تنازع القوانين ذو الطابع الدولي وفقاً لموقف المشرع العراقي

المدرس. ابراهيم عباس الجبوري

كلية القانون والعلوم السياسية/ الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف

Conflict of laws of an international character in accordance with the position of the Iraqi legislator

Assistant teacher .Ibrahim Abbas Jubouri

College of Law and Political Science/Islamic University of Najaf

ibraheemabbas916@gmail.com

Abstract

The law of conflict of laws is common in most countries of the world and has been adopted in the majority of Arab laws, including the Iraqi Civil Code, which is governed by its provisions in Articles 10-33, and the other section of jurisprudence is called "competition of laws, , And individuals are distributed in the form of legal political units to be defined by States, each state has its own law and legislation, which is defined within the limits of the territorial state, and therefore the laws are multi-state, and can exceed the law of a State in its influence and jurisdiction over the law of another country, Status of movement of persons and funds between the Nafu region Laws, resulting in conflict of laws, and ensure that the legal relationship to a foreign element makes it characterized the internation character.

Keywords: conflict, laws, character, international, legislator, Iraqi.

الملخص

شاع اصطلاح تنازع القوانين في اكثر دول العالم، وتم اعتماده في غالبية القوانين العربية ومنها القانون المدني العراقي الذي نظم أحكامه في المواد(10– 33) منه، والقسم الآخر من الفقه يطلق عليه تسمية(تزاحم القوانين، أو تسابق القوانين، أو تناسق القوانين)، ويتوزع الأفراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول، ويكون لكل دولة قانون وتشريع خاص بها، يتحدد سريانه في حدود الدولة الأقليمية، وبناء على ذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول، ويمكن ان يتجاوز قانون دولة ما في نفوذه وأختصاصه على قانون دولة آخرى، في حالة حركة انتقال الأشخاص والأموال بين منطقة نفوذ القانونين، مما يترتب عليه تنازع القوانين، وان تضمن العلاقة القانونية على عنصر أجنبي يجعلها تتسم بالطابع الدولي.

الكلمات المفتاحية: تنازع، قوانين، ذو، طابع، دولي، مشرع، عراقي.

المقدمة

أولاً– التعريف بموضوع البحث وأهميته: أن تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص يثير تزاحم وتداخل عدة قوانين تتجاذب حكم العلاقة، لتعدد انتماءات العلاقة بين هذه القوانين، ويعتمد في حل هذا التنازع قواعد ذات مصدر عرفي، أو قضائي، تحولت فيما بعد الى قواعد تشريعية تختلف اليه تطبيقها بحسب موضوعها، وظهر تنازع القوانين نتيجة اتصال الدول مع بعضها البعض، وتواصل شعوبها، وارتباطاتها بعلاقات قانونية مختلفة الجوانب، ومتنوعة الأوجه، نتيجة للكوامن والنزاعات الانسانية التي تميل بطبيعتها الى الاتصال والامتزاج، ورفض كل أشكال الحواجز التي تحول دون تحقيق هذا الغرض، وتزايدت أهميته مع تزايد عدد الدول في المجتمع الدولي، وتطور وسائل النقل، والاتصال والمواصلات التي تربط بين هذه الدول، مما ادى الى سهولة انتقال الأشخاص والأموال عبر الحدود بين الدول، الأمر الذي ادى الى ازدياد العلاقات القانونية المتصلة بأكثر من نظام قانوني واحد أو بأكثر من دولة واحدة، واضحى العنصر الأجنبي الذي يكتنف العلاقات الخاصة الدولية بين الأفراد مناط

تنازع القوانين، وحجر الاساس الذي ارتكزت عليه، خلافاً للعلاقات القانونية الوطنية، التي لا تثير مشكلة تنازع القوانين لخضوعها لقانون واحد، هو القانون الداخلي الوطني الذي يسري عليها دون منازع.

ثانياً– أهداف البحث: يحدث تنازع القوانين عندما يثور نزاع يتعلق بعلاقة خاصة دولية أو علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وفي هذه الحالة يكون الباب مفتوحاً أمام قانون أكثر من دولة واحدة، ليدعي احقيته وقابليته لحسم ذلك النزاع، ولأنه قد يكون من المتعذر عملياً تطبيقها جميعاً في وقت واحد، وان مهمة القاضي تتمثل في اصطفاء أو اختيار أو تفضيل احد هذه القوانين على بقية القوانين المتنافسة واسناد النزاع اليه على اعتبار أنه يمثل القانون الذي يرتبط بأوثق الصلات بالعلاقة المتنازع فيها، وان أحكامه توفر افضل الحلول المتاحة لحسم النزاع.

ثالثاً– مشكلة البحث: ينبغي ان نحدد ما اذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع هي من علاقات القانون الخاص أم لا، وكذلك ان نحدد ما اذل كانت العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي أم لا، وان مشكلة تنازع القوانين لا تعني وجود تنازع حقيقي بين القوانين، بل تكمن في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

رابعاً– منهج البحث: اتبعت 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 مبحثين: نتاول في المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين الدولي، الذي يتكون من خمسة مطالب: ندرس في المطلب الأول: التطور التاريخي لتنازع القوانين الدولي، وفي الثاني: التعريف بتنازع القوانين، وفي الثالث: نبين شروط تنازع القوانين، وفي الرابع: نوضح خصائص تنازع القوانين، وفي المطلب الخامس: فندرس نطاق ووظائف وأركان تنازع القوانين اما المبحث الثاني: ندرس فيه الوسائل الفنية الجديدة لحل تنازع القوانين، الذي يتكون من اربعة مطالب: الأول: نبين القواعد المادية (الموضوعية)، والثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري، وفي الثالث: تمييز القواعد المادية عن قواعد تنازع القوانين، وفي الرابع: نتميز القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد تنازع القواني.

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين الدولي

لقد طرح مصطلح تنازع القوانين الفقيه الهولندي (هوبر) وتعود بداياته الى منتصف القرن الثالث عشر الميلادي، وذلك في مدن شمال ايطاليا، إذ تظافرت عوامل ثلاثة هي: العامل السياسي: حيث كانت هذه المدن تتمتع بأستقلال نسبي، وعامل قانوني: وهو وجود أختلاف بين قوانين هذه المدن وعامل اقتصادي: يتمثل بأزدهار التجارة بين أفراد هذه المدن مما افضى الى نشوء علاقات قانونية متنوعة، اثير جدل بشأن القانون الواجب التطبيق الذي يحكمها، ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على اربعة مباحث[1]، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

التطور التاريخي لتنازع القوانين الدولي

ان مشكلة تنازع القوانين ليست وليدة الوقت الحاضر، بل تمتد جذورها عبر القدم، إلا انه لم تتناولها التشريعات إلا حديثاً، لذلك سيتم التركيز على دراسة مراحل تطوره في فترات معينة، وعن طريق مدارس فقهية معينة كان لها الأثر الكبير في صياغتها، وبلورتها، وكيفية اختيار ضوابطها ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على عدة فروع، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

تنازع القوانين الدولي في المجتمعات القديمة

كانت الامبراطورية الرومانية تطبق قانونين، وحسبما يأتي:

أولاً– القانون المدني: الذي يسري على المواطنين الرومانيين انفسهم.

ثانياً– قانون الشعوب: هو مجموعة من قواعد مستمدة من العادات والتقاليد التجارية السائدة بين الشعوب المجاورة للرومان، ومن مبادئ العدالة، فهو يسري على العلاقات التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما أجنبياً، وهذا القانون لا يحكم العلاقات بين الدول كما هو الحال في القانون الدولي الخاص حالياً، بل يحكم علاقات الأفراد في تلك الدول لأن الرومان لجأوا الى الافتراض القانوني بأعتبار ان الأجنبي مواطن روماني، الهدف منه حماية حقوق الأجانب، وبذلك سادت نظرية شخصية القوانين التي لا يمكن ان نتصور اعمالها في تنازع القوانين.

الفرع الثاني

تنازع القوانين الدولي في الفقه الغربي القديم

ان ازدهار التجارة في مدن شمال ايطاليا ادى الى ترسيخ القناعة لدى تجار هذه المدن بضرورة السماح بتطبيق بعض النظم القانونية الخاصة بالدول المجاورة، من أجل تسهيل إبرام الصفقات ونمو العلاقات التجارية، ومن هنا بدأت إمكانية تطبيق القانون الأجنبي، فظهرت عدة نظريات تقوم على بلورة وصياغة عدد من قواعد الاسناد الغرض منها حل التنازع بين أحوال تلك المدن[2]، وسيتم توضيح ذلك وحسبما يأتي:

أولاً– نظرية الأحوال الايطالية القديمة: ظهرت هذه النظرية مع نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر أثر استقلال العديد من المدن الايطالية، واتساع العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن، وسميت هذه المدرسة بمدرسة الحواشي وفقهائها بالمحشين، وقد بدأ هؤلاء الفقهاء استنباطهم لقواعد الاسناد من نص في مجموعة جستنيان، يقرر بأن جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الامبراطوري ملتزمة باتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول الى الرومان، واستنبطوا قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص مضمونها:(ان القانون الروماني قانون ممتد أو مستمر، ويتبع الرومان أينما ذهبوا، ومن ثم فإنه يعد قانوناً شخصياً، فمثلاً: اذا ذهب شخص من مدينة بولونيا الى مدينة مودين يبقى تابعاً لقوانين مدينة بولونيا، ولا تطبق عليه قوانين مودين، لأنه غير تابع لها، ومن أهم قواعد الاسناد التي وضعتها النظرية هي:

1– قاعدة خضوع شكل التصرفات الإرادية كالوصايا والعقود لقانون بلد إجرائها.

2– قاعدة خضوع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون موطنهم الأصلي.

3– قاعدة خضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

4– قاعدة خضوع الأموال سواء أكانت عقارات أم منقولات لقانون موقعها.

5– قاعدة إخضاع موضوع العقد وآثاره لقانون بلد إبرامه.

6– قاعدة خضوع مسائل المرافعات وإجراءات التقاضي لقانون القاضي.

7– قاعدة خضوع ميراث الأموال المنقولة لقانون موطن المتوفي.

ثانياً– نظرية الأحوال الفرنسية: يعود الفضل للفقيهان الفرنسيين(شارل ديمولان و برتران دارجنتريه) في إرساء قواعد هذه النظرية، مضمونها (ان قانون البلد الذي تم فيه التصرف هو الأصل والاستثناء القانون الشخصي) وقسمت هذه النظرية العلاقات القانونية الى:

1– **أحوال عينية:** ويقصد بها: كل تصرف يتعلق بالارض مثل: العقد، والوصية، وفي حالة حدوث نزاع يطبق قانون البلد الذي توجد فيه تلك العقارات، وهو قانون اقليمية القوانيين.

2- أحوال شخصية: هي التي تتعلق بحقوق، وحالة، وصفات الأشخاص، وبغض النظر عن كل عنصر مالي، مثل: الأسم، والموطن، والزواج، والأهلية[3].

3- الأحوال المختلطة: يقصد بها: التي تضم جميع العلاقات القانونية التي يشك في طبيعتها، وتتصل بالقوانين العينية، والشخصية، في وقت واحد وتحتاج الى حكم واحد، وأهم قواعد الاسناد التي وضعتها النظرية هي:

أ- قاعدة خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه الحالي.

ب- قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها.

ج- قاعدة خضوع الأموال المنقولة لقانون موطن المالك.

د- قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إجرائها.

هـ- قاعدة خضوع موضوع العقد لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية وخضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه.

و- قاعدة خضوع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة عند وجود اتفاق صريح بين الزوجين بشأنه.

ثالثاً- النظرية الهولندية: لقد ادى تضافر مجموعة من العوامل التاريخية، والجغرافية، والسياسية، في مطلع القرن السابع عشر الى بلورة الفكر القانوني الهولندي، فقد كانت هولندا تعد احدى الدول الاساسية في مجال التجارة العالمية بشكل عام، والتجارة البحرية بشكل خاص، وقد تأثر الفقهاء الهولنديون بنظرية الأحوال الفرنسية، وتقسيمها الثلاثي للأحوال، وانكروا الصفة الالزامية لقواعد تنازع القوانين(قواعد الاسناد)، وجعلوا من فكرة المجاملة الدولية بمثابة الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي، دون وجود أي التزام قانوني بتطبيق هذا القانون، لأنه طالما كان الأصل في تطبيق القوانين هو مبدأ الإقليمية، ولا يسمح بتطبيق القانون الأجنبي إلا في حالات استثنائية، وأهم قواعد الإسناد التي وضعتها النظرية هي:

1- قاعدة خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه.

2- قاعدة خضوع الأموال سواء أكانت عقارية أم منقولة لقانون موقعها.

3- قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون محل إجرائه.

4- قاعدة خضوع مسائل المرافعات وإجراءات التقاضي لقانون القاضي.

5- قاعدة خضوع التصرفات القانونية ومنها العقد الى قانون محل الإبرام.

الفرع الثالث

تنازع القوانين الدولي في الفقه الغربي الحديث

لقد ساهم الفقه الغربي الحديث بدوره في تطور قواعد الاسناد، ولاسيما بعد ان شهدت أوربا الكثير من التطورات كظهور الدول بمفهومها الحديث، وسيتم تسليط الضوء على أهم النظريات الحديثة التي تبناها الفقه الغربي، والتي كان من شأنها تطوير قواعد الاسناد[4]، وحسبما يأتي:

أولاً- النظرية الايطالية الحديثة: نادى بها الفقيه الايطالي(مانشيني)، وبنى نظريته على ثلاثة أسس هي: الجنسية، والحرية، والسيادة، مضمونها(القانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون جنسية الشخص وليس قانون موطنه وهذا القانون يصاحب الشخص في ذهابه الى دولة أجنبية خارج وطنه)، فالأصل هو شخصية القوانين والاستثناء هو إقليمية القوانين، وأهم قواعد الاسناد التي وضعتها النظرية هي:

1- قاعدة خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته.

2- قاعدة خضوع ميراث العقارات والمنقولات لقانون جنسية المتوفي وقت الوفاة.

3- قاعدة خضوع الجانب الموضوعي للعقد لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية.

4- قاعدة خضوع الأموال لقانون موقع الأموال.

5- قاعدة خضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

6- قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد اجرائه.

7- قاعدة خضوع مسائل الاجراءات والمرافعات لقانون القاضي.

ثانياً- النظرية الالمانية الحديثة: نادى بها الفقيه الالماني(كارل فون سافيني)، والذي استند على اسلوب جديد يختلف عن الاساليب التي انتهجتها النظرية السابقة في حل تنازع القوانين، وصياغة قواعد الاسناد، ومضمونها(ان لكل علاقة قانونية مركزاً مكانياً، وينبغي تحليل هذه العلاقة القانونية وتحديد طبيعتها لتركيزها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا المكان الذي هو اكثر ملائمة لتطبيقها)، بمعنى آخر: تحديد مركز العلاقة القانونية، وبيان طبيعتها، تمهيداً لاسنادها الى نظام قانوني يناسبها، وينسجم مع طبيعتها، وهو يميز بين نوعين من العلاقات القانونية: الأول: العلاقات ذات الصلة بالشخص نفسه والثاني: العلاقات ذات الصلة بنشاط الشخص، وأهم قواعد الاسناد التي وضعتها النظرية هي:

1- قاعدة خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه الحالي.

2- قاعدة خضوع الأموال سواء أكانت عقارات أم منقولات لقانون موقعها.

3- قاعدة خضوع المواريث في العقارات والمنقولات لقانون موطن المتوفي وقت الوفاة.

4- قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل اجرائها.

5- قاعدة خضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

6- قاعدة خضوع العقد وآثاره لقانون محل التنفيذ[5].

ثالثاً- النظرية الفرنسية الحديثة: نادى بها الفقيه الفرنسي(انطوان بيليه)، ومضمونها (ان اساس حل تنازع القوانين يتم عن طريق الكشف عن الغرض الاجتماعي، ولكل قانون غرض اجتماعي يهدف الى حمايته)، فاذا كان غرض القانون هو توفير الحماية الفردية أو العائلية فان هذه الصفة يجب ان تستمر وان تطبق خارج اقليم الدولة، وذلك من اجل الحفاظ على هذا الغرض، واذا كان القانون يهدف الى حماية المصلحة العامة فيجب ان تتغلب هذه الصفة ويطبق القانون الوطني على جميع العلاقات القانونية التي تقع في اقليمه، اما اذا لم يكن معرفة الغرض من القانون فنلجأ الى تفضيل مصلحة المجتمع مثل: القوانين التي تنظم الملكية العقارية، اما اذا كانت الغاية هي حماية المصلحة الفردية فيجب تفضيل هذه المصلحة، مثل: القوانين المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم، وأهم قواعد الاسناد التي وضعتها النظريةهي:

1- قاعدة خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي اليهابجنسيته.

2- قاعدة خضوع ملكية الأموال العقارية والمنقولة لقانون موقعها.

3- قاعدة خضوع العقود والتصرفات الارادية للقانون الذي يختاره الأطراف.

4- قاعدة خضوع مسائل الاجراءات والمرافعات لقانون القاضي.

5- قاعدة خضوع المسؤولية المدنية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

الفرع الرابع

تنازع القوانين الدولي في الشريعة الاسلامية

لقد تناول الفقهاء المسلمون في امهات كتبهم جميع المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية، والأحوال الشخصية، وأحاطوها بتفاصيل واسعة، فضلاً عن تنظيمها للمسائل المتعلقة بالعبادات، والسؤال المطروح هو: هل عرف الاسلام فكرة تنازع القوانين، ووضع لها قواعد اسناد ملائمة لحلها...؟

وللأجابة على ذالك التساؤل هناك رأيين: الرأي الأول: منكر، والرأي الثاني: مؤيد، وسيتم توضيح ذلك وحسبما يأتي:

أولاً– الرأي الأول: المنكر لوجود قواعد اسناد في الفقه الاسلامي: يرى انكار معرفة الشريعة الاسلامية لتنازع القوانيين، ويستند هذا الرأي الى عدة حجج منها[6]:

1– وذلك لأن الشريعة الاسلامية اخذت بمبدأ اقليمية القوانين، فالقاضي المسلم لا يطبق إلا تعاليم الشريعة الاسلامية مهما كانت ديانتهم أو جنسيتهم، مستندين الى ذلك بسورة المائدة، الآية رقم(45)، التي كان مضمونها" ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الظالمون".

2– ان فكرة العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي لم تكن مرتبطة لدى الفقهاء المسلمين بفكرة الحدود السياسية للدولة، بل تقوم على الاختلاف الديني بين أطراف العلاقة، وهذا يعني ظهور التنازع الداخلي للقوانين وحده دون التنازع الدولي.

ثانياً– الرأي الثاني: المؤيد لوجود قواعد اسناد في الفقه الاسلامي:

1– ان الشريعة الاسلامية شريعة عالمية تخاطب كل البشر ولا يقتصر تطبيقها على المسلمين فقط أو اقليم الدولة الاسلامية وحده، بل يغلب عليها الطابع الشخصي وليس الاقليمي لان المبدأ الاقليمي نطاقه ضيق وتفترضه اعتبارات وجود دول لا تخضع لسيادة وسلطات الدولة الاسلامية.

2– يرى ان الأصل في الشريعة الاسلامية انها تتوافر فيها جميع مقومات تنازع القوانين، مستندين الى ذلك بسورة يوسف الآية رقم (76) التي مضمونها " كذلك كدنا ليوسف ما كان ليأخذ اخاه في دين الملك إلا ان يشاء الله نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم ".

المطلب الثاني

التعريف بتنازع القوانين الدولي

ان أهم ما يميز القانون الدولي الخاص هو سمة التواصل، والتفاعلبين مختلف الشعوب، ورعايا مختلف الدول، لذلك ظهرت مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم هذا النوع من العلاقات من بين عدة قوانين متنافسة لاختيار افضلها، وهذا ما يمثل جوهر مسألة تنازع القوانين، وان مصطلح تنازع القوانين يثير في الذهن معنى التصادم أو التنافس، بين قوانين الدول المتصلة بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، إلا ان الرأي السائد في فقه القانون الدولي الخاص يرى عدم وجود تنازع حقيقي بين تلك القوانين بل هو تعدد القوانين أمام القاضي الوطني، وهو ما يعبر عنه بمشكلة تنازع القوانين، والتي يتم حلها عن طريق عملية أختيار القانون الأفضل، ويمكن تعريفه بأنه " الأختيار أو المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة ذات الطابع الدولي"،[7] وعرفه آخر بأنه" تنافس أو تزاحم عدة قوانين لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، ويتم فض هذا التزاحم عن طريق المفاضلة بين القوانين المتنافسة لحكم هذه العلاقة واختيار اصلحها أو انسبها ليحكم العلاقة"، وان أصطلاح تنازع القوانين شاع استخدامه في غالبية القوانين العربية، ومنها القانون المدني العراقي الذي نظم أحكامه في المواد(10 – 33) منه.

المطلب الثالث

خصائص قواعد تنازع القوانين الدولي

أولاً– انها قواعد وطنية المصدر: يعني انها قواعد وضعية قانونية تضعها السلطة التشريعية في الدولة.

ثانياً- انها قواعد ذات طابع أرشادي: يعني انها ترشد الى القانون المختار الذي يقدم الحل الموضوعي الذي يحكم النزاع (القانون الواجب التطبيق).

ثالثاً- انها قواعد ذات طابع مزدوج: يعني ان القانون الواجب التطبيق قد يكون قانوناً وطنياً للقاضي المعروض عليه النزاع أو قانوناً أجنبياً آخر غير قانون القاضي.

رابعاً- انها قواعد ذات حل غير مباشرة: يعني ان قاعدة تنازع القوانين لا تعطي الحل بصورة مباشرة للنزاع المعروض، وانما يقتصر دورها على الاشارة الى القانون الواجب التطبيق.

خامساً- انها قواعد ذات طابع الزامي: يعني انها قواعد قانونية ملزمة بالمعنى السليم ولا تختلف عن أية قاعدة من قواعد القانون الوطني.

سادساً- انها قواعد ذات طابع حيادي: يعني انها لا تميز بين قانون القاضي وقانون أجنبي آخر، فهي تختار قانون القاضي ليكون واجب التطبيق على المسألة محل النزاع، وقد تختار قانوناً أجنبياً اذا ظهر لها انه اكثر اتصالاً بتلك المسألة.

المطلب الرابع

شروط (مقومات) تنازع القوانين الدولي

تتزايد ظاهرة تنازع القوانين وتكون أكثر وضوحاً مع ازدياد التبادل الدولي في مختلف مجالات الحياة التجارية، والثقافية، والاقتصادية، والقانونية، مما يؤدي الى تنامي حركة الأفراد، والأموال، والسلع والخدمات، عبر الحدود، لذلك فإن بروز هذه الظاهرة يقتضي توفر مقومات (شروط)[8]، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

أولاً-وجود علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي: يعني ان نشوء العلاقة القانونية الدولية الخاصة هي السبب المباشر المنشئ للقانون الدولي الخاص بصفة عامة ولظاهرة تنازع القوانين على وجه خاص مثل: ان يتزوج عراقي من امرأة مصرية الجنسية ويتم عقد الزواج في انجلترا، أو ان يتفق عراقي على شراء سيارة من شخص كوري الجنسية، ويتم ابرام عقد البيع في فرنسا واجراء التسليم في العراق.

ثانياً-الصفة الدولية للتنازع: يعني ان يكون هناك اكثر من قانون قابل للانطباق عليها، ولا يكفي لتحقق هذا الشرط ان تكون العلاقة القانونية متصلة بأكثر من نظام قانوني، بل يجب ان تكون تلك القوانين المتنازعة صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة تعترف بها دولة القاضي.

ثالثاً-مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الأجنبي: يعني عدم اخذ الدولة بقاعدة أقليمية القوانين وقاعدة شخصية القوانين بصفة مطلقة، لان الأخذ بقاعدة أقليمية القوانين يقتضي تطبيق القانون الوطني على جميع الأشخاص المتواجدين في الدولة وعلى كل الوقائع التي تحدث على اقليمها وفي هذه الحالة لا يوجد تنازع القوانين، وان الأخذ بقاعدة شخصية القوانين يقتضي تطبيق القانون الوطني على الاشخاص الذين ينتمون اليها بجنسيتهم سواء أكانوا داخل أم خارج حدود أقليم الدولة.

رابعاً-الصفة الخاصة للعلاقة القانونية: لا تكفي الصفة الدولية للعلاقة لتحريك التنازع، بل يجب ان تتصف العلاقة بالصفة الخاصة بمعنى آخر: ان تكون متعلقة بالقانون الخاص وليس بالقانون العام وتتمثل علاقات القانون الخاص بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني، أو القانون التجاري، أو قانون الأحوال الشخصية، وذلك لأن القوانين الخاصة موضوعة لحماية الحقوق والمصالح الشخصية المتعلقة بالأفراد، ويفترض حمايتها سواء أكانوا داخل الدولة أم خارجها، مثل: زواج عراقي من عراقية أمام القاضي الاردني يكون محكوم بالقانون العراقي وذلك لأن العلاقة متصفة بالصفة الخاصة[9].

خامساً- اختلاف القوانين في المسائل الثانوية: يعني ان يكون الاختلاف في المسائل الثانوية مثل: سن البلوغ، وشروط الزواج، وأسباب الطلاق وآلية انتقال الملكية، وبعض شروط الميراث والوصية، بمعنى آخر: ان لا يكون الاختلاف في المسائل الجوهرية، مثل: التعامل في تركة انسان على قيد الحياة، وموانع الزواج، وأسباب الدين، للأن الاختلاف فيها لا يترتب عليه نتيجة التنازع بل التنافر.

المطلب الخامس

نطاق ووظائف وأركان تنازع القوانين الدولي

لكي نتمكن من تحديد نطاق ووظيفة وأركان تنازع القوانين، يجب ان نحدد ما اذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع هي من علاقات القانون الخاص، ومشوبة بعنصر أجنبي، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

نطاق تنازع القوانين الدولي

ان تنازع القوانين يظهر بوضوح في علاقات الأفراد الدولية الخاصة عبر الحدود، ولا يظهر في العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها، ولابد من الاشارة الى ان التنازع أنواع: منه تنازع القوانين الدولي وهو موضوع دراستنا، يكون بين قوانين دول ذات سيادة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، ومنه تنازع القوانين الداخلية وهو ليس موضوع دراستنا، ينشأ بين قوانين صادرة عن السيادة التشريعية لدولة واحدة، وليس بين قوانين صادرة عن تشريعات مختلفة، وغالباً ما يثور تنازع القوانين الداخلي في الدول ذات الانظمة التشريعية المركبة[10].

الفرع الثاني

وظائف تنازع القوانين الدولي

أختلف الفقه في تحديد وظيفة قواعد تنازع القوانين الى نظريتين هما:

أولاً- نظرية الوظيفة السياسية: يعني ان لكل دولة نطاق اختصاص اقليمي تمارس فيه سلطاتها التشريعية، ولا يقبل داخل هذا النطاق الأقليمي سريان قانون دولة أجنبية.

ثانياً- نظرية الوظيفة القانونية: يعني ان قاعدة تنازع القوانين لا تعد من النظام العام، وانها تدخل ضمن القانون الخاص لانها تنظم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد، واختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وهي النظرية الراجحة لانها تحقق الأمان القانوني والعدالة في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

الفرع الثالث

أركان تنازع القوانين الدولي

أولاً- الاركان الخارجية:

1- ركن الفرض: هو عبارة عن وصف لوضع أو حالة معينة، مثال ذلك: إبرام الزواج أو ارتكاب فعل ضار، أو ابرام عقد من العقود الأخرى.

2- ركن الحكم: هو الحل الذي تقرره القاعدة لهذا الوضع أو لهذه الحالة أو مجموعة المسائل أو الاوضاع الواقعية، مثال ذلك: المادة(1/18) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان" الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته"[11].

ثانياً- الاركان الداخلية:

1- الفكرة المسندة أو موضوع الاسناد: هي الحالة الواقعية أو مجموعة العلاقات القانونية التي تقوم قاعدة التنازع بتحديد القانون المختص الذي يحكمها، وتتصل الفكرة المسندة بنطاق قاعدة التنازع، بمعنى آخر: انه على القاضي ان يعطي وصفاً محدداً للفكرة المسندة التي تنطبق على العلاقة القانونية محل النزاع، وهذا الركن يثير مشكلة التكييف.

2- ضابط الاسناد: هو المعيار الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق الذي يظهر ارادة المشرع في تفضيله لقانون معين، وهذا الركن يثير مشكلة التنازع المتحرك.

3- القانون الواجب التطبيق: هو القانون المسند اليه تنظيم العلاقة محل النزاع، وهذا الركن يثير مشكلة الاحالة.

المبحث الثاني

الوسائل الفنية الجديدة لحل تنازع القوانين ذو الطابع الدولي

ظهرت وسائل فنية جديدة لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة الى جانب قواعد تنازع القوانين وهي: القواعد المادية أو الموضوعية، والقواعد ذات التطبيق الفوري، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

القواعد المادية(الموضوعية)

هي القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي، والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقاً مباشراً ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين، مثل: عقود نقل التكنولوجيا ومصادرها هي:

أولاً- القواعد المادية أو الموضوعية ذات المصدر الوطني: هي القواعد التي يضعها المشرع أو القضاء الوطني والتي لا تسري الا على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مثال ذلك: قانون المانيا الديمقراطية لعام 1976.

ثانياً- القواعد المادية أو الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي: هي القواعد التي يتم الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة دولية، ويتم تطبيقها مباشرة على العلاقات الدولية الخاصة التي وضعت من اجلها، ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين[12]، مثال ذلك: اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيوع التجارية الدولية لعام 1980.

ثالثاً- القواعد المادية أو الموضوعية المستمدة من تطور المعاملات التجارية الدولية: هي تلك القواعد التي ظهرت نتيجة تزايد حركة التجارة عبر الحدود بسبب تطور المعاملات التجارية الدولية الذي يستند على العادات التي تحولت الى اعراف ملزمة، مثال ذلك: تجارة الحبوب والجلود والصوف.

المطلب الثاني

القواعد ذات التطبيق الضروري

هي القواعد التي يضعها المشرع الوطني لفرض حماية التنظيم السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي للدولة، وتطبق باسلوب أمر فوري على جميع العلاقات القانونية التي تدخل في مجال تطبيقها، سواء أكانت تلك العلاقات وطنية أم مشوبة بعنصر أجنبي، وبغض النظر عن القانون الذي تشير اليه قاعدة تنازع القوانين، وان تطبيق هذه القواعد لا يقتصر على اقليم الدولة، بل يمتد لخارجها طالما كان ذلك ضرورياً، مثل: قوانين الشرطة، والرقابة على النقد، والتشريعات الضريبية، والقوانين الخاصة التي تهدف الى حماية المستهلك، والعمال، والمشرع العراقي لم ينظم القواعد المادية أو الموضوعية أو القواعد ذات التطبيق الضروري، بأحكام قانونية سوى الاشارة الى البعض منها، مثال ذلك: المادة (22 / ب) من القانون المدني التي نصت على ان "الأجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك"، وكذلك المادة (30) من نفس القانون التي نصت على ان " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً"[13].

المطلب الثالث

تمييز القواعد المادية (الموضوعية) عن قواعد تنازع القوانين

أولاً– قواعد تنازع القوانين ترشد فقط الى تطبيق القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة دون تحديد قانون معين بذاته، ولا يتم معرفة الحل الموضوعي المباشر للنزاع إلا في مرحلة تالية، بينما القواعد المادية أو الموضوعية فتطبق مباشرة على النزاع، وعلى مرحلة واحدة، وبمجرد معرفة القاعدة المتعلقة بالمسألة المعروضة على القاضي أو المحكم الدولي.

ثانياً– ان منهج قواعد تنازع القوانين يغطي كافة مسائل الروابط الدولية الخاصة، مثال ذلك: مسائل الاسرة بانواعها ومسائل الاموال والعقود الدولية والمسؤولية المدنية، بينما منهج القواعد المادية أو الموضوعية فهي تقتصر على نوع معين من العلاقات الاقتصادية التجارية ذات العنصر الأجنبي.

ثالثاً– ان منهج قواعد تنازع القوانين هو منهج قانوني قضائي يكون للقضاء دور كبير في اعمالها إذ يفترض ان هناك اعتداء قد وقع على الحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة ذات العنصر الأجنبي بينما منهج القواعد المادية أو الموضوعية فلا يوجد مقابل لتلك الصفة القضائية، لان اعمالها لا ينحصر في حالات المنازعات بين اطراف التجارة الدولية.

رابعاً– المشرع العراقي نظم احكام قواعد تنازع القوانين في المواد (10 – 33) من القانون المدني بينما المشرع العراقي لم ينظم القواعد المادية أو الموضوعية بأحكام قانونية سوى الاشارة الى البعض منها في المواد (22 و30) من القانون المدني.

المطلب الرابع

تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد تنازع القوانين

أولاً– ان منهج قواعد تنازع القوانين تبدأ بالقانون نفسه أو القاعدة القانونية الموضوعية نفسها للبحث عن العلاقة القانونية التي تسري عليها، بينما منهج قاعدة ذات التطبيق الضروري فانها تعد خروجاً على قاعدة التنازع، وهي تبدأ بالعلاقة القانونية وتنتهي بتحديد القانون الواجب التطبيق.

ثانياً– ان وسيلة القاضي في تنازع القوانين هي اختيار انسب القوانين المعروضة لحكم العلاقة محل النزاع، بينما في القواعد ذات التطبيق الضروري فان مشكلة الاختيار لا تعرض مطلقاً امام القاضي وانه بمجرد توافر الاعتبارات التي تقف وراءها القاعدة فان القاضي يقضي بتطبيقها

ثالثاً– ان هدف قواعد تنازع القوانين الموازنة بين القوانين التي تعرض امامها من اجل ايجاد حل مناسب وملائم يحقق الامان القانوني والعدالة، بينما هدف القواعد ذات التطبيق الضروري هو حماية وتأكيد فعالية التنظيم القانوني الوطني.

رابعاً– ان منهج قواعد تنازع القوانين هو اختيار القانون الواجب التطبيق والذي يعتمد على العنصر الأجنبي، بينما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فلا تأخذ بعين الاعتبار العنصر الأجنبي وانما تعمل على توسيع دائرة تطبيق القانون الوطني.

خامساً– ان قواعد تنازع القوانين ذات طابع ثنائي مزدوج، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري فهي احادية الجانب.

سادساً– المشرع العراقي نظم احكام قواعد تنازع القوانين في المواد (10 – 33) من القانون المدني بينما المشرع العراقي لم ينظم القواعد ذات التطبيق الضروري بأحكام قانونية سوى الاشارة الى البعض منها في المواد (22 و30) من القانون المدني.

الخاتمة

يمكن ايجاز أهم النتائج والتوصيات، وحسبما يأتي:

أولاً– النتائج:

1- ان قواعد تنازع القوانين ظهرت بصورة تدريجية في جذور التاريخ، وقد بدأت معالمها تظهر تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وظهرت بصورة كاملة في نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر الميلادي.

2- ان تحديد عناصر العلاقة القانونية له أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق مثال ذلك: ان معرفة المكان الذي تم فيه العقد يرشدنا الى تحديد القانون الذي يحكم النزاع من حيث الشكل.

3- هي كل رابطة تقوم بين شخص وآخر وتحكمها قاعدة قانونية، ولا يثور التنازع اذا كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة، ويثور التنازع في حالة وجود عنصر أجنبي.

4- تعرضت قواعد تنازع القوانين الى انتقادات عديدة للأسباب الآتية:

أ- زيادة تدخل الدول في بعض اوجه النشاط الذي كان مقرراً لصالح الأفراد.

ب- حاجة التجارة الدولية الى قواعد خاصة تختلف عن قواعد تنازع القوانين.

ج- تتسم قواعد تنازع القوانين بالتعقيد لانها لا تظهر الا اذا رفع بشأن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي دعوى امام القضاء.

د- قواعد تنازع القوانين اداة لا يتم تنفيذها الا عن طريق القضاء مما يجعلها تفقد الوظيفة الوقائية وهي الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد.

ثانياً- التوصيات:

1- 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.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

المصادر والمراجع باللغة العربية:

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.

13- د. وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الاسلام مقارنة بالقانون الدولي الحديث، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

ثانياً- النصوص القانونية العراقية:

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

2- قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 المعدل.

3- دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ.

4- قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 المعدل.

5- قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (76) لسنة 2017 النافذ.

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، ص67.

2- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، ص90.

3- د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص120.

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، ص254.

5- د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، ط2، مكتبة المنصورة، المنصورة، مصر، 2009، ص135.

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، ص176.

7- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص187.

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، ص186.

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، ص166.

10- د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص154.

11- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1977، ص59.

12- د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014،ص 177.

13- د. وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الاسلام مقارنة بالقانون الدولي الحديث، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص194.