ISSN-2032-2075 مجلة رسالة الحقوق
الإصدار 16 // مارس 2024
العدد الثاني

طبيعة العلاقة بين منهج الإسناد ومناهج التنازع "دراسة مقارنة".

The nature of the relationship between the method of attribution and the methods of conflict.

بحث مشترك مقدم من قبل
الأستاذ الدكتور غسان عبيد محمد المعموري
الباحثة سلوى مهدي حسين خضير
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
أن التطور الهائل في العلاقات الدولية الخاصة أدى إلى تغيير النظرة عن قواعد الإسناد بوصفها قاعدة تتسم بالحياد اتجاه متطلبات الواقع السائدة في النظام القانوني الذي تكون جزءاً منه، وهذا الأمر يتطلب تغيير العدالة التي تسعى قاعدة الإسناد لتحقيقها من عدالة شكلية إلى عدالة مادية تؤدي إلى أيجاد حلول عقلانية واقعية تعكس نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة وإلى العقل تارة أخرى، إذ يجد القاضي نفسه في منهج الإسناد مقيدًا عن الاجتهاد من أجل الوصول إلى أنسب القوانين ملائمة لحكم النزاع والتي تحقق وظيفة قاعدة الإسناد، وأن هذه قيود وعدم تلبية متطلبات الواقع قد أفرز وساهم في خلق مناهج جديدة أكثر تلبية و أنسجامًا مع الواقع، فظهرت منهج القواعد الموضوعية ومنهج ذات التطبيق الضروري، والسؤال الذي يطرح ما هو منهج قاعدة الإسناد ؟وكيف تساهم هذه المناهج في تلبية متطلبات الواقع ؟ وماهي طبيعة العلاقة بينهم ؟

الكلمات المفتاحية : منهج قاعدة الإسناد، منهج القواعد الموضوعية، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، طبيعة العلاقة بين المناهج .

Abstract.
The tremendous development in private international relations has led to a change in the perception of the rules of attribution as a rule that is neutral towards the requirements of reality prevailing in the legal system of which it is a part, and this requires changing the justice that the rule of attribution seeks to achieve from formal justice to material justice that leads to finding solutions Realistic rationality that reflects material results based on texts sometimes and reason at other times, as the judge finds himself in the method of attribution restricted from Etihad in order to reach the most appropriate laws for ruling the dispute and that fulfill the function of the rule of attribution, and that these restrictions and failure to meet the requirements of reality have produced and contributed to Creating new curricula that are more responsive and in harmony with reality. The objective rules approach and the necessary application approach have emerged. The question that arises is what is the attribution base approach? How do these curricula contribute to meeting the requirements of reality? What is the nature of the relationship between them.

Keywords: The chain of transmission approach, Objective rules approach, Approach to rules with necessary application, The nature of the relationship between curricula.

المقدمة.

أولًا/ فكرة البحث.

أن التطور والتعقيد العلاقات الخاصة ذات الطبيعة الدولية أدى إلى قصور في قاعدة الإسناد عن وضع حلول للمشاكل التي تنشأ بسبب هذا العلاقات، ونتيجة لذلك صار لزامًا البحث عن وسائل جديد لتطوير قاعدة الإسناد و جعلها تنسجم و تتلاءم مع متطلبات الواقع، فقاعدة الإسناد تعاني من بعض المشاكل فتحاول أن تجاري بين القيود النصوص القانونية تارة و بين التطورات التي تحصل بشكل مستمر في الحياة الواقعية تارة أخرى لتخلص من جمود النصوص القانونية، وهذه الأمر يتطلب منا معرفة مدى قدرة هذا قاعدة على مجاراة والتوفيق بين الأمرين فهي تحاول أعمال هذا المجاراة عن طريق علاقاتها مع المناهج الأخرى، و خاصة بعد تزايد الانتقادات الموجهة إلى قاعدة الإسناد، أذ أنها تتصف بالعمومية و التجريد و أنعدام الأمان القانوني وقصورها عن تحقيق الوظيفة الوقائية أي للحيلولة دون وقوع النزاع بالتالي تهدف إلى تحقيق عدالة شكلية بدلًا عن العدالة المادية التي تعتبر غاية القانون فهو لا يلبي متطلبات الواقع، فظهر إلى جانب قاعدة الإسناد منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج الأداء المميز، إذ أنهم لا يستغني مطلقًا عن منهج قاعدة الإسناد وهذه ما يظهر في طبيعة العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد وبين منهج القواعد الموضوعية وقواعد ذات التطبيق الضروري.

ثانيًا / أهمية البحث.

تتضح أهمية الدراسة من ناحيتين ،نظرية وعملية ، إذ من الجانب النظري هي الدراسة والبحث العلمي ذاته من حيث تناول موقف التشريعات والقضاء والاتفاقيات الدولية في كيفية معالجة قاعدة الإسناد لعلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة الجانب العملي فتبدو الأهمية واضحة من حيث الصعوبات التي تحصل بسبب عدم مسايرة قاعدة الإسناد للتطورات والواقع إذ يشوبه العديد من المساوئ ، فإذا ما ارتبطت صفة التنظيم غير المباشر لقاعدة الإسناد بصفة الحياد الذي تتسم به هذه القاعدة فانه يمكن القول ، بان قاعدة الإسناد لا تعدو أن تكون مجرد وسيط بين علاقات الواقع أو وقائع الحياة المادية والنظام القانوني الذي تشير أليه هذه القاعدة و دون إن تضفي على الوقائع أي طابع قانوني ، فهي تقدم تلك العلاقات أو الوقائع إلى القانون المختص على نحو محايد ليرتب هذا الأخير عليها الجزاء الذي يتضمنه ، وأيضاً يكمن موطن هذا المساوئ في عدم مواكبتها لمتطلبات التجارة الدولية وحماية التوقعات المشروعة للأطراف أعطي الدور في ذلك للقواعد الموضوعية التي ظهرت كبديل أو معاونة لقاعدة الإسناد ، كذلك إعطاء الدور لقواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ثالثًا / إشكالية البحث.

أن قاعدة الإسناد أو المنهج ألتنازعي مع أهميته وقدم تشريعه لدى معظم تشريعات العربية والمقارنة من خلال القوانين الخاصة بمعاملة الأجانب أو تقنينات (القانون الدولي الخاص) أو النصوص التي وردت في التقنينات المدنية لدى الدول الأخرى فقد ظهرت من خلال التطبيق حاجة ماسه لتعديله أو التعامل مع المناهج أخرى لغرض تلبية متطلبات الواقع وما فرضه من مسائل تلامس العلاقات الدولية الخاصة ومن جهة أخرى تظهر أو تثار عدّة التساؤلات أو عدّة مشاكل ناتجة عن خصائص التي يحملها هذا المنهج وكيفية معالجتها و تطويعها لتنسجم مع الواقع

رابعًا / منهجية البحث.

أتبعنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، من خلال بيان وتحليل النصوص القانونية قدر المستطاع وصولًا إلى إعطاء الصورة الواضحة عن طبيعة العلاقة بين قواعد الإسناد وقواعد المناهج الأخرى و بالأعتماد على آراء الفقهاء بهذا الخصوص

خامسًا / هيكلية البحث .

سيتم تقسيم البحث إلى مبحثين: يتناول المبحث الأول: ماهية قاعدة الإسناد ، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين يتناول المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإسناد، ويتناول في المطلب الثاني: مضمون قاعدة الإسناد، أما المبحث الثاني: العلاقة بين قواعد الإسناد وقواعد المناهج الأخرى وسوف نقسمه إلى مطلبين نتناول في

المطلب الأول: العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية ونتناول في المطلب الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد ومنهج ذات التطبيق الضروري، ثم ننهي البحث بمجموعة من النتائج والمقترحات.

المبحث الأول/ مفهوم قاعدة الإسناد.

أن النمو الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة يحتاج إلى بيان القانون الواجب التطبيق، وهذا يحتاج إلى ترجيح أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة محل النزاع والذي يتطلب تفضيل أحد القوانين الوطنية أو الأجنبية لتحكم النزاع، ويتم ذلك عن طريق قاعدة الإسناد وللتعرف على ماهية قاعدة الإسناد يتطلب التعريف بقاعدة الإسناد، وبيان مضمونها ،لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم بقاعدة الإسناد، ونتناول في المطلب الثاني مضمون قاعدة الإسناد .

المطلب الأول/ ماهية قاعدة الإسناد.

نتناول في المطلب الأول تعريف قاعدة الإسناد، و وظيفتها وذلك في فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف قاعدة الإسناد، ونتناول في الثاني وظيفة قاعدة الإسناد.

الفرع الأول/ تعريف قاعدة الإسناد.

عرف فقهاء القانون الدولي الخاص قاعدة الإسناد بتعريفات كثيرة إذ تعرف عرف فقهاء القانون الدولي الخاص قاعدة الإسناد بتعريفات كثيرة إذ يرى جانب من الفقه بأن منهج قواعد الإسناد يقوم على "مبدأ شكلي مضمونه أن لكل علاقة قانونية مقر و أن قانون مقر العلاقة هو أنسب القوانين لحكمها ، ويتحدد هذا المقر بالنظر لطبيعة العلاقة القانونية" يتضح من التعريف أنه يوجد لكل علاقة قانونية مقر ترتبط به هذا العلاقة به ارتباطًا وثيقًا، أذا ارتبطت العلاقة القانونية بدولة واحدة يكون مَقُرها في هذه الدولة، أما أذا ارتبطت بأكثر من دولة فقاعدة الإسناد تبحث عن مقر هذه العلاقة وذلك بالنظر إلى طبيعتها وإلى كل عنصر من عناصرها [1]. عرفت أيضًا "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين مناسبة و ملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها"[2]، ويتضح من هذا التعريف أن قاعدة الإسناد وسيلة للاصطفاء أو للاختيار أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع ذات الطبيعة الدولية الخاصة، فهي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع، بل أن الحل الموضوعي يستمد من القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ولهذا وصفت قاعدة الإسناد بأنها تسعى إلى تحقيق العدالة الشكلية .فيمكن تعريف قاعدة الإسناد وهي (قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني مهمتها أرشاد القاضي إلى القانون المناسب والملائم والذي يرتبط بالنزاع برابطة جديه وأكثرها أيفاء بمقتضيات العدالة المادية توحي بحلول واقعية تعكس نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة و إلى العقل تارة أخرى) وهذا التعريف يوضح بأن صياغة قاعدة الإسناد يجب أن تكون بالشكل الذي يجعلها قادرة على مواجهة أو مواكبة المواقف الواقعية ذات الطابع الدولي.

الفرع الثاني/ وظيفة قاعدة الإسناد.

لا يتفق الفقه في القانون الدولي الخاص حول تحديد وظيفة قاعدة الإسناد والدور الذي تلعبه، و أن الحاجة إلى قاعدة الإسناد تبررها الطبيعة الخاصة للمنازعات في علاقات القانون الدولي الخاص، إذ يرتبط هذا النزاع بأكثر من دولة ، وهذا الأمر يتطلب البحث عن القانون الأفضل و الأجدر والأنسب و أكثرها عدالة من بين القوانين المتنازعة أو المتزاحمة، فتتمثل وظيفة قاعدة الإسناد بما يأتي:

أولًا- الوظيفة القانونية:

تتمثل هذا الوظيفة بالمشاركة المهمة من جانب كل دولة في تنظيم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، أي هي توضح نصيب مساهمة كل دولة مع غيرها من الدول الأخرى، في تنظيم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، و التي تتم في مجتمع دولي تنعدم به السلطة العالمية والتي تختص بوضع قوانين عامة تنظم العلاقات الدولية الخاصة [3].

ثانيًا- ذهب الفقيه الألماني سافيني إلى أن قاعدة الإسناد تحقق أحدى هذه الوظائف فهي أما تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة أوتحديد نطاق تطبيق القوانين المعينة بحكم هذا العلاقة، ، إذ أن الوظيفة التي قصدها الفقيه سافيني و المتمثلة في تحديد نطاق تطبيق القوانين المعينة

بحكم النزاع، تحتاج إلى تركيز وتلطيف، فمن ناحية التركيز أن قاعدة الإسناد إذا أشارت إلى قانون أجنبي واجب التطبيق، فأن المطلوب منه تطبيق قواعده الموضوعية، أما من ناحية التلطيف، فأن قاعدة الإسناد عندما تحدد القانون المختص من أجل تطبيقه تطبيقًا فعليًا على النزاع، فقاعدة الإسناد تتعلق بتحديد قانون ولا شأن لها بتحديد وضع قانوني [4].

ثالثًا- التنسيق بين النظم القانونية :

العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص تفرض ارتباطها بأكثر من قانون، فلا بد من وجود تنسيق بين النظم القانونية والتي تعتبر أحد أهم الأهداف التي يسعى القانون الدولي الخاص لتحقيقها فكل دولة لديها مصالح متبادلة وغايات مشتركة، ولن يتحقق هذا التنسيق بين النظم القانونية ألا من خلال الاستشارة بين تلك النظم القانونية، والتي تُمكن القاضي المختص من تعيين القانون الأنسب والأكثر تحقيقا لمتطلبات الواقع[5]فقاعدة الإسناد تهدف إلى تنظيم العلاقات والوقائع التي تتصل أو ترتبط بالعديد من الأنظمة القانونية وهذه الخاصية تجعل نطاق تطبيقه أوسع من ذلك المعهود لعلاقات الحياة الوطنية [6]

خامسًا/ مبدأ التسامح .

أن موافقة المشرع الوطني و أجازته تقدم التبرير أو الأساس القانوني المقبول لتطبيق قانون دولة أجنبية من قبل محاكم دولة أخرى، إذ يكون للقانون الأجنبي المختص الأولوية والأفضلية على قانونها الوطني، أي أن قاعدة الإسناد تفتح الباب أمام نفاذ قانون دولة أجنبية أمام سلطات دولة أخرى، وتعكس تسامح المشرع الوطني في تطبيق المحاكم الوطنية لقانون من وضع مشرع أجنبي(7) ، فلو لم يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون دولة أجنبية أمام محاكمه الوطنية، فيكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق من قبل القاضي الوطني لعدم قبول تطبيق أي قانون أجنبي لحكم العلاقات الدولية الخاصة، و هذا يؤدي إلى نكران العدالة والتي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، إذ لا يمكن أن ينفذ أي قانون لدولة أجنبية إلا بموافقة المشرع الوطني، لذلك يجب أن يكون هنالك نوع من التسامح من جانب كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي [8]، يري البعض من الفقه الحديث أن لقاعدة الإسناد وظيفة سياسية تتمثل في فض التنازع بين السيادات التشريعية و مراعاة أكبر قدر من الاحترام المتبادل بين تلك السيادات [9]

المطلب الثاني/ مضمون قاعدة الإسناد.

تمتاز قاعدة الإسناد بالعديد من الصفات والخصائص، وكما أنها تتكون من عناصر أساسية وجوهرية تختلف عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، ومن أجل بيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: خصائص قاعدة الإسناد ونتناول في الفرع الثاني : عناصر قاعدة الإسناد

الفرع الأول/ خصائص قاعدة الإسناد.

1- قاعدة وطنية المصدر .

أن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية في مصدرها أي أن المشرع الوطني في كل دولة يضعها بملء استقلاله وحريته يراعي عند وضعها طبيعة أو نوع النزاع وسيادة الدولة على إقليمها و المصالح المشتركة للدول و حاجة التعامل الدولي[10] ، وأن الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد لا تعني أن يتم وضع هذه قاعدة دائما من قبل السلطة التشريعية، وأنما أيضًا يساهم القضاء في خلق قواعد إسناد، كما هو الحال في الدول الانكلوسكسونية كما في إنكلترا، كما أن معظم قواعد الإسناد عرفية الأصل، حيث أن للعرف دورًا هامًا في تكوين الكثير من قواعد الإسناد والتي استلهمتها الكثير من التشريعات[11] وإذا كانت قواعد الإسناد تعبر عن فكرة وطنية خاصة بدولة معينة مع ذلك لا تستطيع مجافاة متطلبات الواقع الاقتصادية والاجتماعية الذي يعيشه المجتمع الدولي فأن قواعد الإسناد و أن كانت وطنية المصدر لكنها في ذات الوقت تعتبر في توجيهاتها دولية، وهذا ما يظهر في مبدأ التعامل بالمثل وفي المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص، فالعديد من قواعد الإسناد تستمد وجودها من المعاهدات الدولية مثلًا القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مصدرها لائحة روما لعام (2008) إذا تعد هذا الاتفاقية مصدرًا لقواعد الإسناد في الدول الأوربية في مجال الالتزامات التعاقدية [12] يترتب على الطابع الوطني لقاعدة الإسناد اعتبارها قاعدة ملزمة وعلى القاضي الوطني الالتزام بأعمالها من تلقاء نفسه.

2- قاعدة الإسناد قاعدة محايدة :

و أن أهم المزايا التي تتسم بها قاعدة الإسناد هو طابعها الحيادي الذي تتم من خلال المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من ناحية إمكانية التطبيق[13]، فقاعدة الإسناد قاعدة محايدة غير متحيزة وأنها لم يتم صياغتها وفقًا لمصلحة معينة، و أنما قد صيغت و أتسمت بروح حيادية فهي لا تُميز القانون الوطني عن غيره من القوانين الأجنبية [14] وبهذا الخاصية تتميز قاعدة الإسناد بأعتبارها قواعد آلية تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية [15]، وليست العدالة المادية و التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، فتسعى هذه القاعدة لتحقيقها من خلال تحرر القاضي من قيود النص القانوني لمواكبة تطورات الواقع المعاصر، ومن أبرز القوانين التي حاولت تجسيد العدالة المادية هو القانون الدولي الخاص الألماني لعام (1986) المعدل 2015 ، فقد نص في كثير من نصوصه ومنها ما جاء في نص المادة (41) الفقرة الأولى منه بشأن المسؤولية الناتجة عن العمل غير المشروع، حيث نصت: "1- إذا وجدت رابطة أكثر وثوقًا وبنحو كبير مع قانون دولة غير قانون الدولة المنصوص عليها في المواد 38حتى 40الفقره الثانية، فأن قانون تلك الدولة يطبق "[16] يتضح من النص أنه أتاح للقاضي سلطة تقديرية في أختيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهذا يؤكد على صفة أو خاصية الحياد التي تتصف بها قاعدة الإسناد، إذ أنها تختار القانون الذي يرتبط بالنزاع برابطة وثيقة و يكون أكثر صلة بالنزاع سواء أكان هذا القانون قانونًا وطنيًا أم أجنبيًا.

3- قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية غير مباشرة :

أن أهم ما يميز قاعدة الإسناد عن غيرها من القواعد القانونية أنها لا تطبق على النزاع بصورة مباشرة بل ترشد أو تشير إلى القانون المختص لحل هذا النزاع [17]. فمثلًا: قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج لا تبين شروط اللازمة للزواج بل تحدد القانون الواجب التطبيق، أو في مسائل الجنسية إذا حدث نزاع حول تمتع شخص بالجنسية الوطنية أو عدم تمتعه بها، فيتم معرفة ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد التي تنظم مسائل الجنسية و التعرف على الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية [18]فمثلًا: قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج لا تبين شروط اللازمة للزواج بل تحدد القانون الواجب التطبيق، أو في مسائل الجنسية إذا حدث نزاع حول تمتع شخص بالجنسية الوطنية أو عدم تمتعه بها، فيتم معرفة ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد التي تنظم مسائل الجنسية و التعرف على الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية [19]

4- قاعدة الإسناد مزدوجة أو ثنائية الجانب :

من الخصائص المهمة لقاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة أو ثنائية الجانب ، وهذا يعني أنها قد تختار قانون القاضي أو القانون الأجنبي ليكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، إذا تبين أنه القانون الأوثق اتصالًا بالنزاع ، والأجدر بتحقيق العدالة .

الصفة الازدواجية تجعل المفاضلة تحصل بين القانون القاضي الوطني الذي يفصل في النزاع وبين قانون دولة أجنبية طالما كان هو القانون الأقرب والأنسب لحكم العلاقات الدولية الخاصة [20].

الفرع الثاني/ عناصر قاعدة الإسناد.

أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية ذات طبيعة خاصة تحكم العلاقات الدولية الخاصة من أجل أيجاد قانون مناسب وملائم وعادل لتطبيقه على العلاقة محل النزاع، وأن قاعدة الإسناد ترتكز على عناصر، وهذه العناصر هي محتوياتها، وقد قسمها عموم الفقه إلى ثلاثة عناصر وهي: أولا- الفكرة المسندة أو موضوع الإسناد ثانيًا- ضابط الإسناد ثالثًا- القانون المسند إلية الاختصاص فمثلًا، قاعدة الإسناد التي نصت عليها ف(1) من م(18) من القانون المدني العراقي وجاء" الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته"[21]تتضمن موضوع الإسناد وهي الأهلية، وتتضمن ضابط الإسناد وهي الجنسية، وقانون المسند إليه الاختصاص هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته [22].

و فيما يأتي سنتناول شرح كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد:

أولا_ الفكرة المسندة:

المسائل القانونية كثيرة غير محددة لا تدخل تحت حصر، وهذا يجعل من غير ممكن أستيعاب كل هذا الحالات ووضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، لذلك تعمد التشريعات إلى تجميع وحصر المسائل أو الحالات المتشابهة و المتقاربة والتي يجمعها قاسم مشترك ووضعها في مجموعات معينة تسمى " بالفئة أو الفكرة المسندة".

فالفكرة المسندة هي" عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة و المتقاربة التي خصها المشرع الوطني بضابط إسناد تمهيدًا لإسنادها لقانون معين"[23]. فالفكرة المسندة تتضمن الحالات قانونية التي يمكن أن ينشأ بشأنها النزاع، وليس من المعقول أن يكون لكل حالة قانونية قاعدة إسناد خاصة بها، إذ أن الحالات القانونية غير محدد، فالفكرة المسندة تتضمن مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد، ومثال على ذلك فكرة الوصية فهي تشمل شروطها و آثارها وما يتعلق بها من أحكام [24].

وتختلف التشريعات في شأن تقسيمها للأفكار المسندة، فنجد المشرع العراقي قد قسم الأفكار المسندة ووضع لها قاعدة إسناد وتكون كالأتي:

1- فئة الأحول الشخصية: ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وتكون مقسمة كالأتي:

أ- الأهلية: نصت عليها المادة (18)من القانون المدني العراقي

ب- الزواج: خصه المشرع العراقي في المادة (19) حيث أخضع الشروط الموضوعية والشكلية إلى المادة (19\1)، الآثار الشخصية والمالية وردت في المادة (19\2)، والطلاق والتفريق والانفصال في المادة(19\3)،ومسائل البنوة والولاية في المادة(19\4)، وورد قيد إذا كان أحد الزوجين عراقيا يطبق القانون العراقي نصت علية المادة (19\5)،و المسائل المتعلقة بالوصايا والقوامة وحماية عديمي الأهلية و ناقصيها وردت في المادة(20)، النفقة وردت في المادة (21)، الميراث ورد في المادة (22)، و الوصايا ورد في المادة(23).

2- فئة الأموال أو الأحوال العينية: ويسري عليها قانون موقع المال وتشمل المسائل الآتية :

أ- الأموال المادية (العقارات والمنقولات) وردت في المادة (24)

ب- الأموال المعنوية: وتشمل الحقوق التجارية والحقوق الفكرية وحقوق شخصية حيث نظمت الحقوق الفكرية بقانون حق المؤلف العراقي ووردت في المادة (49) [25]

3- فئة الالتزامات : وتشمل الآتي:

أ- الالتزامات التعاقدية ويسري عليها قانون الإرادة من حيث الموضوع ووردت في المادة (25) أما من حيث الشكل يسري عليها قانون المحل ووردت في المادة(26)

ب- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدث بها الفعل المُنشئ للألتزام ووردت في المادة (27).

4- فئة أو مسائل شكل التصرف : يسري عليها قانون القاضي ووردت في المادة (26)[26]

واعتمدت الكثير من القوانين هذا الأسلوب كالقانون المصري وردت قواعد الإسناد في القانون المدني المصري في المواد (10-28) وفضلًا عن الدول التي وضعت قوانين خاصة للقانون الدولي الخاص كالقانون التونسي والألماني، وقد استمد المشرع العراقي قواعد الإسناد من القانون المدني المصر [27].

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد نظم قواعد الإسناد والتي وردت في القانون المدني العراقي من المادة(17-49) والتي يلجأ أليها القاضي في تقديم الحل المناسب في المسائل التي وردت قاعدة إسناد خاصة بها، ألا أن القاضي يجد نفسه مقيدًا عن الاجتهاد في الوصول للحلول الواقعية ذات نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة و إلى العقل تارة أخرى، لذلك نوصي المشرع العراقي أن يسلك سلوك القانون الألماني الذي يحقق العدالة المادية ويخرج عن النص، ويعطي للقاضي حيزًا واسعًا للاجتهاد

ثانيًا_ ضابط الإسناد:

1- تعريف ضابط الإسناد:

هو المعيار الذي يختاره المشرع الوطني في كل دولة ليكون المرشد إلى القانون الواجب التطبيق[28]،وهو يعد وكما عبر جانب من الفقه "قطب القاعدة " إذ بدونها تعجز قاعدة الإسناد عن القيام بوظيفتها في اختيار القانون الواجب التطبيق، [29] وقاعدة الإسناد قد تكون بسيطة وقد تكون مركبة ويكون ذلك حسب ما تتضمنه من ضوابط إسناد، فتقسم إلى ما يأتي:

أ- قاعدة الإسناد البسيطة :
وهي الصورة الغالبة حيث تتضمن ضابط أختيار واحد، فيشير إلى قانون واحد ليحكم كل جوانب النزاع، وتتسم قاعدة الإسناد البسيطة بطابعها التركيزي البحت حيث يطلق عليها جانب من الفقه الحديث أسم قاعدة الإسناد" ذات الطبيعة التركيزية المحضة" لأنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد تركيزها للعلاقة تركيزًا موضوعيًا [30] ،و مثلًا على قاعدة الإسناد البسيطة ما ورد في القانون المدني العراقي من المادة (2\19)و تقابلها المادة (1\13) من القانون المدني المصري فضابط الاختيار واحدًا يكون بمقتضاه قانونًا واحدًا هو الواجب التطبيق على كل مسائل آثار الزواج وهو قانون دولة الزوج وقت الزواج، فضابط الإسناد البسيط القصد منه تحقيق غاية، وهي تأكيد قوامة الزواج انسجامًا مع روح النظام القانوني والاجتماعي والحفاظ على وحدة الأسرة و تماسكها.
ب- قاعدة الإسناد المركبة:
قد تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، وقد تشمل على أكثر من ضابط إسناد أي وجود أكثر من قانون واجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، فيمكن أن يكون على أربع صور:
الإسناد الموزع: تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص عدة قوانين بحيث يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانونًا على حدة، ومثلاً على ذلك ما ورد في المادة(1\19) من القانون المدني العراقي حيث نصت " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين " و يقابلها المادة 12 من القانون المدني المصري، و أن ما يبرر نهج المشرع في إخضاع العلاقة إلى أكثر من قانون هو تساوي درجة ارتباط أو صلة هذه القوانين بالعلاقة بما لا يصح معها إخضاعها أو تركها لقانون واحد يحكمها، [31]
يبتغي المشرع في قاعدة الإسناد الموزع الوصول إلى نتيجة مادية وهي التقليل من حالات البطلان الزواج المختلط، وتشجيعًا لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود[32]
الإسناد الجامع: تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط إسناد يشير باختصاص أكثر من قانون يلزم تطبيقهم تطبيقًا جامعًا على ذات المسألة محل النزاع ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في نص المادة (1\19) سالفة الذكر ويقابلها المادة(12) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية أو ما تسمى" موانع الزواج" تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين منعًا لوقوع بما يسمى " الزواج الأعرج"
الإسناد التخييري : تتضمن قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط اختيار وتشير باختصاص أكثر من قانون، ولهذا الأسلوب عدة تطبيقات: من ناحية، توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة، ويتم الاختيار بينهم، وبموجبها لا يوجد فرق بين ضابط و أخر من حيث الفعالية والقوة، لأن المشرع أراد أن لا يميز بين الضوابط، لأنها ذات ارتباط و تأثير متساوي بالعلاقة محل النزاع، فيترك الاختيار بينهما للقاضي وفق ما تقتضيه طبيعة وظروف العلاقة، ومثال على ذلك ما جاء في المادة (1\19) من القانون المدني العراقي الشطر الثاني المتعلق بالشروط الشكلية أي أن المشرع العراقي جعل الاختصاص في صحة الشروط الشكلية إلى قانون محل أبرام العقد أو قانون جنسية كلا الزوجين، والغاية التي جعلت المشرع العراقي يأخذ بهذا الحكم هو إعطاء أكبر قدر ممكن للمحافظة على عقد الزواج من الإبطال ولا تتحقق هذه الغاية إلا بالسماح لأكثر من قانون بالتطبيق وحكم العلاقة محل النزاع .
أما موقف القانون الدولي الخاص الألماني عام 1986،إذجاء في المادة (19) منه بخصوص نسب القانوني للطفل،إذ أن المشرع الألماني وضع مجموعة من ضوابط الإسناد لمعالجة هذا الموضوع على سبيل التخيير حيث أشارت الفقرة الأولى من المادة (19)[33] يخضع نسب الطفل لقانون الذي يوجد فيه محل إقامة المعتاد للطفل أو قانون دولة جنسية الأب ويمكن أيضا تحديد النسب الطفل بموجب القانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج بموجب المادة (14) الفقرة الأولى وقت ولادة الطفل وإذا تم فسخ الزواج قبل الموت فإن الوقت المناسب هو وقت الفسخ، حيث وردت هذه القوانين على سبيل التخيير.

ومن الناحية الثانية، توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج بحيث يطبق الضوابط الإسناد الأصلية فإن أنعدم يتم اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية مثل ما جاء في المادة (25\1)من القانون المدني العراقي وفقًا لهذه المادة يطبق على العقود الدولية أولًا القانون الذي يتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنًا، وثانيا قانون الموطن المشترك للأطراف، وثالثًا قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أما موقف المشرع المصري فهو لا يختلف عن موقف المشرع العراقي إذ ما جاء في المادة (19\1) من القانون المدني المصري التي أشارت إلى ذات المضمون [34]

أسلوب الإسناد التخييري هومن التطبيقات استجابة التشريعات للتطورات الحديثة التي تحصل في الواقع بأعتبارها أحد الوسائل التي تحقق العدالة المادية، فهي تنسجم مع متطلبات الواقع، لأن المشرع يترك أمام القاضي وأطراف العلاقة مساحة واسعة في أختيار القانون الأصلح من بين القوانين المتعددة التي أشار أليها ضابط الإسناد ، أي هذا الأسلوب يعطي للقاضي سلطة تقديرية من أجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية و تحقيق أكبر قدر ممكن من الضمانات لمصلحة طرفي العلاقة محل النزاع، ويوجد الكثير من التطبيقات ومنها ما جاء في قضية محكمة النقض الفرنسية طبقت القانون الفرنسي باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة الطفل في أثبات نسب الطفلة المولودة في الجزائر لأم جزائرية و أب فرنسي في قضيه عرضت عليها عام 2006 تتلخص وقائعها بما يلي" بناءً على المادة (311\14) من القانون المدني الفرنسي و معها المادة (3) من ذات القانون، إذ إن البنوة خاضعة لقانون الأم يوم ولادة الطفل، و أن القانون الأجنبي الذي لا يسمح بإثبات البنوة الطبيعية يعد مخالفًا لمفهوم القانون الفرنسي للنظام العام الدولي، طالما إنه يستوجب حرمان طفل فرنسي الجنسية أو مقيم عادة في فرنسا من حق إثبات بنوته، وحيث إن السيدة(س) الجزائرية الجنسية قد أنجبت بتاريخ 3 مايو 2001 في الجزائر طفلة أسمها (ليان مريم) و أنها بصفتها الممثلة الشرعية لأبنتها التي تسكن معها في الجزائر، استدعيت بتاريخ31 يوليو 2002 السيد (س) أمام القضاء الفرنسي بحثًا عن الأبوة الطبيعية، إذ أن القرار لأزاحة القانون الجزائري الذي لا يعرف سوى إثبات البنوة الشرعية، و التزامًا بمبدأ المساواة بين الأولاد الشرعيين و الطبيعيين في القانون الفرنسي يجعل القانون الجزائري مخالفًا للنظام العام الفرنسي" [35]، إذ أن المحكمة طبقت القانون الفرنسي من أجل رعاية مصلحة الطفلة في أثبات نسبها إذ أنها استبعدت القانون الجزائري الذي لا يعترف لها بهذا الحق بالرغم قاعدة الإسناد الفرنسية أشارت إلى تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون الأم لحظة الولادة وكون الأم معروفة وليست مجهولة، فقاعدة الإسناد الفرنسية تطبق القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي للطفل في حالة إذا كانت الأم مجهولة، لكن المحكمة طبقت القانون الفرنسي بشكل مباشر، من أجل تحقيق مصلحة الطفل وبالتالي تحقق العدالة المادية فالقانون الفرنسي أتاحه للقاضي سلطة تقديرية واسعة من خلال صياغة هذه القاعدة صياغة مرنة تمكنه من اختيار القانون الملائم الذي يحقق أهداف قاعدة الإسناد.

ثالثًا: القانون المسند إليه :

هو القانون الذي يتحدد وفقًا لضوابط الإسناد ويكون واجب التطبيق أو الذي ترشد إلية ضوابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية[36] ، أو هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تندرج ضمن فكرة مسندة وفقًا لضابط إسناد معين[37].

المبحث الثاني/ العلاقة بين قواعد الإسناد و قواعد المناهج الأخرى.

أن قيود قواعد الإسناد وعدم تلبيتها لمتطلبات الواقع قد أفرز وساهم في خلق مناهج جديدة أكثر تلبية و أنسجامًا مع الواقع، فظهر منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج الأداء المميز، وكل من هذا المناهج أختص بمجال معين، فمنهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري كلاهما لا يستغني مطلقًا عن منهج قاعدة الإسناد وهذه ما سنسعى إلى بيانه من خلال بيان طبيعة العلاقة بينهم، فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية ونتناول في المطلب الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد و منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

المطلب الأول/ العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية.

أن التوسع و التطور في مسائل التجارة الدولية جعل منهج قاعدة الإسناد لا يتلاءم أو ينسجم مع هذا التطور، فظهر منهج القواعد الموضوعية من أجل أيجاد حلولًا للمشاكل التي تنشأ في هذا المجال، ، والسؤال الذي يطرح هنا كيف يساهم منهج القواعد الموضوعية في تلبية متطلبات الواقع؟ و ماهي طبيعة العلاقة بينه وبين منهج قاعدة الإسناد؟ وهل يمكن أن يطبق هذا المنهج بشكل مباشر بعيدًا عن منهج قاعدة الإسناد؟

ومن أجل الأجابة على هذه الأسئلة سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول : تعريف القواعد الموضوعية وفي الفرع الثاني: تمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية وفي الفرع الثالث: طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية.

الفرع الأول/ تعريف القواعد الموضوعية.

عرفت القواعد الموضوعية بالعديد من التعريفات إذ عرفت بأنها" مجموعة القواعد المادية أو الموضوعية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولًا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة "[38]، يوضح هذا التعريف بأن القواعد الموضوعية مستمدة من مصادر عديدة فضلًا عن أنها تقدم حلولًا مباشرة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية لكن هذا التعريف لم يبين العلاقة بين القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد، إذ لم يبين كيفية إعمال هذا القواعد هل يتم تطبيقها بصورة مباشرة أو عن طريق قاعدة الإسناد.

وعرفت أيضًا بأنها القواعد التي وضعت خصيصًا لتنطبق مباشرًة على العلاقات القانونية الدولية و تعطيها الحلول الملائمة متى نشأ النزاع بشأنها [39]،يتضح من هذا التعريف أهم ما يميز هذا القواعد باعتبارها ذات مضمون دولي أي عدت هذه القواعد لتحكم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة وتعطي الحل الموضوعي مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي فلا توجد أي وسيلة أو واسطة بينها وبين القاضي، ألا أنه لم يبين الوظيفة وقائية التي تتفادى نشوء النزاع ، و أنما بين فقط الوظيفة العلاجية في أعطاء الحل عند نشوء النزاع،بمعنى تعطي الحلول متى ما نشأ النزاع، وكما أنه لم يبين العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد

وعرفها الفقيه جولدمان"Goldman" بأنها"مجموعة المبادئ و النظم و القواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي بأستمرار و تواصل تغذية البناء القانوني و سير جماعة العاملين في التجارة الدولية"[40]، يعكس هذا التعريف أهم خصائص القواعد الموضوعية باعتبارها قواعد فئوية ونوعية، لأنها تختص بفئة معينة وهم التجار و تضع حلا للمنازعات الناشئة بالأوساط التجارية الدولية.

وعرفها الفقيه "Bauer.H" بأنها " القواعد التي عن طريقها نجد بطريقة مباشرة تنظيمات مادية بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي محل النزاع"[41] يبين هذا التعريف للقواعد الموضوعية طابعًا مباشرًا يتضمن القواعد الموضوعية والتي تكون جزءًا من القوانين الوطنية، وأيضًا القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية و التي تنظم مسائل التجارة الدولية، و أن الفرق بين القواعد في الحالة الأولى والثانية، يتمثل في الحالة الأولى القواعد الموضوعية تحتاج قواعد الإسناد من أجل أعمالها، أما في الحالة الثانية فهي لا تحتاج إلى قاعدة الإسناد من أجل تطبيقها. فيمكن تعريف القواعد الموضوعية بأنها (مجموعة من القواعد المادية ذات الطابع المباشر تنظم العلاقات التجارية الدولية، وتضع حلًا موضوعيًا مباشرًا للنزاعات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها)

الفرع الثاني/ طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية .

أختلف الفقه حول تحديد طبيعة العلاقة بين كلا المنهجين فظهرت عدت اتجاهات.

الاتجاه الأول : علاقة الاستقلال.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه في أن القواعد الموضوعية تنطبق مباشرة على منازعات التجارية الدولية و بصورة تلقائية، أي أنها لا تحتاج إلى أرادة الأطراف، فهذا القواعد تضع حلولًا للعلاقات التجارية الدولية تحت أي ظرف، في تشكل نظام قانوني مستقل [42] ، يتميز منهج القواعد الموضوعية بنوع من الشمولية في المجالات التي تدخل ضمن اختصاصه، فمن الصعب أن يحل أحدهما محل الأخر، فهو يؤدي إلى

استبعاد قاعدة الإسناد في حل المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، فالشمولية تقوم أو تؤسس على خصوصية الأنشطة الخاصة الدولية التي تتطلب تنظيمًا ذاتيًا يتناسب وينسجم وخصوصية العلاقات الخاصة الدولية، [43].وأن أسباب ظهور وسن القواعد الموضوعية، بالإضافة إلى تعقيد منهج قاعدة الإسناد وعدم ملاءمة، هو أن قواعده وطنية المصدر والموضوع وقد تكون أتفاقية، إذ أن المشرع في كل دولة هو الذي يقوم بوضعها، و أيضًا أن موضوعها الوحيد هو تعيين قانون وطني يحكم العلاقة القانونية دون أن تكون هذا القواعد قادر على حكم العلاقة وتنهي النزاع بصورة مباشرة، أما القواعد الموضوعية فهي دولية القلب والقالب ملائمة لحاجات التجارة الدولية تواكب المستجدات التي تطرأ عليها، تحل النزاع بشكل مباشر[44]، وعلى وفق لهذا الاتجاه يتضح أن العلاقة بين المنهجي القواعد الموضوعية وقاعدة الإسناد علاقة تنافس،لأن قاعدة الإسناد لا تنطبق بصورة مباشرة على النزاع، بينما منهج القواعد الموضوعية ينطبق بصورة مباشر على المنازعات التجارية الدولية، ويستجيب للتطور الذي يحصل في هذا العلاقات فهي وجدت أساسًا من أجل أيجاد حلول لهذه المنازعات وهذه يتطلب أن يتم تطبيقها تطبيقًا مباشر وبصورة مستقلة عن منهج قاعدة الإسناد ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأفكار القانونية أبرزها ما يأتي :

1- من يختار القاضي يختار قانونه :

يذهب الفقه حديثًا إلى استقلال منهج القواعد الموضوعية عن قاعدة الإسناد استنادًا إلى قاعدة من يختار القاضي يختار قانونه،إذ تعد القواعد الموضوعية بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم، وأن منهج القواعد الموضوعية يعد المنهج المتبع من قبل المحكم، فيكون تطبيقها دائمًا مفترضًا، وهذا يدل على أن من يختار التحكيم يختار القواعد الموضوعية، فيكون تطبيق هذه القواعد مفترض في كل عقد يحتوي على شرط التحكيم سواء أكان التحكيم مؤسسيًا أم خاصًا وسواء أكان تحكيم بالصلح أو بالقانون[45].

2- فكرة الاستقبال:

ظهرت فكرة الاستقبال من أجل تبرير تطبيق القواعد الموضوعية أمام القاضي الوطني كصلاحية شرط الذهب، صحة ارتباط الدولة في اتفاق التحكيم، استقلال شرط التحكيم دون الاستعانة بمنهج قاعدة الإسناد، و صحة ارتباط الدولة باتفاق التحكيم في العقود التجارة الدولية، ومضمون هذا الفكرة أن القضاء عند تطبيقه للقواعد الموضوعية يطبقها دون استعانة بقواعد الإسناد، وذلك لان القواعد الموضوعية تم اندماجها و استقبالها في القانون القاضي الوطني فصبحت جزء منة [46].

3- أن أتساع وتطور واقع التجارة الدولية، يدل بوجود مصالح مشتركة بين الجماعات الدولية، وهذا يتطلب من المتعاملين في العقود التجارية الدولية إلى ضرورة التعاون بينهم، وهذا يكون مجتمع مستقل من المتعاملين في عقود التجارية الدولية، فالأعراف الدولية والتي تشكل مصدر مهم من مصادر القواعد الموضوعية تتمتع بصفة النظام القانوني لتلك المهنة أو الجماعة التي تحتويها [47].

4- فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية:

أن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يعد من أهم الأسباب التي منحت هذا المنهج استقلاله وجعلت القواعد الموضوعية منافسة لقاعدة الإسناد وهذا يؤدي إلى استبعاد منهج قاعدة الإسناد، إذ أن من خصائص القواعد الموضوعية أنها تنطبق على المنازعات بصورة مباشرة دون الحاجة إلى قواعد الإسناد، لأنها ذات تطبيق مباشر [48].

ويذهب الرأي الراجح من الفقه إلى أن القواعد الموضوعية تشكل نظامًا قانونيًا ذا تطبيق فوري أو مباشر، فهي لا تحتاج إلى مبرر لتطبيقها، إذ بمجرد حدوث منازعة تدخل ضمن اختصاصها تكون واجبة التطبيق، ويستند هذا الرأي إلى الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية و هيئات التحكيم و تطبيقات القضاء [49] ويعد تطبيق القواعد الموضوعية بصورة مباشرة على النزاعات المعروضة أمام المحكمين من المبادئ المستقرة في أطار التحكيم التجاري الدولي، إذ ينص قانون التحكيم المصري على أنه " يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف التجارية في نوع المعاملة"[50]، أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، كاتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع، إذ تضمنت عددًا من القواعد الموضوعية التي تطبق تطبيقًا مباشرًا ومنها ما نصت علية المادة (1\9) " يلتزم الطرفان

بالأعراف التي اتفقا عليها و بالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"[51]، وكذلك بالنسبة لهيئات التحكيم، إذ نصت اتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، على أن" يراعي المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة"[52]، وأيضًا نجد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ينص على أنه" في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا لشروط العقد و تأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة"[53]، أما على مستوى التطبيقات القضائيه، إذ نص نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه " في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد و الممارسات التجارية ذات الصلة"، وكما أشارت غرفة التجارة الخارجية في ألمانيا لعام 1957، إذ نصت المادة (2\47) على أن" محكمة التحكيم يجب أن تأخذ في أعتبارها دائمًا أعراف التجارة التي تغطي خصوصية المنازعات التي تطرح على التحكيم"[54]

وهنالك العديد من التطبيقات القضائية التي تؤكد على فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية ومنها: ما ذهبت إليه هيئة التحكيم تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، بقرارها الصادر عام 1996 رقم (8365) إلى تطبيق القواعد الموضوعية تطبيقًا مباشرًا، حيث تتلخص وقائع النزاع بامتناع البنك الألماني بالوفاء بقيمة الضمان المصرفي، قد صدر من خلال أحد البنوك الإسبانية لصالح بائع ألماني، وكان هذا المبلغ نتيجة شراء سفينة صيد دفعه مشتري إسباني لبائع ألماني، عن طريق بنكه الوطني (الإسباني)، فصدر ضمانًا مصرفيًا بناءً على طلب من المشتري الإسباني لصالح البائع الألماني، حيث قام البائع بتنفيذ التزامه بتسليم السفينة محل التعاقد ألا أنه لم يتسلم ثمنها، ونتيجة لذلك طالب البنك الإسباني من البنك الألماني الوفاء بقيمة الضمان، إذ صدرت هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع قرار بمسؤولية البنك الألماني نتيجة عدم تنفيذ للالتزام وهو دفع مبلغ الضمان المصرفي بناءً على ما ورد من القواعد الموضوعية والتي تتضمن العديد من المبادئ ومنها مبدأ عدم إعفاء أحد الأطراف من تنفيذ التزامه ما دام المتعاقد الأخر قد نفذ التزامه، وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية لعام (1966)، إذ اتجهت إلى تطبيق القواعد الموضوعية مباشرةً[55].

5- إرادة الأطراف :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه لتبرير تطبيق القواعد الموضوعية بشكل مستقل على إرادة الأطراف التي تعطي الحرية في اختيار القانون الذي ينظم علاقاتهم سواء كانت الإرادة بشكل صريح أو ضمني والإرادة الضمنية لتطبيق القواعد الموضوعية يمكن استنتاجها من خلال وجود شرط التحكيم في العقد، و كما بينا سابقا تعتبر القواعد الموضوعية بمثابة قانون أختصاص للمحكم، فيكون تطبيق القواعد الموضوعية مفترضًا بسبب وجود هذا الشرط، و أن الاختيار الإرادي للقانون وفقًا لأنصار النظرية الشخصية في الفقه الحديث، يعتبر قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص المادي (العقد شريعة المتعاقدين) يستند إلى حرية التعاقد [56].أما أنصار النظرية الموضوعية يجعلون أساس الأختيار الإرادي يستند إلى قاعدة من قواعد الإسناد تخضع من خلالها الرابطة العقدية للقانون المختار، أي أن الاختيار الإرادي لا يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة و أنما يستند أساسًا على قاعدة من قواعد الإسناد [57].

الاتجاه الثاني: علاقة تعايش وتكامل بين المنهجين:

يرى أصحاب هذا الاتجاه[58]أن القواعد الموضوعية لا يمكن تطبيقها ألا بموجبقاعدة الإسناد، فهذه القواعد لا يمكن تطبيقها بشكل آلي بل لا بد من وجود قاعدة إسناد تساعد على تطبيقها، اذ يشوبها القصور والنقص و تحتاج إلى ما يكملها وذلك يكون عن طريق قاعدة الإسناد، وهذا يعكس التكامل والتعايش بين كلا المنهجين [59]. إذ أن منهج القواعد الموضوعية لا يمكن أن يتصدى بمفرده لتنظيم عقود التجارية الدولية، ، بل يستعين بمنهج قاعدة الإسناد، وهذا يجسد التكامل والتعايش بين المنهجين [60]، بل إن منهج القواعد الموضوعية يحتاج في حالات عديدة لمنهج قاعدة الإسناد"[61]، و السؤال الذي يطرح هل يمكن تطبيق منهج القواعد الموضوعية بشكل مباشر بعيدًا عن منهج قاعدة الإسناد؟

للأجابة نقول :أن منهج القواعد الموضوعية لا تطبق بشكل ألي بل لا بد من وجود قاعدة الإسناد تساعدها، فلا تكون واجبة التطبيق ألا من خلال قاعدة الإسناد، وهذا ما نجده في التشريع الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الألماني سنة 1986 ويظهر ذلك أيضا في المعاهدات التي تحاول توسيع مجال تطبيق القواعد

الموضوعية، فاتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع سنة1980 التي أشارت إلى تطبيق قاعدة الإسناد في المسائل التي تغفل الاتفاقية عن تنظيمها، وتطبيقًا على ذلك حكم الصادر من أحدى المحاكم الألمانية والتي قررت على أن" وفيما يتعلق بصحة التحويل، طبقت المحكمة قانونًا إيطاليًا أخر، حيث أن اتفاقية البيع لا تتناول التحويل، وقررت المحكمة أنه حتى أن لم يكن الطرفان قد أتفقا على وجوب الدفع بالليرة الإيطالية، يظل الثمن واجب الدفع بالليرة الإيطالية حيث أن مكان الأداء سوف يكون محل عمل البائع الإيطالي (المادة 75\1أ من اتفاقية البيع..."[62]، وكما أن القضاء قد حاول توسيع نطاق تطبيق القواعد الموضوعية من خلال قاعدة الإسناد وذلك عن طريق الكثير من القرارات منها القرار الصادر بصحة شرط الدفع بالذهب الذي صدر من قبل المحكمة النقض الفرنسية، فالقضاء قد أقر قاعدة موضوعية من خلال اعتماده على قاعدة الإسناد [63].

من خلال كل ما تقدم يتضح لنا أن العلاقة بين قاعدة الإسناد و القواعد الموضوعية هي علاقة واقعية مبنية على التعاون المترابط بينهم، لأن كل منهج هو مكمل للأخر وأن منهج القواعد الموضوعية ظهر نتيجة القصور الذي يشوب منهج قاعدة الإسناد و بالمقابل منهج القواعد الموضوعية أيضًا يشوبه الكثير من القصور فهو منهج غير متكامل فلا يمكن تطبيقه بصورة مستقلة وبعيدًا عن قاعدة الإسناد، فهو بحاجة ماسة إلى قاعدة الإسناد فلا يمكن أن يستغني عنها فهو منهج مساعد و تبعي لمنهج قاعدة الإسناد.

المطلب الثاني/ العلاقة بين قاعدة الإسناد و منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

نتيجة زيادة تدخل الدول في علاقات الاقتصادية و الاجتماعية من أجل تحقيق الحماية الضرورية في المجتمع الوطني، فالقواعد ذات التطبيق الضروري تسعى من أجل تحقيق الحماية اللازمة للأسس الاقتصادية و الاجتماعية لمجتمع دولة القاضي، و من أجل بيان طبيعة العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد ، فنقسم المطلب الثاني إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: التعريف القواعد ذات التطبيق الضروري وفي الفرع الثاني :طبيعة العلاقة بين القاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الأول/ التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري.

لم يتفق الفقه على تسمية واحدة تستطيع أن تبين مضمون أو طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري، فيطلق علية أكثر من مصطلح[64]،إذ ذهب الرأي الغالب من الفقه إلى تسميتها بالقواعد ذات التطبيق الضروري، لأن فرض هذه القواعد يكون ضروريًا لتدخل الدولة في الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية من أجل تأمين المجتمع[65] إذ عرفت بأنها" مجموعة القواعد الموضوعية و المباشرة الموضوعة أصلًا لمواجهة العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها، تحقيقًا لسياسات المشرع الأجتماعية والأقتصادية، ألا أن صفتها الآمرة تبلغ حدًا يقتضي معه تطبيقها على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي" [66]،وهذا التعريف منتقد لأن هذه القواعد قد وضعت أساسًا لمواجهه جميع العلاقات التي تدخل ضمن نطاق أختصاصها سواء أكانت وطنية أم أجنبية باختصار يمكن أن نعرف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها(مجموعة من القواعد القانونية الضرورية التي تهدف إلى حماية المصالح الحيوية، الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، والتي يلتزم القاضي بتطبيقها بصورة مباشرة أو عن طريق قاعدة الإسناد على العلاقات القانونية بصرف النظر عن انتمائها للقانون الوطني أم للقانون الأجنبي متى ما توافرت فيها الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها وبين نطاق تطبيقها) .

الفرع الثاني/ طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

أختلف الفقه حول طبيعة العلاقة بين المنهجين، فظهر اتجاهين و كالأتي:

الاتجاه الأول: علاقة تنافس و تضاد:

يرى جانب من الفقه أن سبب وجود القواعد ذات التطبيق الضروري تعتبر كرد فعل طبيعي من دور وهيمنة منهج قاعدة الإسناد، و أن وجود قاعدة من قواعد ذات التطبيق الضروري، يؤدي إلى استبعاد قواعد الإسناد من نطاق العلاقة محل النزاع، فهذه القواعد تتسم بالطابع الآمر فيكون تطبيقها ضروري على العلاقات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها، دون الحاجة إلى قاعدة الإسناد [67]،فعندما يعرض نزاع على القاضي فيجب علية أولًا الرجوع إلى قانونه الوطني، إذ وجد قاعدة من قواعد ذات التطبيق الضروري تنطبق على النزاع المعروض علية يتم تطبيقها بشكل مباشر، أما في حالة عدم وجود مثل هذه

قاعدة، يلجأ القاضي إلى قاعدة الإسناد، أي يكون لقاعدة الإسناد دور احتياطي، و تكون الأولوية أو الصدارة للقواعد ذات التطبيق الضروري [68].

الاتجاه الثاني: علاقة تكامل وتعايش بين المنهجين :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العلاقة بين كلا المنهجين علاقة تعايش و بالخصوص في الجانب العملي، فتطبيق أحد القواعد ذات التطبيق الضروري مثلًا على بعض جوانب العقد الدولي، لا يعني أن القاضي لا يلجأ إلى القواعد الإسناد و لا يطبق قانون الإرادة، فهذا غير متصور، فتطبق قاعدة الإسناد بجانب قواعد ذات التطبيق الضروري [69]، وهذا يعكس التعايش و التكامل بين المنهجين فالقواعد ذات التطبيق الضروري لا يتم تطبيقها، ألا فيما يتطلبه مضمونها و الغاية التي تسعى من أجل تحقيقها، وعلى سبيل المثال إذ قد تحدد قواعد ذات التطبيق الضروري سعرًا كحد أقصى للفائدة في عقد قرض مثلًا (10%) فيتم تطبيقها على جميع العقود في إقليم الدولة التي تنتمي إليها هذا القاعدة، وقد يكون سعر الفائدة (15%) بمقتضى القانون الواجب التطبيق الذي تم تحديده بموجب قاعدة الإسناد، نتيجة لذلك يبطل الشرط العقدي الذي يحتوي على سعرٍ للفائدة بمقدار(12%)، لأن قد تجاوز الحد الأقصى المحدد وفق قواعد ذات التطبيق الضروري، على الرغم من أن سعر الفائدة غير مخالف لقانون العقد، أما إذا كان سعر الفائدة المحدد في قانون العقد أقل من السعر المحدد وفق قواعد ذات التطبيق الضروري، مثلًا إذا كان محدد وفق قانون العقد (8%) ومحدد وفق الشرط العقد (10%) مثلًا فهذا الشرط يبطل لان مخالف لقانون العقد حتى و أن كان غير مخالف لقواعد ذات التطبيق الضروري[70]. وأن التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري لا يجعل قاعدة الإسناد جانبًا، فهذه القواعد لا تحكم العلاقة محل النزاع بصورة كامل، لأن هذه القواعد تحكم فقط المسائل الداخلة ضمن أطار تطبيقها المكاني و تبعًا لإرادتها في الانطباق[71].

يؤكد جانب من الفقه [72]على التعايش و التجاور بين المنهجين ويحذر في الوقت ذاته من النفوذ المتزايد لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري على حساب قاعدة الإسناد، فلا يجوز اللجوء إلى القواعد ذات التطبيق الضروري ألا في الحالات الاستثنائية وبقدر محدد، فقاعدة الإسناد ينبغي أن تبقى الأصل في الأعمال، والتي تؤكد على التعايش بين الأنظمة القانونية و اختيار أفضل و أنسب القوانين وأكثرها ملائمة لحكم العلاقات ذات الطبيعة الدولية، ففي الوضع الحالي وفي ظل غياب المشرع الدولي، والقواعد الموضوعية يسعى منهج قاعدة الإسناد إلى تنظيم هذه العلاقات، و أيجاد حلولًا عامة وعالمية و تسوية مقبولة للمشكلات التي تحدث في الحياة الدولية للأفراد [73]. خلال كل ما تقدم يتضح لنا أن العلاقة بين قاعدة الإسناد و منهجي القواعد الموضوعية و القواعد ذات التطبيق الضروري هي علاقة واقعية مبنية على التعاون المترابط بينهم، لأن كل منهج هو مكمل للأخر وأن كلا المنهجين ظهر نتيجة القصور الذي يشوب منهج قاعدة الإسناد و بالمقابل منهج القواعد الموضوعية أيضًا يشوبه الكثير من القصور فهو منهج غير متكامل فلا يمكن تطبيقه بصورة مستقلة وبعيدًا عن قاعدة الإسناد، فهو بحاجة ماسة إلى قاعدة الإسناد فلا يمكن أن يستغني عنها فهو منهج مساعد و تبعي لمنهج قاعدة الإسناد.وأن التكامل أو التعايش بين المناهج يسعى إلى مواكبة التطورات التي تحصل في الواقع ، فمتطلبات الواقع في عالم اليوم كثيرة فأوضاع الأقتصادية و السياسية في تطور مستمر فلا بد من مواكبتها، وقد تكون هذا المواكبة من خلال التعايش والتكامل بين المناهج.

الخاتمة.

بعد أن انتهينا من الدراسة لابد لنا من بيان أهم النتائج التي توصلنا لها خلال هذا الدراسة وبشكل مختصر، مع بيان أهم المقترحات و التي نتمنى من المشرع العراقي الأخذ بها عند أعادة النظر بنصوص القانون المدني المتعلقة بقاعدة الإسناد

الأستنتاجات .

1- توصلنا إلى أهم الوظائف قاعدة الإسناد، و التي تشمل الوظيفة القانونية، والتنسيق بين النظم القانونية ، وكذلك تشمل تسامح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق من قبل القاضي الوطني وهذه التسامح من الركائز المهمه في تحقيق العدالة التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

2- أن لقاعدة الإسناد خصائص مهمة تؤدي دورًا مهم في القانون الدولي الخاص، إذ تتصف قاعدة الإسناد بكونها قاعدة غير مباشر، وتتصف أيضًا بكونها قاعدة محايدة أي أنها تتسم بروح الحياد لا تمييز بين القانون الوطني أو القوانين الأجنبية من ناحية التطبيق، وكما أنها مزدوجة الجانب فالقانون الواجب التطبيق قد يكون وطني أو أجنبي، وكما أنها تساهم بالتنسيق ببين الأنظمة القانونية وهذه الخصائص لها أهمية كبيره في تلبية متطلبات الواقع والتحرر من جمود النص القانوني وخصوصًا عندما تكون مزدوجة الجانب.

3- ظهرت العديد من الآراء بخصوص علاقة قاعدة الإسناد بالقواعد الموضوعية، والقواعد ذات التطبيق الضروري فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العلاقة بينهم علاقة تنافس و الأخر اعتبرها علاقة تكامل وتعايش وهذا ما نرجحه، إذ أن العلاقة بين المناهج علاقة تكامل وتعايش ،و هذه يساهم في تلبية متطلبات الواقع ،لأن هذه المناهج جاءت معاونة لمنهج قاعدة الإسناد من أجل مواكبة تطورات الواقع.

المقترحات.

1- نقترح على المشرع العراقي أن يمنح القاضي سلطة تقديرية تمكنه من تحقيق العدالة المادية والتي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

2- نقترح على المشرع العراقي أن يتيح للقاضي حرية التقدير و الملائمه و يفتح الباب بشكل أوسع للاجتهاد القضائي في تكييف النص حسب الظروف و التطورات.

3- نقترح على المشرع العراقي أيضًا منح سلطة تقديرية للقاضي في فحص فحوى العلاقة القانونية و أستجلاء الغاية الكامنة لقاعدة الإسناد من خلال تبني مفهوم المتطور للقواعد القانونية ذات الصلة

الهوامش.

[1]د.أحمد محمد الهواري ،الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي ، الطبعة الأولى ،عمان –الأردن ،2008،ص 288

[2] - د.أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008،ص24

[3]- د.خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، دون سنة طبع ،ص 71

[4]- د.محمد سليمان الأحمد ، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان – الأردن ، 2008،ص 50-51

[5]- د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر، 1997، ص44

[6]- د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم، بحث منشور بواسطة محاماة نت، 2018 على الموقع الأتي: https:\\www.mohamah.net

[7] - د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصدر سابق،ص 71

[8]-ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي_أم البواقي، 2015، ص 25

[9]- أن قاعدة الإسناد لا يكون لها غير الوظيفة السياسية، وهي تحديد السيادة التشريعية الوطنية ومراعاة الاحترام المتبادل بين السيادات وهذا الاحترام يتحقق عند إعمال قاعدة الإسناد باختيار القانون المناسب والذي يرتبط بالنزاع برابطة جدية، إذ أن قاعدة الإسناد تفصل بين القوانين الصادر عن سلطات تشريعية، ومن الحجج التي تدعم الوظيفة السياسيْة لهذا قاعدة هي الاعتبارات التي تراعي عند خلق القاعدة الإسناد ومنها الاعتبارات السياسيْة مثل أستخدام ضابط الموطن في الدول الأنجلو-أمريكية في اختيار القانون المناسب لمسائل الأحوال الشخصية، إذ تستند على الاعتبار السياسية وهي محاولة دمج الأجانب المقيمين على إقليمها وربط مصالحهم الاجتماعية والاقتصادية بها ، وهذا يؤدي إلى التجانس في تطبيق القانون، حيث أن سيسري قانون الموطن على الجميع دون تفرقة بين الوطنين أو الأجانب، و ذات الحال يسري على الدول التي تتخذ من الجنسية ضابطًا لها في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الجنسية حيث تسعى إلى بسط سيادتها خارج حدودها وتربط المواطنين بدولتهم بالرغم من وجودهم خارج أراضي إقليمها، وهذا يؤدي إلى تقوية نفوذها السياسي في الخارج.

وللمزيد من التفاصيل أنظر إلى الدراسات السابقة كل من د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص35 ، و أيضا د. حسن على كاظم، قواعد الإسناد و آليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام في المؤتمر العلمي الثامن ، العدد 20 ، 2011،ص308.

[10]-د.محمد جلال حسن عبد الله، تحليل الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، ص148

[11]-د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، 2016،ص32

[12]- د سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،2009، ص596

[13] -د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،2009، ص 4

[14] - ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي، الجزائر، 2016،ص44

[15] -نقلًا عن د. كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، 2005، ص22

[16] - المادة (41) الفقرة الأولى من القانون الدولي الخاص الألماني نصت على ما يلي:

"(1) If there is a substantially closer connection with the law of a State other than that applicable under articles 38 to 40 paragraph 2، then the law of that other State shall apply."

[17]- د سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص588

[18]- ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص42

[19]- ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص42

[20]- د.أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد عدد 51،ص 130-131

[21]- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة(1951) المعدل

[22]- ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن العنصر الثالث في قاعدة الإسناد يتمثل بوقت الإسناد، و به يتحدد الوقت المعتبر في إسناد الفكرة المسندة إلى القانون المسند إلية الاختصاص وفق معيار الإسناد، و إذا تحققت هذا العناصر الثلاثة نتوصل إلى نتيجة الإسناد المتمثلة بالقانون المسند إلية الاختصاص، ومعنى ذلك أن القانون المسند إلية لا يعتبر عنصر في قاعدة الإسناد وحجتهم في ذلك تتمثل من جانبين، الجانب الأول: أنه سيكون معروف بمجرد تحديد معيار الإسناد، والجانب الثاني : أنه عنصر خارج قاعدة الإسناد، لأنه هو الحل الذي تسعى هذا القاعدة إلى تحقيقه فهو غاية قاعدة الإسناد، فلا يمكن أن يكون جزءاً منها، نظر كل من د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 86، ود.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 2، 2009، ص426

[23]- سليمة وصيف خالد، تنازع القوانين في الميراث و الوصية، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي، 2015، ص 7

[24]- د.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص 426

[25]- نظمت المادة(49) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل والتي نصت على أن "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي. أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميها هذا القانون ألا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية وان تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي " وقد تم تعديل هذا النص بموجب الأمر الإداري الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقت رقم 83 لسنة 2003 حيث أصبح النص " تسري أحكام هذا القانون على كل المصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي وتشمل الحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون و الأجانب سواء كانوا أشخاصًا طبيعية أو معنوية على أساس لا يقل عما هو مناسب أن يتمتع للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية و التمتع بحقوق الملكية الفكرية الأخرى و آية مزايا تستمد من هذا الحقوق" منشور في الوقائع العراقية عدد 3984في 2004

[26]) نصت المادة (26) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على أن" تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"

[27]- د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، ، مصدر سابق، ص 78

[28]- د.رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص114

[29]-د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 42،41

[30]- د.أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،1989، ص301

[31]- د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المجد مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،2008 ص31

[32]- د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص91-92

[33]- نصت المادة (19) الفقرة الأولى من القانون الدولي الخاص الألماني على أن:

(1) The descent of a child is governed by the law of the place where the child has his or her habitual residence. In relation to each parent the descent can also be determined by the law of the State of this parent's nationality. If the mother is married, the descent can also be determined by the law that governs the general effects of the marriage under Article 14 paragraph 1 at the time of the birth of the child; if the marriage was dissolved before by death, the relevant time is the time of dissolution.

[34]- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص84

[35]- أسيل عبد الكريم الخواجة، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2017، ص45

[36]- د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، ب.ن، 2009،ص141

[37] -د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثامنة ، 2006، ص49

[38] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008 ،ص 267

[39]د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، 1980،ص28

[40]-Goldman(B)، La lex Mercatoria dans les contrats et 1'arbitage internationaux: realite et perspectivrs، clunet،1979-3، p.487

[41] -Bauer، Huber، Les traties et les regles de droit international prive materiel، Rev. Crit. D.I،P، 1966، P539.

[42]- سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق و تأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير في القانون مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهر، 2011 ، ص 165

[43]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 272

[44]-د. محمد أحمد عبد الله الشماسنة، مواءمة الإسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا-الجامعة الأردنية، 2005، ص134

[45]- للمزيد من التفاصيل أنظر إلى د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي(دراسة تأصلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 437-438،و د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 134

[46]- عرفت هذا الفكرة منذ زمن طويل وخصوصًا لدى الفقه الايطالي ومفهومها الفني هو نقل تنظيم قانوني من صنع الغير، ونقلة كما هو بدون أي تغيير و قبوله كأنه من صنع القضاء أو المشرع الوطني، ففكرة الاستقبال فكرة جديدة تبرر تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية دون تدخل قاعدة الإسناد ،لمزيد من التفاصيل حول فكرة الاستقبال ينظر إلى د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 4113، و إلى د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مصدر سابق، ص 438، ود. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص202

[47]- تعرف الأعراف التجارية الدولية بأنها " قواعد السلوك التي يجب مراعاتها في أحد مجالات الأعمال الدولية بانتظام يدل على قبول المرتبطين بذلك المجال بإلزامها " وللمزيد من التفاصيل ينظر إلى سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، مصدر سابق، ص 167، د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 41

[48]- عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين ، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، 2020، ص 33

[49]-د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،مصدر سابق، ص179

[50]- المادة (3\39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

[51]- المادة (1\9) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980

[52]- المادة (13\8) من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961
[53]- المادة (28\4) من القانون النموذجي لعام 1985
[54]- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ب.مكان طباعة،1981 ، ص181 وما بعدها
[55]- للمزيد من التطبيقات ينظر إلى سمير حركات، التحكيم التجاري الدولي و أثره في توحيد و تنسيق قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017، ص 40 و ما بعدها و إلى حسين عباس حسين الانباري، الاختصاص التشريعي لتسوية منازعات منظمة التجارة العالمية، مصدر سابق، ص 127
[56]- د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص 13
[57]- د. حسن الهداوي، قانون الدولي الخاص تنازع القوانين(دراسة مقارنه)، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية، 1997، ص 148
[58] - ينظر إلى د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، الطبعة الأولى،دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 394
[59]- عباس غانم زغير ، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص33 و 34
[60]- د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المنشاة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 338
[61]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 274
[62] - د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 198 هامش رقم (1)
[63] - للمزيد من الأحكام القضائية ينظر إلى د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، 1995، ص 541- 542، ود. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 41 وما بعدها
[64]- ينسب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري للفقيه اليوناني الأصل (فرانسسكاكيس) حيث ظهرت لأول مرة في رسالته الدكتوراه " نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص" تم حاول في دراساته التعمق في النظرية تحت تسمية القوانين ذات التطبيق المباشر. للمزيد من التفاصيل أنظر إلى البنيان الهيكلي لنظرية القوانين ذات التطبيق الضروري د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين الشمس، 1982، ص5
[65]- د.إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي،القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص296
[66]- د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016 ، ص72
[67]- د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص476
[68]- د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص84
[69]- د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص477
[70]- د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص170
[71]- د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، 2019،ص106
[72] - ينظر إلى د.أحمد عبد الكريم سلامة،علم قاعدة التنازع و الأختيار بين الشرائع أصولًا ومنهجًا ، مصدر سابق، ص 262
[73]- د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق،ص262

المصادر .

أولًا/ الكتب .

1- د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في المنازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

2- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ب.مكان طباعة، 1981

3- -د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،2009

4- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، وعلم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولًا ومنهجًا ،الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة، والقواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985 ، وقانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

5- د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989

6- . أحمد محمد الهواري ،الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي ، الطبعة الأولى ،عمان –الأردن ،2008

7- د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .

8- د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين(المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1997.

9- د.خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ب.سنة نشر

10- سليمان الأحمد ، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان – الأردن ، 2008

11- د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية د.رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011

12- د.سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، الطبعة الثامنة، 2006.

13- د.سامي بديع منصور و د. عبده جميل غضوب، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . بيروت، 2009.

14- د.سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2009

15- د.صلاح الدين جمال الدين ،القانون الدولي الخاص،ب.ن ، 2009.

16- د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، 2019

17- د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المجد مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،2008

18- د. محمد)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998

19- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المنشاة المعارف، الإسكندرية، 2004.

20- . منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.

21- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف،1995.

22- ود. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت، 1995

23- د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016

ثانيًا/ الرسائل و الاطاريح.

أ- الاطاريح .

1- د.صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد(دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء،2018

2- د.ليث عبد الرزاق علي الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2017

ب- الرسائل.

1- أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، 2021

2- أسيل عبد الكريم الخواجة، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2017.
1- سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق و تأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير، 2011
2- سليمة وصيف خالد، تنازع القوانين في الميراث و الوصية، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015، 2017.
3- سمير حركات، التحكيم التجاري الدولي و أثره في توحيد و تنسيق قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي كلية الحقوق و العلوم السياسية،الجزائر، 2017.
4- عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة ،2020.
5- محمد أحمد عبد الله الشماسنة، مواءمة الإسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2005.
6- ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي، الجزائر، 2016.

ثالثًا/ البحوث.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد عدد 51
2- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 2018.
3- د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين الشمس، 1982.
4- د. حسن على كاظم، قواعد الإسناد و آليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام في المؤتمر العلمي الثامن، العدد 20، 2011.
5- د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة ذي قار، المجلد 10، العدد 3، 2015
6- د. كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، 2005
7- د.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (16)، العدد(2)، 2009

رابعًا/ الاتفاقيات الدولية.

1- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961
2- اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980
3- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985
4- لائحة روما الثانية لعام 2008

خامسًا/ القوانين.

1- القانون المدني الألماني الصادر عام 1881 ونافذ 1900
2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل
3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل
4- القانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل
5- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل
6- قانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986المعدل
7- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

سادسًا/ المواقع الالكترونية

1- د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم، بحث منشور بواسطة محاماة نت، 2018 على الموقع الأتي: https:\\www.mohamah.net

سابعًا/ المصادر الأجنبية.

1) Goldman(B) La lex Mercatoria dans les contrats et 1'arbitage internationaux: realite et perspectivrs،clunet,1979-3.
2) Bauer، Huber، Les traties et les regles de droit international prive materiel، Rev. Crit. D.I،P، 1966، P539.