الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال

الأستاذ المساعد الدكتور

كريم مزعل شبي الساعدي

وكيل وزير / وزارة الاتصالات

Kareem-law61@yahoo.com

المدرس المساعد

هناء عبد الحسين جاسم النصراوي

الجامعة التقنية الوسطى ـ معهد الإدارة / الرصافة

drhaniiabi775@gmal.com

Recent trends in the interview adopt the money site officer

Assist. Prof. Dr.

Kareem Mizel Shabbi Alsaedi

deputy minister/ ministry of communications

Lecturer. Asst.

Hanaa Abdulhussein Jasim

Middle Technical University/ Al Rusafa Management Institution

الملخـــص:-

إن الفاعلية الدولية لضابط موقع المال في تحديد القانون الواجب التطبيق في نظام الأموال قد إنحسرت إلى الوراء بفضل ما شهدته الحياة الدولية المعاصرة من تحولات إقتصادية أو كما تسميها الدول النامية بالنظام الإقتصادي الدولي الجديد. هذه التغيرات الإقتصادية إستلزمت إجراء متغيرات قانونية تنتظم التعامل مع الأموال العقارية والمنقولة وفقاً للإسناد المرن أو وفقاً لقواعد قانون التجارة الدولية. إنَّ التوصل إلى إحداث المتغيرات القانونية للحياة الدولية يستلزم من مشرعي قواعد تنازع القوانين إعادة النظر بالنهج الإسنادي الجامد التقليدي وبضمنه طائفة الإسناد المتعلقة بنظام الأموال، من أجل التخلي عن الإرتكاز على ضابط موقع المال بتبني ضابط الإرادة والإختيار عند التعامل مع نظام الأموال، بما ينطوي عليه من الإسناد المرن وبإعتماد قواعد قانون التجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية: ضابط موقع المال، تنازع القوانين، القانون الواجب التطبيق، العوامل الاقتصادية، التجارة الدولية، ضوابط الإسناد.

Abstract:-

The international effectiveness of adopting the criteria of the place of property in specifying the applicable law in the property system has been reduced due to the internationally economical changes or as what so-called the new international economical system, the legal changes must take place according to the modern international economical changes.

The modern international legal life require to be reviewed by the legislators of laws conflict (legislation rules) regarding the attribution approach which is considered to be freeze and traditional which include the attribution group which is regarded with the property system, to stop adopting the criteria of place of property to adopt instead the criteria of will and choice in specifying the applicable law while dealing with the modern international legal life for its flexible attribution and adopting the rules of international trade law.

Keywords: Money site, Competent law, Mechanisms of application of money site officer, Legal Conditioning

مقدمـــة:

على الرغم من الحقبة الزمنية الطويلة التي حازها التطبيق العملي لضابط موقع المال لأغراض تحديد القانون الواجب التطبيق تجاه دائرة مركز الأموال وما الحق بها من التصرفات القانونية ذات الأبعاد الدولية المتعلقة بالعقارات[١]، فضلاً لما حظيً به من إعتراف وتأييد الجميع بما حققه من الثقة، التنظيم، التناسق في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه قد تعرض للإنتقاد الشديد لما يمكن أن يؤديه الإرتكاز عليه من حلول غير ملائمة وصارمة، إذ طرحت بعض آراء المتخصصين بتنازع القوانين أمثال الفقيهان الإنكليزيان كووك وهانكووك.... محاولة في إقناع القضاة الإنكليز من أجل إعادة النظر بإعتمادهم التقليدي الى قانون موقع المال كتطبيقات شاملة الذي تحكم جميع المسائل ذات الصلة بالأموال غير المنقولة بهذا القانون أيّ قانون موقع المال، إذ لم يعد تبنيه بغية التوصل الى تعيين القانون المختص بالتطبيق إزاء نظام الأموال يشكل القاعدة العامة والقانون المناسب، ومن ثم عدم صلاحيته لأن تكون لهذا القانون. السلطة العليا في تقديم حلول التنازع ولجميع القضايا.

تعالت دعوات ومحاولات الإنفلات من الإرتكاز على ضابط موقع المال، خلال النصف الثاني من القرن العشرين[٢]، مع تراجع الفكر الذي أسس عليه الجوهر الإسنادي، لقواعد تنازع القوانين، وبضمنها قاعدة الإسناد الخاصة بمركز الأموال أو العقود الدولية المتعلقة بالعقارات، الذي يعود بأصله الى الفقيه الألماني سافيني بمقتضاه يتم إسناد العلاقة القانونية إلى النظام القانوني الذي يلائم طبيعتها، من خلال تحليل العلاقة المعنية، للوقوف إلى العنصر الذي يشكل مركز الثقل مقرها ونقطة التركيز فيها، ومن ثم إخضاعها إلى قانون هذا المقر الذي يشكل الصلة بهذا العنصر والذي يتحقق معه الإرتباط الموضوعي بالعلاقة القانونية[٣]. هذا الفكر وما مثله من عصر فجر جديد وقت بزوغه في القرن التاسع عشر وما صاحبه من إنتصار وإنتشار عالمي وترحيب وقناعة من قبل القضاة، تراجع كثيراً لتناقضه مع الواقع العملي للعلاقات القانونية، لمختلف دول العالم المتجسد بعدم تماثلها في طبيعتها، فما يعد منها من الأحوال الشخصية يعد وفقاً لنظام قانوني آخر من الأحوال العينية، فضلاً من تباين مراكز وقيم النظم القانونية لدول العالم المختلفة[٤]، ذلك بسبب النظريات الفقهية المتطورة التي شهدها القانون الدولي الخاص في العقود القليلة الماضية التي ترجع في جذورها الى الولايات المتحدة الأمريكية وإنكلترا بلاد (Common Law)، لما يتسم به

نظامها القانوني من تطور قانوني ثابت ومطرد[٥]، فضلاً من البلاد الأوربية كفرنسا، إيطاليا، المانيا وسويسرا حتى أن التطورات المنوه عنها في الولايات المتحدة الأمريكية وصفت بأنها ثورة أمريكية جديدة، أثبت الواقع العملي للحياة الدولية المعاصرة إنَّ التطورات في النظريات والرؤى في الولايات المتحدة الأمريكية وأماكن أخرى من العالم في مجال القانون الدولي الخاص، سيما قواعد تنازع القوانين، وبضمنها تلك الخاصة بالملكية والحقوق العينية الاخرى والإلتزامات التعاقدية المتعلقة بالعقارات، قد حدثت بفعل التأثيرات أو التغيرات الإقتصادية، نتج ذلك من الوعي المتزايد في خضم الثورة القضائية الأمريكية وظهر إدراك بضرورة التطور والتخلي عن مبدأ التحليل لأغراض المصالح الحكومية، بناءاً عليه قام بعض من الفقهاء أو العلماء بالسعي بإجراء تحليل جديد من منظور إقتصادي وفي تبني هذا النهج ركزوا على مسائل أو قضايا معينة ومن بينها العقود. يعد التحليل الإقتصادي تحليلاً يعتمد على التعاملات التجارية، وهو لا يركز على المصالح الحكومية بقدر ما يركز على مصلحة الأطراف وذلك لتسهيل التعامل مع أحكام القانون الدولي الخاص. أنَّ مثل هذا لتركيز المتمثل بمصالح الأطراف بدلاً من حصره بمصالح الدولة يعكس تبني سياسة العولمة وتكامل السوق الداخلية وتقريب القوانين[٦].

بناءً عليه سوف نتناول بالبحث الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال وفقاً لما هو آتٍ:

أولاً/ تحديد موضوع البحث ونطاقه:

نتناول بالبحث موضوع الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال، وقد ركزنا البحث في تنازع القوانين على الوجه الأغلب، متطرقين فيه إلى أهم الإتجاهات الحديثة عند التعامل مع نظام الأموال (العقارات أو المنقولات) التي سبق وإن عقد الإختصاص الإسنادي بشأنها على ضابط موقع المال، لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق عند التعامل مع نظام الأموال للحياة الدولية المعاصرة.

ثانياً/ أسباب إختيار موضوع البحث:

١- عدم توجه الباحثين عموماً وطلبة الدراسات العليا في الخوض في بحث الإتجاهات الحديثة في مقابلة الإرتكاز على ضابط موقع المال.

٢- الفاعلية الدولية لمضامين الإتجاهات الحديثة عند التعامل مع نظام الأموال، سيما تلك المتعلقة بمسائل الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية المترتبة بشأن التعامل مع الأموال العقارية والمنقولة، إذ صار لزاماً تبني مضامينها في ضوء التعايش والإنصهار في بوتقة الحياة الدولية المعاصرة.

ثالثاً/ مشكلة البحث:

التحولات الإقتصادية التي شهدتها الحياة الدولية المعاصرة التي كانت أهم أسباب ظهور الإتجاهات الحديثة إزاء التعامل مع نظام الأموال، قد تطلبت إجراء متغيرات قانونية من خلال تدخل مشرعي قواعد الإسناد الوطنية، بإعادة النظر بالنهج الإسنادي التقليدي وتبني النهج الإسنادي المرن بالإرتكاز على ضوابط إسنادية متنوعة تسعف التطبيق الملائم لحلول تنازع القوانين، ولأهمها ضابط الإرادة والإختيار وقواعد قانون التجارة الدولية. هذه المتغيرات القانونية بحد ذاتها شكلت معضلة بعدها ثورة على النهج الإسنادي التقليدي في التعامل الدولي مع نظام الأموال والذي عوّل فيه على ضابط موقع المال ولحقبة زمنية طويلة، فضلاً من تطرف القضاة للحياة الخاصة الدولية في الإرتكاز على الضابط الإسنادي المذكور، فكانت نافذة النجاة في قضاء التحكيم.

رابعاً/ أهداف موضوع البحث:

١- بلورة أهم الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال، وجعلها في متناول طلبتنا الأعزاء في مجال التعامل مع نظام الأموال للحياة الدولية المعاصرة.

٢- إعانة القضاء في التعرف على أهم الإتجاهات الحديثة، ليستوعبها في تطبيقاته القضائية، غير معزولاً عن التطورات الحديثة التي عكستها متطلبات التجارة الدولية ومواكباً لها.

خامساً/ الصعوبات التي واجهت الباحثة:

إنَّ صعوبات عدّة واجهت الباحثة في مقدمتها ندرة المصادر الحديثة المتعلقة بموضوع البحث، فضلاً من قلة القرارات القضائية العراقية الصادرة في مجال الإتجاهات الحديثة، وقد أسعفنا التطبيق بالإستعانة بالقرارات القضائية العربية والأجنبية سداً للنقص، كما أ

صعوبات أخرى مردها عدم دقة الترجمة وهذه مسألة مؤثرة لكل من يعزم على البحث في ميدان القانون الدولي الخاص سيما تنازع القوانين، هذه الصعوبات لم تكن حائلاً في مواصلة البحث من خلال الحصول على المصادر من خارج الحدود الإقليمية العراقية.

سادساً/ منهجية البحث:

إعتمدنا في البحث إسلوب الإستقراء والتحليل والمقارنة مع الأنظمة القانونية العربية، اللاتينية والإنكلوأمريكية، المعززة بالتطبيقات القضائية والإجتهاد الفقهي الحديث، فضلاً من بيان الآراء والمقترحات إزاء ما يعرض من معوقات ومشاكل التي تسعف في التخفيف من أزمة إعمال الإتجاهات الحديثة.

سابعاً/ خطة البحث:

تناولنا موضوع البحث في مقدمة ومبحثين: المبحث الأول خصصناه إلى تبريرات ظهور الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال، وهي تبريرات ذات صلة بمنهجية تنازع القوانين وتغير المفاهيم الأساسية العليا للدولة. أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى مضمون الإتجاهات الحديثة وأساسها، إذ ركزنا البحث في ضابط الإرادة وضوابط إسنادية متنوعة اخرى كمضامين للاتجاهات الحديثة، أما عن أساسها فقد ركزنا البحث في نظرية القانون الملائم ونظرية الإداء المميز، ثم أنهينا البحث في خاتمة (إستنتاجات وتوصيات)، ثم الملخص.

المبحث الأول

تبريرات ظهور الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبنـــي ضابط الموقع

تعددت تبريرات ظهور الإتجاهات الحديثة لحلول تنازع القوانين وبضمنها تلك الخاصة بطائفة مركز الأموال والإلتزامات التعاقدية المتعلقة بالعقارات، ولعل أهمها تلك التي تكمن في التقدم الإقتصادي الذي يشهده عالمنا المعاصر أو كما تسميه الدول النامية بالنظام الإقتصادي الدولي الجديد، وبصدده نشر الإقتصادي السويدي راجنار يزكسه: (أن هناك فارقاً جوهرياً بين إتجاهات التجارة الدولية في القرن العشرين عنه في القرن التاسع عشر)[٧]. عشر)[٧]. التحولات الإقتصادية تطلبت تغييرات قانونية دولية فصار معها البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن جنسية أطراف العلاقة القانونية الدولية والمذهب

الإقتصادي السائد لأي دولة، لتكون هذه التغييرات القانونية وسيلة لتحقيق السلام العالمي بسبب ما تطلبته التأثيرات الإقتصادية من ظهور ضوابط أو مبادئ وقواعد قانونية لا تنتمي الى أي من القوانين الوطنية ولدولة بعينها، لتكون محايدة عند إعتمادها في التطبيق. بناءاً عليه نبحث في أهم هذه التبريرات وعلى سبيل المثال وليس الحصر وفي مطلبين نتناول في المطلب الأول التبريرات ذات الصلة بمنهجية تنازع القوانين أما المطلب الثاني فنخصصه الى التبريرات التي تعزى الى التغيير في مفاهيم المصالح الأساسية العليا للدولة.

المطلب الأول

تبريرات ذات صلة بمنهجية تنازع القوانين

تعددت تبريرات مضامين الإتجاهات المطروحة فمنها ما يرجع الى تقنية تنازع القوانين التقليدية، إذ أن آلية وميكانيكية التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، لما يقوم من مراكز وعلاقات قانونية للحياة الخاصة الدولية وفقاً لخصوصيتها لم تعد ملائمة لحكمها (إذ أن قواعد الإسناد التقليدية إذا كانت مناسبة لفض النزاع في المسائل التي صيغت من أجلها هذه القواعد، وهي ليست بالضرورة أن تكون مناسبة لحل المشاكل الجديدة)[٨]، وهو ما نوضحة في فرعين: الفرع الاول نعرض فيه منهجية تنازع القوانين التقليدية، أما الفرع الثاني فنبحث فيه ظهور ملامح منهج جديد (قواعد قانون التجارة الدولية).

الفرع الأول: منهجية تنازع القوانين التقليدية:ـ

أن أهم تبريرات ظهور الإتجاهات الحديثة تلك التي تعزى الى تلافي مثالب تقليدية منهجية تنازع القوانين والتي تبدو في:

المقصد الأول/ إنَّ الإرتكاز على ضابط موقع المال بغية تحديد القانون الواجب التطبيق لمسائل تنازع القوانين التي موضوعها أموالاً عقارية أو منقولة في العلاقات الخاصة الدولية، وما تنطوي عليه من آلية ميكانيكية في إختيار القانون المختص بالتطبيق بحساب أنَّه يقود الى التوصل الى حلول التنازع بطريقة غير مباشرة. إذ أن قاضي المحكمة المرفوع أمامها النزاع ليس له الوقوف الى مضامين القانون الواجب التطبيق إبتداءاً، فهذه خطوة تالية لمسألة إختيار القانون، وعلى الرغم مما توفره هذه الميكانيكية لقواعد تنازع القوانين من البساطة

والسهولة في تقديم حلول تنازع القوانين، سيما بالنسبة للمحكمة التي تتولى الفصل بالنزاع إلا أنها لم تعد غاية بحد ذاتها تستوجب التضحية بعدالة وملائمة حلول تنازع القوانين، وهو ما أكدته الإتجاهات الحديثة بما طرحته من نظريات وآراء جديدة متطورة وفي أحدث المؤلفات الخاصة بالقانون الدولي الخاص ومنه ما قيل: "علينا أن نتذكر أن تنازع القوانين هو حقل غالباً ما ينظر اليه على أنه مجال أو حقل معقد، ولا يسفر دائماً عن حلول واضحة وبسيطة في هذا السياق، علينا أن نقر بحقيقة أن التطبيق المناسب لحسم تنازع القوانين لا يجب أن يقدم كقربان على مذبح البساطة"[٩].

كما أن هذه الآلية التقليدية ناقضت وبشدة الموجهات الجديدة المطروحة لما ينبغي أن تكون عليه أحكام القانون الدولي الخاص ولأهمها تلك المتعلقة بتنازع القوانين والتي ركزت فيها الإتجاهات الحديثة على توقعات أطراف العلاقة القانونية بصبغتها الدولية مع اليقين والقابلية على التنبؤ بالنتائج، وإنَّ من شأن هذه الحداثة في منهجية تنازع القوانين أنْ تجعل أحكام القانون الدولي الخاص أنماطاً مفضلة ومرغوب بها لما تحققه من نتائج عادلة ملائمة وإخلاقية، سيما في ضوء تبني سياسة تنازعية حكيمة وموضوعية تقوم على القناعة والمقبولية وفقاً لوجهة نظر الأطراف المتلقية للقانون ومشرعه، فضلاً من تلبيتها للقانون المختص بالتطبيق. ولأجل تعزيز وجهة النظر المطروحة فقد قيل: "أن الأحكام أو الخيارات الجيدة التي يتم إستقاؤها من أحكام القانون الدولي الخاص هي تلك التي تلبي توقعات الأطراف المشروعة، وعادةً ما تقود تلبية توقعات الأطراف المشروعة الى نتائج عادلة، ومن ثم الى نتائج صحيحة وأخلاقية، ويجدر بالملاحظة إنَّ بالإمكان النظر الى ما هو جيد في الخيارات المذكورة من وجهة نظر متلقي القانون ومشرعه على حد سواء، لذا فإننا نركز هنا على أحكاماً وخيارات من هذا القبيل، فمثلاً إنَّ تلبية متطلبات القانون مرغوب به بالتأكيد لدى مشرع ذلك القانون، في الوقت الذي تكون فيه تلبية توقعات الأطراف المعنية بتطبيق القانون مرغوب بها من قبلهم بعدّ كل منهم متلق للقانون[١٠].

إنَّ الخيارات الأساسية هي تلك التي لا يعمل التنازع الجيد للقوانين بدونها، أي أنها تلك التي تضع حدوداً لأي حل قانوني مقبول، أما الخيارات غير الأساسية فهي تلك التي تكون مرغوبة في أية أحكام يتم تطبيقها لحل النزاعات في إطار التنازع الجيد للقوانين، إلا

أنها لا تعد حاسمة في هذا المجال[١١]. أن آلية ميكانيكية إستقاء حلول تنازع القوانين التي عول فيها على ضابط موقع المال في تحديد القانون الواجب التطبيق سواءاً في دائرة مركز الأموال أم في الإلتزامات التعاقدية المتعلقة بالعقارات شكلت أزمة تجاه ما يعقد من تصرفات قانونية ذات الصفة الدولية، التي لها ذاتيتها وتركيبتها المعقدة والتي تندرج ضمن تسميات مختلفة ومنها عقود الدولة عقود التجارة الدولية ذات الصلة بالأموال العقارية أو المنقولة، إذ أن في مثل هذا النوع من العقود لا يمكن معها التسليم بآلية التنازع المطروحة التي وصفت بالعمياء، إذ بمقتضاها يتم التوصيل الى القانون المختص بالتطبيق وهي معصومة العينين[١٢]، فمع أهمية هذه العقود إرتباطاً بأطرافها من جهة بيان حقوق والتزامات كل منهم أو صلةً بموضوعها أو وفقاً لغاية التعاقد أي لتعلقها بأهداف خطط التنمية الإقتصادية سيما بالنسبة للدول النامية، فكان السبيل للخروج من هذه الأزمة هو بإستبعاد التصرفات القانونية من النوع المنوه عنه، وما قد تكشفه الحياة الإقتصادية الدولية المعاصرة من تصرفات قانونية أخرى من الصياغات التقليدية لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالإلتزامات التعاقدية خصوصاً فيما يتعلق بترتيب حقوق الملكية وأية حقوق وآثار عينية أخرى تتأثر وتتفاعل بما يجري من مستجدات، لتكون فعالة تستجيب لمتطلبات المرحلة التي توجد فيها، لتعد انعكاساً للحقائق السائدة في المجتمع الدولي، مع إنتظامها بقواعد خاصة ضمن القوانين الوطنية لبعض الأنظمة القانونية أو بإخضاعها لقواعد قانون التجارة الدولية أو طبقاً لما يقره الإجتهاد الفقهي من آراء ولما يطبقه القضاء بشأنها من أحكام.

المقصد الثاني/ أن تبني ضابط موقع المال وصولاً للقانون الواجب التطبيق لما يبرم من تصرفات عبر الحدود وما يترتب من حقوق عينية ومادية لا تتوائم مع تلك التي تتمتع بخصوصيتها وذاتيها المميزة لما هو مألوف من إلتزامات تعاقدية بسبب أن القانون المختص بالتطبيق الذي يتم التوصل اليه وفقاً للتقنية الفنية لتنازع القوانين بات غير ملائم لحكمها من جهة كونه وضع أصلاً للفصل في التصرفات القانونية الداخلية في بلد القانون المعني[١٣]، ومعه لايمكن التسليم بحلوله أيضاً لأنه وكما أسلفنا أن العقود التي طرحها الواقع الدولي الجديد لا يمكن بأي الأحوال القبول بشأنها التطبيق ذاته، كونها ذات سمات مميزة عن تلك المبرمة على صعيد الحياة الداخلية تؤسس حلول التنازع فيها على احترام التوقعات المشروعة لاطراف المنازعة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وهو ما يقتضي العلم المسبق به[١٤]،

وإذا كان مستساغاً إعمال ضابط موقع المال لما يبرم من تصرفات وما يقوم من مراكز قانونية إذ لم تكن المعاملات من التعقيد بل درجت على بساطتها المألوفة إذ معها لم يشكل التعويل على ضابط موقع المال أزمة في حلول التنازع حتى وإن كان القانون المختص بالتطبيق في جوهره يكمن في قواعده الموضوعية الوطنية التي سنت أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، أما الآن فإن مثل هذا التطبيق شكل مأزقاً أستوجبت قواعد العدالة والأمان الخروج منه بإستبعاد هذا النوع من العقود من مجال الإسناد التقليدي.

المقصد الثالث/ عدم مواكبة قاعدة الإسناد التي عول فيها على ضابط موقع المال للمتغيرات الدولية.

إنَّ الإلتجاء الى ضابط موقع المال في تعيين القانون الواجب التطبيق لكل ما يخص التنظيم القانوني في إكتساب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى وفي حيازتها، انتقالها، انقضائها ولكل ما يخص العقود المتعلقة بالعقارات في إستقاء حلول تنازع القوانين لمسائل التنازع ذات الصلة بنظام الأموال، وبما إنطوت عليه من الإسناد الجامد عدَّ مثلباً، لما يقوم من مراكز وما يبرم من تصرفات خاصة دولية بسبب أن ما طرحته الحياة الدولية المعاصرة لا يمكن الإرتكاز فيها على الضابط الإسنادي المذكور بما ينطوي عليه من إسناد جامد مسبق لا يخدم النظام الإقتصادي الدولي الجديد ومتطلبات التجارة الدولية، بحساب أن هذه الآلية في الإسناد والتطبيق لم يلحقها التغيير والتطوير، وبذلك تكون خالفت أهم سمة في قاعدة الإسناد من أنها وكأيّ قاعدة قانونية كونها إجتماعية بطبيعتها تتأثر وتتفاعل مع ما يجري من مستجدات، لتكون فعالة تستجيب لمتطلبات المرحلة التي توجد فيها[١٥]. ومن مقتضيات ذلك مراجعتها وإعادة النظر بصياغتها، لتستوعب متغيرات الحياة الدولية الإقتصادية والقانونية لتعد انعكاساً للحقائق السائدة في المجتمع الدولي[١٦]، من دون الإكتفاء بمعالجة فئات معينة من التصرفات المبرمة عبر قوانين وطنية خاصة، أو بتطويع قواعد الإسناد التقليدية مع عدم كفاية الحل الأخير، وما ترتب عليه من إخراج مثل هذه العقود من دائرة إختصاص الإسناد التقليدي الجامد الى حلول التنازع طبقاً للإتجاهات الحديثة، إذ أن الفن التشريعي لابد وأن يسمح بالتبني السريع لمضامين الإتجاهات الحديثة لملاحقة التيارات المتغيرة أو المستجدة[١٧].

الفرع الثاني: ظهور ملامح منهج جديد (قواعد قانون التجارة الدولية)

كشف واقع الحياة الدولية المعاصرة شيوع معاملات التجارة الدولية فأضحت الغالبة في ميدان التعامل الدولي وما تقتضيه من خصوصية في تنظيم أحكامها بصورة تتوائم مع ذاتيتها وتركيبتها المعقدة، فضلاً لما تتطلبه من سرعة ومرونة في حسم ما ينشأ بصددها من نزاعات وقد صاحب ذلك بروز ملامح منهج جديد متجسداً في " قواعد قانون التجارة الدولية " مستمد من الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون المسلم بها بين الدول. بمقتضاه يتم الإستناد في إسناد حكم معاملات التجارة الدولية الى هذا النهج الجديد قواعد قانون التجارة الدولية بدلاً من الإرتكاز على قواعد الاسناد التقليدية، محاولةً لسد الفراغ القانوني الناجم من عدم كفاية وملائمة منهجية تنازع القوانين التقليدية وما تنطوي عليه من تطبيق للقوانين الوطنية التي ثبت عدم ملائمتها لحكم العلاقات القانونية الدولية المعاصرة، مع عدم قدرتها على تلبية الحاجات المتزايدة للتجارة الدولية، فضلاً من فك الإختناقات لأنواع معينة من التعامل الدولي، لتكون مألوفة في نطاق العلاقات القانونية الدولية كقبول شرط التحكيم في فض المنازعات وشرط الدفع بالذهب.....، على الرغم مما ثارته من خلاف فقهي بين مناهضيها والمناصرين لها على أساس إمتلاكها للصفة القانونية من عدمه أستقر العمل بها في ضوء دورها التكميلي أو المعدل بعد أن إعترف لها بالصفة القانونية إذ صار معها من غير الممكن أن يعزل أي بلد نفسه من التعامل وفقاً لقواعدها[١٨]، وأكثر من ذلك أصبح التعامل بمقتضاها توجهاً نحو العولمة وإن هذا التوجه لا يعد مفضلاً فحسب، بل لازماً ومؤكداً في ضوء تحقيق التناغم الدولي من خلال البحث عن أفضل الخيارات التي تجعل من القرارات التي يتم إختيارها متناغمة مع أفضل الممارسات القانونية العالمية ذات الصلة[١٩]. وقد وجدت أساس تطبيقها في إرادة الأطراف من خلال إعتماد ما أعدته التجارة الدولية من شروط عامة في مجال تداول الأموال أو بإتباع صيغ العقود النموذجية أو أساليب توحيد مصطلحات التجارة الدولية في مجال إنفاذ الآثار العينية لنقل أو تسليم الأموال أو تداولها، من التطبيقات القضائية لقواعد قانون التجارة الدولية هو حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٢/تشرين الاول/١٩٩١ في المنازعة الناشئة بين شركة امريكية وشركة اسبانية والخاصة

بالعقد المبرم بين الشركتين والذي بمقتضاه التزمت الشركة الامريكية بتسليم كميات فحم إلى الشركة الاسبانية وفقاً لسعر تم تحديده كل ستة أشهر، إذ أنَّ الاطراف المتعاقدة لم يضمنا عقدهما ما يفيد تحديد القانون الواجب التطبيق إزاء ما يقوم من نزاع بمناسبة العقد المذكور إلا انهما نصا على شرطاً تحكيمياً في فض المنازعات الناشئة بين الطرفين وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس إستناداً إلى قاعدة "من إختار القضاء إختار قانونه". وبالفعل تم الفصل بالنزاع بقضاء التحكيم، وأن المحكم الذي أوكلت إليه مهمة الفصل بالنزاع قرر حسمه وفقاً لقواعد التجارة الدولية "Lex mercatoria" ، إذ أنَّ الحكم المذكور لم يحصل على رضا وقناعة الشركة الإسبانية بزعم أنَّ المحكم خالف مهمته بتطبيقه قواعد قانون التجارة الدولية، من دون أنْ يكون الاطراف قد أشارت إلى تطبيقها، وعلى أثره قدمت الشركة طعناً إلى محكمة استئناف باريس فرفضت الطعن مؤيدة تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، فقدمت طعنها أمام محكمة النقض طالبة إبطال حكم المحكم للأسباب ذاتها، فرفضت المحكمة الأخيرة (محكمة النقض الفرنسية) الطعن المذكور مقررة: (... إنَّ المحكم بإعماله لقواعد قانون التجارة الدولية المستخلصة من الممارسة العملية والتي تلقت تكريس الأنظمة القضائية الوطنية على موضوع المنازعة المعروضة عليه، يكون قد فصل فيها وفقاً للقانون حسب ما يمليه عليه الإلتزام الوارد في وثقية المهمة)[٢٠]. في هذه القضية إنَّ قرار محكمة النقض الفرنسية، فضلاً من أنّه كرس حلول التنازع في قواعد قانون التجارة الدولية، فإنّه جسد وبصورة جلية الصفة القانونية لقواعد قانون التجارة الدولية، على الرغم من كونها لم تشكل نظام قانوني متكامل ومستقل.

المطلب الثاني

تغيير المفاهيم الأساسية العليا للدولة

في هذا المطلب نتطرق إلى أهم التغييرات الحاصلة في مفاهيم المصالح العليا للدولة بعدّها حقائق أو إنعكاسات في شيوع النظام الاقتصادي الدولي الجديد التي كانت سبباً في ظهور الإتجاهات الحديثة وفي مواجهة الإرتكاز على ضابط موقع المال، نتناول في الفرع الأول البحث في تغير مفهوم السيادة، أما الفرع الثاني فنخصصه إلى سيادة النظام الإقتصادي الجديد.

الفرع الأول: تغيير مفهوم السيادة:ـ

إنَّ من أهم التبريرات التي قيلت في تبني ضابط موقع المال هي تلك المتعلقة بإعتبارات السيادة[٢١]. الى ذلك يرجع وعلى وجه الغالب شيوع وإنتشار سريان قاعدة العقارات تتبع موقعها وعلى مدى حقبة زمنية طويلة بعدّ هذه العقارات جزءاً من أقليم الدولة، ومن أهم مقومات وجودها، إذ درجت الدولة بفرض سلطانه لكل مسائل التنازع ذات الصلة بالعقارات إنعكاساً لسيادتها وفرض قوتها وبسط سلطانها بفرض إحترام الدول لها وعدم التدخل بشوونها، هذه التبريرات في تبني ضابط موقع المال أصابها الهون والضعف، إذ أنَّ النظرة إلى الأموال العقارية المتضمنة أن أهميتها تفوق الأموال المنقولة لا تعبر بصدق عن واقع العصر الحالي الذي تعددت فيه صور الطاقة والموارد[٢٢]، فضلاً من تغير مفهوم السيادة من مفهومها التقليدي الى مفهومها المعاصر، ومن إنعكاسات ذلك تحول السيادة إلى مفهومها المعاصر وبمقتضاه أضحت فكرة قانونية لها مدلولها الوظيفي[٢٣]. ومعه كلما إتسع هذا الإرتباط كلما تحررت السيادة من مفهومها التقليدي ساندة للإقتصاد العالمي ضامنة لحركة السوق وللإستقرار العالمي وبإقرار وتأييد مذهب الإقتصاد الحر وأنصار قواعد التجارة الدولية، ليتبلور دورها الحاسم في إرساء وتطبيق القواعد القانونية الدولية[٢٤].

هذا التحول في دور السيادة قد ترجمه الأمين العام للأمم المتحدة السابق كوفي أنان في تقريره السنوي الى الجمعية العامة سنة ١٩٩٩ الذي جاء فيه " أن مفهوم سيادة الدولة يمر في جوهره وفي معناه العميق بعملية تحوّل كبرى لا تعود فقط الى وقوعه تحت ضغط وقوى العولمة والتعاون الدولي، فالدول يجب أن ينظر اليها الآن بعدّها أدوات في خدمة شعوبها وليس العكس "[٢٥].

كل ذلك ليس من شأنه النيل منها (أي السيادة)، بل إنَّ السيادة كفكرة جوهرها ثابت، في حين القواعد القانونية التي تحدد نطاق صلاحياتها وممارساتها هي فقط يمكن أنْ تتغير، ومن ثم يتغير تبعاً لها ضيقاً أو إتساعاً مضامين تلك الصلاحيات والممارسات، فمع هذه المتغيرات بات من الضعف التشبث بتبني ضابط موقع المال وفقاً لمبررات السيادة إزاء التنظيم القانوني، لما يندرج في فكرة مركز الأموال والعقود المتعلقة بالعقارات، أو في الإرتكاز عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق لما يقوم من مسائل تنازع، سيما في العقود

الدولية ذات الطبيعة الخاصة وما تستدعيه من حلول قانونية متطورة[٢٦]، وتلبيةً لمعطيات التجارة الدولية.

الفرع الثاني: سيادة مفهوم النظام الإقتصادي الدولي الجديد:-

لم تعد العوامل الإقتصادية بمفهومها التقليدي تبريراً ملائماً في شمولية سريان تبني ضابط موقع المال، لكل ما يتعلق بمسائل نقل الملكية أو ترتيب آثارها العينية المتمخضة عن التصرفات القانونية الدولية ذات الصلة بنظام الأموال، من خلال سيادة البيئة الأجتماعية الدولية للعوامل الإقتصادية والتي حتمت التعاون والتفاعل الدوليين في ضوء توظيف مثل هذه العوامل في خدمة السياسات والتشريعات الدولية ذلك بالتخلي عن النظرة الضيقة لنطاق العوامل الإقتصادية المتضمنة عدّ العقارات مصدر الثروة الوطنية، إذ أنَّ الموارد الطبيعية والثروات الإقتصادية بما فيها الأموال المنقولة وغير المنقولة على المستوى الداخلي والدولي لم تعد الركيزة الأساسية لقوة الدولة وقدرتها الإقتصادية إلا في ضوء استخدامها، بما يؤثر في سلوك الدولة الاخرى وبمراعاة التنظيم الدولي في استخدامها والتعامل معها انسجاماً مع ما طرحته الحياة الدولية المعاصرة[٢٧]، من معايير ومفاهيم جديدة في ضوء شيوع الإقتصاد العالمي الجديد وسيادة مبدأ " القوة للإقتصاد "[٢٨]، ومن سماته إمتلاك الميزة أو القدرة التنافسية في المجال الدولي كركيزة أساسية لقوة الدولة وقدرتها الإقتصادية، فضلاً من ذيوع مبادئ إقتصادية عالمية جديدة تحتم معها عولمة حلول تنازع القوانين بإتباع إسلوب فض المنازعات ذات الصلة بالتداول مع سلوك آلية دولية وعالمية للتنظيم القانوني لما يبرم من تصرفات قانونية دولية تمس بصورة مباشرة نظام الأموال، سيما تلك المتعلقة بالعقارات تحت مظلة النظام الإقتصادي الدولي الجديد ومن هذه المبادئ هي:

المقصد الأول/ ظهور التكتلات الإقتصادية الجديدة:

إنَّ أبرز ملامح التغييرات الإقتصادية والقانونية الدوليين تلك المتجسدة في ظهور التكتلات الإقتصادية العملاقة بين مجموعة من الدول القائمة على أساس من الأقليمية بمفهومها المعاصر القائم على الرؤية الإقتصادية دون السياسية، التي تتحقق بتوافر مجموعة من المقومات المتجانسة إقتصادياً... والتي تربطها في النهاية مصالح إقتصادية مشتركة، بل والسعي لتعميقها مع تعزيز القدرة على مواجهة المنافسة الدولية وتشير إحدى الدراسات

التي أجراها صندوق النقد العالمي في عام ١٩٩٥. أنّ هذه التكتلات سيطرت على ما يقارب من ٨٥٪ من التجارة العالمية، ومن صورها منطقة التجارة الحرة والأسواق المشتركة كالسوق الأوربية المشتركة وهذه التكتلات من أهم خصائص الإقتصاد العالمي المعاصر[٢٩]، الذي من إنعكاساته إتساع التعامل والتداول لنظام الأموال وترتيب مختلف الحقوق والآثار العينية التي تتطلب إجراء متغيرات قانونية للإيفاء بمتطلبات عقود التجارة الدولية، إذ معه تتلاشى الفاعلية الدولية لضابط موقع المال بما ينطوي عليه من منهجية الإسناد الجامد المسبق التي تتناقض ومصالح الأشخاص الخاصة الأجنبية.

المقصد الثاني/ تعاظم دور الشركات دولية النشاط أو متعددة الجنسيات:

إنّ تعاظم دور هذا النوع من الأشخاص الدولية حتى غدت اللاعب الرئيس في حلبة الإقتصاد العالمي المعاصر، وما صاحبه من زيادة هائلة في حجم الإستثمارات المباشرة وغير المباشرة، وما رافقه من سياسات تشريعية ناهضة وعلى مستوى دول العالم المختلفة قائمة على نهج تشجيع وجذب الإستثمارات الأجنبية من خلال ما تضمنته هذه الصياغات التشريعية من ضمانات وإمتيازات وحوافز في ضوء تحقيق المصالح المشتركة، ولكافة اطراف االدول الطالبة للإستثمار[٣٠]، ولإنجاز متطلبات خططها التنموية الإقتصادية وللنهوض بواقع مجتمعاتها الإقتصادي والإجتماعي، وفي المقابل تحقيق غايات المستثمر الأجنبي في تحقيق الأرباح ومواجهة مشكلات إستخدام فوائض موازين مدفوعاتها كل تلك الممارسات أكدت ظاهرة العالمية للإقتصاد. ومن دون إنكار لأهميته يتحتم القبول بالتعاون الدولي، لتحقيق متطلبات التنمية الإقتصادية من خلال إبرام مختلف العقود التي تتمتع بذاتيتها وخصوصيتها ذات الصلة بالعقارات، أو المنقولات والمبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجنبية، كالشركات المتعددة الجنسيات وغالباً ما يترتب على هذا النوع من العقود مختلف الحقوق والآثار العينية، ولأهمها حقوق الملكية وحقوق الإنتفاع أو لمزاياها المادية كحقوق الإستغلال، من دون الإلتزام في الإرتكاز على ضابط موقع المال في تحديد القانون الواجب التطبيق، لحكم العقد مع التركيز على الضابط الإسنادي الذي معه يتم التوصل الى القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية.

المبحث الثاني

مضمون الإتجاهات الحديثة في نظام الأموال وأساسها

تعددت مضامين الإتجاهات الحديثة التي عكستها الحياة الإقتصادية ومتطلبات التجارة الدوليين في مقابلة التعويل على ضابط موقع المال في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكل ما يخص التنظيم القانوني للحياة الدولية المعاصرة، لما يبرم من عقود دولية إنمازت بخصوصيتها وذاتيتها عما هو مألوف من تعامل تقليدي ذات صلة بنظام الأموال العقارية والمنقولة. ذلك بالإستناد الى الإختلاف في طبيعتها أو مصدرها، فضلاً من إختلافها وفقاً لتنوع أصناف التصرفات القانونية ذات الصبغة الدولية، إذ أن لكل فئة خصوصية وذاتية إنمازت بها عن أخرى، مع هذه السمة تعذر الإرتكاز على النهج الإسنادي المسبق الجامد، بل صار ملائماً إعتماد منهج الإسناد المرن، ليتم من خلاله تشخيص الحقائق المتعلقة بكل قضية، ومن ثم الوصول الى نتائج منطقية وعادلة، الذي قوامه التعدد والتنوع بحسب تنوع التصرفات القانونية وبصفتها الدولية وما تحلى به من إمكانية تجزئة الإسناد في ضوء تعدد الإلتزامات سواءاً للرابطة العقدية ذاتها أو بتعدد الروابط العقدية التي تتطلبها طبيعتها المركبة إيفاءاً لما تقتضيه إعتبارات التوصل الى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[٣١]. أما من حيث طبيعة الضوابط الإسنادية أو القواعد المادية التي طرحتها المستجدات الدولية المعاصرة، فمنها ما هو معنوي أو إقليمي والبعض الآخر تتحدد طبيعته بالنظر إلى وظيفته الإقتصادية، ومنها ما يرجع إلى التباين في مصدره، إذ تجد أساسها في التقنية الفنية لتنازع القوانين بنزعتها المتطورة (الإسناد المرن)، ومنها ما يعود الى القواعد المادية في علم القانون الدولي الخاص أو قواعد التجارة الدولية. وعليه يمكن القول بأنه لا يمكن الجزم بضابط إسنادي محدد أو قاعدة مادية بعينها في مواجهة ضابط موقع المال، وهو ما لا يشكل إنتقاداً، بل يبلور إنتصار الإتجاهات الحديثة بتبنيها منهج الإسناد المرن. ولا يفوتنا التنويه الى ما حققته هذه الضوابط الإسنادية من ذيوع وإنتشار دولي إرتبط وبشكل وثيق بالإساس الذي عولت عليه، ومن أهمها نظرية القانون الملائم ونظرية الإداء المميز. المهم في مظاهر مضامين هذه الإتجاهات مساهمتها وفاعليتها في التخفيف من وطأة أزمة الإسناد الجامد المسبق لضابط موقع المال لأنّه يسمح للقاضي مثلاً العدول عن تطبيق قانون صارم عند وجود

ظروف تؤدي الى نتائج تعد مجحفة، وهي ليس بالضرورة أن تكون مناقضة للسياسة القانونية العامة. بناءاً عليه نوضح في هذا المبحث أهم مضامين أو مظاهر الإتجاهات الحديثة وعلى سبيل المثال وليس الحصر وفي مطلبين نسرد في أولهما مضمون الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال، أما المطلب الثاني فنخصصه الى أساسها.

المطلب الأول

مضمون الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط الموقع

في هذا المطلب نتناول نماذجاً لأهم مظاهر الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال، فإذا كان الإسناد التقليدي المعول إليه تجاه نظام الأموال موحداً من خلال الإرتكاز على ضابط موقع المال في تحديد القانون الواجب التطبيق بغية إيجاد التنظيم القانوني للتصرفات القانونية الدولية ذات الصلة بالأموال وما يترتب عليها من حقوق عينية، من جهة إكتسابها، إنتقالها أو إنقضاؤها....، وفقاً لآلية الإسناد الجامد المسبق، في ضوء بساطة التصرفات وتآلفها أو تشابهها في نطاق الطائفة الإسنادية التي تنتمي اليها، هذه الآلية لا يمكن التسليم بها إرتباطاً بالمعايير التي طرحتها المتغيرات الإقتصادية والقانونية ومن أهمها إعتبارات الملائمة لأجل الوقوف الى القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية. إلا أنه وعلى الرغم من تعدد مضامين الإتجاهات الحديثة بتنوع أصناف التصرفات القانونية الدولية وبمراعاة أهداف اطرافها، فإنها قامت على مبادئ أساسية والمتمثلة في تحقيق العدالة والتركيز على توقعات الأطراف والتنبؤ بنتائج العلاقات القانونية في ضوء التخلي عما هو تقليدي من حلول من خلال النظر الى الأمام لترقى قيمة الأحكام القانونية الدولية بمراعاة تقييم أفضل للعواقب وإتباع أفضل الممارسات العالمية تجاه غاية موضوعية متمثلة في تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية. مع عدم تجاهل أن مسألة الوقوف بشأن مدى القيمة الحقيقية للضوابط والقواعد المادية الحديثة يرتبط بدور القضاء عند تصديه للفصل بالنزاعات، ومدى إستجابته وتكيفه مع ما هو مطروح[٣٢]، مشيرين إلى الدور الرائد لقضاء التحكيم في تبني مضامين الإتجاهات الحديثة في ضوء إرادة أطراف الرابطة التعاقدية الصريحة، أو الضمنية، أو في ضوء إختيار القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية، أو في ضوء تركيز موضوعي لمتطلبات التجارة الدولية.

ولتوضيح ذلك سوف نعرض لماهية الضوابط الإسنادية المطروحة وفقاً لإستخدام أطراف العلاقة القانونية لمكنة الإختيار أو في عزوفهم عن إستخدامها وفي فرعين: في الفرع الأول نتطرق فيه إلى ضابط الأرادة وفي الفرع الثاني نبحث في ضوابط إسنادية متنوعة أخرى.

الفرع الأول: ضابط الإرادة:ـ

يعد ضابط الإرادة من أهم مظاهر الإتجاهات الحديثة في مقابلة ضابط موقع المال، هذا الضابط الإسنادي المعنوي شغل دوراً مهماً في علم القانون الدولي الخاص، بل وفي أهم فروعه تنازع القوانين، فقد حقق إنتصاراً ملموساً، سيما في القرن العشرين حتى أن أحد المتخصصين في القانون الدولي الخاص أغدق في وصفه قائلاً: "ربما تكون ((أي إرادة الإختيار)) أكثر قاعدة دولية خاصة مقبولة بشكل واسع في وقتنا هذا" و"حق أساسي" ومبدأ "لا يقاوم")[٣٣].

وإذا كان ضابط الإرادة والإختيار يشغل إختصاصاً إعتيادياً مألوفاً في طائفة الإلتزامات التعاقدية، إلا أن فاعليته الدولية برزت إزاء فئة معينة من العقود إنمازت بأهميتها لخصوصيتها وذاتيتها وتركيبتها المعقدة هذه العقود ذات صلة بالأموال المادية، سيما العقارات، إذ شكلت معياراً في تعيين القانون الواجب لهذه الأنواع من العقود ذات الصلة بالأموال المادية كعقود الدولة في مجال العلاقات الخاصة الدولية في الوقت الذي أعرب فيه مشرعي الصياغات الوطنية لقواعد الإسناد صراحة من إستبعاد العقود المتعلقة بالعقارات وعلى وجه الإستثناء من القاعدة العامة لضابط الإرادة في طائفة الإلتزامات التعاقدية والحاقها بدائرة مركز الأموال، لأن تكون خاضعة إلى قانون موقع المال، فمعه لم يعد ملائماً تطويع أو توظيف القاعدة الأصل لطائفة الإلتزامات التعاقدية لإستقاء الحلول، لما ينهض بمناسبتها من مسائل تنازع، ولذلك إرتأت السياسات التشريعية وبالنظر لطبيعة وتعقيد بعض فئات العقود الدولية ولترتيب آثارها القانونية تكريس دور ضابط الإرادة من خلال سن القوانين الوطنية الخاصة وفقاً لصيغ معينة من التعاقد محاولةً لإيجاد نظام قانوني لحكم هذا النوع من العقود معولاً فيه الى ضابط الإرادة والإختيار في تعيين القانون المختص بالتطبيق، ومن تلك التشريعات قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ في المادة ٢٧ منه، إذ

إرتكز على إرادة اطراف الرابطة التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن عقود الإستثمار، وبطبيعة الحال أن الإرتكاز على هذا الضابط الإسنادي المعنوي تسري بشأنه القواعد العامة من جهة التعبير عنها صراحةً أو ضمناً، هذا التصور في التعبير عن الإرادة قد أوحى به القاضي الهولندي اللورد ديبلوك "Lord Diplock" في عام ١٩٨٣، صرح قائلاً: (بأن الإختيار الصريح كان مسألة واحدة، لكن ليست وحيدة بأي وسيلة، لتأخذ بعين الإعتبار في تحديد القانون القابل للتطبيق)[٣٤]، وأن يكون القانون المختار ذلك الذي يعد له صلة معقولة بالعقد إنسجاماً مع نظرية التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية وبعكسه يطرح الإختيار، ليتولى القاضي المعروض أمامه النزاع تعيين القانون الواجب التطبيق وفق النظرية المذكورة، وكذا الحال إذا تخلف الأطراف من إستخدام مكنة الإختيار، ليكون القانون الواجب التطبيق القانون الأوثق صلة وإرتباط بالرابطة التعاقدية من خلال دور القضاء وفق أحدث النظريات في القانون الدولي الخاص نظرية الإداء المميز في ضوء تحليل الرابطة العقدية وللوقوف على الإداء المميز (الإلتزام الرئيس) للرابطة العقدية كالالتزام بنقل الملكية أو الالتزام بالتسليم فيما يخص العقود الدولية ذات الصلة بنظام الأموال، وما يترتب بشأنها من حقوق عينية ومادية، وليكون مكان إقامة المدين بهذا الإداء المعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم العقد.

إنَّ من أهم تطبيقات التعويل على ضابط الإرادة والإختيار الذي زحزح إختصاص الضابط الأصل (ضابط موقع المال) تلك الواردة في صورة من صور عقود الإستثمار ألا وهو عقد الإنتفاع بوحدات سكنية في قرى الإجازات السياحية بنظام اقتسام الوقت (وهو من عقود المشاركة الزمنية)، إذ أنَّ الحلول المتوقعة لما يثار بصددها من مسائل تنازع، ووفقاً لمنهجية تنازع القوانين التقليدية يتبنى فيها ضابط موقع المال لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن هذه الحلول لم ترق للفقه والقضاء المعاصرين بالإستناد الى طبيعتها وذاتيتها وتركيبتها المعقدة التي إنمازت بها عما هو مألوف، لما يترتب عليها من حقوق، فهذه العقود هي أشبه بعقود الفندقة أو الإيجار المفروش وإنَّ الحقوق العينية التي تترتب عليها تتلاشى خصائصها المعروفة من تخصيص وإستئثار ودوام، كما أن الإنتفاع المقرر عليها وهو جوهرها يتقرر لمدة قصيرة إذ تستغل الوحدة السكنية السياحية لمدة قصيرة أو لفترة وجيزة تتراوح بين أسبوع أو بضع أسابيع في السنة[٣٥].

هذا هو مسلك التشريعات الحديثة، التي نأمل أن يكون لها صدىً في التشريعات العربية عموماً والعراقي خصوصاً، ومن القوانين التي تبنت ضابط الإرادة والإختيار: القانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤ في المادة ١٠ الفقرة أولاً البند (٥)، فكان الضابط المذكور معياراً للتفضيل والإختيار في تحديد القانون الواجب التطبيق للعقود الخاصة الدولية التي موضوعها أموالاً عقارية، وعند تخلف الإختيار الصريح يصار الى الإستناد الى ضابط موقع العقار ليتقدم ضابط الإرادة على ضابط موقع المال كإختيار حقيقي في تعيين القانون المختص بالتطبيق. وهو التطبيق المستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة ١٠/ الفقرة ثانياً التي جاء فيها: (يحكم العقود الواردة على أموال عقارية وعند إنعدام الخضوع الصريح، قانون موقعها...) وكذلك هو موقف القانون الدولي الخاص الألماني في المادتين (٢٧ و ٢٨)، فبمقتضى نص البند الأول من المادة (٢٧) إستند فيها الى إرادة المتعاقدين وبحسب الإختيار الصريح. أما في حالة غياب الإختيار فقد عالجته المادة (٢٨) بإعتماد معيار موضوعي "معيار الملائمة" الذي يجعل القانون الواجب التطبيق قانون الدولة ذات الإرتباط الحقيقي بالعقد، وفي البند ثالثاً نوه الى الضابط الإسنادي المعول عليه فيما يخص العقود ذات الصلة بالعقار وعند غياب الإختيار الصريح والمتجسد في ضابط موقع المال، إذ معه يمكن الإرتكاز على تطبيق ضابط الإرادة والإختيار كقاعدة عامة بمقتضى نص البند أولاً من المادة ٢٧، بالإستناد إلى مفهوم المخالفة لنص البند ثالثاً من المادة ٢٨. وكذا الحال بالنسبة للقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧، وفقاً لنص المادة ١١٩/ البند (١) التي نصت على:

١- يحكم العقود المتعلقة بالعقارات أو بإستعمالها قانون مكان موقعها.

٢- يكون مقبولاً إختيار القانون الواجب التطبيق عليها.

ومن القوانين العربية التي تبنت ضابط الإرادة والاختيار في تحديد القانون الواجب التطبيق إزاء ما يبرم من عقود للحياة الخاصة الدولية بشأن استغلال العقارات هو القانون التونسي النافذ قي سنة ١٩٩٩، فيه تبنى ضابط الإرادة في المادة (٦٢) كقاعدة عامة، سيما مع الإختيار الصريح. وفي حالة تخلف مثل هذا الإختيار يعول على ضابط موقع المال وهو ما نصت عليه المادة (٦٣) من القانون المذكور التي جاء فيها: (عند إنعدام تحديد الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإن العقود المتعلقة بإستغلال العقارات يحكمها، من حيث الشكل

والموضوع، قانون مكان موقع العقار)[٣٦]. وبمسلكه هذا يكون نهج مسلك القوانين المتقدمة كالقانون الدولي الخاص الإسباني، الألماني، السويسري.

ولأجل توضيح دور ضابط الإرادة من خلال مفهوم المخالفة للنصوص المذكورة نسوق مثلاً مفادة لو أن شخصاً تونسياً يملك بناء من النوع العمودي (عمارة سكنية) إعتاد أن يستغلها بتأجيرها كشقق مفروشة، سيما للسواح الأجانب، أثناء تواجده في المانيا أبرم عقداً مع أحدى الشركات الخاصة الأجنبية التي مركزها في سويسرا بتأجير الشقق المذكورة، لسكن السواح الذين تعهدت الشركة الأجنبية لهم بالسياحة لأحد الأماكن الأثرية في تونس، مع العرض أنَّ هذا النوع من التعاقد كان من إختصاص وطبيعة عمل الشركة في مجال السياحة. وقد نظمت إلتزامات وحقوق الاطراف بموجب العقد المذكور وبضمنها تضمين العقد فقرة فيما يخص القانون الواجب التطبيق في حالة حصول خلاف أو نزاع بشأن موضوع العقد وبنوده، وقد اتفق على عقد الإختصاص التشريعي في ذلك إلى القانون الانكليزي بحساب ان السواح من جنسيات مختلفة ينتمون إلى دول أوروبية وانكلوأمريكية.

حدثت المنازعة بين الأطراف خلال مدة تنفيذ العقد، بشأن البند الذي التزم فيه الطرف التونسي بإصلاح وإكمال النواقص التي تعاني منها البناية بصورة تكفل للطرف الاجنبي الإستغلال الصحيح، إلا إنّ الواقع العملي أثبت عدم إيفائه بإلتزامه وعدم صلاحية البناية للإستغلال، فحدثت المنازعة ورفعت الدعوى بشأنها إلى القضاء التونسي. إنَّ حلول التنازع للقضية ينبغي تقريرها بالإستناد إلى القانون الانكليزي تنفيذاً لإرادة الاطراف المتعاقدة وليس وفقاً للقانون التونسي على انه مكان إستغلال البناية موضوع النزاع بالإستناد إلى حكم المادة (٦٣) من القانون التونسي لسنة ١٩٩٩.

الفرع الثاني: ضوابط إسنادية متنوعة أخرى:ـ

أثبت الوقع العملي لتطبيقات القضاء في الحياة الخاصة الدولية، فضلاً مما إستقر عليه الإجتهاد الفقهي من وجود ضوابط إسنادية أخرى متنوعة في مقابلة الإرتكاز على ضابط موقع المال في مركز الأموال، برزت أهميتها في تعيين القانون الواجب التطبيق في الأوضاع التي يتخلف فيها أطراف الرابطة التعاقدية الدولية من إستخدام مكنة الإختيار التي منحتها إياهم النصوص التشريعية، وعليه نعرض لأهمها على سبيل المثال وليس الحصر:

المقصد الأول/ محل الإبرام:

من الضوابط الإسنادية التي طرحتها الإتجاهات الحديثة التي من شأنها أنْ زحزحت إعمال ضابط موقع المال من مجال إختصاصه "ضابط محل الإبرام"، مع العرض إنَّ هذا الضابط الإسنادي ليس وليد عهد في العلاقات الخاصة الدولية، إذ حظيَ بالتطبيقات الواسعة لمختلف قضايا تنازع القوانين ومنذ عهد مدرسة الأحوال الإيطالية سواءاً في مهدها التقليدي أم في مراحل تطورها وإستمرت فاعليته الدولية، بل إتسعت ليمتد نطاق تبنيه في الشكل والموضوع حتى القرن السادس عشر، بفضل فكر الفقيه والمحامي ديمولان الذي فصل شكل العقد عن موضوعه. إنَّ تطور الحياة الإقتصادية المعاصرة ومتطلبات قواعد التجارة الدوليين وجدت في هذا الضابط الإسنادي تحقيق إعتبارات التركيز أو التوطين فإرتكزت عليه في تعيين القانون المختص بالتطبيق في موضوع العقود الدولية التي تتسم بذاتيتها وخصوصيتها لما هو مألوف في دائرة الإلتزامات التعاقدية وذلك وفقاً لإعتبارات الملاءمة أو الإداء المميز (الإلتزام الجوهري) في الرابطة العقدية وللتوصل الى القانون الأوثق صلة بها، ومن التبريرات التي قيلت لتعزيز التعويل عليه، ليكون الأجدر لحكم العقد، فضلاً من أنّ فيه يتجسد ميلاد الرابطة العقدية، ففيه تتحقق الإعتبارات العملية والقانونية، فمعه يتيسر على المتعاقدين الإيفاء بمتطلبات التصرف القانوني عبر الحدود، مع الإستجابة لمتطلبات التجارة الدولية في الوقت الذي يتعذر الوصول لهذه الغاية إذا ما عول الى إسناد خارج هذا الضابط(٣٧).

أما عن الإعتبارات القانونية ففيه التيسير الى القضاء المختص بالفصل بالنزاعات المرفوعة أمامه ذات الصلة بالأموال، مع عدم إخلاله بتوقعات الأطراف على أساس أنَّ حصول العلم به متيسراً ومتوقعاً. من التطبيقات القضائية التي تبنى فيها محل الإبرام قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة ١٩٧٦، بموجبه تبنت المحكمة المذكورة مكان إبرام العقد متخلية عن ضابط موقع العقار بعدّه القانون المختص بالتطبيق، ليكون القانون السويسري وليس قانون موقع العقار وعلى أساس إنَّ القانون السويسري يعد الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية، وذلك بخصوص عقد إيجار مراعي فرنسية أبرم في سويسرا بين طرفين كلاهما مقيم في سويسرا وحصل إختلاف بشأن العملة التي يجب الوفاء على أساسها هل الفرنك

الفرنسي أم الفرنك السويسري فقضت بالإختصاص للقانون السويسري، ليكون معه الوفاء على أساس الفرنك السويسري[٣٨]. في هذه القضية استبعد مكان وجود المراعي كضابط اسناد يعول إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعة تتعلق بحق شخصي على عقار والتي هي من إختصاص قانون موقع المال، وفقاً للنهج الإسنادي التقليدي لقيامها بمناسبة حقوق شخصية عقارية، إلا أن هذا الإسناد الجامد التقليدي تخلى عنه تحت إعتبارات الملائمة، ليكون القانون الواجب التطبيق القانون السويسري بوصفه مكان إبرام العقد ومحل إقامة الاطراف المتعاقدة، وليعد القانون الاوثق صلة بالرابطة التعاقدية، مع كل ما قدم من تبريرات وتطبيقات في الإستناد لهذا الضابط الإسنادي إلا أنّه لم يسلم من الإنتقاد ومثالها أن معطيات تحققه قد تتم على سبيل الصدفة والعرضية ومن ثم فأنه لا يستجيب الى إعتبارات التوطين أو التركيز المادي للرابطة العقدية، كل ذلك ليس من شأنه النيل من فاعلية التعويل على هذا الضابط الإسنادي.

المقصد الثاني/ مكان التنفيذ:

يشكل مكان تنفيذ العقد كضابط إسنادي في مقابلة ضابط موقع المال أهم إعتبارات الملائمة، فهو يعبر عن صلة وثيقة بالعقد سيما مع حالات عدم إستخدام مكنة الإختيار لفئات العقود الدولية التي تتسم بخصوصيتها وذاتيتها مع صلتها بالأموال المادية (عقارات أو منقولات).

إنَّ هذا الضابط الإسنادي نال إهتمام الفقيه الألماني سافيني في القرن التاسع عشر من خلال منهجه المتضمن تحليل الروابط القانونية، فوجد في مكان التنفيذ معظم آثار العلاقة القانونية فعول عليه في تعيين القانون المختص بالتطبيق بعدّه مكان تركيز الرابطة العقدية، مفسراً ذلك على أساس الخضوع الأختياري فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها، بعبارة أخرى أنَّ الفقيه سافيني ومثله ديمولان إرتكزا على مبدأ سلطان الإرادة كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بالطابع الآمر، فهو قد رد الى الإرادة الضمنية للطراف وكونه مجرد تبرير أفقده محتواه[٣٩].

فضلاً من أنّه يمثل جل هدف التعاقد وتتجسد فيه الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى العالم الخارجي وقالت به آراء الفقهاء واعتنقته الكثير من الاحكام، ليعد قرينة تساعد على توطين

أو تركيز العقد وتشخيص الإداء المميز سيما في العقود الدولية التي تتمتع بخصوصيتها وذاتيتها إذ تعد دولة تنفيذ العمل محل الإداء المميز[٤٠]. ومن التطبيقات القضائية لهذا الضابط الاسنادي إيفاءاً بمتطلبات التجارة الدولية سيما مع غياب الإختيار، ما قضت به محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٢/تشرين الثاني/١٩٨٠، بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية وحكومة تايلاند والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار للسيارات في تايلاند، وكانت المحكمة قد عولت على مكان الإداء المميز في العقد المتمثل بمكان إبرامه وتنفيذه في تايلاند فإنتهت الى تطبيق القانون التايلندي.

المقصد الثالث/ الموطن أو محل الإقامة:

يعد موطن أو مكان إقامة طرفي الرابطة التعاقدية أحد أهم الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق عند التعامل بالأموال عقارية ومنقولة، وما يترتيب بشأنها من حقوق عينية ومادية في العلاقات الخاصة الدولية، فقد تجسد فيه الإداء المميز للرابطة التعاقدية، ليكون محل إقامة البائع أو مركز منشأته في الأحوال التي يكون فيها البائع شخصاً معنوياً. وبدت أهميته الواضحة في العقود الخاصة الدولية التي إنمازت بخصوصيتها وذاتيتها من باقي العقود المندرجة في طائفة الإلتزامات التعاقدية، مع العرض أن الفقه والقضاء، رادف بينهما للوقوف على القانون الأكثر إرتباطاً ووثوقاً بالرابطة التعاقدية. إنَّ الواقع أثبت أن الموطن أو محل الإقامة أكثر ملائمة لحاجة الحياة الخاصة الدولية، فهو مركز مصالح الشخص ومكان حمايته ومقره القانوني الذي تترتب فيه حقوقه ومباشرتها، كما أن من شأن التعويل عليه أن يحقق المحافظة على حقوق الغير في الأوضاع التي يتعامل فيها مع الشخص المتوطن في دولة معينة، بعدّه واقعة مادية يسهل الوقوف عليها، وهو غالباً ما يتفق مع أسس وضوابط إسنادية أخرى[٤١]، فضلاً من أن الدول الإنكلوأمريكية ظلت مخلصة لهذا الضابط الاسنادي الى أبعد الحدود في تنازع القوانين[٤٢].

تبنته الإتفاقيات الدولية كإتفاقية المكسيك لعام ١٩٩٤ المبرمة بين الدول الإمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، بمقتضاه يتوصل الى القانون الأوثق صلة لحكم العقد الدولي[٤٣]، كما تبنته اتفاقية روما الاولى لسنة ٢٠٠٥ والنافذة سنة ٢٠٠٩ لائحة تعديل اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات

التعاقدية من دون استثناء تلك ذات الصلة بالعقارات أو المنقولات وبضمنها تلك الخاصة بحكم إيجار ملكية الأموال غير المنقولة لمدة لا تتجاوز ست أشهر، التي جسدتها المادة (٤) الفقرة – ث – إذ نصت على: (أن أي إيجار لملكية غير منقولة حصل لإستخدام خاص مؤقت لمدة لا تتجاوز الستة أشهر متواصلة يجب أن يحكم من قانون البلد الذي يسكنه المالك بشكل معتاد، بشرط أن المستأجر يكون شخص طبيعي وله مكان سكن معتاد في نفس البلد)، كما تبنته عدد من القوانين الأجنبية كالقانون الدولي الخاص السويسري في المادة (١١٧ الفقرة الثانية)، منها موضحة ماهية القانون الاوثق اتصالاً بالرابطة التعاقدية عند غياب الاختيار التي نصت على: (... وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الإداء المميز...)، وكذلك أخذت به التطبيقات القضائية ومنها ما تبنته المحكمة الألمانية الفيدرالية العليا في حكم لها سنة ١٩٨٩ إذ أبانت: (.... إنَّ إختصاص القانون الألماني بحكم عقود الإنتفاع بوحدات سكنية سياحية كائنة بفرنسا وإسبانيا، دون قانون هاتين الدولتين حيث موقع الوحدات المذكورة، يدعمه، فضلاً من أن المدين بالإداء المميز يوجد مركز أعماله في المانيا، أن محل الإقامة العادية للمتعاقدين أصحاب حق الإنتفاع موجود في المانيا كذلك)[٤٤].

المطلب الثاني

أساس الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط الموقع

إنَّ أهم التفسيرات التي قيلت بصدد إعمال مظاهر الإتجاهات الحديثة وجدت أساسها في نظريتين كلاهما قامت على معايير موضوعية، كما أنهما تشتركان في هدف إعمالهما وهو الوقوف الى القانون المختص بالتطبيق على أنه القانون الذي يرتبط إرتباط حقيقي وواقعي بالرابطة التعاقدية، فهو القانون الإوثق صلة بالرابطة المذكورة إلا إنهما يختلفان من جهة تطبيقهما. هاتان النظريتان تجسدتا في نظرية القانون الملائم ونظرية الإداء المميز التي حظيت بالتطبيق من قبل بعض دول الإنظمة الإنكلوأمريكية والأوربية. ونتناول مضمونهما بشيء من التوضيح في فرعين الفرع الأول نخصصه لبحث نظرية القانون الملائم، أما الثاني فنعرض فيه لنظرية الإداء المميز.

الفرع الأول: نظرية القانون الملائم:-

ان نظرية القانون الملائم من صنع القضاء الانكليزي، أول ما قيلت في مجال طائفة الالتزامات التعاقدية وقد أيدها كل من الفقيهان دايسي وموريس في معرض تناولهما قاعدة التنازع الانكليزية المرقمة (١٤٥) في تفسير تأسيس حكمها في اختيار القانون الواجب التطبيق للفكرة المسندة بشأن الالتزامات التعاقدية الذي عول فيه على إرادة أطراف الرابطة التعاقدية استناداً إلى اعتبارات الملائمة سواءاً في حالة الإختيار الصريح للأطراف أم وفقاً للإختيار الضمني، أو عند غياب الاختيار الحقيقي، لأن يكون القانون المختص بتطبيق القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية(٤٥).

هذه النظرية صلحت أساساً في تفسير أعمال الضوابط الإسنادية التي يمكن الإرتكاز عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في مقابلة تبني ضابط موقع المال، لأجل إستبعاد تبنيه حتى إنَّ هذه النظرية إتسمت بفاعليتها الدولية عند اعمالها في مقابلة التعويل على ضابط موقع المال، على الرغم من كونها باتت تقليدية في مجال طائفة الإلتزامات التعاقدية إزاء تفسير إختيار القانون المختص بالتطبيق بتبني ضابط الإرادة والإختيار وكقاعدة عامة لهذه الطائفة الإسنادية التي خصت العقود المتعلقة بالعقارات بإستثناء مفاده تطبيق قانون موقع العقار، ليلحق بالفكرة المسندة الخاصة بفكرة مركز الأموال.

إنَّ الفاعلية الدولية في الإستناد إلى نظرية القانون الملائم في استبعاد الإرتكاز على ضابط موقع المال، لتعيين القانون المختص بالتطبيق قد تناغمت مع فكر الفقيه الفرنسي باتيفول عند محاولته التضييق من الإستناد على ضابط إرادة اطراف الرابطة التعاقدية من خلال تركيز موضوعي للإرادة بغية توطين الرابطة العقدية في دولة معينة، لتبقى مسألة تبنيه من إختصاص قاضي المحكمة التي تفصل بالنزاع عند الإختيار الحقيقي للاطراف (الإختيار الصريح أو الضمني). أما في حالة انعدام الإختيار، فيصار إلى تركيز الرابطة التعاقدية في قانون الدولة الأكثر وثوقاً وارتباطاً بالعقد (ظروف العقد وملابساته الخارجية).

من التطبيقات القضائية للحياة الخاصة الدولية التي أسست حلول تنازع القوانين إلى نظرية القانون الملائم (إعتبارات الملائمة) في إستبعاد تبني ضابط موقع المال، ما قضى به القضاء الانكليزي في بداية القرن العشرين في قضية تتلخص وقائعها: أن رجلاً مقيماً في

إنكلترا أصدر سنداً في انكلترا أوصى فيه بكل نصيبه وحقوقه في أرض في دومنيسيا لصالح إخوته مقابل الوفاء بقرض، وأتفق معهم على تنفيذ رهن عقاري في تلك الارض ولصالحهم. توفى هذا الرجل من دون تنفيذ الاتفاق، حينما عرضت المنازعة على القضاء الإنكليزي المختص، صدر الحكم في القضية متضمناً: (وعلى الرغم من عدم معرفة الرهون العقارية في قانون دومنيسيا "قانون موقع المال" فقد أوجد العقد الإنكليزي رهناً عقارياً منصفاً وقانونياً على الارض[٤٦]، ليكون القانون الواجب التطبيق "القانون الإنكليزي" يتحقق معه الإرتباط الحقيقي بالرابطة العقدية مستبعداً الإرتكاز على ماهو مقرر في موقع المال "دومنيسيا") إنسجاماً مع إعتبارات التمسك بالوسائل الأكثر ملائمة لحل النزاع[٤٧].

إنَّ نظرية القانون الملائم كأساس في تفسير الاسناد المرن لم تقف عند حد إبرام العقود الدولية للحياة الخاصة الدولية للأشخاص كتلك التي تتسم ببساطتها أو كونها مألوفة في دائرة التعامل المشوب بالعنصر الأجنبي، بل عدت أساساً في تفسير الإسناد المرن للعقود الدولية التي إتسمت بخصوصيتها وذاتيتها كأحد تطبيقات مضامين الإتجاهات الحديثة في الإسناد هذه العقود ذات صلة بالعقارات معول فيها على ضابط الإرادة والاختيار، إرادة اطراف الرابطة التعاقدية في ضوء تركيز موضوعي للرابطة العقدية، سيما تلك التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية وفي كثير من الأحيان يترتب بشأن حقوق عينية أو مزايا لحقوق عينية كحقوق الإستغلال للطرف الأجنبي، ليكون القانون المختار ذا صلة بالرابطة التعاقدية، وكذلك في حالة تخلف الاختيار، ليكون القانون المختص بالتطبيق مستنبطاً وفقاً لإعتبارات الملائمة (ظروف التعاقد وملابساته)، ليكون القانون المختص بتطبيق القانون الأكثر اتصالاً ووثوقاً بالربطة التعاقدية.

الفرع الثاني: نظرية الإداء المميز:-

نظرية الإداء المميز من أحدث النظريات التي قيلت من قبل الفقه والقضاء السويسري كأساس في تبرير حلول التنازع في حالة غياب الإختيار، تبنتها الكثير من الأنظمة القانونية وعلى وجه الخصوص الأوربية منها وكذلك الإتفاقيات الدولية كإتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لسنة ١٩٨٠ والنافذة عام ١٩٩١ ولائحة تعديلها بناءاً على إقتراح المفوضية الأوربية (إتفاقية روما الأولى لسنة ٢٠٠٥ والنافذة سنة

٢٠٠٩)، لتكون قانون المجتمع الأوربي بشأن الإلتزامات التعاقدية، إنَّ الأهمية المتحققة من هذه الاتفاقية تتجسد في "إنها ذات تطبيق عالمي"، وبعبارة أخرى أن تطبيقها لم ينحصر بدول المجتمع الأوربي، بل أن لجميع دول العالم أن تتبناها في تشريعاتها الوطنية هذا التطبيق العالمي قد نصت عليه المادة (١) من اتفاقية روما الأولى.

ومما يؤكد عالميتها انّها لم تستند في إستقاء أحكامها الى قانون وطني بعينه حتى ذلك الذي يمت بإنتمائه الى الإمم المتحضرة كالقانون الإنكليزي، بل قامت على الأسس المشتركة للأفكار المستخدمة في دول المجتمع العالمي[٤٨]، لذا نهيب بالدول العربية سيما العراق بأن تتخذ الخطوات الجادة بتبني أحكامها ضمن قواعد تنازع القوانين لأنها تمثل أحدث الإتجاهات الحديثة في الوقت الحاضر ومن مظاهر حداثتها إنّها عولت ايضاً على فكرة الإداء المميز (دون استثناء الأموال غير المنقولة من أحكامها)، ولكن بتطبيق جديد مفاده الإشارة وبصورة مباشرة الى القانون المختص بالتطبيق في حالة غياب الإختيار، في الوقت الذي كانت فيه إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ قد حددت بموجب المادة (٤) منها نماذج من صور الإداء المميز ليتم إعتمادها في تحديد القانون الواجب التطبيق ومنها الإلتزام بنقل الملكية في العقود الناقلة للملكية أو الالتزام بالتسليم، ليكون الضابط الاسنادي الذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق مكان الإقامة المعتاد للشخص الملتزم بالإداء المميز، من خلال تحليل قاضي المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع للإلتزامات التعاقدية. في حين إنَّ المسلك المتبنى وفقاً لاتفاقية روما الاولى لسنة ٢٠٠٥ في تعيين القانون المختص بالتطبيق عند غياب الإختيار للعقود الدولية عموماً بضمنها العقود الناقلة للملكية أو المتضمنة آثاراً عينية كالإلتزام بالتسليم يتم من خلال الإشارة إليه مباشرة من دون الاكتفاء بإيراد نماذج من الإداء المميز. وهذا النهج الإسنادي الحديث لموقف إتفاقية روما الاولى أخذ بنظر الإعتبار الحقوق العينية والشخصية المترتبة على الأموال غير المنقولة وانعدام إرادة الأطراف في تحديد القانون المختص بالتطبيق إزائها، ليكون قانون وجود هذه الأموال أو مكان السكن المعتاد للمالك إذا كانت مدة الإيجار لا تتجاوز الستة أشهر هو المختص بالتطبيق بشرط أنْ يكون المستأجر شخص طبيعي ولديه سكن معتاد في نفس البلد. وهو ما تضمنه نص المادة (٤) في الفقرتين (ت) و (ث)[٤٩]، إذ نصت الفقرة (ت) على أنه: (يجب أن يحكم أي العقد المتعلق بحق عيني في ملكية غير منقولة أو بإيجار ملكية غير منقولة من قبل قانون البلد الذي توجد فيه الملكية).

أما ما يتعلق بالفقرة (ث) فقد نصت على: (... أن أي إيجار لملكية غير منقولة حصل لإستخدام خاص مؤقت لمدة لا تتجاوز الستة أشهر متواصلة يجب أن يحكم من قبل قانون البلد الذي يسكنه المالك بشكل معتاد، بشرط أن المستأجر يكون شخص طبيعي وله مكان سكن معتاد في نفس البلد). مسلك اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ تبنته الكثير من التشريعات كالقانون الدولي الخاص السويسري في المادة ١١٧ التي نصت: (١- يسري على العقد، عند غياب إختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً. ٢- وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الإداء المميز...) والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ في المادة ٢/٢٨ وغيرها من القوانين الأخرى[٥٠].

إن نظرية الإداء المميز عدّت نافذة إنقاذ في إستنباط حلول تنازع القوانين لفئة اخرى من العقود الدولية ذات الصلة بالأموال (عقارات، منقولات)، التي إتسمت بخصوصيتها وذاتيتها ومن أمثلتها (تلك المندرجة في فئة عقود الدولة التي هي من عقود التجارة الدولية) أضحت منهلاً واسعاً لتطبيقات نظرية الإداء المميز عند غياب مكنة الاختيار لأطراف الرابطة التعاقدية في ضوء تلطيف مفهوم أو قرينة الإداء المميز بحساب أن الإرتكاز على نظرية الإداء المميز بحسب وضعها الظاهر من شأنه أن يخدم أحد أطراف الرابطة التعاقدية دون الآخر (الدولة النامية)، وبمقتضاه سيكون التطبيق لقانون أحدى الدول المتقدمة المتجسد فيها مكان إقامة المدين بالإلتزام الرئيس، إذ أنه غالباً ما يكون الطرف الذي يقع على عاتقه الإلتزام الجوهري، هذا النوع من التطبيق لم يحظَ بالمقبولية وعلى أساس ذلك لُطف مفهوم الإداء المميز ليكون مكان تحقق الآثار الإقتصادية ومنافع أطراف الرابطة التعاقدية وكذلك تتجسد فيه أهداف خطط التنمية الإقتصادية.

ومن تطبيقات هذه النظرية في مجال القضاء العادي أو التحكيم ما إنتهت اليه إحدى هيئآت التحكيم المشكلة في دائرة إختصاص نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في ١٨/ كانون الأول /١٩٨٥، بصدد النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية، بشأن عقد ذات صلة بالأموال غير المنقولة (الأموال الثابتة) والمتعلق بإنشاء خط سكك حديدية، إذ لم يتضمن العقد البند الخاص بالقانون الواجب التطبيق، إذ أن العقد تركز في القانون الجزائري بحساب أن مكان الإبرام والتنفيذ تجسدا في الجزائر[٥١]. وكذلك

حكم محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٢/تشرين الثاني/١٩٨٠ بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية وحكومة تايلاند والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار للسيارات في تايلاند، وكانت المحكمة قد عولت على مكان الإداء المميز في العقد المتمثل بمكان إبرامه وتنفيذه في تايلاند فإنتهت الى تطبيق القانون التايلندي. الأحكام المذكورة جاءت منسجمة مع أحدث الإتجاهات الحديثة بحساب أنّها قررت تطبيق قانون الدولة التي تم على أقليمها الوفاء بالإداء المميز (الإلتزام الرئيس) للعقد فهو المكان المرتبط بخطط الإقتصادية ومنافع أطراف الرابطة العقدية، فضلاً من أنها مكان الطرف الضعيف أو المذعن بعدّها في أغلبها دول نامية وأن حمايتها يقابل الإداء المميز على أنه قانون الدولة المضيفة للإستثمار[٥٢].

وفي النهاية نخلص إلى نتيجة مفادة ان الإرتكاز على نظرية الإداء المميز للوقوف إلى القانون القابل للتطبيق في ضوء تحليل التزامات الرابطة التعاقدية الدولية ذات الصلة بالعقارات أو المنقولات عند إنعدام مكنة الإختيار لاطراف الرابطة التعاقدية التي خولتهم إياه القوانين الخاصة بفئات العقود الدولية المتنوعة، وفيما يخص موضوع بحثنا يتجسد بوجهتين اولهما التطبيق المالوف لنظرية الإداء المميز فيما يخص العقود المبرمة في مجال الأموال غير المنقولة وما يترتب بشأنها من حقوق شخصية ووفقاً للإسناد المرن الذي تضمنته. وتطبيق بوجهة نظر أخرى وفقاً لما طرحه الفقه من تلطيف لمفهوم الإداء المميز فيما يخص فئة من العقود الدولية التي تتسم بخصوصيتها وذاتيتها عقود الدولة مراعاةً لتحقيق التوازن لأطراف الرابطة التعاقدية.

رب تساؤل يطرح لمن يكون التطبيق في تحديد القانون الوجب التطبيق للعقود الدولية ذات الصلة بنظام الأموال، وما يترتب في شأنها من حقوق عينية أو شخصية مترتبة على عقار...الخ عند انعدام مكنة الإختيار، هل يصار إلى نظرية القانون الملائم أم نظرية الإداء المميز؟

الإجابة على هذا التساؤل يكمن في نهج بلاد القانون العام (Common Law) كإنكلترا والولايات المتحدة الامريكية، سيما إنكلترا التي لازالت تؤسس قضاؤها إلى نظرية القانون الملائم في كل تحفظ قالت به عند توقيعها إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ وقانون تعديلها إتفاقية روما

الأولى لسنة ٢٠٠٥، وما عدا ذلك يبقى التطبيق لنظرية القانون الملائم لإنكلترا ولدول المجتمع الأوروبي عموماً.

الخاتمة:ـ

بعد الإنتهاء من بحث موضوع الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال نخلص إلى إلى أهم الإستنتاجات والتوصيات وكمايلي:

أولاً/ الإستنتاجات:

١- إن ظهور الإتجاهات الحديثة في مقابلة تبني ضابط موقع المال وجدت أساسها في النظام الإقتصادي الدولي الجديد للحياة الدولية المعاصرة، لتجري حلول تنازع القوانين للمسائل ذات الصلة بنظام الأموال على وفق منظار إقتصادي.

٢- قامت الإتجاهات الحديثة على معايير موضوعية وأسس تحليلية لوقائع النزاع، لتتركز حلول تناوع القوانين على أكثر من عنصر من عناصر العلاقة القانونية بصفتها الدولية، أو في ضوء التركيز على عناصر منبتة الصلة بالعلاقة القانونية الدولية إيفاءاً بمتطلبات التجارة الدولية، وذلك بالتخلي عن النهج الإسنادي الذي طرحه الفقيه الألماني سافيني القائم على التركيز على العنصر الجوهري للعلاقة القانونية الدولية والمتجسد في موضوعها بعدّه عقار أو منقول.

٣- إن مضامين الإتجاهات الحديثة ناقضت وبشدة حلول تنازع القوانين المعوّل فيها على ضابط موقع المال للمسائل المندرجة في الفكرة المسندة لطائفة نظام الأموال والمتمثلة (بمسائل الملكية، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، من جهة اكتسابها، إنتقالها أو زوالها...الخ). هذا النوع من الإسناد ينطوي على آلية ميكانيكية في تحديد القانون المختص بالتطبيق بما لا يخدم مصالح وأهداف الأشخاص الخاصة الأجنبية، معه صار لزاماً التخلي عن الإسناد الجامد المسبق على ضابط موقع المال للمراكز والتصرفات القانونية الدولية التي تتم بخصوصيتها وذاتيتها عند التعامل مع نظام الأموال إيفاءاً بمتطلبات التجارة الدولية.

٤- أنَّ مضامين الإتجاهات الحديثة، معها يتعذر الوقوف وعلى وجه الدقة على ضابط إسنادي بعينه أو قاعدة مادية بعينها، لأن يرتكز على أي منهما في التنظيم القانوني أو في تقديم حلول تنازع القوانين لمسائل التنازع ذات الصلة بالعقارات أو المنقولات، إلا أنَّ الإنتشار والذيوع كان لضابط الإرادة والإختيار بعدّه مبدأ لا يقاوم.

٥- في ضوء الإتجاهات الحديثة أصبح القانون الملائم "القانون القابل للتطبيق" وليس "القانون الواجب التطبيق" إيفاءاً بمتطلبات التجارة الدولية تجسيداً للإسناد المرن، ولتكون حلول تنازع القوانين في مجال نظام الأموال للحياة الدولية المعاصرة عادلة وإخلاقية.

ثانياً/ التوصيات:

١- إعداد قانون دولي خاص عراقي يتم من خلاله جمع قواعد الإسناد والقواعد المادية المتناثرة في فروع القوانين المختلفة، يراعى فيه مراجعة النصوص التقليدية في ضوء التطورات التي تشهدها الحياة الدولية المعاصرة بإستيعاب قواعد قانون التجارة الدولية.

٢- تعديل نص الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، بالإستناد إلى تبني أحدث الإصطلاحات في مجال الإلتزامات التعاقدية، سيما قانون المجتمع الأوروبي المتجسد في إتفاقية روما الأولى لسنة ٢٠٠٩، قانون التعديل الأول لإتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ وصولاً إلى تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية الدولية يتم فيها الإرتكاز على ضابط الإرادة والإختيار في تحديد القانون الواجب التطبيق.

٣- إلغاء نص الفقرة (٢) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والخاصة بإخضاع العقارات إلى قانون موقعها على وجه الإستثناء من القاعدة الأصل، لما تنطوي عليه من إسناد جامد لا يخدم الحياة الدولية المعاصرة.

ISSN 1997-6208 Print
ISSN 2664 - 4355 Online

هوامش البحث

(1) John Westlake , A Treatise on Private International Law , With Principal Reference to its Practice in England , Elibron Clissics series, 2005 , P. 177.

(2) J. H. C. Morris, D. C. L., F. B. A., The Conflict of Laws, Stevens and Sons Limited, London, 1971, P. 301-302.

(٣) أ. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، المحاضرات التي ألقيت على طلبة الصف الرابع في كلية الحقوق العراقية، ج١، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، سنة ١٩٤٠-١٩٤١، ص١٠٦.

(4) Friedrich K. Juengre, Selected Essays on the Conflict of Laws, Edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll, Transnational publishers , lnc. Ardsley , New York , 2001 , P. 209 - 210.

(٥) د. سعيد الصادق، المنهج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٧، ص١٦-١٧.

(6) James Fawcett, Janeen M. Carruthers, Sir Peter North private international law, fourteenth edition, university press, Oxford, 2008, P. 36.

(٧) نقلاً عن: د. جلال أحمد أمين، بحثه الموسوم هل تغيرت طبيعة العلاقات الإقتصادية بين البلاد المتقدمة والبلاد النامية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة الخامسة عشر، سنة ١٩٧٣، ص١.

(٨) د. رياض القيسي، بحثه الموسوم الإتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الإنكلوأمريكي، مجلة القانون المقارن، العدد الاول، سنة ١٩٦٧، ص١٣٢.

(9) Dan Jerker B. Svantesson , Private International Law and the Internet , Second Edition , Wolters Kluwer , Law & Business , 2012 , P. 101.

(10) Dan Jerker B. Svantesson, Op. Cit. P.67.

(11) Ibid, P.68.

(١٢) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات (الجنسية والقومية - المركز القانوني للأجانب والعرب - النظرية العامة لتنازع القوانين، ط١، منشوات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠٠٩، ص٧٦٤، هامش رقم (١).

(١٣) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م ، ص٢٦-٢٧.

(١٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٨، ص٣١.

(١٥) عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، ط١، مطبعة أوفست عشتار، بغداد، سنة ١٩٨٦، ص٤٨-٤٩.

(١٦) د. محمد السعيد الدقاق، سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد - دراسة لإحكام معاهدة فيينا لسنة ١٩٦٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٧٧، ص٤٢.

(١٧) د. مصطفى أحمد فؤاد، القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٦، ص٥٩.

(18) Clive M. Schmitthoff , The Souerces of the law of International Trade (with special rerference to East - West Trade) , Frederick A. Praeger Publisher , New York , 1964, P. 104, 111.

(19) Dan Jerker B. Svantesson , Op. Cit., P. 100 , 103.

(٢٠) للمزيد من التفاصيل ينظر: أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة ٢٠١٠، ص٤٤٣-٤٤٥.

(٢١) د. مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد، سنة ١٩٥١-١٩٥٢، ص١٦٣.

(٢٢) د. أحمد شرف الدين، التحولات الإقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العددان الاول والثاني، السنة الثامنة والعشرون، سنة ١٩٨٦، ص٩.

(٢٣) د. عثمان على الرواندوزي، السيادة في ضوء القانون الدولي المعاصر، دار الكتب القانونية، مصر، سنة ٢٠١٠، ص٢٢٧.

(٢٤) د. محمد السعيد الدقاق، دروس في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٨٧، ص٢٤٠.

(٢٥) د. رودريك إليا أبي خليل، موسوعة العولمة والقانون الدولي الحديث بين الواقعية السياسية والحاكمية العالمية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة ٢٠١٣، ص٧٠.

(٢٦) محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، تقديم القاضي الدكتور. سامي بديع منصور، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، سنة ٢٠٠٧، ص٤٩.

(٢٧) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، الإعلان عن الدولة (دراسة تأصيلية وتحليلية في القانون الدولي العام والدستوري)، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، سنة ٢٠٠٩، ص٥٢٠.

(٢٨) د. مجدي محمود شهاب و. د. سوزي عدلي ناشد، أسس العلاقات الإقتصادية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة ٢٠١٠، ص٥.

(٢٩) د. مجدي محمود شهاب و. د. سوزي عدلي ناشد، المصدر السابق، ص٤١-٤٢.

(٣٠) د. عبد الواحد الفار، المصلحة الوطنية المشتركة كأساس لتطوير النظام الإقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤، ص١٠٩ و ١٣٨.

(31) Dan Jerker B. Svantesson , Op. Cit., P. 76.

(٣٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، إطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، سنة ٢٠٠١، ص٦٩، ١٢٧.

(33) Symeon C. Symeonides, Codifying Choice of Law Around the World (An Internatinal Comparative Analysis), University Press, Oxford, 2014, P. 114.

(34) Peter North, Essays in Private International Law, Clarendon press, Oxford, 1993, p.181.

(٣٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠، ص١٧٥-١٧٦.

(٣٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي...، مصدر سابق، ص١٧٧-١٧٩.

(٣٧) د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧، ص٥٤١.

(٣٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي...، مصدر سابق، ص١٧٦.

(٣٩) أ. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص....، مصدر سابق، ص٣٦٣-٣٦٤.

(٤٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٠٢.

(٤١) د. أبو العلا علي أبو العلا، القانون الدولي الخاص (الموطن)، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، ص٤٣، ٦٠.

(٤٢) د. هشام علي صادق، بحثه الموسوم، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي والثلاثون، السنة ١٩٧٥، ص٨٦.

(٤٣) عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠١٢، ص٦٠.

(٤٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي...، مصدر سابق، ص١٨١.

(٤٥) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - تنازع الإختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة ٢٠٠٥، ص١٧٩-١٨٢. و.عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية...، مصدر سابق، ص١٢٩-١٣٠.

(46) J. H. C. Morris, D. C. L., F. B. A., The Conflict of Laws…, Op. Cit., P. 305.

(٤٧) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة ١٩٧٧، ص٢٦١.

(48) James Fawcett , Janeen Carruthers and Sir Peter North, Op. Cit., P. 676 - 677.

(٤٩) نعرض النص الخاص ببيان القانون القابل للتطبيق بشأن الحقوق العينية والشخصية المترتبة على الأموال غير المنقولة الذي تضمنته المادة (٤) بفقرتيها السالفتي الذكر ونهيب بالمشرع العراقي والمشرع العربي تبنيها، بعدّها تجسد أحدث التعديلات والإصلاحات في قانون المجتمع الأوربي.. وهذا نصها:

Article 4:

Applicable law in the absence of choice:

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3 and without prejudice to articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(c) A contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovably property shall be governed by the law of the country where the property is situated ;

(d) Notwithstanding point a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence in the same country. About this see:

Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law, (Legal Practices in the EU, US and China), First published, Cambridge University Press, 2010, p.228 - 229.

(٥٠) كالقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة ٢٤، والقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ في المادة ٢٩ منه إذ نصت المادة الأخيرة على أنه: (إذا لم يستطيع تحديد القانون واجب التطبيق... يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الإداء المميز للعقد بطريقة جوهرية). للمزيد من التفاصيل ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي..، مصدر سابق، ص١٩٩.

(٥١) د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة ٢٠٠٦، ص٢٧٣.

(٥٢) د. بشار محمد الأسعد، المصدر نفسه، ص٢٧١.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً. المؤلفات العربية (الكتب):

١. د. أبو العلا علي أبو العلا، القانون الدولي الخاص (الموطن)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤.

٢. أ. عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة ٢٠١٢.

٣. د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٨.

٤. د. سعيد الصادق، المنهج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٧.

٥. د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات (الجنسية والقومية - المركز القانوني للأجانب والعرب - النظرية العامة لتنازع القوانين)، ط١، منشوات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠٠٩.

٦. د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

٧. د. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، ط١، مطبعة أوفست عشتار، بغداد، سنة ١٩٨٦.

٨. د. محمد السعيد الدقاق، سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد - دراسة لأحكام معاهدة فينا لسنة ١٩٦٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٧٧.

٩. د. مصطفى أحمد فؤاد، القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.

١٠. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠١٠.

١١. د. عثمان علي الرواندوزي، السيادة في ضوء القانون الدولي المعاصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرامجيات، مصر، سنة ٢٠١٠.

١٢. د. رودريك إيليا أبي خليل، موسوعة العولمة والقانون الدولي الحديث بين الواقعية السياسية والحاكمية العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠١٣.

١٣. د. محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، تقديم القاضي الدكتور. سامي بديع منصور، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، سنة ٢٠٠٧.

١٤. د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، الإعلان عن الدولة، دراسة تأصيلية وتحليلية في القانونين الدولي العام والدستوري، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، سنة ٢٠٠٩.

١٥. د. مجدي محمود شهاب، د. سوزي عدلي ناشد، أسس العلاقات الإقتصادية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، السنة بلا.

١٦. د. عبد الواحد الفار، المصلحة الدولية المشتركة كأساس لتطوير النظام الإقتصلدي الدولي SBT، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤.

١٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠.

١٨. د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧.

١٩. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٢٠. د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها - القانون الواجب التطبيق عليها - وسائل تسوية منازعاتها)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة ٢٠٠٦.

٢١. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - تنازع الإختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة ٢٠٠٥.

٢٢. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة ١٩٧٧.

ثانياً. المحاضرات والمذكرات:

٢٣. أ. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، المحاضرات التي ألقيت على طلبة الصف الرابع في كلية الحقوق العراقية، ج١، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، سنة ١٩٤٠-١٩٤١.

٢٤. د. مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، موجز المحاضرات التي ألقيت على طلبة الصف الرابع في كلية الحقوق العراقية، مطبعة المعارف، بغداد، سنة ١٩٥١-١٩٥٢.

ثالثاً. الرسائل والأطاريح الجامعية:

٢٥. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، إطروحة دكتوراه، في القانون الدولي الخاص، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة ٢٠٠١.

رابعاً. البحوث القانونية والمقالات:

٢٦. د. جلال أحمد أمين، هل تغيرت طبيعة العلاقات الإقتصادية بين البلاد المتقدمة والبلاد النامية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، السنة الخامسة عشر، سنة ١٩٧١.

٢٧. د. رياض القيسي، الإتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الإنكلوأمريكي، مجلة القانون المقارن العراقية، العدد الاول، سنة ١٩٦٧.

٢٨. د. أحمد شرف الدين، التحولات الإقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، السنة الثامنة والعشرون، سنة ١٩٨٦.

٢٩. د. هشام علي صادق، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية، المجلة المصرية للقانون المقارن، المجلد ٣١، سنة ١٩٧٥.

خامساً. المؤلفات الأجنبية:

30. John Westlake, A Treatise on Private International Law with Principal Reference to its Practice in England, Elibron Classics, www.elibron.com, 2005.

31. J. H. C. Morris, D. C. L., F. B. A., The Conflict of Laws, Stevens and Sons Limited, London, 1971.

32. Friedrich K. Juenger, Selected Essays on the Conflict of Laws, Transnational Publishers Inc, Ardsley, New York, 2001.

33. James Fawcett, Janeen M. Carruthers, Sir Peter North private international law, fourteenth edition, university press, Oxford, 2008.

34. Dan Jerker B. Svantesson, Private International Law and the Internet, Second Edition, Wolters Kluwer, Law & Business , 2012.

35. Clive M. Schmitthoff, The Sources of the Law of International Trade "with special reference to East - West Trade", Frederick A. Praeger, Publisher, New York, 1964.

36. Symeon C. Symeonides, Codifying choice of law around the world an international comparative analysis, University press, Oxford, 2014.

37. Peter North, Essays in private international law, Clarendon press, Oxford, 1993.