**موانع تطبيق القانون الاجنبي**

**النظام العام**

قد تقرر قاعدة الاسناد ان القانون الاجنبي هو الواجب التطبيق على المسالة موضوع النزاع المعروضة على القاضي الوطني، ولكن يكتشف القاضي هنا بان ذلك التطبيق سيؤدي الى الاصطدام بقواعد النظام العام في قانونه، والنظام العام هذا يعد ظاهرة عالمية معروفة وليس هناك مبدأ مشتركا ومعترفا به من قبل معظم الدول في موضوع تنازع القوانين اكثر من مبدأ النظام العام الذي يعد مانعا من موانع تطبيق القانون الاجنبي بالرغم من اختصاصه بموجب قاعدة الاسناد في قانون القاضي الذي يحل محله في بعض الاحيان للنظر في النزاع.

وفكرة النظام العام من الافكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا. مما يعني بالنتيجة انه من الصعوبة بمكان ان يوضع تعريف جامع مانع، وانه من الاسلم ان يتم ايراد تطبيقات عملية لبعض الاتفاقات او المسائل التي تخالف مبدأ النظام العام وتلك التي تخالف الآداب،وتجنب محاولة حصر النظام العام في دائرة دون اخرى. وفكرة النظام العام هي ليست وليدة الامس بل انها تمتد في التاريخ وكانت ولما تزل نظاما يعتد به لدى الدول، وعلى ذلك سنبحث فكرة النظام العام في اربعة مطالب نخصص الاول لتحديد مفهوم النظام العام، ونبحث في المطلب الثاني لتطوير فكرة النظام العام والتفرقة بينها وبين الانظمة المشابهة لها، فيما نخصص المبحث الثالث لشروط الدفع بالنظام العام، ونبحث في المطلب الرابع والأخير في آثار الدفع بالنظام العام.

المطلب الاول

(تحديد مفهوم النظام العام)

يكاد يتفق اغلب الكتاب على ان المقصود بالنظام العام هو مجموعة الاسس التي يقوم عليها كيان الجماعة، سواء كانت اسسا سياسية او اقتصادية او اجتماعية او اخلاقية او مالية، او هو مجموعة المصالح الجوهرية للجماعة، سواء كانت مصالح سياسية او اقتصادية او مالية او اجتماعية او خلقية. تلك الاسس التي يتعارض الاخلال بها مع المصلحة العامة الذي يجب تقديمه على المصلحة الخاصة وبهذا فان القواعد المتعلقة بتلك الاسس قواعد آمرة لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها.

وفكرة النظام العام من الافكار السائدة في جميع فروع القانون، وتلعب دورا على جانب كبير من الاهمية في النظام القانوني، إلا أن تطبيقاتها تختلف باختلاف طبيعة كل من القوانين من ناحية العرض الذي يراد تحديد مدلولها من اجله.

ففي القانون المدني، فان فكرة النظام العام تعد قيدا على سلطان ارادة الافراد، ولاسيما في نطاق العقود المدنية بشان عناصر تكوين العقد، ذلك انه يشترط في الالتزام الناشيء عن العقد ان لا يكون كل من السبب والمحل مخالفا للنظام العام والاداب فالمادة 130 فقرة 1 من القانون المدني العراقي تنص على (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الاداب والا كان العقد باطلا). كما تنص المادة 132 فقرة 1 مدني عراقي على (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او الاداب).

اما في القانون الدولي الخاص، فان دور فكرة النظام العام يتثبت بطريقة ظاهرة في مجال تنازع القوانين حيث يترتب على اعمال النظام العام في هذا المجال استبعاد تطبيق احكام القانون الاجنبي ذات القابلية للتطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية، في حالة تعارضه مع مقتضيات حماية مجتمع دولة القاضي واحلال قانون هذا الاخير بالرغم من انه لم يكن اصلا مختصا بحكم النزاع نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا النزاع اختلافا جوهريا او لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشان.

فيمكن ان يعرف النظام العام في تنازع القوانين بانه ذلك الدفع او الوسيلة التي يراد منها عدم تطبيق القانون الاجنبي الذي عينته القواعد القانونية الوطنية (قواعد الاسناد) لحكم تلك الرابطة القانونية واحلال قانون المحكمة (قانون القاضي) محله لوجود اختلاف كبير في المفهوم بين القوانين، او ان هناك مصلحة تعود الى تلك الدولة بتطبيق قانونها.

لكن حتى هذا التعريف ابتداءً هو ليس تعريفا شاملا للنظام العام لان هذه الفكرة نسبية ومتغيرة بحسب المكان والزمان الامر الذي يوجب تجنب وضع اطار لفظي او مفردات من الممكن انها لا تتسع لتشمل الحالات التي تستجد مستقبلا، كما انه يتعامل مع صفة المرونة التي تتميز بها فكرة النظام العام، وهذه الصفة هي التي دعت المشرع الالماني يعمد الى اغفال النص على فكرة النظام العام عند صياغة المادة 138 من القانون المدني الألماني لعام 1900، ذلك انه على اثر مناقشات مهمة وعنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الامر الى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للاداب وللنظام العام كذلك. والمشرع الالماني لم يستعمل في هذه المادة اصطلاح (نظام عام) والظاهر ان السبب في ذلك هو التخوف من فكرة النظام العام مما دعاهم الى الاكتفاء بالنص على بطلان التصرف المخالف للاداب دون النص على بطلان التصرف المخالف للنظام العام.

كما ان المادة 130 الفقرة 2 من القانون المدني العراقي اوردت بعض التطبيقات لفكرة النظام العام حيث نصت على (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

ويبدو ان هذه الفقرة هي محل نظر، فان كانت الحالات التي نصت عليها يمكن ان تفسر انها جاءت على سبيل الحصر او على سبيل الاستثناء، ذلك انها لو كانت قد وردت على سبيل الحصر فهذا يتعارض او يتقاطع مع الصفة المميزة للنظام العام وهي صفة المرونة وكونها فكرة نسبية ومتغيرة بحسب المكان والزمان، اما لو كانت تلك الحالات قد وردت على سبيل المثال فانه يوجه لها النقد السابق نفسه فضلاً عن انها حاولت ان تمنح بعض الخصوصية لبعض الحالات دون اخرى.

ان فكرة النظام العام وكونها فكرة مرنة ومتغيرة بتغير الزمان والمكان وهي في تغيرها هذا تعكس وجهة نظر المجتمع الى القانون ووظيفته والى الدولة ومهمتها، فحيث يسود المذهب الفردي تضيق هذه الفكرة وتتسع دائرتها عندما تسود المذاهب الاشتراكية، وهي في كل هذا وذاك منفذ واسع ينفذ منه القاضي لتفسير القواعد القانونية وتشكيلها بما ينسجم مع النظم والقواعد الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية السائدة في المجتمع. هذا وان القواعد المتعلقة بالنظام العام هي تلك التي تهدف الى تحقيق الحد الادنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الاهداف. وفي هذا المعنى تتضح صعوبة ايجاد تعريف جامع ومانع لفكرة النظام العام،وصعوبة حصر وتنظيم تلك الفكرة من قبل الشارع أيضاً.

وفي هذا ذهبت محكمة النقض المصرية (انه اذا كان الشارع قد حاول تنظيم النظام العام الا ان النصوص تدل في عبارتها ان الشارع لم يحصر وما كان في مقدوره ان يحصر – والقوانين السياسية والمالية والإدارية والجنائية ابدا متغيرة –المسائل المتعلقة بالنظام العام).

ولعل الملاحظة التي يمكن ان تدون هنا فيما يتعلق بمحاولات تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص انها اقتصرت على ذكر الاثر المترتب على تحقيق فكرة النظام العام والمتمثل باستبعاد القانون الاجنبي المختص وفقا لقاعدة الاسناد في قانون القاضي وإحلال هذا الأخير بديلا من القانون الاجنبي ليتمتع باختصاص احتياطي في نظر موضوع النزاع، اما شروط ونطاق والأساس القانوني لفكرة النظام العام فقد تجنبت اغلب التعاريف ايرادها.

المطلب الثاني

تطور فكرة النظام العام والتفرقة بينها وبين الانظمة المشابهة له.

سنتناول في هذا المطلب تطور فكرة النظام العام وكذلك التفرقة بينها وبين الأنظمة المشابه لها لأهمية الوقوف على ذلك التطور وللحاجة إلى التمييز بين فكرة النظام العام وما يشابهها من أفكار مقاربة لها وذلك في فرعين متتاليين

الفرع الأول:تطور فكرة النظام العام

كان دور النظام العام يستخدم كاداة لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي، ولم يكن دور النظام العام كاداة لاستبعاد القانون الاجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد باختصاصه.

واتضحت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الاحوال الايطالي القديم، وذلك حين فرق بارتول Bartole في العصور الوسطى بين الاحوال الملائمة والأحوال البغيضة او المستهجنة وذلك في معرض كلامه عن اثر القوانين في الخارج، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص اينما ذهب فتطبق عليه حتى لو غادر الاقليم، اما الاحوال البغيضة او المستهجنة فهي القواعد التي لا تتعدى اثارها حدود اقليم البلد الذي اصدرها.

وفي فكرة تقترب من تلك، لجأ الفقيه الفرنسي Bouhior في القرن الثامن عشر حينما قرر عدم امتداد القوانين الصارخة او غير العادلة.

حتى جاء الفقيه مانشيني Mancini في القرن التاسع عشر فاستخدم فكرة النظام العام كاداة لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي وهو اول من ابرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي. فقد لجأ مانشيني إلى فكرة النظام العام كمرادف لفكرة الاقليمية وتضم القانون العام والقوانين الخاصة بنظام الملكية العقارية لأن الغرض منها هو المحافظة على الدولة.

اما الفقيه سافيني فقد فرق بين دول يضمها اشتراك قانوني ودول لا يضمها هذا الاشتراك ويترتب على ذلك ان قوانين الطائفة الثانية لا تنطبق في اقليم الطائفة الاولى، والاشتراك القانوني هذا يقوم بين الدول التي ورثت القانون الروماني وتسود فيها الديانة المسيحية، مما يجعل فكرة العدالة عندها واحدة ويترتب على هذا ان تكون حلول تنازع القوانين التي توحي بها العدالة واحدة ومقبولة لدى جميع البلاد التي يضمها هذا الاشتراك، حيث التقط رجال الفقه هذه الفكرة واتخذوا منها اساسا للدفع بالنظام العام، فاذا اتضح للقاضي الوطني ان حكم القانون الاجنبي الواجب التطبيق في النزاع المطروح في حالة عدم اشتراك قانوني مع احكام قانونه امتنع عن تطبيق احكام القانون الاجنبي اعمالا لفكرة النظام العام. بمعنى اوضح ان الفقيه سافيني بعد ان اوضح حلوله الخاصة في شان فض التنازع بين قوانين الدول المسيحية المستمدة من القانون الروماني التي تشترك فيما بينها في الاصول العامة، فانه اشار الى تحفظ مهم خول للقاضي بمقتضاه ان يمتنع مع ذلك عن تطبيق القانون الاجنبي، وذلك فيما لو تبين له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه وبين القانون المختص بحكم النزاع، ذلك ان فكرة الاشتراك القانوني في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة.

**الفرع الثاني:التفرقة بين النظام العام والأنظمة الأخرى المشابهة.**

قبل ان نوضح التفرقة بين النظام العام بما يعنيه في القانون الدولي الخاص وبعض الانظمة الاخرى لا بد من ايضاح نقطة مهمة في هذا المجال وهي المقصود بمفهوم الاداب، وذلك ان اغلب التشريعات التي نصت على فكرة النظام العام الحقت بها مصطلح الآداب ، فماذا يقصد بالآداب ؟ وهل هي أوسع معنى من النظام العام أم أضيق ؟الآداب في امة معينة وفي جيل معين ( هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بأتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية ، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس ،وللدين أثر كبير في تكييفه ،وكلما أقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار). ويتضح هنا أن معيار النظام العام هو حماية المصالح العليا للمجتمع، في حين ان معيار الاداب هو الضمير الاخلاقي. ومعيار الاداب ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص تبعا لتطور الفكرة الادبية في حضارة معينة، فهناك امور كانت تعد مخالفة للآداب فيما مضى كالوساطة في الزواج اصبحت الان ينظر لها نظرة أخرى، وهناك على عكس ذلك امور اصبحت الآن مخالفة للآداب كالرق مثلا. وهنا يلتقي النظام العام مع الاداب كونهما يقومان على معيارين موضوعيين لا ذاتيين،وفكرة النسبية فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في امة معينة، وفي جيل معين، والآداب تتصل اتصالا كبيرا بالنظام العام، بل هي في الحقيقة جزء منه يقتصر على الناحية الخلقية للجماعة.

كذلك تقتضي التفرقة بين النظام العام في معناه الوارد في القانون الدولي الخاص عن نظامين اخرين يقتربان منه ولكنهما يختلفان عنه تمام الاختلاف.

اولهما هو النظام العام الدولي ويقصد به النظام العام المشترك بين الامم المتمدينة كافة بما يجمع تحت جناحيه من قواعد معترف بها من هذه الامم وتعتبر من قواعد القانون الدولي العام ومن امثلتها القواعد القاضية بتحريم القرصنة وتحريم تشجيع التهريب، وتحريم اثارة او تشجيع الحملات المدبرة التي يقصد منها قلب حكومة من الحكومات. ويرى بعض الكتاب ان هذه التسمية (تسمية النظام العام الدولي) هي تسمية معيبة، ذلك انه لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام دائما وطني بمعنى انه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي ويعكس الافكار الاساسية لمجتمع الدولة ويطبقه القاضي الوطني ليغلب به نظامه القانوني على النظم القانونية الاجنبية المتعارضة مع نظامه تعارضا جذريا.

اما النظام الثاني فهو النظام العام الداخلي وهو يتكون من مجموعة قواعد القانون الداخلي التي لا يجوز للافراد الاتفاق على عكسها، وتنص قوانين الدول عادة على مثل هذا النظام. ومن امثلتها المادة 130 فقرة (1) من القانون المدني العراقي ونصها (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الاداب والا كان العقد باطلا). ويختلف النظام العام الداخلي عن النظام العام في القانون الدولي الخاص من حيث النتيجة ومن حيث مجال اعمال الفكرة، فمن حيث النتيجة فان اعمال فكرة النظام العام في المجال الداخلي لا يؤدي الى تغيير في الاختصاص التشريعي، بمعنى انه لا يؤدي الى احلال قانون اخر محل القانون الذي يحكم العلاقة اصلا، بل انه على العكس من ذلك يؤكد الاختصاص التشريعي لهذا القانون، وذلك عن طريق ابطال أي اتفاق مخالف لاحكام هذا القانون. اما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص فمن شانها تغيير الاختصاص التشريعي، اذ هي تستبعد القانون الواجب التطبيق اصلا على النزاع لتحل محله قانونا اخر لم يكن هو المختص اصلا بحكم النزاع. فالقاعدة التي تحدد سن الرشد بالعراق بثمانية عشر سنة تعد متعلقة بالنظام العام الداخلي ولا يجوز للافراد ان يتفقوا على عكسها بجعل سن الرشد اكثر او اقل.

اما من حيث مجال اعمال فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة ذي الطابع الدولي فهي اضيق من مجال اعمالها في النظام العام الداخلي، وبمعنى ان الحالات التي لا يجوز فيها للافراد الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية نظرا لكونها من القواعد الآمرة في القانون الداخلي تفوق بكثير الحالات التي تستبعد فيها تطبيق القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام الدولي في العلاقات ذات الطابع الدولي. وعلى هذا فان كل ما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي لا يعد حتما من النظام العام في مجال العلاقات ذي الطابع الدولي ولا يؤدي الى استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق، وعلى العكس من هذا، فان كل ما يعد من النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي يعد حتما من النظام العام في المجال الداخلي ولا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفه.

هذا ولقد كانت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الامر لا تفرق في هذا الصدد بين النظام العام بمعناه في القانون الداخلي والنظام العام بمعناه في القانون الدولي الخاص، حيث قضت في حكمها الصادر في 21/2/1950 بان الاتفاق في سند الشحن المحرر في الخارج على تحديد مسؤولية الناقل البحري بمبلغ 1000 فرنك فرنسي عن الطرد الواحد مخالف للنظام العام الفرنسي حيث ينص القانون البحري الفرنسي على ان الحد الادني لمسؤولية الناقل في هذا الصدد هو 8000 فرنك عن الطرد الواحد. ولكن محكمة النقض الفرنسية عادت بعد ذلك وصححت اتجاهها في حكمها الصادر في 7/7/1964 وقررت وجوب التفرقة في هذا المجال بين النظام العام في مجال تطبيق القانون الداخلي وبين تطبيقه في مجال القانون الدولي الخاص.

**المطلب الثالث**

**شروط الدفع بالنظام العام**

يتعين لإعمال الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تحقق شرطين، الاول هو ان تؤدي قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي معين على   
النزاع، والثاني ان يتعارض هذا القانون الاجنبي مع الافكار الاساسية في بلد القاضي، وهذان الشرطان سنحاول ايضاحهما.

الشرط الاول: وهو ان تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي ايا كانت طبيعة هذه القواعد، تشريعية كانت او عرفية، بل ان هذا المفهوم يمتد ليشمل حتى الاعمال الحكومية والأحكام القضائية في الدولة الاجنبية، ومثالها تلك القضية التي تتلخص وقائعها في ان الحكومة السوفيتية كانت اقد اممت الاساطيل التجارية دون تعويض وحدث ان تمكن احد هذه الاساطيل التجارية من الهرب من البحر الاسود الى ميناء مرسيليا، طالبت الحكومة السوفيتية باسترداده بوصفها مالكا له، فرفض طلبها على اساس ان نزع الملكية دون تعويض عادل امر مخالف للنظام العام في فرنسا.

وتوافر هذا الشرط ضرورة لازمة للدفع بالنظام العام، فلا يتصور اعمال شرط الدفع بالنظام العام اذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني وذلك حتى في حالة وجود تنازع داخلي في القوانين طالما ان هذه القوانين كافة صادرة من مشرع دولة واحدة، اما اذا كانت الدولة مقسمة الى وحدات تشريعية مستقلة فمن المتصور وجود اختلاف في الاسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة تشريعية مستقلة،مما يبرر أعمال النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص. مثالها لو ان امريكياً ابيضاً وامريكية سوداء ينتميان الى ولاية تعد اختلاف اللون مانعا من موانع الزواج واراد الزواج في ولاية لا تعتد بوجود مثل هذا المانع فان قاضي الولاية الثانية سيستبعد قانون الولاية الاولى باعتباره مخالفا للنظام العام.

الشرط الثاني: هو تعارض القانون الاجنبي مع الافكار الاساسية في بلد القاضي وهو ما يبرر استبعاد هذا القانون الاجنبي، فالمشرع الوطني حينما اشار في قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي لم يقصد ان ينطبق هذا القانون ايا كانت النتيجة المترتبة على ذلك وانما يتعين الا يمس ذلك بالمصالح العليا للدولة وهي تتعرض للخطر اذا ما ادى تطبيق القانون الاجنبي الى المساس بها وهو ما يوجب تدخل فكرة النظام العام للحفاظ على هذه المصالح. ذلك يعني انه يلزم ان يكون هناك تعارض صارخ وتنافر بيّن بين القانون الاجنبي والاسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي. وقد عبر عن هذا المعنى المشرع التونسي في الفصل 36/1 بقوله (لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام الا اذا كانت احكام القانون الاجنبي تتعارض مع الاختيارات الاساسية للقانون التونسي) . والمعنى نفسه ذهبت اليه المادة 32 من القانون المدني العراقي التي نصت على (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الاداب في العراق).

إلا إن الصعوبة تكمن في تحديد الحالات التي يتحقق فيها تعارض القانون الاجنبي مع النظام العام فلم تفلح محاولات الفقه ولا المؤتمرات الدولية للتوصل الى تحديد الحالات أو المسائل المتعلقة بالنظام العام، وان ذلك يعود الى اساس النظام العام نفسه نظرا لعدم التشابه والتماثل بين قوانين الدول المختلفة، ومع هذا فان عدم التشابه ليس مطلقا ونهائيا، بل هو وقتي ونسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان. ومثالها مما يتعلق باختلاف المكان يعد بيع التركات المستقبلية مخالفا للنظام العام في العراق ومصر وفرنسا، ولكنه لا يعتبر كذلك في سويسرا والمانيا، فاذا عرض اتفاق من هذا النوع على القاضي العراقي وكان محكوما بالقانون السويسري فيجب عليه الحكم ببطلانه على العكس لو اثير الموضوع نفسه امام القاضي الالماني حيث انه سيقضي بصحته.

ومثالها مما يتعلق بالزمان، فقد كان الطلاق مخالفا للنظام العام في فرنسا حتى سنة 1884 وقد صار غير مخالف له منذ هذا التاريخ حتى الان.

بقي التساؤل الذي يمكن ان يعرض هنا هو الوقت الذي يعتد به فيما اذا كان التنافر موجودا بين القانون الوطني والقانون الاجنبي او غير موجود؟

ان العبرة هنا هي بالوقت الذي يطلق فيه من القاضي الفصل في النزاع لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع، بمعنى ان العبرة بما هو مقرر في قانون القاضي وقت صدور الحكم. وهذا الحكم يتماثل مع الحكم المقرر في الاسلام في فكرة انية او حالية النظام العام في الاسلام ولكن مع فارق ان هذه الفكرة تستمد وجودها في القوانين الوضعية من قابلية مفهوم النظام العام لان يختلف في بلد القاضي ما بين اكتساب الحق والتمسك به في البلد فان هذا السبب لا يشكل مصدر معرفة الاسلام لها، ذلك ان للنظام العام في الاسلام مفهوما ثابتا غير  
قابل ـ خلافا لما عليه الحال في القوانين الوضعية ـ لان يتبدل او يتغير وذلك بحكم استمداد الاحكام المتعلقة به من الشريعة الاسلامية الغراء، تلك الشريعة التي لا تتبدل ولا تتغير فيما هو مقرر فيها من مبادئ وكليات، واما سبب ظهور تلك الفكرة في الاسلام فذلك لقابلية بعض مفسدات الاوضاع القانونية لان تزول.

**المطلب الرابع**

**اثار الدفع بالنظام العام**

اذا تبين للقاضي العراقي ان القانون الاجنبي يخالف النظام العام في العراق فانه يستبعده ليحمي بذلك نظامه القانوني وهو ما يسمى بالأثر السلبي ويتعين البحث عن قانون بديل للتطبيق للحيلولة دون حدوث فراغ تشريعي وهو ما يسمى بالأثر الأيجابي، كما ان القاضي قد يميز بين ما اذا كان الحق او المركز القانوني المراد الاعتراف به او باثاره قد نشأ في الخارج او في دولته هو. وهو ما يسميه الفقه والقضاء بالأثر المخفف للنظام العام، مما يستوجب ان نوضح ذلك في ثلاثة فروع وبالشكل الآتي:

الفرع الأول:(الأثر السلبي) أو (استبعاد القانون الاجنبي)

يترتب على اعمال الدفع بالنظام العام اثر هام هو استبعاد احكام القانون الاجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، ذلك ان الهدف من النظام العام هو وقاية النظام القانوني في الدولة عن طريق استبعاد القانون الاجنبي الذي يكون من شان تطبيقه المساس بالاسس التي يقوم عليها هذا النظام.

ولكن التساؤل الذي يثار هنا هو عن مدى استبعاد القانون الاجنبي؟ هل يستبعد القانون الاجنبي برمته؟ ام يقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلا مع النظام العام الوطني في هذا القانون؟

يرى فريق من الفقه انه يجب استبعاد القانون الاجنبي استبعادا كليا، وبأحكامه كافة، لان القول بغير ذلك من شانه المساس بوحدة التشريع الاجنبي، كما ان الاستبعاد الجزئي للقانون الاجنبي يعد مخالفة لقاعدة الاسناد في قانون القاضي ذلك ان هدف قاعدة الاسناد هو تطبيق اكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة.

والرأي الراجح هو ان يتم استبعاد الجزء المخالف من القانون الاجنبي للنظام العام في دولة القاضي وذلك للمحافظة على الاوضاع القانونية التي رتبها الافراد وعدم اهدار تلك الحقوق وقبل هذا وذاك فان القاضي الوطني يعلم ابتداءً انه لن يصادف تطابقا كليا بين احكام قانونه والاحكام التي يتضمنها القانون الاجنبي وهذا يستدعي منه محاولة التوفيق بينهما لا ان ينكر وجود القانون الاجنبي برمته.

وهذا الحل قد اخذ المشرع التونسي مثلا في المجلة سنة 1998 ،إذ نص في الفصل 36/4 على انه(ولا يستبعد من القانون الاجنبي عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص).

ولكن تبقى حالة واحدة يضطر فيها القاضي الوطني الى استبعاد القانون الاجنبي باكمله، وذلك اذا تبين ان بقية اجزاء القانون الاجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة. مثالها العقد الذي يتضمن شرطا غير مشروع، فاذا كان الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن ان تقوم للعقد قائمة بدونه تعين ابطال العقد باسره.

**الفرع الثاني:(الاثر الايجابي) او (تطبيق قانون القاضي)**

اذا امتنع القاضي الوطني عن تطبيق القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي كالحالة التي يسمح فيها القانون الاجنبي بنشوء علاقة لا يسمح بنشوئها القانون الوطني مثل الزواج بين مسلمة وغير مسلم فان تلك الحالة ستؤدي الى خلق فراغ قانوني مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية اخرى لحكم العلاقة ويرى فقه القانون الدولي الخاص الغالب "ان الحل المسلم به في العالم والذي لا يقبل الجدل هو ان يطبق القاضي قانونه الوطني على النزاع"غير ان هناك اتجاهات اخرى في هذا الجانب من بعض الفقه ومنها، فقد ذهب القضاء في المغرب مثلا ازاء عدم وجود قواعد في القانون المغربي تصلح للانطباق بعد استبعاد القانون الاجنبي الى خلق هذه الاحكام مبررا ذلك بفكرة القانون الطبيعي. فيما يذهب الفقه الالماني الى عدم وجوب احلال أحكام قانون القاضي محل احكام القانون الاجنبي التي يتم استبعادها، بل يتعين في رأيهم البحث في القانون الاجنبي عن قاعدة اخرى تحل محل القاعدة المستبعدة من القانون نفسه، ومن الاحكام الشهيرة للمحاكم الالمانية في هذا الصدد حكم اصدرته محكمة الرايخ الالماني في 19/ديسمبر/1992 في قضية تتعلق بدين خاضع للقانون السويسري وكان القانون السويسري يقضي بعدم تقادم الدين، ولما كان القاضي الالماني لا يقر مبدأ عدم تقادم الدين ويعده مخالفا للنظام العام الالماني، فقد اضطرت المحكمة الى استبعاد قاعدة القانون السويسري التي تقضي بعدم التقادم. وأحلت محلها قاعدة القانون السويسري الخاصة بالتقادم وأخذت بأطول مدة يأخذ بها القانون السويسري في التقادم. ويبدو ان احلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي المستبعد هو اسلم الحلول، وذلك ان تكليف القاضي الوطني بالبحث عن قاعدة بديلة ضمن التشريعات الخاصة في القانون الاجنبي او معرفة قوانين العالم اجمع هو تكليف بمستحيل. وهذا الحل قد اعتمدته العديد من التشريعات ومنها فرنسا وايطاليا ومصر.

**الفرع الثالث:الأثر المخفف للنظام العام**

ان اثر الدفع بالنظام العام يختلف بحسب ما اذا تعلق الامر بانشاء الحق في بلد القاضي، او بالتمسك في بلد القاضي بحق اكتسب في الخارج.

فبالنسبة إلى المراكز القانونية التي تم انشاؤها بالخارج لا يكون للنظام العام الأثر نفسه الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد انشاؤه في دولة القاضي نفسها، والسبب هو ان الشعور العام في دولة القاضي لا يتاثر ازاء مركز او علاقة تم انشاؤها في الخارج بالقدر نفسه الذي يتأثر به اذا ما أريد إنشاء العلاقة نفسها داخل أقليم دولة القاضي ،وقد جرى القضاء في كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم إنشاؤها بالخارج كإنهاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلا بانتاج اثارها داخل اقليم دولة القاضي بالرغم من انها كانت ستصطدم بالنظام العام لو اريد انشاؤها في دولة القاضي. كذلك استقر القضاء الفرنسي على عد الشركة التي تؤسس في الخارج من شخص واحد صحيحة في فرنسا عندما كان المشرع الفرنسي لا يسمح بإنشاء هذه الشركة في فرنسا لمخالفتها للنظام العام.

ولما كانت دار الاسلام تستأثر بالاختصاص التشريعي في نطاق المسائل موضوع ما مقرر فيها من قواعد ذي طابع امر مطلق، وكان مؤدى استئثارها بالاختصاص في نطاق هذه المسائل ان يكون على قضائها ان يفرض ما مقرر فيها من قبيل هذه القواعد على كل نزاع تثبت له ولاية الفصل فيه مما يقع في نطاق اعمالها فان الاسلام ينكر فكرة الاثر المخفف للنظام العام.

وعلى ذلك فان فقهاء الاسلام يقررون انه حيث يترافع الى القاضي المسلم زوجان التماسا لحكم الشريعة الاسلامية في شان ما بينهما من نكاح المحارم فانه يتعين عليه ان يفرق بينهما.

**الدفع بالغش نحو القانون**

ان الغش حالة موجودة في فروع القانون كافة، لكن الغش في القانون الدولي الخاص، لاسيما في تنازع القوانين يتخذ مفهوما خاصا وتاثيرا، ذلك ان هذا الغش يؤدي الى تغيير في تطبيق القانون الواجب تطبيقه بسبب تبدل بعض قواعد الاسناد نتيجة للظروف الجديدة التي تؤدي الى اعطاء الحكم الى قانون آخر.

وحيث ان المشرع الوطني في كل دولة يقوم بتنظيم المنازعات ذي العنصر الاجنبي عن طريق ما يسمى بقواعد الاسناد، والمشرع حين يصوغ هذه القواعد التي تشير الى القانون الواجب التطبيق انما يقدر حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، وان قواعد الاسناد تلك ترتكز إلى ظروف معينة خاصة بالإسناد مثل الجنسية، والموطن،ومحل وجود المال.. يتم بمقتضاها ربط العلاقة بقانون دولة من الدول، إلا أن الفرد قد يتضرر اذا ما طبقت عليه قواعد الاسناد الواردة في القانون،ولذا فهو يحاول تبديل او خلق ظروف جديدة بحيث تؤدي بالنتيجة الى ايجاد قاعدة اسناد جديدة، او تطبيق قانونا اخر والغرض من هذه المحاولة في العادة هو التوصل الى اغراض غير مشروعة. كان يغير الشخص جنسيته او موطنه لأي غرض من اغراض الاحوال الشخصية مثل الزواج او الطلاق. فإذا أحدث ذلك واستطاع الفرد ان يتحايل على القانون بقصد التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق اصلاً فان هذا يندرج تحت مفهوم الغش نحو القانون،او كما يسميه بعضهم التحايل على القانون. وعليه سنحاول ايضاح مفهوم الغش نحو القانون في ثلاثة مطالب، نخصص الاول لنشأة نظرية الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، ونخصص المطلب الثاني لشروط الدفع بالغش نحو القانون، فيما نخصص المطلب الثالث لإيضاح الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الأول

نشأة نظرية الغش في مجال تنازع القوانين

يعود فضل الكشف عن فكرة الغش او التحايل على القانون بوصفها دفع له ذاتيته وتميزه في القانون الدولي الخاص المعاصر الى القضاء الفرنسي وذلك في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند فصله في احدى القضايا التي صارت الان من اشهر القضايا في القانون الدولي الخاص وهي المعروفة بقضية الاميرة "دي بوفرمون" , وتتلخص وقائع تلك القضية في ان سيدة بلجيكية الاصل تزوجت بالامير الفرنسي (دي بوفرمون) واكتسبت تبعا لذلك الجنسية الفرنسية، وبعد مدة من الزواج صدر حكم بالانفصال الجسدي بين الزوجين، ولما كان الانفصال الجسدي يعد إرخاء للرابطة الزوجية وليس انهاء لها، ورغبة من الاميرة في فصم عرى هذه الرابطة بغية الزواج بآخر لجأت الى التجنس بجنسية احدى الدويلات الالمانية وتسمى دوقية ساكس التنبورغ التي يسمح قانونها بالطلاق، ثم تزوجت في برلين من امير روماني يدعى بيبسكو ذلك لان القانون الفرنسي كان يحظر الطلاق في ذلك الوقت، بينما كان القانون الالماني لا يعرف نظام الانفصال الجسدي ويبيح الطلاق. وقد نازع الزوج الاول الامير دي بوفرمون في صحة الزواج الثاني متذرعا بان تجنس الزوجة بالجنسية الجديدة انما كان بنية التحايل على احكام القانون الفرنسي، ومطالبا ببطلان الزواج الثاني وعدم عَدَّ الطلاق صحيحا في مواجهته.

وقد جاء في قرارات قضاة الموضوع ما اكد شبهة التحايل هذه، فالاميرة لم تسع الى الحصول على الجنسية الجديدة لكي تمارس الحقوق وتتحمل الالتزامات التي تترتب على ذلك وانما بهدف التهرب فحسب من موانع القانون الفرنسي والدليل على ذلك انها طلبت الطلاق في اليوم الثاني لتجنسها ولم تفلح بالاحتجاج بعذر يبرر هذا التجنس.وقضت المحكمة الفرنسية بعدم نفاذ الطلاق وكذلك الزواج الثاني في مواجهة الزوج الاول ومعاملة الأميرة على إنها ما زالت فرنسية.

وقد جاء في اسباب هذا الحكم ان تلك الزوجة لا يمكنها في جميع الاحوال الاستفادة من تجنسها الذي طلبته وحصلت عليه في بلد اجنبي بهدف محدد هو تجنب حكم القانون الفرنسي الذي يمنع ابرام زواج ثاني قبل انحلال الاول، وان التجنس الذي تم في هذه الظروف والزواج الثاني الذي تبعه يكونان غير نافذين في مواجهة الزوج الاول.

ان موضوع الغش نحو القانون هو موضوع عام يمكن ان يظهر في جميع فروع القانون كنتيجة طبيعية للصراع ما بين حرية الافراد في ترتيب علاقاتهم والاحكام القانونية الامرة التي تخالف مصالحهم الخاصة، وهو لا يقتصر على موضوع القانون الدولي الخاص والذي ترتكز قواعد الاسناد فيه على ظروف خاصة بالاسناد مثل الجنسية، والموطن التي تمكن الافراد من اخراج العلاقة من قانون دولة وإخضاعها إلى قانون دولة اخرى وذلك بممارسة حريتهم في تغيير بعض ضوابط الإسناد، مثل تغيير جنسية الشخص او موطنه او محل ابرام العقد وما يتبع ذلك من تغير في الاختصاص القانوني.

في حين ان الغش نحو القانون في القانون الداخلي يتم عن طريق استبعاد الوصف القانوني لوضع او عمل وإحلال وصف آخر مكانه يتفق بنفسه مع النص الذي يحكمه إلا انه يرمي الى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص اخر من قانون الدولة نفسها. كما لو منع القانون بيع مال معين فيلتجأ الافراد الى وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالايجار الطويل.

ان القضاء الفرنسي قد كشف حديثا عن ان الغش نحو القانون قد تم ليس من خلال التغيير في ضابط الاسناد كما هو الشان في المعطيات التقليدية، وكما حصل في القضية السابقة، قضية الاميرة دي بوفرمون، وانما من خلال التغيير في تكييف الرابطة القانونية التي هي عنصر من عناصر قاعدة الاسناد (الفكرة المسندة) ايضاً، إذ ان التغيير يقع ليس في ضابط الاسناد وانما طائفة الاسناد.

ففي قضية تتلخص وقائعها في ان المورث الذي كان يملك عقارا في فرنسا وقد استشعر قرب نهاية اجله اراد ان يهرب من احكام القانون الفرنسي واجب التطبيق على الميراث في العقارات (الهرب من فكرة النصيب او الحصة المحجوزة التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة اطفاله) فقدم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة لقاء حصوله على اسهم فيها قاصدا اخضاع هذا الميراث لقانون موطنه (القانون الامريكي الذي يجهل فكرة النصيب المحجوز)، اثيرت على اثر وفاة المورث مسالة الغش نحو القانون الفرنسي المختص اصلا بحكم الارث على العقار فاستجابت المحكمة الفرنسية لطلب الابناء واستبعدت تطبيق القانون الامريكي الذي تم التوصل اليه عن طريق الغش وطبقت القانون الفرنسي بوصفه القانون الواجب التطبيق اصلا على العلاقة.

ان الافراد يلجأون الى تغيير ضابط الاسناد او التغيير في تكييف الرابطة القانونية بقصد انشاء علاقة او مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق اصلا على العلاقة، او كان يتطلب لإنشائه شروطا اكثر شدة من تلك التي يتطلبها القانون الذي يشير اليه ضابط الاسناد الجديد. فالغش نحو القانون اذاً هو عبارة عن (التدبير الإرادي لوسائل مشروعه في ذاتها للوصول بها الى اغراض تخالف اوامر القانون ونواهيه).

وللوقوف على الاساس القانوني لنظرية الغش نحو القانون، وكذلك نطاق تطبيق تلك النظرية فسنبحث ذلك في فرعين متتالين.

الفرع الأول:الأساس القانوني لنظرية الغش نحو  
 القانون

بالرغم من ان القضاء الفرنسي قد اعلن تمسكه بنظرية الغش نحو القانون في مجال التنازع وبالرغم من اتفاق غالبية الشراح على وجوب مطاردة الغش، الا انهم قد اختلفوا حول الاساس القانوني للنظرية وبالشكل الآتي:

اولا: ذهب جانب من الفقه الى القول بان نظرية الغش لا تعدو ان تكون صورة من صور النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق. ذلك ان الافراد الذين يريدون الالتجاء الى احدى قواعد القانون الدولي الخاص دون أي غرض سوى الاستفادة من تشريع اجنبي يخرجون الحق المخول لهم عن غرضه، بمعنى يسيئون استعماله لان سوء استعمال الحقوق او التعسف في استعمالها يحصل اذا استعمل الحق بشكل غير طبيعي بان صرف عن الغرض الاجتماعي الذي وضع من اجله.

ان ربط الغش نحو القانون بنظرية التعسف في استعمال الحق لا يستقيم، ذلك ان اعمال المبادئ العامة في التعسف في استعمال الحق قد يؤدي بالقاضي الى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على اساس المسؤولية التقصيرية، في حين ان نظرية الغش نحو القانون تهدف اساسا الى استبعاد احكام القانون المختص بناءً على ضابط الاسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصا بحكم النزاع اصلا والذي سعى الخصم الى التهرب من احكامه بتغيير ضابط الاسناد.

ثانيا: ويذهب جانب اخر من الفقه (ومنهم بارتان) الى ان الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات النظام العام، إذ يرى بارتان انه ليس هناك نظرية قائمة على حده بشأن التحايل على القانون، بل ان المبدأ الخاص بذلك هو تطبيق للنظرية العامة المتعلقة بالنظام العام، وان بين البلاد التي تسمح بحصول التحايل والبلد الذي يؤدي التحايل الى عدم تطبيق تشريعه عدم اتحاد قانوني. بينما فكرة الاشتراك القانوني تعني وجود اشتراك حقيقي في الخلفية الاجتماعية والتاريخية بين النظام القانوني في دولة القاضي والقانون الاجنبي.

وعلى الرغم من ذلك الا ان فكرة النظام العام تختلف اختلافا اساسيا عن فكرة الغش نحو القانون، فاستبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمون هذا القانون مع الاسس الجوهرية في دولة القاضي، اما استبعاد القانون الاجنبي بناء على الدفع بالغش فهو يرجع الى عنصر النية في استعمال قاعدة الاسناد.

ثالثا: يذهب جانب من الفقه الحديث(وهو الراجح) إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون، ذلك ان الدفع بالتحايل لا يقف عند حد الاطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق وهو لا يرتبط من جهة اخرى بفكرة النظام العام، وإنما هو تطبيق لمبدأ عام، وهو ان الغش يفسد كل شيء.

الفرع الثاني:نطاق تطبيق الدفع بالغش نحو القانون

اتجه الفقه التقليدي الى قصر اعمال نظرية الغش نحو القانون على حالات الهروب من قاعدة امره، فلو كانت القاعدة القانونية اختيارية فلا يتصور في نظرهم التهرب منها لان المشرع خول الافراد صراحة حق الخروج عليها. كما اتجهت احكام القضاء الفرنسي في البداية الى تطبيق نظرية الغش نحو القانون على الاحوال التي يتهرب فيها الشخص من احكام القانون الفرنسي، وقد ايد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، ذلك انهم وجدوا ان التهرب من الاحكام الامرة في قانون القاضي هو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي ومن ثم يبرر أعمال نظرية الغش، غير ان الفقه الحديث ينتقد هذا الاتجاه، فما دامت العبرة بالغرض الذي يهدف اليه الافراد من وراء تصرفهم فمن الممكن خروج الافراد في نظر هذا الفقه عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة دون تفرقة في ذلك بين ما اذا كانت القاعدة امرة ام اختيارية.

ويرى جانب من الفقه الحديث ان الدفع بالغش نحو القانون يستند الى اعتبارات خلقية يستوي في نشاتها ان يكون التحايل قد قصد به التهرب من احكام قانون القاضي او التهرب من احكام قانون اجنبي. ذلك ان التحايل على احكام القانون الاجنبي لا يعدو ان يكون غشا في القانون الوطني نفسه (قانون القاضي)،إذ ان مؤدى الغش هو الافلات من احكام القانون المختص وفقا لقاعدة الاسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي او قانون اجنبي، كما ان اساس نظرية الغش نحو القانون يكمن في نظرهم في ضرورة مطاردة الغش ايا كانت الغاية منه.

المطلب الثاني

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون شرطان، اجمع الفقه على احدهما وهو الشرط المادي، واختلف حول الاخر وهو الشرط المعنوي، وسنوضح كل من هذين الشرطين في فرعين مستقلين:

الفرع الأول:شرط اجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد

وهو التغيير في الاختصاص التشريعي باستخدام قواعد الاسناد، إذ يشترط لاعمال الدفع بالغش قيام الافراد بتغيير الضابط الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق. وهذا يمكن ان يتحقق في الحالات التي يكون فيها ضابط الاسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل ارادة الافراد لتغييرها، ويمكن تسمية هذا الشرط بالعنصر المادي للغش لانه يقوم على اجراء ظاهر من قبل الافراد، سواء اكان الاجراء ماديا كتغيير مكان ابرام العقد ام اجراءا قانونيا كتغيير الجنسية.ويجمع الفقه على ضرورة ان يتوافر امران في هذا التغيير الارادي لضابط الاسناد وهما:

الامر الاول: ان يكون التغيير فعليا، بمعنى ان يكون التغيير حقيقيا لا صوريا ولا مغشوشا في ذاته، فاذا ارادت شركة مثلا التهرب من بعض الاحكام الامرة في قانون القاضي بوصفه قانون مركز ادارتها الرئيسي الفعلي فاتخذت مركزا صوريا للادارة في دولة اخرى لتخضع لقانون تلك الدولة تخلصا من احكام قانون القاضي فان الاختصاص لا ينتقل في هذه الحالة لان العبرة في تحديد النظام القانوني للشخص المعنوي بمركز ادارتها الرئيس الفعلي فلا يكون امام القاضي سوى ان يتجاهل هذا الوضع الظاهر وان يعتد بالوضع الحقيقي فيطبق مختلف الجزاءات التي يفرضها قانونه على مخالفة احكامه كان يكون قانون الجنسية يستلزم اجراءات معينة في شكل الزواج فينتقل الزوجان الى دولة اخرى بقصد الافادة من احكام القانون المحلي ففي مثل هذه الفروض يستبعد القانون الاجنبي ويعود الاختصاص لقانون القاضي بمقتضى ما يسمى بالدفع بالتحايل على القانون) ومثال ذلك العقود المسماة Grenta Green Marriages نسبة الى قرية تقع على حدود اسكتلندة جرت فيها العادة بابرام الزواج في دكان حداد وكان يلجأ اليها راغبوا الزواج من البلاد الاخرى للافادة من الشكل المحلي وعلى الاخص للتهرب من الحصول على اذن الاباء بالزواج. ان هذا فيه محل نظر، ذلك ان الاختصاص في هذه الحالة لا يعود لقانون القاضي بمقتضى ما يسمى بالدفع بالتحايل على القانون، بمعنى لن يكون هناك داع لاعمال الدفع بالغش بالرغم من ان هذا التصرف ينطوي على التحايل، اذ يكفي لابطال الزواج في هذه الحالة تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج والتي تقضي بالرجوع الى قانون الجنسية بالنسبة لهذه الشروط ومن بينها شرط الموافقة الابوية.

ذلك ان الدفع بالغش نحو القانون يوصف بانه يقوم بدور احتياطي حيث لا يتم اللجوء اليه الا كعلاج اخير عندما يتعذر ابطال التصرف تطبيقا لاي قاعدة اخرى.

الامر الثاني: ان يكون التغيير الذي تم مشروعا في ذاته، بمعنى انه يشترط ان تكون الوسيلة التي لجأ اليها الافراد لتغيير ضابط الاسناد او تغيير الظروف المحيطة بالعلاقة سليمة من الناحية القانونية ولا يفسد هذا التغيير الا النية او الغرض الذي يهدف الافراد الى تحقيقه من ورائه، وهو امر بديهي لان التغيير لو حصل من قبل الافراد بطريقة غير مشروعة من الناحية القانونية فان القاضي يمتلك من الوسائل القانونية التي يمكنه استعمالها لمنع النتائج التي اراد الافراد تحقيقها في تلك الحالة. ان المجال الرئيس لأعمال فكرة الغش نحو القانون هو عادة مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج ،والطلاق، والأهلية بتغيير ضابط الاسناد المتعلق بها، مثل الجنسية او الموطن. غير انه من الممكن تحقيق هذه الفكرة في مجالات اخرى ومنها في مجال الحقوق العينية ومجال التصرفات القانونية.

ومثال على مجال الحقوق العينية ما يتعلق بالاموال المنقولة، حيث يستطيع الافراد تغيير ضابط الاسناد عن طريق تغيير المكان الذي يوجد فيه المنقول، على اعتبار ان المنقول يخضع كقاعدة عامة الى قانون موقعه، وعندها يمكن للافراد التهرب من احكام قانون الموقع الاصلي والخضوع لاحكام قانون موقع اخر جديد يتلائم ومصالحهم، اما في مجال التصرفات القانونية فانه يمكن تحايل الافراد على القانون في مجال العقود وذلك بايجاد العنصر الاجنبي بشكل مصطنع في عقد وطني بجميع عناصره ليصبح بذلك عقداً ذا طابع دولي حتى يتمكنوا من اخضاعه لقانون غير القانون الوطني الذي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه عقدا وطنيا بحتا.

الفرع الثاني:شرط نية التحايل او الغش

حيث يشترط هنا لأعمال الدفع بالغش نحو القانون اتجاه نية الافراد الى تجنب القانون المختص اصلا بحكم العلاقة، ذلك ان فكرة الغش نحو القانون لا تتحقق الا اذا كانت نية الافراد قد انصرفت الى تحقيق هدف لم يكن في الامكان الوصول اليه وفقا للقانون الواجب التطبيق اصلا.

ان تغيير عناصر العلاقة الذي يؤدي الى اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها لا يكون في حد ذاته مخالفا للقانون، اذ ان من حق الفرد تغيير جنسيته او موطنه او الانتقال من دولة إلى أخرى او نقل امواله من مكان الى آخر، الا ان المخالفة تتحقق اذا ما اقترن التغيير بقصد الهروب من الخضوع لاحكام قانون دولة للخضوع لقانون دولة اخرى. ففي مسائل الزواج مثلا لا سبيل الى ابطال قيام الافراد بتغيير جنسيتهم طالما ان هذا التغيير قد تم بشكل قانوني سليم، لكن اذا اتضح ان الهروب من احكام قانون الجنسية الاولى هو الباعث الرئيس الذي ادى الى تغيير الجنسية فيعد هذا التغيير اداة للتحايل، لكن اذا ثبت ان الخضوع لقانون الجنسية الجديدة لم يكن مقصودا لذاته وانما ترتب كاثر عرضي لتغيير الجنسية فان الغش او التحايل على القانون ينتفي في هذه الحالة.

لقد اثار هذا الشرط (نية الغش او التحايل) خلافا في الفقه، فيرى بعضهم ان اشتراط وجود نية الغش او التحايل يلزم القاضي بالبحث في مسائل باطنية لا سبيل الى التحقق منها. ذلك انه من الصعوبة بمكان الكشف عن النوايا الداخلية للشخص ومعرفة ما اذا كان الباعث الحافز او الغرض الوحيد الذي قصده الشخص بتغيير جنسيته هو الهروب من القانون الواجب التطبيق عليه اصلا. وان تكليف القاضي بالبحث عن نية الغش فيه اقحام له في مجال شائك تحف به صعوبات بالغة ويتعذر اثباته.

والواقع ان القاضي قد يواجه بعض الصعوبات في هذا المجال، ولكن ذلك لا يعني رفض الاخذ بالنظرية في نطاق تنازع القوانين، فتصدي القاضي للبحث في نية الغش لا يعدو ان يكون تطبيقا من تطبيقات فكرة الباعث التي تعرفها فروع القانون المختلفة من عام وخاص. ففي القانون المدني تتعدد التطبيقات التي يتعين فيها على القاضي البحث عن النية والتفتيش في الباعث، ومنها في نظرية الغلط وفي السبب غير المشروع وفي التعسف في استعمال الحق وفي الحيازة بحسن نية او بسوء نية وحتى في القانون الاداري يتعرض القاضي لمسالة النية وهو بصدد البحث في تجاوز حدود السلطة من قبل جهة الادارة.

ومن القرائن التي يمكن ان تشير الى تحقق نية الغش حالة التلازم الزمني بين الأجراء المادي، أي تغيير ضابط وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، ومثالها ان يتجنس شخص بجنسية جديدة ويقوم فور تجنسه بالحصول على التطليق الذي لم يكن قانون جنسيته الاولى يسمح به. ففي قضية الاميرة "دي بوفرمون" كان من السهل استظهار نية الغش فقد تتابعت الاحداث بصورة تكشف عن حقيقة نواياها، فبمجرد اكتسابها الجنسية الالمانية سارعت بالحصول على الطلاق من القضاء الالماني ثم تزوجت باخر وهي امور تكشف عن مقصدها من تغيير جنسيتها وذلك بالتهرب من احكام القانون المختص اصلا بحكم العلاقة.

ومن القرائن المهمة التي تفيد قيام نية التحايل او الغش أيضاً ان يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الاسناد الى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للافراد بقصد اجتذابهم اليها لاغراض اقتصادية، فمن المعلوم مثلا ان بعض التشريعات كتشريع ولاية نيفادا في الولايات المتحدة الامريكية وكذلك التشريع المكسيكي تسمح بالتطليق لاي سبب من الاسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الاصلي لا يسمح بذلك، وبصرف النظر عن كون طالب التطليق مقيما بإقليم هذه الدولة ام حضر اليها خصيصا للحصول على التطليق، وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة. فاذا ما قام الافراد بتغيير ضابط الاسناد كما لو غيروا موطنهم للتوصل الى تطبيق مثل هذه القوانين فانها قرينة واضحة على تحقق قصد الغش دون حاجة للبحث في النوايا.

**المطلب الثالث**

**الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون**

يثور التساؤل في الفقه حول الاثر المترتب على اعمال نظرية الغش نحو القانون، فيرى جانب من الفقه الفرنسي ان اثر الغش يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف اليها الاشخاص من وراء تغيير ضابط الاسناد وكذلك يتناول الوسيلة التي لجا اليها الشخص للتوصل الى النتيجة غير المشروعة.

ووفقا لهذا الراي ففي قضية الاميرة "دي بوفرمون" لا يقتصر اثر الدفع بالغش نحو القانون على ابطال التصرف الذي قامت به الأميرة وهو الطلاق. بل ابطال الاجراء الذي تم به تغيير ضابط الاسناد وهو اجراء تغيير الجنسية، فتغيير ضابط الاسناد وان كان قد استوفى الشروط اللازمة لصحته، الا ان الباعث الحافز على القيام به لم يكن مشروعا، ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به. وتعد الاميرة دي بوفرمون باقية على جنسيتها الفرنسية، وفي هذا يذهب الفقيه Batiffol الى ان كون التجنس مشوبا بنية الغش نحو قانون القاضي يكفي لتقرير بطلانه وتجريده من جميع اثاره في نظر القاضي الوطني ولا معنى لان يعترف للتجنس ببعض اثاره دون بعضه الآخر.

في حين يذهب جانب اخر من الفقه الفرنسي مؤيدا للقضاء فيها الى ان اثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص الى التوصل اليها حينما قام بتغيير ضابط الاسناد، بمعنى ان اثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المفتعل واعادة الاختصاص الى القانون الذي اراد الشخص التهرب من احكامه. فاثر الغش هنا هو مجرد اثر حلولي او استبدالي، بمعنى ان القانون المختص اصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم ان يتوصل الى تطبيقه حينما قام بتغيير ضابط الاسناد تهربا من احكام القانون الواجب التطبيق اصلا. فالنتيجة وحدها هي التي تعد غير مشروعة، اما الوسيلة (تغيير ضابط الاسناد كالجنسية مثلا) فهي قد تمت بطريقة صحيحة وسليمة ولا تنطوي على مخالفة للقانون معنى ذلك ان تبقى الاثار الاخرى المترتبة كافة على اكتساب الجنسية الجديدة قائمة.

وبهذا فان أي نزاع مستقبلا متعلق باهلية الشخص مثلا يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة. ويستند هذا الراي الى ان الوسيلة التي تم بها الغش نحو القانون والتي حصل بها تغيير ضابط الاسناد تمت بطريقة صحيحة ومشروعة، فالجنسية التي يكسبها الشخص سواء كانت جنسية دولة القاضي او جنسية دولة اجنبية بعد أن توافرت فيه سائر الشروط لكسبها،قد تم بطريقة قانونية ومشروعة وان هذه الجنسية يعترف بها بمقتضى احكام القانون الدولي وانها على رابطة فعلية بين الشخص ودولته. وامتناع القاضي عن الاعتراف بها يكون غير مقبول.

ولعل الرأي الأخير هو الراجح، ذلك ان القاضي ليس له ان يحكم ببطلان الجنسية الجديدة وعدم صحتها، فهو لا يملك هذا فهذا يمس بمبدأ الاختصاص الاستئثاري او القاصر الثابت لكل دولة في مجال الجنسية. اما في مجال الاموال المنقولة التي يتحقق فيها الغش نحو القانون عن طريق قيام الأفراد بأجراء مادي معين كنقل المال من اقليم الى اقليم دولة اخرى بقصد الهروب من أحكام قانون دولة الموقع الأول، فهنا لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد بشكل كامل، ومن ثم فلا مفر من قصر الجزاء على منع النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها، وفيما عدا هذه النتيجة التي قصدها الافراد من وراء الغش فانه من غير المقبول الاستمرار في اعتبار الوسيلة نفسها كان لم تكن أي اعتبار ان المنقول لم يتنقل الى اقليم الدولة الجديدة ،اذ ان في ذلك انكار لحالة واقعية ثابتة هي وجود المنقول في الاقليم الجديد.

يبدو مما تقدم ايضا ان ميدان الدفع بالغش نحو القانون في مسائل تنازع القوانين يتحقق اعتمادا على تغيير في ضابط الإسناد التي تكون لإرادة الأفراد دخل في تغييرها والتي تنحصر في الجنسية والموطن وموقع المال. حيث يلاحظ انه في مجال الجنسية فان اغلب التشريعات في الوقت الحالي تنص على شروط صعبة للتجنس واهمها شرط الاقامة الطويلة المتصلة بهدف التثبت من اندماج الشخص في الجماعة الوطنية وهذا ما يدحض قرينة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الاسناد والقيام بالعمل او التصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد. كما انه لا يمكن تصور ان يفقد شخص جنسيته او يضحي بها من اجل استحصال حكم بالطلاق الا في حالات نادرة جدا ربما يكون اقرب الى الترف الاجتماعي منه الى وصفها حالة عامة تمس كيان المجتمع برمته.

وهذا ينطبق على ضابط الاسناد المتعلق بالموطن او الاقامة حيث يستلزم ايضا وجود رابطة جدية بين الشخص والمكان، وان التغيير الذي يحصل استنادا اليه يمكن تلافيه عن طريق اثبات صورية الموطن الذي تم التغيير اليه.

وفيما يتعلق بالشركات فان اغلب الدول تعتمد على معيار مركز الادارة الرئيس او الفعلي الذي يجب تطبيقه على العلاقة. وفي كل الاحوال فان الافراد هنا يستعملون حقا منحهم اياه القانون والقاعدة ان من يستعمل حقه لا يضر احدا. (وفي تغيير الجنسية او الموطن لا يلجأ بصدده الى الدفع بالتحايل الا اذا كان فيه مساس بحقوق الغير).

وان ما استند اليه بعضهم من (ان عدم الاخذ بنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول والترفيليمور في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسجو سنة 1901 امتيازا للاغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد الى اخر لاجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين اقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الاسناد) ،ان هذا قد قيل في وقت كانت التشريعات تختلف عن وضعها في الوقت الحالي حيث ان الدول احتاطت لتلك الحالات بما يحد منها ويمنع التحايل على القانون وفقا لها.

وفي العراق فلا يوجد نص يقضي صراحة بالاخذ بنظرية الغش نحو القانون، الا انه من الممكن الاستناد الى المادة 30 من القانون المدني التي تقضي بلزوم اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا في الاحوال التي لم يرد بها نص.

**المصلحة الوطنية**

المصلحة الوطنية هي مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي تضاف الى النظام العام والدفع بالغش نحو القانون، وهي احدى الحالات التي يتحقق فيها الاختصاص التشريعي الاحتياطي لقانون القاضي في نظر المنازعات التي تشتمل على عنصر اجنبي. وهي تتعلق باحكام الاهلية، وعليه سنبحث المصلحة الوطنية في مطلبين نخصص المطلب الاول لتاريخ فكرة المصلحة الوطنية، فيما نخصص المطلب الثاني للشروط الواجب توافرها لتحقيق الدفع بالمصلحة الوطنية والآثار المترتبة على تحققها.

**المطلب الأول**

**نشاة نظرية المصلحة الوطنية**

نظرية المصلحة الوطنية نظرية حديثة نسبيا قياسا الى نظرية النظام العام والتحايل على القانون، فقد ظهرت هذه النظرية في الفقه الفرنسي حديثا بعد ان صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام 1861 في قضية عرفت فيما بعد باسم قضية ليزاردي Lizardi، تتلخص وقائع القضية في ان شابا مكسيكي الجنسية يدعى ليزاردي اشترى في باريس بعض المجوهرات من تاجر فرنسي ووقع على عدة سندات بالدين، فلما طولب بالسداد دفع بالبطلان لنقص اهليته وفقا للقانون المكسيكي حيث كان يبلغ من العمر 23 سنة في الوقت الذي كان القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بتمام الخامسة والعشرين، فلما طرح النزاع امام محكمة النقض الفرنسية حكمت بصحة هذه السندات على اساس ان المتعاقد الوطني معذور في جهله باحكام القانون الاجنبي الخاصة بالاهلية وان المتعاقد الاجنبي كامل الاهلية وفقا للقانون الفرنسي.

وقالت المحكمة انه يكفي لصحة العقد ان يتعاقد الفرنسي دون استخفاف ودون عدم احتياط وبحسن نية. هذا وقد اختلف الفقه في تحديد الاساس القانوني لفكرة المصلحة وذهب في اتجاهات مختلفة، كما نجد الاختلاف في تحديد المقصود بالاهلية التي تقوم عليها فكرة المصلحة الوطنية مما استوجب ان نخصص فرعاً لكل منهما.

**الفرع الأول:الأساس القانوني لفكرة المصلحة الوطنية**بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية ليزاردي، فقد حاول الفقه الفرنسي ان يرد هذا القضاء الى اصول فقهية عامة او ادراج ذلك القضاء تحت واحدة من الاسس القانونية، وقد تنوعت تلك الاسس والتبريرات.

فذهب البعض الى ان القضاء السابق يجد اساسه في فكرة المصلحة الوطنية التي تستلزم ألاّ يضار الوطني من تطبيق القوانين الاجنبية. غير ان الراي السابق منتقد من قبل الفقه، ذلك انه يخالف حكمة التشريع لان معناه حماية مصالح الوطنيين على حساب الاجانب. في الوقت الذي تهدف فيه قواعد القانون الدولي الخاص الى حماية مصالح الافراد دون تفرقة بين وطنيين واجانب، فضلاً عن ذلك فان التمسك بالمصلحة الوطنية على هذا النحو من شانه ان يؤدي الى استبعاد كل تطبيق للقوانين الاجنبية ذلك انه يعني وضع حلول مسبقة لكل المنازعات.

وراى جانب اخر من الفقه ان يستند الى فكرة النظام العام لتبرير قضاء محكمة النقض الفرنسية ومنهم الفقيه بارتان. ذلك انه يتعين استبعاد احكام القانون الاجنبي باسم النظام العام ما دام ان تطبيق هذا القانون يضر بمصالح الوطنيين.

وهذا رأي معيب حسب وجهة نظر بعضهم لان النظام العام هو دفع يتم التمسك به لتعارض الأسس التي يقوم عليها القانون الوطني مع الاسس التي يقوم عليها القانون الاجنبي الذي هو واجب التطبيق قانونا، في حين أن الاختلاف في تحديد سن الرشد بين التشريعات هو اختلاف عادي ومشروع. والدليل على ذلك ان علم المتعاقد الوطني بسن الرشد المحدد في القانون الاجنبي يحول بينه وبين الاحتجاج باستبعاد القانون الاجنبي.

كذلك يذهب جانب من الفقه الى الاستناد إلى فكرة الاثراء بلا سبب التي تعني ان ينطبق قانون القاضي بوصفه قانون محل وقوع الاثراء ويستبعد القانون الاجنبي الواجب التطبيق اصلا على اعتبار ان المتعاقد الاجنبي الذي يتمسك بنقص اهليته في محاولة منه لابطال العقد يعد قد اثرى على حساب المتعاقد الاخر. غير ان هذه الفكرة قد تعرضت لانتقادات عديدة، ذلك انه ليس شرطا للتمسك بدفع المصلحة الوطنية ان يكون الاجنبي ناقص الاهلية قد اثرى، وهو ما ذهبت اليه احكام القضاء الفرنسي التي قضت بصحة التصرف القانوني الذي باشره ناقص الاهلية دون تفرقة بين ان يكون هذا الاجنبي قد اثرى من وراء التصرف الذي ابرمه من عدمه، كذلك فان الاثر المترتب على نظرية الاثراء بلا سبب هو ان المثري يلتزم بتعويض المفتقر بمقدار الاقل من قيمتي الاثراء والافتقار. في حين ان الاثر المترتب بالدفع بالمصلحة الوطنية يؤدي الى تصحيح العقد.

ويبدو انه من الممكن الإضافة في هذا المجال بالاستناد إلى أن احد شروط تحقق نظرية الإثراء بلا سبب هو الا يكون لاثراء المدين سبب قانوني "ويراد بالسبب في هذا المجال السبب المنشيء، أي المصدر الذي الزم المفتقر بالافتقار واعطى للمثري حقا في الاثراء" في حين انه يلاحظ في نظرية المصلحة الوطنية ان السبب المنشيء هو في الغالب سبب مشروع.

ويذهب اتجاه من الفقه في القانون الدولي الخاص المعاصر في مسالة استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق على الاهلية الى فكرة الجهل المغتفر باحكام القانون الاجنبي من جانب الوطنيين وحتى من الاجانب الذين لم يكن القانون المستبعد قانونهم الشخصي، ومحتوى هذه الفكرة هو ان اعمال حكم القانون الاجنبي الواجب التطبيق اصلا على الاهلية من شانه وصف المتعاقد الاجنبي الذي يعد هذا القانون قانونه الشخصي ناقص الاهلية، فان نقص الاهلية هذا لا يحتج به على المتعاقد الآخر – وطنيا كان ام اجنبيا – ليس من الجنسية نفسها اذا كان هذا الاخير معذورا في جهله بنقص الاهلية، ويترتب على قيام هذا العذر استبعاد حكم القانون الاجنبي وتصحيح العقد الذي تم ابرامه اعمالا لقانون القاضي.

ويرفض مؤيدي هذه الفكرة تبرير الجهل بالقانون الاجنبي في هذه الحالة على كون القانون الاجنبي هو مجرد واقعة بل يحتفظ بصفته ويطبقه القضاء بوصفه قانونا. وحجتهم في ذلك ان القانون الاجنبي عند القاضي مجرد واقعة من شانه القول بان القاضي يطبق واقعة على وقائع وهو ما لا معنى له.

فيما يرى معارضو هذه الفكرة ان التحقق من وجود القانون الاجنبي وتطبيقه وتفسيره كلها من المسائل القانونية البحتة ولا تتصل بالوقائع وتنطبق عندئذ قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

ويبدو ان اطلاق قاعدة الجهل المغتفر بالقانون تجعل من هذا المانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي الذي هو استثناء – تجعل منه قاعدة عامة في شان المسائل كافة ولا يقتصر على مسالة الاهلية فقط، فما الذي يمنع الاحتجاج به في كل قضية او مسالة من المسائل الاخرى عند تحديد القانون الواجب التطبيق وعدم اقتصارها على الاهلية. هذا وقد اقترح بعضهم التعبير عن هذا الدفع بتسمية "حماية المتعاقدين من مفاجات التشريع الاجنبي في مادة الاهلية". ولعل التساؤل الذي يطرح هنا يتعلق بالمقصود بالمفاجآت، فما حدود تلك المفاجآت؟ وما عناصر تحققها؟ وهل هي عامة ام تعتمد في تطبيقها على خصوصيات كل واقعة او قضية؟.

بالرغم من كل هذا وذلك فقد ظل تسمية "المصلحة الوطنية" هو الاسم الشائع لهذا الدفع.

**الفرع الثاني:الأهلية**

تعرف الاهلية بانها (صلاحية الانسان لان تكون له حقوق وعليه التزامات، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات، وبعبارة اخرى صلاحيته لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به) اهلية الاداء.

فيما يتعلق بقواعد الاسناد في القانون المدني العراقي فقد جاءت المادة 18/1 لتضع حكما عاما بان (الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته) مما يستلزم هنا التمييز بين اهلية الاداء واهلية الوجوب لتحديد مجال تطبيق قانون الجنسية.

اولا: اهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات وهي تثبت للشخص بالميلاد، ولكن الاجنبي قد يكون محروما منها، ذلك ان الدولة قد تنتقص من اهلية الوجوب بالنسبة الى الأجانب في اقليمها ويكون ذلك عن طريق حرمانهم من التمتع ببعض الحقوق، واهلية الوجوب بهذا المعنى لا تخضع لقانون جنسية الشخص، اذ انها تخضع للقانون الاقليمي (وهو قانون الدولة التي يبتغي الشخص التمتع بالحق في اقليمها).

ذلك يعني ان حكم المادة 18/1 من القانون المدني العراقي لا ينصرف الى اهلية الوجوب، ذلك ان اهلية الوجوب تخضع كل حالة فيها لقاعدة الاسناد الخاصة بها، فحق الشخص في ان يوصي يدخل في فكرة الوصية، وحقه في ان يمتلك يخضع للقاعدة التي تحكم الملكية.

ثانيا: اهلية الاداء: وهي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية، وهي ما كان يرمي اليه المشرع في المادة 18/1 فهي تخضع لقانون جنسية الشخص.

واذا كان الاساس في اهلية الاداء العامة هو حماية الشخص نفسه ويكون مناطها التمييز وهي تنصرف الى الاعمال القانونية كافة، فانها بذلك تختلف عن اهلية الاداء الخاصة التي يكون الغرض منها حماية المصلحة العامة او حماية الغير، عندما يقرر المشرع في دولة ما بعض الموانع من ممارسة بعض التصرفات القانونية ،إذ يرتبط المنع من التصرف في حالات عدم الأهلية الخاصة بطبيعة ذلك التصرف ولا علاقة لها بعدم القدرة على التمييز، وهي لا تنصرف الى الأعمال القانونية كافة بل إلى تصرف معين بالذات. ومثالها ما ورد في المادة 595 من القانون المدني العراقي من منع القضاة وكتبة المحاكم ومساعديهم من ان يشتروا الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها.

وكذلك ما جاء في المادة 52/هـ من قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 التي منعت القضاة من مزاولة التجارة او أي عمل اخر لا يتفق ووظيفة القضاء.

هذا وتخضع حالات عدم الاهلية الخاصة تلك للقانون الذي يحكم العلاقة ولا تخضع لقانون الجنسية فلو تعلق المنع من التصرف بأموال موجودة في دولة معينة فان القانون الواجب التطبيق هو قانون موقع هذه الأموال حتى وان اختلف عن قانون جنسية الممنوع من التصرف.

هذا ويقصد بأهلية الأداء العامة تلك التي تشمل بيان سن الرشد، وبيان متى يكون الشخص ناقص الأهلية، ومتى يكون عديمها، وما انواع التصرفات التي يمتنع على ناقص الأهلية إتيانها وما شروط القيام بالتصرفات التي يجوز له مباشرتها، كذلك فان قانون جنسية الشخص يبين الوضع القانوني للتصرفات التي قام بها دون ان يكون اهلا للقيام بها، كما يرجع الى قانون الجنسية كذلك لتحديد عوارض الاهلية مثل الجنون والسفه.

كذلك قد تصطدم الاحكام المتعلقة بالاهلية بقواعد النظام العام في قانون القاضي، ففي العراق مثلا يتوجب على القاضي عدم الاخذ بالقواعد التي تحدد الاهلية على اساس الجنس او اللون او الدين ويطبق بدلاً منها القانون العراقي لمخالفتها النظام العام في العراق.

وعلى هذا، وبعد ان اخضعت المادة 18/1 الاهلية لقانون الجنسية، عادت في الفقرة 2 وعدت الاجنبي الذي يتعاقد في العراق والذي هو ناقص الاهلية وفقا لقانون جنسيته وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تنبيه، فان ذلك الاجنبي يعد في هذا التصرف كامل الاهلية، وحددت هذا التصرف بالتصرفات المالية التي يعقدها ذلك الاجنبي حصرا حيث لا يمتد الى غيرها مثل الأحوال الشخصية. مما يعني ان المشرع العراقي قد اخذ بنظرية المصلحة الوطنية في هذا المجال حماية للتعاملات المالية والتجارية التي تعقد في العراق وترتب اثارها فيه.

كما اخذ المشرع العراقي بفكرة المصلحة الوطنية في الفقرة الثالثة من المادة 424 من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 الملغي (عدا باب الافلاس) نصت على (واذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الاهلية فان التزامه بمقتضى السفتجة يبقى صحيحا اذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية).

وقد اخذ قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 بالحكم نفسه في الفقرة ثالثا من المادة 48 مع ملاحظة أن هذا القانون استعمل لفظة الحوالة بدلا من السفتجة المنصوص عليها في القانون الملغي.

**المطلب الثاني**

**شروط التمسك بالمصلحة الوطنية**

يشترط لامكان التمسك بالمصلحة الوطنية بعض الشروط، منها ما يتعلق بالموضوع ومنها ما يتعلق بالأشخاص أطراف العلاقة، وسنوضح ذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول:الشروط المتعلقة بالموضوع

يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية ان تكون العلاقة التي ثار النزاع بشانها من العلاقات المالية، او كما عبر عنها المشرع العراقي في المادة 28/2 من التصرفات المالية.

فلا يمكن التمسك بفكرة المصلحة الوطنية في مسائل الاحوال الشخصية مثلا، وهذا ما نص عليه ايضا كل من التشريع الالماني والسويسري حيث يستبعدان اعمال فكرة المصلحة الوطنية فيما يتعلق بالروابط العائلية والمواريث والعقارات الموجودة في الخارج، ويضيف التشريع الايطالي الى ذلك الهبات.

وقد ذهب فريق من الفقه الى قصر حكم فكرة المصلحة الوطنية على العقود الجارية نظرا لان هذه العقود هي التي تتم سراعا ولا تعطي فرصة تقصي اهلية العاقد الاخر.اما بالنسبة إلى الأعمال الأكثر أهمية التي تستلزم ان يكون الشخص على جانب كبير من الحيطة والحذر فانه يعد من الاهمال والرعونة عدم الاستعلام عن اهلية المتعاقد الاخر. وهذا ما يذهب اليه الفقيه نيبويه ، وهو خلاف ما يراه العميد باتيفول ،إذ يرى ان المبدأ الذي ارساه قضاء ليزاردي لا يطبق الا في حالة عقود البيع التي ترد على صفقات هائلة الثمن ويتم تسليم المبيع فيها في الحال دون سداد ناجز للثمن.

أيضا فيما يتعلق بالموضوع فانه يشترط كذلك ان تعقد تلك التصرفات المالية في العراق وان ترتب آثارها فيه. وبهذا فان المشرع العراقي قد حسم كل نزاع او تأويل فيما يخص نطاق تطبيق هذا المبدأ من حيث المكان في كونه يمتد ليشمل العقود التي تبرم في الخارج متى توافرت شروط اعمال هذا المبدأ. ذلك انه في فرنسا يرى الفقيه نيبويه ان محل الابرام ليس شرطا لازما لاعمال المبدأ، بل انه يرى ضرورة تطبيق المبدأ ايضا على اهلية العاقد الوطني في الخارج، وهو ما اخذت به المادة 29/2 من المشروع الفرنسي للقانون الدولي الخاص عندما قررت ان مثل هذا الحكم (حكم قضية ليزاردي) يطبق على العقود التي يبرمها فرنسي غير كامل الاهلية وفقا للقانون الفرنسي في الخارج وان كان كامل الاهلية وفقا لقانون محل ابرام العقد.

**الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بالاشخاص اطراف العلاقة.**

يشترط لاعمال الدفع بالمصلحة الوطنية ان يكون العاقد الاجنبي ناقص الاهلية وفقا لقانونه الشخصي وكامل الاهلية وفقا لقانون محل ابرام التصرف، كان يتعاقد مصري يبلغ من العمر تسعة عشر عاما "وهو هنا يعد ناقص الاهلية وفقا للقانون المصري الذي يحدد سن الرشد بواحد وعشرين عاما" مع عراقي في العراق، حيث ان سن الرشد في العراق هي تمام الثامنة عشر من العمر.

كذلك يشترط ايضا ان يكون الطرف الاخر في العلاقة حسن النية وان نقص أهلية الأجنبي موضع خفاء من الصعب تثبيته ولا يعلم به الطرف الاخر فان كان يعلم هذا السبب وتعمد تجاهله فلا محل لحمايته. كذلك يجب ان يقوم بتصرفه عن حكمة وتعقل لا عن رعونة وعدم تبصر، وان تقدير هذه الامور متروك للمحكمة.

ويبدو ان هذا الراي محل نظر، ذلك انه في قضية ليزاردي فقد ثبت ان ليزاردي دفع بالبطلان لنقص اهليته وانه لم يكن بالغا سن الرشد وقت ابرام التصرف وذلك وفق لما يقضي به القانون المكسيكي (وهو قانونه) فانه من الايسر على المحكمة والأفضل لها في عملها هو اثبات سوء النية لدى الطرف الاجنبي ناقص الأهلية من ان تبحث عن قرائن لاثبات حسن النية لدى الطرف الآخر، وان ترك امر ذلك لتقدير المحكمة قد يؤدي الى الاختلاف في تطبيق هذه النظرية من محكمة الى محكمة وفقا لما تراه من ظروف كل واقعة، وطالما ان المتعاقد الاجنبي ناقص الاهلية يعلم انه بدفعه بنقص أهليته سيخضع لقانونه الشخصي للتخلص من تطبيق قانون القاضي فذلك يعني انه كان سيء النية منذ البدء مما يستوجب العقوبة وعقوبته هنا هي في منح الاختصاص لقانون القاضي الذي حاول التملص من احكامه.

**الآثار المترتبة على التمسك بنظرية المصلحة الوطنية**

اذا تحققت الشروط الخاصة بالدفع بنظرية المصلحة الوطنية.فانه يترتب عليه طرح الدفع الذي اثاره الاجنبي ناقص الاهلية جانبا وتصحيح العقد بوصفه كامل الأهلية وإلزامه بما يترتب عليه من اثار وبهذا تقضي المحاكم الفرنسية ومحاكم الدول الاخرى التي تطبق هذه الفكرة او تاخذ قوانينها بها، الا اذا ثبت ان نقص الاهلية يرجع الى سبب آخر غير السبب الذي بنيت عليه فكرة الحماية.

القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ( المسئولية التقصيرية)

المقدمة :   
تزايدت حالات المسؤولية التقصيرية في عصرنا الحالي بشكل مستمر و كبير ، ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها : تطور السياحة سواء عن طريق السياحة البرية – مما أدى إلى تضاعف حوادث اصطدام سيارات بين أشخاص من جنسيات مختلفة – أو عن طريق الجو وما ينتج من حوادث للطيران يقع ضحيتها مئات الأشخاص .  
كذلك فإن تطور التكنولوجيا الهائل والضخم في مجال الحاسوب وشبكات الإنترنت أدى إلى اتساع حالات المسؤولية المدنية الناجمة عن أفعال ضارة أو جرائم ترتكب يومياً عن طريق هذه التقنيات الحديثة كسرقة المعلومات أو الدخول إلى الحسابات الخاصة بالبنوك والتلاعب فيها عن بعد أو تخريبها ، كل ذلك أدى إلى اتساع رقعة الجريمة المنظمة ليشمل عدة دول وليوقع ضحايا من جنسيات مختلفة ، الأمر الذي يقتضى تعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم .  
لذلك ومن خلال ما سبق ذكره ،ولأهمية هذا الموضوع وانتشار البحث في دول العالم عن قواعد الإسناد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ارتأينا أن يكون بحثنا تحت عنوان القانون " الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية " الذي سنتناول فيه البحث عن قواعد الإسناد المطبقة على الالتزامات غير التعاقدية في المسؤولية التقصيرية ، بمعنى أننا نبحث عن القانون واجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية في إطار القانون الدولي الخاص ، ونعرض لذلك القوانين الدولية المقارنة المعاصرة التي اهتمت بهذا الأمر وعالجته سواءً من خلال قوانينها المحلية أو تشريعاتها الدولية أو حتى ما تعارف عليه العمل في حال وقوع حوادث تستوجب المسؤولية التقصيرية ، وعلى ذلك رأينا أن نقسم بحثنا إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : التفرقة بين الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية :

بالنظر لوجود رابطة عقدية أو عدمها تنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية أو غير عقدية (تقصيرية) ، فتترتب الأولى على عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه وقد نصت المادة 25 من القانون المدني العراقي على انه :

1 – يسري على الالتزامات التعقادية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه.

2 – قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه.

أما المسؤولية غير العقدية أو ما اصطلح على تسميتها بالمسؤولية التقصيرية وهى محل بحثنا فيمكن تعريف المسئولية التقصيرية بأنها تلك المسئولية التي تقوم على الإلتزام قانوني يكون مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول بتعويض المضرور دون علاقة عقدية بينهما بما في ذلك مثلاً مسؤولية قائد المركبة عن إصابة أحد المارة أو عن قتله ومسؤولية الجار عن تهديم المنزل المجاور أثناء ترميم منزله .  
وما هو ثابت عندنا أن الفقه الحديث قد انتهى إلى أن العناصر الجوهرية في نوعي المسؤولية واحدة إلا أنه يسلم بإختلافات عدة بينهما تتمثل في مدى أو نطاق التعويض ، ويمكننا أن نميز بين الإلتزامات التعاقدية والإلتزامات الغير تعاقدية وفقاً للآتي :  
1- التعويض في المسؤولية التقصيرية أبعد مدى وأوسع نطاقاً منه في المسؤولية العقدية ، ففي الأولى يلتزم المدين بتعويض الضرر المباشر ، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع بينما لا يشمل التعويض في المسؤولية العقدية سوى الضرر المتوقع عادة وقت إبرام العقد .  
2- بالنسبة للتقادم فإنه تنطبق على المسؤولية العقدية القاعدة العامة في التقادم أي إن المسؤولية تسقط بمضي خمس عشر سنة ، أما المسؤولية التقصيرية فالقاعدة العامة أنها تسقط بمضي ثلاث سنوات واستثناءا بمضي خمس عشرة سنة .  
3- بالنسبة للإعذار فإنه يلزم لإستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية إعذار المدين ، بينما يعفى الدائن من إعذار المدين لإستحقاق التعويض .  
4- بالنسبة للتضامن فلا تضامن في المسؤولية العقدية عند تعدد المسؤولين إلا بنص في القانون أو بإتفاق المتعاقدين بينما التضامن في المسؤولية التقصيرية مقرر بحكم القانون.

5- الإعفاء من المسؤولية يكون باطلاً في المسؤولية التقصيرية بينما يكون صحيحاً في المسؤولية العقدية .

ويترتب على هذه التفرقة بين نوعي المسؤولية نتائج عملية مهمة أخصها أن أحكام المسؤولية التقصيرية أفضل للمضرور من زوايا عدة لأن التعويض فيها يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع بعكس المسؤولية التعاقدية ، ففي المسؤولية التقصيرية يقوم التضامن فيها بين المسؤولين بنص القانون بينما لا تضامن في غياب اتفاق عليه في المسؤولية العقدية ، وتبطل شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بعكس المسؤولية العقدية .

وعليه فالمسؤولية التقصيرية التي سبق وشرحناها في هذا المبحث هي محل بحثنا مع الإشارة إلى أننا سنخص بحثنا في التعرف على القانون الواجب تطبيقه عندما تقع مسؤولية تقصيرية بين أشخاص ينتمون بجنسياتهم إلى دول مختلفة أو عندما يكون أطرافها من جنسية دولة واحدة كذلك كلما اتصلت تلك العلاقة القانونية بعنصر أجنبي أو بمكان انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال محل النزاع

المبحث الثاني / تحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية :  
إن الناظر في القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية والباحث في هذا الموضوع يجد أن أغلب ما استقر عليه معظم التشريعات والأعراف الدولية وكذلك الفقه الدولي استقر على تطبيق قانون وقوع الفعل الضار( المنشئ للالتزام) على المسؤولية المدنية ، وهو مبدأ تقليدي تعود جذوره إلى القرون الوسطى في أوروبا ، وما تزال تطبقه حتى الآن غالبية التشريعات في العالم. وهو ما ذهب إليه المشرع العراقي حين نص على ذلك في القانون المدني العراقي في المادة 27 حيث جاء فيها :

1 – الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.

2 – على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه. وبذلك نجد أن المشروع العراقي نص صراحة على كافة الإلتزامات غير التعاقدية تخضع كأصل عام لقانون البلد الذي يقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام ، وهو ما أخذت به معظم التشريعات الدولية ، ونذكر هنا أن المراد بالإلتزام ( الفعل الضار ، الفعل النافع، نص القانون ، الإرادة المنفردة ) لأنها منشئة للإلتزام ، ونلاحظ هنا أن المشرع العراقي قد الغى وجود المسؤولية اذا كانت المسالة موضوع النزاع تعتبر مشروعة وفق القانون العراقي حتى وان اعتبرها القانون في البلد الذي وقعت فيه الحادثة يعتبرها غير مشروعة ,بمعنى أنه حتى نستطيع رفع دعوى المسؤولية التقصيرية المدنية في العراق بشأن فعل ضار وقع في خارج جمهورية العراق يجب أن يكون هذا الفعل ضاراً وفق القانون المدني العراقي ، فإذا كانت الإلتزامات ناشئة عن فعل يعد ضاراً في قانون البلد الذي وقع فيه الفعل وغير ضار في القانون العراقي ترد الدعوى.

وترجع نشأة هذا المبدأ إلى المدرسة الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر حيث أخضع بعض الفقهاء نظرية الأحوال الفعل الضار لما أسموه بقانون محل وقوع الجريمة ، وقد إستقر هذا المبدأ منذ ذلك الحين فأخذ به الفقيه دارجنتريه في القرن السادس عشر كما أخذ به فقهاء المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر ، وذلك إعمالاً للقاعدة العامة في فقههم وهي إقليمية القوانين .   
وقد أخذ الفقيه مانشيني كذلك في القرن التاسع عشر بمبدأ إخضاع الفعل الضار لقانون محل وقوعه بإعتباره يتحدد بالمكان الذي وقع فيه الفعل الذي قامت عليه العلاقة ، فعنصر الأطراف لا يكفى كأساس لتركيز العلاقة نظراً لأنه ليس بالعنصر المهيمن على مثل هذا النوع من العلاقات إذ لا يتصل الأشخاص بالعلاقة إلا بشكل غير مباشر ، كما أن عنصر الموضوع وهو التزام المدين أو مرتكب الفعل قليل الجدوى في تركيز العلاقة نظراً لعدم إمكان ضبط حدوده من الناحية المكانية .   
وأكد على ذلك كلاً من القانونين السوري والمصري بنص مماثل لما ذكر في النص السابق في قانون البلدين ، وقد أخذ به المشرع الإيطالي في المادة 25 من القانون المدني الإيطالي .

وهو ما تبناه الإجتهاد القضائي الفرنسي الذي يعمل به بمثابة قاعدة من قواعد التنازع مفادها : " في القانون الدولي الخاص الفرنسي عدا اتفاقية دولية معارضة ..... يكون القانون المحلي المختص بحكم المسؤولية المدنية غير التعاقدية هو قانون مكان وقوع الضرر "   
وعليه واستناداً لما سبق ذكره فإنه يمكننا الوصول لنتيجة معينة واحدة ووحيدة وهي ما اتفقت عليه معظم التشريعات الدولية وفقهاء القانون وهي أن القانون واجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية هو قانون محل وقوع الفعل أو ما اصطلح على تسميته بالقانون المحلي ، وعليه نرى لزاماً علينا الخوض في تفصيل هذا الأمر للوقوف بتحليل كاف على المقصود بمحل وقوع الفعل أو بالقانون المحلي وهو ما سنفصله في المطلب التالي .  
  
المطلب الأول : المقصود بمحل وقوع الفعل أو بالقانون المحلي .   
يثور التساؤل عن آلية تحديد ضابط الإسناد في الإلتزامات غير التعاقدية في الحالات التي يتعدد فيها مكان وقوع الفعل ، وذلك في حالة تعدد وقوع الفعل في أكثر من دولة ، وهنا يختلف بعض فقهاء القانون بالنسبة لتحديد المقصود بمكان وقوع الفعل إذا تفرقت عناصر الواقعة القانونية ولم تقع جميعها في نفس الدولة ، وقد يتحقق ذلك في أحد الفروض التالية :   
الفرع الأول / الفرض الأول (توزيع الوقائع على عدة دول):   
هو أن تكون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعة على عدة دول كما لو كان الفعل الضار فعل نتج عن أفعال تم ارتكابها في أكثر من دول ، وحينئذ يثور السؤال عن كيفية تحديد الدولة التي تعتبر محلاً لوقوع الفعل .  
القانون واجب التطبيق على الفرض الأول :  
وعلى هذا الفرض السابق فقد ذهب جانب من فقهاء القانون الأمريكي إلى وجوب الإعتداد في هذه الحالة بالمكان الذي تحققت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعة تمثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو بالإلتزام من الناحية الزمنية .

غير أن الفقه الفرنسي يري وجوب الإعتداد في تحديد محل وقوع الفعل بالمكان الذي تحققت فيه الواقعة الرئيسية التي ترتب عليه الضرر .  
الفرع الثاني / الفرض الثاني ( اختلاف مكان وقوع الخطأ والضرر) :   
هو أن يقع الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى ، و مثال ذلك :إقدام شخص على وضع قنبلة في طائرة و تنفجر الطائرة في دولة أخرى.أو أن يقوم صديق بإرسال رسالة إلى صديقه مقيم في دولة أخرى تتضمن هذه الرسالة قذفا و شتما في حق الطرف الآخر.أو كأن تقلد علامة تجارية في العراق و تباع البضاعة في فرنسا او القيام بتقليد إحدى المنتجات في دولة لعرضها في أسواق دولة أخرى ، ومن أمثلة ذلك أيضاً : القيام بالتشهير بشخص في دولة ما فيترتب على ذلك الإضرار بسمعته في دولة أخرى ، ففي مثل هذه الحالة ذهب الفقه والقضاء في تحديد القانون واجب التطبيق في هذه الحالة مذاهب شتى منها .

القانون واجب التطبيق على الفرض الثاني :  
ذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب الأخذ بقانون محل وقوع الخطأ ، ذلك أن قواعد هذا القانون تهدف إلى وقاية مجتمع الدولة من الأفعال الغير مشروعة التي تقع في إقليم هذه الدولة ، وهذه القواعد تهدف إلى منع الأفعال التي تخل بأمن المجتمع قبل أن تعنى بتحديد التعويض اللازم عن الأضرار الناجمة عن هذه الأفعال .  
فيما يري فريق ثان وجوب الأخذ بقانون محل تحقق الضرر ، وذلك تأسيساً على أن الهدف الرئيسي ليس توقيع الجزاء على المخطئ وإنما هو تعويض المضرور ، وهذا التعويض لا يتحدد بمدى خطورة الخطأ الذي تم ارتكابه وإنما يتحدد وفقاً لما تحقق من ضرر، كذلك فإننا لو أردنا تركيز العلاقة القانونية من الناحية المكانية فإنه يتعين الإعتداد بمكان وقوع الضرر بإعتباره المكان الذي ظهرت فيه الآثار المادية للعلاقة إلى حيز الوجود والذي تحقق فيه الإخلال بالتوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها ، ويميل الفقه والقضاء بفرنسا إلى الأخذ بهذا الرأي كما أخذت به أحكام بعض المحاكم الألمانية .

ويري فريق ثالث وجوب إعطاء الشخص الذي أصابه الضرر الخيار بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون المكان الذي تحقق فيه الضرر .  
كما ذهب البعض إلي وجوب التفرقة بين المسؤولية القائمة على الخطأ والمسؤولية بدون خطأ ، ويتعين بالنسبة للحالة الأولى الإعتداد بالمكان الذي وقع فيه الخطأ ، أما بالنسبة للمسؤولية بدون خطأ فيجب الإعتداد بمكان تحقق الضرر .  
هذا ولم يفصل المشرع العراقي برأي دون آخر من هذه المشكلة إذ نص على الإعتداد بقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام ومن المعلوم أن الإلتزام لا ينشأ إلا بتوافر عنصري الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما.  
ويري فريق من الفقه المصري وجوب الإعتداد بمكان وقوع الخطأ ذلك أنه مهما قيل من أن عناصر المسئولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر ، فمما لا شك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيس الذي تقوم عليه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له ، وعلى ذلك فإن قانون محل وقوع الخطأ هو الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسؤولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء .  
بينما يميل فريق آخر من الفقه العراقي إلى ترجيح قانون مكان تحقق الضرر ذلك أنه بالنظر إلى الهدف من نظام المسؤولية نجد أن هذا النظام لا يهدف إلى توقيع الجزاء على الخطأ بل إلى تعويض المضرور وهو ما يرجح الإعتداد بقانون محل وقوع الضرر ، ففي هذا المكان تحقق الإخلال بالمصالح التي يرمي القانون إلى حمايتها .  
هذا فضلاً عن أن المسؤولية لا تنشأ إلا عند ترتيب الضرر وإن كان من اللازم أن يتسبب هذا الضرر عن خطأ ، ولا يكفي الخطأ في ذاته لوصفه الفعل بأنه منشئ للإلتزام ويؤكد هذا المعنى ذلك التزايد المستمر لصور المسؤولية التي قد يصعب إقامتها على فكرة الخطأ وفقاً لمفهومها التقليدي مثل المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء ، ففي هذه الصور يعتبر الضرر لاشك هو العنصر الجوهري في المسؤولية .من جهته لم يكرس المشرع العراقي نصاً خاصاً بهذه المسألة في نطاق الإختصاص القضائي الدولي ، ولم يبين القانون الواجب التطبيق في الحالات التي ينفصل فيها مكان وقوع الضرر عن مكان وقوع الجرم ، واكتفت المادة 27 من القانون المدني بإعطاء الإختصاص إلى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للإلتزام وهو بذلك ترك الحرية للفقه والإجتهاد في هذا المجال، ورأي جانب من القضاء العراقي إلى وضع عدة حلول ممكنة في هذا السياق :  
أ‌. إذا توزع الضرر في أكثر من دولة أو إذا لحق بعدة أشخاص في دول متعددة فالقانون الذي يحكم كل ضرر على حدة هو قانون البلد الذي وقع فيه .  
ب‌. أما إذا وقعت الأضرار في عدة دول بشكل متعاقب لكنها ناجمة جميعها عن فعل واحد ( كأن يحصل الجرح في دولة تستتبعه وفاة في دولة ثانية ثم ضرر مادي ومعنوي لأهل الضحية في دولة ثالثة ) فمن المفضل أن يطبق على كل هذه العناصر معاً قانون مكان حصول الفعل الضار ( السبب الأول ) وهو الجرح .

فيما يتجه الفقه الحديث إلى القول بأنه لا يجوز فهم المقصود بالقانون المحلي على أنه قانون المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام ، وإنما على أساس أنه القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية أو الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة القانونية التي ترتب عليها الإلتزام غير التعاقدي ، ويضربون لذلك مثلاً أنه لو افترضنا أن إحدى المدارس الأمريكية قد أقامت معسكراً صيفياً للطلبة في مكان ناء بكندا بعيدا عن العمران ، ثم حدث أن أصيب أحد الطلبة بناءً على فعل غير مشروع ارتكبه طالب آخر أو أحد منظمي المعسكر فإنه لا شك أن تطبيق القانون الكندي بوصفه القانون المحلي على دعوى المسؤولية في هذا الفرض يخلو من أي معنى ، فمرتكب الفعل والمضرور والمشرفين على المعسكر جميعهم يتمتعون بالجنسية الأمريكية ويتوطنون بالولايات المتحدة ومن ثم يبدو وقوع الفعل المنشئ للإلتزام في الإقليم الكندي كمجرد ظرف عارض لا يصلح معياراً سليماً للإسناد .  
ويذهب الفقيه مايير إلى أبعد من ذلك حيث يجعل مركز الثقل في العلاقة يتركز في مكان وقوع الضرر الذي يشكل قرينة لا تستبعد إلا في حالتين : بسبب الصفة العارضة لمكان حصول الضرر( حالة حصول حادث لمركبة بسبب عيب في صناعتها فقط ) أو لأن الضرر الحاصل هو معنوي بحت ولا يمكن تركيزه في حيز مادي ملموس ( كالاعتداء على الحياة الخاصة للفرد مثلاً ) فجرم الاعتداء على الحياة الخاصة بواسطة الصحف يقع في مكان النشر (الفعل الضار) كما يتم أيضاً في هذا المكان إفشاء الأسرار الخاصة بالغير (وقوع الضرر).

كما أنه من الممكن أن يحدث في مجال الإثراء بلا سبب أن يختلف مكان الإثراء عن مكان الإفتقار ويرجح الفقه وجوب الإعتداد بالمكان الذي تحقق فيه الإثراء ذلك أن الإثراء هو النتيجة الإيجابية وهو بهذه المثابة أكثر ظهوراً إلى العالم الخارجي من الإفتقار ، هذا فضلاً عن أن الإثراء هو الأساس القانوني للإلتزام في هذا الفرض .  
ويذهب الرأي الراجح فيما سلف ذكره إلى ضرورة الإعتداد بمكان تحقيق الضرر بإعتبار أن المسؤولية لا تنشأ كأصل عام إلا إذا تحقق الضرر .

الفرع الثالث/ الفرض الثالث ( وقوع الفعل خارج السيادة الإقليمية):

ويتوافر هذا الفرض عندما يقع الفعل في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة في عرض البحر أو وقع في شكل تصادم بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار .  
القانون واجب التطبيق على الفرض الثالث : اختلف فقهاء القانون السابقين والمعاصرين في تحديد القانون المفترض تطبيقه في حال وقوع الفعل خارج السيادة الإقليمية حيث ذهب فريق إلى ترجيح قانون السفينة التي وقع منها الخطأ تأسيساً على أن هذه السفينة هي التي تشكل مكان وقوع الفعل غير المشروع .  
بينما ذهب فريق آخر إلى وجوب تطبيق قانون السفينة التي لحقها الضرر بإعتبار أن هذه السفينة تشكل مكان تحقق الضرر ، ويؤيد البعض الرأي الأول تأسيساً على أن تطبيق قانون السفينة التي ارتكبت الخطأ يتيح لمالك السفينة فرصة العلم مقدماً بجدود مسؤوليته ، في حين أن إخضاعه لقانون السفينة التي لحقها الضرر يفرض عليه التزامات لا يتسنى له العلم بها مسبقاً وذلك في حين يؤيد البعض الرأي الثاني تأسيساً على أن أحكام المسؤولية التقصيرية في نطاق القانون المدني تهدف بدورها إلى غاية أساسية هي (تعويض المضرور) وأن أحكام المسؤولية ترمي الى حماية المضرور .  
وقد ذهب فريق ثالث إلى أن للمضرور أن يختار أي من القانونين ، بينما يري فريق رابع وجوب سريان القانونين معاً (قانون السفينة التي ارتكبت الخطأ وقانون السفينة التي لحق بها الضرر) بحيث يتعين توافر شروط المسؤولية وفقاً لكل من القانونين .  
وذهب رأي أخير إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على المسؤولية في هذه الحالة تأسيساً على أن رفع النزاع أمام محكمة معينة يستفاد منه الرضا الضمني بتطبيق قانون هذه المحكمة ، إذ أن مؤدى التصادم في رأيهم أن ينشأ نوع من العقد أو شبه العقد القضائي بين الطرفين يلتزم المدعي عليه بمقتضاه بقبول اختصاص المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى كما يلتزم بقبول تطبيق قانون الدولة التي تتبعها هذه المحكمة.

وتتجه غالبية الفقه إلى الأخذ بقانون القاضي وحجتهم في ذلك أن هذا القانون هو صاحب الإختصاص الطبيعي في الأحوال التي يتعذر فيها إعمال ضابط الإسناد ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة التي يكون التصادم فيها واقعاً بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوى العام وينتهي فيها كل من السفينتين أو الطائرين إلى دولة واحدة إذ أن قانون هذه الدولة يكون في هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم المسؤولية المترتبة على التصادم ، ويحتجون على القول بأن القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون القاضي على أن عدم وجود أي عنصر إسناد موضوعي بديل . 

أما الأفعال التي تقع على ظهر السفينة في عرض البحر أو على الطائرة في الفضاء غير التابع لإقليم دولة ما فيسري عليها وفقاً للرأي الغالب قانون العلم وذلك أخذاً بالفكرة التقليدية التي تقضي بإعتبار السفينة أو الطائرة جزءاً من إقليم الدولة التي ترفع علمها .

أما فيما لو وقع الحادث على ظهر سفينة في المياه الإقليمية لدولة معينة أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوي لدولة من الدول فإن الفقه الغالب يتجه إلى تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلي ، ويفضل فريق من الفقه الحديث تطبيق قانون العلم في هذه الحالة كذلك نظراً لصعوبة تحديد ما إذا كانت الواقعة المنشئة للإلتزام قد وقعت فعلاً في المياه الإقليمية أو في البحر العام أو وقعت في الفضاء الجوي للدولة أو خارجه هذا فضلاً عن أن قانون العلم هو القانون الذي يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قائد الطائرة أو هو على الأقل القانون الذي يعلموه أكثر من علمهم بقوانين الدول المختلفة التي تمر بها كل من السفينة والطائرة بصفة عابرة .

المطلب الثاني : الحجج المؤيدة لتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار :

يستند اختصاص قانون مكان وقوع الفعل الضار – الذي أخذت به معظم التشريعات الدولية – إلى عدة أسس هي :  
1- من البديهي تطبيق قانون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار ، لأنه في هذا المكان تم الإخلال بالأمن والسلامة العامة وحصل السبب المنشئ للإلتزام الذي يترتب عليه التعويض ، فبالنظر للقانون حسب بارتان نراه يتدخل قبل أي شئ آخر ليحظر وقوع الأفعال غير المشروعة على إقليم الدولة التي سنته ، فهو يهدف إلى ردع الفعل الضار قبل أن يلزم مرتكبه بالتعويض ، فكان من الطبيعي تطبيق قانون الدولة الذي وقع على أرضها الفعل الضار من جهة أخرى ، بما أن تشريع كل دولة يضع قواعد السلوك الواجبة الإتباع فهو الأقدر على معرفة إن كان هناك تجاوز لهذه القواعد ، والتحقق من توافر العناصر المولدة للمسؤولية التقصيرية .  
2- يعتبر مكان وقوع الفعل الضار ضابط الإسناد الوحيد مقارنة مع ضوابط الإسناد الأخرى المحتملة ( جنسية الفاعل أو الضحية أو مكان إقامتهما) .  
3- اختصاص قانون مكان وقوع الفعل الضار يؤدي إلى تحقيق سهولة الإثبات وفعاليته وذلك لأن القضاء المختص غالباً يفضل النزاع هو أيضاً قضاء الدولة التي وقع على أرضها الفعل الضار .  
4- إن تطبيق قانون وقوع الجرم أو شبه الجرم يحقق العدالة والتوازن بين حقوق مرتكب الفعل والضحية ، فمن العدالة أن يحاسب المذنب حسب القانون الذي ارتكب جرمه في ظله ، وأن يحدد هذا القانون وحده شروط مسؤوليته ونطاقها ، وأن تحصل الضحية على التعويض وفقاً للمركز القانوني الذي يمحنه لها هذا القانون.

المطلب الثالث : الإنتقادات الموجهة لتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار : 

واجه هذا القانون انتقادات عديدة خصوصاً من الفقه الأمريكي الذي يتجه في غالبيته إلى تطبيق قانون مكان تركيز الفعل الضار أي جاعلاً منه أكثر ملائمة من قانون مكان وقوع الفعل الضار الذي قد يكون عرضياً مقارنة مع بقية عناصر العلاقة المطروحة .

ويتجه هذا الفعل إلى تحديد تركيز الفعل الضار لكل حالة على حدة عن طريق جمع أكبر عدد ممكن من عناصر العلاقة ، كأن يكون الفاعل والضحية من جنسية واحدة ويقيمان في دولة واحدة ، فإن عنصري الجنسية والإقامة يشكلان نقاط إسناد أكثر أهمية من مكان وقوع الفعل الضار .  
وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا لولاية نيويورك في قضية باكوك وجاكسون: في هذه القضية أصيب عدد من الضحايا الأمريكيين المقيمين في نيويورك إثر حادث سير وقع في أونتاريوا بكندا بعد أن انقلبت سيارتهم دون أن يصاب أي شخص من السكان المحليين، حيث عدت المحكمة العليا مكان وقوع الحادث عنصراً عارضاً وطبقت القانون الأمريكي لإتصال الحادث اتصالاً وثيقاً بولاية نيويورك .  
ويفترض بعض الفقهاء أنه لو أن عائلة عراقية اصطحبت معها في سيارة عراقية صديقاً معها عراقياً أيضاً في زيارة إلى سوريا ، وهوت هذه السيارة في إحدى الوديان هناك مما أدى إلى إصابة صديق العائلة بجروح بالغة ، فإن دعوى تعويض الضرر التي سيتقدم بها الصديق أمام القضاء العراقي ستخضع للقانون السوري ، وفقاً لما نصت عليه المادة 27 من القانون المدني العراقي .  
أما لو ذهبنا للفقه الأمريكي نجده في الواقع المذكور أكثر مرونة في أسلوب حل تنازع القوانين لكنه يؤدي إلى حرمان الأطراف من إمكانية توقع القانون الذي سيحكم التعويض – قانون مكان وقوع الفعل الضر - الذي يعرفه الأطراف مسبقاً وهذا التوقع يحتل أهمية بالغة لدى شركات التأمين التي سوف تتردد في قبول إجراء عقود التأمين لعدم معرفتها المسبقة بالقانون الذي سيحكم التعويض ,  
كما أن اعتماد النظرية الأمريكية قد يدفع القاضي الوطني إلى تركيز النزاع بطريقة تؤدي إلى تطبيق قانونه ، فيغلب العناصر التي تتصل به على العناصر الأخرى وفقاً للمصلحة التي يرتئيها حسب الحالة التي تطرح عليه ، لذا لم يتأثر الإجتهاد الفرنسي بهذا الاتجاه .  
وإن كنا نرى في هذا الإتجاه أننا لا نرفض مطلقاً في الواقع الإتجاه الأمريكي القاضي بالبحث عن القانون واجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية حسب كل حالة على حدة للأسباب التي أشرنا لها ، وأنه لا شئ يمنع من تكريس ضابط إسناد ثانوي في قاعدة التنازع يمكن إعماله إلى جانب ضابط الإسناد الأصلي ( قانون مكان الفعل الضار ) عند توافر شروط معينة .  
ومثالاً لما سبق : عندما يكون الفاعل والضحية من جنسية واحدة ويقيمان في الدولة نفسها ، تعد نقاط الإسناد هنا أكثر أهمية من قانون مكان الفعل الضار ، فلو أقيم معسكر سياحي لمجموعة من الطلاب العراقيين على تلال إحدى القرى اللبنانية وأصيب أحدهم بضرر ناجم عن فعل طالب آخر ، أو لو صدم سائق عراقي مواطناً عراقياً في الأراضي الاردنية ، فإن مكان وقوع الضرر في كلا المثالين يبقي عرضياً وهذا ما يدفعنا إلى القول بضرورة وضع ضابط إسناد ثانوني كاستثناءً على تطبيق قانون مكان وقوع الضرر ، ولكن هذا الإستثناء لن يؤدي إلى إهدار عنصر التوقع لدى الضحية والفاعل فهما بلا شك يعلمان بقانون دولتهما أكثر من معرفتهما بقانون الدولة التي وقع فيها الحادث ، وتكمن أهمية هذا الإستثناء بصورة خاصة عند وجود اختلاف جوهري بين أحكام قانون مكان الحادث وقانون الجنسية المشتركة للمذنب والضحية أو قانون موطنهما المشترك فيما يتعلق بطبيعة التعويض مثلاً أو بمقداره كأن يعطي قانون القاضي حماية أكبر للضحية مقارنة بقانون مكان الضرر.  
أما فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي فنجد أن القانون الألماني لا يعترف به خلافاً للقانون الفرنسي الذي يقرر لضحية حادث السير تعويضاً آلياً .  
وإن كنا نرى أن اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 4/5/1971 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على حوادث السير قد كرست اختصاص قانون مكان وقوع الحادث إلا أنها أوردت عليه عدة استثناءات لصالح قانون مكان تسجيل المركبة أدت في التطبيق العملي إلى الأخذ بقانون الجنسية المشتركة للفاعل والضحية في أكثر الحالات ، وهذه الإستثناءات هي كالتالي :  
- عندما تكون مركبة واحدة متورطة في الحادث فيسري قانون دولة تسجيلها على مسؤولية السائق أو مالك المركبة تجاه المسافر بشكل مجاني بشرط ألا يكون ساكناً في البلد الذي وقع فيه الحادث .  
- عند اشتراك عدة مركبات بالحادث فيطبق قانون التسجيل إذا كان واحداً لجميع هذه المركبات.  
- إذا ارتكب الحادث عدة سائقين فإن قانون مكان الحادث يطبق واستثناءً يسري قانون بلد التسجيل إذا كانت المركبات مسجلة في بلد واحد أو كان الأشخاص ضحايا خارج المركبات يقيمون في دولة التسجيل .  
أما اتفاقية لاهاي بتاريخ 2/10/1973 فقد تبنت اختصاص قانون مكان الفعل الضار مع عدة استثناءات لصالح مكان إقامة الضحية ومكان إقامة المنتج ومكان تملك المنتجات ، هذا فيما يتعلق بالمسؤولية الناجمة عن فعل المنتجات .

المبحث الثالث :نطاق تطبيق قانون الفعل الضار .

المطلب الأول / شروط المسؤولية والإعفاء منها :

يتجه قانون الفعل الضار إلى تحديد أسباب المسؤولية سواء نجمت عن فعل الشخص أو الحيوان أو الأشياء ، كما يحدد أركان المسؤولية وشروطها ومن أهمها شرط الخطأ وتعريفه وبيان أهلية المسؤولية التقصيرية بصفتها العنصر المعنوي في ركن الخطأ – الإدراك والتمييز - ، هذا ويتجه القانون المدني العراقي إلى عدم اشتراط كمال الأهلية لمن صدر عنه الخطأ بل يكفي مجرد إدراكه لتحمل تبعة سلوكه ، لكنه في ذات السياق نجده قد اشترط لتطبيق قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه الفعل الضار أن يكون هذا الفعل غير مشروع في العراق في الواقع ، فبعد أن أكدت الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون المدني اختصاص قانون مكان الفعل الضار علقت الفقرة الثانية من ذات المادة الاختصاص على الشرط التالي : "على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."وبذلك نجد أن القانون العراقي اشترط لقيام المسؤولية أن يعد الفعل الواقع خارج العراق خطأ حسب القانون العراقي ، ولا يكفي أن يكون كذلك وفقاً لقانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه ، وعليه إذا كان هذا الفعل مشروعاً في جمهورية العراق فلا يطبق القانون الأجنبي، بل يسري القانون العراقي وحده ولا يلزم الفاعل بأي تعويض ، أما إذا كان الفعل غير مشروع في القانون العراقي فيطبق القانون الأجنبي على أركان المسؤولية وغيرها من المسائل الأخرى ليصل في النهاية للحكم بالتعويض .أما بالنسبة للإعفاء من المسؤولية التقصيرية فيتحدد بالرجوع إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار لاتصاله بآثار المسؤولية ومدى الإلتزام بالتعويض .

المطلب الثاني / التعويض :   
تجدر الإشارة إلى أن قانون الفعل الضار هو الذي يحدد شروط التعويض المادي والمعنوي ويحدد مقداره وكيفية أدائه ، ونورد أن محكمة استئناف باريس اعتبرت القانون الألماني الذي لا يمنح تعويضاً عن الضرر المعنوي مخالفاً للنظام العامة الدولي الفرنسي وطبقت مكانه القانون الفرنسي ، غير أن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا الحكم جاعلة من القانون الأجنبي الذي لا يتوافق مع القواعد الفرنسية الآمرة حول المسؤولية التقصيرية لا يخالف بالضرورة النظام العام حسب القانون الدولي الخاص في فرنسا .  
أما فيما يتعلق بدعوى التعويض الناشئة عن خطأ مدني فيطبق على قبولها وإجراءاتها قانون القاضي ، بينما يخضع التقادم المسقط لقانون مكان وقوع الفعل الضار لتعلقه بموضوع النزاع ، كما تخضع لهذا القانون الدعوى المباشرة التي تقيمها الضحية في مواجهة شركة تأمين الفاعل وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21/4/1971.

لو تطرقنا لدعوى التعويض الناشئة عن جرم ففي هذه الحالة ووفقاً للقانون المدني العراقي فإذا رفعت الدعوى المدنية الناشئة عن جرم وقع خارج حدود العراق أمام القضاء المدني العراقي فيطبق عليها القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة التنازع .