MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index
ISSN 2710-2211 (Print)
ISSN 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

العوامل المؤثرة في عمل مبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين

بارق يوسف محمد

كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق

أ.د. سليمان براك دايح

كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق

استلام البحث: 23/05/2023 مراجعة البحث: 17/08/2023 قبول البحث:22/08/2023

ملخص الدراسة :

يؤدي مبدأ قابلية التوقع دورًا هامًا في القانون الدولي الخاص، لاسيما في ميدان تنازع القوانين بوصفه من الموجهات الاساسية لقواعده القانونية، فلا حديث عن قيمة اي قاعدة قانونية إلّا بالنظر إلى درجة استقرارها ومدى حمايتها للحقوق والمراكز القانونية، وما يستتبع ذلك من ثقة الناس في النظام القانوني ككل على نحو يمكن القول معه إن جوهر مبدأ قابلية التوقع للاشخاص هو عنصر الثقة المشروعة المتمثل بحماية توقعاتهم المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق، والعلم بمضمونه، وفي اطار تنازع القوانين إذا كانت قاعدة الاسناد، قادرة على تحقيق المستوى الأول من التوقع القانوني، فإنها تعجز عن توفير المستوى الثاني، لكونها قواعد حيادية غير مباشرة قد يطبقها القاضي دون العلم بمضمونها، فالاخير يجري اختيارًا وهو معصوب العينين دون أية معرفة للحدود الحقيقية لتلك القواعد، لذا؛ فإن إعمالها يثير العديد المسائل التي تؤثر بشكل أو بآخر بعمل مبدأ قابلية التوقع في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق، كالاحالة، والمسائل الأولية، كما قد تحدث حالات يتعذر بموجبها تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بالشكل الذي يؤدي إلى إنهيار البناء النظري والمنهجي لقاعدة التنازع، ومن ثم إنهيار دعائم التوقع القانوني القائم فيها، كما في حالة إستبعاد تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بسبب مخالفته للنظام العام في قانون القاضي، أو إستحالة معرفة مضمونه.

الكلمات المفتاحية: التوقع، القانون المختص، الاحالة، المسائل الأولية، النظام العام.

Abstract:

The principle of predictability plays an important role in private international law, especially in the field of conflict of laws, as it is one of the basic guidelines for its legal rules. There is no talk about the value of any legal rule except in view of the degree of its stability and the extent of its protection of rights and legal positions, and the consequent confidence of people in the legal system. As a whole, it can be said that the essence of the principle of predictability for people is the element of legitimate trust represented in protecting their expectations related to determining the applicable law, and knowledge of its content, and in the context of conflict of laws, if the base of attribution is able to achieve the first level of legal expectation, it is unable to provide Second Level, Because they are neutral, indirect rules that the judge may apply without knowing their content, the latter makes a choice while blindfolded without any knowledge of the true limits of those rules, so; Its implementation raises many issues that affect, in one way or another, the work of the principle of predictability at the stage of determining the applicable law, such as referral, and preliminary issues. There may also be cases in which it is not possible to apply the applicable foreign law in a way that leads to the collapse of the theoretical and methodological construction of the basis of conflict, and then The collapse of the foundations of the existing legal expectation, as in the case of excluding the application of the applicable foreign law due to its violation of public order in the judge's law, or the impossibility of knowing its content.

Keywords: Expectation, Relevant law, Assignment, preliminary issues, public order.

المقدمة

يعد مبدأ قابلية التوقع من المباديء القضائية المهمة التي وجدت حيزًا للتطبيق في القوانين الاوروبية، حتى أصبح مبدأ قانونيًا أساسيًا تلتزم به، بوصفه متطلب من متطلبات الأمن القانوني إن لم يكن من أبرزها، والمتمثل بالحفاظ على توقعات الاشخاص أطراف العلاقة الخاصة الدولية من خلال جعل القواعد القانونية واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وبما يمكن الاشخاص الموجهة لهم فهمها فهمًا سليمًا يسمح ببناء توقعاتهم عليها.

وما دام القانون هو الوسيلة الارقى في تنظيم تصرفات الافراد، فكان لزامًا أن يوفر لهم الامان في إتخاذ قرارات سليمة لا ان تتم مفاجئتهم ومن ثم هدم توقعاتهم، وهي مهمة صعبة جدًا ينوء بحملها كل من المشرع والقضاء، وتزداد هذه المهمة صعوبةً للاشخاص الذين يدخلون في علاقات خاصة دولية، كونها ذات صلة بأكثر من نظام قانوني، فيقتضي العلم بخطاب القانون المنظم لهذه العلاقات العلم بقانون أكثر من دولة عندما تتزاحم هذه القوانين في حكم العلاقة القانونية ذاتها، فضلًا عن اتصالها بقضاء اكثر من دولة.

ولا شك ان الاختلاف التشريعي والقضائي بشأن العلاقات الخاصة الدولية يؤثر سلبًا وإلى حد كبير في معرفة الافراد بالتنظيم القانوني المختص بالتطبيق على علاقاتهم حيث يمكن تصور وجود علاقة قانونية ذات بعد دولي لا يعرف اطرافها ولا حتى القائمين على حسم الدعاوى المثارة بشأنها القانون المختص بالتطبيق، وهو ما يعني انعدام التوقع القانوني في اطار هذه العلاقات، لذا؛ يهدف مبدأ قابلية التوقع في القانون الدولي الخاص إلى التقليل من هذه الصعوبة من خلال تمكين الاشخاص من القدرة على التنبؤ بالقانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر نزاعهم، مما يؤدي إلى إستقرار ونمو تلك العلاقة، بحيث ينطلق حل النزاع عن هدف أساسي يتمثل بإحترام التوقعات المشروعة لاطراف العلاقة وعدم إصطدامهم بتطبيق قانون لم يلحظ وقت تكوين العلاقة و دون أن يتصل بعلم اطراف العلاقة، وبغير ذلك لن تكون هناك تجارة دولية ولا علاقات بين الوطنيين والاجانب، لذلك؛ فقد جرى الحال، على التسليم بأن التوقع القانوني في نطاق تنازع القوانين بمثابة الضمان لأصحاب الحق في الاحتجاج بالآثار القانونية الناتجة عن تطبيق قواعد تنازع القوانين، وعلى هذا النحو، فإن كل مركز دولي، ومن ثم، كل صاحب حق يجب أن يعامل على نحو يختلف عن الآخرين، بحسب النظام القانوني المعني والانتفاع بذات الحقوق، حتى يمكن تحقيق نوع المساواة وإن كانت نسبية.

اهمية الدراسة:

تكمن أهمية موضوع الدراسة في أنه يتعرض لأهم غاية جاء القانون لتحقيقها والمتمثلة بتنظيم حياة الأفراد في المجتمع، فليس من مقتضيات المنطق السليم مفاجئة أطراف العلاقة بقانون لم يأخذه اطراف العلاقة بنظر الإعتبار، وإلاّ سيؤدي ذلك إلى تقويض الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، فلا بد من أن يحقق القانون قدرًا معينًا من العلم لدى المخاطبين باحكامه، من خلال مراعاة إتصال أطراف العلاقة بأكثر من بيئة قانونية. ومما يزيد في اهمية الموضوع هو ان التوقعات المشروعة يُنظر اليها، في القانون المقارن، بوصفها أحد أهم متطلبات مبدأ الأمن القانوني الذي أصبح يحظى بحماية دستورية في العديد من الانظمة القانونية المعاصرة، كما تظهر أهمية مبدأ قابلية التوقع بوصفه معيارًا لقياس جودة القوانين، من حيث مواصفات سنها، كالوضوح و سهولة الفهم والثبات في الزمن لتتحقق جودته، ومن ثم تعزيز ثقة المخاطبين به واستقرار وإحترام حقوقهم، بدل الإفراط في الإحالة على النصوص التنظيمية، بغية تحقيق الحد الادنى من الامان القانوني في العلاقات القانونية الخاصة الدولية.

فيعمد المشرع وفي أحوال تنازع القوانين على سبيل المثال، إلى تحقيق ذلك عن طريق إختيار ضابط الاسناد الاكثر تحقيقًا لعلم اطراف العلاقة بالقانون الواجب التطبيق على علاقتهم، من حيث انها تعطي للافراد مكانة أكبر في حل تنازع القوانين، بما يمكنهم الاحتجاج به ليشرحوا للمحكمة ان قاعدة التنازع المنصوص عليها من قبل المشرع ليست مناسبة في هذه الحالة لضمان احترام توقعاتهم المشروعة، اذا ما نتج عن تطبيق القانون المختص عادة انتهاك غير مقبول لتوقعاتهم او لامكانية توقعها.

إشكالية الدراسة:

على الرغم من كون حماية التوقعات المشروعة للاشخاص اطراف العلاقات الخاصة الدولية، احد اهداف القانون الدولي الخاص، إلّا انه قد تطرأ عوامل تعصف بتلك التوقعات أو تحط من درجتها على أقل تقدير، وبذلك سيعاني الافراد من إنعدام التوقع القانوني، لعدم قدرتهم على الالمام بكل التنظيمات القانونية التي ستحكم علاقاتهم، بسبب اختلافها باختلاف الدولة التي سيختص قضاؤها بنظر الدعوى أو التي سيختص قانونها في حكم العلاقة محل النزاع وهو ما يربك توقعاتهم ويضعف قدرتهم على التنبؤ بالقانون الذي سيحكم علاقاتهم، وتتفاقم هذه المشكلة نتيجة لكثرة الخطوات والمراحل التي ينبغي المرور بها في ظل المنهج التقليدي السائد في معظم دول العالم –منهج قاعدة التنازع– لأجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق كضرورة إجراء التكييف القانوني، وقبول الاحالة أو رفضها، والفصل في المسائل الأولية وإستبعاد القانون الاجنبي، لمخالفته النظام العام أو لاستحالة معرفة مضمونه، ومن ثم فإن عدم إحترام تلك التوقعات سيؤدي إلى عدم الاستقرار، ومن ثم تباطؤ في نمو تلك العلاقات وما يستتبع ذلك من آثار سلبية، مما يشكل اخلالًا خطيرًا بمبدأ قابلية التوقع.

هدف الدراسة:

جات هذه الدراسة بهدف المساهمة في الجهود المبذولة على المستوى الدولي من قبل الفقه والهيئات والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية من اجل تذليل العقبات القانونية التي تواجه العلاقات الخاصة الدولية، لاسيما تلك الجهود التي تستهدف تحقيق الامن القانوني الذي لازالت هذه العلاقات تفتقده بشكل عام، كما تهدف إلى تبصير المشرع بعدم مباغتة الاشخاص أو مفاجئتهم بما يصدره من قوانين أو قرارات فردية تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة، فضلًا عن وضع آليات وضوابط للقضاء العراقي تمكنه من تبني الاتجاهات الحديثة في هذا الشأن، والتي يستطيع من خلالها الوصول إلى الحلول المناسبة التي يراعى فيها مبدأ قابلية التوقع بشأن العلاقات الخاصة الى حين صدور تعديل تشريعي لقواعد التنازع العراقية يحقق الحد الادنى من الامان القانوني للعلاقات القانونية الخاصة الدولية عمومًا، ومن ثم عدم مفاجئة أطراف العلاقة بتطبيق بقانون لم يأخذه الافراد بنظر الاعتبار.

منهج الدراسة:

يتطلب موضوع البحث اتباع منهجية مركبة، من خلال اعتناق المنهج التأصيلي، والمنهج التحليلي، من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليلها بهدف الوصول إلى المناسب منها وترجيحه والأخذ به، وسيكون تحليلنا للآراء الفقهية مدعومًا بتحليل المواقف التشريعية والاحكام القضائية ذات العلاقة بمبدأ قابلية التوقع، فضلًا عن إعتماد المنهج المقارن كونه أمر تفرضه طبيعة هذه الدراسة، ولن نحدد المقارنة بقوانين معينة وإنما ستكون المقارنة بين قوانين دول مختلفة كلما تيسر السبيل في الحصول عليها.

خطة الدراسة:

بما ان التوقع يمر بمرحلتين، فكذلك الحال بالنسبة للعوامل المؤثرة في عمل مبدأ قابلية التوقع فهي ايضًا تمر بمرحلتين، الاولى هي مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق، اما الثانية فهي مرحلة استبعاد وتفسير القانون الواجب التطبيق، لذا؛ فلا بد من تقسيمه إلى مبحثين، وكما يأتي:

المبحث الاول: مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق

المبحث الثاني: مرحلة إستبعاد وتفسير القانون الواجب التطبيق

المبحث الاول

مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق

نظرًا لعدم تضمّن قاعدة التنازع للحل الموضوعي في العلاقات الخاصة الدولية، فإن إعمالها يثير العديد المسائل في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق، لعل اهمها هي الاحالة، والمسائل الأولية، لما تثيره من جدل وتباين الآراء بشأنها في الفقه، ومن ثم تثير اختلافًا في المواقف التشريعية والقضائية هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى يرتبط كل حل مقترح بالنسبة لتلك المسائل بدرجة التوقع القانوني التي ينبغي توفرها للافراد في علاقاتهم الخاصة الدولية، وفي كل الاحوال تمثل هذه المسائل المتعددة تعقيدًا ينال من التوقع القانوني، وهو ما سنوضحه في مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الأول

الإحـالـة

بعدما تشير قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي الى تطبيق قانون اجنبي، يكون القاضي امام خيارين، اما ان يطبق القانون الاجنبي باكمله، بما يتضمنه من قواعد موضوعية و قواعد إسناد[1]، و يقوم القاضي باستشارة قواعد التنازع في ذلك القانون ليرى نتيجة هذه الاستشارة، والتي قد تقضي بالاحالة الى قانون دولة أخرى، وقد يكون هذا القانون قانون القاضي نفسه أو قانون دولة ثالثة، واما ان يطبق القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية دون استشارة قواعد الاسناد في ذلك القانون، وهذا يعني رفض الاخذ بالاحالة[2].

هذا؛ و يعد اختلاف الحكم ما بين قاعدة الاسناد الوطنية ونظيرتها من القواعد الأجنبية شرطًا اساسيًا لظهور مشكلة الاحالة[3]؛ لهذا تُوهم النظرة الاولى ان أي جهد يُبذله الاشخاص، لاجل مراعاة توقعاتهم المشروعة في علاقاتهم الخاصة الدولية المشوبة بعنصر اجنبي، سيذهب سُدًى ما لم يتم رفض فكرة الاخذ بالاحالة لكونها لا تنسجم مع مبدأ قابلية التوقع اطلاقًا[4]، وإن الأخذ بها يخالف ابسط المبادئ التي تقضي بضرورة الاطمئنان والاستقرار في المراكز القانونية، لا سيما مبدأ قابلية التوقع، لان الاخذ بها يؤدي إلى ان يصبح ذوو الشأن في العلاقة القانونية غير قادرين على التنبؤ بالحل الذي يمكن ان ينتهي اليه النزاع[5].

الا ان التوجه الرافض لفكرة الاخذ بالاحالة مراعاة لمبدأ قابلية التوقع، ينازعه توجه آخر اكثر حداثة، يرى ضرورة الاخذ بها، لكن طبقًا لوظيفة قاعدة الاسناد او الحل الوظيفي لتلك القاعدة، إذ يرى اصحاب التوجه الاخير ضرورة عدم تكريس مبدأ عام ينطبق على كل الحالات وجميع الفروض بقبول الاحالة أو رفضها، وإنما يجب اتباع منهج ما يسمونه بفكرة الحل الوظيفي بحيث تكون الاحالة مقبولة او مرفوضة بالاستناد الى التفسير الغائي لكل قاعدة من قواعد الاسناد و وظيفتها، اي من خلال استلهام الاعتبارات الكامنة وراء اختيار قاعدة الاسناد للقول برفض الاحالة او قبولها[6].

---

[1] إذ ان أي قانون يتضمن نوعين من القواعد، قواعد موضوعية تضمن حلولًا مباشرة، اي انها تعطي الحل النهائي مباشرة للنزاع، و قواعد اسناد تشير فقط الى القانون الواجب التطبيق، للمزيد من التفصيل، ينظر: د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1988م، ص67.

[2] والاحالة بهذا المفهوم من اكثر موضوعات القانون الدولي الخاص اثارة للجدل الفقهي، إذ انقسم الفقه بين مؤيد لها، من الفقه الغربي:
Batiffol, Aspects philosophiques de droit international privé, Dalloz, 1956, édition 2002p.137 et 138.
واخر معارض للاخذ بها، هذا ولم يقتصر اثر هذا الجدل على صعيد الفقه القانوني، وانما انصرف اثره هذا الجدل الى اختلاف الموقف القضائي و التشريعي، فبينما ترفض العديد من التشريعات الاخذ بالاحالة، وهذا ما قرره المشرع العراقي في المادة (1/31) من القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951م، والتي نصت على ان: "اذا تقرر ان قانونًا اجنبيا هو الواجب التطبيق فانما تطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، واستثناءً من ذلك فقد اخذ المشرع العراقي بالاحالة بصدد اهلية الملتزم في الحوالة التجارية، إذ نصت المادة (48/ ثانيا) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984م، على انه: "يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته، فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة هي الواجبة التطبيق"، في حين قررت تشريعات اخرى وجوب الاخذ بالاحالة بنوعيها كالقانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965، القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، وفي حين تكتفي بعض القوانين بالاخذ بالاحالة من الدرجة الاولى فقط، كالقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، والقانون المدني الاسباني لعام 1974، المجموعة الامريكية الثانية لتنازع القوانين لعام 1968، ومن التشريعات العربية التي اخذت بالاحالة من الدرجة الاولى، قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، رقم 5 لعام 1985م، المعدل بالقانون رقم 1، لسنة 1987م، في المادة (26) منه، والتي نصت على ان: 1- إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا هو الواجب التطبيق= =فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. 2- على أنه يطبق قانون دولة الامارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق"، ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الاولى، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، 2002م. ، ص163؛ د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، 2016م، ص131؛ د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م ، ص119.

[3] مثال ذلك موقف قاعدتي الاسناد في القانونين العراقي والبريطاني من اهلية شخص بريطاني متوطن في العراق، فحيث يعطي القانون العراقي الاختصاص فيها الى قانون الجنسية، وهو القانون البريطاني، فان قاعدة الاسناد في القانون البريطاني تحيل لقانون الموطن وهو القانون العراقي، والاحالة في هذا المثال من الدرجة الاولى، و قد تكون الاحالة بدرجة ثانية او ثالثة وقد لا تنتهي او تصبح في حلقة مفرغة، ومثال الاحالة من الدرجة الثانية ان يكون الشخص البريطاني في المثال المذكور انفا متوطنا في ايطاليا، حينئذ سيقضي القانون العراقي بتطبيق القانون البريطاني –قانون الجنسية– والقانون الاخير سيقوم باحالة من الدرجة الثانية الى القانون الايطالي –قانون الموطن– وقد نواجه حلقة مفرغة اذا احال القانون الاخير الى القانون البريطاني مرة اخرى–قانون الجنسية– وهكذا. ينظر، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص181- 191.

[4] وهذا القول صائب الى حد كبير بدليل ان الدول التي اخذت بالاحالة كمبدأ عادت واستبعدت الاحالة في بعض العلاقات التي يراعى فيها بدرجة اساسية توفير العلم المسبق بالقانون من قبل الافراد وحماية توقعاتهم المشروعة، فرفض الاحالة في مجال الالتزامات التعاقدية هو اتجاه مستقر في العديد من القوانين التي اخذت بالاحالة كمبدأ مثل القانون الفرنسي والنمساوي والامريكي اضافة الى بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية كما استبعدت الاحالة بشأن القاعدة الخاصة باخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه، وذلك لان استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها قانون الدولة التي ابرم فيها التصرف وقبول الاحالة الى قانون اخر تفويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الابرام، اذ ان القاعدة تهدف الى التيسير على الافراد الذين قد يصعب عليهم العلم باحكام قانون غير قانون الدولة التي ابرم فيها التصرف للمزيد، ينظر، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004م ، ص111؛ د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص152؛ د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009م، ص126؛ المادة (15) من اتفاقية روما لعام 1980.

[5] ينظر، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، التركي للكمبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، 2007م، ص197.

[6] يؤيد هذا الحل في الفقه الفرنسي: (مايير، ولوسوران، وبوريل، وباتيفول وغيرهم)، ينظر:
Batiffol, et P. Lagarde; Traité de droit international privé, T.1, 8ème éd., LGDJ, 1993, p.311. ; B. AUDIT, Droit international privé, 2 Edition, paris, Economica, 1992. p.227; FRANCESCAKIS, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey, 1958. P. 106.

CC BY

وبموجب هذا الاتجاه يصبح للاحالة دور انتقائي يؤخذ بها في ضوء هدف قاعدة الاسناد، فاذا ان تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، سيؤدي الى حل غير عادل، على القاضي عندئذ ان يستشير قواعد الاسناد التي يتضمنها ذلك القانون، ومن ثم يقبل الاحالة منه الى قانون اخر يحقق العدالة على نحو افضل، وعلى سبيل المثال، اذا أثيرت مشكلة تنازع القوانين بصدد علاقات المتعاقد الضعيف (كالعامل والمستهلك)، يمكن في هذه الحالة الاخذ بالاحالة الى قانون اخر اذا كان يضمن حماية افضل للعاقد الضعيف[1]، وهذا الحل يراعي فيه القاضي النتيجة النهائية التي سيؤدي اليها تطبيق القانون المختص فيعني في المحصلة تخطي الطابع الحيادي لقاعدة الاسناد التي طالما اتهمت به[2].

ورغم ذلك، فقد اعترض البعض على فكرة الحل الوظيفي للاحالة، بحجة انها تعطي القاضي سلطة تقديرية مطلقة في قبول الاحالة او رفضها على ضوء ما قد يراه اكثر تحقيقا للعدالة او اكثر توافقًا مع التوقعات المشروعة للافراد[3]، وان كنا نتفق مع هذا النقد في ان السلطة التقديرية للقاضي تتعارض في هذه الحالة مع مبدأ قابلية التوقع، إلّا إننا نخالفه الرأي في ان قبول الاحالة او رفضها في ظل فكرة الحل الوظيفي مشروط بتحقيق هدف قاعدة الاسناد وهي مقيدة في جميع الاحوال بعدم الاخلال بالتوقعات المشروعة للاشخاص، فاذا كان هدف قاعدة الاسناد هو تحقيق العدالة على القاضي ان لا يقبل الاحالة اذا ادى ذلك الى الاخلال بتوقعات الافراد، اما اذا كان هدف القاعدة التيسير على الافراد وحماية توقعاتهم فان قبول الاحالة سيكون منسجمًا وتوقعاتهم المشروعة، ناهيك عن ان قبول الاحالة او رفضها طبقًا للشروط المذكورة سيكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا، لتعلق الامر بمسألة قانونية وهو ما يعني وحدة الحلول وانسجامها مع التوقعات المشروعة[4].

عليه؛ و لرجاحة هذا الرأي، فإننا نثق بفكرة الحل الوظيفي كاساس لقبول الاحالة او رفضها، ولاسيما بعد ان تبيّن لنا امكانية تسخير قبول الاحالة لحماية التوقعات المشروعة للاشخاص في علاقاتهم الخاصة الدولية ورفضها في الحالات التي تؤدي الى الاخلال بتلك التوقعات، وذلك لقدرتها على توفير العديد من الحلول العادلة والمعقولة في القانون الدولي الخاص[5].

لهذا؛ ولأهمية الأخذ بالاحالة في ضوء فكرة الحل الوظيفي، فإننا نأمل من مشرعنا العراقي ان يراجع موقفه الرافض للاحالة كمبدأ في المادة (31) من القانون المدني، فضلًا عن موقفه من قبول الاحالة استثناء في المادة (48) من قانون التجارة النافذ بصدد اهلية الملتزم

ومن الفقه العربي: د. عكاشة محمد عبدالعال إذ يعد من اكبر المناصرين لهذا الحل اضافة الى د. حفيظة السيد حداد. للمزيد من التفصيل بخصوص هذا الاتجاه، ينظر، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص246-258.

[1] ينظر، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص109 ؛ د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص123؛ د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، دار اثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، ص161-172.

[2] ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، 1434هـ- 2013م، ص113.

[3] ينظر، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص109.

[4] ينظر، د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص292.

[5] و قد طبقت محكمة النقض الفرنسية، الاخذ بالاحالة بداية بشكل عارض، للمزيد ينظر قرارها:

Cass., 1re civ., 7 mars 1938, De Marchi, Rev. crit. dr. internat. privé 1938, p. 472.

ثم توالت بعد ذلك على تطبيق هذه الفكرة كما جاء في حكمها الصادر في 1982/7/15، بشأن قضية تتعلق بصحة عقد زواج مبرم بين زوجين سوريين من اصل يهودي في روما طبقًا للشكل الديني غير المعترف به في= =ايطاليا، حيث اخذت المحكمة بالاحالة من الدرجة الثانية من القانون الايطالي (قانون محل الابرام) الى القانون السوري (قانون الجنسية المشتركة للزوجين)، فكان يلزم بموجب قاعدة الاسناد الفرنسية تطبيق القانون الايطالي والذي يؤدي الى بطلان عقد الزواج، لكن محكمة النقض ذهبت الى عد هذا الزواج صحيحا وذلك بقبولها الاحالة من القانون الايطالي الى القانون السوري. ينظر:

Cass., 1re civ., 15 juin 1982, Dame Moatty c. dame Zagha, préc.

ويرى جانب من الفقه ان الاخذ بالاحالة في مثل هذه الحالة يعد حلا نموذجيًا يحمي التوقعات المشروعة للافراد وذلك لان الزوجين لم يفكرا يوما بان مسألة صحة زواجهما من حيث الشكل سيطرح امرها امام القاضي الفرنسي ليطبق على اثر ذلك القانون الايطالي باعتباره قانون محل الابرام، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية: "ان اعمال الاحالة تجد تبريرها في هذه المنازعة فيما تؤدي اليه من تطبيق القانون السوري على شكل الزواج وهو القانون الذي رغب الافراد في الخضوع لحكمه وهو الذي يعتبر زواجهما صحيحا"، د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص257.

CC BY

في الاوراق التجارية، حيث يتوحد الموقف من الاحالة في قاعدة مفادها ان الاحالة يمكن قبولها اذا كان من شأنها الوصول الى حل مناسب ينسجم واهداف قاعدة الاسناد العراقية[1].

لهذا؛ نستطيع ان نقول ان فكرة الحل الوظيفي للاحالة، تقدم طرحًا مفيدًا يهيئ للقاضي الفرصة لحماية التوقعات المشروعة للاشخاص و هو اهم ما ينبغي تحقيقه في العلاقات الخاصة الدولية، في ظل الزام القاضي بالسعى إلي إيجاد حل للمشكلة القانونية المعروضة امامه، تلافيًا لحالة إنكار للعدالة[2]، فبدل ان تكون السلطة التقديرية تشكل خطرًا على التوقعات المشروعة لذوي الشأن فإن الحل الوظيفي جعل ممارسة هذه السلطة من قبل القاضي خاضعًا لتوجيه التوقعات المشروعة، بمعنى ان التوقعات المشروعة اصبحت وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق، بدل ان تكون هدفًا لتطبيق قاعدة الاسناد.

المطلب الثاني

المسائل الأولية

المسائل الاولية، "هي المسائل التي يجب حسمها قبل البت في النزاع الرئيس"، وغالبًا ما تثور المسائل الاولية كدفع يتمسك به المدعى عليه للطعن في اساس الدعوى التي رفعها المدعي، كما هو الحال في مسألة صحة الزواج المطلوبة للبت في شرعية البنوة، أو وجود رابطة عائلية (زواج أو بنوة) لغرض الاحتجاج بالميراث أو النفقة[3].

ومشكلة المسائل الاولية بالمفهوم المذكور لا تثار فقط في نطاق القانون الدولي الخاص، بل توجد هذه المشكلة في جميع فروع القانون، ولكنها لا تثير صعوبة في فروع القانون الداخلي خاصة وان كلتا المسألتين الاصلية والأولية تخضعان لنظام قانوني واحد، اما في اطار القانون الدولي الخاص فالامر على خلاف ذلك، فقد تخضع المسألة الاصلية لقانون دولة معينة، بينما تخضع المسألة الاولية لقانون دولة اخرى[4].

فالمشكلة التي تطرحها المسائل الاولية في ميدان تنازع القوانين، هي خضوعها لقواعد اسناد تختلف عن تلك التي تخضع تخضع لها المسالة الرئيسة، بمعنى ان كل مسألة ستُحسم بشكل مستقل عن الاخرى، وذلك من خلال القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد، فيطبق القاضي الذي ينظر الدعوى قواعد الاسناد في قانونه الوطني لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسالة الرئيسة، لكن المسألة الاولية قد يحكمها قانون البلد الذي حددته قاعدة الاسناد في قانون القاضي، او القانون الدي حددته قواعد الاسناد في قانون دولة اخرى[5].

وهذا ما يتضح من قرار محكمة استئناف (Hamm) الالمانية بقرارها الصادر في 1973/8/10م، والمتعلق بطلب شخص عراقي الجنسية الزواج من امرأة المانية سبق له أن طلق امرأة المانية أُخرى بناءً على طلبها، وقد ذهبت المحكمة إلى تطبيق القانون العراقي، باعتباره القانون الواجب التطبيق على المسألة الاصلية وهي (طلب شهادة الصلاحية للزواج والمطلوبة بموجب قانون الزواج الالماني لعام 1946)، على المسألة الاولية وهي (صحة الطلاق السابق)، وأنتهت المحكمة إلى رفض طلب الزواج إستنادًا إلى عدم إعتراف القانون العراقي بالطلاق الواقع أمام المحاكم الالمانية[6].

---

[1] والنص على قبول الاحالة بهذا المعنى تضمنه العديد من القوانين كالقانون الدولي الخاص التشيكي لعام 1963، إذ نصت المادة (35) منه، على انه: "اذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، واحالت نصوص هذا القانون الاخير الى القانون التشيكي او الى قانون دولة اخرى، في حالة الاحالة من الدرجة الثانية، فان تلك الاحالة يمكن قبولها اذا كان ذلك القبول يؤدي الى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع"، والقانون الدولي الخاص الالماني لعام1986، في المادة (1/4) منه، والتي نصت على انه: "اذا تم تعيين قانون دولة اجنبية، فانه يجب ان تطبق ايضا قواعد الاسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الاسناد الالمانية"، نقلا عن: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص295-297.

[2] المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والتي نصت على ان: " لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق. ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق".

[3] ينظر، استاذنا الدكتور نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، الطبعة الاولى، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد، 1437هـ- 2016م، ص117.

[4] ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع"اصولاً ومنهجاً"، الطبعة الاولى، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996م، ص336.

[5] ينظر، د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص115.

[6] ينظر، د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص237.

ويتضح لنا من هذا القرار مدى الحياد الذي تمارسه قاعدة التنازع دون الأخذ بنظر الإعتبار نتائج التطبيق، فالشخص العراقي الذي طلب الزواج من امراة المانية، بعد أن فرق القضاء بينه وبين امرأة سابقة، كانت أهليته للزواج خاضعة للقانون العراقي بوصفه قانون الجنسية، ثم اختص القانون الأخير بحكم مسألة أولية هي مدى صحة الطلاق الصادر عن القضاء الالماني، و لا يخفى على احد ان مثل هذا الشخص هو اهل للزواج الثاني بموجب القانونين العراقي والالماني، لأن القانون الأخير يقر بالطلاق الذي حصل وفق أحكامه، والقانون العراقي ايضًا يعطي الأهلية لهذا الشخص للزواج مرة ثانية لأنه لا يمنع التعدد اصلًا سواء اعترف بالطلاق السابق أم لم يقبل به.

ولعل مجرد وجود مسائل اولية والاختلاف بشأن القانون الواجب التطبيق عليها، يعد بذاته ارباكًا وتعقيدًا في سير عملية تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا الارباك سينال بشكل أو بآخر من درجة التوقع القانوني للافراد، فالذي يتضح من قرار المحكمة اعلاه مدى النتيجة الشاذة التي توصلت إليها المحكمة عبر إخضاع صحة الطلاق الصادر من القضاء الالماني إلى القانون العراقي كمسألة أولية، لذلك كان ينبغي ملاحظة النتائج المترتبة على هذا التطبيق لا أن يتم الإسناد في شكل حيادي وجامد إلى القانون الذي يحكم المسألة الاصلية، وكان في تطبيق القانون الالماني على صحة الطلاق إستجابة لتوقعات طالب الزواج الذي تم تطليقه بناءً على طلب زوجته السابقة بموجب هذا القانون، الامر الذي يوجب معالجة هذا التعقيد في ضوء عدد من المبادئ واهمها مبدأ العدالة ومبدأ التوقع القانوني[1].

وبالرجوع إلى موقف الفقه بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية، نجده مختلف بين عدة نظريات، الاولى: النظريات التقليدية الجامدة: التي تركز على مبدأ عام مجرد من أجل إيجاد النظام القانوني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية، وقد ذهب جانب من الفقه في هذا السياق إلى القول بإن النظام القانوني الذي يتعين الرجوع إليه لايجاد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية هو قانون القاضي[2]، في حين ذهب جانب اخر من الفقه الى المناداة باعمال قواعد الاسناد في القانون الأجنبي المختص الذي اثار تطبيق قواعده الموضوعية المسألة الاولية[3]، والثانية: النظريات ذات الطابع العملي التجريبي: وترتكز هذه النظريات على نقطة أساسية هي ان إيجاد حل لمشكلة المسائل الأولية يجب أن يتم طبقًا لظروف كل حالة على حدة دون التقيد المسبق بمبدأ معد سلفًا كاخضاعها لقواعد التنازع في قانون القاضي أو إخضاعها لقواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص.

وتنقسم النظريات الاخيرة إلى طائفتين: الطائفة الاولى تسعى إلى إيجاد الحل من خلال تركيز المسألة الأولية في النظام القانوني الذي يوجد فيه مركز ثقل العلاقة التي تشكل مسألة أولية، فتسري قواعد التنازع في هذا النظام على المسالة الأولية سواء أكان قانون القاضي أم القانون الأجنبي المختص بحكم المسالة الاصلية، اما الطائفة الثانية، فإنها تهتم بإيجاد الحل من خلال النتائج المادية الملموسة الخاصة بكل حالة على حدة، و يكون الحل المختار هو الذي يحقق أفضل النتائج[4].

ونظرًا للانتقادات الموجهة للنظريات التقليدية[5]، فإننا نؤيد ما يذهب إليه جانب من الفقه بترجيح النظريات ذات الطابع العملي وتحديدًا النظرية التي تسعى إلى إخضاع المسائل الاولية للقانون الذي يحقق أفضل النتائج، لا سيما وأن أفضل النتائج لن تتحقق إلّا من خلال مراعاة العدالة وحماية التوقعات المشروعة للافراد حيث يمكن للقاضي عبر هذه النظرية أن يُخضع المسائل الأولية للقانون الذي كان معلومًا من الاطراف في المسألة الأصلية أو على أقل تقدير كان متوقعًا تطبيقه، كما ان هذه النظرية ستحقق العديد من المزايا التي تصب معظمها في تطوير قواعد التنازع للتغلب على السلبيات الكامنة في آليات تطبيقها، لعل اهمها هو قيام القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الاولية و هو على علم بمضمونه لأن الأخير لايتحدد إلّا بعد أن يكون القاضي قد قرر ان مضمونه أقدر

---

[1] ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص146.

[2] يستند هذا الرأي على عدد من الحجج اهمها: 1- في ظل الموقف الرافض للاحالة يجب عدم تطبيق قواعد الاسناد في قانون اجنبي على المسائل الاولية. 2- وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الداخلي، فالمسألة القانونية المطروحة على القاضي الوطني يتعين ان يتم الفصل فيها بحكم واحد دائما دون تغيير ايا ما كان الشكل الذي تتخذه هذه المسألة (أي المسألة الاصلية او الاولية). ينظر، د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص221-230.

[3] ويستند هذا الراي الى عدة حجج اهمها: 1- صيانة الحقوق المكتسبة للافراد وحماية توقعاتهم المشروعة، اذ يرى انصار هذا الرأي في اخضاع المسائل الاولية لقواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسالة الاصلية تاكيدا لاحترام الحقوق المكتسبة، التي نشأت وهي على صلة بالنظام القانوني الأجنبي، اضافة الى حماية التوقعات المشروعة للافراد. 2- تحقيق التنسيق الدولي لحلول تنازع القوانين، وهذا التنسيق يتحقق من خلال تطبيق القاضي لقواعد التنازع في القانون الذي يحكم المسألة الاصلية كما لو كان هو قاضي الدولة التي تنتمي اليها تلك القواعد وبذلك لن يختلف حل النزاع باختلاف المحكمة المختصة بالفصل فيه. ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص345-346.

[4] ينظر، د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص242.

[5] لاسيما نظرية إخضاع المسائل الاولية للقانون المختص بالمسائل الاصلية حيث قيل عنها، بانها نظرية معقدة، وعامل تعقيد يؤسف له...وانها نظرية ذات آلية معقدة، ويحسن تجنيب القانون الدولي الخاص اياها..الخ، للمزيد بخصوص هذا النقد، ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص358.

على تزويد الخصوم بالحل العادل أو بالحل الذي ينسجم و توقعاتهم المشروعة، ومن ثم فإن النتائج المترتبة على تطبيق القانون المختص بالمسألة الاولية ستقدر في ضوء مصلحة الافراد المعنيين، وفي الغالب ستكون مصلحة الافراد في تطبيق القانون الذي رتبوا أوضاعهم بموجبه و هو نفس القانون الذي لهم علم باحكامه[1].

المبحث الثاني

مرحلة إستبعاد وتفسير القانون الواجب التطبيق

على الرغم من ان الاسس النظرية والمبادئ القانونية التي تدعم التوقع القانوني في منهج قاعدة التنازع، قد تحدث حالات يتعذر بموجبها تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وهذا يعني انهيار كل البناء النظري والمنهجي لقاعدة التنازع[2]، حيث يستبعد القانون الذي أشارت اليه قاعدة التنازع الأمر الذي يضطر معه القاضي حكم النزاع بموجب قانون آخر، ويترتب على انهيار البناء النظري والمنهجي لقاعدة التنازع انهيار دعائم اليقين القانوني القائم فيها لا سيما التوقع القانوني[3].

وحالات استبعاد القانون الواجب التطبيق ترجع الى اسباب متباينة منها ما يرجع إلى استحالة تطبيقه بسبب مخالفته للنظام العام في قانون القاضي، ومنها ما يرجع إلى استحالة معرفة مضمونه.لذا؛ اصبح ضروريًا التطرق إلى العوامل المؤثرة في عمل مبدأ قابلية التوقع في في هذه المرحلة، في مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الأول

النظام العام

بعد ان يهتدي القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والذي اشارت اليه قاعدة الاسناد، فإنه لا يقوم بتطبيقه مباشرةً، وإنما يتراخى ذلك لحين نفاذه من عقبه اخرى تواجه تطبيقه، الا وهي عقبة النظام العام[4].فيستبعد القاضي تطبيق القانون الاجنبي متى ما اختلف القانون الأجنبي المعين بطريق قاعدة الاسناد عن الحل المسلم به في قانون القاضي[5]، حفاظًا على نظامه القانوني وحماية له من الاحكام تتعارض مع مفاهيمه تعارضًا صارخًا[6]، إذ ان قبول تطبيق القانون الاجنبي لا يعني اطلاقًا التسليم بكل ما ورد فيه، وإنما ينبغي استبعاد القانون الأجنبي بشأن النقطة المتنازع فيها، في كل مرة يتبين فيها انه يخالف النظام العام، وعلى هذا الحال، فإن حماية النظام العام في قانون دولة القاضي يشكل ترجمة للقيود المفروضة على قبول النظام الوطني لإمكانية تطبيق القانون الأجنبي[7]، ولهذا؛ لا يُقبل من الاجنبي أن يبرم في فرنسا عقد زواج للمرة الثانية، حتى وإن سمح له قانونه الشخصي بذلك[8].

و بهذا؛ فقد تم وضع التصور النهائي للدفع بالنظام العام، والذي أصبح اليوم موضوعًا مقبولًا من قبل كافة فقهاء القانون الدولي الخاص، حتى أنه أصبح وبحق موضوعًا مكرسًا في الغالبية العظمى من التقنينات الحديثة للقانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية في مجال تنازع القوانين[9].

و بذلك اصبحت مسألة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام، من اكثر المسائل التي تتفق القوانين المقارنة بشانها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، والنظام العام بهذا الوصف هو الوسيلة الحمائية لتجنب تطبيق قوانين اجنبية تتعارض مع المبادئ والقيم التي يقوم عليها المجتمع، وهو ما يعرف بالدور الاستبعادي الذي يؤديه النظام العام الذي تفرضه طبيعة الاشياء، لان المشرع لا يمكنه ان

---

(1) ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص147.

(2) الاساس النظري لمنهج قاعدة التنازع يتمثل في التركيز المكاني للعلاقات القانونية ومن ثم اخضاعها لقانون ذلك المكان، علمًا ان تحديد القانون الواجب التطبيق يحكمه مبدأ العدالة ومبدأ اليقين القانوني باعتبارهما من اهم اهداف قانون العلاقات الخاصة الدولية، كما ان الحالات التي يتعذر فيها تطبيق القانون المختص تتعلق فقط= =بالفرضيات التي تشير فيها قاعدة التنازع الى تطبيق قانون اجنبي دون الحالات التي يختص فيها قانون القاضي. ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص83.

(3) ينظر، ينظر، د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص269.

(4) وحسنًا فعله المشرع العراقي عندما نص صراحة على استبعاد تطبيق القانون الاجنبي المخالف للنظام العام، ضمن النصوص التي تعالج مشكلة تنازع القوانين، في المادة (32) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على ان: "لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق".

(5) P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 8 p. 11.

(6) ينظر، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص521.

(7) D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique, (2 vol.), th. Paris I 2002.P.280

(8) Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, op.cit. P.567.

(9) P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé,op.cit. p.14.

يعلم مسبقًا مضمون الاحكام التي تتضمنها القوانين الاجنبية التي تشير اليها قواعد الاسناد في القانون الوطني، و من ثم لا يستطيع ان يعلم الغيب او ان يتنبأ مقدمًا بمضمون هذه الاحكام، و لهذا قيل بان القاضي يستقبل القانون الاجنبي و هو بحسب تعبير الفقه "معصوب العينين"[1]، أو كمن يقوم بعملية "قفز في الظلام"[2].

هذا وإن كانت فكرة النظام العام تحظى بالقبول وبالاجماع كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي، فإنها تفتقر الى الاتفاق و الذي يكاد ان يكون معدوما على كيفية تحديدها والوقوف على مضمونها[3]، كونها فكرة ذات معالم غامضة و حدود مطاطة، تتسع احيانًا كثيرة وتضيق في اخرى، او هي بمثابة "سيف مسلط" فتارة نجد القاضي يستبعد تطبيق القانون الاجنبي بحجة مخالفته للنظام العام الحمائي الاجتماعي او السياسي او الاقتصادي[4]، وتارة اخرى يطبق القاضي الوطني قواعد قانونه الوطنية بصفة اصلية و اصيلة بحجة النظام العام الوقائي، لما له من قدرة على تحديد مجال سريانه و انطباقه[5]، كونه استثناء صريح على قاعدة تنازع القوانين، التي تبرز من خلال إستبعاد القانون المختص بصورة عادية، و إستبداله بالقاعدة التي تستقى في الغالب من قانون القاضي المعروض امامه النزاع.

و في خضم كل هذه الاشكالية وما رافقها من ارهاصات بخصوص مسألة استبعاد تطبيق القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام، يبقى السؤال الاهم، ما اثر ذلك على تطبيق مبدأ قابلية التوقع في نطاق تنازع القوانين؟

بداية لا بد ان نحدد البديل عن القانون الاجنبي الذي تم استبعاده لمخالفته النظام العام، وهنا يكاد الفقه[6]، يجمع على تطبيق قانون القاضي الوطني بما له من أختصاص إحتياطي عام، يمارسه في كل مرة يتعذر عليه تطبيق القانون الاجنبي المختص سواء لتعذر معرفة مضمونه أو لتعارضه مع النظام العام[7]، لان المشرع الوطني لا يمكنه أن يعطي توقيعًا على بياض للمشرعين الآخرين، أيًا كان التطور الحاصل في بلدانهم وحضاراتهم، وذلك لتجنب ما وصفه الفقيه Raape "بالسقوط في المجهول"[8]، لذا؛ فلم يكن هناك بد من الاحتفاظ للقاضي بإمكانية رفض القانون الاجنبي الذي لا يمكن قبول مضمونه، ومن ثم تطبيق قانونه الوطني[9].

عليه؛ ومادام حلول قانون القاضي الوطني محل القانون الاجنبي المستبعد في هذه الحالة هو الحل الراجح، فان هذا لا يعني عدم تأثر توقعات الاشخاص بشكل أو بآخر، ولعل اهم انتقاد يمكن ان يوجه الى هذا الحل، يتمثل في ان تطبيق هذا القانون يخل بمبدأ قابلية التوقع لان تحديد القانون الواجب التطبيق سيكون رهينًا في جميع الأحوال بالمحكمة التي تنظر النزاع[10]، فلا يخفى على احد ان تطبيق قانون القاضي المعروض امامه النزاع يترتب عليه إستبعاد لكل الاعتبارات التي قامت عليها قاعدة التنازع ومن بينها ايجاد الحل الملائم و

---

[1] ينظر، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص184.

[2] وهذا التعبير يورده معظم الكاتبين في القانون الدولي الخاص، وان كان في اصله يعود للفقيه راب، كما اشار الى ذلك باتيفول ولاجارد، ص569، إميل تيان، ص351، نقلًا عن، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص522.

[3] ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص118-119.

[4] على حد تعبير استاذنا الدكتور سليمان براك دايح، تطبيق قواعد القانون العام الاجنبية امام القاضي الوطني، محاضرات في القانون الدولي الخاص، القيت على طلبة الدكتوراه، في كلية القانون، جامعة الفلوجة، 2020-2021.

[5] ينظر، د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007م ، ص619.

[6] من الفقه العربي: د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1980م، ص516؛ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة العامة للكتاب، الاسكندرية، 1998م، ص548؛ د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المصدر السابق، ص621. من الفقه الغربي، ينظر:
P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit. p.201

[7] ان ترجيح تطبيق قانون القاضي في الحالتين محل البحث لا يعني انعدام وجهات نظر مخالفة، ففيما يتعلق بالحل الواجب الاتباع في حالة تعذر اثبات القانون الاجنبي يطرح الفقه ما يأتي: 1- رد طلب المدعي وفي ضوءه يعرض القاضي نفسه لواقعة انكار العدالة. 2- تطبيق القانون الاقرب في احكامه الى القانون الذي تعذر اثباته. 3- تطبيق المبادئ السائدة في الامم المتمدنة. ينظر في تفاصيل هذه الاراء والرد عليها د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص166-168؛ د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2002م ، ص259-261.

[8] Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit., P.569.

[9] ومن القوانين التي قننت هذا الحل صراحة القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي رقم (5)، لعام 1961م، في المادة (73) منه، و التي نصت على ان: "لا يجوز تطبيق قانون اجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب العامة في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي"، ونفس هذا الحكم منصوص عليه صراحة في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لعام 1998م، في المادة (36) منها، والتي نصت على ان: "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام الا اذا كانت احكام القانون الاجنبي التونسي تتعارض مع الاختيارات الاساسية للنظام القانوني التونسي، ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية اطراف النزاع، و لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي، ولا يستبعد من القانون الاجنبي عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي. و يطبق القاضي احكام القانون التونسي بدلًا عن احكام القانون الاجنبي الذي استبعد تطبيقها". والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 في المادة (6)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة (5).

[10] ينظر، د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م ، ص219.

المتوقع للاشخاص في علاقاتهم الخاصة الدولية، ذلك ان قانون القاضي قد لا يكون ملائمًا لطبيعة العلاقة محل النزاع بدليل ان المشرع قد حرص على اسناد العلاقة لقانون اجنبي[1].

ومن جماع ما تقدم، يتبين بان إعمال قانون القاضي الوطني بدلًا عن القانون الاجنبي المختص بالتطبيق في الحالة مدار البحث، سيؤدي في الغالب إلى الاخلال بتوقعات الاشخاص أو انعدامها تمامًا، و نقول في الغالب، لأنه تبقى هناك إحتمالية ان يكون الاشخاص قد قصدوا برفعهم الدعوى امام القاضي في الأساس لأجل إستبعاد القانون المختص وإستبداله بقانون القاضي الذي يحقق لهم المصلحة محل الاعتبار في نظرهم، و هذه الاحتمالية متوفرة في حالة الاستبعاد باسم النظام العام، والتي تؤدي إلى ما يعرف بظاهرة "التسوق القضائي" يعقبها "تسوق قانوني" وهما ظاهرتان غير مرغوب فيهما، فعلى سبيل المثال اذا كان المدين في عقد دولي مطالب بفوائد ربوية فاحشة يجيزها القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع كقانون الارادة مثلا، ثم يقوم هذا المدين برفع الدعوى امام المحاكم العراقية –على فرض ثبوت الاختصاص لها– بهدف صدور حكم لمصلحته يقضي إستبعاد حكم القانون الاجنبي الذي يجيز الفوائد الربوية الفاحشة لتعارضه مع النظام العام العراقي، ففي هذا المثال نجد ان المدين قد قام فعلًا بعملية تسوق قضائية ثم اتبعها تبعتها عملية تسوق قانوني استخدمت فيها الدفع بالنظام العام.

وفي هذه الحالة سيكون التوقع في اقوى درجاته لان المدين قصد عن علم ودراية تطبيق قانون القاضي باسم النظام العام، وقد يظن البعض للوهلة الاولى ان مثل هذه الحالة تمثل تحايلا على القانون، وهذا الظن ليس في محله لان التحايل على القانون يفترض تغيير القانون الواجب التطبيق اصلًا عبر إجراء تغيير في ضوابط الاسناد، و في هذا المثال لم يسلب الاختصاص من القانون المختص وإنما استبعد بعض أحكامه لتعارضها مع النظام العام في قانون القاضي، وعلى فرض ان هناك تداخلا بين التحايل على القانون و النظام العام، فإنه في كل الأحوال يبقى الافراد المعنيون على علم ودراية باحكام القوانين المحتملة التطبيق[2].

ولهذا؛ نجد ان هناك تواترًا في المحاولات الفقهية التي تهدف إلى ضبط وتقييد استخدام فكرة النظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، و بما يسهم في التخفيف من اثارها السلبية لا سيما الاخلال بتوقعات الاشخاص المشروعة، ولكونها فكرة كما يصفها الفقه "سلاح ذو حدين" فيجب الاعتدال في استخدامها من قبل القاضي، فكما هي صمام الامان للمحافظة على الاسس والمبادئ الجوهرية في دولة القاضي، فهي بالمقابل قد تطيح بالتوقعات المشروعة للاشخاص، اذا ماتم استخدامها دون ضوابط معينة، واي افراط في استخدامها سيؤدي الى انهيار التنظيم القانوني للتنازع في الدولة[3]، ولعل ابرز تلك المحاولات تلك التي تتمثل في ضرورة اخضاع الدفع بالنظام العام لرقابة المحكمة العليا (محكمة التمييز)، كونها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما يعني وجود امكانية لتحكم القاضي، وهو تحكم يهدد مبدأ قابلية التوقع في العلاقات الخاصة الدولية، فالتقدير غير الموضوعي للنظام العام سيؤدي الى فوضى قانونية تتعارض مع فكرة التعايش بين النظم القانونية لمختلف الدول، وعليه فان رقابة محكمة التمييز على استخدام الدفع بالنظام العام يعد امرًا ضروريًا لاجل وضع هذا الدفع في اطاره المعقول وتوحيد الاحكام القضائية الصادرة في المسائل ذاتها[4]، فضلًا عن تأكيد الطابع الاستثنائي للنظام العام، بمعنى تضييق نطاق تطبيقها وقصرها على الحالات التي يهدد فيها القانون الاجنبي مصلحة اساسية لدولة القاضي، فلا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام لمجرد مخالفة القانون الاجنبي لقاعدة آمرة في قانون القاضي[5].

واذا ما تم استبعاد القانون الاجنبي بواسطة الدفع بالنظام العام بعد مراعاة ما تم ذكره انفًا من الطروحات المتعلقة بضبط فكرة النظام العام، فان ما يتبع تطبيق قانون القاضي من اهدار لمقتضيات قاعدة التنازع واخلال بالتوقعات المشروعة للاشخاص بسبب الدفع بالنظام العام إنما يكون ترجيحا لمبدأ حماية المصلحة العامة في دولة القاضي والذي يتراجع امامه مبدأ قابلية التوقع[6].

---

[1] ينظر، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص206؛ د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين، مجلة جامعة تكريت للحقوق، عدد خاص بالمؤتمر الدولي الاول، الجزء الثاني، ايلول 2016م، ص13.

[2] ينظر، د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي...، المصدر السابق، ص416.

[3] ينظر، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص196.

[4] وبالنظر إلي أن النظام العام يشكل فكرة تستعصي على التحديد، فإنه يشكل وسيلة لتعديل الحلول، بالنظر إلي ملائمة تطبيق أو عدم تطبيق، وأحيانا تكييف القوانين الأجنبية. ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص628–629.

[5] فشرط الوفاء بالذهب يعد باطلا في العقود الوطنية لمخالفته قاعدة آمرة تقضي بوجوب التعامل بالعملة الوطنية، ولكن في نطاق العقود الدولية ليس هناك ما يدعو الى استبعاد القانون الاجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب باسم النظام العام. ينظر، د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص187–188.

[6] ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص119.

المطلب الثاني

استحالة معرفة مضمون القانون الواجب التطبيق

تنحصر مهمة المشرع الوطني بوضع القواعد القانونية عمومًا، لا سيما تلك الخاصة بمشاكل تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، دون اعتداد بالاحكام الموضوعية لهذه العلاقات، ملقيًا بتلك المهمة على عاتق القاضي الذي يقوم بتطبيق تلك القواعد على العلاقات التي تنشأ بين الاشخاص، على اعتبار ان القاضي اقرب صلة بالنزاع المعروض عليه، فهو اقرب الى معرفة الاحكام التي يتضمنها القانون، و رغم ذلك؛ الا ان معرفة القاضي باحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق ليست بافضل حال من معرفة المشرع، والحقيقة في هذا المجال هو عدم معرفة القاضي في الغالب باحكام القانون الاجنبي فمهمة القاضي ليست سهلة بل تعترضها الصعوبات من جميع النواحي [1].

و نعتقد ان عدم معرفة القاضي بالقانون الاجنبي الواجب التطبيق، يرجع بالاساس إلى جملة من الاسباب، تختلف هذه الاسباب فيما اذا كان القانون الاجنبي مكتوبًا ام غير مكتوب، بأن يكون مصدره العرف او القضاء او الفقه، و يمكن ايجاز هذه الاسباب بشكل مختصر، وكالاتي:

اولًا: اذا كان القانون مكتوبًا:

تتجلى الصعوبة التي تواجه القاضي في معرفة مضمون القانون الاجنبي فيما اذا كان مكتوبًا، باللغة التي شُرع بها هذا القانون فغالبًا ما تكون لغة أجنبية لا يعرفها القاضي و لا يجيدها، فيضطر القاضي إلى الاستعانة بالترجمة و لا يخفى على احد ان دقة الترجمة تتوقف في هذه الحالة على شخص المترجم ذاته، فمن المحتمل أن يصل القانون إلى القاضي و قد شوهت الترجمة نصوصه الأصليه، ويزداد الأمر صعوبة عندما يكون المترجم الذي يعتمد عليه القاضي اجنبيًا، إذ قد تكون ترجمته غير مأمونة في نقل المصطلحات القانونية[2].

ثانيًا: اذا كان القانون غير مكتوب:

إذا كان القانون الاجنبي كذلك، فاما ان يكون مصدره العرف او القضاء او الفقه، فيزداد الامر صعوبة، و يثير كل مصدر من هذه المصادر صعوبة معينة امام القاضي الوطني في معرفة مضمون القانون الاجنبي.فاذا كان العرف مصدر القانون الأجنبي، كما هو الحال في القانون الانكلوسكسونى فأن الصعوبات التي يواجهها القاضي لا تقل عن تلك التي رأيناها بمناسبة تطبيق القانون المكتوب، لعل اهمها ما يتعلق بمعرفة وقت وكيفية نشوئه، فضلًا عن ان هناك خلافًا حول القيمة القانونية لبعض نصوص القانون ذات المصدر العرفي[3].

اما اذا مصدر القانون الاجنبي القضاء، فتكمن الصعوبة في معرفة القيمة القانونية للأحكام القضائية في الدولة التي صدرت فيها، إذ تختلف تلك القيمة باختلاف الدول، ففي انكلتر والولايات المتحدة الأمريكية تعطى السوابق القضائية قوة إلزامية كقوة القانون ويُلزم القاضي بالأخذ بها، في حين ان دولًا اخرى كالعراق ومصر و فرنسا، لا تعطي الاحكام القضائية الا قيمة نسبية تنحصر على الخصوم بالدعوى، وذات الصعوبة تظهر اذا كان مصدر القانون الاجنبي هو الفقه، فتتحدد الصعوبة بمعرفة القيمة القانونية لاقوال الفقه بالنسبة لكل دوله، مثلًا يتمتع فقهاء القانون الدولي الخاص بمراكز ممتازة امام المحاكم الانكليزية وغالبًا ما تأخذ تلك المحاكم باقوالهم في كثير من القضايا التي تعرض عليها[4].

ولا يخفى على احد بان استحالة معرفة مضمون القانون الواجب التطبيق، يترتب عليها استحالة تطبيقه، إذ وكما هو معلوم بان استحالة التطبيق اما ان تكون نتيجة أسباب قانونية متمثلة في وجود قصور في قاعدة التنازع، كأن تكون الجنسية ضابطًا للاسناد فإنه قد يحدث ان الشخص الذي يتعلق به النزاع عديم الجنسية، وإن اصبح هذا الفرض نادرًا في ظل الجهود الدولية الرامية الى مكافحة ظاهرة عديمي الجنسية، وكذلك عدم معرفة القاضي الوطني النظام القانون الأجنبي كما في حالة نظام الوقف المعروف في الدول الاسلامية والمجهول

---

[1] ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر نفسه، ص90.

[2] ينظر، ابراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير، مهمة اثبات القانون الاجنبي امام القاضي الوطني طبقًا للتشريع الاردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 3، 2016م، ص1257.

[3] ينظر، ابراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير، مهمة اثبات القانون الاجنبي...، المصدر نفسه، ص1257.

[4] ينظر، د. عبد الرحمن علام، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الاول، القاهرة، 1970م، ص122.

CC BY

فيما عداها من الدول[1]، و اما ان يكون نتيجة أسباب واقعية تتمثل في استحالة الوصول الى مضمون القانون الأجنبي[2]، ناهيك عن فكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي.

وازاء هذه الاشكالية، فالقاضي ملزم بان يفصل بالنزاع المعروض عليه طبقًا للدور الذي حدده له قانون المرافعات، من حيث وجوب الاعمال التلقائي للقواعد واجبة التطبيق، مع التزامه بالبحث عنها والتحري عن مضمونها، وطنية كانت ام اجنبية[3]، بمعنى تكليف القاضي بالبحث عن مضمون القانون بحسب ما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء الحديث[4]، فلا يحق له ان يمتنع عن تطبيق احكام القانون الأجنبي بحجة عدم معرفة ما يتضمنه من احكام، اذ ان القواعد السارية في نطاق القانون الداخلي و المتعلقة بمعرفة القاضي للقانون، مثل قاعدة (المحكمة تعرف القانون)، تبقى سارية بشأن القانون الأجنبي ايضا على الرغم من ضعف منطقها[5].

واذا كان الراجح في هذه الحالة هو تطبيق قانون القاضي الوطني المعروض عليه النزاع[6]، فان تطبيقه لهذا القانون، يرجع الى اعتبارات عملية متمثلة في علم القاضي الوطني باحكام قانونه وهذا يسهل عليه تطبيقه، طبقًا للاختصاص الاحتياطي في الموضع الماثل[7]، بخلاف حالة الدفع بالنظام العام، إذ يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني استنادًا إلى اعتبارات حماية المصلحة الوطنية[8].

واذا كان حلول قانون القاضي يسهم في تلافي مشكلة استحالة معرفة مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق، فانه سيساهم بشكل او بآخر إلى التأثير السلبي بمبدأ قابيلة التوقع وبما يخل بتوقعات الاشخاص ذلك ان قانون القاضي قد لا يكون ملائما لطبيعة العلاقة محل النزاع، كون تطبيقه سيكون مجردًا –كما في حالة الدفع بالنظام العام– من كل الاعتبارات التي بُنيت عليها قاعدة الاسناد ومن بينها ايجاد الحل المناسب والمتوقع للاشخاص في علاقاتهم ذات الطابع الدولي، بدليل ان المشرع قد حرص على اسناد العلاقة لقانون اجنبي في اطار العلاقات الخاصة الدولية، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة سيكون رهينًا بالمحكمة التي تنظر النزاع[9].

ومن جماع ما تقدم، يتبين بان إعمال قانون القاضي الوطني بدلًا عن القانون الاجنبي المختص بالتطبيق في الحالة مدار البحث، سيؤدي في الغالب إلى الاخلال بتوقعات الاشخاص أو انعدامها تمامًا. ونعتقد ان التقليل من هذا الاثر يمكن ان يتحقق من ناحية بواسطة تعزيز معرفة القاضي بالقوانين الاجنبية –على الاقل القوانين المحتملة التطبيق– بكل الوسائل الممكنة لاجل القضاء على احتمالية تعذر معرفة مضمون القانون الاجنبي المختص بالتطبيق[10]. ختامًا، نستطيع ان نقول، بان كل حالات استبعاد القانون الاجنبي ينتج عنها اثر سلبي

---

[1] ينظر، د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي...، المصدر السابق، ص394–400.

[2] بعد قيام القاضي المطروح عليه النزاع بقطع شوط طويل في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق، يمكن ان يصل في النهاية الى نتيجة سلبية مفادها استحالة تطبيق القانون الأجنبي، ينظر د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1397هـ– 1977م،ص127؛ د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص57

[3] المادة (53) من القانون الدولي الخاص التشيكي، والتي نصت على انه: "تتخذ كل جهة قضائية كافة الاجراءات الضرورية للتحقق من احكام القانون الاجنبي، ويمكنها في حالة عدم تعرفها على مضمونه الالتجاء إلى وزراء العدل"، والمادة (5) من القانون الدولي الخاص المجري الصادر عام 1979م، والتي نصت على انه: "على المحكمة او اي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الاجنبي الذي تجهله، و في حالة الحاجة، لها ان تامر بالخبرة، ويمكنها ايضا ان تاخذ في الاعتبار الادلة التي يقدمها الاطراف، وبناءً على طلب المحكمة او اي سلطة اخرى، يقدم وزير العدل معلومات عن القانون الاجنبي".للمزيد من التفصيل، ينظر، د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، لاسكندرية، 2014، ص614.

[4] ينظر في مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص142؛ د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009م، ص131، د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص...، المصدر اعلاه، ص636.

[5] المادة (4) من القانون المدني الفرنسي، نصت على ان: "القاضي الذي يرفض الحكم، تحت ادعاء سكوت او غموض او نقص التشريع يمكن ان يوجه إليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة "، و المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم (83)، لسنة 1969م، والتي نصت على ان: " لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق. ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق"، فالقاضي ملزم بالبحث عن القاعدة القانونية= =الواجبة التطبيق، وفي حالة تعذر التعرف عليها واثباتها، فبامكانه الرجوع إلى قواعد العدالة، ونحن نؤيد هذا الرأي كونه يتفق مع نص الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على ان: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.".

[6] المادة (182) من القانون الالماني الشرقي، الصادر في 1975/6/19، المعدل لقانون المرافعات المدنية لجمهورية المانيا الشرقية (سابقًا)، والتي نصت على ان: "في حالة عدم التعرف على مضمون القانون الاجنبي يمكن للمحكمة الحكم طبقًا لنصوص قانون جمهورية المانيا الديمقراطية" (سابقًا)، و كذلك المادة (3/5) من القانون الدولي الخاص المجري، الصادر عام 1979، والتي نصت على ان: "عندما يثبت استحالة تحديد مضمون القانون الاجنبي فيجب تطبيق القانون المجري"، وكذلك ايضًا المادة (2/4) من القانون الدولي الخاص النمساوي، الصادر عام 1979، والتي نصت على ان: "إذا لم يثبت القانون الاجنبي في فترة معقولة، رغم الجهود المكثفة، فيجب ان يطبق القانون النمساوي".

[7] ولكن يجب ان لا يغيب عن البال، ان مناط اعمال قانون القاضي، هو وجود رابطة جدية بينه وبين العلاقة القانونية محل النزاع والتي يراد حكمها، وضعف هذه الرابطة او انعدامها يسلب قانون القاضي ولايته في المقام الماثل، ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص579؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي...، المصدر السابق، ص447، د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص640.

[8] ينظر، د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص161.

[9] ينظر، د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص...، المصدر السابق، ص219.

[10] فيجب عليه ان يجتهد في دراسة اهم القوانين الاجنبية، ولا تعني هذه الدراسة شمولها لكل القوانين الاجنبية لاستحالة ذلك عمليا، وانما هي دراسة محددة النطاق من حيث اقتصارها على المبادئ العامة للقوانين الاجنبية من ناحية، والتركيز على دراسة القوانين الاجنبية الاكثر احتمالا للتطبيق في دولة القاضي من ناحية اخرى. ينظر، د. عبد المنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، الطبعة الثانية، دون دار ومكان

متمثل في حالة الفراغ القانوني، ولكن يبقى الاختلاف بين الحالتين مدار البحث وما سواهما من حالات استبعاد القانون الاجنبي، كامنا في الاثر الايجابي للاستبعاد و لاسيما في مدى مراعاة مبدأ قابلية التوقع، لان الاخير عادة ما يستبعد مع استبعاد القانون الاجنبي المختص بسبب استحالة تطبيقه لمخالفته النظام العام، أو بسبب استحالة معرفة مضمونه[1].

الخاتمة

خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج و المقترحات، نؤمن بفائدتها العلمية و العملية، على مستوى التشريع و الفقه و القضاء، اذا ما تم الاخذ بها أو تبنيها، يمكن تلخيصها، بالاتي:

أولًا: الاستنتاجات:

1- التوقع مسالة نسبية، ذات جانب شخصي بحت تختلف من شخص لآخر فما يكون متوقعًا بالنسبة لاحد قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر حتى وان تشابهة الظروف بالنسبة للأثنين معًا.
2- التوقع القانوني في العلاقات الخاصة الدولية –لا سيما فيما يتعلق بتنازع القوانين– أقل درجة من التوقع في العلاقات الوطنية، وذلك بسبب طبيعة القواعد الوطنية المنظمة لهذا النوع من العلاقات والتي تهمل العديد من الاعتبارات التي يقوم عليها، لا سيما عندما تتزاحم مع اعتبارات المصحلة العامة واعتبارات السيادة لتلك الدولة، فتعمد إلى تغليب الاعتبارات الاخيرة على اعتبارات تحققه.
3- تعد نظرية تنازع القوانين من اكثر النظريات التي تراعي مبدأ قابلية التوقع، كونها تعتمد على تحليل العلاقات القانونية طبقًا لطبيعة العلاقة، وهذا التحليل للعلاقات القانونية يجري وفق منطق قانوني مجرد ينتهي في الغالب إلى اختيار القانون السائد في بيئة العلاقة القانونية وهو القانون الذي غالبًا ما يعلم به اطراف العلاقة ولا يفاجئهم كثيرًا عندما يخضعون لاحكامه.
4- يمر التوقع القانوني في ميدان تنازع القوانين، بمرحلتين مهمتين، مرحلة توقع القانون الواجب التطبيق والمرحلة الثانية وهي توقع مضمون الحكم في ذلك القانون، وإذا كان بالإمكان تحقق المرحلة الاولى فلا يمكن الوصول إلى الثانية، لاسيما وان منهج قاعدة التنازع لا يزال سائدًا في حل هذا النوع من التنازع، فلا تتعدى الجهود المبذولة فيه لاجل تحقيق التوقع القانوني المرحلة الاولى منه، وذلك من خلال الاهتمام بتوحيد حلول التنازع ومحاولة التقريب بينها، اما تحقيق المرحلة الثانية من التوقع القانوني فلا يمكن تحقيقه إلاّ من خلال الاعتماد على التنظيم الموضوعي المباشر (القواعد الموضوعية) من خلال توسيع نطاق تطبيقه.
5- من وجهة نظر اقتصادية يؤدي مبدأ قابلية التوقع إلى حماية التوقعات القانونية للمتعاملين في العلاقات الاقتصادية الخاصة الدولية بالشكل الذي يضمن نمو العلاقات التجارية الدولية، إذ يرتبط نشاط الاشخاص بشكل عام بالتوقع القانوني لما يتيحه

نشر، 1970م، ص103. ويجدر بالذكر ان القانون المدني العراقي انفرد من بين القوانين العربية في الاقرار بنص صريح بامكانية اعتماد القاضي الاسلوب المقارن في استمداد الحكم، وهذا الحكم مقرر بنص الفقرة (3) من المادة (1) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على ان: "...وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.".

[1] هذا وتتفق جميع حالات استبعاد القانون الاجنبي بالاثر السلبي المتمثل بحالة الفراغ القانوني، الا انها تختلف بالنسبة للاثر الايجابي المتمثل بالاخلال بمبدأ قابلية التوقع، إذ يكون هذا الاثر متحقق حتمًا في حالتي الاستبعاد المشار اليها في اعلاه (مخالفته النظام العام، او بسبب استحالة معرفة مضمونه)، بينما ينتفي تحقق هذا الاثر اذا كان الاستبعاد بسبب الفكر المهيمن على الاشخاص كما في حالتي (التحايل على القانون، والجهل المغتفر بالقانون) كما في حالة علاقة الاجنبي ناقص الاهلية. فبموجب الاثر الايجابي للاستبعاد سيحل محل القانون= =المستبعد قانون اخر هو متوقع للافراد المعنيين ايضا، ففي حالة التحايل على القانون يعطى الاختصاص للقانون المتحايل عليه لانه الأحق بملأ الفراغ القانوني، بمعنى ان الشخص المتحايل سيكون على دراية تامة بأحكام كلا القانونين أي القانون المستبعد والقانون المتحايل عليه وهو بعلمه هذا إنما يمارس ظاهرة غير مرغوب فيها يمكن تسميتها بـ (ظاهرة التسوق القانوني). اما في حالة الجهل المغتفر بشأن القواعد القانونية التي تحكم أهلية الأجنبي، فالدفع بهذا الجهل لا يعدو ان يكون استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون والاثر الايجابي لهذا الدفع يتمثل فقط في اعتبار الأجنبي كامل الاهلية في التصرف القانوني محل النزاع بشرط ان يكون كذلك بموجب قانون القاضي. بهذا المعنى، ينظر، د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، المصدر السابق، ص567.

وعليه فان تطبيق قانون القاضي بشأن اهلية الأجنبي يأتي مراعاة لمبدأ قابلية التوقع من وجهة نظر المتعاقد الذي يتمسك بجهله باحكام القانون الأجنبي، اما المتعاقد الاخر (ناقص الاهلية) فانه بابرامه تصرفات قانونية على الرغم من نقص اهليته بموجب قانونه الشخصي عليه ان لا يتفاجأ اذا ما عده القاضي كامل الاهلية، واذا كان منذ البداية قد بيّت نية سيئة لكي يتنصل من التزاماته بحجة نقص اهليته، ففي هذه الفرضية ايضا سيكون هذا الشخص على علم تام باحكام قانونه الشخصي واحكام قانون دولة القاضي، ينظر، عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني...، المصدر السابق، ص12.

مما سبق، نستنتج ان الحالات التي يستبعد فيها القانون الاجنبي المختص بالتطبيق بسبب الفكر المهيمن على الافراد لا تؤدي الى الاخلال بتوقعات الاشخاص، وعليه نستحسن موقف المشرع العراقي من فكرة الجهل المغتفر المنصوص عليها في المادة (2/18)، من القانون المدني العراقي، والتي نصت على ان: "...ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبيًا ناقص لاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية.".

الاخير من قدرة على التخطيط لما يمكن ان يكون في المستقبل، وهذه القدرة تتطلب نظام قانوني متكامل ومستقر يضمن في النهاية امكانية التنبؤ القانوني ويحمي التوقعات المشروعة.

6- على الرغم من ان مجرد قبول الإحالة يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد، إلّا أن فكرة الحل الوظيفي تدعم تلك التوقعات، كون ألأخذ بها مشروط بتحقيق هدف قاعدة الاسناد وهي مقيدة في جميع الاحوال بعدم الاخلال بالتوقعات المشروعة للاشخاص، فاذا كان هدف قاعدة الاسناد هو تحقيق العدالة على القاضي أن لا يقبل الاحالة إذا أدى ذلك إلى الاخلال بتوقعات الأفراد، أما إذا كان هدف القاعدة التيسير على الأفراد وحماية توقعاتهم فإن قبول الإحالة سيكون منسجمًا وتوقعاتهم المشروعة.

7- يعد وجود المسائل الأولية بحد ذاته إرباكًا وتعقيدًا في سير عملية تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا الارباك سينال بشكل أو بآخر من درجة التوقع القانوني للافراد، كون إن عملية الإسناد تتم في شكل حيادي وجامد إلى القانون الذي يحكم المسألة الاصلية، الامر الذي يوجب معالجة هذا التعقيد في ضوء عدد من المبادئ واهمها مبدأ العدالة ومبدأ التوقع القانوني.

8- يؤدي استبعاد القانون الاجنبي بسبب إستحالة تطبيقه، في حالتي تعذر إثبات مضمونه أو لمخالفته النظام العام في دولة القاضي، إلى إنهيار البناء النظري والمنهجي لقاعدة التنازع، ومن ثم إنهيار التوقعات القانونية للأفراد، إذ ان إستبعاد القانون الاجنبي بسبب استحالة تطبيقه يؤدي إلى حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد لما له من إختصاص إحتياطي عام حيث يعطى له الإختصاص في كل مرة يستحيل فيها تطبيق القانون الأجنبي، وتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة سيؤدي إلى الاخلال بتوقعات الافراد.

ثانيًا: المقترحات:

1- نأمل من مشرعنا العراقي ان يراجع موقفه الرافض للاحالة كمبدأ في المادة (31) من القانون المدني، فضلًا عن موقفه من قبول الاحالة استثناء في المادة (48) من قانون التجارة النافذ بصدد اهلية الملتزم في الاوراق التجارية، حيث يتوحد الموقف من الاحالة في قاعدة مفادها ان الاحالة يمكن قبولها اذا كان من شأنها الوصول الى حل مناسب ينسجم واهداف قاعدة الاسناد العراقية، ونقترح ان يكون النص بالشكل الآتي: ((إذا عينت قاعدة التنازع العراقية قانون دولة ما، وأحالت نصوص القانون الأخير إلى القانون العراقي أو إلى قانون دولة أخرى، فإن قبول تلك الاحالة أو رفضها يكون مرهونًا بمدى مراعاتها لتوقعات الافراد بالقدر الذي يؤدي إلى توفير حل عادل ومعقول للعلاقة محل النزاع)).

2- نأمل من قضاؤنا العراقي الموقر، ما يلي:

أ- إستثمار المرونة الواردة في المادة (30) من القانون المدني العراقي، وذلك بالبحث عن الحلول العادلة والمنسجمة مع التوقعات المشروعة للاطراف في العلاقات الخاصة الدولية، لا سيما تلك الحلول التي أصبحت فعلًا من المبادئ الأكثر شيوعًا في قانون العلاقات الخاصة الدولية، كما ندعوه إلى توحيد موقفه من الدفع بالنظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي، من خلال التأكيد على الطابع الاستثنائي للنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية.

ب- إخضاع المسائل الاولية للقانون الذي يحقق أفضل النتائج، لا سيما وأن أفضل النتائج لن تتحقق إلّا من خلال مراعاة العدالة وحماية التوقعات المشروعة للافراد حيث يمكن للقاضي عبر هذه النظرية أن يُخضع المسائل الأولية للقانون الذي كان معلومًا من الاطراف في المسألة الأصلية أو على أقل تقدير كان متوقعًا.

قائمة المصادر

أولًا: الكتب القانونية:

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع"اصولاً ومنهجاً"، الطبعة الاولى، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996م.

2- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الاولى، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، 2002م.

3- د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، دار اثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2008م.

4- د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009م.

5- د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
6- د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1988م.
7- د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
8- د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009م.
9- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، التركي للكمبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، 2007م.
10- د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م.
11- د. عبد الرحمن علام، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الاول، القاهرة، 1970م.
12- د. عبد المنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، الطبعة الثانية، دون دار ومكان نشر، 1970م.
13- د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م.
14- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة العامة للكتاب، الاسكندرية، 1998م.
15- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م.
16- د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1980م.
17- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2002م.
18- د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1397هـ- 1977م.
19- استاذنا الدكتور نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، الطبعة الاولى، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد، 1437هـ- 2016م.
20- د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، لاسكندرية، 2014م.
21- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004م.
22- د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007م.
23- د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، 2016م.
24- AUDIT (B), Droit international privé, 2 Edition, paris, Economica, 1992.
25- Batiffol, et P. Lagarde; Traité de droit international privé, T.1, 8ème éd., LGDJ, 1993.
26- Batiffol, Aspects philosophiques de droit international privé, Dalloz, 1956, édition 2002.
27- FRANCESCAKIS, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey, 1958.

ثانيًا: الرسائل والاطاريح:

28- عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، 1434هـ- 2013م.

ثالثًا: الابحاث والمقالات:

29- ابراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير، مهمة اثبات القانون الاجنبي امام القاضي الوطني طبقًا للتشريع الاردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 3، 2016م.
30- د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين، مجلة جامعة تكريت للحقوق، عدد خاص بالمؤتمر الدولي الدولي الاول، الجزء الثاني، ايلول 2016م.

31- D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance: recherches sur le pluralisme juridique, (2 vol.), th. Paris I 2002.

32- P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959.

رابعًا: المحاضرات:

33- استاذنا الدكتور سليمان براك دايح، تطبيق قواعد القانون العام الاجنبية امام القاضي الوطني، محاضرات في القانون الدولي الخاص، القيت على طلبة الدكتوراه، في كلية القانون، جامعة الفلوجة، 2020-2021.

خامسًا: الاتفاقيات الاوروبية:

34- اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

سادسًا: التشريعات الوطنية:

أ- **التشريعات العراقية:**

35- القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951م.

36- قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم (83)، لسنة 1969م.

37- قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984م.

ب - التشريعات الاجنبية:

38- القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي رقم (5)، لعام 1961م.

39- القانون الدولي الخاص التشيكي لعام 1963م.

40- القانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965م.

41- المجموعة الامريكية الثانية لتنازع القوانين لعام 1968م.

42- القانون المدني الاسباني لعام 1974م.

43- القانون الالماني الشرقي، الصادر في 1975/6/19م.

44- القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979م.

45- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979م.

46- والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982م.

47- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، رقم 5 لعام 1985م.

48- القانون الدولي الخاص الالماني لعام1986م.

49- مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لعام 1998م.

سابعًا: احكام القضاء:

50- Cass., 1re civ., 7mars 1938, De Marchi, Rev. crit. dr. internat. privé 1938.

51- Cass., 1re civ., 15 juin 1982, Dame Moatty c. dame Zagha, préc.