العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص

م.م. إلهام فاهم نغيش
جامعة القادسية/كلية القانون
alaarahem@gmail.com

المقدمة

أولا: موضوع البحث.

لم يكن من المتصور قيام أي تنازع بين القوانين طالما كان القاضي الوطني يقتصر على تطبيق قانونه على ما يعرض عليه من منازعات ذي طابع دولي، اذ ان محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يعرض عليها من منازعات.

كما انه لم يكن من المتصور ايضا" قيام أي تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا" بين المحكمة المختصة والقانون الذي يحكم النزاع، ذلك أن المبدأ الذي ساد ولمدد هو إن جميع القوانين تعد عينية أي اقليمية وهي تطبق على جميع الاشخاص وجميع الاشياء الكائنة في الاقليم.

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل بعضها عن بعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الذي يحكم المسألة الخاصة ذات الطابع الدولي وأصبح من الضروري احيانا" السماح بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، ذلك انه لو تمسكت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات

الخاصة ذي الطابع الدولي – أي تلك التي تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية لقانونها الوطني أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة لأدى ذلك إلى امكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات والى ارباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الدولي.

ومع ظهور المنهج التقليدي في تنازع القوانين القائم على قاعدة التنازع المتعدية التي وصفت بأنها قواعد عمياء لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، أو آثار تطبيقه على النزاع، ودون اهتمام بالأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها فإن قانون الدولة الذب يحكم النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة، اذ قد تكون العلاقة اكثر ارتباطاً بأحد القوانين الاخرى المتصلة بها عن طريق أي عنصر من عناصرها.

هكذا صار بالإمكان تطبيق القانون الاجنبي وفقا" لما تقرره قواعد التنازع ولم يعد قانون القاضي ينفرد بتلك الخصوصية، ولما كان تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وبصرف النظر عما ثار من خلاف حول هذا الاصطلاح – والذي تمسك به الفقه الغالب – فإن مما لا خلاف فيه ان تنازع القوانين يعنى بتلك العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي والواقعة في اطار القانون الخاص نظرا لما تثيره هذه العلاقات من الصعوبات بشأن اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكمها، وذلك بسبب صلتها بأكثر من قانون.

من هنا كانت الحاجة إلى وضع قواعد تكمل بعضها البعض بموجبها يتعين القانون الواجب تطبيقه على تلك العلاقات، والذي يكون القاضي الوطني ملزماً بتطبيقه وفقا لما تشير إليه هذه القواعد، لما لها من صفة وطنية، إذ يتكفل المشرع الوطني بوضعها مسندا بوساطتها العلاقة موضوع النزاع إلى القانون الاكثر ملائمة لحكمها، وظهور هذه القواعد ارتبط مع تزايد مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط

الاقتصادي والاجتماعي للأفراد تحقيقا للمصلحة العامة وحماية للطرف الضعيف في العقد وهو المبدأ الذي يعكس تطور دور وظيفة الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة في اغلب مجالات القانون الخاص بالتنظيم.

ومع هذا التدخل الواسع من قبل الدولة فإنه كان لزاما على المشرع ان يدعم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بما يضمن عدم مخالفة تلك القواعد من الأفراد في مجال الحياة الاجتماعية أو الاقتصادية.

وكان من نتائج هذا الوضع ان ظهر ما يسمى بالقواعد الموضوعية، وبالنظر إلى ما أفرزه التطور الكبير في وسائل الاتصال والمواصلات، من صلات وتعامل بين رعايا الدول المختلفة والذي أمكن معه ان تتوزع عناصر تلك العلاقات في أكثر من دولة وتتصل بأكثر من اختصاص تشريعي.

اصبح لزاماً على القاضي إعادة النظر إلى قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية بعين التوازن والتكامل بينهما، فكل منهما حلقة لها دورها الفعال في النطاق التي تدور فيه ويطبق فيه مضمونها، إلا ان هذا التوازن أو التكامل تختلف أحكامه من دولة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر، مما كان لابد معه من تطبيقها بمفهومها الدولي على نحو يعطيها قدر كبير من الخصوصية، في هذا الاطار يحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي التي تثار بشأنها.

ثانياً: أهمية البحث:

ان تنظم مسألة علاقة القواعد الموضوعية بقواعد الاسناد، كغيرها من المسائل، ضمن ما يسمى بالأفكار المسندة، مما يتعين معه التعرف على نطاق تلك الأفكار من حيث ما تدخل فيها وما تخرج عنها من مسائل، وذلك بغية تحديد نطاق انطباق القانون الذي تشير إليه القاعدة (الاسناد، الموضوعية) ولاشك في ان ما ينطوي عليه البحث في هذه المسائل من الأهمية العملية والنظرية بغية التطبيق السليم لهذه

القواعد والتنبيه إلى ما يشوب التنظيم القانوني لها من القصور في التشريعات محل الدراسة، ولهذه الاهمية يقوم مسوغ البحث.

ثالثاً: مشكلة البحث:

أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل بعضها عن بعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية دفع إلى استحالة استمرار التلازم الحصري بين القانون الوطني والنزاع ذي الطابع الدولي وأصبح من الضروري احيانا" السماح بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، ذلك انه لو تمسكت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات الخاصة ذي الطابع الدولي – أي تلك التي تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية لقانونها الوطني أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة لأدى ذلك إلى امكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات والى ارباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الدولي، فضلا عن ذلك ان بعض قواعد التنازع التقليدية لم تعد كافية لمعالجة التطورات الحاصلة في المنازعات وفي كثير من الاحيان يؤدي تطبيق احداها إلى استبعاد الاخرى الامر الذي ظهرت لنا ضرورة البحث بميدان التكامل في ما بينها وحلا للإشكالات التي قد تحصل بينها.

رابعاً: منهجية البحث:

كان لزاماً للتعمق بدراسة موضوع البحث والوصول إلى الهدف المرجو منه، الاعتماد على المزج بين منهجين (المنهج المركب) هما: المنهج الوصفي الاستقرائي القائم على استقراء النصوص المعالجة لحالات التنازع وامكانية التكامل بين القواعد ووصفها بالوصف الصحيح، ثم المنهج الاستنباطي لاستخلاص القواعد التي تعالج موضوع البحث من خلال الوصول إلى الحل المرجو من التكامل.

خامساً: خطة البحث.

تأسيساً على ما تقدم سنقسم موضوع البحث إلى مقدمة، نبسط فيها لموضوع البحث وأهميته، ثم المتن الذي سيكون في مبحثين الأول سيكون في مفهوم قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية، والثاني في التكامل بين قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية ثم خاتمة نطرح فيها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي نجدها ضرورية لمعالجة موضوع البحث.

ومع ظهور المنهج التقليدي في تنازع القوانين القائم على قاعدة التنازع المتعدية التي وصفت من بعضهم بأنها قواعد عمياء لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، أو آثار تطبيقه على النزاع، ودون اهتمام بالأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها فإن قانون القاضي المعروض عليه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة، اذ قد تكون العلاقة اكثر ارتباطا بأحد القوانين الاخرى المتصلة بها عن طريق أي عنصر من عناصرها.

هكذا صار بالإمكان تطبيق القانون الاجنبي وفقا" لما تقرره قاعدة الاسناد في التشريع الوطني ولم يعد قانون القاضي ينفرد بتلك الخصوصية.

وهكذا اختلف مركز قانون القاضي في حكم المنازعات المشتملة على عنصر اجنبي، غير انه لم يفقد سطوته بالكامل فقد ظل يتمتع ببعض الحالات التي ينطبق فيها بصورة اصلية ودون أي منافسة أو مزاحمة من أي قانون أجنبي.

وذلك كان من خلال صياغة مناهج تقوم احياناً على اللجوء للقواعد الموضوعية لحل المشاكل التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية وفي احيان أخرى تقوم على تطبيق بعض القوانين تطبيقاً مباشراً، أو الركون إلى قاعدة تنازع انفرادية

وكان ذلك كله بمثابة رد فعل من بعضهم لعدم كفاية المنهج التقليدي في تنازع القوانين الذي يؤدي احياناً إلى نتائج غير مرضية.

وتأتي أهمية دراسة وتحديد الحالات التي يختص بها قانون القاضي في حكم المنازعات وذلك في تحديد مركزه في مواجهة القانون الاجنبي الذي ينافس قانون القاضي في حكم تلك المنازعات، فقانون القاضي يتمتع بحالات اختصاص اصلية في الوقت نفسه الذي يطبق فيه القاضي قانونه الوطني بصفة احتياطية عندما يتحقق احد موانع تطبيق القانون الاجنبي، وإذا كانت الكثير من الدراسات قد اتجهت نحو دراسة القانون الاجنبي ومحاولة ابراز مركزه امام القاضي الوطني، وما بين من ينظر اليه كقانون، ومن يجعله مسألة وقائع، وما يترتب على كل من هذين الرأيين من نتائج، منها مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي أو المسائل المتعلقة بعبء الاثبات فإنه قد ارتأينا ان نبحث في الوضع الطبيعي للمسألة والمتمثل بمعرفة المساحة أو الحيز الذي يتحرك به قانون القاضي أولاً وهو أمر بديهي ناتج من ان القاضي ابتداءً يعنى بتطبيق قانونه ويلتزم بما يرسمه له مشرعه الوطني، إما معرفته بأحكام القوانين الاجنبية أو البحث عن مضامينها فهي مرحلة جاءت بعد تطور العلاقات الدولية وتزايدها بين الدول.

المبحث الأول

في مفهوم قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية

اذا ما كنا امام مشكلة تنازع قوانين، كأن تتزاحم قوانين اكثر من دولة على حكم مسالة مشتملة على عنصر اجنبي فإن السؤال الذي يعرض هنا هو عن كيفية حل هذا التنازع، وبعيدا عن فكرة الاقليمية التي سادت في مدد ماضية والتي وفقا لها كانت كل دولة تقتصر على تطبيق قوانينها في اقليمها، وبعد تطور العلاقات الخاصة الدولية وإمكانية تقبل دولة ما تطبيق قوانين اجنبية إلى جانب قانونها، فإنه

يتعين إذاً لحل ذلك التنازع التعرف على طبيعة العلاقة أولاً لتحديد القاعدة القانونية التي ثار بشأنها النزاع في دولة معينة لتخضع لقانونها ويكون ذلك عن طريق قواعد تسمى "قواعد الاسناد" (إبراهيم، ١٩٨٥، صفحة ٣٢)

وإذا كانت هذه القواعد هي الطريقة الاساسية لحل تنازع القوانين، الا انه في بعض الاحيان قد تظهر لدولة مصالح أو اعتبارات خاصة تدعوها إلى تطبيق قانونها في مسائل معينة وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لحل النزاع وفقا لقاعدة الاسناد ذلك إنها ستطبق قاعدة موضوعية. وتطبيق هذه القواعد الموضوعية في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي يأتي على سبيل الاستثناء عوضا عن الاخذ بقواعد الاسناد وذلك لوجود مصالح جديرة بالحماية يخشى من المساس بها عند تطبيق قواعد اجنبيي (الكردي، ١٩٩٥-١٩٩٦، صفحة ٤٤)، من ثم لحل نوع معين من النزاعات يتطلب الامر التكامل بين كلا النوعين من القواع (قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية)، ولقاعدة الاسناد خصائص وعناصر تتكون منها وهي تختلف عن القواعد الموضوعية من حيث الاثر المترتب على اعمالها فعلى سبيل المثال قد تحدد قاعدة الاسناد حالات تطبيق القانون الوطني في الوقت نفسه الذي تحدد فيه حالات تطبيق القانون الاجنبي، في حين ان القواعد الموضوعية لا تؤدي الا لتطبيق قانون القاضي، ووجه الاختلاف الاخر يتمثل في مسالة جوهرية هي معرفة مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الاسناد، يلتزم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق هذه القاعدة في جميع المنازعات ذات الطابع الدولي ام لا؟ في حين انه لا مجال لطرح هذا التساؤل في تطبيق القواعد الموضوعية التي يلتزم القاضي بتطبيقها مباشرة ودون تردد.

ذهب بعض الفقه إلى وصف عملية تحديد القانون الذي يجب تطبيقه وفقا لقواعد الاسناد بانها عملية تحديد اختصاص تشريعي، إذ ان التشريعات تتنازع فيما بينها لان لكل منها سنده الخاص وصفته الخاصة ويفضل من بينها التشريع

المتمتع بإسناد وصفات اقوى وتقوم قواعد الاسناد بهذا التفضيل. (الراوي، ١٩٨٠، صفحة ٩٧)

غير انه لا يمكن التصور باي حال من الاحوال ان مهمة قواعد الاسناد في دولة ما هي توزيع الاختصاص التشريعي للقوانين الاجنبية المختلفة، ذلك ان القانون الدولي الخاص لا يقوم بتوزيع الاختصاصات بين الدول بل ينحصر موضوعه المباشر وفقا للفقه الحديث – ومنهم Savigny – في حكم العلاقات ذات العنصر الاجنبي بحيث تنصب قواعده على العلاقة التي تبحث عن حل قانوني لا على القانون الذي يريد ان يبسط سلطته ليحكم تلك العلاقة.

المطلب الأول: ماهية قواعد الاسناد

لعل من اولى خطوات التعرف على ماهية الشيء هي السعي إلى بيان تعريفه، وبطبيعة الحال ان التعريف لا يكون هكذا بل يجب ان يكون معبر عن الشيء من حيث الفحوى والشكل والمضمون ومميزا له عما يتشابه معه، ولعل مما يدخل ضمن ماهية الشيء هو بيان خصائصه، لذلك سنسعى في هذا المطلب لبيان تعريف قواعد الاسناد في فرع اول ثم خصائصها في فرع ثانٍ.

الفرع الاول: تعريف قواعد الإسناد

هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسالة المشتملة على عنصر اجنبي، وتكون مهمة هذه القواعد اسناد الحكم إلى القانون الاكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الاخرى المتنازعة لأنه هو اكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار، (راشد، ١٩٩٣، صفحة ٧٩) فقاعدة الإسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينه من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي واحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة، فهي تنص فقط على ان

العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة، وهناك فارق قانوني اصطلاحي بين قاعدة الإسناد، وبين ضابط الإسناد: فضابط الإسناد هو الأداة التي يستند إليها المشرع لتعيين القانون واجب التطبيق. مثل الجنسية أو محل وقوع الفعل أو الموطن أو محل التسليم أو محل الاتفاق وغير ذلك فهي تعتبر ضوابط إسناد، وهناك من يسميها عنصر الإسناد أو ظرف الإسناد.

وعن مدى الزامية قواعد الاسناد بالنسبة للقاضي انقسم الرأي، إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول: لا يعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة ملزمة. والدول التي تسلك هذا الاتجاه تمنع محاكمها من تطبيق قاعدة الإسناد وتوجب عليها تطبيق القانون الوطني على المنازعات كافة، بما فيها المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ما لم يتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تدل عليه قاعدة الإسناد. أي أن القاضي ليس ملزما ولا واجبا عليه من تلقاء ذاته البحث في قاعدة الإسناد والعمل بموجبها، ومن هذه الدول بريطانيا وكندا.

الثاني: ذهب إلى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي، وهو ملزم بتطبيقها والأخذ بمدلولها من تلقاء نفسه. ومن الدول التي أخذت بهذا الرأي ألمانيا الغربية، حيث جعلت ذلك واجبا على القاضي في جميع المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي. سواء طلب الخصوم ذلك أم لم يطلبوا. (الفخري ع.، ١٩٩٩، صفحة ٢٠٣)

أما الاتجاه ثالث: فكان وسط بين الاثنين يقول بأن قاعدة الإسناد لا تتمتع بقوة ملزمة للقاضي ولكن له أن يأخذ بها من تلقاء ذاته، أو بناءً على طلب الخصوم وهذا الاتجاه سائد في فرنسا. ولكن الاجتهادات الأخيرة لمحكمة النقض الفرنسية كرست إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي فيما لو أثارها الخصوم

وتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي. تماشيا مع الاتجاه العالمي والأوروبي خاصة. (شبي، ٢٠٠٠، صفحة ١٠٢)

وبذلك نرى أن المسألة عاد ليسودها رأيان فقط: رأي يقول بإلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي وعليه تطبيقها من تلقاء ذاته، وآخر يقول بأن تلك القاعدة غير ملزمة له ما لم يثرها ويتمسك بها الخصوم.

والجدير ذكره، أن حكم هذه المسألة في العراق وغالبية الدول العربية يذهب إلى أن القاضي غير مجبر على تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء ذاته، ولكن له ذلك بناءً على طلب الخصوم، وهو ما يعبر عنه بأن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام، فلا يمكن تطبيقها ما لم يتمسك بها أحد الخصوم، وعدم تعلق قواعد الإسناد بالنظام العام، يعني عدم جواز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولتطبيقات الإسناد مشاكل عملية كثيرة، لاسيما في مجال الإحالة وتضارب قواعد الإسناد وصعوبات أيضا في حالة تعدد الجنسيات للشخص الواحد، ومن الجدير بالذكر أن هناك مانع قانوني أخذت به معظم التشريعات في العالم لجواز تطبيق القانون الأجنبي، وهو عدم تعارضه مع النظام العام الوطني أي مع الأحكام الأساسية للتشريع الوطني. (البستاني، ٢٠٠٤، صفحة ٥٠)

ولعلنا نطرح لما تقدم المثال الآتي: إذا تزوجت عراقية من شخص سوري، ثم حدث خلاف وشقاق بينهما، وأراد الزوج تطبيق قانون زوجته، أو رفعت دعوى للتفريق وطلب الطلاق، فإن هذا النزاع القضائي يشتمل على عنصر أجنبي بالنسبة للقانون الوطني العراقي (بالنظرة القانونية الصرفة) وهي كون الزوج غير عراقي، وبالعودة إلى أحكام القانون المدني العراقي الذي تضمن قواعد الإسناد نجد أنه نص على أن القانون الذي يسري على الطلاق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، فإذا رفعت الدعوى على الزوج أمام المحاكم العراقية فيحق له التمسك بقاعدة الإسناد التي توجب تطبيق قانون بلده.

لما تقدم يمكننا تعريف قواعد الاسناد بانها "القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية، ذات العنصر الاجنبي". من ثم هي قواعد قانونية مهمتها إرشاد القاضي وتوجيهه إلى القانون الواجب التطبيق، فقواعد الإسناد وفقاً لهذا المعنى هي كما يصفها بعضهم بأنها قواعد عمياء تكتفي بتحقيق عدالة شكلية وهي إسناد العلاقة المطروحة بطريقة آلية إلى اكثر القوانين ارتباطا بهذه العلاقة وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي، ومثال على ذلك اسناد اثار الزواج في العراق لقانون جنسية الزوج (م/١٩ مدني عراقي) يتضح من هذا ان لقواعد الاسناد تركيبة وطبيعة مختلفتين عن سائر القواعد القانونية.

فالإسناد عملية تأتي بعد عملية التكييف وهو كما قلنا عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق أي أسناد حكمها إلى القانون الذي يجب أن تخضع له.

الفرع الثاني: خصائص قواعد الاسناد

تتميز قاعدة الاسناد بانها قاعدة غير مباشرة وهي قاعدة غير محددة، كما انها قاعدة مزدوجة، وسنتناول كل هذه الخصائص الثلاث في فرع مستقل.

١. قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة

قاعدة الاسناد لا تتضمن حلا مباشرا للنزاع وانما هي تشير إلى القانون الذي يتولى حل النزاع، وهي بهذا تختلف عن سائر القواعد المنظمة للعلاقات ذي الطابع الدولي التي هي عادة من قبيل القواعد المباشرة، فقواعد الجنسية على سبيل المثال تتكفل بصفة مباشرة ببيان من هم رعايا الدولة ولا تقوم بمجرد الاشارة إلى القانون الذي يتكفل بتحديد هذا الامر. (الترجمان، ١٩٩٨-١٩٩٩، صفحة ٢٩)

كما ان قواعد مركز الاجانب تحدد الحقوق التي يتمتع بها الاجانب داخل اقليم الدولة ولا تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تتحدد هذه الحقوق بموجبه. وقواعد

الاسناد كذلك تختلف وفقا لهذا المفهوم عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ذلك ان قواعد الاختصاص الدولي تتضمن قواعد موضوعية تتكفل بشكل مباشر بتحديد ما اذا كانت محاكم الدولة مختصة بنظر النزاع ذي الطابع الدولي ام لا. (الفخري ع.، ٢٠٠٧، صفحة ٢٤)

٢. قاعدة الاسناد قاعدة غير محددة المضمون:

ان مضمون قاعدة الاسناد ليس بالمضمون المحدد مقدما، بمعنى ان القانون الذي تقضي هذه القاعدة بتطبيقه لا يتم معرفته الا اذا كنا بصدد علاقة معينة محددة المعالم. (الحداد، ٢٠٠٦، صفحة ٨) فقاعدة الاسناد وفقا لهذا المفهوم هي لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم المسالة ذي الطابع الدولي، وانما هي تقوم فقط بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذي الطابع الدولي واحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة فهي تنص فقط على ان العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الاساسي في العلاقة، مثال على ذلك م/١/١٨ مدني عراقي التي تتناول قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية فإنها تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع هذه الأهلية لقانون جنسية الشخص.

٣. قاعدة الاسناد قاعدة مزدوجة:

هذه الطبيعة المزدوجة لقاعدة الاسناد لا تتوافر بالنسبة إلى سائر قواعد القانون الدولي الخاص، ذلك ان قاعدة الاسناد لا تقتصر على بيان حالات تطبيق القانون الوطني، وانما تقوم ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الاجنبي ايضاً، من ثم ان قاعدة الاسناد تحمل في طياتها مضمونا مزدوجا من شانه امكانية تطبيق القانون الوطني والقانون الاجنبي على حد سواء فعندما تقضي قاعدة الاسناد في م/١٩/٢ مدني عراقي بخضوع اثار الزواج لقانون جنسية الزوج فإن ذلك قد يؤدي إلى تطبيق القانون العراقي اذا كان الزوج عراقيا، كما انه قد يؤدي ايضا إلى تطبيق القانون الاجنبي اذا كان الزوج اجنبيا. والمضمون المزدوج هذا تتطلبه وظيفة قاعدة

الاسناد بوصفها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين الذي يثور بشان نزاع معروض امام القاضي الوطني.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى صياغة قواعد الاسناد بحيث تقتصر وظيفتها على بيان حالات اختصاص القانون الوطني فحسب دون القانون الاجنبي، ويستندون في ذلك إلى انه كما ان الدولة تقتصر على تحديد الافراد الداخلين في جنسيتها وتترك للدول الاخرى مهمة الافراد المنتمين إلى كل منها، كذلك فإنه يتعين – في رأيهم – على الدولة القيام بتحديد نطاق واختصاص قانونها هي دون ان تتكفل بتحديد نطاق تطبيق قوانين الدول الاجنبية. كما يستندون إلى ان سائر قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد مفردة الجانب أي انها قواعد ذو شق واحد (الكردي، ١٩٩٥-١٩٩٦، صفحة ١٣٤)وهذا الاتجاه هو ما يعرف بالمنهج الاحادي الجديد في تنازع القواعد، فقواعد الاسناد الاحادية مثلها مثل قواعد التنازع المزدوجة، فهي قواعد غير مباشرة ولا تتضمن حلا ماديا للنزاع وإنما تكتفي فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، غير ان قواعد الاسناد الاحادية لا تشتمل على معيار محايد للإسناد قد يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي أو إلى تطبيق قانون اجنبي، وإنما تقتصر فقط على بيان حالات اختصاص قانون القاضي، (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ١٨٥) ومن الامثلة على قواعد الاسناد الاحادية ما نصت عليه المادة/١٨٥ من القانون الايطالي الصادر في ٢٢/ابريل ١٩٤١ والمتعلقة بحق المؤلف ونصها ((هذا القانون يسري على كل اعمال المؤلفين الايطاليين وعلى اعمال المؤلفين الاجانب المتوطنين في ايطاليا والتي تنشر لأول مرة في ايطاليا)).

ويستند انصار فكرة المنهج الاحادي الجديد التي يتزعمها الاستاذ الايطالي كوادري إلى اساس هجر فكرة السيادة التي كانت قائمة فيما مضى، إذ انها لا تصلح اساسا لاختصاص نظام قانوني معين في شان العلاقات الخاصة الدولية، إذ

استندوا إلى فكرة الفاعلية ذلك انه وفقا لمفهومهم فيجب أن تقوم الاحادية على اساس حرية كل دولة في تحديد نطاق سريان قوانينها الذي يتحقق فيه فاعليتها الذاتية الامر الذي يتصور معه امتداد نطاق تطبيقها خارج الاقليم. (الهداوي، ٢٠١٠، صفحة ٩١)

غير ان هذا الرأي يتنافى مع وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية. ذلك ان هذا الرأي يغفل أن وظيفة قاعدة الاسناد هي قبل كل شيء تحديد القانون الذي يضع انسب الحلول للعلاقة محل النزاع. وان المشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الاجنبي فذلك بناءً على اعتبارات الملائمة (راشد، ١٩٩٣، صفحة ٣٦)

المطلب الثاني: ماهية القواعد الموضوعية

لتحديد معنى القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، لابد من الوقوف على مدى صحة هذه التسمية (القواعد الموضوعية) في ظل الخلط الذي يقع فيه جانب من الفقه وبالذات الفقه العربي الذي يترجم مصطلح(Material) إلى (موضوعي) ويستخدم ذات اللفظ للدلالة على قواعد القانون الداخلي وهو امر يثير الارباك ويقتضي بيان الموقف من مدى صحة ودقة التسمية ومن ثم تحديد التعريف المناسب للقواعد الموضوعية.

ولما كانت المشاكل القانونية التي قد تطرأ تكون مشاكل عملية أو مشاكل نظرية، كما وأنها قد تطرأ على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وهي عديدة و متنوعة ومتجددة، لذلك ان مناهج قواعد التنازع يقوم على تنازع قوانين الدول في حكم علاقة قانونية تتجاوز في ارتباطها الحدود الوطنية لدولة ما، وهذا يعني ان مسألة الحدود مسألة أولية لإعمال منهج تنازع القوانين، ولما تقدم سنأتي على تعريف القواعد الموضوعية ثم نبين اهم خصائصها سعيا منا للوصول إلى ماهية هذه القواعد.

أولاً: تعريف القواعد الموضوعية:

لقد اختلفت الفقه حول مدى صحة تسمية هذه القواعد (بالمادية ام الموضوعية)حيث ذهب فريق من الفقهاء إلى تسميتها بالقواعد الموضوعية (عشوش، ١٩٨٩، الصفحات ١٦-١٨) بينما ذهب جانب اخر إلى التسوية بين تسميتها (قواعد موضوعية) أو (قواعد مباشرة) على وفق ما تؤكده طبيعتها وفقاً لهذه الميزة أو تلك، ويبرر هذا الاتجاه تسمية (القواعد الموضوعية) على اعتبار ان القانون يقسم إلى قانون موضوعي و قانون اجرائي من حيث مضمون قواعده ويقسم إلى قانون عام وقانون خاص من حيث اشخاصه وعلاقاته، وليس هناك قانون مادي وإن وجد فلابد ان يقابله قانون معنوي وهذا الاخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والاخلاق، (سلامة، ٢٠١٨، صفحة ٣٠٨) إلا ان الفقه الغالب يؤكد على تسميتها بالقواعد الموضوعية (Regles Materielles) او(Material) والتبرير الذي يسوقه انصار هذه التسمية هو ان القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية قد لا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه بصفتها صاحبة السيادة والسلطان كما في العلاقات الداخلية، اما سبب استبعاد تسمية القواعد المباشرة، فإنه يرجع إلى الخشية من اختلاط وتداخل المقصود من هذه القواعد بمنهج القوانين الموضوعية أو الضروري (سلامة، ٢٠١٨، صفحة ١٦)(قواعد البوليس) ولوجاهة ما ذهب اليه الفقه الغالب ولان هذه القواعد لا تكون مباشرة في جميع الاحوال فقد سايرنا الفقه الغالب بتسمية هذه القواعد بـ (القواعد الموضوعية)، (د. احمد عبد الكريم سلامة، صفحة ٢٣)

لما تقدم تعرف القواعد الموضوعية بشكل عام على أنها(ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيماً خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية)، وكذلك تعرف(بانها مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء

القانوني) (د. احمد عبد الكريم سلامة، الصفحات ٢٨١-٢٨٣) ويظهر من هذا التعريف ان القواعد الموضوعية وكما يقول الاستاذ (كولد شتاين) المبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدول وغيرهما، كذلك يقول كولدانك ان العلاقات الاقتصادية الدولية من الممكن ان تكون محكومة تماما بمجموعة من القواعد المحددة بما فيها الاعراف العابرة للدول والمبادئ العامة للقانون أو قانون الدعوى التحكيمي (Arbitral case law) وهذه المبادئ العامة للقانون لا تقتصر على ما اشارت اليه المادة ٣٨ (ج) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، وانما تشمل ايضا المبادئ التي تنشأ بصورة متزايدة من خلال العادات العامة والثابتة في العلاقات الدولية، في حين يعرف الدكتور احمد عبد الكريم سلامة القواعد الموضوعية بانها (مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة، وبذلك تختلف عن قواعد الاسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص.

وخلاصة التعاريف اعلاه تشير إلى ان القاعدة الموضوعية هي قاعدة تجهِز مباشرة حلا للنزاع خلافاً لقاعدة التنازع، لان هذا الحل يلائم الروابط الدولية، ومن جانب اخر فإن الحل الموضوعي الملائم للعلاقات الدولية، هو المعني بالأساس بعلاقات خاصة دولية فتخرج بذلك القواعد المنظمة للعلاقات الدولية العامة (المنزلاوي، ٢٠٠٨، صفحة ١١٠)

لما تقدم فقد تعددت تعريفات القواعد الموضوعية فذهب البعض إلى أنها (مجموعة القواعد التي تضع مباشرة تنظيماً موضوعياً خاصاً للتعاملات العبرة للحدود)، وتتكون هذه القواعد من مجموعة العادات والممارسات المقبولة والمستقرة في المجتمع الدولي التي طورتها حكومات الدول والهيئات الحكومية والغير حكومية في مجال تعاملاتها الدولية، ويفضل الأستاذ صالح المنزلاوي إطلاق اصطلاح القواعد الموضوعية على مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا

ولاسيما للروابط القانونية التي تتم عبر الدول تمييزا لها عن القواعد الموضوعية، (صادق، ٢٠٠١، صفحة ٦٩٥) وعن تلك القواعد الموضوعية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بشكل مباشر، (سلامة، ١٩٩٦، الصفحات ٢٦٩-٢٧٤) وايضاً لاختلافها عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية. (سلامة، ٢٠٠٠، صفحة ٤٨)

وعرفها البعض الاخر بأنها(مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التعاملات الدولية)، (MONNET (J.), 1998, p. 26. .) كما عرفها البعض على انها (مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الحدود الدولية)، ويتضح من خلال التعاريف اعلاه ان القواعد الموضوعية تتكون على هذا النحو مما درج عليه العمل في المجتمع الدولي من قبل الهيئات والحكومات والمستخدمون من عادات و ممارسات طورتها حكومات ومنظمات ذات طابع دولي حكومية وغير حكومية. (سلامة، ٢٠٠٠، صفحة ١٦) ان هذه الأجهزة واخرى، حاولت أن تأتي بآراء جديدة تسعى من خلالها إلى التعامل الموضوعي مع التعاملات الدولية، وذلك عن طريق إنشاء قواعد موحدة للمعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية عموما، إذا ترى في ذلك حلا جيدا لمشاكل التعاملات الدولية، وستكون بالطبع قواعد جديدة موضوعة خصيصا، لتتكيف مع الطبيعة الذاتية للمعاملات الدولية، الأمر الذي سيتيح لكافة الأطراف الثقة و إمكانية التنبؤ في عصر التعاملات الدولية، سواء للمستهلكين أو للشركات أو لمقدمي خدمات دولية أو الجهات الحكومية، و كذلك بالنسبة للمحاكم التي سيكون لديها قانون موحد تطبقه مباشرة على النزاعات التي فيها عنصر اجنبي.

لما تقدم يمكننا تعرف القواعد الموضوعية بأنها " مجموعة القواعد المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات ذات طابع دولي على

نحو يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة" (المؤيد، ١٩٨٨، صفحة ١٢٥)وهذا يعني ان القواعد الموضوعية هي قانون العلاقات الخاصة الدولية ويشتمل هذا القانون على حلول موضوعية ويطبق تطبيقاً مباشراً على المنازعات ذات الطابع الدولي

ثانياً: خصائص القواعد الموضوعية:

من اجل تحديد اكثر دقة لمفهوم القواعد الموضوعية أو ما يسميها البعض القانون الموضوعي لا بد من التعرف على خصائص هذه القواعد أو هذا القانون.

أولاً: إنها قواعد طائفية ونوعية:

تتعلق طائفية القواعد بالأشخاص المخاطبين بتلك القواعد (المؤيد، ١٩٨٨، صفحة ٥٦)ولا تقتصر الخصيصة النوعية والطائفية على الأشخاص والمعاملات المقصودة في نطاق القواعد الموضوعية في مجال محدد على المستوى الدولي فحسب بل تتجاوز ذلك إلى الهيئة أو المؤسسة التي تطبق تلك القواعد ليظهر ما يسمى بالتحكيم الخاص بهذا النوع الذي يتميز بخصوصية قواعده واحكامه وإجراءاته مما يحقق للقواعد الموضوعية طريقاً موثوقاً للتطبيق ويكفل احترام المتعاملين بموجبها.

ثانيا: انها قواعد تلقائية النشأة:

يرجع وجودها لبداية مزاولة الأنشطة العابرة لحدود الدولة الواحدة، لتصبح لها اثر عالمياً يجتمع فيه التجار والمستهلكون والحكومات من دون قواعد حاكمة مسبقاً لتنظيم ذلك الوسط، كان ويكون من المنطق ان تؤدي المعاملات إلى تضارب المصالح والمساس بالحقوق بين أفراد المجتمع الجديد ومن هنا تبدأ الحاجة للتنظيم الوقائي العلاجي على السواء، لذلك فإن أول ما بزغ في ميدان العلاقات العابرة للحدود من قواعد موضوعية هي الأعراف والعادات التي انشأها وتداولها المتعاملون

دولياً أي ان الأعراف والعادات المذكورة كانت قواعداً تلقائية النشأة ولم تُسَن من قبل السلطات التشريعية الوطنية لأية دولة (سلامة، ٢٠١٨، صفحة ٥٩)، وتحقق الخصيصة التلقائية عدداً من المزايا الآتي ذكرها (سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، ٢٠١٨):

١- ان تطبيق ما جرى عليه التعامل من اعراف وعادات بين المتعاملين دوليا يتسق مع الطبيعة الخاصة لتلك القواعد

٢- تتفق القواعد الموضوعية مع توقعات الأطراف بانهم واضعو أسس هذه القواعد بممارساتهم وعاداتهم.

٣- جعلت التلقائية القواعد الموضوعية مرنة تتحسس وتتأثر بكل ما يطرأ على الصعيد الدولي من مؤثرات تقنية أو اقتصادية أو سياسية لان هذه القواعد جاءت تلبية لحاجات المتعاملين دولياً.

ثالثا: انها قواعد موضوعية عبر دولية:

ويقصد بذلك انها تعطي حلاً موضوعياً لأساس النزاع مباشرة، على عكس القواعد الاخرى، فلا تتم الاحالة إلى قانون وطني لاستخلاص الحل الموضوعي. وهذا يعني ان القواعد الموضوعية كقواعد القانون الوطني الذي يُطبق مباشرة على المسألة محل النزاع. إلا أن قوام القواعد الموضوعية هو العادات والأعراف والممارسات التي التزمها المتعاملون بعلاقتهم القانونية، (سلامة، ٢٠١٨، الصفحات ٦٠-٦١) وقد سبقت الإشارة إلى إن القواعد الموضوعية كالقواعد القانونية الوطنية من حيث الصفة الموضوعية إلا أنها تختلف عنها من حيث نطاق التطبيق، فالقاعدة القانونية الوطنية يتحدد النطاق الجغرافي لتطبيقها بحدود الدولة التي أصدرت تلك القواعد، بينما تتميز القواعد الموضوعية بخصيصة العبر دولية لأنها ليست من وضع سلطة وطنية باعتبار أن الشبكة العالمية لا تخضع لهيمنة

منظمة أو هيئة أو سلطة إقليمية أو عالمية، وتصح العبارة بأن الخصيصة العبر حدودية للقواعد الموضوعية ناتجة من طبيعة المعاملات التي تحكمها هذه القواعد (سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، ٢٠١٨، الصفحات ٥٩-٦٠)

المبحث الثاني

في التكامل بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد

إن القاضي الوطني وهو يفصل في نزاع مشتمل على عنصر أجنبي فإنه يقوم بإعمال قواعد الإسناد في قانونه مستندا بذلك إلى المنهج التقليدي في تنازع القوانين ودون أن يفرق بين ما إذا كان القانون الذي سيطبقه هو قانون دولته أم قانون دولة أجنبية. غير ان هذا المبدأ ليس مطلقا من كل قيد، حيث توجد بعض القوانين لا تسمح وفقا لطبيعتها بذلك الاشتراك القانوني بين تشريعات الدول المختلفة وهي لا تقبل التنازع وبوجود تلك القوانين يلتزم القاضي بان يطبق قانونه الوطني مباشرة (القواعد الموضوعية) ودون أن يلتفت إلى منهج قاعدة الإسناد. ذلك أن هذه الأخيرة قد تؤدي في بعض الأحيان إلى تطبيق قانون أجنبي على علاقة أكثر اتصالا بقانون القاضي، والعكس صحيح، وهذا المنهج القائم على قاعدة الإسناد يتسم بشدة تعقيده مما ينتج عنه صعوبة استخدامه حتى ان الفقيه بروسيه Prosset يصفه بالقول "إنه مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين مصطلحات تستعصي على الفهم". (عشوش، ١٩٨٩، صفحة ١٢)

ذلك الوضع نتج عنه الإقرار بوجود مجموعة من القواعد القانونية التي تتولى بنفسها تحديد نطاق تطبيقها وهي القواعد التي أطلق عليها جانب من الفقه اصطلاح القواعد الموضوعية وتقترب هذه القواعد كثيرا من مفهوم قواعد النظام العام حتى أن بعضهم يدخلها ضمنا تحت هذه التسمية الأخيرة فيصفها بانها

القوانين المتعلقة بالنظام العام، غير أن هناك فروقات بين الفكرتين لاسيما في مجال طريقة إعمال كل منهما، والأثر المترتب على ذلك الأعمال.

وعليه سنتناول في هذا المبحث فكرة التكامل بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في مطلب اول، والتفرقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد في مطلب ثاني، ومعايير تحديد التكامل بينها في مطلب ثالث.

المطلب الأول: فكرة التكامل في قواعد التنازع

يعد الفقيه اليوناني فوسيون فرنسيسكاكيس Phocion Francescakis أول من تعرض لنظرية التكامل في قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص (Francescakis, 1966, p. 18). حيث ينطلق هذا الفقيه في تحليل من انه في الوقت الذي تعد فيه قواعد الإسناد ضمن منهجية تنازع القوانين هي الأنموذج الوحيد حسبما يرى الفقه التقليدي، فإن القانون الدولي الخاص فضلاً عن قواعد الإسناد أيضا قواعد أخرى أطلق عليها فرنسكاكيس تسمية "القواعد الموضوعية" (الجداوي, 1982, p. 6) , وهذه القواعد تتولى في النظام القانوني الوطني توفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تخضع له مستبعدة بذلك تطبيق قواعد الاسناد. ونظرا لعجز الاخيرة في مفهومها التقليدي عن تغطية الحالات التي يتم فيها تحديد قانون اجنبي لحكم العلاقة القانونية بالرغم من كونه قانوناً عاماً يتناول تنظيم جوانب الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية أو الادارية، مثل قوانين النقد، والتامين الاجتماعي، وتنظيم السجل المدني، ومرفق القضاء، ومحاربة الاحتكار وغير ذلك من التشريعات التي تؤثر بالضرورة في علاقات القانون الخاص وترتب آثارا خارج إقليم الدولة فقد لاقت هذه التسمية نجاحا سريعا (القشيري, 1968, p. 141) ,فضلا عن ذلك فإن ظهور هذه القواعد ارتبط مع تزايد مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي والاجتماعي للإفراد تحقيقا للمصلحة العامة وحماية للطرف الضعيف في العقد وهو المبدأ الذي يعكس انتصار الفكر

الاشتراكي في بداية هذا القرن مع تطور دور وظيفة الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة في اغلب مجالات القانون الخاص بالتنظيم.

ومع هذا التدخل الواسع من قبل الدولة فإنه كان لزاما على المشرع ان يدعم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بما يضمن عدم مخالفة تلك القواعد من الأفراد في مجال الحياة الاجتماعية أو الاقتصادية.

وكان من نتائج هذا الوضع أيضا أن ظهرت أفكار قانونية حديثة مثالها النظام العام الاقتصادي الذي تحتمي وراءه القوانين التي تنظم النشاط الاقتصادي، والنظام العام الاجتماعي الذي هو تعبير عن الصفة الآمرة (الموضوعية) الضرورية للقواعد التي يضعها المشرع في مجال قانون العمل والتأمينات الاجتماعية.)الرفاعي , 2003, p. 63)

من ثم سبب التداخل والتكامل كما يحدده الفقيه فرنسكاكيس هو تجميع تلك المسميات التي جرى الفقه على استعمالها دون تمييز من خلال مصطلح واحد في محاولة لتجاوز الغموض الذي يتخلل المسميات الأخرى)الجداوي(7 .p ,1982 ., ذلك أن الفقه قد استعمل مصطلحات عديدة للتعبير عن هذه الفكرة، ولتحديد الطبيعة القانونية التي يتمتع بها منهج التكامل فمنهم من استعمل مصطلح التداخل ومنهم من استعمل مصطلح التعاون، وفكرة التكامل ليست فكرة مستحدثة، فقد تضمنها القانون المدني الفرنسي أو ما يسمى بقانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤ في الفقرة الأولى من المادة الثالثة بالنص **(إن قوانين التنازع يكمل بعضها ولا تناقض بينها)**. وكذلك في عهد الفقيه بوييه Bouhier، والفقيه بولينوا Boullenosis، إذ كان يطلق اصطلاح قواعد التكامل على القواعد كافة التي تتصل بحماية المجتمع الوطني في حال وجود علاقات خارج اقيم الدولة، أو باختصار على القواعد التي تحمي المصلحة العامة)الرفاعي(67 .p ,2003 ,

هذا وان المادة السالفة الذكر كانت ترمي إلى أن تحكم القوانين المتعلقة بالتنازع كافة وهو ما يتضح من الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي و من خلال الشروحات التي عالجت هذه المادة أيضا والتي أكدت أن مجموعة قوانين التنازع والأمن تشمل مواضيع النظام العام المتداخل به عنصر اجنبي (محيسن، ١٩٩٦، صفحة ٢١)

ويرى بعضهم انه ينبغي الإبقاء على تعبير قواعد التعاون وإسقاط اصطلاح قوانين التنازع المتعاونة ويبررون وجهة نظرهم بان المشرع في قانون نابليون قد استعمل هذا الاصطلاح الأخير ليبرز مبدأ الإقليمية في تطبيق قواعد وقوانين التنازع لأن الإقليمية تنصرف أساسا إلى قواعد القانون الجنائي وقواعد القانون الاداري وسائر قواعد القانون العام الأخرى التي لا ينشأ بشأنها تنازع بين القوانين على الاطلاق، وهذا على عكس قواعد أو قوانين التنازع التي تغطي فقط بعض قواعد القانون الخاص التي تتصل بالمصلحة العليا والأسس التي يقوم عليها المجتمع (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٤١) وإذا كانت القواعد الموضوعية تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر، فإن العكس غير صحيح، ذلك لان من بين القواعد الموضوعية قواعد يصعب وصفها بأنها من القواعد الموضوعية، ذلك ان المشرع في دولة ما كثيرا ما يتوسع في نطاق تطبيق قانونه لأسباب مختلفة فلا يمكن ان توصف كل القواعد إنها قواعد موضوعية لمجرد إن المشرع قد أراد إعمالها على نحو معين (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ١٧٢) لذلك برزت أهمية فكرة التكامل بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد تبرز وتتضح عند إعمال القاضي لقواعد التنازع الأجنبية التي لا تشكل جزءا من القانون المختص بمقتضى منهج التنازع، ذلك إن القواعد الموضوعية هي فقط دون غيرها من القواعد الموضوعية التي تستطيع أن تجلب الاختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي اليه نتيجة للصلة العقلانية التي تربط مضمونها وأهدافها بنطاق سريانها، والصلة العقلانية هي صلة يتجاهلها منهج

التنازع المزدوج الذي يقوم على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمونه عملا بالطابع المحدد لقواعد الإسناد المزدوجة والتي تتكامل مع القواعد الموضوعية (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ٢١٦)، غير أن اصطلاح وفكرة التكامل لم تسلم من النقد من جانب الفقه على اعتبار انه لا يكشف عن جوهر تلك القواعد على نحو دقيق التي تنطوي تحت لوائه، بل قد يقصر عن استيعاب الفروض كافة، كما أن أنصاره أنفسهم لم يتفقوا على نطاقه بشكل كامل، فمنهم من يقصره على القواعد والقوانين التداخلية للدولة في مجال القانون الخاص فقط، ومنهم من يوسع من نطاقه ليشمل القواعد والقوانين كافة التي تتصل بالمصلحة العامة (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٥٠). مما يتضح معه إنها قواعد تهدف إلى ضمان النظام العام في إقليم الدولة بحيث تطبق على الروابط القانونية كافة التي تقع على هذا الإقليم (الفاروقي، ٢٠٠٠، صفحة ٥٣١) وهكذا فهي إذاً قواعد تطبق تطبيقا إقليميا تكامليا حتى ولو كانت تمس المصالح التي تحميها، وقد حاول مشروع القانون المكمل للقانون المدني الفرنسي في مواد القانون الدولي الخاص لعام ١٩٦٧ تلافي ما تضمنته المادة الثالثة من قانون ١٨٠٤ السابق الإشارة إليها من فكرة مبدأ الإقليمية، إذ نص المشروع على أن **(قوانين التنازع والأمن تتكامل وتطبق مع استبعاد القوانين الأجنبية حماية للنظام العام)**. (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٥١) لذلك يرى أنصار هذه التسمية بأنها تنصرف إلى مشكلة سريان القوانين من حيث المكان، أي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى العلاقات ذي الطابع الدولي على عكس القوانين الاخرى التي قد توحي بان المقصود هو مشكلة سريان القوانين من حيث الزمان.

كما يرى أنصار هذه التسمية بان تطبيق القواعد التي تشير إليها إنما هي ضرورة لازمة لإدراك الهدف أو الغاية التي يبتغيها المشرع ليس فقط في نطاق

العلاقات الداخلية، بل أيضا على تلك التي تتم خارج حدود الإقليم، وهنا يتضح الاختلاف بين هذه التسمية وبين اصطلاح الأمن المدني التي تطبق تطبيقا إقليميا.

ومهما يكن من أمر، فإن اصطلاح "التكامل" يمكنه أن يحتوي على كل تلك المسميات ضمن مفهومه، ذلك ان هذه القواعد تنظيم التنازع أصلا لا بمقتضى نوع محدد كقاعدة إسناد مزدوجة تشير إلى هذا القانون بل لما لهذه القواعد من طبيعة خاصة تقتضي التكامل في التطبيق (صادق، ٢٠٠١، صفحة ٢٨٤)

وإذا كان صحيحا النقد الذي وجه إلى اصطلاح التكامل من انه يقصر عن استيعاب الفروض كافة وانه لا يحمل في نفسه ضرورة تطبيق تلك القواعد والقوانين على العلاقات والروابط التي تتم في الخارج حتى ولو كانت تمس المصالح التي تحميها وانه يعيد إلى الأذهان مبدأ الإقليمية (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٤٠)، إلا أن النقد الموجه إلى الاصطلاح الذي يفيد بأنه يؤدي إلى الخلط بين مفهومي المجال الزماني والمكاني لانطباق القوانين، فإن هذا النقد هو محل نظر، ذلك أن الاصطلاح لم يكن يقصد منه أصلاً التمييز بين المجال الزماني والمكاني لانطباق القوانين، بل ان غاية هذا الاصطلاح كان تعبيرا عن تلك القواعد التي تنطبق بتكامل وإنها لا تخضع للمنهج التقليدي المتبع في حل تنازع القوانين والمبني على قاعدة الإسناد فقط، فكأن الهدف من ذلك الاصطلاح إنها قواعد تطبق فورا بمجرد أن يتحقق القاضي من وجودها وتحقق شروط تطبيقها. وذلك يعكس كونها قواعد ضرورية التطبيق في الوقت نفسه. وبالرغم من إن تلك التسميات هي محاولات تعكس جانب مهم. – حسب رأي واضعي المصطلح – من جوانب هذه النظرية إلا أن كل هذه التسميات تتلاقى في واقع الأمر على وجه التماثل للتعبير عن النظرية المذكورة كأسلوب أو منهجية مختلفة عن المنهجية التقليدية للتنازع في معالجة مشكلة تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذي الطابع الدولي (الجداوي، ١٩٨٢، صفحة ٤).

المطلب الثاني: التفرقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد

بهدف التعرف على اهم فروقات منهج القواعد الموضوعية عن منهج قواعد الاسناد لابد من التعرف على الخصوية التي يتميز به كل من المنهجان عن الاخر ومعرفة ذلك يكون من خلال البحث في طريقة تصديها لمشكلة تنازع القوانين، لذلك يلزم التفرقة بين منهجية هذه القواعد ومنهج قاعدة الإسناد، لاسيما ان الفوارق بين المنهجين تتركز في طريقة كل منهما في تصديه لمشكلة تنازع القوانين، أو من حيث اعمال فكرة الاختيار بين القوانين المتنازعة لحكم النزاع أو من حيث الهدف الذي يسعى إليه كل منهما، وسنفصل كل ذلك في ثلاثة أفرع.

الفرع الاول: من حيث طريقة التصدي لمشكلة التنازع

في منهج قاعدة الإسناد فإن القاضي ينطلق من المسالة المطروحة ابتداءً للبحث عن القانون الواجب التطبيق، بمعنى انه يقوم على تحليل العلاقة أو الرابطة القانونية محل النزاع وتركيزها في مكان أو إقليم دولة معينة ثم إسنادها إلى قانون ذلك المكان أو تلك الدولة بكونه القانون الأكثر صلاحية وملائمة لحكمها، وسواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانونا أجنبيا (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٧٤).

أما في منهج القواعد ذات التطبيق المباشر، فإن القاضي ينطلق من القاعدة القانونية ابتداءً للبحث عن العلاقة أو المسالة التي تختص بها وتنطبق عليها. أي أن هذا المنهج لا يهتم بالعنصر الأجنبي أو بالطبيعة الدولية للعلاقة المطروحة، وإنما يعتمد أصلاً على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض وذلك لتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ١٧٣).

الفرع الثاني: من حيث فكرة الاختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم المركز محل النزاع

فإن منهج قاعدة الاسناد يعتمد على اختيار انسب القوانين المتزاحمة الملائمة لحكم المسالة الخاصة المتضمنة عنصرا اجنبيا واكثرها ايفاءً لمقتضيات العدالة من وجهة نظر المشرع الوطني (صادق، ٢٠٠١، صفحة ٨).

اما منهج القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر فهو يقوم على تطبيق القانون الوطني مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسالة محل النزاع بنظامه القانوني ولا ينظر إلى القانون الأجنبي مع وجود إحدى تلك القواعد الآمرة. ذلك ان هذه القواعد لها الاولية في الاعمال على قواعد الاسناد على النزاع المعروض على القاضي حيث يتعين على القاضي ان يبحث اولا في قانونه على قاعدة تستلزم التطبيق فإن لم يجد فعليه تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير به قاعدة الإسناد الوطنية. (محيسن، ١٩٩٦، صفحة ٦٠) كما ان بعض المعاهدات الدولية تمنح القواعد الموضوعية أو الفوري هذه الاولوية في التطبيق ايضا ومنها مثلا اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ نصت في الفقرة الثانية من المادة السابعة على ان **(احكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد).**

الفرع الثالث: من حيث الهدف

فان منهج قواعد الإسناد يعمل على إيجاد حل مناسب وملائم يؤدي إلى تسهيل العلاقات الخاصة التي تنمو عبر الحدود، ولهذا فإن تلك القوانين توضع على قدم المساواة في المعاملة عند الاختيار والترجيح بينهما. (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ١٧٥)

اما منهج القواعد الموضوعية فهي تهدف إلى تحقيق المصلحة الوطنية، وذلك عن طريق تحقيق الحماية اللازمة للتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة.

وفي مدى العلاقة بين المنهجين فإن بعضهم يرى ان الهدف العميق للبنيان الفلسفي لنظرية القوانين الموضوعية يتمثل في استبعاد منهجية تنازع القوانين والاستغناء عنها كمنهجية متميزة واصيلة في حل مشكلة تحديد القانون المطبق على العلاقات ذي الطابع الدولي، الامر الذي جعل بعضهم يصور الهجوم الذي تقوده نظرية القوانين الموضوعية على منهجية تنازع القوانين هو بمثابة الحرب الأهلية التي تهدد هذه المنهجية وان فقه النظرية المذكورة انما يحفر قبر منهجية تنازع القوانين ولو قدر له الانتصار لاستتبع ذلك على المدى القريب اختفاء تلك المنهجية كلية.)الجداوي(57 .p ,1982 ,

ويذهب بعضهم رداً على هذا القول بانه من الصعب التسليم بان غاية منهج القواعد الموضوعية هو القضاء على منهج قواعد الاسناد لان ذلك يهدد كيان القانون الدولي الخاص اولاً، ولأنه ينفي علاقة التعامل والتعايش بين المنهجين، اذ يكمل كل منهما الاخر ويعملان سوية على حل المنازعات الخاصة الدولية. (ناصف، ١٩٩٠، صفحة ٣٢)

اخيرا برأينا يبدو ان وصف العلاقة بين المنهجين بانها بمثابة حرب اهلية فيه الكثير من التعسف والتجني كما انها تلغي كل التكامل والتعاون بين المنهجين، لاسيما ان النتيجة المترتبة على المنهجين في النهاية تؤدي إلى وضع حل للنزاع المعروض على القاضي سواء كان بإعمال القواعد الموضوعية أو منهج قواعد الاسناد.

المطلب الثالث: معايير تحديد التكامل بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد

تعددت مناهج الفقه حول تحديد معايير التكامل بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد فمنهم من يحدد تلك المعايير بانها المعايير الغائية والمتمثلة بمعيار مصلحة الدولة ومعيار تنظيم الدولة، ومعايير شكلية، وبعضهم يضيف ما يسميه بالمعيار المادي أو العضوي.

فأما المعيار الشكلي وهو ما يعنى بالتحديد التشريعي الصريح لنطاق تطبيق القواعد القانونية وهو ما يتخذ اساساً لوصف التكامل، بمعنى آخر ان المشرع يقوم بتحديد النطاق المكاني لسريان القانون أو القاعدة، مثال على ذلك المادة ٣/٣ مدني فرنسي السالفة الذكر فإن المشرع قد حدد نطاق تطبيقها المكاني والمادة ٥/١٩ مدني عراقي ايضاً والتي تقضي بسريان القانون العراقي على الحالات التي تذكرها والمتعلقة بالزواج والطلاق والتفريق والانفصال والمسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج، ذلك ان تلك الفقرات كانت تقرر تطبيق قانون جنسية الزوج. ولكن يرى بعضهم ان هذا الامر مقيد فيما اذا كان احد الطرفين يحمل الجنسية العراقية وقت الزواج فالعبرة بالجنسية العراقية، وهذا الامر منتقد – في رأيهم – ان يكون الزوج عراقيا وقت الزواج أو عند رفع الدعوى ليكون خاضعا لأحكام القانون العراقي (الفضلي، ١٩٨٨، صفحة ٢٤٦)

ومثال اخر على هذا المعيار في التكامل علاقات القانون البحري وهو ما نص عليه القانون البحري الفرنسي الصادر في ١٩٦٦/٦/١٨ حيث يحدد مجال تطبيقه على وجه الزامي في المادة ١٦ وهي تنص على ان هذا القانون يسري على عمليات النقل الجارية من أو إلى احد الموانئ الفرنسية التي لا تكون خاضعة لمعاهدة دولية انضمت اليها فرنسا. (المقدم، ١٩٨١، صفحة ٤٧٤)

وهذا المعيار منتقد من بعضهم بحجة انه علق اكتساب القاعدة القانونية لوصفها من القواعد المباشرة على ارادة المشرع الصريحة في تحديد نطاق تطبيقها

الامر الذي قد يخالف مقصود المشرع نفسه من هذا التحديد (ياقوت، ٢٠٠٠، صفحة ٢٠١)

اما المعيار الغائي فهو من اقدم المعايير التي قيلت في شأن التكامل، وهو يتلخص في انه ينظر اساسا إلى الهدف أو الغاية التي يتوخاها القانون، وهو ما يعرف في مجال تنازع القوانين بالهدف الاجتماعي أو الغاية الاجتماعية للقانون الوطني الذي يضم نوعين من القواعد، القواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة والقواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الفرد (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٦٣)

والقواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة لابد لها من، فضلاً عن ذلك فإنه يذهب ابعد من هذا بوصفه لكل المعايير التي قيلت لتحديد التكامل بانها ترتكز على محور واحد يمكن صبها في قالب واحد يتعلق بالغاية أو الهدف الذي تسعى اليه (ناصف، ١٩٩٠، صفحة ٤٦)

غير ان هذا المعيار منتقد من قبل جانب من الفقه بانه معيار واسع وغير محدد، كما ان القضاء قد استعمله مرات عديدة ولكن في كل مرة كان الغرض من استعماله مختلفاً.

كما ان تنظيم المجتمع هو غاية القانون بصفة عامة فإن الاستناد لهذا المعيار سيفضي إلى وصف القواعد القانونية بالدولة كافة هي قواعد تكاملية (تكمل بعضها البعض) وفقا لهذا المعنى.

كما انه ليس هناك من قانون لا يهدف إلى حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة (حسين، ١٩٩٦، صفحة ١٣٥). ان معيار الهدف أو الغاية تعرض للنقد من الفقه الحديث الذي اخذ بالبحث عن معيار آخر اكثر تحديداً أو اقل غموضا وهو ما اطلق عليه المعيار العضوي أو المادي والذي

يقوم – وفقا للفقيه فرانسكاكيس – على فكرة "تنظيم الدولة" أو الفكرة المادية للبنيان والتنظيم من جانب الدولة للمسالة التي يوجد بشأنها القانون ذي التطبيق الفوري أو المباشر. وهذا ما اخذت به محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٩٦٦/٢/١٦ بقولها **(ان القوانين المتعلقة بتنظيم الدفاع عن البلد، بما فيها الاحكام الخاصة بأهلية القصر للانخراط في الجيش هي من قوانين النظام التكاملية التي تسري على الاجانب)** (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٦٦) وهكذا فالمحكمة لم تستند إلى القواعد العادية فيما يتعلق بمسائل التطوع في الجيش الفرنسي، بل إلى طبيعة ذلك القانون وهي طبيعة تجد اساسها في فكرة تنظيم الدولة للمرفق الذي وضعت تلك القواعد لحكمه.

فهذا المعيار يجعل من القوانين التي يكون احترامها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة من قواعد التكامل، فالفرق اذا بين المعيار الغائي والمعيار المادي، هو انه اذا كان الاول يرى ان الغاية الاجتماعية للقوانين هي جوهر المعيار، فإن الثاني يرى ان جوهر المعيار هو فكرة تنظيم الدولة للمصلحة محل الموضوع.

ومما يؤخذ على هذا المعيار توسيعه نطاق القواعد الموضوعية قليلاً، كونه بهذا يمتد ليشمل فضلاً عن قواعد القانون الخاص – القوانين كافة الصادرة في مجال روابط القانون الاداري والقانون الجنائي. كما انه يجعل من تطبيق القوانين الأجنبية أمرا صعبا. كما ان فكرة "تنظيم الدولة" فكرة غامضة وغير محددة وان عملية تحديدها من خلال الاستعانة بفكرة الهدف تجعلها اقرب إلى المعيار الغائي. (سلامة، ١٩٨٤، صفحة ١٦٩)

لما تقدم وبرأينا يبدو انه من الصعوبة بمكان وضع معيار محدد للقواعد التكاملية،

الأول: أن اغلب المعايير التي وضعت كانت تتناول جانبا واحدا لتلك القواعد دون النظر إلى الجوانب الأخرى.

الثاني: هو التقارب الكبير بين مفهوم القواعد الموضوعي وبعض المفاهيم الاخرى ومنها النظام العام مثلا مما يخلق نوعاً من التداخل بين تلك المفاهيم، ولا تكمن الصعوبة أيضاً عندما نكون امام تحديد تشريعي لنطاق تلك القواعد، فالنص على ان الاجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بغير ذلك، هو نص واضح يلزم القاضي العراقي بتعطيل قاعدة الاسناد التي تخضع قضايا الميراث إلى قانون المورث وقت موته وتطبيق القانون العراقي وفقا لقواعد التطبيق المباشر. وما تضمنته المادة التي تقرر تطبيق القانون العراقي على الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة اجنبية أو عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فيما يتعلق بحالة الاشخاص (الأهلية) ايضاً . في كل تلك الاحوال التي تخضع لنصوص تشريعية صريحة فإن المسالة لا تواجه أي صعوبة، ولكن الصعوبة تكمن مع عدم توافر تلك النصوص **مما يمكن القول معه ان تلك المسالة هي تقديرية للقاضي المعروضة امامه في تقدير سياسة المشرع أو الهدف الذي يرمي اليه.**

تقدير الباحث للمنهج التكاملي:

بعد ان تعرضنا في ما سبق عند مناقشة مسألة معايير التكامل بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد وجدنا ان يواجه ذلك التطبيق صعوبات في آن واستحالة في آن آخر، لذلك كانت تلك الصعوبات وهذه الاستحالة محل ضعف كلا المنهجين في مواجهة انواع جديدة من المنازعات لاسيما المنازعات الالكترونية، وكان الضعف المشار إليه هو الأساس الذي قامت عليه الانتقادات المذكورة في ما سبق، ويلاحظ بشأن الانتقادات التي وجهت إلى المنهج التكاملي إنها لا تحول دون

تطبيقه وهذا يعزز قيمته، وعند اخذ الانتقادات بنظر الاعتبار يجب أيضاً أخذ مزايا المنهج التكاملي.

وعند وضع ميزان التقدير يلاحظ أن مزايا القواعد التكاملية مقارنة مع الانتقادات الموجهة والصعوبات في التطبيق لكل منهما، المزايا اكبر.

ومن زاوية أخرى لابد من الانتباه إلى حالة مهمة وهي التعاملات الالكترونية الدولية والتوجه الدولي نحوها الامر الذي يدفع إلى القول بأن هذا النوع من التعاملات لا يمكن أن تُنظم وفق قواعد وطنية فريدة من نوعها بل لا بد من التنسيق بين القوانين الوطنية والدولية على نحو تتكامل معه القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد من خلال تبني أحكام موحدة في اتفاقيات دولية أو قوانين نموذجية،

إذاً ولما تقدم هذه دعوة إلى اعتماد التكامل كونه هو المنهج –برأينا– الاكثر ملاءمة لحل الانواع الجديدة من المنازعات والمستحدثة، ولنا في ذلك رؤيتين: الأولى حالية والأخرى مستقبلية. أما الرؤية الحالية فهي إن كلاً من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية كمنهج متكامل بجب استخدامه من اجل الوصول إلى حل المنازعات كافة لاسيما الجديدة منها، وهذا التطبيق التكاملي يكون امام المحكم.

وتتجسد الرؤية المستقبلية بالتعاون الدولي من خلال اصدار اتفاقيات دولية تنظم التعاملات الدولية لاسيما الإلكترونية منها وتسمح للقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع، باعتماد التكامل بين القواعد اعلاه.

الخاتمة

ختاما لما تقدم من دراسة موضوع البحث خلُصنا لجملة استنتاجات تمثل ما وقف عليه الباحث من مفاصل الدراسة وربطها ببعض، فضلا عن طرح ما نراه ضروريا من مقترحات هي حلقات تطوير وتهذيب لموضوع الدراسة لتحقيق المعالجة لمشكلة البحث، وسنطرح تباعا اهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها فضلا عن ما نراه ضروريا من مقترحات.

أولاً: الاستنتاجات:

١. أتضح لنا من خلال الرسالة اهمية منهجية التكامل في مجال تنازع القوانين، وتبين ان قانون القاضي لا يقبل التنازع أو التزاحم في حالات معينة، إذ تستبعد فيها المنهجية التقليدية في تنازع القوانين والقائمة على قاعدة الاسناد فقط، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اهتمام المشرع الوطني بتحديد القواعد القانونية الوطنية التي تصون الاسس الجوهرية لمجتمعه على صعيد العلاقات الخاصة الدولية.

٢. ظهر لنا وبشكل عام ان تحديد الاختصاص القضائي الدولي أو ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر اجنبي وكذلك قاعدة خضوع الاجراءات لقانون الدولة هو مما يمس سيادة الدولة ولا يمكن معه والحالة هذه ان يخضع لتنازع القوانين، والمعنى نفسه ينطبق على نظرية التكييف عند تحديد الوصف القانوني للمسألة المعروضة على قاضي الموضوع، والشيء نفسه يسري على منهجية التكامل.

٣. اظهرت الدراسة عجز منهج قواعد الاسناد وفقا للمنهج التقليدي منفردا من تأمين الحلول للمنازعات كونه يخضع العلاقات القانونية الدولية لقوانين وطنية بسبب النمو المتسارع في الترابط الدولي تحت وطأة الضغوط التي تمارسها

مختلف العوامل كظهور التكتلات الاقتصادية، والأدوار الكبيرة التي تمارسها مؤسسات العولمة الاقتصادية (صندوق النقد الدولي، البنك الدولي، منظمة التجارة العالمية)، فضلا عن تأثير وسائل الاتصالات الحديثة، كل ذلك جعل من غير الممكن لقواعد الاسناد حل مشاكل التنازع وفقا للمنهج التقليدي مما دفع لمنهج التكامل بالظهور بشكل عام في مجال مزدحم بالعلاقات وهو دولي بطبيعته.

٤. اظهرت الدراسة ان العلاقات الدولية الخاصة في تزايد مستمر الامر الذي يتطلب تغطية تشريعية متكاملة تناسب تضمنها عنصر اجنبي لتجد الحلول وتحقق الغايات.

٥. يساهم المنهج التكاملي بين قواعد القانون الدولي الخاص في إغناء الروابط الدولية بأنواع متعددة ومستحدثة من القواعد وبحسب كل مصدر من مصادر العلاقات يتم اتباع معيار مختلف بصدد تحقيق التكامل بما ييسر فض النزاعات التي تقوم ضمنها.

٦. اظهرت الدراسة ان روابط العلاقة ذات الصفة الدولية لاسيما الرابطة العقدية كي تنضوي تحت لواء التكامل أساسيا في إعمال القواعد الموضوعية أو قواعد الاسناد أو التكامل بينهما، وهذا ما نجده في الاتفاقيات الدولية المنظمة احيانا إذ قد نجد ان هذه الاتفاقيات تبنت ضوابط محددة لتدويل الرابطة العقدية تقوم على معيار مركز أو محل أعمال الطرفين المتعاقدين بغض النظر عن جنسية الأطراف أو صفتهم.

٧. اظهرت الدراسة ان من معايير التكامل المتبعة على المستوى الوطني هي التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي بعدًها أبرز هذه المصادر (وليس جميعها) تعتمد في غالب الأحيان على معايير متعددة تبعا لطبيعة العلاقة محل التنظيم وان كانت بعض هذه القوانين تهتم بجنس المال المستثمر لا

بجنسية مالكه ويبدو ان هذا التحديد الضيق في نطاق الاستثمارات وقصره على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، هو تحديد منتقد ويتضمن مغالاة كبيرة في التوجس من الاستثمارات الأجنبية.

٨. بطبيعة الحال لا يتم تطبيق قواعد التكامل مباشرة الا عندما تتحقق شروط تطبيقها، وبعكسه فلا محل للإعمال، من ثم قد يكون الحل في اللجوء إلى نوع واحد من قواعد التكامل دون الاخرى.

٩. ان ما يجري في الواقع يعبر عن السعي إلى توحيد قواعد التنازع بالمستوى ذاته الذي يجري فيه توحيد القواعد الاخرى وان كان توحيد قواعد التنازع قد تم على نحو أسبق من الناحية التاريخية إلا ان طبيعة الترابط في العلاقات ذات العنصر الدولي تجعل كل من القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد من التوحيد قائمين على طبيعة تكميلية.

١٠. ظهر لنا ان ما يزيد من سعة انتشار تطبيق منهج التكامل، انه المنهج الذي تناسب مع غالبية المنازعات الدولية على مستوى القانون الدولي الخاص

١١. كذلك ان منهج التكامل من خلال الاشتراك في التطبيق بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد لا يعبر عن صراع في المصالح قدر تعبيره عن تناسق وتناغم بين الاعتبارات الدولية والضرورات الوطنية، ولهذا لا يصح القول ان ثمة تناقض أو تعارض بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد بل العكس هو الصحيح.

١٢. ان منهج التكامل يتمتع بمكانة بارزة في مجال تنازع القوانين، وانه اذا كانت الحالات التي يطبق فيها بصفة اصلية هي حالات تكاد تكون ضمن تشريعات محددة وواضحة، فإن الصفة الاحتياطية لهذا المنهج تمنحه مساحة أكثر اتساعا.

١٣. انه من المناسب والضروري ان يقوم المشرع العراقي بإصدار تشريع مستقل ينظم العلاقات الخاصة بالقانون الدولي الخاص يتضمن بالتفصيل منهج التكامل فضلا عن موقف المشرع من اغلب النظريات السائدة في مجال تنازع القوانين أسوة بباقي الدول التي سارت في هذا الاتجاه وهو اتجاه موفق إلى ابعد الحدود.

ثانيا: المقترحات:

بناء على ما تقدم نطرح جملة من المقترحات التي نراها ضرورية لإثراء موضوع البحث نلخصها بالنقاط التالية:

١. نرى إن فكرة التكامل يجب ان لا يغالى في تطبيقها وانه من الضروري ان تصاغ بنصوص صريحة كي تولد الطمأنينة لدى الافراد المتعاملين دولياً من عدم ضياع حقوقهم نتيجة لما قد يحدث من تطبيق جحف لهذه النظرية.

٢. نجد ضرورة ان تدخل فكرة التكامل في اغلب مجالات القانون الدولي الخاص، وهي بالرغم من كونها تقوم على اساس صحيح الا ان الاحتجاج بها والركون اليها في مواقع متعددة قد يؤدي إلى اللبس في بعض مفاصل القانون الدولي الخاص في الوقت الذي يسعى فيه المجتمع الدولي إلى التقريب بين وجهات النظر المختلفة سعيا" للوصول إلى تشريعات موحدة في مسائل عديدة تهم اعضاء المجتمع الدولي انفسهم.

٣. نجد ان المجتمع الدولي بحاجة ايضا إلى ابرام المزيد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية المنظمة لمسائل تحديد معايير اكثر لفكرة التكامل وتفاصيلها في العديد من المواضيع مازال الخلاف عليها قائما"، الذي بالنتيجة سيؤدي إلى استقرار التعاملات ذات العنصر الاجنبي وكذلك تحديد الموقف من تطبيق القوانين الاجنبية بما ينسجم وازدياد حجم التعامل الدولي.

٤. نرى ان من الضرورة بمكان التوصل ايضا إلى حل وسط بين الانتقائية والأدبية باستعمال منهج معزّز باللجوء إلى معيار متكامل تتعدد فيه الروابط البديلة أو المتعددة من ثم مبدأ الأداء المميز وذلك لجعل المنهج اكثر فاعلية، كما هو الحال في القانون الكندي والسويسري والبلجيكي، الأمر الذي سوف يؤدي إلى تعزيز مبدأ اتساق الحلول مع انظمة القانون المقارن، كما يستجيب لانتقادات المنهج التقليدي في الاسناد دون الاضطرار إلى تعطيل تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وتهدد بقاءها.

٥. رغم ان أن التوحيد الدولي لقواعد التكامل على الاقل على المدى القريب ليس سهل التحقق، إلا انه وعلى الرغم من ذلك لا يزال القانون الدولي الخاص يحاول استيعاب المناهج المختلفة الموجودة على النطاق الدولي للعلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية أيا كان هذا المنهج.

٦. على ان تعددية المناهج بما فيها المنهج التقليدي في الاسناد لا يزال هو المتبع والمعول عليه في حل الكثير من منازعات القانون الدولي الخاص، وفي الوقت نفسه يهتم هذا القانون ويشجع ضرورة الرجوع إلى القانون المقارن من أجل التغلب على الاختلاف في التفسير حتى في حالة تطبيق الاتفاقيات الدولية التي تنظم موضوعات القانون الدولي الخاص.

قائمة المصادر والمراجع

١. د.فؤاد عبد المنعم، د سامية راشد. (١٩٩٣). مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (الإصدار ١). القاهرة: دار النهضة العربية.

٢. . J) MONNET.). (١٥ septembre، 1998). lex La élctronica. تاريخ الاسترداد ١٥ jun، 2021، من http://perso.wanadoo.fr/mam/these4. Htm

٣. ، ، مجلد٣، ، ، د ت د. احمد عبد الكريم سلامة. (بلا تاريخ). الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق ام تلاق. ابوظبي: كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

٤. Lois Francescakis. (١٩٦٦). application immediate et droit du travail'd. paris: Revue critique.

٥. احمد صادق القشيري. (١٩٦٨). نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٠(١)، ٣٩٣.

٦. أحمد قسمت الجداوي. (١٩٨٢). نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية(١٠)، ٢٦٠.

٧. جمال محمود الكردي. (١٩٩٥-١٩٩٦). محاضرات في القانون الدولي الخاص (الإصدار ١). القاهرة: دار النهضة العربية.

٨. حارث سليمان الفاروقي، ، ط٥، بيروت. (٢٠٠٠). المعجم القانوني (الإصدار ٥). بيروت: مطبعة لبنان.

٩. حسام الدين فتحي ناصف. (١٩٩٠). مركز قانون القاضي فى حكم المنازعات الخاصه الدوليه. القاهرة: جامعةعين شمس، كليةالحقوق.

١٠. د. احمد عبد الحميد عشوش. (١٩٨٩). تنازع مناهج تنازع القوانين. الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، .

١١. د. احمد عبد الحميد عشوش. (١٩٨٩). تنازع مناهج تنازع القوانين. الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.

١٢. د. احمد عبد الكريم سلامة. (١٩٨٤). القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص. المجلة المصرية للقانون الدولي، ٤٠(٨)، ١٤١.

١٣. د. احمد عبد الكريم سلامة. (١٩٩٦). علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع: "اصولا و منهجا". المنصورة: مكتبة الجلاء.

١٤.د. احمد عبد الكريم سلامة. (٢٠٠٠). القانون الدولي الخاص النوعي. القاهرة: دار النهضة العربية.

١٥.د. احمد عبد الكريم سلامة. (٢٠٠٠). القانون الدولي الخاص النوعي. القاهرة: دار النهضة العربية.

١٦.د. احمد عبد الكريم سلامة. (٢٠١٨). نظرية العقد الدولي الطليق (الإصدار ٢). القاهرة: دار النهضة العربية.

١٧.د. اشرف عبد العليم الرفاعي. (٢٠٠٣). القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

١٨.د. جعفر الفضلي. (١٩٨٨). انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص. مجلة الحقوق، كلية الحقوق/جامعة الكويت، ١٢(١)، ٢٤٦.

١٩.د. صالح جاد المنزلاوي. (٢٠٠٨). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

٢٠.د. صلاح محمد المقدم. (١٩٨١). تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينةدراسة مقارنة في القانون البحري. بيروت: الدار الجامعية.

٢١.د. فؤاد عبد المنعم، د. محمد خالد الترجمان. (١٩٩٨-١٩٩٩). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية. القاهرة: دار النهضة العربية.

٢٢.د. محمد عبد الله المؤيد. (١٩٨٨). منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات. القاهرة: دار النهضة العربية.

٢٣.د. محمود محمد ياقوت. (٢٠٠٠). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. الاسكندرية: منشأة المعارف.

٢٤.د. مظفر ناصر حسين. (١٩٩٦). قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص. مجلة العلوم القانونية، غداد، كلية القانون، ١١(٢)، ١٣٦.

٢٥.د. هشام علي صادق. (٢٠٠١). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، . الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

٢٦.د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد. (٢٠٠٦). مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

٢٧.د.إبراهيم أحمد إبراهيم. (١٩٨٥).، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين (الإصدار ١). القاهرة: مكتبة سيدعبدالله وهبة.

٢٨.د.جابر أبراهيم الراوي. (١٩٨٠). احكام تنازع القوانين في القانون العراقي (الإصدار ١). بغداد: جامعة بغداد.

٢٩.د.غالب علي الداودي و.د. حسين محمد الهداوي. (٢٠١٠). القانون الدول الخاص. بغداد: العاتك.

٣٠.سعيد يوسف البستاني. (٢٠٠٤). القانون الدولي الخاص (الإصدار ١). ٢٠٠٤: منشورات الحلبي الحقوقية.

٣١.صادق زغير محيسن. (١٩٩٦). القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص. بغداد: كلية القانون، جامعة بغداد.

٣٢.عوني محمد الفخري. (٢٠٠٧). دراسة في القانون الدولي الخاص تتضمن شرحاً لاتفاقية روما ١٩٨٠. بغداد: دار الثقافة.

٣٣.عوني محمد يحيى الفخري. (١٩٩٩).، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، في نطاق القانون الخاص. مجلة العدالة، ١(١)، ٣١٣.

٣٤.كريم مزعل شبي. (٢٠٠٠). التنازع المتغير واثره في القانون الواجب التطبيق. بغداد: كلية القانون، جامعة بغداد.

الملخص:

كانت وما زالت قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص هي التي تحكم موضوع النزاعات التي ممكن ان تقع ضمنه ولعل اهم الك القواعد هي قواعد الإسناد التي كانت ولفترات طويلة تعد ضمن منهجية تنازع القوانين هي الأنموذج الوحيد حسبما يرى الفقه التقليدي، إلا أنه وللتطور الحاصل في القانون الدولي الخاص ظهر فضلاً عن قواعد الإسناد أيضا قواعد أخرى يطلق عليها القواعد الموضوعية، وهذه القواعد تتولى في النظام القانوني الوطني توفير الحل الموضوعي للمسائل القانونية التي تخضع له مستبعدة بذلك تطبيق قواعد الاسناد، ونظرا لعجز انفراد اي من القواعد السابقة في مفهومها التقليدي عن تغطية الحالات التي يتم فيها تحديد قانون اجنبي لحكم العلاقة القانونية بالرغم من كونه قانوناً عاماً يتناول تنظيم جوانب الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية أو الادارية، مثل قوانين النقد، والتامين الاجتماعي، وتنظيم السجل المدني، ومرفق القضاء، ومحاربة الاحتكار وغير ذلك من التشريعات التي تؤثر بالضرورة في علاقات القانون الخاص وترتب آثارا خارج إقليم الدولة فقد كانت الضرورة ملحة لبروز مفهوم جديد من تطبيق القواعد قائم على اساس التكامل بينها وبالتطبيق لاقى هذا المفهوم نجاحا سريعا.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، القواعد الموضوعية، قواعد الاسناد، التكامل بين قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية.

Abstract:

The rules of conflict in private international law still govern the subject of disputes that may occur within it. The most important of these rules are the rules of attribution, which for a long time were considered within the conflict of laws methodology is the only model according to traditional jurisprudence. However, due to the development taking place in private international law, in addition to the rules of attribution, other rules called substantive rules also appeared. These rules undertake in the national legal system to provide the objective solution to the legal issues to which it is subject, excluding the application of the rules of attribution. Due to the inability of a single one of the previous rules in their traditional concept to cover cases in which a foreign law is determined to govern the legal relationship, although it is a general law, it deals with regulating aspects of economic, social or administrative life, such as monetary laws, social insurance, civil registry organization, and judicial facility Anti-monopoly and other legislation that necessarily affects private law relations. All of these have effects outside the territory of the state, as there was an urgent need for the emergence of a new concept of application of the rules based on the basis of complementarity between them. Through the application, this concept met with rapid success.

Keywords: conflict of laws, substantive rules, rules of attribution, integration between attribution rules and substantive rules.