گوڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.٩ ژ.٢، ٢٠١٩/٢٠٢٠
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة
المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0، e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v9n2a705

أثر الاختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية "دراسة تحليلية"

د. عبدالله فاضل حامد، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، كردستان العراق
د. جلال حسين عنز، قسم القانون، جامعة نوروز، كردستان العراق
د.هڤال صديق إسماعيل، قسم القانون، جامعة نوروز، كردستان العراق

ملخص

من المعلوم ان حسم دعاوى العلاقات القانونية تحتاج الى اختصاصين احدهما قضائي والاخر تشريعي، وهذين الاختصاصين يكونان من الوضوح والسهولة في اطار العلاقات القانونية الداخلية بحيث يعلم الافراد ان قضاء الدولة له ولاية عامة في نظر جميع منازعات الافراد الداخلية وان قانونها هو المرجع في حسم تلك المنازعات، اما في اطار العلاقات الخاصة الدولية فاننا عادة ما نكون امام تنازع في الاختصاصين التشريعي والقضائي، ومن حيث المبدأ تختلف قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية عن قواعد الاختصاص التشريعي ففي الوقت الذي تكون فيه قواعد الاختصاص التشريعي مزدوجة الجانب بحيث تشير الى قانون القاضي والقانون الاجنبي على نحو حيادي ولا تفضل القانون الوطني على القانون الاجنبي الا اذا كان اكثر ملائمة وعدالة في حكم العلاقة وفقا لنظريات تنازع القوانين، نرى ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي احادية او مفردة الجانب لا تشير الا الى حالات اختصاص المحاكم الوطنية ولا سلطان لها على اختصاص المحاكم الاجنبية. ومع ذلك، فان مجرد عقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة يجلب في حالات عدة الاختصاص التشريعي لقانون المحكمة مما يؤثر في الموازنة الحيادية بين قانون القاضي والقوانين الاجنبية، فرغم نسبة الاختصاص التشريعي الثابتة واللاتنازعية لقانون المحكمة كما في اجراءات الدعوى نجد ان الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي في مراحل وحالات عدة ضمن منهج قواعد الاسناد كما في اختصاص قانون المحكمة في تكييف العلاقات واختصاصه عند الاخذ بالاحالة الى قانون القاضي وكذلك في حالات تعذر الوصول للقانون واجب التطبيق او تعذر اثباته.

1. مقدمة

يحسن بنا ان نقدم للموضوع وفق الفقرات الآتية:

1.1 مدخل تعريفي بالموضوع

تثير العلاقات الخاصة الدولية التي تتضمن عنصرا اجنبيا او اكثر تنازعا مزدوجا، احدهما يكون بشأن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والذي تتناول قواعده حالات اختصاص المحاكم الوطنية في النظر في الدعاوى المشوبة بعنصر اجنبي كما لو رفع زوجان اجنبيان دعوى طلاق او نفقة امام المحاكم العراقية فيكون السؤال هل تختص المحاكم العراقية بالنظر في هكذا دعوى ام لا؟، اما التنازع الثاني فهو تنازع الاختصاص التشريعي من حيث المكان او ما يعرف بتنازع القوانين، وتتناول قواعده تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي كما لو طلب تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي والذي قد يكون قانون المحكمة المرفوع امامها النزاع وقد يكون قانونا اجنبيا حسب ما تقضي به قواعد تنازع القوانين الوطنية. وعادة ما يستتبع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية اعمال قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة وهو ما يعني ان تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية يتاثر في اكثر من مرحلة وحالة من مراحل وحالات تحديد القانون واجب التطبيق بالاختصاص القضائي كما في مرحلة التكييف والاحالة وحالة استبعاد القانون الاجنبي وتعذر اثباته فكأن العلاقة وطيدة بين الاختصاصين بمعنى كلما اختصت المحاكم الوطنية في نظر الدعاوى المشوبة بعنصر اجنبي كلما تغلبت كفة قانون المحكمة في السريان على تلك العلاقات المنظورة دعاواها امام المحاكم الوطنية وكل ذلك على حساب القوانين الاجنبية. عليه، يتناول هذا البحث بيان اثر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية.

2.1 اهمية الموضوع

تمتاز قواعد تنازع القوانين بعدة خصائص لعل من اهمها هو انها قواعد محايدة تشير الى القانون الواجب التطبيق حسب ضابط الاسناد الكامن فيها على اساس ان ذلك القانون هو قانون بيئة العلاقة محل النزاع لذلك فهو انسب القوانين واكثرها ملائمة في حكم العلاقة سواء كان قانون المحكمة التي تنظر النزاع او قانونا اجنبيا، ومع ذلك فان

مجرد اختصاص المحاكم الوطنية في نظر النزاع يؤدي الى اختصاص قواعد تنازع القوانين الوطنية لتلك المحكمة وعليه فان القانون واجب التطبيق سيتم تحديده وفق تصورات المشرع الوطني للقانون الانسب والاكثر ملائمة في حكم العلاقة وكثيرا ما يرى المشرع ان قانونه الوطني افضل من القوانين الاجنبية اضافة الى ان مراحل عدة من مراحل تحديد القانون واجب التطبيق تستعين المحكمة بالقانون الوطني في سبيل الوصول الى القانون واجب التطبيق كما في مرحلة تكييف العلاقة حيث عادة ما يكون التكييف حسب قانون المحكمة، ويجب ان لا ننسى ان لقانون المحكمة دورا احتياطيا في منهج قاعدة الاسناد بحيث يعطى له الاختصاص كلما تعذر الوصول الى القانون واجب التطبيق. عليه، فان للبحث في هذا الموضوع اهمية نظرية تكمن في فحص منهج قاعدة الاسناد لاجل الوقوف على الحالات التي يتأثر فيها الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، كما ان للبحث اهمية عملية تتمثل في تنبيه القضاء ورجال القانون على ضرورة المحافظة على حيادية قاعدة تنازع القوانين والتقليل من حالات اللجوء الى تطبيق قانون المحكمة على العلاقات الخاصة الدولية.

3.1 اسباب اختيار الموضوع

تكمن اسباب اختيار الموضوع في تقصي الحالات التي يؤثر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في عقد الاختصاص لقانون المحكمة التي تنظر في الدعوى المشوبة بعنصر اجنبي على اعتبار ان هذا الموضوع لم يسلط عليه الضوء الكافي من قبل فقه القانون الدولي الخاص، والسبب الاخر يكمن في محاولة اثبات العلاقة الوطيدة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي بشأن العلاقات الخاصة الدولية.

4.1 فرضية البحث

يفترض البحث وجود علاقة وطيدة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي بشأن العلاقات الخاصة الدولية على نحو كلما عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لدولة ما كلما زادة حالات اختصاص القانون الوطني لتلك المحاكم، كما يفترض البحث ضرورة المحافظة على ما تقضي به قاعدة الاسناد الوطنية بشأن القانون واجب التطبيق وعدم اهمال ذلك عبر اعطاء الاختصاص لقانون المحكمة.

5.1 مشكلة البحث

عادة ما تتضمن قاعدة الاسناد الوطنية ضابط اسناد محايد يشير الى القانون واجب التطبيق دون العلم المسبق بمضمون ذلك القانون والذي قد يكون قانون المحكمة ذاتها التي تنظر في الدعوى وقد يكون قانونا اجنبيا، ولكن بناء على اعتبارات نفسية وعملية ترى ان القاضي يميل عادة الى عقد الاختصاص لقانونه الوطني اي قانون المحكمة بعد ما عقد لها الاختصاص القضائي فكأن الاختصاص القضائي يتبعه غالبا الاختصاص التشريعي ايضا خلافا لما تقضي به قاعدة الاسناد المحايدة والمزدوجة، عليه فان مشكلة البحث تتمثل في الميل النفسي والاعتبارات العملية التي تقف خلف الحاق الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي وهو ما يخالف اهم مبادئ نظرية تنازع القوانين والتي من بينها اعطاء الاختصاص للقانون الاكثر صلة بالعلاقة محل النزاع والذي يمثل في الوقت ذاته قانون بيئة تلك العلاقة لذلك فهو الانسب في حكم العلاقة.

6.1 منهج البحث

سنتبع في كتاية هذا البحث المنهج التحليلي من خلال تحليل قواعد تنازع القوانين العراقية وتشخيص الحالات التي يتلازم فيها الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي اضافة الى الوقوف على الاراء الفقهية في هذا الشأن.

7.1 خطة البحث

سنوزع هيكل البحث على ثلاثة مباحث، سنتناول في المبحث الاول تعريف الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالاختصاص التشريعي، وفي المبحث الثاني سندرس فيه أثر الاختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق في مرحلتي التكييف والاحالة، اما المبحث الثالث والاخير فسنخصصه لبيان اثر الاختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالتي استبعاد القانون الاجنبي وتعذر الوصول اليه.

2. المبحث الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالاختصاص التشريعي

ان التنازع من حيث المكان لا يقتصر على الاختصاص التشريعي وانما يشمل تنازع الاختصاص القضائي ايضا، وينصب جوهر هذا التنازع على معرفة الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية في نظر الدعاوى التي يكون فيها عنصرا اجنبيا سواء كان من ناحية اطراف الدعوى او من ناحية العناصر الاخرى في العلاقة محل الدعوى كمحل وجود المال او محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام او محل تنفيذ الالتزام، والغالب ان انعقاد الاختصاص القضائي للنظر في الدعاوى المشوبة بعنصر اجنبي يتبعه عقد الاختصاص التشريعي للقانون الوطني اي قانون المحكمة ذاتها التي تنظر في الدعوى. عليه، يلزم علينا، قبل اظهار العلاقة بين الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والاختصاص التشريعي، ان نعرض بالشرح والايضاح لمفهوم الاختصاص القضائي

الدولي والمعايير المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وهو ما سنتناوله في ثلاثة مطالب.

1.2 المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وطبيعة قواعده

لعله كان من الطبيعي ان ينظر في دعاوى العلاقات الخاصة الدولية محاكم ذات طبيعة دولية على نحو يحصل الانسجام التام بين طبيعة الدعوى التي تكون عابرة للحدود الدولية والمحكمة المختصة بالفصل في منازعات تلك الدعاوى، لا ان يتم النظر في دعاوى ذات صفة دولية من قبل محاكم وطنية وجدت في الاصل للنظر في المنازعات الناشئة عن العلاقات الوطنية البحتة[1]، الا ان واقع المجتمع الدولي يشير الى اهتمامه وصرف جهوده في سبيل اتاحة محاكم دولية للنظر في منازعات القانون الدولي العام، اما المنازعات التي تثيرها علاقات القانون الدولي الخاص فلا زالت خاضعة في الاساس لاختصاص المحاكم الوطنية باستثناء مراكز التحكيم الدولية والتي يمكن اعتبارها قضاء دوليا بالمعنى الصحيح مهمته الفصل في منازعات العلاقات الخاصة الدولية[2]، ولما كان الاختصاص للمحاكم الوطنية فان القاضي غالبا ما يميل نفسيا نحو تطبيق قانونه الوطني اضافة الى انحياز المشرع في قواعد تنازع القوانين الى ترجيح قانونه الوطني كثيرا وهذا كله يبرز اثر الاختصاص القضائي في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية.

ومن الناحية التاريخية، فان تنازع الاختصاص القضائي يعد قديما مقارنة بتنازع الاختصاص التشريعي، فالمعلوم في فقه القانون الدولي الخاص ان نظرية تنازع القوانين ظهرت في القرن الثاني عشر في شمال ايطاليا وحينذاك كانت تعالج فروضا متعلقة بتنازع داخلي بين قوانين مدن، ولم يؤسس لامكانية تطبيق قانون اجنبي الا في القرن السابع عشر عندما ذهب القضاء والفقه الهولندي الى امكانية تطبيق قانون اجنبي امام المحاكم الهولندية على اساس مبدأ المجاملة الدولية[3]، بينما كان تأسيس اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في دعاوى الاجانب او التي فيها عنصرا اجنبيا قائما على الاختصاص الاقليمي والشخصي والاخيران هما مبدأن قديمان يعطيان الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى كل المقيمين في ارض الدولة وكل الدعاوى الناشئة عن الوقائع القانونية التي تحدث فيها بغض النظر عن جنسية الاطراف اضافة الى الاختصاص القائم على تبعية احد اطراف الدعوى لدولة القاضي وبغض النظر عن مكان حدوث الواقعة التي اثارت الدعوى القضائية، واستنادا الى ذلك فان تنازع الاختصاص القضائي لم يكن محل اهتمام من قبل فقه القانون الدولي الخاص القديم حيث لا تجد في المؤلفات القديمة اي اشارة لتنازع الاختصاص القضائي[4]. ولاحقا عندما ظهرت نظرية تنازع القوانين فان تلك المبادئ القديمة للاختصاص القضائي اثرت بقوة على تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

وفي القانون العراقي، ادرج المشرع نصوص تنازع الاختصاص القضائي في القانون المدني تحت مسمى (التنازع من حيث المكان) وقصد في الفقرة (أ) تنظيم (التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي)[5]، فشمل هذا التنظيم قواعد قانونية تحدد للمحكمة العراقية اختصاصها القضائي الدولي، بعبارة اخرى، تحدد حالات اختصاص المحكمة العراقية للنظر في الدعاوى التي يشوبها عنصرا اجنبيا. ويفهم من ذلك، ان قواعد تنازع الاخصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية تتناول اختصاص المحاكم الوطنية حصرا ولا سلطان لها على اختصاص المحاكم الاجنبية، او انها تلك القواعد التي تبيّن الاحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصر اجنبي وهي قواعد خاصة بكل دولة[6]، ولاجل ذلك توصف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بانها مفردة الجانب وظيفتها تحديد اختصاصات المحاكم الوطنية دون المحاكم الاجنبية، وهذه الصفة تعد علامة فارقة تميّزها عن قواعد الاختصاص التشريعي التي تعد مزدوجة تشير الى اختصاص القانون الوطني كما تشير في الوقت ذاته الى اختصاص القانون الاجنبي[7]. والفرق في ذلك يكمن في الشخص المخاطب بأمر قاعدة الاختصاص في الحالتين، فحتى تكون قاعدة تنازع الاختصاص القضائي مزدوجة يجب ان يتعدى الامر شخص القاضي الوطني الى شخص القاضي الاجنبي على نحو يقول المشرع العراقي احيانا ان الاختصاص لك ايها القاضي الاجنبي وهذا غير ممكن لانه لا سلطان للمشرع العراقي على القاضي الاجنبي كما ان لا سلطان لمشرع اجنبي على القاضي العراقي، اما امر قاعدة تنازع القوانين فانه يكون موجها للقاضي الوطني سواء كان القانون واجب التطبيق هو قانون القاضي ذاته او كان قانونا اجنبيا، فالامر في هذه الحالة يكون على هذا النحو: ان الاختصاص لقانونك الوطني ايها القاضي العراقي او ان الاختصاص للقانون الفرنسي ايها القاضي العراقي، لذلك تم قبول ميزة الازدواجية في قاعدة تنازع القوانين دون قاعدة تنازع الاختصاص القضائي التي لا يمكن ان تكون الا مفردة او احادية الجانب.

2.2 المطلب الثاني: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

ذكرنا انفا، ان قاعدة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية هي قاعدة مفردة الجانب تشير الى حالات اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في المنازعات التي تثيرها

العلاقات الخاصة الدولية، وعادة ما يبنى الاختصاص على ضوابط شبيه الى حد ما بتلك الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص المكاني للمحاكم الوطنية لاجل النظر في المنازعات التي يثيرها القانون الداخلي[8]، وهذه الضوابط انما تعبر عادة عن درجة من الارتباط الوثيق بين المحكمة والدعوى المنظورة امامها اضافة الى اعتبارات عملية واخرى متعلقة بالتيسير على المدعى عليه[9]. فضابط محل وجود العقار يعطي الاختصاص للمحكمة سواء كنا امام اختصاص قضائي مكاني داخلي للمحاكم او كنا امام اختصاص قضائي دولي للمحاكم الوطنية، ومصداقا وتأكيداً على ذلك نصت المادة (15/ب) من القانون المدني العراقي على ان الاجنبي يمكن مقاضاته امام محاكم العراق ((اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى))[10]، كما ان موطن او محل اقامة المدعى عليه يعد ضابطا للاختصاص القضائي المكاني في القانون الداخلي متى ما كان محل الدعوى مالا منقولا[11]، والضابط الاخير يعد في الوقت ذاته محددا للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وعلى ذلك نصت المادة (15/أ) من القانون المدني العراقي اذ يقاضي الاجنبي امام المحاكم العراقية ((اذا وجد في العراق))، وهنا اكتفى المشرع العراقي بمجرد وجود الاجنبي في العراقي دون اشتراط توطنه او اقامته المعتادة في العراق، ونعتقد انه ليس من الصواب تأسيس اختصاص المحاكم العراقية للنظر في الدعوى المقامة على الاجنبي على مجرد وجوده في العراق اذ قد يكون ذلك الوجود عرضيا لا يتعدى ايام او حتى ساعات، علما ان المبدأ في تأسيس الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية هو وجود درجة من الارتباط الوثيق بين المحكمة والدعوى المنظورة امامها على نحو يبرر الاختصاص ومجرد وجود المدعى عليه الاجنبي في العراق لا يعبر عن درجة الارتباط تلك[12]، فكان الاولى بالشرع العراقي اشتراط محل اقامة الاجنبي في العراق على اقل تقدير.

وقد بنى المشرع العراقي الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية على ضوابط مكانية اخرى متعلقة بالعلاقات القانونية ذاتها دون النظر الى جنسية الاطراف او محل تواجدهم، وعلى وجه الخصوص العلاقات التي ينشأ عنها التزامات مالية او ان خرق الالتزام ينشأ عنه عادة تعويض مادي ولا فرق هنا بين انواع الالتزامات اي سواء كانت تعاقدية او غير تعاقدية، وعلى ذلك جاءت المادة (15/ج) لتؤكد اختصاص المحاكم العراقية في مقاضاة الاجنبي متى ما كان ((..موضوع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ فيه او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق))[13]. ويمكن بناء الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية ايضا على ارادة المتقاضيان والتي قد تكون صريحة اذا ما اختارا التقاضي امام المحاكم العراقية للنظر في منازعتهم، او قد تكون ضمنية كما في حالة رفع الدعوى امام المحاكم العراقية من قبل المدعي رغم عدم وجود ضابط يؤكد اختصاصها ومع ذلك يسكت المدعى عليه ولا يدفع بعدم اختصاص القضاء العراقي[14]، علما ان القانون العراقي لم ينص على حالة الخضوع الارادي كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية[15]، ورغم ذلك فاننا نعتقد انه يمكن الاخذ بهذا الضابط في بناء الاختصاص للقضاء العراقي لاسيما كيفنا قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم بانها قواعد لا تتعلق بالنظام العام اولا[16]، وثانيا ان الاخذ بهذا الضابط يؤدي الى توسيع اختصاص القضاء العراقي وهو امر محمود تسعى كل دولة الى تحقيقه بشرط توفر درجة الارتباط المبررة للاختصاص. ويجدر بالذكر، ان اختيار المتقاضيان قضاء دولة معينة للنظر في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التي تربطهم انما يعد قرينة على اختيار قانون تلك الدولة ايضا لحكم العلاقة لاسيما العلاقات التعاقدية، ونقصد على وجه التحديد ان الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة بناء على ارادة الاطراف قاد الى اختصاص تشريع تلك الدولة في حكم المنازعة[17].

وبنى المشرع العراقي الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية على المعيار الشخصي والمتمثل في جنسية المدعى عليه، فذهبت المادة (14) من القانون المدني العراقي الى انه ((يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج))، فالجنسية العراقية التي يحملها المدعى عليه تكفي في اعطاء الاختصاص للمحاكم العراقية حتى اذا كان الحق محل المنازعة قد نشأ في الخارج، ونرى ان بناء الاختصاص القضائي الدولي على معيار شخصي متمثل في جنسية المدعى عليه اصبح معيارا قديما ولم يعد معبرا عن درجة الارتباط الوثيق بين المحكمة والدعوى على نحو يبرر اختصاص الاولى في نظر الثانية، فالاولى هو التخلى عن هذا المعيار في بناء الاختصاص القضائي الدولي وهو ما ذهبت اليه تشريعات حديثة في عدة دول[18].

3.2 المطلب الثالث: علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي

من حيث المبدأ، يستقل في القانون الدولي الخاص الاختصاصين القضائي والتشريعي كل منهما عن الاخر[19]، فلكل قواعده الخاصة به والمحددة للاختصاص وفق ضوابط معينة، اضافة الى وجود فاصل زمني بين الاختصاصين على نحو يسبق الاختصاص القضائي الاختصاص التشريعي وهو ما يلزم قيام المحكمة بالبت في اختصاصها اولا ومن ثم البحث عن القانون واجب التطبيق. ولا شك، ان وجود الاختصاصين معا تفرضها

طبيعة الحماية القانونية للحقوق على اختلاف اصنافها، فاذا ما عدنا الى عنصر الحماية في كل حق بالمعنى القانوني لوجدنا انه يفترض وجود جهة قضائية مهمتها حسم منازعات الافراد بشأن حق معين[20]، كما يلزم ان يكون حسم النزاع وفق قواعد قانونية نافذة المفعول امام القضاء الناظر في النزاع، وهذا يعني ان الحماية القانونية لاي حق تفترض اولا وجود محكمة وثانيا وجود قانون وبغض النظر عن مصدر ذلك القانون اذ للمحكمة الحكم احيانا حتى باجتهادها في حالة انعدام المصادر الاخرى[21]. وفي منازعات القانون الداخلي تكون المحكمة وطنية ويكون القانون وطنيا ايضا وبشقيه الموضوعي والاجرائي، اما في منازعات القانون الدولي الخاص فان المحكمة تكون وطنية اما القانون فلا يشترط ان يكون وطنيا دائما اذ قد يكون اجنبيا. ان نفي اشتراط وطنية القانون امام المحكمة بالنسبة لعلاقات القانون الخاص ذات الصفة الدولية عادة ما يتم التعبير عنه بـ"انعدام التلازم" بين الاختصاصين على عكس علاقات القانون العام التي لا زالت القوانين تشترط التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي سواء كانت العلاقة وطنية بكامل عناصرها او كانت مشوبة بعنصر اجنبي، ففي القانون الجنائي اذا كانت المحكمة العراقية مختصة وفق احد ضوابط الاختصاص المنصوص عليها في قانون العقوبات فان ذلك يعني اختصاص القانون العراقي بالضرورة ولا يمكن تصور تطبيق قانون جنائي اجنبي امام المحاكم العراقية، واذا كانت المحكمة العراقية غير مختصة بنظر الدعوى الجنائية المرفوعة امامها فانها بكل بساطة تحكم بعدم الاختصاص ورد الدعوى[22].

واذا رجعنا الى حالات اختصاص القانون الاجنبي امام المحاكم الوطنية بالنسبة لعلاقات القانون الخاص ذات الصفة الدولية، فان لنا ان نتسائل عن نسبة الاختتصاص التشريعي الممنوحة للقانون الاجنبي، فهل ان القانون الاجنبي يسري على المنازعة بشكل كامل؟، ان الاجابة على هذا التساؤل تعبر بشكل واضح عن العلاقة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي. ولا شك ان الاجابة هي بالنفي، بمعنى اخر ان القانون الاجنبي لا يسري امام المحكمة الوطنية بشكل كامل وانما على نحو جزئي، فمن ناحية اولى، الذي يسري من القانون الاجنبي امام المحكمة الوطنية هو فقط شقه الموضوعي دون شقه الاجرائي، اذ ان الجانب الاجرائي المتعلق بسير الدعوى امام المحكمة يبقى خاضعا دائما للقانون الوطني اي قانون دولة القاضي وبغض النظر عن المبرر[23]، اضافة الى حالات اخرى يتحقق فيها التلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي كاجراءات التنفيذ الجبري وتدابير الامن المدني ومنها (الاجراءات التحفظية وجرد الاموال ووضع الاختام وتعيين حارس عليها وبيع ما هو سريع التلف منها...الخ)[24]. ومن ناحية ثانية، فان القواعد القانونية التي استعان بها القاضي في تحديد القانون الاجنبي واجب التطبيق انما هي قواعد تنازع القوانين في التشريع الوطني لدولة القاضي، فالذي قدر ملائمة القانون الاجنبي للعلاقة محل النزاع هو المشرع الوطني في دولة القاضي وليس المشرع الذي وضع القانون الاجنبي واجب التطبيق، وقد يحدث ان تعطي قواعد التنازع الوطنية الاختصاص لقانون اجنبي رغما عن ارادة مشرعه كما لو اعطي الاختصاص للقانون الانكليزي لتنظيم علاقة شخص بريطاني متوطن في الهند على اساس ضابط الجنسية علما ان القانون واجب التطبيق حسب قواعد الاختصاص التشريعي الانكليزية هو القانون الهندي باعتباره قانون موطن ذلك الشخص، ولا يمكن استشارة قواعد تنازع القوانين الاجنبية الا في حالة الاخذ بنظرية الاحالة والتي ترفضها معظم القوانين ومنها القانون العراقي كمبدأ[25]. ويفهم من هذا، ان الذي قدر ملائمة سريان القانون الاجنبي هو المشرع الوطني عبر قواعد اسناد وطنية، واذا كان صحيحا ان فحوى قواعد الاسناد تتشابه على المستوى الدولي نظرا للاصل النظري المشترك لها[26]، الا ان المشرع الوطني عادة ما يقوم بصياغة قاعدة الاسناد على نحو تنحرف عن اصولها النظرية كلما استدعت مصلحة الدولة ذلك.

3. المبحث الثاني: اثر الاختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق في مرحلتي التكييف والاحالة

يوصف منهج قاعدة الاسناد بانه منهج معقد وكثير الاليات والمراحل التي ينبغي مراعاتها في سبيل الوصول الى القانون واجب التطبيق ومن ثم حسم المنازعة وفق احكامه، ومن بين تلك المراحل مرحلة التكييف والاحالة، واذا ما انعمنا النظر في كلتا المرحلتين سنجد فيهما تاثيرا واضحا للاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي، ولاجل الاحاطة بما ذكر سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنتناول في الاول منهما اثر الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة تكييف العلاقات الخاصة الدولية، وفي المطلب الثاني سندرس اثر الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة الاخذ بالاحالة.

1.3 المطلب الاول: اثر الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة تكييف العلاقات الخاصة الدولية

يُشبِه فقه القانون الدولي الخاص قواعد الاسناد ببوابات القطار او مكاتب الاستعلامات، ولذلك اتهمت بانها لا تحقق سوى عدالة شكلية[27]، فالقاضي لا يستطيع الوصول الى القانون واجب التطبيق الا بعد الولوج في احدى تلك البوابات،

وحتى تفتح احداهن في وجه القاضي ينبغي بداية تلوين العلاقة باللون الذي تقبله البوابة فكأن احداها لا تقبل الا اللون الاصفر واخرى لا تقبل الا اللون الازرق وهكذا، فهي لا تفتح الا لما تعارفت عليه، بعبارة اخرى لكي تلج العلاقة في قاعدة الاسناد، وباشراف من القاضي، فانها تحتاج الى تذكرة دخول، وهذه التذكرة لا تمنح الا بعد تكييف العلاقة القانونية وتطابقها مع ما وضعت لها القاعدة من علاقات ابتداء. فعلى سبيل المثل، لا يمكن الولوج في قاعدة الاسناد الخاصة بالاهلية الا بعد تكييف المسألة المعروضة امام القاضي بانها من قبيل مسائل الاهلية وبالمثل لا يمكن العبور من قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية الا بعد تكييف الالتزام المطروح امام القاضي بانه من طبيعة غير تعاقدية، وهكذا بالنسبة لشكل التصرف والزواج والطلاق والوصية والميراث...الخ[28].

ولعلنا لا نبالغ في القول، ان التكييف عملية قانونية مهمة ومطلوبة في كل الفروع القانونية، ففي القانون الجنائي ينبغي تكييف الفعل الاجرامي لاجل تحديد النص الجنائي الواجب التطبيق عليه لاسيما في ظل مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، وفي القانون المدني ينبغي تكييف كل عقد مطروح منازعته امام القضاء لاجل الوصول الى التنظيم القانوني الخاص بذلك العقد لاسيما اذا تم تكييفه بانه من احد العقود المسماة، وبالمثل يلزم تكييف بقية العلاقات القانونية وفي مختلف الفروع القانونية ولذات الهدف الا وهو تحديد النظام القانوني الحاكم للعلاقة من الفها الى ياءها. واذا كانت لعملية التكييف اهمية في مختلف الفروع القانونية، فان لها اهمية خاصة وقصوى في القانون الدولي الخاص، لاسيما اذا علمنا ان المشرع عادة ما يقصد في نصوص تنازع القوانين في مقابل اعداد غير محدودة من العلاقات القانونية بين الافراد والتي يشوبها في الوقت ذاته عنصرا اجنبيا[29]، وهو ما يعني انه من المستحيل ان يحكم المحدود او المتناهي (نصوص تنازع القوانين) اللامحدود او غير المتناهي (العلاقات الخاصة الدولية) ما لم توجد عملية يتم فيها اصباغ جميع العلاقات القانونية بتلك الالوان المحدودة التي اودعها المشرع في ذلك الكم القليل من نصوص تنازع القوانين[30]. وهذه المسألة يدركها المشرع نفسه عند وضع نصوص تنازع القوانين، اي يدرك انه اتى بنصوص قليلة العدد يعتمد عليها في حسم منازعات هي بالعشرات لا بل مئات العلاقات القانونية ان لم نقل آلاف[31]، ونتيجة لهذا الادراك عادة ما يفرد المشرع نصا خاصا يتناول تكييف العلاقات الخاصة الدولية ويذكر فيه القانون الذي بموجبه يتم تكييف العلاقات المطروحة نزاعاتها امام القضاء.

واستنادا على ما سبق، يمكن تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص بانه عملية قانونية تستهدف اعطاء الوصف القانوني السليم للعلاقة المشوبة بعنصر اجنبي لغرض تحديد قاعدة الاسناد المختصة بالتطبيق في قانون القاضي ومن ثم الوصول الى القانون واجب التطبيق على تلك العلاقة[32]. وهذه العملية انما هي قانونية لانها تتعلق بانزال وصف قانوني معين على العلاقة كأنزال وصف المسؤولية التعاقدية على المسؤولية الناشئة عن اصابة العمل دون انزال وصف المسؤولية التقصيرية او بالعكس، او انزال وصف الميراث على (نصيب الزوج المحتاج) دون انزال وصف النظام المالي للزوجين[33]، وهو ما يعني اختلاف قاعدة الاسناد المختصة باختلاف الوصف القانوني المعطى للعلاقة وفي النهاية اختلاف القانون الواجب التطبيق وايضا اختلاف الاحكام القانونية الموضوعية الحاكمة لتلك المسؤولية كعناصر التعويض عن المسؤولية ونطاقه. ولان التكييف عملية قانونية فانها تخضع لرقابة وتقدير المحكمة الاعلى درجة اي ان تكييف محكمة الموضوع يخضع لرقابة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وفي كل الاحوال لرقابة محكمة التمييز[34]، فان اخطأت محكمة الموضوع في تكييف العلاقة القانونية لترتب على ذلك وجود خطأ في تعيين قاعدة الاسناد المختصة ومن ثم وجود خطأ في تحديد القانون واجب التطبيق وفي النهاية وجود خطأ في الاحكام القانونية الموضوعية، وهنا يلزم من المحكمة الاعلى درجة نقض ذلك الحكم لتفادي كل تلك الاخطاء الناجمة عن الخطأ في تكييف العلاقة. ولاجل تفادي نقض الحكم بسبب الخطأ في التكييف، ينبغي على قاضي الموضوع ان يكون حريصا كل الحرص في تكييف العلاقات القانونية في اطار القانون الدولي الخاص، الا ان القاضي مهما كان حريصا في تكييفاته القانونية سوف لن يستطيع القيام بها في اطار علاقات القانون الدولي الخاص على نحو صحيح مالم يكن منفتح الذهن وملما بحد ادنى من المعرفة بالافكار والنظم القانونية في القوانين الاخرى، ولاشك ان ذلك يشكل عبئا ثقيلا على كاهل القاضي مقارنة بذات العبء الملقى على عاتقه في اطار علاقات القانون الداخلي، فالاخيرة هي علاقات منتمية بكافة عناصرها للقانون الداخلي ويفترض ان يكون القاضي ملما بها على اتم وجه.

والسؤال الجوهري الذي يطرح بشأن عملية التكييف في القانون الدولي الخاص هو القانون الذي بموجبه يتم تكييف العلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي، اذ لا يخفى ان نقطة البداية في تحديد الاختصاص التشريعي تبدأ من عملية التكييف[35]، فان كان قانون القاضي هو المعتمد في تكييف هذه العلاقات لتبيّن لنا مدى تاثير الاختصاص

القضائي في تحديد الاختصاص التشريعي، فمتى ما عقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة فان قانون هذه الدولة ذاتها سيحدد لنا طبيعة العلاقات واوصافها القانونية وهو ما يعني اختلاف تكييف ذات العلاقة باختلاف المحكمة المرفوع امامها النزاع، بعبارة اخرى الذي يصبغ العلاقات بصبغة معينة في سبيل تحديد قاعدة الاسناد المختصة والاختصاص التشريعي هو قانون المحكمة والذي يعبر عن رؤية مشرعه الوطني لما ينبغي ان تكون عليه طبيعة العلاقة القانونية، وقد يترتب على ذلك ان ذات المسألة (كحضر اجراء الوصية بالشكل العرفي) تعد من قبيل الاهلية في قانون الدولة (س) بينما تعد من قبيل المسائل المتعلقة بشكل التصرف في قانون الدولة (ص) ومن ثم اختلاف قاعدة الاسناد المختصة والاختصاص التشريعي لذات المسألة باختلاف الاختصاص القضائي الدولي. ولاجل تلافي هكذا نتيجة، يدعوا جانب من الفقه الى الزام القاضي بتكييف علاقات القانون الدولي الخاص وفق (القانون المقارن) والذي يعني تلك الافكار والنظم القانونية المشتركة على مستوى العالم، فما يعد من قبيل الاهلية يجب ان يكون كذلك في القانون المقارن وليس وفق ما يتصوره قانون القاضي وحده، وهكذا بالنسبة لبقية العلاقات. الا ان ما يؤخذ على هذه الدعوة هو مبالغتها في المثالية ومجافتها للواقع حيث من الصعب ايجاد نظم وافكار قانونية مشتركة لاسيما في مجال الاحوال الشخصية اضافة الى تحميلها للقاضي عبئاً ثقيلا يتمثل في معرفته بالنظم والافكار القانونية في جميع الدول الاخرى كما انها تتعارض مع نفسية القاضي وميله الى تطبيق قانونه الوطني[36]. وفي المقابل، يدعوا جانب اخر من الفقه الى اجراء عملية التكييف وفق القانون الذي يحكم المسألة اصلا والذي بدوره قد يكون قانون القاضي او قانونا اجنبيا حسب ما تقضي به قاعدة الاسناد الوطنية، ويستند هذا الراي على عدة حجج اهمها ان الاختصاص للقانون واجب التطبيق ينبغي ان يكون اجماليا ولا يتحقق ذلك الا اذا شُمل التكييف ايضا باحكامه، الا ان علة هذا الرأي ان فيه مصادرة على المطلوب حيث اننا نقوم بالتكييف اصلا لاجل تحديد قاعدة الاسناد المختصة والقانون واجب التطبيق فكيف لنا ان نكييف حسب القانون واجب التطبيق وهو غير معلوم بعد[37].

ونتيجة لعدم صمود النظريتين السابقتين امام الانتقادات الموجهة لها، تربعت نظرية قانون القاضي على عرش القانون الحاكم لعملية التكييف مستندة على الكثير من الحجج لعل اهمها هو ان التكييف يعد تفسيرا لقاعدة الاسناد الوطنية ولا يمكن تفسير القاعدة الوطنية الا وفق مبادئ التفسير في قانون القاضي[38]. ولاجل احاطة القاضي بالافكار والنظم غير المعروفة في قانونه قيل عليه ان يفعل ذلك بافق واسع وذهن متفتح فنصيب (الزوج المحتاج) ينبغي ان يكيف بانه من قبيل الميراث والانفصال الجسماني من قبيل الطلاق وهكذا[39]. وقد انتقلت نظرية قانون القاضي من موقف قضائي مسبق ودعم فقهي الى تبني تشريعي من قبل مشرعي معظم دول، ففي القانون العراقي نصت المادة (17) من القانون المدني على ان ((1- القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها. 2- ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقاراً او منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء))، وواضح ان القانون العراقي هو المختص بالتطبيق على كل عملية يراد منها تكييف علاقات القانون الدولي الخاص باستثناء كون المراد هو تحديد طبيعة الشيء كونه عقارا او منقولا حيث يسري قانون الدولة التي يوجد فيها الشيء وهو ذات القانون الذي يحكم الجوانب القانونية الموضوعية المتعلقة بالملكية والحقوق العينية الاخرى الواردة على الشيء. واذا رجعنا الى القاعدة في تكييف العلاقات الخاصة الدولية، لجاز لنا القول بثقة ان الاختصاص التشريعي في العلاقات الخاصة الدولية يتأثر أيما تأثير بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في مرحلة التكييف، فما ان يعقد الاختصاص للمحاكم العراقية حتى يتولى القانون العراقي تكييف العلاقة المطروحة وتوصيفها التوصيف القانوني المناسب من وجهة نظر المشرع العراقي بغية تحديد قاعدة الاسناد المختصة ومن ثم القانون واجب التطبيق وهكذا بالنسبة للمحاكم الاخرى، فالحضانة على سبيل المثال قد تعد من قبيل اثار الزواج في القانون العراقي وبالتالي يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وفي محكمة اخرى قد تعد من قبيل اثار الطلاق وبالتالي يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت الطلاق[40]، فهنا الاختصاص القضائي كان له دور بارز في تحديد الاختصاص التشريعي. واذا اردنا التقليل من اختصاص قانون القاضي في عملية التكييف، فانه يمكن اخضاع الوقائع المادية ايضا الى القانون الذي يحكم القضية حسب قاعدة الاسناد لاننا امام الوقائع المادية كالعمل غير المشروع يمكننا التخلص من تلك الحلقة المفرغة التي تعيق تحديد القانون واجب التطبيق بشأن العلاقات الاخرى.

2.3 المطلب الثاني: اثر الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة الاخذ بالاحالة

بداية ينبغي التأكيد ان مشكلة الاحالة لا تثور الا اذا اشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون اجنبي، بمعنى لا نكون امام مشكلة الاحالة اذا كان قانون القاضي

هو القانون واجب التطبيق، فان حدث ان اختص القانون الاجنبي فان السؤال المثار يتعلق بوجوب استشارة قواعد الاسناد في ذلك القانون من عدمه[41]، فاذا قلنا بوجوب استشارة قواعد الاسناد في القانون الاجنبي انما يكون ذلك بهدف التأكد من قبول القانون الاجنبي للاختصاص المحال له حسب قواعد الاسناد في قانون القاضي او رفضه للاختصاص ومن ثم احالته الى قانون اخر والاخير قد يكون قانون القاضي ذاته او قانون دولة ثالثة، وفي حالة رفض القانون الاجنبي للاختصاص يعمل القاضي بذلك الرفض ويأخذ بتلك الاحالة الى قانون اخر سواء كان قانون القاضي او قانون دولة ثالثة. فعلى سبيل المثال، اذا اثير بشأن اهلية شخص يحمل الجنسية البريطانية ومتوطن في العراق دعوى امام المحاكم العراقية فان القانون واجب التطبيق حسب قاعدة الاسناد في القانون العراقي سيكون قانون جنسية الشخص وهو في المثال القانون البريطاني، ولكن اذا استشار القاضي العراقي قواعد الاسناد في القانون البريطاني فانه سيجد ان القانون الاخير يرفض الاختصاص المحال له حسب القانون العراقي ويحيله الى القانون العراقي ذاته باعتبار ان القانون واجب التطبيق على الاهلية في القانون البريطاني هو قانون موطن الشخص، والاخير موطنه في المثال هو العراق. واذا عدلنا في المثال المذكور انفا وقلنا ان الشخص يحمل الجنسية البريطانية ولكنه متوطن في الهند، فان القانون البريطاني سيرفض الاختصاص مرة اخرى ولكن سيحيله الى قانون دولة ثالثة الا وهو القانون الهندي باعتبار توطن الشخص هناك[42]. وتاريخيا، ظهرت مشكلة الاحالة بمناسبة قضية عرضت على القضاء الفرنسي متعلقة بتركة شخص اجنبي متوفى في فرنسا، في تلك القضية كان القانون واجب التطبيق هو قانون اجنبي (القانون البافاري) وفق ظابط موطن الشخص الوارد في قاعدة الاسناد الفرنسية[43]، وبعد امعان النظر في القانون الاجنبي وجد المدعي العام الفرنسي ان قواعد الاسناد فيه ترفض الاختصاص على اساس الموطن وتحيله الى قانون الدولة التي يقيم فيها الشخص وكان المتوفى مقيما في فرنسا، حينها لم تتردد المحكمة الفرنسية في الاخذ باحالة القانون الاجنبي واجب التطبيق، لان في ذلك توسيعا لنطاق تطبيق القانون الوطني والذي قضى في النهاية بايلولة تركة الاجنبي الذي لا وارث له الى الحكومة الفرنسية، وفي ذلك ما فيه من استجابة للميل النفسي للقاضي حيث عادة ما يميل الى تطبيق قانونه الوطني، فكأن الاخذ بالاحالة حققت هدفين مرغوبين لدى القاضي اولهما توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي، وثانيا القاضي يعلم قانونه الوطني وقد لا يعلم او يجد صعوبة في معرفة القانون الاجنبي فمن هذه الناحية ايضا عادة ما يميل الى تطبيق قانونه، فما كانت الاحالة الا ذريعة لترك الامر التشريعي الموجود في قاعدة الاسناد الوطنية والذي امر بتطبيق قانون اجنبي والعودة مرة اخرى وبطريقة قانونية الى قانونه الوطني، والطريقة القانونية المشار اليها تم تبريرها في ان القاضي الوطني يجب ان لا يكون اكثر حرصا من المشرع الاجنبي نفسه، فالمشرع الاجنبي (البافاري) رفض الاختصاص التشريعي على اساس الموطن، اذن لما سيبقى القاضي الفرنسي حريصا ومصرا على اعطاء الاختصاص التشريعي لذلك القانون؟.

لاشك ان الاخذ بالاحالة سيكون على حساب نسبة اختصاص القانون الاجنبي واجب التطبيق وفق قاعدة الاسناد الوطنية، فعلى سبيل المثال اذا قلنا ان نسبة اختصاص القانون الاجنبي امام المحاكم الوطنية هي 50% والنسبة الباقية هي لقانون القاضي حسب قاعدة الاسناد نفسها، فان نسبة اختصاص قانون القاضي ستزيد (لتكون مثلا 75%) بعد الاخذ بالاحالة لاسيما ان القاضي عادة ما ياخذ بالاحالة للقانون الوطني دون ان يكون حريصا عليها في حالة الاحالة لدولة ثالثة. ويبدو واضحا ان النسبة الاضافية من الاختصاص التشريعي العائد الى القانون الوطني بطريق الاحالة انما كان بتأثير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، فلان اختصاص النظر في قضية التركة المذكورة انفا عقدت للمحاكم الفرنسية فان الاحالة ادت الى اختصاص القانون الفرنسي (قانون القاضي) بعد ان اسندت قاعدة التنازع الفرنسية الاختصاص لقانون اجنبي بداية، ولو عكسنا المسألة لرأينا ارتباط الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي على نحو كلما عقد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة ما عاد الاختصاص التشريعي لقانون ذات المحكمة بطريق الاحالة، فاذا افترضنا ان قضية التركة المذكورة لم تعرض على المحاكم الفرنسية بداية انما بالعكس عرضت على المحاكم البافارية وهي محاكم موطن الشخص المتوفى، فان الاختصاص التشريعي حسب قاعدة الاسناد البافارية سيكون لقانون محل اقامة المتوفى وهو القانون الفرنسي، وعلى فرض ان المحكمة البافارية على غرار المحكمة الفرنسية ايضا استشارت قاعدة الاسناد الفرنسية لوجدت ان القانون الفرنسي يرفض الاختصاص في النظر في دعوى تركة الشخص على اساس الاقامة المعتادة بل تحيل الاختصاص الى قانون موطن المتوفى وهو القانون البافاري، وهذا دليل قاطع على قولنا ان الاختصاص التشريعي المتأتي من الاحالة انما يعتمد الاختصاص القضائي في الدرجة الاولى.

بعد موقف القضاء الفرنسي من الاحالة، اعتبر الفقه الاحالة كنظرية وراح يبحث فيها الا انه انقسم على نفسه بين مؤيد ومعارض لها، اما من ايد فكرة الاحالة فقد استند على عدة حجج لعل اهمها ان الاختصاص التشريعي للقانون الاجنبي ينبغي ان يكون اختصاصا اجاليا بمعنى ينبغي تطبيق كل قواعد القانون الاجنبي بما في ذلك قواعده المتعلقة بتنازع القوانين لانها ان قبلت الاختصاص فان في ذلك توحيدا للحلول وسهولة في تنفيذ الاحكام القضائية الاجنبية وان رفضت واحالة الاختصاص الى قانون اخر فان العمل بالاحالة فيه احترام لارادة تلك القاعدة ومرة اخرى توحيدا للحلول القانونية بين الدول والذي يعد من اهداف القانون الدولي الخاص[44]. اما من عارض فكرة الاحالة فقد رد على معظم حجج مناصريها، فقول الانصار ان القانون الاجنبي كل لا يتجزأ بمعنى ضرورة تطبيق قواعده المتعلقة بتنازع القوانين قول مردود عليه بان قانون القاضي ايضا كل لا يتجزأ فالذي يحصل نتيجة العمل بالاحالة هو اهمال الحكم الوارد في قاعدة تنازع القوانين في قانون القاضي، لا بل ان العمل بالاحالة يؤدي الى ان يأتمر القاضي الوطني بأوامر المشرع الاجنبي وهذا قول لم يجوزه احد لحد الان، ففي القضية التي ذكرناها انفا عمل القاضي الفرنسي بأمر المشرع البافاري عندما اخذ بالاحالة الواردة اليه من قاعدة التنازع البافارية[45].

وبالنظر الى قوة حجج معارضي الاحالة، رفضت اغلب القوانين الاخذ بالاحالة ومنها القانون العراقي، فالفقرة الاولى من المادة (31) من القانون المدني العراقي نصت على انه ((اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص))، فحسب هذا النص اذ اختص قانون اجنبي في حكم علاقة خاصة دولية وفقا لقاعدة الاسناد العراقية فان القاضي العراقي يذهب مباشرة الى الاحكام الموضوعية في ذلك القانون دون ان يستشير قاعدة الاسناد في ذلك القانون الاجنبي. ومع ذلك، فقد اخذ المشرع العراقي بالاحالة على سبيل الاستثناء في قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984 بشأن اهلية الملتزم بمقتضى حوالة تجارية، فالفقرة ثانيا من المادة (48) نصت على انه ((يرجع في تحديد الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته. فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق)). ان الاخذ بالاحالة في النص المذكور واضح وجلي، الا ان ما ينبغي تسجيله في هذا المقام هو ان الاحالة يعمل بها بدرجة واحدة وليس بدرجتين او اكثر، فالاحالة بدرجة واحدة تعني ان القاضي العراقي يطبق على اهلية الملتزم بالحوالة قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته، فان كان الملتزم انكليزيا كان القانون البريطاني هو الواجب التطبيق مع السماح للقاضي العراقي باستشارة قواعد تنازع القوانين في القانون البريطاني فان احال هذا القانون الاختصاص الى قانون موطن الملتزم بالحوالة ولنفترض انه متوطن في دولة الامارات العربية المتحدة فان القاضي العراقي عليه تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الاماراتي دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين في القانون الاخير، ونعتقد ان النص على الاخذ بالاحالة بدرجة واحدة هو للتحرز من الوقوع في حلقة مفرغة[46].

ومن وجهة نظر موضوعية منطلقة من زاوية استقلال الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي، فاننا نويد الموقف التشريعي الرافض لفكرة الاحالة لانها بالفعل تؤدي الى توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي على حساب نطاق القانون الاجنبي لاسيما ان المبدأ في تنازع القوانين هو اسناد العلاقة الى اكثر القوانين صلة بالعلاقة والذي يتحقق فيه العدالة والملائمية اكثر سواء كان قانون القاضي او قانون اجنبي.

4. المبحث الثالث: اثر الاختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالتي استبعاد القانون الاجنبي وتعذر الوصول اليه

لطالما انتقد منهج قاعدة الاسناد بانه يتسم بالتعقيد وتعدد العمليات الفنية التي ينبغي تجاوزها بهدف الوصول الى النصوص القانونية الموضوعية واجبة التطبيق على العلاقة، وما يشهد على ذلك ان القاضي بعد اجتيازه مرحلتي التكييف والاحالة فانه يكون امام احتمالين اولهما وجود مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي كمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وثانيهما هو تعذر اثبات القانون الاجنبي واجب التطبيق اصلا لوجود علة في قاعدة الاسناد الوطنية، وفي الاحتمالين المشار اليهما يؤثر مرة اخرى الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في الاختصاص التشريعي. ولاجل الاحاطة بما ذكر، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما لاثر الاختصاص القضائي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة استبعاد القانون الاجنبي، اما المطلب الثاني فسنتناول فيه اثر الاختصاص القضائي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تعذر الوصول للقانون الاجنبي.

1.4 المطلب الاول: اثر الاختصاص القضائي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة استبعاد القانون الاجنبي

لقد تنبهت نظريات تنازع القوانين منذ بدايات نشأتها الى امر مهم الا وهو ان سماح المشرع الوطني بتطبيق قانون اجنبي، باعتبار انه القانون الاكثر صلة بالعلاقة وانه

الاكثر عدالة وملائمة، ليس سماحا مفتوحا دون قيد او شرط ولا هو توقيع على بياض يجيز تطبيق القانون الاجنبي في كل الاحوال، انما الصحيح هو سماح مقيد بعدم الاضرار بالمصلحة الوطنية لدولة القاضي وكذلك عدم التعارض مع نظامه العام الوطني او عدم وجود عملية تحايل على القانون من قبل الافراد او عدم وجود قواعد متعلقة بالامن المدني في دولة القاضي. فاذا رجعنا الى القرن الرابع عشر من الميلاد وقت بروز نظرية الاحوال الايطالية القديمة لوجدنا ان الفقه الايطالي في ذلك الوقت ميّز بين نوعين من الاحوال (اي القوانين)، فهناك احوال مستحسنة لا مانع من تطبيقها شخصيا اي تتبع الشخص اينما حل، وهناك احوال مستهجنة ينبغي ان تبقى اقليمية ولا يمتد نطاق تطبيقها خارج حدود السلطة التي اصدرتها[47]، بعبارة اخرى ان الاحوال المستهجنة التي قال باقليميتها الفقه الايطالي القديم انما كان الاساس الاولي لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، وبالفعل عندما تمت صياغة قواعد تشريعية في حل مشكلة تنازع القوانين والتي تجيز تطبيق قانون اجنبي، احتاط المشرعون لانهم تصوروا اشارة قاعدة الاسناد الى قوانين اجنبية ظالمة او وحشية او غير منطقية او مخالفة للنظام العام في دولته، لذلك نجدهم قد قيدوا تطبيق ذلك القانون بشرط عدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي[48]. وكمعظم المشرعين، احتاط المشرع العراقي ايضا في قواعد المتعلقة بتنازع القوانين وقيد سماحه بتطبيق القانون الاجنبي بعدم مخالفته للنظام العام في العراق، فجاء في نص المادة (32) من القانون المدني العراقي انه ((لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق)). فعلى سبيل المثال، لا يمكن تطبيق قانون اجنبي في العراق يعترف بنظام التبني وينظمه او قانون اجنبي يجيز سعر فاحش للفائدة في التعاملات المالية. لذلك، عليه فان كل حكم قانوني اجنبي مخالف للنظام العام في العراق يتم استبعاده من قبل القاضي، ولكن السؤال الجوهري في هذا المقام متعلق بالقانون الذي يحل محل القانون الاجنبي المستبعد كليا او جزئيا[49]. وفي الاجابة، يذهب الفقه الى طرح اكثر من بديل عن القانون الاجنبي المستبعد الا ان الراجح هو تطبيق قانون القاضي اي قانون دولة المحكمة المرفوع امامها النزاع بشأن علاقة خاصة دولية، وهكذا بدا جليا مدى تاثير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في تحديد الاختصاص التشريعي في حالة استبعاد القانون الاجنبي، فلان الاختصاص القضائي الدولي عقد للمحاكم العراقية مثلا ولان القانون الاجنبي واجب التطبيق حسب قاعدة الاسناد العراقية هو مخالف للنظام العام او الاداب العامة في العراق فان ذلك القانون الاجنبي يستبعد من دائرة حكم العلاقة ويحل محله القانون العراقي[50]، ولو ان ذات العلاقة رفعت امام المحاكم المصرية مثلا واشارت قاعدة الاسناد المصرية الى ذات القانون الاجنبي ثم تبيّن انه مخالف للنظام العام المصري فان القانون الاجنبي يستبعد مرة اخرى ولكن يحل محله هذه المرة القانون المصري وليس القانون العراقي، فكأن اختصاص القانون العراقي والمصري في الحالتين جاء نتيجة عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها بداية.

واذا تفحّصنا بقية موانع تطبيق القانون الاجنبي لوجدنا ان ما قيل بشأن النظام العام ينطبق عليها غالبا، فاستبعاد القانون الاجنبي باسم المصلحة الوطنية يترتب عليه تطبيق الحكم الموجود في قانون القاضي[51]، وهذا ما اشارت اليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (18) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها انه ((...في التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية)). كما ان استبعاد القانون واجب التطبيق بحجة الغش نحو القانون قد يؤدي الى جلب الاختصاص التشريعي لقانون القاضي في حالة ما اذا كان هو القانون واجب التطبيق اصلا قبل حصول عملية الغش[52]، الا انه ليس بالضرورة جلب الاختصاص لقانون القاضي في هذه الحالة لانه يعطى الاختصاص للقانون واجب التطبيق قبل حصول الغش والذي قد يكون قانون القاضي او قانون اخر[53]. واخيرا يمكن اعتبار تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس) في قانون القاضي من قبيل موانع تطبيق القانون الاجنبي، فتطبيق هذه القواعد يكون بالاولوية على تطبيق القانون الاجنبي وعلى حسابها، ففي كل علاقة قانونية محكومة بقانون اجنبي امام القاضي العراقي على الاخير قبل تطبيق القانون الاجنبي ان ينظر في القانون العراقي ان كانت فيه قواعد متعلقة بالامن المدني تدخل العلاقة المنظورة امامه في نطاق سريانها فان وجد قاعدة من تلك القواعد ذات التطبيق الضروري طبقها اولا وهو ما يعني استبعاد جزء من القانون الاجنبي واجب التطبيق. نستنتج مما سبق ان الاختصاص التشريعي يتأثر بالاختصاص القضائي الدولي في معظم حالات استبعاد القانون الاجنبي على نحو يحل قانون القاضي محله، بعبارة اخرى تزداد نسبة اختصاص قانون القاضي على حساب نسبة اختصاص القانون الاجنبي كلما عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة القاضي.

2.4 المطلب الثاني: اثر الاختصاص القضائي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تعذر الوصول للقانون الاجنبي

ان احدى المسائل التي يعاب فيه منهج قاعدة الاسناد هو احتمالية تعذر الوصول للقانون الاجنبي واجب التطبيق في نهاية كل الاشواط التي قطعها القاضي ضمن آليات المنهج المذكور من تكييف وتطبيق لقاعدة الاسناد الوطنية واخذ بالاحالة او رفضها وغير ذلك، وهو ما يعني ان نتيجة تطبيق المنهج هو لا شيء وان العلاقة القانونية لا زالت في حاجة الى قانون ينظمها ويحسم منازعاتها. ان هكذا نتيجة تشكل في الوقت ذاته خيبة للقاضي تدعوه الى عدم تحبيذ هكذا منهج، والميل الى توسيع نطاق تطبيق تشريعه الوطني المتآتي من الاختصاص القضائي[54].

وقد يتعذر الوصول الى القانون واجب التطبيق نتيجة وجود عوق ذاتي في قاعدة الاسناد ذاتها، وعادة ما يبرز عوق قاعدة الاسناد امام العلاقات القانونية التي لم يأخذ المشرع ظروفها في الحسبان عند وضع القاعدة او تلك العلاقات التي يدخل في بناءها عناصر التكنولوجيا الحديثة. فعلى سبيل المثال، تشير قاعدة الاسناد التقليدية بشأن الالتزامات غير التعاقدية الى تطبيق قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام[55]، وواضح ان القاعدة تفترض دائما وجود دولة وقانون في مكان حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، ولكن اطلاق هذا الافتراض ليس في محله فقد يحصل ان تحدث الوقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي في مكان ينعدم فيه سلطة دولة بعينها كما لو حدثت الواقعة على متن باخرة في عرض البحر، وبعد ذلك طرح المدعي بالحق في التعويض دعواه امام محاكم الدولة (س)، فلاشك ان قاعدة الاسناد المذكورة ستكون عاجزة عن الوصول للقانون واجب التطبيق وفق ما تقضي به القاعدة، ولا يسمح للقاضي رد الدعوى بحجة عدم الوصول للقانون واجب التطبيق بل لابد من تحديد قانون اخر يكون بديلا عن القانون واجب التطبيق في الاصل، ولا غرابة اذا قلنا ان البديل في الكثير من الاحيان يكون قانون القاضي نفسه باعتبار ان لهذا القانون دورا احتياطيا يمارسه كلما عجز القاضي عن الوصول للقانون الاجنبي واجب التطبيق. ويبدو جليا مرة اخرى، ان الذي جلب الاختصاص التشريعي لقانون القاضي هو الاختصاص القضائي.

كما يمكن ان يبرز العوق الذاتي في قواعد الاسناد التقليدية نتيجة التطور التكنولوجي الهائل في ميدان الاتصال والمواصلات، فالقاعدة التقليدية بشأن الالتزامات التعاقدية تشير الى تطبيق قانون محل ابرام العقد، وهو الضابط الاسنادي الاحتياطي الاخير في القاعدة بمعنى اذا لم نستطع الوصول الى القانون واجب التطبيق وفق هذا الضابط لكنا امام تعذر الوصول الى القانون الاجنبي واجب التطبيق مرة اخرى[56]، فلنتصور الان ان عقدا لبيع بضاعة تم عبر وسائل الاتصال الالكترونية كالفاكس والاميل وغيرها بين مشتري عراقي متوطن في الاردن وبائع صيني متوطن في الولايات المتحدة الامريكية، فمكان ابرام العقد افتراضي لعدم اتحاد مجلس العقد في مكان واحد وقت الابرام، علما ان هذا المكان في غاية الاهمية لانه يحدد لنا القانون واجب التطبيق على منازعات هكذا عقد، وقد يقول قائل ان القانون الاجنبي في هذه الحالة يمكن الوصول اليه عبر تطبيق نظريات تحديد مكان العقد في حالة التعاقد بين غائبين، وهذا صحيح مبدئيا حيث ان الراجح منها تشير ان مكان ابرام العقد هو مكان علم الموجب بالقبول[57]، ومع ذلك فان فرضية عدم الوصول الى القانون الاجنبي تبقى قائمة في حالة علم الموجب بالقبول على متن باخرة في عرض البحر او على متن طائرة محلقة في الاجواء الدولية، وهذا يعني اللجوء مرة اخرى الى الاحتياط المتمثل بقانون القاضي. ولنأخذ مثالا ثانيا، متعلقا بالمسؤولية المدنية الناشئة عن انتهاك الحق في السمعة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، ان قاعدة الاسناد المنطبقة في هذه الحالة هي القاعدة المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية والتي تشير، كما ذكرنا انفا، الى تطبيق قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، فالبنسبة للمثال المذكور يثور التساءل عن المقصود بالواقعة هل هو الفعل ام الضرر؟، لان الغالب في هكذا انتهاك ان يكون الفعل في دولة والضرر في دولة اخرى[58]، لا بل ان الفعل قد يكون افعالا متعددة ومرتكبة في دول متعدد كما لو تم التشهير بسمعة شخص نتيجة عبارة او مقالة كتبت في العراق وطبعت في الاردن ووضعت على مواقع التواصل الاجتماعي في فرنسا، فاي دولة من الدولة المذكورة وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام؟، وحتى اذا افترضنا ان المقصود بالواقعة هو الضرر فانه يحتمل ان يحدث في عشرات الدول لا بل في معظم دول العالم لاسيما اذا كنا امام تشهير بسمعة شخصية سياسية او فنية او رياضية مشهورة عالميا[59]، فكل دولة يكون فيها الشخص المنتهك سمعته معروفا لدى افراد لديهم اتصال بشبكة الانترنيت تكون دولة واقعة فيها الضرر المنشئ للمسؤولية المدنية عن انتهاك الحق في السمعة. وفي هذه الحالة، ستكون دولة القاضي من بين تلك الدول التي حدثت فيها الضرر ومن ثم يعطى الاختصاص لقانون القاضي ليس لانه افضل القوانين واكثرها ملائمة لحكم العلاقة وانما اختص بمناسبة الاختصاص القضائي، ولهذا نرى في مثل هذا النوع من الانتهاكات الحاصلة عبر وسائل الاعلام نوعا من

التسوق القانوني، فما على المدعي سوى اختيار المحكمة حتى يكون قانونها مختصا بالتطبيق نظرا لحدوث الضرر او نسبة من الضرر في دولة القاضي، فكأن المدعي يتفحص القوانين المتصلة بالعلاقة اولا ويختار منها ما يلبي ادعاءاته وهو اختيار مضمون الى درجة كبيرة من خلال اختيار المحكمة[60].

اما بشأن تعذر اثبات القانون الاجنبي، فمعروف ان الاثبات بحد ذاته اثار جدلا كبيرا في الفقه، فهل ان اثبات القانون الاجنبي مطلوب من الاطراف في الدعوى باعتبار ان القانون الاجنبي من عناصر الواقع في الدعوى وليس القانون وهو ما يؤدي الى نتيجة بسيطة تتمثل في عدم تطلب علم القاضي بالقانون الاجنبي؟، ام ان القانون الاجنبي لا يفقد صفته الرسمية بمجرد عبوره حدود السلطة التي اصدرته اي يبقى من عناصر القانون وهو ما يؤدي الى القول بافتراض علم القاضي بالقانون الاجنبي[61]. على اية حال، وايا كانت طبيعة القانون الاجنبي امام المحكمة الوطنية، فان الراجح هو تعاون اطراف الدعوى مع القاضي في اثبات القانون الاجنبي من خلال نصوص قانونية رسمية معترف بها في دولة القاضي ومترجمة بلغة القاضي، او حتى عبر مصنفات اكاديمية وفقهية كتبت في القانون الاجنبي[62]. ولكن احتمالية تعذر اثبات القانون الاجنبي تبقى قائمة رغم التوصية بتعاون اطراف الدعوى مع القاضي في اثبات القانون الاجنبي، ولو ان هذه الاحتمالية تضاءلت في الوقت الحاضر بحكم العولمة وسهولة التواصل بين الدولة اضافة الى قيام معظم الدول بابرام اتفاقيات تعاون قضائية وقانونية على الاقل على المستوى الاقليمي، كما تنحوا معظم الدول حاليا الى اتاحة تشريعاتها المهمة بلغة دولية كالانكليزية على شبكة الانترنيت، رغم ذلك لا نستطيع القول بمضمونية اثبات القانون الاجنبي في كل الاحوال، فاحتمال تعذر الاثبات تبقى قائمة كأن يكون القانون واجب التطبيق قانون دولة لا زالت نامية جدا بعيدة عن ركب العولمة، واذا طرحنا البديل في هكذا حالة فلاشك ان البديل هو العودة للاصل المتمثل بتطبيق قانون القاضي، مرة اخرى الذي جلب الاختصاص التشريعي لقانون القاضي في حال تعذر اثبات القانون الاجنبي هو انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

5. الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث، فاننا نزعم التوصل الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات والتي نجملها على النحو الاتي:

1.5 الاستنتاجات

- من حيث المبدأ يستقل كل من الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والاختصاص التشريعي عن بعضهما البعض، فلكل اختصاص قواعده الخاصة والتي تختلف بالضرورة عن بعضها، اذ على الاقل تكون قواعد الاختصاص التشريعي ذات طبيعة مزدوجة بينما يجب ان تكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي مفردة الجانب لا تحدد الا اختصاص المحاكم الوطنية. ومع ذلك، فان مجرد عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لدولة معينة حتى يؤثر ذلك وبشكل كبير في تحديد الاختصاص التشريعي وعادة ما يكون لصالح قانون المحكمة على حساب القوانين الاجنبية.
- ان الكثير من جوانب الاختصاص التشريعي في العلاقات الخاصة الدولية تحسم لصالح قانون المحكمة باعتبارها جوانب لا تنازعية او لا تقبل التنازع لحد الان، كاجراءات الدعوى والمرافعة والتنفيذ العيني الجبري وتدابير الامن المدني وهو اختصاص يبرره العديد من الاعتبارات، وبمناسبة عقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة تحسم جوانب اخرى من الاختصاص التشريعي لصالح قانون المحكمة اما اصالة وفق قاعدة الاسناد ذاتها او على وجه الاحتياط.
- يتأثر الاختصاص التشريعي في مرحلة التكييف بالاختصاص القضائي الدولي، فما ان ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة حتى يتولى قانون المحكمة ذاتها توصيف العلاقات المطروحة نزاعاتها امامها بالاوصاف القانونية المناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني في دولة المحكمة بغية تحديد قاعدة الاسناد المختصة ومن ثم القانون واجب التطبيق.
- ان الاخذ بالاحالة الى قانون المحكمة يؤدي الى توسيع نطاق تطبيق قانونه على حساب القوانين الاجنبية، ومرة اخرى الذي جلب الاختصاص التشريعي لقانون المحكمة هو الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.
- في معظم حالات استبعاد القانون الاجنبي لوجود مانع من موانع تطبيقه عادة ما يكون البديل عن النص او القانون الاجنبي المستبعد نص او قانون المحكمة ذاتها، فالذي يجلب الاختصاص التشريعي لقانون المحكمة في حالات استبعاد القانون الاجنبي واجب التطبيق وفق قاعدة الاسناد الوطنية هو الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

- قد يواجه القاضي الوطني في بعض قواعد الاسناد عوقا ذاتيا يتعذر معه الوصول الى القانون واجب التطبيق كما في قاعدتي الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، وعادة ما يكون الحل هو تطبيق قانون المحكمة، فالذي يجلب الاختصاص التشريعي لقانون المحكمة في مثل هذه الحالات هو الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.
- قد تشير احيانا قاعدة الاسناد الى اختصاص قانون اجنبي، ولكن يعجز القاضي رغم تعاون الاطراف في الدعوى عن اثبات مضمون ذلك القانون الاجنبي، ولكي لا تبقى العلاقة دون قانون ينظمها ويحكم نزاعاتها يكون البديل في هذه الحالة اللجوء الى قانون المحكمة، فالذي يجلب الاختصاص التشريعي لقانون المحكمة في حال تعذر اثبات القانون الاجنبي هو الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

2.5 التوصيات

- نوصي المشرع العراقي بتوسيع الاستثناء الوارد على القانون واجب التطبيق على التكييف، ليشمل بالاضافة الى اخضاع كون الشيء منقولا او عقارا لقانون محل وجوده اخضاع تكييف الوقائع المادية لقانون محل حدوثها، لان في ذلك موازنة بين اختصاص قانون القاضي والقانون الاجنبي في تكييف العلاقات الخاصة الدولية.
- نهيب بالمشرع العراقي تحديث قواعد تنازع القوانين العراقية، على نحو يعالج مواطن العوق الذاتي في بعض القواعد والتي يتعذر معها الوصول للقانون واجب التطبيق في بعض الحالات، لكي تبقى العلاقات الخاصة الدولية محكومة بالقانون الاكثر صلة بها وفق قواعد تنازع القوانين.
- نوصي القاضي العراقي عند النظر في منازعات القانون الدولي الخاص الوقوف على الحياد في الموازنة بين قانونه الوطني والقانون الاجنبي وان لا يميل كثيرا الى تطبيق القانون الوطني الا في الحالات التي يعقد له فيها الاختصاص وفق قواعد الاسناد الوطنية او في الحالات التي يتعذر فيها الوصول للقانون الاجنبي واجب التطبيق، وكل ذلك لاجل ان تحكم العلاقة القانونية بأكثر القوانين ملائمة وعدالة وفق نظريات تنازع القوانين.
- ندعو وزارة العدل العراقية ووزارة العدل في اقليم كوردستان-العراق الى الاهتمام باتاحة التشريعات الوطنية بلغة دولية (كترجمتها للغة الانكليزية) وان تكون متوفرة على شبكة الانترنيت، فقد تكون تشريعاتنا الوطنية واجبة التطبيق امام محكمة اجنبية وفقا لقواعد الاسناد في تلك الدولة، وما ان يتعذر على تلك المحكمة اثبات القانون العراقي حتى يتم حسم الدعوى في الغالب وفقا لقانون تلك المحكمة، والحال ان دعاوى العراقيين امام المحاكم الاجنبية ليست بالعدد القليل بحكم تواجد الملايين من العراقيين في الخارج.

6. المراجع

1.6 الكتب

1. د. احمد عبدالكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
2. د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، 2002.
3. بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،2008.
4. د. جابر جاد عبدالرحمن ، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
5. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009.
6. د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
7. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1974.
8. د. حسن محمد الهداوي ود. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1988.
9. د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة،2010.
10. د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992.
11. د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
12. د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009.
13. د.. سعيد عبدالكريم مبارك، اصول القانون، ط1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.

14. د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

15. د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.

16. د. عكاشة محمد عبدالعال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1986.

17. د. محمد وليد خالد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

18. د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.

19. د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ط1، ج1، تنازع القوانين،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

2.6 البحوث والرسائل الجامعية

1. خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، 2012.

2. سەنگەر علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي واحكامه في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كويه، 2008.

3. د. عبدالله فاضل حامد، تنازع الاختصاص القضائي في دعوى انتهاك الحقوق اللصيقة بالشخصية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية الصادرة عن جامعة السليمانية، السنة الخامسة، العدد التاسع، حزيران 2017.

4. د. عبدالله فاضل حامد، تنازع القوانين في انتهاكات حقوق الشخصية عبر وسائل الاعلام، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق الصادرة عن كلية القانون في جامعة كربلاء، السنة التاسعة، العدد الثالث، 2017.

5. د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة في جامعة البصرة، العدد الخامس، البصرة، حزيران 1971.

3.6 القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951.

2. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لعام1969.

3. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لعام 1969.

4. قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984.

7. هوامش

([1]) ينظر في ذلك د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص623.

([2]) في الطبيعة القانونية لنظام التحكيم التجاري الدولي ينظر د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة،2010، ص13.

([3]) ينظر في ذلك د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص73.

([4]) د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص464.

([5]) ينظرالمادتين (14-15) من القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951.

([6]) د. حسن محمد الهداوي ود. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1988،ص230.

([7]) في خصائص قاعدة الاختصاص القضائي الدولي واختلافها عن قاعدة الاختصاص التشريعي ينظر د. عزالدين عبدالله، مرجع سابق، ص610. وكذلك سەنگەر علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي واحكامه في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كويه، 2008، ص20-23.

([8]) ينظر بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،2008، ص265.

([9]) ينظر في ظابط الاختصاص القضائي المكاني في القانون الداخلي المواد (36) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لعام1969. وفي الفقه ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص247.

([10]) للمزيد من التفاصيل راجع المرجع نفسه، ص247.

([11]) ينظر المادة (37) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([12]) في انتقاد اقامة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية على مجرد وجود المدعى عليه الاجنبي في العراق د. عبدالله فاضل حامد، تنازع الاختصاص القضائي في دعوى انتهاك الحقوق اللصيقة بالشخصية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية الصادرة عن جامعة السليمانية، السنة الخامسة، العدد التاسع، حزيران 2017، ص60.

([13]) في التفاصيل ينظر د. عكاشة محمد عبدالعال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص112.

([14]) ينظر د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، 2002، ص466.

([15]) ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص249.

([16]) في طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم ومدى تعلقها بالنظام العام ينظر د. احمد عبدالكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص136.

([17]) ينظر في ذلك سەنگەر علي رسول، مرجع سابق، ص23.

([18]) وما يدل على ضعف درجة الارتباط بين الدعوى واختصاص المحكمة المؤسس على جنسية المدعى عليه ان قوانين واتفاقيات حديثة ترفض الاستناد على جنسية احد الاطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم كمجلة القانون الدولي الخاص التونسية لعام 1998 واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983 وقوانين معظم الدول الاوربية بعد نفاذ تنظيم بروكسل بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية لعام 2012،

ويلاحظ على القوانين والاتفاقيات الاخيرة انها احدث في تاريخ اصدارها بالنسبة للقوانين التي اخذت بالجنسية كضابط في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وببساطة يفهم من ذلك ان الاتجاه التشريعي الحديث هو نحو التخلي عن مثل هذا الضابط. وفي كل الاحوال، فان الاختلاف بين القوانين في اعتماد الجنسية كضابط في تحديد الاختصاص القضائي الدولي انما يعبر عن ضعف درجة الارتباط التي توفرها الجنسية بين المحكمة والدعوى المشوبة بعنصر اجنبي وهو ما تراه بعض القوانين بانه غير مؤهل لمنح الاختصاص القضائي بموجبه. ينظر نظر د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص53. وكذلك د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مرجع سابق، ص449.

([19]) د. عزالدين عبدالله، مرجع سابق، ص608. وكذلك د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص231.

([20]) في عنصر حماية الحق ينظر د.. سعيد عبدالكريم مبارك، اصول القانون، ط1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص355.

([21]) عادة ما تتعدد مصادر القانون الخاص لاسيما القانون المدني بل يصل الامر الى تقسيم المصادر الى فئات منها رسمية ومنها غير رسمية كالفقه والقضاء، وهذا كله بخلاف بعض فروع القانون العام كالقانون الجنائي الذي لا يكون مصدره الا النص التشريعي مراعاة للمبدا الحاكم في هذا الشأن الا وهو مبدأ ((لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)).

([22]) ينظر المواد (6-13) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لعام 1969.

([23]) يرى جانب من الفقه ان قواعد الاجراءات تنتمي بطبيعتها الى القانون العام والذي يكون اقليميا او بعبارة اخرى يتلازم بشأنه الاختصاصين القضائي والتشريعي، كما يرى جانب اخر من الفقه ان القواعد الاجرائية هي من قواعد الامن المدني "قواعد البوليس" او القواعد ذات التطبيق الضروري. ينظر في ذلك د.احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مرجع سابق، ص512. وعلى اية حال، فان المادة (28) من القانون المدني العراقي حسمت هذا المسألة عبر اخضاع اجراءات الدعوى للقانون العراقي اذ نصت على انه ((قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات)).

([24]) د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص233.

([25]) ينظر المادة (31) من القانون المدني العراقي.

([26]) ترجع الاصول النظرية لقواعد تنازع القوانين الى نظرية الفقيه الالماني "سافيني" والذي يزعم ان لكل علاقة موطن وان اكثر القوانين ملائمة في حكم العلاقة هو قانون موطن العلاقة، ولاجل معرفة موطن كل علاقة ينبغي تركيزها مكانيا عبر العنصر الاساس فيها كالاطراف او المحل او السبب. ينظر خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، 2012، ص23.

([27]) ينظر د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص7.

([28]) ينظر د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص78.

([29]) في اهمية التكييف في القانون الدولي الخاص ينظر د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مرجع سابق، ص126.

([30]) ينظر د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص129.

([31]) والدليل على ذلك ان المشرع العراقي اورد في نهاية نصوص تنازع القوانين نصا احال فيه القاضي الى مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا كلما عرضت عليه مسألة لم يرد بشانها نص، ينظر نص المادة (30) من القانون المدني العراقي.

([32]) في تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص ينظر د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص65.

([33]) عرضت هذه المسألة على القضاء الفرنسي وهي تتعلق بادعاء زوجة مالطية امام محكمة جزائرية ان لها حقا على عقارات زوجها المالطي الجنسية ايضا وهي عقارات كائنة في الجزائر، وهو حق مقرر لها بمقتضى القانون المالطي ويعرف بنصيب الزوج المحتاج. ينظر في التفاصيل المرجع نفسه، ص67-68.

([34]) ينظر د. عزالدين عبدالله، مرجع سابق، ص581.

([35]) محل التكييف هو العلاقات القانونية المعروضة امام القضاء ينظر د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص129 وما بعدها.

([36]) في نظرية القانون المقارن ينظر د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص72-75.

([37]) في هذه النظرية ينظر د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1974، ص66-68.

([38]) ينظر في حجج نظرية قانون القاضي د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص95.

([39]) يقصد بالانفصال الجسماني انتفاء العيش المشترك بين الزوجين مع بقاء الرابطة الزوجية وهو نظام معمول به في القوانين الغربية.

([40]) الحضانة في القانون العراقي لا يوجد بشأنها قاعد اسناد خاصة وبالتالي اذا اثيرت منازعة متعلقة بالحضانة بين اجنبين فانه يلزم تكييفها على النحو المذكور في المتن فهي اما تعد من اثار الزواج او من اثار الطلاق ولو ان الاخير اقرب الى الصحة. في مثال مشابه لما ذكر ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص63.

([41]) ينظر في طبيعة مشكلة الاحالة ينظر د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابقن ص119.

([42]) في قضية قضائية مماثلة لما مذكور في المتن امام القضاء العراقي ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص74.

([43]) باتت هذه القضية معروفة في فقه القانون الدولي الخاص باسم (قضية فوركو) وهو شخص بافاري مجهول الاب قدم الى فرنسا منذ ان كان عمره 5 سنوات مع والدته، وقد توفي في فرنسا عن عمر يناهز 68 سنة وترك اموالا منقولة في فرنسا، فطالب اخوته الحواشي بتركته امام القضاء الفرنسي. ينظر في تفاصيل القضية ينظر د. جابر جاد عبدالرحمن ، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص617-618.

([44]) ينظر في حجج انصار نظرية الاحالة ينظر د. جابر جاد عبدالرحمن، مرجع سابق، ص620.

([45]) ينظرفي حجج معارضي الاخذ بالاحالة ينظر المرجع نفسه، ص627.

([46]) ينظر د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مرجع السابق، ص163.

([47]) ينظر في ذلك خليل ابراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص16.

([48]) يقصد بالنظام العام في اطار القانون الدولي الخاص باستبعاد القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة التنازع الوطنية متى ما تبيّن له ان هذا القانون يتضمن احكاما تخالف المفاهيم الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع الدولة التي ينتمي اليها القاضي. للمزيد من التفصيل ينظر د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة في جامعة البصرة، العدد الخامس، البصرة، حزيران 1971، ص112.

([49]) في الاصل يقتصر الاستبعاد الحكم الاجنبي المخالف للقانون الوطني فقد بمعنى يكون الاستبعاد جزئيا الا اذا كانت الفكرة او العلاقة القانونية غير معترف بها في دولة القاضي كليا حينها يكون الاستبعاد كليا للقانون الاجنبي رغم اعترافه بالعلاقة القانونية. ينظر في ذلك د. هشام علي صادق،

المطول في القانون الدولي الخاص، ط1، ج1، تنازع القوانين،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص440.

([50]) ينظر حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص499.

([51]) يقصد بالمصلحة الوطنية كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي اعتبار الاجنبي كامل الاهلية متى ما دخل في تعامل مالي داخل الدولة حتى اذا كان ناقص الاهلية وفق قانونه الشخصي، ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص96.

([52]) الغش نحو القانون هو تغيير ارادي لضابط الاسناد الذي يقبل التغيير كالجنسية والموطن ومحل وجود المنقول يترتب عليه تغيير القانون واجب التطبيق ينظر في ذلك د. محمد وليد خالد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص274.

([53]) ينظر في القانون واجب التطبيق بعد الدفع بالغش نحو القانون د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص307-320.

([54]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص442.

([55]) في تفاصيل القاعدة المذكورة ومبرراتها ينظر د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص543.

([56]) ينظر د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص153.

([57]) تنص المادة (87) من القانون المدني العراقي على انه (1– يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيها).

([58]) ينظر في تفسير كلمة (الواقعة) في المادة 27 د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص161.

([59]) ينظر د. عبدالله فاضل حامد، تنازع القوانين في انتهاكات حقوق الشخصية عبر وسائل الاعلام، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق الصادرة عن كلية القانون في جامعة كربلاء، السنة التاسعة، العدد الثالث، 2017، ص200.

([60]) ينظر في اشكاليات القانون واجب التطبيق على المسؤولية الناشئة عن انتهاك حقوق الشخصية عبر وسائل الاعلام د. عبدالله فاضل حامد، تنازع القوانين في انتهاكات حقوق الشخصية عبر وسائل الاعلام، مرجع سابق، ص198-203.

([61]) ينظر في طبيعة القانون الاجنبي امام القضاء الوطني د. محمد وليد خالد، مرجع سابق، ص230.

([62]) ينظر في اثبات القانون الاجنبي عبر مصنفات اكاديمية امام القضاء الفرنسي د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص440.