**المحاضرة الواحد والعشرون**

**مسائل الالتزامات العقدية**

**في عهد مدرسة الاحوال الايطالية كانت تخضع العقد بجانبه الموضوعي والشكلي لقانون محل الابرام وبعدها تم اخضاع الجانب الموضوعي لقانون محل الابرام مالم يكن هنالك اتفاق على قانون اخر وبالتدريج تم اخضاع العقد لقانون الارادة التي هي الاصل التاريخي لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود فيكون للاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم عقدهم بموجب قاعدة اسناد تخولهم هذا الامر.**

**س/ ماهي شروط اعمال قاعدة الاسناد ؟**

**ج/ هنالك عدة شروط لابد من توافرها في العلاقة العقدية (موضوع قانون الارادة) وشروط في القانون المسند اليه (قانون الارادة) :**

**اولاً : شروط العلاقة العقدية (فكرة الاسناد)**

1. **ان تتصف العلاقة العقدية بالصفة الدولية : وتكون العلاقة ذو صفة اجنبية عندما يتخلل احد عناصرها (الاشخاص- الموضوع- السبب) عنصراً اجنبياً , او ان تكون العلاقة العقدية لها القابلية على تحريك الاموال عبر الحدود مثل عقود الاستثمار , وعليه تستبعد العلاقات الوطنية من هذا النطاق.**
2. **ان تكون العلاقة العقدية ذو صفة مالية : اي متعلقة بحقوق شخصية وتدخل ضمن نطاقها كل العقود التي ترتب اثار شخصية مالية كقد الوكالة والنيابة والقرض والوديعة والبيع وعلية (تخرج العلاقات العقدية المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة التي ترتب حقوق عينية – وكذلك العلاقات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية كالزواج والوصية والتبني والاهلية وعقود العمل (يتم استبعا عقود العمل كون الدولة تقوم بتنظيم عقودها بموجب قواعد امرة تتقرر لمصلحة العامل ) .**
3. **ان تكون العلاقات العقدية الدولية المالية ذات مسائل متعلقة بالقواعد المفسرة وليس الامرة ويعود السبب في ذلك كون القواعد الامرة لايجوز الاتفاق على مخالفتها ومنح الاختصاص لغير قانونها الطبيعي , مثالها : في عقد بيع عقار لايجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الخاصة بانتقال ملكية العقار او ترتيب الحق العيني كونها تخضع لقانون محل العقار ولكن في مسائل عدم تنفيذ الالتزام بالتسجيل او دفع الثمن والتي تدخل ضمن مفهوم الحقوق الشخصية يجوز الاتفاق على قانون غير القانون موقع العقار) .**

**ثانياً: شروط قانون الارادة(القانون المسند اليه) لايكفي ان تكون العلاقة العقدية ذو صفة دولية وطبيعة مالية وتتعلق بقواعد مفسرة , بل تحتاج الى شروط لابد من توافرها في القانون الذي تم الاسناد الية:**

1. **ان يكون القانون المسند اليه ذو صله بالعقد سواء كان ذلك من خلال جنسية احد اطراف العقد او موطنهم او محل ابرام العقد او تنفيذه او موقع المال , ولكنه يمكن ان يتم اختيار قانون لا يستند الى العقد باي صله من الصلات التي ذكرت في حالة واحدة فقط اذا كان القانون يتصل بوصفه المعني بتنظيم العقد النموذجي .**
2. **ان يكون قانون الارادة غي مخالف للنظام العام والاداب لقانون دولة قاضي النزاع فاذا كان كذلك يتم استبعاده من التطبيق كلياً او جزئياً ومعيار تحديد مدى كون القانون مخالفاً للنظام العام يتم النظر اليه وقت تطبيقه وليس وقت الاتفاق عليه بين الاطراف .**

**اعمال قاعدة الاسناد**

**ان اجراءات اعمال قاعدة الاسناد تكون ابتداءاً بعرض الدعوى على قاضي النزاع هنا القاضي يسند العقد الى قانون الارادة الصريحة اذا وجد اتفاق صريح يقضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن العقد وبخلافه (عدم وجود اتفاق ) على قاضي النزاع البحث عن الارادة الضمنية للاطراف ويتم ذلك من خلال جملة من الوقائع المحيطة للعقد مثالها اللغة التي حرر العقد بموجبها او المحكمة التي حددها الاطراف على الخضوع لولايتها او ابرم فيها العقد او قصد تنفيذه فيها كل هذه ادلة على تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الااردة الضمنية للاطراف .**

* **طرح راي اخر باخضاع العقد الى قانون الدولة الاكثر صلة(الاداء المميز) من قبل الفقه والقضاء الفرنسي والبريطاني لكنه انتقد كونه ينبع عن الوهم والخيال .**

**نطاق تطبيق قاعدة الاسناد**

**ان نطاق تطبيق قانون الارادة تشمل كل ما يتعلق بالحقوق الشخصية واثارها وانتقالها وانتهائها من شروط تكوين العقد واثاره وكذلك اوصاف الارادة ومدى اعتبار السكوت تعبير عن القبول من عدمه ووجود المحل والسبب وواوصاف الالتزام وشروطه وتعدد الملتزمين واسباب انتهاء الالتزام من خلال الوفاء او المقاصة او الابراء**

**عليه يخرج من نطاق تطبيق قانون الارادة ( مسائل الاهلية وكل ما يتصل بها من صحة الارادة وعيوبها فهي تخضع لقانون الجنسية وكذلك مسائل الشكلية التي تخضع لقانون محل الابرام ومشروعية السبب والمحل فهي تخضع لتقدير قاضي النزاع كونها متعلقة بالنظام العام وتعد قواعد ذات تطبيق فوري ومباشر)**

**موقف المشرع العراقي والمقارن**

* **موقف القوانين المقارنة : تذهب الى احترام قانون ارادة الاطراف استناداً الى مبدأ سلطان الااردة واعتماد القانون الذي تم اختياره باتفاق الاطراف صراحة او ضمناً , وفي حال غياب الارادة واالتفاق يصار الى تطبيق قانون بلد التنفيذ (القانون المصري: يذهب الى تطبيق قانون الارداة التي اتفق عليه الاطراف - من ثم قانون الموطن المشترك للاطراف – اذا اختلف يسري قانون الدولة التي ابرم فيها العقد )**
* **موقف المشرع العراقي : (25/1) تطبيق قانون الارادة الصريحة او الضمنية – قانون الموطن المشترك للاطراف- قانون دولة ابرام العقد ) .**

**مسائل الالتزامات غير العقدية**

**وهي الالتزامات التي تنشئ عن علاقة غير عقدية وترتب التزامات وهي على نوعين (الفعل الضار – الفعل النافع)**

* **يقصد بالالتزامات غير العقدية هي الالتزامات التي تنشئ على افعال نافعة وينشئ عنها اثار تسمى الاثراء بدون سبب وعناصره(الاثراء- فعل الاثراء وفعل الافتقار- والعلاقة السببية بينهما) ويخضع الفعل النافع لقانون مكان حصول فعل الاثراء بوصفه الاساس القانوني للالتزام غير العقدي, وهذا الموضوع لايثير اشكالات فيما يخص القانون الواجب التطبيق بخلاف الافعال الضارة هي النوع الثاني من الالتزامات غير العقدية وينشئ عنها اثر يسمى المسؤولية التقصيرية (خطأ – ضرر – علاقة سببية بين الخطأ والضرر) ولابد من بحث تحديد القانون الواجب التطبيق فقد يقع الفعل الضار من اجنبي على وطني او العكس او من اجانب على حدود دولة الوطنية (حوادث السيارات)**
* **نظرية قانون الارادة / هي التي تحكم الفعل الضار وهذا الامر منتقد كون الارادة هنا لا تتحرك لاحداث الفعل الضار (لتحقيق العلاقة غير العقدية) فكيف تساهم في تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم الفعل الضار .**
* **نظرية القانون الشخصي: ويتم اعتماد على قانون الجنسية او الموطن للشخص المضرور او فاعل الضرر حسب اختلاف الاراء , تنتقد هذه النظرية كون مسائل غير العقدية لاتدخل ضمن مسائل الاحوال الشخصية فلا يمكن اخضاعها للقانون الشخصي فهي تقوم على اسس اقليمية تخرج عن نطاق مسائل الاحوال الشخصية .**
* **نظرية قانون قاضي النزاع : بموجب هذه النظرية تخضع الفعل الضار الى قانون قاضي النزاع لانه الاقرب الى حكم النزاع ويتنقد هذا القول كونه يعود بنا الى مبدأ الاقليمية المطلقة.**
* **نظرية قانون العلاقة الاصلية : بموجب هذه النظرية تخضع الفعل الضار الى قانون العلاقة الاصلية التي يرتبط بها الفعل الضار (الاضرار باموال الغير يخضع لقانون موقع المال – الاضرار عند خروج الزوج عن حدود التاديب للزوجة تخضع لقانون الجنسية وقت الزواج – الاضرار الناششئة عن مزدوج الجنسية يطبق قانون جنسية القاضي اذا كان من بين الجنسيات جنسية القاضي ) ينتقد هذا القول كون الفعل الضار قد يتصل باكثر من اثر وعلاقة فيصعب تحديد العلاقة الاصلية.**
* **نظرية القانون المحلي : تقضي هذه النظرية بخضوع الفعل الضار الى قانون محل حدوثه (قانون الدولة التي حدثت فيها الفعل الضار ) وذلك لاعتبار ان الفعل الضار قد شكل خرقاً لقواعد سلوك الافراد في المجتمع , فهو القانون الاكثر صلة والاقدر على تقدير الاضرار ومقدار التعويض .**

**نطاق تطبيق القانون المحلي : يطبق هذا القانون على كل الافعال الضارة التي ترتكب على اقليم الدولة (بري- بحري- جوي) ولا يطبق على االفعال خارج حدوده**

**المسائل التي تدخل ضمن نطاق تطبيق القانون المحلي : وتشمل عناصر المسائل من فعل الضار – الضرر – العلاقة السببية ويمتد ليشمل اهلية فاعل الضرر(لغرض تحديد على من تقع المسؤولية اذا كان بالغ عاقل يتحمل المسؤولية مباشرة واذا كان ناقص الاهلية او صغير يتحمل المسؤولية من ينوب عنه قانوناً ) ويدخل ضمن نطاق تطبيق هذا القانون اسباب المسؤولية كالفعل الشخصي او فعل الغير وكذلك تدخل اسباب دفع المسؤولية (القوة القاهرة – تدخل الغير – الحادث المفاجئ- مدى مساهمه المضرور في احداث الضرر)**

**صعوبات تطبيق القانون المحلي : الصعوبات التي تواجه القاضي تتمثل بتوزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول (ارتكب الخطأ في دولة معينة وامتد ضرر هذا العفل لدولة اخرى)**

**س/ هل يطبق قانون دولة وقوع الفعل الضار او قانون دولة تحقق الضرر؟**

**ج/ الاتجاه الاول : يذهب الى تطبيق قانون ارتكاب الفعل الضار لانه اساس المسؤولية وما تحقق الضرر الا بسبب الفعل الضار .**

**الاتجاه الثاني: يذهب الى القول بتطبيق قانون حدوث الضرر وذلك لان قواعد المسؤولية المدنية لاتهدف الى معاقبة المخطئ انما تعويض المتضرر فان مكان حدوث الضرر هو مكان الذي تختل فيه توازن المصالح .**

**الاتجاه الاخير : يذهب الى منح المتضررين الاختيار بين قانون حدوث الفعل الضار وبين قانون تحقق الضرر وهذا الاتجاه يعتبر اكثر عدالة متمثل بتطبيق القانون الاصلح للمتضرر (التشريعات الاجنبية اخذت بهذا الاتجاه) .**

**موقف التشريعات العربية لم تشير صراحة الى القانون الواجب التطبيق اذا ما كان قانون حدوث الفعل الضار او قانون تحقق الضرر (هذا يعنب ان المشرع قد ترك الاجتهاد للقاضي لتطبيق القانون الاصلح للمتضرر)**

**اما الصعوبات بشكلها الثاني تكون في حدوث الفعل الضار في منطقة لا تخضع لسيادة دولة معينة (تصادم سفينتن في اعالي البحار او طائرتان في الفضاء الجوي) هذه المنطقة لاتخضع لسيادة دولة معينة بل تكون مشتركة بين الدول**

* **الاتجاه الاول يذهب الى اخضاع الفعل الضار الى قانون جنسية السفينة مسببة الضرر .**
* **الاتجاه الثاني يذهب الى اخضاع الفعل الضار لقانون قاضي النزاع.**
* **يرجح الراي الثاني والمشرع العراقي لم يشير صراحة للاخذ باي اتجاه لكنه لايوجد ما يمنع من الاخذ به سيكون للقاضي سلطة تقديرية للبحث عن القانون الاصلح للمضرور .**
* **ان وجود اتفاقيات دولية من شانها ان تنظم حالات تصادم السفن مثالها اتفاقية بروكسيل من شانها ان تحدد القانون الواجب التطبيق .**
* **يشترط لتطبيق قانون محل الفعل الضار ان يكون هذا الفعل غير مشروعاً بموجب قانون الدولة مرتكب الضرر وكذلك بموجب قانون قاضي النزاع الذي ارتكب الفعل الضار على اقليمه , وكذلك يشترط ان لايكون مقدار التعويض وفق قانون محل ارتكابه اكبر من التعويض بموجب قانون قاضي النزاع .**
* **موقف المشرع العراقي : يشترط ان يكون الفعل غير مشروعاً بموجب قانون محل وقوع الفعل والقانون العراقي (اما اذا كان غير مشروع بموجب قانون محل ارتكابه لكنه مشروعا بموجب القانون العراقي فلا يطبق هنا قانون محل الفعل الضار)**

**مسائل الشكل**

**معنى الشكل : هو المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة فالارادة تتحرك نحو احداث اثر قانوني بصيغة فنية مادية او معنوية فالشكل قد يكون (للانعقاد) فهو يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الحق او العقد بوصفه ركن يتوقف وجود الحق او العقد على وجوده , اما الشكل باعتبار (للاثبات) (فيخضع الشكل لقانون محل الابرام من حيث الشكل ومن حيث الموضوع يخضع لقانون الارادة وهذا راي مدرسة الاحوال الايطالية وبالتدريج استقر على خضوع الشكل بوصفه(ركن للاثبات )لقانون محل الابرام :**

**المبررات :**

1. **التسهيل والتيسير على الافراد اجراء التصرفات بشكل صحيح اينما كانوا بخضوع تصرفاتهم من حيث الشكل لقانون محل الابرام تجنباً للارباك الحاصل فيما لو اخضعت لقانون اخر كالجنسية مثلاً**
2. **منح الثقة والائتمان للافراد في قدرتهم على ارادتهم على الارتباط بعلاقات خارج محيط دولتهم لسهولة احاطتهم علماً بالشكل المطلوب في قانون محل الابرام اكثر من اي قانون اخر.**

**نطاق تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل :**

1. **الاشكال المتممة للاهلية (متعلقة بمباشرة التصرفات كالحصول على اذن من المحكمة لممارسة التجارة)**
2. **اجراءات العلانية : صيغ فنية متعلقة باشهار التصرفات المتعلقة بالاموال فهنا تخضع لقانون موقع المال المتعلقة به علانية التصرفات لحماية الغير الذي يتعامل مع مالك المال (اجراءات تسجيل التصرفلات التي ترد على عقار في الدائرة المختصة)**
3. **الاجراءات القضائية : تخضع لقانون المحكمة المقان امامها الدعوى المتعلقة بها تلك الاجراءات (اجراءات المرافعة – التنفيذ – بعض مسالئ الاثبات)**

**موقف المشرع العراقي والمقارن**

**القوانين المقارنة: اخضعت الشكل قانون محل الابرام واخضعت شكل التصرفات لاحد القوانين الاتية( قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين – قانون الذي يحكم الموضوع – قانون محل الابرام) جعلت قاعدة الاسناد هنا اختيارية وليست اجبارية :مصر –ليبيا- اردن.**

**موقف المشرع العراقي : حصر خضوع شكل التصرفات لقانون محل الابرام (26) (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) وجعل المشرع العراقي اثبات التصرفات التي ترد على العقارات تخضع لقانون الذي يحكم شكلها لوجود صلة بين الشكل والاثبات اعتمد المشرع العراقي هذا الامر (13/1) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل**