https://doi.org/10.61353/ma.0200239

جدلية تعدد ضوابط الإسناد

م. بارق حمزة عبد
كلية القانون – جامعة الكوفة
bariqh.aljahishy@uokufa.edu.iq

تاريخ استلام البحث 2025/ 2/1 تاريخ ارجاع البحث 2025/2/15 تاريخ قبول البحث 2025/2/23

إن الأنسب من بين القوانين لحكم العلاقات الخاصة الدولية لتحقق أغراض معينة ، فهي قواعد غير مباشرة لا تطبق بشكل مباشر على النزاع بل ترشد القاضي إلى القانون الذي يحكم العلاقات القانونية الدولية الخاصة ، ويكون ذلك عن طريق ضابط الإسناد الذي يمثل الركن الأساس والجوهري فهو المعيار الذي يتم من خلاله اختيار القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، وإن المشرع عند صياغته لقواعد الإسناد فهو، أما أن يجعلها تتضمن لضابط إسناد واحد وأما يجعلها تتضمن ضوابط متعددة ، قاصداً من وراء ذلك تحقيق غايات وفلسفة معينة تختلف من حال إلى آخر.

الكلمات المفتاحية : فلسفة ، ضابط، اسناد، الامن القانوني، تعدد، توقعات.

The rules of attribution are described as technical legal rules whose primary function is to choose a specific law that is the most appropriate among the laws to govern private international relations to achieve certain goals. They are indirect rules that are not applied directly to the dispute, but rather guide the judge to the law that governs private international legal relations. This is done through the attribution officer, which represents the basic and essential cornerstone. It is the criterion through which the law governing private relations of a state nature is chosen. When the legislator formulates the rules of attribution, he either makes them include one attribution officer or makes them include multiple controls, intending to achieve specific goals and philosophy that differ from one case to another.

key words : Philosophy - Officer - Attribution - Legal Security - Plurality – Expectations.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المقدّمة

أولاً – التعريف بموضوع البحث

إنّ كل قاعدة قانونية لا بد أن تكون لها وظيفة خاصة وغاية كامنة وراءها ، وإذا كانت قواعد الإسناد تقتصر وظيفتا على إرشاد القاضي في اصطفاء القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، إلا أنها قواعد قانونية غائية بالمعنى الدقيق ، وبما أن ضابط الإسناد في قاعدة التنازع يعد نقطه الارتكاز التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق ، لذا فإن عملية صياغة ضوابط الإسناد في قواعد التنازع يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة ومدى ملائمته للعدلة المادية والأمان القانوني ، وعلية فإن محور وجوهر هذا البحث يدور حول جدلية تعدد ضوابط الإسناد بهدف التوصل إلى أثر التعدد في تحقيق الغايات الكامنة خلف قواعد الإسناد .

ثانياً-إشكالية البحث

يسعى هذا البحث إلى معالجة إشكالية رئيسة تتجسد في أن المشرع العراقي قد جعل صياغته لضوابط الإسناد تتسم بأنها صياغة جامدة بشكلٍ غالب بحيث يقتصر دور القاضي على تطبيق قاعدة الإسناد بغض النظر عن مدى ملائمة مضمون القانون الواجب التطبيق للعلاقة القانونية محل التنازع .

ثالثاً – أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في الوصول إلى الغاية الكامنة وراء تعدد ضوابط الإسناد وما يرتب على الأخذ بذلك ومن ثم بيان موقف المشرع العراقي من تلك الضوابط والفلسفة التي استند عليها في صياغته لقواعد الإسناد.

رابعاً-منهجية البحث

تم الاعتماد على المنهج البحثي التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل الآراء الفقهية والنصوص التشريعية المتعلقة بموضوع البحث للتوصل إلى الحلول القانونية .

خامساً – خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث بشكل مفصل تم تقسيم هذا البحث على مطلبين الأول فلسفة أحادية ضوابط الإسناد الذي قسمناه على فرعين الفرع الأول خصصناه لتحقيق العدالة الشكلية والفرع الثاني حماية التوقعات المشروعة وأما المطلب الثاني فخصصناه لفلسفة تعدد ضوابط الإسناد وقد قسمناه على فرعين الأول هو لتحقيق العدالة المادية، وأما الفرع الثاني فهو لتحقيق الأمان القانوني.

المطلب الأول: فلسفة أحادية ضوابط الإسناد

إن ضابط الإسناد بوصفه الركن الجوهري لكونه المعيار الذي عن طريقة يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وبلحاظ البناء التشريعي لقاعدة الإسناد نجدها أما تتضمن ضابط إسناد واحد أو عدة ضوابط ومن

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المؤكد أن المشرع عند صياغته لقاعدة الإسناد بشكل يجعلها تتضمن ضابط إسناد واحد إنما يستهدف تحقيق غاية معينة ، ويرى الفقه القانوني [1] ، أن الغايات الكامنة خلف أحادية ضابط الإسناد هي تحقيق العدالة الشكلية وحماية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة ، وعليه سيكون هذا المطلب من فرعين ، الفرع الأول تحقيق العدالة الشكلية والفرع الثاني حماية التوقعات المشروعة .

الفرع الأول: تحقيق العدالة الشكلية

إن الحديث عن فكرة العدالة في إطار العلاقات الخاصة الدولية يستلزم أن نبين العدالة بمفهومها العام ، فالعدالة إذا ما نظرنا إليها بحدّ ذاتها توصف بأنها قيمة إنسانية توجد بداخل كل فرد من ضمن فطرته الإنسانية بيد أنها لا تظهر إلى الحيز الخارجي وتتجسد كأفعال وسلوك إلا بالنمو، أو التكامل الروحي والسمو العقلي للإنسان وإذا كانت العدالة من حيث جوهرها الفلسفي تعد من الحقائق الموضوعية بيد أنها من حيث شكلها تعد من الحقائق الاعتبارية ، أي الحقائق التي تتأثر بأحوال الزمان والمكان ، أما العدالة بمفهومها الخاص في نطاق القانون فهي المثل الأعلى والغاية المثالية التي يروم المشرع تحقيقها عن طريق ضبط السلوك بقواعد قانونية خاصة[2] .

وباستقصاء الدراسات الغائية في نطاق القانون الدولي الخاص نجد أن الآراء الفقهية اتفقت على ضرورة أن تكون العدالة هي المثال الأعلى والغرض الأسمى الذي يتوجب على قواعد التنازع بلوغه ، غير أن هذه الدراسات قسمت العدالة في نطاق القانون الدولي الخاص على نوعين الأولى العدالة الشكلية التي يتم تحقيقها بمجرد تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد وبصرف النظر عما إذا كان الحكم من حيث مضمونه يراعي مصالح الأطراف أو يتلاءم مع ظروف وملابسات المسألة محل التنازع ،وأما النوع الثاني فهي العدالة المادية التي تختلف بشكل جوهري عن العدالة الشكلية لكون دور القاضي لا يقتصر في بلوغها على تطبيق القاعدة القانونية وإنما يتوجب عليه أن يتتبع النتائج المادية الملموسة والآثار الواقعية ويختار الحكم القانوني الأكثر ملائمة لتحقيق العدالة في ضوء هذه النتائج المادة[3] .

وفي ضوء ما تقدم فإذا كانت قاعدة الإسناد ذات صياغة جامدة أي أنها تتضمن ضابط إسناد واحد فهنا لا يمكن للقاضي سوى تطبيق هذه القاعدة والحكم بمقتضى القانون الذي أشارت إليه وبصرف النظر عما إذا كان الحكم الموضوعي الذي أشارت الية قاعدة الإسناد يتلاءم والقضية محل النزاع أم العكس ، وبتعبير آخر فالقاضي عندما يكون بصدد تطبيق قاعدة جامدة لا تتضمن سوى ضابط إسناد واحد فهنا ليس بوسعه سوى تعبد النص القانوني وتطبيقه تطبيقاً حرفياً من دون إعمال سلطته الاجتهادية حتى وإن كانت المعطيات والظروف والنتائج المادية لا تتناسب مع الحكم في القانون الواجب التطبيق ، لذلك يعبر بعض الفقه القانوني [4]عن قواعد الإسناد التقليدية ذات الصياغة الجامدة بأنها قواعد عمياء وتعمل بأسلوب آلي ولا تنظر إلى

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

مضمون القانون الأجنبي أو آثار تطبيقه على النزاع ، أي إنها تشير إلى تطبيق قانون معين بصرف النظر عما إذا كانت آثار تطبيقه عادلة أم غير عادلة ، لذا فقد وجهت العديد من الانتقادات لمنهج أحادية ضابط الإسناد والصياغة الجامدة الضابط الإسناد وهذه الانتقادات تستند إلاّ هذا المنهج لا يحقق العدالة المادية وإنما غايته ومراده تحقيق العدالة الشكلية .

ولكل ما تقدم يمكن القول بأن تبني المشرع لمنهج أحادية ضابط الإسناد كما في المادة (21) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951التي تنص على أنه (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها) فالملاحظ أن هذه الصياغة جامدة لا يكون بوسع القاضي عند تطبيق هذه القاعدة سوى ان يحكم بموجب قانون جنسية المدين بالنفقة بصرف النظر عما إذا كانت الأحكام الموضوعية في القانون المشار إليه تحقق العدالة المادية ام العكس ، والملاحظ ان المشرع العراقي قد تبنى فلسفة تحقيق العدالة الشكلية لكون أن قواعد الإسناد التي نص عليها المشرع العراقي قد جاءت في معظمها ذات صياغة جامدة .

الفرع الثاني: حماية التوقعات المشروعة

إن المشرع عند صياغته لقواعد التنازع لا بد أن يستند على جملة من المبادئ او الاعتبارات التي تضمن له جودة التشريع وتكامله بهدف تحقيق الغرض المنشود من وراء هذه القواعد ، وفي إطار قواعد الإسناد الوطنية فإن من أهم المبادئ التي يروم المشرع تحقيقها هي حماية التوقعات المشروعة للأطراف (الأمان القانوني) في العلاقات الخاصة الدولية .

وعليه فإن فكرة الأمان القانوني في إطار القانون الدولي الخاص تعد من الغايات الكبرى والأساسية التي تسعى لتحقيقها قواعد الإسناد الوطنية لذا يرى جانب من الفقه أن فلسفة قاعدة الإسناد تنطوي على اعتبارين جوهريين هما العدالة والأمان القانوني وبالنظر لما تتسم به موضوعات القانون الدولي الخاص من كثافة التنوع والتعقيد الأمر الذي يوصف على حد تعبير الفقه الفرنسي بأنه (من الصعب ان نتصور قانوناً غير قانون العلاقات الخاصة الدولية أكثر كثافة في موضوعاته إلى حد الاختناق واكثر تعقيداً في مسائلة المتنوعة والمهمة ، لذا فإن تحقيق الأمان القانوني في نطاق هكذا قانون يكون امراً في غاية الصعوبة ، فاطراف العلاقة القانونية إذا كانوا ينتمون الى دولة واحدة قد يسهل تحقيق الأمان القانوني في العلاقات فيما بينهم بالنظر لوحدة القوانين التي تنطبق عليهم من حيث مصدرها ، بيد أن الأمر لا يستقيم بهذا الشكل فيما اذا كان الأطراف لا ينتمون الى دولة واحدة وهذا هو الحال بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية وهنا مكمن الصعوبة في تحقيق الأمان القانوني .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

استناداً لما تقدم يعرف جانب من الفقه الأمان القانوني في نطاق العلاقات الخاصة الدولية بأنه علم ودراية اطراف العلاقة الخاصة الدولية بالقانون الذي ينطبق على علاقاتهم منذُ لحظة نشؤها الى حين انقضائها ويتضح لنا من خلال هذا التعريف أن الأمان القانوني في نطاق تنازع القوانين يتحقق بتوفير العلم الكافي لدى أطراف العلاقة الدولية الخاصة بقواعد الإسناد التي تحدد القانون الذي ينطبق على العلاقة بينهم[5] .

ونتيجةً لما تقدم يتبين أن ضوابط الإسناد هي المرتكز الأساس لتحقيق الأمان القانوني لان ضابط الإسناد هو الذي يتيح للقاضي تطبيق قانون معين ، وإن تبني منهج أحادية ضابط الإسناد قد يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني في بعض الحالات ، ومن الأمثلة التي تبين قصور هذا المنهج في حماية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة الدولية الخاصة فيما لو افترضنا ان نزاع يتعلق بمدى صحة الشروط الشكلية لعقد الزواج قد اثير أمام محكمة عراقية بين زوجين يقيمان بشكل مؤقت في العراق ويشتركان بجنسية واحدة وهي الجنسية السورية ويعتنقان الديانة اليهودية بيد انهم قد اجروا المراسيم الشكلية لعقد الزواج اثناء تواجدهم في إيطاليا لغرض السياحة وتم اجراء هذه المراسيم الشكلية وفقاً للشكل الذي تعتد به ديانتهم وقانون جنسيتهم المشتركة ، فهنا اذا طبق القاضي العراقي قانون البلد الذي يتم فيه اجراء المراسيم الشكلية للزواج يتوجب علية تطبيق القانون الإيطالي ، وهذا الأخير يعدّ ان الزواج الذي يتم اجراءه من حيث الشكل وفقاً للديانة اليهودية يعد باطلاً وبالنتيجة فإذا كان قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل الزواج مبنية على منهج أحادية ضابط الإسناد وكان ضابط الإسناد يشير إلى تطبيق قانون البلد الذي تم فيه الزواج فيكون الحكم مخالفًا لتوقعات الأطراف أي انه لا يحق الأمان القانوني ، اما اذا كانت قاعدة الإسناد مبنية على أكثر من ضابط إسناد فهنا يمكن للقاضي أن يحيد عن تطبيق ضابط الإسناد الذي يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني ويطبق بدلاً عنه ضابط الإسناد الآخر الذي يراعي التوقعات المشروعة الأطراف العلاقة الدولية الخاصة[6] .

لكل ما تقدم يمكن القول أن فلسفة أحادية ضابط الإسناد تتوقف بشكلٍ غالب عند حدود تحقيق العدالة الشكلية وقد تتعارض في بعض الفروض والاحوال مع مبدأ الأمان القانوني في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، لذا فأن الاسهام في تطوير قواعد التنازع بالحد الذي يجعلها تحقق الغايات التي تقتضيها تطورات الحياة المعاصرة يستلزم أن تكون صياغة هذه القواعد تتسم بشيء من المرونة بحيث تمكن القاضي من أعمال قدر من سلطته التقديرية مما ينتج عنه أن تكون الأحكام تتوافق مع طبيعة العلاقة ومقتضيات الظروف المحيطة بها ، لذا نؤيد تقليص نطاق الصياغة الجامدة في قواعد الإسناد التي أوردها المشرع العراقي .

المطلب الثاني: فلسفة تعدد ضوابط الإسناد

ان منهج تعدد ضوابط الإسناد يراد به ان تتضمن قاعدة لتنازع اكثر من ضابط إسناد وان المشرع عند اعتماده هذا المنهج يسعى إلى تحقيق فلسفة معينة ، ويرى الفقه القانوني الحديث[7] المؤيد لتعدد ضوابط الإسناد

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

أن الغايات التي يمكن تحقيقها عن طريق تعدد ضوابط الإسناد هي تحقيق العدالة المادية وتوفر أكبر قدر من الأمان القانوني ، وبغية الإحاطة بما تقدم ارتئينا تقسيم هذا المطلب على فرعين الأول هو لتحقيق العدالة المادية واما الفرع الثاني فهو لتحقيق الأمان القانوني .

الفرع الأول: تحقيق العدالة المادية

إن تحقيق العدالة المادية في نطاق تنازع القوانين يعني بأن يكون ارتباط حكمي بين القانون الواجب التطبيق وتحقيقه للعدالة الواقعية ، ويتوصل الى ذلك القاضي عن طريق فحص الوقائع المادية الملموسة بكل حالة على حدة بهدف التوصل الى الحكم الذي ينسجم ويتلاءم مع هذه الوقائع المادية ويؤدي بالنتيجة إلى أن يكون متوافقاً مع قواعد العدالة ومبادئ الانصاف[8] .

وبلحاظ دور قواعد الإسناد ذات الصياغة الجامدة في تحقيق العدالة المادية فإنه يؤخذ على هذه القواعد أنها لا تستجيب في جميع الأحوال إلى تحقيق العدالة المادية والعلة في ذلك ترجع إلى طريقة صياغتها التي توصف بأنها صياغة جامدة ذات دلالة قطعية تلزم القاضي بتطبيقها تطبيقاً حرفياً ، لذا فإن الفقه[9] المؤيد إلى اعتماد منهج تعدد ضوابط الإسناد يستند ويحتج في دعواه على نوع العدالة التي تحققها قواعد الإسناد الجامدة فهي في معظم الأحيان تحقق العدالة الشكلية ، وبالنظر في طبيعة العلاقات الدولية الخاصة لا سيما في ظل انعكاسات التطور المعاصر الذي القى بظلاله عليها فإن هذا الفقه يرى ضرورة تخطي منهج الصياغة الجامدة لقواعد الإسناد التي تقيد من صلاحية وسلطة القاضي واستبداله بمنهج الصياغة المرنة (تعدد ضوابط الإسناد) كونه يمكن القاضي من تحقيق العدالة المادية من خلال أعماله لسلطته التقديرية في تطبيق النص .

نخلص مما تقدم إلى قواعد الإسناد الجامدة هي قواعد عمياء لا تنظر إلى مدى ملائمة الحكم الموضوعي في القانون الواجب التطبيق على النزاع ، بل إن دورها يقتصر بحدود اصطفاء القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع في حكم العلاقة الدولية الخاصة وبغض النظر عن آثار تطبيقه ومدى تحقيقه للعدالة المادية ، في حين أن قواعد الإسناد التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير للقاضي فهي تمكن القاضي الذي ينظر النزاع من تحقيق العدالة المادية[10] .

وبالنظر في قواعد الإسناد لدى المشرع العراقي نجد أنها في الغالب الاعم ذات صياغة جامدة أي انها أحادية ضابط الإسناد ، بيد أن المشرع العراقي قد أخذ بتعدد ضوابط الإسناد في مسالة شكلية عقد الزواج ونص على ذلك في الفقر الأولى من المادة 19 من القانون المدني العراقي بقولة (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، أما من حيث الشكل فيعدّ صحيحاً الزواج ما بين اجنبين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعي فيه الاشكال

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

التي قررها قانون كل من الزوجين) يلاحظ من خلال النص المتقدم انه تضمن ضابطي إسناد على سبيل التخيير وليس التدرج الضابط الأول هو قانون البلد الذي تم فيه الزواج وأما الضابط الثاني فهو قانون كل من الزوجين ، وعليه فإن القاضي عند تطبيقه لهذا لنص تتسع مساحته الاجتهادية وسلطته التقديرية في اختيار القانون الأكثر صلة في تحقيق العدالة المادية .

وتجدر الإشارة الى أن منهج تعدد ضوابط الإسناد قد تبنته العديد من التشريعات الحديثة المتعلقة بحل التنازع في القوانين ، ومن بين هذه التشريعات القانون الدولي الخاص الألماني ، إذ تنص المادة 14 من هذا القانون على أنه (إن آثار الزواج سواء كانت مالية، أم شخصية تخضع للقانون الذي يختاره الزجان بشرط أن يكون القانون المختار هو قانون الدولة محل الإقامة الاعتيادية للزوجين أو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج ، فإن تعذر الاختيار يطبق قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجين بشكل معتاد وأن تعذر ذلك يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها الزوجين ارتباطاً وثيقاً) يتضح من خلال ذلك أن موقف المشرع الألماني يتسم بشيء من المرونة إذ إن المشرع قد جعل أول ضابط إسناد هو القانون الذي يتفق عليه الزوجين وهذا ما يتلاءم مع مقتضيات الأمان القانوني وفي حالة تعذر اتفاق الزوجين على اختيار قانون معين يصار إلى تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للزوجين فإن تعذر ذلك ايضاً يتعين على القاضي أن يمارس سلطته الاجتهادية ويبحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بالزوجين وتبدو واضحة أن الفلسفة الكامنة وراء هذا النص هي تمكين القاضي من تحقيق العدالة المادية والأمان القانوني[11] .

ولا يفوتنا الإشارة إلى ان ليس المقصود بأن تحقيق العدالة المادية يتوقف على تعدد ضوابط الإسناد حتى وان كان هذا التعدد على سبيل التدرج والاحتياط وانما تحقيق العدالة المادية يتوقف على ضرورة تمكين القاضي من ممارسة دورة الاجتهادي في تطبيق النص القانوني ويتحصل ذلك من خلال الصياغة المرنة التي تتجسد في إطار قواعد التنازع باعتماد منهج التعدد التخييري[12] ، وتأييداً لذلك نجد ان الفقرة الأول من المادة 25 من القانون المدني العراقي تنص على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدى موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه) ومن خلال استقراء هذا النص وبالرغم من أنه تضمن أكثر من ضابط إسناد، الا انه يتسم بالصياغة الجامدة ذلك لأن دور القاضي في تطبيقه يقتصر على التطبيق الحرفي للنص ومراعاة التدرج في ضوابط الإسناد .

وعلية نرى أن مقتضيات تحقيق العدالة المادية تستدعي بالضرورة ان يتبنى المشرع العراقي الصياغة المرنة في قواعد التنازع أو يحذو حذو المشرع السويسري الذي وضع قاعدة عامة في المادة (15) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 المعدل وتسمى بالاستثناء العام[13] التي تنص على أنه (على القاضي

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

أن يمتنع عن تطبيق القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد في هذا القانون اذا ما تبين من الظروف المادية أن هذا القانون الذي أشارت اليه قواعد الإسناد لا تربطه بالعلاقة محل النزاع سوى رابطة ضعيفة وأن هناك قانوناً آخر أوثق صلة بهذه العلاقة) يتضح من هذا النص انه اوجب على القاضي السويسري ان يمارس دورة الاجتهادي ويبحث عن القانون الأكثر صلة في حكم العلاقة محل التنازع والا يقتصر دروة على التطبيق الحرفي لقواعد التنازع ، ونعتقد ان وجود هكذا نص في قواعد الإسناد العراقية من شأنه ان يساهم في تفعيل الدور الاجتهادي للقضاء العراقي ومن ثم يحقق أكبر قدر من العدالة المادية بوصفها من أهم الغايات الحديثة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها .

الفرع الثاني: تحقيق الأمان القانوني

إن مصطلح الأمان القانوني [14]يعد مصطلحاً حديثاً في الدراسات القانونية والأمان القانوني يعد من أهم الغايات التي تسعى التشريعات إلى تحقيقها ومضمون الأمان القانوني يعني وجود قواعد قانونية تكون من حيث فحواها منسجمة مع توقعات الأفراد المخاطبين بيها ومن حيث صياغتها تكون مسبوكة بشكلٍ واضح لا لبس أو غموض فيه بحيث يتم توفير حالة من الاستقرار للمراكز القانونية لإشاعة الأمن والطمأنينة لكل أطراف العلاقات القانونية بحيث يستطيع الأفراد ترتيب تصرفاتهم القانونية وفقاً للقواعد القانونية القائمة[15] .

وقد تبين فيما سبق أن الأمان القانوني وتحقيق استقرار المعاملات بين الأفراد يعد من أهم الغايات المثالية لجميع النظم القانونية ، وإن تحقيق هذه الغاية في نطاق العلاقات الداخلية يعد امراً لا يثير عناءً كثيراً لكون المشرع في هذه العلاقات يمكن له أن يستعين ببعض الأفكار التي تحقق الأمان القانوني كفكرة الدائن الظاهر أو الأوضاع الظاهرة، أو التقادم ونحو ذلك ،في حين تعد مسألة تحقيق الأمان القانوني في نطاق العلاقات الدولية الخاصة مسألة يشوبها الكثير من التعقيد والصعوبة لا سيما في ظل تطبيق منهج قواعد التنازع التقليدية الجامدة لكون هذا المنهج لا يهتم في مضمون القانون الذي تشير الى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية ولا اثار تطبيقه[16] .

وعلية فأن مسألة تحقيق الأمان القانوني وحماية التوقعات المشروعة للأطراف في إطار العلاقات الخاصة الدولية تعد إشكالية قائمة لذا اتجه الفقه الحديث إلى تفضيل منهج تعدد ضوابط الإسناد لا سيما منهج التعدد التخييري بهدف تيسير دور القاضي في اختيار القانون الأكثر ملائمة لتوقعات الأطراف من جهة ولتحقيق العدالة المادية من جهة أخرى وقد جسدت هذا التوجه بعض التشريعات الحديثة .

وبالنظر في موقف القوانين الحديثة المتعلقة بحل تنازع القوانين نجد أن العديد منها قد تبنى منهج التعدد التخييري[17] ومن بين هذه القوانين القانون المدني الفرنسي في المادة (311) التي تنص على أنها (ان

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الاعتراف الإرادي بالبنوة أو الأمومة يكون صحيحًا إذا تم وفقاً للقانون الشخصي للمعترف، أو مع القانون الشخصي للولد المعترف به)[18] والملاحظ بأن هذا النص تمت صياغته بشكل مرن بحيث يسمح للقاضي أن يختار القانون الأكثر ملائمة لتحقيق مقتضيات الأمان القانوني والعدالة المادية من خلال ترجيحه لأحد ضابطي الإسناد التي تضمنتهما القاعدة .

كذلك نجد أن المشرع المصري قد تبنى منهج الإسناد التخييري في مسألة شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، اذ تنص المادة 17 من القانون المدني المصري على أنه (يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء و قانون ابلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى بعد الموت) وكذلك اتبع المنهج ذاته في المادة 20 التي تنص على أنه (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذب تمت فيه ويجوز ايضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك) وتبدوا أن الفلسفة التي يروم تحقيقها المشرع المصري من وراء هذين النصين هي تحقيق الأمان القانوني والعدالة المادية .

ولكل ما تقدم يمكن القول بأن تجسيد المشرع لمنهج تعدد ضوابط الإسناد لا سيما التعدد التخييري من شأنه ان يتيح للقاضي تطبيق القانون الأكثر ملائمة في تحقيق الأمان القانوني والعدالة المادية ، وعليه من الأجدر في المشرع العراقي ان يأخذ بهذا المنهج في صياغته لقواعد التنازع بهدف فسح المجال للقاضي العراقي من ان يمارس دوره الاجتهادي في تحقيق الأمان القانوني والعدالة المادية من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية إزاء تطبيق النص القانوني .

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة التي انصبت على البحث في موضوع جدلية تعدد ضوابط الإسناد في نطاق حل المنازعات الدولية الخاصة توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات التي يمكن عرضها على النحو الآتي.

اولاً. الاستنتاجات:

1. إن المشرع العراقي في صياغته لقواعد الإسناد قد تبنى منهج أحادية ضابط الإسناد بشكلٍ غالب ، ومؤدى ذلك أن القاضي العراقي يقتصر دوره عند تطبيقه لهذه القواعد على تحقيق العدالة الشكلية .
2. إن الفقه المؤيد إلى اعتماد منهج أحادية ضابط الإسناد يستند في دعواه على ضرورة أن تكون قاعدة الإسناد قاعدة حيادية يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مدى ملائمة أحكامه الموضوعية للعلاقة محل التنازع .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

3. توصلنا إلى أن منهج أحادية ضابط الإسناد ليس من شأنه دائماً تحقيق الأمان القانوني وحماية التوقعات المشروعة للأطراف إذ إن هذا المنهج في بعض الفروض يؤدي اعماله الى اهدار التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة .
4. إنّ الفقه المؤيد الى اعتماد منهج تعدد ضوابط الإسناد يستند في دعواه إلى ان هذا المنهج يسمح للقاضي بممارسة دورة الاجتهادي وتحقيق العدالة المادية والأمان القانوني .
5. توصلنا الى ان الصياغة المرنة لقاعدة الإسناد وتمكين الاجتهاد القضائي في إيجاد الأحكام التي تحقق الأمان القانوني والعدالة المادية تكون من خلال اعتماد منهج تعدد ضوابط الإسناد على سبيل التخيير وليس التدرج والاحتياط .

ثانياً. المقترحات.

1. نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في صياغة قواعد الإسناد الوطنية وان يتبنى الصياغة المرنة لما لها من فاعلية في تحقيق الأمان القانوني والعدالة المادية .
2. نقترح على المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع السويسري وينص على قاعدة عامة تكون بمثابة استثناء عام على مجمل قواعد الإسناد الوطنية وان يكون نص هذه القاعدة الاتي (يجب على القاضي ان يمتنع عن تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية اذا كانت تشير إلى تطبيق قانون ضعيف الصلة بالعلاقة القانونية وأن يطبق بدلاً عن ذلك القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية .
3. نقترح على المشرع العراقي أن ينظم قواعد الإسناد في قانون خاص مستقل لما لذلك من أهمية في تحقيق الأمان القانوني وتسهيل الرجوع إليها من قبل القاضي .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المصادر والمراجع

[1] د. احمد عبدالكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 57.

[2] د. اسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، دار الفراهيدي للنشر والتوزيع ، ط1 ، 2014 ، ص14.

[3] د. أياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة القانون للبحوث والدراسات ، جامعة ذي قار ، العدد 15 ، السنة 2017 ، ص9.

[4] د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009، ص575.

[5] Lelouvier Aude , Le principe d'égalité en droit international privé : essai d'une approche systémique , doctorat de l'Université de Toulouse ,Thèse , 2019 , P. 602.

[6] د. علي فوزي الموسوي ، قاعدة الإسناد وموقف القانون العراقي منها ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016، ص16.

[7] Lelouvier Aude , Le principe d'égalité en droit international privé : essai d'une approche systémique , doctorat de l'Université de Toulouse ,Thèse , 2019 , P. 602

[8] د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2016 ،ص40.

[9] Caroline Cohen , Les normes Permissive en droit International privé , Thèse de doctorat en droit , Université Panthéon-Assas , 2015 , P.189.

[10] د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص208.

[11] Gaëtan Escudey, Le couple en droit international privé: contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple, Droit, Université de Bordeaux, 2016, Français, P.73.

[12] Franck Dudezert , De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé, Droit , Université de La Rochelle, 2016 , Français , P.8.

[13] تجدر الإشارة الى أن شرط الاستثناء العام الذي يقضي بتطبيق القانون الأكثر صلة فيما لو تبين للقاضي أن القانون الذي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الخاصة لا تربطه بالقضية المعروضة سوى رابطة ضعيفة ، قد نصت عليه العديد من التشريعات الحديثة ، منها القانون المدني الهولندي في المادة (8) من الكتاب العاشر المتعلق بتنازع القوانين والذي دخل حيز التنفيذ في سنة 2012 ، وكذلك يوجد هذا الشرط في المادة (19) من القانون الدولي الخاص البلجيكي لسنة 2004 ، ويوجد أيضا في المادة (8) من القانون الكوري لسنة 2001 .

[14] يجدر التنويه الى أن مصطلح " الأمان القانوني " في اللغة العربية ، يُقابله في ذات المعنى باللغة الفرنسية مصطلح " La sécurité juridique " ، أما في اللغة الانجليزية يُقابله مصطلح " Legal Certainty " ، ويعني " اليقين القانوني " ويفضّل جانب من الفقه العربي استخدام هذا المصطلح الأخير ، أي اليقين القانوني ، للمزيد أنظر : د. أحمد عبد الحميد عشعوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، 1990 ، ص5 ، 17 .

[15] بدأت محكمة العدل الأوربية باستخدام مصطلح " الأمان القانوني " في ستينات القرن الماضي ، أما محكمة التمييز الفرنسية فقد بدأت باستخدام هذا المصطلح في ثمانينات القرن الماضي ، أما محكمة التمييز العراقية فقد بدأت باستخدام هذا المصطلح في القرار المرقم (59) الصادر بتاريخ (24 / 6 /

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0200239

2013) والذي جاء فيه : ((إن ما يعتبر خرقاً للقانون هو المخالفة للقانون التي ينتج عنها ضرراً جسيم يمس المصلحة العامة ويهدد الشعور بالأمن القانوني ، مثل الاضرار بأموال الدولة)). أنظر : د. مخلص محمود حسين ، الأمان القانوني أمام القضاء الدستوري ، بحث منشور في مجلة الامام الكاظم للعلوم الاسلامية ، العدد الرابع ، 2018 ، ص237.

[16] د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، عمان ، 1969 ، ص169.

[17] Caroline Cohen , Les normes Permissive en dorit International privé ,op. cit. P.294.

[18] Article (311/17) du Code civil français, qui dispose : « La reconnaissance volontaire de filiation ou de maternité est valable si elle est faite conformément soit à la loi personnelle du confesseur, soit à la loi personnelle de l'enfant reconnu ».

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0