**هذه المحاضرة هي جزء من كتاب قيد التأليف من قبلنا عنوانه ((موسوعة التقنين المدني العراقي))**

**آ.د. أكرم فاضل قصير**

**17/آيار سنة 2020م.**

**منهج المشرع العِراقيَّ في حلِّ النزاعات في العلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي**

**(المنهج التنازعي):** اتجه المشرع العِراقيَّ في أسلوب حلِّه للنزاعات المشوبة بعنصر أجنبي، بإعتماده ثلاث وسائل، أولها: قواعد تنازع القوانين التي سبق لنا الإشارة اليها. و ثانيها: القواعد المباشرة والقواعد ذات الطبيق الضروري. وثالثها: القواعد المادية في حل النزاعات الخاصة الدولية. وهذه الوسائل ليست على نسقٍ واحدٍ في الوضوع، فقواعد الإسناد تعد الطريق الأرحب لفض النزاعات لفض النزاعات المشوبة بالعنصر الأجنبي، أما بقية الطرق، فتمثل الطرق الأضيق نطاقاً والأقل اعمالاً وتطبيقاً من النهج التنازعي. وسنتناولهما بشيء من الإيجاز، عقب فراغنا من الطريق الواسع والأرحب لفض النزاعات المشوبة بالعنصر الأجنبي. وبهذا الصدد نؤكد أنَّ الوسيلةَ الأولى المتعلقة بقواعد تنازع القوانين او قواعد الإسناد، يتطلب اللجوء اليها، معرفة واسعة بمدلولها ومضمونها؛ ذلك لأنها معقدة التركيب، شديدة التفصيل، وغامضة النتيجة مجهولة التحصيل. فقاعدة الإسناد – أياً ما كانت – انما هي متركُبَّـة هندسياً من اربعة أضلاعٍ أو أفكار هندسية يصعب الفصل بينها لأول وهلة. والغاية منها هي المفاضلة بين القوانين. فقاعدة التنازع هي اداة مفاضلة بين القوانين التي تتداعى الى حكم العلاقة المشوبة بعنصرٍ اجنبي. كما انها إرشاد وخارطة طريق الى أكثر القوانين ملاءمة لحكم هذه المنازعة المشوبة بعنصر أجنبي. وبوساطتها يجري الموازنة والمفاضلة ومن ثم الترجيح بين تلك القوانين وأختيار القانون الأكثر انطباقاً عليها.

د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، بند (20)، ص28.

وسنقدمها أربعتها- اي سنقدم قاعدة الإسناد وضابطه وفكرته والقانون المسند اليه، للقارىء مختلطة بعضها ببعض ومتداخلة بعضها ببعض بطريقة متداخلة غير مرتبة ترتيباً منطقياً او أكاديمياً، انما نقدمها بطريقة تزيل الجهل عنها واقعاً وعملاً؛ وذلك لان نيتنا تقتضي توضيحها فحسب من دون التعمق فيها. وكل من اراد التعمق فيها فعليه دراسة فكرة كل واحدة منها على حدة، وهذه المرحلة تتطلب التوسع والأسهاب في هذا الموضوع، وهو خارج نطاق بحثنا الموجز (أوراق موجزة) كما عرفناها إبتداءً. لذا فنحن غير مهتمين بدراسة كلِّ مصطلح على حدة دراسة أكاديمية وافية بقدر أهتمامنا بتوضيح معاني المصطلحات الأربعة من الناحية الواقعية؛ وذلك من خلال تداخل انشطة الأفكار الأربعة موضوع الدراسة فيما بينها. وهي مرتبة على النحو الآتي بيانه:

**ملاحظة : ليس من واجبنا في هذه الدراسة الموجزة دراسة المصطلحات المتعلقة بالمنهج التنازعي دراسة أكاديمية محضة وانما سنتولى دراستها من خلالِ خلطها وتداخلها مع غيرها من المصطلحات القريبة منها من دون الأخلال بماهية مصطلحاتها الفنية المقصودة ومن ثم نتولى تحديد وظيفة كل واحدة منها على حدة**

**اولاً- قاعدة الأسناد:** سبق لنا الإشارة اليها آنفاً من قبل، ويمكن انْ تكون هذه القواعد وطنية المصدر، كما يمكن أنْ تكون دولية المصدر ايضاً وذلك من مثل إتفاقيتي روما الأولى والثانية المتعلقتين بالقانون الواجب التطبيق في شأن العلاقات التعاقدية ومصادر الإلتزام الاخرى غير الإرادية السارية في البلاد الأوربية المنضوية تحت الأتحاد الأوربي.

للتفاصيل، ينظر: رغد عبد الأمير مظلوم، مدى أنسجام إتفاقيات الأتحاد الأوربي مع القانون العراقي المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية الدولية، اطروحة دكتوراه كتبت تحت أشرافنا، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1440هــ، 2019م (الأطروحة بأكملها تقريباً).

**ثانياً: ضابط الإسناد:**

ونقصد به الوسيلة الفنية المؤدية الى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والمعروف عادة بالقانون المسند اليه. اذ عرفها الأستاذ الدكتور هشام علي صادق من مصر بانها: ((المعيار المختار الذي يرشد {القاضي-المؤلف} الى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع)).

ينظر : د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادىء العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، ط3، الأسكندرية: منشأة المعارف، 1974م، بند (5)، ص15.

ويحتمل أن يكون قانوناً وطنياً أو اجنبياً. ومن الممكن انْ تتعددَ الوسائل – أي تعدد ضوابط الإسناد – المؤدية الى اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع القائم المعروض امام القضاء. وفي صدد هذا التعدد، نذكر ما جاءت به المادة (25/1) من التقنين المدني العِراقيَّ والتي نصَّت على أنه: ((يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإذا إختلفا، يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان، او يتبين من الظروف، أن قانوناً آخر يُراد تطبيقه)). والملاحظ على هذا النص انه اشتمل على عدة ضوابط للإسناد، وردت بصورة مرتبة وبطريقة متسلسلة، كل واحدة من تلك الضوابط تشير الى تطبيق قانونٍ معين، وهي كما يأتي:

* 1. قانون الإرادة، وهو القانون المختار الذي إتفق الطرفان المتعاقدان على إتباعه او تطبيقه. وضابط إسناده إرادي او إتفاقي
  2. قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً. وضابطه مكاني جامد عادةً.

ج- قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، اذا كان الموطن الخاص بالمتعاقدين غير متحد (مختلف)، وهو الوضع الغالب، إذ يحتمل أن يكون ان يكون أحد الأطراف متوطناً في بلدٍ، والآخر متوطناً في بلدٍ آخر، ومن ثَمَّ جرى العقد وانعقد بينهما عن طريق المراسلة، فإن العقد ينعقد بموجب أحكام قانوننا المدني العِراقيَّ في البلد الذي علم فيه الموجب (صاحب الايجاب) بموافقة الموجب له على قبوله الايجاب المقدم اليه (المادة 78 مدني عراقي). وضابط إسناده مكاني مرن قابل للتغيير أن لم يثبت من قبل المتعاقدين بصورة واضحة وجلية، او انْ لم تقم المحكمة المختصة بتثبيته بوساطةِ تحديدها لمكان إبرام العقد بين أطرافه.

ينظر: د. علي فوزي الموسوي، قاعدة الإسناد وموقف القانون العِراقيَّ منها، المرجع السابق، ص 44.

وهذه البدائل – كما نكرر الإشارة اليها ثانية – تكون متسلسلة، إذ لا يجوز للقاضي مخالفتها؛ ذلك لأنها وردت بقاعدة آمرة، لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، إذ أن ضابط الإسناد يتحدد بموجبها كما رأينا في المسائل التعاقدية.

المرجع السابق، ص 45.

وقد تتركز وسيلة الإسناد في شخصٍ ما، فتظهر قاعدة الإسناد محكومة بضابط شخصي في مظهر الجنسية او الموطن بحسب النظام القانوني للدولة التي تتبناه. فمشرعنا العِراقيَّ عادةً يأخذ بضابط الجنسية في تحديده القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية بوجهٍ عام (المادة 18) من القانون المدني، كما أنه يأخذ بالضابط نفسه في مسائلِ الأحوال الشخصية كالزواج او الطلاق. فمن خلال مواد، يطبق قانون الزواج، أي يجري تطبيق قانون الدولة التي ينتسب إليها الزوج بجنسيته وقت إنعقاد الزواج، على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثرٍ بالنسبة للمال (المادة 19/2) من القانون المدني. وقد يتركز الضابط في مسألة أخرى على موضوع العلاقة او الإلتزام، وبذلك فإنه يتحدد بقانون موقع وجود المال موضوع العلاقة، وقد أكدت ذلك المادة (24) من التقنين المدني العِراقيَّ، بقولها: ((المسائل الخاصة بالمِلكية والحيازة والحقوق العينية الآخرى، وبنوعٍ خاص طرق إنتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول، قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده)). وأخيراً يحتمل انْ يتركزَ ضابط الإسناد في سببِ العلاقة، وفي هذه الحالة تكون العلاقة اما علاقة عقدية او غير عقدية او علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي. والعلاقة العقدية غالباً ما يغلب عليها الطابع الارادي، كما رأينا ذلك من قبل.

لمزيد من التفصيل بهذا الصدد، ينظر: استاذنا د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العِراقيَّ والمقارن، ط2، بغداد، دار الحرية للطباعة، 1397ه/ 1977م، ص 323 وما يليها. واورد د. ممدوح عبد الكريم حافظ ايضاً ومن خلال محاضراته امام طلاب المرحلة الرابعة من الدراسة الجامعية الأولية في كلية الحقوق/ جامعة النهرين للعام الدراسي 2008/2009 ما يأتي: ((ان التصرفات القانونية ومنذ فجر التاريخ الإنساني ولا تزال تكاد ان تتوزع الى أربع مجموعات متميزة، بإعتبارها تمثل أمهات مسائل القانون، وكل مجموعة بدورها تتفرع الى فروعٍ صغيرة، وقاعدة الإسناد عادة تشير الى أمهات هذه المجموعات الأربعة، وهي:

-مجموعة حالات القانون الشخصي.

-مجموعة حالات القانون الأقليمي او المكاني.

-مجموعة حالات قانون الإرادة او القانون المتفق عليه او القانون المختار.

-مجموعة حالات النصوص الأمرة للقانون والنظام العام.

ولا يوجد غيرها)).

وهذا التقسيم – كما نراه بدورنا – لا يتعارض مع ما يجعله تقسيماً (خماسياً) او (سداسياً)، فالعبرة ليست بعدد الأقسام، انما العبرة تكمن في الوسيلة التي تمكن قاعدة الإسناد من تحديد القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع الذي يشكل بدوره القانون المسند اليه. لذلك، فلا عبرة بعدد المجموعات او الأقسام، انما العبرة تدور حول نوع المجموعات او إحالة الأقسام التي في ضوئها تحدد ضابط الإسناد بموجب قاعدة اسناد صادرة من سلطة مختصة في التشريع.

وبصورة عامة، نوجز كلامنا عن وسائل ضابط الإسناد بما ياتي:

1. ضابط الإسناد هو الوسيلة الفنية التي تصل فكرة الإسناد بالقانون المسند اليه.
2. يستمد ضابط الإسناد وجوده وطبيعته عن مركز ثقل العلاقة الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي.
3. وكل علاقة قانونية سواء كانت مشوبة بعنصر أجنبي او لا، تتكون من ثلاثة عناصر، وهي: (الأشخاص) و (الموضوع) و (السبب). ويصح ان تكون أي واحدة منها هي مركز ثقل العلاقة التي في ضوئها تتقرر الوسيلة المعتمدة لاسنادها بضابط الإسناد.
4. فإذا كان مركز ثقلها يتركز في الأشخاص، او في (أطراف العلاقة)، فإن ضابط الإسناد ستكون طبيعته شخصية، أي تستمد من الشخص ذاته. ويظهر الضابط بمظهر الجنسية او الوطن حسب النظام القانوني للدولة التي تعتنقه، فتحسب العلاقة من مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والأهلية، وضابط إسنادها في القانون العِراقيَّ هو الضابط الشخصي المتمركز في جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.
5. وإذا كان مركز ثقل العلاقة ينصب حول موضوعها، فتكون من مسائل الأحوال العينية. والوسيلة المناسبة لتعيين ضابط إسنادها سيكون إقليمياً؛ وذلك لأنه يستمد مقوماته من الأقليم الذي يوجد فيه هذا المال، ويتمثل بموقع المال، او محل إبرام التصرف المتعلق به او تنفيذه.
6. وأخيراً، إذا كان السبب هو الذي ينطوي عليه ثقل العلاقة، فلابد ان تكون العلاقة متركزة في احدى الصور الآتية: (أ) علاقة عقدية، ام (ب) علاقة غير عقدية، أو (ج) علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي. فإن كانت من ضمن الوصف الأول، فإن الوسيلة الحاكمة لضابط اسنادها تستمد من طبيعته العقدية بحد ذاتها. ولما كان العقد مبني على تلاقي إرادة أطرافه، لذا فإن الضابط يكون إرادي، مع مراعاة بقية البدائل المتاحة- والوارد ذكرها في تعليقنا بشأن ما جاء في نص المادة (25) من التقنين المدني العِراقيَّ. أما إذا كانت العلاقة غير عقدية (أي ما يقع منها ضمن الوصف الثاني) فإن الوسيلة الحاكمة لضابط اسنادها تستمده من المكان الذي تركزت فيه هذه العلاقة، كالفعل النافع والضار، وبذلك يكون الضابط في هذه الحالة هو محل حدوث هذا الفعل. أما إذا كانت العلاقة من ضمن الوصف الثالث، أي ذات طبيعة شكلية، فيستمد ضابط الإسناد وجوده من مكان نشوء التصرف المرتبط بالشكل (م/26) من القانون المدني، وهنا يتمثل في الغالب بمحل نشوء التصرف.

ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، بيروت، دار السنهوري للنشر والتوزيع، 2015م، ص 232.

**ثالثاً: فكرة الإسناد (مع دراسة تطبيقات عملية لتكييف الدعوى وفق المنهج الإسنادي)**

**ونبحث من ضمنها تكييف موضوع الدعوى وفق احكام القانون الدولي الخاص المطبق في العراق:** ونقصد بها: الموضوع الذي يتركز فيه الخلاف عندما يكون مشوباً بعنصر أجنبي، كالخلاف على الزواج بين طرفين، أحدهما أجنبي الجنسية. أو الأختلاف في تنفيذ عقد مشوب بعنصر أجنبي في أطرافه او محله او في موطن تنفيذه، او الأختلاف في احتساب التعويض عن عمل غير مشروع، إبتدأ في دولة ما، وظهرت آثاره في دولة أخرى، وهكذا. والفكرة المسندة للنزاعات أنما تنشأ عادة من خمس فئات، هي: (1) مسائل الأحوال الشخصية كالزواج أو الطلاق. (2) مسائل الأحوال العينية كالتصرفات الواردة على العقار او منقولٍ كائن في إقليم دولةٍ ما. (3) مسائل العقود، شريطة ان تكون مشوبة بعنصر أجنبي في احد أطرافها او محلها، او في مكان إبرام العقد – وقد سبق لنا الإشارة اليها من قبل. (4) المسائل غير العقدية كالعمل غير المشروع او الأثراء بلا سبب، وهذه المسائل تستوجب تحديد ضابط لاسنادها، ووجدنا أنَّ قانون وقوع الضرر هو القانون الأكثر صلة بها. (5) وأخيراً، قد تكون الفكرة الواجبة للاسناد مشوبة بعنصر شكلي (الشكلية).

للتفاصيل، ينظر: Cheshire، north& fawcet، Private International Law. Forteen edition، Oxford University press، 2008، says،

“The rules of any given system if law ate arranged under diffent catagories، some behng concerned with status، other with succession، procedure، contract، tort and so on، and until a judge، faced with case involving a foreion element، has detrmind the particular category into which the question befor him falls، he can make no progress، for will not know what choise of law rule to apply.”

ومن أمثلة ذلك: ان يشترط لصحةِ الإتفاق على نشر مصنفٍ ما بين مؤلفٍ وناشرٍ – سواء كان كليهما وطنياً أم اجنبياً أو كان أحدهما وطنياً والآخر اجنبياً – أنْ يكون الإتفاق بينهما مكتوباً، والاَّ كان مشوباً بعدم الصحة في ذاته (المادة 38) من قانون حماية حق المؤلف العِراقيَّ رقم (3) لسنة 1971 المعدل، أي يكون باطلاً بطلاناً نسبياً في القانون العِراقيَّ الذي أخذ بجزاء البطلان النسبي كجزاء لتخلف الشكلية في هذه الحالة، استثناءً من قواعده العامة التي سبق له الخروج عليها في مناسبات عدة، نذكر منها على سبيل المثال: حالة بيع احد الشركاء في الشركة المحدودة، سهامه من دون ان يقوم بعرضها على بقية الشركاء، فينعقد العقد بين الشريك بائع السهام ومشتريها باطلاً بطلاناً نسبياً على إجازةِ المشتري لهذه السهام، إذ تفاجأ بطعن بقية الشركاء في هذه الصفقة (المادة 65 من قانون الشركات العِراقيَّ رقم 21 لسنة 1997 المعدل النافذ)؛ ذلك لأن البطلان النسبي – وإنْ لم يأخذ به المشرع العِراقيَّ في القانون المدني صراحةً – غير أنَّ تطبيقه يبقى مرهوناً بطبيعته الذاتية، لا في الإشارة القانونية اليه.

فنخلص مما تقدم انَّ الكتابةَ في عقدِ التنازل الذي يقوم به المؤلف عن مصنفِه هي شرط من شروط صحة الإنعقاد وليس مجرد متطلب من المتطلبات اللازمة للإثبات. وكذلك هو الحال ايضاً من حيث النتيجة في تكييف بيع سهام شركة محدودة. فلو اقدم صاحب هذه السهام على بيعها من دون التفاته الى المتطلبات المنصوص عليها في المادة (65) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل النافذ فأن تكييف ذلك البيع ليس هو مجرد الأخلال بالشكل الواجب أتباعه في بيع أسهم الشركات المحدودة وانما هو الأخلال بمتطلباتِ صحة أنعقاد بيعها ايضاً، وهذا هو المقصود من حيث النتيجة من التكييف قدمناه واضحاً بدون لفٍ او دوران، والأمثلة التطبيقية التي ادرجناها وذكرناها ضمن مندرجات المادة (17) مدني عراقي تساهم في توضيح هذه الصورة بطريقة تزيد من الوضوح وضوحاً.

وعوداً على بدء فأن جزاء الإخلال بهذا الشكل المفترض قانوناً هو (البطلان النسبي). وربَّ معترض يعترض علينا بدعوى أنَّ مشرعنا لم يسبق له الأخذ بالبطلان النسبي فنرد دعواه عليه بالنفي؛ وذلك لان البطلان النسبي هو نتيجة العمل وعاقبته المرهونة بيد احد اطرافه، فهو قبل تدخل الطرف المعني به يظهر كما لو كان صحيحاً ولكنه يصبح باطلاً بمرتبة البطلان المطلق وقوته نفسها اذا نقضه من كان بيده حق نقضه (اي بيد الطرف المخول بنقضه حصراً وقصراً).

وهذا التركيب ينتج منه العقد الباطل بطلاناً نسبياً، سواء أعترف به المشرع او لم يعترف. اذاً سواء قام المشرع بالأعتراف به كما وقع هذا الحكم آنف الذكر او سكت عن الأعتراف به، كما فعل مشرعنا العراقي في تقنينه المدني . فاذا مرَّ العمل المنوي الطعن فيه بالبطلان النسبي بدورين غالباً ***(لا دائماً***) فأن العمل المطعون فيه يكون باطلاً، بطلاناً نسبياً غالباً: اولهما دور الصحة مثل بيع المؤلف لمصنفه بعقد شفهي قبل تمسكه بشرط الكتابة، و ثانيهما ثم تمسك ببطلان بيعه لخلو اتفاقه من الكتابة فالعقد هنا يكون بسبب تزامن الدورين فيه كما مرَّ معنا من قبل***(مع ملاحظة أنَّ تزامن الدورين هو مجرد علامة غالبة على البطلان النسبي وليس دليلاً قاطعاً عليه)*** يكون العقد باطلاً، بطلاناً نسبياً؛ وذلك مراعاة لجوهر العملية ولو خلا التقنين المدني العراقي من تنظيمه على هذا النحو المتقدم ذكره. وعلى ايِّ حال فهذا الموضوع هو من المباحث الدقيقة للتقنين المدني العراقي الذي يخرج عن نطاق بحثنا، ومن اراد الأستزادة والأستفاضة فبامكانه مراجعة المحتوى التالي المعرف باللون الأخضر.

والبطلان هنا –***أي في عقد تنازل المؤلف عن حقوقه المادية الى الناشر وفي حالة بيع الشريك سهامه في شركة محدودة المسؤولين من دون قيامه بالشكلية التي نصت عليها المادة (65) من قانون الشركات***- هو ذاته البطلان النسبي للصفقة في منطق الفقه الغربي، اما في منطق القانون العِراقيَّ، فالبطلان من نوعٍ واحدٍ وهو (البطلان في حد ذاته) والمقصود به البطلان المطلق في الفقه الغربي. لكن الأهم من هذا كله هو تحديد المنطقة التي يقع فيها هذا الجزاء، فهل البيع المخالف لأحكام المادة (65) من قانون الشركات العِراقيَّ ر قم (21) لسنة 1997 المعدل النافذ باطلاً أم لا؟!! فالبطلان المطلق ينصب على حالة عرض أحد الشركاء ثمناً للسهام يساوي الثمن المعروض لها أو أكثر؟!! ومن البديهي انَّ البطلان يوصم به التصرف الأخير. فالبيع المخالف لقواعد الترجيح في الشركات المحدودة - كما أسماها بهذه العبارة المقتضبة مشرعنا العِراقيَّ – هو بيع باطل بطلاناً نسبياً (وكيف نتصور هذا الفرض والقانون العِراقيَّ لا يأخذ بالبطلان النسبي؟!!)، وسنجيب على هذا التساؤل بكلِّ دقة. اما البيع لأجنبي عن الشركاء المساهمين في شركة محدودة التي أعلن احد شركائها – على اقل تقدير – عن رغبته في دفع سعرٍ مطابق للسعر الذي تقدم به الأجنبي عن الشركاء والذي كان قد دفعه ثمناً لشرائها، او سعراً أعلى منه بقليل أو كثير (من دون فرق)، فهو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ لم يأخذ المشرع العِراقيَّ العقد الباطل بطلاناً نسبياً (Voidable)، بل أخذ بفكرة العقد الموقوف. والعقد القابل للبطلان شيء، والعقد الموقوف شيء آخر. لكن المشرع العِراقيَّ أخذ بفكرة العقد القابل للبطلان استثناءً من المادة (138/3) من التقنين المدني العِراقيَّ التي نصَّت على أنه: ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقصه أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)). كما أخذ به ايضاً عندما اشترط (الكتابة) في تحديد نطاق ما يتنازل عنه المؤلف الى الناشر في المادتين (8) و (38) من قانون حماية المؤلف العِراقيَّ رقم (3) لسنة 1971م المعدل، فجعل الكتاب بمثابة شرط لصحة الانعقاد في التنازل المذكور، والجزاء المترتب على مخالفتها هو بطلان تنازل المؤلف عن مصنفه بطلاناً نسبياً، لا بطلاناً مطلقاً. وهذا البطلان مقرر لمصلحة المؤلف او مَنْ يخلفه، ولا يحق لغيرهم ان يتمسك به. وهذا الجزاء من الصعوبة علينا طرحه للمرة الأولى، وذلك بسبب تعارضه مع المباديء العامة للتقنين المدني العِراقيَّ التي أخذت بفكرةِ العقد الموقوف، المعروفة في الفقه الإسلامي، وفكرة العقد الموقوف شيء، وفكرة العقد القابل للبطلان بطلاناً نسبياً في الفقه الغربي شيء آخر، ولا سيما أنَّ الأخلالَ بشرطِ الكتابة – تنازل المؤلف عن مصنفه الى الناشر – يتقرر عندما يتمسك به المؤلف هو او مَنْ يخلفه حصراً. لذا فإن من الواضح عندنا أنَّ نظريةَ العقد الموقوف في الفقه الإسلامي تتنافى مع نظرية العقد القابل للبطلان بطلاناً نسبياً في الفقه الغربي. لمزيد من التفصيل، ينظر للمؤلف دراسته الموسومة: حماية قواعد البيانات من مخاطر التنازل عنها والمنافسة غير المشروعة الواقعة عليها (دراسة تحليلية وتأصيلية لحماية قواعد البيانات في ضوء قانون حماية حق المؤلف العِراقيَّ رقم (3) لسنة 1971م المعدل النافذ، والإتفاقيات الدولية التي تأثر بها مشرعنا العِراقيَّ)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، مج16، العدد (3)، 1435ه/ 2014، ص 16. إلاَّ أنَّ طبيعة الإجازة في كلا العقدين مختلفة تماماً، فالإجازة في العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بمثابة الوكالة السابقة، وتكون لترتيب الآثار بعد أن كانت متوقفة. لمزيد من التفصيل، ينظر: استاذنا المرحوم د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج1، بغداد، مطبعة شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة، (من دون ذكر سنة النشر)، ص 154.

فالإجازة في العقد الموقوف أشبه بالاسعافات الأولية التي يقوم بها المسعف ليعيد الحياة الى المصاب، بعد أن أوشك في أن يفقدها. أما الإجازة في العقد القابل للبطلان، فهي بمعنى الإمضاء او الأختيار، الغرض منها لزوم العقد وعدم تعرضه للفسخ. ينظر: المرجع السابق. فالإجازة في هذا العقد أشبه بلقاح يقدم الى طفلٍ كي نجنبه خطر إصابته بمرضٍ او عدوى يموت بسببها، بعد ان كان قوياً معافى. واذا طرحنا فكرة الإجازة في كلا العقدين (أي العقد الموقوف والعقد القابل للبطلان) جانباً، فإن ما هية كل واحدٍ منهما تتنافى ايضاً مع ماهية العقد الآخر؛ ذلك لأن قابلية البطلان – على وفق التصور الحديث – تقتضي ان يكون العقد القابل للبطلان بحكم العقد الصحيح قبل ان يتم فسخه، كما تقتضي ان يكون نافذ الأثر ايضاً، وتفترض كذلك ان يكون قابلاً للاجازة او النقض مدة معلومة بمقتضى أحكام المادة (140) من التقنين المدني المِصريَّ. لذا فإن العقد القابل للبطلان في الفقه الغربي هو أقرب ما يكون الى العقد النافذ غير اللازم في الفقة الإسلامي وفي التقنين المدني العِراقيَّ. لمزيد من التفصيل، ينظر: د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني، ج1 (نظرية الإلتزام)، بغداد: مطبعة العاني، 1374ه/ 1955م، بند (29)، ص 29.

ولتوضيح فكرة الإسناد نقدم المثال الاتي:فمثلاً اذا افترضنا انَّ زوجةًعراقيةَ الجنسية متزوجة من زوجٍ غير عراقي الجنسية، ادعتْ امام محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ، انَّ زوجها اللبناني الذي كانت مقيمة معه في بيروت قد طلقها طلاقاً تعسفياً. وهذا ثابت في حكم قضائي لبنانيَّ حائز درجة البتات. لذا تطلب دعوة مطلقها اللبناني الى المرافعة والزامه باداء نفقة لها لمدة سنتين علاوة على أحتفاظها بحقوقها الأخرى جزاءً نكالاً على تطليقها طلاقاً تعسفياً؛ وذلك بموجب احكام الفقرة (3) من المادة (التاسعة والثلاثون) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل الناقذ. وفعلاً حضر المدعى عليه (مطلقها) الى المحكمة، ودفع دعوى مطلقته بكونها واجبة الرد لسببين: (اولهما) انَّ القانون الواجب التطبيق في قضايا الطلاق والتفريق والأنفصال هو القانون اللبناني عملاً بأحكام المادة (19/3) من التقنين المدني العراقي، وليس في القانون اللبناني مثل هكذا تعويض. و (ثانيهما) لان النفقة المقررة بموجب القانون العراقي موضوع الدعوى تندرج ضمن طائفة الأموال التي تخضع الى طائفة العلاقات الأقليمية في لبنان، وقانون مذهب الزوج في لبنان لا يسمح باداء مثل هكذا تعويض لا سند له من الشرع بحسبِ ادعائه. فبصفتك قاضي محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ: أ- كيف تقوم بتكييف هذه المشكلة وفق احكام القانون الدولي الخاص المطبق في العراق. ب- وما هو ضابط الأسناد الواجب التطبيق في مثل هذا الحالة؟ ج- وما هو القانون المسند اليه لحكم هذه الدعوى؟

وجواباً عن ذلك نقول: (أ) أنَّ تكييف الدعوى يتطلب ادراجها ضمن احدى الطوائف الأساسية التي مر ذكرها. وفي هذه الحالة فأن نفقة الزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً تعد بموجب النص المشار اليه آنفاً أثر من آثار الطلاق لا من آثار الزواج (في هذا الصدد حصراً). وبالتالي فان تكييف الدعوى يندرج ضمن طائفة العلاقات المحكومة بالقانون الشخصي للمدعي. وبما أنَّ الزوجة عراقية الجنسية فان اعمال المادة (19/5) المكونة للنهج الأحادي من التقنين المدني يكون واجباً. وبذلك فان تكييف الدعوى نلخصه بما يأتي: يندرج ضمن طائفة العلاقات المحكومة بالقانون الشخصي بالنسبة للزوجة المدعية؛ وذلك لتمتعها بالجنسية العراقية عملاً باحكام المادة (19/5) من التقنين المدني العراقي. (ب) ويترتب على هذا التكييف نتيجة تحديد ضابط الإسناد، وهو هنا قانون جنسية الزوجة لكونها عراقية. (ج) ومن ثم يكون القانون المسند اليه هو القانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد، وهو بلا أدنى شك القانون العراقي الواجب أعماله وتطبيقه في هذه الدعوى بموجب نظرية بارتان في التكييف التي اخذ بها مشرعنا العراقي في المادة (17) من تقنينه المدني.

للتفاصيل، ينظر مندرجات المادة (17) مدني عراقي ضمن هذا الجزء من الكتاب ومراجعة فيض الأمثلة الواردة فيه. ومع ذلك نقتبس من كتاب د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، بيروت: دار السنهوري، 2015، ص236 وما يليها، لتوضيح فكرة التكييف اجمالاً؛ وذلك على النحو الاتي:

((التكييف على نوعين تكييف اولي وتكييف ثانوي. الأول: يعني عملية فنية اولية سابقة على الإسناد بمقتضاه تتحدد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لغرض أعطائها الوصف القانوني الملائم لأحد الأفكار المسندة تمهيداً لإسنادها للقانون الواجب التطبيق، فهو يعني توصيف العلاقات القانونية للكشف عن طبيعتها ومن ثم أختيار قاعدة الإسناد الملائمة لها.........الثاني: وهو التكييف الثانوي، الذي يعني بأنه عملية فنية لاحقة على عملية الإسناد يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع الغرض منها البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع والملائمة للعلاقة..............)). والأقتباس الأخير اخذناه نقلاً من الكتاب نفسه، اي من د. عبد الرسول الأسدي، ص238.

ولتوضيح فكرة الإسناد أكثر نضرب المثل الاتي: أعترض معترض أردني الجنسية على على حكم غيابي عراقي صدر ضده قبل بضعة أيام من تاريخ اعتراضه امام محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة بدعوى أنَّ مورثه الأردني الجنسية عندما بلغ (70) السبعين من العمر أوصى عندما كان ساكناً في مدينة (أربد) الأردنية بوصية خطية مكتوبة بخط اليد ومذيلة بتوقيعه وبصمة ابهامه الأيسر لأبنته بعقاره الكائن في مدينة بغداد والمسجل بأسمه في سجلات مديرية التسجيل العقاري في الرصافة. وتركزت أوجه الأعتراض على الحكم الغيابي على أنَّ المادة (1127) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 نصت على انه: ((لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية او الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلاَّ اذا وجدتْ اوراق رسمية محررة بخطِ المتوفى وعليها امضاؤه او كانت ورقة الوصية او الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها)). كما ان المادة (1130/1) مدني أردني نصت على أنه: ((لا يحتج بالوصية إلاَّ اذا سجلت في دائرة التسجيل)). لذا فأن المعترض الاردني يطلب إبطال الحكم الغيابي الصادر من المحكمة العراقية وجرحه المتضمن تصديق الوصية ؛ وذلك لمخالفته القانون الأردني الواجب التطبيق عليه بموجب ما جاءت به المادة (26) مدني عراقي التي أخضعت شكل العقود لقانون الدولة التي تمت فيها.

فبصفتك القاضي المختص اختصاصاً قضائياً دولياً بنظر هذه الدعوى، ما هو تكييفك لهذا النزاع؟ وما هي قاعدة الإسناد العراقية الواجبة الأنطباق عليها؟ وما هو القانون المسند اليه في هذه الحالة؟ وهل ستبطل الحكم الغيابي وتجرحه ام تؤيد الحكم المعترض عليه غيابياً؟

وجواباً عن ذلك نقول: أنَّ وصية الأردني طالما كانت واردة على عقار لذا نكيفها من طائفة الأموال، وطائفة الأموال منقولة كانت او غير منقولة تخضع لأحكام قانون الأقليم اولأحكام قانون المكان الموجودة فيه. ولذا فأن الوصية المذكورة في هذا المثال تخضع لطائفة الأموال الأقليمية، وهذا هو تكييفها المعتبر في القانون الدولي الخاص. وضابط الإسناد الذي ينطبق عليها هو ضابط الوجود الأقليمي للأموال المعروف بضابط مكان وجود المال (المادة 24) من التقنين المدني العراقي. لذا فأن ضابط الإسناد هو مكان وجود العقار الموصى به. ولما كان العقار الموصى به كائناً في العراق، لذا فأن أحكام القانون العراقي يكون هو القانون المسند اليه الواجب التطبيق في هذه الدعوى. ومن ثمَّ تعد الوصية المكتوبة بخط اليد غير المصادق عليها من قبل القاضي المختص وصية صحيحة اذا وجد عذر مشروع يحول من دون كتابتها عملاً بما أستقر عليه القضاء التمييزي في العراق.

وزيادةً في إيضاح التكييف بموجب قواعد القانون الدولي الخاص في العراق نضرب المثال الاتي: ادعى أشقاء متوفى، أنهم و شقيقهم المتوفى سوريو الجنسية، وانَّ شقيقهم المتوفى ترك عقاراً واحداً في بغداد ومات عن زوجته السورية الجنسية ايضاً (مات عن زوجةٍ واحدة فقط بدون فرعٍ وارث)، وهي لا تملك عقاراً بأسمها على وجه الأستقلال في العراق، ولكنها تملك عقاراً مستقلاً بأسمها في مدينة حلب السورية. وانَّ زوجة شقيقهم المتوفى أستحصلتْ على حجةٍ بتمليكِ هذا العقار بأسمها (أمر على عريضة) صادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة وفق أحكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1170) لسنة 1977 الذي يقضي بتمليك الزوجة العقار الذي يتركه لها مورثها (زوجها) اذا لم يترك لها غيره واذا لم تكن تملك الزوجة عقاراً مستقلاً بأسمها. لذا طلب المدعون أشقاء الزوج دعوة أرملة أخيهم الى المرافعة وأبطال حجة تملكها العقار المذكور؛ وذلك على أساس أنَّ القانون السوري في الميراث هو القانون الواجب التطبيق على هذه الواقعة وفق احكام المادة (22) مدني عراقي.

فبصفتك قاضي محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة: حدد فكرة الإسناد وضابط الإسناد في هذه المشكلة والقانون المسند اليه الواجب الأنطباق على هذه القضية بثلاث نقاط متسلسلة مرتبة.

وجواباً عن هذا السؤال نقول:

1. **فكرة الإسناد:** يندرج هذا الموضوع ضمن أحكام ميراث العقار، وهو من أحكام كسب ملكية العقار بسبب الوفاة الذي نظم احكامه المشرع العراقي في المادة (1106) وما يليها من التقنين المدني والمادة (186) وما يليها من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل. ولما كان العقار مال غير منقول، لذا فهو يندرج ضمن طائفة الأموال، وهذا هو تكييفها.
2. **ضابط الإسناد:** وضابط الإسناد في هذه الحالة هو ضابط اقليمي او مكاني. وهذا مفاده أنَّ ضابط الإسناد في هذه الدعوى هو ضابط مكان وجود العقار.
3. **القانون المسند اليه:** لما كان العقار موضوع حجة التملك بسبب الأرث يقع في العراق، لذا فأن القانون المسند اليه هو القانون العراقي. اما موضوع نتيجة الدعوى والحكم الصادر فيها فهذه مسألة موضوعية يحكمها القرار (1170) لسنة 1977. والقرار المذكور من المسائل الموضوعية وهو خارج نطاق دراستنا فنعرض عنه.

لمزيد من الأمثلة، ينظر: مندرجات المادة (17) مدني كما وردت في هذا الجزء من الكتاب. كما ينظر ايضاً: د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص،الكتاب الأول (في الأختصاص القضائي)، من دون الإشارة الى مكان الأصدار: دار نصر للطباعة الحديثة، 2010م، بند (97)، ص168 وما يليها.

**الصلة بين ضابط الإسناد وفكرته**

بامكاننا اذا تشبيه ضابط الإسناد بمدرج الطيران فنحن نلجأ الى تنازع القوانين لغاية وهي معرفة القانون الواجب التطبيق. فاذا أردنا معرفة القانون الواجب التطبيق على الأهلية أو عقود الزواج فاننا لا بد علينا من قيامنا بتحديد فكرة الإسناد وهي (الأهلية) أو (الزواج) الذي نريد معرفة القاعدة الموضوعية الحاكمة له من القانون المختار وطنياً كان أو اجنبياً، وهذا هو مبتغانا وغايتنا واليه ينتهي عملنا بموجب المنهج التنازعي لتحديد القانون الواجب التطبيق. وبعدها يتولى المشرع بموجب النهج التنازعي آنف الذكر تحديد ضابط الإسناد الذي نكون بواسطته قادرين على تطبيق القانون المختص (اي القانون المسند اليه) وطنياً كان أو اجنبياً، كما أشرنا اليه من قبل، واذا كان ضابط الإسناد يشير الى تطبيق القانون الوطني فحسب فنهج القاعدة المذكورة يعد نهجاً احادياً. اما اذا كان يتضمن تطبيق القانون الوطني لدولة القاضي او اي قانون اجنبي آخر عنه فان قاعدة الإسناد في هذه الحالة تعد قاعدة مزدوجة.

وما يطلق عليه وصف قواعد الإسناد المزدوجة هو الأكثر صعوبة في التطبيق. وبهذا النهج أخذت بها أغلب التشريعات المتضمنة قواعد الإسناد العِراقيَّة باستثناء اذا كان أحد الزوجين عِراقيَّاً أو أذا كان مركز أعمال الفرع الأجنبي في العراق فيطبق المشرع العِراقيَّ النهج الأحادي بصدديهما (المادتان 19/5 و 49/2) من التقنين المدني العِراقيَّ.

فالصلة بينهما تكمن:

1. أنَّ تحديد فكرة الإسناد لا بد أنْ يكون سابقاً على تحديد ضابطه.
2. وأنَّ تحديد ضابط الإسناد لا يصح من دون معرفة فكرته.
3. والوسيلة الفنية المؤدية لمعرفة فكرة الإسناد تدعى بــ(التكييف)، اي تكييف الواقعة وفق منطق او منهج القانون الدولي الخاص المطبق في الدولة المعروض فيها النزاع. ويتبع العراق منهج الفقيه الفرنسي (بارتان) في التكييف المتعلق بالوقائع المشوبة بعنصرٍ أجنبي بوجهٍ عام، وفق أحكام المادة (17) من التقنين المدني النافذ في العراق.
4. تنحصر غاية التكييف في ادراجِ مشكلة النزاع ضمن احدى الطوائف الأساسية المكونة للعلاقات الخاصة المشوبة بعنصرٍ اجنبي التي سبق لنا الإشارة اليها من قبل اكثر من مرة.
5. ويترتب على مجرد أنكشاف نتيجة التكييف وفق المنهج المتبع معرفة وتحديد قاعدة الإسناد والقانون المسند اليه على وجه الدقة الكاملة والتحديد الجازم.

**رابعاً: القانون المسند اليه:**

وهو غاية الإسناد كلها؛ كونها تمثل الثمرة التي نتوصل اليها بوساطة اعمال قاعدة الإسناد، فإذا كان النزاع متركزاً في شأن (الحالة) أو (الأهلية). وهذه هي فكرة الإسناد، فإن فكرة القانون المسند اليه انما هو القانون الشخصي او قانون الجنسية لهذا الشخص الواجب التطبيق من حيث النتيجة على موضوع الدعوى؛ وذلك بحسب النظام القانوني لتلك الدولة التي يقوم قضائها باعمال المنهج التنازعي في الدعوى المقامة امام القضاء. وضابط الإسناد في هذه الحالة يتحدد في هذه الحالة اما بالجنسية او الموطن على ما سبق لنا عرضه وبيانه.

واذا كان موضوع النزاع يتركز في الأحوال الشخصية كالزواج او الطلاق مثلاً، فإن القانون المسند اليه يتركز في قانون جنسية الزوج او موطنه على الأغلب (مع وجود تفاصيل واختلافات في بقية أنواع قواعد الإسناد). واذا كان التصرف محل النزاع القضائي يتعلق بعقارٍ او منقولٍ، فإن القانون المسند اليه هو قانون موقع المال عقاراً كان أم منقولاً فاذا كان العقار كائناً في العراق فأن القانون المسند اليه يكون هو القانون العراقي واذا كان العقار كائناً في فرنسا فان القانون المسند اليه يكون القانون الفرنسي، وهكذا.

وهذا ما يعطيه طابع القانون الأقليمي في عملية اسناده الى القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع والقائم على فكرة (موقع المال). واذا كان النزاع يتركز على إلتزامات غير تعاقدية، فإن القانون المسند اليه هو قانون محل حدوثها. وإذا كان الخلاف يتركز في الخلاف أمام القضاء بشأن شكل التصرفات فإن القانون المسند اليه هو قانون محل اجراؤها. وبذلك يتحدد القانون المسند اليه بأسمه، ومن ثم يقوم القاضي بالدخول الى قواعده المادية كالتقنين المدني او التجاري او الإثبات ونحوه من فروع القانون الخاص لقانون الدولة المعنية بالإسناد، وهذا ما يعرف بالقانون المسند اليه. وتحديد القانون المسند اليه يتضمن القانون الموضوعي، وهو فرع من فروع القانون الخاص غالباً، ويتطلب من القاضي بعد تحديده ايان الإنتقال الى تطبيقه واقعاً على النزاع المعروض عليه بنية اعمال احكامه الموضوعية على النزاع المعروض امامه؛ ذلك لأن الهدف من كل قاعدة إسناد إنما يتحقق بمعرفة القانون المسند اليه وطنياً كان هذا القانون أم اجنبياً عن قانون القاضي. فإذا كان هذا الأخير على شاكلة قانونٍ وطني محدد يقتصر على الإنتصار لتطبيق قانون القاضي لوحده دون غيره من القوانين الأجنبية؛ وذلك من مثل انْ يكون احد أطراف النزاع في دعوى زواج معروضة امام القضاء العراقي، عراقي الجنسية فانه لا يقبل تردده بين أكثر من قانون دولة واحدة عند إنطباقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي. وفي هذه الحالة لا بد على القاضي العراقي أن يطبق القانون العراقي بمفرده، فإن قاعدة الإسناد الدالة عليه تدعى بقاعدة الإسناد الاحادية، التي يعد من أشهر أمثلتها في القانون العِراقيَّ، مسائل الزواج. فإذا كان احد الزوجين عِراقيَّاً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون المسند اليه هو القانون العِراقيَّ دائماً (المادة 19/5) مدني عراقي. إذ هو القانون الذي يسري على هذا الزواج، ولا عبرة بأي إتفاقٍ يقضي بغير ذلك؛ لأنه اتفاق مخالف للنظام العام. وإذا كانت قاعدة الإسناد تقبل التردد بين أكثر من قانون دولة واحدة – وهذا هو نهج قواعد الإسناد السافينية Savigny – بحيث لا يمكن للقاضي ان يتكهن قبل رفع النزاع، هل انه هو قانونه الوطني الذي يكون واجباً عليه تطبيقه، ام قانونٍ آخر أجنبي عنه! فإن قاعدة الإسناد الدالة عليه انما تدعى بقاعدة الإسناد المزدوجة.

كُتب في شرح المدرسة السافينية المزدوجة ونظرتها لقواعد الإسناد، الأستاذ الدكتور عز الدين عبد الله في كتابه الموسوم (القانون الدولي الخاص، ح2، في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدوليين)، ط9، القاهرة، الهيئة المِصريَّة للكتاب، 1986م، بند (30)، ص 49، بقوله ما يأتي: ((اتضح لسافيني ان لكلِّ شخصٍ مقراً مكانياً، وان العلاقة القانونية – وهي مظهر نشاط الشخص – لها بدورها (مقر مكاني)، وان قانون مقر الشخص هو أنسب القوانين لحكمه. وقانون مقر العلاقة هو أنسب القوانين لحكمها. وإذاً، فالمهم في تنازع القوانين ليس هو تحديد سلطان القانون مقدماً، والقول بإقليميته او بإمتداده، بل المهم هو تحديد مقر الشخص ورد العلاقة القانونية الى مقرها الذي يتفق وطبيعتها، سعياً وراء الحلِّ المثالي لتنازع القوانين والوصول الى معرفة القانون الأنسب لحكمها، وهو قانون مقرها)). ثم كتب الاستاذ الدكتور عز الدين عبد الله في البند (31)، ص 51، عن خصائص الفقه السافيني ما يلي: ((ان فقه سافيني يتميز بالخصائص الآتية: (1) انه فقه متحيز؛ لأنه يترك حكم كل علاقة قانونية لقانون مقرها دون التقيد مقدماً بمبدأ اقليمية القوانين او بمبدأ امتدادها. (2) انه فقه تحليلي؛ لأنه يصل الى بيان القانون الواجب التطبيق عن طريق تحليل مختلف العلاقات القانونية وردها الى مقرها. (3) انه فقه عالمي؛ لأنه يهتم بالبحث عن الحلِّ المثالي العادل بتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة من بين القوانين التي تتنازعها التي يضمها اشتراك قانوني، دون التعصب لهذا القانون او ذاك)). وبدورنا نرى ان تحديد القانون الأكثر صلةً بالنزاع القائم امام القضاء طالما كان غير متعصباً لقانون دولة معينة وغير متحيز لقانون القاضي، فهو يحتمل أن يكون القانون الوطني لدولة القاضي، او أي قانونٍ آخر سواه، وهذه هي فلسفة الفقه السافيني التي يترتب عليها ان قواعد الإسناد المأخوذة منه، تعد من قبيل القواعد المزدوجة لعدم تعصبها لقانونٍ معين قدر تمركزها وتمحورها حول القانون الأنسب الذي يحكم مقر علاقة الشخص بمكانٍ جغرافي معين، وتحديد مقر العلاقة القانونية في مقرٍ محددٍ ايضاً تتركز فيه من أجل معرفة القانون المسند اليه وتحديده بصورة سليمة، وهذا النهج يمثل أغلب قواعد الإسناد الوارد ذكرها في التقنين المدني العِراقيَّ.

وأغلب قواعد الإسناد الوارد ذكرها في قانوننا المدني او الواردة في غيره من القوانين الآخرى هي من هذا القبيل، ومن أمثلته: قواعد الإسناد الخاصة بالنزاعات التعاقدية وغير التعاقدية وفي النزاعات الواردة على الشكلية، وهي جميعها نزاعات تتركز في مكانٍ محدد، وهذا المكان او الحيز الذي تتركز فيه هو الذي يحدد القانون الواجب الانطباق عليها، ويحتمل أن يكون قانون القاضي، او قانون آخر أجنبي عنه. فيجوز أن يحكم العقد المشوب بعنصرٍ اجنبي اكثر من قانون واحد، كأن يكون شكل ابرامه محكوماً بقانون مكان توثيقه، وفي إلتزامات اطرافه يكون محكوماً بقانون الدولة المتفق عليها (المادة 25 مدني-عراقي). وفي انقضائه يكون محكوماً بقانون دولة ثالثة وهكذا.

وصفوة القول: أنَّ قواعد الإسناد قواعد شديدة التعقيد، كثيرة التفصيل، رباعية الابعاد مع كل من ضابط الإسناد وفكرته والقانون المسند اليه –أنْ صحَّ القول عنها- فهي ذات طبيعة إسنادية اما ان تكون مزدوجة او احادية، وهذه تعني ان لها طبيعة واحدة فقط، ولكنها بالرغم من وحدانيتها فانها تشترك مع غيرها من العلاقات القريبة منها شديدة الصلة بها ومتماسكة معها بالرغم من تمايز وظيفة كل واحدة منها عن الاخرى في اربعةِ أبعاد متداخلة متميزة بعضها من البعض الاخر متعاونة فيما بينها نكرر الإشارة بصددها للمرة الثانية لحساسية الموضوع وأهميته، لا تظهر الواحدة منها منفردة في العمل من دون مثيلاتها، وهي: (ضابط إسناد) و (فكرة إسناد) و (قاعدة الإسناد) و(القانون المسند اليه)، فإجتماعها الطبيعي منقسم، وانقسامها مجتمع بطبيعة واحدة يصعب علينا تلخيصها او جمع شَتاتها، سوى عندما نقوم بتعريفها على أنها: تلك القواعد – القانونية بالطبع – التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهو التعريف الذي ذهب اليه الأستاذ الكبير الدكتور هشام علي صادق من جمهورية مصر العربية، الذي سبق لنا الإشارة اليه من قبل.

د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، بند (2)، ص 5.