیادات التشريعية ، بينما تهدف قواعد الإسناد إلى تعزيز العدالة والتي تقضي بإعطاء الاختصاص للقانون المناسب الذي يحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ، وتسوغ هذه النظرية أن وحدة التكييف في الدولة لا تتحقق إلا بإعطاء حق الاختصاص في التكييف لقانون واحد، وذلك لأن إعطاء التكييف إلى قوانين متعددة يؤدي إلى إعطاء العلاقة القانونية أوصاف قانونية مختلفة. وانتقدت هذه النظرية من الناحية العملية ، بأنها لا تؤدي إلى التأكد من معرفة القانون الواجب التطبيق ... ومع كل هذه الانتقادات ، فإن هذا النظام أخذت فيه غالبية التشريعات وأيدها القضاء وأخذ بها المشرع العراقي.

قانون القاضي وموقف القانون المقارن والقانون العراقي

يقصد بقانون القاضي، هو مجموعة القواعد القانونية الداخلية التي تضم مجموعة من النظم القانونية، كالأهلية وشكل التصرف والزواج والوصايا والميراث وغيرها. وعلى القاضي أن يأخذ بالمفهوم الواسع ولا يقف عند حرفية النصوص ، أي نصوص القانون الداخلي... فإذا كان نظام الزواج مثلاً في القوانين الأوربية يقوم على نظام الزوجة الواحدة ولا يبيح التعدد، فإن الأخذ بحرفية النصوص ووفقاً للمفهوم الضيق للقانون ، سوف لن يساعد القاضي على تكييف الزواج الثاني حتى وإن كان منسوباً إلى قوانين تقرر التعدد، كما في الدول الإسلامية ... أما إذا أخذنا بالمفهوم الواسع فإن هذا المفهوم سوف يضم الروابط الزوجية وفقاً للأنظمة الأخرى التي تقرر التعدد.

الاستثناءات التي ترد على قانون القاضي ...

أولاً:- حالة إذا اقتضى الأمر تحديد كون الشيء موضوع النزاع منقولاً أو غير منقول، ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي وإنما يكون التكييف طبقاً لموقع المال. وهذه الأموال أما بطبيعتها غير منقول كالعقار، أو منقول بالتخصيص كأسهم البنك الفرنسي التي اعتبرت أموالاً غير منقولة مع قابليتها للانتقال.

ثانياً:- حالة الاستحالة المادية في تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى تطبيق قانون القاضي ، ففي هذه الحالة يعطى الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي ، كما في المهر والوقف فإن القوانين الغربية تجهل هذه الأمور. وهناك دعوى رفعت من قبل أحد رعايا مالطة أمام المحاكم الجزائرية، طالب المدعي فيها بحق (ربع الزواج الفقير)، وهو نظام قانوني يقره القانون المالطي، إلا أنه مجهول من قبل القانون الفرنسي (قانون القاضي) المطبق آنذاك في الجزائر. وتعذر على القاضي تكييف موضوع النزاع بمقتضى قواعد القانون الفرنسي، واضطرت المحكمة تجاه هذه الاستحالة الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها إلى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر وهو قانون جنسية المدعي (قانون مالطة).

الأولى

ثالثاً:- حالة وجود نص في معاهدة ارتبطت فيه دولة القاضي أو نص في قانونها يقضي بإخضاع التكييف في مسائل معينة إلى قانون آخر غير قانون القاضي.

----- والقانون العراقي أخذ (بقانون القاضي) في التكييف وجعل القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات القانونية عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين ، فالقاضي العراقي يجب أن يرجع إلى القوانين العراقية كالقانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية... الخ للتعرف على طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، وبالتالي على قاعدة الإسناد التي تعين له القانون الواجب التطبيق.

فلو رفعت أجنبية دعوى على زوجها طالبة فيها بحل الرابطة الزوجية بسبب الزوج السابقة على إبرام الزواج، فحسم مثل هذه الدعوى يستلزم من المحكمة أن تقرر ما إذا كانت القضية تتعلق بالشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج لتطبيق قانون جنسية الزوجين ، كما تنص على ذلك الفقرة الأولى من المادة (19) مدني من أنه (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين). أم إنها تتعلق بالطلاق فتطبق قانون جنسية الزوج في حالة اختلاف جنسية الزوجين ، كما تقررته الفقرة الثالثة من المادة ذاتها.

وهكذا يرجع القاضي إلى القانون العراقي في جملته وبأفق واسع لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع للعمل بقاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق.

وينتهي دور القانون العراقي عند التكييف الأولي وهو تحديد نوع العلاقة القانونية وتحديد قاعدة الإسناد الوطنية

أما التكييف اللاحق فيخرج عن اختصاص القانون العراقي ويحكمها القانون المختص الذي حددته قاعدة الإسناد ، فلو أن قاعدة الإسناد أعطت الاختصاص في الأهلية مثلاً لقانون الجنسية فان مسألة الرشد والسفه والحجر ينبغي إجراؤها وفقاً للقانون الذي أعطى له الاختصاص.

كذلك هناك مسألة هامة ... نجد أن الفقرة الأولى من المادة (17) تقضي بصورة عامة ، بأن القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات ... الخ.

هل هذا يعني بأن المشرع قد أراد إعطاء الاختصاص إلى القانون العراقي بصورة مطلقة سواء أكان النزاع قد رفع أمام محكمة عراقية أم رفع أمام محكمة أجنبية ... ؟ أم أن تفكيره عند صياغة نص المادة المذكورة كان منحصراً في حالة رفع النزاع أمام القضاء العراقي وأراد تنظيم ذلك... ؟

أن تفكير المشرع العراقي كان منحصراً في حالة كون النزاع مرفوعاً أمام المحاكم العراقية ولم يقصد إعطاء الاختصاص للقانون العراقي بصورة مطلقة وفي جميع الأحوال، لأن قصد المشرع من إعطاء الاختصاص في التكييف للقانون العراقي قد خصص بحالة كون النزاع مرفوعاً أمام القاضي العراقي ، وفيما عدا ذلك يعطي الاختصاص لقانون القاضي الأجنبي المرفوع أمامه النزاع، ذلك لأنه أصبح من المبادئ الدولية المسلم بها ، أن قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع هو المختص بالنظر فيه. سيما وأن المشرع العراقي قد نص على وجوب العمل وفق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً (المادة 30 مدني).

وقد تضمنت قاعدة إخضاع التكييف للقانون العراقي بعض الاستثناءات وهي:-

الاستثناء الأول/ إذا أقتضى الأمر تحديد الشيء كونه مالا منقولاً أو غير منقول ، ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي وإنما قانون موقع المال... لأن نظام الأموال يهدف إلى استقرار المعاملات ، وهو يعتبر من النظام العام استناداً إلى المادة (17) الفقرة الثانية.

الاستثناء الثاني/ حالة وجود نص في معاهدة أو قانون خاص يقضي بإخراج التكييف من اختصاص القاضي ويعطيه إلى قانون آخر طبقاً إلى المادة (29) مدني.

المبحث الثاني

الإحالة

المقصود بالإحالة ... تطبيق القاضي لقواعد الإسناد التي يشير إليها القانون الأجنبي المختص حتى وإذا اختلفت مع قواعد الإسناد في قانون القاضي.

لا يكفي تكييف العلاقة القانونية والتعرف على النظام القانوني لتعيين القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد وذلك لوجود صعوبات كثيرة، حيث أن المسألة لا تنتهي عند هذا الحد. لأن تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت إليه قواعد الإسناد ليس محتما، وإنما قد تعترض هذا التطبيق صعوبات ، ولاسيما إذا لم يعترف القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد لنفسه لهذا الاختصاص أو لقانون آخر غيره، من الواضح أن القواعد القانونية التي يحتويها هذا الفرع، تتكون من نوعين من القواعد (قواعد موضوعية وقواعد إسناد)...

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فهي تقدم حلول، وبالتالي تنهي النزاع ومهمتها حكم العلاقة القانونية وتنظيمها، أما بالنسبة لقواعد الإسناد فهي لا تقدم حلول بل تشير إلى القانون الواجب التطبيق وتحدد المحكمة المختصة في نظر النزاع. وإذا ما نظرت محكمة وطنية نزاع ذات عنصر أجنبي وأشارت قواعد الإسناد إلى قانون أجنبي واجب التطبيق ، فتطبق المحكمة القواعد الموضوعية منه فقط . علما أن المشرع العراقي لم يأخذ بنظرية الإحالة إذا ما تطلب الأمر ذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (31)، والتي تقول (إذا تقرر إن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص). ولا يؤخذ بالإحالة إلا بصورة استثنائية، كما في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

مبررات الإحالة عند المؤيدين للأخذ بها...

ظهرت الإحالة في القضاء الانكليزي ، ثم تبنتها المحاكم الفرنسية (قضية فوجو). ويستند أنصارها بتقديم ثلاث مبررات هي :-

أولاً:- ضرورات عملية : قد يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى توسيع اختصاص قانون القاضي، الذي يجب أن لا يكون متمسكا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من المشرع الأجنبي نفسه، الذي تخلى عن هذا الاختصاص وأولى الثقة لقانون القاضي أو إلى قانون آخر، وليس هناك مبرر لرفض هذه الثقة.

ثانياً:- ضرورات قانونية : القانون يمثل وحدة متكاملة من قواعد موضوعية وقواعد إسناد، وإذا أشارت قواعد الإسناد إلى قانون أجنبي، فأنها تقصد تطبيق كل أحكام ذلك القانون ولا يصح تجزئته والاقتصار على القواعد الموضوعية فقط، بل يلزم في الوقت ذاته إتباع قواعد الإسناد لذلك القانون.

ثالثاً:- ضرورات تسهيل التنفيذ : يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى التنسيق بين قواعد التنازع فيما بين الدول المختلفة، وبالتالي إلى اتفاق على القانون الواجب التطبيق، مما يؤدي إلى تحقيق وحدة في الأحكام الناتجة عن اتفاق كلا القانونين (قانون القاضي والقانون الذي يشير إليه قانون القاضي). مثل الاتفاق على القانون الذي يحكم العقار هو قانون محل ذلك العقار.

أما حجج معارضي الإحالة :- على الرغم من المبررات التي تقدم بها أنصار هذه النظرية، فأنها لم تنل قبول جميع الشراح، وقد لاقت معارضة شديدة استندت إلى ما يلي :-

الأولى

أولاً:- توحيد الحلول : النتيجة التي توصل إليها مؤيدي الإحالة على أنها توحيد الحلول، والرد على ذلك أنه ليس مضمونا الوصول إلى ذلك. فلو كان القانون العراقي يأخذ بالإحالة وكان في الوقت نفسه يأخذ القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد العراقية يأمر بالإحالة أيضاً، فسيؤدي قبول القاضي العراقي للإحالة الواردة بالقانون الأجنبي، وقبول القاضي الأجنبي بالإحالة الواردة في القانون العراقي إلى عدم الاتفاق على القانون المختص، وبالتالي إلى صدور أحكام مختلفة، فوحدة الحلول هذه لا تتم إلا بأخذ الإحالة من طرف واحد. وكيف ننصح طرف بالأخذ بها ولا ننصح الآخر بعدم قبولها.

ثانياً:- الحجج القانونية : قالوا أن الأساس القانوني الذي يستند إليه مؤيدو نظرية الإحالة أساس خاطئ. لأنه عندما تقر قواعد الإسناد الوطنية تطبيق قانون أجنبي ، وإنما يطبق منه القواعد الموضوعية فقط، وتستبعد الأخذ بقواعد الإسناد، وبالتالي لا يمكن التمسك بوحدة القانون وعدم تجزئته، كما قالوا مؤيدي الإحالة. وبالتالي نقع في حلقة مفرغة وعدم التمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ثالثاً:- سلطة القاضي : يستمد القاضي سلطته من قانونه الوطني لا من القانون الأجنبي الصادر من مشرع آخر، ولذلك لا يلزم بالأخذ بالإحالة التي تقرها قواعد الإسناد للقانون الأجنبي. وهو إن فعل ذلك يكون قد أتمر بغير قانونه الوطني وخضع لأوامر قانون أجنبي.

وقد أثرت حجج المعارضين في عدم انتشار هذه النظرية، ولم تأخذ بها مثلاً القانون الهولندي والاطالي واليوناني والمصري والسوري والعراقي. وهناك دول أخذت بالإحالة مثل سويسرا وألمانيا والسويد وهنكاري واليابان وبعض من دول أميركا الجنوبية، وعملت بها كل من محاكم فرنسا وبريطانيا.

الإحالة في القانون العراقي :-

القاعدة الأساسية في القانون العراقي هي عدم الأخذ بنظرية الإحالة، ولكن أخذ بها في بعض الحالات استثناء خاصة إذا كان منصوباً عليها بقانون خاص وهاذين الاستثناءين وردا كما يلي :

- أولاً:- بالنسبة لأهلية الملتزم بموجب بوليصة الواردة بالمادة 48 من قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984، التي تقضي بأنه (يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق).
- ثانياً:- حالة اتفاق التزم به العراق يتضمن حكماً على خلاف ما ورد في المادة (31) من القانون المدني، ذلك أن المادة (29) منه تقضي بأن الأحكام الواردة في قانون خاص أو معاهدة على خلاف ما تقرر في القانون المدني تبقى نافذة.

وقد يتصور البعض أن ما جاء بالفقرة الثانية من المادة (31) مدني، مقرر لمبدأ الإحالة. لأنها قضت بما يلي (وإذا كان القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها)، غير أن الحقيقة ليست كذلك، إذ أن هذا النص جاء ليعالج حالة الإسناد إلى قوانين دولة تتعدد فيها الشرائع بتعدد الأقاليم أو بتعدد الطوائف، حيث ترك المشرع العراقي تعيين الشريعة الواجبة التطبيق لقواعد التنازع الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد. أي أن المشرع العراقي قد فوض القانون الأجنبي أمر الفصل في التنازع الداخلي. وهذا ما يطلق عليه (التفويض). أو الإحالة الداخلية والتفويض يختلف عن الإحالة ، فالإحالة تعني تخلي القانون المختص عن ولايته لقانون دولة أخرى ، أما التفويض فلا يتخلى القانون المختص عن حكم العلاقة لقانون دولة أخرى ، بل أن دوره ينحصر في تركيز الاختصاص في إحدى الشرائع المتعددة فيه.

الفصل الثالث

قواعد الإسناد في القانون العراقي وحالات تطبيق القانون الأجنبي

جاءت التشريعات الوضعية متفاوتة في حلولها لمشكلة تنازع القوانين ، ولم تأخذ بإقليمية القوانين أو شخصيتها كل على انفراد، وإنما عملت وبشكل مختلف بالمبدئين في آن واحد.

والقانون العراقي شأنه شأن القوانين الأخرى، لم يتمسك بشكل مطلق بأحد هذين المبدئين دون الآخر، وإنما اتبع نظرية إقليمية القوانين بصفة أصلية ، ولم يتنازل عن اختصاص القانون الإقليمي (الوطني)، إلا في الأحوال التي تشير فيها قواعد الإسناد إلى الأخذ بالقانون الأجنبي.

وقد أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي في مناسبات متعددة في كل من (الأحوال الشخصية، الأحوال العينية)، والالتزامات (التصرفات، الوقائع القانونية) وشكل التصرف، مما يتطلب تفصيل ذلك.

المبحث الأول (الأحوال الشخصية)

الأحوال الشخصية : هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبالعلاقته بأسرته، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية، وهي الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية.

والدول المتأثرة بأفكار الإقطاع تخضع مثل هذه العلاقات إلى قانون الموطن الحالي للشخص، الذي يحكم العلاقات القانونية . وهذا ما هو مأخوذ فيه في كل من القانون الانكليزي والدنماركي والنرويجي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية. في حين تذهب دول أخرى إلى إخضاع الأحوال الشخصية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

وخلاصة القول أن سهولة تغيير الموطن وصعوبة تحديده ترتبان نتيجة خطيرة ، هي عدم ثبات القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية للفرد، وصعوبة التعرف عليه. لذلك يفضل إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وبه يتحقق الاستقرار في العلاقات العائلية. وأن تبني أحد هذين المبدئين (قانون الموطن وقانون الجنسية) في حكم الأحوال الشخصية يتوقف على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة، وبخاصة ما إذا كانت دولة مصدرة أو مستوردة للسكان.

وقد أخضع المشرع العراقي الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية ، لا لقانون الموطن كما يظهر من قراءة النصوص الخاصة بحل تنازع القوانين. وعند تطبيق هذه النصوص قد تعترضنا صعوبة تحديد قانون جنسية شخص من الأشخاص، بسبب تعدد الجنسيات أو انعدامها أو بسبب تغييره لجنسيته، مما يتطلب بحث هذه المسائل بنقاط متتالية:

أولاً/ تعدد الجنسيات :- إذا ما ظهر للشخص جنسيات متعددة ، فيحل تنازع القوانين على الوجه الآتي :

1) إذا كانت جنسية القاضي المرفوع أمامه النزاع إحدى الجنسيات التي يتمتع بها من يتعلق النزاع بحالته الشخصية، فالعبرة بجنسية القاضي. آذ يلزم تغليبها وإعطاء الاختصاص لقانونه باعتباره قانون الجنسية لمن تعددت جنسياته، كون الموضوع يتعلق بالسيادة. وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الحل بالمادة (2/33) على أنه (الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أخرى أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه).

الأولى

2) أما إذا كانت الجنسيات المتعددة أجنبية جميعها، ولم يكن من بينها جنسية القاضي المرفوع أمامه النزاع. فالراجع هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطاً بها وهي الجنسية الفعلية. ويغلب القاضي هذه الجنسية لإعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانونها. وهذا ما أخذ به القانون العراقي بالمادة (1/33) على أنه (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد).

ثانياً/ انعدام الجنسية :- أما في حالة انعدام الجنسية ، أي كون الشخص لا يتمتع بجنسية من الجنسيات، حيث يميل الرأي الراجح إلى إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية إلى **قانون الموطن**، فإن لم يكن له موطن فينسب الاختصاص لقانون محل الإقامة، فإن لم يتمكن من الوصول للموطن أو محل الإقامة ، فقد استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعدم الجنسية .

ثالثاً/ تغيير الجنسية :-

أن قاعدة الإسناد تقوم على ثلاثة أركان داخلية ، هي الفكرة المسندة وضابط الاختيار أو الإسناد والقانون الواجب التطبيق. ولو ركزنا في الحديث على ضابط الاختيار أو الإسناد، لوجدناه يمثل عصب قاعدة الإسناد ، حيث يلزم من وجوده وجودها ويلزم من عدمه عدمها. و عن طريقه تنهض قاعدة الإسناد بوظيفتها وتحدد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي تغييره لأي سبب كان يولد مشكلة التنازع المتحرك... ولكن كيف ...؟

يتكون ضابط الاختيار أو الإسناد من عنصرين هما: **عنصر واقعي element de fait** ، وعنصر قانوني **element de droit** ، **فضابط الجنسية** مثلاً عنصره الواقعي هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو الجنسية ذاتها كنظام يفيد الانتماء إلى تلك الدولة، وكذلك ضابط موقع المال فعنصره الواقعي هو وجود المال ذاته في إقليم دولة معينة، أما عنصره القانوني فهو فكرة الموقع كنظام قانوني، أي الحيز من المكان في دولة ما والذي يستقر فيه المال.

وما تقدم يشير إلى إمكانية الأفراد في بعض الأحيان تغيير العنصر الواقعي من ضابط الاختيار أو الإسناد، وبالتالي يمكن القول أن ضوابط الاختيار عموماً تقسم إلى نوعين هما : الأول، ضوابط قابلة للتغيير ومنها ضوابط الجنسية والموطن ومحل الإقامة وموقع المال المنقول وإرادة المتعاقدين. والثاني، ضوابط ثابتة لا تقبل التغيير ، سواء كانت بطبيعتها كموقع المال العقاري، أو كنتيجة للتحديد القانوني لنطاقها الزمني كجنسية المتوفى في الموارث ووقوع الفعل الضار أو النافع. أذن مع القدرة على تغيير ضابط الإسناد وخلق مشكلة تراحم عدد من القوانين، بالتأكيد يؤدي هذا التغيير إلى أن العلاقة القانونية بعد إن كانت مركزة في قانون دولة ما ، أصبحت متركزة في مجال قانون دولة أخرى. وبالتالي على القاضي المعروض عليه النزاع أن يبحث عن حل ناجع لهذا النوع من التنازع.

المطلب الأول(الحالة والأهلية)

الفرع الأول

الشخص المعنوي

الأشخاص الاعتبارية، سواء كانت شركات أو جمعيات أو مؤسسات لها جنسية، وتعني انتساب الشخص الاعتباري لدولة من الدول، وتكون لها شخصية قانونية وأهلية التصرف بحدود معينة مقررة بموجب القانون، وكما للشخص الطبيعي قانون يحكمه كذلك الشخص الاعتباري قانون يحكم شروط تكوينه واستمراره وانقضائه وتصفيته وتقسيم أمواله. وقد أخضعت المادة 49 مدني حالة الشخص الاعتباري كقاعدة أساسية لقانون مركز إدارته الرئيس الفعلي، واستثناءاً أخضعه عندما يباشر نشاطه الرئيس في العراق، ولو كان مركز إدارته الرئيس الفعلي في الخارج. حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي (يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيس الفعلي. ومع ذلك إذا باشر الشخص المعنوي

الأولى

الأجنبي نشاطه في العراق، فان القانون العراقي هو الذي يسري). والمقصود بمركز الإدارة الرئيس الفعلي هو المكان الذي تتركز فيه الإدارة العليا والتوجيه والرقابة واجتماعات الهيئة العامة ومجلس الإدارة . وعمد المشرع على ضابط المركز الفعلي ليستبعد المركز السوري، الذي يتخذه بقصد التهرب من قانون دولة معينة. ويمكن تطبيق هذا النص فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الأجنبية الأخرى من شركات ومؤسسات وجمعيات دولية. علما يجب ملاحظة أن القانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي يدخل فيها مع الغير من بيع وشراء ورهن وغير ذلك ، لا تكون محكمة بالمادة 49 من القانون المدني، بل للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بنوع العلاقة، كقانون إرادة المتعاقدين أو قانون موقع المال أو قانون محل إجراء التصرف القانونيالخ.

الفرع الثاني

الشخص الطبيعي

هناك نوعان من الحالات، الحالة السياسية التي يتحدد بمقتضاها مركز الشخص في الدولة، كارتباطه بموجب الجنسية أو الموطن. أما الحالة المدنية والتي يقصد بها جملة من الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته، وهي تقوم على أساس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة والحجر والزواج وغيرها. وقد حدد القانون المدني رقم 40 لسنة 1951، قواعد إسناد خاصة حدد بمقتضاها قانون الجنسية مع ضبط الوقت الذي يتحدد فيه القانون الواجب التطبيق.

أولاً/ الأهلية :-

هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الواجبات. والأهلية سواء تعلقت بالروابط العائلية أو الروابط المدنية والتجارية، يلزم إعطاء الاختصاص فيها لقانون الجنسية، ذلك لأن القواعد المنظمة لها ما وضعت إلا لضمان حماية الفرد ولا تتحقق هذه الحماية إلا بإخضاع الأهلية لقانونه الشخصي المستمد من حاجاته وظروفه. لذا تذهب غالبية القوانين إلى إخضاعها لقانون الجنسية مثل مصر وسوريا وليبيا والكويت ولبنان وسويسرا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والبرازيل.

كما أخضع المشرع العراقي الأهلية لقانون الجنسية في المادة (18) مدني، كذلك المادة (15 و 424) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 الملغي. ومن الطبيعي يحدد هذا القانون وقت وجوب الحق أو وقت إجراء التصرف القانوني . هذا إذا كان اختصاص قانون الجنسية يعتبر شاملاً لأهلية الوجوب وأهلية الأداء. غير أن ما يقصد بالأهلية السالفة الذكر والأهلية المذكورة في المادة (18) مدني، هو أهلية الأداء والتي محورها التمييز. أي صلاحية الشخص لأجراء التصرفات القانونية، وقد أعطى الاختصاص لقانون الجنسية ، أما أهلية الوجوب فأن الاختصاص فيها لا يخضع لقانون واحد، بل يختلف بحسب الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع أو لا يتمتع به. فحق الوريث بالتركة لا يخضع لقانونه بل لقانون المتوفى وقت الوفاة، وحقه في تملك العقار يخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه العقار لا لقانونه الشخصي.

أما إذا كانت أهليته غير مكتملة أي ناقصة غير رشيد، سواء بفعل صغر السن أو لوجود عاهة تذهب العقل بعد سن الثامنة عشر، حيث وضعت المادة (20) مدني الخاصة بالولاية والقوامة والوصاية وغيرها من النظم القانونية الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

الاستثناءات على الأصل أو قانون الجنسية الواردة ضمن تشريعات السابقة والنافذة:-

لقد وردت نصوص خاصة أخضعت الأهلية فيها لقانون آخر غير قانون الجنسية مثلاً :

(1) الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الجنسية رقم 43 لسنة 1963 الملغي، والتي جعلت سن الرشد الوارد في هذا القانون تحدد للعراقيين والأجانب على حد سواء.

(2) المادة 424 من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 الملغي، التي اعتبرت الالتزام بموجب السفتجة صحيحاً، إذا وضع التوقيع من شخص ناقص الأهلية طبقاً لقانونه الوطني، في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية. وهذا يعني أن إكمال الأهلية حدد بمقتضى قانون البلد الذي وقعت فيه السفتجة، لا بمقتضى قانون الجنسية.

الأولى

- (3) الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 الملغي، التي نصت على أنه (من بلغ الثامنة عشرة سنة أهلاً لمزاولة التجارة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبر ناقص الأهلية)، ويعد هذا خروجاً على القاعدة العامة في إخضاع الأهلية لقانون الجنسية.
- (4) تخرج الأهلية من اختصاص قانون الجنسية كلما تعلق الأمر بمانع من موانع تطبيق القانون، مثل المصلحة الوطنية، وهذه الحماية مقررة لحماية الوطني فقط، والأثر المترتب على ذلك هو رفض دفع الأجنبي بنقص الأهلية ويلزم بما يترتب العقد من آثار والتزامات وكأنه كامل الأهلية. وقد أخذ المشرع بهذا الاتجاه في حالات عدة منها : (أ) الفقرة الثانية من المادة 18 مدني في حالة نقص الأهلية لسبب خفي يجهله الطرف الآخر، وقضت بأنه في التصرفات التي تعقد بالعراق وتترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل للآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته. (ب) فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة 424 والفقرة الأولى من المادة 10 من قانون التجارة المشار إليه أعلاه. أما شروط التمسك بالمصلحة الوطنية هي : (أ) أن يكون التصرف موضوع النزاع تصرفاً تجارياً أو مالياً. (ب) أن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبياً وناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته. (ج) أن يرجع نقص الأهلية إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ومعرفته.

المطلب الثاني

تنازع القوانين في مسائل الزواج

الزواج هو رابطة بين رجل وامرأة تفيد العشرة بينهما، ويقصد منها دوام الرابطة وتترتب عليه آثار مهمة والتزامات متقابلة، لذلك عكفت تشريعات جميع الدول على تنظيمه بشكل دقيق، فحددت الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده، كما نظمت آثاره وكيفية نشأته وانتهائه.... الخ. وأحكام قوانين الدول تختلف عن بعضها في موضوع الزواج، ويعود ذلك إلى اختلاف الفكرة الاجتماعية أو الفلسفة التي يعتمدها المشرع في كل بلد. فمن الزواج ما يقوم على التعدد ومنه ما يقوم على تحريم التعدد والزواج بواحدة، ومنه ما ينحل بإرادة أحد الزوجين أو بحكم القاضي، ومنه ما يكون زواجا مؤبداً.

وهذا الاختلاف يثير التنازع بين القوانين المختلفة للدول. لذلك يضع المشرع في هذه الدول قواعد إسناد يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلاً وموضوعاً وآثاراً. وكذلك مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق ليس بالأمر الهين واليسير، لأنه القاضي سيواجه صعوبة في التكيف. وعليه أن لا يتقيد بالمعنى الوارد في القانون بشكل كلي، بل عليه أن يفهمه ويضع له معناً واسع بحيث يتسع لتنظيم الزواج الأجنبية. كما عليه التفرقة بين القانون الذي يحكم الشروط الشكلية، وتلك التي تحكم الشروط الموضوعية. وفي آثاره هناك آثار شخصية وأخرى مالية، وفي انتهائه هناك وفاة وطلاق وتفريق. لذلك يتطلب الأمر شيء من التفصيل.

أولاً/ الخطبة :- هي اتفاق رجل وامرأة على استعدادهما بصورة أولية على إبرام عقد الزواج. ومما لاشك فيه أن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج وهي غير ملزمة، لذا يحق للخاطب أن يعدل عن الزواج ولا يجوز إكراهه على إبرام الزواج. وهذا الحق مقيد بعدم إساءة استعماله، وإلا تترتب عليه المسؤولية التقصيرية في حالة حدوث ضرر للخطيبة. ونجد أن المشرع الكويتي بالمادة (35) التي نصت على أنه (تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ويسري على شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ). أما القانون العراقي فقد التزم الصمت في هذا الشأن، ولهذا يمكن إعمال القاعدة الخاصة بالزواج من حيث الأهلية والرضا وموانع الزواج ومن حيث الآثار والفسخ ... الخ.

ثانياً/ انعقاد الزواج :- ينبغي لانعقاد الزواج توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية، ويرجع تصنيف هذه الشروط إلى القانون الوطني (العراقي)، لأن مسألة التصنيف تعتبر من مسائل التكيف وتدخل ضمن اختصاص قانون القاضي. 1- الشروط الموضوعية / وهو ما يتوقف وجود الشيء على تحققه، وتعتبر من الشروط الموضوعية (وجود الإرادة وما يتعلق بها كتوفر الأهلية والرضا، وقد يكون رضا الوالدين أو أحدهما بالنسبة لدون السن القانوني)، وكذلك

الأولى

تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد وعدم الرجوع عن الإيجاب قبل القبول، وأيضا ما يتعلق بمحل العقد وهو صلاحية المرأة لأن تكون زوجة أي غير محرمة على من يريد الزواج منها، كذلك وجود المهر وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج.

وتخضع أكثر القوانين الشروط الموضوعية إلى قانون الجنسية للزوجين، مثل القانون السويسري والألماني والفرنسي والياباني والبولوني، ومن الدول العربية مثل سوريا ومصر وليبيا والكويت. وبنفس الاتجاه يأخذ المشرع العراقي بالفقرة الأولى من المادة (19) مدني على أنه (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين...). أما الوقت الذي يحكم فيه قانون الزوجين، فهو وقت انعقاد الزواج لا وقت النزاع باعتباره الوقت الذي ينبغي فيه اكتمال الشروط.

ومسألة التنازع تظهر هنا في بيان كيفية إعمال التطبيق الجامع للشروط الموضوعية أم التطبيق الموزع...؟ تسري قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، في حالة ما إذا كان كلا الزوجين من غير العراقيين. أما إذا كان أحدهم عراقيا وقت انعقاد الزواج، فيجب العمل بأحكام القانون العراقي وحده وفقا للفقرة الخامسة من المادة (19) مدني، التي تقضي بأنه (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون العراقي وحده). وبهذا يكون القانون العراقي رفض مزاحمة القانون الأجنبي.

وإعمال هذا النص يفرض علينا القول أن زواج عراقي كتابي من مسلمة أجنبية يعتبر باطلا حتى لو غير الزوج بعد الزواج جنسيته بجنسية دولة أخرى يسمح فيها زواج المسلمة من غير المسلم لمخالفة ذلك لأحكام القانون المختص وهو هنا القانون العراقي.

أما إذا كان الزواج قد تم بين أجنبيين يجيز قانونهما زواج المسلمة من غير المسلم ، فأنا نصل إلى ذات النتيجة وهي البطالان، لا على أساس مخالفته لأحكام القانون المختص بل على أساس مخالفة القانون المختص لفكرة النظام العام .

أما إذا كان الموضوع يتعلق بالأهلية لأحد الزوجين وكان أحدهم عراقي والآخر أجنبياً...؟ هل أهلية هذا الطرف الأجنبي يحكم بالفقرة الخامسة من المادة (19) مدني، التي أعطت الاختصاص إلى القانون العراقي في الشروط الموضوعية والأهلية جزءاً منها...؟ نرى أن هذه الفقرة من المادة (19) مدني لا تشمل الأهلية اللازمة للزواج في حالة ما إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج ، بل يبقى الأجنبي محكوماً في أهليته بقانون جنسيته، ذلك لأن الفقرة الأولى من المادة (18) مدني تعتبر نصاً خاصاً بالنسبة للمادة (19) المنظمة لشروط الزواج.

2- **الشروط الشكلية / الشرط الشكلي** هو ما يتطلبه القانون من أوضاع لإظهار الإرادة ، كمراسيم الاحتفال وتسجيل الزواج بالنسبة لقوانين بعض الدول. كذلك المراسيم الدينية ومظاهر علانيته والشهادة وغير ذلك. وكقاعدة أساسية تحكم الشروط الشكلية بقانون الجنسية ويجب تحقق ما يشترطه قانونا الزوجين. ومن ناحية أخرى يمكن الأخذ بقاعدة أن شكل العقد خاضع لقانون بلد إبرامه لاعتبار العقد مستوفياً شروطه الشكلية إذا تم وفقاً لقانون البلد الذي حصل فيه. لذلك قضت الفقرة الأولى من المادة (19) مدني بأنه (... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).

ثالثاً: إثبات الزواج / يمكن إثبات الزواج حسب القواعد العامة بوسائل الإثبات المقررة في القانون الذي يحكم شكل التصرف، وذلك بناء على الصلة التامة بين إنشاء العقد وكيفية إثباته، وهذا يفرض إعمال قانون انعقاد العقد إذا اتبعت فيه الشكلية المقررة في قانون المحل أو إعمال قانون كل من الزوجين، إذا عقد الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانونيهما، سواء بطريق تقديم الدليل الكتابي أو الاكتفاء بالبيئة الشخصية.

ولم يرد في قواعد الإسناد العراقية نص يحدد الاختصاص في هذا الشأن، لذا يمكن تطبيق ما شاع وانتشر دولياً، كذلك من خلال الرجوع إلى قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، جاءت الفقرة الأولى من المادة (13) على أنه (

الأولى

يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي).

رابعاً:- آثار الزواج / يرتب عقد الزواج آثار تتمثل بالتزامات وواجبات على عاتق كل منهما، فمنها ما يكون ذات طابع شخصي مثل الإخلاص والمطوعة والنفقة، وأخرى مالية تتمثل بالنظام المالي للزوجين المقرر في بعض الشرائع والتي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجة ، خلافاً لما أوردته الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين. وبالتأكيد هذه الالتزامات لا بد من قانون يحكمها خاصة مع وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية، أذن ما هو القانون الواجب التطبيق في هذا المجال...؟

أجابت الفقرة الثانية من المادة (19) مدني على أنه (يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال). سواء أتحدت جنسية الزوجين أو اختلفت، فان العبرة بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد العقد، والذي يكون مختصاً في جميع الأحوال لحكم الآثار الشخصية والمالية الناتجة عن الزواج. هذا ما يتعلق بنزاع بين أجنيين أمام القاضي العراقي.

أما إذا كان أحدهم عراقياً سواء كان الزوج أو الزوجة، فهنا يخضع النزاع إلى الفقرة الخامسة من المادة (19) مدني، والتي تخضع آثار الزواج للقانون العراقي في جميع الأحوال التي يكون فيها أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج. ولكن يستثنى من هذه القاعدة إذا كان موضوع النزاع ينصب على مال، فإذا كان عقار يخضع لقانون محل العقار حسب المادة (25) بالفقرة الثانية، أما إذا كان منقول فيخضع لقانون محل وجود المال وقت وقوع التصرف أو الأمر، حسب المادة (24) مدني.

خامساً:- انتهاء الزواج / تنتهي العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة ، أما بالوفاة أو الطلاق أو التفريق أو البطلان. أما الانفصال الجسماني الذي نظمته بعض الأنظمة الذي يقضي بانقطاع المعيشة، فلا تنتهي الرابطة الزوجية في الحال، وإنما ينهيها الطلاق فيما بعد مضي فترة محددة. فمسألة الوفاة لا تثير مشاكل لكن للمواضيع الأخرى يمكن أن يكون تنازع بين قانون كل من الزوجين في حكم هذه المسائل. فمثلاً يأذن قانون أحد الزوجين بإيقاع الطلاق، في الوقت الذي لا يجيز ذلك القانون الآخر. وهناك قضية فيراري الشهيرة ، ومقتضاها أن بنت فرنسية تزوجت من شاب ايطالي يدعى فيراري، ولم يكن النجاح حليف هذا الزواج الذي انتهى بالفرقة ، والتجأت الزوجة إلى القضاء الفرنسي طالبة الحكم لها بالطلاق. وبناء على توفر شروط الطلاق الواردة في القانون الفرنسي، فقد لبت المحكمة طلبها وحكمت لها بالطلاق، على الرغم أن قانون الزوج (الايطالي) يمنع إيقاع الطلاق، وقد أدى الأخذ بقانون الجنسية كل زوج إلى هذه النتيجة الغريبة. حيث طلقت السيدة الفرنسية بمقتضى قانون جنسيتها واستردت حريتها في الزواج من آخر، بينما بقي السيد فيراري مقيداً بهذا الزواج، لان قانون جنسيته الايطالي كان يمنع الطلاق ، وبالتالي يحرم الزواج من أخرى.

ولتلافي مثل هذه النتائج يقترح البعض إخضاع العلاقة الزوجية إلى قانون واحد إلا وهو قانون الدولة التي ثبت على إقليمها موطن الزوجية.

أما القانون العراقي فإنه أخذ بحل آخر وأخضع انتهاء الزواج إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة (19) مدني على أنه (يسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى). وعلى هذا فإن قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يكون مختصاً لحكم انتهاء الزواج، فيما يتعلق بجواز أو عدم جواز الطلاق وأسبابه والشروط اللازمة لصحة الطلاق والانفصال والتفريق.

المطلب الثالث: تنازع القوانين في النسب

يترتب على الزواج علاقات قانونية تتولد عن نشوء الأولاد في الأسرة، فيتوجب معرفة نسبهم وما لهم من حقوق ، كحق الحضانة والنفقة وحق تربية الأولاد وإدارة شؤونهم وإلى غير ذلك من الأمور، التي تتطلب تحديد القانون الذي يحكم النزاع الناشئ بسببها.

الأولى

أما القانون الذي يحكم النسب، أي هل البنة شرعية أم غير شرعية، ومدى ثبوت النسب ووسائل ثبوته، فأعطى البعض الاختصاص إلى قانون جنسية الأب وقت النزاع، بينما أسنده آخرون إلى قانون جنسية الابن وقت النزاع، والرأي الراجح فقها وقضاء وتشريعاً، يخضع البنة للقانون الشخصي للأب . وهذا ما أخذت به التشريعات العربية ومنها القانون العراقي، حيث نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (19) مدني بقولها (المسائل الخاصة بالبنة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب)، وهذا يعني أن القانون العراقي أعطى الاختصاص في هذه المسائل إلى قانون الأب، إلا أنه لم يحدد الوقت الذي يعمل به لتحديد قانون جنسية الأب، فهل أراد المشرع بذلك قانون جنسية الأب وقت الولادة أم قانون جنسيته وقت رفع الدعوى...؟

يدعو شراح القانون إلى الأخذ بقانون جنسية الأب وقت ولادة الوليد المراد إثبات نسبه، لأنها اللحظة التي يتحقق فيها وجود الولد المراد إثبات نسبه. وتبقى هذه القاعدة مقيدة بحكم الفقرة الخامسة من المادة (19) مدني، حيث أعطى الاختصاص بمقتضاها للقانون العراقي أبا أم أمأ. وتغيير الزوج العراقي لجنسيته بعد الزواج، لا يؤثر على هذا الاختصاص. أما آثار النسب مثل التوارث وموانع الزواج وآثار أخرى عامة تتصل بالولاية على النفس والمال، مما يستلزم معرفة القانون الذي يحكم هذه الآثار. بالنسبة للميراث سنعمل على تفصيله فيما بعد، وأما موانع الزواج تحكمها القانون الذي ينظم الزواج من حيث شروطه الشكلية والموضوعية وقد سبق بحثها. أما الآثار العامة التي تتعلق مباشرة كالولاية والحضانة وسائر الواجبات ما بين الأولاد والآباء، فقد أخضعها إلى قانون جنسية الأب في الفقرة الرابعة من المادة (19) مدني وذلك تحدد هذه الجنسية وقت الزواج.

المطلب الرابع - تنازع القوانين في النفقة

النفقة من آثار الزواج والنسب وتعتبر من الأحوال الشخصية أيضاً. وهي تجب للأولاد على الأصول أو للأصول على الأولاد. وقد تجب لذوي الأرحام أو لأحد الزوجين على الآخر، لأن القرابة تعتبر سبباً لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر. ولكن القرابة الموجبة للأنفاق مختلف فيها باختلاف قوانين الدول ويلزم تحديد القانون الذي يحكم النزاع.

وقد أعطى القانون العراقي الاختصاص إلى قانون جنسية الشخص المدين بها، حيث نصت المادة (21) مدني بأنه (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها). ولكن نحن بحاجة إلى تحديد من هو الذي يكون مدين بها كمسألة أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على حسم موضوع النفقة.... لذا قد تترتب النفقة عن النسب أو عن الزواج، وعليه فإن كانت النفقة لأحد الزوجين فهي أثر من آثار الزواج، وبالتالي فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، أو القانون العراقي إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت العقد، يكون مختصاً لمعرفة ما إذا كان المطالب بالنفقة ملزماً بها وفقاً للقانون المشار إليه أم لا .

أما إذا كانت النفقة المطالب بها هي نفقة الأصول على الفروع أو العكس، فيعمل بما ورد في الفقرة الرابعة من المادة (19) مدني، والتي تعطي الاختصاص لقانون جنسية الأب ويرجع إلى قانون جنسية الأب لمعرفة ما إذا كان المطالب بها يعتبر مديناً بها أم لا.

المطلب الخامس - تنازع القوانين في الميراثات

قد تتنازع قوانين عديدة في حكم تركة المتوفى، ويظهر التزاحم بين قانون جنسية المتوفى وقانون جنسية كل من الورثة. وقد يدعي الاختصاص قانون المحل الذي توجد فيه أموال التركة، والتي قد تنتشر في دول عديدة. وهكذا يظهر لنا أن القوانين المتراحمة بشأن الميراث وإعطاء الاختصاص إلى قانون واحد لا إلى عدة قوانين، سواء أكانت الأموال المكونة للتركة منقولة أو غير منقولة. لأن التركة تكون مجموعة واحدة ولها وحدة قانونية، وبالتالي يلزم حكمها بقانون واحد لتجنب الصعوبات التي قد تنشأ من إخضاع التركة لقوانين متعددة.

وبما أنه تفضيل أحد القوانين يستند إلى الهدف من القوانين المنظمة للتركة، لكونها تتصل بواقعة حياة و وفاة الشخص، وروابطه العائلية واعتبارات حفظ المال في الأسرة. لذلك يعتبر الميراث من موضوعات الأحوال الشخصية وتخضع إلى قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، ويجب أن تحكم بالقانون الشخصي للمتوفى وهو قانون

الأولى

الموطن في الولايات المتحدة الأمريكية ودول أمريكا الجنوبية عدا البرازيل وكذلك سويسرا والدنمارك والنرويج. أما الدول التي تخضع الميراث لقانون الجنسية هي مصر وسوريا وليبيا ولبنان والكويت وألمانيا واليونان.

أما العراق فقد أخضع الاختصاص فيها لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة في المادة (22) مدني على أنه (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته....). فالقاعدة العامة خضوع التركة لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة. ولكن ما هو مدى اختصاص هذا القانون...؟

أذن قانون الجنسية يختص ببيان شروط استحقاق الميراث ما تعلق منها بالوارث وما تعلق بالمورث، إذ يشترط في المورث أن يكون ميتاً حقيقة أو حكماً، ويشترط في الوارث حياً حقيقة أو حكماً. وعلى هذا الأساس يتم تعيين الورثة وتحديد نصيب كل منهم ومعرفة أهلية الوارث وبيان المحجوب والمحروم منهم لقتل أو لاختلاف في الدين. أما تحديد رابطة القرابة أو النسب التي هي سبب التوارث والبت فيما إذا كان الولد شرعياً أم لا والحكم في صحة الزوجية، فالاختصاص فيه لا يكون لقانون الميراث بل للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في كل حالة من هذه الحالات المذكورة.

كذلك هناك استثناء من القاعدة المذكورة، فيما يتعلق بانتقال ملكية أموال التركة غير المنقولة وحيازتها والحقوق العينية الأخرى المتعلقة بها، فلا يسري عليها قانون جنسية المتوفى بل تخضع لقانون موقع المال غير المنقول، وانتقال ملكية أموال التركة المنقولة يسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت الوفاة. كذلك قيد مسألة توارث الأجنبي من العراقي بمبدأ المقابلة في المثل. إلا إذا كان قانون دولته يورث العراقي، وهذا القيد متعلق بحالة توارث الأجنبي للعراقي فقط. وهناك قيد آخر يتعلق بعدم انتقال تركة الأجنبي الموجودة في العراق إلى دولة المتوفى الذي لا وارث له.

أما فيما يتعلق بموانع الإرث وفقاً للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر من مصادر التشريع ويستند قانون الأحوال الشخصية لمضامين هذه الشريعة، هي القتل واختلاف الدين واختلاف الدارين، الذي يعتبر مانعاً من التوارث بين غير المسلمين (البلد في حالة حرب مع الدولة الأخرى).

المطلب السادس - الوصية وما في حكمها

الوصية تصرف في التركة مضاف ما بعد الموت. ومع أن الصفة المالية تطغى إلا أنها تعتبر من الأحوال الشخصية وأخضعها التشريعات لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة. ومن هذه التشريعات القانون العراقي، حيث جاءت الفقرة الأولى من المادة (23) مدني على أنه (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته).

وبما أن الوصية عمل إرادي مقتضاه التملك بلا عوض مضاف إلى ما بعد الموت، لذلك يستلزم لصحتها استكمال شروطها الموضوعية وأخرى شكلية. فالشروط اللازمة لتكوين التصرف الإرادي من رضا وصحة الإرادة، وهذه يسري عليها قانون جنسية الموصي وقت إجراء الوصية.

أما أهلية الموصي (أهلية الأداء)، وما يتعلق ببلوغ السن القانوني وخلو الإرادة من العيوب المؤثرة، فهي محكومة بالمادة (1/18) مدني، والتي تخضعها لقانون جنسية المتصرف وقت عمل الوصية. أما فيما يتعلق بعدم الأهلية الخاصة بالشخص المصاب بمرض الموت، ووصيته للطبيب المعالج الذي يعتبر مانع من موانع التصرف. ولهذا يسري عليها القانون الذي يحكم التصرف وهو قانون الموصي وقت موته في القانون العراقي وفقاً لما قرره الفقرة الأولى من المادة (23) مدني.

مسألة أخرى تتعلق بالشروط الموضوعية المرتبطة بالميراث، فتحكمها الفقرة الأولى من المادة (23) مدني، كالحق في التصرف بطريق الوصية سواء من حيث القدر الجائز الايصاء به أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الايصاء لهم ، فجميع ذلك يخضع لقانون الموصي وقت موته وليس وقت تنظيم الوصية. فلو جاوزت عند إبرامها النصاب المسموح به قانوناً، ولكنها لم تخرج عند وفاة الموصي لما طرأ على ثروته من زيادة بعد تنظيم الوصية، فأنها تعتبر في هذه الحالة صحيحة.

أما ما يشترط بالموصي له كأن لا يكون قاتلاً أو وارثاً بالنسبة لبعض القوانين وأن لا يختلف ديناً أو جنسية.... الخ. فنرجع في كل ذلك إلى قانون جنسية الموصي وقت موته، لأنه هذا وقت خلافة الموصي له للموصي فيما أوصى به. وليس

الأولى

وقت إنشاء الوصية. أما أهلية الموصى له فيحكمها قانون جنسيته وقت صدور القبول منه. وشكل الوصية قد يختلف من قانون إلى آخر، فمن يعتبرها صحيحة إذا جاءت شفاهاً أو كتابةً أو موثقة رسمياً من عدمه، وقد أخضعت بعض قواعد الإسناد في قوانين بعض الدول بالنسبة للشروط الشكلية، للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وفي العراق خلا القانون من نص يحدد القانون الذي يحكم شكل الوصية، لذلك نرجع للقاعدة العامة الخاصة بالشكل والتي تعطي الاختصاص فيه إلى قانون بلد تحريره. وبعد تعيين القانون الذي يحكم الوصية شكلاً وموضوعاً، نريد أن نعرف ما إذا كان القانون العراقي يجيز الوصية من عراقي لأجنبي أم أن ذلك مقرون بشرط...؟

يجب التفرقة بين المال المنقول وغير المنقول، ففيما يتعلق باختلاف الدين في الوصية بالمال المنقول، لا يعتبر مانعاً من الاستحقاق بها ولا في صحتها. والدليل في الآية القرآنية المباركة (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين). وبذلك تصح وصية المسلم لغير المسلم وكل ما يشترط في ذلك أن لا تكون الجهة الموصى إليها جهة معصية، وأن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي أو بلده في حالة حرب مع دولة الموصي.

وما تقدم لا يتقيد هذا بما تمليه المادة (71) من قانون الأحوال الشخصية، التي تقضي بأنه (تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل)، مما يعني إن الوصية في غير المنقول تكون باطلة في اختلاف الدين أو الجنسية، كما يتقيد أيضاً بما قرره الفقرة الثانية من المادة (23) مدني، من أن صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة إلى متوفى أجنبي يطبق في شأنها وفي كيفية انتقالها القانون العراقي.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين في الأموال

أن الاختصاص في تحديد ما إذا كان موضوع النزاع، يتعلق بحق عيني أو حق أدبي يرجع فيه إلى قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع، أما تحديد ما إذا كان المال منقولاً أو غير منقول، فيرجع فيه إلى قانون البلد الذي وجد فيه المال. وهذه المسائل تحدد من خلال عملية التكييف التي يجريها القاضي، ولكنها لا تخضع لقانون القاضي بل إلى قانون موقع المال وهذا ما نصت عليه (الفقرة 2 من المادة 17) مدني.

المطلب الأول - الأموال غير المنقولة (العقار)

تخضع العلاقة القانونية التي تتعلق بمال غير منقول إلى قانون موقع العقار. وتبرر هذه القاعدة باعتبارها سياسية وأخرى عملية.

أولاً:- اعتبارات سياسية مشتقة من مبدأ السيادة: - العقار جزء من إقليم الدولة ويعتبر من المسائل التي تتعلق بسلطة الدولة، وبالتالي يعتبر هذا المال من المصالح العليا للبلد، ولا يجوز المساس به من قبل الدول الأخرى.

ثانياً:- اعتبارات عملية:- أن إعطاء الاختصاص لقانون موقع العقار، يؤدي إلى استتباب الطمأنينة في المعاملات وخضوعها لقانون واحد لا يتغير، وذلك لثبات العقار وعدم قابليته للانتقال. لكونه يشكل عصب مهم في اقتصاد البلد. فمن يرغب الدخول بعلاقة قانونية تتعلق بعقار، عليه أن يتعرف على قانون محل العقار والعمل بما ورد فيه.

--- اما موقف المشرع العراقي فقد سائر ذات التوجه من خلال المادة (24) مدني، على أنه (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار...). كذلك المادة (2/25) مدني أشارت إلى أنه (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه). وخاصة فيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية والتبعية، علماً هناك من قال قانون موقع العقار يشمل ما ولده العقد من حقوق شخصية أيضاً كعقد الإجارة. أما الفقرة الثانية من المادة (25)

مدني، تجعل اختصاص قانون موقع العقار شاملاً لكل ما يتعلق بالعقد ذاته من حيث انعقاده، باعتباره تصرفاً إرادياً قانونياً.

المطلب الثاني - الأموال المنقولة

في العلاقات ذات العنصر الاجنبي كما قد يكون محل النزاع عقاراً قد يتعلق بمال منقول، فهناك لذا ظهرت توجهات عديدة بشأن القانون الذي يحكم الحقوق المترتبة على عليه:

أولاً: الاتجاه الاول - يرى حكمها بالقانون الشخصي للمالك، أي بقانون جنسيته أو موطنه، مبررين ذلك بسهولة نقله، لذلك يلحقونه بالمالك. يرد على هذا الرأي أن المال سواء كان منقول أو غير منقول، كلاهما يكون الذمة المالية للشخص، دون أن يكونا جزءاً من ذاته. كذلك تشابه العلة في حماية هذه الأموال لضمان استتباب المعاملات وحماية الاقتصاد الوطني.

ثانياً: الاتجاه الثاني أنصار نظرية الأحوال الفرنسية:- يتجهون إلى إعطاء الاختصاص للقانون الإقليمي، أي قانون الإقليم الذي وجد فيه المال، وذلك لعدم وجود موقع ثابت للأموال المنقولة بسبب قابليتها للانتقال بسهولة. وحسب هذا الرأي يحدد بقانون محل وجودها المفترض، الذي هو عادةً ما يكون في موطن المالك، وبالتالي قانون موطن المالك مختصاً بحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالمنقول. يرد على هذا الرأي بعدم إمكانية قبوله، لأنه يفترض وجود المنقول في موطن المالك دون سند قانون يقره، علماً لا يوجد افتراض قانوني بدون نص.

ثالثاً :- الاتجاه الثالث :- وهو الراجح الذي يخضع المنقول وغير المنقول إلى موقع المال الفعلي. فإذا كان الموضوع متعلق باستتباب المعاملات أو حماية اقتصاد البلد، فهذا لا يتحقق إلا بتغليب القوانين الإقليمية على قوانين الدول الأخرى.

أما موقف المشرع العراقي فهو واضح من المادة (24) مدني، على أنه (.... يسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده)، وبهذا قد حسم أمره المشرع بإعطاء الاختصاص إلى قانون محل وجود المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده.

وقد ينشأ عن تغيير موقع المال المنقول تنازع بين قانون موقع المال القديم وقانون موقعه الجديد، كما لو باعه المالك في موقعه القديم ثم عاد وباعه في موقعه الجديد، فيحل التنازع بترجيح أول قانون تحقق فيه السبب الناقل للملكية واكتسب الحق بموجبه . لذا مسألة الوصول إلى قانون موقع المنقول الفعلي ليس بالأمر اليسير خاصة إذا تعلق بمنقول قابل للانتقال مثل البواخر والطائرات والبضائع العابرة للحدود.

- 1- السفن : القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الميناء الذي سجلت فيه وترفع علمه.
- 2- الطائرات: فتخضع لقانون الدولة التي تحمل علمها وتنتسب إليها ومسجلة في السجلات الخاصة.
- 3- البضائع المشحونة: وهي الأموال الموجودة على ظهر إحدى وسائل النقل، والتي تركت محل تصديرها في طريقها إلى البلد المرسل إليه، وقد تكون هذه البضائع محل نزاع يستوجب معه تحديد القانون الواجب التطبيق. وهناك عدد من المقترحات بهذا الصدد هي :

أولاً/ إذا كان محل البضاعة معلوماً كأن يكون موجوداً في موانئ الشحن والمطارات، فتخضع إلى قانون محل وجود البضاعة.

ثانياً/ أما إذا كانت البضاعة متحركة، فيخضع إلى قانون موقع المال قبل التصدير.

ثالثاً/ وهناك من يخضعها إلى قانون البلد المرسل إليه البضاعة. خاصة إذا كانت واسطة النقل غير مسجلة أو كانت مشحونة برأ.

الأولى

رابعاً/ هناك من يخضع هذه البضاعة إلى قانون البلد الذي سجلت فيه واسطة النقل إن كانت مسجلة، عندها تعتبر جزء من إقليم الدولة.

خامساً/ أما إذا كانت البضاعة مستمرة أثناء النقل بشكل مؤقت ، فإن قانون ذلك المكان يكون مختصاً إذا ما طرأ عليها حدث ما.

المطلب الثالث - المنقولات غير المادية (المعنوية)

هذا النوع من الحقوق يشمل الأموال غير المادي مثل الملكية الفكرية (الحقوق الأدبية والفنية و حقوق الملكية الصناعية)، كذلك الديون التي تدخل على الذمة المالية للشخص والمحلات التجارية.... وهذه الأموال لا يمكن إخضاعها لقاعدة واحدة وهي قانون وجود المال الفعلي كما رأينا سابقاً، بل تحتاج إلى تفصيل لبيان هذا الأمر.

أولاً:- الملكية الفكرية : ويراد بها الحقوق الأدبية والفنية والصناعية، وهذا النوع من الحقوق يختلف عن الطبيعة القانونية للملكية، فطبيعة حق الملكية يقتصر على المالك وحده وأن يكون مؤبداً. بينما حقوق الملكية الفكرية عموماً بأنه لا يوصف بالتأبيد. بل هو حق مؤقت ويختفي في نهاية أجل محدد، فحق استغلاله لا يبقى إلا لأجل معين بعد وفاة المؤلف، ومن ثم يصبح المؤلف (الابتكار) ملكاً عاماً للمجتمع أن يتمتع به. أذن يبتدئ هذا النوع من الأموال بحق خاص وينتهي بحق عام. علماً أن هذا المال يتضمن جانباً مالياً يستطيع المؤلف أو صاحب البراءة الاختراع من أن يستثمره تجارياً. أما الجانب المعنوي يستطيع من خلاله الدفاع عن مؤلفه أو اختراعه من الاعتداء عليه أو التحريف، بينما يسمح له بتعديل وتغيير ومحو عمله وإلغائه من الوجود. والحقيقة أن هذين الحقين يمثلان وجهان لحق واحد. لذلك يلزم وضع قواعد خاصة لحماية هذه الحقوق.

- 1- الملكية الأدبية والفنية:- يعطى الاختصاص لقانون بلد الأصل أي قانون البلد (الطبع والنشر).
- 2- الملكية الصناعية:- يعطى الاختصاص فيه بالنسبة لبراءة الاختراع إلى قانون الدولة التي منحت البراءة فيها.
- 3- العلامات (تجارية صناعية)، تخضع لقانون البلد الذي وضعت فيه العلامة للاستعمال والاستثمار، وهو في الأغلب البلد الذي سجلت فيه العلامة.

أما موقف المشرع العراقي من هذه الحقوق، حيث لم نجد نصاً خاصاً بشأن تنظيم قواعد الإسناد الخاصة بهذه الحقوق. الا في قانون رقم 3 لسنة 1971 المتعلق بالحقوق الأدبية والفنية ، فقد أخضع مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في العراق إلى أحكام القانون العراقي. وهذا تطبيق للقواعد العامة التي تعطي الاختصاص إلى قانون بلد النشر أو الإخراج الأول. ولكنه مع ذلك خرج على هذه القاعدة حينما أخضع لأحكام القانون العراقي مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل وتعرض لأول مرة في بلد أجنبي.

ثانياً:- المركز التجاري : وهو مجموعة من الأموال المادية والمعنوية، وتدخل المحلات التجارية في الأحوال العينية، ذلك لأنها تتكون بصورة عامة من عناصر مادية، أما عنصراها الأساس المعنوي (الزبائن)، فهو مثبت أو على الأقل مركز في محل ويستند إلى العقار أو إلى حق إيجار، يعد من المنقولات. حيث أن المحل التجاري يتكون بصورة عامة من أموال منقولة مختلفة يمكن أن تتركز في أماكن مختلفة، فيخضع كما هو عليه الحال بالنسبة للمنقولات إلى قانون موقع المال الفعلي أي إلى قانون موقع المحل التجاري. إلا أن تطبيق هذه القاعدة ليس بالهين اليسير، فثمة صعوبات تنشأ من انتشار واختلاف عناصر المتجر. فهو يتكون من منقولات توجد في إقليم أكثر من دولة، كأن تكون البضاعة في إقليم والمخزن في إقليم ثاني، مما يثير التساؤل في أي محل من هذه المحلات يتركز العنصر الرئيسي للمركز التجاري...؟

لاشك أن التفضيل سيكون للبلد الذي توجد فيه معظم العناصر الأساسية كعنصر الزبائن، ويخضع المحل التجاري لقانون هذا البلد، وفي حالة وجود فروع للمحل التجاري ، يخضع كل فرع لقانون الجهة التي أسس فيها الفرع. كذلك قانون موقع المحل التجاري يختص في طرق اكتساب الحقوق المترتبة على المتجر وانتقالها وانتهائها، وأيضاً مسك

الأولى

الدفاتر والتسجيل التجاري وإعلان بعض التصرفات الخاصة بالتاجر، والتي لها آثار على ذمته كعقد الزواج والنظام المالي للزوجين.

ثالثاً:- الديون :- تنشأ الديون أما عن التزامات تعاقدية أو عن أفعال ضارة أو نافعة. فان كان مصدرها الالتزام التعاقدي فيعطى فيها الاختصاص إلى قانون إرادة المتعاقدين وسنوضح ذلك في مباحث قادمة. وأن كان الالتزام غير تعاقدى فان القانون الذي يحكمه هو قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام. وبالطبع فإن هذا ينحصر في نشأة الحق وانقضائه بين الدائن والمدين، أما إذا نظر إليه كأن يكون محلاً للتعامل فقد تتنازع القوانين في حكمه، مما يقتضي إعطاء الاختصاص لواحد منها. ولتحديد هذا القانون نفرق بين الحقوق الشخصية العادية والحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول.

1- الحقوق الشخصية العادية :- أن الدين بعد نشأته في ظل القانون المختص يكون حقاً شخصياً، قد ينظر إليه باعتباره مალأ معنوياً في ذمة المدين مما يمكن التصرف به. ففي مقدور الدائن رهنه أو نقله عن طريق الحوالة. وينتج عن هذا التصرف تنازع بين القوانين ، مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق. هناك اتجاهات عدة في تحديد هذا القانون.

لكن الأرجح هو خضوع التصرف الذي تمت بموجبه الحوالة لقانون الإرادة، والذي يتحدد بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (25) مدني. أما قابلية أو عدم قابلية الحق للانتقال أو الرهن فيقررهما القانون الذي نشأ بموجبه الدين، (قانون الإرادة إن كان مصدر الالتزام العقد، أو قانون محل الفعل المنشئ للالتزام إن كان مصدر الالتزام الفعل الضار أو النافع). وهذا القانون هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق قابلاً أو غير قابل للانتقال أو الرهن، وهو ذاته يحكم العلاقة بين المحال له والمحال عليه، ويرجع إلى قانون موطن المدين بالنسبة لما يلزم اتخاذه لنفاذ الحوالة في حق الغير.

2- الحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول/ قد تظهر الديون مجسدة في أوراق قابلة للتداول، وهي أن تكون لحاملها أو أسمية أو أذنية.

أولاً/ الأوراق لحاملها :- السندات والأسهم لحاملها، حكمها حكم المنقول ومؤدى هذا خضوعها من حيث انتقالها لقانون الجهة التي وجدت فيها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت بها، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة (24) مدني من أنه (يسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده)، أما العلاقة بين حائز السهم أو السند والجهة التي أصدرته، كالشركة فتخضع للقانون الذي يحكم هذه الجهة.

ثانياً/ الأوراق الاسمية :- الحقوق الثابتة في أوراق اسمية كالأسهم والسندات الاسمية، فقد اخضع انتقالها لقانون الهيئة التي أصدرتها، وهذا القانون هو قانون البلد الذي فيه مركز إدارتها الرئيسي الفعلي.

ثالثاً/ الأوراق الاذنية :- كالكمبيالة والسفجة والشيك، وهي قابلة للانتقال من مدين إلى آخر، فيخضع الشكل إلى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها، وهذا ما قرره المادة (424/512 /510) من قانون التجارة العراقي. وذات الحكم يطبق على التظهير، وفي انتقال الحق فيها فيعطى الاختصاص إلى قانون بلد الوفاء.

المبحث الثالث

الالتزامات او التصرفات والوقائع القانونية

بين المشرع القانون الذي يحكم الالتزامات المالية في عدة قواعد، تختلف باختلاف مصدر الالتزام من حيث كونه إرادياً كالعقد أو الإرادة المنفردة أو قانونياً كالتصرفات الضارة و النافعة، (الكسب غير المشروع أو الإثراء بلا سبب). لذا يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق، من خلال بيان التصرفات الإرادية والتصرفات غير الإرادية الناجمة عن الفعل الضار أو النافع.

المطلب الأول - الالتزامات الإرادية (التعاقدية)

التصرفات بين الأحياء تترتب عليها حقوق مالية، مثل العقد أو الإرادة المنفردة كالهبة، التي اعتبرت بعض التشريعات عقداً من العقود التي تحكمها قواعد الإسناد الخاصة بالعقود. في حين اتجهت تشريعات أخرى مثل الكويت إلى اعتبارها من الأحوال الشخصية. أما العقد الدولي الذي يتضمن عنصراً أجنبياً، يتجاوزه قوانين كثيرة لحكمه شكلاً وموضوعاً، كالقانون الشخصي للدائن والقانون الشخصي للمدين، وقانون موطن كل منهما، وقانون البلد الذي تم فيه التصرف وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة التي يرفع أمامها النزاع.... فلأي من هذه القوانين يعطى الاختصاص في حكم التصرفات القانونية...؟

ابتداءً علينا التفرقة بين الجانب الشكلي والموضوعي للعقد، فالجانب الشكلي للعقد يخضع للقاعدة الخاصة بشكل التصرف. أما الجانب الموضوعي للعقد هو الذي نريد بيان قاعدة الإسناد التي ترشدنا للقانون المختص. فبمقتضى قاعدة قديمة سادت نظرية الأحوال الإيطالية، أخضعت العقد إلى قانون محل إبرامه بحيث أعطته اختصاص شاملاً، ولم تفرق بين الشكل والموضوع. ثم تطورت هذه الفكرة في القرن السادس عشر في عهد الفقيه الفرنسي ديمولان، الذي أخضع العقد لقانون الإرادة، أي القانون الذي تنصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً. وفي حالة السكوت أو عدم التوصل للقانون المختار ضمناً، يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام العقد. وفي عهد المدرسة الإيطالية تطورت هذه الفكرة فبدلاً من أن يكون الاختصاص في الأصل إلى قانون محل إبرام التصرف مع تمكين الأفراد من استبعاده واختيار قانون آخر، وبالتالي أصبح الأصل في الاختصاص للقانون المختار، الذي تنعقد الإرادتان على اختياره صراحةً أو ضمناً، يكون هو الواجب التطبيق لحكم علاقتهما القانونية. وأساس هذا الرأي يستند إلى احترام إرادة المتعاقدين مستندين لمبدأ سلطان الإرادة. وبالتالي أصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة شائعة الاستعمال، عمل بها قضاء دول كثيرة وعمل عليها تشريعات متعددة.

علما لقي مبدأ سلطان الإرادة نقداً يتعلق بضرورة تقييد نطاق الإرادة وجعله بحدود القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة فقط، دون القواعد القانونية الآمرة لأنه هذه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

وقد رد أنصار قانون الإرادة بالقول أن حرية أطراف العلاقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لا تقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة، وإنما أساسها قاعدة الإسناد التي تخول الأفراد حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، أما الإرادة فينحصر دورها في تركيز العقد، أي تحديد مقره ومتى تم ذلك خضع العقد لأحكام قانون ذلك المكان، الذي اختاره المتعاقدان إعمالاً لقاعدة الإسناد.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الحرية بالاختيار للقانون الواجب التطبيق، تكون مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار، وهذه الصلة متمثلة بجنسية احد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ أو العملة أو اللغة... الخ. وقد تأتي الصلة لوجود حاجة التجارة الدولية، إلى وضع عقود نموذجية تنظم هكذا تعاملات، تجارة الحبوب والقطن والصوف والترخيص باستغلال تكنولوجيا وغيرها. فإذا ما تم اختيار احد هذه النماذج العقدية، عندها يخضع العقد للقانون الذي أشار إليه هذا النموذج العقدي، ويعتبر ذا صلة بالعقد، حتى ولو لم تتوفر بين العقد وهذا القانون صلة من حيث الجنسية أو الموطن.... الخ. وقد أخذت التشريعات العربية بهذه القاعدة، كالتشريع المصري والسوري والليبي والكويتي واللبناني والأردني وغيرها.

المطلب الثاني - نطاق تطبيق قانون العقد

توصلنا في المطلب الأول إلى أن دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق، في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية، ويستثنى من الخضوع لمجال قانون الإرادة (قانون العقد)، بما يلي :-

1) العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالزواج والتبني، حيث يكون الاختصاص فيها للقانون الشخصي لا القانون المختار.

2) العقود التي تبرم بشأن العقار، سواء أكانت متعلقة بحقوق عينية أو بحقوق شخصية، إذ يحكمها قانون موقع العقار.

الأولى

- 3) العقود المكسبة للحق العيني في المنقول (هبة المنقول، الوديعة، العارية، الرهن الحيازي). فهذه العقود العينية تتطلب لانعقادها في القانون العراقي أن يتم القبض أو التسليم ، وقد تتعلق بأثر أو إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، إذ يحكمها قانون موقع المال وقت تحقق السبب المكسب أو المفقود للحق العيني .
- 4) العقود التي ينظمها المشرع تنظيمياً خاصاً، لأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كعقود العمل.
- 5) أما ما يتعلق بالعقد ذاته، يستثنى من الخضوع لقاعدة القانون المختار، فيما يتعلق بالأهلية اللازمة للتعاقد فتخضع لقانون جنسيته (1/18) مدني، أما شكل العقد يخضع لقانون محل إبرامه كما هو منصوص عليه في المادة (26) مدني.

المطلب الثالث - موقف القانون العراقي من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة

المشرع العراقي أخذ بهذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة (25) مدني، حيث نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). ويتبين من هذا النص أن المشرع قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة إن أعلنّا عنها ، وإلا بإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال، كاتفاقهما مثلاً على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول. فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود إرادة معلنة تحدد القانون المختص يدل على أن إرادة طرفي العلاقة قد انصرفت إلى تطبيق قانون الدولة التي أعطى الاختصاص لمحاكمها. ويستخلص قاضي الموضوع الإرادة الضمنية لاختيار القانون من ظروف الحال وتقصيه للإرادة الضمنية، وهذه تقع ضمن السلطات التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز، لكونها مسألة تتعلق بتفسير العقد.

أما إذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطيع القاضي أن يستكشف من ظروف الحال إرادتهما الضمنية، فقد افترض القانون أن المتعاقدين قد أَرادَا قانون موطنهما المشترك، هذا إذا اتحدا موطناً، أما إذا اختلفا موطناً فقد افترض أن القانون المختار هو قانون الدولة التي يتم فيها العقد. وما تقدم يشير للتعاقد ما بين حاضرين وهذا أمر يسير في الوصول إلى القانون الواجب التطبيق. ولكن هل هذا اليسر ينطبق على التعاقد بين غائبين....؟ تثار هنا مسألة تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه، عندئذ لا يخلو من صعوبة فلو أرسل تاجر فرنسي إلى تاجر عراقي برقية أو (تلكس) أو أنترنت، يعرض عليه بيع بضاعة معينة ، وأجابه العراقي بالموافقة على الشراء. فكيف يكون معرفة قانون العقد موضوع البحث...؟ إن إعمال نص المادة (1/25) مدني يفرض علينا تعيينه بقانون البلد الذي انعقد فيه العقد، ولكن أين انعقد العقد...؟

تختلف الإجابة باختلاف القوانين، فمنها ما يعتد في محل تسليم القبول ومنها ما يعينه بمحل إصدار القبول. وقوانين أخرى تربطه بمحل علم الموجب بالقبول. أما القانون العراقي فقد أخذ بالمادة (87) مدني، بنظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاده وزمانه، واعتبار استلام القبول في هذا القانون دليلاً على العلم به. وبهذا المعنى أخذت المادة (83) من قانون التجارة الملغي لسنة 1970، التي نصت على أنه (في العقود بالمراسلة يتم العقد من تاريخ وصول القبول إلى الموجب).

المبحث الرابع - شكل التصرف في الالتزامات التعاقدية

الأصل في العقود الرضائية، أي مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يحدث أثره في المعقود عليه بشكل مشروع، ولكن أكثر التشريعات لا تكتفي أحياناً بإظهار الرضا لانعقاد العقد، بل تشترط إظهار الإرادة بشكل معين بالنسبة لبعض التصرفات القانونية المهمة، التي يولها المشرع اهتمام خاص. والشككية قد تكون بحضور شاهدين كشرط لانعقاد العقد أو إتباع مراسيم معينة أو الكتابة سواء كانت عرفية أو رسمية...الخ.

الأولى

إذا كان هذا موقف المشرع العراقي، ولكن قد نجد تشريعات أخرى قد تختلف في الشكلية المطلوبة أولاً تستوجب شكلية أصلاً على خلاف موقف المشرع العراقي على سبيل المثال. **بالتأكيد هذا التنوع يثير التنازع بين قوانين الدول في شأن الشكل، بما يلزم في إخضاع الشكل لقانون واحد من هذه القوانين المتنازعة كقانون محل إبرام التصرف أو قانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون بلد التنفيذ، فأى من هذه القوانين ينال التفضيل ويعطى له الاختصاص في حكم شكل التصرف...؟**

أخذت معظم التشريعات في العالم على إخضاع شكل التصرف القانوني إلى قانون الجهة التي أبرم فيها، فقانون المكان الذي انعقد فيه يعتبر مختصاً في تقرير ما إذا كانت الشكلية المقررة فيه مستوفاة أم لا. والمشرع العراقي ذهب بهذا الاتجاه حيث نصت المادة (26) مدني بأنه (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، كما نصت المادة (19) مدني على انه (يعتبر الزواج صحيحاً من حيث الشكل إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، كما جاء في المادة (149) من قانون التجارة النافذ على انه (يخضع شكل السفتجة إلى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها).

المطلب الرابع- الالتزامات غير التعاقدية

بعد ان بينا في المحاضرات السابقة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، سيقصر حديثنا في هذا المطلب عن الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، والفعل المادي النافع كالإثراء بلا سبب.

الفرع الأول- الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)

يرتب القانون على الأفعال الضارة مسؤولية مدنية تعطي المتضرر حق المطالبة بالتعويض. وقد تلتبس المسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، والمسؤولية الناشئة عن التزام تعاقدية (المسؤولية العقدية)، وهذا الالتباس يؤدي في كثير من الأحيان إلى الاختلاف في تكييف المسؤولية، وما إذا كانت عقدية أو تقصيرية. والاختلاف قد يظهر في مسؤولية رب العمل والناقل، فارتباط رب العمل مع العامل في دولة معينة ووقوع الضرر أثناء العمل في دولة أخرى، يثير التساؤل عن أساس المسؤولية ، هل هي عقدية أم تقصيرية، ومسؤولية الناقل الجوي بسلامة الركاب والبضاعة ، هل هي تعاقدية أم تقصيرية...؟

للإجابة عن هذه التساؤلات ظهرت عدة اتجاهات :-

- 1) **الاتجاه الأول/ جعل مسؤولية رب العمل والناقل بالنسبة لاصطدام القطارات والسيارات، بأنها تقصيرية وتخضع إلى قانون محل وقوع الضرر، وقد تبنت هذا الرأي بعض المحاكم الفرنسية.**
- 2) **الاتجاه الثاني/ أعتبر مسؤولية رب العمل والناقل مسؤولية تعاقدية تخضع للقانون الذي يحكم العقد.**
- 3) **الاتجاه الثالث/ وهو الاتجاه السائد في الوقت الحاضر يرى أن أساس المسؤولية هنا القانون، إذ أوجب على رب العمل والناقل تحمل تبعة المخاطر، وهذه المسؤولية شبيهة بالمسؤولية التقصيرية، ويكون الاختصاص فيها لقانون مكان وقوع الفعل الذي نجم عنه الضرر.**

ويقع على عاتق القاضي مهمة التكييف لتحديد منشأ الالتزام، وما إذا كان أساسه العقد أم نشأ عن فعل قائم بذاته تم بمناسبة انعقاد العقد أو تنفيذه، لأن تحديد أساس المسؤولية له أهمية في اختيار قاعدة الإسناد، التي يتعين بمقتضاها القانون الواجب التطبيق.

--- فإذا تحددت بالتكييف أنها مسؤولية تعاقدية، سوف تخضع للفقرة الأولى من المادة (25) مدني والتي شرحناها سابقاً، ويحكم العلاقة قانون الإرادة.

--- أما إذا كان التكييف أشار إلى المسؤولية التقصيرية، فهنا يتنازع حكم هذه العلاقات القانونية مكان أو محل وقوع ارتكاب الفعل الضار وقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع، وأكثر التشريعات أسندت الاختصاص فيها لقانون الجهة

الأولى

التي أرتكب فيها الفعل المنشئ للالتزام، وهذا ما قررتة القواعد الوضعية لأكثر التشريعات العربية. وهذا القانون نفسه يطبق على المسؤولية عن الأشياء والحيوانات.

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه حين أخضع هذه الالتزامات إلى قانون الدولة التي تقع فيها الواقعة المنشئة للالتزام في المادة (27) مدني، حيث قال (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام). ويحكم هذا القانون الوقائع التي تقع في أرضها ومياهاها الإقليمية، وكذلك تلك التي تحدث في بواخرها الحربية أينما كانت والبواخر التجارية إذا كانت في عرض البحر.

والسؤال قد يطرح ماذا لو وقع الفعل الضار في مكان تنتفي فيه السلطة، كما لو وقع تصادم في عرض البحر بين باخرتين تابعتين لدولتين مختلفتين، أو طائرتين تصادمتا خارج المجال الجوي التابع لدولة معينة. فكيف يتم تعيين القانون الواجب التطبيق وهو قانون المحل أو المكان حسب ما تقدم ذكره...؟

ذهب البعض إلى إخضاع مثل هكذا نزاعات إلى القانون الشخصي أي لقانون الباخرة أو الطائرة التي سببت الضرر. في حين يذهب آخرون إلى الأخذ بقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع. وقد يكون هذا الرأي الأخير الأكثر قبولاً لأنه قانون القاضي دائماً لديه اختصاص احتياطي في حالة غياب قاعدة إسناد تعيين القانون الواجب التطبيق.

لكن تساؤل اخر قد يطرحه الطلبة ماذا لو توزعت عناصر الواقعة المنشئة للالتزام على إقليم عدة دول، وصعوبة تعيين مكان وقوع الفعل. ومرد هذا التعدد أما كون الواقعة تتألف من أفعال متعددة تم ارتكابها في أكثر من دولة أو بسبب وقوع الخطأ في دولة وتحقق الضرر في دولة أخرى؟

على سبيل المثال ككتاب سب وشتم أرسل من دولة وأستلم في دولة أخرى ، أو سحب شيك بدون رصيد في دولة على بنك في دولة أخرى تحقق فيها عدم وجود رصيد، في هذه الأمثلة كيف يتم تحديد قاعدة الإسناد ومن ثم قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام...؟

للفقه عدة آراء بهذه الوقائع التي طرحها الطلبة ؟

1- يذهب الفقيه الفرنسي باتيفول إلى إعطاء الاختصاص إلى قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الرئيس للواقعة المنشئة للالتزام، والمقصود بالفعل الرئيس هو الذي يرتبط مباشرة مع الضرر، ففي حالة كتاب السب والشتم تم في مكان استلام الكتاب وفق هذا الرأي .

2- يميل القضاء الأمريكي إلى تطبيق مكان أقرب واقعة ترتب عليها وقوع الضرر.

وكعادة الطلبة بالتفكير لي طرح تساؤلاً مهماً مفاده ماذا لو وقع الفعل في دولة وتحقق الضرر في دولة أخرى، كتصاعد مواد ضارة من معمل اليورانيوم نتيجة زلزال ضرب اليابان ، مما أدى إلى إحداث تلوث بيئي في الدول المجاورة ومدى تلف المحاصيل الزراعية وتلوث المياه. أو وضع قنبلة في طائرة وتوقيتها زمنياً لتنفجر في أراضي دولة أخرى مثل حادثة لوكربي واتهام ليبيا بهذا الحدث. فما هو القانون الذي يطبق هل هو قانون مكان وقوع الخطأ أم قانون تحقق الضرر...؟ الجواب

1- رأي يذهب إلى إعمال قانون المحل الذي حدث فيه الخطأ، لأنه أساس المسؤولية المدنية وما الضرر إلا نتيجة له.

2- فيما يعطي رأي آخر الاختصاص إلى قانون محل وقوع الضرر، لأن نظام المسؤولية المدنية لا يهدف إلى إيقاع الجزاء على المخطئ بقدر إصلاح الضرر وتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، وهذا المكان الذي تحقق فيه الضرر هو المكان الذي أختل فيه التوازن بين المصالح والتي يهدف القانون إلى حمايتها.

وهنا يثار أشكال آخر مفاده قد يتوزع محل وقوع الضرر إلى أكثر من بلد عندها أي قانون يختص بحكمها...؟ الجواب

1- يذهب البعض إلى إعطاء الاختصاص إلى قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر الرئيسي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها، أن امرأة وضعت طفلاً في فرنسا أثر إغراء تم في البرتغال، أعتبر الضرر الرئيسي هو ولادة الطفل وهذه تمت في فرنسا، فقانون محل الضرر الرئيسي هو فرنسا.

الأولى

2- ويذهب آخرون إلى إعطاء المتضرر الحق في اختيار قانون محل وقوع الخطأ أو قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر، وقد يكون هذا الاختصاص أكثر عدالة لأنه يمكن الطرف الضعيف وهو المتضرر من اختيار الطريق الأسير والأنفع له.

أما المشرع العراقي فلم يقيدنا في المادة (27) مدني بالأخذ باتجاه محدد، فقد اكتفى بإعطاء الاختصاص إلى البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام دون وضع ضوابط لهذا الاختيار.

--- والقانون العراقي وإن أعطى الاختصاص إلى قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام، إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من المادة (27) مدني فقيّد أعمال القانون الأجنبي بقوله (على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).

الفرع الثاني- الفعل النافع (الإثراء بلا سبب)

من دراستنا للمسؤولية وجدنا هناك إلزام على محدث الضرر للغير أن يعرضه عن ذلك الضرر. كذلك يلتزم من أثرى على حساب غيره دون وجه حق أن يرد إليه قيمة هذا الإثراء في حدود ما أفترق به ذلك الغير. ومن أمثلته الكسب دون سبب والدفع دون وجه حق وقضاء دين الغير والفضالة. وبالنظر لاختلاف التشريعات في هذه التطبيقات من حيث شروط وآثار كل منها. لذا قد نواجه إشكالية التنازع بين قانونين، وهل يعطى الاختصاص فيها إلى قانون البلد الذي تم فيه الافتقار أم يعطى الاختصاص لقانون البلد الذي تم فيه الاغتناء...؟

تذهب أكثر الدول إلى إعطاء الاختصاص إلى القانون الإقليمي، أي قانون البلد الذي تم فيه فعل الكسب غير المشروع أو دون سبب.

أما القانون العراقي فإنه خلا من هكذا نص يعالج هذا الأمر، إلا أنه يبقى الاختصاص إلى القانون المحلي أو المكان كما هو مقرر بالفقرة الأولى من المادة (27) مدني والتي نصت على أنه، (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام). وهنا القانون المعول عليه هو قانون البلد الذي وقع فيه فعل الإثراء وليس الافتقار، لأن المكان الذي تم فيه الإثراء هو الأساس القانوني للالتزام. وهذا القانون مختص في تحديد أركان الكسب غير المشروع من افتقار واغتناء، وانعدام السبب وأركان الفضالة ودفع غير المستحق.

الفصل الرابع

موانع تطبيق القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو في القانون الذي تعين بعد الأخذ بالإحالة، إن كان هذا القانون يأخذ بالإحالة وأشار إلى القانون الواجب التطبيق، فإنه عند ذاك يطبق القواعد الموضوعية منه. ولكن هذا الأصل يرد عليه استثناء في عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق بسبب مخالفته للنظام العام لقانونه، أو إذا جاء الاختصاص للقانون الأجنبي من خلال تغيير مصطنع لضابط الإسناد ناتج عن تحايل أو غش نحو القانون الوطني للتخلص من أحكامه، أو إذا كان تطبيق القانون الأجنبي فيه إضرار للمصلحة الوطنية. وسنبين هذه الموانع بالتتابع باستثناء المصلحة الوطنية لكونه سبق وبحث إثناء دراستنا للأهلية وخضوعها لقانون الجنسية.

المبحث الأول- النظام العام

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون عموماً، ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة، يقترن استعمال اصطلاح النظام العام بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. فالنظام العام يعد قيداً على سلطان الإرادة، ويتلازم مع بعض القواعد القانونية كي تحقق الهدف منها، وجوهره حماية المبادئ والأسس العليا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية التي يقوم عليها المجتمع. أما في تنازع القوانين فإن فكرة النظام العام ترمي إلى إدراك ذات الهدف، ولكن بطريقة مغايرة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، فهو شق فيها وحام لها. أما في تنازع القوانين فهو مدافع عنها، حيث يعترض به على تطبيق أحكام

الأولى

القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم العليا لمجتمع الدولة. فالنظام العام هنا هو ند أو رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق، بينما هو حليف أو حام للقاعدة القانونية الوطنية، سواء كانت موضوعية أم إجرائية.

المطلب الأول- تعريف النظام العام

لقد بذلت محاولات عديدة من أجل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أنه لم تحقق هدفها المنشود، والسبب في ذلك يرجع إلى هذه الفكرة كونها نسبية قد تختلف من زمان إلى زمان وبين مكان ومكان آخر، حيث ما يعتبر من النظام العام في مكان أو في زمان قد لا يعتبر كذلك في زمان آخر أو مكان آخر. وهذا راجع لما يكتنف هذه الفكرة من غموض وسعة نطاق التطبيق وكونها متغيرة ومتطورة من حيث الزمان والمكان. **لذا يمكن أن نعرف النظام العام على أنه (هي القواعد أو المبادئ المتعلقة بأصل النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والديني لمجتمع الدولة في وقت معين، بحيث مخالفتها يعرض كيان المجتمع والدولة للتصدع).**

ف نجد هناك بعض القوانين من نص صراحة على تعريف محدد، مثل القانون المدني الألماني بالمادة (30). والبعض الآخر من القوانين وهم الأكثر لم يقدموا تعريفاً للنظام العام، تاركين المسألة لتقدير القاضي المرفوع أمامه النزاع. ومن هذه القوانين القانون العراقي، إذ خلت قواعد الإسناد من تعريف له واكتفى في المادة (32) مدني بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام. وهذا النص لم يحدد المقصود بالنظام العام بل ترك ذلك للقاضي المرفوع أمامه النزاع.

وحتى بالنسبة للنظام العام الداخلي لقد خلت النصوص من تعريف له. فالمادة (130) مدني أوجبت أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وإلا كان باطلاً والمادة (132) مدني قضت ببطلان العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام أو الآداب.

وإزاء صعوبة إعطاء تعريف للنظام العام، فقد أكتفت الفقرة الثانية من المادة (130) مدني بإيراد بعض المسائل التي اعتبر المشرع إحكامها من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلافها حيث نصت (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وقوانين التسعيرة الجبرية وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)، فالأحكام المنتظمة الواردة ذكرها في المادة (130) تعتبر من القواعد الآمرة في القانون العراقي. لذا فإن أي اتفاق على خلافها يتعارض مع النظام العام يكون جزاءه البطلان.

وعند ذاك يحل قانون القاضي محل القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص.

المطلب الثاني- أوجه الشبه بين النظام العام الدولي والداخلي

فهما متشابهان ويشتركان بما يلي:-

- (1) هدفهما واحد هو حماية المجتمع ومصالحه العليا.
- (2) أن التمسك بكل منهما يكون داخل الدولة.
- (3) أن الاعتراض بهما يكون عن طريق الدفع بالنظام العام أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع، ويحرك عادة من قبل المدعي عليه ويحق للقاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه، ويجوز إثارة هذا الدفع في أي مرحلة كانت فيها الدعوى ولا يحق للأطراف الاتفاق على التنازل عن التمسك به.

أما مجال التمييز بين النظام العام الدولي والداخلي يكمن بما يلي :-

- (1) **من حيث الاعتراض /** يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها، أما الدفع بالنظام العام الدولي فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.
- (2) **من حيث الآثار /** يترتب على الأخذ بالنظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض وفكرة النظام العام الداخلي كما هو مقرر في المادة (1/130) مدني التي تقرر بطلان العقد من حيث المحل إذا كان مخالف لهذه الفكرة. بينما الأخذ بالنظام العام الدولي لا يؤدي إلى البطلان بل يستبدل القانون المختص بقانون آخر، وهذا ما قرره المادة

الأولى

(32) مدني على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق).

(3) **من حيث الوظيفة** / بالرغم من هدفهما واحد هو حماية المصالح العليا للمجتمع إلا أن وظيفتها مختلفة. فالنظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة. بينما تستخدم فكرة النظام العام الدولي لمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص، أذن هي أداة استبعاد بصفة استثنائية للقانون الأجنبي.

المبحث الثاني

التحاييل على القانون

يعتبر الغش نحو القانون مانع من تطبيق القانون الأجنبي، ويتم ذلك عن طريق خلق ظروف معينة يبني الأفراد منها الوصول إلى تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص في تشريع معين ، تعطي الاختصاص لقانون يمكنهم من تجنب القواعد الآمرة للقانون المختص أصلاً.

وحتى نفهم اساس نظرية الغش نحو القانون من خلال الواقعة الحقيقية والمتمثلة في قضية (دو بوفرمون) وهي أميرة فرنسية كانت متزوجة من أمير فرنسي ، غير ان زواجهما شابه الانفصال الجسدي ، والسبب في ذلك ان الاميرة تعشق أميراً آخر، ولما كان القانون الفرنسي يحظر الطلاق على اساس الانفصال الجسدي ، هربت الاميرة (دو بوفرمون) الى احد المقاطعات الالمانية لتحصل على الجنسية الالمانية وتزوج بمحبوبها الامير الروماني ، وقد اثبتت طلاقها وفقاً للقانون الالماني الذي يجيز الطلاق على اساس الانفصال الجسماني ؟ ولما عادت الاميرة الهاربة الى فرنسا برفقة زوجها الامير الروماني . ثارت حفيظة مشاعر الامير الفرنسي ليقوم برفع دعوى على الاميرة مطالباً بأبطال الزواج الثاني ، وقد قضت المحاكم الفرنسية لمصلحته وقررت ابطال الزواج الثاني وعدم الاعتراف بالطلاق الذي تم وفقاً للقانون الالماني مبررة ذلك لسببين

الاول:- ان تغير الجنسية من قبل الاميرة كان الهدف الوحيد منه التحاييل على القانون الفرنسي والذي يحظر الطلاق على اساس الانفصال الجسماني .

الثاني:- ان الزواج الاول لازال قائماً وفقاً للقانون الفرنسي مما يتقرر معه استبعاد قانون الجنسية الجديد.

يبدوا ان هذه الاميرة ترغب في ازعاج الطلبة ليترتب على هذا ايراد الوقائع القانونية نتيجة فعلها.....

ويتم الغش نحو القانون في القانون الداخلي بمحاولة استبعاد الوصف القانوني لوضع أو عمل، وإحلال وصف آخر مكانه يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه، إلا أنه يرمي إلى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص آخر من قانون الدولة نفسها. كما لو منع القانون بيع مال معين فيلجئ الأفراد إلى وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالإيجار الطويل. أما في القانون الدولي الخاص يبقى وصف العلاقة ذاته، ويتم الغش نحو القانون بتغيير بعض عناصر العلاقة القانونية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق. وذلك عن طريق تغيير ضابط الإسناد (الجنسية والموطن ومحل وجود المال ومكان الإبرام ومحل التنفيذ...) الذي يقود القاضي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص. مثلاً لو رغب الأطراف المتعاقدة التهرب من النصوص الآمرة الخاصة بعقد إنشاء شركة، فأنهم يعمدون إلى تغيير موطنهم واختيار موطن آخر تتحقق فيه التسهيلات المرجوة ليمضوا ذلك العقد وفقاً للشكل المقرر في قانونه، تمشياً مع القاعدة التي تقضي بأن العقد يخضع من ناحية الشكل لقانون البلد الذي أنشئ فيه التصرف القانوني.

وفي جميع الأحوال يمارس الأفراد حقاً منحهم إياه القانون وهو تغيير ظروف الإسناد ، وحق الأفراد هذا كجميع الحقوق له حدوده المثبتة بالهدف الذي بموجبه أعترف لهم به القانون. وكل تطاول على ما رسمته هذه الحدود يعتبر خروجاً

الأولى

عن ذلك الحق أو إساءة في استعماله. لهذا يشترك الغش نحو القانون والنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، مما دعا الفقيه بارتان إلى اعتباره حالة خاصة منه وعدم دراسته بشكل منفرد، إلا أنه الرأي السائد يتجه نحو دراسة كل منهما بشكل منفصل. لأنهما يختلفان من حيث الأساس ففكرة النظام العام تستبعد القانون الأجنبي المختص لعدم اتفاقها والمفاهيم أو المبادئ العامة للبلد الذي يراد تطبيقها فيه. في حين أن استبعاد القانون الأجنبي في حالة الغش نحو القانون يقوم على أساس آخر هو الحد من إرادة الأفراد التي تسيئ استعمال الحق الذي منحها إياه القانون ومنعها من تبديل ظروف الإسناد لاصطناع اختصاص جديد.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع لم ينص صراحة على الأخذ من عدمه بهذه النظرية، ولكن ما شاع في أغلب دول العالم وفي مجال القانون الدولي الخاص المقارن الأخذ بها، لذا نستند في العراق على المادة (30) مدني التي تقضي بلزوم إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص.

المطلب الأول- عناصر الغش نحو القانون

لتحقق الغش نحو القانون يجب توفر العناصر الآتية :-

- 1) **توفر نية الغش** / يستلزم كشرط أساسي توفر نية الغش تجاه القانون المختص، وتنحصر هذه النية واتجاه الإرادة إلى هدف يتمثل بإخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون ما وإخضاعها عن طريق التحايل لقانون آخر. ويقع على المحكمة عبء تقدير توفر نية الغش نحو القانون.
- 2) **فعالية وسيلة الغش** / لا يتم اللجوء إلى أعمال هذه النظرية ما لم تكون الوسيلة فعالة في تغيير الاختصاص من قانون إلى قانون آخر، مثل التغيير الصوري للموطن فلا يعتد بهذا التغيير بل يبقى الاختصاص لقانون الموطن الحقيقي، كذلك تغيير جنسية أحد الزوجين مع بقاء الزواج محكوماً بالقانون الذي يحكمه سابقاً قبل تغير ظروف الإسناد.
- 3) **أن تكون القاعدة القانونية المتحايل عليها من النصوص الآمرة** / الرأي التقليدي يتجه إلى حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التهرب من القواعد الآمرة. أما القواعد المكملّة أو المفسرة للإرادة فهي من حيث الأصل أجاز القانون الاتفاق على مخالفتها وبالتالي لا داعي لأعمال نظرية الغش نحو القانون. إلا أنه هناك رأي مخالف لهذا التوجه، بحيث يقولون أن الرخصة التي منحت للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، شرط أن يكون هناك رابطة أو صلة بين القانون المختار أو قانون الإرادة والعقد.

المطلب الثاني- آثار الغش نحو القانون

تترتب على الغش نحو القانون آثار تتعلق بالنتيجة، وهي تحديد القانون الواجب التطبيق المتأني عن طريق الغش، ويستبعد بشكل كامل ويحل محله القانون المبعد بسبب الغش.

كما تترتب عليه آثار أخرى تتعلق بالوسيلة، وهي ظروف الإسناد التي تم بموجبها الغش. مثل (الجنسية والموطن و محل وجود المال....)، التي عمد الأفراد إلى تغييرها كوسيلة لتحقيق الغرض المنشود، وهو تغيير الاختصاص القانوني وأن احتمال بطلانها محل خلاف.

يدعو البعض إلى بطلانها بصورة تامة واعتبارها كأن لم تكن. وبهذا يكون تجنس الشخص الذي وقع بقصد الغش نحو القانون باطلاً من كل وجه. ويعامل كأنه لا يزال محتفظاً بجنسيته السابقة، ويستمر بالخضوع للتشريعات الناتجة عن جنسيته الأصلية.

ويتحفظ الأستاذ باتيفول على هذا الرأي بقوله عدم بطلان ظروف الإسناد الناتجة عن الغش في الأحوال التي ينتج تغيير الاختصاص فيها بسبب تصرف مادي كتغيير موقع الموقوف. ففي هذه الحالة لا يمكن معاقبة الغش بإبطال ظرف الإسناد الناجمة عن هذا العمل المادي الذي لا يمكن تجاهله، ويكتفي بعدم قبول الاحتجاج بهذه الظروف في موضوع النزاع الذي وقع الغش من أجله، وفيما عدا ذلك تبقى هذه الظروف صحيحة.

الأولى

ويتمجه آخرون إلى عدم إبطال ظرف الإسناد الناتج عن الغش فيما يتعلق بالحالة التي خلقت بسببها فقط، سواء كان تغيير الظروف قد نجم عن تصرف قانوني أم تصرف مادي، وذلك لتوفر نية الغش بالنسبة لهذه الحالة وعدم توفرها بالنسبة للتصرفات الأخرى. فلو تجنس المرء بجنسية أخرى بقصد التمتع بحق الطلاق الوارد بقانون الجنسية الجديدة فيكون هدف المتجنس من هذا الإجراء إبعاد تطبيق قانون الجنسية السابقة فيما يتعلق بالطلاق فقط. وهذا لا ينطبق على التصرفات القانونية الأخرى التي يجريها في ظل قانون الجنسية الجديدة، لأن النية لم تنصرف فيها إلى إعطاء الاختصاص لهذا القانون بدلاً من القانون المختص قبل تغيير الجنسية.

الفصل الخامس

دور القضاء الداخلي في إثبات وتفسير القانون الأجنبي

المراد بالقانون الأجنبي، هو مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير الدولة التي ظهر التنازع فيها. ولا فرق في كون قواعد القانون الأجنبي مدونة مصدرها التشريع أو غير مدونة مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه. ومن أجل تسليط الضوء على دور القاضي في الإثبات من خلال أعمال قاعدة الإسناد التي تشير بدورها للقانون الواجب التطبيق، وهذا سيكون موضوع المبحث الأول. وقضية تفسير هذا القانون ستكون موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول (دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد)

إن بحث دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، يقتضي أولاً التعرف على دوره في أعمال قاعدة الإسناد. ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون إذعانا لأمر المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية. ويمكن القول بأن دور القاضي في تطبيق قانونه لا يختلف عن دوره عند تطبيق القانون الأجنبي. لذا سنبحث دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في مطلب أول، ودور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي في مطلب ثان على التوالي.

المطلب الأول (دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه)

يؤكد الفقه الحديث في كل من فرنسا ومصر التزام القاضي بأعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ومؤدى ذلك أن من واجب القاضي أن يطبق أحكام القانون الأجنبي المختص دون حاجة لتمسك الخصوم بأحكام هذا القانون. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، لأن المشرع الوطني قد أمره بذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، التي لهذا القانون قوته الملزمة أمام القضاء الوطني. وبهذا فإن واجب القاضي في أعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، سواء كان قانوناً وطنياً أو أجنياً غير مشروط بتمسك الخصوم بهذه القاعدة، وإنما يتعين على القاضي أعمالها من تلقاء نفسه أسوة بغيرها من القواعد القانونية، وعملاً بدوره المعتاد في الدعوى المدنية، كما تعرفه المبادئ العامة في المرافعات.

على أن السؤال يبقى قائماً حول إمكانية إعطاء حق للخصوم بالاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، استناداً إلى عدم تعلقها بالنظام العام ...؟

الفرع الأول:- الاتجاه الرافض:- ففي هذا الصدد يميل الفقه الفرنسي الغالب، إلى رفض إعطاء هذا الحق للخصوم مفضلاً القول بأنه ليس من حق الخصوم الاتفاق على استبعاد قاعدة الإسناد، إلا في الفروض التي لا تتعلق فيها هذه القاعدة بالنظام العام. ويتحدد مدى تعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام من عدمه على هذا النحو، بحسب اتصالها بمسألة من المسائل الآمرة أو المكملّة في القانون الداخلي، وليس بحسب إشارتها باختصاص القانون الوطني أو الأجنبي. لذلك فإن قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الزواج مثلاً، تعد متعلقة بالنظام العام ولو أشارت بتطبيق قانون أجنبي، ومن ثم لا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعادها لأن أحكام الزواج تعد في القانون الوطني من الأحكام الآمرة.

الأولى

الفرع الثاني:- الرأي الراجح:- وذهب البعض من الفقه باتجاه آخر ونحن نؤيده ، مقتضاه بأن قاعدة الإسناد تشير باختصاص القانون الأوثق صلة بالعلاقة الخاصة الدولية المطروحة من وجهة نظر المشرع الوطني، فلم يعد من الجائز الاتفاق على ما يخالفها ولو تعلق الأمر بمسألة من المسائل التي تحكمها قواعد مكملة في القانون الوطني. وإنما يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف القواعد الموضوعية ذات الطابع التكميلي في القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه سواء كان قانوناً أجنبياً أو كان هذا القانون هو القانون الوطني.

ونخلص من ذلك إلى تأكيد التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ولو أشارت باختصاص قانون أجنبي دون أن يكون من حق الخصوم الاتفاق على استبعادها في هذا الفرض. علماً التزام القاضي هذا ينتهي بمجرد أن يطلب من الخصوم أثبات أحكام القانون الأجنبي. فإن لم يقدم هؤلاء ما يثبت مضمون هذا القانون فلا يترتب على القاضي بعد ذلك أي تقصير في أداء التزامه. وينحصر خطأ القاضي وتجاهله لتطبيق قاعدة الإسناد في حالة ما إذا لم يطلب من الخصوم تقديم الدليل على أحكام القانون الأجنبي، الذي أشارت هذه القاعدة باختصاصه

المطلب الثاني(دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي)

يقتضي حسن بيان وضع القانون الأجنبي أمام قضاء الموضوع، أن نفرق بين اتجاه يحمل العبء على الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي باعتباره واقعة. واتجاه آخر يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه. وذلك بفرعين متتاليين:

الفرع الأول:- الاتجاه الذي يحمل العبء على الخصوم في بيان مضمون القانون الأجنبي:-

لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم إلزام القاضي بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق من تلقاء نفسه، وإلقاء عبء ذلك البحث على عاتق أطراف الدعوى. فالقاضي الوطني لا يطبق ابتداء القانون الأجنبي، بل لا بد أن يطلب ذلك الخصوم، ويتحملون هم عبء بيان أحكام ذلك القانون. ويؤكد سلامة هذا القول أن القضاء الفرنسي الحديث ، قد خول للقاضي حق تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، إذا كان يعلم مضمونه. فهذا القضاء يؤكد مرة أخرى خطأ الرأي القائل بأن القانون الأجنبي يعامل في فرنسا معاملة الوقائع. إذ من المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى.

أما القضاء المصري، يبدو أنه أستقر على إلقاء عبء بيان أحكام القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقها، استناداً لأحكامها الصادرة عام 1967 وعام 1970، وكذلك الحكم الصادر عام 1977، الذي جاء به أنه (إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذي يبيح لها طلب أبطال الوصية من نصوص القانون الاسباني عملاً بالمادة 17 من القانون المدني، وكان الاستناد إلى قانون أجنبي على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه، فإن النعي لا يكون مقبولاً). كما نذكر حكمها في أول آذار 1978، وفي 7 نيسان 1981 اللذين تردد فيهما نفس الصيغة ونفس الاتجاه. وبذلك نرى أن القضاء المصري قرر أن القانون الأجنبي هو واقعة من الوقائع التي يقع عبء أثباتها على الخصوم، ولا يلزم القاضي بشيء في ذلك. ويدعم عدم التزامه أنه لا يفترض فيه العلم بقانون دولة خلاف دولته.

ولكن عند الرجوع إلى حكم محكمة النقض المصرية في 6 شباط 1984، في شأن إحدى الدعاوى المتعلقة بمسائل القانون البحري، وحيث كان القانون الواجب التطبيق على الموضوع هو القانون الانكليزي المتضمن لأحكام معاهدة سندات الشحن الموقعة في بروكسل عام 1924، وحيث قضت محكمة استئناف الإسكندرية بحكمها في 7 آذار 1979، بأن صاحب المصلحة ملزم بتقديم الأدلة اللازمة لإثبات حكم القانون الأجنبي، وأن حكمه يتفق مع ما يدعيه، إذ أن القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني مجرد واقعة يجب على من يتمسك بنص من نصوصه، أن يقيم الدليل عليه، جاءت محكمة النقض المصرية لتنقض الحكم المستأنف، وتقرر أنه (إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة

الأولى

أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلزام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة).

الحقيقة أن محكمة النقض المصرية بهذا الحكم، لم ترد أن تتخذ خطوة متواضعة نحو تطوير قضائها المستقر في شأن إثبات القانون الأجنبي ومعاملته باعتباره مجرد عنصر من عناصر الواقع، بل فضلت المواجهة الصريحة لقضائها السابق، فألزمت القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل وافترضت فيه العلم بأحكامه في أحوال معينة. وبهذا الاتجاه يعد حكمها رائدا يستجيب للاتجاه الراجح في فقه القانون الدولي الخاص.

أما في العراق يذهب بنفس الاتجاه التقليدي الذي يقضي بأن القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانونا بل باعتباره مجرد وقائع، لذا لا يلتزم القاضي أن يركن إليه ويطبقه من تلقاء نفسه، وعلى المتقاضين التمسك به واثبات مضمونه. ونحن نرجح الأخذ بالرأي الذي يرى إلزام المحاكم بالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حتى ولو لم يطلب إليها ذلك الخصوم. مستنديين في ذلك إلى صيغ نصوص قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي، التي لا تشعر بأن تطبيق القوانين التي تعينها يتوقف على طلب من أحد. فقد أستمع المشرع في قواعد الإسناد العبارات التالية (يسري، يرجع، تطبق، تخضع، تتبع، تعين المحكمة....) وهذه الصيغ لا تدل مطلقا على أن تطبيق القانون الأجنبي متوقف على إرادة الخصوم، بل العكس من ذلك يظهر منها أن تطبيق القانون الأجنبي محتم في جميع الأحوال التي تأمر بها قواعد الإسناد، والمحكمة ملزمة بالبحث عن القانون الأجنبي والتحقق منه.

الفرع الثاني:- الاتجاه الذي يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي:-

وعلى خلاف الوضع في فرنسا ومصر والعراق، اتجهت التشريعات الحديثة للقانون الدولي الخاص، إلى النص صراحة على التزام القاضي الوطني بالبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي. فالمادة (5) من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، نصت على أنه (على المحكمة أو أية سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي الذي تجهله، وعند الحاجة لها أن تأمر بالخبرة ويمكنها أيضا أن تأخذ في الاعتبار الأدلة التي يقدمها الأطراف، وبناء على طلب المحكمة أو أية سلطة أخرى يقدم وزير العدل معلومات عن القانون الأجنبي). كما نصت المادة (4) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 على أنه (يجب أن يبحث عن القانون الأجنبي تلقائيا...).

وكذلك المادة (2) من مجموعة القانون الدولي الخاص التركي، والمادة (1/16) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978، والمادة (7) من القانون الدولي الروماني لعام 1992، والمادة (1/14) من القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995. هذه القوانين كلها أكدت على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وعدم جواز تنصله من ذلك، إلا إذا استحال عملا الوصول إلى بيان مضمون القانون الواجب التطبيق، وأثبت ذلك في حكمه وأوضحه بتسبيب كاف.

المبحث الثاني

دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي

لا يكفي لإعمال القانون الأجنبي الكشف عن أحكامه والوصول إلى فهم لقواعده، فقد يكتنف تلك القواعد بعض الغموض يصعب على القاضي الوطني فهمها، والربط بين حقيقة الأثر القانوني le dispositive في القاعدة القانونية الأجنبية والفرض في المسألة المعروضة أمامه، والسؤال الذي يثار هنا، هل يقوم القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي بنفس الأسلوب الذي يتبعه في تفسير قانونه الوطني، أم يجب عليه أن يتبع الأساليب والمعايير المتبعة في القانون الأجنبي المختص نفسه...؟ وهل يحق له ممارسة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي المختص...؟ وبعد

الأولى

هذا هل يحق لمحكمة التمييز أن تبسط ولايتها على تفسير القانون الأجنبي المختص، أم هذا الأمر متروك لمحكمة الموضوع وحدها...؟ سنحاول الإجابة من خلال الفرعين التاليين:

المطلب الأول- دور القاضي في التفسير

بالتأكيد أن للقاضي المعروض عليه النزاع دورا في عملية التفسير، فهو من ناحية ملتزم باحترام القانون الأجنبي في مجموعته (قواعده العرفية، حلوله القضائية)، بل عليه أن يعيش جو ذلك القانون، يفهمه ويخرج من النطاق الوطني وينظر إلى القانون الأجنبي كما يراه قاضيه. وهو من ناحية أخرى أمين على احترام قواعد التفسير الأصلية المستقرة، ومقتضى ذلك:

أولا/ أن للقاضي سلطة تقدير التفسير الذي يقدمه الأطراف أو الخير، فيرفضه إن كان يستند إلى قضاء أو فقه مهجور، أو كان تفسيراً واسعاً لا تحتمله قواعد القانون الأجنبي. كما أنه لا يتقيد باتفاق الخصوم على تفسير معين ما دام قد أوضح ذلك بتسبيب كاف .

ثانيا/ أنه عليه أن لا يخرج من تفسيره عما هو مستقر في التطبيقات القضائية الأجنبية، ولا يسوغ له الاستناد إلى حكم بعينه بحجة أنه يقرر ما ينبغي أن يكون، أو يأخذ بتفسير غير رائج مازالت تتضارب بشأنه الأحكام أو صادر عن هيئة أو جهة إدارية أجنبية غير مخولة حق التفسير. وإذا كانت القاعدة الأجنبية لم تتعرض بعد لتفسير وتطبيق قضائي، التزم القاضي الوطني بتفسيرها على النحو الذي كان سيفسرها به القاضي الأجنبي، حسب قواعد التفسير الأجنبية، وكما قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض البرازيلية عام 1929، على أنه (ليس هناك محل لا عطاء القانون الوطني واجب التطبيق معنى آخر غير ذلك الذي يعطيه له القضاء). وهذا القرار يدل إذا كان القانون الأجنبي غامضاً، وجب أن يفسر ذلك القانون طبقاً لقواعد ومبادئ التفسير المعمول بها في النظام القانوني الأجنبي. وعلى هذا النهج يسير القضاء الفرنسي والسويسري والانكليزي والاسترالي والبلجيكي والمصري والعراقي .

المطلب الثاني- رقابة المحكمة الوطنية على دستورية القانون الأجنبي

الرقابة على دستورية القوانين عموماً، هي وسيلة للتأكد من صحة التشريع شكلاً وموضوعاً. والأصل أن لا تكون الجهة التي تقوم بهذه الرقابة هي نفس السلطة التي تضع قواعد التشريع، نظراً لما يتسم به القضاء من استقلال وحياد ونزاهة. لذا قد تتمثل هذه الرقابة في امتناع المحكمة من تطبيق القانون غير الدستوري شكلاً أو موضوعاً، وقد تشمل الرقابة وقف العمل به، ورقابة دستورية القوانين مقررّة للقضاء النرويجي ورومانيا والبرتغال وكندا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية .

أما في فرنسا فقد جرت محكمة النقض على رفض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، بحسبان أن مسألة التفسير هي من اختصاصات قضاء الموضوع. وهذا يتماشى مع مذهب المحكمة التقليدي في رفضها الرقابة على أعمال القانون الأجنبي بوجه عام، غير أن تلك المحكمة قد أدركت مثالب موقفها، فأجازت استثناءاً مقتضاه قبول الطعن في أحكام قضاء الموضوع التي تخطئ خطأ واضحاً في تفسير القانون الأجنبي وفهم أحكامه، بما يؤدي إلى مسخ مضمونه وتشويه معناه الواضح .

أما في مصر، أن مقتضى القول بفرض محكمة النقض رقابتها على أعمال قاعدة التنازع وتطبيق القانون الأجنبي الذي تختاره، امتداد تلك الرقابة إلى تفسير ذلك القانون من جانب قضاء الموضوع، للارتباط الوثيق بين تفسير القانون وتطبيقه، بل إن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو في حقيقته خطأ في أعمال قاعدة الإسناد، وقواعد الإسناد من القواعد الوطنية التي تخضع تطبيقها وتفسيرها دون أدنى شك لرقابة محكمة النقض .

الأولى

أما في العراق ذهب بعض الفقه ، إلى أنه لابد من تفسير القانون الأجنبي المختص في هذه الحالة بنفس الأسلوب السائد في النظام القانوني لدولة القانون الأجنبي المختص ولو أتحدث أو تشابهت نصوصه مع نصوص قانون القاضي. لأن حرفية النصوص في دول مختلفة لا تعني في جميع الأحوال إتحادها في المعنى والمضمون. فقد يكون للظروف التاريخية وطرق الرقابة القضائية أثر في إسباغ معنى خاص للنص في دولة يختلف عما هو عليه في نص يشابهه في دولة أخرى، مما يجب التمسك بمعنى القانون الأجنبي المختص كما هو مطبق في دولته، للوصول إلى المعنى الذي يقصده مشرعه في بلده وزمنه. فالمشرع عندما ينص في قواعد الإسناد الوطنية على تطبيق قانون أجنبي، يريد بذلك حقيقة إتباع نفس الحلول القانونية السائدة في دولة هذا القانون ، لأن القاعدة القانونية لا تعني النص القانوني وحده، وإنما تتضمن مبادئ واتجاهات وتفسيرات خاصة بها ولا بد من الرجوع إليها ككل.

أما بالنسبة لرقابة محكمة التمييز في العراق، فقد يختلف الوضع فيما إذا ينظر للقانون الأجنبي المختص كمجرد واقعة أو كقانون ملزم. وقد بينا سابقاً أن الفقه والقضاء يعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة، وبالتالي لا يخضع عندئذ القرار الصادر بمقتضاه في النزاع من محكمة الموضوع الوطنية المختصة للتمييز لدى محكمة التمييز في العراق، لأن قرار محكمة الدرجة الأولى في الوقائع يعد نهائياً غير خاضع لرقابة وتدقيق محكمة التمييز، لكونه يدخل ضمن السلطات التقديرية لقاضي الموضوع.

وفي رأينا يجب إخضاع تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص في جميع الأحوال لرقابة وتدقيق محكمة التمييز. شأنه في ذلك شأن القانون الوطني تماماً، لأن مهمة محكمة التمييز هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون ، وأن فهمها لقصد المشرع في القانون الأجنبي المختص، قد يكون أكثر من فهم القاضي المنفرد، بسبب الخبرة الطويلة المتوفرة لدى أعضائها، ولأن القاضي الوطني قد يهمل التحري عن القانون الأجنبي المختص وتفسيره إذا كان يعلم مسبقاً أن قراره يعد باتاً وغير قابل للطعن، وفي هذا ضرر محقق لصاحب الحق ومخالفة لروح العدالة وقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيق القانون الأجنبي المختص. وعليه فإن قرار القاضي العراقي في تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص يجب أن يخضع لتدقيق محكمة التمييز العراقية ، إذا كان القرار قد بني على مخالفة لأحكام هذا القانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله محافظة على سلامة تطبيقه، شأنه شأن القانون العراقي تماماً

تنازع الاختصاص القضائي

المبحث الأول (تحديد مفهوم تنازع الاختصاص القضائي)

المقصود به، هو تنازع الاختصاص القضائي الدولي وليس تنازع الاختصاص القضائي الداخلي، وهذا التنازع يثار عندما تشتمل العلاقة الخاصة على عنصر أجنبي أي عندما تكون العلاقة دولية ، مثال لو تعرض شخص عراقي إلى فعل ضار في فرنسا من قبل شخص ألماني ، فقد يثار التنازع على الاختصاص القضائي سواء تنازع سلبي أو إيجابي وذلك بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ، وكل مشرع يقوم بتحديد نطاق اختصاص محاكمه الوطنية وهذا ما يعرف بالاختصاص الدولي للمحاكم بالمفهوم المخالف، وبذلك يكون المشرع قد حدد نطاق اختصاص محاكمه الوطنية بشكل مباشر ويكون قد حدد اختصاص المحاكم الأجنبية بشكل غير مباشر، وذلك بالتنازل عن اختصاص محاكمه الوطنية في حالات معينة.

بالنتيجة كافة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم هي دائماً قواعد أحادية تحدد فقط متى تختص المحاكم الوطنية. كذلك الذي يثار أولاً هو تنازع الاختصاص القضائي قبل تنازع الاختصاص التشريعي.

سؤال كيف نميز بين تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع الاختصاص القضائي الداخلي :

- 1- تنازع الاختصاص القضائي الدولي يلجأ له عندما يكون في العلاقة عنصر أجنبي، أما تنازع الاختصاص القضائي الداخلي عندما يكون جميع عناصر العلاقة وطنية.
 - 2- قواعد تنازع الاختصاص الدولي تحدد اختصاص محاكم الدولة بشكل عام، أما قواعد الاختصاص الداخلي فتحدد المحكمة من ضمن محاكم الدولة وفقاً للاختصاص القيمي أو النوعي أو المكاني.
- سؤال ما هي علاقة الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي ...؟

الأصل انه لا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، بمعنى انه إذا كانت محاكم دولة معينة هي المحاكم المختصة ليس بالضرورة أن يكون قانون تلك الدولة هو القانون الواجب التطبيق، وبالعكس إذا كان قانون دولة هو القانون الواجب التطبيق ليس بالضرورة أن تكون محاكم تلك الدولة هي المحاكم المختصة، وذلك لاختلاف الاعتبارات التي يقوم عليه كل اختصاص إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإنه قد يتأثر الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي وذلك في الحالات التالية :

- 1- من خلال مسألة التكيف لأنه باختلاف التكيف الذي يقوم به القاضي قد يختلف القانون الواجب التطبيق.
- 2- من خلال السلطة الممنوحة للقاضي في استبعاد القانون الواجب التطبيق، (النظام العام والتحليل على القانون والمصلحة الوطنية).
- 3- من خلال تطبيق القاضي لأحكام قانونه الوطني.
- 4- من خلال تطابق الاعتبارات أحياناً التي يقوم عليها كل اختصاص مثل المسائل المتعلقة بالعقار.

المبحث الثاني (المبادئ العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي)

إن أي مشرع عندما يقوم بتحديد اختصاص محاكمه الوطنية فإنه يعتمد على نوعين من ضوابط الاختصاص :

- 1- الاختصاص الأصلي : هذا الاختصاص يعتمد المشرع فيه على نوعين من المعايير :

- ❖ الضوابط الشخصية (الجنسية).
 - ❖ الضوابط الإقليمية، يكون مرده الارتباط الإقليمي الذي يكون عادة موطن المدعى عليه أو المدعي أو موقع المال موضوع النزاع أو مكان محل نشوء الالتزام أو مكان التنفيذ.
- 2- الاختصاص الطارئ : ويعتمد المشرع فيه على عدة معايير :

- الخضوع الإرادي (اتجاه إرادة الخصوم بالخضوع لولاية القضاء من خلال اتفاق صريح أو ضمني).
- الارتباط في الدعوى المرفوعة أمام القضاء بمسائل أولية كالجنسية أو بطلبات عارضة خارجة عن اختصاصه بحسب الأصل .
- الإجراءات : وهي التدابير الوقائية والتحفظات كطلب تعيين حارس قضائي على المال أو تقدير نفقة، والتي يحق للقضاء النظر فيها على أساس تعلقها بتدابير أمنية.

الاختصاص القضائي في القانون العراقي

المبحث الأول (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية)

الأولى

أقرت المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1962، الولاية العامة للمحاكم العراقية في الدعاوى والأمور المدنية والجزائية، التي تقام في العراق. بقولها (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة إلا ما أستثنى بنص خاص). وكذلك نص المادة 29 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

وبين المشرع العراقي في المادة 7 من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 النافذ، قيمة الأحكام الأجنبية بناء على صدورها من المحكمة المختصة، فنص على اعتبار المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط التالية:-

- أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.
 - ب- كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك أو قسم منه يتعلق به الحكم.
 - ت- كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية.
 - ث- كون المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها بالتاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى.
 - ج- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره.
 - ح- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه.
- ولما كانت النصوص المذكورة لم تستوعب ولم تحدد اختصاص القضاء العراقي في النزاع الذي يكون فيه عنصر أجنبي، ولتلافي هذا النقص في نصوص صريحة فقد جاءت المادتان (14،15) مدني تحددان الاختصاص العام في العراق بالنص على أن (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج) (م 14) مدني. وان يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في وفقاً للمادة (15) مدني الأحوال التالية:-

- 1) إذا وجد في العراق.
 - 2) إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.
 - 3) إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة في العراق) .
- وعلى هذا الأساس أصبح القانون العراقي مختصاً في النزاع المشوب بعنصر أجنبي في جميع الأحوال التالية:-
- أ) إذا كان المدعى عليه عراقي الجنسية.
 - ب) إذا كان المدعى عليه أجنبياً موجوداً في العراق.
 - ت) إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.
 - ث) إذا كان موضوع الدعوى عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.
 - ج) اختصاص المحاكم العراقية بسبب الخضوع الإرادي.
 - ح) اختصاص المحاكم العراقية بالمسائل الأولية والطلبات العارضة والإجراءات المستعجلة.

المبحث الثاني(كيفية سير المرافعات في الدعوى)

تعتبر قواعد المرافعات من النظام العام لكل دولة، لذا لا يمكن الخروج عنها لأنها مرتبطة بالصالح العام والنظام الاجتماعي للدولة، لهذا تخضع قواعد المرافعات لقانون القاضي الذي رفعت أمامه الدعوى بصرف النظر عن كون العلاقة وطنية أم مشوبة بعنصر أجنبي. وهذا ما قرره المادة (1) الفقرة الأولى من قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 ، بقولها ما يلي (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه).

الأولى

أما فيما يتعلق بتبليغ المقيم في الخارج، فقد نصت المادة (23) الفقرة الأولى على انه يكون تبليغ المقيم في بلد أجنبي يكون بالطرق الدبلوماسية بوساطة وزير العدل بمقتضى القواعد المقررة في ذلك البلد إلا إذا وجدت معاهدة تنص على طريقة خاصة. وأخذت هذه المادة بعين الاعتبار موطن الشخص في خارج العراق فأوجبت إضافة مدة لحضور المرافعة، فقررت شهر للمقيمين في أي بلد عربي وتركيا وإيران، وقررت شهران للمقيمين في البلاد الأخرى، ويمكن زيادة هذه المدة أو نقصانها تبعاً للحال على وفق المادة (24) مرافعات.

الفصل الثامن

تنفيذ الأحكام الأجنبية (مفهوم الحكم الأجنبي)

الحكم الأجنبي هو القرار الذي يصدر من محكمة مؤلفة خارج العراق ومكتسب الدرجة القطعية ومقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية.

و تنفيذ الحكم الأجنبي يعني وضع الحكم موضع التنفيذ، بحيث يلزم المحكوم عليه قسراً بأداء ما حكم به للمحكوم له في دولة أخرى غير التي أصدرت محكمتها هذا الحكم. وعادة لا تكون الدول ملزمة بقبول تنفيذ الحكم الأجنبي ما لم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية بخلاف ذلك. ومن الناحية العملية هذه الدول وضعت شروط في قوانينها الداخلية لغرض تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها، ولكن أصبح في العالم أربع فئات من الدول باتجاهات مختلفة هي :-

- 1) دول لا تعترف بالأحكام الأجنبية بتاتاً، مثل هولندا ودول شمال أوروبا.
- 2) دول تقوم بمراجعة الأحكام الأجنبية قبل تنفيذها مثل فرنسا..
- 3) دول تقوم بتدقيق الأحكام الأجنبية وتتشدّد في شروط تنفيذها، مثل بريطانيا.
- 4) دول تقوم بتدقيق الأحكام الأجنبية بما يؤمن توفر بعض الشروط فيها وتسهيل تنفيذها دون تشدد، مثل تركيا والعراق.

المبحث الأول (شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي)

كل الدول التي تقبل تنفيذ الحكم الأجنبي، لا تنفذ الحكم دون قيد أو شرط، بل تشترط لذلك توافر عدة شروط بغية تأمين وتمثيل سيادتها في الموضوع، والتأكد من سلامة الإجراءات في إصداره وعدم مخالفته لأحكام قانونها الوطني ونظامها العام، وهذه الشروط هي:-

أولاً:- أن يكون الحكم نهائياً وفقاً لقانون دولة المحكمة التي أصدرته.

ثانياً:- أن يكون الحكم متعلقاً بدعوى القانون الخاص (المدني، التجاري)، ولا يمكن تنفيذ الحكم المتعلق بالقانون العام في العراق، عدا الأحكام الجنائية فيما يتعلق بالحقوق الشخصية كالتعويض (م 5/ج) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق.

ثالثاً:- أن يكون الحكم صادراً من محكمة أجنبية مختصة اختصاصاً عاماً دولياً ، أي يجب أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم تمثل سيادة دولة أجنبية سواء كانت كاملة أو ناقصة السيادة. وكذلك اختصاصاً داخلياً أي تكون المحكمة مختصة في نظر هذه القضية على وفق القانون الوطني.

وبين المشرع العراقي في المادة 7 من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 النافذ، قيمة الأحكام الأجنبية بناء على صدورها من المحكمة المختصة، فنص على اعتبار المحكمة الأجنبية ذات صلاحية ومختصة اختصاصاً عاماً دولياً بإصدار الحكم في الحالات التالية :-

الأولى

- (أ) كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.
- (ب) كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك أو قسم منه يتعلق به الحكم.
- (ت) كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية.
- (ث) كون المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها بالتاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى.
- (ج) كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره.
- (ح) كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه.

رابعاً:- عدم مخالفة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه لأحكام القانون والنظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

خامساً:- توفر مبدأ المعاملة بالمثل بين الدولة الأجنبية التي صدر الحكم من محاكمها وبين الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم، (م 11) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق.

سادساً:- مراعاة الإجراءات الأصولية عند إصدار الحكم من المحكمة الأجنبية، (م 8) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق.

المبحث الثاني (إجراءات إصدار قرار تنفيذ الحكم الأجنبي)

تختلف الإجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم الأجنبي من دولة إلى دولة أخرى بحسب قوانينها الخاصة.

ففي بعض الدول لابد من إقامة دعوى أمام محكمة مختصة لإصدار قرار منها بتنفيذ الحكم الأجنبي أو رفضه، كما هو في فرنسا. وفي دول أخرى تقام دعوى أمام محكمة مختصة ويقدم الحكم الأجنبي كدليل قانوني لإثبات الحق المدعى به. كما هو في الولايات المتحدة الأمريكية. ودول أخرى تقام دعوى أمام محكمة مختصة لإصدار قرار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، بشرط توفر مبدأ المعاملة بالمثل المستند إلى معاهدة أو اتفاقية، كما هو الحال في ألمانيا والنمسا وتركيا والعراق.

اما في العراق تنص المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق، على أنه (يجوز أن ينفذ الحكم الأجنبي في العراق وفقاً لأحكام هذا القانون بقرار يصدر من محكمة عراقية يسمى قرار التنفيذ). وبينت المادة الثالثة منه الإجراءات الواجب إتباعها لصدور هذا القرار كالآتي:-

- 1) المحكمة المختصة/ تختص محكمة بداءة محل إقامة المحكوم عليه بإصدار القرار، وإذا لم يكن للمحكوم عليه محل إقامة ثابت في العراق، فتختص محاكم بداءة مدينة بغداد (م 41) مرافعات.
- 2) إجراءات المرافعة ودفع الرسوم/ يتم تقديم هذا الطلب بموجب استدعاء كما هو عليه الحال في لائحة الدعوى بحيث يجب أن يشتمل الطلب على كافة الأوراق المطلوبة مثل، صورة رسمية عن الحكم المطالب بتنفيذه، ويجب دفع الرسوم المقررة عن الدعوى وفق قانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981. وبعد ذلك تعين المحكمة يوماً للمرافعة وتبلغ الطرفين به حسب قانون المرافعات المدنية.
- 3) اكتساب قرار التنفيذ الدرجة القطعية/ إذا صدر القرار غيابياً يقبل الاعتراض عليه ولكن القرار بقبول التنفيذ أو برفضه غير قابل للاستئناف بحسب المادة (9) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق، إلا أنه قابل للتمييز خلال (30) يوماً من اليوم التالي لتبليغ القرار أو من اليوم التالي لاعتبار الحكم مبلغاً بحسب المادة (172) والمادة (204) من قانون المرافعات المدنية.

المبحث الثالث (آثار الحكم الأجنبي)

تترتب على قبول تنفيذ الحكم الأجنبي بعض الآثار القانونية، أهمها تنفيذ الحكم الأجنبي وحجته وقوته كدليل إثبات كالاتي :-

- 1) **تنفيذ الحكم الأجنبي/** عندما يصدر قرار التنفيذ ويكتسب الدرجة القطعية، ينفذ جبرا ويلزم المحكوم عليه بأداء المحكوم به للمحكوم له، ويتم هذا التنفيذ من قبل الجهة التنفيذية المختصة وفقا لقانون التنفيذ.
- 2) **حجية الحكم الأجنبي/** أي حكم قضائي بعد اكتسابه الدرجة القطعية ، يشكل القضية المقضية وتكون له حجية الشيء المحكوم فيه، بحيث لا يجوز رفع دعوى به أمام محكمة أخرى أو إعادة النظر فيه ويكون قابلا للتنفيذ. علما لا تعترف قوانين بعض الدول للحكم الأجنبي بحجية الشيء المحكوم فيه، إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من محاكمها، كما هو الحال في إيطاليا وفرنسا وتركيا والعراق. وفي العراق حصرا يعترف بحجية الشيء المحكوم فيه للحكم الأجنبي في قضايا الإرث والوصية فقط. بينما حجية الشيء المحكوم فيه لا تنهض في القضايا المدنية والتجارية إلا بعد صدور قرار المحكمة المختصة في العراق بتنفيذه.
- 3) **الحكم الأجنبي كدليل إثبات/** إن الحكم الأجنبي يعتبر دليل إثبات مقبول بشأن ما ورد فيه من أسباب موجبة ووقائع، ويترتب عليه هذا الأثر قبل صدور الأمر بتنفيذه من محكمة الدولة المطلوب إليها التنفيذ.

نتمنى للجميع الموفقية والنجاح الدائم