تطبيق قواعد تنازع القوانين(قواعدالاسناد) وفقاً لموقف المشرع العراقي

المدرس. ابراهيم عباس الجبوري

كلية القانون والعلوم السياسية/الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف

Application of conflict of laws rules (rules of support) in accordance with the position of the Iraqi legislator

Teacher .Ibrahim Abbas Jubouri

College of Law and Political Science/Islamic University of Najaf

ibraheemabbas916@gmail.com

Abstract

The question arises: Is it permissible for a state to apply its national laws to all legal relations, whether national or foreign,? This is not possible because international life is no longer confined to relations between countries. Rather, it involves another category of relations: the special international relations between the members of these different countries, which requires that each State should abrogate the absolute territorial basis in the application of its laws and allow Its courts to apply the laws of other States to determine the law applicable to a foreign element, and that failure to establish substantive rules to regulate the relationship with the foreign element would harm their own interests and common interests.

Keywords: application, rules, conflict, laws, attribution.

الملخص

يثار تساؤل: هل يجوز ان تطبق الدولة قوانينها الوطنية على جميع العلاقات القانونية سواء أكانت وطنية أم مشوبة بعنصر أجنبي...؟ لا يمكن ذلك، لأن الحياة الدولية لم تعد قاصرة على العلاقات القائمة بين الدول فقط، بل اصبحت تتضمن فئة أخرى من العلاقات وهي العلاقات الدولية الخاصة بين أفراد تلك الدول المختلفة، مما يتطلب ان تخفف كل دولة من التمسك بقاعدة الاقليمية المطلقة عند تطبيق قوانينها، والسماح لمحاكمها بتطبيق قوانين الدول الأخرى لمعرفة تحديد القانون الواجب التطبيق المشوب بعنصر أجنبي، وان عدم وضع القواعد الموضوعية لتنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي سيضر بمصالحها الخاصة، والمصالح المشتركة.

الكلمات المفتاحية: تطبيق، قواعد، تنازع، قوانين، اسناد.

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث وأهميته: ان قاعدة تنازع القوانين لا تضع الحلول لكل مسألة من المسائل بل انها تحدد القانون الذي يحكم تلك المسألة، مثال ذلك: الأهلية تخضع لقانون الجنسية، وان شكل التصرف يخضع لقانون بلد ابرامه، وان قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته، ولتفسير قواعد تنازع القوانين، حتى يتمكن القاضي من تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردها الى نظام قانوني معين، ومن ثم معرفة القانون الواجب التطبيق، عليه اجراء مسألة أولية تسمى(التكييف)، وبعد ذلك يكون القاضي أمام مشكلة أخرى تتعلق بتحديد المقصود بالقانون الواجب التطبيق، هل يقتصر تطبيقه على القواعد الموضوعية مباشرة في القانون الواجب التطبيق فقط، أم يمتد التطبيق الى القانون في جملته، وهنا يستلزم التعرف على مشكلة(الاحالة)، وقد تظهر مشكلة ثالثة في حالة تغيير ضابط الاسناد اثناء قيام العلاقة القانونية، مثل: تجنس مواطن تركي بالجنسية العراقية اثناء قيام العلاقة القانونية المتنازع بشأنها، وهو ما يطلق عليه(التنازع المتحرك).

ثانياً- أهداف البحث: ان القانون الدولي الخاص ينظم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد مثل: القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الأحوال الشخصية، بينما تنازع القوانين لا يرد على القوانين العامة مثل: قانون العقوبات، والقانون الاداري، وقانون الضرائب، وذلك لأن كل دولة لا تطبق إلا قانونها الوطني على كل الجرائم التي تقع داخل اقليمها، وان تلك القوانين ترتبط مباشرة بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة.

ثالثاً- مشكلة البحث: لا تثور مشكلة نحتاج فيها معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية اذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع تتسم بالطابع الوطني، وذلك لأن تسوية النزاع ستتم وفقاً لقواعد القانون الوطني، ولا نحتاج الى القانون الدولي الخاص، بينما تثور مشكلة عندما تتصل العلاقة القانونية محل النزاع بقانون أكثر من دولة واحدة(عنصر أجنبي)، مثل: زواج عراقي من امرأة مصرية في السويد، ثم نشب خلاف بينهما، ورفعت الزوجة دعوى طلاق أمام القضاء الهولندي، وهنا يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق، هل هو: القانون العراقي بوصفه قانون دولة الزوج...؟ أم القانون السويدي بوصفه قانون موطن الزوجية...؟ أم القانون المصري بوصفه قانون الزوجة المطالبة بالطلاق...؟ أم القانون الهولندي بوصفه قانون القاضي الذي اختصم اليه الزوجان...؟

رابعاً- منهج البحث: سنتبع المنهج الوصفي المقارن من خلال وصف الحقائق العلمية، وتحليلها والرجوع الى مصادرها في القانون.

خامساً- خطة البحث: اقتضت طبيعة البحث، ولاجل الاحاطة بجوانبه القانونية جميعها، النظرية منها والعملية، والوقوف على معطياته المختلفة، تقسيمه على ثلاثة مباحث، وحسبما يأتي: ندرس المبحث الأول: مفهوم قواعد تنازع القوانين، ويتكون من اربعة مطالب، المطلب الأول: التعريف بقواعد تنازع القوانين، والمطلب الثاني: نبين خصائص قواعد تنازع القوانين، والثالث: نوضح عناصر قواعد تنازع القوانين، اما الرابع: ندرس فيه أنواع قواعد تنازع القوانين، وندرس في المبحث الثاني: مفهوم نظرية التكييف، ويتكون من ثلاث مطالب: الأول: نوضح فيه التعريف بالتكييف، والثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم التكييف، والثالث: نبين موقف المشرع العراقي منه، في حين سنعقد في المبحث الثالث: مفهوم نظرية الإحالة، وذلك في ثلاث مطالب: سنبحث في الأول: التعريف بالإحالة، وفي الثاني: التنظيم القانوني للإحالة، وفي المطلب الثالث: نبين موقف المشرع العراقي.

المبحث الأول

مفهوم قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)

يحدث تنازع القوانين عندما يثور نزاع يتعلق بعلاقة خاصة دولية، أو علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وهنا نكون أمام أكثر من قانون دولة واحدة، يدعي احقيته وقابليته لحسم النزاع، ومن المتعذر تطبيقها جميعاً في وقت واحد، وفي هذه الحالة تكون مهمة القاضي هي اختيار أحد تلك القوانين واسناد النزاع اليه على اعتبار أنه القانون الذي يرتبط بأوثق الصلات بالعلاقة المتنازع فيها، وان قاعدة الاسناد هي قاعدة قانونية تضطلع بمهمة اختيار اصلح القوانين المتنافسة لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على اربعة مطالب نبين في المطلب الأول: تعريف قواعد تنازع القوانين، وفي الثاني: نوضخ خصائص قواعد تنازع القوانين اما الثالث: فندرس عناصر قواعد تنازع القوانين، والرابع: انواع قواعد تنازع القوانين، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

تعريف قواعد تنازع القوانين

يمكن عريف قواعد تنازع القوانين بأنها(قواعد قانونية، وطنية، وضعية، ارشادية، توجيهية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، لا تعطي الحل المباشر للنزاع، وانما ترشد القاضي الوطني المختص الى اختيار القانون الاصلح أو الانسب الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، من بين عدة قوانين متنافسة لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي)، مثال ذلك: ابرام تاجر عراقي مع تاجر فرنسي عقداً في القاهرة، على ان يكون الدفع بالدولار الامريكي، ويكون التسليم في ميناء البصرة، بسفينة بريطانية، هنا يثار تساؤل في حالة حدوث نزاع، ما القانون الواجب التطبيق، هل هو القانون

العراقي بأعتباره قانون جنسية المشتري...؟ أم القانون الفرنسي بأعتباره قانون البائع...؟ أم القانون المصري بأعتباره قانون محل العقد...؟ أم القانون الامريكي بأعتباره قانون الدولة صاحبة العملة المطلوب التسديد بموجبها... ؟

المطلب الثاني

خصائص قواعد تنازع القوانين

لقواعد الاسناد خصائص تلتقي مع باقي القواعد القانونية، إلا انها تتميز عن غيرها ببعض الخصائص الأخرى، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

أولاً– انها قواعد قانونية وضعية: يعني غالباً ما تقوم بوضعها السلطة التشريعية المختصة في كل دولة، وقد يساهم القضاء احياناً في وضعها كما في الدول الانكلوسكسونية مثل انكلترا، وتلعب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون الخاص بدور كبير في صياغة ووضع قواعد الاسناد.

ثانياً–انها قواعد ارشادية توجيهية: يعني انها أداة ترشد القاضي الى القانون الاصلح، فضلاً عن كونها أداة مفاضلة بين القوانين المتنافسة لحكم العلاقة الخاصة الدولية لاختيار انسبها واصلحها بمعنى آخر: انها ليست قواعد موضوعية ولا إجرائية[1].

ثالثاً–انها قواعد غير مباشرة: يعني ليس من وظيفتها ان تقدم وبشكل مباشر الحل الموضوعي أو النهائي الذي يكفل في فض النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وهي عكس القواعد المباشرة التي تطبق مباشرة على موضوع النزاع، كما هو الحال في قواعد القانون المدني أو التجاري أو الأحوال الشخصية.

رابعاً–انها قواعد مزدوجة ثنائية الجانب: يعني انها تمثل أداة مفاضلة بين القوانين وارشاد الى القانون الاصلح من بينهما، وان قانون القاضي ليس هو الافضل دائماً في احكامه، التي قد لا تتلائم مع حاجات المعاملات العابرة للحدود، والعلاقات القانونية الخاصة الدولية، لأنها موضوعة في الأصل لتنظيم العلاقات القانونية الوطنية.

خامساً– انها قواعد ذات إسناد اجمالي: يعني الاسناد الى القانون الواجب التطبيق ككل لا يتجزأ، أي الى مجموع النظام القانوني لدولة ما وبكل القواعد القانونية التي ينطوي عليها، سواء أكانت قواعد القانون الخاص، أم قواعد القانون العام، أم القواعد ذات التطبيق الضروري، ولا سيما عندما يكون القانون الواجب التطبيق أجنبياً.

سادساً–انها قواعد مجردة: يقصد بالتجريد: سمو حكم القاعدة على التفصيلات واعتدادها بالاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموع الوقائع التي تطبق عليها جميعاً، بمعنى آخر: انها لا تشير الى تطبيق قانون دولة معينة بالذات ليحكم المنازعة، بل يقتصر دورها على تحديد معيار معين ترى أنه يمثل أنسب المعايير للربط بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق عليها، وهذا المعيار يطلق عليه ضابط الاسناد، الذي يتصل بمركز الثقل في العلاقة، وليس القانون الواجب التطبيق الذي تجهله القاعدة تماماً، ولا يمكن معرفته إلا اذا انتقلت القاعدة من التجريد الى التطبيق.

سابعاً–انها قواعد نوعية: يعني انها قاعدة لا تنطبق على جميع أنواع العلاقات القانونية بشكل مطلق وبدون تمييز، بل انها تميز بين نوعين من العلاقات: الأولى: هي العلاقات القانونية الخاصة الدولية، والثانية: هي العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها، فتسري على الأولى دون الثانية، كما انها تستبعد من نطاق تطبيقها العلاقات ذات الطابع الدولي الصرف، فلا شأن لها بعلاقة دولة بأخرى، أو دولة بمنظمة دولية[2].

المطلب الثالث

عناصر قواعد تنازع القوانين

تتكون قواعد الاسناد من ثلاثة عناصر هي: الفكرة المسندة، وضابط الاسناد، والقانون المسند اليه، وسيتم توضيح كل واحدة منها، وحسبما يأتي:

أولاً–الفكرة المسندة: هي عنوان العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، والتي تحتاج الى تعيين قانون مختص بها، وتحتوي كل فكرة مسندة على العلاقات القانونية المتقاربة أو المتشابهة، والتي قد تمثل نظاماً قانونياً واحداً، وهي فكرة قانونية تستمد مفهومها من أحكام القانون، مثال ذلك: فكرة الأهلية: والتي وضع لها المشرع العراقي ضابط الجنسية كضابط للإسناد، واخضعها الى قانون جنسية الشخص في المادة(1/18) من قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006 المعدل.

ثانياً–ضابط الإسناد: هو الموجه أو المرشد الى القانون الواجب التطبيق، وتأتي أهميته من كونه الهوية التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن كونه من صنع مشرع دولة القاضي، بمعنى آخر: المعيار أو الوسيلة التي يتم بها إسناد الفكرة الى قانون معين، يتم عن طريقه الربط بين العلاقة محل النزاع والقانون الأكثر ارتباطاً بها بوصفه القانون الاصلحأو الانسب من بين عدة قوانين متنافسة لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.

ثالثاً–القانون المسند اليه: هو القانون الواجب التطبيق، الذي يرشد اليه ضابط الاسناد في قاعدة الاسناد الوطنية، وقد يكون قانوناً وطنياً بالنسبة الى القاضي المطروح أمامه النزاع، أو قد يكون قانوناً أجنبياً، والقانون بشكل عام يتكون من طائفتين من القواعد هما: القواعد الموضوعية، وقواعد الاسناد[3].

المطلب الرابع

أنواع قواعد تنازع القوانين

تقسم أنواع قواعد الاسناد الى نوعين هما: قواعد اسناد بسيطة، وقواعد اسناد مركبة، وسيتم توضيح كل واحدة منها، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

قواعد الاسناد البسيطة

يعد هذا النوع الصورة الغالبة، وسبب تسميتها بهذا الأسم كونها تتضمن ضابطاً واحداً للإسناد مهمته اسناد الاختصاص لقانون واحد يكون هو القانون الواجب التطبيق على المنازعة، ويهدف المشرع من وراء الاسناد البسيط عادة الى تحقيق هدف محدد، مثال ذلك: المادة(1/27) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، التي نصت على ان "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، هنا المشرع اخضع المسؤولية عن الالتزامات غير التعاقدية في هذه القاعدة لقانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام.

الفرع الثاني

قواعد الاسناد المركبة

ان قواعد الاسناد المركبة غالباً ما تكون على نوعين هما: الأول: يتضمن ضابط إسناد واحد، ولكنه يشير الى أكثر من قانون، وكل قانون من هذه القوانين يكون واجب التطبيق مثال ذلك: المادة(1/19) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين..."، ففي حالة اختلاف جنسية كل من الزوجين والذي يظهر في الزواج المختلط فإن ضابط الجنسية يشير الى تطبيق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج، اما النوع الثاني: فيتضمن عدة ضوابط اسناد تسعى الى تحقيق احدى الغايتين الآتيتين:

أولاً– الغاية الأولى: قد يكون الهدف الذي يتوخاه المشرع من وضع أكثر من ضابط اسناد في القاعدة هو التيسير على الاطراف في العلاقات الخاصة الدولية، وكذلك حماية المصالح الخاصة للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، بإتاحة الفرصة لهم لأختيار انسب القوانين لحكم علاقاتهم، مثال ذلك: المادة(1/19) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان"... اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه اذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"[4].

ثانياً- الغاية الثانية: التي يتوخاها المشرع من وراء تعدد ضوابط الاسناد في القاعدة الواحدة، فهي التدرج في ترتيب درجة ارتباط القوانين التي من المزمع اختيارها بالعلاقة محل النزاع، ويتم هذا الترتيب عن طريق تصنيف ضوابط الاسناد في القاعدة الى ضوابط أصلية واحتياطية، إذ يتم تطبيق ضابط الاسناد الأصلي أو الرئيسي أولاً وما يترتب عليه من اعمال القانون الذي يرشد اليه، فإذا انعدم هذا الضابط يكون اللجوء تدريجياً الى الضوابط الاحتياطية، مثال ذلك: المادة(1/25) من القانون المدني العراقي المعدل التي نصت على ان " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه".

المبحث الثاني

مفهوم نظرية التكييف

ان اسناد العلاقة ذات البعد الدولي لقانون دولة ما لا يتم بصورة مباشرة، وانما بعد اجراء عملية فنية أولية سابقة، عليها يتوقف اختيار قاعدة اسناد دون غيرها، وتظهر الحاجة للتكييف سواء في ظل اختلاف قواعد الاسناد أم تشابهها، لأن تشابه القواعد لا يعني وحدة توصيف العلاقة، فالتكييف عملية سابقة على الاسناد[5]، وسيتم تقسيم هذا المبحث على ثلاث مطالب، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بالتكييف

يمكن ايجاز تعريف التكييف، وأهميته، وأنواعه، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

تعريف التكييف

يعني قيام القاضي باعطاء الوصف القانوني لتحديد طبيعة العلاقة القانونية الدولية الخاصة المتنازع فيها وتفسيرها وردها الى نظام قانوني معين.

مثال على أهمية التكييف: قضية عرضت على القضاء الفرنسي، مضمونها ان هولندياً اوصى لفرنسية بأمواله الكائنة في انجلترا، وكتب وصيته بخط يده في شكل سند عرفي أو عادي اثناء وجوده في فرنسا، على الرغم من ان القانون الهولندي يحظر على الهولنديين الايصاء في الشكل العرفي حتى ولو كانوا في الخارج طبقاً لاحكام المادة (992) من القانون المدني الهولندي، وتفرض عليهم افراغ وصاياهم في الصورة الرسمية، على خلاف ما يأخذ به القانون الفرنسي من اجازة الوصية في الشكل العرفي، وبعد وفاة الهولندي حصل نزاع بين ورثته بخصوص صحة هذه الوصية، لمخالفتها للحظر المنصوص عليه في القانون الهولندي، لان تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الوصية يتوقف على تكييف العلاقة القانونية، فاذا اعتبرنا ابرام الوصية في الشكل العرفي تنتمي الى شكل التصرف، فانه يتم تطبيق القانون الفرنسي، استناداً للقاعدة التي تقضي بخضوع شكل التصرف الى محل ابرامه، أما اذا تم تكييف الوصية في الشكل العرفي على انها مسألة تابعة بالأهلية تقرر اخضاعها لقانون جنسية الشخص، وبما ان الموصي هولندي فان الوصية تعد باطلة.

الفرع الثاني

أنواع التكييف

للتكييف نوعان هما:

أولاً-التكييف الأولي: هو عملية فنية أولية سابقة على الاسناد بمقتضاه تتحدد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لغرض اعطائها الوصف القانوني الملائم لأحد الأفكار المسندة تمهيداً لاسنادها للقانون الواجب التطبيق، فقد عرضت قضية

على القضاء الفرنسي مضمونها ان هولندياً اوصى لفرنسية بأمواله الكائنة في انجلترا، وكتب وصيته بخط يده في شكل سند عرفي أو عادي اثناء وجوده في فرنسا، على الرغم من ان القانون الهولندي يحظر على الهولنديين الايصاء في الشكل العرفي حتى ولو كانوا في الخارج طبقاً لأحكام المادة(992) من القانون المدني الهولندي، وتفرض عليهم افراغ وصاياهم في الصورة الرسمية، على خلاف ما يأخذ به القانون الفرنسي من اجازة الوصية في الشكل العرفي، وبعد وفاة الهولندي حصل نزاع بين ورثته بخصوص صحة هذه الوصية، لمخالفتها للحظر المنصوص عليه في القانون الهولندي، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الوصية يتوقف على تكييف العلاقة القانونية، فاذا اعتبرنا ابرام الوصية في الشكل العرفي تنتمي الى شكل التصرف، فانه يتم تطبيق القانون الفرنسي، استناداً للقاعدة التي تقضي بخضوع شكل التصرف الى محل ابرامه، أما اذا تم تكييف الوصية في الشكل العرفي على انها مسألة تابعة بالأهلية تقرر اخضاعها لقانون جنسية الشخص، وبما ان الموصي هولندي فان الوصية تعد باطلة.

ثانياً–التكييف الثانوي: هو عملية فنية لاحقة على عملية الاسناد يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع، لغرض البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع والملائمة للعلاقة، مثال ذلك: الطعن بأهلية فرنسي مقيم في العراق أمام قاضي النزاع العراقي يقوم الأخير بتكييف الطعن بحسب القانون العراقي، اما تحديد ما يعد من عوارض الأهلية كالعته والسفه تكون بموجب القانون الأخير، أي ان القاضي العراقي سيضع الطعن في مجال قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية، وبعد ذلك يراجع القانون الفرنسي المشار اليه من قبل قاعدة الاسناد لأختيار القاعدة الموضوعية المناسبة لتفاصيل موضوع الطعن، وهي عوارض الأهلية[6].

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم التكييف

اختلفت الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم التكييف الى النظريات الثلاثة الآتية:

الفرع الأول

نظرية تطبيق القانون المقارن

نظرية وضعها الفقيه الالماني(ارنست رابل) مضمونها: يجب على القاضي عدم التقيد عند اجراء تكييف العلاقة القانونية بالقانون الوطني لدولته، وانما يجب عليه ان يتجه اتجاهاً عالمياً وان يجري التكييف طبقاً للقانون المقارن، ولا يمكن تطبيق هذه النظرية من الناحية العملية لأنه يصعب على القاضي تكييف مسألة معينة بالرجوع الى قوانين الدول المختلفة مثل: الزواج في المفهوم الاسلامي يجوز تعدد الزوجات بينما في الدول الغربية لا يجوز ذلك.

الفرع الثاني

نظرية تطبيق القانون المختص الذي يحكم التكييف

نظرية وضعها الفقيه الفرنسي(دسباينيه) مضمونها: ان تحديد طبيعة العلاقة الدولية الخاصة محل النزاع يجب ان يتم طبقاً لأحكام القانون المختص الذي يحكم النزاع، واذا اشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانون أجنبي على القضية المعروضة فانه يتعين الرجوع الى هذا القانون الذي اختارته قاعدة التنازع لتحديد طبيعة هذه القضية، وفي حالة اشارت قاعدة التنازع الى ان الأهلية يحكمها قانون جنسية الشخص عند ابرام التصرف القانوني، فانه يقتضي الرجوع الى هذا القانون ذاته لتحديد المقصود بالأهلية، لأن الرجوع الى تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يؤدي الى نتيجة غير مقبولة، إذ يؤدي الى عدم تطبيق القانون الأجنبي على الرغم من انه القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثالث

نظرية تطبيق قانون القاضي

نظرية وضعها الفقيه الفرنسي(بارتان) مضمونها: ان التكييف عملية أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق لا تتم إلا بالرجوع الى قانون القاضي وهو القانون الداخلي للدولة، واستثنى الفقيه نوعين هما:

أولاً– تكييف الاموال: يقصد به: يرى ان تحديد طبيعة المال من حيث وضعه منقولاً أم عقاراً يجب ان يخضع لقانون الموقع وليس الى قانون القاضي.

ثانياً– التكييف اللاحق: يقصد به: ان الفقيه الفرنسي يفرق بين التكييف الأولي، والتكييف اللاحق ويرى ان التكييف الأولي هو التكييف اللازم لتطبيق قاعدة التنازع، وهو الذي يخضع لقانون القاضي فقط، بينما التكييف اللاحق فلا يخضع لقانون القاضي، مثال ذلك: اذا تم الرجوع الى قانون القاضي عند القيام بالتكييف الأولي، واتضح بعد ذلك ان قانوناً أجنبياً هو المختص بحكم النزاع، فان هذا القانون الأجنبي هو الذي يجب ان يطبق على التكييف اللاحق اللازم للفصل في النزاع[7].

المطلب الثالث

موقف القانون العراقي

اخذ المشرع العراقي بنظرية تطبيق قانون القاضي في المادة(1/17) من القانون المدني المعدل التي نصت على ان" القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

وان اخضاع التكييف للقانون العراقي ليست مطلقة، بل ترد عليها استثناءات، وهو ما نصت عليه المادة(2/17) من نفس القانون التي نصت على ان" ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشئ عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشئ".

وكذلك نص المادة(29) من نفس القانون، التي نصت على ان " لا تطبق أحكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق"، والاستثناءات هي:

أولاً– الاستثناء الأول: اذا اقتضى تحديد وصف الشئ موضوع النزاع مالاً منقولاً أم غير منقول: وهنا لا يطبق قانون القاضي بل يطبق قانون موقع المال.

ثانياً– الاستثناء الثاني: حالة التكييف اللاحق: يعني ان دور القاضي العراقي ينتهي عند التكييف الاولي وهو تحديد قاعدة الاسناد الوطنية، بينما التكييف اللاحق فيخرج عن الاختصاص العراقي ويحكمه القانون المختص الذي حددته قاعدة الاسناد.

ثالثاً– الاستثناء الثالث: حالة وجود نص في معاهدة أو في قانون يقضي باخراج التكييف من اختصاص القاضي ويعطيه لقانون آخر.

المبحث الثالث

مفهوم نظرية الإحالة

في حال اشارت قواعد التنازع الوطنية الى تطبيق قانون أجنبي، يثار تساؤل بخصوص هذا القانون الأجنبي، وذلك لأن أي قانون يحتوي على نوعين من القواعد وهما: القواعد الموضوعية: التي تعطي الحل للنزاع مباشراً، وقواعد التنازع ذات الطبيعة الارشادية: التي تشير الى القانون الواجب التطبيق، فاذا طبق القاضي القواعد الموضوعية من الأجنبي فقط، فمعناه رفض الأخذ بالاحالة، اما اذا طبق القاضي قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون الأجنبي فمعناه قبول الاخذ بالاحالة[8].

المطلب الأول

التعريف بالاحالة

يمكن ايجاز تعريف الإحالة، وبيان شروطها، ونطاق عملها، وأنواعها، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

تعريف الاحالة

هي: تخلي القانون الأجنبي المختص عن اختصاصه الى قانون القاضي، أو الى قانون أجنبي آخر بموجب قواعد اسناده عن الاختصاص المسند اليه لحساب قانون القاضي، أو لحساب قانون أجنبي آخر، فمثلاً لو عرض على القاضي العراقي أمر تحديد أهلية شخص انجليزي متوطن في العراق، وفقاً لأحكام القانون العراقي المادة(1/18) من القانون المدني التي نصت على ان " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته"، فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي لكونه قانون جنسية الشخص، فاذا طبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي فهذا يعني رفض الاحالة لأن القاضي يرجع مباشرةً الى القانون الانجليزي، بينما اذا طبق القاضي قواعد التنازع في االقانون الانجليزي فان القاضي سوف لن يطبق القانون الانجليزي في مجال الأهلية، لأن قواعد التنازع الانجليزية تأخذ بقانون الموطن، وبما ان هذا الشخص الانجليزي متوطن في العراق فيمكن للقانون الانجليزي ان يحيلها الى القانون العراقي، وهنا يتم تطبيق الاحالة عند تطبيق القانون العراقي في هذه الحالة بوصفه قانون موطن الشخص الانجليزي.

ان الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول، بمعنى آخر: اذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع تقر نفس الحكم الذي تقرره قواعد اسناد القانون المسند له الاختصاص فتكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص، مثل: قواعد الاسناد العراقية وقواعد الاسناد في التشريعات العربية.

الفرع الثاني

شروط الإحالة

أولاً– اختلاف حكم قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع عن الحكم الذي تقرره قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.

ثانياً– اعتماد حكم قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص قبل تطبيق قواعده الموضوعية.

ثالثاً– تخلي قواعد اسناد القانون المسند اليه الاختصاص لحساب دولة قانون قاضي النزاع أو لحساب قانون آخر[9].

رابعاً– قبول قانون قاضي النزاع أو القانون الأجنبي للاختصاص المتخلي عنه من قبل قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.

الفرع الثالث

نطاق عمل الاحالة

غالباً ما تظهر الاحالة في مسائل الاحوال الشخصية، وذلك لأن بقية المسائل تكون لها قواعد اسناد متشابهة بين الدول، مثال ذلك: مسائل الأموال تخضع في جميع الدول لقانون موقعها، وكذلك مسائل الفعل الضار والنافع تكون لدى اغلب الدول تخضع لقانون محل حدوث الفعل، ومسائل العقود تخضع لقانون الارادة، وتجدر الاشارة الى ان القانون العراقي تقرر قواعد اسناده في مسائل الاحوال الشخصية

الاختصاص لقانون الجنسية بينما القانون البريطاني تقرر قواعد اسناده الاختصاص لقانون الموطن.

الفرع الرابع

أنواع الإحالة

أولاً– الاحالة من الدرجة الأولى(البسيطة): فيها يتخلى القانون المسند له الاختصاص عن اختصاصها لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، فمثلاً لو عرض على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا، فان قاعدة التنازع الفرنسية سوف تقضي بتطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانون الجنسية، بينما قاعدة التنازع في القانون الانجليزي سوف تقضي بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن.

ثانياً- الإحالة من الدرجة الثانية(المركبة): فيها يتخلى القانون المسند له الاختصاص لحساب قانون أجنبي، ويمكن ان يتخلى الأخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانو آخر، وهكذا نجد الاختصاص ينتقل عبر قواعد اسناد عدة دول، فمثلاً لو كان نزاع معروض أمام القضاء العراقي يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا، إذ تقضي قاعدة التنازع العراقية بتطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانون الجنسية، غير ان قاعدة التنازع الانجليزية تحيل الى القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن[10].

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للإحالة

لم تكن نظرية الإحالة محل أتفاق الفقه، والقضاء، والتشريع، لذلك هناك اتجاهان رئيسان بين مؤيد ومعارض، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

الاتجاه الأول: قبول نظرية الإحالة

ان الحجج التي استندوا عليها هي:

أولاً-فكرة الاسناد الاحتياطي: يقصد بها: ان قواعد التنازع الوطنية يتم وضعها بأفتراض ان هناك اشتراكاً قانونياً بينها وبين قواعد التنازع الأجنبية، فاذا رفضت هذه الأخيرة الاختصاص لقانونها الأجنبي فان ذلك يعني انتقاء لذلك الاشتراك، وهنا يجب على القاضي البحث عن اسناد احتياطي للمسألة، وهو اسناد لا يكون بالرجوع الى قانونه الوطني.

ثانياً-فكرة تحقيق التنسيق بين قواعد التنازع في الدول الوطنية المختلفة وتيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية: يقصد بها: ان الأخذ بفكرة الإحالة يؤدي الى تناسق الحلول، وتيسير تنفيذ الأحكام الوطنية في البلد الأجنبي، وجعله يسيراً نظراً لاتفاقه مع ما يقضي به القاضي، وذلك لأن تطبيق القاضي لقاعدة التنازع الأجنبية يمكن ان يعطي النزاع نفس الحل الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة الأجنبية فيما لو كان قد تم عرض النزاع عليه، وبذلك تتوحد الحلول في مجالات المعاملات الدولية، فضلاً عن امكانية تنفيذ الأحكام الوطنية في الخارج.

ثالثاً-فكرة الضرورات القانونية: ان فكرة الضرورات القانونية تتطلب قبول فكرة الإحالة في الدول المختلفة وذلك لأن قانون كل دولة تتكون من قواعد موضوعية، وقواعد تنازع أو اسناد، وهي في مجموعها تعد وحدة متكاملة يجب العمل بها بصورة كاملة، فاذا اشارت قواعد التنازع الوطنية بتطبيق قانون أجنبي فانها بذلك تعني جميع أحكام ذلك القانون، إذ لا يصح تجزئته، والاقتصار على الأخذ بقواعده الموضوعية فقط بل يجب على القاضي ان يطبق قواعد التنازع لذلك القانون الأجنبي، لأن وجود العلاقات ذات العنصر الأجنبي أصبحت من سمات التطور في الوقت الحاضر.

الفرع الثاني

الاتجاه الثاني: رفض نظرية الإحالة

ان الحجج التي استندوا عليها هي[11]:

أولاً- طبيعة قواعد التنازع: يقصد به: ان قواعد التنازع سواء في قانون القاضي أم في القانون الأجنبي تعد من قواعد القانون العام، لأنها قواعد وطنية اقليمية لا يطبقها إلا قاضي الدولة التي وضعتها.

ثانياُ- ان وظيفة قواعد التنازع الأساسية هي ذات طبيعة سياسية: تتمثل في الفصل بين سيادات الدول التي تكون على صلة بالعلاقة موضوع النزاع، وهذا التنازع يجب ان تحسمه قواعد التنازع الوطنية، وليس قواعد التنازع الأجنبية، لأن قيام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة التنازع الأجنبية لتحديد القانون الواجب التطبيق يعد انتهاك للسيادة التشريعية للمشرع الوطني، فالقاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني وليس بأوامر المشرع الأجنبي.

الفرع الثالث

قبول الاحالة يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة

يقصد به: ان قبول الإحالة يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة لا نستطيع الخروج منها، لا سيما عندما تتابع الإحالات، وتتوالى الى ما لا نهاية، مما يؤدي الى تعطيل لمصالح الأفراد، وحسن سير القضاء.

المطلب الثالث

موقف المشرع العراقي

جاء في المادة(31) من القانون المدني العراقي ما يأتي:

أولاً– اذا تقرر ان قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

ثانياً– واذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فأن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها، والقضاء العراقي اخذ بالإحالة في قضية فتاة بريطانية تزوجت وعمرها(12) سنة من شخص عراقي ومتوطنة مع امها في العراق، إذ تعد البنت بالغة سن الرشد حسب نص المادة(986) من مجلة الأحكام العدلية المعمول بها عند زواج هذه البنت، وكان قرار القضاء هو: " ان القانون الانجليزي صريح بأن أهلية البريطاني للزواج تقرر حسب قانون موطنه"، وحيث ان البنت بريطانية فالقانون الذي يحكم اهليتها هو القانون الانجليزي، وبما ان هذا القانون الأخير قد نص صراحة بأن أهلية البريطاني تقرر حسب قانون الموطن، وحيث ان البنت متوطنة في العراق، فيكون القانون العراقي مختصاً، ويتضح من نص المادة(1/31) من القانون المدني ان المشرع العراقي قد رفض صراحة فكرة الإحالة، وهذا الرفض ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات هي[12]:

1– **الأستثناء الأول: اذا وجد نص في القانون يقضي الأخذ بنظرية الاحالة:** مثال ذلك: المادة(48/أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ التي نصت على ان " يخضع شكل الحوالة الى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها...".

2– **الأستثناء الثاني: اذا وجدت اتفاقية التزم بها العراق وتضمن حكماً يقضي الأخذ بالاحالة:** مثال ذلك: المادة(29) من القانون المدني التي نصت على ان " لا تطبق أحكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق".

الخاتمة

يمكن ايجاز أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها، وحسبما يأتي:

أولاً– النتائج:

1– ان يكون الاسناد اجمالياً للأختصاص بموجب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع لحساب القانون المسند اليه الاختصاص، ويتخلى الأخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانون القاضي أو قانون آخر ثم يسند الأخيرالاختصاص مرة أخرى لحساب القانون المسند له الاختصاص ابتداء ثم يتخلى الأخير، وهكذا يحصل اسناد ثم تخلي بموجب قواعد الاسناد، ويطلق الفقه على ذلك بالتنازع السلبي لقواعد الاسناد.

2– ان يتم الاسناد اجمالياً للأختصاص بموجب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع لحساب القانون المسند له الاختصاص، ويتخلى الأخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانون القاضي أو قانون آخر مع قبول القانون الأخير للأختصاص المسند اليه، وفي هذه الحالة نكون أمام إحالة، وهذا ما يطلق عليه في الفقه بالتنازع الايجابي في قواعد الاسناد.

3– ان يتم اسناد الاختصاص بصورة محددة له من قبل قواعد اسناد قانون القاضي النزاع لحساب القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص من دون المرور بقواعد اسناده، وهنا يطبق القانون الأخير بغض النظر عن قبول قواعد الاسناد فيه للأختصاص، وفي هذه الحالة لا تظهر الإحالة، وهذا هو موقف التشريعات التي رفضت الإحالة ومنها القانون العراقي.

ثانياً- التوصيات:

1- توحيد الأحكام بخصوص الإحالة، فالقانون المدني العراقي حظر العمل بها بموجب المادة(1/31) منه، بينما المشرع العراقي اخذ بها في قانون التجارة النافذ في المادة (2/48) منه، وكان قانون الاحوال الشخصية العراقي للأجانب رقم (78) لعام 1931 الملغى يأخذ بالإحالة.

2- ندعو المشرع العراقي الى اصدار تشريع خاص بالقانون الدولي الخاص ليشمل قواعده المتناثرة بين فروع القانون من جهة ومن جهة اخرى تنظيم الكثير من الإجراءات والمعاملات التي تظهر حديثاً نتيجة للتغييرات الحاصلة بطبيعة النظام القانوني في جمهورية العراق خاصة بعد عام 2003، مستفيدين من تجارب الدول المجاورة في هذا المجال.

المصادر

القرآن الكريم

المصادر

أولاً- الكتب القانونية:

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.

2- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996.

3- د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

4- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص- الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2013.

5- د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، ط2، مكتبة المنصورة، المنصورة، مصر، 2009.

6- د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج1، ط2، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1999.

7- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.

8- د. غالب علي الداوادي، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، بغداد، العراق، 2011.

9- د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج1، ط1، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق بغداد، 1982.

10- د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.

11- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1977.

12- د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.

ثانياً- النصوص القانونية:

1- القانون المدني رقم(40) لسنة 1951 المعدل.

قائمة الهوامش:

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985، ص176.
2- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، ص198.
3- د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص53.
4- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص- الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2013، ص233.
5- د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، ط2، مكتبة المنصورة، المنصورة، مصر، 2009، ص22.
6- د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج1، ط2، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1999، ص144.
7- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص534.
8- د. غالب علي الداوادي، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، بغداد، العراق، 2011، ص108.
9- د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج1، ط1، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق بغداد، 1982، ص122.
10- د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص11.
11- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1977، ص18.
12- د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014،ص 15.