



Journal of

# STEPS

for Humanities and Social Sciences

Volume 1 | Issue 3

Article 15

## The Role of Nationality in Determining the Applicable Law in the Absence Law of Will (Comparative study)

Suha Khalaf Abed

Tikrit University, Iraq, suha.khalaf.abed@gmail.com

Mohammed Subhi Khalaf Al-Juboary

Tikrit University, Iraq

Follow this and additional works at: <https://www.steps-journal.com/jshss>



Part of the Arts and Humanities Commons, Business Commons, Education Commons, Law Commons, and the Political Science Commons



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative Works 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

### Recommended Citation

Abed, Suha Khalaf and Al-Juboary, Mohammed Subhi Khalaf (2022) "The Role of Nationality in Determining the Applicable Law in the Absence Law of Will (Comparative study)," *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*: Vol. 1 : Iss. 3 , Article 15.

Available at: <https://doi.org/10.55384/2790-4237.1077>

This Original Study is brought to you for free and open access by Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS). It has been accepted for inclusion in Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences by an authorized editor of Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS).

## دور الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب التحديد الارادي (دراسة مقارنة)

م.م سها خلف عبد

أ.م.د محمد صبحي خلف

تاريخ القبول: 2022/08/12

تاريخ الاستلام: 2022/04/21

### المستخلص

ان تمتع الشخص بجنسية دولة معينة هو معيار التفرقة بين الوطني والاجنبي وبالتالي يتحدد حقوق وواجبات الافراد ومدى خضوعهم لقانون الدولة من عدمه، فالجنسية من ضوابط الاسناد التي يستدل بها القاضي على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في كثير من الدول. وفي ظل غياب قانون الارادة اختلفت بعض الاراء الفقهية حول الاخذ بهذا الضابط، كما نجد ان بعض التشريعات المقارنة قد اعتدت بضابط الجنسية المشتركة ولكنها اختلفت في ترتيبها ومدى منحها الاولوية عن باقي الضوابط. ونظرا لاهمية الجنسية كضابط اسناد وجب التطرق لموقف الفقه والتشريعات من الاخذ بضابط الجنسية كضابط اسناد احتياطي على العقد الدولي في ظل غياب قانون الارادة عليه سنقسم هذا البحث الى مطلبين نبحت في المطلب الاول الموقف الفقهي ونبين في المطلب الثاني الموقف التشريعي.

**الكلمات المفتاحية:** ارادة. جنسية. القانون الدولي الخاص. قانون الارادة.

\* طالبة دراسات عليا، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق.

[suha.khalaf.abed@gmail.com](mailto:suha.khalaf.abed@gmail.com)

2790-4237/© 2022 Golden STEPS Ltd. This is an open access article under the CC-BY-NC-ND license.

(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>)

## **The Role of Nationality in Determining the Applicable Law in the Absence Law of Will (Comparative study)**

**Suha Khalaf Abed**, *College of Rights, Tikrit University, Iraq*

**Mohammed Subhi Khalaf Al-Juboary**, *College of Rights, Tikrit University, Iraq*

---

Received: 21/04/2022

Accepted: 12/08/2022

---

### **Abstract**

A person's enjoyment of the nationality of a particular state is the criterion for distinguishing between a national and a foreigner, and thus determines the rights and duties of individuals and the extent to which they are subject to the law of the state or not. In the absence of a law of will, some jurisprudential opinions differed about the introduction of this officer, as we find that some comparative legislation has abused the officer of joint citizenship, but differed in its arrangement and the extent to which it was given priority over the rest of the controls. In view of the importance of nationality as a support officer, it is necessary to address the position of jurisprudence and legislation regarding the introduction of the nationality officer. As a backup officer on the international contract in the absence of the law of will. Accordingly, we will divide this research into two demands. We will discuss in the first requirement the legal position, and we will show in the second requirement the legislative position.

**Keyword:** Will. Nationality. Private International Law. Law of will

## المقدمة

ان معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تكاد تتفق على تطبيق قانون الارادة على العقد الدولي في جانبه الموضوعي اي القانون الذي يختاره الاطراف صراحة او ضمنا . الا انه في كثير من الحالات قد لا يختار الاطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم وبالتالي لا بد من اللجوء الى ضوابط اسناد احتياطية لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ومن هذه الضوابط التي تم اللجوء اليها هو ضابط الجنسية المشتركة للطرفين وهذه الامر اثار خلافا فقهييا وتشريعييا، حيث اخذت بعض التشريعات بتركيز العلاقة التعاقدية بإسنادها الى قانون الجنسية باعتباره القانون الاكثر صلة وارتباطا بها والبعض الاخر لم يعتمد ، ويطلق على هذا بالتركيز التشريعي وذلك لقيام المشرع بنفسه بعملية الاسناد المسبق وافترض ان مركز ثقل العلاقة يكون في تطبيق قانون الجنسية المشتركة للطرفين كونه يحترم توقعات الاطراف ويوفر الامان القانوني لهم من خلال معرفتهم المسبقة بقانون العقد .

## اهمية البحث

تأتي اهمية هذه الدراسة من خلال البحث عن حلول بديلة في الحالات التي لا يقوم فيها الاطراف باختيار القانون الذي يحكم عقدهم وذلك بإيجاد ضوابط اسناد احتياطية يتم اللجوء اليها لاختيار القانون الواجب التطبيق في حال غياب الارادة ومنها قانون الجنسية المشتركة محل البحث ، وذلك لما يتمتع العقد الدولي من أهمية متزايدة كونه يتعلق بتنمية مصادر التجارة والتعاون بين الدول .

## هدف البحث

يكمن هدف البحث في بيان مدى اهمية ضابط الجنسية المشتركة للاطراف ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الاطراف عن تحديد ذلك القانون وذلك لغرض التيسير على المتعاقدين بما يحقق مصالحهم ويصون حقوقهم .

## مشكلة الدراسة

ان غياب اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الاسناد المتبعة في هذا المجال ، حيث سيطبق القاضي المعروض عليه النزاع مايعرف بقواعد الإسناد الإحتياطي التي وضعها المشرع لتطبق في مثل هذه الحالات ومن ضمنها ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، ولذا ومن خلال هذه الدراسة سنحاول الاجابة على التساؤلات محددة ومنها

1. هل يصلح هذا الضابط بإضفاء الصفة الدولية على العقد ؟
2. ما هو موقف الفقه من اللجوء الى ضابط الجنسية عند غياب قانون الارادة وهل سيؤدي الاخذ به الى تحقيق مصالح الاطراف ويلئم التطورات الحديثة في مجال العقود الدولية ؟
3. ما هو موقف التشريعات العربية والاجنبية من الاخذ بهذا الضابط ؟

## منهجية الدراسة

نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمقارن من خلال تحليل الآراء الفقهية التي تصدت لهذا الموضوع والوقوف على النصوص التشريعية في بعض القوانين العربية والاجنبية ومقارنتها بموقف القانون العراقي للوصول الى الحل الامثل من خلال بيان موقفها من تطبيق قانون الجنسية وفيما اذا كان يحقق العدالة ويراعي توقعات الافراد المشروعة في حال غياب قانون الارادة . ونحاول الابتعاد عن الدخول في المفاهيم العامة لموضوع الجنسية ، سواء بالتعريف او الاركان او كيفية الحصول عليها، اذ ان ما يهمنا هو تسليط الضوء على الموقف الفقهي الداعم او الرافض لتطبيق قانون الجنسية و الاتجاه التشريعي في تفضيل الاخذ بهذا الضابط من عدمه.

## هيكلية الدراسة

نقسم هذا البحث الى مطلبين نبحث في المطلب الاول الموقف الفقهي من تطبيق ضابط الجنسية ونخصص المطلب الثاني للموقف التشريعي ونختم البحث بأهم ما توصلنا من نتائج وتوصيات ونحاول الابتعاد عن الدخول في المفاهيم العامة لموضوع الجنسية ، على اعتبار انها مفاهيم معروفة والدخول فيها لا يحقق الهدف الاساس في بيان دورها الفقهي والتشريعي.

## المطلب الاول

### الموقف الفقهي من تطبيق قانون الجنسية المشتركة

تحتل الجنسية مكانة بالغة الأهمية في الحياة اليومية للفرد والدولة على حد سواء باعتبارها أداة لتوزيع الأفراد دولياً وتنظيم سيادة الدولة على أفرادها " (حافظ, ممدوح عبد الكريم;، 1977، صفحة 32 وما بعدها).

وتعد الدولة صاحبة الاختصاص المانع فيما يخص الجنسية" (Clavel, 2018, p. 363) وهذا ما أقرته بعض الاتفاقيات منها اتفاقية لاهاي لسنة 1930 حيث تنص المادة الأولى "على ان لكل دولة ان تحدد من هم وطنيها بتشريع خاص".

الجنسية لها أهميتها الحيوية المزدوجة سواء بالنسبة للفرد أو الدولة فهي تعد من أهم المسائل التي تحظى باهتمام المجتمع الدولي المعاصر ويمكن القول بان أهمية الجنسية تظهر في مسألة تنازع القوانين لا سيما عندما تكون الجنسية ضابط اسناد المعتمد في بعض مسائل تنازع القوانين كونها تحدد القانون الواجب التطبيق وبالتالي الحل النهائي للنزاع وخاصة في حالة عدم وجود واضح لاختيار الإرادة .

وان لدور الجنسية عند غياب القانون المختار من قبل اطراف العقد تظهر أهمية الجنسية المشتركة للطرفين باعتبارها ضابط اسناد احتياطي باعتبار ان الافراد عادة ما يكونوا على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل ويفترض فيهم ذلك وبالتالي لا يمكن مفاجئتهم بتطبيق قانون اجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع كما اكدت تطبيق قانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة في حال غياب قانون الإرادة. واكد ذلك قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في عام 1937 والذي قضت فيه بان "القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها " (المجاهد, طارق عبد الله عيسى;، 2001، صفحة 138). كما ان الجنسية المشتركة للمتعاقدين تعد مؤشرا قويا لتطبيق القانون الوطني، فأخضاع العقد الدولي لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حال غياب قانون الإرادة ما هو الا تطبيق للنزعة الوطنية المتطرفة بحيث لا يمكن تطبيق اي قانون اخر الا عند انتفاء اشتراك جنسية الاطراف (عشوش, احمد عبد الحميد، 1990، صفحة 129) .

ويثار التساؤل بهذا الصدد حول امكانية الاعتداد بالجنسية المشتركة للمتعاقدين بذاتها لاضفاء صفة الدولية على العقد ومن ثم يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق ،فمن المعلوم ان مشكلة تنازع القوانين لا تظهر الا في إطار دولي ، اي يجب ان تمتد العلاقة القانونية الى دولة اخرى او عدة دول بأحد عناصرها على الاقل، ويعد ذلك شرطا اساسيا للبحث في مسألة التنازع وتحديد القانون واجب التطبيق.

وللاجابة على هذا التساؤل ينبغي التطرق الى معايير دولية العقد وفيما اذا كانت الجنسية لها دورا في اضافة صفة الدولية على العقد وفق هذه المعايير، ليتضح بعدها فيما اذا كانت تصلح كضابط للاسناد يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من عدمه. ويمكن استعراض تلك المعايير وبشكل موجز وعلى النحو الاتي :-

## اولا :-المعيار القانوني

وفقا لهذا المعيار يعد تحديد ما اذا كان العقد دوليا ام لا على اساس اتصال هذا العقد بأحد عناصره في الاقل بأكثر من نظام قانوني، بمعنى اخر يعتبر العقد دوليا متى ما تطرقت الصفة الاجنبية الى اي عنصر من عناصر العقد المتمثلة بجنسية اطراف العقد او محل ابرام العقد او مكان تنفيذه او موطن المتعاقدين ..الخ " (الجواد , محمد صبحي، 2022، صفحة 150).

وعليه يمكن القول بان العقد الذي لم يخرج عن اطار نظام قانوني واحد لدولة ما فإنه يعد عقدا وطنيا وبالتالي يخضع لقانون تلك الدولة التي ينتمي اليها ذلك النظام (منصور, سامي بديع، 1994، صفحة 530).

وبذلك فان قواعد القانون الدولي الخاص يمكن اعمالها لمجرد أن الرابطة العقدية ذات عنصر أجنبي، حتى ولو كان هذا العنصر غير مؤثر، أي حتى ولو كان غير متعلق بمصالح العقد الدولي. الامر الذي ادى الى حدوث خلاف بين انصار المعيار القانوني في مدى فاعلية او ثقل العنصر الاجنبي في العقد ومدى امكانية هذا العنصر في اضافة الصفة الدولية للعقد والذي بدوره له القدرة على تحريك قواعد القانون الدولي الخاص و لما كان الامر على هذا النحو ثار التساؤل حول ماهية العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في العقد، وفي هذا الصدد يتجه الفقه إلى أن الجنسية لا تعتبر عنصرا مؤثرا في العقود الدولية، فلا يكفي أن يكون أطراف العقد أو أحدهما من جنسية أجنبية لإضافة الصفة الدولية، و على عكس ذلك يعتبر مكان تنفيذ العقد، واختلاف موطن المتعاقدين من العناصر المؤثرة في منح الصفة الدولية على الرابطة التعاقدية (صادق , هشام علي، 2014، صفحة 64)

وقد اخذت بهذا المعيار بعض الاتفاقيات الدولية التي اعتمدت في تحديدها ما اذا كان العقد دوليا ام لا على المعيار القانوني لتحديد دولية العقد ومنها اتفاقية فيينا لسنة 1980 حيث تنص المادة الاولى على الاتي:- "تطبق هذه الاتفاقية على عقود البيع المبرمة بين اطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفة:-

أ- عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة.

ب- عندما تشير قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

ج - لا يعتد بوجود اماكن عمل الاطراف في دول مختلفة اذا لم يتبين ذلك من نصوص العقد او من اي معاملات سابقة بين الاطراف او المعلومات التي ادلى بها الاطراف قبل او اثناء العقد.

د- لا تؤخذ بالاعتبار جنسية الاطراف او الصفة المدنية او التجارية لأطراف العقد.

وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1986 والخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع حيث نجدها اعتمدت على المعيار القانوني في تحديد دولية العقد وذلك في المادة الاولى منها حيث تنص المادة الاولى من منها على الاتي:- "تحدد الاتفاقية الحالية القانون واجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع كالاتي:- ب - في الحالات الاخرى التي يوجد فيها تنازع للقوانين بين دول مختلفة مالم يكن هذا التنازع ناتج فقط عن اختيار الاطراف للقانون واجب التطبيق"، ألا ان هذه الاتفاقية امتازت بانها اخذت الى جانب هذا المعيار بالمعيار

الاقتصادي ايضا حيث تضمنت نفس المادة المشار اليها ما يدل على اعتبار العقد دوليا عندما يكون للأطراف مؤسسات في دول مختلفة اي اذا ما اتصل العقد باقتصاد اكثر من دولة وهذا هو المعيار الاقتصادي حيث نصت في المادة الاولى /أ منها على :-" عندما يكون للأطراف مؤسسات في دول مختلفة".

### ثانيا:- المعيار الاقتصادي

بموجب هذا المعيار الذي يعد من المعايير الجديدة والتي من خلالها يمكن تحديد دولية العقد من خلال عمليات المد والجزر التي بتطلبها العقد وتبادل القيم بين الدول او اذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية " (ياقوت , محمود محمد، 2004، صفحة 52) حيث لا يمكن اضعاف صفة الدولية على العقد بالرجوع على عناصره فهو لا يعتد مثلا بالجنسية او محل الابرام او مكان التنفيذ وانما يعتد بالعلاقات القانونية التي تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني او بانتقال السلع او الخدمات او الاموال عبر الحدود " (المصري; محمد وليد، 2002، صفحة 176)، فمثلا عقد البيع يكون دوليا إذا ما تم نقل البضائع من بلد البائع الى بلد المشتري وانتقال ثمن البضائع من بلد المشتري الى بلد البائع، وعليه فان العقد يفقد الصفة الدولية اذا ما اقتصر او تم ضمن حدود دولة واحدة" (حوته , عادل ابو هشيمة محمود، 2005، صفحة 48) وبعبارة اخرى يعد العقد عقدا داخليا طالما كان واقعا او مرتبطا بالاقتصاد الوطني لدولة واحدة حتى وان تضمن عنصرا اجنبيا " (سلامة , احمد عبد الكريم، 1985، صفحة 1089)

وبالتالي فان الجنسية وفقا لهذا المعيار لا تعد عنصرا مؤثرا في اكتساب العقد صفة الدولية، وعليه لا يمكن اعتمادها كضابط للإسناد وفقا لهذا المعيار الا اذا تعدى العقد حدود اقتصاد الدولة الواحدة" (الجواد, محمد صبحي خلف، صفحة 176).

### ثالثا:- المعيار المزدوج

نظرا للاختلاف الحاصل في تحديد المقصود بالعقد الدولي، نظرا لان العقد قد يكتسب صفته الدولية طبقا للمعيار القانوني دون ان يتحقق المعيار الاقتصادي فقد يتم ابرام عقد بين اطراف من جنسيات مختلفة، وبذلك يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني ومع ذلك فإنه لا يتعدى حدود اقتصاد دولة واحدة فيكون بذلك دوليا فقط من وجهة نظر المعيار القانوني دون المعيار الاقتصادي. وهذا يدل على ان المعيار القانوني يعد اعم واشمل من المعيار الاقتصادي " (سلامة , احمد عبد الكريم، 1985، صفحة 1090) ويبدو ان هذا الامر ادى الى الاخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي في أن واحد وهو ما تبناه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد في مرحلة انتقالية حاول فيها الجمع بين المعيارين وصولا للإقرار بتكاملهما لاكتساب العقد عموما الصفة الدولية" (المصري ، 2002، صفحة 178).

وبناء عليه يبدو الاخذ بالمعيار المزدوج هو الافضل حيث لا يمكن اعتبار عقدا ما دوليا الا إذا استوفي الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معا، كأن يكون متصل بأكثر من نظام قانوني ويكون محققا لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت، وهذا هو الامر الذي يؤكد أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية للطابع الدولي وفق للمعيار القانوني والعكس غير صحيح. وبخصوص الجنسية فإنه بالرغم من اهميتها، الا انه لا يمكن الاعتماد عليها وحدها كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على



العقد الدولي لان العقد المبرم بين متعاقدين يتمتعان بجنسية دولة واحدة ليس له طابع دولي وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية حيث اشارت الى مسألة تنازع القوانين لا تثار بشأن متعاقدين يحملون جنسية مشتركة كون الاخيرة ليس لها طابع دولي

" (batiffol; , et lagarde, 1983, p. 296)، ذلك أن الوضع الغالب في هذه العقود هو اختلاف الجنسية بالنسبة للمتعاقدين، حيث أن قاعدة التنازع لا يمكن إعمالها إلا في حالة امتداد العقد عبر الحدود ليصبح العقد دولياً (صادق , هشام علي، صفحة 64).

مما تقدم يبدو ان الجنسية بصورة عامة لا تعد عنصراً مؤثراً في منح العقد صفة الدولية فهي لا تصلح لوحدها كأساس لإضفاء الطابع الدولي على عقود التجارة الدولية وعقود المعاملات المالية بشكل عام. وعليه فاذا كانت الجنسية تؤدي دور فعال في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية. الا ان دورها يكون غير مؤثر في مجال العقود التجارية الدولية وبالاخص العقود الالكترونية، وذلك لضعف الرابطة الفعلية والوثيقة بين القانون الواجب التطبيق وبين تلك العقود. فضلاً عن ان الاعتراف بجنسية المتعاقدين يتطلب التأكد من جنسية الاطراف ومعرفة اماكن تواجدهم بالتحديد لحظة انعقاد العقد، وهو ما يصعب التأكد منه في نطاق العقود الالكترونية (دير , مسعودة، 2016، صفحة 44).

واخيراً قد يحدث بصدور موضوع تحديد الجنسية المشتركة انه قد يدعي احد اطراف العقد امام قاضي النزاع بانه له اكثر من جنسية، ففي هذه الحالة يثار التساؤل عن حل هذه المسألة. وللإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا التطرق الى النظريات التي قيلت بهذا الصدد وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة وعلى النحو الآتي :-

#### اولاً :- النظرية التقليدية في تحديد الجنسية

تستند هذه النظرية لحل مشكلة تنازع الجنسيات إلى قواعد قطعية محددة مسبقاً استقر عليها الرأي الراجح في الفقه " (حداد، حفيظة السيد، 2007، صفحة 68 وما بعدها) في بعض الفرضيات منها إعمال جنسية قاضي النزاع عندما تكون من نفس جنسيات الأطراف المتنازعة فالمبدأ السائد هو ان محكمة اي دولة اذا ما نظرت في مسألة كون احد الاشخاص من وطنيها ام لا يجب ان تحل وفق القانون الوطني لدولة القاضي " (وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي , حيث اشارت الفقرة الثانية من المادة (33) على ( ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول , فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه ).

اما اذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات المتعددة فانه يمكن إعمال الجنسية الفعلية وهي الجنسية الحقيقية للشخص ويمكن التوصل اليها عن طريق الوقائع التي يترك تقديرها لقاضي النزاع" (عبد العال , عكاشة محمد، 2006، صفحة 210).

#### ثانياً :- النظرية الحديثة في تحديد الجنسية

لا تستند هذه النظرية إلى قواعد محددة مسبقاً كما في النظرية التقليدية ، فليس هناك ترجيح لجنسية قاضي النزاع أو لجنسية فعلية، فالقاضي هنا لا يكون ملزماً بحل عام ، بل عليه النظر إلى المسألة المعروضة امامه على أنها مسألة أولية تابعة لمسألة أصلية تنشور من خلالها، و يكون من المناسب حلها- وهو ما نؤيده -وفقاً لطبيعة المسألة الأصلية وهدفها والغاية منها

وذلك بإعمال الروح الجوهرية والعميقة لقاعدة التنازع من ضمن النظرة الوظيفية للمسألة وبما يحقق مصلحة المتعاقدين ويلئم توقعاتهم المشروعة " (غضوب , جميل عبدة، 2008، صفحة 370)

## المطلب الثاني

### موقف التشريعات القانونية من تطبيق قانون الجنسية المشتركة

اختلفت معظم التشريعات حول موقع الافضلية لقانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة فبعض التشريعات الوطنية اعتمدت معيار الجنسية المشتركة للأطراف كضابط احتياطي يتم اللجوء اليه عند غياب قانون الارادة لكنهم اختلفوا في ترتيبه ومدى منحه الاولوية عن باقي الضوابط" (امين, مناصف، 2019، صفحة 42). ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (18) من القانون المدني الجزائري لسنة 1975 على "في حالة عدم اختيار الاطراف لقانون يحكم عقدهم فانه يطبق قانون موطنهم المشترك او جنسيتهم المشتركة ... "

يلاحظ على هذه المادة ان المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة للأطراف ضابط اسناد احتياطي يتم اللجوء اليها في حال غياب قانون الارادة مخالفا بذلك نهج بعض التشريعات العربية التي لم تأخذ بهذا الضابط في حال غياب قانون الارادة. ومن التشريعات الاجنبية التي اخذت بهذا الضابط القانون المدني الايطالي الصادر في 4 ابريل لسنة 1942 اشار في المادة (25) منه الى ان "في حال غياب اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فان الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للطرفين اذا اتحدا جنسية اما اذا اختلفا جنسية فان هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل ابرام العقد" Article 25 "in the absence of the choice of the parties For the law applicable to their covenants, the obligations arising from these covenants are governed by the law of the joint nationality of the two parties if they have united nationality, but if they differ in nationality, these obligations are governed by the law of the country where the ,contract was concluded"

( وكذلك الامر بالنسبة للقانون المدني الاسباني لسنة 1974 حيث تنص المادة (5/11) منه على انه " تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الارادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ان اتحدا في الجنسية ، وعند تخلفها فللقانون محل اقامتهما العادية المشتركة والافلقانون محل ابرام التصرف " ( Article 11/5 the contractual obligations in the event that the law of the express will fails to comply with the law of the joint nationality of the contracting parties if they are united in nationality, and in the event of their failure, the law of the place of their common residence, otherwise it is the law of the place of concluding the disposition"

اما بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يعتد بالجنسية المشتركة للأطراف كضابط اسناد احتياطي وكذلك الامر بالنسبة للقوانين المقارنة كالقانون المدني الاردني والمصري والتونسي والسويسري" (اخذ القانون السويسري والتونسي بالإسناد المرن وذلك بتطبيق القانون الاكثر صلة بالعقد حيث منحت سلطة تقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لظروف

كل حالة على حدة . حيث تنص المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 " على "1. في غياب اختيار القانون يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً " يقابلها نص المادة (62) في القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998. حيث تنص على "...إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد او مقر مؤسسته اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري ".)

وينطبق الامر ايضا على اتفاقية روما لسنة 1980 فهي بدورها لم تعتد بضابط الجنسية كمعيار يمكن الاخذ به لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي ،حيث جاءت المادة (4) منها تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الاختيار ولم تشر الى اعتمادها على هذا الضابط او اي ضابط اخر محدد وفق منهج الاسناد الجامد" (Article 4 - Applicable law in the event of failure to choose

"1. To the extent that the law applicable to the contract is not chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is closely related. However, the severable part of the contract which is more closely related to another state may by exception be subject to the law of that other state". لاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية منشورة على الموقع الاتي

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

وعليه يتبين ان الجنسية المشتركة للأطراف تجد مكانة لها في بعض الدول حيث تمنحها الاولوية عن بقية الضوابط او تجعلها ضمن الضوابط الاحتياطية على سبيل التدرج ، ومن ناحية اخرى نجد ان هناك دول اخرى تستبعد اعتمادها في تشريعاتها كضابط اسناد يتم اللجوء اليه في حال غياب قانون الارادة .

وبناء على ما تقدم يتضح انه في ظل غياب قانون الارادة يصعب اعتماد جنسية المتعاقدين وحدها لتحديد القانون الواجب التطبيق وانما لا بد من تعزيزها بضابط اخر لتقوية الصلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق على نحو يحقق العدل والامان المنشود من قبل الأطراف .وحسنا فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على الاخذ بهذا الضابط نظرا للانتقادات الموجهة اليها .

بالإضافة الى ذلك فان ضوابط الإسناد الاحتياطية المحددة مسبقا من قبل المشرع ومن ضمنها ضابط الجنسية غير كافية لتوفير القدر اللازم من الحماية التي يحتاجها الطرف الضعيف فهذه الضوابط تطبق على كل العقود عند غياب قانون الارادة ودون مراعاة لطبيعة ونوع كل عقد:

عليه نقترح على المشرع العراقي الاخذ بالمنهج الذي اعتمده المشرع السويسري والالمانى والتونسي والاخذ بالمنهج المرن وترك سلطة تقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك باختيار القانون الاوثق صلة بالعقد والذي يحقق العدالة ويحمي التوقعات المشروعة للأطراف .ويكون النص كالآتي :

" في حال غياب اختيار القانون الواجب التطبيق يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً"

## الخاتمة

بعد ان انتهينا من موضوع بحثنا الموسوم ب(دور الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب التحديد الارادي -دراسة مقارنة ) توصلنا الى اهم النتائج والتوصيات الاتية :

### اولا :النتائج

1. تعد الجنسية ضابط اسناد احتياطي محدد مسبقا من قبل المشرع في حال غياب قانون الارادة باعتبار ان الافراد عادة ما يكونوا على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل ويفترض فيهم ذلك ،وبالتالي فانه لا يمكن مفاجئتهم بتطبيق قانون اجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع.
2. ان الجنسية المشتركة للأطراف تجد مكانة لها في بعض الدول حيث تمنحها الاولوية عن بقية الضوابط او تجعلها ضمن الضوابط الاحتياطية على سبيل التدرج كما في القانون الجزائري والايطالي والاسباني ، ومن ناحية اخرى نجد ان هناك دول اخرى تستبعد اعتمادها في تشريعاتها كضابط اسناد يتم اللجوء اليه في حال غياب قانون الارادة كما في القانون العراقي وحسنا فعل المشرع العراقي بعدم اعتداده بهذا الضابط كانت الجنسية تؤدي دور فعال في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية .الا ان دورها يكون غير مؤثر في مجال العقود التجارة الدولية وبالأخص العقود الالكترونية ،وذلك لضعف الرابطة الفعلية والوثيقة بين القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة وبين العقد.
3. يصعب اعتماد جنسية المتعاقدين وحدها لتحديد القانون الواجب التطبيق وانما لا بد من تعزيزها بضابط اخر لتقوية الصلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق على نحو يحقق العدل والامان المنشود من قبل الاطراف .وحسنا فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على الاخذ بهذا الضابط نظرا للانتقادات الموجهة اليها.
4. ان الجنسية بصورة عامة لا تعد عنصرا مؤثرا في منح العقد صفة الدولية فهي لا تصلح في ذاتها كأساس لإضفاء الطابع الدولي على عقود التجارة الدولية وعقود المعاملات المالية بشكل عام، كون العقد المبرم بين متعاقدين يتمتعان بجنسية دولة واحدة ليس له طابع دولي.

## ثانياً :-التوصيات

1. نقترح على المشرع العراقي الاخذ بمنهج الاسناد المرن واعطاء سلطة تقديرية للقاضي باختيار القانون المناسب والذي يرتبط بالعقد بصلة وثيقة وعلى نحو يحقق العدالة والامان المنشود من قبل الاطراف ويكون النص كلاتي "في حال غياب اختيار القانون الواجب التطبيق يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً "
2. نقترح عدم الاعتراف بالجنسية المشتركة للأطراف في مجال العقود الدولية وذلك لضعف الرابطة الفعلية والوثيقة بين القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة وبين العقد. كما ان الاعتراف بجنسية المتعاقدين يتطلب التأكد من جنسية الاطراف وتحديد اماكن تواجدهم لحظة ابرام العقد، وهو امر يصعب التأكد منه في مجال تلك العقود واعتماد هذا الامر كمبدأ عام من مبادئ القانون الدولي الخاص يمكن النص عليه في الاتفاقيات التي تعقد مستقبلاً بهذا المجال واقتصار الاخذ بها في مسائل الاحوال الشخصية كون لها دور مؤثر في هذه المسائل .

## المصادر

1. batiffol; , et lagarde. (1983). *droit international prive*. PARIS.
2. Clavel, S. (2018). *Droit international privé-*. paris: DALLOZ.
3. الجواد , محمد صبحي. (2022). *توظيف قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك* . بغداد : مكتبة القانون المقارن .
4. الجواد, محمد صبحي خلف. (بلا تاريخ). *المصدر السابق*.
5. المجاهد, طارق عبد الله عيسى;. (2001). *تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية* . اطروحة دكتوراه . جامعة بغداد.
6. المصري; محمد وليد. (2002). *الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص*. الاردن: مكتبة الجامعة.
7. امين, مناصف. (2019). *تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية* . رسالة ماجستير . الجزائر: جامعة محمد الشريف مساعديه.
8. حافظ , ممدوح عبد الكريم ;. (1977). *القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن*. بغداد: دار الحرية.
9. حداد, حفیظة السيد. (2007). *مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب*. الاسكندرية .
10. حوته , عادل ابو هشيمة محمود. (2005). *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*. مصر: دار النهضة العربية.
11. دير , مسعودة. (2016). *القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية* . رسالة ماجستير . الجزائر : جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي.
12. سلامة , احمد عبد الكريم. (1985). *علم قاعدة التنازع* . المنصورة: مكتبة الجلاء الجديدة.
13. سلامة , احمد عبد الكريم. (1985). *علم قاعدة التنازع* .
14. صادق , هشام علي. (2014). *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية* . الاسكندرية: دار الفكر الجامعي .
15. صادق , هشام علي. (بلا تاريخ). *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية* .
16. عبد العال , عكاشة محمد. (2006). *الجنسية اللبنانية*. بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للتوزيع والنشر.

17. عشعوش, احمد عبد الحميد. (1990). *النظام القانوني لعقد القرض الدولي*. الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.
18. غضوب , جميل عبدة. (2008). *دروس في القانون الدولي الخاص*. بيروت: مؤسسة مجد الجامعية.
19. محمد وليد المصري . (2002). *الوجيز في القانون الدولي الخاص*. الاردن .
20. منصور, سامي بديع. (1994). *الوسيط في القانون الدولي الخاص*. بيروت: دار العلوم العربية .
21. ياقوت , محمود محمد. (2004). *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد*. الاسكندرية : منشأة المعارف.