مدى تأثر الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي في نطاق المنهج الغائي

أ.د. صالح مهدي كحيط الباحثة/ زينب كاظم مسلم

معهد العلمين للدراسات العليا

https://doi.org/10.61353/ma.0100117

تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٩/١١ تاريخ قبول البحث ٢٠٢١/١٠/٣٠ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/٩/٣٠

إن وقوع أي نزاع في مجال العلاقات الخاصة الدولية يتطلب من القاضي المعروض عليه النزاع أن يبت في مسألة اولية هامة تتعلق بمدى اختصاص محاكمه بالنزاع ازاء غيرها من المحاكم الاجنبية، من خلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي". ولأهمية هذه القواعد في مجال القانون الدولي الخاص ومالها من أثر كبير على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن بعدها تكشف الحل النهائي للنزاع ,لأن قواعد الإسناد ليست موحدة في جميع الدول بل أن كل دولة تضع هذه القواعد مستندةً الى معايير معينة يحددها مشرعها ، ولان أي نزاع يعرض أول الامر على القاضي الوطني بالتالي فإن تحديد المحكمة المختصة حسب قواعد الاختصاص سيؤدي بالنتيجة الى تحديد الحل النهائي للنزاع. أي أن لقواعد الاسناد تأثيراً على تحديد الاختصاص القضائي الدولي" , "ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق وصولاً الى الحل النهائي للنزاع.

The occurrence of any dispute in the field of international private relations requires the judge before the dispute to decide on an important preliminary issue related to the extent of the jurisdiction of the dispute's trial in relation to other foreign courts through the rules of international jurisdiction." The importance of these rules in the field of private international law and its impact Great on the issue of determining the applicable law, and then revealing the final solution to the conflict, because the rules of attribution are not uniform in all countries, but rather that each country sets these rules based on certain criteria determined by its legislator, and because any dispute is first presented to the national judge, therefore, determining the competent court according to As a result, the rules of jurisdiction will lead to the determination of the final solution to the dispute. In the sense that the rules of attribution have an impact on the determination of international jurisdiction.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي، القانون الدولي، الاختصاص التشريعي.

المقدمة

تختص كل دولة بوضع قواعد القانون الدولي الخاص لمحاكمها في إطار المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تتضمن قواعد الاختصاص التشريعي وقواعد الاختصاص القضائي الدولي ,ولأن قواعد الاختصاص التشريعي تحدد القانون الواجب التطبيق فيما تحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي المحكمة المختصة للنظر بالنزاع وبحسبان أن المشكلة الأولى التي تواجه أي نزاع ذي علاقة خاصة دولية هي تحديد المحكمة المختصة, بالتالي إن تحديد المحكمة المختصة سيترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق والحل النهائي للنزاع لأن هذه القواعد تختلف من دولة إلى أخرى بمعنى أن الحل النهائي للنزاع يعتمد على قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وللوقوف على كل هذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخوض في المطلب الأول في التكييف ونتعرض في المطلب الثاني الى الإحالة .

أهمية البحث

تتمثل أهمية دراسة البحث في استثمارها للفكر القانوني, من خلال الابتعاد عن الفهم التقليدي والمجرد لوظيفة قواعد القانون الدولي الخاص سواء قواعد الاختصاص القضائي الدولي أم قواعد الاسناد والمترسخ في معظم النصوص القانونية والتشريعية المختلفة, بل انه يرتكز الى غاية ووظيفة هذه القواعد

أشكالية البحث"

السؤال الذي يطرح هنا هل بإمكان القاضي الوطني إذا ما كان تكييفه للقضية المعروضة أمامه واعطاؤها الوصف القانوني لها وحسب قانونه الوطني لا يحقق العدالة المادية لأطراف العلاقة التخلي عن اختصاصه لصالح قضاء أجنبي يكون قانونه أكثر ملائمة وضماناً لحقوق وتوقعات الأطراف المشروعة في تكييفه لهذه العلاقة ...كذلك في حالة امكانية اعطاء السلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع إذا ما قام بتعيين القانون الواجب التطبيق ووجد أن هذا القانون يحيله الى قانون دولة أخرى، إلا أن مشرع القاضي يمنعه من الأخذ بالإحالة ما يدفع القاضي الى التخلي عن اختصاصه بنظر النزاع حتى يتنسى الوصول الى النتيجة المطلوبة .

منهجية البحث

إن دراسة مثل هذا الموضوع بحاجة الى منهج علمي لضبط البنية التحتية له، ونحن اخترنا أن يكون المنهج لهذا البحث تحليلي مقارن , حيث اخترنا المنهج المقارن لأننا قصدنا تشريعات متعددة تنتمي الى نظم قانونية مختلفة، وليس نظاماً قانونياً واحداً من أجل العثور على الغطاء التشريعي لهذا المنهج .

تقسيم البحث

بالإشارة الى ما سبق ذكره من أسباب اختيار موضوع البحث وأهميته والمنهج الذي تم اتباعه في كتابته, وللوقوف على كل ذلك سنقسم البحث على مطلبين نخوض في المطلب الأول بالتكييف ومدى تأثير

الاختصاص القضائي الدولي على تغيير الوصف القانوني للنزاع، وبالتالي تحديد الحل النهائي له ونتطرق في المطلب الثاني الى الإحالة ومدى تأثير الاختصاص القضائي الدولي في الاخذ بالإحالة من عدمه على الحل النهائي للنزاع .

المطلب الأول

التكييف

نظراً لتقارب الاعتبارات التي يسعى كل من الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي الى تحقيقها حيث أن اعتبارات تحديد المحكمة المختصة للنظر بالنزاع المشوب بعنصر أجنبي هي تحقيق مبدأ النفاذ والفعالية وحماية توقعات الاطراف المشروعة، وهي اعتبارات تراعي مصلحة طرفي النزاع لأن تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ما يكون المقصود منه أن تلك المحكمة هي الاقدر والأكثر ملائمة على النظر بالنزاع المطروح , في حين اعتبارات الاختصاص التشريعي تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع بوصفه القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع المطروح .. [١]

ولأن التشريعات [٢] قد أخضعت التكييف لقانون القاضي , ولاختلاف القوانين والتشريعات في الدول المختلفة في تحديد الوصف القانوني لأي مسألة بسبب ذاتية تكييفات كل نظام قانوني والمفاهيم السائدة فيه يجعل تصرفاً واحداً محلاً لعدة تكييفات مختلفة، فمثلا ما يعتبر من الشكل في بلد قد يعتبر من الأهلية في بلد آخر , فاذا كيف القاضي علاقة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً بوصفها من مسائل الأحوال الشخصية وإخضاعها لقانون الجنسية أو الموطن في حين قد يقوم قاضي آخر لمحكمة دولة أخرى بتكييف ذات العلاقة بوصفها من المسائل المالية أو الأحوال العينية وإخضاعها لقانون موقع المال ,وبالتالي الحصول على حكم قضائي قد لا يضمن حماية الحقوق المشروعة لأطراف النزاع وبعيد عن تحقيق العدالة المادية، وهذا ما لا نروم الوصول اليه في تطبيق المنهج الغائي .. [٣]

ولابد لنا ونحن نتعرض الى اهمية التكييف في تحقيق هذه الاهداف ان نقف قليلا للتعريف بالتكييف , فقد عرفه بعض الفقه [٤] بأنه عمليه تحديد الوصف القانوني او الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية , واذا ما اشرنا الى المادة الثالثة من قانون الاثبات العراقي التي تنص على (الزام القاضي باتباع التفسير المرن والمتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) , ولان التكييف هو تفسير القانون لان القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف..[٥] , وباعتبار أن واجب القاضي اعمال تحقيق وظيفة قواعد القانون الدولي الخاص، لأن المناط هنا هو تحقيق الأثر الذي تؤديه القواعد , ولكونه يهتم بالنتائج وليس التفسير الحرفي للنصوص القانونية , وهذا هو جوهر المنهج الغائي وعدم تطبيقه بهذه الكيفية فيه خروج على الدور الوظيفي المطلوب لقواعد القانون الطولي الخاص .. [٦]

يتضح لنا من هذا النص التشريعي وما تطرق اليه الفقه من تعاريف للتكييف واستناداً الى قواعد القانون الدولي الخاص المعتمدة من قبل مشرع كل دولة, وكأن المشرع ألزم القاضي باتباع التفسير المرن والمتطور لجميع القواعد القانونية بما فيها قواعد الاختصاص القضائي الدولي والقواعد القانونية الخاصة بالتكييف , بمعنى انه تخويل للقاضي الذي يعرض عليه النزاع ليقوم بتحليل ودراسة النصوص القانونية وفقاً لروح القانون وغاية المشرع عند وضعه لهذه النصوص، وليس تطبيقاً جامداً لنصوصه وصولاً الى تحقيق غايات وأهداف القانون الدولي الخاص في الحصول, على حكم قضائي يضمن حماية التوقعات المشروعة لأطراف النزاع ويحقق العدالة المادية ..

ولأهمية التكييف باعتباره ضرورة أولية لا يمكن الوصول الى تطبيق قاعدة الاسناد للتعرف على القانون المختص بحل النزاع دون المرور به لتحديد الوصف القانوني للواقعة محل النزاع ليتم بعدها إدراجها ضمن طائفة محددة من التصرفات التي تحكمها لا قاعدة اسناد خاصة وصولاً الى حل نهائي للنزاع يحقق العدالة لأطراف العلاقة [٧]

بالتالي السؤال الذي يطرح هنا هل بإمكان القاضي الوطني إذا ما كان تكييفه للقضية المعروضة أمامه واعطاؤها الوصف القانوني لها، وحسب قانونه الوطني لا يحقق العدالة المادية لأطراف العلاقة التخلي عن اختصاصه لصالح قضاء أجنبي يكون قانونه أكثر ملائمة وضماناً لحقوق وتوقعات الأطراف المشروعة في تكييفه لهذه العلاقة ...

ولوجود الاختلاف في التكييفات التقليدية التي يمكن أن ندرجها بالشكل الآتي [8]

_ في بعض الدول مثل فرنسا يكيف التقادم بمرور الزمن على أنها مسألة أصولية تخضع للقانون الفرنسي ، في حين بعض الدول الأوربية تكيفها على أنها مسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس النزاع.

-دعوى إثبات نسب المولود من زواج غير شرعي تكيف في بعض القوانين على أساس الفعل غير المشروع الذي يخضع لقانون وقوع الفعل، بينما تكيفها قوانين أخرى على أنها من الحقوق العائلية التي تخضع لقانون الجنسية.

-يكيف التعويض عن فسخ الخطبة في بعض القوانين على أساس المسؤولية التقصيرية و يخضع لقانون وقوع الفعل الضار ، بينما يكيف في قوانين أخرى من الحقوق العائلية التي تخضع لقانون الجنسية.

-الحضانة تكيف في بعض القوانين على أنها من آثار الزواج و تخضع لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء عقد الزواج ، بينما تكيفها قوانين أخرى على أنها من آثار الطلاق و تخضعها لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء رفع دعوى الطلاق، في حين تكييفها قوانين أخرى على أنها من الولاية على النفس و تخضعها لقانون من تجب حمايته أي قانون جنسية المحضون .

وللإجابة عن إشكاليتنا بهذا الصدد ولأن معظم التشريعات ومنها التشريعات محل المقارنة[9] نصت صراحة على أن الأموال تخضع في تكييفها إلى منقول أو عقار لقانون المكان الذي يوجد فيه المال، و لا يخضع لقانون

القاضي المعروض أمامه النزاع ، أما فيما يخص المنقولات فإنها تخضع لقانون البلد الذي توجد به وقت تحقيق السبب . و يجد هذا الاستثناء مبرراته في أن كل دولة تهدف إلى حماية ثروتها، و لاسيما العقارية، فالمسألة إذن تتعلق بالنظام العام، ثم إن تطبيق قانون موقع المال يكون أصلح و أدق للتمييز بين ما هو منقول و ما هو عقار[١٠], عليه يمكننا القول من خلال الأمثلة السالفة أن تحديد القانون الذي يحكم النزاع يختلف باختلاف القانون الذي يحكم التكييف، و عليه فإنه من الضروري تحديد المحكمة التي يكون قانونها أكثر ملائمة وإنصافاً في إعطاء الوصف القانوني للعلاقة تحقيقاً لأهداف القانون الدولي الخاص، وضماناً لتوقعات الأطراف المشروعة , من ثم فإن الاولى لمشرع أي دولة أن يضع نصب عينه في حالة لو كان تكييف العلاقة القانونية ضمن قانونه الوطني، واعطاءها الوصف القانوني الخاص بها تمهيداً لتطبيق قاعدة الإسناد للتعرف على القانون المختص بحل النزاع لا يحقق العدالة المادية ولا يضمن حماية توقعات الأطراف المشروعة، أن يستثني هذه الحالات من خضوعها لقانونه وفسح المجال لقاضي النزاع لاختيار محاكم دولة يسمح تكييفها بإعطاء الوصف القانوني للعلاقة بما يضمن تحقيق هذه الأهداف .

ونؤكد ما أشارت اليه الاتفاقيات الدولية [١١] التي نصت على مبدأ الثقة المتبادلة بين محاكم الدول المختلفة والتي تتضمن صلاحية الاحكام الصادرة ضمن اقاليم الدول ذات التبادل التجاري الحر، والاعتراف بهذه الاحكام في كافة اقاليم هذه الدول, وان من الأفضل منع نشوء تنازع التكييفات والقرارات الدولية بدلا من البحث عن حلها" .

هذا التوجيه يجب أن يحفز القاضي الوطني عن التخلي عن اختصاصه للنظر في القضية المعروضة أمامه إذا كان في هذا التخلي حلا لتنازع التكييف بين القوانين للدول المختلفة وإن اختيار أي المحاكم هي الأفضل في قوانينها لحل النزاع, باعتبار أن الاختيار الأسرع هو الجدير بالتفضيل على الاختيار المتأخر إذ يكون من غير المعقول إعطاء الحق للاختيار المتأخر مما يؤدي الى تشجيع تنازع التكييفات والاجراءات والقوانين الذي يجري العمل على تفاديه من خلال تطبيق المنهج الغائي ..[١٢]

ولأن التكييف يمكن تشبيهه بمهمة الطبيب في تشخيص المرض ,

مثلا عند شعور المريض بألم ما في بطنه فإن الطبيب يستعمل كل الوسائل المساعدة من أشعه وتحاليل وغيرها ليتوصل الى تشخيص المرض على أنه التهاب في المعدة او القولون الداخلي او غير ذلك من الأمراض وكل منها له علاجه الخاص من ثم لابد بداية من معرفة المرض وتشخيصه ومن ثم علاجه ..[١٣]

وهو يأتي كمرحلة أولية وضرورية قبل الاسناد، ولاختلاف التشريعات في وصف التصرفات القانونية هو الذي اكسب التكييف أهميته في مجال العلاقات القانونية الخاصة ,وهذه الأهمية في مجال القانون الدولي الخاص مستمدة من خصوصية وذاتية القواعد القانونية التي يستخدمها هذا القانون بمعنى نقل مسألة التكييف الى المجال الدولي اكسبها طابعاً خاصاً لأنها تلعب دوراً أكبر في الطريق الى تحديد القانون الواجب التطبيق، وصولاً

الى الحصول على الحكم القضائي القابل للتنفيذ، والذي يحافظ على حقوق الأطراف المشروعة كونها تمثل غاية وأهداف القانون الدولي الخاص .[١٤]

وبحسبان ان بعض التشريعات[١٥] والتي تشير الى ان قواعد العدل تقضي بإتاحة المجال لقاضي النزاع في ان يختار انسب القواعد القانونية لحكم العلاقة القانونية دون التقيد بالتطبيق الجامد للقواعد . .

ونشير الى ما ذكره جانب من الفقه [١٦] ان المنهج الغائي هو المنهج السليم في التعامل مع قواعد القانون الدولي الخاص، فالقاضي لابد له من القيام بتحليل العلاقة القانونية لمعرفة خصائصها، والوقوف عل غاية قواعد القانون الدولي الخاص، ومراعاة مبدأ حماية الحقوق المشروعة والمساواة، لأنها تعد من أهداف القانون، ولأن مبدأ المساواة ليس مقصوداً لذاته بقدر ما يكون المشرع أراد من خلاله أن يضمن العدالة المادية والحصول على الحقوق والتمتع بالمراكز القانونية ,وقد لا يتحقق هذا الغرض من خلال تطبيق قواعد قانونية جامدة، بالتالي ليس هناك ضير بل على العكس تماما على القاضي إذا ما عرض عليه نزاع أن يكون حريصاً على تحقيق روح القانون بما يحقق المصلحة المتبادلة لاطراف العلاقة ..

تأسيساً على ما تقدم نعتقد ان على القاضي المعروض عليه النزاع أن يكون حريصا على تحقيق روح القانون عند تكييف أي علاقة قانونية واعطاءها الوصف القانوني لما يحقق المصلحة المتبادلة لأطراف العلاقة وتحقيق وظيفة قواعد القانون الدولي الخاص دون مخالفتها حتى اذا ما اضطر الى التخلي عن اختصاصه لصالح محاكم دولة اخرى يكون قانونها أكثر إنصافاً في تكييفه لهذه العلاقة تحقيقاً لغايات وأهداف القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني

الإحالة

إن الأخذ بالمنهج الغائي في إطار القانون الدولي الخاص أصبح مطلبا واقعيا ومنطقيا وعالميا، لأنه بغير تطبيق المنهج الغائي سيكون تحليل قواعد الاسناد ومنها الإحالة تحليلا تقليديا جامدا, لا يأتي بنتائج عملية مرجوة في مواجهة التطورات التي تعيشها العلاقات الدولية الخاصة باعتبار أن الحالة لم تعد مجرد عمليه تخصصيه لاختيار القانون الواجب التطبيق فقط حسب القواعد المعتمدة للنظم القانونية للدول المختلفة, بل باتت تمثل عملية تعيين القانون الاكثر والانسب لفض النزاع المشوب بعنصر أجنبي في اطار تحليل الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الإحالة وتأثرها بالاختصاص القضائي الدولي، ومن ثم الحل النهائي للنزاع ,وصولاً الى الحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية توقعات الأطراف المشروعة ..[١٧].

ولاختلاف النتائج التي قد يؤدي اليها الأخذ بالإحالة من عدمه لابد من أن ننتقل من المفهوم المجرد للإحالة الى المفهوم الغائي لها تحقيقاً للوصول الى حكم قضائي يضمن حماية التوقعات المشروعة للأفراد من خلال تحقيقه للعدالة المادية التي نروم الوصول اليها .[١٨]

ولأننا هنا بصدد بيان تأثر الاختصاص القضائي الدولي بالأخذ بالإحالة من عدمه لابد لنا من التعرض ولو قليلا للتعريف بالإحالة في مجال القانون الدولي الخاص . حيث عرفها الفقه بأنها تخلي القانون الاجنبي المختص عن اختصاصه الى قانون القاضي أو الى أي قانون أجنبي آخر .[١٩]

ولكون التشريعات محل المقارنة [٢٠]كانت لها مواقف مختلفة من الاحالة .في نتيجتها وباعتمادها التطبيق الجامد لها لم تؤخذ بغاية ووظيفة الإحالة .

نجد من جانب آخر إن بعض التشريعات [٢١]. بمعنى أنها أخذت بغاية قاعدة الاسناد ووظيفتها وصولاً الى تحقيق أهدافها ونظرت الى مسألة التنازع هي مسألة أساسية وليست ثانوية, بالتالي إن تحقيق غاية هذه المسألة ووظيفتها تتمثل بضمان حماية الأفراد في العلاقة القانونية الخاصة الدولية وتحقيق العدالة المادية. وبالتالي في حالة امكانية إعطاء السلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع إذا ما قام بتعيين القانون الواجب التطبيق، ووجد أن هذا القانون يحيله الى قانون دولة أخرى إلا أن مشرع القاضي يمنعه من الأخذ بالاحالة ما يدفع القاضي الى التخلي عن اختصاصه بنظر النزاع حتى يتنسى الوصول النتيجة المطلوبة .

فلو افترضنا أن مواطنا عراقياً يحمل جنسية دولة ثانية تأخذ بنظام الإحالة ومتوطن في دولة ثالثة قوانينها تعتبر الشخص البالغ من أتم ٢١ سنه من عمره وعندها يحق له القيام بالتصرفات القانونية , استغله شخص آخر لصغر سنه وعدم درايته بالتصرفات القانونية وأبرم معه عقداً بمبالغ كبيرة وعندما حدث نزاع بينهم ولم يستطع هذا الشاب التنفيذ؛ رفع الشخص الثاني دعوى عليه أمام المحاكم العراقية استنادا الى نص المادة ١٤ من القانون المدني العراقي والتي تعقد الاختصاص للمحاكم العراقية اذا ما كان الشخص عراقياً , وعندما عرض النزاع امام القاضي الوطني وبعد تحليله ودراسته لتفاصيل القضية ,كانت وجهة نظر القاضي ان العراقي لم تكن له دراية كافية بهذا العقد، وانه اذا ما طبق قانونه ، الذي تشير قواعد الاسناد فيه في حالة الأهلية الى تطبيق قانون الجنسية بمعنى قانونه والذي يعتبر الشخص كامل الاهلية اذا بلغ الثامنة عشر من عمره استناداً الى المادة ١٠٦ التى تنص على (سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة),وبالتالي فإن الشاب العراقي سوف يكون مطالبا بتنفيذ العقد , أما اذا أخذ بقانون جنسية الدولة الثانية والتي يحملها المواطن, ولان قواعد الاسناد في قوانينها في حالة الاهلية تأخذ بالإحالة لقانون الموطن وليس الجنسية بمعنى أنها تحيل الدعوى الى موطن الشخص ولأنه متوطن في دولة ثالثة قوانينها تعد الشخص بالغاً متى ما أتم ٢١ سنة من عمره فإنه لن يكون ملزماً بتنفيذ العقد كونه ناقص الأهلية ,لكن المشكلة هنا ان قانون القاضي لا يأخذ بالإحالة بالتالي فإن القاضي الوطني سيجد نفسه مقيداً وملزماً بتطبيق قانونه، وإلزام الشاب بتنفيذ العقد رغم علمه بأن ذلك سوف يسبب ظلماً وهدراً لحقوق هذا الشخص , بالتالي لو كان للقاضي السلطة التقديرية في اختيار المحاكم الأكثر ملائمة للنظر بالدعوى كان بإمكانه التخلى عن اختصاصه لصالح محاكم الدولة التي تأخذ قوانينها بالإحالة حمايةً للطرف الضعيف تحقيقاً لوظيفه قواعد القانون الدولي الخاص, وهذا هو جوهر المنهج الغائي

ان تمنح للقاضي السلطة التقديرية لاختيار انسب المحاكم للنظر بالنزاع ضماناً لتوقعات الاطراف وتحقيقاً للعدالة المادية .

وفي ظل التطورات التي لحقت بقواعد القانون الدولي الخاص وتوجه الفقه للمطالبة بإعمال العدالة المادية كبديل ضروري للعدالة الشكلية أصبح الاخذ بالاحالة او رفضها, وبالتالي الموقف منها يستند الى منهج معياري رائدة ما يحققه الموقف منها من منافع ونتائج عمليه لأطراف العلاقة والدعوى [٢٢]. بمعنى ان مسألة الاخذ بقواعد الاسناد ومنها قبول أو رفض الإحالة لا يمكن ان تتقرر بناء على أفكار عامة ذات طابع نظري بحت ومطلق وانما يجب ان تتقرر استناداً الى الوظيفة التي يمكن للاحالة أن تقوم بها من خلال ربط الاحالة بمسألة أخرى هي مسألة الغاية من قواعد القانون الدولي الخاص، والوظيفة التي تؤديها وصولا الي الحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية حقوق الاطراف المشروعة وهذا هو جوهر المنهج الغائي .

وهذا يبين تأثر الاختصاص القضائي بالإحالة حيث ان على المشرع ان يأخذ بالاسناد الاجمالى, بمعنى اذا ما اشارت قاعدة الاسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ بالأخذ بالقواعد المادية والاسناد فيه على حد سواء، ويتعين على القاضي الوطني عندها أن يختار اي القواعد في القانون الأجنبي التي ستعطي حلاً نهائياً عادلاً وصريحاً للنزاع .[٢٣]

ولأن الإحالة اصبحت أداة فنية ذات طابع وظيفي؛ فهي وسيلة من وسائل السياسة التشريعية يلجأ اليها المشرع او القاضي على حد سواء اذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معين لتحقيق أهداف متنوعة , فقد تستخدم بهدف تحقيق وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها، وقد تستخدم من اجل تفادي صدور احكام غير قابلة للاعتراف بها او تنفيذها وقد تستخدم (وهذا هو الاهم) من اجل تصحيح النتائج غير المرغوب بها التي يؤدي اليها إعمال قواعد القانون الدولي الخاص الوطنية وهذا التصحيح هو جوهر المنهج الغائي في الحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية حقوق الاطراف ...[٢٤]

ولكون تطبيق المنهج الغائي يأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المكونة والمحيطة بالعلاقة القانونية، ولأن قاعدة التنازع ضمن هذا المنهج لابد أن تتسم بالمرونة لا أن تكون محددة مسبقاً وباعتبار أن قواعد الاسناد في ظل القانون الدولي الخاص متصلة بأكثر من نظام قانوني كونها علاقة قانونية تتضمن أكثر من بعد دولي واحد, وان القاضي المعروض عليه النزاع بعد أن يقوم بتحليل العلاقة القانونية الى عناصرها الاولية والواقعية المكونة لها للوقوف على مدى ارتباط تلك العناصر بالأنظمة القانونية التي تتزاحم لحكمها ومعرفة أي القوانين الذي يمكن ان يضمن حماية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة وتحقيق العدالة المادية ان يحدد القاضي قبول أو رفض الاحالة.[٢٥]

"و باعتبار أن مشكلة الاحالة لا تثير ادنى صعوبة فيما لو اتحدت قواعد القانون الدولي الخاص في كل من دولة القاضي والدولة الاجنبية[٢٦] , كما لو عرض على القاضي العراقي نزاع يتعلق بأهلية احد الفرنسيين إذ لا خلاف هنا في شأن القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في كل من العراق وفرنسا وهو قانون الجنسي,

بالتالي سيكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق .وانما تثار الصعوبةه فيما لو اختلفت قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الاجنبي عنها في القانون الوطني او قانون القاضي المعروض عليه النزاع, كما لو عرض نزاع أمام القاضي العراقي يتعلق باهلية انكليزي متوطن في العراق فبينما تقضي قاعدة الاسناد العراقية في المادة ١٨ فقره اولى بأن الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته وهنا تمثل الجنسية الانكليزية نجد أن قواعد التنازع في القانون الانكليزي تشير الى العكس بأن الاهلية تسري عليها قانون الموطن .[٢٧], بمعنى ان القانون العراقي هو الفيصل بالنظر بالنزاع بالتالي هل ينصاع القاضي العراقي لقاعدة الاسناد الانكليزية ام يطبق القواعد الموضوعية في القانون الانكليزي للنظر بالنزاع وهذا ما تشير اليه نص المادة ٣١ من القانون المدني العراقي (إذا تقرر أن قانوناً أجنبيا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) وبالتالي الحصول على حكم قضائي غير معترف به ولا قابل للتنفيذ في انكلترا لأن قانونها غير مختص بالنظر بالنزاع أصلا ..

ونتفق مع البعض [٢٨] بأن فاعلية المنهج الغائي في نطاق القانون الدولي الخاص مرهون بالنتائج النهائية للنزاع من شأنه تحقيق غاية قاعدة الاسناد في قانون القاضي في اطار التنسيق بينه وبين قاعدة الاسناد الأجنبية وفق الاعتبارات التي تقدم البحث فيها فلا يكون منهج الاستنتاج الظني للإحالة بإشارة قانون القاضي الى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي سبباً في ضياع وهدم هذه الاعتبارات .

ومن هنا تظهر أهمية المنهج الغائي في تصحيح مسار قاعدة الاسناد حتى لو تخلى عن اختصاصه لصالح قضاء أجنبي أكثر ملائمة للنظر بالنزاع, ولأنها وسيلة يتمكن القاضي بها من احراز حريته في تحديد أنسب المحاكم من خلال اختيار أفضل القوانين المتنازعة للنظر بالنزاع بمعنى اعطاء الصلاحية لقاضي النزاع لاختيار محاكم الدولة التي يكون قانونها من حيث موقفه من الإحالة هو أنسب للنظر بالنزاع, بالتالي سيكون على القاضي الوطني التخلي عن اختصاصه لاختيار المحكمة الاكثر قدره للنظر بالنزاع تحقيقا لغايات واهداف القانون الدولي الخاص وضمانا حقوق اطراف العلاقه وصولا الى العداله الماديه ...

ونؤيد جانب من الفقه الفرنسي [٢٩]الذي اشار الى ان القاضي عندما يقوم بتحليل وفحص المسألة المعروضة عليه يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافي والقانوني بالمبادئ السائدة في قانونه, التي تعد جزءا لا يتجزأ من ذكائه المهني، وهذه الحقيقة هي التي تفسر اتجاه القضاء الغالب في فرنسا منذ زمن طويل الى اعتماد تحليل وتمحيص القاضي للدعاوى التي ترفع اليه وليس تطبيق القواعد القانونية بصيغتها الإجرائية الجامدة ، بمعنى امكانية اعطاء السلطة التقديرية للقاضي الوطني مما يتيح له التخلي عن اختصاصه بالنزاع لصالح محاكم دولة القانون الاكثر قدرة للفصل فيه، وصولا الى نتيجة ضمان حقوق الاطراف المتعاقدة ولان المحكمة عادةً ما تتمسك بالوسائل الاكثر ملائمة للنظر بالنزاع .

تأسيساً على ما تقدم نقترح على المشرع الوطني وتطبيقا للمنهج الغائي, ان يأخذ بفكرة الاسناد الاجمالي بمعنى اذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ بالأخذ بالقواعد المادية والاسناد فيه على حدٍ سواء ويتعين على القاضي الوطني عندها أن يختار أي القواعد في القانون الأجنبي التي ستعطي حلاً نهائياً عادلاً وصريحاً للنزاع .وإن على القاضي الوطني أن يحدد موقفه من الإحالة بالرفض أو القبول مستنداً الى السلطة التقديرية الممنوحة له في أن يحيل النزاع الى محاكم دولة القانون الأكثر قدرة للنظر بالنزاع تطبيقا للتنسيق بين النظم القانونية للدول المختلفة وتحقيقاً لغايات وأهداف القانون الدولي الخاص بالحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية حقوق الأطراف المتنازعة ...

النتائج

_إن مصالح المواطن العراقي فوق جميع الضوابط التي يعتمدها المشرع الوطني عند وضعه لقواعد القانون الدولي الخاص, بالتالي ومن خلال منح السلطة التقديرية للقاضي الوطني وحيثما تكون مصلحة العراقي على القاضي تحقيقها مستنداً للاعتبارات الأساسية في للقانون الدولي الخاص و تحقيقاً للعدالة المادية واحتراماً لتوقعات الأطراف المشروعة ....

_إن على القاضي المعروض عليه النزاع أن يكون حريصاً على تحقيق روح القانون عند تكييف أي علاقة قانونية واعطاءها الوصف القانوني لما يحقق المصلحة المتبادلة لأطراف العلاقة وتحقيق وظيفة قواعد القانون الدولي الخاص دون مخالفتها حتى إذا ما اضطر الى التخلي عن اختصاصه لصالح محاكم دولة أخرى يكون قانونها أكثر إنصافاً في تكييفه لهذه العلاقة تحقيقاً لغايات وأهداف القانون الدولي الخاص.

_ تبين لنا أن تحديد موقف المشرع وتوضيح موقفه من الإحالة بالرفض أو القبول مستنداً الى السلطة التقديرية الممنوحة له في أن يحيل النزاع الى محاكم دولة القانون الأكثر قدره للنظر بالنزاع، تطبيقاً للتنسيق بين النظم القانونية للدول المختلفة، وتحقيقاً لغايات وأهداف القانون الدولي الخاص بالحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية حقوق الأطراف المتنازعة.

التوصيات

في ضوء التطور الحاصل في فلسفه القانون الدولي الخاص والذي اعتمد على الاعتبارات الحديثة المتمثلة في الحصول على حكم قضائي يكفل آثار نفاذه وضمان حماية الحقوق المشروعة والتي استجابت لها بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية وأيدها جانبٌ كبير من الفقه وطبقها عدد لابأس به من القضاء العربي والأجنبي.

نتمنى على المشرع العراقي أن يأخذ بعين الاعتبار هذه المقترحات والتوصيات عند اجراء اي تعديل للتشريعات القانونية والدستورية للنصوص التي تخص قواعد الاختصاص القضائي الدولي :

_أن يأخذ بفكرة الاسناد الاجمالي بمعنى إذا ما اشارت قاعدة الاسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ بالأخذ بالقواعد المادية والاسناد فيه على حد سواء ويتعين على القاضي الوطني عندها ان يختار أي القواعد في القانون الاجنبي التي ستعطي حل نهائي عادل وصريح للنزاع.

_على المشرع الوطني أن يحدد موقفه من الإحالة بالرفض او القبول مستنداً الى السلطة التقديرية الممنوحة له في أن يحيل النزاع الى محاكم دولة القانون الاكثر قدرة للنظر بالنزاع تطبيقاً للتنسيق بين النظم القانونية للدول المختلفة وتحقيقاً لغايات وأهداف القانون الدولي الخاص بالحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ويضمن حماية حقوق الأطراف المتنازعة ...

_ إبراز دور القضاء في تكملة القواعد والاحكام والنصوص القانونية من خلال منحه السلطة التقديرية على ان يستثمرها بشكل تنظيمي وتحليلي صحيح وواقعي، تماشياً مع ظروف كل حالة تُعرض عليه مما سيكون له الدور الكبير في ايجاد الحلول العملية للعلاقات الدولية الخاصة التي تضمن حماية التوقعات المشروعة وتحقيق العدالة المادية ولو كان ذلك يقتضي التخلي عن اختصاصه لصالح القضاء الأجنبي اذا ما كان الثاني الاكثر ملائمة للنظر بالنزاع .

المصادر والمراجع:

[1] عباس العبودي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي .....,مصدر سابق,ص٢٧١ وما بعدها

[2] ما اشارت اليه نص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضيه تتنازع فيها القوانين لمعرفه القانون الواجب التطبيق من بينها),واشارت اليه المادة ١٠من القانون المدني المصري (القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضيه تتنازع فيها القوانين لمعرفه القانون الواجب التطبيق من بينها ,وكذلك م٩ من القانون كما اشار التشريع الاردني في نص المادة الحادية عشر من القانون المدني الاردني (القانون الاردني ,

. هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضيه تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) وكذلك ما أقرته بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية ومنها معاهدة لاهاي سنه ١٩٢٥ بخضوع التكييف

لقانون القاضي, ينظر د.حسن الهداوي ,المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني ,دراسة مقارنة ,مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ,سنة ١٩٩٧,ص٥٧ وما بعدها ...

[٣] د.هشام علي صادق ,تنازع الاختصاص القضائي الدولي ..... ,مصدر سابق ,ص٨٥ وما بعدها

[٤] حفيظه السيد . الموجز في القانون الدولي الخاص .....,مصدر سابق ,ص٥٣ ممدوح عبد الكريم .القانون الدولي الخاص .....,مصدر سابق ,ص٣

[٥] صلاح الدين جمال الدين ,القانون الدولي الخاص الجنسية تنازع القوانين ,دار الفكر الجامعي ,الاسكندرية ,مصر ,ط١, ٢٠٠٨,ص٢٧٤

[٦] نقلا عن بيار ماير ,فانسان هوزيه ,مصدر سابق ,ص٣٢٤ وما بعدها

[٧] –د سعيد يوسف البستاني–القانون الدولي الخاص–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت–لبنان–ط١–س٢٠٠٤

[8] د حفيظة السيد الحداد–الموجز في القانون الدولي الخاص–الكتاب الأول–المبادئ العامة في تنازع القوانين–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت–لبنان–ط١–س٢٠٠٤

–د ممدوح عبد الكريم–القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين–الاختصاص القضائي الدولي–تنفيذ الأحكام الأجنبية)–دار الثقافة للنشر و التوزيع–عمان –الأردن–ط٢٠٠٥

–د محمد كمال فهمي–أصول القانون الدولي الخاص–مؤسسة الثقافة الجامعية–الاسكندرية–مصر–ط١–س٢٠٠٦

–د سعيد يوسف البستاني–القانون الدولي الخاص–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت–لبنان–ط١–س٢٠٠٤

–د علي علي سليمان–مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري–ديوان المطبوعات الجامعية–الجزائر–ط٢–س٢٠٠٣:

[٩] حيث اشار اليه التشريع العراقي في المادة ١٧ /٢(ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقارا ام منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء, وتضمنه كذلك التشريع المصري في نص المادة٢/١٠ (ان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقارا ام منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء) واشارت اليه المادة ١٧من القانون المدني الفرنسي ''يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا لقانون الدولة التي يوجد فيها. يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، و يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

[١٠] Marie Christine: –Droit international privé-garaud-édition 2-2008,واشار اليه د أعراب بلقاسم–القانون الدولي الخاص الجزائري–ج١–تنازع القوانين–دار هومه–الجزائر–ط٢٠٠٣

[١١] اتفاقية بروكسل الصادرة في ٢٧/ايلول /١٩٦٨,اتفاقيه لافران ومذكرات الجماعة الاوربية في ٢٢/ك٢/٢٠٠٠ والتى تضم دول الجماعة الاوربية مع دول الاتحاد الاوربي للتبادل التجاري الحر والتي اشارت الى مبدأ الثقة المتبادلة بين الاحكام القضائية والتي يتعين بموجبها (يمنع القاضي في دولة عضو ضمن هذه الاتفاقيات في النظر بالدعوى المرفوعة أمامه أو اصدار حكم فيها أو متابعة دعوى قضائية مرفوعة أمام محكمة دولة أخرى عضو في هذه الاتفاقية ..وتطبق قواعد الاتفاقيات المتعلقة بسبق الادعاء ورفع الدعوى اذا كانت احدى الدعاوى على الاقل قد قدمت أمام محكمة إحدى دول الاتفاقية استناداً الى مبدأ الثقة المتبادلة بين القرارات القضائية للدول الاعضاء وتجنباً لحدوث تنازع القوانين بينهم ..

[١٢] Note,1131,2000,rgda2000,heuze,rev,crit dip2000,172,notmuir,walt,rev,arb,2001,507,note,idot,jcp,2001,11,10597,note, kaplan,et cwiberti

[١٣] د ممدوح عبد الكريم- القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان-الأردن-ط٢٠٠٥,ص٧١

[١٤] امل المرشدي ,بحث مميز عن التكييف في القانون الدولي الخاص نشر على النت في ٢٩ /سسبتمبر/٢٠١٦تم زيارته ٢٠٢١/٥/١٢

[١٥] (ما اشار اليه المشرع الالماني في المادة الرابعة الفقرة الاولى (اذا تم تعيين قانون دولة اجنبية فانه يجب ان تطبق ايضا قواعد الاسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع روح قواعد الاسناد الالمانية)

[١٦] د.صلاح الدين جمال الدين ,تنازع القوانين ,دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ,دار الفكر الجامعي ,الاسكندرية ,مصر ,ط٢ ,٢٠٠٧ ,ص١٢٣ وما بعدها

[١٧] د. هشام خالد، القانون القضائي الدولي الخاص,ص٤٥٥ وما بعدها

[١٨] د.هشام خالد الاحالة .دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي ,ط١.دار الفكر الجامعي ,الاسكندريه ,٢٠١٤,ص٣٣٥

[١٩] عز الدين عبد الله ,القانون الدولي الخاص ,تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ,طبعة سابعة,دار النهضة العربية ,١٩٧٢,ص١٤٢ وما بعدها وللمزيد من التفصيل انظر dicey and morris<the conflict of laws<9ed london.1973p. 64.graveson,conflictof laws,london,p1974,165..cheshire and norths,private international law,london,10thed,1979,p18

[٢٠] فالمشرع المصري كان اكثر تشديدا في موقفه من الاخذ بالاحالة اذ لم يأخذ بالاحالة من الدرجتين الاولى والثانية حيث نصت المادة ٢٧ من القانون المدني المصري (اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

اما بالنسبة للتشريع العراقي فانه قد وضع قاعدة عامة مفادها رفض الاخذ بالإحالة من الدرجة الاولى إلا في استثناءات حيث نصت المادة ٣١ من القانون المدني العراقي على انه (اذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص , أما المشرع الفرنسي فقد اجاز الإحالة من الدرجة الأولى فقط ...

[٢١] ومنها التشريع السويسري الذي أشار في المادة ١٣٣ الفقرة الرابعة من القانون الدولي الخاص السويسري التي تنص على (اذا ما كان قانوناً اجنبياً هو ما يجب تطبيقه فتطبق قواعد الاسناد في القانون المختار اذا ما حقق أهداف القانون الدولي الخاص من خلال ضمانه تحقيق العدالة المادية).اضافة الى ما اشار اليه القانون الدولي الخاص الالماني الجديد المادة الرابعة منه الفقرة الاولى (اذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب ان تطبق ايضا قواعد الاسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الاسناد الالمانية ....وكذلك يعد القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر في ١٩٦٣ في مقدمة التشريعات التي تأثرت بشكل مباشر بالنظرية القائلة باحترام الغاية من قاعدة الاسناد عند قبول الاحالة او رفضها حيث تنص المادة ٣٥ منه (اذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير الى القانون التشيكي أو قانون دولة أخرى فإن تلك الاحالة يمكن قبولها اذا كان ذلك القبول يؤدي الى حل مقبول وعادل للعلاقة المعنية ..انظر د.حفيظه السيد ,الموجز في القانون الدولي الخاص .....,مصدر سابق ,ص١٧٣ وما بعدها

[٢٢] Ernst zitlemann,internationals privaterecht,2volume,vi leipzig 1912,spec ti p

23 انظر لوسوارن وبوديل .قانون دولي خاص .الطبعة الثالثة ,١٩٩٣,باريس ,ص٤٣١

[٢٣] حفيظه السيد , النظرية العامة في القانون الدولي الخاص ..... ,مصدر سابق ,ص ٢٥٨

[٢٤] د.محمد مبروك اللافي ,تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ,منشورات الجامعة المفتوحة ,الدار الوطنية للكتب بنغازي ,١٩٩٤,ص٧١

[٢٥] عكاشه عبد العال .القانون الدولي الخاص ,دراسات في القانون الدولي الخاص ,دار الجامعة الجديدة ,٢٠٠٠,ص٩٨

[٢٦] حفيظه السيد ,الموجز في القانون الدولي الخاص..... ,مصدر سابق ,ص١٥٠ وما بعدها

[٢٧] عباس العبودي .تنازع القوانين .....,مصدر سابق ,ص٢٧٦ وفي نفس السياق اشار الى نفس الفكرة والتوجه د.عكاشه عبد العال .القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي ,دار المطبوعات الجامعية ,الاسكندريه ,٢٠٠٦, ص ١٠٦

[٢٨] استاذنا الدكتور صالح مهدي كحيط ,نظريه الحل الوظيفي واثرها في تطوير قواعد الاسناد ,مصدر سابق ,ص١٩٤

(٢٩) نقلا عن بيار ما ير، فإنسان هوزيه، مصدر سابق، ص ٥٦٧ وما بعدها