كلية القانون جامعة أهل البيت

المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر

الاليات الملطفة لقاعدة الاسناد ذات الغايات المادية

بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة أهل البيت عليهم السلام

الباحث

م.د. حسين نعمة نغيمش الزيادي

الملخص

إنّ الفقه المعاصـر لم يعد يرى في قاعدة الإسـناد مجرد أداة لتوزيع الاختصـاص التشـريعي وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لقاعدة الإسناد ومن ثم إمكانية استخدامها للدفاع عن مصالح خاصة ومحددة في سبيل الوصول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة، وأعلاء هذا المفهوم يستوجب أن تتخلى قاعدة الإسناد عن ضابط الإسناد التلقائي معصوب العينين حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها والإستعانة بضابط إسناد مرن، وهذا هو المفهوم المؤيد لقاعدة الإسناد والذي يطلق عليه بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

Abstract:

Contemporary jurisprudence no longer sees the attribution rule merely as a tool for distributing legislative competence, and this means abandoning the traditional view of the attribution rule and then the possibility of using it to defend specific and specific interests in order to reach an acceptable organization for the parties to the relationship, and to raise this concept requires that the attribution rule abandon an officer. Automatic attribution is blindfolded so that the conflict methodology can allow providing protection for the party in need and the use of a flexible attribution officer, and this is the concept that supports the rule of attribution, which is called the rule of attribution with material goals.

المقدمة

إنّ الفقه المعاصـر لم يعد يرى في قاعدة الإسـناد مجرد أداة لتوزيع الاختصـاص التشـريعي وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لقاعدة الإسـناد ومن ثم إمكانية اسـتخدامها للدفاع عن مصـالح خاصـة ومحددة في سـبيل الوصـول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة، وأعلاء هذا المفهوم يستوجب أن تتخلى قاعدة الإسناد عن ضابط الإسناد التلقائي معصوب العينين حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها والإسـتعانة بضـابط إسـناد مرن، وهذا هو المفهوم المؤيد لقاعدة الإسـناد والذي يطلق عليه بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

وهذا ما يضمن التحول عن الإسناد الجامد إلى الإسناد المرن، وهو ما يسهل للقاضي الوصول إلى القانون الأكثر حماية بالتنقل عبر تلك الضوابط سعياً لتحقيق النتيجة المادية والموضوعية لأحد أطراف العلاقة القانونية.

لذا فأن قاعدة التنازع ذات الغايات المادية قد شـــكلت تغييراً جوهرياً في المنظومة التنازعية وإعادة هيكلة قاعدة تنازع القوانين، إذْ تعرف هذه بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضـابط إسناد يضـعها المشـرع الوطني، هدفها إسـناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقاً للحماية المنشودة بعد فحص القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

وعن طريق هذا التجديد في قواعد الإســـناد يتم التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء الفني لهذه القواعد، بتحويلها من تيار معياري آحادي إلى معيار الروابط التعددية، إذ يمكن من خلال هذه المعايير الأخيرة التوصل إلى قواعد حمائية تحقق حل عادل يلبي توقعات الأطراف المشروعة من دون انتهاك منهج قواعد الإسناد التقليدية .

وإذا أنتهى القاضـــي من تحديد وتشـــخيص قاعدة التنازع ذات الغايات المادية الوطنية المتعلقة بالمســـألة محل النزاع أنتقل إلى المرحلة التالية، وهي إعمال أو تطبيق تلك القاعدة، وذلك الإعمال أو التطبيق ينتهي بالضـــرورة إلى إختيار القانون الواجب التطبيق على تلك المسألة .

وهذا الاختيار أما أن يكون قانون دولة أجنبية أو أكثر من قانون يتزاحم بحكم العلاقة نتيجةً لطابع قاعدة الإســـناد ذات الغايات المادية التي تشتمل على أكثر من ضابط إسناد إختياري توضع على سبيل المساواة أو التدرج . أو أختيار قانون دولة القاضي حيث سيطبق هذا الأخير قانونه الوطني على غرار ما يعمل بشأن المنازعات الخالية من العنصر الأجنبي، إذْ تخضـع العلاقات المشوبة بعنصـر أجنبي لقواعد قانونية وأحكام موضـوعة أصـلاً للعلاقات الوطنية أو الداخلية، رغم ما يقتضـيه ذلك الطابع من معاملة تفضـيلية تيسـيراً للحياة الدولية للأفراد .

وإذا كان تطبيق قانون القاضي بالحالة السابقة يكون اختصاصاً أصيلاً إلاّ أنّهُ قد يطبق وينعقد لهُ الاختصاص بصفة استثنائية في فروض أخرى، منها إذا استحال التعرف على القانون الأجنبي الذي أختارتهُ قاعدة الإسناد ليحكم المسألة المعروضة، ومنها أيضاً إذْ ا تعارضت أحكام ذلك القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي .

وعليه فأن إثارة إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية والتي نسعى من ورائها تحقيق أقصى وظيفة حمائية لقواعد التنازع خصوصيات تعكس الطابع المميز لهذه القواعد ، إلاّ أنها لا تخلو من صعوبات قد تواجه القاضي عند إعمال هذه القاعدة خاصةً عند إسناد العلاقة إلى قانون أجنبي .

وإذْ ا تمكن القاضي من التعرف على القانون الأجنبي وإستبانة لهُ قواعدهِ وأحكامهِ، فهل يكون ملزماً بتطبيقهِ وإنزال حكمهِ على المسئلة المعروضة، أم يطرأ مانع فني يحول دون ذلك، إذْ قد يتضح أن مضمون قواعد القانون الأجنبي يصطدم بالمبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية، أو قد تخول بعض الأنظمة القانونية القاضي بأستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى ما أتضح من ظروف النزاع أن هذا القانون لا يرتبط بالعلاقة محل النزاع إلا برابطة ضعيفة، الأمر الذي يدعونا لمعرفة هذه الآليات الملطفة في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية

ولإستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا لهذا البحث:-

1- دراسة تحليلية :- وذلك من خلال ثلاثة محاور:

- المحور التشريعي :- الذي سوف نتناول فيه المعالجة التشريعية لموضوعنا محل البحث على صعيد القوانين الداخلية (الوطنية).

- المحور الفقهي :- من خلاله سنبين الآراء الفقهية التي تطرقت للموضوع وتحليل هذه الآراء.

- المحور القضائي:- الذي سنحاول فيه تتبع إتجاهات القضاء وقراراته، وصولاً إلى تحديد الإتجاه الذي يوفر أكبر قدر من الحماية.

2- دراسة مقارنة:

وذلك من خلال الاستعانة بقوانين تمثل الإتجاه اللاتيني (فرنسا ، مصر) والإتجاه الانكلوامريكي (الولايات المتحدة الأمريكية) والقانون التونسي الذي يقترب كثيراً من التشريعات الجيرمانية كالقانون السويسري والقانون الألماني ومقارنتها بموقف القانون العراقي .

وتتمثل الآليات الملطفة لقاعدة الإسناد في آليتين أساسيتين ، هما آلية الدفع بالنظام العام وآلية تقويم الإسناد ، تتدخل الأولى عندما تُعيَن قاعدة التنازع قانوناً يتصادم مع الاختيارات الأساسية للمشرع ، بينما تنهض الثانية إذا حددت قاعدة قانوناً لا تربطه بالنزاع روابط موضوعية، إلا أن هاتين الآليتين لهما خصوصية واضحة عندما يتعلق الأمر بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية والتي تختار القانون الأفضل لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر إجنبي ، لذا إرتأينا تقسيم هذا البحث على مطلبين ، نتناول في الأول الحد من تدخل الدفع بالنظام العام وسنبحث في الثاني إقصاء إستثناءات تقويم الإسناد .

المطلب الأول

الحد من تدخل الدفع بالنظام العام

يتضمن النظام العام، مجموعة من القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد(

[1]، وينقسم النظام العام الاقتصادي بدوره على نوعين، النظام العام التوجيهي الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تسعى إليه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية ويدخل في نطاق النظام العام التوجيهي القوانين الخاصة بتنظيم الأسعار والصرف والائتمان والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة، والنظام العام الحمائي الذي يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً وفي خصوص الروابط الاقتصادية يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصادياً كالمزارع والمستهلك والعامل والمقترض[2] .

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد ما هو دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في كل من النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي ؟

بالنسبة بالنظام العام التوجيهي وبالرغم من أنه يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية تعمل في أطار العلاقات الخاصة الدولية وتحدد أطارها في المصلحة الخاصة، إلا أنه قد يؤدي إعمال هذه القواعد الأخيرة إلى تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية (النظام العام التوجيهي الأجنبي)[3]، إذا كانت توفر قدر من الحماية يفوق تلك الحماية المقررة في القواعد الآمرة في قانون دولة القاضي المعروض أمامهُ النزاع .

مثال ذلك لو عُرضَ نزاع أمام القاضي الوطني بشأن علاقة عمل أحد أطرافها من الأحداث وكانت قانون دولته يحدد ساعات عمل الحدث بـ (6 ساعات) وقانون دولة رب العمل يحددها بـ (7 ساعات)، وكان مكان العمل في دولة ثالثة عدد ساعات عمل الأحداث تقرر بـ (4 ساعات)، لو طبق القاضي الوطني قانون دولتهِ لأعتبارات النظام العام التوجيهي بوصفهِ ضابط إسناد لصالح قانون القاضي المحدد بـ (6 ساعات)، أما لو أخذ القاضي بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح للعامل لعقد الاختصاص لقانون دولة مكان التنفيذ المحدد بـ (4 ساعات)، فإعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية أدى إلى تحقيق أقصى حماية للحدث العامل .

وبذلك أسست قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في نطاق النظام العام التوجيهي لقاعدة تقول : (تمثل الحقوق الواردة في أحكام قانون دولة القاضي والمتعلقة بالمصلحة العامة الحد الأدنى من الحقوق ولا تؤثر تلك الأحكام على أي حق من الحقوق التي تمنح بموجب قانون أخر، يترتب على فرضها حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة بموجب أحكام القانون الوطني) .

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي في المادة (2/130) من القانون المدني النافذ حدد المواد المتعلقة بالنظام العام دون بيان أنواعه[4]، كما أن أحد الفقهاء المصريين، ينتهي إلى القول بأن قوانين النظام العام التوجيهي هي ما يطلق عليه قوانين البوليس والأمن، أو القواعد ذات التطبيق الضروري[5] .

أما بالنسبة للنظام العام الحمائي، تعد قاعدة الإسناد التقليدية بوصفها طريقة غير مباشرة لتعيين القانون الواجب التطبيق قفزة نحو المجهول[6] ، وهذا ما يترتب عليه ضرورة إرساء نظام حمائي يحد من مخاطر إمكانية تعيين قانون أجنبي يتعارض مع الأفكار

---

[1] د. أحمد قسمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1 ، ط2، القاهرة، 1954، ص205 .

[2] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص44 .

[3] بخصوص تطبيق القواعد الآمرة في القانون الأجنبي من قبل القاضي وفقاً لقواعد الإسناد . انظر أستاذنا د. فراس كريم شيعان، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ، 2007 ، ص163 – 178 .

[4] تنص المادة (2/130) من القانون المدني العراقي على أن : ((ويعتبر من النظام العام بوجهٍ خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالأنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف ومال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) .

[5] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 .، ص38 .

[6] شبّه الفقيه (Raape) النتائج غير المتوقعة لتنازع القوانين بأنها قفزة نحو المجهول انظر : Leo Raape , Internationales Privatrechnt , London , 1995 , P. 150 . أشار إليه د. نظام جبار طالب ، تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية : دروس مستفادة من التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية عن كلية القانون في جامعة الكوفة ، العدد 1 ، 2018 .، ص144 .

الأســاســية التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني ، وعليه كان الدفع بالنظام العام[7] في مفهوم القانون الدولي الخاص يتدخل كتقنية لأبعاد القانون الأجنبي المخالف للسياسة الجوهرية للنظام القانوني المراد تطبيق القانون الأجنبي فيه[8]، إذْ إنّ التسلسل المنطقي لتدخل هذه التقنية يفترض أولاً النظر في محتوى القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإســـناد ومن ثم إعمال آلية الدفع بالنظام العام عند التعارض ، وهذا التسلسل نتيجة طبيعية لخاصية الحياد التي تميز قاعدة التنازع التقليدية التي تحدد القانون بطريقة آلية دون النظر إلى مضمونه[9] .

ولما كانت قاعدة الإســـناد ذات الغايات المادية هي قاعدة غير حيادية تقوم بالفحص المســـبق لمحتوى القوانين ممكنة الانطباق والتي على ضـوئها يتم تعيين القانون الأصـلح لحكم العلاقة المتضـمنة عنصـراً أجنبياً ، الأمر الذي يضـع حداً للتدخل اللاحق للنظام العام خاصـة وأن القانون الأصـلح غالباً ما يتم تعيينه وفقاً لاختيارات المشـرع ، لذا فأن هذه القواعد بتضـمينها لخيارات المشـرع قد افرغت دور الدفع بالنظام العام من تحقيق هذه الأهداف لأنها تأخذ من البدء الاعتبارات المادية للمشرع مما يحد من تدخل الدفع بالنظام العام في مفهومه التقليدي الاقصائي في المواد المنظمة بواسطة قاعدة التنازع ذات الطابع المادي[10] .

وعلى هذا الأساس فأن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تعدل من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصـــلح التي تســـعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه ، طالما أنها تســـتغرقهُ منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق[11] ، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية ، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الاقصائية وإنما أصبح لاعباً إيجابياً يستغرق من قبل قاعدة التنازع ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأســاســية للمشــرع ، وبالتالي فأن القانون المخالف لهذه الاختيارات لا يتم إســتبعاده بعد إعمال هذه القاعدة ذات الوظيفة الحمائية وتعيين القانون الواجب التطبيق وفحص محتواه وإستنتاج أنه مخالف للخيارات الأساسية ، وإنما يتم الإقصـاء منذ البداية في مرحلة إختيار القانون المنطبق[12] .

---

[7] تمييزاً للنظام العام في تنازع القوانين عن النظام العام الداخلي ، يصطلح عليه عادة الدفع بالنظام العام على أساس أنه يدفع أو يدرأ به القانون الأجنبي . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً) ، ط1 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1996 .، ص607 . أما إصطلاح النظام العام الداخلي فأنه يقترن بالقواعد القانونية الآمرة التي هي مجموعة من القواعد في التشريع الداخلي التي لا يجوز الأفراد الاتفاق على خلافها . أنظر سليمان عبد المجيد ، النظرية العامة للقواعد الآمرة والنظام القانوني الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص315 . ويفضل بعض الفقهاء اصطلاح غياب الإشتراك القانوني مقابل النظام العام مسوغاً ذلك بأن هذا الاصطلاح أكثر إنسجاماً وتناغماً مع فكرة الموضوع التي تتعلق بالمشكلات التي تعترض القضاء عند إعتماده القانون الشخصي في سبيل حل التنازع الدولي . انظر استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت، 2017 .، ص339 ، هامش رقم 223 . وجدير بنا أن نذكر بأن فكرة غياب الاشتراك القانوني جاء بها الفقيه سافيني، وأرجع هذا الغياب إلى اختلاف الأفكار والمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بين المجتمعات وربطها بدرجة كبيرة بالتباعد الحضاري . لمزيد من التفاصيل انظر د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2003 – 2004 ، ص190 وما بعدها .

[8] انظر Dr. Bouanaka Essaid , Le droit conventionnel et l’ order public dérogatoire : entre le principle de favenr et “l’ intérét des relations detraxdQil;” , université Abderrahmanc . mira , faculté de droit etdes sciences Politiques , 2015 , PP. 659 – 665 .

[9] انظر د. أحمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص35.

[10] انظر Libshabar , “L’exception d’ordre en droit international Prive” in l’ ordre public a lafin on xxéme , Dalloz , 1991 , PP. 65 – 71 . نقلاً عن منتصر السلامي ، قاعدة القانون الأفضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة القضائية تصدر عن الهيئة الوطنية للمحامي ، تونس ، 2006 – 2007 .، ص9 .

[11] انظر F. Leclerc , La Protection de la Partie faible dans les contrats internationaux , stras – bourg , 1995 , P. 733 .

[12] انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص10 .

ونستشف مما تقدم أعلاه إلى أن كل من قاعدة التنازع ذات الغايات المادية والدفع بالنظام العام[13] ، يرميان إلى تحقيق الغايات نفسها وهي المحافظة على الأهداف التشريعية للنظام القانوني الوطني ، كل ما في الأمر أن طريقة المحافظة على هذه الأهداف هي التي تختلف ، ففي حين يتدخل الدفع بالنظام العام للمحافظة على هذه السياسات بعد تعيين قاعدة الإسناد للقانون الواجب التطبيق ، تتم حماية هذه الخيارات بالنسبة لقاعدة التنازع ذات الغايات المادية في مرحلة سابقة للتعيين وهي مرحلة إختيار القانون المنطبق ، إذْ إنّها بحكم توجهها إلى تحقيق أثر مادي معين فأنها تستبعد منذ البداية إختيار قانون يخالف هذا الأثر.

إنّ الحد من تدخل الدفع بالنظام العام لا يشكل الأثر الوحيد لآلية إعمال قواعد التنازع ذات الغايات المادية ، إذْ إنّ إعمال هذه القاعدة يفسر إقصاء استثناءات تقويم الإسناد ، وهذا ما سوف نعرضه في الفرع الثاني .

المطلب الثاني

إقصاء إستثناءات تقويم الإسناد

تلجأ بعض النظم القانونية وبصفة إستثنائية حق تخويل القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى ما أتضح من ظروف النزاع أن هذا القانون لا يرتبط بالعلاقة محل النزاع إلاّ برابطة ضعيفة وأن هنالك قانوناً آخر له صلة وثيقة بها ، وأن هذه الرخصة الممنوحة للقاضي قد تكون عامة يستطيع من خلالها القاضي إقصاء القانون الذي تعينه قاعدة التنازع لحكم أي مادة من مواد تنازع القوانين ، وقد تكون قاصرة على إستبعاد القانون الذي ترشد إليه قاعدة التنازع لحكم مادة بعينها[14] .

ويعرف بعض من الفقه[15] ، هذه الإستثناءات بأنها ((مجموعة من القواعد التي تعطي للقاضي في مجال سلطته التقديرية إمكانية عدم تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وتطبيق قانوناً آخر يعد الأنسب والأكثر ملائمة بالنظر إلى ظروف وملابسات النزاع)) ، وفي نفس المعنى ذهب جانباً من الفقه العربي[16] ، بأنها وسيلة لتقويم منهج الإسناد تمكن القاضي على وجه الاستثناء من

---

[13] ادرجت العديد من التشريعات الدفع بالنظام في نصوصها ، وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (32) من القانون المدني النافذ والتي تنص على أن ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة)) وهذا ما سار عليه من قبل المشرع المصري في المادة (28) من القانون المدني المصري النافذ ، أما المشرع التونسي فقد نص عليه وبشيء من التفصيل في الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي سالفة الذكر ، أما في فرنسا فقد ذكر اصطلاح النظام العام في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي ولاسيما المادة (6) منه التي تنص على أنه ((لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة)) ، وعلى الرغم من أن هذا النص لم يذكر شيئاً عن القوانين الأجنبية ، فقد استقر عليه العمل في القضاء الفرنسي . انظر حول أحكام القضاء الفرنسي المتعلقة بالنظام العام بيار ماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص529 – 530 . أما في الولايات المتحدة الامريكية فأن تحرك هذا الدفع أقل من غيره من البلاد بالنظر إلى ما تجري عليه من إسناد الاحوال الشخصية (وهي أوسع مجال لتطبيق القانون الاجنبي) إلى قانون الموطن ، وغالباً ما يكون هو موطن القاضي ، ويضيف الفقيه (Lagarde) سبباً آخر هو أن كثير من المسائل التي تدخل في مجال إعمال هذا الدفع تدخل في نطاق مسائل المرافعات ومن ثم يخضعها لقانون القاضي . انظر بحثه (ابحاث في النظام العام في القانون الدولي الخاص) Lagarde , recherché sur l’order public endroit international privé , Paris , 1959 , P. 16.

[14] إذا كان تحديد نطاق الاستثناءات العامة قد تثير بعض الصعوبات فأن الأمر يختلف بالنسبة لتحديد الاستثناءات ذات الطابع الجزئي أو الخاص لأن المشرع يقصرها صراحة على قاعدة تنازع معينة أو لأن نطاقها يمكن استخلاصه ضمنياً من تفسير الاستثناء . انظر Andreas Bucher , La clause d’exception dans le context de lapartie générale de la LDIP , 21 . Journée de droit international privé , 20 Mars , 2009 , P. 2 ets .

[15] انظر César Dubler , Les clauses déxception en droit international privé , these présentée a’ la faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l’université de fribourq (Suisse) . coenéve , 1983 , P. 27

[16] انظر د. أحمد محمد الهواري ، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص21 .

اسـتبعاد القانون الذي تعينه قاعدة الإسـناد لحكم النزاع وإخضـاعه للقانون الذي يرتبط معه بالعلاقة الأكثر وثوقاً وذلك بهدف تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص .

وقد أنتشرت استثناءات تقويم الإسناد ولأغلبيتها طابعاً جزئياً في تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة في الدول الأوربية[17] والإتفاقيات الدولية[18] ، كما لجأ إليها القضـاء هناك أحياناً دون أن يستند في ذلك إلى سند تشـريعي[19] ، وبخصـوص الوضـع في القانون العراقي وبقية القوانين المقارنة ، نجد أن كل من القانونين العراقي والمصـري لم ينص على هذه الاسـتثناءات بصـورتيها العامة والجزئية ، أما القانون التونســي فأن المجال الوحيد الذي أعتمد فيه المشــرع على هذه الاســتثناءات وبطابعها الجزئي هو مجال تنظيم علاقات العمل الدولية في الفصـــل (67) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي تنص الفقرة الثانية منه على أن ((إذا تعوّدَ العامل على إداء عمله في عدة دول فأن عقد الشـغل يخضـع لقانون الدولة التي بها مؤسسـة المؤجر إلا إذْ ا ثبت من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى وفي هذه الحالة يُطَبقْ قانون هذه الدولة))[20] .

وعن الوضع في فرنسا ، فتظهر دراسة بعض الأحكام التي أصدرها القضاء هناك ،، وجود إستثناءات لتقويم الإسناد إلى قانون الجنسـية والذي تتبناه قواعد الإسـناد المطبقة على مسـائل الأحوال الشـخصـية ، فهنالك بعض الأحكام لا يمكن تفسـيرها دون وجود هذا الاسـتثناء، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسـية الصـادر في 1974/6/25[21] ، خلصـت المحكمة في نزاع يتعلق بأهلية لاجيء سـوري ، خلصـت المحكمة إلى وجوب معاملة أطراف النزاع كما لو كانوا عديمي الجنسـية ومن ثم إخضـاع أهليتهم لقانون موطنهم أو محل إقامتهم وهو قانون الوسط الاجتماعي الذي اندمج فيه وهو القانون الفرنسي .

---

[17] تجسد المادة (15) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 النافذ مثالاً نموذجياً لأحد استثناءات تقويم الإسناد العامة إذ تنص على أن ((1- لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع ، إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف أن النزاع لا ترتبط بهذا القانون إلا بعلاقة ضعيفة جداً وأنه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقة الأكثر وثوقاً . 2- هذا النص لا يطبق عند إختيار القانون)) . نقلاً عن د. أحمد محمد الهواري ، نظرات في ... ، المصدر السابق ، ص18 .

[18] أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بهذه الاستثناءات ، مثل لائحة روما (1) المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لعام 2008 سالفة الذكر في المادة (4/8) والخاص بعقد العمل . كذلك عملت بها اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقول لسنة 1980 في المادة (3/8) منها . لمزيد من التفاصيل حول هذه الاستثناءات في الاتفاقيات الدولية . انظر إستاذنا فراس كريم شيعان ، مصدر سابق ، ص147 وما بعدها .

[19] من هذا القبيل ما أصدرته محكمة درجة أولى (Ausweichklause) في حكمها الصادر بتاريخ 1980/10/31. في نزاع يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقد وساطة بين وسيط سويسري وشركة سويسرية التزم بمقتضاه الأول والمقيم بالسعودية بالقيام ببعض العمليات التجارية لصالح الشركة السعودية التي كان يقيم بها وقت القيام بهذه العمليات ، إذ قضت بتطبيق القانون السويسري بالرغم من أن القانون الواجب التطبيق وفي هذا النزاع كان القانون السعودي بوصفه قانون موطن الوسيط معتبرة أن هذا القانون الأخير لا يرتبط بالنزاع إلا بعلاقة عارضة وأن عقد الوساطة يحتفظ بعلاقة الأكثر وثوقاً مع سويسرا بالنظر إلى جنسية الوسيط . انظر في ذلك Dubler , Op . cit , P. 231 . إذ يخلص إلى ذكر تسبيب قرار المحكمة والتي تدعو للدهشة حسب وصفه :

“La clause échappoation droit étre appliqvée lorsque les parties ont omis de designer le droit applicable et que le rattachement objectif conduirat áun résultat non satisfaisant , II en serait qinsi dans le cas present , du fait de lápplication d’un droit de conception radicalement etrargére . au ser timeux juiridique des Ruisses et inconnu de toutes les Parties” .

[20] انظر في شرح هذه المادة مبروك بنموسى شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، بلا مكان نشر، 2003، ص 544.

[21] انظر قرار الحكم باللغة الفرنسية . أشار إليه د. أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص48 .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فنجد أن التقنين الأمريكي الثاني وفي مجال الالتزامات التعاقدية ، نصـــت على عدد من الشروط الاستثنائية ذات الطابع الجزئي في المواد 189 إلى 197 والخاصة بعقد بيع العقار مثالاً لأحد هذه الشروط[22] التي يمكن إعمالها وعلى سبيل المثال عندما يكون لطرفي عقد البيع موطن في نفس الولاية[23] .

ويتضح مما تقدم أن أستثناءات تقويم الإسناد تعتمد على تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بعلاقة وطيدة مهما كان محتوى هذا القانون ومضـمونه بخلاف من ذلك لا تبحث قاعدة التنازع ذات الغايات المادية عن تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع موضـوعياً وإنما هاجس هذه القاعدة هو تحقيق الأثر المادي المطلوب منها بغض النظر عن مدى قوة إرتباط القانون المتضـــمن للأثر بالنزاع ، وعلى هذا الأساس فأن وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد التنازع ذات الوظيفة الحمائية قد يكون إشكالياً ، لأن إعتمادها يزيح جانباً هذه القاعدة ويقصـي تطبيقها ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرع تحقيقه ، وبإقصـاء المشـرع لاستثناءات تقويم الإسناد فأن هذا الأخير لا يمكن بحال أن يستبعد تطبيق القانون الأفضل الذي أشارت إليه قاعدة التنازع ذات الغايات المادية ولو كان هذا القانون لا تربطه بموضوع النزاع إلا علاقة هامشية على الرغم من وجود قانون آخر تربطه بالنزاع علاقة وطيدة[24] .

وبدورنا نؤيد بأن إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية يؤدي إلى إقصاء استثناءات تقويم الإسناد وآيتنا في ذلك ما يلي :

أولاً : إختلاف الأساس الذي تقوم عليه قواعد الإسناد ذات الغايات المادية عن ذلك الذي تستند عليه إستثناءات تقويم الإسناد ، فقد سبق وأن عرفنا أن هذه الاستثناءات لا يتم العمل بها إلا بهدف تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة محل النزاع وهذا هو مفهوم العدالة الذي تتكأ عليه قواعد الإسناد التقليدية ، بخلاف من ذلك فأن قواعد التنازع ذات الغايات المادية لا تهدف إلى ضمان التوصل لإسناد يتفق مع هدف العدالة في العلاقات الخاصة الدولية بقدر ما تسعى للوصول إلى ضمان تحقيق نتيجة مادية معينة . لذا فأنه لا يتصور تدخل هذه الإستثناءات في إطار تطبيق تلك القواعد عندما يؤدي إخضاع العلاقة للقانون الذي ترتبط به .

ثانياً : إن قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية قد تتبنى ضوابط إسناد إختيارية تعتمد على إرادة الأطراف أو إرادة القاضي في تطبيقها ، ولما كان القانون السـويسـري هو من التشـريعات الرائدة التي تضـمنت على إسـتثناءات تقويم الإسـناد ، فنلاحظ أن هذا الأخير بعد أن نص في المادة (1/15) منه على أن لا يطبق إلا بصـفة اسـتثنائية القانون الذي يعينه هذا التشـريع إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف أن النزاع لا يرتبط بهذا القانون إلاّ بعلاقة ضعيفة جداً وأنه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقة أكثر وثوقاً ، إلا أنه عاد وإستثنى في الفقرة (2) من المادة أعلاه وقال بأن هذا النص لا يطبق عند أختيار القانون ؟ فعبارة إختيار القانون توحي بأنَّ قاعدة التنازع قد تحتوي على أكثر من ضـــابط ويتم الاختيار أما من قبل إرادة الأطراف أو من قبل القاضـــي وهذا هو ديدن قواعد الإســناد ذات الغايات المادية ، ومثال الحالة الأولى القاعدة التي تمنح المضـــرور حرية إختيار القانون الذي يحكم المســؤولية التقصـــيرية من بين عدة قوانين حتى لو كان القانون المختار لا يرتبط بالنزاع إلا بعلاقة واهنة ما دام أنه يحقق مصلحة المضرور من بين عدة قوانين قد ترتبط بعلاقة أكثر قوة من القانون المختار ومما لا شك فيه أن استثناءات تقويم الإسناد لا تعمل هنا ، والحالة الثانية التي تتعطل فيها هذه الاستثناءات الحالة التي يتطلب فيها من القاضـي إختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة التي تعينها ضوابط الإسناد ، إذْ إنّه من الطبيعي أن اختيار القاضي لقانون يمنع تحقيق النتيجة المادية المستهدفة يعد أمراً يتنافى مع روح القانون ، فعلى سبيل المثال لا يمكن للقاضي أن يطبق قانون جنسية الطفل إذا كان تطبيق هذا القانون لا يؤدي إلى الاعتراف بالطفل في العلاقة المشـتملة على عنصـر أجنبي في حين أن تطبيق قانون محل إقامة الطفل يؤدي إلى تحقيق هذه النتيجة .

---

[22] نص المادة 189 من التقنين الأمريكي الثاني :

“The Validity of a contract for the transfer of an interest in land and the right created thereby are determined , The ahsence of an effective choice of law by the pacties , by the local law of the state where the land is situated unless , with respect to the particular issue , some other state has a more significant relationship under the principles stated in P6 to the transaction and the parties , in which event the local law of the other state will be applied” .

- انظر نصوص التقنين الامريكي الثاني متاح على الرابط الالكتروني : www.columbia.edu

[23] يرى جانباً من الفقه الامريكي بحق أنه ينبغي التفرقة بين هذه الشروط التي يتضمنها التقنين الامريكي الثاني وبين استثناءات تقويم الإسناد التي تقابلها في التقنينات الاوربية من حيث نطاقها ووظيفتها أنظر بذلك : Restatement of the law second , conflict of laws , 2d , Vol1 , St , Paul , minn 1971 , P. 588 ets .

[24] انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص12 .

ثالثاً : إن الفقه الأوربي عَدَّ هذه الإســـتثناءات رداً مناســـباً على الانتقادات التي وجهها الفقه الأمريكي على إختلاف مذاهبه للطبيعة الآلية والعمياء لقواعد التنازع التقليدية ، إذْ إنّه مع هذه الاســـتثناءات تبدو قاعدة الإســـناد كما لو كانت في إختبار دائم لمدى قدرتها على تحقيق عدالة الإسناد ، فإذْ ا أفضى تطبيقها إلى نتيجة لا تتسم بواقعيتها لأنها تُعيّن قانوناً لا ترتبط معه العلاقة برابطة فعلية ، كان لابد من تقويمها باستبعاد هذا القانون وتطبيق آخر يحتفظ مع العلاقة برابطة أكثر وثوقاً لكن هذا الفقه من حيث لا يدري وصل إلى النتيجة نفسها التي خرج بها الفقه الأمريكي، إذْ أن وظيفة هذه الإســـتثناءات تتمثل بأنها تذكر القاضـــي بأنه لا يســـتخدم قواعد وإنما قرائن إســـناد ومن ثم لا يقوم بتطبيقها إلاّ إذا ثبت صـحتها في ضـوء معطيات النزاع الواقعية وهذه هي وظيفة الإستثناءات التي يتضـمنها التقنين الأمريكي الثاني لتنازع القوانين والتي تهدف إلى تذكير القاضـــي بالمباديء التي يجب على ضـــوئها حل مشـــكلات تنازع القوانين ، والتي ورد ذكرها في الفقرة السادسة من هذا التقنين والمشار إليها في مواضيع سابقة من هذه الدراسة .

وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الاستثناءات بصورتها العامة ، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف له أن يستثني تطبيقها في مواضيع أخرى ؟ وخصوصاً إنها استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره . وإن كان لا ضير من إعمال هذه الإستثناءات بطابعها الجزئي .

إنّ هذه الخصـوصـيات في إعمال قاعدة الإسـناد ذات الغايات المادية لابد من أن يترتب عليها صـعوبات عند إعمالها ، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

الخاتمة

خلصت الدراسة إلى أن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تُعدِلْ من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجِّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصلح التي تسعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه، طالما أنها تستغرقه منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الإقصائية وإنما أصبح لاعباً إيجابياً يُســـتغرقْ من قبل قاعدة الإســـناد ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأساسية للمشرع .

وإنَّ وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد إسناد ذات غايات مادية في تشريعاته قد يكون إشكالياً؛ لأنّ إعتماده يزيح جانباً هذه القاعدة ويُصعب تطبيقها، ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرعَ تحقيقه . وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الإستثناءات بصورتها العامة، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف به أن يستثني تطبيقها في مواضع أُخرى ؟ خصوصاً إنها إستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره، وإنْ كان لا ضير من إعمال هذه الاستثناءات بطابعها الجزئي .

إنّ دراسة الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين، لذا نقترح على المشرع العراقي إدراج أو تضمين قواعد إسناد ذات غايات مادية (قواعد إسناد حمائية) في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، لاسيما القاعدة التي تحتوي على أكثر من ضابط إسناد مع إعطاء الأولوية للقانون الأصلح.

المصادر

1- د. أحمد عبد الكريم ســلامة، القواعد ذات التطبيق الضــروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

2- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً)، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.

3- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009،

4- د. أحمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995.

5- د. أحمد قسمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1 ، ط2، القاهرة، 1954،

6- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت، 2017 .،

7- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 – 2004،

8- د. فراس كريم شـــيعان، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ، 2007 ،

9- د. نظام جبار طالب ، تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية : دروس مســـتفادة من التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية عن كلية القانون في جامعة الكوفة ، العدد 1 ، 2018 .

10- منتصر السلامي ، قاعدة القانون الأفضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة القضائية تصدر عن الهيئة الوطنية للمحامي ، تونس ، 2006 – 2007.

11- مبروك بنموسى شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، بلا مكان نشر، 2003 .

المصادر الاجنبية

1- Andreas Bucher , La clause d’exception dans le context de lapartie générale de la LDIP , 21 . Journée de droit international privé , 20 Mars , 2009

2- César Dubler , Les clauses déxception en droit international privé , these présentée a’ la faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l’université de fribourq (Suisse) coenéve , 1983 ,