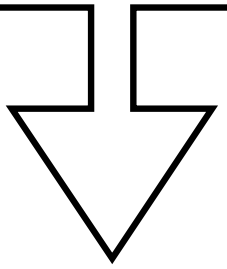
نظرية الثابت النصي والمتغير الاقتصادي
في القانون الدولي الخاص
دراسة تأصيلية

The theory of the textual constant and the economic variable in private international law



أ.د. إياد مطشر صيهود

كلية القانون – جامعة ذي قار

Lawp1e277@utq.edu.iq

Summary

Theory of the textual constant and the economic changing in The international private law

After 2003' the Iraq has become surprisingly face to face with new , different economical system , and new realities in the field of production , consumption, investment , commerce and the international financial relations, accompanied by the diminished role of state owned sector in the field of production, dwindling the tax revenues and the unplanned state expenditure , contrarily the emergence of private sector role in international commerce and investment . These facts necessitate complete revision for the structure of the Iraqi legislations to make them cope with these facts and cure these challenges depending on the mechanism of the changeable and the unchangeable as the best way to achieve positive responses. For all that the research will depend on deduction and inference approaches in order to build innovative legal remedies which support the Iraqi legislative organs to develop the Iraqi legal system especially in the matters of international private law.

الملخص

بعد عام ٢٠٠٣ اصبح العراق فجأة أمام نظام اقتصادي مُغاير وحقائق جديدة في الانتاج والاستثمار والاستهلاك والتجارة والعلاقات المالية الدولية، وتوقف القطاع العام الانتاجي عن العمل وتزايد الانفاق الحكومي مع ضآلة التمويل الضريبي وبروز دور جديد للقطاع الخاص في التجارة الخارجية والاستثمار عبر الحدود، مما يتطلب مراجعة تامة لهيكل التشريعات والقوانين العراقية، وبما ينسجم وهذه التحديات، ومحاولة معالجة هذه التحديات باعتماد آلية الثابت والمتغير، كأساليب فاعلة وناجعة لتحقيق استجابات ايجابية لمثل هذه التحديات.

المقدمة

التعريف بالبحث

إن التشريع سمة رئيسة وثابتة وميل طبيعي لشعوب ما بين النهرين، وهي واحدة من السمات التي تركت آثارها على جميع أشكال الحياة الاجتماعية ويقف خلف النظام الفقهي ميل طبيعي للتميُز والتشريع.

فإذا أخذنا تاريخ مجتمعات ما بين النهرين، فسنجد قِدماً وتواصلاً في التاريخ التشريعي هو بلا شك –من– الأكثر تقدماً على الصعيد العالمي، كشريعة اورنمو ولبت عشتار وايشنونا وحمورابي[١].

وفي مجتمع مسلم كالمجتمع العراقي سعى التشريع إلى تكثيف وتخليص الثوابت والتعبير عنها والارتباط بها، في حين تمثل المتغيرات عناصر التحول القصيرة الأجل سريعة الحركة، فإذا كانت الحركة هي تفاعل عوامل الاستمرارية مع عوامل التغيير أو الانقطاع، فان الاستمرارية تقود ذاتها لتغيير ويجري التغيير على ارض الاستمرارية ليعيد تكوين شروطها، وان الثوابت هي ما يحمل عوامل الاستمرارية، أما المتغيرات فتحملها بشكل رئيس الثوابت[٢].

أهمية البحث

تتجلى بالتصورات الآتية:

١– إن أي بحث في مسائل القانون الدولي الخاص العراقي له أهميته الاستثنائية في ظل المعطى العلمي والأكاديمي في هذا المجال.

٢– لم نقف– في حدود اطلاعنا– على أي بحث يتعلق بمسائل الثابت والمتغير في ميدان القانون الدولي الخاص العراقي– أو حتى المقارن–.

٣– إن المواءمة بين الأصالة والتميز من جهة والمرونة المطلوبة لحل الأزمات ومواجهة المستجدات من سمات النظام الأصلح للتطبيق.

٤– إن القانون المرآة العاكسة لمتغيرات المجتمع، بأبعاده الاقتصادية والسياسية والاجتماعية؛ لذا لا بد من تحقيق الموازنة بين هذه المتغيرات ونوعية وكمية التطورات التشريعية الموازية لها.

اشكالية البحث

١– ان لكل لغة قواعد ثابتة وموازين مقررة في الاذهان، ومدارج الانتقال بين بعض هذه المعاني وبعضها الاخر– مثل الانتقال من المعنى الذي أُستعمل فيه اللفظ الى المعنى الذي يُراد تفهيمه ومنه الى المعنى الذي يراد بنحو القصد والجدية، فهناك

ضوابط ثابتة للبحث العلمي تفسح المجال للمتخصص الموضوعي ان يقرأ النص ويفهمه على حقيقته، ويُقرر مدى امكانية فهم نصوص القانون المدني بثوابته الحالية على الوقائع المتغيرة.

٢- يرتبط الخطاب القانوني بالحياة الانسانية؛ لذا لابد ان يستجيب لمتطلبات التحول الحضاري والثقافي، فهو خطاب يتسم بالثبات في أُطره العامة وبنيته التنظيمية، وبالتغير في بعض مضامينه وجزئياته، الا ان الواقع-الى الان- يكشف عجزاً وعدم قدرة للتشريع العراقي في مواكبة التطورات الحديثة في ميدان القانون الدولي الخاص- على الاقل-.

٣- ان التغير قد يكون في الصور والامثلة والتطبيقات الجزئية، إذ قد ينطبق على موضوع ما عنوان ثم يؤول الامر لينطبق عليه عنوان اخر، ومن هنا على المشرع مراعاة عدم التدافع بين الاحكام وليس التشبث المستمر بتكييف الاحكام على البيئات المتعددة.

٤- ان مشاكل ما تسمى فرص العقود والايفاء بالالتزامات ودور الاجهزة التنفيذية والقضاء تؤثر في حماس المستثمرين، الامر الذي يجعل رجال الاعمال مهتمين، وعلى نحو مستمر، بالتشريعات واللوائح التنظيمية والتعليمات التي تحكم النشاط الاقتصادي، وليس المهم فقط وجود تلك الضوابط بصيغة ملائمة وعادلة بل العبرة بالممارسة وهذا ما افصحت عنه خبرة رجال الاعمال على مستوى العالم- وليس العراق فقط.

أسباب اختيار البحث:

أولا: الأسباب الاقتصادية

١- في ١١ شباط عام ٢٠٠٤ قدم العراق طلباً للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية بصفة مراقب، وقد حصلت موافقة المجلس العام على قبول هذا الطلب[٣].

٢- أعدت وثيقة الانضمام الرئيسية (**IACC**) وصيغة الـ (**MFTR**) وهي مذكرة سياسة التجارة الخارجية للعراق وقدمت للمنظمة.

ثانياً: الاسباب القانونية:

١- على الرغم من الحاجة الى التطور الا ان للقانون ثوابت ينبغي مراعاتها، وفيه ملامح للتغيير يجب تحديثها كلما كان الى ذلك داعٍ وسبيل.

٢- قِدّم القوانين المُنظِمة للمسائل التي دخل التطور فيها مساحات- قد لا يمكن تصورها اصلاً- كبيرة لا نستشعر اية نقاط للتواصل بينها وبين النصوص التقليدية في وجودها ومعالجاتها.

٣- فقر ساحة القانون الدولي الخاص العراقي لأبحاث تُمثل روح التجديد والتحديث في هذا المجال المهم جداً.

٤- في مجال التشريعات يجري بشكل مستمر العمل على مواكبة التشريعات العراقية مع اتفاقية منظمة التجارة العالمية، أو بشكل عام دون الالتفات الى الارتباط بالمنظمة، والعمل على تحديث خطة التنفيذ التشريعية للقوانين العراقية التي تحتوي على ٢٧ فقرة بين قانون نافذ ومشروع قانون وتتضمن القوانين المطلوبة من المنظمة إضافة إلى قوانين ومشاريع قوانين أُضيفت من الجهات الحكومية العراقية لكونها ترتبط بالنشاطات التي تنظمها المنظمة.

منهج البحث

يعتمد هذا البحث على منهج التأصيل والاستنباط، لجهة ان هكذا دراسة تعتمد اسلوب التحليل والتفصيل لأسس النصوص ومنطلقاتها للوقوف على ثابتها من متغيرها، والاستنباط لتصورات قد تُسهم في تكوين معالجات قادرة على دعم توجه المشرع العراقي وهو في سبيل تحديث بُنية النظام القانوني العراقي، لاسيما في نطاق مسائل القانون الدولي الخاص.

خطة البحث

توزعت خطة الموضوع على تصورين، تعلق الاول ببيان المعالم التصورية لمفهوم الثابت والمتغير(مبحث ١)، في حين ارتبط الثاني بتطبيقات الثابت والمتغير دوليا (مبحث٢).

المبحث الاول: المعالم التصورية لمفهوم الثابت والمتغير.

يدور هذا المحور حول بيان الافكار النظرية التأسيسية لكل ما يرتبط بمسألة الثبات والتغير في ضوء التعريف والاسس والعلل والمنطلقات، وعلى وفق النقاط الآتية:

أولاً// التعريف بالثابت والمتغير

نعتمد–في هذا المقام– على التصورات المستنبطة من المصادر اللغوية بالنسبة للتعريف اللغوي والمصادر الشرعية الإسلامية، بالنسبة للتعريف الاصطلاحي، لاسيما في ظل خلو الساحة القانونية– في حدود اطلاعنا– من تعريف لهذه المفاهيم، وعلى وفق الآتي:–

١– الثبات والتغير في اللغة:–

الثبات في اللغة الاستقرار والدوام والمواظبة، قبال التغير والتحول والتحرك والتبدل[٤].

أما التغير فهو من التغيّر أي التبديل والاختلاف والتحول، أي ما يمكن وصفه بعدم الثبات[٥].

٢– الثبات والتغير في الاصطلاح[٦]:

الأول(الثابت)؛ فيمكننا تعريفه بانه: هو كل نص تشريعي مستقر ونافذ متضمناً حكماً قانونياً صريحاً أو ضمنياً، يتفق على حكمه تفسيراً–تشريعاً أو فقهاً–أو تطبيقاً.

أما الثاني(المتغير)؛ فنعرفه بانه: كل حكم يمكن أن يضاف للقانون بعد توفر القاعدة القانونية (تشريعية أو غيرها) المُجيزة لذلك، شريطة الانسجام وأُسس التشريع الموضوعية[٧] وعدم مخالفة النظام العام والآداب.

لقد عمدنا إلى هذه التعاريف– للثابت والمتغير– بعد أن لم نقف على تعريف قانوني– في حدود اطلاعنا– لمثل هذه المفاهيم، لقد تميز التعريف الأول بالتركيز على النص التشريعي للقانون الدولي الخاص بما يتضمنه من حكم قانوني ثابت ومستقر مفهوم بشكل صريح أو حتى بشكل ضمني، شريطة أن يتضح هذا الإضمار الأولي بالإيضاح الثانوي من خلال دور التفسير الذي قد يكون تشريعياً أو فقهياً أو من خلال التطبيق القضائي المستقر على فهم النص أو حكم النص باتجاه معين[٨].

في حين ركزنا عند التعريف الثاني على جانب المتغير لجهة القول بأنه حكم وليس نصاً، لما للقول بالنصية من إضافة لمتن التشريع، وهي –الإضافة– من الصلاحيات المحجوزة للمشرع، ولجهة التركيز على وجود الأساس التشريعي الذي ينطلق منه فهم المتغير بما توفره هذه القاعدة–الاساس التشريعي– من منطلق إجازة للبحث عن الحكم المناسب ليكون تطبيقاً وإعمالاً لنص القاعدة، بما يتقيد بشرطي الانسجام وأسس القانون الدولي الخاص العراقي أولاً، وعدم مخالفة النظام العام والآداب ثانياً.

ليتحصل مما تقدم إن التغيير هو في تطبيقات القاعدة العامة والكلية التي تجيز هذا الفهم من خلال:–

أ– محدودية النصوص التي تعالج مسائل القانون الدولي الخاص قبال التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي الداخلي والدولي.

ب– فتح المشرع العراقي الباب لهذا المعيار العام في ظل المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل في ظل ما يعرف بالمبادئ الشائعة دولياً، بالنص على انه:–

"يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

ت– ملاحظة القواعد التي اوردها القانون المدني العراقي النافذ من المادة الثانية الى المادة التاسعة منه باعتبارها أُسساً يمكن من خلالها تحريك الاحكام بتغير موضوعاتها[٩].

ثانياً// أُسس إشكالية الثابت والمتغير

تتمثل بما يلي:–

١– الحاجة إلى إحكام جديدة وتصورات مستحدثة لمعالجة الوقائع المستجدة، وذلك لضمان فاعلية واستمرار تأثير القانون في كل الأزمنة والمراحل في حياة المجتمع الإنساني.

٢- الأهمية القصوى لتجديد الاحكام في المواضع التي تناولتها النصوص بالمعالجة لاختلاف دوافع وغايات وضرورات تشريع هذه النصوص، من خلال التباين بين زمن النص عن الوقت الحالي المعاصر أو حتى المُستَشرَف المستقبلي- في حدود ملامحه العامة-.

ثالثاً// علل الثبات والتغيّر

نقصد بها العوامل الرئيسة المؤثرة على الواقع القانوني والدافعة باتجاه طرح البحث في مفهوم الثابت والمتغير.

المعروف إن لكل نتيجة سبب، لكل معلول علة، يشكل الوقوف عليه أساساً تدرجياً للمعالجة المتكاملة، لذلك فنحن نستطيع-في حدود ما نتصور- تشخيص الدوافع الكامنة وراء بروز ظاهرة الثبات والتغير من خلال ما يلي:-

١- الادعاء بان قواعد القانون الدولي الخاص العراقي لم تعد ملائمة – ولو نسبياً- لحاجات وتطور واقع التجارة الدولية واتساعها وشموليتها.

٢- التصور بان للزمان والمكان –الزمكان- تأثيراً واضحاً على تحديد مدى مقبولية النص واستجابته لمتطلبات معالجة الوقائع المطروحة، أو على إمكانية تشخيص الأحكام المناسبة للجزئيات المسكوت عن حكمها.

رابعاً// علاقة الثابت والمتغير بفكرة عدم الملاءمة

الواضح من فكرة عدم الملاءمة إنها الحجة المعبر عنها بعدم ملاءمة نصوص القانون الدولي الخاص-عموماً- لمتطلبات التجارة الدولية.

لقد بُنيت هذه الفكرة على أساس الاعتقاد بان الحلول المعتمدة – ثابتها ومتغيرها المعروف- في الأنظمة القانونية الوطنية غير ملائمة واحتياجات المعاملات الدولية وبما يؤدي إلى دعم فكرة فض النزاعات، لا باستخدام القانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد، بل باستخدام قواعد تتلاءم مع معطيات التجارة الدولية.

لقد برهن جانب من الفقه على ان قواعد التجارة الدولية، التي يطلق عليها أحياناً الأعراف التجارية، قد تطورت من خلال المفاهيم الآتية:- "استقرار المعاملات، تكييف العقود، وتعاون الاطراف، والأمانة في التجارة، وكلها مفاهيم ضرورية في التجارة الدولية"[١٠].

يبدو أن جانب أخر من الفقه اعتبر إن الميدان الحقيقي لتطبيق قاعدة عدم الملاءمة يتمثل في ميدان العقود الدولية، تلك العقود التي تنوعت وتعقدت إلى المستوى الذي يصعب معه تصنيفها بين التصرفات المعهودة أو المألوفة التي تخضع للقوانين الوطنية التقليدية، إذ "ان التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا إذا افلتت من قيود واختلاف التشريعات والقوانين الوطنية، والتي تجعل القلق وعدم الأمان ملازماً للعقود التي تتم بين رجال الأعمال والتجارة عبر الحدود، ولن يمكن تلافي ذلك إلا إذا تم تحييد السبب، أي إذا وضع العقد في مأمن من آثار القانون"[١١].

الحقيقة التي نراها في هذا المجال، تتمثل بما يلي:

أولاً// ايجابيات التوجه:

١- دائماً هناك إمكانية لتطوير مضامين القانون الوطني من خلال اعتماد صيغة المعاهدات والاتفاقيات الدولية أو لا أقل عدم الممانعة من اعتماد العقود النموذجية، والتي هي من المعالم الأساسية لتطور التجارة الدولية.

٢- إن قواعد التجارة الدولية لها تأثير مهم لجهة ديمومة طرح بحث الثابت والمتغير في ميدان العلاقات الدولية الخاصة، وبما يوجب على المشرع الوطني اعتماد آليات تزاوج بين معطيات التجارة الدولية وسياسته التشريعية الداخلية في إطار جامع لصياغات تشريعية تُلاحظ ثبات النصوص –نسبياً– وتغير مدياتها التطبيقية[١٢].

٣- يمكن معالجة الفارق في التطور بين قواعد التجارة الدولية وقواعد القانون الداخلي، وان لم تكن هذه المعالجة كاملة؛ وذلك من خلال لجوء المشرع الوطني إلى استخلاص الاتجاهات العامة التي يتخذها المجتمع الدولي، فعند وجود عدد من الاتفاقيات والقوانين والأعراف تتبنى حلاً معيناً يمكن اعتبار هذا الحل قاعدة عامة تتبناها القوانين التي لم تستطع بَعدُ اللحاق بركب تطور قواعد التجارة الدولية.

ثانياً: سلبيات التوجه:

١- إن الدعوة إلى تبني قانون خاص بالتجارة الدولية يلائم متطلباتها وتطوراتها، يُباين القانون الداخلي الوطني، لا يعني بالضرورة ان القواعد الوطنية بعيدة تماماً عن واقع التجارة الدولية، فكثير من القوانين الوطنية تتضمن أحكاماً وأُسساً معتمدة في ميدان التجارة الدولية بوضعها الراهن.

٢- قد تكون بعض ملامح التجارة الدولية واضحة الإطار والمضمون، مثل العقود النمطية أو النموذجية إلا أن هذا لا يعني بان هناك إجماع دولي على كل مفاصل واليات هذه التجارة[١٣]، وبما يُمكن من وجود مساحات تستطيع فيها القواعد الوطنية العمل بشكل واضح وفعال في قبال ان التشريع الوطني واضح المعالم مُحدد النصوص.

٣- على الرغم من أهمية الدور الذي تمثله قواعد التجارة الدولية، إلا انه لا يمكن القول- مع ذلك-بان الحاجة منتفية لقواعد القانون الداخلي، لاسيما في الموارد التي يجب فيها حماية الطرف الضعيف في التعاقد.

٤- ان اتجاه الملاءمة الذي طرحه الفقه هو بذاته منقسم على نفسه بين التجارة الدولية والعقود الدولية، فهو اتجاه غير واضح المعالم ولا منسجم البنيان والاسس.

٥- ان الامان القانوني هو الاساس المبتغى في تعاملات التجارة الدولية بكل تفاصيلها، في حين ان هذه التعاملات لم تصل الى الان الى مستوى الامان الذي حققه التشريع الوطني؛ مما يجعل الاخير اكثر جدارةً بالاعتبار من غيره.

خامساً// منطلقات الثابت والمتغير:-

طرح في الآونة الأخيرة بحث مفهومي الزمان والمكان بكثرة لجهة تأثيره على ثبات الإحكام وتغيرها، على المستوى الشرعي الإسلامي، ولكن لم نجد مثل هكذا أبحاث تفصيلية في الميدان القانوني، من هنا سنعمد – مثلما اعتمدنا في بيان مفهومي الثبات والتغيير- إلى استنتاج ما يلي:

١ – التعريف بالزمان والمكان:–

يمكن تعريف الزمان بأنه:–

"تغير طريقة الحياة، الفردية أو المجتمعية أو الأخلاقية أو غيرها، باختلاف الظرف أو الوقت الذي يقع فيه الفعل والحركة، وبما يكون له اعتبار من الناحية القانونية".

أما المكان فهو:–

" المحل والموضع الذي يمثل تنظيمه غاية وهدف القانون".

٢ – تأثير الزمان والمكان في الحكم التشريعي:–

من المهم ملاحظة إن المقصود بتأثير الزمكان على الحكم التشريعي إنما يتخذ صورتين، صورة متعلقة ببيان عوامل التأثير وصورة أخرى متعلقة بعنوانات التأثير، وعلى النحو الآتي:–

الصورة الأولى // عوامل تأثير الزمكان في الحكم التشريعي:–

هذه الاسباب متعلقة بالإطار العام للتأثير، وبمعنى أخر تصورات متعلقة بالسياسة التشريعية للدولة ومحددات وجودها ورسمها، ومنها:–

(أ)– تغير المنطلقات الأخلاقية:–

من الواضح جداً إننا نتكلم هنا عن البعد العملي للأخلاق، أما البعد النظري فهو ثابت لا يختلف باختلاف الزمان والمكان، فلا تجد أحداً يقول بحسن الظلم أو الكذب نظرياً، وهذا البعد – العملي– يختلف وفقاً لتغيرات الزمان والمكان وصيغ التطور الاجتماعي والنفسي لكل مجتمع وبما يفرضه من تأثير في خلق مقدمات القاعدة العرفية أو القانونية المستقبلية، ولعل من ابسط أمثلته الأعراف التجارية السائدة بين التجار وأسلوب تعاملاتهم والتي تعتمد على صور يمكن قبولها والاطمئنان إليها، ومنها مثلاً خلق قواعد من الثقة والتعامل الأخلاقي تدعم وجود وخلق مثل هكذا صيغ للتعامل.

من هنا شاع في الآونة الاخيرة مصطلح الانضباط السوقي؛ ويُراد به مدى احترام جميع الشركاء في ميادين الاعمال للقيم المهنية، ومنها الالتزام بقواعد الاداء بحسب المعايير المتفق

على احترامها، وادانة التزوير والغش والتلاعب الذي يلوث بيئة الاعمال ويوقع الشركاء الاخرين في مهالك التعامل غير المنضبط[١٤].

(ب)- الأسس الجغرافية:-

هي قواعد مرتبطة بالبيئة المكانية للتعامل، وبما تفرضه هذه البيئة من آليات تختلف عن غيرها من البيئات، وهو ما يفتح الباب واسعاً أمام التباين في صياغات القواعد التشريعية تبعاً للتأثيرات الجغرافية ومدى قدرتها على التأثير القبلي أو البعدي، حيث ان هذه التأثيرات تعتبر من المسائل التي قد تفرض على المشرع اتخاذ صيغ معينة بذاتها لمعالجة مسائل معينة(تأثير قبلي) في حيث أنها قد تحدد المشرع بمسار معين وهو بصدد تطوير تشريعاته لما لبيئته من آثر في مدى قبول هذا التطور لجهة استيعاب التحديث من عدمه (تأثير بعدي).

(جـ)- التطور الاقتصادي التكنولوجي والمعلوماتي:-

لعله من أوضح عوامل التأثير والصقها بواقع التجارة الدولية، حيث مثلت هذه المستحدثات علة باعثة على تغيير كثير من المعطيات التي كانت ثابتة ومستقرة في بيئة القوانين الداخلية، فظهور العقود الدولية غير المألوفة في البيئة الوطنية وصيغ العقود النمطية وأساليب التعاملات الالكترونية كلها تشكل نقاط ضغط باتجاه رسم ملامح سياسة تشريعية جديدة ينبغي على المشرع الوطني النظر إليها بعين الاهتمام والمتابعة وطبعاً يترك مثل هكذا تغيير أثره البالغ في رسم الملامح الاقتصادية ومتغيرات الاحتياجات والضرورات، فكلها عوامل مهمة جداً، لا بل خطيرة، من المهم معالجتها بدقة للجهات التشريعية وبما يوائم ما عليه الحال في واقع معاملات التجارة الدولية وفي ظل متطلبات الواقع الاجتماعي الداخلي.

لعل من البديهي ان ملاحظة اثر هكذا عوامل –كل العوامل أعلاه– غير خافي على أهل الاختصاص في القانون الدولي الخاص وبما يستدعي التحرك السريع لمعالجة نقاط النقص في القوانين الوطنية باتجاه تبني المزيد من المعالجات في ظل عوامل التأثير المُشخصة.

الصورة الثانية// عنوانات التأثير الزمكاني في الحكم التشريعي:-

هي المجالات التي يمكن تسطيرها لملاحظة مدى تأثير الزمكان على الأحكام التشريعية – الموجودة أو المستقبلية–، ومنها:-

١- توليد مجالات لم تكن معروفة سابقاً، في ظل الإطار العام للنصوص المحددة الاحكام، في الإطار الجزئي والتفصيلي.

٢- الوقوف على آليات وصيغ جديدة لتطبيق الإحكام وتنفيذها وطرق حلها.

٣- الإسفار عن مسائل وحقول مستحدثة.

على انه ينبغي التأكيد هنا على مفردة مهمة، ألا وهي إن الزمان والمكان ليس مُغيراً بنفسه وإنما التغيير مرتبط بالإنسان نفسه وعلاقته بالزمان والمكان، وبما يؤدي إلى خلق عرف اجتماعي –بالمعنى العام للاجتماع الإنساني– يكون له تأثير ومدخلية في الأحكام التشريعية، إن من جهة إعادة النظر أو صياغة إحكام جديدة[١٥].

سادساً// المتغيرات الزمكانية في العراق:-

ليأخذ البحث مداه الواقعي لابد من بيان بعض النقاط الخاصة بالمتغيرات الزمانية والمكانية المشخصة في دولة العراق الاتحادية، وعلى النحو الآتي:-

(أ)- قبل عام ٢٠٠٣ وخلاله – شهد العراق انهياراً اقتصادياً كاملاً بفعل الحصار الاقتصادي المفروض عليه منذ عام١٩٩٠[١٦]، زاده التدهور الخطير لكل القطاعات الإنتاجية والزراعية والخدمية مع بدء الاحتلال الأنجلو أمريكي له في اذار٢٠٠٣.

(ب)- بعد أحداث عام ٢٠٠٣ دخل العراق مرحلة جديدة من الانفتاح التجاري على بقية دول العالم، لاسيما تلك التي اعتاد على عدم التعامل معها كالولايات المتحدة الأمريكية مثلاً.

(جـ)- لم يكن الانفتاح وليد تخطيط ودراسة واضحة لذلك صارت أسواق العراق مكباً لكل نفايات كوكب الأرض، على الرغم من كل الجهود التي بذلتها الحكومات الجديدة المتعاقبة في العراق[١٧].

(د)- تقدم العراق بطلب انضمامه الرسمي إلى منظمة التجارة العالمية في ٢٠٠٤/١/٢٣[١٨] وهو ما يزال يرضخ تحت الاحتلال، وهي اكبر منظمة تجارية في العالم تضم في عضويتها ١٥٠ دولة عدا المنظمات والدول المراقبة فيها، وللمنظمة خبرة طويلة متراكمة في مسائل التجارة الدولية وتسوية الخلافات التجارية[١٩]

(هـــ)- لا يخفى ان مثل هذا الطلب يحمل في طياته مشكلة كبيرة على مستوى نصوص التشريع العراقي والتي يفترض فيها المواءمة مع مقتضيات ومتطلبات مثل هذه المنظمة والياتها المتطورة والمتشعبة، الا انه وفي ذات الوقت يتضمن المزايا الآتية:-

١- زيادة فرص التعاون الاقتصادي والتجاري مع أكثر الدول المتقدمة صناعياً وتجارياً كالولايات المتحدة الأمريكية واليابان وألمانيا الاتحادية.

٢- زيادة استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتسريع نقل التكنولوجيا وإمكانية إقامة المشروعات الدولية المشتركة بين العراق وبقية دول العالم.

٣- ضرورة استحداث هيئات مختصة بمراجعة السياسات العامة وتحديث التقنين التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤[٢٠]، وباقي التشريعات العراقية الأخرى.

إذاً هناك عوامل زمانية ومكانية متغيرة بشكل كبير في بيئة العراق -الداخلية والخارجية- وبما يفرض واقع أكيد لإعادة النظر في التشريع العراقي وبما يتلاءم وهذه العوامل -أعلاه-.

المبحث الثاني:- تطبيقات الثابت والمتغير دولياً

نحاول في هذه المبحث تسليط الضوء على بعض الإحكام التي لم نألفها في القانون العراقي، والتي هي حصيلة المتغيرات في بيئة التجارة الدولية[٢١] وبما يستلزم إضفاء الأهمية المتزايدة على موضوع الثابت والمتغير في البيئة الوطنية الداخلية، وعلى النحو الآتي:-

ألف: المسائل المُرتبطة بالعقود الدولية:

ونحاول فيها الاشارة الاجمالية لبعض المستجدات المُشخصة في بيئة التجارة الدولية، ومن ثم نُجري تقييماً واستقراءً لمدى امكانية تفعيلها في البيئة الوطنية العراقية بالمقايسة بالنصوص النافذة داخلياً، وعلى النحو الآتي بيانه:

١- التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي):-

الأصل في العقود، في القانون الدولي الخاص، إن القانون المختار من الأطراف هو الذي ينظم العقد وقت الاختيار، وحتى في حالات التعديلات التشريعية اللاحقة إلى وقت نظر النزاع بشان هذا العقد.

غير إن واقع العقود الدولية، لاسيما عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، يُمكِن من ملاحظة وجود اعتراف بسلطة التجميد الزمني لقانون العقد على العقد بحالته التي كان عليها وقت أبرام العقد مع حذف كافة التعديلات التي يحتمل أن تلحق على هذا القانون –قانون العقد– في وقت لاحق.

" حيث تتعهد الدول المتعاقدة بموجب هذه الشروط، بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت، بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها"[٢٢].

لعل الهدف من وراء هذا الثبات هو جذب الاستثمارات الأجنبية لما يمثله هذا الاشتراط من عامل اطمئنان بالنسبة للمستثمر الأجنبي.

وقد انتهى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ والمختصة بمناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، إلى الاعتراف بمشروعية اتفاق الأطراف على التجميد الزمني للقانون المختار، حيث نص في المادة الثالثة من التوصية الصادرة عنه انه:–

"يجوز للأطراف الاتفاق على إن إحكاماً في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"[٢٣].

وابرز اثر لشرط الإثبات التشريعي انه ينبغي اخذ هذا العامل بعين الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب، مع الاعتراف بحق الدولة في تعديل وإصدار التشريعات التي تقتضيها مصلحتها العامة، حيث يكون مقدار التعويض أكثر بكثير مما يكون عليه في حالات اعتيادية[٢٤]

٢– التنظيم التشريعي للمفاوضات الدولية:–

تعتبر المفاوضات من المقدمات الأولية اللازمة لأبرام العقود الدولية، فتلك العقود تتبع انتقال القيم الاقتصادية بين الدول المختلفة وتتأثر بها المصالح الحيوية للإفراد، أطراف التعامل الدولي، بل وحتى الدول ذاتها.

"وقد أرسى الواقع العملي، وممارسات رجال الإعمال وشركاء العمليات التجارية الدولية، بعض القواعد والتطبيقات التي تحكم بدء وسير وانتهاء مفاوضات العقود الدولية، وهي قواعد تبدو أساسية في ظل فراغ تشريعي حقيقي في مختلف التشريعات المقارنة"[٢٥].

يفترض الأمر هنا توجه المشرع الوطني– في العراق وباقي الدول– نحو تنظيم هذه المفاوضات في إطار العقود الدولية لجهة الإعداد لها وبين ماهيتها وضرورتها والوقوف على استراتيجيتها وأنواعها وعوامل نجاحها وبيان القانون الواجب التطبيق على المفاوضات وقطعها وتنظيم الشروط المتصلة بها والمتعلقة بها.

وهو أمر يقع في صلب بحث الثابت والمتغير من حيث عدم تطرق القانون العراقي لأي أمر متعلق بهذه المفاوضات وتنظيمها القانوني وفي ظل عجز قواعد القانون المدني أو التجاري التقليدية لتغطية وتوفير معالجات واقعية لمثل هذه المستجدات[٢٦].

٣– فكرة الأداء المميز للعقد:–

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا ان احد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته[٢٧].

وتعد نظرية الأداء المميز للعقد وما ينتج عنها من إمكانية توقع القانون الذي سيحكم العقد، نظرية ثابتة في اغلب الأنظمة القضائية، وتعترف بها اغلب الأنظمة القانونية، كما أنها تعد مبدأ معترفاً به في الاتفاقيات الدولية[٢٨].

ويبقى للإسناد وفقاً لنظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية في كونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، فهو مقيد لأنه يقوم على افتراض مسبق مؤداه ان محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين لهذا الأداء، "وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية"[٢٩].

من هنا يفترض بالقانون العراقي، في سياق القانون الدولي الخاص، معالجة هذه الفكرة بالشكل الذي استقر عليه وجودها في الميدان الدولي وبالصيغة التي تعالج فيها سلبياتها من جهة ومواءمتها لمتطلبات التجارة الدولية –وحتى الالكترونية منها– من جهة أخرى، كتطبيقها على عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الإشغال الدولية مثلاً، في ظل قواعد الالتزامات العقدية الواردة في القانون المدني العراقي.

٤– تقويم التطبيقات العقدية الحديثة في البيئة الوطنية:–

نصت المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي على ما يأتي:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانوناً اخر يُراد تطبيقه".

هذا النص الذي اورده المشرع العراقي في قانونه المدني لسنة ١٩٥١ يُمثل التوجه العام الذي كان–وما يزال– سائداً لفترة ليست باليسيرة من عمر تطور قواعد القانون الدولي الخاص، والذي يرتكز على مراتب ثلاث متتابعة فإما ان يعتمد قانون الارادة (الصريحة او الضمنية) او قانون الموطن المشترك او قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذه الاحكام الواردة في القانون العراقي تمثل التوجه التقليدي في تنظيم مسائل تنازع الالتزامات الارادية(العقود) وهي تمثل صيغة مزدوجة للمعالجة؛ فتارةً تتسم بمرونة من جهة الاطار العام الذي جاءت به لكل تصورات تنازع مسائل العقد الدولي، وتارةً اخرى هي معالجات قد تحتاج الى اعادة نظر في ضوء مستجدات التصورات العملية والنظرية الدولية المعاصرة، وهو ما يمكن تلمسه في مدى امكانية حُكم هذه المادة للتصورات المستجدة– انفة الذكر–.

مما تقدم يمكن ادراج ما يأتي:

أ– ان نصوص القانون العراقي الحالي تبقى قابلة لمعالجة التصورات المتقدمة ولكن ضمن الاطار العام، أي القواعد العامة التي اورها النص اعلاه.

ب–ان هذه القابلية تبقى أولية ولكنها تواجه اشكاليات منها:

أولاً: ان التصورات الحديثة التي جاءت بها التجارة الدولية وانعكاساتها الهائلة تمثل تغيُراً يعتمد على تفاصيل المسائل والموضوعات وليس الاطار العام- كتسمية العقد او اركانه- لذا يمكن في هذا الباب رصد العجز الاولي لمعالجات القانون المدني لهذه المسائل المُفصلة والمعقدة.

ثانياً: ان المعّلَم الاساس للتجارة الدولية هو التطور والمرونة والتنوع الكبير لأطراف العلاقات القانونية التجارية الدولية، وهو ما يفترض ان نجد قوانين ذات ارتباط مباشر لمعالجات هذا الحقل المهم وهو مالا يستوعبه القانون المدني بتصوراته الحالية.

ثالثاً: قد لا يكون القانون المدني متوجهاً أصلاً صوب معالجة المسائل المرتبطة بالقانون الدولي الخاص، لذا لم يلتفت الى تفصيلات هذه المفردات، أما لعدم بروزها في لحظة تشريع القانون المدني العراقي- وهذا شيء طبيعي- أو لان القانون المدني هو قانون الاطر والقواعد والتفصيل لقوانين مستقلة وهو الامر الذي لا يتحمل تبعاته القانون المدني.

ث- يمكن في هذا المجال تصور ما يأتي:

- قد تبقى القواعد المنصوصة في القانون المدني- والى حين التعديل او التغيير التشريعي- حاكمة في مجال الانسجام مع معادلة التوازن بين قانون الارادة وضوابط القانون، لجهة ضبط محددات حركة الارادة وهو ما يعني ان تجميد الارادة للتشريع يُمكن ان يُقبَل في اطار القانون العراقي مادام الامر يسير في ظل المساحات التي يسمح بها التشريع، مع ضرورة مهمة جداً الا وهي النظر بمجال مناسب من المرونة للقواعد والنصوص التشريعية بما يتلاءم مع مرونة القانون الدولي الخاص وتغيراته المتواصلة.

مع الالتفات الاكيد الى اننا لسنا بصدد تقويم مدى ايجابية أو سلبية التجميد التشريعي وانما الامر مرتبط فقط بقياس آثر الثبات والتغيير على بُنية التشريع الداخلي في قِبال حركة التجارة الدولية ومؤثراتها.

- في هذا الباب ايضاً-العقود الدولية- يمكن النظر الى مسألة المفاوضات الدولية في اطار العقد الدولي على انها من ضمن المفردات التي يُمكن ان تُضبط في منطلقاتها بالقانون المدني وقواعده المرتبطة بمقدمات العقد والتفاوض السابق له، الا ان المسألة ليست بهذه البساطة وانما الضرورة تقتضي الالتفات التام الى ان المفاوضات العقدية

في مجال التجارة الدولية باتت تتضمن مفردات لا يسع القانون الداخلي مُجاراته ابداً، بما يقتضي الاهتمام الاكيد بالدراسات النظرية والعملية المتعلقة بموضوع المفاوضات في اطارها التأسيسي – كعلم المفاوضات باعتباره من العلوم الحديثة لاسيما في مجال التنمية البشرية– او آثارها القانونية كالقيمة القانونية لهذه المفاوضات والمسؤولية المدنية المُرتبطة بها وطبيعة خطاب النوايا او غيرها من الموضوعات التي افرزها التطور الدولي في باب المفاوضات او المقدمات التمهيدية لإبرام العقد الدولي.

- من متممات هذه المفردة–العقد الدولي– ما يتعلق بفكرة الاداء المميز في العقد الدولي وهو المعيار الذي تبنته التشريعات الحديثة لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، فهنا نفترض ايضاً– وفي حدود نصوص القانون المدني– ان المشرع العراقي لم يكُ ملتفتاً الى هذا الموضوع المستحدث بالقياس الى زمنية التشريع العراقي، ولكن من جانب اخر يمكن القبول بمثل هذا المعيار–الاداء المميز– بالاستناد الى ما أسسه القانون المدني العراقي في المادة ٣٠ منه عندما نصت على:" يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً". عليه فالالتفات الى المبادئ الشائعة دولياً يُمكِن الباحث من الاستناد الى القول بمقبولية اخذ المشرع العراقي لهذه الفكرة –الاداء المميز– في اطار العقود الدولية، الا ان الامر قد لا يكون بهذه السهولة لجهة ان صياغة نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي قد لا تسمح بتبني هذا الامر من خلال التحديد الدقيق الذي تبناه لتراتبية القانون واجب التطبيق على العقود–كما بينا سلفاً– من هنا ففكرة الاداء المميز ليست من ضمن ادوات الارادة المختارة او الموطن المشترك او محل الابرام، لذا يكون من الضروري اما تعديل النص القانوني الحالي او العمل بالمرونة الممكنة في قراءة النص القانوني الحالي في المادة ٢٥ من القانون المدني واعتبار ان الاحكام التي جاءت في هذا النص ليست حصرية وإنما من باب الاشارة الى التجديد

الإطاري الاولي القابل للتجديد والتغيير في ضوء منهجية الثابت والمتغير وآثره الزمكاني على بُنية النص القانوني المدني العراقي.

باء: المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية:

نصت المادة ٢٧ من القانون المدني العراقي على الاتي:" ١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المُنشئة للالتزام.٢- على انه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وإن عُدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يتضمن هذا النص حُكماً تقليدياً تبناه المشرع العراقي من خلال اعتماد معيار محل وقوع الضرر، مع ما يتضمنه هذا الحكم من اشكاليات كبيرة كالمسائل المتعلقة باختلاط المسؤولية التعاقدية بغير التعاقدية او توزع عناصر الضرر على اقليم عدة دول وهكذا، الا ان الامر لم يقف عند هذا الحد بل تطور الامر وتغير الى تولد معايير جديدة ومهمة، منها:

أ- نظرية التركيز الاجتماعي: التي تعني البحث عن البيئة الاجتماعية التي تنشأ وترتبط بها الوقائع، فيتحدد القانون واجب التطبيق من خلال التركيز الاجتماعي لكل حالة، مما يجعل قانون محل الضرر ضعيف الصلة بالواقعة المُنشئة للالتزام.

ب-تطبيق القانون الاصلح للمضرور: وهو المعيار الحديث والمتجه صوب منح الفرضة والخيار للمتضرر ليُقرر اعتماد اي القوانين واجبة التطبيق اقرب الى تحقيق مصلحته او لا اقل تقليل الضرر الى ادنى مستوى له.

هذه التصورات الحديثة قد تجعل من المعيار الذي تبناه القانون العراقي في مأزق لاسيما في ظل تطور مجريات التجارة الدولية، ولمحاولة معالجة هذه المشكلة لابد من تسجيل بعض التصورات، ومنها:

أولاً: يمكن القول بان قاعدة محل وقوع الضرر هي الاساس المعول عليه لمعالجة اشكاليات المسؤولية التقصيرية، وما المعايير الاخرى المُستحدثة الا مُتممات لما قد يعتري القاعدة اعلاه من قصور في بعض المسائل المُستجدة.

ثانياً: ينبني على ما تقدم ان موقف المشرع العراقي يبقى قابلاً للتواصل والديمومة مادام هذا الموقف مُنسجماً مع القاعدة المتقدمة، ولكن الامر يطرح تساؤلاً مفاده مدى امكانية هذا التوجه العراقي لحكم كل التصورات التي تشهدها ساحة التجارة الدولية.

ثالثاً: ان مقتضيات الثابت والمتغير تفرض على المشرع العراقي اعادة النظر في توجهاته اما باعتبار عدم حصرية هذا الموقف–كما تقدم في قاعدة العقد الدولي– او اعتماد تغيرات تشريعية تعتمد بالإضافة الى القاعدة المذكورة ما طُرح مؤخراً من توجهات ترتبط بالتركيز الاجتماعي او القانون الاصلح للمضرور.

رابعاً: ضرورة الالتفات الى المرونة المطلوبة لموقف المشرع العراقي فيما يتعلق باشتراط ان يكون الضرر الواقع في الخارج عن خطأ مُعتبر في القانون العراقي كذلك، والا فلا مجال للاعتراف بمثل هكذا ضرر، والحال ان الامر يتطلب نوعاً من الالتفات من المشرع العراقي لطبيعة القانون الدولي الخاص ومرونته وتطوره وتشعبه وارتباطه ببيئات قانونية متعددة غير منحصرة بالبيئة الداخلية الوطنية.

خامساً: قد نستطيع اعادة دراسة الموضوع بشكل اخر وذلك من خلال اعطاء النص روح جديدة تتمثل بدراسته تداولياً[٣٠]، كما يُعرف في الدراسات اللغوية الحديثة– بمحاولة إيقاع النص على بيئته واخراجه من حيز اللفظ والشكل، وبذا يتولد فهم جديد للنص الوارد في المادة ٢٧ من القانون المدني العراقي–المتقدمة سلفاً–، إذ يمكن ان يكون محل الضرر مكانياً– كما هو المفترض في سياق هذه المادة– أو يكون محل الضرر شخصياً متعلقاً بأطرافه وهنا يتم التوسع باتجاه فهم النص من خلال اطراف العلاقة القانونية(مسبب الضر–المتضرر وغيرهم) وهكذا يتم استيعاب نظريتا الاصلح للمضرور ونظرية التركيز الاجتماعي ليرتبط الامر بفهم محل الضرر من جهة شخوصه وليس محله، والامر قابل للتوسع من خلال مرونة القانون الدولي الخاص وتطوره وبما يفسح المجال لوضع تصورات ونظريات جديدة في هذا المجال.

الخاتمة

يمكن في إطار اختتام بحثنا هذا، تسجيل ما يلي:-

١- إقراراً من المشرع العراقي بوجود عاملي الثبات والتغيير والنقص في تشريعه الوطني الداخلي، فقد اعتمد الآتي:-

أ- أُنجزت مواءمة مشاريع القوانين الخاصة بوزارة الزراعة والمتمثلة بمشروعي قانوني الصحة الحيوانية والحجر الزراعي، وانجاز مواءمة مشاريع القوانين الخاصة بوزارة الصحة المتمثلة بمشروعي قانون الصحة العامة ونظام سلامة الغذاء واتفاقية الصحة والصحة النباتية (sps).

ب-وافقت وزارة التخطيط/ الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية على إرسال مشروع قانون الملكية الفكرية في العراق بعد ان تواءمت مع اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية(TRIPS) ومشروع قانون الجهاز العراقي للتقييس والجودة بعد تواءمت مع اتفاقية العوائق الفنية إمام التجارة(TBT).

أ- تعديل قانون الكمارك:- وهو قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ ومواءمته مع اتفاقيات منظمة التجارة العالمية(أهمها اتفاقية التقييم الكمركي) ووضع المقترحات بهدف تعديله على وفق اتفاقيات منظمة التجارة العالمية(WTO).

ب-ملء الالتزامات الوطنية للقطاعات الرئيسة لملف التجارة في الخدمات وتشمل (المالية والمصرفية والتامين، السياحة والسفر، الاتصالات، النقل، الأعمار والإسكان، البيئة، التعليم والخدمات الصحية والاجتماعية، خدمات الأعمال التجارية مثل خدمات الكمبيوتر والبحث والتطوير، والخدمات الطبية والخدمات المتعلقة بها، وخدمات التوزيع، وقطاع الخدمات الثقافية والترفيهية والرياضية وقطاع الخدمات الأخرى).

ت-شُرع في العراق قانون جديد للتعرفة الكمركية وهو قانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٠، وقام باستحداث المناطق الحرة وهي مناطق غير مشمولة بالقوانين الكمركية والمالية والضريبية.

ث–ضرورة مراجعة نصوص قواعد التنازع لاستيعاب مستجدات من اتجاهات في التشريعات الحديثة، والتي جاءت استجابة لما يفرضه واقع الحياة الدولية للأفراد، وهي مراجعة ضرورية لسد الثغرات والنقص في النصوص القائمة.

ج– ضرورة اعداد تقنين كامل ومستقل لنصوص واحكام القانون الدولي الخاص العراقي، يشمل الى جانب قواعد التنازع، قواعد المرافعات المدنية الدولية بما فيها من آثار الاحكام الاجنبية، بدلاً من توزع وتشتت تلك النصوص والاحكام بين عدة قوانين، بما يساعد على حُسن التنسيق بين النصوص وتيسير عملية التعديل إن اقتضت الظروف وحاجات العلاقات الخاصة الدولية ذلك.

ح– الاهتمام الاكيد بالدراسات النظرية والعملية المتعلقة بموضوع المفاوضات في اطارها التأسيسي – كعلم المفاوضات باعتباره من العلوم الحديثة لاسيما في مجال التنمية البشرية– او آثارها القانونية كالقيمة القانونية لهذه المفاوضات والمسؤولية المدنية المُرتبطة بها وطبيعة خطاب النوايا او غيرها من الموضوعات التي افرزها التطور الدولي في باب المفاوضات او المقدمات التمهيدية لإبرام العقد الدولي.

خ– ضرورة الالتفات الى المرونة المطلوبة لموقف المشرع العراقي فيما يتعلق باشتراط ان يكون الضرر الواقع في الخارج عن خطأ مُعتبر في القانون العراقي كذلك، والا فلا مجال للاعتراف بمثل هكذا ضرر، والحال ان الامر يتطلب نوعاً من الالتفات من المشرع العراقي لطبيعة القانون الدولي الخاص ومرونته وتطوره وتشعبه وارتباطه ببيئات قانونية متعددة غير منحصرة بالبيئة الداخلية الوطنية.

References

١– احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ١٩٩٦.

٢– احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية– قانون الإدارة وأزمته)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٣- أكرم فاضل سعيد، المعين في دراسة النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.

٤- ايمانويل غايا، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة: رنا شعبان ومحمد شلبايه، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات العليا والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١.

٥- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة(ماهيتها –القانون الواجب التطبيق عليها– وسائل تسوية منازعاتها)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٦- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٧- جواد احمد البهادلي، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبعة مجمع أهل البيت(ع)، النجف الاشرف، العراق، ٢٠٠٩.

٨- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٩- صالح المندلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

١٠- عادل عبد المهدي، الثوابت والمتغيرات في التاريخ الاقتصادي للبلاد الإسلامية، ط١، الدار العربية للعلوم ناشرون (بيروت) ومركز دراسات فلسفة الدين(بغداد)، ٢٠٠٩.

١١- لطيف جبر كوماني، قانون التجارة وضرورات التغيير، مقالة منشورة في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة قسم الدراسات القانونية، العدد ٢٢ ، ٢٠٠٨.

١٢- مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، (قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين)، ط١، منشورات ضفاف، بيروت، ٢٠١٥.

١٣- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

الكتب المترجمة:

١- الاتفاقيات الدولية لدولة الاورغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف، إعداد وترجمة وتحرير: علاء ابو الحسن إسماعيل العلاق وفائزة غني ناصر ومصطفى جاسم محمد، ط١، دار المأمون للترجمة والنشر، وزارة الثقافة، العراق، ٢٠١٣.

٢- النظام التجاري العالمي الجديد(منظمة التجارة العالمية)، إعداد وترجمة وتحرير: علاء أبو الحسن إسماعيل العلاق وآخرون، ط١، دار المأمون للترجمة والنشر، وزارة الثقافة، العراق، ٢٠١٣.

الهوامش

(١) مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، (قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين)، ط١، منشورات ضفاف، بيروت، ٢٠١٥، ص١٥٥.

(٢) عادل عبد المهدي، الثوابت والمتغيرات في التاريخ الاقتصادي للبلاد الإسلامية، ط١، الدار العربية للعلوم ناشرون (بيروت) ومركز دراسات فلسفة الدين(بغداد)، ٢٠٠٩، ص١٧٥ وما بعدها.

(٣) في ٢٠٠٤/٦/٧ شكلت اللجنة الوطنية العليا برئاسة وزير التجارة العراقي وعضوية ممثلي الوزارات والأجهزة العراقية ذات الصلة باتفاقيات منظمة التجارة العالمية ممن هم بدرجة مدير عام فما فوق. يلاحظ في تفصيل ذلك: النظام التجاري العالمي الجديد(منظمة التجارة العالمية)، إعداد وترجمة وتحرير– علاء أبو الحسن إسماعيل العلاق وآخرون، ط١، دار المأمون للترجمة والنشر، وزارة الثقافة، العراق، ٢٠١٣، ص١١ وما بعدها.

(٤) ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٧، ج١، باب الثاء، ص٤٦٧.

(٥) بتصرف عن:– الراغب الأصفهاني: مفردات ألفاظ القران، ص٦١٩.

(٦) وردت عدة تعريفات للثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، وهي تعكس غنى البحث في هذا الحقل المعرفي بخلاف القانون، ومنها:–

الثابت:– ما كان منصوصاً عليه بدليل قطعي، لما يجعله أساساً غير خاضع للتغير.

أما المتغير:– ما ثبت بدليل معتبر وفق حيثية معينة قابلاً للتبدل بانتفائها، أو بمزاحمتها ضمن أسس كبروية ثابتة في الأدلة الشرعية.

في تفاصيل ذلك يلاحظ:– جواد احمد البهادلي، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبعة مجمع أهل البيت(ع)، النجف الاشرف، العراق، ٢٠٠٩، ص١١١ وما بعدها.

(٧) أي تُطبق عليها شروط وضوابط التشريع المعتبرة قانوناً.

(٨) مع الالتفات الى ان هذا الايضاح يجب ان يبقى في اطار النص لفظاً او فحوى، وليس الايضاح السالب لروح النص ومدلولاته.

(٩) نصت هذه المواد على مايلي: "مادة ٢: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص". مادة ٣:" ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه". مادة ٤:" ١ – اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع. ٢ – واذا زال المانع عاد الممنوع، ولكن الساقط لا يعود". مادة ٥:" لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان". مادة ٦:" الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر". مادة ٧: "١ – من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢ – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ – اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة. مادة ٨:" درء الفاسد اولى من جلب المنافع. مادة ٩:"تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(١٠) ايمانويل غايا، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة: رنا شعبان ومحمد شلبايه، ط، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات العليا والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١، ص٦٧.

(١١) في هذا المعنى يقول العميد "باتيفول": إن منهج تنازع القوانين قد أضحى زائفاً، لأنه يقود إلى تطبيق قواعد موضوعة أساساً لأوضاع داخلية على أوضاع دولية، وتلك القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية، والأمر هنا يتعلق بنوع من

انعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية. يلاحظ في تفصيل ذلك: احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية–قانون الإرادة وأزمته)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٥و١٧ وص٢٧٥–٢٧٧ وص٢٩٤.

(١٢) الثبات النسبي للنصوص يعني استمرارها ودوام نفاذها ما دامت سارية المفعول، ومهما طال هذا الثبات فهو قابل للتغيير، وتغير المديات التطبيقية:– يمثل حالتي المبادئ الشائعة دولياً، والنصوص ذات الحكم العام مع خلو أو فراغ تفاصيلها وجزئياتها عن نص حاكم ومعالج لوضعها وحالتها.

(١٣) لا بل إن الكثير من الاتفاقيات الدولية ليست مورداً لاتفاق وإجماع الدول–من حيث التطبيق– حتى يقال بإمكانية انعقاد مثل هذا الإجماع بالاستناد إلى مثل هذه المعاهدات أو الاتفاقيات.

(١٤) احمد ابريهي علي، الاستثمار الاجنبي في عالم الاقتصاد الحر والانفتاح المالي، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠١١، ص٢٢١.

(١٥) هذه المفردة مبنية على أساس ما نؤمن به من ان العامل الأكثر تأثيراً في شخصية الإنسان ووجوده هو عامل الإرادة، دون إنكار تأثير باقي العوامل من بيئة وفطرة وتربية وغيرها إلا ان القدح المعلى هو لعنصر الإرادة الحاكم على باقي العوامل والمقدمات.

(١٦) لم ينتهِ هذا الحصار رسمياً وقانونياً حتى صدور القرار رقم ٢١٠٧ لسنة ٢٠١٣ من مجلس الأمن الدولي، وبموجبه تم إخراج العراق من ولاية قرارات مجلس الأمن الدولي الصادرة ضده عقب احتلاله للكويت في الثاني من آب ١٩٩٠. باستثناء فقرتان أُنجزت احداهما عام ٢٠١٦ والمتعلقة بالأرشيف الوطني لدولة الكويت، وبقيت الاخيرة والمرتبطة بسداد ديون دولة الكويت على جمهورية العراق بعد احداث عام ١٩٩٠.

(١٧) أكرم فاضل سعيد، المعين في دراسة النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص١٠.

(١٨) ان اعادة هيكلة التشريع العراقي يقتضي دراسة وتمحيص مدة مناسبة من عمر الزمن، في حين ان الملاحظ هنا قصر المدة الزمنية التي لا تعادل السنة الواحدة بين تغيير النظام العراقي السابق في اذار ٢٠٠٣ وتقديم الطلب في كانون الثاني ٢٠٠٤– الامر الذي يلفت النظر الى ضرورة التوقف المتأمل في هذا المجال.

(١٩) الاتفاقيات الدولية لدولة الاورغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف، إعداد وترجمة وتحرير: علاء ابو الحسن إسماعيل العلاق وفائزة غني ناصر ومصطفى جاسم محمد، ط١، دار المأمون للترجمة والنشر، وزارة الثقافة، العراق، ٢٠١٣، ص٥.

(٢٠) لطيف جبر كوماني، قانون التجارة وضرورات التغيير، مقالة منشورة في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة قسم الدراسات القانونية، العدد ٢٢ ، ٢٠٠٨، ص٤٧–٤٨.

(٢١) ومنها التشريعات المتعلقة بتجارة السلع كالتجارة الدولية في السلع والمنسوجات والمنتجات الغذائية والمنتجات الزراعية، والمتعلقة بالتجارة الدولية في قطاعي الخدمات والاستثمارات، ومتطلبات التجارة الدولية في الملكية الفكرية، كحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له في ظل اتفاقية ألتربس والعلامات التجارية والخدمية والمؤشرات الجغرافية، ومتطلبات التجارة الدولية في مجال براءات الاختراع والمعلومات غير المفصح عنها والنماذج الصناعية. وعلى الرغم من أن التشريع العراقي لم يخلو من التشريعات التي تنظم جانباً من إحكام هذه المسائل، إلا انه تنظيم تقليدي بسيط تنقصه كثير من التفاصيل والأحكام من جهة ولا تواكب التطورات المستحدثة في هذه الأبواب من جهة أخرى.

(٢٢) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣٢٤.

(٢٣) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها –القانون الواجب التطبيق عليها– وسائل تسوية منازعاتها)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٦٧–١٦٨.

(٢٤) بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٠٩.

مع الفات النظر الى ان شرط التجميد التشريعي لم يلق قبولاً قانونياً وواجه إشكاليات وانتقادات كثيرة تصب في مجملها بدعم قاعدة ان التغيير ألزماني كفيل بتغيير كثير من التشريعات والقوانين انسجاماً مع المصالح العليا أو حتى السيادية أحياناً للدولة الطرف في عقد أدرج فيه شرط الثبات التشريعي، لذلك فهذا الشرط والذي هو حصيلة بعض التطورات الدولية يبقى، على الرغم من نقده والاعتراض عليه، دليلاً مهماً على بحث الثابت والمتغير في ميدان العلاقات الخاصة الدولية، ليتمكن المشرع العراقي من خلال هذا البحث من وضع المعالجة التشريعية لاحتمالية مواجهة مثل هكذا اشتراطات في التعاملات التجارية التي يكون العراق طرفاً فيها.

(٢٥) احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية– قانون الإدارة وأزمته)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٠ وما بعدها.

(٢٦) كالمسائل المتعلقة بالالتزام ببدء التفاوض، والالتزام بالاستمرار بالتفاوض والالتزام بحظر المفاوضات الموازية والالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات.

(٢٧) احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ١٩٩٦، بند٧٩٧، ص١١٠٤.

(٢٨) صالح المندلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٣٩.

(٢٩) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، بند٣٩٤، ص٥٨٧.

(٣٠) يقصد بالتداولية: عرض المفردات من خلال التداول الاجتماعي والعرفي وفهمها في بيئة التداول والاستعمال بعيداً عن الفهم الاصطلاحي التقليدي حبيس التخصص الدقيق.