https://doi.org/10.17656/jlps.10107

تحديد القانون المختص فى الدول ذات التشريعات المتعددة " دراسة مقارنة "

م.م.ميديا داود حسن

كلية القانون و العلوم السياسية- جامعة صلاح الدين/اربيل

المقدمة

التعريف بموضوع البحث

تعد مسألة تحديد القانون المختص من المسائل الفقهية الدقيقة، في الدولة التي يصبح قانونها واجب التطبيق، وذلك عندما تكون هذه الدولة متعددة التشريعات، وقد أثار هذا الموضوع جدلاً واسعاً في مجال القانون الدولي الخاص قديماً وحديثاً، لأنها تتعلق بكيفية حل إشكالية تعدد التشريعات التي قلما تخلو منها دولة في العالم.

ويقصد بتعدد التشريعات، وجود تشريعات او شرائع مختلفة في دولة واحدة، سواء أكان هذا التعدد شخصياً أم إقليمياً. فالتعدد الشخصي يكون في الدول ذات الانقسام الطائفي والذي يكون ناتجاً عن وجود شرائع أو مذاهب أو معتقدات مختلفة فيها، بحيث يكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها كما هو الحال في مصر ولبنان والعراق وغيرها من دول العالم.

أما التعدد الإقليمي فيتحقق في الدول التي تتكون من أقاليم أو ولايات أو كانتونات أو غيرها، بحيث يكون لكل إقليم منها شريعته الخاصة به كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وكندا والعراق.

ويترتب على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين التشريعات أو الشرائع المختلفة الداخلية، وهو بدوره قد يكون تنازعاً شخصياً (دينياً أو مذهبياً)، وقد يكون تنازعاً إقليمياً (فدرالياً أو

ناتجاً عن ضم الأقاليم). فإذا كان التنازع الدولي تنازعاً بين قوانين دول مختلفة ذات سيادة، فإن التنازع الداخلي هو تنازع بين تشريعات أو شرائع تنتمي إلى سيادة دولة واحدة.

ولبيان موضوع البحث بشكل أوضح يثار التساؤل الآتي: إذا كانت قواعد الإسناد الوطنية تشير الى اختصاص قانون أجنبي لدولة معينة تتعد فيها التشريعات أو الشرائع، فأيٌّ من هذه التشريعات أو الشرائع الداخلية يتعين على القاضي تطبيقها على الدعوى المعروضة أمام محكمته؟ وما هي الآليات أو الوسائل التي يستند اليها القاضي عند اختياره تشريعاً معيناً من بين هذه التشريعات أو الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون ؟

فإذا ما افترضنا حصول نزاع معين بين زوجين لبنانيين موجودين في أربيل، فأقام أحدهما الدعوى على الآخر أمام المحكمة المختصة، وبعد تكييف المسألة وإسنادها توصلت المحكمة الى أن القانون اللبناني هو الواجب التطبيق. فهنا لاتنتهي مهمة القاضي، لأنه يكون أمام شرائع مختلفة في لبنان، وكلها معترف ومعمول بها فيها، بحيث قد يكون احد الزوجين منتمياً الى شريعة معينة في لبنان في حين ان الزوج الآخر ينتمي الى شريعة اخرى. ففي هذه الحالة ومثيلاتها يجب أن تكون هناك آلية قانونية لدى القاضي ليتسنى له الإعتماد عليها في حسم مثل هذه الإشكالية.

وهذا المثال ينطبق ايضاً على حالة التعدد الإقليمي، وبخاصة في الدول الفدرالية. لأنه من الممكن ان ينشب نزاع بشأن اهلية شخص امريكي امام القضاء العراقي، فعلى الرغم من أن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع هو القانون الامريكي بموجب الفقرة(١) من المادة (١٨) من القانون المدني العراقي، والتي تقول: " الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته"، إلا أن مجرد الرجوع الى القانون الامريكي كقانون واجب التطبيق في هذا الخصوص لايحسم النزاع، لأنه لايوجد قانون واحد في جميع الولايات الامريكية بشأن أحكام الاهلية، وإنما تختلف هذه الأحكام باختلاف القوانين المعمول بها في كل ولاية من الولايات الامريكية.

اذن، وعلى الرغم من أن القانون الأمريكي اصبح واجب التطبيق أمام المحكمة العراقية، في المثال المذكور، إلا أن ذلك لايفض النزاع بشكل نهائي، بل يبقى التساؤل مطروحاً بشأن تحديد القانون المختص من بين القوانين أو التشريعات المتعددة المعمول بها في الولايات الامريكية المختلفة.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

وتجدر الإشارة الى أن الموضوع المشروح في أعلاه قد أُطلقت عليه تسميات مختلفة لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، ومنها " التفويض" أو " الإحالة الداخلية" أو " تعدد الشرائع" أو "التنازع الداخلي".

أهمية موضوع البحث وأهدافه

تتجلى أهمية وأهداف هذا البحث في جوانب مختلفة، منها:

- هناك سعي حثيث وجهود مضنية تبذل في المجتمع الدولي بهدف تكريس حماية حقوق الأقليات الدينية والمذهبية والعرقية والقومية في جميع دول العالم، بما في ذلك حقها في اختيار النظام الذي يحفظ لها هويتها الخاصة بها. الأمر الذي يدفع نحو تكريس تعدد القوانين أو التشريعات في الدول التي يتواجد فيها مثل هذا التعدد الإقليمي أو الشخصي.
- يهدف هذا البحث، من بين مايهدف اليه، بيان كيفية حل إشكالية التعدد الإقليمي أو الشخصي وفق قوانين بعض الدول التي تناولت مثل هذا الأمر، وكذلك بيان الآراء الفقهية المطروحة بشأن كيفية حل هذه الإشكالية.
- كما يحاول هذا البحث بيان موقف القانون العراقي بخصوص كيفية تناوله لمسألة التعدد الإقليمي أو الشخصي، وذلك عندما يكون قانون دولة اجنبية واجب التطبيق أمام المحاكم العراقية، وفي الوقت نفسه يحاول البحث الخوض في مسألة جد مهمة تتمثل في بيان موقف القانون العراقي عندما يكون هو نفسه الواجب التطبيق في دولة اجنبية، اذ أن الأمور قد تبدلت في العراق بعد سقوط النظام السابق، وبشكل خاص بعد أن أصبح العراق دولة اتحادية بموجب الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥، والذي بموجبه يجوز للأقاليم العراقية تشريع قوانين خاصة بها أو تعديل تطبيق القوانين العراقية الإتحادية الموجودة والتي لا تدخل في الإختصاصات الحصرية للحكومة الإتحادية.

تحديد نطاق البحث

يتناول هذا البحث مسألة معينة من بين مسائل القانون الدولي الخاص، وهي تتجسد في بيان كيفية تحديد القانون المختص من بين قوانين وتشريعات متعددة في الدولة التي يصبح قانونها واجب التطبيق لدى محكمة الدولة المعروضة أمامها الدعوى. وذلك عندما يكون هناك تعدد إقليمي أو

شخصي في الدولة التي يصبح قانونها واجب التطبيق. أما اذا لم يكن في تلك الدولة أي تعدد إقليمي أو شخصي، فإن هذه المسألة لاتدخل في نطاق هذا البحث، لأن تطبيق مثل هذا القانون لايثير أي إشكالية في هذا الخصوص.

إشكالية البحث

تتجسد إشكالية هذا البحث في أن محكمة دولة معينة عندما تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي والمطروحة أمامها، وذلك عن طريق قواعد إسنادها، فإنها قد تجد أن الدولة التي اصبح قانونها واجب التطبيق تتكون من تعدد إقليمي أو شخصي، سواء أكان ذلك بسبب كونها دولة مكونة من اقاليم او ولايات متعددة، أم انها تتكون من طوائف أو مذاهب دينية مختلفة. فهنا لاتنتهي مهمة القاضي بمجرد تحديد القانون الواجب التطبيق، وانما يتوجب عليه التحري بدقة عن إيجاد القانون المختص بحسم النزاع، ولاشك أن هذا الأمر يفرض وجود آليات ومعايير قانونية تكون متاحة للقاضي يعتمد عليها في مهمته هذه. بَيْدَ أن ذلك ليس بالأمر الهين للقاضي، فمن أين يأتي بمثل هذه الآليات والمعايير؟ أفي قانون دولته أم في قانون الدولة الذي اصبح واجب التطبيق؟ وكيف يكون الأمر اذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق خالياً من مثل هذه الآليات والمعايير؟

منهج البحث

نعتمد في هذا البحث المنهج التحليلي (Analytical approach)، اذ نقوم فيه بتحليل مواقف قوانين بعض الدول بشأن الحلول المطروحة فيها بخصوص تحديد القانون المختص من بين التشريعات الموجودة في القانون الواجب التطبيق، وكذلك الآراء والطروحات الفقهية بخصوص موضوع البحث. كما ونعتمد على المنهج المقارن (Comparative approach)، وذلك عن طريق مقارنة مواقف قوانين بعض الدول المختلفة، محل المقارنة في هذا البحث، وكذلك الآراء والمعايير المقدمة في فقه القانون الدولي الخاص بشأن موضوع البحث.

خطة البحث

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

بما أن هناك مواقف تشريعية وفقهية مختلفة بشأن كيفية تحديد القانون المختص عندما يكون القانون الواجب التطبيق قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فقد ارتأينا توزيع البحث على مبحثين. نخصص الأول منهما لبيان الإتجاهات الفقهية المطروحة بشأن كيفية تحديد القانون المختص، بينما نعقد المبحث الثاني لدراسة موقف (القوانين المقارنة) والقانون العراقي من كيفية تحديد القانون المختص. وننهي البحث بخاتمة نسجل فيها أهم الإستنتاجات والتوصيات التي نتوصل اليها في ثنايا البحث.

المبحث الأول
تحديد القانون المختص في الفقه القانوني

يجد المتتبع للآراء الفقهية المطروحة بخصوص كيفية تحديد القانون المختص أن الفقه منقسم الى اتجاهين مختلفين[1]. يرى أولهما وجوب الرجوع الى قواعد الإسناد في دولة القاضي لتحديد القانون المختص، في حين يؤكد ثانيهما على أن تحديد القانون المختص يكون عن طريق الرجوع الى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق وليس الرجوع الى قانون القاضي. فبغية بيان هذين الإتجاهين، نخصص لكلٍ منهما مطلباً مستقلاً، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول
ماهية إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي

بما أن هذا المطلب قد تم تخصيصه لبيان مضمون الإتجاه القائل بوجوب إعمال قواعد الإسناد المعمول بها في قانون دولة القاضي، عندما يروم هذا الأخير تحديد القانون المختص من بين التشريعات السائدة في الدولة التي اصبح قانونها واجب التطبيق، كما وأن التطبيق العملي لمحتوى هذا الإتجاه قد يثير بعض الإشكالات، عليه نتناول هذا الموضوع في النقطتين الآتيين، وعلى النحو الآتي:

أولاً: عرض مضمون الإتجاه وأسانيده /

1 . تم ذكر هذه الارآء لدى د.هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ج١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٣٥٣.

ذهب هذا الاتجاه الى أن تحديد الشريعة الداخلية أو التشريع الداخلي في قانون الدولة التي يكون واجب التطبيق بمقتضى قاعدة من قواعد إسناد قانون دولة القاضي، يجب أن يتم عن طريق قاعدة الإسناد هذه، بل وعلى القاضي أن يقوم بإعمال قاعدة اسناده الوطنية لتحديد القانون المختص في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات حتى ولو كان قانون هذه الأخيرة، والذي يصبح واجب التطبيق، يتضمن قواعد قانونية تتكفل بتحديد التشريع الداخلي وفض التنازع القائم بين التشريعات الداخلية المختلفة الموجودة فيها[١].

ومبنى هذا الرأي هو أن وظيفة قاعدة الإسناد ليست مجرد تحديد قانون الدولة الذي يصبح واجب التطبيق على النزاع المعروض، بل الوصول الى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي[٢].

في الحقيقة ان هذا الرأي لم يأتِ من فراغ، وإنما ساق أنصاره جملةً من الأسانيد التي تدعم هذا الإتجاه، وأهم هذه الأسانيد تتمثل فيما يأتي:

١. بما أن النظام القانوني في دولة القاضي، ومن ضمنه قواعد الإسناد، نظام قائم بذاته ومستقل عن غيره، وهو ذو إختصاص مانع، فإن ذلك يستتبع استبعاد تطبيق ماعداه بل وإنكار الصفة القانونية على كل ما لايدخل في نطاقه. فالقانون الأجنبي الواجب التطبيق لايكتسب أي قيمة قانونية إلا بقبوله في القانون الوطني للقاضي، لذا لا يتصور ان يسند الى ذلك القانون حل أي إشكالية قانونية، ومنها تحديد الشريعة الداخلية أو التشريع الداخلي في الدولة التي يصبح قانونها واجب التطبيق، وإنما يجب أن تضطلع بذلك قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي.

٢. على الرغم من ان تحديد القانون المختص في الدولة ذات التشريعات المتعددة يدخل ضمن التنازع الداخلي بين القوانين، إلا أن ذلك لايقدح في اقترابه من التنازع الدولي. ففي كلا النوعين توجد مشكلة مشتركة وهي كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق. من هنا فلا ضير في قيام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه الوطني لتحديد القانون المختص داخل النظام القانوني الأجنبي الواجب

R. AGO : Regles generales des conflits de lois, Rec cours la Haye 1936, t. iv, vol. P 5 ٢

نقلاً عن: د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، ط١، المنصورة، ١٩٩٦، مصدر سابق، ص ٣٢١ .

2 د. سامية راشد، قاعدة الإسناد أمام القضاء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، السنة ١٤، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٢، ص٣٩.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

التطبيق، اذ أن التنازع الداخلي إن هو إلا جزء من القانون الدولي الخاص يُحل بموجب المناهج المقررة فيه.

٣. ان تحديد القانون المختص(باعتباره تنازعاً داخلياً)من بين تشريعات متعددة، بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي(باعتبارها قواعد التنازع الدولي) يتفق مع الأصل التأريخي لنظرية التنازع التي كانت تقوم مبادؤها على حل التنازع الذي كان يحدث بمقتضى الأعراف والقواعد الداخلية في المجتمع، فالتنازع الدولي لم يكن معروفاً آنذاك. الأمر الذي يعني أن حل التنازع الداخلي بموجب قواعد التنازع الدولي امرٌ لا يتعارض مع وظيفة تلك القواعد بل يتفق معها.

٤. اذا لجأ القاضي الى إعمال قواعد اسناد اخرى غير قواعد الإسناد الموجودة في قانونه الوطني لتحديد القانون المختص، فإن ذلك يؤدي الى الإنحراف بقاعدة الإسناد في قانونه الوطني عن غايتها. فمن الممكن أن يأخذ القاضي، عند تحديد القانون المختص من بين تشريعات مختلفة في القانون الأجنبي، ضابطاً للإسناد يكون مختلفاً عن ذلك الذي تقوم عليه قاعدة الإسناد في قانونه الوطني. فضلاً عن ان ذلك قد يستلزم اجراء التكييف اللازم الذي يساعد على تحديد القانون المختص والذي قد يبتعد تماماً عن التكييف الذي يعرفه قانونه الوطني، الأمر الذي يؤدي الى إهدار الإعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الموجودة في قانون دولة القاضي[1].

ثانياً: كيفية تطبيق مضمون الإتجاه /

يفرق أنصار الإتجاه المذكور بين ضوابط الإسناد المختلفة التي تحتوي عليها قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، اذ أن تحديد القانون المختص يختلف- حسب هذا الإتجاه- باختلاف طبيعة ضابط الإسناد الذي تم اعتماده في قاعدة الإسناد الموجودة في قانون دولة القاضي. ومن هنا فقد قسموا ضوابط الإسناد الى ضوابط الإسناد المادية وضوابط الإسناد المعنوية.

اولاً: ضوابط الإسناد المادية

ويقصد بها الضوابط التي يمكن ادراكها بالحس أوتركيزها في مكان أو اقليم معين، ومنها ضوابط : الموطن بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومحل الإبرام بالنسبة لشكل التصرفات، ومحل

1. وردت هذه الأسانيد والحجج لدى: د. احمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص٣٢٢.

وقوع العمل الضار بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، وموقع المال بخصوص الحقوق العينية المترتبة على الأموال وغيرها[1].

وتجدر الإشارة الى أن وجود مثل تلك الضوابط المادية يجعل من السهل على قاعدة الإسناد في دولة القاضي تحديد القانون المختص من بين الأنظمة أو التشريعات النافذة في الدولة التي اصبح قانونها واجب التطبيق، اذ أن تلك الضوابط يراعى في وضعها دائماً أن " تعين بذاتها المكان الذي يتركز فيه الوضع القانوني دون حاجة الى أي عنصر يستخدمه القانون الواجب التطبيق. فإذا اضيف الى تلك الضوابط عنصر من هذه العناصر أفسد مفهومها وانحرف بها عن مقصود واضع قواعد الإسناد الوطنية"[2].

فعلى سبيل المثل اذا اقيمت دعوى تعويض عن عمل ضار وقع في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن القانون الأمريكي يكون هو الواجب التطبيق عليها. وبالنظر الى الطابع المادي لضابط الإسناد هنا وتركيزه في مكان معين، فإن ذلك يمكِن القاضي المرفوعة أمامه الدعوى معرفة الولاية الأمريكية التي وقع فيها العمل الضار بسهولة ويسر، ومن ثم يكون قانون تلك الولاية الأمريكية هو القانون المختص بحسم الدعوى. وينسحب هذا الأمر على جميع الضوابط الأخرى- المذكورة في اعلاه- والتي تتسم بطابع مادي.

ثانياً: ضوابط الإسناد المعنوية

يقصد بها- بعكس ضوابط الإسناد المادية- تلك الضوابط التي لايمكن ادراكها بالحس أو تركيزها في مكان أو اقليم معين، ومنها ضوابط: الجنسية وإرادة الأطراف. وفيما يأتي نبين الموقف في كلِ من هذين الضابطين.

١- **اذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية:** لا شك أننا نكون أمام صعوبة حقيقية في هذا الفرض، لأن ضابط الجنسية لا يمكن أن يؤدي في ذاته الى تعيين القواعد الموضوعية المختصة فيما لو تعددت التشريعات السائدة في الدولة التي اصبح قانونها واجب التطبيق، ومرد ذلك أن الدول ذات النظام المركب(التي تتكون من اقاليم او ولايات او كانتونات..) او التي تتعدد فيها التشريعات، لا تتعدد فيها

1. د.هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٣٥٤.
2. د.حسن بغدادي، الإسناد الى قوانين الدول المتعددة الشرائع، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة٤، العددان(١، ٢)، ١٩٥٠، ص ١٣٩.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

جنسيات الأشخاص المنتمين الى الأقاليم المختلفة او المنتمين الى الطوائف أو الشرائع المختلفة، وإنما تكون هناك جنسية واحدة فقط يحملها جميع الأشخاص المنتمين الى تلك الدولة. الأمر الذي يترتب عليه عدم تمكن القاضي المرفوعة أمامه الدعوى من تحديد القانون المختص بسهولة.

ومن هنا، فقد طرحت حلول مختلفة لكيفية حل هذه الإشكالية، ومنها:

-اتجه رأي الى انه يتعين في هذه الحالة الرجوع الى الشريعة الواجبة التطبيق في عاصمة الدولة التي قضت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها دون الإعتداد بسائر الشرائع والأنظمة الداخلية الأخرى[1]. فتسري على اهلية الشخص اللبناني الشريعة السائدة في بيروت، ويسري القانون النافذ في ولاية واشنطن على اهلية الشخص الأمريكي وهكذا.

-وذهب رأي آخر الى انه يجب إعمال ضابط اسناد الجنسية حسب الشكل القانوني للدولة التي اصبح قانونها واجب التطبيق. فإذا كانت دولة فيدرالية، يتعين حينئذٍ إحلال ضابط (الرعوية المحلية) محل ضابط الجنسية بهدف تحديد القانون المختص فيها. اما اذا كانت دولة بسيطة، فيمكن تحديد القانون المختص عن طريق إعمال ضابط (الموطن) وإحلاله محل ضابط الجنسية. فإذا تعذر إعمال ضابط الجنسية، وجب الرجوع الى ضابط محل الإقامة وإلا فمكان ولادة الشخص. وفي حال تعذر إعمال كل تلك الضوابط، فإن الموضوع يتم حسمه عن طريق إخضاع العلاقة محل النزاع للأحكام الموضوعية لقانون القاضي[2].

-في حين يفضل آخرون الإلتجاء الى قاعدة اسناد احتياطية في قانون دولة القاضي بدلاً من إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق الأجنبي. ومبنى هذا الإتجاه هو أنه طالما أن الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها تتعدد فيها التشريعات تعدداً داخلياً، وأصبح من المتعذر تحديد القانون المختص من بين تلك التشريعات من خلال قاعدة الإسناد الأصلية في قانون القاضي، لذا يتعين الرجوع الى قاعدة اسناد احتياطية تقضي بتطبيق قانون الموطن في هذا الفرض[3].

1. د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٤٠.
2. د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ج٢، ط٩، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٩٣.
3. د. هشام علي صادق، مصدر سابق ، ص٣٥٥.

٢- **اذا كان ضابط الإسناد هو إرادة الأطراف:** اذا انصبت قاعدة الإسناد المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية في دولة القاضي على ارادة المتعاقدين، فهنا نكون أمام حالتين ايضاً، وهما:

أ- حالة تحديد التشريع الداخلي من قبل المتعاقدين: يبدو أنه لا خلاف في الفقه بشأن هذه الحالة، فيما اذا قام المتعاقدان بتحديد القانون المختص في الدولة التي يصبح قانونها واجب التطبيق، سواء بشكل صريح او ضمني، كأن يتم تحديد قانون ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك في العقد المبرم بينهما ليكون القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المبرمة بينهما وكذلك حسم المنازعات التي قد تنشأ بينهما بخصوص تفسير بنود العقد وتحديد حقوق والتزامات الطرفين كما هو متفق عليه في العقد.

ففي هذه الحالة لاشبهة في وجوب الرجوع الى أحكام القانون المختص الذي تم تحديده بإرادة المتعاقدين. وأساس ذلك هو أن إرادة المتعاقدين، كما كانت الحال في الضوابط المادية، قادرة في حد ذاتها على تحديد القانون المختص من بين التشريعات والقوانين المتعددة في الدولة ذات النظام المركب التي اصبح قانونها واجب التطبيق[١].

ب- حالة عدم تحديد التشريع الداخلي من قبل المتعاقدين: قد يحدث أن لا يشير المتعاقدان، لا بشكل صريح ولا ضمني، الى القانون المختص في قانون الدولة ذات التشريعات المتعددة، ففي هذه الحالة يمكن الرجوع الى الضوابط الإحتياطية التي تقضي بها قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، كضابط الموطن المشترك او محل الإبرام[٢].

المطلب الثاني

تحديد القانون المختص بمقتضى (قواعد الاسناد الداخلية) في القانون الواجب التطبيق

بعد أن بينا، في المطلب السابق، مضمون وأسانيد الاتجاه القائل بوجوب تحديد القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي المرفوعة أمامه الدعوى، سنبين في هذا المطلب

1. د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٤١.

2. وقد تبنى المشرع العراقي الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل ابرام العقد كضابطين احتياطيين. اذ نصت الفقرة الأولى من المادة(٢٥) من القانون المدني العراقي على انه " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون محل الإبرام، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه".

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

مضمون وأسانيد الاتجاه الثاني[1] في هذا الخصوص، والذي يذهب الى وجوب قيام القاضي بتحديد القانون المختص من ضمن القواعد القانونية الموجودة في الدولة التي أصبح قانونها واجب التطبيق.

يرى هذا الاتجاه وجوب رجوع القاضي الوطني الى القواعد القانونية الداخلية في الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد الى تطبيق قانونها للتوصل الى تحديد القانون المختص من ضمن الدولة التي أصبح قانونها واجب التطبيق. وعلى هذا النحو يفوض هذا الرأي قانون الدولة الاجنبية ذات النظام المركب في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فعندما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون دولة معينة إنما تهدف الى ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة بوصفها وحدة اقليمية قائمة بذاتها، ومن ثم لا يمكن السماح لهذه القواعد بتحديد القانون المختص في النظام القانوني الأجنبي الواجب التطبيق[2].

ومن هنا أطلقت تسمية " التفويض" على هذا الموضوع، اذ يتم تفويض قانون الدولة المتعددة التشريعات، والذي أصبح واجب التطبيق، بتحديد القانون المختص وليس قانون القاضي.

وهذا الاتجاه، كسابقه، تدعمه جملة من الأسانيد والحجج، ومنها:

١- ينحصر دور قاعدة الإسناد في قانون القاضي في الإشارة الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على المحكمة وتحديده ولا يتعدى الى تحديد القواعد القانونية الموضوعية في الدولة التي أصبح قانونها واجب التطبيق، والقول بغير ذلك يعد تجاوزاً على اختصاص قانون آخر والذي هو القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

٢- من المعروف أن وظيفة قاعدة الإسناد هي فض التنازع الدولي أي التنازع الذي يحدث بين قوانين دول وكيانات مختلفة، مما يعني أنه لا شأن لقواعد الإسناد في قانون القاضي باختيار قانون أو شريعة معينة من بين القوانين والشرائع الداخلية الموجودة في دولة واحدة.

٣- عندما يصبح قانون دولة معينة واجب التطبيق، فإن القواعد الموجودة في هذا القانون هي الأقدر على رسم وتحديد كيفية تطبيق القواعد القانونية ونطاق تطبيقها وبيان محتواها، مما يعني أن الرجوع الى القواعد القانونية الموجودة في القانون الواجب التطبيق يكفل الوصول الى القاعدة القانونية المعنية أو الشريعة المختصة بشكل أدق، الأمر الذي لايمكن إدراكه في حال قيام القاضي بتطبيق القواعد

1. د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٣٥٧.
2. د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٤٢.

القانونية الموجودة في قانونه، وذلك بسبب اختلاف ضوابط الإسناد والاعتبارات التي تقوم عليها في كل دولة.

وقد كانت لقوة و صلابة الاعتبارات التي استند إليها هذا الاتجاه الفقهي و المؤكد لضرورة تفويض القانون الواجب التطبيق لتحديد القانون المختص في شأن تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق هي التي دفعت القضاء في كثير من الدول العالم الى اقرار هذا الحل، وبدورنا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي على الاقل مادام هذا القانون يحتوي على قواعد اسناد داخلية يمكن من خلالها الكشف عن الحلول الواجبة الاتباع في شأن النزاع القائم بين الشرائع الداخلية المتعددة التي يتضمنها[1]. وقد اقرت بعض التشريعات صراحة على هذا الحل منها (المادة٣١-٢) من القانون المدني العراقي و(المادة٢٦) من القانون المدني المصري و(المادة/٢٣)من القانون المدني الجزائري المعدلة.

المبحث الثاني

موقف القوانين المقارنة من كيفية تحديد القانون المختص

نتناول في هذا المبحث مواقف بعض الدول من حل إشكالية تعدد التشريعات في تحديد القانون المختص وفي هذا الخصوص فقد وقع اختيارنا على كلٍ من القانون العراقي والمصري والجزائري، وفيما يأتي نبين أهم الأحكام التي أتى بها هذه القوانين بشأن كيفية حل إشكالية تعدد التشريعات، وذلك بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول موقف القوانين المقارنة في كيفية تحديد القانون المختص بموجب قاعدة التفويض، اما الثاني فنخصصه لموقف القوانين المقارنة في كيفية تحديد القانون المختص إذا لم يتضمن القانون الاجنبي قواعد إسناد خاص لحل التنازع الداخلي على النحو الآتي:

المطلب الاول

موقف القوانين المقارنة في كيفية تحديد القانون المختص بموجب قاعدة التفويض

1. د. هشام على صادق، مصدر سابق ،ص ٣٥٩ و مابعدها .

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

إذا كان مشرعو القوانين المقارنة[1] قد أخذوا بالاتجاه الفقهي الراجح نحو تحديد القانون المختص وفقا لقواعد الاسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق، إذن لابد على القاضي المرفوع امامه النزاع من الرجوع الى القانون الاجنبي الواجب التطبيق لتحديد الشريعة المختصة بحل هذا النزاع، إلا ان القوانين المقارنة قد سكتت مع ذلك عن بيان الحل الواجب التطبيق فيما لو لم يتضمن هذا القانون قواعد اسناد تكشف عن القانون المختص، أو فيما لو عجزت هذه القواعد عن اعطاء حل للمشكلة محل البحث.

إذا كان المشرع قد أنار الطريق امام القضاء في صدد هذه المشكلة، إلا أن الفقه قد اختلف مع ذلك حول نطاق اعمال تطبيق قاعدة التفويض لاسيما بشأن مسألتين، الأولى حول مدى انطباق قاعدة التفويض على جميع صور التعدد الشخصي والإقليمي، والثانية حول مدى انطباق قاعدة التفويض على مختلف ضوابط الإسناد. وفوق ذلك فإن صياغة (م/٣١-٢) من القانون المدني العراقي تثير التساؤل حول مدى تطبيق قاعدة التفويض بالنسبة لمختلف صور القواعد القانونية من حيث مصدرها في القانون الاجنبي الواجب التطبيق .

أولا: مدى انطباق قاعدة التفويض بالنسبة لصور التعدد الداخلي:

سبق وان اشارنا إلى أن التعدد الداخلي قد يكون إقليميا وذلك في الدول التي لكل إقليم من أقاليمها تشريع خاص به، وقد يكون التعدد طائفيا (شخصيا) بالنسبة للدول ذات التعدد الطائفي حيث تخضع كل طائفة لتشريع خاص بها. فهل يتم اعمال قاعدة التفويض على كلا نوعي التعدد، أم ان اعمالها يقتصر على أحد هذين النوعين من تعدد الشرائع؟ بهذا الشأن ظهر رأيان فقهيان[2] يذهب

1. تنص(م/٣١-٢) من القانون المدني العراقي على انه(وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها)،كما تنص (م/٢٦) من القانون المدني المصري(متى ظهر أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها) و(م/٢٣ المعدلة)من القانون المدني الجزائري(متى ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اي تشريع منها يجب تطبيقه .....).

2. تم ذكر هذه الاراء لدى كل من د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٦٣ وما بعدها. ود. هشام خالد، التفويض(دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٦. ود. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الذاكرة، بدون مكان النشر، ٢٠١٤، ص ١٧٤.

جانب من الفقه خصوصا في إيطاليا أن قاعدة التفويض يتحدد نطاقها بصور التعدد الإقليمي دون التعدد الشخصي. وذلك بقصر مجال إعمال قاعدة التفويض على الفروض التي تتعدد فيها التشريعات الداخلية في القانون الأجنبي المختص تعددا إقليميا ففي هذه الحالة وحدها يتعين تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص في تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق. أما إذا كان التعدد تعددا شخصيا فلا وجه لتفويض القانون الأجنبي في فض مشكلة التنازع الداخلي مادام أن هذا القانون يتضمن تشريعا إقليميا عاما. وأساس هذا الرأي أن مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين شريعة إقليمية، وليس من وظيفتها تحديد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. فتعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة هو أمر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ولا شأن له بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي[١].

إلا أن هذا الرأي أخذ عليه أنه فرق دون مبرر بين التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي حين اعتبر وظيفة قاعدة الإسناد تنحصر في تعيين التشريع الإقليمي الأجنبي دون التشريع الشخصي الواجب التطبيق. في الوقت الذي لا تتعلق فيه التفرقة بركن أصلي من أركان النظرية العامة في فقه القانون الدولي الخاص وإنما هي مسألة تتصل بصياغة قواعد الإسناد، واستقلال كل دولة بتعيين مضمونها[٢].

بينما يذهب الرأي المعارض وهو الراجح[٣] والذي نؤييده بدورنا الى سريان قاعدة التفويض على كلا نوعي التعدد الاقليمي والشخصي، (عليه فإن الإطلاق والعموم الذي ورد به نص المادة (م/٣١-٢) من القانون المدني العراقي المقابلة لنص (المادة ٢٦) من القانون المدني المصري حين لم يفرق بين نوعي التعدد جعل القضاء والفقه يرى إعمال قاعدة التفويض نوعي التعدد التشريعي ولا فرق في ذلك اذا كان التعدد اقليميا او شخصيا لان هذه الشرائع تكون في جملتها قانون هذه الدولة[٤]).

ثانياً: مدى انطباق قاعدة التفويض على مختلف ضوابط الإسناد:

1. د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٣٦٤.
2. د.حسن بغدادي، مصدر سابق، ص٢٠.
3. د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق،ص ١٨٦؛ود.عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص٣٠٤؛ ود.هشام خالد، مصدر سابق، ص٢٦ .
4. د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، وزارةالتعليم العالي والبحث العلمي، ج٢، بغداد، بدون سنة نشر، ص ٧٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

على الرغم من استقرار الموقف بشأن اتساع نطاق تطبيق قاعدة التفويض ليشمل صورتي التعدد الداخلي الإقليمي والشخصي إلا أنه قد اختلف مع ذلك حول مجال إعمال هذه القاعدة بالنسبة لضوابط الإسناد، فهل يعمل بها أيا كان ضابط الإسناد الذي يتم بموجبه تعيين قانون الدولة الأجنبية ذات التعدد التشريعي أم أن إعمالها يقتصر فقط على الضابط الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي المختص؟ في هذا الصدد استعرض الفقه مختلف ضوابط الإسناد ومدى ضرورة تطبيق قاعدة التفويض بشأنها على النحو التالي :

١-ضابط الجنسية:إذا كانت قاعدة الاسناد مبنية على ضابط الجنسية فلا مفر من تفويض القانون الاجنبي لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، وإن اساس ذلك هو أن ضابط الجنسية وحده يحمل القدرة على تعيين القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، مما نشأ عنه إجماع فقهي بشأن إعمال قاعدة التفويض كلما كان القانون الأجنبي للدولة ذات التعدد التشريعي مختصا بموجب هذا الضابط. بل يذهب البعض [١] إلى حد قصر تطبيق قاعدة التفويض على الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد هو الجنسية.

٢-ضابط الإرادة: إذا كان ضابط الإسناد هو إرادة المتعاقدين فلا خلاف بين الفقه[٢] في أن هذا الضابط قادر على اختيار التشريع الداخلي الواجب التطبيق دون حاجة إلى إعمال قاعدة التفويض في القانون الاجنبي الواجب التطبيق لتعيين القانون المختص، إلا أن سلامة هذا الحل يقتضي أن يتبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى تطبيق تشريع داخلي معين من بين التشريعات المتعددة في الدولة التي وقع اختيارهم على تطبيق قانونها[3] .

ولكن يدق الامر إذا لم يفصح المتعاقدون في مجال الالتزامات العقدية عن إرادتهم الصريحة ولم يستطيع القاضي أن يكشف عن ارادتهم الضمنية في هذا الصدد، فكيف يستطيع القاضي المرفوع امامه النزاع، تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؟ هنا يجب التفرقة بين فرضين :

1. د.حسن البغدادي، مصدر سابق، ص ٢١.
2. د.هشام خالد، مصدر سابق، ص٢٧.
3. د.هشام على صادق، مصدر سابق ، ص ٣٧٠.

الفرض الاول: اذا اختار المتعاقدان قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، لكنهما سكتا عن تحديد الشريعة الداخلية المختصة ولم يستطع القاضي الكشف عن إرادتهما الضمنية من خلال ظروف التعاقد وملابساته ؟

هنا يرى جانب من الفقه[1] أنه في هذه الحالة يجب تطبيق القانون الذي يحل محل قانون الإرادة في حكم العقد من حيث الموضوع، أي يتعين الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية. فإذا سكت المتعاقدون تماما على الإفصاح عن إرادتهم في تعيين قانون الدولة الواجب التطبيق وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في التنازع وذلك بإعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية وفق ما نصت عليه القوانين المقارنة[2] مثل(قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، والا فقانون الدولة التي تم فيها العقد) ما دام قد تعذر الكشف عن ضابط الإرادة.

الفرض الثاني: إذا اتجه ارادة الاطراف الى قانون دولة معينة، لحكم عقدهم، الا ان هذا القانون، يتضمن تشريعات متعددة، فأي من هذه التشريعات يجب إعماله على عقدهم. انقسم الفقه بهذا الصدد الى اتجاهين [3] :

ذهب الاتجاه الاول الى وجوب إعمال الضوابط الاحتياطية التي وردت في القوانين المقارنة نظراً لعدم وجود أية اشارة تفيد اختيارهم لشريعة معينة ما، لكن أخذ على هذا الرأي أنه يهدر كل أثر للإرادة التي ظهرت، إذ ليس من المعقول تجاهل إرادة المتعاقدين في اختيار قانون دولة معينة بكل بساطة لمجرد أن هؤلاء قد سكتوا عن تحديد التشريع الداخلي في القانون الواجب التطبيق.

---

1. د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص ١٨٨.

2. تنص (م/٢٥ف١) من القانون المدني العراقي على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي وجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فأذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) وهذا ما تنص عليه(م١٩/ف١) من القانون المدني المصري على انه(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه). كما وتنص(م/١٨)(المعدلة) من القانون المدني الجزائري على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد .وفي حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد) .

3 . د.هشام خالد، مصدر سابق، ص٣٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

بينما يذهب الاتجاه الثاني وهو الراجح إلى أنه لابد من الرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية في القانون الاجنبي الواجب التطبيق لمعرفة الشريعة المختصة بحكم العلاقة [١].

٣-الضوابط المكانية: تتميز ضوابط الإسناد المكانية كالموطن أو مكان إبرام التصرف أو مكان وقوع الفعل الضار أو النافع أو موقع المال بأنها قادرة بحد ذاتها على تعيين التشريع الداخلي المختص، إذ يراعى في تكوينها دائما أن تعين بذاتها المكان الذي يتركز فيه الوضع القانوني دون حاجة إلى أي عنصر يستخدمه القانون الواجب التطبيق. فإذا أضيف إلى تلك العناصر عنصرا من هذه العناصر أفسد مفهومها وانحرف بها عن مقصود من سن قواعد الإسناد الوطنية[٢]. واستنادا إلى كفاية الضوابط المكانية في تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق، ذهب البعض من الفقه[٣] في مصر إلى استبعاد قاعدة التفويض بالنسبة لهذه الضوابط. بينما ذهب البعض الاخر من الفقه[٤] وهو الغالب الى عدم استبعاد قاعدة التفويض بالنسبة لهذه الضوابط بناء على أن نص المادة (٣١-٢مدني العراقي) والمقابل (للمادة ٢٦ مدني مصري) والمقابل (للمادة ٢٣-١ مدني جزائري) جاء مطلقا لم يميز بين ضابط وآخر مما يقتضي تعميم الحل الذي تتضمنه على جميع ضوابط الإسناد. كما أن الضوابط المكانية -وإن أمكن تركيزها في مكان أو آخر داخل الدولة مما يمكن معه التعرف على الاختصاص التشريعي الداخلي- إلا أن استخدامها في هذه الغاية لا يدخل في حساب المشرع الوطني؛ وهو يبني قاعدة الإسناد الخاصة بالتنازع الدولي. إذ الغرض من هذه القاعدة هو بيان "قانون الدولة" الواجب التطبيق، والمشرع يستخدم الضوابط الإقليمية لتركيز العلاقة القانونية في دولة من دول العالم وليس في وحدة إقليمية معينة داخل هذه الدولة .

وهذا الرأي الأخير هو الذي يتماشى مع الإطلاق والعموم الذي جاء به نص(م/ ٣١-٢) مدني العراقي)و نصوص القوانين المقارنة، وبالتالي لا يهم نوع الضابط المعتمد في تعيين الاختصاص لقانون الدولة المتعددة التشريعات. فقواعد الإسناد الداخلية للدولة الأجنبية المتعددة التشريعات هي وحدها الكفيلة بتعيين تشريعها الداخلي المختص مهما كان الضابط الذي تم بموجبه الإسناد.

1. د. عكاشة محمد عبدالعال، مصدر سابق، ص ٣١٢.
2. د.حسن بغدادي، مصدر سابق، ص ٢٣ .
3. د.هشام خالد، مصدر سابق، ص٢٧.
4. د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص ١٨٩ .

ثالثاً: مدى انطباق قاعدة التفويض بالنسبة لمختلف صور القواعد القانونية من حيث مصدرها في القانون الأجنبي الواجب التطبيق:

من خلال التدقيق في المادة(٣١-٢) من القانون المدني العراقي نجد استعمال المشرع لعبارة (قانون دولة تتعدد فيها الشرائع) و كذلك استخدام المشرع المصري[١] في المادة(٢٦) من القانون المدني عبارة "دولة معينة تتعدد فيها الشرائع"، وليست عبارة "دولة معينة تتعدد فيها التشريعات" كما عبرت عنها المادة(٢٣) من القانون المدني الجزائري[٢]. ولا شك أن ثمة فرقا بين "التشريع" و"الشريعة."

فالتشريع يقصد به مجموع القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة العامة المختصة بذلك في الدولة، وهو المصدر الرسمي الأصلي للقانون. وله ثلاث أنواع، (الدستور)و(القوانين)و(الانظمة و التعليمات واللوائح بأنواعها)[٣] أما الشريعة في مفهوم (م/٣١-٢)من القانون المدني العراقي و(م/٢٦) من القانون المدني المصري فالواقع أنها تحمل معنى القانون - في معناه العام- أي مجموع القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، فمدلولها أوسع من التشريع فتشمل جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف. و عليه فإنه إذا عملنا بمعنى الدقيق لكلمة الشريعة المستخدم في القانون العراقي و المصري فهذا يعني أن المشرع العراقي و المصري يعترف بالتعدد سواءً أكان التعدد تشريعياً أي مجسداً في شكل نصوص قانونية مكتوبة، أو غير مجسد في شكل نصوص تشريعية مكتوبة وذلك بخلاف ما ذهب اليه المشرع الجزائري الذي استخدم كلمة التشريع والذي يعني أن المشرع الجزائري لا يعترف بالتعدد إلا إذا كان تعددا تشريعيا أي مجسدا في شكل نصوص قانونية مكتوبة، فحينئذ فقط يطبق القاضي الجزائري التشريع الذي يحدده القانون الداخلي لتلك الدولة. أما إذا كان هذا التعدد غير مجسد في شكل نصوص تشريعية مكتوبة فيبدوا أن المشرع الجزائري لا يعتد به، كأن تكون الشريعة الداخلية التي يحددها القانون الأجنبي عرفا أو دينا أو مذهبا

1. تنص (م/٢٦) من القانون المدني المصري(متى ظهر أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها).

2. تنص (م/٢٣ المعدلة)من القانون المدني الجزائري (متى ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اي تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الاقليمي).

3. د. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون - ، ط٤، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣، ص٩٣.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

غير مكتوب لطائفة أو إقليم معين. وهو ما من شأنه التضييق من نطاق تطبيق قاعدة التفويض. ويبدو أن المشرع الجزائري أرادَ أن يسهل على القاضي الوطني مهمة البحث في القانون الأجنبي نظرا لتعذر البحث في مختلف الديانات والأعراف الأجنبية.

وبدورنا نؤييد موقف المشرع العراقي والمصري في هذه النقطة اي استخدامهما لكلمة الشريعة وليس التشريع لأنه وإن كان يُصَعِب مهمة القاضي إلا أنه أكثر شمولية واتساعا وتحقيقاً للعدالة .إلا اننا مع ذلك نقترح على المشرع العراقي استخدام مصطلح الشريعة في حالة التعدد الشخصي، أذ ان مثل هذا التعدد غالباً ما يقصد به الجانب العقيدي أو الديني أو المذهبي الذي هو لصيق بشخصية الانسان والشريعة التي يعتقدها[1]. كما ونقترح استخدام مصطلح التشريع في حالة التعدد الاقليمي، وذلك ان مثل هذا التعدد لا علاقة له بالدين او المذهب او الطائفة .

المطلب الثاني

تحديد القانون المختص عند عدم وجود قاعدة اسناد خاصة في القانون الاجنبي

إن إعمال قاعدة التفويض طبقا للمادة(٣١-٢) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها (م/٢٦)من القانون المدني المصري والمادة(٢٣)من القانون المدني الجزائري تفترض إبتداءً أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة لفض التنازع الداخلي. ولكن ما الحل فيما لو لم يتضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية أي قواعد من هذا النوع أو عجزت قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها عن حسم النزاع ؟ أو في حالة ما إذا كان النزاع مرفوعا امام محكمة غير عراقية واسند الاختصاص فيها الى القانون العراقي وكما هو معلوم هناك تعدداً شخصياً وأقليميا في العراق اذ ان العراق اصبح دولة إتحادية منذ نفاذ الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥، حيث بموجبه يحق لإقليم

1. تنص المادة(٤١) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥، على انه " العراقيون احرار في الإلتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون"

كوردستان تشريع قوانين خاصة به أو تعديل تطبيق القوانين الاتحادية في المسائل التي لاتدخل ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية [1].

لقد ثار جدل فقهي واسع بخصوص هذه المسألة، عليه أنقسم الفقه بهذا الشأن الى عددة أراء[2] :

ذهب فريق من الفقه الى وجوب رجوع القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه لحل النزاع اذا لم يستطيع الاهتداء الى القانون المختص في الشريعة الداخلية في القانون الاجنبي الواجب التطبيق. إلا ان مثل هذا الحل يؤدي الى اهدار كامل لقاعدة الاسناد التي تقضي صراحة باخضاع النزاع لنظام قانوني معين غير قانون القاضي.

بينما ذهب فريق أخر من الفقه الى وجوب إعمال القاضي لقواعد الاسناد في قانونه للتوصل الى شريعة الداخلية المختصة في القانون الاجنبي الواجب التطبيق، إلا ان هذا قد يؤدي الى اعطاء النزاع حلا غير الحل الذي يقضي به فعلاً النظام القانوني الواجب التطبيق.

وأخيراً ذهب فريق أخر الى وجوب البحث عن قاعدة اسناد احتياطية تحل محل قاعدة الاسناد التي يقضي بها قانون القاضي و التوصل عن طريق هذه القاعدة الاحتياطية الى نظام قانوني آخر لحكم النزاع، وهذا الرأي يعاب عليه أن اعمال القاضي لقاعدة اسناد احتياطية ينطوي بدوره على اهدار لقاعدة الاسناد الحقيقية التي يقضي بها المشرع الوطني.

ويبقى ماتم ذكره مجرد أراء فقهية لايمكن الاعتماد عليه لحل مشكلة كهذه والتي ترتبط فيها العلاقة القانونية بأكثر من دولة، وعليه سنعرض موقف القانون المدني الجزائري من كيفية حله لهذه المسألة فقد ذهب المشرع الجزائري بموجب القانون ١٠/٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥[3] المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تمم المادة ٢٣ بفقرة ثانية نص فيها: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي."

1. تنص الفقرة (ثانياً) من المادة (١٢١) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على أنه " يحق لسلطة الإقليم، تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الإتحادي وقانون الإقليم، بخصوص مسألة لاتدخل في الإختصاصات الحصرية للسلطات الإتحادية ".
2. تم ذكر هذه الاراء لدى د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٥٧.
3. المنشور في الجريدة رسمية عدد (٤٤) لسنة (٢٠٠٥) .

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

من النص المذكور يتبين لنا أن الحل الـذي تبنـاه المـشرع الجزائـري يختلـف بحـسب نـوع التعـدد التشريعي لدولة القانون الأجنبي المختص. وذلك على النحو الآتي:

في حال التعدد الطائفي: إذا كان القانون الواجـب التطبيـق هـو قـانون دولـة معينـة تتعـدد فيهـا التشريعات تعددا طائفيا أساسه الدين أو المذهب، ولم يتضمن هذا القانون نصا خاصا يبـين أي تـشريع داخلي يجب تطبيقه فعلى القاضي أن يطبق التشريع الغالب في ذلـك البلـد الأجنبـي. فمـثلا إذا تعلـق الأمر بدولة من الدول العربية فإن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في تلك الدولة هـو الـذي يطبـق باعتبار ان أغلب سكانها مسلمون. وعليه نتفق مع البعض[1] في أن تطبيق التـشريع الغالـب في الدولـة المتعددة التشريعات مباشرة بمجرد عدم وجود نص لفض التنازع الداخلي الطائفي في تلك الدولة قـد لا يتفق مع النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع، ذلـك أن كـون التـشريع غالبـا في الدولـة لا يـبرر تطبيقه على جميع الطوائف بمجرد عدم وجـود نـص خـاص بالتنـازع الـداخلي لتلـك الدولـة. فالتعـدد الطائفي يقوم على أسس واضحة هي الدين عادة بالإضافة إلى المذهب، والأولى على القـاضي أن يطبـق تشريع الطائفة التي ينتمي إليها الشخص قبل أن يلجأ إلى التشريع الغالب في الدولـة الـذي يبقـى حـلا أخيرا إذا تعذر الأول، خصوصا إذا كانت تلك الدولة تقر بهذا التعـدد الطـائفي تـشريعيا وكـان بإمكـان القاضي أن يتبين دين أو مذهب الشخص. وبالتالي لا نؤيد المشرع الجزائري في موقفه من عدم الـسماح للقاضي في إمكانية تطبيقه التشريع الداخلي بناء على الانتماء الطائفي للشخص في حال التعدد الطائفي إذا أمكن إثباته قبل اللجوء إلى التشريع الغالب في البلد مما يعد إهدارا لروح المادة (٢٣-٢)التي أقـرت احترام الخصوصيات الشخصية المعتبرة قانونا للأفراد. هذا فضلاً من التنبه إلى الحالة التي لا يوجـد فيـه شريعة غالبة في دولة القانون الأجنبي المختص، ففي هذه الحالة ماذا يفعل القاضي الجزائـري فـلا حـل أمامه إلا اللجوء إلى الانتماء الطائفي للشخص، وهـو أمـر ميـسور الوقـوف عليـه خـصوصا إذا مـا كـان أساسه الدين[2].

1. د. محمد دمانة ود. محمد عماد الدين عياض، القانون الواجب التطبيـق عنـد الإسـناد لقـانون دولـة تتعـدد فيها التشريعات، ص٧. بحث منشور على الموقع الالكتروني http://www.staralgeria.net/t4344-topic
تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٣/٢٩ .
2. د.هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٨٠ .

ولتفادي الاخطاء الذي وقع فيه المشرع الجزائري والنقد الذي وجه اليه من قبل الفقه[1] نقترح على المشرع العراقي ان يضيف الى(م/٣١) فقرة ثالثة وينص فيها على أنه (إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، على القاضي في حالة التعدد الطائفي أن يطبق شريعة الطائفة التي ينتمي إليها الشخص سواءً كان ذلك على اساس الدين أم المذهب،أما إذا تعذر إثبات الانتماء الطائفي للشخص بناء على دينه أو مذهبه فيتم اللجوء إلى الشريعة الغالبة في البلد ."

في حال التعدد الإقليمي: طبقا للمادة(٢٣-٢) مدني جزائري فإنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا ولم يتضمن هذا القانون نصا خاصا يبين أي تشريع داخلي يجب تطبيقه فعلى القاضي أن يطبق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد. إذا فالمشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بتطبيق تشريع عاصمة الدولة المتعددة التشريعات في هذه الحالة، وهو رأي أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الأول من مايو ١٩٥٨ [2] وكان له أثر واضح على اتجاه محاكم الموضوع بعد ذلك نحو تطبيق شريعة العاصمة في كافة الفروض التي تعجز فيها قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن تحديد الشريعة الإقليمية المختصة بحكم النزاع.

ولا شك أن هذا الحل الذي تبناه المشرع الجزائري يتسم بالبساطة واليسر بالنسبة للقاضي أو بالنسبة لأطراف النزاع عند مساعدتهم للمحكمة في إثبات مضمون القانون الأجنبي. إلا أن هذا الحل لا يعبر عن الواقع فلا يصح تطبيق قانون العاصمة حملا على أنه الحل المناسب والملائم فقد لا يكون هو أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، ولا أكثرها مناسبة لمعطيات النزاع.

فالتحديد المسبق لشريعة العاصمة على هذا النحو هو اختيار عشوائي لا يتفق دائما مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع فضلا عن أن كل نظام قانوني له طبيعته الخاصة[3]. فقد تنتفي كل صلة بين قانون العاصمة والمسألة محل المنازعة، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ويهدر الحكمة التي من أجلها قررت قواعد الإسناد.

1. د. محمد دمانة و د. محمد عماد الدين عياض، مصدر سابق، ص ٨ .
2. للتفصيل في هذا القرار يراجع د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص ٢٠٣ .
3. د.سامية راشد، مصدر سابق، ص٥٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

وعليه لتفادي الاخطاء التي وقع فيها المشرع الجزائري نقترح على المشرع العراقي أن يتبنى حلولا ساقها الفقه والتي تكون أكثر واقعية وتماشيا مع روح قواعد الإسناد في حال تعذر الوقوف على التشريع الداخلي الواجب التطبيق في الدولة ذات التعدد التشريعي الإقليمي، وذلك على النحو التالي:

أ- في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد في قانون القاضي من الضوابط المكانية:

مثل ضابط موطن الشخص أو محل وجود المال أو مكان وقوع الفعل الضار أو الفعل النافع ولم يوجد نص خاص يفض التنازع الداخلي في القانون المختص حينئذ على القاضي إعمال الضابط في قانونه مباشرة[١]. فالضوابط المكانية لها القدرة والكفاية الذاتية على تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق ولا شك أن تطبيق التشريع الداخلي الذي يتحدد بمقتضى هذه الضوابط من شأنه تحقيق الغاية من عملية التفويض وذلك بتطبيق أكثر التشريعات الداخلية اتصالا بالعلاقة[٢]. وكذلك الحال إذا تعلق الإسناد بضابط الإرادة واختار المتعاقدون صراحة أو ضمنا التشريع الداخلي الواجب التطبيق، فحينئذ يجب إعمال إرادة المتعاقدين إذا تعذر إعمال قاعدة التفويض مثل قانون محل ابرام العقد أو قانون محل تنفيذه[٣]. بل وكما سبق البيان فان جانبا من الفقه[٤] يرى استبعاد قاعدة التفويض أساسا إذا تعلق الأمر بضابط مكاني أو ضابط الإرادة نظرا لكفايتهما في تحديد التشريع الداخلي المختص. مما يحتم الأخذ بهذا الحل من باب أولى إذا تعذر إعمال قاعدة التفويض.

ب- في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد في قانون القاضي هو جنسية الشخص وتعذر إعمال قاعدة التفويض، فإن القانون الأنسب في نظر جانب من الفقه[٥] والذي نتفق بدورنا معهم هو قانون موطن الشخص فإن لم يكن له موطن تعين تطبيق تشريع الوحدة الإقليمية التي يوجد بها محل إقامته. حيث يجد هذا الحل سنده في المبررات التالية:

١- إن قانون الموطن أو محل الإقامة هو أقرب القوانين لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بعد قانون الجنسية وذلك لكونه أكثر القوانين اتصالا بالنزاع إذا ما تعذر إعمال القانون الذي تحدد بمقتضى جنسية الشخص.

1. د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .
2. د.هشام علي صادق، مصدر سابق ، ص ٣٥٤.
3. د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص ١٨٨ .
4. د.هشام خالد، مصدر سابق، ص٢٧ وص٢٩ .
5. د.سامية راشد، مصدر سابق، ص٤٤. ود. جابر جاد عبدالرحمن، تنازع القوانين، القاهرة، ١٩٦٦، ص٢٦٨ .

٢- إن هذا الحل يترجم صلة واقعية بين النزاع المطروح والقانون المطبق، ولذلك فإن هذا القانون يتميز بكونه محصلة رابطة فعلية وحقيقية، كما أنه معروف سلفا للأطراف لا يتغير بتغير المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

٣- إن إعمال قانون الموطن لا يعد مخالفا للتشريع العراقي القائم على نظام الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ولا تضحية بقاعدة الإسناد القائلة بتطبيق قانون الجنسية، فإعمال هذا الحل منوط بشرط أساسي هو تعذر تعيين التشريع الداخلي المختص في قانون الجنسية المتعدد التشريعات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المصري قد مال في بعض أحكامه لصالح قانون الموطن إذا تعذر الكشف عن الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في قانون الجنسية المختص، من ذلك ما قررته محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في٢٢ نوفمبر ١٩٥٥ من أن عدم وجود قواعد للإسناد الداخلي في قانون دولة الجنسية المختص بحكم النزاع من شأنه "عدم الاهتداء إلى قانون ينتمي له الشخص بجنسيته مما يبرر معاملته كما لو كان عديم الجنسية، ولذلك يجب الرجوع إلى قانون الموطن، وفي حالة عدم وجود الموطن إلى قانون البلد الذي يقيم فيه" [1].

لذا نقترح على المشرع ان يضيف الى (م/٣١) فقرة (٤) في حالة التعدد الاقليمي أيضا اذا لم يتضمن القانون الاجنبي قاعدة إسناد لتحديد القانون المختص ينص فيها على أنه " في حالة التعدد التشريعي الاقليمي وكان ضابط الاسناد من الضوابط المكانية او الإرادية فيطبق القاضي الضوابط المذكورة في قاعدة اسناده مباشرةً، اما اذا كان ضابط الاسناد هو جنسية الشخص فيطبق قانون موطن الشخص وإن لم يكن له موطن فيطبق تشريع الوحدة الاقليمية التي يوجد بها محل إقامته".

1.د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص ٢٠١ .

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

الخاتمة

بعد ان انتهينا، بحمدالله و توفيقه، من كتابة هذا البحث الموسوم (تحديد القانون المختص في الدول ذات التشريعات المتعددة /دراسة مقارنة)، توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، فيما يأتي نسجل اهمها:

اولاً :الإستنتاجات

١- هناك اتجاهان فقهيان لتحديد القانون المختص في القانون الاجنبي الواجب التطبيق، اولهما الاتجاه الذي ينادي بتحديد القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي، بينما يذهب الاتجاه الثاني الى تحديد القانون المختص بمقتضى (قواعد الاسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق). ولكل من أنصار الاتجاهين حججهم و اسانيدهم التي تدعم موقفهم .

٢- هناك خلاف بين الفقهاء بصدد سريان قاعدة التفويض على كلا نوعي التعدد الاقليمي والشخصي، فإن الرأي الراجح هو سريان قاعدة التفويض على كليهما، وذلك استنادا الى الإطلاق والعموم الذي ورد به نص(م/٣١-٢) من القانون المدني العراقي والمقابلة(للمادة ٢٦) من القانون المدني المصري و(م/٢٣-١)من القانون المدني الجزائري، وعليه يتم إعمال قاعدة التفويض على نوعي التعدد التشريعي ولا فرق في ذلك اذا كان اقليمياً او شخصياً لأن هذه الشرائع تكون في جملتها قانون هذه الدولة.

٣- تبين لنا من نصوص القوانين المقارنة اختلاف موقف المشرعين من العبارات المستخدمة، حيث استخدم المشرع العراقي عبارة (قانون دولة تتعدد فيها الشرائع) وكذلك استخدم المشرع المصري عبارة "دولة معينة تتعدد فيها الشرائع"، بينما ورد في القانون المدني الجزائري عبارة "دولة معينة تتعدد فيها التشريعات"، ولا شك أن ثمة فرقا بين "التشريع" و"الشريعة."

٤- من خلال استعراض نصوص القوانين المقارنة تبين لنا ان هناك اختلافاً في الحلول الواجب اتباعها لإعمال قاعدة التفويض. فقد نظم المشرع العراقي في(م/٣١/ف٢) والمشرع المصري في(م/٢٦) حالة واحدة فقط لإعمال قاعدة التفويض وهي إذا كان القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها، ولم ينظم حالة ما اذا كان القانون الأجنبي والذي يتضمن تعدداً سواء أكان التعدد شخصياً ام اقليمياً فما هو القانون الواجب التطبيق. وذلك بخلاف المشرع الجزائري في القانون ١٠/٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري رقم ٧٥_٥٨ لسنة ١٩٧٥ والذي بموجبه إذا ظهر من الاحكام الواردة في

المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإنه ميز بين التعدد الشخصي و التعدد الاقليمي، فقد اوجب تطبيق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، بينما أخذ بتطبيق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

ثانيا: التوصيات

١ - بما أن العراق قد دخل في مرحلة جديدة، في جميع المجالات السياسية والإقتصادية والإجتماعية، كما وأن الأمور قد تبدلت في العراق بعد سقوط النظام السابق، وبشكل خاص بعد صدور الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ الذي يحتوي على مبادئ وقواعد جديدة من أهمها الأعتراف بحماية حقوق الأقليات الدينية والمذهبية والقومية في جميع انحاء العراق كما واصبح العراق دولة اتحادية والذي بموجبه يجوز للأقاليم العراقية تشريع قوانين خاصة بها أو تعديل تطبيق القوانين العراقية الإتحادية الموجودة والتي لا تدخل في الإختصاصات الحصرية للحكومة الإتحادية، فإن كل ذلك يستلزم من الجهات المعنية العمل على إجراء التعديلات الضرورية على النصوص القانونية التي لا تتناغم والمبادئ المقَرة في الدستور وجعلها تنسجم وتواكب التطورات التي حدثت في هذا الخصوص. إذ أن بقاء القوانين والنصوص على حالها مع وجود النصوص الدستورية الصريحة يثير إشكاليات حقيقية بشأن مدى جواز العمل بتلك القوانين.

٢ - نقترح على المشرع العراقي ان يضيف الى(م/٣١) من القانون المدني العراقي فقرة ثالثة، تنظم حالة التعدد الطائفي، عندما لايتضمن القانون الواجب التطبيق قاعدة اسناد داخلية لتحديد القانون المختص وينص فيها على أنه(إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، على القاضي في حالة التعدد الطائفي أن يطبق شريعة الطائفة التي ينتمي إليها الشخص سواءً أكان ذلك على اساس الدين أم المذهب، أما إذا تعذر إثبات الانتماء الطائفي للشخص بناء على دينه أو مذهبه فيتم اللجوء إلى الشريعة الغالبة في البلد ."

٣ - نقترح على المشرع ان يضيف الى (م/٣١) فقرة (٤) في حالة التعدد الاقليمي أيضا اذا لم يتضمن القانون الاجنبي قاعدة إسناد لتحديد القانون المختص ينص فيها على أنه " في حالة التعدد التشريعي الاقليمي وكان ضابط الاسناد من الضوابط المكانية او الإرادية فيطبق القاضي الضوابط المذكورة في قاعدة اسناده مباشرةً، اما اذا كان ضابط الاسناد هو جنسية الشخص فيطبق قانون موطن الشخص وإن لم يكن له موطن فيطبق تشريع الوحدة الاقليمية التي يوجد بها محل إقامته" .

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

المصادر

اولاً:الكتب

١- د.احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،١٩٩٦.

٢- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.

٣- د.عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦.

٤- د.هشام خالد، التفويض(دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،٢٠١٤.

٥- د.هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ج١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٦- د.جابر جاد عبدالرحمن، تنازع القوانين، القاهرة، ١٩٦٦.

٧- د. حبيب إبراهيم الخليلي، اللمدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون - ، ط٤، ديوان المطبوعات الجامعية،بدون مكان نشر، ١٩٩٣.

٨- د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص،ج٢، وزارةالتعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون سنة نشر.

٩- د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الذاكرة، بدون مكان النشر،٢٠١٤.

ثانياً:البحوث القانونية :

١. د. حسن بغدادي، الإسناد الى قوانين الدول المتعددة الشرائع، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة ٤، العددان (١ ،٢)،١٩٥٠ .

٢. د. سامية راشد، قاعدة الإسناد أمام القضاء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، السنة ١٤، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٢ .

٣. د. محمد دمانة ود. محمد عماد الدين عياض، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات، بحث منشور على الموقع الالكتروني http://www.staralgeria.net/t4344-topic تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٣/٢٩

ثالثاً: الدساتير و التشريعات :

١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .

٢- القانون ١٠/٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري رقم ٧٥_٥٨ لسنة ١٩٧٥.

٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

الملخص

تعد مسألة تحديد القانون المختص، في قوانين الدول ذات التشريعات المتعددة، من المسائل الفقهية الدقيقة، لأنها تتعلق بكيفية حل إشكالية تعدد التشريعات فيها والتي قلما تخلو منها دولة في العالم.

ويقصد بتعدد التشريعات، وجود تشريعات او شرائع مختلفة في دولة واحدة، سواء أكان هذا التعدد شخصياً أم إقليمياً. فالتعدد الشخصي يكون في الدول ذات الانقسام الطائفي والذي يكون ناتجاً عن وجود شرائع أو مذاهب مختلفة فيها، كما هو الحال في مصر والعراق ولبنان وغيرها من الدول، أما التعدد الإقليمي فيتحقق في الدول التي تتكون من أقاليم أو ولايات ، بحيث يكون لكل إقليم منها شريعته الخاصة به كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا والعراق. ويترتب على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين التشريعات أو الشرائع المختلفة الداخلية. وإن التنازع الداخلي هو تنازع بين تشريعات أو شرائع تنتمي إلى سيادة دولة واحدة.

ولما كان العراق قد دخل في مرحلة جديدة، في جميع المجالات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية، اذ أن الأمور قد تبدلت في العراق بعد سقوط النظام السابق، وبشكل خاص بعد صدور الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ الذي يحتوي على مبادئ و قواعد جديدة. فقد أعترف بحماية حقوق الأقليات الدينية والمذهبية والقومية في جميع انحاء العراق، كما واصبح العراق دولة اتحادية والذي بموجبه يجوز للأقاليم العراقية تشريع قوانين خاصة بها أو تعديل تطبيق القوانين العراقية الإتحادية الموجودة والتي لا تدخل ضمن الإختصاصات الحصرية للحكومة الإتحادية.

وقد تبين لنا من خلال البحث ان المشرع العراقي قد اخذ بالتعدد الاقليمي والتعدد الشخصي ومن هنا فقد تم تقديم توصيات ومقترحات بهذا الخصوص للجهات المعنية في العراق للقيام بما يلزم لتعديل النص القانوني الذي يحتوي على إشكالية تعدد التشريعات في العراق، وفي هذا المجال فقد قدمنا النصوص القانونية التي يمكن الاستفادة منها لجعل قواعد الاسناد العراقي الخاصة بتعدد التشريعات منسجمة مع الوضع الحالي في العراق.

پوختە

بابەتی دیاریکردنی یاسای تایبەتمەند لە یاساکانی ئەو وڵاتانەی کە فرەیی یاسایان هەیە، بە یەکێك لە بابەتە فقهیە وردەکان دادەنرێت کە بۆتە هۆی وروژاندنی مشتومڕێکی بەرفراوان لەبواری یاسای نێودەوڵەتی تایبەت لە کۆن و لە ئێستادا، چونکە پەیوەستە بە چۆنێتی چارەسەرکردنی کێشە و لێڵی فرەیی یاسادانان کە لە زۆرێك لە وڵاتانی جیهان بوونی هەیە

مەبەست لە فرەیی یاساکان بریتیە لە بوونی یاسا و ڕێسای جیاواز لەناو یەك دەوڵەتدا جا ئەم فرەییە کەسی بێت یان هەرێمی. فرەیی کەسی لەناو ئەو وڵاتانەدا بوونی هەیە کە دابەشکاری تیرەگەرییان تێدایە، ئەمەش بەرئەنجامی بوونی یاسا یان ڕێچکەی جیاوازە لەناو دەوڵەتێکدا بەجۆرێك کە هەر تیرەیەك (تایەفەیەك) یاسای دانراوی تایبەت بەخۆی دەبێت وەك ئەوەی کە لە عێراق و میسر و وڵاتانی دیکەی جیهان هەیە.

بەڵام فرەیی هەرێمی لەناو ئەو دەوڵەتانەدا بوونی هەیە کە لە هەرێم یان ولایەت و یەکەی لەو جۆرانە پێکدێن، بەجۆرێك کە هەر هەرێمێك یاسای تایبەت بەخۆی دەبێت وەك ولایەتە یەکگرتووەکانی ئەمریکا و سویسرا و عێراق. ئەم فرەییە ئەگەری پەیدابوونی ململانێی ناوخۆیی لەنێوان یاسا جیاوازە ناوخۆییەکان دێنێتە ئاراوە. ئەمەش یان ململانێیەکی کەسی دەبێت (ئاینی یان ئاینزایی) یاخود ململانێیەکی هەرێمی دەبێت (فیدرالی یان بەرئەنجامی لەخۆگرتنی هەرێمەکان). ململانێی ناوخۆیی بریتیە لە ململانێی نێوان یاساکان یان ڕێساکانی پەیوەست بە سەروەری یەك دەوڵەتەوە.

لە دوای کۆتایی هاتنی ڕژێمی پێشوو لە ساڵی ٢٠٠٣، عێراق چووە ناو قۆناغێکی نوێیەوە لە هەموو بوارێکی سیاسی و ئابووری و کۆمەڵایەتی بەتایبەت لەدوای دەرچوونی دەستووری هەمیشەیی عێراق ساڵی ٢٠٠٥ کە چەندین بنەما و ڕێسای نوێی لەخۆ گرتووە وەك دان دانان بە پاراستنی مافەکانی کەمینە ئاینی وئاینزایی ونەتەوەییەکان لە سەرانسەری عێراق، هەروەها ڕێگای داوە هەرێمە فیدرالیەکان یاسای تایبەت بەخۆیان دەربکەن و هەمواری جێبەجێکردنی ئەو یاسا فیدرالیانە بکەن کە هەن و لە سنوری دەسەڵاتە تایبەتە فیدرالیەکان نین.

لەمیانی ئەم توێژینەوەیەدا ئەوەمان بۆ دەردەکەوێت کە یاسادانەری عێراقی بەهەردوو فرەیی کەسی و فرەیی هەرێمی وەرگرتووە. چەندین ڕاسپاردە و پێشنیاری پێویست سەبارەت بەم بابەتە

https://doi.org/10.17656/jlps.10107

پێشکەش بە لایەنە پەیوەندیدارەکان کراوە لە عێراق بۆ هەموارى ئەو دەقە یاساییەی کە گرفتی فرەیی یاساکان لەخۆدەگرێت لەعێراق. لەم بوارەشدا دەقی یاساییمان پێشکەش کردوە کە دەکرێت سودیان لێوەربگیرێت بۆ ئەوەی ڕێسای دانەپاڵی عێراقی تایبەت بە فرەیی یاساکان لەگەڵ دۆخی ئێستای عێراق بگونجێت.

Abstract

The issue of determining the relevant law in states having multiple legislations is one of specific doctrinal question, because it relate to how to solve the problems of multiplicity of legislations that almost of country around the world have the same question.

The multiplicity of legislations means the existing – or coexisting- of different legislations in one country. This multiplicity would be multi-ethnic legislations or different area legislations. In the multi-ethnic and multi-sectarians and nationals countries which are the result of different religion and faith, as is the case in Egypt, Iraq and other countries. The different area legislation is consist in countries which have different regions and states, so that each region has own specific legislation for example in the United States of America, Switzerland and Iraq. The consequence of this multi-access is an internal probable conflict between different nationals legislations. Although this internal conflict is a conflict between the legislations belong to one and same sovereign state.

Iraq had entered a new phase, in all political, economic and social fields, having been changed after the fall of the Iraqi former regime, particularly after the issuance of the permanent Iraqi Constitution of 2005, which contains new principles and rules. The new Constitution admits the protection of religious, sectarian and ethnic

minority rights in all parts of Iraq. This country became a federal state under which the Iraqi regions have the choice to act different laws or modify the existing Iraqi laws which do not fall within the exclusive powers of the federal government law. In this research, it has been showed that the Iraqi legislature has taken multi-ethnical or multiculturalism and multi regional legislation, in the base of which we make recommendations and suggestions to the Iraqi authorities in order to modify the legal text which contains legal multiplicity problem. In this field, we have presented legal texts that can be used to make the Iraqi reference to access laws of the multiplicity of legislation in line with the current situation in Iraq.