الرقم الدولي: ISSN 2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية

محكمة تصدر

عن كلية القانون

بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- حالات تجهيل الرهن الحيازي – دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي
- معايير منح الائتمان المصرفي دراسة مقارنة
- التنظيم القانوني للرقابة على التكنولوجيا المالية
- الجهة المختصة برعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة (دراسة مقارنة)

- أ.د. ميري كاظم عبيد
- مريم مالك زباله
- الاستاذ المتمرس الدكتور/ ابراهيم اسماعيل ابراهيم
- م.د. فرقد زهير خليل
- ا.د.سعد خضير عباس الرهيمي
- ا.د اسماعيل صعصاع غيدان
- زينب حسين منصور

السنة الرابعة عشر

العدد الثاني

٢٠٢٢

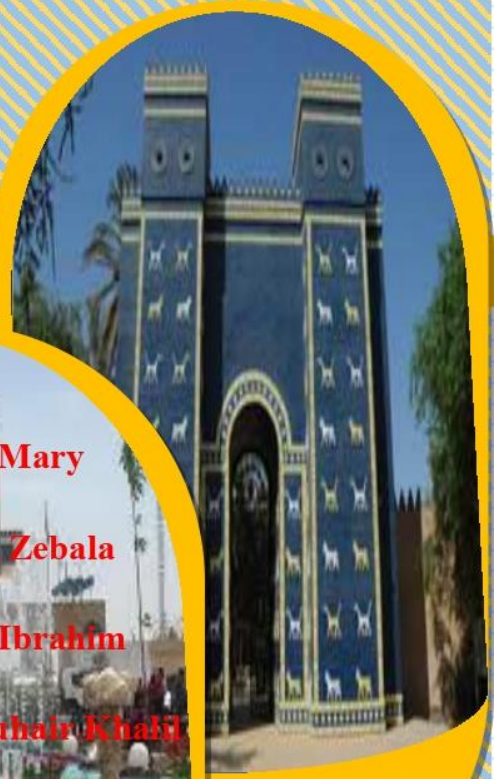
رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN :2075-7220

ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

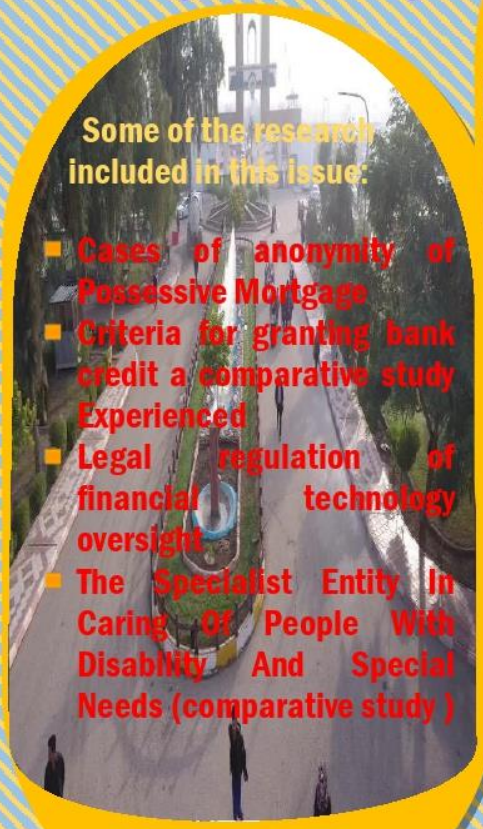
For Legal and political science



Quarterly Refereed and Scientific Journal

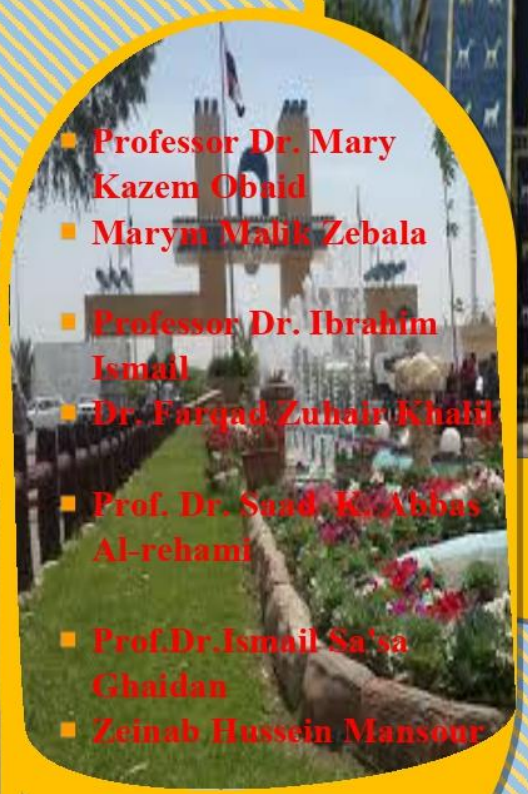
Issued By

College of Law in Babylon University



Some of the research included in this issue:

- Cases of anonymity of Possessive Mortgage
- Criteria for granting bank credit a comparative study Experienced
- Legal regulation of financial technology oversight
- The Specialist Entity In Caring Of People With Disability And Special Needs (comparative study)



- Professor Dr. Mary Kazem Obaid
- Marym Malik Zebala
- Professor Dr. Ibrahim Ismail
- Dr. Farqad Zuhair Khalil
- Prof. Dr. Suad K.Abbas Al-rehami
- Prof.Dr.Ismail Sa'sa Ghaidan
- Zeinab Hussein Mansour

Second Issue 2022 fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office-office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	حالات تجهيل الرهن الحيازي –دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي	أ.د. ميري كاظم عبيد مريم مالك زباله	٩-٣٥
٢	معايير منح الائتمان المصرفي دراسة مقارنة	ا.د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د فرقد زهير خليل	٣٦-٩٤
٣	التنظيم القانوني للرقابة على التكنولوجيا المالية	ا.د.سعد خضير عباس الرهيمي	٩٥-١٢٢
٤	الجهة المختصة برعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة (دراسة مقارنة)	ا.د اسماعيل صعصاع غيدان زينب حسين منصور	١٢٣-١٥٤
٥	توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة (دراسة مقارنة)	أ.د. منصور حاتم محسن ليث عباس منصور	١٥٥-١٨٧
٦	ابرام عقد الزواج بالوسائل المعلوماتية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الاحوال الشخصية)	أ.د سلام عبد الزهرة الفتلاوي أ.م انغام محمود الخفاجي	١٨٨-٢٢٨
٧	الاشكاليات القانونية بشأن اثبات مسائل الاحوال الشخصية باستخدام الوسائل المعلوماتية	أ.د سلام عبد الزهرة الفتلاوي أ.م انغام محمود الخفاجي	٢٢٩-٢٤٧
٨	دور مجلس الأمن في مكافحة الإرهاب وفق قرار مجلس الأمن رقم ٢٣٧٩(٢٠١٧)	أ. د. طيبة جواد حمد المختار علي عادل عبد الجاسم	٢٤٨-٢٧٢
٩	الاختصاص القضائي الوطني في الجرائم الإرهابية	أ. د. طيبة جواد حمد المختار علي عادل عبد الجاسم	٢٧٣-٢٩٩
١٠	دور مجلس حقوق الانسان في حماية الحقوق	ا.د طيبة جواد حمد المختار سلام حاتم بريهي شياع	٣٠٠-٣٢٤
١١	منح الترخيص المصرفي وإلغاءه في التشريع العراقي	أ.د.ذكرى محمد حسين الياسين ا.م.د رفاه كريم كربل	٣٢٥-٣٥٧
١٢	موقف التشريعات من التعامل بالمخدرات والمؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل نعمة عبود م.م. صفاء عبد الواحد عبود	٣٥٨-٣٩٥
١٣	التنظيم القانوني للتصويت الالكتروني للاختيار أعضاء المجالس النيابية (دراسة مقارنة)	أ.د. حسين جبار النائلي بنين قاسم محمد	٣٩٦-٤٢٩
١٤	التفسيرعن طريق الدلالة العقلية للنص–دراسة مقارنة بأصول الفقه الاسلامي	ا.م.د محمد جعفر هادي م.م حسن ضعيف حمود	٤٣٠-٤٤٧
١٥	فكرة التفسير المتطور للقانون – دراسة مقارنة بأصول الفقه الاسلامي	ا.م.د محمد جعفر هادي م.م حسن ضعيف حمود	٤٤٨-٤٧٧
١٦	التزامات وحقوق المصرف في عقد توطين رواتب موظفي الدولة والقطاع العام (دراسة مقارنة)	ا.م.د رفاه كريم كربل علاء علي عبد الحسين	٤٧٨-٥٠١
١٧	اساس الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي ايمان عباس مهدي	٥٠٢-٥٦٠
١٨	الاثار القانونية المترتبة على انتهاء عضوية رئاسة مجلس النواب	أ.م.د ليلى حنتوش ناجي علي راهي موسى	٥٦١-٥٩٢
١٩	الطبيعة القانونية للبيع المأذون به للأموال المحجوزة تنفيذياً (دراسة مقارنة)	أ.م.د إيناس مكي عبد زيد جبار أحميد الجبوري	٥٩٣-٦٢٠
٢٠	مفهوم صكوك التمويل –دراسة مقارنة–	أ.م.د نهى خالد عيسى احمد عباس جاسم	٦٢١-٦٦٨
٢١	جريمة افشاء معلومات خاصة بمجلس او مكتب مكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب –دراسة مقارنة–	ا.م.د حوراء احمد شاكر	٦٦٩-٦٩٨
٢٢	القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧	أ.م. د. زينة حازم خلف	٦٩٩-٧٣٠
٢٣	سلطة المحكمة الادارية العليا في اعادة التكييف القانوني للوقائع	ا.م.د علاء ابراهيم محمود م.د. اثير ناظم حسين	٧٣١-٧٧٧
٢٤	الشخصية المعنوية كأحد مفترضات التنظيم الاداري	فاتن عبد الجبار لفتة ا.م. قاسم عبد الجليل محسن	٧٧٨-٧٩٣
٢٥	الاطار القانوني لتطبيق نظام الخصخصة في ادارة الموانئ العراقية	م .م . دعاء رحمن حاتم م . م . هيثم علي كزار	٧٩٤-٨١٦

القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

أ.م. د. زينة حازم خلف الجبوري
استاذ القانون الدولي الخاص المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

تعد النفقة من المسائل المختلف عليها فيما بين الدول وانظمتها المتنوعة، بالذات ما بين النظم العربية والغربية، ويرجع ذلك الى الاختلاف في الشرائع التي تحكم هذه الدول، فتارة تحسب على الآثار الشخصية للنسب او الزواج وتارة أخرى تعد من الآثار المالية لهما، ولهذا الاختلاف والتنوع في التكييف اثره على تحديد القانون واجب التطبيق عليها، وعليه صيغ بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ من اجل تنظيم وتوحيد قواعد واحكام القانون واجب التطبيق على النفقة، الذي سيتم تسليط الضوء عليه في بحثنا هذا.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

يعد بروتوكول لاهاي الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة لسنة ٢٠٠٧ من الاتفاقات المهمة التي ابرمت مؤخرا، وعُد من احدث الاتفاقات في مجال النفقة، هذا البروتوكول صادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، وهو يقع ضمن مجموعة الاتفاقات التي تصدر عنه، وقد سبق هذ البروتوكول اتفاقية لاهاي المؤرخة ٢٤ تشرين الأول لسنة ١٩٥٦ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة تجاه الأطفال واتفاقية لاهاي المؤرخة ٢ تشرين الأول لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، اي تم ابرام بروتوكول لاهاي بعد (٤٩) سنة على آخر اتفاقية عالجت مسائل النفقة والقانون واجب التطبيق عليها، وهذا يدل على وجود احكام جديدة دعت الدول الاعضاء في مؤتمر لاهاي الى تحديثها وابرام مثل هذا البروتوكول، الذي جاء بـ(٣٠) مادة تضمنت القانون واجب التطبيق على النفقة، وكانت احكام قواعده اسنادية تعددت فيها ضوابط الاسناد حسب كل حالة فيما يخص القانون المطبق لا قواعد موضوعية وان كانت موحدة.

ثانياً: مشكلة البحث:

من أهم المشاكل التي تبرز في بحثنا الموسوم "القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧" هي:

١. اختلاف تكييف النفقة ومفهومها والقوانين التي تحكمها ما بين النظم العربية والغربية وبالتالي ظهور مشكلة تنازع القوانين.

٢. اللبس الذي قد يقع في فهم الموقف الدولي فيما يتعلق بتوحيد القواعد الخاصة بالقانون واجب التطبيق على مسائل النفقة من حيث الاتفاقيات الدولية السابقة واللاحقة.

٣. تحديد الجهة التي اصدرت بروتوكول لاهاي الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة لسنة ٢٠٠٧، اذ بتحديدها يتم معرفة نطاق الاحكام التي جاء بها البروتوكول.

ثالثاً: نطاق البحث:

ارتأينا ان يكون نطاق بحثنا في القانون واجب التطبيق على النفقة محدد ضمن بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ حصراً، ذلك لأن موضوع القانون واجب التطبيق على النفقة هو ليس بالمواضيع الحديثة، اذ كتب فيه العديد من البحوث، سواءً كانت خاصة بالنفقة بحد ذاتها ام متعلقة بالقانون واجب التطبيق على الزواج وعد النفقة اثراً من اثاره، ولا نريد تكرار ما كتب بالذات ما يخص موقف الدول العربية من ذلك، وسلطنا الضوء على بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ لحداثة هذا البروتوكول وندرة الكتابة فيه بالرغم من اهميته.

رابعاً: أهمية البحث:

تبرز اهمية البحث في القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ حداثة الموقف الدولي والوقوف على آخر المستجدات الدولية في مسائل تنازع القوانين في نطاق النفقة لأهمية ذلك في القانون العراقي من ناحيتين وهما:

١. ممكن عد ما جاء في بروتوكول لاهاي من احكام وقواعد لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، التي من الممكن الأخذ بها من قبل القاضي العراقي استنادا لنص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بنصها على ان "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا"، فكان لابد لنا من معرفة آخر تحديثات الموقف الدولي في مسألة القانون واجب التطبيق على النفقة.

٢. مشروع قانون انضمام جمهورية العراق إلى النظام الأساس لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في جلسة مجلس النواب رقم (٢٥) المنعقدة في ٢٢/حزيران/٢٠١٩ ، بناءً على ما أقره مجلس النواب وصادق عليه رئيس الجمهورية، استناداً الى احكام البند (أولاً) من المادة (٦١) والبند (ثالثاً) من المادة (٧٣) من الدستور العراقي، الذي يعد مؤشرا على امكانية

مساهمة او انضمام العراق الى مثل البروتوكول او غيره من اتفاقيات مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، اذا ما تمت المصادقة على مشروع هذا القانون في المستقبل.

خامساً: منهجية البحث:

سنعتمد في بحثنا الموسوم " القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧" على المنهج التحليلي لنصوص مواد بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ ومعرفة ضوابط الاسناد التي جاء بها لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة وتحديد نطاقه.

سادساً: هيكلية البحث:

قسّمنا بحثنا الموسوم "القانون واجب التطبيق على النفقة وفقا لبروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧" الى ثلاثة مباحث وكما يأتي:

- **المبحث الأول: تكييف النفقة ونطاق تطبيق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**
- **المطلب الأول: تكييف النفقة**
- **المطلب الثاني: نطاق تطبيق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**
- **المبحث الثاني: قواعد القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**
- **المطلب الأول: القاعدة العامة (قانون الدائن بالنفقة)**
- **المطلب الثاني: القاعدة الخاصة (قانون المحكمة والقانون الأكثر ملائمة)**
- **المبحث الثالث: تعيين القانون واجب التطبيق على النفقة والاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**
- **المطلب الأول: تعيين القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**
- **المطلب الثاني: الاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧**

المبحث الأول

تكييف النفقة ونطاق تطبيق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

تُسند العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي إلى قانون ما، من خلال قواعد الإسناد المعمولة في دولة القاضي، ولا يمكن الوصول إلى تعيين قاعدة الإسناد مالم يسبغ على موضوع النزاع

الوصف القانوني الصحيح والملائم للنزاع المعروض على القاضي، لغرض الوصول إلى قاعدة الإسناد التي تنطبق عليه وهذا ما يعرف بالتكييف، الذي يعد عملية غير مباشرة لتعيين القانون واجب التطبيق[١]، وعليه كان لابد لنا بداية من تكييف النفقة في المطلب الأول من هذا المبحث، ومن ثم الانتقال الى بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ والبحث عن نطاقه في المطلب الثاني من المبحث نفسه وكما يأتي:

المطلب الأول

تكييف النفقة

النفقة اصطلاحاً هي الطعام والكسوة والسكنى[٢] وهي أثر من آثار النسب او الزواج وتعد من مسائل الأحوال الشخصية في النظم العربية[٣]، ويقوم مفهومها على أساس أن الأفراد الذين ينتسبون إلى عائلة واحدة يجب أن ينفق بعضهم على البعض وقت العوز والضيق والضرورة بشكل نفقة بين الأصول والفروع وبين الزوج والزوجة وبين الأقارب، غير أن القرابة الموجبة للنفقة مختلف عليها في قوانين دول العالم، فقد تجب النفقة للفروع على الأصول أو للأصول على الفروع أو فيما بين ذوي الأرحام، وتكاد تتفق التشريعات المختلفة على التزام الآباء بالإنفاق على الأبناء، بينما الاتفاق غير حاصل على وجوب النفقة بين الأشقاء، اذ لا تقرها قوانين بعض الدول كفرنسا وألمانيا وبلجيكا وهولندا، في حين تقرها قوانين دول اخرى كإيطاليا وإسبانيا والبرتغال وسويسرا وضمن شروط معينة[٤]، وقد اقر المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية[٥] نفقة الأبناء على الآباء ونفقة الوالدين الفقيرين على الولد الموسر ذكرا كان أم أنثى ونفقة القريب الفقير بشروط معينة وعدها اثر من آثار النسب[٦].

اما بالنسبة لنفقة الزواج فهي تختلف باختلاف الانظمة المالية للزواج بين النظم العربية والغربية، ففي النظم العربية يعرف النظام المالي للزواج بأنه مجموعة الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال فترة الزواج، وهي أحكام تتعلق بتوزيع الثروة المكتسبة بين الزوجين ونصيب كل واحد منهما، ويقوم النظام المالي والقواعد التي تنظم أموال

الزوجين فيها وبناءً على الشريعة الاسلامية على مبدأ استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين وهو ما يعرف بنظام فصل الأموال، الذي يقوم على دعائم اساسية وهي استقلال كل من الزوجين بأمواله، وتحكم تصرفات الزوجين فيما بينهما القواعد العامة، أما في النظم الغربية فيعرف النظام المالي للزواج بأنه مجموعة مبادئ وقواعد منظمة تحدد مصير أموال الزوجين وتوزيع هذه الأموال وسلطات الزوجين عليها وعلاقتهما بالغير عند انحلال هذا النظام، الذي يقوم على مبدأ الاشتراك المالي، وفيه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، على أن يدير الشؤون المالية الزوج بموافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة، كما يشتركان في الديون الناشئة عن الحاجات العائلية، وقد نصت المادة (١١٧٧) من القانون المدني الفرنسي على "أن الاشتراك المالي يتقرر في حالة عدم وجود عقد مالي بين الزوجين أو تصريح الزوجين بأنهما يتزوجان تحت الاشتراك المالي" كما تقضي المادة (١٤٠٠) من القانون نفسه على أن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين : الاولى : إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الاموال المكتسبة و الثانية : إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية[٧].

واذا كان النظام المالي مشترك بين الزوجين فإن هذا ينعكس على النفقة الملزم احدهما بدفعها للآخر، ففي القانون الانكليزي تحكم المحكمة بالنفقة لأحد الزوجين (المرأة ام الرجل) على أن يدفعها الزوج ذو الدخل الأعلى للزوج ذو الدخل المنخفض عند طلاقهما، ويتم منحها فقط إذا كان أحد الزوجين لا يملك ما يكفي من الدخل أو الممتلكات أو كليهما لدعم احتياجاته المعقولة، وكان الزوج غير قادر على إعالة نفسه أو نفسها من خلال العمل، ولا يتم قياس الاحتياجات المعقولة من خلال مستوى الفقر ولكن بمستوى معيشة الزوجين أثناء الزواج، ويمكن منحها لمدة محددة أو مدى الحياة في بعض الحالات، والغرض منها هو منع المصاعب المالية والاجتماعية والمشاكل التي قد تنتج عن الطلاق[٨] وهذا حال اغلب النظم الغربية، اما بالنسبة للنظم العربية ومنها القانون العراقي فقد اقر المشرع في قانون الأحوال الشخصية العراقي نفقة الزوجة على الزوج وليس العكس وعدها أثر من آثار الزواج[٩].

ويعكس الاختلاف في تكييف النفقة وعدها اثر من الآثار الشخصية ام المالية الى الاختلاف في تحديد القانون واجب التطبيق عليها، فهناك فرقا كبيرا بين الآثار المالية في

التشريعات الاوربية، خاصة فيما يتعلق بالنظام المالي بين الزوجين، وبين الآثار ذات الصبغة المالية في التشريعات العربية، فالنفقة وان كانت تسهم في الحياة الزوجية المشتركة، إلا انها لا تتم من قبل الزوجين، وانما هي واجب على الزوج حتى وان كانت الزوجة غنية وغير محتاجة لها، فهي واجب على الزوج وحق للزوجة، وهذا الاختلاف يخرج هذه الآثار من ان تكون نظاما ماليا بين الزوجين، اذ ان الاختلاف بين الدول التي اخذت بالنظام المالي من حيث الاشتراك في الاموال بين الزوجين او الانفصال، لا يخرج النظام انه مشترك بين الزوجين أي مساهمة كل منهما فيه، اما بالنسبة للنفقة فإنها ليست نظاما وانما واجب وحق من شخص الى اخر[١٠]، واذا كانت كذلك فيتطلب الأمر تحديد الشخص الدائن بها والمدين لتحديد القانون واجب التطبيق عليها، بعد معرفة ضابط الاسناد المناسب لها في ضوء الاختلاف والتنازع في مسألة التكييف وفهم النفقة[١١]، وعليه سعت الجهود الدولية الى وضع قواعد موحدة تربط اكبر عدد من الدول لمعالجة هذه المسألة، وتحديد ضوابط اسناد محددة تحقق الصالح العام لأطراف العلاقة محل النزاع، ويعد بروتوكول لاهاي الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة لسنة ٢٠٠٧ من اهم واحدث هذه الجهود الدولية.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

يعد بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة تحديث لاتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢٤ تشرين الأول لسنة ١٩٥٦ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة تجاه الأطفال واتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢ تشرين الأول لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، وذلك بعد ان اختتمت الجلسة الحادية والعشرين لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في لاهاي في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧ بتوقيع القانون النهائي للجلسة الذي تضمن بروتوكول لاهاي في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧ واتفاقية لاهاي في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧ الخاصة بتحصيل نفقة الطفل وغيرها من اشكال الاعالة الاسرية على المستوى الدولي لتسهيل استرداد النفقة على الصعيد الدولي، وتم توقيع القانون النهائي من قبل (٧٠) دولة وتمت الموافقة عليهما بالإجماع، وبموجب ديباجة البروتوكول، وقعت الدول على هذا البروتوكول رغبة منها في وضع أحكام مشتركة تتعلق بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة. و دخل حيز التنفيذ

في ١ آب سنة ٢٠١٣ بعد ان وافق الاتحاد الأوروبي على البروتوكول في ٨ نيسان لسنة ٢٠١٠ وصدقت صربيا عليه في ١٠ نيسان لسنة ٢٠١٣، وضم (٢٨) عضوا في الوقت الحاضر، ويعد الاتحاد الأوروبي من أحد الأطراف المتعاقدة باستثناء "الدنمارك والمملكة المتحدة"[١٢].

وقد شمل البروتوكول من حيث تطبيقه نوعين من النطاق: النطاق الموضوعي والنطاق الاقليمي، وفيما يخص اولهما جاء في المادة (١) منه بنصها على ان "١. يحدد هذا البروتوكول القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة الناشئة عن العلاقة الأسرية أو النسب أو الزواج أو القرابة، بما في ذلك التزام النفقة فيما يتعلق بالطفل بغض النظر عن الحالة الزوجية للوالدين .٢. لا تخل القرارات الصادرة تطبيقاً لهذا البروتوكول بوجود أي من العلاقات المشار إليها في الفقرة ١[١٣]".

وبموجب المادة الأولى يتحدد نطاق البروتوكول في شموله ضمن مجال تطبيقه التزامات النفقة التي تنشأ عن العلاقات "الأسرية، النسب، الزواج والقرابة" وهي التزامات يفرضها القانون على بعض الأفراد في تقديم ما يلزم لمعيشة أفراد آخرين عيّنهم القانون إذا كانوا في حاجة إليها، مثل نفقة الزوجة والأولاد والأقارب حتى درجة معينة، كذلك النفقة على الأطفال، سواءً كانا الوالدين متزوجين ام مطلقين.

وينفرد بروتوكول لاهاي لوحده في معالجة مسألة القانون واجب التطبيق على النفقة بشكلها المطلق، ويعد البروتوكول آخر تحديث صادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص فيما يخص موضوع النفقة، على الرغم من وجود اتفاقيات أخرى تعالج مسألة النفقة وبالذات نفقة الطفل ومن هذه الاتفاقيات:

١. اتفاقية لاهاي الخاصة بتحصيل نفقة الطفل وغيرها من اشكال النفقة الأسرية على المستوى الدولي، التي وقعت في نفس التاريخ الذي وقع فيه هذا البروتوكول في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧، إلا ان اتفاقية لاهاي هي اتفاقية خاصة بتحصيل النفقة واجراءاتها واقرارها وانفاذها، وتضع نظاما للتعاون الاداري على المستوى الدولي عن طريق السلطات المركزية[١٤].
٢. اتفاقيتي لاهاي المؤرخة في ٢٤ تشرين الأول لسنة ١٩٥٦ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة تجاه الأطفال واتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢ تشرين الأول لسنة ١٩٧٣

الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، اذ كان بروتوكول واتفاقية لاهاي لسنة ٢٠٠٧ بمثابة التعديل والتحديث لهما، استنادا للمادة (١٨) من البروتوكول التي تنص على ان "يحل هذا البروتوكول كما هو الحال بين الدول المتعاقدة محل اتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢ تشرين الأول لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة واتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢٤ تشرين الأول لسنة ١٩٥٦ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة تجاه الأطفال"[١٥].

٣. لائحة مجلس المفوضية الأوروبية رقم ٢٠٠٩/٤ بتاريخ ١٨ ديسمبر لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بالولاية القضائية والقانون واجب التطبيق والاعتراف بالقرارات وإنفاذها والتعاون في الأمور المتعلقة بالتزامات النفقة، التي نصت في الفصل الثالث الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة في المادة (١٥) بتحديد هذا القانون وفق بروتوكول لاهاي وذلك بأن "يتم تحديد القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة وفقًا لبروتوكول لاهاي المؤرخ في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧ الخاص بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة (المشار إليه فيما بعد باسم بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧) لدى الدول الأعضاء الملتزمة بهذه اللائحة"[١٦].

ونصت المادة (١٩) من البروتوكول على ان "١. لا يؤثر هذا البروتوكول على أي اتفاق دولي آخر يتضمن أحكاماً خاصة بالمسائل التي يحكمها البروتوكول تكون الدول المتعاقدة او تصبح أطرافاً فيه، ما لم يصدر إعلان بخلاف ذلك من قبل الدول الأطراف في هذا الاتفاق"[١٧].

وهذا يعني ان البروتوكول نظم التنازع الذي من المتوقع ان يحدث في نطاق موضوع البروتوكول، لارتباط الدول الموقعة عليه في اكثر من اتفاقية لذات الموضوع، وذلك بعدم تأثيره على اي اتفاق يلزم الدول الأعضاء بتطبيقه، اي تكون له الأولوية في التطبيق، مالم يصدر اعلان من قبل اي دولة يقيد هذا التطبيق بموجب ارتباطها باتفاقيات أخرى ووجود نصوص مانعة من العمل بموجب البروتوكول بالنسبة لها.

اما فيما يتعلق بالفقرة الثانية للمادة (١) من البروتوكول فتعني ان قرارات النفقة التي تتخذ بناءً على احكام البروتوكول يجب ان لا تخل بإثبات وجود اي علاقة أسرية مدرجة في الفقرة اولاً، وهي النسب أو الزواج أو القرابة...الخ.

كما يحدد البروتوكول القانون واجب التطبيق على النفقة في كل ما يتعلق بوجود التزام النفقة والمدين بها ومدى التزامه وحساب المبلغ المستحق الدفع وقدرة الدائن على المطالبة بالنفقة، وفقا للمادة (١١) من البروتوكول التي نصت على ان "يحدد القانون واجب التطبيق على التزام النفقة في عدة أمور وكما يلي:

أ. ما إذا كان للدائن أن يطالب بالنفقة وإلى أي مدى يمكنه ذلك؛

ب. مدى مطالبة الدائن بالنفقة بأثر رجعي؛

ج. أساس حساب مقدار النفقة والمؤشرات التي تدل عليها؛

د. من يحق له رفع دعاوى النفقة، باستثناء المسائل المتعلقة بالصفة الإجرائية والتمثيل في الإجراءات؛

هـ. التقادم أو تحديد مدته؛

و. مدى التزام المدين بالنفقة، عندما تسعى هيئة عامة إلى تعويض الدائن بمنافع أخرى بدلاً من النفقة"[١٨].

اما من حيث النطاق الاقليمي، فإن الأحكام التي جاء بها بروتوكول لاهاي سوف تطبق، حتى لو كان الشخص الذي تجب عليه النفقة ينتمي لدولة غير متعاقدة، بمجرد انه باشر اجراءات النفقة في دولة متعاقدة، وحتى لوكان القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد في دولة القاضي، هو قانون دولة ثالثة غير منضمة للبروتوكول، تماشيا مع النطاق العالمي للتطبيق المنصوص عليه في المادة (٢) من البروتوكول " يطبق هذا البروتوكول حتى لو كان القانون واجب التطبيق هو قانون دولة غير متعاقدة"[١٩].

وتسري احكام البروتوكول بأثر فوري منذ دخوله حيز التنفيذ، اذ لا يطبق البروتوكول على النفقة المطالب بها في دولة متعاقدة فيما يتعلق بفترة ما قبل دخوله حيز التنفيذ في تلك الدولة حسبما تقضي به المادة (٢٢) منه.

المبحث الثالث

قواعد القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

لم يميز بروتوكول لاهاي الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة فيما اذا كانت النفقة خاصة بالأزواج ام الاقارب ام الاطفال، اذ ان البروتوكول جاء بنطاق عام يطبق على

الجميع، باستثناء بعض النصوص التي خصت بعض الازواج، وما اعتمده البروتوكول هو اعطاء وصف عام لمستحق النفقة بوصفه "الدائن" والشخص الملتزم بالنفقة بوصفه "المدين" سواءً كان هذا المدين هو الزوج ام الزوجة ام الأب ام الأم ام اي شخص آخر من الاقارب، وجاء بضوابط اسناد محددة للوصول الى القانون واجب التطبيق نحاول توضيحها بالمطالب الآتية:

المطلب الأول

القاعدة العامة

(قانون الدائن بالنفقة)

جاء البروتوكول بقاعدة عامة فيما يخص القانون واجب التطبيق على النفقة وذلك بالاعتداد بضابط محل اقامة المدين وفقا للمادة (١/٣) منه بالنص على ما يأتي:

"١. تخضع التزامات النفقة لقانون دولة محل الإقامة المعتادة للدائن، ما لم ينص هذا البروتوكول على خلاف ذلك"[٢٠].

وتعني هذه القاعدة ان الضابط الذي يؤخذ به بشكل عام في تحديد القانون الخاص بالنفقة وما يترتب عليها من التزامات، هو ضابط محل اقامة الدائن المعتادة، اي تطبيق قانون الدولة التي يقيم فيها الدائن بشكل معتاد[٢١]، وعليه فالإقامة المؤقتة أو الإقامة البسيطة ليست كافية لعدها إقامة معتادة واستخدامها لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة، وان اختيار قانون الدولة التي يقيم فيها الدائن دون المدين لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة من قبل واضعي البروتوكول، يدل على انهم اعطوا اهمية للدائن اكثر من المدين لكونه صاحب الحق في النفقة، وان اختيار قانون محل اقامته المعتادة اصلح له في اكمال اجراءات تحصيل النفقة، لكن هل يبقى هذا الضابط معمولاً به فيما لو غير الدائن محل اقامته المعتادة وهو وضع لمصلحته وتسهيل اجراءات تحصيل نفقته من المدين؟ وهل من الممكن ان يحل محل الاقامة الجديد بدلا من محل الاقامة القديم في تحديد القانون واجب التطبيق على النفقة؟

هذه المشكلة تتعلق بمسألة قانونية يلتقي فيها عنصر الزمان بعنصر المكان بمناسبة التغيير الواقعي، والتي تعرف بالتنازع المتغير او المتحرك، الذي ينشأ في الأحوال التي يترتب

عليها تغيير او تعديل في ضابط الاسناد، فيكون من شأن هذا التغيير ان يجعل العلاقة القانونية خاضعة على وجه التتابع لنظامين قانونيين مختلفين، نتيجة لإرادة الاشخاص في تغيير الضوابط القابلة للتغيير كالجنسية والموطن...الخ[٢٢] وفي موضوعنا المتعلق بالنفقة ومحل اقامة الدائن، فقد يظهر التنازع المتغير على اعتبار ان ضابط محل الاقامة من الضوابط المتغيرة التي من الممكن ان تتغير عند انتقال الدائن للإقامة في مكان آخر غير المكان الذي يقيم فيه، وقد عالج بروتوكول لاهاي مسألة التنازع المتغير لضابط محل اقامة الدائن المعتادة وفق الفقرة الثانية من المادة (٣) منه التي تنص على انه " في حالة حدوث تغيير في مكان الإقامة المعتادة للدائن، يسري قانون دولة محل الإقامة المعتادة الجديد اعتباراً من لحظة حدوث التغيير"، وعليه فإذا غير الدائن محل اقامته المعتادة الى مكان آخر فيتم الاعتداد بقانون الاقامة الجديد له، وهذا الاعتداد يحسب منذ لحظة تغيير ضابط الاسناد، اي منذ اللحظة التي ينتقل فيها الدائن الى المكان الجديد ويتخذه محلا لإقامته المعتادة.

وقد فسرت محكمة العدل الدولية نص المادة (٣) بفقراتها مع المادة (٤) من بروتوكول لاهاي وبالذات فيما يخص تغيير محل الاقامة بعد الطلب منها من قبل المحكمة العليا في النمسا تفسير أحكام بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ إثر قضية[٢٣] كانت فيها المحكمة غير متأكدة من القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، تتلخص وقائعها في فتاة قاصر تدعى (Valentina Mölk) كانت تعيش في ألمانيا مع والديها حتى ٢٠١٥/٥/٢٧ و في ٢٨ /٥/ ٢٠١٥ نقلت محل اقامتها الى النمسا وهي دولة عضو في البروتوكول، وبموجب طلب تقدمت به الفتاة القاصر في ٢٠١٥/٥/١٨ إلى المحكمة النمساوية للحصول على مدفوعات نفقة من والدها المدعو (Alexander Mölk) وبتقديم طلب آخر في ٢٠١٦ /٥/١٨ وسّعت الفتاة نطاق طلبها بحيث طالبت أيضًا من والدها دفع النفقة بأثر رجعي للفترة السابقة على تقديم الطلب، أي من ١ /٢٠١٣/٦ إلى ٣١ /٥/ ٢٠١٥، وأكدت الفتاة أمام المحكمة الوطنية أنه وفقًا للمادة (١/٣) من بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ فإن القانون الألماني سيكون القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة المستحقة لها عن الفترة التي كانت تقيم خلالها بشكل اعتيادي في ألمانيا، ومع ذلك، فإن الفتاة القاصر غير قادرة على الحصول على النفقة من والدها، لأن شروط تأكيد الحق في النفقة بأثر رجعي غير مستوفاة بموجب المادة (١٦١٣) من القانون المدني الالماني، لذلك ووفقًا للمادة (٢/٤) من بروتوكول لاهاي لسنة

٢٠٠٧ يجب أن يطبق القانون النمساوي الذي لا يضع مثل هذه الشروط فيما يتعلق بالقاصر على تقييم التزامات النفقة لتلك الفترة السابقة، ورفضت المحكمة الابتدائية المطالبة بدفع النفقة بأثر رجعي، بعد ان وجدت أنه بموجب المادة (٣) من بروتوكول لاهاي كان القانون الألماني هو القانون واجب التطبيق على التزامات نفقة الأب تجاه القاصر خلال الفترة التي سبقت تغيير مكان إقامة القاصر، ومع ذلك، لا يمكن تطبيق المادة (٢/٤) من بروتوكول لاهاي والخاصة بتطبيق قانون المحكمة على مدفوعات النفقة بأثر رجعي وتظل مدفوعات النفقة المتعلقة بالفترة السابقة لتغيير الدائن لإقامته المعتادة خاضعة للمادة (١/٣) من بروتوكول لاهاي، وأيدت محكمة الاستئناف هذا القرار واعتمدت نفس أسباب المحكمة الابتدائية، ويعد الجزء الرئيسي لأسباب طلب إصدار حكم أولي مسبوق بملاحظات محكمة الإحالة بشأن اختصاص المحكمة في تفسير أحكام بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ ما اشارت اليه محكمة الإحالة إلى أن المادة (١٥) من اللائحة الاوربية رقم ٢٠٠٩/٤ الخاصة بالولاية القضائية والقانون واجب التطبيق والاعتراف بالقرارات وإنفاذها والتعاون في الأمور المتعلقة بالتزامات النفقة، تشير صراحة إلى تطبيق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ ، الذي يسمح للمحكمة بتفسير أحكام ذلك البروتوكول، علاوة على ذلك، تنص محكمة الإحالة على أن الاتحاد الاوربي صادق على بروتوكول لاهاي لعام ٢٠٠٧ والذي يحدد أيضًا اختصاص المحكمة، وتشير الحكومة الألمانية إلى أن قواعد تنازع القوانين الواردة في بروتوكول لاهاي تستند إلى افتراض وجوب وجود صلة بين الوضع الواقعي الذي يستمد منه الدائن حقه في المطالبة بمدفوعات النفقة والقانون المطبق على تقييمها للنفقة، وتستند قواعد الاختصاص على افتراض مماثل لذلك، كما ان الدائن عندما يغير مكان إقامته المعتادة فإن هدفه بهذا التغيير هو تغيير العوامل التي تؤثر على احتياجاته المادية والتي تهدف مدفوعات النفقة إلى تلبيتها، فمن باب اولى ان تخضع النفقة الى القانون الجديد، كما يجب أيضًا أن تكون هناك علاقة محددة بين الدولة التي تتمتع محاكمها بالاختصاص القضائي في المسألة المتعلقة بمدفوعات النفقة والوضع الواقعي الذي يستمد منه الدائن حقه في تلك المدفوعات، وبموجب المادة (١/٣) من بروتوكول لاهاي فإن قانون دولة محل الإقامة المعتادة للدائن هو من حيث المبدأ القانون واجب التطبيق على التزام النفقة، فهو قانون الدولة المرتبط ارتباطًا وثيقًا بالتزام النفقة، لأنه يأخذ في الاعتبار وبشكل خاص الظروف الشخصية للدائن في المكان الذي تعمل فيه مدفوعات النفقة على تلبية احتياجاته.

المطلب الثاني

القاعدة الخاصة

(قانون المحكمة والقانون الأكثر ملائمة)

وضعت القواعد الخاصة في تحديد القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ بهدف حماية فئات معينة من الدائنين، لتطبيق قانون اكثر ملائمة لهم عند تنفيذ التزامهم بالنفقة، وتمثل القواعد الخاصة، الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة، والخروج على ضابط الاسناد الذي جاءت به، المتمثل بمحل الاقامة المعتادة للدائن، واعتماد ضوابط اسناد اكثر ملائمة لبعض الدائنين.

ومن الفئات المشمولة بالقواعد الخاصة في تحديد القانون واجب التطبيق على النفقة، هما فئتين: فئة الأقارب وفئة الأزواج.

وفيما يخص الفئة الأولى الملتزمين بنفقة الأقارب فهم كل من الملتزمين بنفقة الآباء لأبنائهم وبالعكس نفقة الابناء لآبائهم، وفيما غير هذه الالتزامات هناك التزام خاص بنفقة الأقارب الآخرين ممن لم يبلغوا سن الواحد والعشرين من العمر وذلك وفقا للمادة (٤) من البروتوكول التي تنص على ان[٢٤]:

"١. تسري الأحكام التالية في حالة التزامات نفقة:

أ. الآباء لأبنائهم؛

ب. الأقارب، فيما عدا الوالدين، لأقاربهم الذين لم يبلغوا سن ٢١ سنة، باستثناء الالتزامات الناشئة عن العلاقات المشار إليها في المادة ٥؛

ج. الأبناء لوالديهم..."[٢٥].

ويسري على التزام المدين بالنفقة على الفئات المذكورة اعلاه القواعد الخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة، وهذه القواعد الخاصة تتحدد بقانون المحكمة المرفوع امامها الدعوى، اي المحكمة المعروض امامها النزاع، الا ان تطبيق هذه القاعدة هو تطبيق احتياطي لا يعمل به إلا في الحالة التي لا يستطيع فيها الدائن تنفيذ التزامه بموجب قانون اقامته المعتادة، ويوفر هذا القانون حماية للدائن في الحالة التي لا يتمكن فيها المدين تنفيذ التزامه بموجب قانون محل اقامة الدائن المعتادة، وضمانا للأخير في الحصول على نفقته من المدين، اما اذا كان الدائن قد رفع دعواه امام محكمة محل اقامة المدين ولم يتمكن من الحصول على النفقة وفقا لقانون المحكمة التابع لها المدين فيتم العودة لتطبيق قانون محل

اقامة الدائن.

واذا تعذر الحصول على النفقة بموجب كل القوانين السابقة فيصار الى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها الدائن والمدين بجنسيتهما "قانون الجنسية المشتركة" وهو حل اخير يحمي الدائن في حالة عدم النص على التزام النفقة بموجب قانون محل اقامة الدائن او قانون المحكمة المرفوع امامها الدعوى وذلك وفقا للفقرات (٢,٣و٤) من المادة (٤) من البروتوكول التي تنص على ان:

٢. يطبق قانون المحكمة إذا لم يتمكن الدائن من الحصول على النفقة من المدين بموجب القانون المشار إليه في المادة ٣؛

(٣) بالرغم من المادة ٣، إذا كان الدائن قد استحق النفقة وفقا للسلطة المختصة في الدولة التي يوجد فيها محل الاقامة المعتادة للمدين، فيتم تطبيق قانون المحكمة، ومع ذلك، إذا لم يتمكن الدائن بموجب هذا القانون من الحصول على النفقة من المدين، فيسري قانون دولة محل الإقامة المعتاد للدائن؛

(٤) يطبق قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين، اذا لم يتمكن الدائن من الحصول على النفقة من المدين بموجب القوانين المشار إليها في المادة ٣ والفقرتين ٢ و ٣ من هذه المادة".

ولا يتم العمل بقانون الجنسية ولا يؤخذ به ويصار الى الرجوع مرة اخرى الى قانون محل الاقامة فيما يخص قوانين الدول التي تأخذ تشريعاتها بضابط الموطن في تحديد القانون الشخصي لمواطنيها فيما يخص المسائل المتعلقة بأحوالهم الشخصية، شرط ان يتم ابلاغ السلطات المختصة في مؤتمر لاهاي، ويتم استبدال كلمة الجنسية بمحل الاقامة وفقا للمادة (٩) من البروتوكول بنصها على ان:

"يجوز للدولة التي تأخذ بمفهوم "الموطن" كضابط للقانون الشخصي في شؤون الأسرة، أن تبلغ المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بأن يتم استبدال كلمة "الجنسية" الواردة في المواد ٤ و٦ بكلمة "محل الإقامة" على النحو المحدد في تلك الدولة، لأغراض القضايا التي تُعرض على سلطاتها"[٢٦].

ويجب ملاحظة ان ضابط محل الاقامة اذا تم الأخذ به هنا فهو ليس بقانون محل اقامة الدائن المعتادة بل قانون محل الاقامة المشتركة للدائن والمدين على حد سواء لأنه استبدال

لقانون الجنسية المشتركة للطرفين الدائن والمدين[٢٧].

اما فيما يخص الفئة الثانية من الملتزمين بالنفقة وهم فئة الأزواج، سواءً الزوج ام الزوجة في زواج قائم او زواج مفسوخ، استنادا للمادة (٥) من البروتوكول التي تنص على ان:

"لا تطبق المادة ٣ في حالة وجود التزام بالنفقة بين الزوجين أو الأزواج المطلقين أو الازواج المتزوجين بعقد زواج باطل، إذا اعترض أحد الطرفين او صدر اعتراض من دولة أخرى، لا سيما دولة آخر مكان اقامة مشتركة بينهما لها علاقة أوثق بالزواج، بل يطبق قانون تلك الدولة الأخرى[٢٨].

فالقاعدة التي تطبق هنا فيما يخص القانون واجب التطبيق على النفقة هي تطبيق القانون الاكثر ملائمة للزوجين، ويستبعد تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للدائن، ويشترط لتطبيق القانون الاكثر ملائمة للزوجين ما يأتي:

١. اعتراض الزوج او الزوجة على قانون محل الاقامة المعتادة للدائن؛
٢. اعتراض صادر من قانون دولة يتحقق فيها عناصر ارتباط وثيقة بعقد الزواج، ويقدم على ذلك قانون آخر دولة يرتبط فيها الزوجين او الزوجين المطلقين بإقامة معتادة مشتركة على غيره من القوانين.

المبحث الثالث

تعيين القانون واجب التطبيق على النفقة والاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

يقصد بتعيين القانون واجب التطبيق على النفقة وفقا لما جاء في بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ تحديد القانون من قبل الاطراف المتنازعة، اي تفعيل ارادة الاطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، فهل بإمكان الإرادة ان تتدخل لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة وكيف يكون ذلك؟ جاء هذا التعيين في بروتوكول لاهاي للقانون واجب التطبيق على النفقة، وسيتم توضيح هذا التعيين في المطلب الأول من هذا المبحث تاركين المطلب الثاني منه للكلام عن الاسناد الى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وكما يأتي:

المطلب الأول

تعيين القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة

يتم تعيين القانون وفق ضابط الارادة ويعرف القانون المعين وفقا لهذا الضابط بقانون الارادة وكما معروف فإن قانون الارادة هو القانون الذي يحدده طرفان او اكثر يرتبطون فيما بينهم برابطة عقدية لاختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم في حالة حدوث اي نزاع فيما بينهم[٢٩]، ومن الغريب ان نجد ان المسائل المتعلقة بالنفقة تعتمد على ضابط الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق عليها[٣٠]، ذلك لأن قانون الارادة عادة يتحدد عندما يكون هناك التزام يرتبط به طرفان بالتزامات وحقوق متقابلة كالعقد، اما النفقة فهي التزام من طرف واحد يفرضه القانون، وهذا الضابط قد يكون غريبا فيما يخص نفقة الأقارب، اما ما يخص نفقة الأزواج فيجب ان لا يغيب عن بالنا ان النفقة المحددة هنا هي النفقة الخاصة بالدول التي تأخذ اغلبيتها بالنظام المالي المشترك للزوجين، وعليه يكون هناك اتفاق مسبق للطرفين بإمكانهم ان يدونوا فيه مايشاؤن من حقوق والتزامات، وبالوقت نفسه امكانية تحديد القانون الذي يسري على الالتزامات الناشئة عن النفقة فيما بينهما، لكن يا ترى هل يتم تحديد او تعيين القانون واجب التطبيق على النفقة باتفاق الشخص الدائن والمدين كلاهما ام يحدد من قبل احدهما فقط؟ واذا كان كذلك فهل يحدد من قبل الدائن ام المدين؟

يمكن الاجابة على هذا التساؤل من خلال البروتوكول الذي اعطى الصلاحية لكل من الدائن والمدين باختيار القانون واجب التطبيق على النفقة، لكن ميز في هذا الاختيار بين نوعين منهما: اولهما: اختيار القانون واجب التطبيق على النفقة لغرض اجراء معين، وثانيهما: اختيار القانون واجب التطبيق على النفقة في اي وقت دون التقييد بغرض اجراء معين.

وقد حددت النوع الاول المادة (٧) من البروتوكول[٣١]، التي اشترطت ان يكون الاختيار لقانون الارادة صريحا وان يكتب على شكل اتفاقية توقع من قبل الدائن والمدين حتى تستخدم كدليل للإثبات يمكن الرجوع اليه عند الاختلاف او تسجل لدى جهة مختصة وفقا لما جاء في نصها " تعيين القانون الواجب التطبيق لغرض إجراء معين:

١. يجوز لدائن النفقة والمدين، لغرض إجراء معين فقط في دولة معينة أن يعينا صراحة قانون تلك الدولة على أنه يطبق على التزام النفقة، بصرف النظر عن المواد من ٣ إلى ٦؛

٢. يجب أن يكون التعيين الذي تم إجراؤه قبل إقامة مثل هذه الإجراءات في اتفاقية موقعة من كلا الطرفين، مكتوبة أو مسجلةً بأي وسيلة ، بحيث يمكن الوصول الى المعلومات الواردة فيها حتى يمكن استخدامها للرجوع إليها لاحقًا"[٣٢].

اما النوع الثاني فقد حددته المادة (٨) من البروتوكول التي اعطت لكل من الدائن والمدين الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على النفقة في اي وقت كان، بغض النظر عما اذا كان هناك غرض معين يراد تحقيقه في دولة معينة، او عن قانون الاقامة المعتادة للدائن او قانون المحكمة او القوانين الأخرى السابقة، لكن يشترط ان يكون هذا التعيين مقيدا بقوانين حددتها الفقرة الاولى من المادة(٨) ويتمثل بما يأتي:[٣٣]"

١. يجوز لدائن النفقة والمدين في أي وقت وبصرف النظر عن المواد من ٣ إلى ٦ تعيين أحد القوانين التالية على أنها واجبة التطبيق على الالتزام بالنفقة:

أ. قانون أي دولة يكون أي من الطرفين من رعاياها وقت التحديد؛

ب. قانون دولة محل الإقامة المعتاد لأي من الطرفين وقت التعيين؛

ج. القانون المعين من قبل الأطراف حسب الاقتضاء، أو القانون واجب التطبيق على نظام الملكية الخاص بهم؛

د. القانون المعين من قبل الطرفين حسب الاقتضاء، أو القانون واجب التطبيق على طلاقهم أو انفصالهم القانوني"[٣٤].

اذا القانون الذي يسمح ان يتم اختياره لكل من الدائن والمدين كقانون الارادة هو القانون الشخصي لأي منهما، سواءً كان قانون الجنسية ام الموطن او قانون محل الاقامة وقت تعيينهم للقانون واجب التطبيق على النفقة، او بالإمكان تطبيق نفس القانون الذي يطبق على نظام الملكية الخاص بالدائن والمدين، او القانون الخاص بالطلاق او الانفصال القانوني، ويستثنى من تطبيق نص الفقرة الاولى حالة ما اذا كان الدائن او المدين دون سن الثامنة عشرة، او الشخص الذي يعتري ارادته عارض من عوارض الاهلية حتى لو بلغ سن الثامنة عشر، لأنه سيكون ناقص الاهلية او بحكمها، وهذا النقص سيجعله غير اهلا لتحديد القانون الذي يخدم مصلحته وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة (٨) التي تنص على ان " لا تطبق الفقرة ١ على التزامات النفقة فيما يتعلق بشخص دون سن ١٨ عامًا أو شخص بالغ ليس في

وضع يسمح له بحماية مصلحته بسبب ضعف أو قصور في قدراته الشخصية".

ولم يشترط في تعيين هذا القانون ان يكون الاتفاق صريحا، إلا انه يفهم من مضمون المادة انه لا يكون ضمنيا، بدليل اشتراط ان يكون التعيين على شكل اتفاقية توقع من قبل الدائن والمدين، او تسجل لدى جهة معينة، لتستخدم كدليل للإثبات يمكن الرجوع اليه عند الاختلاف وفقا للفقرة الثانية من المادة نفسها التي تنص على انه " يجب ان تكون هذه الاتفاقية مكتوبة أو مسجلةً بأي وسيلة وموقعة من كلا الطرفين، بحيث يمكن الوصول الى المعلومات الواردة فيها حتى يمكن استخدامها للرجوع إليها لاحقًا".

ويستثنى من تطبيق نص المادة (١/٨) حالة تنازل الدائن عن حقه في النفقة، الذي يبقى خاضعا لقانون محل اقامته المعتادة وقت اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الدائن والمدين، وفقا للفقرة الرابعة منها التي تنص على انه " تتحدد مسألة ما إذا كان يمكن للدائن التخلي عن حقه في النفقة بموجب قانون دولة محل الإقامة المعتادة للدائن في وقت التعيين، بصرف النظر عن القانون المعين من قبل الأطراف وفق للفقرة ١".

ويستبعد تطبيق نص المادة (١/٨) اذا كان قانون الارادة المحدد في اتفاقية مكتوبة من قبل الدائن والمدين لا يحقق العدالة سواءً للدائن ام المدين التي من اجلها سمح لهما باختيار القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة التي تنشأ بينهما، استنادا للفقرة الخامسة والأخيرة من المادة (٨) من البروتوكول التي تنص على ان "لا يطبق القانون المعين من قبل الاطراف عندما يؤدي تطبيق ذلك القانون إلى عواقب غير عادلة أو غير معقولة بشكل واضح لأي من الاطراف، ما لم يكن الطرفان على دراية كاملة وقت التعيين بالنتائج المترتبة على تعيينهما".

المطلب الثاني

الاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧

يثير الاسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع سواءً كان تعدد اقليمياً أم شخصيا، مشاكل امام القاضي المعروض امامه النزاع فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق وتحديد أي شريعة او قانوناً هو الواجب التطبيق[٣٥]، ويتحقق التعدد الإقليمي في الدول المقسمة إلى أقاليم، بحيث يكون لكل إقليم منها شريعته الخاصة به، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وكندا، اما التعدد الشخصي فيتحقق في الدول المقسمة حسب الطوائف

سواءً بحسب الديانة أو المذهب أو العرق، ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها، كما هو الحال في مصر ولبنان، ويترتب على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين القوانين، والذي بدوره قد يكون تنازعا إقليميا (فدراليا أو ناتجا عن ضم الأقاليم)، او تنازعا شخصيا (ديني أو مذهبي أو عرقي)، وإذا كان التنازع الدولي هو تنازع سيادات دول مختلفة، فإن التنازع الداخلي هو تنازع قوانين تنتمي إلى سيادة دولة واحدة[٣٦]، وقد عالج بروتوكول لاهاي هذا النوع من التنازع الذي قد يظهر في الدول التي يطبق فيها نظامان قانونيان او اكثر في المادتين (١٦ و١٧) منه، اختصت الاولى منهما بالتنازع الذي يحدث في دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا وذلك بنصها في فقرتها الاولى على انه[٣٧]"

١. فيما يتعلق بالدولة التي يطبق فيها نظامان أو أكثر من أنظمة القانون أو مجموعات قواعد القانون فيما يتعلق بأي مسألة يتضمنها هذا البروتوكول في وحدات إقليمية مختلفة فإنه:

أ. يجب تفسير أي إشارة إلى قانون الولاية على أنها تشير عند الاقتضاء إلى القانون الساري في الوحدة الإقليمية ذات الصلة؛

ب. يجب تفسير أي إشارة إلى السلطات المختصة أو الهيئات العامة لتلك الدولة على أنها تشير عند الاقتضاء إلى أولئك المخولين بالتصرف في الوحدة الإقليمية ذات الصلة؛

ج. يجب تفسير أي إشارة إلى الإقامة المعتادة في تلك الدولة على أنها تشير عند الاقتضاء إلى الإقامة المعتادة في الوحدة الإقليمية ذات الصلة؛

د. يجب تفسير أي إشارة إلى الدولة التي يشترك شخصان فيها في الجنسية على أنها تشير إلى الوحدة الإقليمية التي يحددها قانون تلك الدولة أو إلى الوحدة الإقليمية التي يكون التزام النفقة وثيق الصلة بها في حالة عدم وجود قواعد ذات صلة؛

هـ. يجب تفسير أي إشارة إلى الدولة التي يكون الشخص من رعاياها على أنها تشير إلى الوحدة الإقليمية المعينة بموجب قانون تلك الدولة أو إلى الوحدة الإقليمية التي يتمتع بها الشخص الأقرب الاتصال في حالة عدم وجود قواعد ذات صلة".

هذا النص يفسر حالة القانون واجب التطبيق على دولة تطبق نظامين او اكثر على وحدات اقليمية لا يكون لكل منهم نظامه القانوني الخاص به، وتفسر اي اشارة الى انها مقصودة لتطبيق القانون الذي تشير اليه، فإذا تمت الاشارة الى قانون الولاية، فيعني قانون الوحدة الاقليمية ذات الصلة بالموضوع الخاص بالنفقة اذا كان لها قانون خاص بها، واذا تمت

الاشارة الى السلطات المختصة، فهذا يعني المخولين بالتصرف في الولاية ذات الصلة بموضوع النفقة، واذا تمت الاشارة الى الاقامة فهذا يعني الاقامة المعتادة في الوحدة الاقليمية ذات الصلة بموضوع النفقة، واذا تمت الاشارة الى الجنسية المشتركة فيعني جنسية الولاية ذات الصلة بالنفقة التي يرتبط بهما الدائن والمدين بجنسية مشتركة، وهكذا فالوحدة التي تكون مرتبطة بقواعد ذات صلة بموضوع النفقة تكون هي المفضلة على غيرها.

٢. لغرض تحديد القانون واجب التطبيق بموجب البروتوكول فيما يتعلق بدولة تضم وحدتين إقليميتين أو أكثر ولكل منها نظامها القانوني الخاص أو مجموعة قواعد القانون فيما يتعلق بالمسائل التي يغطيها هذا البروتوكول ، تطبق القواعد التالية:

أ. إذا كانت هناك قواعد سارية في مثل هذه الدولة تحدد قانون الوحدة الإقليمية المطبق فيها، فإن قانون تلك الوحدة يكون هو الواجب التطبيق؛

ب. في حالة عدم وجود مثل هذه القواعد فيطبق قانون الوحدة الإقليمية ذات الصلة على النحو المحدد في الفقرة ١؛

٣. لا تطبق هذه المادة على منظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية"[٣٨].

تشير الفقرة الثانية من المادة (١٦) من بروتوكول لاهاي الى القانون واجب التطبيق في دولة لها وحدتين اقليميتين وكل وحدة لها نظامها القانوني الخاص بها، وفي هذه الحالة تطبق كل وحدة اقليمية القانون الخاص بها، الا اذا لم يكن للوحدة الاقليمية نظام قانوني خاص بها، فعندئذ يصار الى الأخذ بما جاء في الفقرة الاولى من المادة نفسها، مع ملاحظة ان المادة (١٦) لا تطبق على منظمة التكامل الاقتصادي، اذ انها تعامل معاملة الدولة المتعاقدة البسيطة من حيث الحقوق والالتزامات.

في حين نظمت المادة (١٧) من البروتوكول التنازع الذي يظهر في الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا بنصها على انه "لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب البروتوكول فيما يتعلق بدولة لديها نظامان أو أكثر من أنظمة القانون أو مجموعات من قواعد القانون المنطبقة على فئات مختلفة من الأشخاص فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في نطاق هذا البروتوكول، فإن أي إشارة إلى القانون صادرة من هذه الدولة فتشير إلى النظام القانوني الذي تحدده القواعد السارية في تلك الدولة"[٣٩]، وهذا يعني ان اي اشارة الى تطبيق قانون وحدة اقليمية يدل على ان قانون هذه الوحدة يكون هو الواجب التطبيق على المنازعات

الخاصة بالنفقة.

ويجب ملاحظة ان الدولة المتعاقدة التي تطبق فيها أنظمة قانونية مختلفة أو مجموعات من قواعد القانون على التزامات النفقة لا تكون ملزمة بتطبيق قواعد البروتوكول المنصوص عليها على النزاعات بين هذه الأنظمة المختلفة أو مجموعات قواعد القانون المكونة لها، وفق ما تقتضيه المادة (١٥) من البروتوكول، باستثناء ما اذا كانت هذه المجموعة هي منظمة تكامل اقتصادي اقليمي فتكون ملزمة بتطبيق احكام البروتوكول.

الخاتمة

بعد كتابة بحثنا الموسوم "القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧" توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات كان من اهمها:

أولاً: النتائج:

١. تعد النفقة في النظم العربية واجب على الزوج حتى وان كانت الزوجة غنية وغير محتاجة لها، فهي واجب على الزوج وحق للزوجة، في حين انها في النظم الغربية مشتركة يدفعها الزوج ذو الدخل الأعلى للزوج ذو الدخل المنخفض عند طلاقهما لدعم احتياجاته المعقولة.

٢. يعد بروتوكول لاهاي لسمة ٢٠٠٧ آخر الاتفاقات الدولية الصادرة الى حد الآن في موضوع القانون واجب التطبيق على النفقة، وما يؤكد ذلك المادة (١٥) من لائحة مجلس المفوضية الأوروبية رقم ٢٠٠٩/٤ لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بالولاية القضائية والقانون واجب التطبيق والاعتراف بالقرارات وإنفاذها والتعاون في الأمور المتعلقة بالتزامات النفقة، التي احالت تحديد القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة وفق بروتوكول لاهاي المؤرخ في ٢٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٧ الخاص بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، الذي ينفرد لوحده في معالجة مسألة القانون واجب التطبيق على النفقة بشكلها المطلق دون غيره من الاتفاقات، ولا يؤثر تطبيق هذا البروتوكول على أي اتفاق دولي آخر يتضمن أحكاماً خاصة بمسائل النفقة.

٣. صدر بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص وليس من الاتحاد الأوربي الذي تعودنا ان تصدر منه الاتفاقيات والتنظيمات الموحدة في مجال القانون الدولي الخاص، ويعد الاتحاد الأوربي في مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من احد اعضائه فقط، وكذلك في بروتوكول لاهاي للقانون واجب

التطبيق على النفقة، ويعمل مؤتمر لاهاي من أجل التوحيد التدريجي لقواعد القانون الدولي الخاص، من خلال إيجاد قواعد متفق عليها دوليا، وهو مؤتمر مفتوح لانضمام الدول والمجموعات الدولية ومنظمات التكامل الاقتصادي.

٤. تنوعت قواعد الاسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ الى قواعد عامة اعتمدت على ضابط محل الاقامة المعتادة للدائن، وقاعدة خاصة وضعت لصالح الدائن وتعد استثناء عن القاعدة العامة ويطبق فيها قانون المحكمة المعروض امامها الدعوى او قانون الجنسية المشتركة او القانون الاكثر ملائمة للطرفين.

٥. جاء بروتوكول لاهاي بحكم لم يسبق له فيما يخص تعيين القانون واجب التطبيق بإرادة الطرفين "الدائن والمدين"، وهذا مالم نعتاده في مسائل النفقة بشكل خاص، وفي مسائل الأحوال الشخصية بشكل عام.

٦. نظّم بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ تنازع القوانين في مسائل النفقة في الدول التي تتعدد فيها الشرائع، سواءً كان هذا التعدد اقليميا أم شخصيا، والزم منظمات التكامل الاقتصادي كالاتحاد الأوربي باتباعها.

ثانياً: التوصيات:

١. الأخذ بما جاء في بروتوكول لاهاي من احكام وقواعد لتحديد القانون واجب التطبيق على النفقة وعده من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا في مسائل تنازع القوانين التي تعرض امام القاضي العراقي للأجانب وبما لا يتعارض الاحكام المتعلقة بالنظام العام في العراق.

٢. الاسراع في المصادقة على مشروع قانون انضمام جمهورية العراق إلى النظام الأساس لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الذي يضم العديد من الاتفاقيات والتنظيمات والبروتوكولات الدولية، ولتكون هذه المصادقة على مشروع هذا القانون نقطة لانطلاق العراق وانفتاحه على المجتمع الدولي للقانون الدولي الخاص.

٣. تنظيم قواعد الاسناد الخاصة بالنفقة بشكل مفصل، كما هو الحال في بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧، ووضع ضوابط اسناد أخرى تحقيقا لمصلحة الطرفين الدائن والمدين، وعدم الاكتفاء بما جاء في نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي على ان الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها.

الهوامش

(١) د. كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٧، ص١٤-١٥.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للشيخ زين الدين بن ابراهيم، المعروف بابن النجيم (ت ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ،١٩٩٧م : ٤ / ٢٩٣؛ حاشية ابن عابدين، لمحمد امين الشهير بابن عابدين، (ت ١٤١٥هـ ، ١٩٩٥م)، دار الفكر، بيروت.

(٣) د. رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج (دراسة في اطار التشريعات العربية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١١٩.

(٤) نقلا عن غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص١١١-١١٣.

(٥) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(٦) نصت المادة (٥٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه" ١. إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب .٢. تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم .٣. الابن الأكبر العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير" والمادة (٦٠) التي تنص على انه " ١. إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب .٢. تكون هذه النفقة ديناً على الأب للمنفق يرجع بها عليه إذا أيسر"، ونص المادة (٦١) على انه "يجب على الولد الموسر كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة" كذلك المادة (٦٢) بنصها على انه " تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه. ولقد عد المشرع العراقي النفقة من ضمن الاثار".

(٧) نقلا عن د. قسوري فهيمة و د. يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام املالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، صادرة عن جامعة جيجل محمد الصديق بن يحي، العدد السابع، الجزائر، ٢٠١٨، ص٤٨-٤٩.

(8) Andrew Robotham, Spousal maintenance & support after divorce in the UK,p.1. https://www.family-lawfirm.co.uk/divorce-settlements/spousal-maintenance/
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٣٠

(٩) نصت المادة (٥٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ان "نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها"، كما تنص المادة (٢٧) من القانون نفسه على ان " تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً.

(١٠) د. احمد محمود حمدان الفضلي، القانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص١٢٨-١٣١.

(١١) نصت المادة (٢١) من القانون المدني العراقي على ان " الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها".

(12) Jolanta Kren Kostkiewicz, Michaela Eichenberger, International Maitenance Law in Legal Relations between Switzerland and the EU,Comparative Law Review, Nicolaus Copernicus University, 2015, p.16-17.

(13) Article (1) from Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations "This Protocol shall determine the law applicable to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity, including a maintenance obligation in respect of a child regardless of the marital status of the parents.2. Decisions rendered in application of this Protocol shall be without prejudice to the existence of any of the relationships referred to in paragraph 1"
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133

(١٤) اتفاقية لاهاي الخاصة بتحصيل نفقة الطفل وغيرها من اشكال النفقة الأسرية الدولية لسنة ٢٠٠٧ Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٣٠

(١٥) اتفاقيتي لاهاي المؤرخة ٢٤ تشرين الأول ١٩٥٦ الخاصة بالقانون المطبق على التزامات النفقة تجاه الأطفال Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations واتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢ تشرين الأول ١٩٧٣ الخاصة بالقانون المنطبق على التزامات النفقة، Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children منشورتان على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=86
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٣٠

(١٦) لائحة مجلس المفوضية الأوروبية رقم ٢٠٠٩/٤ بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨ الخاصة بالولاية القضائية والقانون المطبق والاعتراف بالقرارات وإنفاذها والتعاون في الأمور المتعلقة بالتزامات النفقة. Council Regulation (EC) No 4/200tr9 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009R0004
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٢٩

(17) Article (19) from Protocol Hague 2007 "1.This Protocol does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by the Protocol, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.2. Paragraph 1 also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned".

(18) Article (11) from Protocol Hague 2007 " The law applicable to the maintenance obligation shall determine inter alia:

a. whether, to what extent and from whom the creditor may claim maintenance؛
b. the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance؛
c. the basis for calculation of the amount of maintenance, and indexation؛
d. who is entitled to institute maintenance proceedings, except for issues relating to procedural capacity and representation in the proceedings؛
e. prescription or limitation periods؛

f. the extent of the obligation of a maintenance debtor, where a public body seeks reimbursement of benefits provided for a creditor in place of maintenance".

(19) Article (2) from Protocol Hague 2007 "This Protocol applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State".

(20) Article (3) from Protocol Hague 2007" 1. Maintenance obligations shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the creditor, save where this Protocol provides otherwise.2. In the case of a change in the habitual residence of the creditor, the law of the State of the new habitual residence shall apply as from the moment when the change occurs".

(٢١) لم يقدم مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص تعريفا للإقامة المعتادة، لكي يكون المفهوم مرناً وقابلاً للتكييف مع المتطلبات العملية، وبالتالي يمكن تفسير الإقامة المعتادة حسب حالات التنازع المختلفة، ومع ذلك فإن المعنى الواضح يميل إلى الإقامة الطويلة المصحوبة بالارتباط بعناصر تدل على الحياة الشخصية والمهنية للفرد لإثبات استمرارية العلاقة بين ذلك الشخص ومكان الإقامة.

(٢٢) بلاق محمد، اشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، صادرة عن المركز الجامعي بريكة، المجلد الرابع، العدد الثالث، الجزائر، ٢٠٢١، ص١٠١.

(23) Judgment of the Court (Sixth Chamber 20 September 2018), https://eur--lex-europa-eu.translate.goog/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0214&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=op,sc

تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٢٩

(24) Article (4) from Protocol Hague 2007" (1) The following provisions shall apply in the case of maintenance obligations of: a. parents towards their children؛ a. parents towards their children؛ xyears, except for obligations arising out of the relationships referred to in Article 5; and c. children towards their parents .2. If the creditor is unable, by virtue of the law referred to in Article 3, to obtain maintenance from the debtor, the law of the forum shall apply.3. Notwithstanding Article 3, if the creditor has seised the competent authority of the State where the debtor has his habitual residence, the law of the forum shall apply. However, if the creditor is unable, by virtue of this law, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of the habitual residence of the creditor shall apply.4. If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Article 3 and paragraphs 2 and 3 of this Article, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of their common nationality, if there is one, shall apply".

(25) Cross-border divorce and maintenance, Thematic Unit 3 Cross-border recovery of maintenance in Europe, p.41.

(26) Article (9) from Protocol Hague 2007" A State which has the concept of "domicile" as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word "nationality" in Articles 4 and 6 is replaced by "domicile" as defined in that State".

(٢٧) هناك فرق بين الاقامة المشتركة والموطن المشترك، لأن الاقامة تتحقق بوجود الركن المادي فقط وهو وجود الشخص المادي على اقليم دولة ما، اما الموطن فيتطلب فيه توفر الركنين المادي والمعنوي، أي

وجود الشخص المادي على اقليم الدولة، فضلا عن توجه نيته للبقاء الدائم على اقليم هذه الدولة، الا ان المشرع العراقي يجمع في تعريفه للموطن ما بين مفهومي الموطن والاقامة في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي بنصها على ان" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد" . ويمكن القول ان الاقامة المقصودة في بروتوكول لاهاي قد يقصد بها الموطن، لأنها ليست اقامة مؤقتة بل اقامة معتادة، فيمكن ان تقترب من مفهوم الموطن المشترك، وقد اخذ المشرع العراقي بضابط الموطن المشترك في قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي منه التي تنص على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه".

(28) Article (5) from Protocol Hague 2007" A State which has the concept of "domicile" as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word "nationality" in Articles 4 and 6 is replaced by "domicile" as defined in that State" .

(٢٩) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص٣٨١-٣٨٢؛ د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٥٠٦.

(٣٠) يمثل ضابط الارادة مرحلة متطورة بالنسبة للمعايير الأخرى ويعد بمثابة الانقلاب على معيار الاقامة ومعيار الجنسية، ولوحظ في اوروبا ان تطبيق هذه المعاير الأخيرة قد يؤدي الى اهدار المساواة في التعامل بين اطراف العلاقة القانونية، ويمكن من خلال ضابط الارادة التغلب على هذه الصعوبات. لمزيد من التفصيل حول ضابط الارادة في مسائل الأحوال الشخصية ينظر: د. خير الدين الأمين، تراجع معيار جنسية المدعى عليه في مسائل الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، صادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة" للمدة ٦-٢٠١٩/١١/٧، ص١١٠ وما بعدها.

(31) Cross-border divorce and maintenance, previous source, p.43.

(32) Article (7) from Protocol Hague 2007" 1. Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor for the purpose only of a particular proceeding in a given State may expressly designate the law of that State as applicable to a maintenance obligation.2. A designation made before the institution of such proceedings shall be in an agreement, signed by both parties, in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference".

(33) Ilija Rumenov, PhD, Teaching and research assistant, Faculty of Law, University Ss Cyril and Methodius, Skopje, Macedonia, CONTEMPORARY Challenges of the cross order maintenance obligations system in republic of macedonia, p.284-285.

(34) Article (8) from Protocol Hague 2007" (1) Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor may at any time designate one of the following laws as applicable to a maintenance obligation: a. the law of any State of which either party is a national at the time of the designation؛ b. the law of the State of

the habitual residence of either party at the time of designation؛ c. the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime؛ d. the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation.2. Such agreement shall be in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference, and shall be signed by both parties3. Paragraph 1 shall not apply to maintenance obligations in respect of a person under the age of 18 years or of an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not in a position to protect his or her interest.4. Notwithstanding the law designated by the parties in accordance with paragraph 1, the question of whether the creditor can renounce his or her right to maintenance shall be determined by the law of the State of the habitual residence of the creditor at the time of the designation.5. Unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties" .

(٣٥) عالج المشرع العراقي مسألة تعدد الشرائع في المادة (٢/٣١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه "واذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها" وهذا ما يعرف بالتفويض كما معروف او الاحالة الداخلية.

(٣٦) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٠١.

(37) Article (16) from Protocol Hague 2007" (1) In relation to a State in which two or more systems of law or sets of rules of law with regard to any matter dealt with in this Protocol apply in different territorial units: a. any reference to the law of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law in force in the relevant territorial unit؛ b. any reference to competent authorities or public bodies of that State shall be construed as referring, where appropriate, to those authorised to act in the relevant territorial unit؛ c. any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit؛ d. any reference to the State of which two persons have a common nationality shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the maintenance obligation is most closely connected؛ e. any reference to the State of which a person is a national shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the person has the closest connection.2. For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which comprises two or more territorial units each of which has its own system of law or set of rules of law in respect of matters covered by this Protocol, the following rules apply: a. if there are rules in force in such a State identifying which territorial unit's law is applicable, the law of that unit applies؛ b. in the absence of such rules, the law of the relevant territorial unit as defined in paragraph 1 applies.3. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.".

(38) Andrea Bonomi, Extract from the Final Act of the Twenty-First Session signed

on the 23rd of November 2007, protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye, 2013, p.5-6.

(39) Article (17) from Protocol Hague 2007" For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules of law applicable to different categories of persons in respect of matters covered by this Protocol, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State".

قائمة المصادر

أولاً: الكتب الفقهية والقانونية:

١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للشيخ زين الدين بن ابراهيم، المعروف بابن النجيم (ت ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤١٨هـ ،١٩٩٧م.
٢. حاشية ابن عابدين، لمحمد امين الشهير بابن عابدين، (ت ١٤١٥هـ ، ١٩٩٥م)، دار الفكر، بيروت.
٣. د. رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج (دراسة في اطار التشريعات العربية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٤. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٥. د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
٦. غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
٧. د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
٨. د. كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٧.

ثانياً: البحوث:

١. بلاق محمد، اشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، صادرة عن المركز الجامعي بريكة، المجلد الرابع، العدد الثالث، الجزائر، ٢٠٢١.

٢. د. خير الدين الأمين، تراجع معيار جنسية المدعى عليه في مسائل الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، صادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة" للمدة ٦-٢٠١٩/١١/٧.

٣. د. قسوري فهيمة و د. يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام املالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، صادرة عن جامعة جيجل محمد الصديق بن يحي، العدد السابع، الجزائر، ٢٠١٨.

ثالثاً: اطاريح الدكتوراه:

١. احمد محمود حمدان الفضلي، القانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩.

رابعاً: القوانين:

١. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

خامساً: الاتفاقيات واللوائح والبروتوكولات الدولية:

١. اتفاقية لاهاي المؤرخة ٢٤ تشرين الأول ١٩٥٦ الخاصة بالقانون المطبق على التزامات النفقة تجاه الأطفال Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.
منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=86

٢. اتفاقية لاهاي المؤرخة في ٢ تشرين الأول ١٩٧٣ الخاصة بالقانون المنطبق على التزامات النفقة، Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children
منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37

٣. اتفاقية لاهاي الخاصة بتحصيل نفقة الطفل وغيرها من اشكال النفقة الأسرية الدولية لسنة ٢٠٠٧ Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.
منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131

٤. لائحة مجلس المفوضية الأوروبية رقم ٢٠٠٩/٤ بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨ الخاصة بالولاية القضائية والقانون المطبق والاعتراف بالقرارات وإنفاذها والتعاون في الأمور المتعلقة بالتزامات النفقة.

Council Regulation (EC) No 4/200tr9 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

منشورة على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009R0004

٥. بروتوكول لاهاي الخاص بالقانون واجب التطبيق على النفقة لسنة ٢٠٠٧،

Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع الآتي:

https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133

سادساً: المصادر الأجنبية:

1. Andrea Bonomi, Extract from the Final Act of the Twenty-First Session signed on the 23rd of November 2007, protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye, 2013.
2. Andrew Robotham, Spousal maintenance & support after divorce in the UK. https://www.family-lawfirm.co.uk/divorce-settlements/spousal-maintenance/
3. Cross-border divorce and maintenance, Thematic Unit 3, Cross-border recovery of maintenance in Europe.
4. Ilija Rumenov, PhD, Teaching and research assistant, Faculty of Law, University Ss Cyril and Methodius, Skopje, Macedonia, CONTEMPORARY Challenges of the cross order maintenance obligations system in republic of Macedonia.
5. Jolanta Kren Kostkiewicz, Michaela Eichenberger, International Maitenance Law in Legal Relations between Switzerland and the EU,Comparative Law Review, Nicolaus Copernicus University, 2015.
6. Judgment of the Court (Sixth Chamber 20 September 2018), https://eur--lex-europa-eu.translate.goog/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0214&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=op,sc

Abstract

Maitenance is one of the issues that are disputed among countries and their various systems in particular between Arab and Western systems, and this is due to the difference in the laws that govern these countries. Adapting it has its impact on defining the law applicable to it, and accordingly the Hague Protocol of 2007 was formulated in order to organize and unify the rules and provisions of the law applicable to maintenance, which will be highlighted in our research.

Applicable Law of Maintenance According to Hague Protocol of 2007

Dr. Zeena Hazim Khalaf Al-Jubory

Assistant professor of private international law

College of Law / University of Mosul