الصياغة التشريعية ودورها في تحقيق الموازنة بين القيود القانونية ومتطلبات الواقع (دراسة مقارنة)

Legislative Drafting And Its Role In Achieving Balance Between Legal Restrictions And Reality Requirements (A Comparative Study)

أ.د. غسان عبيد محمد [١]

Prof. Ghassan Obeid Muhammed (PhD)

سلوى مهدي حسين خضير [٢]

Salwa Mahdi Hussein Kudheir

الخُلاصة

إن التطور الحاصل في العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة يتطلب مرونة في قواعد الإسناد و هذا يتطلب تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع من خلال مسايرة النصوص القانون للتطورات، ويتم ذلك من خلال أتاحة للقاضي سلطة تقديرية عند تطبيق النصوص القانونية وذلك من خلال صياغتها صياغة مرنة تمكنه من الاستجابة لمتطلبات الواقع، فالصياغة التشريعية تعد مظهرًا من مظاهر نمو العلاقات ذات الطبيعة الدولية ووسيلة هامة لمواكبة التطورات، فهي تتيح للقاضي حرية التقدير و المواءمة، إذ للصياغة التشريعية أهمية كبيرة في تحقيق الموازنة، وجعل النص القانوني ينسجم مع متطلبات الواقع، فما هو أسلوب الصياغة الذي يفترض أن تصاغ فيها قاعدة الإسناد بحيث تكون قادرة على مواكبة متطلبات الواقع؟

١- جامعة كربلاء – كلية القانون

٢ جامعة كربلاء – كلية القانون

الكلمات المفتاحية: صور الصياغة التشريعية، تأثير الصياغة في نطاق التطبيق، تأثير الصياغة بتطوير قواعد الإسناد.

Abstract

The development in these relations of a special international nature requires flexibility in the rules of attribution, and this requires achieving a balance between the restrictions of the legal text and the requirements of reality, and this is done by giving the judge discretionary authority when applying legal texts by formulating a flexible formulation that enables him to respond to the requirements of reality Legislative drafting is a manifestation of the growth of relations of an international nature and an important means to keep pace with developments. Where is the attribution base so that it is able to keep pace with the requirements of reality?

Keywords: Forms of legislative drafting, the effect of drafting on the scope of application, and the effect of drafting on developing attribution rules.

المقدمة

أولًا. فكرة البحث

يدور البحث حول فكرة مفادها أن قواعد الإسناد تحاول أن تجاري بين قيود النصوص القانونية تارة وبين التطورات التي تحصل بشكل مستمر في الحياة الواقعية تارة أخرى، وهذا الأمر يتطلب منا معرفة مدى قدرة هذه القاعدة على المجاراة والتوفيق بين الأمرين فهي تحاول أعمال هذا المجاراة عن طريق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، وتتحقق هذه الموازنة من خلال الصياغة التشريعية، فالصياغة المرنة قد تلعب دورًا كبيرًا في تحقيق الموازنة، إذ إنها تمنح القاضي حيزًا للاجتهاد، للتحرر من قيود النص.

ثانيًا . أهمية البحث

تتضح أهمية الدراسة من ناحيتين، نظرية وعملية، إذ من الجانب النظري هي الدراسة والبحث العلمي ذاته من حيث تناول موقف التشريعات والقضاء والاتفاقيات الدولية في كيفية معالجة قاعدة الإسناد لعلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة.

أما الجانب العملي فتبدو الأهمية واضحة من حيث الصعوبات التي تحصل بسبب عدم مسايرة قاعدة الإسناد للتطورات والواقع إذ يشوبه العديد من المساوئ، فهو بحاجة إلى التطوير ويتم ذلك عن طريق صياغة النص القانوني صياغة مرنة تتيح للقاضي إمكانية مواءمة النص القانوني عند تطبيقه على النزاع.

ثالثًا . إشكالية البحث

إنَ قاعدة الإسناد أو المنهج ألتنازعي مع أهميته وقدم تشريعه لدى معظم التشريعات العربية والمقارنة من خلال القوانين الخاصة بمعاملة الأجانب أو تقنينات (القانون الدولي الخاص) أو النصوص التي وردت في

التقنينات المدنية لدى الدول الأخرى فقد ظهرت من خلال التطبيق حاجة ماسة لتعديله وجعله يتوافق مع متطلبات الواقع أو التعامل مع المناهج أخرى لغرض تلبية تطورات الواقع وما فرضه من مسائل تلامس العلاقات الدولية الخاصة ومن جهة أخرى تظهر أو تثار عدّة تساؤلات أو عدّة مشاكل ناتجة عن خصائص التي يحملها هذا المنهج وكيفية معالجتها و تطويعها لتنسجم مع الواقع.

رابعًا . منهجية البحث

أتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، من خلال بيان وتحليل النصوص القانونية قدر المستطاع وصولًا إلى إعطاء الصورة الواضحة عن كيفية تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، وبالاعتماد على أسلوب المقارنة بين نصوص التشريعات المختلفة التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية والقانون الدولي الخاص الألماني وبالإضافة إلى القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية ومنها لائحة روما التي نظمت العديد من المسائل الواقعية للعلاقات الدولية الخاصة، بالإضافة إلى آراء الفقهاء بهذا الخصوص.

خامسًا . هيكلية البحث

سيتم تقسيم البحث على مبحثين: يتناول المبحث الأول: صور الصياغة التشريعية و تأثيرها في نطاق التطبيق, وذلك بتقسيمه على مطلبين المطلب الأول: سيكون صور الصياغة التشريعية, و المطلب الثاني: تأثير طبيعة الصياغة التشريعية في نطاق التطبيق, أما المبحث الثاني: تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد فسيتناول من خلال تقسيمه على مطلبين المطلب الأول: سيتناول تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد الشخصية أما المطلب الثاني: نخصصه لتأثير الصياغة التشريعية في تطوير قواعد الإسناد الخاصة بشكل التصرف والالتزامات التعاقدية، ثم ننهي البحث بمجموعة من النتائج والمقترحات.

المبحث الأول: صور الصياغة التشريعية وتأثيرها في نطاق التطبيق

إن معرفة طبيعة الصياغة التشريعية جامدة أو مرنة لها أهمية كبيرة في تحقيق التوازن، فقد تصاغ بعض النصوص القانونية صياغة مرنة لكي تواكب متطلبات الواقع، وقد تتطلب بعض النصوص القانونية صياغة جامدة، ولمعرفة ذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول: صور الصياغة التشريعية والمطلب الثاني: نخصصه لتأثير طبيعة الصياغة التشريعية في نطاق التطبيق.

المطلب الأول: صور الصياغة التشريعية

الصياغة التشريعية قد تكون قابلة للتكييف مع الظروف والوقائع وقد تكون قابلة للانسجام مع التطور الحاصل في الحياة الاجتماعية والقانونية، وهذه الصياغة قد تكون جامدة إذا تطلبت عوامل الثبات والاستقرار الاجتماعي، وقد تكون مرنة إذا كانت لها القابلية على مواكبة التطورات والأفكار الاجتماعية

المعاصرة، ولمعرفة صور الصياغة التشريعية نقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول: الصياغة الجامدة، فيما نخصص الفرع الثاني: للصياغة المرنة.

الفرع الأول: الصياغة الجامدة

أن الصياغة الجامدة تعطي حلا معينًا لمسألة معينة لا يتغير مهما كانت الظروف و يتقيد به القاضي دون أن تكون له سلطة تقديرية، وهي تعبر عن مضمون النص القانوني بطريقة محكمة (فرضًا و حكمًا)[٣] ، ومن أساليب الصياغة الجامدة يستلزم المشرع عند صياغة النصوص التشريعية استيفاء مظهر معين أي أن المشرع يعلق حكم القاعدة القانونية على شروط معينة، إذ يجرد القاضي من أدنى سلطة تقديرية ألا في حدود الشروط التي يضعها المشرع في صياغة النص التشريعي[٤] ، أي أنها تؤدي بالنتيجة إلى حرمان القاضي من إمكانية تقدير تطبيق القاعدة القانونية دون أن يميز بين حالة وأخرى إذ يجد القاضي نفسه مقيدًا ومضطرا لتطبيق الحكم أو الحل بمجرد توافر الفرضية بطريقة آلية[٥]، من الأمثلة على ذلك قواعد الإسناد الخاصة لخضوع العقار لمحل موقعه و كذلك مكان ارتكاب الحادث، ما جاء في نص المادة(٢\٢٥) من القانون المدني العراقي" قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه"[٦]، وفقًا لهذه المادة العقار يخضع لقانون موقعة بحكم ثباته و لا يكون للقاضي أي سلطة تقديرية فهذا النص جامد لا يعطي للقاضي الحرية في التقدير، وأيضًا نص المادة (٢\١٩) والتي نصت على أن" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" وتقابلها المادة (١\١٣) من القانون المدني المصري و التي نصت بذات المضمون[٧]، وكذلك ما جاء في المادة ٤٣ من قانون حماية في ألمانيا (القانون التمهيدي للقانون المدني الألماني) الذي يخضع العقار إلى قانون موقع الملكية، أي أنه يخضع سند الملكية بشكل عام لأحكام هذا القانون، و منها فيما يتعلق بالحقوق العينية المحدودة (مثل الرهون العقارية والتعهدات) فإن قانون الموقع قابل للتطبيق أيضًا على كل من الأشياء الثابتة والمتحركة[٨].

---

٣ – د. نواف حازم خالد، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٨، العدد ٢٩، ٢٠١٦، ص٢٥.

٤ – و للمزيد من المعلومات حول أساليب الصياغة الجامدة أنظر: د.شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٨، ص١٥٤. ود.عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،الجزء الأول ، مطبوعات جامعة الكويت،١٩٧٢، ص٤١٥

٥ – ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة و أثرها على الإصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد الثاني، الجزء الأول، السنة الخامسة، ٢٠١٧ ص٣٩٢ و ما بعدها

٦ – القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٧ – نصت المادة (١\١٣) من القانون المدني المصري على أن " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"

٨ – د. ريكت سانوالت كلاوس غوربيل، القانون الدولي الخاص الألماني، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠١٠

الصياغة التشريعية الجامدة تجعل القاضي مقيدًا بالنص القانوني فيكون ملزمًا بتطبيق الحكم دون أن تتيح له أي سلطة تقديرية، إذ تقف الصياغة التشريعية عند تحقيق العدالة الشكلية الذي يقوم على حل واحد وثابت يسري على جميع المسائل التي تتوافر فيها الشروط المحددة دون أن يأخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بكل حالة، أو التغيرات التي تحصل بالواقع فقد تستجد الكثير من التغيرات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فلا تستطيع النصوص ذات الصياغة الجامدة مجاراتها.

الفرع الثاني: الصياغة المرنة

تكون الصياغة التشريعية مرنة عندما يكون للقاضي معيار مرن يستهدي به عند تطبيق النص القانوني أو عند وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة وفقًا للظروف المحيطة بكل حالة، ويتم ذلك من خلال التعبير عن مضمون النص القانوني بصورة معيارية تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق النص القانوني المرن استجابة لمتطلبات الواقع وتحقيقًا للعدالة[٩]، إذ تقتصر هذه الصياغة على وضع معيار معين يترك للقاضي سلطة تطبيقه على الحالات المختلفة[١٠].

فمن التشريعات التي أخذت بالصياغة المرنة القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ فأغلب القواعد القانونية لهذا القانون قد صيغت صياغة مرنة ومنها ما نصت عليها المادة (١٤) المتعلقة بآثار الزواج، إذ أشارت على أن" أولًا:-تخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، بشرط أن يكون هذا القانون واحدًا مما يلي:١- قانون الدولة التي يكون فيها للزوجين، في الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون الواجب التطبيق، محل إقامتهما المعتاد. ٢- قانون الدولة التي حصل فيها الزوجان على الإقامة المعتادة أخيرًا أثناء الزواج، إذا كان أحدهما لا يزال يقيم هناك في الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون الواجب التطبيق، ثانيًا- إذا لم يتفق الزوجان على تعيين القانون المعمول به فيكون أما:١- قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين بشكل اعتيادي وخلاف ذلك يطبق، ٢- قانون الدولة التي حصل فيها الزوجان على الإقامة المعتادة أخيرًا أثناء الزواج، إذا كان أحدهما لا يزال يقيم هناك وإلا، ٣-قانون الدولة التي يكون الزوجان من رعاياها ، وإلا،٤- قانون الدولة الأوثق صلة والتي يرتبط بها الزوجان"[١١]، ويتضح بأن القانون الدولي الخاص الألماني جعل

٩ - د.همام محمد محمود و صالح الكحيمي و أحمد محمود سعد، المدخل لدراسة القانون، دون تاريخ، ص ١٢٢

١٠ - د.همام محمد محمود، المدخل إلى القانون(نظرية القانون)، المنشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص١٦٥

١١ - نصت المادة (١٤) من القانون الدولي الخاص الألماني على أن

(1) "Insofar as the general effects of the marriage do not fall within the scope of application of Regulation (EU) 2016/1103، they are governed by the law chosen by the spouses، provided that that law is one of the following:

1 -the law of the State in which both spouses have، at the time when the choice of the applicable law is made ، their habitual residence،

2 -the law of the State in which both spouses have had their habitual residence lastly during the marriage، if one of them still has his or her habitual residence there at the time when the choice of the applicable law is made، or

3 -without regard to the provisions of Article 5 paragraph 1، the law of the State of which one of the spouses is a national at the time when the choice of the applicable law is made.

اختيار القانون الذي ينطبق على آثار الزواج أحد القوانين أما أن يكون قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان أو قانون الدولة التي حصل بها الزوجان الإقامة المعتادة، أذا لم يتفق الزوجان على قانون معين فيكون للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم و الذي يراعي مصلحة الطرفين ويحقق العدالة المادية أو العدل الواقعي، من خلال السماح له باختيار القانون الذي يرتبط بصلة أوثق بالعلاقة محل النزاع

أما بالنسبة لموقف اللوائح الأوربية: فقد ورد فيها الكثير من القواعد القانونية المرنة، ومنها ما جاء في اللائحة الأوربية (المسماة بروما الثانية رقم ٢٠٠٧\٨٦٤) الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية و التي نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على أن" إذا كان واضحًا من ظروف الواقعة، (مسؤولية أو جنحة) بأنها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة أخرى غير التي تم تحديدها في الفقرة(١و ٢) فأن قانون هذا الدولة هو الذي يكون الواجب التطبيق، وأن هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الأخرى قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة"[١٢]، فقد أتاحت للقاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون المناسب و الملائم عن طريق اختيار القانون الدولة التي تتصل بها العلاقة محل النزاع بصلة وثيقة وهذا الحكم ينسجم مع متطلبات الواقع و يحقق مصالح الأطراف ويؤدي إلى تحقيق العدالة المادية التي تعد غاية قاعدة الإسناد، وكما أخذت الائحة الأوربية (روما الأولى لسنة ٢٠٠٨) المتعلقة بالالتزامات التعاقدية بالصياغة المرنة فنصت على أن" تكون حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أحد الأركان الأساسية لنظام قواعد تنازع القوانين في مسائل الالتزامات التعاقدية"[١٣]، إذ أعطت للأطراف الحرية في

The choice of law must be notarially certified. If it is not performed within the country ،it is sufficient if the formal requirements of a marriage contract under the law chosen or of the place where the choice of law is made are observed.

(2) If the spouses have not agreed to designate the applicable law

1 -the law of the State in which both spouses have their habitual residence; otherwise

2 -the law of the State in which both spouses have had their habitual residence lastly during the marriage ،if one of them still has his or her habitual residence there ،otherwise

3 -otherwise ،the law of the State of which both spouses are nationals

4 -the law of the state with which both spouses are jointly most closely connected

١٢ – نصت المادة الرابعة من اللائحة روما الثانية على أن:

1- Unless otherwise provided for in this Regulation ،the law applicable to a noncontractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur .

2 -However ،where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs ،the law of that country shall apply.

3- Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2 ،the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties ،such as a contract ،that is closely connected with the tort/delict in question.

١٣ – نصت المادة(١١) من اللائحة الأوربية على ما يأتي:

"The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.".

أختيار القانون المناسب و الملائم وهذا يؤدي إلى حماية توقعات المشروعة للأطراف ويحقق العدالة المادية التي تعد غاية القانون و يواكب متطلبات الواقع.

أما بالنسبة لموقف القانون العراقي و المصري من الصياغة المرنة، حيث أخذ القانون العراقي بالصياغة المرنة، إذ ورد في القانون المدني العراقي "...،أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو بين أجنبي وعراقي وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"[١٤]، و فالمشرع العراقي صاغ قاعدة الإسناد صياغة مرنة، فأخضع الشروط الشكلية لأكثر من قانون و أتاح للقاضي الاختيار للقانون الملائم و الذي يُراعي مصلحة الأطراف و يحقق العدالة المادية التي تعد غاية قاعدة الإسناد.

أما موقف المشرع المصري أيضًا فقد أخذ بالصياغة المرنة في تنظيم العقد إذ ورد في القانون المدني المصري على أن " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"[١٥]، يتضح من هذا النص بأنه أتاح للقاضي سلطة تقدير باختيار القانون المناسب ليحكم العقد

أهم ما تتميز به الصياغة المرنة ما يأتي:

١- تترك الصياغة المرنة مجالًا واسعا لاستجابة القاعدة القانونية لمتطلبات الواقع فهي لا تقيد القاضي مثل الصياغة الجامدة، ، إذ إنها تجعل النص القانوني يتمتع بنوع من المرونة، فهي قاعدة مرنة تستجيب لظروف الواقع المتغيرة عند التطبيق، [١٦]

٢- تسهم في مواكبة التطور ومواجهة التغيرات التي تكشف عنه الحياة العملية من حالات لم يكن للمشرع أن يتوقعها عند صياغة النص القانوني.

٣- تساعد القضاء على وضع حكم لكل واقعة على حدة من خلال تحليل ظروف كل حالة أو واقعة واختيار قانون مناسب وملائم لها، فيؤدي إلى تحقيق العدالة المادية والتي تعد غاية قاعدة الإسناد.

---

١٤ – المادة (١٩\١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

١٥ – المادة (٢٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ المعدل

١٦ – د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٧٣، ص٤٤. ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص١٤٧. ود.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون (المدخل إلى القانون- نظرية الالتزام)، دار النهضة العربية, بيروت, ١٩٩٥، ص٤٧.

إذ تحقق الصياغة المرنة أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد فالمعايير التي تضمنتها الصياغة التشريعية تساعد على مواكبة الظروف المستحدثة التي كانت غائبة عن نظر المشرع، عند وضع النص القانوني[١٧]

وقد توجد صياغة أخرى تمزج بين الصياغة الجامدة و الصياغة المرنة، تسمى بالصياغة المختلطة، لأن مقتضيات مواكبة متطلبات الواقع يستلزم في بعض الأحيان الجمع بين معيار الجمود ومعيار المرونة ،لان طبيعة النص الذي يضعه المشرع تستلزم أن يجمع بين كلا الصياغتين من أجل الوصول للغاية التي يراد تحقيقها[١٨]ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع من خلالها للقاضي مجالاً للاجتهاد في النصوص التشريعية في الوقت ذاته تقيد سلطة القاضي، إذ يأخذ المشرع بهذه الصياغة في حالة تنظيم مسألة معينة بحيث تكون صياغة النص مرنة وفي الوقت ذاته تكون مقيدة لسلطة القاضي التقديرية على وفق معيار الجمود، إي تتراوح النصوص التشريعية بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي أي يضع المشرع آليات تكون وسطا بين الجمود والمرونة، ويضع في إطارها ظروف الحياة المتغيرة على اختلاف بعضها عن بعض[١٩].

فهذه الصياغة تتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرناً، ولكن في الوقت ذاته لا يستطيع القاضي الخروج عمّا هو محدد من خيارات داخل النص التشريعي كالالتزامات التعاقدية [٢٠]، ومثلًا على ذلك ما ورد في القانون المدني العراقي والذي جاء فيه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا أخر يراد تطبيقه "[٢١] و أن الأخذ بالصياغة المختلطة يؤدي إلى الحصول على مزايا الأسلوبين معًا أسلوب الصياغة الجامدة المتمثلة بحماية توقعات الأطراف وتحقيق الأمن القانوني و مزايا الصياغة المرنة المتمثلة تنوعها للحلول مواكبتها لمتطلبات الواقع المعاصر[٢٢].

المطلب الثاني: تأثير الصياغة في نطاق التطبيق

الصياغة التشريعية سواء أكانت جامدة أم مرنة تؤثر تأثيرًا مباشرًا على تطوير قاعدة الإسناد، ولمعرفة مدى أهمية الصياغة التشريعية وتأثيرها في تطوير قاعدة الإسناد؟ سوف نقسم هذا المطلب على فرعين

١٧ – د.مهند جاسم محمد العيساوي، الصياغة التشريعية بين لغة القانون و قانون اللغة، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع،ط١، ٢٠٢٢، ص٥٩

١٨ – د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية(تشريعًا وفقهًا وقضاءً)، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص٢٧.

١٩ – آمنة فارس حامد عبد الكريم العجرش ، معايير الصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠١٧، ص ٤٣.

٢٠ – د.حسن كيره، المدخل لدراسة القانون، ط٥، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص١٨٧.

٢١ – النص المادة (٢٥)من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٢٢ – أميره حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية في قواعد تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠٢١، ص٢١

نتناول في الفرع الأول: تأثير ضوابط الإسناد التخييرية في تطوير قاعدة الإسناد ونتناول في الفرع الثاني: تأثير القانون الأوثق صلة بالعلاقات الدولية الخاصة.

الفرع الأول: تأثير ضوابط الإسناد التخييرية في تطوير قاعدة الإسناد

إن تطبيق ضوابط الإسناد التخييرية تتيح خيارات متعددة أمام القاضي لاختيار القانون الملائم لحكم العلاقة القانونية، و هنالك تطبيقات لأسلوب ضوابط الإسناد التخييرية و أفضلها هي عندما تكون ضوابط الإسناد على قدم المساواة فلا يوجد فرق بين ضابط و أخر من حيث القوة والفعالية، فتكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة باختيار القانون الملائم وتطبيقه على النزاع فيراعي الظروف وملابسات النزاع عند اختيار القانون، و بالتالي يحقق العدالة المادية ويعد هذا الأسلوب من أفضل الأساليب التي تظهر فيها بشكل واضح وصريح سلطة القاضي التقديرية وهو تمكنه من تحقيق الموازنة من خلال صياغة النص بأسلوب مرن فتجعله ينسجم مع متطلبات الواقع، ومثالًا على ذلك ما ورد بنص المادة (١\١٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بالشروط الشكلية لصحة عقد الزواج و التي أشارت على أن شكل الزواج يخضع لقانون دولة التي تم فيها انعقاد العقد، أو قانون الموطن المشترك للزوجين، أو قانون جنسيتهما المشتركة، وأيضًا ما ورد في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري، سالفة الذكر و التي أخضعت العقد في شروط الشكلية لقانون محل انعقاد العقد و أخضعته في الشروط الموضوعية لقانون الموطن أو القانون الوطني المشترك المتعاقدين.

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص الألماني شأنه شأن العديد من القوانين الحديثة أستخدم أسلوب ضوابط الإسناد التخييرية، أي التي تستخدم أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير والتي تهدف إلى ضمان تحقيق أثر قانوني لصالح الأطراف[٢٣]، كما في المادة(١٩) من القانون الدولي الخاص الألماني إذ نصت على"١- يخضع النسب الشرعي للقانون الذي يحكم الآثار العامة لزواج الأم وقت ميلاد الولد، و إذا كان الزوجان من رعايا دول مختلفة في تلك اللحظة يعد الطفل شرعيًا إذا اعتبر كذلك طبقًا لقانون إحدى تلك الدول، وإذا كان الزواج قد انحل قبل الميلاد فالعبرة بلحظة حل الزواج، فضلًا عن ذلك يمكن للولد إثبات نسبه الشرعي طبقًا لقانون محل أقامته العادية، ٢- الروابط القانونية القائمة بين الوالدين و الأولاد تخضع للقانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج، و إذا لم يكن الزواج قائمًا ينطبق قانون محل الإقامة العادية للولد"[٢٤]، فأن الهدف المراد تحقيقه من صياغة التخييرية لهذا القاعدة هو تحقيق مصلحة الطفل و

٢٣ – د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول) المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، ص١٨٥

٢٤ – أنظر إلى نص المادة(١٩) من القانون الدولي الخاص الألماني

تمكينه من أثبات نسبهِ الواقعي، إذ إتاحة هذا القاعدة أكثر من ضابط إسناد من أجل أثبات النسب الطفل.

وكذلك قانون المدني الفرنسي أيضًا أخذ بضوابط الإسناد التخييرية، إذ ورد في المادة (٣١١\١٦) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على" أن الزواج يستتبع تصحيح النسب عندما تكون هذه النتيجة مقبولة أما بحسب القانون الذي يحكم مفاعيل الزواج، وأما بحسب القانون الشخصي لأحد الزوجين، وأما بحسب القانون الشخصي للولد، وذلك في اليوم الذي يكون الزواج قد أبرم.. " وجاء في المادة (٣١١\١٧)" أن الاعتراف بالأبوة أو بالأمومة يعد صحيحًا، إذا جرى وفقًا للقانون الشخصي لمن صدر عنة، أو للقانون الشخص للطفل"[٢٥]، فمحكمة النقض الفرنسية طبقت القانون الفرنسي بعدهِ القانون الذي يحقق مصلحة الطفل في أثبات نسب الطفلة المولودة في الجزائر لأم جزائرية و أب فرنسي في قضيه عرضت عليها عام ٢٠٠٦ تتلخص وقائعها بما يلي" بناءً على المادة (٣١١\١٤) من القانون المدني الفرنسي و معها المادة (٣) من ذات القانون، إذ إن البنوة خاضعة لقانون الأم يوم ولادة الطفل، و أن القانون الأجنبي الذي لا يسمح بإثبات البنوة *الطبيعية* يعد مخالفًا لمفهوم القانون الفرنسي للنظام العام الدولي، طالما إنه يستوجب حرمان طفل فرنسي الجنسية أو مقيم عادة في فرنسا من حق إثبات بنوته، وحيث إن السيدة(س) الجزائرية الجنسية قد أنجبت بتاريخ ٣ مايو ٢٠٠١ في الجزائر طفلة أسمها (ليان مريم) و أنها بصفتها الممثلة الشرعية لأبنتها التي تسكن معها في الجزائر، استدعيت بتاريخ٣١ يوليو ٢٠٠٢ السيد (س) أمام القضاء الفرنسي بحثًا عن الأبوة الطبيعية، إذ إن القرار لأزاحه القانون الجزائري الذي لا يعرف سوى إثبات البنوة الشرعية، و التزامًا بمبدأ المساواة بين الأولاد الشرعيين و الطبيعيين في القانون الفرنسي يجعل القانون الجزائري مخالفًا للنظام العام الفرنسي" [٢٦]، إذ إن المحكمة طبقت القانون الفرنسي من أجل رعاية مصلحة الطفلة في أثبات نسبها إذ إنها استبعدت القانون الجزائري الذي لا يعترف لها بهذا الحق بالرغم قاعدة الإسناد الفرنسية أشارت إلى تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون الأم لحظة الولادة وكون الأم معروفة وليست مجهولة، فقاعدة الإسناد الفرنسية تطبق القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي للطفل في حالة إذا كانت الأم مجهولة، لكن المحكمة طبقت القانون الفرنسي بشكل مباشر، من أجل تحقيق

٢٥ – تصحيح النسب يقصد به وسيلة قانونية من أجل تصحيح نسب الولد غير الشرعي ليصبح ولدًا شرعيًا، ففي فرنسا يتم التمييز بين الإقرار بالبنوة أو دعوى أثبات النسب خارج الزواج، والإقرار قبل الزواج أو بمناسبة الزواج بولادة الطفل، فالأول يجعل الولد له حقوقًا في القانون الفرنسي، والثاني يجعله شرعيًا تبعًا إلى الزواج الجديد، ينظر: د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص(في أوربا و مصر)، مطبعة السعادة، ١٩٢٧، ص٥٢٥

٢٦ – أسيل عبد الكريم الخواجة، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٧، ص٤٥

مصلحة الطفل وبالتالي تحقق العدالة المادية فالقانون الفرنسي أتاح للقاضي سلطة تقديرية واسعة من خلال صياغة هذا القاعدة صياغة مرنة تمكنه من اختيار القانون الملائم الذي يحقق أهداف قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني: تأثير القانون الأوثق صلة بالعلاقات الدولية الخاصة

إن تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقات الدولية الخاصة يتيح للقاضي السلطة تقديرية واسعة تمكنه من اختيار القانون الملائم للنزاع، ويتم ذلك عن طريق صياغة النص القانوني صياغة مرنة تتيح للقاضي إمكانية مواءمة النص القانوني عند تطبيقه على النزاع، وتطبيقًا لذلك قرار محكمة الاستئناف الألمانية عام ١٩٨٩ وتتلخص وقائع هذا الحكم (شخص ألماني الجنسية يقيم في أستراليا، وخلال وجوده في ألمانيا قام بدهس شخص أسترالي دخل إلى ألمانيا مع عائلته لغرض السياحة، قدمت زوجة المجنى عليه دعوى أمام المحاكم الألمانية لغرض المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة وفاة زوجها، وفق قواعد الإسناد فيكون القانون الألماني هو الواجب التطبيق في هذا القضية وتبعًا للقواعد العامة التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الضرر، أو قانون الأسترالي لأنه قانون جنسية المجنى عليه، استنادًا لنص المادة (٤١) من القانون الدولي الخاص الألماني، والتي أشارت إلى تطبيق القانون الأوثق صلة والذي يراعي مصلحة الأطراف، فطبق القاضي الألماني القانون الأسترالي باعتباره قانون جنسية الشخص المضرور وأستبعد القانون الألماني باعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار، لأن القاضي وجد أن القانون الألماني لا يعوض عن الضرر المعنوي و أنما فقط يعوض عن الضرر المادي، و كما أن وجود المتضرر في ألمانيا بصورة عرضية، بينما القانون الأسترالي يعوض عن الضرر المادي و المعنوي وهو أكثر عدالة للمضرور، وأيضًا وجد القاضي بأن زوجة والمجنى عليه و المدعى عليه مقيمين في أستراليا، لذلك طبقت المحكمة القانون الأسترالي بدلًا من القانون الألماني وفقًا لنص المادة (٤١) من القانون المدني الألماني [٢٧]، فعطلت المحكمة العمل بنص المادة(٤٠) من القانون المدني الألماني)[٢٨].

ويتضح مما تقدم بأن الصياغة المرنة تسمح بتغيير الحلول تبعا للظروف والأحوال، لأنها تتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق القاعدة، وفضلًا عن تحقيق العدالة المادية، أي المساواة في الحكم مع

---

٢٧ –أنظر إلى نص المادة (٤١) على ما يأتي:

(1) "there is a substantially closer connection with the law of a State other than that applicable under articles 38 to 40 paragraph 2 ،then the law of that other State shall apply.

(2) A substantially closer connection may be based in particular

1–.on a special legal or factual relationship between the persons involved in connection with the obligation or

2 –.in the cases of Article 38 paragraphs 2 and 3 and of Article 39 on the fact ،that the persons involved had their habitual residences in the same State at the time of the pertaining facts; Article 40 paragraph 2 sentence 2 shall apply mutatis mutandis

٢٨ – صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، ٢٠١٨، ص ١٤٣

الاعتداد باختلاف الظروف عند تطبيق النص القانوني، بحيث يختلف الحكم تبعا لاختلاف الظروف والأحوال، وهو ما يجعل للقاعدة القانونية قدرة على مواكبة متطلبات الواقع، عكس الصياغة الجامدة التي تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية وتجعل النص القانوني غير مواكب لمتطلبات الواقع.

المبحث الثاني: تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد

ويبرز دور الصياغة الرصينة إذ تحقق أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد، ويثار تساؤل حول مدى تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قاعدة الإسناد بشكل الذي يجعلها تواكب متطلبات الواقع؟ وللإجابة عن هذا التساؤل من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد الشخصية ونتناول في المطلب الثاني تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قواعد الإسناد الخاصة بشكل التصرف والالتزامات التعاقدية.

المطلب الأول: تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد الشخصية

الصياغة التشريعية لها أهمية كبيره في تطوير قواعد الإسناد الشخصية ومن أجل بيان تأثيرها سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول: قواعد الإسناد الخاصة بالزواج ونتناول في الثاني: قواعد الإسناد الخاصة بالنسب، الميراث والوصية.

الفرع الأول: قواعد الإسناد الخاصة بالزواج

يثير الزواج العديد من المشكلات منها أذا كان أحد الزوجين ينتمي لدولة أخرى ، أو من ديانة أخرى أو من دولة متعددة الشرائع، أو تم عقد الزواج في دولة أخرى غير التي ينتمي إليها الزوجان أو يتوطنا فيها، فالزواج يتكون من شروط موضوعية و شروط شكلية و أثار الزواج و انقضاء الزواج ، فقد حرصت التشريعات على تحديد قاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية فبالنسبة للشروط الموضوعية و الشكلية [٢٩]، فظهر اتجاهان الاتجاه الأول يخضع الشروط الموضوعية لقانون محل إبرام عقد الزواج، أي تخضع للقانون الذي يحكم الشروط الشكلية بمعنى خضوع الشروط الموضوعية والشكلية لقانون واحد، وأصحاب هذا الاتجاه يؤيد خضوع الشروط الموضوعية لقانون إقليم تلك الدولة، لأنه يؤدي إلى تسهيل إجراءات الزواج للمواطنين الذين ينتقلون في إقليم تلك الدولة[٣٠]، أما الاتجاه الثاني يخضع الشروط الموضوعية لقانون كلا الزوجين، أي قانون الدولة التي يتمتع كل طرف بجنسيتها[٣١]، فأخذ

٢٩ – الشروط الموضوعية هي الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية فإذا تخلف أحد هذا الشروط يؤدي إلى انتفاء الزواج، أنظر إلى د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص٢٧٩

٣٠ – د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٦، ص ٢٧٩

٣١ – أيت منصور صونية، وعلوش وردية، تنازع القوانين في الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية، ٢٠١٧،ص٩

بالاتجاه الأول القانون الأمريكي و بعض الدول اللاتينية، أما الاتجاه الثاني أخذ به القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشر سالفة الذكر و التي أشارت إلى خضوع الشروط الموضوعية لقانون كلا الزوجين حيث نصت على أن" يرجع في الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين ..."، أخضع المشرع الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج للقانون المشترك للزوجين، أي أنه ساوى بين الرجل و المرأة ونحى منحى التشريعات الحديثة، بالمساواة بين الرجل و المرأة، وأيضًا أخذ به القانون المدني المصري في نص المادة الثانية عشر حيث نصت على أنه" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل الزوجين" وأيضًا أخذ به القانون الدولي الخاص الألماني في نص المادة الثالثة عشر والتي نصت على أنه" تخضع شروط إبرام الزواج، فيما يتعلق بكل شخص خاطب للزواج، قانون الدولة التي يحمل جنسيتها. ٢- إذا لم يتم استيفاء أحد الشروط بموجب هذا القانون، فسيتم تطبيق القانون الألماني..."[٣٢]، وأيضًا أخذت بذات الحكم اتفاقية لاهاي المنعقدة في١٢ يونيو عام ١٩٠٢ المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج، حيث أخضعت الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون كل من الزوجين، ونصت على أن" الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين، هذا ما لم يشير أحد أحكام هذا القانون صراحة إلى القانون آخر" [٣٣].

ووفق ما تقدم، يتضح لنا أن المشرع قد صاغ هذا القاعدة صياغًة فيها نوعًا من المرونة من أجل مسايرة التطورات التي تحصل بالواقع، لكن بالرغم من صياغة هذا القاعدة صياغة مرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية، ألا أن المشرع العراقي لم يحدد مفهوم قانون كلا الزوجين من ناحية التطبيق العملي لقاعدة الإسناد، هل يتم تطبيقها تطبيقًا جامعًا أم تطبيقًا موزعًا فضلًا عن تحديد الوقت الذي يتم العمل بهذا القانون أسوة ببعض القوانين الحديثة.

أما بالنسبة لآثار الزواج: فتختلف الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج، فبعض التشريعات الحديثة أخذت بالصياغة المرنة في صياغة قاعدة الإسناد، والبعض الأخر أخذ بالصياغة الجامدة، فمن التشريعات التي أخذت بالصياغة المرنة القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، أسند آثار الزواج وفقًا المادة (١٤) سالفة الذكر، إذ جعل اختيار القانون الذي ينطبق على آثار الزواج للزوجين قد يكون قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان أو قانون الدولة التي حصل بها الزوجين الإقامة المعتادة، أما أذا لم يتفق الزوجان على قانون معين فيختار القاضي أحد القوانين أما قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين أقامة معتادة أو قانون الدولة التي يكون من رعاياها أو قانون الذي يرتبط به كلا الزوجين برابط الصلة الأقوى،

٣٢ – أنظر إلى نص المادة(١٣) من القانون الدولي الخاص
٣٣ – ينظر إلى المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢

بمعنى أن هذا القانون أتاح للقاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون المناسب و الملائم من أجل تحقيق غاية القانون وهو تحقيق العدالة المادية ولقد أخذت بهذا الحكم العديد من القوانين الحديثة [٣٤].

أما التشريعات التي أخذت بالصياغة الجامدة لصياغة قواعد الإسناد، والتي لا تتيح للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب لحكم آثار الزواج، هو القانون العراقي بنص المادة (٢\١٩) والتي نصت على أن" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" وتقابلها المادة (١\١٣) من القانون المدني المصري و التي نصت بذات المضمون[٣٥].

يتضح من هذهِ النصوص بأن المشرع العراقي قد أخذ بالصياغة الجامدة، لأنه أفرد قانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج، فيكون مختصًا لحكم آثار الزواج الشخصية والمالية[٣٦]، فالعبرة إذن بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج بغض النظر سواءً أتحدت جنسية الزوجين أو اختلفت.

في ضوء ما تقدم، ندعو المشرع العراقي أن يأخذ بما أخذت به التشريعات الحديثة ، لأن خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج، لا يواكب متطلبات الواقع و لا يؤدي إلى تحقيق غاية قاعدة الإسناد هو الوصول إلى لعدالة المادية و أتاحة سلطة تقديرية للقاضي باختيار القانون الأنسب لحكم آثار الزواج، ولذلك نقترح على المشرع العراقي أن يعدل صياغة المادة (٢\١٩) و أن يتم صياغتها بأسلوب الصياغة المرنة ليجعلها قادرة على مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي يشهدها العالم في الوقت الراهن، فتكون الصياغة كالاتي(يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها كلا الزوجين وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا أكتسب الزوجان خلال الزوجية جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذه الجنسية هو القانون الواجب التطبيق).

أما انحلال الزواج: تختلف الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج في الدول، فالبعض تبنى الصياغة المرنة في صياغة هذه القاعدة والبعض الأخر تبنى الصياغة الجامدة، فمن التشريعات التي تبنت الصياغة المرنة هي القانون الدولي الخاص الألماني في المادة (١٧) حيث اخضع الطلاق و الانفصال للقانون

---

٣٤ – كقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ بموجب نص المادة (٤٨)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢بموجب الفقرة الثالثة من المادة (١٢)، وقانون الدولي الخاص البيروئي لعام ١٩٨٤ بموجب نص المادة (٢٠٧٧)، وقانون الدولي الخاص النمساوي الجديد بموجب نص المادة(١٨).

٣٥ – نصت المادة (١\١٣) من القانون المدني المصري على أن " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"

٣٦ – آثار الزواج تنقسم إلى نوعين آثار شخصية و آثار مالية، الآثار الشخصية وتتمثل في الاخلاص و الطاعة والمعاشره، أما الآثار المالية فتشمل النفقة الزوجية والمهر و تتعلق بالاموال العائدة للزوجين ولمزيد من المعلومات أنظر إلى د. أحمد بن ناجي الصلاحي، بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني، بحث منشور في مجلة علمية تهامة، العدد التاسع، ٢٠١٤، ص ٢٢د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ٨٠٦.

الألماني، أما في حالة اختلاف جنسية أحد الزوجين، يسري قانون الدولة التي فيها محل الإقامة المعتادة للزوجين، أو قانون آخر محل إقامة للزوجين إذا كان احدهما لا يزال مقيمًا فيها، أما في حالة تعذر تطبيق أي من القوانين، فيسري قانون الدولة التي يرتبط بها الزوجان برابطة وثيقة، أي يتوفر فيها الصلة الأقوى للزوجين[٣٧] ، وأيضًا لائحة (الاتحاد الأوربي) التي تسمى بروما الثالثة بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق و الانفصال التي دخلت حيز النفاذ (٢١) يونيو لعام ٢٠١٢، أشارت هذا اللائحة بموجب نص المادة الخامسة للقانون الواجب التطبيق فأعطت للزوجين الحرية باختيار القانون الذي ينطبق على طلاقهما، وكذلك أشارت في المادة الثامنة منها في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الزوجين، يسري قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للزوجين، أو قانون أخر محل إقامة لهم، أو قانون جنسية الزوجين أو قانون المحكمة[٣٨]، فأن أغلب التشريعات الأوربية بدأت تعتمد بشكل أساسي على اللوائح الأوربية و الاتفاقيات الدولية من أجل الخروج من القيود النصوص القانونية، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني و القانون الدولي الخاص السويسري، و القانون الفرنسي، من أجل مواكبة متطلبات الواقع و رعاية مصالح الأطراف[٣٩]

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد أخذ بالصياغة الجامدة لقاعدة الإسناد التي تحكم الطلاق و الانفصال، فلم يعطِ للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم فنصت المادة (١٩\٣) من القانون المدني العراقي على أن" يسري في الطلاق و التفريق و الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى" وتقابلها المادة (١٣\٢) من القانون المدني المصري حيث نصت على ذات المضمون" يسري على التطليق و الانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، يتضح من هذا النصوص هو انفراد قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى بحكم انحلال الزواج، بالرغم من أن الزواج رابطة بين شخصين تنشأ بموجب قانونهما، فيفترض أن تنحل بموجب قانونهما أيضًا[٤٠].

وفق ما تقدم، يمكننا أن ندعو المشرع العراقي بصياغة نصوص قاعدة الإسناد التي تنظم انحلال الزواج صياغة مرنة بهدف الخروج من قيود النص القانوني وتعطي حرية للقاضي باختيار القانون المناسب والذي

---

٣٧ – ينظر إلى نص المادة (١٧) من القانون الدولي الخاص الألماني على الموقع الأتي:
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/

٣٨ – نصت المادة الخامسة من اللائحة على ما يأتي:
"١. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps، pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes: a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou...".

٣٩ – د. أميرة حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية المرنة في قواعد تنازع القوانين، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون،٢٠٢١، ص ١٣٣.

٤٠ – د. غالب علي الداودي، ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)،ج٢،ط١، المكتبة القانونية، بغداد،١٩٨٢ ، ص١٢٩.

يحقق العدالة ويراعي مصالح الأطراف، ويكون ذلك من خلال الأخذ بقانون كلا الزوجين أو القانون الأوثق صلة بالرابطة، فضلًا عن ذلك ندعو المشرع العراقي أن يعتمد على الاتفاقيات الدولية أسوةً بموقف التشريعات الحديثة.

الفرع الثاني : قواعد الإسناد الخاصة بالنسب، الميراث والوصية

١- النسب: تختلف طبيعة الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد المتعلقة بالنسب في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد أثبات نسبه عن جنسية أحد أبوية، ونتيجة لذلك اختلفت التشريعات في تنظيم المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية، فظهرت عدة اتجاهات، يذهب الاتجاه الأول إلى سريان القانون الشخصي للولد على البنوة الشرعية ، أما الاتجاه الثاني يذهب إلى سريان القانون الأكثر صلاحية لمصلحة الطفل، أي القانون الذي يثبت نسبه و شرعيته، لا نفيه أو إنكاره [٤١]، يوجد اتجاه أخر يأخذ بالقانون الشخصي للأبوين باعتبار الطفل نتيجة علاقة شرعية، أي يأخذ بالقانون الدولة التي ينتمي إليها الأبوان بجنسيتهما وقت ولادة الطفل في حالة قيام الزوجية بينهما أو وقت انحلال الزواج[٤٢]، فقد أخذ القانون الدولي الخاص الألماني بالاتجاه الأول والثالث، إذ أخذ بأكثر من قانون لحكم النسب وتكون هذا القوانين على سبيل التخيير، أما قانون الأبوين أو قانون الشخصي للولد، بموجب نص المادة (١٩) والتي ذكرناها سابقا، فالمشرع الألماني أخذ بالصياغة المرنة و التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية لاختيار القانون المناسب لرعاية مصلحة الشخص المراد أثبات نسبه.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فأنه يختلف عن موقف المشرع المصري، لوجود قاعدة إسناد صريحة لحكم أثبات النسب، فنص بموجب المادة (١٩\٤) من القانون المدني العراقي على أن" المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الوجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب"

على وفق ما تقدم، يتضح أن المشرع العراقي جاء بحكم عام يكتفي بتحقيق العدالة الشكلية و لا يعطي للقاضي أي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، أنما يكون القاضي مقيداً بتطبيق قانون الأب فقط دون مراعاة مصلحة الولد المراد أثبات نسبه، لذلك ندعو المشرع العراقي أعادة صياغة الفقرة الرابعة من المادة التاسع عشرة من القانون المدني العراقي بشكل الذي يجعلها تنسجم مع متطلبات الواقع وتعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، فنقترح أن تكون الصياغة بالشكل الاتي:(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون

٤١ – أميرة حمرة كاظم عبود، الصياغة التشريعية المرنة في قواعد تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ١٣٦.
٤٢ – د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧، ص٢٦٤.

الأب أو القانون الأصلح للطفل) فأن أضافه عبارة (القانون الأصلح للطفل) تجعل صياغة النص مرنة وتحرر القاضي من قيود النص القانوني وتعطي له سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب والذي يحقق العدالة المادية و التي تعد غاية القاعدة القانونية.

٢- الميراث و الوصية: اختلفت التشريعات بشأن تكييف مسائل الميراث، إذ يعتبرها البعض من مسائل الأحوال الشخصية، لأنها تعتمد على الاعتبار الشخصي و صلة القرابة بين المورث والوارث، فيكون القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث هو القانون الشخصي[٤٣]، والبعض الأخر يعتبرها من مسائل الأحوال العينية وبالتالي يفرق بين تملك المنقول والعقار ويخضعها لقاعدة إسناد مختلفة، إذ يخضع الميراث إذا كان العقار لقانون موقع العقار و أذا كان منقولاً لقانون موطن المتوفى[٤٤]، بالنسبة لموقف المشرع الألماني و الذي أخذ بالاتجاه الأول خضوع الميراث للقانون الشخصي بموجب نص المادة(٢٥\١) من القانون المدني المعدل حيث نصت على أن "يسري على الميراث بسبب الموت قانون الدولة التي كان المتوفى من رعاياها وقت موته" أما القانون الدولي الخاص الألماني فقد أخضع الميراث الفصل الثالث من لائحة الاتحاد الأوربي رقم ٦٥٠\٢٠١٢.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي و المصري، إذ أورد القانون العراقي قاعدة إسناد خاصة لحكم مسائل الميراث فنصت المادة (٢٢) من القانون المدني على أن" قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته" تقابلها المادة(١٧\١) من القانون المدني المصري أشارت إلى ذات المضمون، يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي والمصري قد أخضع مسائل الميراث لقانون المورث وقت موته والكثير من القوانين العربية قد أتبعت الحكم نفسه[٤٥]، و أن سبب اختيار قانون المورث لكونه واحداً لا يتعدد وذات الحكم يسري على قضايا الوصايا أيضًا تخضع لقانون الموصي وقت موته، إذ نصت المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي" قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته"

من خلال التمعن بنصوص القانون المدني ٢٢و ٢٣ نجد أن المشرع قد صاغها بأسلوب جامد لا يواكب تطورات الواقع المعاصر ويجعل القاضي مقيدًا بالنص القانوني، أي ملزم بتطبيقه، لذلك ندعو المشرع أعادة صياغة النص المادة(٢٢و ٢٣) بأسلوب مرن يجعله يساير متطلبات الواقع، فنقترح أن تكون صياغة النص بشكل الأتي: (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالمورث)

---

٤٣ – للمزيد من التفاصيل ينظر إلى د. أحمد علي الخطيب، ود. أحمد الكبيسي، ود. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٤١ .

٤٤ – د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن– قواعد الإسناد في القانون المصري قواعد الاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨،ص ٣٧٥ وما بعدها .

٤٥ – القانون المدني السوري في المادة (١٨\١)، و القانون المدني الأردني في المادة(١٨)، و القانون الكويتي في المادة(٤٧)، والقانون الليبي في المادة(١٧\١)، والقانون الجزائري في المادة(١٦).

أما ما يتعلق بالوصايا (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالموصي) إذ إن أضافة عبارة القانون الأوثق صلة بالمورث أو الموصي يعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم، فضلًا عن أنها تبعدنا من إشكاليات تنازع الجنسيات، إذ قد يكون للمورث أو الموصي أكثر من جنسية واحد وقت وفاته وخصوصًا بأن المشرع العراقي قد سمح بأزدواج الجنسية بموجب قانون الجنسية ذي الرقم ٢٦لسنة ٢٠٠٦[٤٦].

المطلب الثاني : تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قواعد الإسناد الخاصة بشكل التصرف والالتزامات التعاقدية

الصياغة التشريعية لها تأثير كبير في تطوير قواعد الإسناد الخاصة بالشكل التصرف والالتزامات التعاقدية لبيان هذا التأثير نتناول بالفرع الأول: تأثير الصياغة بشكل التصرف والفرع الثاني: تأثير الصياغة بالالتزامات غير التعاقدية.

الفرع الأول: تأثير الصياغة بشكل التصرف

استقرت غالبية القوانين على إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه و أصبح ضابط إسناد ذات صفة عالمية، لأن يحظى باهتمام كبير من قبل التشريع ودرجت علية الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية[٤٧]، ولقد أخذ المشرع العراقي و المصري بهذا القاعدة إذ أخضعت شكل التصرف لقانون بلد الإبرام، إذ نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على أن" تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها" إذ جاءت بقاعدة ملزمة تنطبق على جميع التصرفات القانونية من دون أتاحة أدنى سلطة تقديرية للقاضي بالبحث عن خصوصية العلاقة القانونية المعروضة عليه أو عن مضمون القانون ونتائج تطبيقه و الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسناد وهي تحقيق العدالة المادية[٤٨]، باختيار القانون المناسب و

---

٤٦ – أشارت المادة (١٠)" أولا : يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريريا عن تخليه عن الجنسية العراقية " فالعراقي الذي يكتسب الجنسية الأجنبية بإمكانه أن يحتفظ بجنسيه العراقي ألا إذا أعلن تخليه عن الجنسية العراقية، بمعنى أنها سمحت بازدواج الجنسية.

٤٧ – ن هذا القاعدة ذات أصول إيطالية، حيث ظهرت مشكلة تنازع القوانين في العصور الوسطى بمناسبة العلاقات التجارية الناشئة بين مدن شمال إيطاليا، تصدى الفقهاء القدامى من المحشين لوضع الحلول الملائمة عن طريق التعليق بالحواشي على نصوص القانون الروماني، وكان من بين المبادئ التي قررها هؤلاء في القرن الثاني عشر والثالث عشر خضوع التصرف لقانون بلد الإبرام، أي لم يفرقوا بين شكل التصرف وموضوعه، فأُخضع كلاهما إلى قانون واحد هو قانون بلد الإبرام، ولم يفطن الفقه إلى هذا التفرقة من الفقهاء سوى بارتول بسبب تعليقه على قضية تتلخص وقائعها بأجراء وصية في فينيس من قبل شخص من بلدة مودين وتبعا لقانون فينيس والذي كان يكتفي بحضور ٣ شهود كشرط لصحة الوصية فأثار نزاع بشأن صحة الوصية، إذ كان القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب يشترط حضور ٧ شهود ومع ذلك حكم القضاء في فينيس بصحة الوصية، فاعترف بارتول من حق الأجانب الذين يسكنون في فينيس أن يبرموا وصاياهم بالشكل المقرر في قانونها، لكن هذا الأمر لم يكن واضحًا، إلا في نهاية القرن الخامس عشر على يد الفقيه الإيطالي "كورتيس" والذي فسر خضوع موضوع التصرف إلى قانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى أختيار هذا القانون وبعدها أصبح مفهوماً أن قاعدة إخضاع التصرف إلى قانون بلد الإبرام تقتصر على شكل التصرف دون موضوعه. ينظر إلى د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٣٣٢ و٣٣٣

٤٨ – د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٦٥٧

الملائم للعلاقة و الذي يكون أكثر عدالة من غيره من القوانين، وبذلك إلزام القضاء بالحكم بقاعدة خضوع شكل التصرف لبلد الإبرام بمختلف المنازعات المعروضة أمامه فيعد حكماً إلزامياً واجب الأتباع.

أما موقف القانون الألماني فقد أشارت المادة (١١) من القانون الدولي الخاص على أن التصرف القانوني يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا تم وفقًا للشروط الشكلية التي يحددها القانون الذي يحكم العلاقات القانونية محل التصرف أو وفقًا لقانون الدولة التي تم فيها إبرام التصرف[٤٩]و كما نص القانون المدني الألماني المعدل في المادة(١١\١) على أن "يكون التصرف القانوني صحيحًا، من حيث الشكل إذا أستوفى متطلبات الشكل في القانون الذي يسري على موضوع الرابطة القانونية، أو قانون بلد إبرامه..." وبذات المضمون نصت المادة (١١) من لائحة روما لعام ٢٠٠٨ الخاصة بالالتزامات التعاقدية على أن" العقد يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا أستوفى متطلبات الشكلية المقررة في القانون الذي يحكم جوهر العقد أو قانون بلد أبرام العقد"[٥٠]، يتضح من النص بأن العقد يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا استوفى الشروط الشكلية المحددة في القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون بلد الإبرام، فهي قاعدة إسناد قد صيغت صياغة مرنة من أجل تحقيق العدالة المادية ومواكبة متطلبات الواقع .

على وفق ما تقدم يتبين لنا أن التشريعات الحديثة والاتفاقيات قد صاغت قاعدة إسناد بصورة متطورة سمحت للقاضي بالبحث عن القانون المناسب لحكم شكل التصرف وكما أنها سمحت أيضا للأطراف باختيار القانون الأكثر ملاءمة لتصرف المبرم دون أن يتم إلزامهم بتطبيق قانون بلد الإبرام الذي أصبح لا يلبي متطلبات الواقع المعاصر، فندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بما جاء في القوانين الحديثة وأعاده صياغة القاعدة بشكل الاتي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها أو قانون الدولة التي تحكم موضوع العقد).

الفرع الثاني : تأثير الصياغة بتطوير قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية

تختلف التشريعات بشأن تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، فبالنسبة للقانون الدولي الخاص الألماني، أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل الضار فأشارت المادة (٤٠) من القانون الدولي الخاص الألماني، يمكن للمضرور أن يختار قانون وقوع الضرر أو قانون محل الإقامة المعتادة للطرفين أذا اتحدا موطنًا و أيضًا يسمح القانون الألماني بتطبيق القانون الأوثق صلة بموجب المادة(٤١) إذ نصت على أن" أما إذا كان هناك قانون آخر أوثق صلة وأشد ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام وأكثر تحقيقًا لمصالح الأطراف وأكثر توقعًا مع توقعاتهم وجب تطبيق ذلك القانون"،كما أشارت المادة(٤٢) منه في حالة

---

٤٩ – أنظر إلى نص المادة ١١ الفقرة الأولى و الثانية من قانون الدولي الخاص

٥٠ – ينظر إلى نص المادة(١١\١) من لائحة روما ٢٠٠٨ على الموقع الآتي:
https://eu-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL .

اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية من قبل الأطراف، فأنه يشترط عدم المساس بحقوق الأطراف الثالثة[٥١]، وكذلك أشارت المواد ٤٢و ١٣٣ من القانون المدني الألماني فنصت المادة (١٣٣) على أن" إذا كان الضرر و المضرور مكان إقامة معتادة في الدولة نفسها، تخضع دعوى المسؤولية الناشئة عن التزام غير التعاقدي لقانون تلك الدولة"[٥٢]،أخذ المشرع الألماني بأسلوب الصياغة المرنة إذ سمح للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العمل غير المشروع من أجل حماية مصلحة الأطراف وتحقيق العدالة المادية أو العدل الواقعي.

أما موقف المشرع العراقي و المصري، أيضًا أخذ بالقانون المنشئ للالتزام فنصت المادة(٢٧) من القانون المدني العراقي على أن" الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدث فيها الواقعة المنشئة للالتزام" تقابلها المادة(٢١) من القانون المدني المصري، نجد أن المشرع العراقي أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المنشئ للالتزام، و لا يعطي أدنى سلطة تقديرية للقاضي، فأن ألزام القاضي بتطبيق قاعدة جامدة لا تتيح له أي سلطة تقديرية، إذ يتعذر عليه تحقيق العدالة المادية و التي تعد غاية القاعدة القانونية، فهو يكتفي بالتطبيق الحرفي لقاعدة الإسناد.

فكشف الواقع العملي بعدم ملاءمة القانون المحلي للتطبيق على الالتزامات غير التعاقدية فلا بد من تطويع و تطوير قاعدة الإسناد بالشكل الذي يواكب متطلبات الواقع[٥٣].

عند التمعن بهذا النصوص نجد أن المشرع العراقي قد صاغ النص صياغة جامدة إذ إن أعطاء حكم عام ينطبق على جميع مسائل الالتزامات غير التعاقدية، ويكون القاضي ملزمًا بتطبيقه، ، نأمل من المشرع العراقي أعادة صياغة قاعدة الإسناد بالشكل الذي يعطي للقاضي سلطة تقديرية بدلًا من أن يكون مقيدًا بالنص القانوني، وبالتالي يؤدي إلى تحقيق العدالة المادية بدلًا من العدالة الشكلية، لأن الصياغة المرنة تتيح للقاضي اختيار القانون الملائم لحكم الالتزامات غير التعاقدية، نقترح على المشرع أعادة الصياغة بشكل

---

٥١ – لمزيد من الاطلاع حول نصوص القانون الألماني و الذي تم ترجمته إلى اللغة الإنكليزية من قبل البروفيسور د. جوليانا مورسدوف متاح على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفيدرالية في ألمانيا وعلى الموقع الأتي:
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/

٥٢ – نصت المادة (١٣٣) من القانون المدني الألماني على أن
residence in(Art(1/133) "If the tortfeasor and injured party have their place of habitual the same State ،claims founded in tort shall be governed by the law of that State "

٥٣ – ومن الأمثلة على الواقع العملي: في احد المخيمات المتعلقة بمعسكر للطلاب الأمريكيين و كما أن المشرفين و المنظمين للمعسكر هم أمريكيين، و لقد أقيم المخيم في كندا في مكان منعزل، إذ اعتداء أحد الطلبة على زميلهم فأصابه بضرر ومن خلال تحليل الظروف الواقعة وعناصرها تبين أن الضرر و الخطأ قد وقع على الإقليم الكندي وهذا كل ما يربط دولة كندا بالواقعة لكن لو حللنا الواقعة لوجدناها وثيقة الصلة بالقانون الأمريكي لكون الطلاب من الأمريكيين و المشرفين و المنظمين و كذلك نقل المضرور إلى المستشفى بأمريكا وتم رفع الدعوى فيها فمن غير معقول أن نتمسك بقانون المحلي إي القانون الكندي بمجرد وقوع الحادثة على إقليمها و أن مصالح الأطراف تتركز في دولة أخرى تعتبر الأكثر صلة بالنزاع . للمزيد من التفاصيل ينظر إلى حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٥ وما بعدها.

الاتي: (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدث فيها الواقعة المنشئة للالتزام أو القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام)، فأضافة عبارة (القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام) يعطي مرونة للنص ويتيح للقاضي السلطة التقديرية لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، وبالتالي يجعل القاضي غير مقيدًا بالنص القانوني.

على وفق ما تقدم، يتضح لنا التأثير الكبير للصياغة الرصينة في تطوير قاعدة الإسناد و جعلها تسعى لمواكبة متطلبات الواقع من أجل تحقيق العدالة المادية بدلًا من العادلة الشكلية وذلك من خلال استخدام أسلوب الصياغة المرنة في قواعد الإسناد من أجل مواكبة متطلبات الواقع، وتحرر من قيود النص القانوني التي تجعل القاضي مقيدًا عن حرية التقدير و الموازنة بين قيود النص و التطورات التي تحصل بالواقع المعاصر فندعو المشرع العراقي أن يستجيب لتلك التطورات أسوةً بالتشريعات الحديثة و يتم صياغة نصوص قاعدة الإسناد صياغة رصينة بالشكل الذي يتيح للقاضي حرية التقدير و الموازنة .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من الدراسة لابد لنا من بيان أهم النتائج التي توصلنا لها خلال هذا الدراسة وبشكل مختصر، مع بيان أهم المقترحات والتي نتمنى من المشرع العراقي الأخذ بها عند أعادة النظر بنصوص القانون المدني المتعلقة بقاعدة الإسناد.

النتائج

١- أن للصياغة التشريعية أهمية كبيرة في تحقيق الموازنة بين قيود النص ومتطلبات الواقع، وبالخصوص الصياغة المرنة، لأنها تمنح القاضي حيزًا للاجتهاد من أجل ممارسة سلطته التقديرية، أي تحرره من قيود النص لمواكب متطلبات الواقع المعاصر، والذي يكون في تطور مستمر من النواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية كافة، إذ إنها تؤدي دورًا هامًا لمجاراة التطور الحاصل في الواقع من خلال منح القاضي سلطة تقديرية تحرره من قيود النص ويحقق العدالة المادية.

٢- الصياغة التشريعية قد تكون قابلة للتكيف تبعًا للظروف والوقائع وقد تكون قابلة للانسجام مع التطور الحاصل في الحياة الاجتماعية والقانونية، وهذه الصياغة قد تكون جامدة إذا تطلبت عوامل الثبات والاستقرار الاجتماعي، وتسمى بالصياغة الجامدة، وقد تكون مرنة إذا كان لها القابلية على مواكبة التطورات والأفكار الاجتماعية المعاصرة، وتسمى بالصياغة المرنة وكذلك توجد صياغة مختلطة تمزج بين الصياغةً الجامدة والصياغة المرنة.

٣- توصلنا إلى أن الصياغة المرنة تحقق أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد فالمعايير التي تضمنتها تساعد على ملاحقة التطور ومواكبة الظروف المستحدثة التي كانت غائبة عن نظر المشرع، عند وضع النص القانوني

٤- توصلنا إلى أن تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من اختيار القانون الملائم للنزاع، ويتم ذلك عن طريق صياغة النص القانوني صياغة مرنة تتيح للقاضي مكانية مواءمة النص القانوني عند تطبيقه على النزاع.

المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي أن يعدل صياغة المادة (٢\١٩) وأن يتم صياغتها بأسلوب الصياغة المرنة، فتكون الصياغة كالاتي (يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها كلا الزوجين وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا أكتسب الزوجان خلال الزوجية جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذا الجنسية هو القانون الواجب التطبيق).

٢- ندعو المشرع العراقي لصياغة نصوص قاعدة الإسناد التي تنظم انحلال الزواج صياغة مرنة بهدف الخروج من قيود النص القانوني، ويكون ذلك من خلال الأخذ بقانون كلا الزوجين أو القانون الأوثق صلة بالرابطة، فضلًا عن ذلك ندعو المشرع العراقي أن يعتمد على الاتفاقيات الدولية أسوةً بموقف التشريعات الحديثة

٣- ندعو المشرع العراقي أعادة صياغة المادة (٤\١٩) من القانون المدني العراقي بشكل الذي يجعلها تنسجم مع متطلبات الواقع وتعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، فنقترح أن تكون الصياغة بشكل الاتي:(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الوجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب أو القانون الأصلح للطفل) فأن أضافة عبارة (القانون الأصلح للطفل) تجعل صياغة النص مرنة.

٤- ندعو المشرع أعادة صياغة النص المادة (٢٢و ٢٣) بأسلوب مرن يجعله يساير متطلبات الواقع، فنقترح أن تكون صياغة النص بالشكل الاتي: (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالمورث)

٥- ندعو المشرع العراقي أعادة صياغة المادة (٢٣)، تكون الصياغة كالاتي (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالموصي) إذ إن أضافة عبارة القانون الأوثق صلة بالموصي يعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب والملائم

٦- ندعو المشرع العراقي بتعديل المادة (٢٦) بشكل الاتي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها أو قانون الدولة التي تحكم موضوع العقد).

٧- نقترح على المشرع بتعديل المادة (٢٧) بشكل الاتي: (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام أو القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام)، فأضافه عبارة (القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام) يعطي مرونة للنص ويتيح للقاضي السلطة التقديرية لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، وبالتالي يجعل القاضي غير مقيدٍ بالنص القانوني.