مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٦، العدد ٨: ٢٠١٨.
Journal of University of Babylon for Humanities, Vol.(26), No.(8): 2018.

Critical View of the Approach to the Rules of Conflict in Iraqi Private International Law

Khair Al Dine Al Amine
Faculty of Law/ Babylon University/City of Babylon/ Iraq
khairobbed@yahoo.fr

Submission date: 3 /10/2018 **Acceptance date**: 8/11/2018 **Publication date**: 11/11 /2018

Abstract

The rules of conflict in law are general and indirect rules. They don't provide substantive solutions to the dispute before the courts، because their task is to determine the relevant law. These rules seek to find appropriate and fair solutions between the parties. In order to achieve its goal some of them are flexible and others are rigid، not easy to be applicable، such as criteria based on territory of the state، or the principle of state sovereignty. The Iraqi legislator in the Iraqi civil Code 1951 had been adopt the latest theories and principles in the field of conflict of law theory in the field of comparative law. From that time until now، it has not changed، despite the important developments that have occurred internationally since the second half of the last century in the economic، social and political fields as well as at the level of our country Iraq. This paper proposes to reconsider the importance of the conflict of laws rules in Iraqi private international law in accordance to the contemporary in developments and the growth of international private relations. The Iraqi legislature is obliged to respond the new developments and to review some rules of conflict of laws.

Key words: Appropriate law, International conventions, Multiple links, Expansion of the idea of attr, bution

نظرة انتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي

خير الدين كاظم الأمين
العراق/ محافظة بابل/ جامعة بابل/ كلية القانون/القسم الخاص

الخلاصة

ان قواعد تنازع القوانين هي قواعد مجردة وغير مباشرة (لا تقدم حلاً موضوعياً للمنازعة المعروضة امام القضاء، اذ ان مهمتها تنحصر فقط بتحديد القانون المختص. حيث تسعى هذه القواعد الى ايجاد حلول مناسبة تتسم بالعدالة بين اطراف النزاع ومن اجل تحقيق هذا الهدف تستعمل هذه القواعد معايير بعض منها يتسم بالمرونة والبعض الاخر يتسم بالجمود ليس من السهل تطبيقها من مثل المعايير التي تستند الى الاقليم او مبدأ سيادة الدولة. هذه النصوص ، حرص القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ على تبني احدث النظريات والمبادئ حول هذا الموضوع في القانون المقارن في ذلك الوقت، ومن ذلك الوقت ولحد الان لم تتغير او بمعنى ادق لم يطرأ عليها تغيير على الرغم من التطورات الهامة التي حدثت دوليا منذ النصف الثاني من القرن الماضي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسة وكذلك على صعيد بلدنا العراق. يقترح هذا البحث دراسة مدى أهمية قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص العراقي في ضوء التطورات المعاصرة ونمو العلاقات الدولية الخاصة. المشرع العراقي ملزم الآن بالاستجابة للتطورات الجديدة ولمراجعة بعض قواعد تنازع القوانين التي اصبحت بالية.

الكلمات الدالة: القانون الملائم، الاتفاقيات الدوليه، الروابط ألمتعددة، توسع فكرة الاسناد

Journal of University of Babylon for Humanities (JUBH) by University of Babylon is licensed under a
Creative Commons Attribution 4.0 International License

١ –المقدمة

للقانون الدولي الخاص هدف اقتصادي واجتماعي وسياسي، وتبدو أهمية دراسة قواعد هذا القانون في أنه يلعب دوراً فعالاً في التواصل مع الأنظمة القانونية الأخر، ومن خلاله أيضا يتم التنسيق والتفاعل بين مختلف القوانين المعاصرة، وهو يعد مفتاح الدخول للنظام القانوني الأجنبي، فهو قانون له القدرة المادية والمعنوية على الانفتاح على الدول الاخر وبالتالي فهو قانون متواضع اذ يتنازل في احوال معينة بالتطبيق لمصلحة القانون الأجنبي. وبهذه المثابة فهو قانون يساعد على تنمية العلاقات بجوانبها كافة بما فيها الاقتصادية فيما بين الدول، إلا انه على الرغم من هذه الأهمية الكبيرة لهذا الفرع الديناميكي من فروع القانون، بقى النظام القانوني العراقي من دون تقنين على غرار ما هو معمول به في القانون المقارن;كالقانون الدولي الخاص البلجيكي والسويسري والتونسي وبالتالي فقد جاءت المعالجه متناثرة بين أكثر من قانون من مثل القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وذلك في المواد ١٤ الى ٣١ تحت عنوان التنازع المكاني وقانون الأحوال الشخصيه للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وكذلك قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٢٨ لسنة ١٩٣٠.

وتعد قواعد الاسناد واحدة من الوسائل الفنية التي يلجأ اليها المشرع لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، وهي عبارة عن قاعدة قانونية مثلها مثل اي قاعدة قانونية يختص بوضعها المشرع الوطني تتمتع بصفة الألزام والتجريد والموضوعية والحياد فضلا عن ذلك ما نسميه بصفة التوازن ما بين مقتضيات قواعد القانون الدولي الخاص ومبدأ سيادة الدولة هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة ذات العنصر ألأجنبي.

هذه القواعد تتكون من ثلاثة عناصر هي الفئة المسندة والتي نعبر عنها بالواقع le fait ويتميز هذا الأخير في فرع القانون الدولي الخاص بأنه واقع ذات اوصاف مركبة وليس واقع بسيط، بالنسبة إلى هذا الأخير هو ما يختص بتحديده المشرع الوطني من دون النظر الى طبيعة هذا الواقع في القانون الاجنبي على عكس الحال بالنسبة للواقع المختلط او المركب هو الواقع الذي يتم تحديده، وذلك بعد الأخذ بنظر الأعتبار طبيعة هذا الواقع في القانون الأجنبي وفقاً لفلسفة ومنهج قواعد القانون الدولي الخاص، ومن خلال هذا الواقع يتم حصر جميع المسائل المتقاربة والمتشابهة جميعها ثم تربط كل فئة بقانون معين عن طريق ضابط خاص هو ضابط الإسناد ،وهذا الاخير، ما هو إلا عامل ربط الفئات المسندة بضابط الإسناد، وبذلك فإن ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط يلجأ اليها المشرع من اجل الربط بين فكرة الإسناد والقانون المسند اليه ويشترط ان تتوفر في هذا الرابط صفة الموائمة او ما نسميه بصفة التماثل (اي التماثل مع طبيعة الواقع،) وهنا سوف تنهض فكرة الفعالية efficacité في اختيار ضابط الاسناد.

من جهة اخرى ان ميكانيكية عمل هذه القواعد تختلف عن ميكانيكية القاعدة القانونية بشكل عام اذ انها لا تعطي حلا نهائياً للنزاع وإنما تبين القانون الذي تخضع له المنازعة، وهذه الميكانيكية في العمل تميز القانون الدولي الخاص عن غيره من فروع القانون اذ ان الأصل هنا ان النص القانوني من المفترض ان يوفر حل مباشر للنزاع بين الطرفين لغرض زيادة الأمن القانوني للمتعاملين ،وعليه فأن قاعدة الإسناد تمر بمرحلتين اولهما مرحلة الاشارة الى تحديد القانون الواجب التطبيق وهنا سوف تبقي قاعدة الأسناد بالضرورة في اطار القانون الوطني والمرحلة الثانية مرحلة تطبيق القواعد الموضوعية وهي قد تتأرجح ما بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، إلا انه يلاحظ، ليس بالضرورة ان يكون القانون الوطني هو المرشح الوحيد للتطبيق وإنما قد يكون القانون الأجنبي وبالتالي لا يتمتع القانون الوطني بأفضلية في التطبيق وإنما المسألة هنا مسألة تقدير

عناصر الواقع في المنازعة ، هذا الواقع لا يعني بأي حال من الأحوال انها قاعدة غير ذات فعالية ولكن كما نوهنا ان هذه الصفة اقتضتها آلية عمل هذا الفرع من القانون، فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيانها، هذا المنهج في قواعد الأسناد متبع على السواء في العراق ودول القانون المقارن.

فبالنسبة للعراق، يحتم الواقع الجديد على المشرع العراقي التفكير بجديه من اجل تطوير هذه النصوص بما يجعلها تتناغم مع التحولات السياسيه والأقتصادية والأجتماعية في العراق، بالنسبة للتطور الذي اصاب العامل السياسي ،نلاحظ انتقال العراق منذ اكثر من عشر سنوات من اسلوب الحكم الديكتاتوري الفردي الى اسلوب الحكم الديمقراطي كذلك تحول العراق الى نظام الحكم الفدرالي والاداره اللامركزية، وهذه السمه تصب في مصلحة تطور قواعد القانون الدولي الخاص، ذلك ان هذا الفرع ينتعش في ظل بيئة منفتحة على العالم لا في ظل بيئة مغلقة.

اما من الناحية ألاقتصادية يلاحظ ان هناك تطورا كبيرا أيضا في هذا الجانب بفضل تبني المشرع العراقي لسياسة الأنفتاح الأقتصادي وتنامي العلاقات ألاقتصاديه مع دول العالم وكذلك بفضل الأستعمال الواسع للانترنيت والعولمة ودخول العراق مجال التعامل الإلكتروني، فضلا عن ذلك وبسبب من هجرة العراقيين الى الخارج حيث يوجد ما يقارب اكثر من خمسة مليون عراقي في الخارج فقد ترتب على هذا الواقع زيادة العلاقات القانونيه المختلطة زواج طلاق ميراث وصية الخ.

هذه العوامل بمجملها السياسيه والاقتصادية والاجتماعية،احدثت فراغا واضحا فيما بين النصوص القائمه والواقع المتحرك. فضلا عن ذلك ظهر بعد صدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ما نسميه بعدم دستورية قواعد الاسناد،اذ اكد دستور العراق النافذ على مبدأ المساواة ما بين الرجل والمرآة و ضرورة ايجاد توازن فيما بينهما في الحقوق والواجبات، إلا ان صياغة قواعد الاسناد جاءت بطريقة مغايرة مما ترتب على ذلك ان هذه النصوص لم تعد تتمتع بقيمة دستورية لان صياغة قواعد الاسناد مازالت تكرس مبدأ اللأمساواة ما بين الرجل والمرأة.

١-١ مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في ان التحليل المعمق لمنهج قواعد الاسناد في القانون العراقي يظهر انها نصوص تتصف بالعمومية والتجريد المفرط والذي لا ينبئ عن وجود حل ،ذات طبيعة خاصة للحالات المعروضة امام القضاء ذلك ان المبدأ هنا ان القاعدة القانونيه يجب ان تعطي حلا خاصا لكل حاله على حده، وواقع النصوص لا يشير الى ذلك. ايضا وعلى الصعيد الفني لمحتوى هذه القواعد، نلاحظ انها تتصف بالجمود سواء اكان هذه الجمود يمس الصياغة الفنيه للقواعد (الجمود الظاهري) وكذلك الجمود الفني جمود من حيث استعمال المعايير الفنيه التي تشكل الماده الأساسية في بناء هذه النصوص من مثل مبدأ السيادة الوطنيه وكذلك معيار الإقليم.

هذه الواقع المتقدم نتج عنه صعوبة في توطين علاقات القانون الدولي الخاص وبالتالي وفي كثير من الاحيان يمنح المشرع القاضي سلطة تقديرية في سبيل ايجاد حل للقضية المعروضة، ايضا من ضمن الأنتقادات التي توجه الى منهج هذه القواعد انها قواعد غير حياديه لأتحقق عدالة كافيه فيما بين المدعي والمدعي عليه، نضيف الى ذلك انها قواعد تبحث غالبا عن الحلول خارج اطار العلاقة القانونيه كأن يلجأ الى تطبيق قانون القاضي او معيار الجنسيه في بعض الحالات او الموطن تارة اخرى بحجة حماية المصلحة الوطنيه او العليا للبلاد، النتيجة النهائيه قد تتحول هذه القواعد من قواعد قانونيه ذات صفه دوليه الى قواعد

قانونيه وطنيه، وطنيه المنشأ وطنيه الهدف مهمتها حماية سيادة الدوله فقط دون الاخذ بنظر الأعتبار فلسفة وإستراتيجية قواعد القانون الدولي الخاص. فضلا عن ذلك، ان هذه القواعد باتت تفتقر الى عامل التوقع مما ترتب على ذلك لجوء اطراف النزاع الى الحلول البديله في حل منازعاتهم كالتحكيم، الوساطة او في اللجوء الى المبادئ العامه في القانون تارة اخرى.

١-٢ فرضية الدراسة

سوف نحاول من خلال هذا البحث اثبات فرضيتين :

أولهم : إن منهجية وقدم هذه القواعد لم تعد تلبي حاجات المتعاملين في اطار هذا القانون.

ثانيهما: محاوله في ايجاد اليات لتطوير قواعد الاسناد في القانون العراقي بحيث جعلها اكثر ملائمة وموائمة مع الواقع والتطور السياسي،الأقتصادي، والقانوني الأجتماعي الذي حصل في العراق .

١- ٣ خطة (تقسيم) البحث:

على أساس ما تقدم، سوف نبحث اهمية تجديد قواعد قانون الدولي الخاص العراقي بسبب من عدم تناغمها مع الوضع الحالي في العراق في مبحثين، الأول منهما يعالج تحديات قواعد التنازع في القانون العراقي، على انه في الثاني منهما سوف نحاول البحث في آلية التجديد، فضلا عن مقدمة وخاتمة ستتضمن أهم النتائج التي يتم التوصل اليها وأهم المقترحات.

٢ - قصور المنهج التقليدي لقواعد التنازع

كما نعلم ان لكل دولة قواعدها الخاصة التي تحكم منازعات القانون الدولي الخاص، وبالتالي يتوجب على المحاكم الوطنية تطبيقها كونها صادرة من المشرع الوطني وتتمتع بأوصاف القاعدة القانونية ومنها صفة الألزام، بيد أن تطبيق هذه القواعد يتوقف على النهج الذي يتبعه المشرع الوطني وفي حال غياب او عدم وجود التشريع فأن القضاء سوف يتولى أمر سد الفراغ.

إن موضوع الاسناد يتعلق باختيار رابطة اسناد من بين عدة مسائل اختيارية أساسية محتملة قد تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني او الأجنبي، ان اختيار فكرة الاسناد تأتي من الواقع الذي يعيش فيه المجتمع وبالتالي فأن فكرة الاسناد فكرة وطنية ذات اوصاف وطنية ذلك ان المشرع ملزم بالمحافظة على كيان وأسس المجتمع. هذه الفكرة وهي العنصر الأول في قاعدة الاسناد، هي فكرة وطنية وكذلك ضابط الأسناد هو عنصر وطني والقانون المسند اليه في بعض الأحيان يكون القانون الوطني وأحيان اخرى يكون القانون الأجنبي، يترتب على ذلك أن البناء الفني للقاعدة القانونية في الأعم الأغلب ذات صفة وطنية لا تتلاءم مع طبيعة وفلسفة قواعد القانون الدولي الخاص.

٢- ١ توسع فكرة الاسناد مع عدم وجود ضابط للإسناد

عندما يتعين على المحكمة أن تتعامل مع نزاع ينطوي على عنصر أجنبي قد يتعلق بدولتين أو أكثر، هنا على المحكمة أن تلجأ الى القواعد التي تنظم العلاقات القانونية في القانون الدولي الخاص وتحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، إنها مسألة اختيار وحدة قانونية، وهذه القواعد تعرف على إنها القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي اي إنها قواعد تواجه المراكز او العلاقات الداخلية فيها)، كما يعرفها الدكتور إبراهيم احمد إبراهيم) هي القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة او الإسناد الي قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي، ويعرفها الدكتور جابر جاد عبد الرحمن وهي قواعد وطنيه يضعها المشرع الوطني تشير الي تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا

والسياسية، وتعرف كذلك على انها عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المسالة المشتملة على عنصر اجنبي وتكون مهمة هذه القواعد اسناد الحكم الى القانون الاكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الاخرى المتنازعة لأنه هو اكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار، من جانبنا نستطيع أن نعرف هذه القواعد على انها مجموعة القواعد التي يضعها المشرع الوطن آخذا بالاعتبار الطبيعة الدوليه لعلاقات القانون الدولي الخاص والطبيعة الفنيه للعلاقة القانونيه هدفها ايجاد حل عادل للنزاع.

مما لا شك فيه ان للعولمة أثرآ كبيرآ على تطور العلاقات فيما بين الدول والإفراد هذا التطور بالضرورة نتج عنه تطور في مضمون الافكار المسندة وبالمقابل عدم وجود ضوابط اسناد محددة ودقيقة لهذه الافكار، وبالتالي فان القواعد المنصوص لم تعد تتلاءم مع افكار الإسناد وايضآ لم تعد تتناسب مع الواقع الأقتصادي الجديد،علما ان فن الصياغة القانونية، قد انتقل من اسلوب الصياغة الأدبية والتي تتميز بصعوبة الفهم الى اسلوب يمتاز بالبساطة وسهولة الفهم من قبل اطراف العلاقة القانونية.

اما بالنسبة للظروف الخارجية التي رافقت نشأة هذه القواعد، يلاحظ في هذا الصدد أن مجمل الظروف سواء أكانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية قد اصابها التغيير والتبدل، فقد انتقل المجتمع خلال هذه المدة الممتدة من عام 1950 الى الآن، من مرحلة النظام الديكتاتوري القائم على الحكم الفردي الى مرحلة الدولة الديمقراطية التي تقوم على مبدأ المساواة ، من جانب اخر من مجتمع زراعي يتخذ من الزراعة كمصدر اساس للعلاقات القانونية الى مجتمع صناعي يتخذ من التكنولوجيا الحديثة اساسا مهما في اقامة العلاقات التجارية مع اشخاص طبيعية ومعنوية تنتمي الى جنسيات مختلفة، فقد ترتب على ذلك ان تخلفت قاعدة الاسناد عن مواكبة الواقع وبما ان القانون يساير التطور وحركية الواقع فقد دعت الضرورة الى تبني قواعد جديدة،هذا التبني لهذه القواعد الجديدة سوف يسهل على المتقاضين الرجوع اليها، ومن جانب اخر فهو يضمن الأمان القانوني لإطراف النزاع، من جهة أخرى سوف يؤدي الى تبسيط القواعد والإحكام التي تتضمنها قواعد الاسناد، وجعلها اكثر جاذبية ويسيرة الفهم من قبل الأطراف، والتركيز في الصياغة القانونية على المعيار الأقتصادي عن معيار الصياغة الأدبية .

التطور الاخر الذي اصاب فكرة الإسناد هو دخول العقد الالكتروني الى نطاق الواقع العملي وبالتالي لم يعد العقد فقط ذلك العقد الذي تعرفه المادة 73 من القانون المدني العراقي عليه اصبح للعقد مفهومين اولهما ما يسمى بالعقد الكلاسيكي او التقليدي، والأخر هو العقد الافتراضي أو الألكتروني.

٢-١-١العموميه والتجريد في قواعد التنازع

La généralité et l'abstraction dans les règles de conflits

وفقآ للفقه، أن قواعد التنازع بشكل عام تتكون من قواعد عامة ومجردة للغاية، ذلك انه من حيث المبدأ أن كل قاعدة يجب ان تعطينا حلا لكل حاله على حده ولا تكتفي القاعدة بإعطاء موجهات عامه ارشاديه و انما ينصرف دور القاعدة الى وضع حلول منطقيه عملية ،إلا انه والحال هذا أن هذه القواعد تفتقر لهذه الصفات، لقد مضى على تطبيق هذه القواعد ما يقارب اكثر من خمسين سنة في العراق منذ صدور القانون المدني العراقي وقد انتقد منهج هذه القواعد سواء أكان على صعيد فقه القانون العراقي أم والمقارن فقد تعرض هذا المنهج للكثير من ألانتقادات لا سيما في الولايات المتحدة،ومرد هذه ألانتقادات للمنهج التقليدي يستند أساسا على الجمود المفرط والدوغمائية، اذ يتضح من تطبيق هذه القواعد القانونية بداهة التعميم المفرط

لمحتوى قواعد القانون الدولي الخاص وعدم أيجاد حل عادل للمنازعة ذلك أن منهج هذه القواعد لا يستند إلى المنطقsyllogistic.

كما أن اسناد الاختصاص الى قانون القاضي في موضوع تكييف العلاقة القانونية قد قيد كثيراً من نطاق تطبيق قواعد التنازع ذلك أن تطبيق هذه القواعد يستند بشكل اساس على موضوع تكييف العلاقات القانونيه وبالتالي فأن تحليل عناصر العلاقة القانونية يخضع الى ثقافة القاضي الوطني وتخصصه وطبيعة نظامه القانوني،الخشية هنا تتمثل بعدم وجود ثقافة التخصص لدى القاضي الوطني وبالتالي قد تفلت كثير من القضايا من انطباق أحكام القانون الدولي الخاص وبهذه المثابة ان موضوع التكييف وخضوعه لقانون القاضي يتناقض مع توجهات القانون الدولي الخاص ويهدر هدفه.

نفهم من ذلك ان اعتماد قواعد التنازع على موضوع التكييف قيد كثيرا من حرية المحكمة في التحرك من اجل التوسع في تطبيق احكام القانون الدولي الخاص، ومع ذلك، ومن أجل تجنب الحلول غير العادلة نتيجة تطبيق قواعد غير ذات فعاليه من الممكن اللجوء إلى ما يسمى مبدأ الأداء المميز وذلك من اجل تجنب النطق بقرار غير عادل وهذا ما ذهب اليه القانون الكندي.

ايضا لقد نتج عن تطبيق هذا المنهج التقليدي لقواعد التنازع، ان تسبب في فشل الخطط الراميه الى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص وذلك بسبب من ان تحديد ضوابط الاسناد يخضع وفقآ لمنهج وفلسفة المشرع الوطني في كل دولة[١]، ذلك ان اختيار وتحديد ضابط الاسناد يعتمد بشكل رئيس على موضوع التكييف، وهذا الأخير هو الوسيلة الفنية الذي يتم اعماله وفقا لقواعد قانون القاضي الوطني المعروض امامه النزاع، وبما أن القوانين الوطنيه ليست واحده في أختيار قواعد الاسناد اذ تختلف من نظام قانوني إلى آخر وبالتالي فقد اختلفت ضوابط الاسناد من دولة الى اخرى، على سبيل المثال موافقة الوالدين على الزواج لأولادهم القصر يمكن وصفها من مسائل الشكل في ظل نظام قانوني معين في حين في ظل نظام قانوني اخر تعتبر من مسائل الاهليه، الملاحظ هنا في النظامين كليهما تخضع مسائل الشكل الى قاعدة ان الفعل من حيث الشروط الشكلية لقانون الدولة التي تم إبرامها فيها locus regit actum بينما تخضع مسائل الأهلية الى قاعدة الموطن، وبالتالي فإن توحيد الحلول لا يمكن أن يتحقق في ظل هذا الواقع بالنظر إلى اختلاف تكييف هذه المسائل، ناهيك عن ان مصادر هذه القواعد هو المشرع الوطني وبالتالي فان هذه المصادر الداخليه لقواعد الاسناد لا يمكن أن تؤدي إلى توحيد حقيقي لقواعد القانون الدولي الخاص، بسبب من عدم اتفاق القوانين الداخلية على تصنيف علاقات هذ القانون.

٢-١-٢: تغيير شكل الدولة العراقيه من دولة مركزية الى دوله فيدرالية لا مركزية

علمنا ان القانون ضرورة اجتماعية لحياة البشر ولا يمكن الاستغناء عنه بأي حال من الاحوال لا بل ان المجتمعات التي تعيش دون قانون هي مجتمعات هي لا تعرف سلم التطور، وسمة التطور محكومة بعوامل خارجة عن ارادة المشرع .

أن صناعة وصياغة قاعدة الاسناد انما تأتي انعكاسا لفلسفة الدولة، كأن تمس هذه الاخيرة الجانب السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وان كانت الاولى تلعب دورا اقل او محدود بالنسبة للجوانب الاخرى على اعتبار ان النص في القانون الدولي الخاص يكون عرضة للتأثر بالعامل السياسي اقل من الاخر، كذلك هذه القواعد تعتبر وسيلة وأداة للتعبير عن حاجات المتعاملين المادية و المعنوية في اطار هذا الفرع من القانون، لذلك يتوجب على المشرع الجمع فيما بين هذه العناصر التي تكون الجانب السياسي والاقتصادي والاجتماعي

في داخل الدولة، هذه التوليفة سوف تساهم بشكل كبير في صناعة قواعد قانونية تتوخى العدالة، وتتسم بالوضوح وتتواءم مع قواعد ومعايير القانون الدولي الخاص.

أن قواعد التنازع بنوعيها تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي انما صممت على وفق أحكام القانون المدني لعام 1951عندما كانت الدولة العراقية دولة بسيطة والحال ليس كذلك الآن فقد تغير شكل الدولة العراقية بعد احتلال العراق وإسقاط نظامهِ السياسي في ٩ نيسان/أبريل ٢٠٠٣ من دولة موحدة مركزية إلى دولة اتحادية، وعلى اثر ذلك أصدر مجلس الحكم في العراق عام ٢٠٠٤ قانون إدارة الدولة للمرحلة ألانتقالية الذي تنص المادة الرابعة منه على "أن نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي فيدرالي ديمقراطي تعددي". وفي دستور العراقي الاتحادي الدائم عام ٢٠٠٥ أوضح في مادته الأولى "جمهورية العراق دولة مستقلة ذات سيادة، نظام الحكم فيها نيابي برلماني ديمقراطي اتحادي.

يذكر أنه وفقآ لأحكام القانون الدولي تنقسم الدول من حيث تكوينها إلى دول بسيطة ودول مركبة ،في الدول البسيطة توجد سلطة واحدة، تمارس مظاهر السيادة من خلال هيئاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، أما الدولة المركبة والعراق واحد منها فأنها تضم ولايات وأقاليم ،فهناك هيئات تشريعية وتنفيذية وقضائية اتحادية تبسط اختصاصاتها على إقليم الدولة بأسره ،وهناك هيئات تشريعية وتنفيذية وقضائية محلية ،تمارس اختصاصاتها في حدود الولاية أو الإقليم، لقد نتج عن هذا الواقع تعدد اقليمي في الشرائع يسمى في القانون الدولي الخاص بالتعدد الاقليمي ويثير مشكلة تسمى بالإسناد الى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ويشير الفقه بضرورة استشارة قواعد الاسناد في هذا القانون من اجل التوصل الى الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة [2]. وقد اظهرت هذه المشكلة عدم فعالية قواعد الاسناد في ايجاد حلول لمنازعات القانون الدولي الخاص، ايضآ اظهرت تخلف النص عن مواكبة الواقع وعن مواكبة قواعد الاسناد مع النظام السياسي والدستوري وبالتالي يتوجب على المشرع التدخل من اجل وضع حلول عملية لهذه المشكلة.

٢-٢: غياب التوقع وعنصر الامان القانوني في قواعد الاسناد

ظهر مفهوم الأمن القانوني في روما القديمة، اذ تم تقسيمه إلى فئتين فرعيتين: Certudido و securitasوفقاً للمبدأ الأول، يجب أن يعرف المتقاضي مسبقاً ما هو السلوك الذي سيتبناه، وبالتالي يجب أن يكون القانون واضحًا ودقيقًا فضلا عن هذا عدم امكانية المساس بالحقوق المكتسبة، فيما يتعلق بالمبدأ الثاني يفترض احترام القواعد القانونية وعدم خرقها من قبل الشعب وكذلك من قبل السلطة والقضاة، بمعنى آخر ان هذا المصطلح يُشير الى "الحالة الذهنية الواثقة والهادئة اي أن الشخص يشعر انه في مأمن من الخطر وبالتالي فأنه إجراء مقصود منه "لمنع وقوع حادث أو ضرر أو للحد من آثاره على المتقاضى ين اما بالنسبة لمصطلح قانوني فهو يشير إلى طبيعة الأمان، فالأمن القانوني يهدف إلى منع الضرر الناتج عن تطبيق المعايير القانونية ذات الصفة التشريعية التنظيمية او القضائية، وبالنظر لافتقار هذا الفرع من القوانين الى التقنين فقد عزز فرضية افتقار هذه القواعد الى الامان القانوني، وبهذه المثابة فأن اليقين القانوني هو فكرة بدأت بالاتساع والانتشار منذ ما يقارب عشرين عاماً، فقد اكتسب أهمية واسعة على صعيد الفقه وكذلك القضاء وفي القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص على السواء وهو يمثل مصدر قلق للمتقاضيين. ومما عزز هذا الانتقاد هو افتقار هذا المنهج التقليدي إلى التقنين من الصعب تطبيقه بين ألإطراف ،نتج عن ذلك غياب اليقين القانوني وعدم القدرة على التنبؤ، ومرد مشكلة التنبؤ وعدم اليقين ناتج من ان اصل هذه القواعد هو انها عبارة عن حلول قضائية لم يتم تأصيلها او وضعها بشكل صحيح.

من الملاحظ انه على الرغم من مرور مدة طويلة جداً على تبني هذه القواعد ألا أنها بقيت على حالها دون تعديل ويفسر بقاء هذه النصوص منذ مدة بعيدة ولحد الأن إلى الدور الفعال والمهم للقضاء في مواكبة النصوص الجامدة مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وبالنتيجة فأن دور القضاء قد مكن ومنذ وقت بعيد الى التكيف مع هذه التطورات.

كما ذكرنا أن هذه القواعد لم تسهم في ازدهار الاقتصاد العالمي وزيادة التبادل التجاري ولم تعد تلبي الواقع الاقتصادي الجديد في ظل العولمة والاقتصاد العالمي المفتوح للأسباب التي ذكرناها مسبقا من انها قواعد غير حيادية وتفتقر الى الفاعلية، ترتب على ذلك أن الأطراف بدؤوا يلجأون الى الوسائل البديلة كالتحكيم والوساطة، بسبب من عجز هذه النصوص عن تلبية حاجات أطراف العلاقة القانونية، أنها قواعد تفتقد إلى الفعالية، بسبب من كونها تتركب من معايير تستمد من خارج اطار العلاقة القانونية كمعيار الجنسية او معايير تستند إلى ركن السيادة أو الأقليم كما في المادة ١٤ و ١٥ من القانون المدني العراقي، فضلا عن ذلك أن هذه القواعد تعطي في بعض الاحيان امتياز للوطني على حساب الاجنبي وهذا يتناقض مع فلسفة ومنهجية قواعد القانون الدولي الخاص.

٣ – البحث عن آلية التجديد

يتضح مما سبق ان منهج قواعد التنازع التقليدية قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تطبيق قانون لا يتسم بالفاعلية ثم أنها قواعد وضعت من اجل تكريس سلطة الدولة ولا تقدم فائدة فنية للمحكمة من اجل حل النزاع، ومن اجل مواجهة هذا التعقيد اقترح الفقه تطبيق منهج الحل الوظيفي وقد لقى هذا الحل ترحيبا من قبل المحاكم ،وفقآ لهذا المبدأ فأن المحكمه تحقق في كل حالة على حده لاتخاذ قرار يتفق مع مبدأ العدالة.

٣–١القانون الملائم او مبدأ الاداء المميز

كما قلنا أن الفقه متمثلا ب Cavers انتقد المنهج التقليدي في إلاسناد معتقدآ أنه من أجل ايجاد حل عادل للقضية المعروضة أمام المحكمة فانه يتوجب على هذه الأخيرة التحقق في كل حالة على حده من أجل فحص المحتوى الموضوعي للقوانين محل التنازع.

من جانب اخر وفقآ لهذا الجانب من الفقه ان تطبيق قواعد الاسناد يجب أن يؤدي الى اختيار قانوناً معيناً وليس وحدة قانونية معينة كالقانون الفرنسي أو العراقي وذلك من أجل أن ينطبق قانونها بشكل عام على المنازعة، ايضآ يتوجب ألا تكون هناك حواجز أو عوائق ما بين القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق والقواعد الموضوعية في ذلك القانون، ويخلص إلى أنه من المستحيل صياغة قواعد محددة للنزاع وأنه من الضروري اللجوء الى أستعمال مبادئ عالية التقنية، فإن هذه المبادئ هي قواعد غير مناسبة لحل مشكلات تنازع القوانين، فضلا عن ذلك عدم تحقق فكرة الامتداد ما بين قاعدة الاسناد والقاعدة الموضوعية في القانون الاجنبي.

وبسبب من ذلك وكردة فعل على الانتقادات التي وجهت الى منهجية قواعد الإسناد تم تبني معيار القانون الملائم أو التركيز على العناصر الأكثر أهمية في العلاقة، اذ تبنت صياغة اللائحة الثانية 205 من القانون الامريكي نهجا أكثر مرونة من النهج الذي أعتمدته صياغة اللائحة الأولى ٢٠٦ اذ كانت اكثرجمودآ، وفقآ لمنهجية عمل اللائحة الثانية في القانون الامريكي فقد وضعت في نفس الوقت مجموعة من المبادئ كي تساعد المحاكم في تطبيق هذه القاعدة، وعليه يجب على المشرع وكذلك القضاء، عندما يسن تشريعآ او عند القيام بصياغة أو تفسير قواعد تنازع القوانين أن تسترشد باعتبارات السياسة التشريعية وهذا كله يعتمد على

الأهداف التي يرغب المشرع والمحاكم في تحقيقها، لأن قواعد القانون الدولي الخاص يجب أن لا توضع استنباطاً من المبادئ العامة التي تم وضعها مسبقا.

أما اللائحة الثانية فقد أخذت بنظر الأعتبار عدداً من العوامل وذلك من أجل تبني المنهج المرن والذي يتمثل في تحديد الحقوق والالتزامات المتعلقة بمسألة معينة من خلال اللجوء إلى الأحكام الموضوعية لقانون الدولة المعنية والعناصر الأكثر أهمية في العلاقة القانونية والتي لها علاقة بسبب النزاع والأطراف.وفقآ لنص الماد 6 من اللائحة هناك مجموعة من العوامل والمعايير من اجل اختيار القانون الواجب التطبيق وبالتالي فأن نص المادة ٦ من اللائحة تلخص هذا المنهج:

(١) يجب على المحكمة، مع الأخذ بنظر الاعتبار القيود الدستورية، أن تتبع قاعدة تنازع القوانين في دولتها.

(٢) في حالة عدم وجود قاعدة، هناك مجموعة من العوامل من اجل اختيار القانون الواجب التطبيق:

أ) الحاجة الى نظم قانونية وذلك عن طريق تعزيز التعاون فيما بين الدول.

ب) السياسة التشريعية لقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع.

ج) البحث في السياسات التشريعية ذات الصلة في الدول المعنية الأخرى والمصالح النسبية لتلك الدول لإيجاد حل للمشكلة معينة أمام المحكمة.

د) حماية التوقعات المشروعة لإطراف النزاع.

هـ) الاخذ بنظر الاعتبار السياسات التشريعية الأساسية في الدول الاخر في الدول الاخر ذات الصلة بقواعد القانون الدولي الخاص.

و) اليقين والقدرة على التنبؤ وتوحيد الحلول.

ز) سهولة في تحديد وتطبيق القوانين ذات الصلة.

هذه الطريقة في الوصول إلى الحل تعطي حرية للمحكمة في التحرك من أجل ايجاد حل للمنازعة المعروضة، وبهذه المثابة لم يتم التخلي عن منهج قواعد الاسناد التقليدية ، وإنما لطف منها وذلك بإضافة بعض الاعتبارات من أجل تحقيق بعض الأهداف، وعليه فأن المنازعات التي تدخل في اطار موضوعات القانون الدولي الخاص تحسم على وفق ما نسميه بالمنهج التجريبي من دون العقائدي أو الدوغماتية ودون إنكار وجود قواعد الاسناد.

يعد البروفيسور موريس اول من نادى بضرورة تبني نظرية القانون الملائم لحل مشاكل تنازع القوانين في المواد التعاقدية وهو نفسه المبدأ الذي تبنته اللائحة الثانية من القانون الأمريكي من أجل التوصل إلى حل أكثر عدالة بين اطراف المنازعة، وفقآ لهذه النظرية فمن الضروري أن يتم التركيز على مجموعة من روابط ألاتصال في المنازعة وهي الروابط التي من الممكن أن تكون اكثر اتصالا في القضية من غيرها (ربط جدي وحقيقي مابين المنازعة والقانون الواجب التطبيق) على سبيل المثال،في حال وجود منازعة يتكون لدينا مجموعة من الروابط منها، مكان وقوع الحادث، مكان الضرر، ومكان اقامة المتضرر، وما إلى ذلك، هذه الروابط سوف تتيح للمحكمة أن تعين القانون الواجب التطبيق الاقوى صلة بموضوع النزاع إنها ليست مسألة عد أو إضافة نقاط الاتصال هذه ولكنها سوف تقييم المحكمة أهميتها في سياق معني النزاع.

هذه التقنية في التوطين تنتمي الى المنهج التقليدي المتبع في قواعد الاسناد، لا يبدو أنها عامة في نطاقها، على الرغم من أنها قد تتفادى المنهج التقليدي وتستبدل جميعها قواعد تنازع القوانين بقاعدة واحدة، وهي أن المحكمة يجب أن تطبق في كل حالة على حدة القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع، يبدو لنا أن القانون الملائم (او مبدأ الأداء المميز الذي يسمح للمحكمة في بعض الأحيان باللجوء اليه بوساطة قاعدة التنازع من

الممكن أن يستبعد عندما يكون لديه علاقة ضعيفة مع العلاقة القانونية مدار المنازعة)، في هذا المجال يلاحظ ان القانون الكندي في المادة ٣٠٨٢ اعطى للمحكمة امكانية استبعاد القانون الواجب التطبيق اذا كانت المنازعة المعروضة امام القضاء لها علاقة وثيقة وارتباط بقانون دولة اخرى، والنتيجة الأخرى التي نستنبطها من هذا النص ان المشرع الكندي تبنى مبدأ التوازن بين مقتضيات ما نسميه بمبدأ السيادة وفلسفة قواعد القانون الدولي الخاص وفي نفس الوقت نفسه راعت مبدأ العدالة في تطبيق قواعد الإسناد وعليه اذا ما وجدت المحكمة ان الرابطة القانونية مابين المنازعة والقانون الواجب التطبيق ضعيفة ووجدت ان قانونا اخر ينتمي الى دولة اخرى اقوى ارتباطا فان المحكمة سوف تطبق قانون هذه الدولة.

ويجب الأعتراف بأن معيار القانون الملائم يسمح للمحكمة بتبني حلول تتكيف بشكل أفضل مع كل حالة على حده، ومع ذلك قد تميل المحكمة إلى تطبيق قانون la lex fori أو القانون الأكثر ملائمة لأحد ألأطراف لاسيما إذا كان هذا الطرف هو الطرف الضعيف في العلاقة القانونية المثار بشأنها النزاع، وتكمن الصعوبة في أنه من الصعب التوصل إلى حل عادل في كل قرار، غالبا ما يكون هناك خلط بين مشاكل تنازع القوانين وطبيعة المشكلة من حيث الموضوع، ذلك انه يتوجب أن تبقى قاعدة التنازع محايدة قدر الإمكان لكن الملاحظ ان ايجاد حل عادل للقضية المعروضة لا يعتمد بشكل كلي على هذه القاعدة او على قاعدة التنازع وإنما في النهاية سوف يعتمد على محتوى او مضمون القاعدة الموضوعية في القانون الواجب التطبيق.

إن الخطر الناجم عن تطبيق معيار القانون الملائم يتمثل بضعف عنصر اليقين القانوني أو الأمان القانوني، كما نوهنا عن ذلك سابقا، من أجل التوصل إلى حل ممكن للقضية المعروضة، ذلك أنه يجب أن يكون الطرفان قادرين على التنبؤ بالحلول الممكنة، وهو أمر ليس سهلاً دائمًا، إذ انه في حالات خاصة معينة تكون الحدود مختلطة ومتداخلة بين المنازعات، وبالتالي قد تكون هناك قواعد وحلول عدة في قواعد التنازع قد يتم تطبيقها.

اما بالنسبة للأسلوب الاخر الذي تم اللجوء إليه من أجل التغلب على الانتقادات الموجه إلى قواعد الاسناد هو التلطيف باستخدام الروابط ألمتعددة (البديلة او التراكمية) وذلك للتخفيف والتلطيف من منهج قواعد الاسناد التقليدي، كما نعلم أن البناء الفني لهذه القواعد يعتمد في صياغة قواعده على البناء المعياري الاحادي والذي يضع رابطة أحادية في تحديد القانون الواجب التطبيق وفي سبيل التخفيف والتلطيف من هذا الجمود يبدو لنا أن الحل هو تبني الاتجاه الذي ذهبت اليه بعض القوانين الوطنية والمقارنة من مثل القانون الكندي والسويسري والبلجيكي في صياغة قواعد الاسناد وذلك باعتماد طريقة المعايير البديلة أو التراكمية. أن فكرة المعايير البديلة أو التراكمية من الممكن التوصل من خلالها إلى حل أكثر عدلاً يلبي توقعات الأطراف دون انتهاك منهج قواعد الاسناد، ومع ذلك، يجدر التنبيه هنا ان معيار الأداء المميز لن يلعب دورا ملموسا في حالة ما اذا وجد احد من هذه المعايير او أحدها أقرب صلة بالنزاع.

٣-٢ اللجوء الى الاتفاقيات الدوليه من اجل تبني القواعد الموضوعيه الدوليه

وثمة نهج آخر يسهم في تلطيف الحلول لمعالجة منازعات القانون الدولي الخاص، الا وهو تنظيم العلاقات القانونية ذات الصبغة الدولية من خلال وضع قواعد موضوعية أو موحدة تحكم هذه المنازعات من ناحية الموضوع.

هذه المنهج من المتوقع أن يسهم في توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ويؤدي إلى تجنب اللجوء إلى قواعد الاسناد، في الواقع توجد من مثل هذه القواعد الموضوعية ذات الاصل الدولي والتي تنطبق فقط على

العلاقات الدولية، من مثل اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع،على العكس من ذلك، هناك اتفاقيات دولية تحتوي على قواعد مادية أيضًا تنطبق على العلاقات الدولية وكذلك العلاقات الداخلية، على سبيل المثال اتفاقيات جنيف لعام ١٩٣٠ و١٩٣١ بشأن الأوراق التجارية والشيكات، في هذه الحالة الأخيرة يلاحظ هناك توحيد اجمالي لقواعد القانون الدولي الخاص ذلك ان نصوص الاتفاقية سوف تندمج في قانون كل دولة من الدول الموقعة عليها بالنتيجة سوف تنطبق أحكام هذه الاتفاقيات من دون تمييز على العلاقات القانونية ذات الطبيعة الداخلية والدولية.

هذه النوع من الأتفاقيات يقلل من الرجوع الى قواعد الاسناد التقليدية، ولكن لا يتم استبعاده بشكل كلي، لأنه سوف نبقى في كل الأحوال بحاجة ماسة الى تحديد مجال تطبيق هذه القواعد الموضوعية وتفسيرها. فضلا عن ذلك توجد قواعد موضوعية ذات أصول وطنية مصدرها إما التشريع أو الاجتهاد القضائي، تنظم مباشرة شكل ومضمون منازعات القانون الدولي الخاص من دون ان يكون هدفها المباشر هو توحيد قواعد القانون الدولي الخاص هذه القواعد قليلة او نادرة ولا يتم الرجوع اليها وتطبيقها إلا من خلال قواعد التنازع التقليدية. وبوجه عام، لم تتطور قواعد القانون الدولي الموضوعية إلا في المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية وهي تسهم ايضا في اللجوء إلى تطبيق القواعد ذات الأصول والمضامين المختلفة التي أنشأها التجار لتلبية احتياجات التجارة والدولية ولكنها في الوقت نفسه لا تلغي دور المنهج التقليدي في الاسناد، هذا التوسع في الحلول مرغوب به من قبل أولئك الذين يعارضون اللجوء الى القواعد التقليدية تأثير قانون الدولة ويرغبون باستبداله بالقواعد المادية في التجارة الدولية.

بالنظر الى ذلك لوحظ منذ اكثر من قرن، هناك زيادة كبيرة في عدد الأتفاقيات الدولية المعقودة لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، والتي هي في معظمها تنحدر من أعمال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والأتحاد الأوروبي، ويكفي أن نذكر هنا على سبيل المثال، اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٥ في مجال القانون الجوي، واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الأعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية، اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٠ بشأن الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧١ بشأن القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بحوادث السيارات، واتفاقية اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ بشأن القانون الواجب التطبيق على مسؤولية المنتج، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية، واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الألتزامات التعاقدية، وعلى المستوى العالمي، ما زلنا بعيدين عن موضوع التوحيد الكامل لقواعد القانون الدولي الخاص بواسطة الوسائل التقليدية،في غياب محكمة دولية عليا تقوم بمهمة وضع تفسير موحدا لأحكام هذه الاتفاقيات الدولية.

٤-الخاتمه

هذا الأستعراض السريع لمنهج قواعد التنازع التقليدية ودورها في حل منازعات تنازع القوانين يسلط الضوء على الميكانيكية المتبناة بوساطة هذه القواعد.

ان هذه القواعد كما مر بنا من ضمن اهدافها التحقق من وجود حماية للتوقعات المبررة والمعقولة لإطراف النزاع والتنبؤ بنتائج التقاضي وتحقيق العدالة في كل قرار، وكذلك الأهتمام باتساق الحلول والانسجام والتوافق فيما بين القضاء الوطني والنظم القانونية ذات الصلة ،هذه المنهجية سوف تخدم مصالح كل من اطراف النزاع وكذلك الدولة والمجتمع الدولي، لأنها تسد أوجه القصور في الأستدلال الأستقرائي، وكذلك تترجم توطين موضوعي للعلاقات القانونية الدولية ذات الطبيعة القانونية الخاصة، ومع ذلك لاحظنا،

إن أحكام قواعد تنازع القوانين من السهل انتقادها اذ إنها تضحي بقابلية التنبؤ والمؤائمة الدولية للحلول بأختيار حلول ينقصها الفن القانوني.

كما نعلم أنه يتوجب أن تكون قواعد القانون الدولي الخاص من حيث الصياغة الشكلية والمحتوى الموضوعي بسيطة وسهلة الفهم والتطبيق من قبل المتقاضيين من أجل تجنب حالة عدم التوقع من قبل المتقاضين وتعزيز العدالة، لذلك في كثير من التشريعات ،يستعمل المشرع الوطني قاعدة الإسناد المتعددة او البديلة من أجل خلق مرونة كافية في الرابطة القانونية مابين المنازعة والقانون الواجب التطبيق التي تنطبق على فئة قانونية معينة. إن اللجوء إلى معيار تعدد نقاط ألاتصال أو الرابطة والبحث عن مركز الثقل في العلاقة القانونية، ومبدأ الأداء المميز، وهي خصائص الأنطباع القانوني ،الهدف منها هو التوصل إلى حل عادل يمكن تحقيقه في منازعات القانون الدولي الخاص متخلية بذلك عن منهج تنازع القوانين.

إن الأمر يتعلق بالتوصل إلى حل وسط بين الانتقائية والأدبية باستعمال منهج تقليدي معزّز باللجوء الى معيار تعدد الروابط البديله او المتعددة واللجوء إلى مبدأ الأداء المميز وذلك لجعل المنهج التقليدي اكثر فاعلية، كما رأينا في طيات البحث موقف 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، لأن التوحيد الدولي للقواعد الموضوعية على الاقل على المدى القريب ليس سهل التحقق. 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،هذه التعددية في المناهج بما فيها المنهج التقليدي في الاسناد لا يزال هو المتبع والمعول عليه في حل منازعات القانون الدولي الخاص، وفي الوقت نفسه يهتم هذا القانون ويشجع ضرورة الرجوع الى القانون المقارن من أجل التغلب على الاختلاف في التفسير حتى في حالة تطبيق الأتفاقيات الدولية التي تنظم موضوعات القانون الدولي الخاص.

ايضا يفترض التقليل من حالات الرجوع الى المبادئ العامة من أجل تحديد نوع وطبيعة الرابطة القانونية ما بين المنازعة والقانون الواجب التطبيق والبحث في كل حالة على حده عن القانون الواجب التطبيق في إطار منهج قواعد الاسناد التقليدية، وإذا كان من الضروري اللجوء إلى هذه المبادئ العامة، كما هو الحال في المنهج المتبع من قبل غالبية الدول، هنا يتوجب عدم منح المحكمة المختصة سلطة واسعة في الحكم وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف أو الرجوع إلى المبادئ العامة، حتى لا تصبح نظرية تنازع القوانين عملية تحكمية في أيدي المحاكم، عليه نقترح السعي نحو تبسيط هذه القواعد وجعلها اكثر فاعلية وجاذبية وبالتالي فان محاور التعديل يجب أن تشمل ثلاثة أهداف أولهما تبسيط صياغة هذه القواعد، وثانيهما خلق حماية متوازنة لطرفي ألعلاقة، والأخير جاذبية قواعد الاسناد ويتحقق ذلك من خلال البحث عن معايير الرابطة القانونية من داخل العلاقة القانونية لا من خارجها.

لقد أثبت الواقع العملي أن هناك من المعايير لم تثبت كفاءته في أيجاد حلول عادلة لمنازعات القانون الدولي الخاص من مثل معيار الجنسية إذ أن في أكثر الأحيان يمنح المشرع امتياز للوطني على حساب الأجنبي وبالتالي فهو معيار غير موضوعي ويتناقض مع منهج وفلسفة القانون الدولي الخاص المعاصر، هذا الامتياز لصالح الوطني على حساب الأجنبي يؤدي إلى تراجع مفرط في المعايير الدولية في داخل القوانين الوطنية، وخاصة هناك حالات قد تثبت ارتباط شخص ما ببلد أجنبي اكثر من ارتباطه ببلده الاول، على

سبيل المثال عراقي يتزوج امرأة فرنسية ويكتسب بعد ذلك جنسية زوجته ويقيم في فرنسا، ويصبح عضوا في مجتمع بلد جنسيته الجديدة ومندمجا فيه ويعلن طواعية خضوعه لقوانين بلد جنسيته الجديد.

ومن أجل التخفيف من خطر أن يؤدي تطبيق قواعد تنازع القوانين إلى حلول غير عادله نقترح تضمين نصًا في التشريع يمنح القاضي الحق في عدم تطبيق الحلول التشريعية في ظروف استثنائية عندما تؤدي قاعدة التنازع إلى تعيين قانون ليس له صلة تذكر بالعلاقة القانونية.

أن التطور الحاصل على صعيد مجمل العلاقات، سياسية، اقتصادية واجتماعية وسواء أكانت على الصعيد الداخلي أم الخارجي يحتم على المشرع العراقي الشروع بتقنين قواعد القانون الدولي الخاص بدلا من تركها في عدة قوانين، قواعد تنازع القوانين، قواعد تنازع الأختصاص القضائي الدولي ،الأعتراف بتنفيذ الأحكام الاجنبية والاستفادة من الحلول التي تبنتها اللوائح الأوروبية من مثل اللائحة الخاصة بالعلاقات التعاقدية لعام ٢٠٠٨، وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية لعام ٢٠١٠، واللائحة المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧ الخ، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 2005 .

هذا التقنين سوف يسهل على القاضي عملية الرجوع الى نصوص القانون ويسهل على الأطراف فهم النصوص وبالتالي سوف يعزز اليقين القانوني للأطراف فضلا عن ذلك أن ادماج هذه النصوص في عدة قوانين عدة سوف يهدر فلسفة قواعد القانون الدولي الخاص على اعتبار أن هذه النصوص سوف تحمل فلسفة القانون المستضيف Hôte وليس المستضاف Non hébergé كون الأول ذات ذات طبيعة وطنية داخلية لا دولية.

CONFLICT OF INTERESTS
There are no conflicts of interest

٥. المصادر

1. L’expression « droit international privé » a été introduite en France par le Traité de droit international privé de FOELIX (1843)، voy. Y. LOUSSOUARN، P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES، Droit international privé، 10e éd.،Dalloz، 2013، p.

٢.د .هشام علي صادق، تنازع القوانين الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1972 ،ص .

٣.د.إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص /تنازع القوانين، داو النهضة العربية، 2002ص 15.

٤.د .جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1969، ص 199.

5. Jacques CHEVALIER، Vers un droit post-moderne? les transformations de la régulation juridique. Revue du droit public et de la science politique، Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence، 1998، pp. 659-714.

٦.العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه. انظر كذلك المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص على انه:

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent، envers une ou plusieurs autres، à donner، à faire ou à ne pas faire quelque chose.

٧.حول مفهوم العقد الالكتروني انظر المواد1125- 1127 من القانون المدني الفرنسي :

Article 1125 du Code civil français prévoit que la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services. De même l'article 112- du Code civil français prévoit que les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par

courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen. De même l'article 1127 du Code civil français prévoit que les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique، dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. Si ces informations doivent être portées sur un formulaire، celui-ci est mis، par voie électronique، à la disposition de la personne qui doit le remplir.

8. Yvon. Loussouarn, l'évolution de la règle de conflit de lois. In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé، hors-série، 1988. Journée du Cinquantenaire. pp. 79-103;
9. Cf, J.L. Aubert, « introduction à l'étude au droit'; collection U, Armand Colin; Paris, 1984, p.10.
10. Le syllogisme juridique *et la* qualification en droit: instruments juridiques fondamentaux en droit français. voir

pdf.juridique_syllogisme_Le/public/net.initerm.www//:http. Définition de syllogisme. ... En philosophie et en logique، le terme syllogisme désigne un mode de raisonnement rigoureux constitué de trois propositions : deux prémisses énoncées comme vraies (la majeure et la mineure avec un terme moyen contenu dans chacune des prémisses) et une conclusion.

11. Ioannis VOULGARIS, « Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé »، dans Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici، d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit، Paris، Société de législation comparée, 1999, p. 193.

١٢. انظر المادة ١٧ من القانون المدني العراقي:

Dictionnaire de l'Académie francaise، 5ème édition،eBooksFrance،1798 p. 2612.

وانظر ايضاً:

Marie Christine MEYZEAUD، droit international privé ; édition economica، 2002 , p 72.

13. Paul، Lagarde، le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé| Boston، 1986 (Volume 196)، p.29 ss، l'article 3082 du Code civil canadien prévoit qu' À titre exceptionnel، la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si، compte tenu de l'ensemble des circonstances، il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.
14. Marie JARRETY، l'Institut international pour l'unification du droit privé : Année Universitaire 2011-2012، Louis، VOGEL، « Droit global » in Unifier le droit، le rêve impossible ?، Paris، Ed. Panthéon-Assas، 2001، p.8.
15. Ridha Boukhari، "La qualification en droit international privé." les Cahiers de droit 511 (2010): 159–193.
16. Rene Girard، la théorie du bouc-émissaire، les nazis et les collabos qui obéissaient à la loi، Pourquoi l'être humain a-t-il besoin de règles pour coexister، article/com.blog-over.soustons.cafephilo//:http

١٧.المادة (1)من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥: جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي برلماني ديمقراطي .وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق.

ثم جاءت المادة (116) لتنص على أن يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة وأقاليم ومحافظات لا مركزية وإدارات محلية (أما المادة /117)أولاً (فأنها قضت بأن)يقر هذا الدستور عند نفاذه إقليم كوردستان وسلطاته القائمة إقليماً اتحادياً .(يتضح من النصوص المذكورة أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005تبنى نظامي الفدرالية واللامركزية الإدارية في وقت واحد، إذ يوجد إقليم واحد في العراق حالياً وهو إقليم كوردستان، مع إمكانية استحداث أقاليم أخرى في قابل الأيام على وفق الكيفية التي حددتها المادة (119) من الدستور. كما أكد المشرع هذا التوجه في عدة تشريعات أساسية لعل من أهمها كان أمري سلطة الائتلاف رقم (71) الملغى و رقم (94) لسنة 2004، و قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21)لسنة 2008المعدل.

١٨. هذا وأن هناك طريقتين لنشوء الدولة الفدرالية، فهي أما أن تنشأ من انقسام أو تفكك دولة بسيطة من خلال حركة انفصالية تنمو في داخلها فتسمى بالدولة الفدرالية عن طريق الانفصال، أو تنشأ من انضمام عدة دول مستقلة برضاها لتكون دولة واحدة تسمى بالدولة الفدرالية عن طريق الانضمام، ومن أمثلة النوع الأول أمريكا وسويسرا وألمانيا واستراليا وكندا وجنوب أفريقيا ومن أمثلة النوع الثاني البرازيل والأرجنتين والمكسيك . (1)هذا ويوجد في العالم اليوم (25) خمس وعشرون دولة فدرالية تمثل في مجموعها 40٪ أربعين من المئة من عدد سكان العالم من بينها أكبر الدول الديمقراطية في العالم وأكثرها تعقيداً كالهند وأمريكا والبرازيل وألمانيا والمكسيك.

Cf. CA VERS، «A critique of the choice of law problem »، HARV. Law Rev.، 1933، p. 193،

وفي الآونة الأخيرة ، استنكر بعض المؤلفين الطابع "الميكانيكي" و "الجامد" و "الأعمى" و "الزائف" و "غير الملائم" لقواعد التنازع الكلاسيكية.

PATOCCHI، Règles de rattachement localisatrices et Règles de rattachement à caractère substantiel، Genève، 1985. p. 201، ss

19. Soulas DE RUSSEL et P. RAIMBAULT، « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point »، RID comp.، 1-2003، p. 96.
20. T. BONNEAU، la cour de cassation et l'application de la loi dans le temps، les grandes thèses du droit français، PUF، 1990، p. 54 et s.
21. Le petit Larousse illustré، V° Sécurité
22. Jean-Gabriel Castel، The Uncertainty Factor in Canadian Private International law، Mcgill law journal / Revue de droit de Mcgill [Vol. 52 (2007) 52 McGill L.J. 555، p.556
23. Yann LE FOll، la pratique du revirement de jurisprudence par la Cour européenne des droits de l'Homme، Lexbase Hebdo édition publique n°302 du 26 septembre 2013، p.3 s
24. Pierre MAYER، l'office du juge dans le règlement des conflits de lois. In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé، 1e année، 1975-1977. 1979. pp. 233-268.
25. Muir Watt HORATIA، « La fonction économique du droit international privé »، Revue Internationale de droit économique 2010/1 (t. XXIV، 1)، p. 103-121.

٢٦. تنص المادة 14من القنون المدني العراقي على انه : يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج . كذلك تنص المادة 15من القنون المدني العراقي على انه

يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الآتية:

أ – اذا وجد في العراق.

ب – اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.

ج – اذا كان مووضع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

27. Les privilèges de juridiction fondés sur la nationalité (les articles 14 et 15 du Code civil. L'article 14 du Code civil français prévoit que: L'étranger، même non résidant en France، pourra être cité devant les tribunaux français، pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France، pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. L'article 14 du Code civil français prévoit que : Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France، pour des obligations par lui contractées en pays étranger، même avec un étranger.
28. A Critique of the Choice of Law Process (1933)، 47 Harvard Law Review 173; The Choice of Law Process (1965).
29. Restatement (Second) of Conflict of Laws

§ 6. Choice-Of-Law Principles

(1) A court، subject to constitutional restrictions، will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive، the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

(a) the needs of the interstate and international systems،

(b) the relevant policies of the forum،

(c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue،

(d) the protection of justified expectations،

(e) the basic policies underlying the particular field of law،

(f) certainty، predictability and uniformity of result، and

(g) ease in the determination and application of the law to be applied.

30. Albet A. EHRENZWETG، the second conflicts Restatement: A last appeal for its withdrawal، university of Pennsylvania law Review،[Vol.113، p.1231 S
31. The Proper Law of Tort (1951)، 64 Harvard Law Review 881.

٣٢. انظر نص المادة 6 في الهامش27 من البحث:

33. The Proper Law of Tort (1951)، 64 Harvard Law Review 881 مصدر سابق
34. .L'article 3082 du Code civil Canadien prévoit que : À titre exceptionnel، la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si، compte tenu de l'ensemble des circonstances، il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique. Solution déjà adoptée par le droit international privé belge dont l'article 19 permet d'écarter la loi désignée par le code « lorsqu'il

apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances، la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné، alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État ». V. également l'article 15 du droit international privé suisse.

35. L'expression "Lex fori" est d'origine latine، elle signifie "la loi (lex) applicable au lieu où se trouve installé le tribunal (for) devant lequel l'affaire a été portée". En français la "loi du for". -lex/definition/com.juridique-dictionnaire.www php.fori
36. Voir par ex. arts. 3088 du Code civil du Québec le tribunal statue، comme en matière de séparation de corps، sur les mesures provisoires durant l'instance، sur la garde، l'entretien et l'éducation des enfants; en prononçant la nullité، il statue sur le droit de l'époux de bonne foi à des aliments ou à une prestation compensatoire، Voir aussi ex. arts. 391 du Code civil du Québec les époux ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre، quel que soit leur régime matrimonial.

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé. انظر ايضاً

نصت المادة ٢٥ القانون المدني العراقي على انه

– يسري على الالتزامات التعقادية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه.

37. 11avril 1980، 1489 R.T.N.U. 3
38. 143 L.N.T.S.257.
39. 143 L.N.T.S. 335
40. Droz Georges A. L، la Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 13 N°3، Juillet-septembre 1961. pp. 507-521.

اعادة صياغة اللائحة الثانية تنازع القوانين في الولايات المتحدة الامريكية

القانون الدولي الخاص الاتحادي السويسري 1987.

القانون المدني الكندي1991

القانون المدني العراقي1951

القانون الدولي الخاص البلجيكي 2004

القانون المدني لولاية كيبك 1994