جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة القادسية – كلية القانون

قسم القانون الخاص

القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة فيدرالية

- دراسة مقارنة -

رسالة تقدم بها الطالب

ضياء جميل رحمن

إلى مجلس كلية القانون - جامعة القادسية

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ.د. نظام جبار طالب

أ.د. علاء حيدر الحمودي / الولايات المتحدة الأمريكية / جامعة بتسبيرغ / كلية الحقوق

١٤٤٤ هـ ٢٠٢٢ م

﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ ۖ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ۚ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة المائدة

الآية﴿٤٨﴾

إقرار المشرف العلمي

أشهد بأن اعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة فيدرالية ـ دراسة مقارنة) و المقدمة من الطالب (ضياء جميل رحمن) أُنجزت تحت اشرافي في كلية القانون ـ جامعة القادسية وهي جديرة بنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :

الاسم : أ. د. نظام جيار طالب

التاريخ : / / ٢٠٢٢

.....

توصية معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

بناءً على التوصية المقدمة اعلاه ، ارشح هذه الرسالة للمناقشة ، لدراستها وبيان الرأي فيها .

التوقيع :

الاسم : أ. د. عدنان عاجل عبيد

التاريخ : / / ٢٠٢٢

قرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا أطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (القانون الواجب التطبيق عند الاسناد لقانون دولة فيدرالية - دراسة مقارنة) وناقشنا الطالب (ضياء جميل رحمن) فـي محتواها ، وفيما له علاقه بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القـانون/ قسـم القـانون الخاص وبدرجة (جيد جدا)

التوقيع:

الأسم: أ.م.د ثامر داود عبود

(عضوا)

التاريخ: ٢٠٢٢/٩/٢٢

التوقيع:

الأسم: أ.م.د ختام عبد الحسن شنان

(رئيسا)

التاريخ: ٢٠٢٢/٩/٢٢

التوقيع:

الأسم : أ.م.د سنان عبد الحمزة تايه

(عضوا)

التاريخ: / /٢٠٢٢

التوقيع:

الأسم: أ.د نظام جبار طالب

(عضوا ومشرف اول)

التاريخ: / /٢٠٢٢

التوقيع:

الأسم: أ.د علاء حيدر حمودي

(عضوا ومشرف ثان)

التاريخ: / /٢٠٢٢

صادق مجلس كلية القانون/ جامعة القادسية على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د نظام جبار طالب

عميد كلية القانون/ جامعة القادسية

التاريخ: / /٢٠٢٢

اقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن رسالة طالب الماجستير (ضياء جميل رحمن) الموسومة بـ (القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة فيدرالية ـ دراسة مقارنة) قد تمت مراجعتها وتقويمها من الناحية اللغوية والاسلوبية ، وبذلك تكون صالحة للمناقشة بقدر تعلق الامر بسلامة الاسلوب وصحة التعبير .

التوقيع :

الاسم : أ. م. د. اسراء سالم موسى

التاريخ : ٥/ ١٠/ ٢٠٢٢

الاهداء

الى الذي كلما لجأت اليه رعاني . . الامام المهدي (عجل الله تعالى فرجه الشريف)

إلى تلك الوردة الفواحة التي لا أزال أستشق شذاها حتى الآن . . . إلى صاحبة اليد المعطاءة . . . إلى أمي منعها الله بالصحة والعافية .

إلى الرجل الطاهر الكريم . . . . . الذي صنع طفولتي بيديه الكريمتين بعد الله سبحانه وتعالى . .

ابي الغالي

إلى من شاركوني طفولتي وأحبوني بصدق وإخلاص وتعاونوا معي لإتمام دراستي هذه . . .

إلى اخوالي وخالاتي

الى الذين وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون . . . اخي واخواتي

الى اساتذي ومعلمي الفاضل وفاءاً واحتراما . . . الدكتور نظام جبار طالب

الى اساتذي تغمده الله برحمته الواسعة . . الدكتور نبراس ظاهر جبر

إلى من أخذوا بيدي نحو آفاق العلم والمعرفة إلى كل من كان لهم الفضل – بعد الله تعالى – في إنجاز هذه الدراسة . . . .

اهدي هذا الجهد

شكر وعرفان

الشكر والثناء لله عز وجل اولا على نعمة الصبر والقدرة على انجاز العمل ، فالله الحمد على هذه النعم.

واتقدم بالشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور نظام جبار طالب الذي تفضل بأشرافه على هذه الرسالة، ولكل ما قدمه لي من دعم وتوجيه وارشاد لاتمام هذا العمل على ما هو عليه فله اسمى عبارات الثناء والتقدير.

واتقدم بالشكر والتقدير الى الاستاذ علاء حميد حسين الذي لم يدخر جهدا في مساعدتي

كما لا يفوتني ان اقدم الشكر والعرفان الى اساتذتي في كلية القانون فلهم مني كل الشكر والتقدير

الباحث

المستخلص

تعد موضوعات القانون الدولي الخاص من المواضيع الشائكة والمرتبطة بأكثر من قانون واحد، حيث برزت هذه الموضوعات في الوقت الحاضر اكثر من أي وقت مضى نتيجة التطور الحاصل الذي ادى الى ازدياد العلاقات الدولية الخاصة ،وما يستتبعه من ضرورة وجود قواعد تتلائم مع هذا التطور الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة .

واهم المشاكل التي تواجه القانون الدولي الخاص هو تعدد القوانين داخل البلد الواحد سواء كان التعدد شخصي او تعدد اقليمي والذي هو نطاق هذه الدراسة دون التعدد الشخصي ،حيث يؤدي هذا التعدد الاقليمي الى إطالة مشكلة القانون الدولي الخاص ، وعدم انتهائها بمجرد تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قواعد الإسناد ؛ إذ تكون في هذه الحالة هنالك عقبة أُخرى وهي كون قانون الدولة الواجب التطبيق متعدّد الشرائع _ تعدّدا اقليميا_ وهذا بحدِّ ذاته مشكلة تُضاف إلى تعقيدات ومشاكل القانون الدولي الخاص .

هنالك الكثير من الحلول التي طرحت بهذا الشأن حول الآلية التي يمكن اعتمادها بشكل عام في تحديد أي الشرائع الداخلية لتكون مختصة وتنطبق على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي التي قادت إلى هذا التنازع الداخلي ، وإنْ كان هنالك اختلافاً في عدّ هذا التنازع من ضمن مواضيع القانون الدولي الخاص عند البعض على الرغم من أنَّ التنازع الداخلي من مآل التنازع الدولي .

والولايات المتحدة الأمريكية التي تعد النموذج الأعقد والأمثل في مسائل تنازع القوانين الداخلية نتيجة تعدّد القوانين الداخلية بتعدّد الأقاليم فيها التي كانت تجربتها أنجح التجارب في اعتماد الآليات المميزة في حله ؛ وهذه التجربة التي اعتمدها الاتحاد الأوربي في حلّ التنازع داخل الاتحاد . وبما أنَّ العراق يعد دولة فيدرالية ؛ وبالتالي إمكانية حصول هذا التنازع الداخلي للقوانين مقابل ضعف الدور الذي يلعبه الدستور والمحكمة الاتحادية في حلّ هذا التنازع لذلك نحاول نقل التجربة الأمريكية ومقارنتها بالنظام القانوني العراقي من خلال اعتماد المبادئ والحلول المعتمدة في الولايات المتحدة الامريكية كمبدأ المجاملة والاعتماد الكامل والمجرد واتباع نظام المحاكم الامريكية بأعطاء الارجحية للمحكمة الاتحادية العليا من خلال قيام المشرع العراقي بتعديل بعض النصوص الدستورية والنص على ذلك في القوانين والدستور .

المحتويـــات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية القرائية	أ
الاهداء	ب
شكر وعرفان	ج
المستخلص	د
فهرست المحتويات	هـ – ز
المقدمة	١ – ٥
الفصل الأول : الإسناد إلى قوانين الدول متعدّدة الشرائع : المشاكل والحلول	٦ – ٥٧
المبحث الأول : مشكلات الإسناد للدول متعدّدة الشرائع	٦ – ٣٥
المطلب الأول : مدى انتماء المشكلة للقانون الدولي الخاص	٦ – ٢١
الفرع الأول : التنازع الداخلي ضمن موضوعات القانون الدولي العام	٧ – ١٢
الفرع الثاني : التنازع الداخلي ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص	١٣ – ١٦
الفرع الثالث : نطاق الاسناد في دولة متعددة الشرائع	١٧ – ٢١
المطلب الثاني : اصالة مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع	٢١–٣٥
الفرع الأول : التمييز بين الإحالة والإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع	٢١–٢٦
الفرع الثاني : دور فكرة المسائل الأولية في الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع	٢٦–٢٩
الفرع الثالث : مدى اعمال المبادئ العامة لتنازع القوانين بشأن تعدّد الشرائع	٣٠–٣٥
المبحث الثاني : حل مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع	٣٥–٥٧

المطلب الأول : قاعدة التفويض	٣٦-٤٨
الفرع الأول : ماهية التفويض	٣٦-٤١
الفرع الثاني : مدى اعمال التفويض من حيث صور التعدّد	٤١-٤٥
الفرع الثالث :اعمال التفويض من حيث ضوابط الإسناد	٤٥-٤٨
المطلب الثاني : الحل واجب الاتباع عند تعذر اعمال قاعده التفويض	٤٨-٥٧
الفرع الأول : في حالة التعدّد الشخصي	٤٩-٥٢
الفرع الثاني : في حالة التعدّد الإقليمي	٥٢-٥٧
الفصل الثاني : تطبيقات الإسناد إلى قوانين دولة فيدرالية	**٥٨-**
المبحث الأول : التنازع الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية	٥٨-٧٦
المطلب الأول : تأصيل مفاهيمي	٦٠-٦٤
الفرع الأول : نشأة الاتحاد الفيدرالي الأمريكي	٦٠-٦٢
الفرع الثاني : طبيعة التنازع القانوني الداخلي الأمريكي	٦٢-٦٤
المطلب الثاني : توزيع السلطات الدستورية داخل الاتحادية الامريكي	٦٤-٦٧
الفرع الأول : السلطات الدستورية الاتحادية	٦٥-٦٧
الفرع الثاني : السلطات الدستورية للولايات	٦٧
المطلب الثالث : آليات حل التنازع الداخلي في الاتحاد الفيدرالي الأمريكي	٦٨-٧٦
الفرع الأول : دور الدستور الأمريكي في حل التنازع الداخلي	٦٨-٧٢
الفرع الثاني : دور المحكمة العليا الأمريكية في حل التنازع الداخلي	٧٢-٧٦

المبحث الثاني : التنازع الداخلي في العراق	٧٦-١٠٨
المطلب الأول : التعريف بالتنازع الداخلي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص	٧٧-٨٤
الفرع الأول : التعريف بالتنازع الداخلي	٧٩-٨٢
الفرع الثاني : علاقة التنازع الداخلي بالقانون الدولي الخاص	٨٢-٨٤
المطلب الثاني : نطاق التنازع الداخلي	٨٤-١٠١
الفرع الأول : التنازع الزمني	٨٥-٩٠
الفرع الثاني : التنازع المكاني	٩٠-٩٦
الفرع الثالث : التنازع الشخصي	٩٦-٩٩
الفرع الرابع: التنازع بين القانون الداخلي والمعاهدة الدولية	٩٩-١٠١
المطلب الثالث : الية فض التنازع الداخلي في العراق	١٠١-١٠٨
الفرع الأول : دور الدستور العراقي في تنظيم مسائل التنازع الداخلي	١٠٣-١٠٦
الفرع الثاني : دور المحكمة الاتحادية العليا في حل قضايا التنازع الداخلي	١٠٦-١٠٨
الخاتمة	**١٠٩-١١٣**
أولاً : النتائج	١٠٩-١١١
ثانياً : المقترحات	١١٢-١١٣
قائمة المصادر والمراجع	١١٤-١٢٢
Abstract	A

المقدمة

المقدمة

ينطلق القانون الدولي الخاص من مسلمة مفادها أنَ العلاقة إذا كانت وطنية العناصر فليس ثمة مشكلة، لكن المشكلة تثار فيما لو تطرق للعلاقة عنصر أجنبي ، إذ في هذه الحالة ترتبط العلاقة بأكثر من نظام قانوني، ويثار مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، وهي مشكلة اصطلح على تسميتها بمشكلة تنازع القوانين .

ويتبنى فقه القانون الدولي الخاص – منهجين متباينين في مدى إعمال القانون الواجب التطبيق الأول: المنهج المباشر حيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية على النزاع المعروض عليه بشكل مباشر، أما المنهج الثاني: فهو المنهج غير المباشر ، و يتمثل في وجود قواعد معينة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع وتسمى – قواعد التنازع الدولي أو قواعد الإسناد – وهي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من بين القوانين الأكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية .

ويكتنف إعمال المنهج غير المباشر العديد من المشكلات والصعوبات التي جعلت علم تنازع القوانين من أكثر العلوم إثارة للجدل الصاخب، فالقاضي تثار لديه أولاً مشكلة مدى التزامه بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ؟، وإذا ما انتهى من حل هذه المشكلة كان عليه أن يقوم بعملية تكييف النزاع المطروح أمامه بإدراجه في إحدى الفكر المسندة لمعرفة القانون الواجب التطبيق، فإذا ما توصل للقانون الواجب التطبيق واجهته أيضاً العديد من المشكلات حيث تثار لديه أولاً مشكلة هل يطبق القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية أم يستشير أولاً قواعد الإسناد (وهي مشكلة الإحالة)، كما تثور لديه مشكلة أخرى فيما لو كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة متعدّدة الشرائع، فأي شريعة داخلية ستنطبق .

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي قد يبرز للقاضي المعروض أمامهُ النزاع مشكلة أخرى بعد حل المشكلة الرئيسية للقانون الدولي الخاص ، وهي كون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة فيدرالية متعدّدة الشرائع ؛ إذ لابد من تحديد الشريعة الداخلية من هذه الشرائع المتعدّدة لتكون واجبة التطبيق على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي وبذلك تكون المشكلة الأولى ، وهي : تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بشكل

عام (تنازع دولي) قد قادة إلى مشكلة أُخرى وهي تحديد الشريعة الداخلية من بين الشرائع المتعدّدة داخل الدولة الواحدة (التنازع الداخلي للقوانين) ، و أنّ الدول تنقسم من حيث النظام القانوني إلى نوعين :

١- دول ذات نظام قانوني موحد، وفيها تسري القواعد القانونية على جميع أجزاء إقليم الدولة، دون تفرقة بين إقليم وآخر، وتسري على جميع رعاياها دون تفرقة بسبب الجنس أو الدين.

٢- دول ذات نظام قانوني مركب أو فيدرالي – متعدّدة الشرائع – وفيها تختلف القواعد القانونية واجبة التطبيق باختلاف المكان أو باختلاف الجنس أو الدين.

وهذا التعدّد للشرائع قد يكون نتيجة تعدّد الأقاليم داخل الدولة (التعدّد الإقليمي) الذي يكون فيه لكل إقليم داخل الدولة شريعة تحكمه كما في أمريكا وسويسرا ، وقد يكون هذا التعدّد للشرائع نتيجة تعدّد القوانين التي يكون كل منها نافذ في مواجهة مجموعة من الأشخاص تجمعهم صفات مشتركة تقوم على أساس انتمائهم إلى أصل أو جنس أو دين معين كما في لبنان ، وهذا التنازع والتعدّد الحاصل بين الشرائع المختلفة في دولة واحدة خارج عن نطاق عمل قواعد الإسناد وداخلة في إطار عمل قواعد التنازع الداخلي في القانون الواجب التطبيق ؛ اذ اعتمد على آليات معينة لحله وأول هذه الآليات هي الآلية التشريعية التي يطلق عليها بـ(التفويض) وقد أخذ بها القانون العراقي ، ولكن للكثير من عيوب هذه الآلية اعتمد القضاء على آليات أخرى لحل التنازل الداخلي للقانون وفي مقدمتها قضاء الولايات المتحدة الأمريكية التي تعد نموذجا للدولة الفيدرالية بالإضافة إلى اعتماد الدستور بعض المبادئ .

هذه المشكلات هي قليل من كثير يزدحم به المنهج غير المباشر، ولعله ليس غريباً بعد كل ذلك أن نجد من يصف هذا المنهج بـ(القفز في الظلام) ، ورغم المبالغة في هذا الوصف إلا أنّها تعبر عن المدى الذي وصلت إليه أزمة المنهج غير المباشر، عندما تشير قاعدة التنازع العراقية بتطبيق قانون أجنبي ، قد يتبين أن هذا القانون هو قانون دولة فيدرالية أو متعدّدة الشرائع .

هذه المشكلة التي أصبحت مثار جدل واسع بين الفقهاء حول الآلية التي يمكن اعتمادها لحل هذه المشكلة ؛ وإنَّ كل من مشكلة الإحالة والتعدّد الداخلي للشرائع لا يجتمعان معا .

إشكالية البحث

عند الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة مشوبة بعنصر اجنبي قد تأتي عقبة اخرى هي أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة متعددة الشرائع اقليميا" (دولة فيدرالية) . وهنا يثار التساؤل : كيف يتم تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق في دولة فيدرالية أو – متعدّدة الشرائع – ؟

- كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في دولة تتعدّد فيها الشرائع ، وهل يعد التنازع الداخلي من ضمن مواضيع القانون الدولي الخاص ؟
- هل جميع أنواع التنازع تقع ضمن مفهوم الشرائع المتعدّدة ؟

- وما هي طبيعة الإسناد إلى قانون دولة فيدرالية – متعدّدة الشرائع – والحلول التي طرحت في هذا الشأن ؟
- وكيف يتم التعامل مع ذلك التعدّد وفق كل من القانون الأمريكي والعراقي عندما يكونا مختصين ؟
- وما هي الحلول المقترحة لحل مشاكل العراق في مسألة تحديد القانون المحلي المختص ؟

أهمية البحث

تكمن أهمية الدراسة بشكل عام لتحديد القانون الواجب التطبيق في دولة تعدّد فيها الشرائع وما يثيره هذا الموضوع من مسائل تتعلق بتعدّد القوانين الداخلية فيها وفي مقدمتها القانون الدستوري والقضائي لتلك الدولة الذي يقود إلى التنازع الداخلي بين تلك القوانين المتعدّدة لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين الداخلية المتعدّدة .

كذلك تكمن أهمية البحث في تحديد الطرق الأكثر نجاعة من حيث الوضوح والملائمة مع الوضع القانوني العراقي لكي تكون الحلول التي يمكن اللجوء إليها في العراق في حالة حدوث هذا التنازع الداخلي لتحديد القانون الواجب التطبيق نتيجة إسناد الاختصاص للقانون العراقي، ولما لهذا من دور في تحقيق بيئة قانونية مستقرة تنعكس على اليقين القانوني الذي يجعل من البلد مركز جذب للعلاقات الخاصة الدولية .

أسباب اختيار البحث

١- تعد مسألة تحديد القانون المحلي الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع من المسائل التي أثارت خلاف واسع بين فقهاء القانون الدولي الخاص لذلك لابد من الوقوف على هذا الاختلاف وبيان أكثرها ملائمة للعلاقات القانونية .

٢- إنَّ الموضوع من أكثر المواضيع تشعبا في القانون الدولي الخاص ؛ لأَنّه على صلة وثيقة بالعلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي .

٣- تم اختيار الولايات المتحدة الأمريكية بأعتبارها النموذج الأمثل والأعقد في مسائل تنازع القوانين الداخلية ؛ وذلك لكثرة ولاياتها ؛ وبالتالي فإنَّ فرص التنازع بين القوانين الداخلية سواء كانت الفيدرالية أو الخاصة بالولايات كثيرة جدا ، وبالتالي فإنَّها تكون فرصة الدراسة في هذا الموضوع بعمق .

٤- كون التجربة الفيدرالية حديثة العهد في العراق بعد أحداث نيسان ٢٠٠٣ في كل من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ وكذلك الدستور العراقي لسنه ٢٠٠٥ أثبتت الفيدرالية ولكثرة المطالبات في الوقت الحالي بتعدّد الأقاليم في جنوب ووسط العراق كان لابد من تسليط الضوء على هذه المواضيع من جنبة القانون الدولي الخاص من حيث تعدّد قوانين أقاليم الدولة للوصول إلى آليات يمكن أن تعتمد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق الذي من خلاله يضمن الحقوق للعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي .

٥- لتبيان مدى توفيق مشرعنا العراقي في الحلول المطروحة في مسألة تعدد الشرائع في ظلّ المنهج التقليدي والاستئناس مع المنهج الحديث .

منهجية البحث

لقد اعتمدنا في البحث هذا على استخدام المنهج التحليلي والمقارن لدراسة الأَنظمة الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية والعراق لفظ التنازع الحاصل بين الأقاليم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عند الإسناد ، لهذه الدول ومعرفه خصائص كل من النظام القانوني ؛ لما لذلك من أهمية في معرفة الحلول المناسبة مستقبلا للعراق بين القوانين نتيجة تعدّد الأقاليم داخل هذه الدولة ، حيث أنّ كل اقليم يستطيع إنشاء القوانين الخاصة به بالإضافة إلى القوانين الفيدرالية التي تصدرها السلطة الفيدرالية للوصول إلى القانون .

هيكلية البحث

سنقوم بتقسيم دراستنا حول القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة فيدرالية على فصلين ، نتناول في الفصل الأول مشاكل وحلول الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع وذلك بتقسيمه على مبحثين ، سنبين في المبحث الأول مشكلات الإسناد للدولة متعدّدة الشرائع وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى حل مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع .

أما في الفصل الثاني سنبحث في تطبيقات الإسناد إلى قوانين الدول المتعدّدة الشرائح وسنتطرق إليه في مبحثين ، نخصص المبحث الأول للتنازع الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية، والمبحث الثاني سنتطرق فيه إلى التنازع الداخلي في العراق .

واخيرا نختم الدراسة هذه بأهم النتائج التي توصلنا اليها و أهم ما يمكن أن نوصي به من مقترحات نراها ضرورية للتنازع الداخلي الممكن الحصول مستقبلا في العراق.

الفصل الأول

الإسناد إلى قوانين الدول متعدّدة الشرائع :

المشاكل والحلول

الفصل الأول

الإسناد إلى قوانين الدول متعدّدة الشرائع : المشاكل والحلول

إنَّ قاعدة الإسناد هي اداة مفاضلة بين أكثر من قانون تتزاحم لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وتعتبر أداة ترشد الى تطبيق القانون الملائم على العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، حيث من خلالها تتم الموازنة والترجيح بين اسباب كل منهما لحكم العلاقة القانونية ، و هذه المفاضلة يفرضها أمران . اولها هي إنَّ قانون القاضي ليس هو دائما الأفضل في احكامه التي قد لا تتلائم معها حاجات المعاملات عبر الحدود ، لآن القواعد بالآصل وضعت لتنظيم المعاملات الوطنية التي تتم داخل إقليم البلد ، والامر الثاني هو ان كافة قوانين دول العالم بما فيها قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة موضوع النزاع لها القابلية والقدرة للتطبيق وتقديم حل موضوعي معين لذلك النزاع [١] .

بعد إنَّ تحدد قاعدة الإسناد القانون الواجب التطبيق على القضية محل النزاع سواء" قانون القاضي او قانون آخر قد يكون هذا القانون المختص هو قانون يتكون من شريعة واحدة يسري على كل اقليم الدولة وعلى جميع المخاطبين بأحكامه فهنا لا توجد مشكلة ، لكن المشكلات تثار عندما يكون القانون المسند اليه الاختصاص هو قانون دولة متعددة الشرائع سواء كان هذا التعدد شخصيا" او اقليميا". وبذلك تثار الإشكالية عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع. وهذا محل جدل واسع بين الفقهاء وأنْ وضع مشرعي الدول بعض الحلول لكنها لم تكن كافية لذلك سوف نتناول هذا الفصل في مبحثين نخصص اوله لدراسة مشكلات الإسناد لدول متعددة الشرائع ، والثاني للحلول الموضوعية لمشكلات الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع وكالتالي .

المبحث الأول

مشكلات الإسناد لدول متعدّدة الشرائع

لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في الدول التي تتعدّد فيها الشرائع وهذه المشكلة قد أثارت جدلاً فقهياً كبيراً بين فقهاء القانون الدولي الخاص، ويتمحور الخلاف على التعداد الإقليمي ويستبعد التعداد الشخصي للشرائع.

١- د. حسن علي كاظم ، قواعد الاسناد واليات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام ، العدد (٢٠) ، صفحة ٣٠٦ .

وقد سار الفقه في اتجاهين في وضع حلول للتعدّد الإقليمي أولهما : اتباع قواعد الإسناد الوطنية لدولة القاضي لتحديد الشريعة الواجب اتباعها ، ثانيا : اتباع قواعد الإسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق ، وهنا سنتناول في هذا المبحث مطلبين وكما يلي :

المطلب الأول

مدى انتماء المشكلة للقانون الدولي الخاص

مشكلة الإسناد لدولة متعدّدة الشرائع وما أثارته الشريعة الواجب تطبيقها في الدول الفدرالية وما يعنينا في هذه الدراسة هو التعدّد الإقليمي للقوانين الذي أثار خلافا فقهيا كبيرا في مدى تطبيق المعايير التي من خلالها يتم تحديد الحلول للتعدّد الإقليمي، وهنا سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع وكما يلي :

الفرع الأول

التنازع الداخلي ضمن موضوعات القانون الدولي العام

لكي يدخل تنازع القوانين تحت نطاق القانون الدولي الخاص هنالك عدّة شروط لابد من تحققها [١] وأهم هذه الشروط هي الصفة الدولية لتنازع القوانين، والمقصود بالصفة الدولية هو أن تتعدى العلاقات الخاصة الحدود الإقليمية الدولية، أي احتوائها على عنصر أجنبي أو أكثر، وبذلك فإنَّ العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص هي علاقات تتجأوز بطبيعتها الحدود الإقليمية، وهذا هو ما عبّر عنه الفقه الألماني عندما أطلق على هذا الفرع من فروع القانون اصطلاح – قانون الحدود – [٢] .

---

(١) يشترط لقيام التنازع الدولي بين القوانين يجب ان توفر شروط معينه هي **اولا:** ان تمتد العلاقة القانونية المعروضة الى اقليم اكثر من دولة، حيث لو انحصرت عناصر هذه العلاقة في اقليم دولة واحدة لما كان هنالك محل لتنازع القوانين أي اذا كان الاطراف من جنس واحد . **ثانيا** : ان يكون المشرع الذي عرض النزاع امام محاكمه قد افسح المجال امام تطبيق القانون الاجنبي ، اذ لو اعتنق كل مشرع مبدا اقليمية القوانين بشكل مطلق لما كان هنالك مجال لتطبيق قانون اجنبي وبالتالي التنازع . **ثالثا** : ان تكون القوانين المتزاحمة على العلاقة القانونية المعروضة مختلفة في احكامها، اذ لو كانت احكامها موحدة ما كان هنالك محل لقيام تنازع بينهما. د . أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص، ط١ ، ٢٠١٢ ، ص ٢٤٢-٢٤٣ وما بعدها.

(٢) اشار اليه د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٣ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٥٧ .

وبالتالي فإنَّ هذا التنازع يكون بين قوانين دول مختلفة ، كل قانون فيها يتمتع بسيادة تامة في إقليمها ، مثال ذلك التنازع بين القانون التركي والقانون العراقي حول علاقة قانونية تنسب بعناصرها إلى هذين القانونين [١] .

والدول ذات السيادة بالمعنى المتعارف عليه في القانون الدولي العام هي الحق الكامل للهيئة الحاكمة وسلطتها على نفسها، دون أي تدخل من جهات أو هيئات خارجية ؛ ولذلك فإنَّ التنازع لا يقوم إلا بين دول تكتسب هذا المفهوم وتتوافر لها اركان الدولة الثلاثة من شعب واقليم و تنظيم سياسي، وبذلك اذا توافرت هذه العناصر لأي اقليم من الاقاليم ينطبق عليها وصف دولة صاحبة سيادة واصبح ما يصدر عنها من قوانين محلا للتنازع مع قوانين الدول الأخرى. وإنَّ ما يصدر عن الدولة من قوانين يكون صالحا للتطبيق داخل حدودها الجغرافية بما لها من سيادة أقليمية مع أنَّ الدول تتمنى أن يكون ما يصدر عنها صالح للتطبيق على كل من يحمل جنسيتها حتى وإن كان موجودا خارج حدودها بما لها من سيادة شخصية ؛ وهنا الوضع يعكس تنازع بين القوانين في حالة وجود أجانب على اقليم الدولة ووجود وطنين على اقاليم الدولة الأجنبية، وهذا يظهر أهمية الحدود باعتبارها ركنا أساسيا لقيام تنازع القوانين . وكذلك يفترض تنازع القوانين أن تكون هذه الدول لها سلطة إصدار تشريعات يتحدد مجال تطبيقها بحدودها الجغرافية وبذلك فإنَّ لقيام تنازع القوانين يجب أن تتصف الدولة بتوافر اركانها الثلاثة من شعب ، واقليم ، وسلطة سياسية ، وتتمتع بوصف السيادة والاستقلال في التشريع[٢] .

بينما يشترط لقيام التنازع الداخلي مجموعة من الشروط تختلف عن تلك الشروط التي يتطلبها التنازع الدولي إلا أنّه يوجد هنالك اتفاق بين التنازع الداخلي والخارجي في الأسس التي يقوم عليها كل منهما . ووفقا لقول باتيفول في إنَّ الحلول المعطاة لبعض صور التنازع الداخلي هي نفس المبادئ التي يعتمدها و يرتكز عليها التنازع الدولي[٣] ، ويمكن إجمال هذه الشروط بالآتي :

---

(١) د . غالب علي الداوودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، مكتبة العاتك ، القاهرة ، ص ٢١ .

(٢) د . عبد المنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة العربة ، ٢٠١٥ ، ص ٤٨-٤٩ .

(٣) د. سامي بديع منصور ، د. عبد جميل غصون ، د. نصوي انطوان دياب ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٥ .

أولا" : أن تنتمي القوانين لسيادة دولة واحدة (الصفة الداخلية)

وفقا لهذا الشرط يجب أن يكون التنازع بين قوانين دويلات تابعة لبلد واحد تتعدّد فيه القوانين تعدّدا اقليميا أو تعدّدا شخصيا لكي يمكن أن يعتبر تنازع داخلي على خلاف التنازع الخارجي الذي يشترط فيه ان يكون بين القوانين التي تنتمي إلى أكثر من دولة ، و كل دولة تتمتع بالشخصية الدولية ، أي أن يتوافر فيها أركان الدولة من شعب وأقليم وسلطة تصدر القانون طبقا لقواعد القانون الدولي [١].

وأنَّ حدوث التنازع بين القوانين من دون أن يكون هنالك اختلاف في جنسية أطراف العلاقة أو من دون التباين في الأقاليم الجغرافية للدولة لا يمكن أن يحدث هذا بالنسبة لجميع الدول ، بل فقط يمكن أن يحدث في الدولة المركبة فقط أي في الدولة الفيدرالية (الاتحادية المركزية) ؛ وذلك لأنّه يوجد أكثر من مستوى حكم في هذه الدول الفيدرالية ، وأنّ كل مستوى في هذه الدولة يملك سلطة خاصة به تتولى إصدار التشريعات لتنظيم العلاقات القانونية ، وهي السلطة التشريعية وفقا لما هو محدد لها من اختصاصات الدستور وفقا للدستور الفيدرالي[٢] .

وعلى خلاف هذا الشرط نجده في التنازع الدولي وكما سبق أن بينا فإنَّ هذا التنازع لا ينشأ الا بين قوانين دول مختلفة من هذه القوانين يتمتع بالسيادة الكاملة في اقليمها ومثاله التنازع الذي قد ينشأ بين القانون العراقي ، والقانون التركي حول علاقة قانونية تكون عناصرها مرتبطة بهذين القانونين ، حيث نشأ نزاع في حكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لوجود عنصر أجنبي فيها[٣] . ويسمى هذا الشرط في التنازع الدولي بالصفة الدولية .

ثانيا" : عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق

يعتبر هذا الشرط من الشروط أو الأسس المتفقة بين كل من التنازع الدولي والتنازع الداخلي ، حيث أنّه في كل مرّة يكون فيها للقضاء الوطني أكثر من خيار ، ويملك سلطة الترجيح في تطبيق

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، بدون طبعة ، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٧، ص ٢٥٣ .

(٢) د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، تنازع القوانين في الدولة الفيدرالية جمهورية العراق انموذجا ، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://conferences.tiu.edu.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٤\٥ ، ص ١١٢ .

(٣) د. غالب علي الداوودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٩ .

قانون غير قانونه هنالك تنازع بمفهومه التقني حيث أنّ (التنازع هو في سلطة المحكمة الأيلة إلى تطبيق قانون غير قانونها على موضوع النزاع) ، وأنّ هذه السلطة لا تتوافر إلاّ جزئيا في التنازع الشخصي حيث إنّه قد ترتبط المحكمة المختصة بتطبيق قانون شخص معين ، ولا تملك تطبيق غيره ومثالها المادة السادسة من قانون تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري[١] . على خلاف ذلك نرى المادة الثانية [٢]من قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية في مصر بأنَّ للمحكة سلطة الاختيار بين قوانين مختلفة . أمّا التنازع الإقليمي فأنّها تتوافر كليا إذ إنَّ في الدول الفيدرالية انفصال كلّي بين المحكمة المختصة ، و القانون الواجب التطبيق [٣].

وعدم التلازم هذا يرجع إلى اعتبارات أولها : اعتبارات الملائمة ؛ وذلك إنَّ المحكمة بعد ثبوت الاختصاص لها يجب أن تراعي مقتضيات الملائمة و تحقيق الأمان للعلاقات القانونية . لأنّه عند اختيار قانون معين لحكم العلاقة يكون واجب التطبيق فإنَّ هذا يعني بأنَّ المحكمة لا تطبق فقط قانون الأقليم بل تفسح المجال لإمكانية تطبيق قانون اقليم آخر له صلة جدية بالنزاع ؛ أمّا ثاني الاعتبارات وهو السياسي ؛ وذلك من خلال الوقوف بوجه التحايل ، والغش الذي يقوم به الخصوم سيئي النية في حالة وجود تلازم بين كلا الاختصاصين لقيام الخصوم برفع دعواهم أمام محكمة معينة دون الاخرى لمعرفتهم بانّ مضمون القانون المرتبط بالمحكمة هو أصلح لهم ، وبالتالي الهروب من القانون الذي يرتبط أكثر بدعواهم ، وكذلك من العامل السياسي لتحقيق التعأون القانوني بين الأقاليم [٤] .

ثالثا" : أن توجد علاقة قانونية مرتبطة بأكثر من أقليم داخل الدولة الواحدة

ذهب رأي الى تعرف العلاقة القانونية بين الأفراد بأنّها (رابطة بين شخصين وأكثر تفرض على أحدهما التزاما ، وتعطي للآخر حقا وتحكم وتنظم من قبل القانون) ؛ والتنازع الداخلي لا يتكون إلاّ

---

(١) تنص المادة السادسة من قانون تنظيم القضاء السني والجعفري اللبناني الصادر في ١٦ تموز سنة ١٩٦٢ على (ينحصر اختصاص المحاكم السنية والجعفرية في الدعاوي والمعاملات المتعلقة بالمتداعين من مذهبهما مع مراعات الاحوال الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون) .

(٢) تنص المادة الثانية من قانون الغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية في مصر والصادر بتاريخ ٥ اذار سنة ١٩٦٠ على (يدخل في اختصاص المحاكم المذهبية الدرزية وقانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية ، النظر في القضايا والمعاملات المتعلقة بتطبيق احكام الشرع والتقاليد الدرزية وقانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية) .

(٣) د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل عصوب، د. نصري انطوان دياب، مصدر سابق، ص١٣٥- ١٣٧ .

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص٢٠-٢٤.

إذا كنّا بصدد علاقة داخلية ، أي تكون لها آثار تتعلق بأكثر من اقليم داخل الدولة الواحدة[١]. وللعلاقة القانونية ثلاثة عناصر .

١- عنصر الأشخاص ويطلق عليه أيضا أطراف العلاقة ، حيث تتغير صفتهم حسب تغيير نوع العلاقة ، في الدين دائن ومدين أمّا في عقد البيع بائع ومشتري ... الخ [٢] .

٢- عنصر السبب ، ويختلف هذا السبب المنشئ للعلاقة القانونية ، فمرة يكون تصرف قانوني كبيع أو وصية ، ومرة يكون حادثة قانونية كالجنحة ، وقد يكون نص قانوني كالوصاية والولاية، وأحيانا يكون السبب واقعة حيّة مثل الولادة .

٣- عنصر الموضوع وهذا العنصر يتعلق بالمحل وهو أمّا أن يكون القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو الالتزام بإعطاء شيء منقول[٣] .

إذا كانت تتعلق جميع عناصر العلاقة القانونية بدولة واحدة فإنَّ هذه العلاقة تكون وطنية، وبالتالي تخضع إلى القوانين الداخلية لتلك الدولة ، وهذا ما يقود إلى التنازع الداخلي إذا تعلقت بأكثر من قانون داخلي ، وإذا اتصلت عناصر العلاقة بأكثر من دولة فإنَّه يحكمها أكثر من قانون، وبالتالي تكون موضوعاً للتنازع الدولي[٤].

ويترتب على هذا خروج تنازع القوانين الداخلية من نطاق القانون الدولي الخاص حيث يستندون إلى أنَّ القانون الدولي لا يعدو أن يكون تنازعا بين السيادات ، وهذا الأمر يختلف بالنسبة للتنازع الداخلي ، حيث تصدر القوانين المتنازعة عن سيادة واحدة. فيما يرجع آخرون [٥] خروج التنازع الداخلي إلى اختلافه عن التنازع الدولي اختلافا بينا من حيث طبيعة المسائل التي تعرض في كل منهما، حيث إنّ التنازع الدولي ينشئ بصدد حالات قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي على عكس التنازع الداخلي الذي لا يتحقق فيه هذا العنصر الأجنبي الذي يحدو بالمشرع إلى أن يفرد لتلك الطائفة من الحالات القانونية تنظيم خاص بها لا يسمح بمقتضاه بتطبيق القوانين الأجنبية وفي حدود معينة ؛

(١) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣ .

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤ .

(٣) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص١١-١٢ وما بعدها .

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤ .

(٥) اشار اليه د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

اذ يحدّد المشرع أكثر القوانين ملاءمة لحكم تلك العلاقات القانونية وفق معايير عامة مجردة دون أن يكون لديه علم سابق بمضمون هذه القوانين ، فيما يعرض التنازع الداخلي بصدد حالات قانونية وطنية يتخلف فيها العنصر الأجنبي ، حيث يكون موضوع المسألة التي عرضت هو تحديد نطاق تطبيق القوانين المتنازعة من حيث المكان أو من حيث الاشخاص المخاطبين بإحكامها.

أي أنَّ هذا الاختلاف بين التنازع الدولي والداخلي هنا يرجع إلى الوسائل المستخدمة في كلا النوعين ، فليس من الوارد أن يلجا المشرع في التنازع الداخلي إلى ضابط الجنسية كما هو الحال بالنسبة للتنازع الدولي إذ من غير المتصور أن تتعدّد الجنسيات داخل الدولة الواحدة . حيث يتم حل التنازع الداخلي وفق ضوابط خاصة مثل ضابط الانتماء الديني أو على أساس الموطن أو رعوية الشخص المعنى ، وهذه الضوابط لا يمكن استخدامها لحل التنازع الدولي.

كذلك فإنَّ القاضي في التنازع الدولي يستطيع أن يستبعد القانون الأجنبي الذي تتناقض أحكامه مع الأسس الجوهرية في المجتمع من خلال استخدام وسيلة فنية معينة مثل النظام العام[١] كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي ، وهذا الأمر لا يمكن تصوره كمبدأ عام في مجال التنازع الداخلي لأَنّه يكون بين قوانين داخلية صادرة عن مشرع واحد [٢].

---

(١) فكرة النظام العام هي فكرة يراد بها استبعاد وتطبيق القانون الاجنبي لمصلحة القانون الوطني وهو (قانون القاضي) . لذلك فكرة النظام العام اعتبرها البعض بمثابة وضع عام في القانون الدولي الخاص حيث ان القاضي يطبقه من تلقاء نفسه كما يستند عليه الخصوم . والدفع بالنظام العام يعني ان نطاقه ليس محدود بناحية معينة بل في كل مرة تقضي قواعد الاسناد بتطبيق قانون اجنبي ، وبالتالي فان الدفع بالنظام العام عند توافر عناصره يترتب عليه استبعاد القانون الاجنبي والاخذ بأحكام القانون الوطني انظر د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، مطبعة نور القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص٣٣٦. ومثال ذلك قد يسمح القانون الاجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كأن يسمح للشخص المسيحي بان يتزوج من المسلمة في حين يحضر مثل هكذا زواج في دولة القاضي المعروض امامه النزاع وهذا موقف اكثر الدول التي تسود فيها مبادئ الشريعة الاسلامية للأحكام المتعلقة بالزواج ومنها العراق . وقد نصت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي على ذلك وان لم تحدد المقصود بالنظام العام حيث نصت علي (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام او الآداب في العراق) وقد ذهبت الى نفس المعنى المادة (٢٨) مدني مصر والمادة (٢٩) مدني اردني والمادة (٢٨) مدني ليبي. انظر د. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص٣٣٧ .

(٢) د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٥٢٩-٥٣٠ .

فيما يستند آخرون[١] في إخراج التنازع الداخلي من نطاق القانون الدولي الخاص إلى أنّه يتميز عن التنازع الدولي بوجود سلطة عليا تتولى الإشراف على وحدة ، وتنسيق الحلول الموضوعية لمواجهة هذا التنازع الداخلي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي يوكل فيها أداء هذه المهمة إلى المحكمة العليا ، على عكس التنازع الدولي للقوانين حيث ينعدم وجود سلطة عليا تنظم هذا التنازع ، إذ تقرر كل دولة بوضع الحلول التي تراها مناسبة لحل مشاكل الحياة الخاصة الدولية ، وهذا الاتجاه يمثل أغلب النظم القانونية ذات الأصل اللاتيني .

الفرع الثاني

التنازع الداخلي ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص

لقد استند أنصار الاتجاه السابق الذين ينكرون على التنازع الداخلي دخوله في نطاق القانون الدولي الخاص إلى مجموعة من الحجج ذكرناها سابقا أهمها إنَّ التنازع الدولي هو تنازع بين السيادات على خلاف التنازع الداخلي الذي يصدر القوانين المتنازعة عن سيادة واحدة .

حيث لا يمكن التسليم بما يدعيه أصحاب الاتجاه السابق لأنَّ وظيفة قاعدة التنازع ليست حل التنازع بين سيادات الدول التي لها صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي ، فمن جهة ، إنَّ فكرة السيادة في حدّ ذاتها غير محددة المضمون ، حيث أنّها فكرة سياسية أكثر منها قانونية ، ولو فرضنا صحتها فأنها توحي بأنَّ الأمر يتعلق بتنازع المصالح العامة للدول التي تتصل بها العلاقة محل النزاع ، فالقول بأنَّ قاعدة التنازع تحدّد القانون الواجب التطبيق على نحو يحقق أكبر قدر من الاحترام لسيادة الدولة التي وضعته ، يعني تحديد قانون الدولة التي لها مصلحة في أن يطبق قانونها أياً كان نوعها[٢] .

لكن الحقيقة غير ذلك ، فالمشاكل التي تعنى بحلها قاعدة الإسناد هي مشاكل لا تمثل مصالح الدول، وإنّما التي تتصل بالمسائل الخاصة للإفراد ، وإذا قلنا بأنَّ قاعدة الإسناد تختار القانون الملائم والمناسب، فالمقصود هنا هو الملائمة والمناسبة بالنسبة لتلك المصالح ، والعمل على نموها عبر

(١)اشار اليهم د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

(٢) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ،ط١ ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،ص ٥٥٠ .

الحدود ، وذلك بغض النظر عمّا إذا كان ذلك القانون يلبي الحاجات والمصالح الذاتية للدول من عدمه ، وبالتالي يمكن ان نصل إلى القول بأنَّ قاعدة الإسناد لها وظيفة قانونية بالدرجة الأساس[١] .

إنَّ إعمال قواعد الإسناد لا يعرض في الأصل إلا بمناسبة علاقات القانون الخاص، مثل مسائل الزواج والميراث والوصايا والروابط التعاقدية، أي إنَّ العلاقات التي لا تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحب السيادة ، وما دام الهدف من قواعد الإسناد هو تنظيم علاقات القانون الدولي الخاص التي تنطوي على عنصر أجنبي من خلال بيان القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على هذه العلاقات ، فإنَّ ذلك يؤدي إلى إعادة اختبار القواعد شقا مكملا لقواعد القانون الخاص الموضوعية [٢].

من جهة أخرى فإنَّه ليس صحيح الادعاء بأنَّ مهمة قواعد التنازع هي فض تداخل مجالات انطباق القوانين الموضوعية للدول المختلفة أو فض تنازع القوانين من حيث المكان وذلك لأنه وفقا لتعاليم القانون الدولي العام فإنَّ كل دولة لها سلطان واختصاص تشريعي ينحصر داخل حدود اقليمها ، فالقانون عندما يصدر فإنَّه يسري على مكان معين وهو اقليم الدولة التي صدر عنها هذا القانون وليس لها أن تشرع لدولة اخرى أو تصدر قانون بطبيعته ليسرى على اقليم تلك الدولة . فالقانون

---

(١) د . عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، تنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٩٦ . فيما يضفي اخرون على قواعد الاسناد الصفة السياسية و يستندون في ذلك الى انها من قواعد القانون العام اي انها تهدف الى تحديد ولاية القانون ، اي مدى امتداد السيادة التشريعية من حيث المكان وذلك لان قواعد القانون العام تنظم كل ما يتعلق بسلطان الدولة التي تمارس مظاهر السيادة من خلال تدخلها في اغلب المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ومن هذه الناحية تبلورت القواعد ذات التطبيق الضروري ، كذلك قد تكون مهمة قواعد الاسناد الفصل بين القواعد التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة التي لها ارتباط بالعلاقة ذات العنصر الاجنبي وهذا ما تبلور عنه قواعد الاسناد التقليدية العادية (الدولية) . و هذا الاخير في اطار اداء مهامها في الاسناد الى قانون دولة ما قد تلتقي مع القواعد ذات التطبيق الضروري وذلك من خلال الكشف عنها اذا ما اشارت الى قانون دولة ما و عند رجوع القاضي المعروض امامه النزاع الى القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي الواجب التطبيق والمثال على ذلك عقد الاستهلاك اذا كان المستهلك فيه مقيما على اراضي دوله اجنبية و هي الدولة التي اسند لها الاختصاص حيث على القاضي هنا ان يتحرى عن القواعد الاصلح للمستهلك وعندها يقف بين القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القانون الاجنبي و بين القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي اذ يختار الاصلح من بينها وهنا ستلتقي قواعد الاسناد التقليدية مع القواعد الضرورية اي بمعنى ان قواعد الاسناد التقليدية كشفت عن القواعد ذات التطبيق ضروري. انظر د. صالح مهدي كحيط ، قواعد الاسناد بين التنوع في الطبيعة والتعدد في نطاق التطبيق – دراسة مقارنة – ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، سنة ٢٠١٨ ، ص ٣٠٢ .

(٢) د . هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٤١-٤٢ .

يصدر ونطاق نفاذة وفعاليته محدّد سلفا من حيث المكان ، وان كل دولة تهتم أولا بتطبيق قوانينها من قبل اجهزتها وسلطاتها ولا يعنيها تطبيق تلك القوانين من جانب الأجهزة والسلطات الأجنبية[١] .

ووفقا لذلك فإنَّ قيام قواعد الإسناد بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان هو أمر غير مقصود في ذاته ، بل هو نتيجة طبيعية لتعيين القانون الذي يحكم النزاع ، أي بمعنى أنّ قيام قواعد القانون الدولي الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق لا يعدو أن يكون استخدام هذه القواعد إلاّ وسيلة للتوصل إلى الهدف الذي تسعى إليه وهو تنظيم الحياة الخاصة الدولية[٢] .

وكذلك ليس صحيح ما استند عليه أصحاب الاتجاه السابق في أنّ هنالك اختلاف جوهري في الأصول الفنية المتبعة لحل كل من التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين و ما يبرر ذلك هو خضوع التنازع الداخلي لقواعد الإسناد في الكثير من دول العالم . ومنها الولايات المتحدة الأمريكية حيث فيها تفوق حالات التنازع الداخلي في اهميتها على التنازع الدولي ، اذ يميل كل من الفقه و القضاء فيها إلى التسوية بين التنازع الدولي والتنازع الداخلي القائم بين القوانين السائدة في الولايات المختلفة ففي الحالتين يخضع التنازع إلى نفس القواعد . بل والأكثر من ذلك هجر الفقه الأمريكي اصطلاح – القانون الدولي الخاص– وأطلق عليه بدلا من ذلك – تنازع القوانين – كدلالة على اتساع موضوعه لصورتي التنازع الدولي والداخلي للقوانين على حدٍّ سواء. وان بعض التشريعات قد اجازت صراحة الالتجاء إلى قواعد التنازع الدولي للقوانين لحل المشاكل الخاصة بالتنازع الداخلي ، ومنها القانون

---

(١) د . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ، ص٥٥١ .

(٢) د . هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، بدون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٤ ، ص ٤٢ . فيما يرى الفقه الحديث (مشار اليه لدى د. صالح مهدي كحيط ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣) بعدم امكانية القطع باعتبار قواعد الاسناد تتصل بالقانون العام او بالقانون الخاص ، و يرون بان تقسيم القانون الى قانون خاص وقانون عام من قبل دعاة المذهب الفردي هو تقسيم مصطنع ولا يقوم على اساس سليم ، كذلك هذا الاتجاه الفقهي لم يعد يقرر اليوم الحدود التقليدية الجامدة بين القانون العام والقانون الخاص في العديد من العلاقات موضوع القوانين المتقدمة والتي هي في تطور وتبدل مستمر اما بسبب تغيير المفاهيم او بسبب اتساع وعاء محل تلك العلاقات. وهذا الراي تجنب التركيز على طبيعة القوانين الداخلية المتباينة التي تحكم العلاقات الدولية موضوع القانون الدولي الخاص حيث في نظره يستوي ان تكون هذه القوانين من القوانين العامة او القوانين الخاصة . وبذلك فان هذا الاتجاه يتلافى دقة التمييز بين القانون الخاص والقانون العام وكذلك الصعوبات المتنوعة التي يواجها الفقه المعاصر عند وضع معيار التفرقة بينهما ، ينظر الدكتور هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

التشيكي الذي يفضي بسريان قواعد التنازع الدولي في شأن التنازع الداخلي مع مراعاة الالتجاء إلى الموطن كضابط للإسناد في هذه الحالة الاخيرة بدلا من الجنسية[١] .

ويجد الباحث بأنَّ الانتقادات أو الردود الموجهة إلى الحجج التي استند إليها أصحاب الاتجاه السابق في أخراج التنازع الداخلي من نطاق القانون الدولي الخاص هي الأكثر دقة هذا من جانب ومن جانب آخر فإنَّ التنازع الداخلي هنا جاء نتيجة التنازع الدولي أي عندما عرضت على القاضي علاقة دولية خاصة ذات عنصر أجنبي وارادة تحديد القانون الواجب التطبيق بالرجوع إلى قواعد الإسناد التي بدورها حددت الاختصاص لحكم هذه العلاقة لقانون دولة متعدّدة الشرائح داخلياً دون تحديد أي منها مختص بحكم العلاقة ، وبالتالي حل المشكلة الأولى المتمثلة بتحديد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة قادت إلى حدوث التنازع الداخلي لقوانين الدولة التي اسند اليها الاختصاص ، وهذا ما يبرر دخول مشكلة تعدّد الشرائع في القانون الدولي الخاص كنتيجة للتنازع الدولي .

الفرع الثالث

نطاق الاسناد في دولة متعددة الشرائع

عندما بدأت نظريات تنازع القوانين تظهر إلى الوجود في العهد الروماني ولم يكن آنذاك التزاحم بين القوانين مرتبط بتعدّد الدول بل بتعدّد المدن في الامبراطورية الواحدة أو بتعدّد المجموعات البشرية في الدولة الواحدة مثلما كان الحال عقب سقوط الامبراطورية الرومانية ، إذا فالتنازع في صورته القديمة كان يرتكز على تعدّد الشرائع أو تعدّد الوحدات القانونية داخل الدولة الواحدة استعادة صورته اليوم ولكن بمنظور متطور كحالة الدولة المركبة من اقاليم تستقل بوحداتها القانونية ، وكذلك حالة الدولة المركبة داخليا من شرائع عدّة متعلقة بالأحوال الشخصية ، والتي تستقل بطبيعتها على مجموعاتها الطائفية أو العرقية . ولقد ثار جدل فقهي و تفرقة بين كل من نوعي التنازع الداخلي أي التنازع بين الوحدات الإقليمية في الدولة المركبة – التعدّد الإقليمي – أو التنازع بين الشرائع المتعلقة بالأحوال الشخصية – التعدّد الشخصي – [٢]. فيما إذا كان كل النوعين يدخل تحت نطاق مشكلة

(١) د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٦٢-٦٣ .

(٢) د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص٥٦٤-٥٦٥ .

تعدّد الشرائع ، وبالتالي القانون الدولي الخاص أم لا ، وهذا ما يقود إلى الاختلاف حول تطبيق ما يسمى بقاعدة التفويض على كلي نوعي التعدّد أم لا ؟

ويذهب جانب من الفقه خصوصا في ايطاليا [١] بقصر مجال أعمال قاعدة التفويض على الفروض التي تتعدّد فيها التشريعات الداخلية في القانون الأجنبي المختص تعدّدا اقليميا حيث في هذه الحالة وحدها يتعين تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص في تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق . أمّا اذا كان التعدّد للشرائع هو تعدّد شخصي فلا وجه لتفويض القانون الأجنبي في فض مشكلة التنازع الداخلي ما دام هذا القانون يتضمن تشريعاً اقليمياً عاماً ، وبالتالي خروج التنازع الشخصي من مشكلة تعدّد الشرائع في القانون الدولي الخاص ، و يستندون في ذلك إلى أنَّ مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين الشريعة الإقليمية ، وليس من وظيفتها تحديد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ،حيث أنّ تعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة هو أمر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي و لا علاقة له في تفسير قواعد الإسناد في قانون القاضي.

وقد ردّ جانب من الفقه المصري[٢] على هذا الرأي بأنّه قد فرق بين صور التعدّد الإقليمي وصور التعدّد الشخصي دون مبرّر بحجة أنّ وظيفة قاعدة الإسناد تنحصر في تعيين شريعة إقليمية أجنبية ولا شأن لها بقيامها بتعدّد الشريعة الشخصية الواجبة التطبيق ، إذ إنّ هذه التفرقة لم تتعلق بركن أصلي من أركان النظرية العامة في فقه القانون الدولي الخاص ، بل هي مسألة تتعلق بصياغة قواعد الإسناد ، و استقلال كل دولة بتعيين مضمونها. وكذلك فإنَّ عدم وجاهة هذا الرأي و عدم وصوله إلى المطلوب لأنَّه يفرق دون مبرّر بين حالات التعدّد ، وإنَّ هذه التجزئة لعمل قاعدة الإسناد بهذه الصورة يعرقل مهمة قاعدة الإسناد في الوصول إلى تحديد القانون المختص في النزاع ، وبالتالي فإنَّ أنصار هذا الاتجاه يرون بوجوب امتداد التفويض لحالتي التعدّد الشخصي والتعدّد الإقليمي ، وعدم إمكانية انصرافه إلى التعدّد الإقليمي دون التعدّد الشخصي [٣] ، وخير دليل على ذلك هو موقف

---

(١) مشار اليه لدى كل من د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين مصدر سابق ، و د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٠ . ومحمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الاسناد لقانون دولة متعددة الشرائع ، بحث منشور على الموق الالكتروني https://manifest.univ ص ٧٧ ،تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٤ .

(٢) مشار اليه لدى د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .

(٣) د . هشام خالد ، التفويض ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٤٢ .

التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي[١] حيث نصت على العمل بالتفويض بشكل مطلق من خلال عبارة – قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع – إذ لم يحدّد طبيعة التعدّد ممّا يقتضي أن يصار إلى اعمال النص على اطلاقه (لأنَّ المطلق يجري على اطلاقه ما لم يعين بنص أو اتفاق) [٢].

كذلك يرى[٣] بأنَّه ليس هنالك ما يدعو إلى التفرقة بين التعدّد الشخصي والتعدّد الإقليمي في هذا الصدد وذلك لأنَّ الشرائع المتعدّدة في دولة تكون في جملتها قانون هذه الدولة سواء أكان التعدّد اقليمياً أم تعدّداً شخصياً . فعندما تسند قاعدة الإسناد في قانون القاضي علاقة معينه لحكم قانون هذه الدولة ، فإنَّه يجب بالضرورة بيان الشريعة الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع ، ولا يكفي القاضي عن بيان الشريعة الواجبة التطبيق في حالة التعدّد الشخصي وجود قانون اقليمي موحد يمتد على كل اقليم الدولة ، والقول باختصار عمل القاضي على تفسير هذا القانون لاستخلاص القاعدة الموضوعية التي تحكم العلاقة المتنازع فيها ، وهذه القاعدة قد تكون من الشرائع الشخصية استنادا إلى إنَّ وظيفة قاعدة الإسناد هي بيان الاختصاص المكاني لقانون إقليمي . لأنّ الشرائع الشخصية في الدولة مع القانون الإقليمي السائد سلطانه فيها تكون القانون الإقليمي لهذه الدولة الذي تسند اليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي . وعند تمتع كل شريعة فيها بسلطان معين داخل هذه الدولة فإنَّه على القاضي استعانته قواعد الإسناد الداخلي فيها.

في الواقع يعتبر عدم التلازم بين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق من الأسس المتفق عليها بين التنازع الدولي والتنازع الداخلي إذ إنَّ لقيام أي تنازع لابد من عدم التلازم هذا ، في كل مرة يكون فيها للقضاء الوطني خيارات معينة يملك فيها سلطة الترجيح بتطبيق قانون غير قانونه نكون أمام نظرية التنازع بمفهومها التقني ؛ إذ التنازع هو في سلطة المحكمة الآيلة إلى تطبيق قانون غير قانونها على موضوع النزاع[٤] ؛ أي الانفصال بين المحكمة التي تفصل في منازعات العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، والقانون الواجب التطبيق على تلك المنازعة ، إذ إنَّ القاضي لا يطبق قانونه مباشرة على تلك المنازعة ، إذ هنالك قوانين ذات قابلية للتطبيق ؛ فكان لا بد من أداة للاختيار بين تلك القوانين . بعد ثبوت الاختصاص لمحكمة معينة يجب عليها مراعاة مقتضيات الملائمة عند

(١) المادة (٢/٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص٢٨٧–٢٨٨ .
(٣) د . عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
(٤) د. سامي بديع منصور ، د. عبده جميل عصوب ، د. نصري انطوان دياب ، مصدر سابق ، ص١٣٥ .

اختيار القانون الواجب التطبيق و هذه المقتضيات قد لا تتوفر بجانب قانون تلك المحكمة ؛ لذا يجب إتاحة الفرصة لإمكانية تطبيق القانون الذي تتوافر له الصلاحية والملائمة بخصوص النزاع المعروض ، وبالتالي فإنَّ تعيين المحكمة المختصة لا يعني في ذات الوقت تعيين القانون الواجب التطبيق ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ عدم التلازم أو عدم التضامن بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي[١].

والقول بأنَّ التنازع الشخصي لا يتصور فيه أن يطبق القاضي قانون غير قانونه هو أمر لا يمكن الأخذ به اطلاقا، اذ يمكن ذلك من خلال المقارنة بين قوانين الدول التي تتعدّد فيها الشرائع وخاصة التعدّد الشرعي ، وهذا ما نجده واضحا في لبنان ومصر والعراق حيث يجد الباحث أن القانون اللبناني ينص في المادة السادسة من قانون تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري على إنَّه ينحصر اختصاص المحاكم السنية والجعفرية بالدعاوى والمعاملات المتعلقة بالمتداعين من مذهبهما مع مراعات الأحوال الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون ، وكذلك المادة الثامنة من قانون تنظيم المذهب الدرزي التي تعطى للقانون الدرزي للأحوال الشخصية ، والمحاكم الدرزية النظر في القضايا والمعاملات المتعلقة بتطبيق أحكام الشرع والتقاليد الدرزية ، وقانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة ، وبذلك التلازم هنا في القانون اللبناني مطلق بين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق كون أي محكمة من المحاكم الطائفية لا تمتلك إلاّ أن تطبق قانونها على القضايا التي تدخل في اختصاصها ولا تملك تطبيق قانون آخر[٢] . وهذا ما نجده أيضا في القانون العراقي حيث تنص المادة (١١) من بيان المحاكم رقم ٦ لسنه ١٩١٧ الذي يطبق على الطوائف غير الاسلامية في العراق على ((نظر المحاكم المدنية – فضلا عن المواد التجارية التي كانت تنظر فيها إلى الآن – في الدعاوى المتعلقة بالنكاح ، والطلاق ، والوصية ، والمناسبات العائلية ، والحجر ، والارث ، والهبة ، والوقف وما أشبه ذلك ممّا هو معبر عنه فيما يأتي بالمواد الشخصية باستثناء ما كان من ذلك عائدا إلى المحاكم الشرعية وتفصل في تلك الدعوى)) ، وكذلك المادة (١٢) من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية واليهودية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ تنص على إنّه ((تنظر المحاكم والمجالس الطائفية في الدعاوى الآتي ذكرهم الخاصة بالعراقيين المنتمين إلى الطائفة التي تخصص لها المحكمة ، النكاح

(١) د . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٥٨٩ .

(٢) د. سامي بديع منصور ، د. عبده جميل عصوب ، د. نصري انطوان دياب ، مصدر سابق ، ص١٣٥-١٣٦ .

، والصداق ، والطلاق ، والتفريق ، والنفقة الزوجية خلا الأمور الداخلة ضمن اختصاص المحاكم المدنية))[١].

على خلاف ذلك القانون المصري حيث لا ترتبط المحكمة المختصة بتطبيق قانون شخص محدّد إنّما تستعيد سلطة الاختيار بين قوانين مختلفة بحثا عن قانون أنسب لحكم العلاقة وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة الرابعة من قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية واحالة الدعاوى التي تكون منظورة امامها الى المحاكم الوطنية رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، التي نصت على أن (تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزائية و ابتدائية واستئنائية وفقا لما هو منصوص عليه في قانون نظام القضاء للنظر في قضايا الأحوال الشخصية ، والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية) ، وبذلك فالقضاء المدني وفقا لهذه النصوص يكون أمام علاقة قانونية تدخل في اختصاصه يملك سلطة البحث عن القانون الملائم للعلاقة ، واختصاصه لا ينحصر بتطبيق قانون شخصي معين ، أمّا أن يكون مختصا بتطبيقه وأمّا أن عدم اختصاصه ، إذ أنّه أمام علاقة قانونية معينة وعليه أن يبحث عن قانون يحكم منازعاتها ، وبالتالي ففي الحالة الأولى التي يكون فيها تلازم بين المحكمة المختصة ، والقانون الواجب التطبيق لا يوجد تنازع أمّا الحالة الثانية التي لا يوجد فيها تلازم تبرز نظرية التنازع من خلال عملية الاختيار والترجيح بين أنظمة قانونية مختلفة ، فالتنازع وفقا لذلك يثور في حالات التنازع الشخصي خلافا لما يقول به البعض ، ويرى الاستاذ مايير إنّ هذا الاختلاف بين التنازع الشخصي والإقليمي يعني عدم التطابق بينهما ، ولكنهما يتفقان في طريقة التحليل[٢] .

(١) ان قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل نص في مادته الاولى على (تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا من استثني منهم بقانون خاص) وبذلك فان كل من يحمل الجنسية العراقية يخضع لأحكام هذا القانون وبصرف النظر فيما اذا كان مقيما في العراق ام خارج العراق بغض النظر عن الديانة او المذهب أو الطائفة الا من استثني منهم بقانون خاص مثل طائفة المسحيين والموسويين اذ يطبق عليهم قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ ، وايضا طائفة الارمن الارثوذكس فأن لهم قانون خاص وهو رقم (٧٧) لسنة ١٩٣١ والصابئة المندائية يطبق عليهم قانون بيان المحاكم رقم (٦) لسنة ١٩١٧ ، اما غير العراقيين من العرب والاجانب فيطبق عليهم قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ .

(٢) نقلا عن د. سامي بديع منصور ، د. عبده جميل عصوب ، د. نصري انطوان دياب ، مصدر سابق ، ص١٣٦-١٣٧.

المطلب الثاني

أصالة مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع

عندما تشير قاعدة التنازع العراقية بتطبيق قانون أجنبي، قد يتبين أنَّ هذا القانون هو قانون دولة متعدّدة الشرائع الداخلية، وهنا يثار تساؤل : كيف يتم تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق ؟

هذه المشكلة اصطلح على تسميتها بمشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع، أو الإسناد إلى نظام فيدرالي، أو نظام قانوني مركب، وسيراً على ذات المنهج فينبغي أن نتناول ذلك بحسب التالي .

الفرع الأول

التمييز بين الإحالة والإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع

يعد البحث عن القانون الواجب التطبيق من أهم المراحل في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إذ قد تعترض هذه المرحلة جملة من الصعوبات منها مرتبط بتفسير قاعدة الإسناد كمشكلة الإحالة أو الإحالة إلى دولة تتعدّد فيها الشرائع. إنَّ القاضي يواجه بعض الاشكالات التي ترتبط بتفسير قاعدة الإسناد ، حيث إنَّ القانون الدولي الخاص يتميز عن غيره من القوانين باحتوائه على قواعد اجرائية التي هي قواعد الإسناد وقواعد موضوعية التي هي النص القانون الواجب التطبيق ، فعند إسناد العلاقة إلى قانون معين لا تنتهي المشكلة بذلك بل إنَّ هذا بمثابة عرض الاختصاص التشريعي ، فإنَّ طبق القاضي الأجنبي القواعد الموضوعية فلا توجد مشكلة لكن القاضي قد يلجأ إلى تطبيق قواعد الإسناد نكون هنا أمام مشكله أُخرى لابد من الفصل بها إلاّ وهي مشكلة الإحالة ، كذلك قد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة متعدّدة الشرائع فأي شريعة من هذه الشرائع تطبق[1]. وما هو الفرق بين الحالة الأولى والحالة الثانية ؟

الإحالة في مجال القانون الدولي الخاص هي عبارة عن آلية قانونية تطبق عندما تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، إذ إن القانون الداخلي للقانون المسند اليه لا يتم

(١) يوبي سعاد ، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج) ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، العدد الرابع ، ٢٠١٦ ، ص ٣٨٢ .

تطبيقه مباشرة وإنّما ينبغي الأخذ بعين الاعتبار بقواعد تنازع القوانين[١] في البلد الأجنبي الذي أسند إليه الاختصاص وهذه القواعد قد تشير إلى اختصاص قانون آخر. أي إنَّ الإحالة تتجسد في حالة تنازع القوانين عندما يحيل القانون الأجنبي المسند إليه بموجب قواعد إسناد القاضي إلى تطبيق قانون آخر سواء أكان قانون القاضي أو قانون أجنبي ، وقد عرف الفقهاء الإحالة بأنَّها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ورده الاختصاص بواسطة قاعده إسناد. هذا القانون الأجنبي إلى قانون دول أخرى قد يرد الاختصاص لقانون القاضي الوطني أو قد يحيل الاختصاص لقانون دولة أخرى[٢] .

إنَّ الإحالة تثور عندما يتحقق التنازع السلبي الذي يكون عندما يتخلى تشريعان أو أكثر عن الحق في تنظيم علاقة قانونية أجنبية من حيث الموضوع كل منهما لصالح التشريع الآخر أو لصالح تشريع ثالث[٣]. والمثال على ذلك هو أن يقوم شخص انجليزي مقيم في العراق بتصرف متعلق بأهليته ، إذ إنَّ

---

(١) اسم قواعد الاسناد هو اسم فقهي والاسم العلمي لها على مستوى التشريع هو قواعد القانون الدولي الخاص وهذا الاصطلاح اعتمده المشرع العراق في المادة (١/٣٠) من القانون المدني التي نصت على (اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوع دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) بهذا المعنى نفسه ذهب اليه بقية التشريعات العربية ، كذلك يصطلح عليها البعض بقواعد تنازع القوانين ، وان تسميتها بقواعد تنازع القوانين لانها تفض التنازع الحاصل بين قانونين او اكثر و هذا الاصطلاح استعمل من قبل اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة ورعايا دولة اخرى في المادة (٤٢) منها . اما تسميها بقواعد الاسناد ياتي من خلال وظيفتها الاسنادية التي تتمثل بمهمتها الاسنادية . وقد شبه الفقيه الفرنسي ارمنجون مهمة قواعد الاسناد بمكاتب الاستعلامات في محطة القطار التي تتمثل مهمتا بتوجيه المسافرين الى رصيف القطار. ينظر د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، وارم عصام خضير ، دور الاحالة في تطوير قواعد الاسناد ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية ، العدد (٤٩) ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٤٣-٥٤٤ .

(٢) مقدس امينة ، الاحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ، بحث منشور في مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ ، ص٢٢٦ .

(٣) د. بلمامي عمر ، اشكالية الاحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، على الموقع الالكتروني https://www.asjp.cerist.dz/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\١٣\١١ . وان الاصل القانوني للإحالة هو القضية الشهير التي عرفت في فقه القانون الدولي الخاص بقضية (فورجو) ، وتتلخص وقائع هذه لقضية في ان فورجو هو شخص بافاري الماني هاجرت به امه من بافاري التي هي احدى ولايات المانية قبل توحيدها وكان يبلغ وقتها الخامسة من عمره وهو ولد غير شرعي ويحمل الجنسية البافارية واستقر في فرنسا الى ان توفي فيه عن عمر يناهز ال٦٨ عام تارك واراءه ثروة طائلة منقولة دون ان يكون له ورثة ،حيث بعدها ثار النزاع بين اقاربه الطبيعيين الحواشي من جهة الام والحكومة الفرنسية على تركته وكان النزاع حول القانون الواجب التطبيق على ميراثه ،هل يطبق القانون الفرنسي الذي هو قانون الموطن الفعلي للمتوفى عند وفاته ام القانون =

القانون العراقي يقضي في هذا المثال بإخضاع التصرف لقانون جنسيه الانجليزي ،أي للقانون الانجليزي بينما القانون الانجليزي يقضي بإخضاع التصرف لقانون الموطن الذي هو هنا القانون العراقي اي ان القانونين كليهما يتخلى عن اختصاصه للآخر بحكم العلاقة ، وهذا ما يعبر عنه الفقه القانوني بالإحالة .

إنّ فكرة الإحالة تقوم على تحديد القواعد الوطنية الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي فهل يقتصر التطبيق على القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي أم أنّ القانون الأجنبي في تطبيقه يشمل بالإضافة إلى ذلك قواعد الإسناد . فالأمر في حقيقته يثير التنازع بين قواعد الإسناد الوطنية و قواعد الإسناد الأجنبية ، أي أنّه لا تقتصر على تنازع القوانين المرشحة لحكم العلاقة ، بل يمتد إلى تنازع قواعد الإسناد ؛ ولذا وصف البعض القانون الدولي هو قانون التنازع على وجه العموم[١] .

إنَّ كل نظام قانوني لكي يجابه و ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي اللازمة لنمو الحياة الدولية للأفراد لابد أن يشمل على قواعد قانونية موضوعية تحكم وتنظم العلاقات الوطنية وقواعد إسناد تحكم وتنظم العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي ، وبالتالي فإنَّه في حالة إشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى اختيار قانون أجنبي معين فأي قواعد تكون واجبة التطبيق من ذلك القانون، هل تطبق قواعده الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون المختار؟ والمثال على ذلك أن ترفع دعوى ميراث تركة منقول لمورث بلجيكي كان متوطن في العراق وتوفيّ فيه واقيمت هذه الدعوى أمام المحاكم العراقية التي ستعطي الاختصاص لقانون دولة المورث وقت وفاته وفقا للمادة (٢٢) مدني ،

البافاري الذي هو قانون موطنه الاصلي المشار اليه بموجب قاعدة الاسناد الفرنسية . عند اعطاء الاختصاص الى القانون البافاري فان ذلك يؤدي الى ان التركة تؤول الى حواشي المتوفي لان هذا القانون يسمح لهم بالارث فيما لو اعطي الاختصاص للقانون الفرنسي فانه يودي الى حرمان الحواشي من التركة وتؤول التركة الى الدولة الفرنسية لانها ترث من لا وارث له . وعندما تنازع حواشي فورجو مع مصلحة الاملاك الفرنسية حول التركة عرضت القضية على القضاء الفرنسي الذي قضت محكمة بوردو باحقية الاقارب بالتركة لان قواعد الاسناد الفرنسية تعطي الاختصاص لقانون الموطن القانوني والذي هنا هو القانون البافاري الذي يعطي الورثة الحق في التركة ولان فورجو عاش طوال هذه الفترة من حياته في فرنسا من دون ان يتمكن من الحصول على موطن قانوني في فرنسا بل كان فقط موطن فعلي وموطنه القانوني هو البافاري ولذلك فالقانون البافاري هو الذي يطبق . ولكن بعدها نقضت محكمة النقض الفرنسية في عام ١٨٧٨ الحكم على اساس ان القانون البافاري يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفي وهنا هو القانون الفرنسي وبذلك طبقت المحكمة الفرنسية قاعدة الاسناد في القانون البافاري أي اخذت بفكرة الاحالة ومن ذلك استقر القضاء الفرنسي على الاخذ بهذه النظرية .

(١) د. عبد المنعم زمزم ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ .

وهنا هو القانون البلجيكي ومن دون النظر إلى قواعد الإسناد البلجيكية ؛ وذلك لأنَّ القانون العراقي يرفض فكرة الإحالة وفقا للمادة (٣١\أولا) مدني ، أمّا لو فرضنا أنَّ هذه الدعوى أقيمت أمام المحاكم البلجيكية فإنَّ قواعد الإسناد البلجيكية تعطي الاختصاص للقانون العراقي باعتباره قانون موطن المتوفى ، إلاّ أنّها لا تطبق قواعد قانون الأحوال الشخصية مباشرة وإنّما تقوم أو لا بالعمل بقواعد الإسناد العراقية لأَنّه تلك المحاكم تتبنى نظرية الإحالة ، وهذه القواعد تشير باختصار قانون دولة المتوفى ، الذي هو القانون البلجيكي الذي يطبق بالنهاية على موضوع النزاع [١].

والدول مختلفة في موقفها حول الإحالة فمنها من أخذ بها مطلقا ، والأخذ بها مطلقا يعني أنَّ الدولة تتبنى فكرة عدم التجزئة في القانون الأجنبي بحيث لا تفصل بين القواعد الموضوعية ، وقواعد التنازع التي يتضمنها، بالمقابل هنالك دول تأخذ بإحدى صور الإحالة دون الأخرى[٢] فيما الدول الأخرى ترفض الأخذ بالإحالة ككل[٣].

إنَّ موقف القانون العراقي من الإحالة واضح وذلك في نص المادة (٣١\أولا) من القانون المدني والتي نصت على (إذا تقرّر أنَّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنَّما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) بذلك فإنَّ القانون العراقي انضم إلى طائفة القوانين الرافضة للإحالة ، ولكن يعتقد بأَنَّه كان من الأوفق أن يتبنى المشرع العراقي موقف أكثر مرونة ويعطي المجال

---

(١) د. حسن علي كاظم ، قواعد الاسناد واليات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام ، العدد (٢٠) ، ص ٣٢٣-٣٢٤ .

(٢) الاحالة تكون على درجتين ، **أولهما** : تكون عندما تقضي قواعد الاسناد في القانون الواجب التطبيق برد الاختصاص الى قانون دولة القاضي المعروض امامه النزاع والتي تسمى بالإحالة البسيطة او بحالة الرجوع . فهي تتولد عندما يوجد اختلاف بين قانون دولتين بخصوص موضوع ما ، وهذا النوع من الاحالة هو الاكثر شيوعا في التطبيق العملي ، **اما الاحالة من الدرجة الثانية** : فتتولد عندما تحيل قواعد الاسناد في القانون الاجنبي وفقا لقواعد الاسناد في دوله القاضي الاختصاص الى قانون اجنبي اخر وليس الى قانون القاضي اي الاحالة الى قانون دولة ثالثة . انظر عيشوبة فاطمة ، الاحالة في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، العدد الثاني ،٢٠٢٠ ، ص ٤٢٩ . وبالإضافة الى هاتين الدرجتين ابتدع القضاء الانجليزي الحديث نظرية الاحالة المزدوجة او ما يطلق عليها بنظرية المحكمة الاجنبية ، وفقا لهذه النظرية فان على القاضي الانجليزي ان يفصل في النزاع المشتمل على عنصر اجنبي وفقا للعمل الذي كان من المحتمل ان ينتهي اليه القاضي الاجنبي الذي تحيل على قانونه قاعده التنازع الاجنبية. انظر يوبي سعاد ،مصدر سابق ، ص ٣٩٥ .

(٣) د. مقدس امينة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

للأخذ بفكرة الإحالة كلما بدا ذلك ملائم بالنظر للمصالح الوطنية وبالذات فيما يتعلق بالطرف المسلم في قضايا الأحوال الشخصية ، وأيضا لصالح عقود التجارة الدولية[١] .

اما الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع فإنَّ هذا القانون الذي أشارت إليها قاعدة الإسناد الذي يكون التعدّد فيه إما تعدّدا اقليميا أو تعدّداً شخصياً ليس حل للمشكلة المطروحة وإنما لابد من تحديد القانون المختص من بين القوانين الداخلية[٢] .

و يشترط لقيام هذه المشكلة أن يتم الإسناد لقانون أجنبي وان يكون هذا القانون الأجنبي غير موحد أو موحد بصورة جزئية ، أي يكون هنالك تعدّداً اقليمياً أو شخصياً ، وهذا لا ينطبق على الإحالة حيث أن مشكلة الإحالة تثار سواء كان القانون الأجنبي الذي أسند إليه الاختصاص موحداً أم غير موحد . ولكن لحدوثها لا بد من أن يكون هنالك عدم تماثل بين قواعد التنازع أي الاختلاف بين قاعدة التنازع في قانون القاضي عن قاعدة التنازع في القانون الأجنبي الذي اختارته القاعدة الأولى لحكم المسألة محل النزاع . بالإضافة إلى ذلك يشترط لقيام مشكلة تعدّد الشرائع أن يكون النظام القانوني الذي يأخذ لدولة القاضي من النظم التي ترفض الأخذ بفكرة الإحالة كما هو الحال في القانون العراقي والقانون المصري والإيطالي والإسباني حيث أنَّ الأخذ بالإحالة و تطبيق قواعد التنازع في النظام القانوني الأجنبي المركب يؤدي إلى الخروج من نطاق مشكلة الإسناد إلى هذا النظام القانوني وذلك عندما يرفض هذا النظام القانوني الاختصاص محيلاً إلى قانون دولة اخرى ذات نظام قانوني موحد أو بسيط[٣] . وبذلك فإنَّ مشكلة تعدّد الشرائع على نقيض من مشكلة الإحالة ولا يمكن أن يجتمعا معا .

والإحالة بمعناها السابق فإنَّها يراد بها تخلي القانون المسند إليه الاختصاص إلى حساب قانون قاضي النزاع أو قانون آخر مع قبول هذا القانون بالاختصاص المتخلي عنه من القانون الأول[٤] . اما مشكلة تعدّد الشرائع فيراد منها تركيز الاختصاص في إحدى الشرائع المتعدّدة بموجب قواعد إسناد داخلية وهذا ما يقوم به في الغالب نظرية التفويض .

---

(١) د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص ٣٢٤ .

(٢) يوبي سعاد ،مصدر سابق ، ص ٣٩٣ .

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، الطبعة الاولى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، مصر ، ١٩٩٦ ، ص ٤٣٥-٤٣٦ .

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ .

الفرع الثاني

دور فكرة المسائل الأولية في الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع

عندما تعرض مسألة معينة أمام القضاء فإنَّ أهم ما يقوم به القاضي هو البحث عن كل جوانب هذه المسألة ومضمونها وتحديدها وهذه هي عملية البحث في مضمون ومحتويات المسألة ذات العلاقة بالنزاع ويؤدي إلى ظهور العديد من المسائل الاخرى الجانبية التي لابد من معرفة طبيعتها وذلك لتلازم عملية البحث والتفسير القانوني للمسألة. هذه المسائل قد تكون أحدها على درجة كبيرة من الارتباط بالمسائل ذات العلاقة في النزاع المعروض أمام القضاء لدرجة يتطلب البت فيها لكي تتم بعد ذلك عملية الفصل في القضية الأولى أو المباشرة أو الأصلية أمام القضاء وهذه تعرف بالمسألة الأولية . والمسألة الأولية لها تسميات كثيرة ومختلفة حيث في الفقه الأنجلوسكسوني يطلق عليها بالمسائل التمهيدية ، وهذا التعبير غير دقيق من وجهة نظر أغلب الفقهاء ؛ لأنَّ اطلاق مثل هذه التسمية على المسائل الأولية يؤدي إلى الفهم بأنَّ القضية التي تعرض على المحكمة وكأنها تمر بأكثر من مرحلة في نفس الوقت وهي المرحلة التمهيدية وبعدها المرحلة النهائية فيما الأمر مختلف عن هذا الوضع إذ أنَّ المسألة الأصلية لا تمر بهذه المرحلة بل أنَّها قضية مستقلة [١]. إذ أنَّ المسألة الأولية مستقلة عن المسألة الأصلية في حد ذاتها الا ان اجراءات رفع دعوى جعلت منها مسألة أولية لازمة فقط للبت في المسائل الأصلية . فيما يطلق عليها البعض من الفقه الانجلوسكسوني ويتوافق معه بعض من الفقه اللاتيني تعبير المسائل الاحتياطية وهذا التعبير مجانب للصواب من أمور عدّة منها أنَّ هذا المصطلح يوحي بأنَّ دور المسائل الأولية هو دور احتياطي ينهض عندما يتعطل العمل بالمسائل الأصلية وهذا غير متوافق مع مضمون فكرة المسائل الأولية ، كذلك أطلق عليها تسميات أخرى منها المسائل الثانوية ، وكذلك المسائل الفرعية وهذه أيضا تعرضت للانتقاد وبقيت التسمية الأكثر شهرة ودقة و هي المسائل الأولية[٢] .

إنَّ مشكلة المسائل الأولية باعتبارها فكرة قانونية لا تقتصر على القانون الدولي الخاص وحده بل تعرفها جميع فروع القانون الأخرى ، وهذا الأمر طبيعي وذلك بسبب الارتباط القائم بين القواعد القانونية

---

(١) د. كريم مزعل علي شبي ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية (دراسة في تنازع القوانين) ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، العدد(١) ، المجلد (١٩) ، ٢٠١٧ ، ص ١٤٢-١٣٤ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مشكلة المسائل الاولية في التنازع الدولي بين القوانين ، بحث منشور في القانون الدولي المصري ، العدد (٤٧) ، لسنة ١٩٩١ ، ص٢-٣ .

في النظام القانوني الواحد ، وبالتالي فإنَّ هذا الارتباط يعد الأساس الرئيسي لنشأة مشكلة المسائل الأولية ، إذ في كثير من الأحيان قد تستخدم قاعدة قانونية واجبة التطبيق في عنصر الافتراض الذي يكون أحد ركنيها الأساسيين فكرة أو مفهوم قانوني يتوقف تحديده على اعمال قاعدة قانونية اخرى سواء كانت تلك القاعدة القانونية تنتمي إلى نفس الفرع من فروع القانون الذي تنتمي إليه القاعدة الأولى أو إلى فرع آخر ، والقاعدة القانونية ذاتها التي تضمنت الفكرة أو المضمون القانوني قد تحيل إلى القواعد التي يتعين اعمالها من أجل تحديد هذا المفهوم[١] .

ومثال المسائل الأولية إذا رفعت دعوى ثبوت النسب الشرعي لشخص – مسألة أصلية – فإنَّ أول ما يجب البحث عنه هو مدى صحة رابطة الزوجية بين الوالدين – مسألة أولية – المدعي الانتساب إلى كليهما أو أحدهما . وهذا لا يثير صعوبة اذا كانت كلتا المسألتين الأولية والأصلية تخضعان لسلطان ذات النظام القانوني . أما في إطار نظرية تنازع القوانين فإنَّ الأمر مختلف اذا قد تخضع المسألة الأصلية لقانون دولة معينة ، بينما المسألة الأولية تخضع لقانون دولة أخرى فكيف يتم التنسيق بينهما؟[٢]

وبالتالي فإنَّ لحدوث مشكلة المسائل الأولية في تنازع القوانين لابد من وجود ثلاثة شروط وهي أن تكون المسألة الأصلية خاضعة بمقتضى قانون القاضي للقانون الأجنبي ، إذ لو كانت خاضعة للقواعد الموضوعية في قانون القاضي فإنَّ المسألة الأولية تخضع لقاعدة التنازع في هذا الأخير ، وهذا يعد العامل الأساسي لحدوث مشكلة المسائل الأولية و هذا أولهما أما ثاني الشروط هو استقلالية ذاتية المسألة الأولية ، وهذا يعني أن تكون المسألة الأولية مستقلة الإسناد أي أن يكون ضابطاً الإسناد في قانون القاضي يؤدي إلى خضوعها لقانون موضوعي ليس هو القانون واجب التطبيق على المسألة الأصلية ، أمّا إذا كان غير ذلك فإنَّ عليه استشارة قواعد التنازع في هذا القانون الأخير تنتفي ، وثالث الشروط أن تكون قاعدة التنازع في النظام القانوني المختص بحكم المسألة الأصلية التي سوف تطبق على المسألة الأولية مختلفة عن قاعدة التنازع في قانون القاضي لو كانت القاعدتين متطابقتين فيجب اعمال قاعدة القاضي ؛ لأنها الأصل الذي يجب تطبيقه في كل حال ، وبتوافر هذه الشروط تثور مشكلة المسألة الأولية ، وما هو القانون الواجب التطبيق عليها[٣].

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩-٢٤٠ .

(٢) د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ .

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص ٦٦٣-٦٦٤ .

ظهر بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية اتجاهين كان أولهما يعطي الاختصاص لقواعد التنازع في القانون المختص في المسألة الأصلية و هذا الاتجاه يمثل الفقه الألماني وبعض الفقه الفرنسي والفقه الإيطالي ويقولون بأنَّ تنازع القوانين بخصوص المسائل الأولية يجب ان يفض لإعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ومقتضى قواعد التنازع في قانون القضاء على المسائل الأصلية ، وبالتالي فإنَّ المنازعة كلها بمسائلها الأصلية والأولية يحكمها القانون الأجنبي ؛ اذ إنَّ قاعدة التنازع في قانون القاضي المختص بالفصل بالمنازعة قد انتهى دورها بتحديد القانون المشار إليه ، ويستند أنصار هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج وأهمها ضرورة احترام المنطق الداخلي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسائل الأصلية ، وابتعاد المسألة الأولية عن النظام القانوني للقاضي ، وكذلك لصيانة الحقوق والأوضاع المكتسبة بالإضافة إلى تحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين[١] .

أما الاتجاه الثاني فإنَّه يرى بإخضاع المسائل الأولية لقواعد التنازع الوطنية وهذا يمثل رأي الأغلبية[٢] الذين يرون أنَّ تنازع القوانين المتعلق بالمسائل الأولية يتم حلّه من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الوطني للقاضي الذي ينظر النزاع، اذ يعاملون المسألة الأولية هنا كمسألة مستقلة عن المسألة الأصلية و يطبق عليها ما يطبق على المسائل الأولية فكما تخضع المسألة الأصلية لقواعد التنازع في دولة القاضي فإنَّ المسألة الأولية تخضع أيضا لذات القواعد ، وقد استندوا على مجموعة من الحجج منها احترام قاعدة التنازع في قانون القاضي ، وكذلك رفض فكرة الإحالة أما الحجة الثالثة فهي تحقق وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الداخلي وشمولية الاختصاص والترابط بين المسألتين[٣] .

ان النظام القانوني العراقي الحالي يمنع بنص صريح تطبيق قواعد التنازع الأجنبية على مسائل تنازع القوانين التي تثار أمام القضاء العراقي المادة (٣١ /أولا) مدني عراقي . وهذا ما نجده في النظام القانوني المصري المادة (٢٧) مدني ، إذ إنَّه بالرغم من الفوائد التي يمكن أن يحققها الأخذ بنظرية الإحالة ، إلا أنَّه من الأسلم عدم وضع قاعدة عامة تطبق في كل الأحوال ، اذ قد توجب اعتبارات

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢ .

(٢) د . غالب علي الداوودي ، د. حسن محمد الهداوي ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ ، و د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص ٣٥٧ .

(٣) د. كريم مزعل علي شبي ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية (دراسة في تنازع القوانين) ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

العدالة وحماية توقعات الأفراد والتبصر بمصالحهم تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية ، كما هو الحال بالنسبة للمسألة الأصلية ، وفي ظروف أخرى قد تستلزم نفس الاعتبارات تطبيق قواعد التنازع في قانون القاضي على المسألة الأصلية ، وتطبيق قواعد الإسناد في القانون المختص بتلك الأخيرة على المسألة الأولية أو حتى خلق قواعد احتياطية جديدة تتلاءم مع تلك المسألة[١] .

وبالتالي وفقاً لما سبق فإنَّ مشكلة المسألة الأولية تختلف عن مشكلة تعدّد الشرائع إذ أنَّ مشكلة تعدد الشرائع تثار بخصوص المسألة الأصلية محل النزاع ذاتها على خلاف الشأن في المسألة الأولية التي تثار بشأنها هي دون المسألة الأصلية ، كذلك فإنَّ مشكلة تعدّد الشرائع تكون عند تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة على القاضي بخلاف مشكلة المسائل الأولية التي تثور في وقت لاحق على هذا التعيين عند تطبيق هذا القانون الذي تم تعيينه بواسطة قاعده الإسناد ، ورغم هذا الاختلاف إلا أنَّ وجه الشبه بينهما هو أنه في كليهما تدخل قواعد القانون الأجنبي لتحديد القانون الواجب التطبيق.

خلاصة الأمر يجد الباحث بأنَّ فكرة المسائل الأولية يكون لها دور سلبي على مشكلة تعدّد الشرائع وليس إيجابي إذا اجتمعت معها اذ بعد تركيز الاختصاص لأحد القوانين الداخلية للقانون الواجب التطبيق قد تظهر مشكلة المسائل الأولية التي يجب الفصل بها قبل الفصل بالمسألة الأصلية، ولكن لا يؤدي هنا إلى التعقيد الذي يمكن أن نراه ؛ لأنّه يؤدي إلى خلق مشكلة داخل مشكلة أخرى .

الفرع الثالث

مدى إعمال المبادئ العامة لتنازع القوانين بشأن تعدّد الشرائع

عندما ينتهي القاضي المعروض أمامه النزاع من مسألة التكييف فإنَّ قواعد الإسناد التي تعين القانون المختص للتطبيق على هذا النزاع المعروض أمامه، وبتعين القانون الواجب التطبيق فإنَّه بعد ذلك يطبق قواعده الموضوعية فقط دون قواعد الإسناد في هذا القانون المختص اذا كان قانون دولته لا يأخذ بالإحالة ، وتنتهي بذلك مشكلة القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية ، لكن قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً داخلياً ، والمثال على ذلك إذا تزوج مواطنين أمريكيين في العراق وكان ذلك أمام القضاء

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص ٦٧٣ .

العراقي ويراد تحديد الشروط الموضوعية لهذا الزواج، حيث وفقا للمادة (١٩ /أولا) من القانون المدني العراقي تعطي الاختصاص لقانون جنسية الزوجين وهنا هو القانون الأمريكي . وبالرجوع إليه نرى أنّه موزع بين قوانين الولايات، فأي قانون منها يطبق ؟ هل قانون ولاية نيويورك ام قانون ولاية واشنطن ام ولاية شيكاغو.... إلى اخرى ؟ .

في هذه الحالة قد يقدم المشرع خدمة للقاضي الوطني ، وذلك من خلال وضع حل تشريعي لفض التنازع الداخلي بين الشرائع سواء التنازع الشخصي أم الإقليمي . إذ قد يكون هنا الحل التشريعي من خلال وضع قانونين مستقلين إحداهما لفض التنازع الدولي ، والآخر للتنازع الداخلي كما هو الحال في القانون البولوني لعام ١٤٢٦ ، وقد يكون من خلال قانون موحد لكلا النوعين من التنازع كما في القانون السويسري لعام ١٨٩١[١] .

إنَّ وضع حل تشريعي لفض التنازع الداخلي أمر نادر ؛ إذ في الغالب يغيب الحل التشريعي، ونتيجة لذلك فقد ثار جدل فقهي حول القانون المختص بتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعدّدة ، وانقسم الفقه في ذلك إلى رأيين. أولهما يقول بتحديد الشريعة الداخلية للقانون الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد في قانون القاضي، وثانيهما من خلال تفويض القانون الواجب التطبيق في تحديد الشريعة الداخلية :

أولا : تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي لتحديد الشريعة الداخلية

يذهب هذا الجانب من الفقه [٢] إلى القول بأنَّه عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون دولة متعدّد الشرائع ، فإنَّ تحديد الشريعة الداخلية الواجب التطبيق في هذا القانون يجب أن يتم وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي حتى لو كان القانون الواجب التطبيق يتضمن قواعد داخلية تتولى تحديد الشريعة الداخلية . ويستند أصحاب هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج هي

١- أن قاعدة الإسناد في دولة القاضي لا تقتصر وظيفتها على تحديد قانون الدولة المختص لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي وإنَّما لا بد من الوصول إلى القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٥٤ .

(٢) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ١٩٧٤ ، ص٢١٣ ، و د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، بدون طبعة ، مكتبة السنهوري ، ص٨٨ ، و د. سالم ارجعية ، الوجيز في القانون الدولي الليبي ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٧ ، ص١٤١-١٤٢ .

العلاقة ، وبالتالي فإنَّ قانون القاضي يكون ذو اختصاص مانع و قائم بذاته ، ولا يستند إلى القانون الواجب التطبيق لتحديد الشريعة الداخلية إنما يقوم بذلك هو [١] .

٢- إنَّ إعطاء الاختصاص بتحديد الشريعة الداخلية للقانون الأجنبي يؤدي إلى أن يقوم القاضي الوطني بحل النزاع المتضمن عنصراً أجنبيا وفقا لإرادة المشرع الأجنبي وهذا لا يجوز لأنَّ القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشرع دولة أجنبية .

٣- إنَّ تحديد الشريعة الداخلية وفقا للقانون الأجنبي قد يؤدي إلى التعارض مع الهدف الذي ترمي الوصول إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي ، لأنَّ ضوابط الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية قد تكون مختلفة عن ضوابط الإسناد في دولة القاضي[٢] .

٤- إنَّ اختيار شريعة داخلية بقواعد إسناد دولية لا يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الخاص لأنَّ اختيار القانون الداخلي جاء مكملا لاختيار القانون الدولي هذا من ناحية، من ناحية اخرى فإنَّ مشكلة كل من التنازع الداخلي والدولي هي اختيار القانون الواجب التطبيق ، وبالتالي فإنَّ حل التنازع الداخلي يكون وفقا لمناهج القانون الدولي الخاص ، لأننّا بصدد قانون دولي خاص داخلي، وكذلك فإنَّ الأصل التاريخي لنظرية التنازع هو حل النزاع بين الأعراف والقواعد الداخلية ، إذ لم تكن النزاعات الدولية معروفة في ذلك الوقت [٣].

أمّا كيفية تطبيق قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي لاختيار شريعة داخلية في دولة أجنبية مختصة بحكم النزاع المعروض ، فقد فرق أصحاب هذا الاتجاه بين ضوابط الإسناد المادية وضوابط الإسناد المعنوية :

أ- ضوابط الإسناد المادية :

وهي الضوابط التي يمكن ادراكها بالحس أي الضوابط المكانية كالموطن ومحل الإبرام وموقع المال ، ومحل وقوع العمل الضار . حيث يرى مؤيدي هذا الاتجاه أن تطبيق ضابط الإسناد المكاني لا يثير المشاكل لأنّه كفيل بطبيعته بتحديد الوحدة الإقليمية التي تتركز فيها العلاقة والتي يتعين فيها

(١) د. مجد الدين خربوط ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القانون ، الجزء الثاني ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، حلب ، ٢٠٠٨ ، ص١٢٠ ، و د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ٦٥٥.
(٢) د. سالم ارجعية ، مصدر سابق ، ص١٤٢ .
(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ٦٥٥ .

تطبيق قانونها ، سواء كانت هذه الوحدة اقليم دولة بأسرها أم جزء من هذا الأقليم[١] . مثال على ذلك أنّه لو رفعت دعوى تعويض عن فعل ضار ، وكان هذا الفعل قد وقع في الولايات المتحدة الأمريكية وكان القانون الأمريكي هو الواجب التطبيق فإنَّ القانون الأمريكي متعدّد الشرائع، طبقاً للطابع المادي لضابط الإسناد وتركيزه المكاني ، فإنَّه يمكن للقاضي أن يعرف الولاية التي وقع فيها الفعل الضار ، ويكون قانون هذه الولاية هو القانون الواجب التطبيق من بين قوانين عدّة اقليمية أخرى .

ب- ضوابط الإسناد المعنوية :

وهي الضوابط التي لا يمكن ادراكها بالحس وهي ضابط الجنسية وإرادة الأطراف. فإذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية فإنَّه ليس كضوابط الإسناد المادية ، اذ لا يؤدي إلى تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق اذا تتعدّد الشرائع داخل القانون الذي أشارت قاعدة إسناد القاضي باختصاصه ، وقد اختلف أنصار هذا الأتجاه ، فذهب بعضهم إلى أنَّه يتم الرجوع إلى شريعة عاصمة الدولة التي قضت قواعد الإسناد بتطبيق قانونها ، وهذا غير منطقي لأنّه قد يكون قانون العاصمة مختلف عن قانون الاقليم بالتطبيق أصلاً . بينما فرق آخرون بين فرضين . أولهما : اذا كانت الدولة المتعدّدة الشرائع دولة فيدرالية كالولايات المتحدة الأمريكية فإنَّه في هذه الحالة يحل ضابط الرعوية المحلية محل ضابط الجنسية ، وثانيهما إذا كانت الدولة ذات النظام القانوني البسيط فإنَّه في هذه الحالة يحل ضابط الموطن محل الجنسية لتحديد الشريعة الداخلية المختصة ، فإذا لم يوجد موطن يحل ضابط محل الإقامة وإلا فمكان ميلاد الشخص ، إذا تعذر إعمال جميع هذه الضوابط فلا بد في هذه الحالة من الرجوع إلى الاحكام الموضوعية في قانون القاضي [٢].

أمّا اذا كان ضابط الإسناد في قانون القاضي هو ارادة المتعاقدين فإنَّ أصحاب هذا الراي يفرقون بين فرضين. أولهما هو في حالة اتجاه إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا إلى اختيار قانون دولة معينة فإنَّه في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى قواعد حل التنازع الداخلي في القانون الأجنبي المختص لاختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق لكي لا تهدر توقعاتهم لأنّ إرادتهم في هذه الحالة اتجهت إلى ذلك عندما اختارت قانون هذه الدولة لحكم العلاقة ، أما ثانيهما فهي في حالة انعدام الإرادة

(١) د. مجد الدين خربوط ، مصدر سابق ، ص١٢١ .

(٢) د. هشام علي صادق ،تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٢١٤ .

الصريحة والضمنية في اختيار قانون دولة معينة ، وفي هذه الحالة تطبق ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي كضابط الموطن المشترك أو محل الابرام [١].

وهذا الرأي متأثر بالاتجاه الذي كان يرى تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات غير أنّ هذا الاتجاه لم يعد موجوداً لأنَّ تنازع القوانين أصبح ينظر له على انه التنازع بين المصالح المتعارضة للأفراد في مجال العلاقات الخاصة الدولية وليس تنازع بين السيادات كما في الاتجاه السابق [٢]، وبالتالي فإنَّ هذا الاتجاه لم يقل به إلا فئة قليلة من الفقه .

ثانيا: تطبيق قواعد الإسناد في القانون المختص لتحديد الشريعة الداخلية (نظرية التفويض)

يرى هذا الاتجاه إنَّه اذا كان القانون الواجب التطبيق قانون دولة متعدّدة الشرائع فيجب على القاضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد بأختصاصها لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على العلاقة ، ولا يرجع القاضي إلى قواعد قانونه ، وقد أطلق عليه تسميات مختلفة منها (تفويض) و (الإحالة الضرورية) ، ويستند أصحاب هذا الراي إلى حجج منها أنَّ الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى توحيد الحلول على المستوى الدولي حيث إنَّ الشريعة الداخلية المطبقة تكون هي نفسها مهما كانت الجهة القضائية المرفوع أمامها النزاع لأنَّها ستعمل على نفس المعايير ، فعندما اعطي الاختصاص للقانون الأجنبي فمن غير المعقول أنَّ يعطي في كل مرة حلا مغايراً لأنَّ التنازل لا يهم سواها ، وبإمكانها أن تقوم بتوحيد التشريعات الداخلية هذا التوحيد الذي يفرض نفسه على كل الدول [٣].

وكذلك يستندون إلى أنَّ قواعد الإسناد الدولية في دولة القاضي عندما تشير إلى اختصاص قانون دولة معينة ليطبق على العلاقة فإنَّها تقصد ربط هذه العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة الأجنبي باعتبارها وحدة اقليمية قائمة بذاتها ، وبالتالي فإنَّه لا يمكن بنفس الوقت الاستعانة بقواعد قانون القاضي لتحديد الشريعة الداخلية المختصة في النظام القانوني الأجنبي [٤].

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ٦٥٦ .

(٢) د. سالم ارجعية ، مصدر سابق ، ص١٤٢ .

(٣) د. اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، ٢٠٠٢ ، ص١٦٠.

(٤) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٢١٦ .

بالإضافة إلى ذلك يرون بان هذا يتفق مع ما هو عليه في القانون الدولي الخاص من عد التنازع الداخلي بين القوانين خارجا عن موضوع القانون الدولي الخاص ، وبالتالي فلا محل لإخضاعه لقانون القاضي [١]، مع انه لا يوجد اي ربط بين تفويض القانون الأجنبي في اختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق وبين القول بخروج التنازع الداخلي من مجال القانون الدولي الخاص ، اذ قد يقول البعض بتفويض القانون الأجنبي على الرغم من الايمان المسبق بعد التنازع الداخلي جزءا من القانون الدولي الخاص [٢].

ويعد هذا الرأي راجحا حيث كاد ينعقد اجماع رجال الفقه في القارة الأوروبية والبلاد الانجلو أمريكية على هذا الراي ، وقد اخذت به الدول من خلال النص عليه في تشريعاتها مثل التشريع الصين الصادر سنه ١٩١٨م والتشريع السويدي الصادر سنه ١٩٣٧م وتشريع سيام الصادر سنة ١٩٣٩م والتشريع البولوني الصادر ١٩٢٦م والذي تم الغائه في سنة ١٩٦٥م وكذلك القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر سنه ١٩٦٣م والقانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنه ١٩٦٥م [٣].

ومن التشريعات العربية التي اخذت بهذا الاتجاه نجد القانون العراقي قد نص على ذلك في الماده (٢/٣١) وكذلك القانون المدني الاردني في المادة (٢٧) و القانون المدني المصري في المادة (٢٦) و القانون المدني السوري في المادة (٢٨). والجزائري في المادة (٣٣) والكويتي في المادة (٧١) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم ٥ لسنة ١٩٦١م و القانون المدني الليبي في المادة (٢٦) ، والمادة (٢٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنه ١٩٨٥م [٤]. و المادة ١٥ من قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤ و القانون المدني القطري في المادة (٣٦) ، اما لبنان فلم يأخذ بالتفويض في تشريعها وانما تبنى ذلك القضاء من خلال محكمة التميز اللبنانية .

وبالتالي ووفقا لهذا الاتجاه فإنَّ تفويض القانون الأجنبي في اختيار الشريعة الداخلية واجبة التطبيق من بين الشرائع الاخرى يقتضي وجود قواعد إسناد داخلية في القانون الأجنبي المسند إليه

---

(١) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٩ ، ص١٨٠ .

(٢) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ،مصدر سابق ، ص٢١٧ .

(٣) د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص١٨١ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص٣٠١ .

الاختصاص ، ولكن الامر يدق في حالة عدم وجود هذه القواعد ، أو توجد لكن تعطي الحكم خارج قانونها فما هو الحل في هذه الحالة ؟

المبحث الثاني

حل مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع

حدّد المشرع العراقي موقفه من مشكلة الإسناد لدولة متعدّدة الشرائع في المادة (٣١/ أولا) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها) .

وبذلك فإنَّ المشرع العراقي قد أعتمد تفويض القانون الأجنبي في اختيار الشريعة الداخلية، وأن النظام الفيدرالي أو – متعدّدة الشرائع – من النظم التي تتعدّد فيها الشرائع ، وهذا التعدّد قد يكون إقليميا ، وذلك بأن يختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، وقد يتعذر على القاضي أن يقف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المسألة المطروحة أمامه إلا بعد تعين أي شريعة من الشرائع السائدة داخل الدولة الفيدرالية هي الواجبة الإعمال ، والتساؤل الذي يثار هنا : كيف يتم تعيين الشريعة الداخلية ؟

الواقع أن حل تلك المشكلة تردد بين إجابتين أو اتجاهين في القانون المقارن، أولهما : تحديد الشريعة الداخلية وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، وثانيهما : تفويض القانون الأجنبي واجب التطبيق في تحديد الشريعة الداخلية .

لذلك سنتناول في هذا المبحث مطلبين وكالتالي :

المطلب الأول

قاعدة التفويض

إعمال قاعدة التفويض إذا كان التعدّد اقليمياً فقط، أم أنه يشمل التعدّد الإقليمي والتعدّد الشخصي، الواقع أن نص المادة (٣١/ ثانيا) جاء من العموم والشمول بحيث يشمل النوعين معاً .

والجدير بالذكر إذا كان التعدّد تعدّداً شخصياً فلا وجه لإعمال المادة (٣١/ ثانيا) وبذلك يتم التفويض للقانون الأجنبي في فض مشكلة التنازع الداخلي ما دام هذا القانون يتضمن شريعة إقليمية .

الفرع الأول

ماهية التفويض

عندما يكون القانون المقرر لـه الاختصـاص يحكم علاقـة قانونيـة مشوبة بعنصـر أجنبـي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع ، فإنَّ القاضي هنا لا يستطيع التعرف على القواعد الموضوعية[1]الواجبة

---

(١) والمقصود بالقواعد الموضوعية هنا هي الاحكام الموضوعية الوطنية في القانون المسند اليه الاختصاص وهي تختلف عن القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص بمعناها العام والتي هي قواعد تتنوع بحسب المصدر الذي تستقي منه ويمكن تصنيفها الى طائفتين ، اولهما القواعد الموضوعية ذات الطابع التشريعي وهذه القواعد لا يكاد يخلو نظام قانوني وضعي منها وهي بدورها على نوعين ، فمنها قواعد ذات اصل تشريعي داخلي يضعها المشرع الوطني في كل دولة ولا تسري الا على العلاقات ذات العنصر الاجنبي ، والاخرى هي القواعد الموضوعية ذات الاصل التشريعي الاتفاقي والتي يتم الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة او اتفاقية بخصوص احد جوانب علاقات التجارة الدولية و تطبق مباشرة على العلاقات التي وضعت من اجلها ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية . اما ثاني الانواع فهي القواعد المادية ذات النشأة التلقائية والتي تظهر على يد القضاء الوطني او التحكيمي وقدمت حلول موضوعية تتجاوب مع مقتضيات مبادئ التجارة الدولية عبر الحدود وذلك خروجا في احيان كثيرة عن القواعد الامر في الانظمة القانونية الوطنية ومنها صلاحية شرط التحكيم واستقلاليته في كافة عقود التجارة الدولية ، وكذلك ظهرت على شكل عادات في الاوساط المهنية في التجارة عبر الحدود ثم تحولت الى اعراف ملزمة كالاعراف الخاصة بتحصيل الاوراق التجارية والاعتمادات المستندية . انظر أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٣١-٦٣٢ . و تختلف القواعد الموضوعية عن قواعد الاسناد اذ ان قواعد الاسناد هي (القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الاجنبي) فهي قواعد تواجه المراكز او العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية وهذه قواعد الاسناد تتميز عن القواعد الموضوعية من حيث مضمونها بانها قواعد غير مباشرة بمعنى انها لا تنطبق على النزاع مباشرة وانما تحدد فقط القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصرنا اجنبيا ، كذلك تتميز من حيث اثار تطبيقها بانها قواعد مزدوجة الجانب اي انها قد تشير باختصاص القانون الوطني وقد تفضى الى تطبيق قانون اجنبي . انظر هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٣٨ وما بعدها . بينما القواعد الموضوعية تعرف بانها ((ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيما خاصا ومستقلا عن كل قانون داخلي ، لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية)) وتتميز القواعد الموضوعية بانها مباشرة اي تعطي حلا مباشرا للنزاع على عكس قواعد الاسناد التي تحيل للقانون الوطني لاستخلاص الحل الموضوع ، وبذلك فان القواعد الموضوعية كقواعد القانون الوطني الذي يطبق مباشرة على النزاع الا ان القواعد الموضوعية قوامها العادات والاعراف التي التزم بها المتعاملون في علاقاتهم القانونية . انظر الهام فاهم نغيش ، العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في نطاق القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة ، المجلد (٥) ، العدد (١٠) ، ٢٠٢١ ، ص ١١٥ وما بعدها . ولكن لا يمكن ان ننكر وجه الشبه بينهما اذ ان كل من قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية يعالجان العلاقات الدولية للافراد ، كذلك يرميان كلاهما الى ايجاد التنظيم او الحل الملائم للعلاقات الدولية وان اختلفت الرؤية حول مضمون الملائمة ، فقاعده التنازع نراها لدى القوانين الوطنية بينما القواعد الموضوعية فانها تجده فيما تحتوي هي من قواعد واحكام ذاتية =

التطبيق على النزاع الا بعد تحديد الشريعة التي يجب الرجوع اليها من بين تلك الشرائع المتعدّدة ، وهذا التعدّد يمثله التعدّد الشخصي ، والتعدّد الإقليمي[١] .

ولحل هذه المشكلة يري البعض بأنه على القاضي أنّ يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه ، حيث أنها هي التي تستطيع تحديد الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها ؛ لان قواعد الإسناد الوطنية لا تقتصر على تحديد الدولة التي يتوجب تطبيق قانونها، بل بالإضافة إلى ذلك تتكفل ببيان الاحكام الموضوعية الداخلية في قانون هذه الدولة التي يجب تطبيقها على موضوع النزاع[٢] .

وهذا الرأي يقوم على فكرة اساسية هي ان وظيفة قاعدة الإسناد في دولة القاضي ليست مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها بالنزاع المتضمن عنصرا أجنبيا، وانما الوصول مباشرة إلى الحلول الموضوعية الواجبة التطبيق في شان هذا النزاع، بالإضافة إلى ذلك يرون اصحاب هذا الاتجاه إلى ان القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق القواعد الصادرة من مشرع الدولة الأجنبية ، لان القاضي الوطني لا يأتمر الا بأوامر مشرعه . فضلا عن ضوابط الإسناد الداخلية في الدول الأجنبية قد تختلف عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي مما يؤدي ذلك إلى التعارض مع الهدف الذي تسعى اليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى ادراكه[٣] .غير ان هذا الحل لم يلقى تأييداً فقهياً كثيراً.

اما الحل الاخر فهو اعطاء الاختصاص للقانون الداخلي للدولة المتعدّدة الشرائع ، اي يقوم بتعيين الشريعة الواجبة التطبيق ، وهذا هو الحل السائد في اغلب الانظمة القانونية ، وهو ما يطلق عليه بالتفويض ، أو الإحالة الداخلية ومن الأنظمة التي نصت عليه هي القانون المدني المصري في المادة (٢٦) التي نصت على ((متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها)) [٤] . وكذلك المادة (٢٧) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة

وكذلك يتشابهان من حيث النشأة والمصدر ، فقاعدة التنازع في الاصل ذات نشأة عرفية وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الموضوعية فهي عرفية النشأة في اوساط التجارة الدولية . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٣٣ .

(١) د. عدنان باقي لطيف ،الاحالة الداخلية في تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة (٦) ، المجلد (٦) ، العدد (١) ، الجزء (٢) ، ٢٠٢١ ، ص ٤١٠ .

(٢) د. اعراب بلقاسم ، مصدر سابق ، ص ، ١٥٩ .

(٣) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢١٢-٢١٣ .

(٤) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المصدر نفسة ، ص ١٩٨ .

١٩٧٦حيث نصت على (اذا ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها) . وقد عالج المشرع الجزائري هذا الوضع في المادة (٢٣) من القانون المدني التي نصت على ((متى ظهر من الاحكام الواردة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينه تتعدّد فيها التشريعات فإنَّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اي تشريع منها يجب تطبيقه) ، وهذا ما هو عليه الوضع في القانون المدني العراقي حيث نص في المادة (٢\٣١) على انه (واذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها) بينما الدول التي لم تعالج هذه المسألة تشريعيا فقد تبنت هذا الامر قضاء" كما هو الحال في لبنان عندما اصدرت محكمة التمييز اللبنانية حكمها الذي يقضي ب (من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص ان المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدّد قوانين داخلية في ذلك البلد. ناتج عن نظامه السياسي فتختار ما تفرضه قواعد التنازع المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني في لحل تنازع القوانين الداخلية) [١] .

وهنالك اجماع فقهي في أوربا وأمريكا مع هذا الاتجاه بجعل امر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في الدولة المتعدّدة الشرائع متروكا لقانون هذه الدولة أي لقواعد الإسناد الداخلية في هذه الدولة ، وبذلك فإنَّ القانون الداخلي هو الذي يقرر الشريعة التي يجب تطبيقها من بين الشرائع المتعدّدة[٢] . وهو الحل الذي اخذ به المشرع العراقي وهذا واضح في نص المادة (٣١/ثانيا) من القانون المدني .

واساس هذا الاتجاه الذي يفوض القانون الأجنبي لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق هو ان قواعد الإسناد الدولية في قانون القاضي عندما تشير بتطبيق قانون دولة معينة فإنَّها تهدف من ذلك إلى ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة باعتبارها وحدة اقليمية قائمة بذاتها . ومن ثم لا يجوز في نفس الوقت الاستعانة بهذه القواعد لتحديد الشريعة الداخلية المختصة في النظام القانوني الأجنبي[٣] . كما أيد البعض هذا الحل لان من شانه توحيد الحلول على المستوى الدولي فتكون الشريعة الداخلية

---

(١) نقلا عن د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٣١٦ .

(٢) ختام عبد الحسن شنان ، الاسناد الى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، المجلد (١) ، العدد (١٨) ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٥٤٠ .

(٣) د. عدنان باقي لطيف ، مصدر سابق ، ص ، ٤١٤ .

المطبقة هي نفسها دائما مهما كانت الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع لأنها ستستعمل المعايير نفسها ، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ الدول الأجنبية قد اعطت بنفسها الحل للتنازع الداخلي فمن غير المعقول ان تعطي له حلاً اخراً مغايراً لان التنازع لا يهم سواها وكان بمقدورها ان تقوم بتوحيد التشريعات الداخلية ، وعندئذ يفرض هذا التوحيد نفسه على كل الدول ، بينما يؤيد آخرون هذا الحل لانهم يرون بانه لما يتقرر اختصاص قانون أجنبي في نظر دولة القاضي لحكم الاحوال الشخصية للفرد مثلا ، فإنَّ هذا القانون الأجنبي هو الذي يملك سلطة تقدير الية توزيع و وطنية على مختلف التشريعات الداخلية[١] .

وبذلك فإنَّ التفويض هو تخويل أو توكيل القانون المختص بالتنازع اي قانون القاضي المعروض أمامه النزاع للقانون الواجب التطبيق ليتولى هذا القانون تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على العلاقة . اي ان قواعد الإسناد التابعة لقاضي النزاع بعد ان تسند الاختصاص لقانون معين تقوم بنفس الوقت بتفويض القانون المسند اليه الاختصاص ، وبالتالي فإنَّ الوظيفة التي يقوم بها التفويض هي تركيز الاختصاص المسند اليه في احدى شرائعه المتعدّدة وذلك بسبب عدم قدرة قواعد الإسناد الدولة المعروض أمام قضائها التنازع على تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق للقانون المسند اليه الاختصاص ، وبالتالي فإنَّ التفويض يبدأ بموجب قواعد إسناد دولية في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع إلى قواعد إسناد داخلية في القانون المسند إليه الاختصاص وبذلك فإنَّ التفويض هو تخويل قاضي النزاع لقواعد الإسناد الداخلية التابعة للقانون المسند اليه الاختصاص لتركيز الاختصاص المسند اليه في شريعة من الشرائع المتعدّدة تعدّدا شخصيا أو اقليما[٢] .

وقد يتبادر إلى الذهن في الوهلة الأولى إلى إن التفويض هو استثناء على مبدا الإحالة الذي تبنته أغلب التشريعات ، ولكن في واقع الأمر أن الإحالة تختلف عن التفويض حيث ان الإحالة هي تخلي القانون الأجنبي الذي تقرر الاختصاص له لحكم العلاقة إلى قانون اخر بينما التفويض لا يتخلى عن الاختصاص الذي اعطي له لحكم النزاع لقانون آخر ، وانما يقوم هذا القانون بتركيز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعدّدة فيه مستندا بتركيز هذا الاختصاص على قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون[٣] .

---

(١) د. اعراب بلقاسم ، مصدر سابق ، ص ١٥٩-١٦٠ .

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٢٥٣ .

(٣) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص١١ .

والتفويض يبدأ مع الإسناد في وقت واحد ، حيث ان قاضي النزاع يجري ثلاث عمليات في وقت واحد والتي هي الإسناد والتفويض والتركيز ، اذ الإسناد والتفويض يكون بموجب قواعد إسناد القاضي والتركيز بموجب قواعد إسناد دولية في قانون قاضي النزاع لينتهي عبر قواعد إسناد داخلية في القانون المسند اليه الاختصاص الأول يقوم بالإسناد والتفويض بينما الثاني يقوم بتركيز الاختصاص في احدى شرائعه الداخلية[١] .

وبذلك فإنَّه لأعمال التفويض وتطبيق قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدولة المتعدّدة الشرائع داخليا اقليما أو شخصيا جملة من الشروط لابد من توافرها وهي[٢] أولا : ان توجد علاقة مشوبة بعنصر أجنبي يراد تحديد القانون الواجب التطبيق لها مع اعطاء الاختصاص للقانون الأجنبي كالعلاقة بين شخص أمريكي الجنسية واخر عراقي حول مال منقول في أمريكا ويعطي الاختصاص فيه إلى القانون الأمريكي ، وثانيا : يجب لإعمال التفويض ان يكون القانون الذي اسند اليه الاختصاص متعدّد الشرائع الداخلية كما في المثال اعلاه كالقانون الأمريكي الذي يكون متعدّد الشرائع بتعدّد الاقاليم داخل الولايات المتحدة الأمريكية أو قد يكون التعدّد ناتج عن تعدّد الطوائف والديانات داخل البلد كما في لبنان ، وبالتالي يجد الباحث ارتباط النقطتين لان تحديد القانون الواجب التطبيق للعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي هو الذي قاد إلى التنازع الداخلي والأخذ بقاعدة التفويض لتعدّد الشرائع داخل البلد المسند إليه الاختصاص ، لأنه في نهاية المطاف يراد تحديد القواعد الموضوعية للقانون المسند إليه الاختصاص على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي فيظهر هذا التنازع الداخلي نتيجة تعدّد الشرائع لهذا القانون الأجنبي ، وثالثا : ان يقود التفويض إلى تركيز الاختصاص بشريعة داخلية معينة من بين الشرائع المتعدّدة داخل الدولة المسند اليها الاختصاص ، وليس تخلي قانون هذه الدولة عن الاختصاص لقانون دولة اخرى لأن هذا التخلي هو الإحالة وليس التفويض الذي يعني تركيز الاختصاص في احد الشرائع الداخلية وليس التخلي عن هذا الاختصاص ، واخيرا يجب ان يكون القانون الذي فوض اليه تركيز الاختصاص في احد الشرائع الداخلية لديه الحلول لذلك اما من خلال قواعد تشريعية معينة تتولى فض التنازع الداخلي للشرائع داخل هذا البلد صاحب الاختصاص أو تكون هذه الحلول قضائية أو مبادئ قانون دولي عامة ومعتمدة داخل البلد ذو الشرائع المقررة للاعتماد عليها في تحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم العلاقة.

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ .

(٢) د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، مصدر سابق ، ص ٦٠٠ .

الفرع الثاني

مدى إعمال التفويض من حيث صور التعدّد

سبقت الاشارة إلى ان تعدد الشرائع الداخلية قد يكون تعدّدا اقليميا وهذا في الدول التي يكون لكل اقليم من اقاليمها تشريع خاص به . وقد يكون هذا التعدّد شخصيا – طائفيا – بالنسبة للدول ذات التعدّد الطائفي ، اذ تخضع كل طائفة من هذه الطوائف لتشريع خاص بها. وبذلك فإنَّ هذا يثير التساؤل حول مدّى اعمال قاعدة التفويض بالنسبة لمختلف صور القواعد القانونية من حيث مصدرها في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

برز اتجاهين في هذا الخصوص احدهما يضيق من نطاق تطبيق قاعدة التفويض على احدى صور التعدّد دون الأخرى، و الجانب الثاني يشمل صورتي التعدّد الإقليمي والشخصي . ويمثل الراي الأول جانب من الفقه الايطالي الذي ذهب إلى تحديد نطاق التفويض بصورة التعدّد الإقليمي دون التعدّد الشخصي ، وبالتالي يقصر هذا الراي مجال اعمال قاعدة التفويض على الفروض التي تتعدّد فيها الشرائع الداخلية في القانون الأجنبي المختص تعدّدا اقليميا وفي هذه الحالة فقط يتم تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص لتعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، فيما اذا كان التعدّد شخصيا فلا يمكن اعمال قاعدة تفويض القانون الأجنبي المختص في فض مشكلة التنازع الداخلي ما دام ان هذا القانون يتضمن شريعة اقليمية عامة [١].

وهذا ما ذهب اليه البعض إلى ان التفويض لا ينصرف إلى التعدّد الشخصي وانما إلى التعدّد الإقليمي فقط وذلك لان الدولة التي يوجد فيها تعدّد شخصي يوجد فيها شريعة عامة سائدة وبجانبها شرائع اخرى صغيرة تكون سارية في نطاق معلوم . واساس هذا الراي وهو ان قاعدة الإسناد الوطنية ينتهي دورها عند ربط العلاقة المعنية بالشريعة السائدة في الدولة الأجنبية ليبدا بعد ذلك دور قاعدة الإسناد الأجنبية الداخلية لتحديد الشريعة التي اعطي لها الاختصاص من بين الشرائع المتعدّدة داخل هذه الدولة الأجنبية ، وهذه المسألة الاخيرة تعتبر مجرد تفسير للقانون الأجنبي وليس تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية[٢] .

---

(١) مشار اليه لدى د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

(٢) مشار اليه لدى د . هشام خالد ، التفويض ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

وبذلك فإنَّه مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين الشريعة الإقليمية و ليس من مهامها تحديد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، فتحديد الشريعة الخاصة في هذه الحالة امر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ولا علاقة له بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي[١] .

وهنالك من ينتقد هذا الاتجاه ويرى بان هذا التمييز بين صور التعدّد لم يقم على اي دليل أو سند قانوني هذا من جانب ، من جانب اخر فإنَّ حصر دور قاعدة الإسناد في تحديد الشريعة العامة السائدة في القانون الأجنبي امر تحكمي لا يستند على اي دليل[٢] .

كذلك يرى كل البعض بان هذه التفرقة بين التعدّد الشخصي والإقليمي من خلال حصر عمل قاعدة الإسناد الوطنية بتعين شريعة اقليمية أجنبيه دون تحديد الشريعة الشخصية الواجبة التطبيق ليس له مبرر ؛ لان هذه التفرقة تتصل بصياغة قواعد الإسناد و كل دولة مستقلة بتعيين مضمون قواعدها ولا تتصل بركن اصلي من اركان النظرية العامة في فقه القانون الدولي الخاص هذا من جهة[٣] .

من جهة اخرى هنالك من يرى بان هذه التفرقة ليس لها ما يبررها ؛ لان الشرائع المتعدّدة في دولة ما تكون في جملتها قانون هذه الدولة سواء أكان التعدّد شخصي ام تعدّد اقليمي . وعند إسناد قاعدة الإسناد في دولة القاضي حكم مسألة معينة إلى قانون هذه الدولة وجب هنا بيان الشريعة الواجبة التطبيق من بين مختلف شرائعها ، والقاضي هنا لا يغنيه عن هذا البيان في حالة التعدّد الشخصي وجود قانون اقليمي موحد يشمل سلطانه كل اقليم الدولة والقول باقتصار مهمة القاضي على تفسير هذا القانون لاستخلاص القواعد الموضوعية التي تحكم المسألة المتنازع فيها ، و قد تكون هذه القاعدة القانونية من الشرائع الشخصية استنادا إلى ان قاعدة الإسناد وظيفتها هي بيان الاختصاص المكاني لقانون اقليمي ؛ لان الشرائع الشخصية في الدولة هي قانون الاقليم السائد سلطانه فيها تكون القانون الإقليمي لهذه الدولة والذي تسند اليه الاختصاص قاعدة الإسناد في دوله القاضي . وعند تمتع كل شريعة من هذه الشرائع بسلطان معين داخل الدولة تعيين على القاضي الاستعانة بقواعد الإسناد الداخلي فيها[٤] .

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

(٢) د . هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٣) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ ، و د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .

(٤) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

بالإضافة إلى ذلك قوانين البلاد العربية جاءت صياغتها عامة ومطلقة بإيراد عبارة (قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع) [١] الامر الذي يفيد إلى انصرافها معا إلى حالتي التعدّد الشخصي والإقليمي . الا أن القانون السوداني الذي جاء في المادة (٣٤) من القانون المدني [٢] مختلف عن النصوص المقابلة له في قوانين البلاد العربية وذلك من ناحيتين ، أولهما هو انه ذكر صور تعدّد الشرائع من تعدّد شخصي واسماه بالنص (تعدّد الشرائع بتعدّد الطوائف) ، وتعدّد اقليمي اسماه (المقاطعات والولايات) مضيفا اليها عبارة (أو غير ذلك) أي غير ذلك من صور التعدّد الإقليمي ، اذ ما كان به حاجة لآيراد هذه التفصيلات مع انه يرجع ويقول بان المشرع السوداني له عذر في ايراد ذلك لرغبته في نفي الأخذ براي ضعيف في الفقه تقصر وظيفة قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على حالة التعدّد الإقليمي[٣] .

ومع ذلك يجد الباحث ان بعض الاحكام الصادرة من القضاء المصري لم تأخذ هذا العموم والاطلاق في النصوص حيث رفضت اعمال قواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة المختصة مادامت العلاقة المطروحة تشتمل على عنصر أجنبي و اعتبرت هذه الاحكام ان اعمال قواعد الإسناد الداخلية يقتصر على العلاقة الوطنية دون غيرها . وهذا لا يمثل الا بعض الاحكام الا ان الغالب في مصر ذهب مع العموم والاطلاق[٤] .

خلاصه الامر يمكن القول بان التفويض يشمل كل من التعدّد الشخصي والتعدّد الإقليمي وذلك خلال واقعية الانتقادات الموجهة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص إلى الراي القائل بغير ذلك ، وكذلك لتأييد القوانين العربية ذلك من خلال النص عليه بصورة مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه.

---

(١) ان التشريعات العربية اخذت هذه المادة من المشرع المصري الذي استقاها من المشرع الفرنسي حيث نص عليها المشرع المصري بالمادة (٢٦) مدني و القانون الجزائري في المادة (٢٣) اذ صيغت على النحو التالي (متى ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اي شريعة من هذه يجب تطبيقها) وهذا يطابق المادة (٢٨) مدني سوري والمادة (٢٦) مدنى ليبي عبارة وحكما ، يقابلها حكما مع تعديل طفيف في العبارة من المادة (٣١ ٢١) من القانون المدني العراقي و المادة (٧١) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي رقم (٥) لسنة١٩٦١الكويتي .

(٢) انظر المادة (٣٤) من القانون المدني السوداني على (اذا كان القانون الواجب التطبيق قانون دولة معينه تتعدد فيها الشرائع بتعدد الطوائف او المقاطعات او الولايات او غير ذلك فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها ، فاذا لم يوجد به نص طبقت الشريعة الغالبة او قانون الموطن بحسب الاحوال) .

(٣) د . هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

(٤) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ و ٢٢٤ .

الفرع الثالث

إعمال التفويض من حيث ضوابط الإسناد[١]

على الرغم من استقرار المواقف بشان اتساع نطاق قاعدة التفويض لتشمل صورتي التعدّد الداخلي الشخصي والإقليمي الا انه مع ذلك فقد اختلف حول مجال اعمال هذه القاعدة بالنسبة لقواعد الإسناد ، وبذلك هل يعمل بها اي كان ضابط الإسناد الذي بموجبه يتم تعيين قانون الدولة الأجنبية ذات التعدّد الداخلي أم أن اعمالها يقتصر فقط على الضابط الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي المختص؟[٢]

لقد استعرض الفقه جميع ضوابط الإسناد ومدى ضرورة تطبيق قاعدة التفويض بشأنها وذلك على النحو التالي :

---

(١) ان المشرع الوطني في الدول قد عمل على تصنيف المراكز الخاصة المتضمنة على عنصر اجنبي الى فئات او افكار مسندة ، كل فئة او فكرة مسندة تتضمن المراكز القانونية المتشابهة ، ويقوم المشرع بأسناد كل فئة من المراكز المتجانسة الى قانون معين عن طريق اداة قانونية هي ضابط الاسناد والتي تعد بمثابة المرشد الى القانون الواجب التطبيق . انظر د . هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٥٤– ٥٥ . فمثلا حالة الشخص واهليته تخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته وهذا ما نصت عليه المادة (١٨ \ اولا) من القانون المدني العراقي (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته) وبذلك فكل المسائل التي تتعلق بالأهلية جمعت في طائفة واحدة وقننت في هذه المادة فكانت الجنسية هي المعيار الذي يشير الى القانون الواجب التطبيق. انظر هند مهند عبد ، التغير الارادي لظرف الاسناد واختيار القانون الواجب التطبيق ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، سنة ٢٠١١ ، ص ٣ . وكذلك عندما ينص المشرع على ان الحيازة والملكية والحقوق العينية الاخرى التي تخضع لقانون الموقع فان هذا يعني ان ضابط الاسناد بالنسبة للمراكز التي تتعلق بحيازة المال وملكيته وما يتقرر عليه من حقوق عينية هو قانون موقع هذا المال ، وبذلك يمكن تعريف ضابط الاسناد بانه (المعيار المختار الذي يرشد الى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع ، فهو اذا" نقطة الارتكاز التي تنير الطريق الى القانون الذي ينطبق على المركز القانوني) . انظر د. هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ،مصدر سابق ، ص ٥٥ . ويعد ضابط الاسناد هو الركن الثاني من الاركان الداخلية والجوهرية لقاعدة التنازع ، فقاعدة التنازع هي قاعدة قانونية لها طبيعة فنية ووظيفة خاصة هي اختيار القانون الملائم والمناسب لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، واذا حللنا احدى قواعد التنازع نرى انها تقوم على ثلاثة اركان هامة ، الركن الاول هو موضوع الاسناد او الفكرة المسندة ، وهو الوضع او المسالة او الحالة الواقعية التي تشكل مضمون ركن الفرض ، والركن الثاني هو ضابط الاختيار ، والركن الثالث هو القانون الواجب التطبيق ويسمى ايضا القانون المسند اليه تنظيم العلاقة محل النزاع . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٥٥٧ –٥٥٨ .

(٢) عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

اولا" : ضابط الجنسية :

يعد ضابط الجنسية الوحيد من بين الضوابط الذي لا يسمح على الاطلاق بتعيين الشريعة الداخلية المختصة بحد ذاته[١] ؛ لذلك إذا تم الإسناد بواسطة ضابط الجنسية فإنَّه على القاضي المعروض أمامه النزاع ان يقوم بالرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية لتحديد وتركيز الاختصاص في احد الشرائع الداخلية لعدم كفاية هذا الضابط في تحديد هذه الشريعة الداخلية ؛ وذلك لانه ضابط الجنسية يقوم بالإسناد الاجمالي للاختصاص ، اما قواعد الإسناد الداخلية في القانون صاحب الاختصاص فإنَّها تقوم بتركيب الاختصاص في احدى شرائع قانون الجنسية ، والمثال على ذلك لو تزوج في العراق مواطنين امريكيين وكان ذلك أمام القضاء العراقي، ووفقا لقواعد الإسناد العراقي المادة (١٩\أولا) من القانون المدني فيكون الاختصاص لقانون جنسية الزوجين وهنا هو القانون الأمريكي وبالرجوع إلى القانون الأمريكي نرى بانه يتعدّد بتعدّد الاقاليم في أمريكا فهي هذه الحالة اي قانون امريكي داخلي يكون له الاختصاص وبالتالي ، فإنَّه وفقا لذلك ضابط الجنسية لم يحدد احدى هذه القوانين وانما بصورة عامة عندما اعطي الإسناد للقانون الأمريكي دون ان يحدد القانون الداخلي المختص ، وبالتالي فإنَّه لابد من وجود قواعد اخرى تتولى مساندة هذا الضابط لمعرفة القانون الداخلي المختص ويكون هذا من خلال الرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأمريكي والتي من خلالها القاضي العراقي يستطيع الوصول إلى القانون الداخلي لاحد الولايات ليكون هو المختص [٢].

ولذلك فقد نشأ اجماع فقهي وخاصة في مصر بخصوص اعمال قاعدة التفويض كلما كان القانون الأجنبي في الدولة المتعدّدة الشرائع مختصا بموجب هذا الضابط . فيما ان جانبا من الفقه المصري يذهب إلى حدّ قصر اعمال قاعدة التفويض على الاحوال التي يكون فيها الضابط هو الجنسية ، مستندين في ذلك إلى إنَّ اعمال ضوابط الإسناد الاخرى كفيل في ذاته بتعين القواعد الموضوعية بصفة مباشرة . وباقي الضوابط فإنَّه هنالك خلاف فقهي حولها لاعتبارها انها قادرة بحدّ ذاتها على تعين الشريعة الداخلية المختصة وكما سيأتي[٣] .

(١) د. اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، مصدر سابق ، ص١٦١ .

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .

(٣) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٧٩ .

ثانيا : الضوابط المكانية

تتمثل هذه الضوابط بمحل العقد أو محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام أو موطن الشخص حيث ان هذه الضوابط كافية لتعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق [١]. ومثالها كما لو كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي اعطت الاختصاص في الشكل لمحل اجراء التصرف وكان هذا التصرف في دولة متعدّدة الشرائع بتعدّد الاقاليم في الولايات المتحدة الأمريكية ، إنّهُ إذ في هذه الحالة تكفي قاعدة الإسناد لوحدها في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق حيث يطبق قانون الولاية التي اجري فيها التصرف و لا يستلزم هذا منا الرجوع إلى القانون الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية لتطبيق ما أورد فيه من حلول للتنازع الداخلي للقوانين [٢].

ولذلك ذهب جانب من الفقه العراقي إلى استبعاد قاعدة التفويض بالنسبة لهذه الضوابط استنادا إلى كفاية الضوابط المكانية في تعيين الشريعة الداخلية للدولة المتعدّدة الشرائع [٣].

بينما يذهب جانب اخر من الفقه إلى وجوب العمل بقواعد التنازع الداخلية للقانون الواجب التطبيق لتحديد الشريعة الداخلية وذلك لان مهمة قواعد الإسناد تنتهي عند تعيين قانون دولة في مجموعة ولا تتولى تعيين القواعد الموضوعية الوطنية الواجبة التطبيق ، ولذلك فإنَّ القانون الذي اسند اليه الاختصاص هو الذي يتولى تركيز الاختصاص في مكان معين داخل الدولة لتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق [٤].

وهذا الرأي يتفق مع ما جاءت به المادة (٣١ اثانيا) من القانون المدني العراقي وباقي قوانين البلاد العربية حيث جاءت مطلقة وعامة ولم تميز بين ضابط إسناد واخر ، وبالتالي فإنَّه مهما كان نوع ضابط الإسناد المعتمد في تعيين الاختصاص لقانون دولة متعدّد الشرائح فإنَّ القواعد الداخلية لتلك الدولة هي التي تتولي تعيين الشرائع الداخلية المختصة لهذه الدولة المتعدّدة الشرائع .

---

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص ٢١٣ .

(٢) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مصدر سابق ،ص٨٤-٨٥ .

(٣) د. غالب علي الداوودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

(٤) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مصدر سابق ،ص٨٥ .

ثالثا : ضابط الإرادة

يذهب الراي الراجح إلى إنه عندما يتبين للقاضي المعروض أمامه النزاع بأن أطراف العقد قد ضمنوا عقدهم نصاً يبين به تطبيق قانون مكان معين أو يستشف القاضي ذلك من إرادة الطرفين الضمنية فإنَّه في هذه الحالة يكون ضابط الإرادة قادرا بحدّ ذاته على تحديد الشريعة الداخلية من بين الشرائع على العقد دون حاجة لإعمال قاعدة التفويض . ولكن الامر يختلف فيما اذا لم تكن هنالك إرادة صريحة أو ضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق والامر لا يخلو من فرضين [١].

يتمثل الفرض الأول فيما اذا سكت اطراف العقد عن الافصاح عن ارادتهم لتعيين القانون الواجب التطبيق ولم يكشف القاضي ارادتهم الضمنية فإنَّه في هذه الحالة يرجع القاضي إلى القواعد العامة للتنازع . ووفقا للمادة (٢٥ \ أولا) من القانون المدني العراقي حيث القاضي يرجع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية وهي الموطن المشترك اذا اتحدها موطنا أو قانون محل الابرام .

اما الفرض الثاني فهي عندما تكون هنالك ارادة للمتعاقدين وحدّد قانون دولة متعدّدة الشرائع هو القانون المختص دون ان يحدد الشريعة الداخلية وتعذر استخلاص ارادتهم الضمنية حيث ذهب رأى إلى إنه في هذه الحالة يطبق القانون الذي يحل محل قانون الارادة كما في الاحتمال الأول ولكن يعاب على هذا الراي انه يؤدي إلى تجاهل ارادة المتعاقدين في اختيار قانون دولة معينة . اما الراي الاخر الذي يؤيده الباحث هو اعمال قاعدة التفويض لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على العقد ؛ لأن هذا الرأي يحترم إرادة المتعاقدين بدلا من الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية[٢].

(١) د. هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٢) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥-٢٢٦ .

المطلب الثاني

الحل واجب الاتباع عند تعذر إعمال قاعده التفويض

لقد تناولنا فيما سبق احكام التفويض عندما يفترض وجود قواعد إسناد داخلية في القانون الواجب التطبيق ، وهذه القواعد تكون موجودة في دولة القانون الأجنبي الواجب التطبيق اذا ما وجد في الدول الأجنبية تشريع عام يسرى فيها بين الشريعة الواجبة التطبيق في التنازع الداخلي ، والمثال على ذلك التشريع البولوني الخاص بالتنازع الداخلي الصادر في سنة ١٩٢٦ ،وكذلك تعتبر قواعد الإسناد الداخلية موجودة اذا كان لهذه الدولة قانون دولي خاص موحد ، حيث في هذه الحالة يحمل قصد مشرع هذه الدولة إلى ان يكون التنازع الداخلي على غرار حل التنازع الدولي . وايضا تعد قواعد الإسناد موجودة إذا كان لكل وحدة اقليمية في الدولة قانون دولي خاص وكانت هذه القوانين الدولية الخاصة لمختلف الوحدات تتفق فيما يخص حلول تنازع القوانين. وعندما توجد هذه القواعد ويضطلع القاضي بأعمالها يجب عليه هنا ان يرجع في التكييف اللازم لهذه الاعمال إلى قانون هذه الدولة المقر فيها هذه القواعد وليس إلى قانونه ، لان التكييف هذا هو من قبل التكيف اللاحق ولا يعد تكيفا أوليا يتوقف عليه تعين قاعدة الإسناد الدولي [١].

ولكن عندما لا يتضمن القانون الأجنبي الواجب التطبيق المتعدّد الشرائع قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي ، أوجدت هذه القواعد الا انها عجزت عن حسم النزاع وتعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فما الحكم في هذه الحالة ؟

للإجابة على ذلك فقد فرق الفقه بين كل من التعدّد الشخصي ، والتعدّد الإقليمي ، ولبيان ذلك فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين وكالتالي :

الفرع الأول

في حالة التعدّد الشخصي

إن خلو القانون الأجنبي المتعدّد الشرائع من قواعد تشريعية لحل التنازع الداخلي لا يعني هذا ان القانون قد سكت عن تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، لان القاضي الوطني المعروض أمامه النزاع قد يتبين له عن القضاء الأجنبي لديه حلول معينة استقر عليها لمواجهة التنازع الداخلي بين

(١) د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص ١٨٧ .

الشرائع . وبذلك فإنَّه يجب اعمال هذه الحلول لتحديد الشريعة الداخلية المختصة ؛ لأن تفويض القانون الأجنبي ليس المقصود منه القانون المدون وحده أي التشريع بل جميع القواعد القانونية مهما اختلف مصدرها المدونة وغير المدونة من التشريع والعرف القضاء وكلا حسب اهميته في القانون الأجنبي المختص ، وبذلك يقرر جانب من الفقه المصري الحديث ان القانون الأجنبي الواجب التطبيق اذا لم يتضمن قواعد إسناد داخلية يجب على القاضي الوطني ان يضع نفسه موضع القاضي الأجنبي و يقوم باختيار الشريعة الداخلية المختصة وفقا لروح هذا النظام نفسه وخصائصه، وبالتالي فإنَّه لا يمكن القول من عدم وجود قواعد إسناد داخلية للقانون الأجنبي الا في الفروض الاستثنائية التي يسكت فيها القانون المختص سكوتا مطلقا عن بيان الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق[١].

وكذلك اذا كانت قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي عاجزة عن تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق ، وايضا اذا كانت قاعدة الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي المختص يؤدي اعمالها بالإحالة إلى قانون دولة اخرى بينما الدول التي تأخذ بالتفويض ترفض الأخذ بالإحالة [٢].

وبذلك اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدّد فيها الشرائع تعدّدا طائفيا على اساس الدين ، أو المذهب ، أو العرق ولم يتضمن هذا القانون المسند اليه الاختصاص نصا خاصا يبين اي تشريع داخلي يجب تطبيقه فهنا على القاضي ان يطبق التشريع الغالب في ذلك البلد الأجنبي ، ومثال ذلك اذا تعلق الامر بدولة من دول الشرق العربي فإنَّ قوانين الاحوال الشخصية في هذه الدول هي التي تطبق باعتبار سكانها مسلمون [٣]. وهذا يمثل راي جانب من الفقه [٤].

اي لو اشار قانون القاضي العراقي بتطبيق القانون المصري في شأن مسألة من مسائل الاحوال الشخصية فإنَّه يجب على القاضي العراقي ان يطبق الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة في مصر.

---

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(٢) د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٠٢ .

(٣) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٨٢-٨٣ .

(٤) د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٠٢ . و د. اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، مصدر سابق ، ص١٦٤ . وهشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

وقد اخذ بهذا المعنى القانون الاماراتي في المادة (٢٥) من قانون المعاملات اذ نص على (.... فاذا لم يوجد به نص طبقت الشريعة الغالبة أو قانون الموطن حسب الاحوال) وكذلك القانون المدني السوداني في المادة (٣٤) منه حيث نصت على (..... فاذا لم يوجد به نص طبقت الشريعة الغالبة او قانون الموطن بحسب الاحوال) اما القانون الجزائري فقد تدارك هذا النقص التشريعي الذي وقعت فيه اغلب التشريعات ومنها المشرع العراقي في المادة (٣١ \ثانيا) من القانون المدني وكان المشرع الجزائري اكثر وضوحا حتى من المشرع السوداني والاماراتي حيث امر بموجب القانون (١٠\٠٥) المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تنص المادة (٢٣ \ثانيا) فيها على (اذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدّد الطائفي ، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حاله التعدّد الإقليمي) .

ومع ذلك فهنالك اتجاه اخر وهو يمثل راي غالبية الفقهاء[١] حيث يرون لا صعوبة عندما تعدّد الشرائع في الدولة التي اختص بها قانونها بحكم النزاع تعدّداً شخصياً ، اذ ان حل مشكلة التنازع الداخلي في كافة النظم القانونية المعاصرة في هذا الفرض يقوم على اسس تستمد من الدين عادة ، أو من الجنس في بعض الاحيان .

واذا افترضنا ان هنالك نزاع قائم أمام القضاء العراقي ، وكان متعلقا بعقد زواج بين مصريين مسيحيين متحديين الملة والطائفة و الفرض هنا عجز القاضي عن الوصول إلى قاعدة الإسناد المصرية التي من شانها ان تحدد الشريعة المصرية الداخلية الواجبة التطبيق ، حيث وفقا للاتجاه الأول يقود إلى تطبيق الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة في مصر ، بينما الاتجاه الثاني يقود إلى تطبيق الشريعة الداخلية المشتركة الخاصة بالزوجين المتقدمين اعمالا للمعيار المستمد من الدين على اساس اعتناقهما للديانة المسيحية واتحادهما في الملة والطائفة ، وبذلك فإنَّ هذا الفرض يكشف لنا ان الاتجاهين غير متطابقين [٢].

ان الاتجاه الأول الذي يقول بتطبيق التشريع الغالب في الدولة المتعدّدة الشرائع مباشرة عند عدم وجود قاعدة إسناد داخلية لفض التنازع الطائفي في تلك الدولة قد لا يتفق مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على العلاقة أو النزاع ؛ وذلك لان التشريع الغالب في الدولة لا يبرّر تعميمه على كل

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ . و د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ، ص ١٩٣ . و د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٤٢٨ . واخرون .

(٢) هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

الطوائف بمجرد عدم وجود قاعدة إسناد خاصة لفض التنازع الداخلي في تلك الدولة . حيث التعدّد الشخصي يقوم على اسس واضحة هي الدين عادة ، وكذلك المذهب والعرف احيانا مما يمكن معه للقاضي ان يطبق تشريع الطائفة التي ينتمي اليها الشخص قبل ان يذهب إلى التشريع الغالب في الدولة الذي يبقى الحل الاخير عند تعذر الأول خاصة اذا كانت هذه الدولة تقرّ بالتعدّد الطائفي تشريعيا ، وكان بإمكان القاضي ان يتبين دين ، أو مذهب الشخص ، أو عرقه [١].

اما الاتجاه الثاني يؤدي إلى حلول اكثر عدالة من الاتجاه الأول حيث في الفرض المتقدم التشريع الاسلامي بعيد عن النزاع في حين ان شريعة الزوجين المشتركة الشريعة المسيحية هي الاكثر قربا وبذلك تكون الاجدر بحكم النزاع المعنى وهذا ما يذهب اليه الباحث ايضا.

اما في حالة تساوي جميع الشرائع و عدم اختيار احدهما على الاخر فهنا يتعين على القاضي المعروض أمامه النزاع ان يتتبع القاضي الأجنبي في الخطى من حيث تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المحلية المتنازعة ، أي يلتزم قاضي النزاع بذات المنهج الذي يسير عليه القاضي الأجنبي المعنى في تحديد الشريعة المختصة ، وهكذا يتم تحديد الشريعة الداخلية المختصة ، ومن ثم يتعين على القاضي الوطني تطبيقها [٢].

الفرع الثاني

في حالة التعدّد الإقليمي

ان التعدّد الإقليمي يثير صعوبة اكثر من التعدّد الشخصي وذهب جانب من الفقه إلى انه اذا كان لكل اقليم من هذه الاقاليم المتعدّدة داخل الدولة صاحبة الاختصاص قواعد إسناد لحل التنازع الداخلي كما هو الحال مثلا في كندا، واتفقت هذه القواعد جميعها على عقد الاختصاص لقانون احد الاقاليم فإنَّ هذا القانون هو الذي يكون مختصاً . اما اذا لم تتفق هذه القواعد على قانون معين في هذه الحالة يتم الرجوع إلى قاعدة الإسناد لعاصمة الدولة الأجنبية [٣]. وان كان هذا الحل يتسم بالبساطة بالنسبة للقاضي ، وكذلك بالنسبة لأطراف النزاع عند مساعدتهم للحكمة في اثبات مضمون القانون الأجنبي . الا ان هذا الحل لا يتجرد من المجاز والافتراض ، وكثيرا لا يعبر عن الواقع ، حيث

(١) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

(٢) هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ –١١٠ .

(٣) اعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .

لا يصح تطبيق قانون العاصمة على انه الحل الملائم والمناسب اذ قد لا يكون هو اكثر القوانين اتصالا بالعلاقة ولا اكثرها مناسبة لمعطيات النزاع ، فالصدفة حددته وساقه التصور والافتراض. فتحديد شريعة العاصمة مسبقا على هذا النحو هو اختيار عشوائي لا يتفق دائما مع روح النظام القانون الواجب التطبيق على النزاع ، اذ قد تنتهي كل صلة بين المسألة محل النزاع وقانون العاصمة ، الامر الذي قد يخل بتوقعات الافراد ويهدر الحكمة التي من اجلها قررت قواعد الإسناد [١].

اما الاتجاه الاخر فإنَّه في حالة عدم وجود نص خاص لفض التنازع الداخلي يجب على القاضي الرجوع إلى قواعد التنازع في قانونه وهنا يفرقون بين أكثر من فرض وكالتالي :

١- **الفرض الأول** : اذا كان ضابط الإسناد في قواعد الإسناد الوطنية ضابطا اقليميا كمحل الابرام وموقع المال ، أو مكان وقوع الفعل النافع والضار فلا تثور صعوبة خاصة ، اذ يمكن التوصل إلى الشريعة الداخلية استنادا إلى التركيز المكاني لتلك الضوابط [٢]، حيث ان القاضي يتخذ من هذا الضابط اداة لتعيين الاختصاص التشريعي الداخلي ، فاذا كانت قاعدة التنازع الدولي في قانون القاضي ترتكز على محل ابرام العقد ، فإنَّ هذا المحل هو الاداة لتعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، واذا اتضح ان القانون هذا هو قانون دولة متعدّدة الشرائع فإنَّ الوحدة الإقليمية التي ابرم فيها العقد هي الشريعة الواجبة التطبيق [٣].

وبذلك فإنَّ الفقه لم يجد صعوبة في تحديد الحل الواجب الاتباع في مثل هذا الفرض وقد مضت الاشارة إلى ان الضوابط المكانية لها الكفاية على تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق وان تطبيق الشريعة الداخلية التي تتحدد بمقتضى هذه الضوابط تحقق الغاية من عملية التفويض، وذلك من خلال تطبيق اكثر التشريعات الداخلية اتصالا بالعلاقة [٤].

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ . و د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص ٣٣١ .

(٣) د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

(٤) وبذلك يرى الفقه الغالب وجوب التركيز المكاني للضوابط المكانية المعينة في قواعد الاسناد الدولي لقانون القاضي لاقصى درجة ممكنة وذلك على النحو التالي :

ا- قانون الموطن قانون الولاية التي يتوطن فيها الشخص المعني .

ب- قانون موقع المال قانون الولاية التي يوجد فيها المال محل النزاع . =

٢- **الفرض الثاني** : ضابط الارادة و هذا الضابط لا يقبل التركيز المكاني و فيه اكثر من احتمال ؛ اذ قد يصرح المتعاقدان بتطبيق قانون ولاية معينة فهنا لا تكون اي مشكلة ، كذلك عندما تكون ارادة المتعاقدين المفترضة تفيد باختيار قانون ولاية معينة لحكم عقدهما المعني فهنا ايضا لن يكون أي اشكال . لكن الاشكال يطرح فيها لو ان المتعاقدين لم يحددا قانون الولاية التي يجب ان يحكم عقدهما ، اذا التقيا بإخضاع عقدهما للقانون الأمريكي أو الكندي مثلا . ففي هذه الحالة يجب اعمال الضوابط الاحتياطية في قاعدة إسناد القاضي الدولي وذلك نظرا لتعذر اعمال ضابط الارادة [١]. ومثال ذلك المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي تنص على (يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي يتم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) ، وبذلك فإنَّ اعمالا للقاعدة السابقة يتعين اعمال قانون الارادة اذا امكن ، بعدها الضوابط الاحتياطية الواردة في المادة (٢٥) اعلاه .

٣- **الفرض الثالث** : هو في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد في قانون القاضي هو جنسية الشخص وتعذر اعمال قاعدة التفويض ففي الامر اجتهاد . فقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب التفرقة بين امرين. أولهما : اذا كان القانون الواجب هو قانون دولة فيدرالية تتكون من ولايات أو وحدات اقليميه متعدّدة فإنَّه هنا يتم الإسناد إلى فكرة الرعوية المحلية التي تربط الفرد بولاية أو وحدة اقليمية معينة [٢]. وثانيهما اذا كان قانون الدولة واجبة التطبيق هو قانون دولة بسيطة تتكون من وحدات

=ج- قانون الدولة التي وقع فيها الفعل النافع قانون الولاية التي وقع فيها النافع .

د- قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار قانون الولاية التي وقع فيها الفعل الضار .

هـ- قانون الدولة التي يقيم فيها الشخص قانون الولاية التي يقيم فيها الشخص .

و- قانون دوله الابرام قانون الولاية التي ابرم فيها العقد المعنى .

ز- قانون دولة التنفيذ قانون الولاية التي تم فيها التنفيذ .

ي- قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي قانون الولاية التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي .

ط- قانون دولة التاسيس قانون الولاية التي تم فيها تاسيس الشخص المعنوي. انظر هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ٧٢-٨٢ .

(١) هشام خالد ، التفويض ، المصدر نفسه ، ص ٥٩ .

(٢) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤-٢٣٥ .

اقليمية معينة كل وحدة منها لها تشريعها الخاص من دون ان يرتبط الافراد باي منها برعوية محلية معينة .

و يذهب البعض بانه في هذه الحالة بناء قاعدة الإسناد الدولي في دولة القاضي على الجنسية يغلق باب الاجتهاد على القاضي ولا يمكن معه تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق وعلى هذا الأساس فقد راى فريق من هذا البعض ان القاضي عليه ان يطبق قانونه ، وبذلك يتعطل القانون الأجنبي أو كما يراه الفريق الاخر ان يستبدل ضابط الجنسية الذي ترتكز عليه قاعده الإسناد الدولية بضابط اخر تبنى عليه قاعدة إسناد دولي احتياطية ترتكز على ضابط الموطن وعند عدم وجوده فعلى محل الاقامة وبذلك تحل محل قاعدة الإسناد الدولية المبنية على الجنسية ، غير ان هذا من شانه اهدار قاعدة الإسناد المبنية على الجنسية والواردة في قانون القاضي [١]. لذلك ذهب جانب من الفقه إلى انه اذا تعذر اعمال قاعدة التفويض وكان ضابط الإسناد في قانون القاضي هو جنسية الشخص فإنَّ القانون الانسب هو قانون موطن الشخص ، فإنَّ لم يكن له موطن فيطبق تشريع الوحدة الإقليمية التي يوجد فيها محل اقامته و يستندون في ذلك على ان تشريع الموطن أو محل الاقامة هو اقرب القوانين لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بعد قانون الجنسية حيث انه اكثر القوانين اتصالا بالعلاقة ، كذلك لا يمكن وصفه بالعرضي ولا يتوقف على الصدفة كتطبيق قانون العاصمة لانه يترجم صلة واقعية بين المنازعة المطروحة والقانون المطبق ، إذ إنَّ هذا القانون يتميز بانه محصلة رابطة فعلية وحقيقية وايضا معروف سلفا للأطراف ولا يتغير بتغير المحكمة المرفوع أمامها النزاع [٢].

اما في الحالة التي يكون فيها الشخص متوطن في الخارج تنطبق شريعة اخر موطن له قبل مغادرة الدولة وفقا لراي البعض أو شريعة الوحدة الإقليمية التي كان بها موطنه الاصلي وفقا لما ذهب اليه البعض الاخر ، وان هذه الحلول اساسها ان تطبيق قانون الدولة التي فيها للشخص موطنا يتضمن معنى الأخذ بالإحالة من قانون الدولة المتعدّدة الشرائع الواجب التطبيق إلى قانون دولة الموطن الجديد [٣]. وهذا ما لا تأخذ به كل التشريعات العربية ومنها العراق .

إما إذا لم يكن الشخص قد سبق له التوطن في الدولة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد في قانون القاضي فقد رأى البعض تطبيق قانون موطن اقاربه أو إجداده ، وإذا لم يكن فيرجع إلى قانون القاضي

(١) د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٢) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .

(٣) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

، بينما يفضل النصف الآخر تطبيق شريعة الوحدة الإقليمية الكائنة بها العاصمة في هذا الفرض [١]. بينما يرى آخرون بتطبيق شريعة الوحدة الإقليمية التي توجد بها العاصمة من البداية [٢]. وهنالك من ذهب إلى عدم اقرار الإتجاه السابق نحو تطبيق شريعة العاصمة في الفروض التي لا يتضمن فيها القانون المختص قواعد إسناد داخلي أو فيما لو عجزت هذه القواعد عن تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق . الذي يرى إنّه لا يمكن الجزم مقدما بأن شريعة العاصمة هي أكثر الشرائع مناسبة للنزاع المعروض ، حيث إن هذا التحديد المسبق لشريعة العاصمة لا يتفق مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع ؛ إذ هو تحديد يقوم على الإفتراض ويبتعد عن الواقع . كذلك يرفض الأخذ بالإتجاه القائل بتطبيق الوحدة الإقليمية التي كان بها آخر موطن للشخص قبل مغادرته الدولة التي يختص قانونها أو التي كان بها موطنه الأصلي لنفس الإعتبارات السابقة حيث تؤدي إلى تطبيق شريعة موضوعية لم يعد لها صلة مباشرة بالمسألة المعروضة . وأيضاً يرفض الاتجاه القائل بالرجوع إلى قانون القاضي في حالة إستحالة الإهتداء إلى الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق إذ يرى إنّه يؤدي إلى إهدار كامل لقاعدة الإسناد التي تقضي صراحة بإخضاع النزاع لنظام قانوني معين ، ويذهب إلى إنّه عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية ويتبين للقاضي إن هذا القانون المتعدّد إقليميا لا يحتوي على قواعد إسناد داخلية أو إنّها تعجز عن تحديد الشريعة المختصة أو إشارة إلى تطبيق قانون الموطن، ويتبين فيما بعد إنّه يتوطن في دولة اخرى فإنَّه في هذه الأحوال لا يمكن إنّ تطبق قانون الجنسية إذ لا يمكن القول بوجود أحكام موضوعية في القانون المختص تصلح للإنطباق على المسألة المعروضة، وإنّ الأختيار المسبق مثل شريعة العاصمة أو قانون الوحدة الإقليمية التي كان يتوطن بها الشخص فهو أختيار عشوائي قد لا يتفق وطبيعة المسألة المعروضة ؛ لذلك مع تعذر قاعدة الإسناد الأصلية في قانون القاضي على هذا النحو فلا مناص من الإلتجاء إلى قاعدة إسناد إحتياطية لمواجهة هذا الفرض ، وإنّ أقرب القوانين لحكم المسألة بعد قانون الجنسية هو قانون الموطن

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥-٢٣٦ .

(٢) د. هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

، فإذا لم يوجد للشخص موطن في دولة ما تعين تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامته [١]، وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقهاء[٢].

ان الاخذ بقانون الموطن له ما يبرره حيث يتم الرجوع إلى قانون الموطن في الفروض السابقة بناء على قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي وليس بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية المختص في الأصل بحكم النزاع [٣].

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦-٢٣٨ .

(٢) د. هشام خالد ، التفويض ، مصدر سابق ، ص ١١٦ . د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ . د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ . اعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ . د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٣١٤ .

(٣) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

الفصل الثاني

تطبيقات الإسناد إلى قوانين دول فيدرالية

الفصل الثاني

تطبيقات الإسناد إلى قوانين الدول متعدّدة الشرائع

إنّ تنازع القوانين بين مستويات الحكم في الدول الفيدرالية في إطار المهام والإختصاصات الممنوحة لها وفقاً للدستور الإتحادي، حيث إنّ تنازع القوانين داخل الإتحاد الفيدرالي الأمريكي هو نتيجة طبيعية للفيدرالية التي يتم فيها توزيع السلطات من قبل الدستور بين الولايات والاقاليم وفق آلية معينة ، وقد مرت الولايات المتحدة الأمريكية بمراحل مختلفة حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم من نظام فيدرالي و تنازع القوانين ، إمّا التجربة العراقية يمكن ملاحظة أن التشريعات التي تصدر من مجلس النواب لا تلزم المحاكم في إقليم كردستان بتطبيق أحكامها حتى وإنّ كان أحد طرفي النزاع من سكان المحافظات العراقية الأخرى في حالة كون التشريع من خارج الأختصاص الحصري للحكومة الاتحادية ، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الصادرة من قبل برلمان أقليم كردستان العراق فإنَّ المحاكم العراقي يمكن إنّ تمتنع عن تطبيقها عملاً بمبدأ إقليمية القوانين غير إنّ هذا الأمر يتيح للأفراد التخلص من حكم قانوني مغاير بين المستويين بسهولة ما يوجب ضرورة إيجاد الحلول القانونية لرفع هذا التنازع بين القوانين؛ ولذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في أولهما التنازع الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية ، وثانيهما للتنازع الداخلي في العراق وكما يأتي :

المبحث الأول

التنازع الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية

تعد أهم سمة من سمات الدولة الفيدرالية ، اللامركزية السياسية ، أي إن الوظيفة السياسية في الدولة توزع على سلطات محلية واخرى فيدرالية اي توزع مظاهر السيادة بين الحكومة الفيدرالية والاقاليم ، وهذا يؤدي بدوره إلى تعدّد في السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية ، حيث تقوم هذه السلطات التشريعية وأجهزة الإدارة الاتحادية بأصدار القوانين والقواعد الموضوعية على المستوى الفيدرالي (القومي) ، إما المجالس التشريعية والهيئات الإدارية والأجهزة التنفيذية في الولايات تقوم بالعمل على إصدار القوانين والقرارات الإدارية و القواعد التنظيمية في الولاية و ضمن النطاق

المخصص لها . إ ذ إنّ جميع أراضي وأفراد هذه الولايات يخضع لكلا النظاميين القانونيين ، النظام القضائي للولاية والنظام الفيدرالي [1].

ينتج عن هذه اللامركزية السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية منح الاتحاد الفيدرالي والولايات حق تشريع قوانين ودساتير لكل ولاية مما يقود إلى اثارة مشكلة تنازع القوانين داخل النظام القانوني الأمريكي على المستوى الفيدرالي أو على مستوى الولايات ، ويمكن أن يكون لكل ولاية دستور خاص بها ، لكن لا ينبغي أن تتعارض هذه القوانين مع القانون الفيدرالي ،إن وجود مثل هذه الدساتير يجعل لكل ولاية قانونها الخاص في مختلف الأمور وفي مختلف المجالات؛ لذلك إذا كان الفعل القانوني مرتبطًا بولايتين أو أكثر ، فمن المحتمل جدًا أن يكون هناك تنازع في القوانين بين الولايات، مما تؤدى إلى تدخل المحكمة الاتحادية للعمل على ايجاد حلول لهذا التنازع من خلال الرجوع إلى النصوص الدستورية كمرحلة أولى ، أو وفق مبادئ معينة انشئت نتيجة عدم وجود نصوص دستورية تقود إلى وضع حلول لهذا التعارض .

إنّ تنازع القوانين داخل الاتحاد الفيدرالي الأمريكي هو نتيجة طبيعية للفيدرالية التي يتم فيها توزيع السلطات من قبل الدستور بين الولايات و الاقاليم وفق آلية معينة ، حري بالذكر ان الولايات المتحدة الأمريكية مرت بمراحل مختلفة حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم من نظام فيدرالي وتنازع للقوانين الذي يثير مشكلة فما هي طبيعة هذا التنازع هل هو تنازع هرمي أو زماني أو مكاني للقوانين ؟ وما هي الحلول التي من الممكن الوصول إليها لحل مثل هذا التنازع ؟

وللوقوف على بيان ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نتناول في أولهما لبيان نشأة هذا الاتحاد الفيدرالي وطبيعة التنازع الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية ، ونخصص ثانيهما للوقوف على آلية توزيع السلطات داخل الاتحاد الفيدرالي الأمريكي ، أما ثالهما فهو للوقوف على الحلول التي يمكن اللجوء اليها لتنظيم هذا التنازع وكما يأتي :

(١) د. معمر مهدي صالح الكبيسي ، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفيدرالية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص١٠٨ .

المطلب الأول

تأصيل مفاهيمي

تعد الولايات المتحدة الأمريكية أنموذجا للتجربة الفيدرالية ، ولكن لم تكن كذلك إلا بعد مرورها بمراحل عديدة حتى وصلت إلى ما هي عليه من نظام فيدرالي متزن يقوم على تقسيم السلطة بين حكومة مركزية ومجموعة حكومات إقليمية ، من خلال دستور مكتوب يحدّد اختصاصات هذه الحكومات بشكل عام ،مع منح السلطة القضائية إلى محكمة دستورية تتولى أخذ تفسير وحسم النزاعات بين السلطة الفيدرالية وسلطة الولايات أو بين الولايات .

هذا التقسيم للسلطة بين مستويات عدّة قد يؤدي بالنهاية إلى تنازع القوانين والذي قد يكون هذا التنازع ناتجاً عن التسلسل الهرمي للسلطة المختصة في إصدار القوانين بين الأعلى والأقل مرتبة ، أو بين قانون سابق وآخر لاحق له ينظمان نفس الموضوع ، أو نتيجة الاختلاف المكاني ؛ ولذلك سوف نتناول مراحل نشأة النظام الفيدرالي الأمريكي أولاً ، وطبيعة التنازع الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية ثانيا ، وكما يأتي :

الفرع الأول

نشأة الإتحاد الفيدرالي الأمريكي

كان البريطانيون يشكلون الغالبية العظمى من المهاجرين الأوائل إلى أمريكا الشمالية وقامت بريطانيا بفرض انواع مختلفة من الضرائب على المستعمرات في امريكا. وبعد استمرار تزايد انواع الضرائب فقد قام المجلس القاري الرابع للولايات الأمريكية في يوليو 1776 اعلان استقلال الولايات الأمريكية عن بريطانيا ، و رفضت بريطانيا هذا الاستقلال فكان هنالك تحركات بين حكومات مستعمرات أمريكا الشمالية لهزيمة بريطانيا[1] . هذه كانت البداية للاتحاد الأمريكي الذي يقوم على التعأون المحدود بين الولايات المختلفة في هيكل الحكم ، وتم بالفعل انشاء اتحاد كونفدرالي يتيح أكبر قدر من الاستقلال للولايات، وكان ذلك عام ١٧٨٣ ، ولكنه لم يثبت اي جدوى في تحقيق الوحده الاقتصادية أو السياسية

(١) صادق عبد الحميد مالكي ، نشأة وتطور النظام الفيدرالي الأمريكي: نموذج تقاسم الصلاحيات السياسية وتوازنها عبر مستويات وقضايا الحكم ، جامعة الملك عبدالعزيز – جدة – المملكة العربية السعودية ، مقال نشر في مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية العدد ١٠ ص ٢٧ ، على الموقع الالكتروني https://jilrc.com ، تاريخ الزيارة ٢٨ /١٠/ ٢٠٢١ .

[١] ، بعد ذلك تم حل الاتحاد الكونفدرالي خلال أربع سنوات من عمره وذلك بسبب الظروف السياسية والتجارية غير المستقرة التي واجهتها البلاد الفتية، وكنتيجة لذلك كانت كل ولاية تتصرف كانها دولة مستقلة . في ظلّ هذه الازمة الخانقة ظهرت ضرورة إيجاد حل للحد من الصراع بين الولايات ، فكان الحل يقوم على ايجاد سلطة مشتركة تقبل بها الولايات للتخفيف من ميل هذه الولايات للاستقلال من جهة والتعامل مع القضايا المشتركة بطريقة أفضل من جهة أخرى، وهذا الحل تطور فيما بعد إلى شكل النظام الفيدرالي مع أعلان الدستور الفيدرالي عام ١٧٨٧، الذي يمكن أن نعتبره تاريخ نشأت الولايات المتحدة الأمريكية كما نعرفها اليوم [٢].

في النظام السياسي الأمريكي نلاحظ وجود سابقة في ازدواجية السيادة بين الحكومة الفيدرالية في واشنطن وبين الحكومات في عواصم مختلف الولايات [٣]، ولكن أيضا في الدور التاريخي للوحدات المحلية التي كان بعضها قد نشأ قبل ظهور حكومات الولايات نفسها، وبالتالي تأصل في وقت مبكر في العقل الجمعي عبر الولايات الأمريكية حق انبعاث السلطة بصور مختلفة عن طريق الحوار العام من أسفل (سكان النطاق الحضري من المواطنين) إلى أعلى (المجالس المحلية المنتخبة وعمد المدن والمحافظات وحكام الولايات)، فنتيجة لتجارب الحكومات المحلية في المدن ومحافظات الولايات (التي كانت قد ظهرت كمستوطنات ومستعمرات متناثرة تسعى لتنظيم نفسها للدفاع عن نفسها ضد سكان البلاد الأصليين وتوفير مقومات الاستمرارية للمستعمرات فقد ظهرت مستويات مختلفة للحكم بعيداً عن أي شكل من أشكال التنظيم المركزي ، فكانت البدايات في حكومات محلية متنوعة مستقلة بصور مختلفة قبل مرحلة تأسيس الولايات المتحدة الأمريكية (وذلك نتيجة لانتشار المستعمرات على رقعة واسعة من الأرض وحاجة كل منها لتنظيم نفسها ذاتياً ، لذا فإنَّ المبدأ الأساسي الذي يسيطر على فكرة الحكم هو اعتراف مسبق بأنّ السلطة السياسية تنبثق من القاعدة إلى أعلى وليس

(١) آل ساندي مايسل ، الانتخابات والاحزاب السياسية الامريكية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص١٨ .

(٢) صادق عبد الحميد المالكي ، مصدر سابق .

(٣) موريس فيورينا وبير ترام جونسون و بول بيترسون ودي ستيفن فوس، الديموقراطية الامريكية الجديدة ، من ترجمة لميس فؤاد اليحيى، (مكان و دار النشر غير معروف) عام ٢٠٠٨.

كمنحة من المستوى الأعلى إلى المستوى الأدنى [1]، وتصبح السلطة عند ذلك (في تجلياتها عبر المستويات الثلاث الاتحادية وحكومات الولايات والحكومات المحلية) .

و هكذا مع مرور الزمن و تعدّد الولايات ليصل إلى خمسين ولاية في الوقت الراهن برزت واحدة من القضايا الشائكة التي ترتبط بقوانين هذه الولايات من جهة ، والقانون الفيدرالي أو ما يعرف بتنازع القوانين و هذا التنازع لا يقتصر على قوانين الولايات من جهة ، والقانون الفيدرالي من جهة أخرى، بل حتى بين الولايات.

الفرع الثاني

طبيعة التنازع القانوني الداخلي الاميريكي

إنّ تقسيم الدول إلى وحدات إقليمية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، تخلق للباحثين بالشأن القانوني مجموعة من المشاكل في المجال الدولي، حيث تبرز مجموعتان منفصلتان ، ولكن مترابطتان من المشاكل يتعلق أحدهما بالخلافات المباشرة بين الدول ، كالمشاكل المتعلقة بالحدود أو حول السفراء وامتيازاتهم أو القوات المسلحة و غيره، فالقوانين التي تعالج هذه القضايا تكون عبر "القانون الدولي العام". و تتعلق المجموعة الثانية بالحالات بين الأفراد المنخرطين في معاملات خاصة ، مع علاقات أو اتصالات في دولتين أو أكثر، والتي تعالجها قواعد القانون الدولي الخاص ، كما في تنازع شخص عراقي مع شخص فرنسي حول ملكية حقوق براءة إختراع جهاز مصنوع في أحد مصانع الولايات المتحدة الأمريكية .

إن التنوع الثقافي والسياق التاريخي لكل ولاية أمريكية هو شهادة على حقيقة أن كل ولاية لديها قوانينها الخاصة بها على أساس الاعتبارات الثقافية والعرقية بموجب الدستور الفيدرالي. وهذا يعني وجود ٥٠ قانونًا مختلفًا في بلد ما وفقًا لذلك . في النظام القانوني الأمريكي ، هناك أربع حالات لتنازع القوانين ، يتمثل أولهما بالتعارض بين القانون الفيدرالي الأمريكي وقانون الولاية ، والثاني بين القانون الفيدرالي الأمريكي والقانون الأجنبي ، أما ثالثهما فيكون بين قوانين الولايات المختلفة وآخرهما بين

(١) ديفيد اوزبورن ، تيد غايبلر ، إعادة اختراع الحكومة: كيف تحول روح المغامرة القطاع العام من مبنى المدرسة إلى المدرسة إلى مقر الولاية ومن قاعة البلدية إلى البنتاغون ، ترجمة محمد توفيق البجيرمي ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ٢٠١٠ ، ص ١٧ .

قانون الولاية والقانون الأجنبي [١] ، لم يشر إلى التنازع ذو الطبيعة الزمانية كواحدة من أنواع التنازع في الولايات المتحدة الأمريكية ، و قد يعود ذلك إلى عدم بروز هذا النوع من التنازع كمشكلة للعاملين في الشأن القانوني، حيث إنه في المسائل الداخلية الوطنية ، يُطرح نوعان من الأسئلة في الولايات المتحدة يتوافقان مع تلك المشار إليها في المجال الدولي، الأول يتعلق بالقضايا بين الولايات، حيث يتم تسويتها من قبل المحكمة العليا للولايات المتحدة بموجب قانون تضعه هذه المحكمة ، كما في الخلافات الحاصل بين نيويورك ونيوجيرسي وبنسلفانيا فيما يتعلق بنهر ديلاوير، والثاني يتعلق بالمعاملات الخاصة التي لها عناصر في ولايتين أو أكثر ، مثل اتفاقية تجارية أبرمت في نيويورك من قبل مواطنو نيو جيرسي والتي يتعين تنفيذها في ولاية بنسلفانيا ، من هنا يعتبر التعارض بين قوانين الولايات المتحدة من اكثر الامور الشائكة و البارزة في هذا البلد الفيدرالي ، ولقد سعى مجتمع الدول بموجب القانون الدولي ومجتمع دول الاتحاد بموجب الدستور ، وكذلك العديد من الولايات من خلال قوانينها الأساسية ، إلى وضع حدود في الفصل في بعض حالات التنازع بين الولايات [٢].

وإنّ أي قانون من قوانين الولايات لا يتعارض مع الدستور الأساسي للبلاد ، وأنّ يتوافق مع قوانين الدولة الفيدرالية ، لذا فإنَّ هذا النوع من التعارض في القوانين (التعارض الهرمي) غير سائد في الولايات المتحدة الاميركية ، و كذلك بالنسبة للتنازع الزماني الناتج عن التغيير في القوانين، فالسائد هو التنازع في قوانين الولايات أي تنازع مكاني ، وذلك بسبب تعدّد القوانين ، وتعدّد الولايات الخمسين ، لذا تم إنشاء ما يعرف بقواعد نظام القانون الدولي الخاص، أو بعبارة أخرى ، نظام تنازع القوانين . فالولايات المتحدة هي واحدة من تلك الدول التي لديها نظام قانون دولي خاص بسبب إنشاء نظامها الفيدرالي ، حيث يمكن أن يكون لكل ولاية قانونها الخاص بها ، ولكن لا ينبغي أن تتعارض هذه القوانين مع القانون الفيدرالي (هذا الشرط يمنع بروز التنازع الهرمي)[٣]. إن وجود مثل هذه القوانين

---

(١) عباس علي كدخدايي ، سيد محمد طباطبائي نژاد ، فرهاد باقري ، الفدرالية و نظام حل تعارض قوانين ؛ مطالعة تطبيقية لنظام حل تعارض قوانين الولايات المتحدة الامريكية والاتحادية الاوربي ، المجلة الفصلية لدراسات القانون الخاص ، المجلد ٤٦ ، العدد ٣ ، ٢٠١٦ ، ص٤٤٠-٤٤٢ .

(2)Elliot E. Cheatham, Ibid .

(٣) تنص المادة (٢/٦) من دستور الولايات المتحدة الامريكية ١٧٨٩ على (هذا الدستور ، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعا له ، وجميع المعاهدات المعقودة او التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة ، تكون القانون الاعلى للبلاد . ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به ، ولا يعتد بأي نص في دستور او قوانين اية ولاية يكون مخالفا لذلك)

يجعل من نتيجة أن لكل ولاية قانونها الخاص في مختلف الأمور وفي مختلف المجالات ، لذلك إذا كان الفعل القانوني مرتبطًا بولايتين أو أكثر ، فمن المحتمل جدًا أن يبرز تنازع في القوانين بين الولايات .

يذكر بأنّ لكل من هذه الولايات قواعدها القانونية الخاصة التي يجب ان لا تتعارض مع الدستور الفدرالي الأساسي ، لكن تبرز بعض المواضيع التي قد تتدخل فيها اكثر من ولاية مما يبرز العديد من الاسئلة المرتبطة بماهية القانون الذي يجب أن يطبق في هذه الحالة، فكان هذا من المواضيع الشائكة و البارزة في الولايات المتحدة ، بالإضافة إلى دستور الولايات المتحدة ، لكل ولاية دستورها الخاص الذي يحدّد حقوق ومسؤوليات الأفراد والحكومات في ولاياتهم. لا يمكن أن تتعارض هذه القوانين معها في بعض المجالات ذات الصلة بالحكومة الفيدرالية. من ناحية أخرى ، لا يحق للحكومة الاتحادية التدخل فيها ، إلا في الأمور المتعلقة باختصاصها ، و يمكن لكل ولاية التشريع لولايتها من خلال المؤسسات ذات الصلة، باستثناء الحالات التي تثيرها الحكومة الفيدرالية، كما يمكن لكل هيئة إدارية في الولاية التشريع في نطاق سلطتها القضائية، و على عكس فقه الحكومة الفيدرالية، يتمتع القضاة في ولايات مختلفة بسلطات واختصاصات أوسع ويمكنهم إنشاء اجتهادات في مجالات مثل العقود والمسؤولية المدنية وما إلى ذلك [١].

(١) عباس علي كدخدايي ، سيد محمد طباطبائي نژاد ، فرهاد باقري ، مصدر سابق ، ص٤٤١ .

المطلب الثاني

توزيع السلطات الدستورية داخل الاتحاد الأمريكي

إنّ النظام السياسي في الولايات المتحدة الأمريكية قائم على مبدا تقسيم السلطات بين الحكومة الإتحادية والحكومات المحلية ، وحدّد سلطات كل من هذه الحكومات في التعديل العاشر للدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٩١، حيث حدّدت فيه سلطات الحكومتين وترك السلطات الأخرى للحكومات المحلية للولاية ، و بالتالي فإنَّه قام بتحديد سلطات الحكومة الاتحادية على سبيل الحصر ولا يمكنها ممارسة غير هذه السلطات ، وبذلك تعتبر سلطات الحكومات الاتحادية محدودة و قليلة نسبيا عند مقارنتها بالسلطات غير المحدود الممنوحة للولايات ، ولكن بالرغم من محدودية هذه السلطات إلا أنها لها الأهمية القصوى [١].

ومن هذه الاختصاصات هي الاختصاص التشريعي ، والاختصاص القضائي لكل من الحكومة الفيدرالية وحكومات الاقاليم التي تعتبر المصدر الأساس الذي يؤدي إلى حدوث تنازع القوانين داخل الولايات المتحدة الأمريكية كمحصلة لتوزيع هذه السلطات التشريعية ، والقضائية المنصوص عليها في الدستور الأمريكي بين هذه الحكومات ، ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نبين في أولهما السلطات الدستورية الاتحادية ، أمّا ثانيهما فنخصصه لبيان السلطات الدستورية للولايات وكما يأتي :

الفرع الأول

السلطات الدستورية الاتحادية

يعد الاختصاص التشريعي أهم الاختصاصات الاتحادية والذي حدّدته الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي ، ولا يمكن للولايات إصدار تشريعات خاصة بهذه المسائل المحدّدة للحكومة الاتحادية ، وفي حالة النقص التشريعي فإنَّ القضاء الفيدرالي يتولى إكمال هذا النقص التشريعي لكونه مصدرا للقاعدة القانونية وفقا لآليات معينة ومن أهما ما يسمى بآلية الاستعارة القانونية التي تعني قيام محكمة فيدرالية بتبني قواعد قانونية أو نصوص تشريعية من قانون ولاية أو من خلق محاكمها كوسيلة لسد النقص التشريعي الفدرالي في الأمور الداخلة ضمن اختصاصها ، والمحدّد لها

(١) د. محمد عمر مولود ، الفدرالية وامكانية تطبيقها كنظام سياسي ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعة ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٦-٢١٧ .

من قبل الدستور الأمريكي ، والمثال على ذلك المسؤولية المدنية عن القتل الخطأ في مجال القانون البحري [١].

أمّا الاختصاص القضائي للمحاكم الفيدرالية فقد حدّدت المادة الثالثة من الدستور الأمريكي نطاق هذا الاختصاص الاتحادي من حيث الموضوع ومن حيث الأطراف ؛ اذ يدخل تحت اختصاص المحاكم الاتحادية من حيث الموضوع جميع قضايا القانون والانصاف التي يحتاج الفعل فيها إلى تطبيق أو تفسير الدستور أو القانون الاتحادي ، وكذلك المعاهدات التي تبرمها الحكومة الاتحادية ، وهذا بدوره يزيد صعوبة في تحديد المسائل التي يمكن ان تدخل تحت هذا المجال ، إضافة إلى ذلك يدخل تحت اختصاص هذه المحاكم الدعاوى المتعلقة بالمسائل البحرية ، أمّا من حيث الأطراف فإنَّها تشمل جميع القضايا التي تكون الحكومة الاتحادية طرفا فيها ، وكذلك المنازعات التي تحدث بين ولايتين أو أكثر، والمنازعات التي تكون بين مواطنين أكثر من ولاية أو بين إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى أو بين إحدى الولايات ومواطني ولاية اخرى أو بين مواطنين ولايات مختلفة ، وكذلك بين مواطنين نفس الولاية من الذين يدعون ملكية اراضي بموجب منح صادر لهم من ولايات مختلفة ، وأيضا المنازعات التي تنشأ بين ولاية أو مواطني هذه الولاية و دولة أجنبية أو مواطني الدولة الأجنبية أو بين رعايا أجانب بالإضافة للمسائل المتعلقة بالوزراء والسفراء و العموميين والقناصل[٢].

يعتبر نظر المحاكم الفيدرالية للقضايا التي يكون أطرافها مواطني ولايات مختلفة أو مواطني دول أجنبية أستثناء على الأصل لأنَّه لا يرتكز على تطبيق المحاكم نص من نصوص التشريعات الفيدرالية ، وانما تطبق التشريعات المحلية للولايات ، ويرجعون هذا الاستثناء إلى أنّ واضعي الدستور الأمريكي رأوا بأنَّه من الممكن أنّ تنحاز محاكم الولايات لمصلحة مواطنيها على حساب المواطنين

(١) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر ، دور المحكمة العليا الامريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الاول ، لسنة ٢٠١٥ ، ص ١١٨٦-١١٨٧ .

(٢) البند (١)الفقرة (٢) من المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الامريكية عام ١٧٩١ تنص على (تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها. كما تشمل جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة في اختصاص الأميرالية والملاحة البحرية والمنازعات التي تنشأ بين اثنتين أو أكثر من الولايات، (وبين إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى)، وبين مواطني ولايات مختلفة، وبين مواطني نفس الولاية ممن يدعون ملكية أراض بموجب منح من ولايات مختلفة، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية (أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب)

الاجانب أو مواطني الولايات الاخرى [١] ، وهذه المحاكم الفيدرالية على ثلاث مستويات هي محاكم المناطق التي هي محاكم الدرجة الأولى أو المحاكم الجزائية ، ومحاكم الإستئناف التي محاكم الدرجة الثانية ، وأخيراً المحكمة العليا التي هي محكمة واحدة ، بالإضافة إلى ذلك يوجد هنالك محاكم إتحادية أخرى التي تكون بمنزلة محاكم الدرجة الأولى كمحكمة التجارة الدولية الأمريكية ومحكمة الإفلاس ، ومحكمة الضرائب [٢].

الفرع الثاني

السلطات الدستورية للولايات

يعد الاختصاص التشريعي أهم الاختصاصات الدستورية للولايات الذي يكون من اختصاص المجالس التشريعية للولايات ، وكذلك لمحاكمها وفق القواعد القانونية داخل الولايات المتحدة الأمريكية فيما عدا القواعد التي أعطي اختصاصها للسلطة التشريعية الاتحادية المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الاتحادي الأمريكي [٣].

يمكن تحديد أهم المجالات التي تتولى السلطة التشريعية في الأقاليم أن تسن قوانينها المطلوبة، وهي مواضيع القانون الخاص والمتمثلة بالعقود والميراث والأحوال الشخصية والجرائم والاجراءات المدنية والجنائية ، وكذلك مواضيع القانون الاداري من تنظيم الحكومات الحضرية ، والريفية ، والتربية ، والقانون العام للشركات ، وقانون العمل..... الخ ، و كذلك الاجراءات الخاصة ذات الطبيعة المحلية كإنشاء وترخيص شركات الغاز والماء [٤].

أمّا الاختصاص القضائي لمحاكم الولايات فالأصل هو أن تنظر محاكم الولايات في المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص عدا المنازعات التي حدّدتها المادة الثالثة في الفقرة الثالثة من الدستور الأمريكي التي يعطي الاختصاص فيها إلى المحاكم الاتحادية كقاعدة عامة وهذه القاعدة عليها استثناء ، وهو خاص بالمنازعات التي تقوم بين مواطني ولايات مختلفة أو بين مواطن امريكي وآخر أجنبي ، و هذا الاختصاص يعرف بالاختصاص المبني على تنوع الخصوم حيث أعطى هذا

(١) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر ، مصدر سابق ، ص١١٨٩ .

(٢) اريان محمد علي ، الدستور الفيدرالي ، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون في جامعة بغداد ، سنة ٢٠٠٧ ، ص١٤٠ .

(٣) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر ، مصدر سابق ، ص ١١٨٣ .

(٤) د. محمد عمر مولود ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢-٢٢٣ .

الاختصاص للمحاكم الفيدرالية لأنَّ واضعي الدستور لاحظوا أنَّ محاكم الولايات قد تنحاز إلى مواطنيها [1].

المطلب الثالث

آليات حل التنازع الداخلي للاتحاد الفيدرالي الأمريكي

يعد الدستور الأمريكي القانون الأعلى في البلاد الذي يتألف من مقدمة وسبعة مواد و ٢٧ تعديل ، حيث حدد نظام الولايات المتحدة الأمريكية بالفيدرالية ، وقام بتوزيع السلطات فيها بين حكومات الولايات و الحكومة القومية ، وانشأ الحكومة القومية الاتحادية بشكل متوازن حيث وزعها إلى ثلاث فروع مختلفة هي : تنفيذية ، وتشريعية ، وقضائية ، الفرع التشريعي هو المسؤول عن وضع القوانين التي تحكم المجتمع الأمريكي ، والفرع التنفيذي هو المسؤول عن تنفيذ السياسات والقواعد التي يضعها المجلس التشريعي ، أمّا الفرع القضائي هو موجود للحكم على القوانين التي تم انشاها وتطبيقها من قبل الفرعين الآخرين ، وهذا التوزيع كان له انعكاس على فض التنازع بين القوانين ، وبالتالي فإنَّ الدستور الأمريكي يعد المرجع الأول لحل التنازع بين القوانين وبصوره المختلفة ما عدا حالة التنازع بين قوانين الولايات إذ لم يحدّد الدستوري آلية معينة لفض التنازع وإنما وضع فقط مبادئ دستورية معينة ، وهنا يأتي دور المحكمة العليا في حل التنازع من خلال تطبيق النصوص الدستورية وفرض قيود على المحاكم الفيدرالية ، ومحاكم الولايات عند فض التنازع بين القوانين ؛ لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبين في أولهما دور الدستور في حل التنازع الداخلي للقوانين ، وبعدها نخصص الفرع الثاني لدور المحكمة العليا الأمريكية في ذلك وكما يأتي .

الفرع الأول

دور الدستور الأمريكي في حل التنازع الداخلي

يأتي الدستور في المرتبة الأولى في الولايات المتحدة ، وعلى جميع القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات ، والمؤسسات القضائية والحكومية أنّ تراعي الدستور وتكون ملزمة باحترامه و تطبيقه ، وفي حال وجود تعارض دستوري مع أي منها فإنَّ الدستور الفيدرالي هو الذي يسود كما جاء في المادة (٢/٦) من دستور الولايات المتحدة لعام ١٧٨٩والتي نصت على (هذا الدستور، وقوانين الولايات

(١) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر ، مصدر سابق ، ص ١١٨٤ –١١٨٥ .

المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، تكون القانون الأعلى للبلاد. ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك) [١]. من الامور المتفق عليها أنّ الدستور يمارس التأثير المباشر على الامور المتعلقة بتنازع القوانين ، واختصاص المحاكم ، وتنفيذ أحكام محاكم الولايات الخاضعة له ، وفيما يتعلق بالتحكم في اختيار القانون، فإنَّ موقف الدستور لم يكن واضحا جدا ، فالغرض المعلن في ديباجة الدستور هو "تشكيل اتحاد أكثر كمالا" ، و هذا الأمر يتطلب إلغاء قوانين الولايات، مع المحافظة على تنوعها في بعض الأمور، وأن يكون هناك قانون وطني واحد ، وبقدر وجود مثل هذا القانون المنصوص عليه في الدستور ، تختفي المشاكل المتعلقة باختيار القانون التي أنشأتها هذه الاختلافات القديمة بين الولايات ، ومع ذلك ، فإنَّ معظم الدستور لم يقوض استقلالية الولايات ، كما أن تنوع قوانين الدولة داخل الأمة جعل من الضروري حل النزاعات الناتجة عن هذا التنوع . وحريّ بالذكر أن توجد في أي دولة أخرى مشكلة تنازع القوانين بشكل واسع النطاق كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية [٢]. السؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما هو دور الدستور الاميركي في حل التنازع بين القانون الفيدرالي ، وقوانين الولايات؟ ودوره أيضاً في حلّ التنازع بين قوانين الولايات نفسها؟

من القضايا التي تثير اهتمامًا واسع النطاق بين باحثي الشؤون الفيدرالية هي التنازع بين التشريعات الفيدرالية ، والتشريعات الصادرة عن السلطات الأخرى ، ونظرًا لكون التشريع الفيدرالي يتم تطبيقه على مستوى الدولة ، فقد تتنازع قواعده مع القوانين المحلية في الأقاليم . في جميع الحالات ، قد يكون هناك تنازعاً بين السلطة المركزية والسلطات الإقليمية في مجالات الاختصاص المشتركة التي تؤدي عادة إلى التنازع حول هذه المسألة أو تلك ، بينما لا يحدث هذا التنازع ضمن الاختصاص الحصري للولاية ، لا سيما في البلدان التي حدّد فيها الدستور الاختصاص القضائي بطريقة لا مجال فيها للتفسير والقراءات المختلفة ؛ لذلك ، فإنَّ أحد أهداف التكامل القانوني هو تفعيل

(1)This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding

(2)Dean, William Tucker. “The Conflict of Conflict of Laws.” Stanford Law Review, vol. 3, no. 3, Stanford Law Review, 1951.

مبدأ علوية التشريع الاتحادي وتطبيق قواعده على الإقليم الوطني بأكمله ، بما في ذلك الاقاليم التي يقتصر التشريع الصادر عن أجهزتها المحلية في ذلك الاقليم دون غيره، اذ تنص المادة (٦/ثانيا) من دستور الولايات المتحدة على أن دساتير الولايات وقوانينها يجب ألاّ تتعارض مع الدستور الفيدرالي والعقود الموقعة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية[١] ؛ لذا فإنَّ الدستور الأمريكي في مادته السادسة قد أبطل أي قانون يصدر عن الولايات فيه تعارض مع القانون الفيدرالي، و بذلك يكون قد حدّ من إمكانية بروز التعارض الهرمي الذي عادة ما يحصل بين القوانين الفيدرالية و قوانين الاقاليم المتنوعة في البلاد.

وبالتالي فإنَّ حلّ التنازع بين القاعدة الفيدرالية ومثيلتها في قوانين الأقاليم محلول على اعتبار أنَّ القانون الفيدرالي هو الواجب التطبيق ؛ وذلك بالرجوع إلى نص المادة السادسة من الدستور التي رجح فيها كفة القانون الفيدرالي على قوانين الأقاليم [٢].

إنَّ هذا الترجيح للتشريع الفيدرالي تزامن مع تطوّر اختصاص الاستئناف بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا، ويمكن للمحكمة الفيدرالية العليا استئناف قضايا قد نظرت بها محاكم الولاية من قبل وفقًا لقرار الكونجرس الأمريكي لعام ١٧٨٩ ، ويجمع القرار بين إمكانية استئناف هذه القضايا الصادرة من المحاكم الاتحادية الدنيا والمحاكم العليا للولايات ، وكذلك يمكن للمحكمة العليا استئناف القوانين الفيدرالية والاتفاقيات الدولية وقرارات محاكم الولايات للدرجة الأولى إذا رأت أنّها تمس قضايا الاتحاد ، وهذا يؤكد أهمية القضاء في تعزيز مركزية النظام القانوني للدولة الفيدرالية ، ولا تكتفي المحاكم الفيدرالية الأمريكية بسماع القضايا التي تتعارض فيها قوانين الولاية مع التشريعات الفيدرالية ، كما أنها تنظر في القضايا التي تثيرها قوانين وقواعد الولاية مع بعضها[٣].

أمّا فيما يخص التنازع بين الولايات فإنَّ القانون الفيدرالي الأمريكي هو السلطة الأساسية لحل تنازع القوانين في جميع الحالات ، فتنص المادة الرابعة من دستور الولايات المتحدة على أن الولايات

---

(١) د. فلاح اسماعيل حاجم ، تكامل النظام القانوني في الدولة الفيدرالية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=123777 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/٨ .

(٢) تنص المادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الامريكي لسنة ١٧٨٩ على (٢- هذا الدستور، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، تكون القانون الأعلى للبلاد. ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك)

(٣) د. فلاح اسماعيل حاجم ، مصدر سابق .

المختلفة يجب أن تعترف بالإجراءات القانونية والأحكام الصادرة عن الولايات الأخرى ، يُعرف هذا المبدأ بمبدأ الاعتراف الكامل والمجرد [١]، الذي يعني بأن تحترم كل ولاية وتعتد اعتداداً كاملا وبنية خالصة بقوانين كل ولاية أخرى وسجلاتها الرسمية وإجراءاتها القضائية [٢].

ومن حيث المبدأ ، يتم تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الدول المختلفة والاعتراف بها على المعاهدات ، ولكن في الولايات المتحدة ، يتم تنفيذ هذه الممارسة وفقًا للمبدأ السالف الذكر ، و يُلزم هذا المبدأ الدستوري ، الولايات الأمريكية بالاعتراف بأحكام محاكم الولايات الأخرى وإنفاذها إلى الحدّ الذي توافق فيه الولايات على احترام مثل هذه الأحكام كقرارات محلية [٣]، وتؤيد المادة الرابعة من الفقرة الأولى، من دستور الولايات المتحدة هذا المبدأ صراحةً ، وحكم هذه المادة ، يتضمن طلب دستور الولايات المتحدة من الولايات المختلفة احترام الإجراءات العامة والقرارات القضائية للولايات الأخرى والاعتراف بها ، وبالطبع فإنَّ الدستور نفسه يميز بين القرارات العامة، والقضائية ، والقرارات التشريعية ، وقرارات القانون العام ، وهذا يحدث في حالة عدم وجود قانون اتحادي بشأن قضية معينة ، فإذا أصدرت الولايات تشريعات بشأن فعل أو حدث قانوني غير موجود في ولاية أخرى ، أو كان محظورًا ، أو لا يتعارض مع الدستور الفيدرالي ، فما هي مهمة الاعتراف بهذا القانون وإنفاذه؟ ومثال ذلك زواج المثليين ، إذ تجدر الإشارة أنه قبل فترة من الاعتراف بحرية زواج المثليين في الولايات المتحدة ، كانت مسألة الاعتراف بحقوق هذه الزيجات مسموحة في بعض الولايات وممنوعة في ولايات أخرى ، الامر الذي واجه فراغ قانوني فيدرالي ، وهكذا وبحلول عام ٢٠٠٤ ، قامت ٣٩ ولاية بتعديل دساتير ولاياتها [٤]، وحكمت محكمة فيدرالية أمريكية لصالح مثل هذه الزيجات ، وبالتالي مراعاة الحقوق الناتجة عن هذه الزيجات التي أصبح معترف بها في جميع الولايات ، هنا لم يعد يسود مبدأ الإئتمان الكامل والإعتقاد ، ولكن ظهر مبدأ سيادة القانون الاتحادي وعلوه ، والأساس القانوني لهذا القرار عن المحكمة العليا، هي المادة (١) من التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة وفقًا لهذه

---

(١) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر ، مصدر سابق ، ص١١٩٦ .

(٢) تنص المادة (٤) من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٩ على (اولا : تحترم كل ولاية وتعتد اعتداداً كاملاً ومخلصاً بقوانين كل ولاية أخرى وسجلاتها الرسمية وإجراءاتها القضائية ويجوز للكونغرس أن يحدد، بقوانين عامة، قواعد الكيفية التي يتم فيها إثبات مثل هذه القوانين والسجلات والإجراءات، ونتائج ذلك)

) 3)Reynolds, L. William and Richman, M. William, the full faith and credit clause, a reference quid to American constitutions, Greenwood press , (2005),p.14 .

) 4)Hull, E. Kathleen, same sex marriage: the cultural politics of love and law, Cambridge University press,2006 ,p.117 .

المادة ، يجب أن يتمتع كل مواطن في الولايات المتحدة الأمريكية بنفس الامتيازات والحصانات التي يتمتع بها المواطنون الآخرون في جميع الولايات ، ولا يحق لأي مقاطعة إصدار أو تطبيق قانون يحرم المواطنين من الحريات الأساسية وحقوق الملكية و الحق في الحياة.

الفرع الثاني

دور المحكمة العليا الأمريكية في حلّ التنازع الداخلي

للحكومة المركزية في الدولة الفيدرالية هيئة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الاتحادية التي تخرج عن اختصاص قضاء الولايات. فطبقا للدستور تتكون السلطة القضائية الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية من محكمة واحدة تسمى بالمحكمة العليا [١]. وسنتطرق في هذا الفرع لبيان تعريف المحكمة واختصاصها وابراز دورها في حلّ التنازع الداخلي للولايات المتحدة .

أولا : تعريف المحكمة العليا واختصاصاتها

تعد المحكمة العليا أعلى هيئة قضائية في الولايات المتحدة الأمريكية ، ومن ضمن القضاء الاتحادي التي تعد أكثر المحاكم شهرة في العالم [٢]، مكونة من تسع قضاة ينتخبهم رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بالاتفاق مع مجلس الشيوخ ، ولا يمكن عزل هؤلاء القضاة إلاّ من خلال اجراءات اتهامية خاصة من قبل مجلس النواب ، ويحاكمون من قبل مجلس الشيوخ بحضور ثلثي أعضائه [٣]، وتأسست المحكمة العليا الأميركية عام ١٧٨٩ وفقا لأحكام المادة الثالثة للدستور الأميركي [٤]، يوجد مقر المحكمة العليا الأميركية في العاصمة واشنطن . فهي أعلى محكمة فيدرالية في البلاد ولا يستطيع الكونغرس أو الرئيس الأمريكي الغاءها ؛ لأن الدستور نص على انشاءها ، وتأتي بعدها المحاكم التي قرّر الكونغرس انشاءها على مدى مراحل مختلفة منذ نشأت الولايات المتحدة الأمريكية

(١) د. ازهار هاشم أحمد، تنظيم العلاقة بين السلطة المركزية و سلطات الاقاليم في النظام الفدرالي،ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤ ، ص ٤٩ .

(٢) د. محمد عمر مولود ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ .

(٣) ايات سلمان شهيب ، النظام الفيدرالي في العراق ، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون في جامعة النهرين ، سنة ٢٠٠٧ ، ص١٣٩ .

(٤) تنص المادة (٣) من دستور الولايات المتحدة الامريكية سنة ١٧٨٩ على (اولا : تناط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم أدنى درجة كما يرتأي الكونغرس وينشئه من حين لآخر. ويبقى قضاة كل من المحكمة العليا والمحاكم الأدنى درجة شاغلين مناصبهم ما داموا حسني السلوك، ويتقاضون، في أوقات محددة، لقاء خدماتهم، تعويضات لا يجوز إنقاصها أثناء استمرارهم في مناصبهم)

على المستوى الفيدرالي ، وهي محاكم الاستئناف الفيدرالية الأمريكية ويوجد منها حالياً ٩٤ محكمة فيدرالية [١].

وتعتبر الرقابة على الاتحاد من أهم اختصاصات المحكمة العليا التي تعني مراقبتها على مدى احترام السلطات المركزية والسلطات في الولايات لتوزيع الاختصاصات المنصوص عليها في الدستور الاتحادي ، وتقوم بإجبارهم على احترام هذا التوزيع ، وباعتبار صلاحيات المحكمة العليا أصلية وليست مفوضة فإنَّ ما يصدر منها يكون ملزما للولايات وليست مخيرة في عرض منازعاتها على المحكمة العليا على الرغم من وجود محاكم خاصة بها ، حيث إن قوة أحكام هذه المحكمة مستمدة من الدستور الفدرالي أي من الشعب الذي يصدر الأحكام القضائية بأسمه فإنَّ هذه الأحكام تكون نافذة على الولايات والسلطات الفدرالية ، ويجب عليها ان تنفذها [٢] ، ولها اختصاصات اخرى محدّدة بالدستور الأمريكي في المادة الثالثة بفقرتيها الثانية والثالثة [٣].

---

(١) اريان محمد علي ، مصدر سابق ، ص١٤٠-١٤٢ .

(٢) د. رافع خضر صالح شبر ، منتهى فزاع عبد حسين ، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا الاصيل في حل تنازع الاختصاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية /كلية القانون في جامعة بغداد ، المجلد (٤) ، العدد (٣٣) ، لسنة ٢٠١٨ ، ص ٢١٥ .

(٣) تنص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الامريكية على (الفقرة الثانية ١- تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها. كما تشمل جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة في اختصاص الأميرالية والملاحة البحرية والمنازعات التي تنشأ بين اثنتين أو أكثر من الولايات، (وبين إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى)، وبين مواطني ولايات مختلفة، وبين مواطني نفس الولاية ممن يدعون ملكية أراض بموجب منح من ولايات مختلفة، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية (أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب).٢- تكون للمحكمة العليا صلاحية النظر أساساً في جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل، وتلك التي تكون فيها إحدى الولايات طرفاً. وفي جميع القضايا الأخرى المذكورة آنفاً، تكون للمحكمة العليا صلاحية النظر فيها استئنافاً، من ناحيتي الوقائع والقانون، مع مراعاة الاستثناءات والأنظمة التي يضعها الكونغرس.٣- تتم المحاكمة في جميع الجرائم، ما عدا قضايا الاتهام النيابي، أمام هيئة محلفين. وتجري مثل هذه المحاكمات في الولاية حيث تكون تلك الجرائم قد اقترفت. ولكن عندما لا تقترف تلك الجرائم داخل حدود أية ولاية، تجري المحاكمة في المكان أو الأماكن التي يحددها الكونغرس بقانون. الفقرة الثالثة ١- جريمة الخيانة بحق الولايات المتحدة لا تكون إلا بشن حرب عليها، أو بالانضمام إلى أعدائها وتقديم العون والمساعدة لهم. ولا يدان أحد بتهمة الخيانة إلا استناداً إلى شهادة شاهدين يشهدان على وقوع نفس العمل الواضح النية، أو استناداً إلى اعتراف في محكمة علنية.٢- للكونغرس سلطة تحديد عقوبة جريمة الخيانة. ولكن لا يجوز الاقتصاص من نسل أو أقارب المتهم أو تجريده من حقوقه المدنية أو مصادرة أمواله وممتلكاته إلا أثناء حياته.)

ثانيا : الممارسات الحالية للمحكمة العليا.

من خلال استخدام خجول للسلطة الدستورية ، اتخذت المحكمة العليا للولايات المتحدة بعض الخطوات المتعثرة نحو توحيد أكبر لتنازع القوانين، فقد عانت هذه الخطوات من أوجه القصور المعروفة في هذه التقنية ، فقد تم الاعتماد بشكل أساسي على الإيمان الكامل والائتمان، والبنود التجارية والمادة القضائية من الدستور ، بشكل أساسي ، في دورات عدّة معروفة من القضايا التي استعرضتها المحكمة العليا ، فعندما تمارس المحاكم الفيدرالية اختصاصها غير المتعلق بالتنوع ، قد يُطلب منها أيضًا اتخاذ قرار بشأن مشاكل التعارض التقليدية في القوانين ، على الرغم من أن النزاعات بين الدول الفيدرالية أكثر شيوعًا من النزاعات الدولية، وفي مثل هذه الحالات ، قد يُقال مجموعة من القواعد الفيدرالية لتعارض القوانين. لم يتم العثور على فحص شامل لهذه القواعد ؛ إذا لم يكن هناك أي منها. على أي حال ، مهما كانت قواعد حلّ تعارض القوانين التي قد تستخدمها المحاكم الفيدرالية في قضايا عدم التنوع ، فإنَّها لم تصبح أبدًا نموذجًا للولايات، وبالتالي فهي مجرد جانب آخر لتعارض تنازع القوانين [1].

الباحث و المتعمق في قانون الولايات المتحدة يلاحظ تشابه البيئة القانونية عبر الولايات، مما يسهل نقل الأشخاص والبضائع ورأس المال من ولاية إلى أخرى ، على الرغم من وجود العديد من الحكومات ، وسبب ذلك التشابه الملحوظ في هذا الصدد هو ما يسمى بمبدأ السابقة القضائية التي نجد جميع محاكم الولايات ملزمة به ، و يلاحظ الأشخاص الذين يعيشون في الولايات المتحدة القانونية أوجه التشابه في البيئة القانونية لكل ولاية ، وفي هذا الصدد ، نجد أن محاكم جميع الولايات ملزمة بما يسمى مبدأ السابقة ، وبالتالي فإنَّ القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الفيدرالية – والتي تتألف من ٩٣ محكمة اتحادية ، و ١٣ محكمة استئناف فيدرالية ، ومحكمة عليا اتحادية واحدة – ليست مجرد قرارات صادرة بخصوص منازعة بين جهتين متخاصمتين أمام محكمة فيدرالية في ولاية ما بل إنّ أحكام المحاكم الإتحادية تصبح ملزمة لجميع المحاكم الأدنى في الولايات وكأنها قانون فيدرالي ، ولا تستطيع المحاكم الأقل منها في الولايات المتحدة الأمريكية أن تخالف الأحكام التي صدرت من المحاكم الفيدرالية في قضية مشابهة لها ، إذ إنَّ هذا المبدأ ساعد الولايات المتحدة الأمريكية في توحيد النظام القانوني في ولاياتها ، فمهما اختلفت المحاكم العليا التابعة لحكومات

(1)Dean, William Tucker , Ibid .

الولايات فإنَّ الزامية قرارات وأحكام المحاكم الفيدرالية تقلل من هذه الاختلافات ؛ لأنّ جميع أجهزة التشريع والتنفيذ والقضاء تصبح ملزمة بنفس الأحكام التي صدرت عن المحاكم الفيدرالية[١].

ولقد اعتمدت المحاكم أيضاً على مبدأ آخر لحل التنازع وهو مبدأ المجاملة الذي يعني احترام القرارات وإنفاذها من قبل السلطتين القضائيتين يجب أن يتم مبدأ المجاملة وفقًا للقانون واللوائح ، على أساس العلاقات الودية أو الاحترام أو العرف ، بدلاً من الاختلاف المتبادل. يشير مبدأ الاحترام في الممارسة القانونية الحالية في الولايات المتحدة إلى حقيقة أنه في حالة عدم وجود أحكام أو أحكام من محاكم الولاية ، فإنَّ المحاكم الفيدرالية سوف تسن قوانين في ولايات أخرى بناءً على القوانين والأدلة القانونية التي تخضع للاختصاص القضائي ، وستخضع بعض الإجراءات القانونية المتخذة في ولايات أخرى مبدأ المجاملة [٢].

هناك ثلاث فئات من القضايا التي قبلتها الولايات الأمريكية بشكل متبادل مع قوانين الدول الأخرى: أ) الزواج والطلاق و التبني ب) رخص القيادة. ج) رخص المرور والوثائق ، وكذلك تصاريح الهجرة والسياحة الصادرة عن ولايات أخرى، لذلك ، ما لم تقدم محكمة الولاية طلبًا إلى المحكمة الفيدرالية ، فإنَّ المحكمة الفيدرالية ليس لها اختصاص على محاكم الولاية ، بالطبع ، إذا وجدت المحكمة الفيدرالية أنه قد يتم انتهاك مبادئ المصداقية الكاملة والثقة ، فيحق لها التدخل في شؤون محاكم الولايات بإذن من المحكمة العليا الأمريكية [٣].

وهنالك نظام آخر اعتمدت عليه المحاكم الأمريكية ، حيث في عام ١٩٣٨ ، حكمت المحكمة العليا الأمريكية لصالح قضية تومبكينز و إيري ، حيث قامت بعد ذلك بإزالة حكم تسوية المنازعات من المحاكم الفيدرالية وطالبتهم باختيار قاعدة تسوية المنازعات بموجب قوانين الدولة التي يقع مقر المحكمة فيها ، مما يعكس المبدأ القائل بأن المحكمة الفيدرالية في حكم ERIE يصبح مبدأً للتقاضي الذي تتعلق بولايتين قضائيتين مختلفتين للولاية يجب أن تطبق القانون الموضوعي للولاية التي يتم فيها تقديم الالتماس لاحظ أن المحكمة العليا لم تصدر تشريعات في هذه القضية ، بل أرست قاعدة أو مبدأ. ينص هذا المبدأ على وجه التحديد على أن المحاكم والقانون الاتحادي ليس لهما اختصاص في الأمور المتعلقة بالحقوق الخاصة للولايات ، حظرت المحكمة العليا الأمريكية في هذه القضية المحكمة

(١) صادق عبدالحميد مالكي، مصدر سابق .

(٢) عباس علي كدخدايي ، سيد محمد طباطبائي نژاد ، فرهاد باقري ، مصدر سابق ، ص٤٤٠.

(٣) المادة (٢/٤) من دستور الولايات المتحدة الامريكية الصادر ١٧٨٩ المعدل .

الفيدرالية في التشريعات الفيدرالية العامة في الحالات التي يوجد فيها تعارض بين قوانين الولايتين. إذا نظرت المحكمة الفيدرالية في القضية ، بعد أن اختارت قاعدة تسوية المنازعات وفقًا لقانون الولاية ، فإنَّ القانون الموضوعي هو القانون الاتحادي[١].

بُذلت جهود للحد من التنازع بين القوانين من خلال التشريعات الدولية، فداخل الولايات المتحدة تم التفكير في تحقيق التوحيد في القواعد التي يتم بموجبها تحديد التنازع بين قوانين الولايات المختلفة.

(١) عباس علي كدخدايي ، سيد محمد طباطبائي نژاد ، فرهاد باقري ، مصدر سابق ، ص٤٤٠-٤٤٢ .

المبحث الثاني

التنازع الداخلي في العراق

في مسائل تنازع القوانين الدولي المختلفة قد نكون أمام قانون واجب التطبيق في دولة تتعدّد فيها الشرائع فنكون أمام مرحلة جديدة من التنازع ألا وهي التنازع الداخلي للقوانين وصولا إلى القانون الموضوعي واجب التطبيق . وبعبارة اخرى عندما تكون هنالك واقعة مشوبة بعنصر أجنبي اي بين أفراد أكثر من دولة ويراد تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الواقعة فإنَّها تمر بثلاث مراحل هي أولاً : تكييف هذه الواقعة في ما اذا كانت جريمة أو أموال أو عقود وغيرها وبعدها يحدد مكان هذه الواقعة وبعد تحديد المكان يتم إسنادها إلى قانون معين ليكون هو المختص بهذه الواقعة لتطبق قواعده الموضوعية عليها لتنتهي بذلك مشكلة القانون الدولي الخاص والتي هي تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة المشوبة بعنصر أجنبي هذا في الأمور الطبيعية وعندما تكون الدولة التي أسند الأختصاص التشريعي لقانونها هي دولة ذات قانون موحد يطبق على جميع الأفراد في كل إقليم الدولة . ولكن لا تنتهي مهمة القانون الدولي الخاص إذا كانت الدولة التي أسند الاختصاص لقانونها ليكون واجب التطبيق على الواقعة المعنية ذات شرائع متعدّدة فأي شريعة داخلية تطبق في هذه الحالة .

وقد نص القانون المدني العراقي على هذه الحالة في المادة (٣١\ثانيا) على انه (واذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها) ووفقا لهذا النص أعطى القانون العراقي للقانون الذي أسند له الاختصاص أن يحدّد وفقا لقواعده الداخلية أي شريعة من هذه الشرائع المتعدّدة هي المختصة لحكم الواقعة المعنية .

والذي يثار ايضاً هو أي نوع من التعدّد للشرائع مقصود هنا إذ قد يكون تعدّد الشرائع عرقي أو ديني فكل طائفة مختص بها قانون معين لحكم مسائل الأحوال الشخصية مثل لبنان ، وقد يكون هذا التعدّد للشرائع ناتج عن تعدّد الأقاليم داخل البلد الواحد ، وكل أقليم منها يحتوي على قانون خاص به وهذا ما نجده في الدول الفيدرالية كالولايات المتحدة الأمريكية ، وقد يدخل في تعدّد الشرائع التسلسل الهرمي للقوانين مثال ذلك داخل العراق عندما تكون هنالك واقعة معينة واصبح القانون العراقي هو المختص وكان هنالك قانوناً يخص هذه الواقعة وقراراً صادراً بها أو ان تكون هذه الواقعة المنصوص عليها في قانون عام واخر خاص في اي منها الذي يطبق وما إلى ذلك . ام ان هذا التعدّد للشرائع

راجع إلى سريان اكثر من قانون على الواقعة عندما تكون قد حدثت في ظل قانون قديم وحتى الغائه و صدور قانون جديد .

وكذلك فإنَّه وفقا للقانون العراقي اعطى الاختصاص لقانون البلد الأجنبي الذي اسند الاختصاص اليه، فما دور القضاء الأجنبي في ذلك ، وفي نفس الوقت فإنَّه في حالة اعطي الاختصاص للقانون العراقي ليكون هو القانون الواجب التطبيق فمن هي الجهة المختصة التي تتولى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق على الواقعة المعنية ؟ وما هو دور الدستور والمحكمة الاتحادية العليا في ذلك ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث بيان التنازع الداخلي و ماذا يمكن ان يدخل تحت نطاق هذا التنازع الداخلي من تعدّد للشرائع وما هي الآلية التي يمكن اعتمادها في العراق لحل مثل هذا التنازع ؟ كذلك هل اناطة الموضوع بالدولة التي يتعدّد فيها الشرائع يحقق قدرا كافيا من اليقين القانوني لا طراف العلاقة ؟ اكثر من ذلك هل بالإمكان لأطراف العلاقة الاتفاق ابتداء" على تحديد القانون الداخلي في حالة اتخاذه كقانون واجب التطبيق ؟

المطلب الأول

التعريف بالتنازع الداخلي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص

بدأ العراق بالتحول إلى دولة اتحادية فيدرالية بعد عام ٢٠٠٣ و يمكن ان يستخلص ذلك أولا من الناحية القانونية من خلال الرجوع إلى قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ حيث نص في المادة الرابعة منه على ان (نظام الحكم في العراق جمهوري ، اتحادي (فيدرالي) ، ديمقراطي ، تعدّدي ويجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية والمحافظات والبلديات والادارات المحلية . .....) . وكذلك الامر رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٤ في ظل نفاذ قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الذي كان خاصاً بالسلطات الإقليمية .و في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الذي نص في المادة الأولى منه على ان (جمهورية العراق دولة مستقلة ذات سيادة . نظام الحكم فيها جمهوري نيابي ديمقراطي اتحادي) وايضا قانون الاجراءات التنفيذية الخاصة بتكوين الاقاليم رقم (١٣)لسنة ٢٠٠٨ حيث جاء هذا القانون ليبين اسس النظام الفيدرالي في العراق .

وبالتالي وفقا لذلك فإنَّه من الناحية القانونية يعد العراق دولة فيدرالية ، وبالرجوع إلى الواقع نجد ذلك حيث هنالك الحكومة الاتحادية العراقية واقليم كوردستان والمحافظات غير المنتظمة بإقليم واعطاء كل من هذه الوحدات السلطات والصلاحيات ومن هذه الصلاحيات الحق في اصدار قوانين من خلال السلطة التشريعية للسلطة الاتحادية العراقية والاقليم . والذين يعملان على وضع قوانين تنظم الموضوع نفسه فأي قانون من هذه القوانين يطبق لو كانت هنالك علاقة ترتبط بها هذه القوانين وهذا ما يؤدي إلى حدوث ما يسمى بالتنازع الداخلي للقوانين ، أو يمكن ان يحدث تنازع في اشكال اخرى ولكن فقط هنا نتناوله من الناحية التشريعية ، و يمكن ان نجد هذا التنازع قد ينشا مستقبلا بين الاقاليم لو نشأت اقاليم مستقبلا إلى جانب اقليم كردستان أو بين الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم أو بين المحافظات ذاتها وذلك من خلال دستور ٢٠٠٥ الذي اعتبر المحافظات غير المنتظمة في اقليم كالأقاليم من حيث الصلاحيات التشريعية ، وكذلك اعطى لقوانينها الأولوية على القوانين الصادرة من السلطة المركزية عند ممارسة الصلاحيات المشتركة[1]، حيث نجد ان دستور

٢- (١) نصت المادة (١١٥) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة=

العراق لسنة ٢٠٠٥ تبنى نظامين هما النظام الفيدرالي واللامركزية الادارية في وقت واحد وذلك من خلال نص المادة (١) الذي نص على (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ، ذات سيادة كاملة نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق) ثم جاء في المادة (١١٦) لينص بأنْ (يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقاليم ومحافظات لامركزية وادارات محلية) اما المادة (١١٢٢ أولا) نصت على (تمنح المحافظات التي لم تنتظم في اقليم الصلاحيات الادارية والمالية الواسعة ، بما يمكنها من ادارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية وينظم ذلك بقانون) . ووفقا لهذه النصوص فإنَّ المحافظات تمارس صلاحيات ادارية ومالية واسعة وفق اللامركزية الادارية وللقيام بهذه الصلاحيات فإنَّها قد تصدر تشريعاً خاصاً بها مما قد يؤدي إلى التنازع مع قوانين الفيدرالية أو الاقاليم كذلك يمكن ان نجد هذا التنازع الداخلي في حالة وجود قاعدة موضوعية في اكثر من قانون احدهما عام والاخر خاص. بالإضافة إلى حالة وجود قاعدة موضوعية خاصة بموضوع معين في قوانين تختلف من حيث تدرجها في الهرم القانوني. أو في حالة وجود قاعدة موضوعية في اتفاقية دولية مقرة من قبل العراق وقاعدة في قانون داخلي فأي هذه القوانين يمكن ان يطبق ؟

ولبيان هذا الموضوع سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في أولهما معنى التنازع الداخلي وماهيته والثاني لبيان علاقته بالقانون الدولي الخاص وكما يأتي .

الفرع الأول

التعريف بالتنازع الداخلي

التنازع الداخلي هو التنازع الذي ينشأ بين قوانين الدولة الواحدة التي تتعدّد فيها القوانين نتيجة اعتبارات تتعلق بالأشخاص ، أو بالإقليم ، أو تدرج القوانين ، أو تعدّدها ، اي قد يكون هذا التنازع نتيجة وجود قوانين عدّة يطبق كل منها على طائفة معينة من الاشخاص داخل البلد الواحد لاختلاف ديانتهم أو عرقهم ، أو اصلهم ولا سيما في مسائل الاحوال الشخصية ، حيث يتولى القاضي الوطني وضع قواعد تتولى فض هذا النوع من التنازع وان القاضي يلتزم بتطبيق القوانين التي وضعت لهذه

=بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهم)

المسائل لأنه لا توجد عملية مفاضلة أو اختيار بخصوص التنازع الشخصي ، حيث يوجد تلازم بين القاضي المختص والقانون الواجب التطبيق[١].

اما النوع الاخر من التنازع الذي يمكن ان يحدث في حالة وجود قاعدة موضوعية في اكثر من قانون احدهما قانون خاص والاخر عام [٢]، ومثال هذا التعارض الذي حدث بين القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي حدد في مادته رقم (١٩٧) ، ان مالك العقار يستحق اجره المثل في حاله الغصب نتيجة التعدي أو العمل غير المشروع ، فيما ينص قانون الاثار والتراث رقم ٥٥ لسنه ٢٠٠٢ بإعطاء الحق لمنع مالك العقار من التصرف في عقاره اذا كان ذلك للمحافظة على المواقع الأثرية ، وبالتالي لا يستحق اجرة المثل ، وبهذا نرى بان قانون الآثار قد عارض القانون المدني في ذلك ، وقد نظرت محكمة التمييز الاتحادية في هذا التعارض وقضت بان المدعي لا يستحق اجرة المثل وفقا لإحكام المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي ؛ لأنَّ تصرف المدعى عليه يمنع المدعين من التصرف في عقاراتهم مستند إلى احكام قانون التراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ للمحافظة على المواقع الأثرية ، إذ إن هذا القانون هو قانون خاص يقيد احكام الملكية الواردة في القانون المدني الذي هو قانون عام [٣] ، وكذلك ما نجده في المادة (٢٩) من القانون المدني بعد ان حدَّد قواعد تنازع القوانين عادة و نص في المادة (٢٩) بأنَّ أحكام المواد الواردة في هذا القانون لا تطبق اذا كان هنالك نصاً في قانون خاص يخالف هذه القواعد اذ ان القانون الخاص هو الذي يطبق في حالة التعارض[٤].

كذلك التنازع الإقليمي فهو عندما يكون في الدولة اكثر من قانون ينطبق كل واحد منها على جزء معين من اقليم الدولة نتيجة لوجود وحدات اقليمية تتمتع كل واحدة منها باستقلال في السلطة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص١٢٣-١٢٤ .

(٢) و معنى القانون الخاص والعام هنا ليس بالمعنى المتعارف عليه الذي يعني ان القانون العام هو القواعد القانونية التي تنظم علاقة الدول فيما بينها و في علاقاتها مع المواطن ، بينما تعتبر خاصة القواعد التي تنظم علاقة الخواص فيما بينهم اي ان القانون الخاص موضوعه الافراد ومعاملاتهم المدنية . وانما يعني هنا القانون العام هو القانون الذي يسري على عموم الافراد او الحالات اما القانون الخاص هو القانون الذي يسري على طائفة خاصه من الافراد او الحالات . انظر محمد بقبق ، مدخل عام لدراسة القانون ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٦ .

(٣) قرار ١١٨ / غصب / ٢٠٠٧ ، تاريخ ٢٣ / ١/ ٢٠٠٧ ، محكمة التمييز الاتحادية ، قرار منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news.4805 / تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/٨.

(٤) تنص المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي على (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافهما في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق) .

التشريعية والقضائية والتنفيذية مع عدم تمتعها بالشخصية القانونية الدولية التي تبقى للدولة يندرج تحتها الاقليم . وتوجد وفقا لهذا النوع من التنازع عملية اختيار ومفاضلة حاله حال التنازع الدولي ويعتبر هذا النوع من التنازع الداخلي على الرغم من أنَّه يحدث بين أكثر من اقليم لأنَّ هذه الاقليم تابعة لسيادة دولة واحدة وان العلاقة التي تنشئ هنا هي علاقة داخلية[١] .

أي إنَّ هذا النوع من التنازع الداخلي يحدث في الدولة المركبة فقط وخاصة في الدول الفيدرالية الاتحادية ؛ لأنَّ هذه الدولة يوجد فيها أكثر من مستوى للحكم وكل مستوى منها يملك سلطة تشريعية يستطيع من خلالها اصدار تشريعات معينة في حدود ما هو مرسوم له من اختصاصات ضمن الدستور ، حيث نجد أنَّ هنالك سلطة تشريعية فيدرالية عليا تمارس إصدار تشريع ضمن اختصاصها ، وكذلك توجد في الأقليم هذه السلطة و في المحافظات غير المنتظمة بإقليم فيما يخص إدارة الشؤون الادارية والمالية داخل المحافظة والمتمثلة بمجلس المحافظة لذلك يكون هذا التنازع بصور مختلفة ، فتارة يكون بين القانون الاتحادي الصادر من السلطة الاتحادية المركزية و القانون الإقليمي وتارةً أخرى يكون بين قوانين هذه الاقاليم وأخيراً قد يكون بين قانون محلي لإقليم ، و قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم[٢] .

كذلك الأمر يمكن أن نجد التنازع يحدث بين القوانين الداخلية عندما توجد قاعدة موضوعية في اكثر من قانون تختلف من حيث تدرجها في الهرم القانوني ، وتسمى هذه بنظرية تدرج القواعد القانونية ، وهي نظرية قال بها العالمان النمسأويان (كلسن) و(فرودورس) و مؤداها أنَّ كل نظام قانوني يحتوي على قاعدة اساسية تنظم احكامه وتستمد منها هذه الاحكام قوتها الإلزامية . إذ أنَّ القواعد القانونية لا يمكن تفسيرها الا بإسنادها إلى قواعد قانونية أخرى تعلوها وهذه القواعد إلى قواعد اعلى منها مرتبه هكذا. بذلك يمكن أن يصور القانون على شكل هرم تتدرج قواعده من الفروع إلى الأصول حتى تصل إلى القاعدة الأساسية التي تسود على جميع القواعد الأخرى وتكسبها قوتها (الدستور ثم القانون وبعدها الأنظمة والتعليمات) [٣] .

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مصدر سابق ، ص١٢٣-١٢٤ .

(٢) د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، مصدر سابق ، ص٦٠٠ .

(٣) ليلى عيسى ابو القاسم ، تدرج القواعد القانونية الدولية وقوتها الالزامية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ، المجلد (٤) ، العدد (٢٩) ، السنة (٨) ، لسنة ٢٠١٦ ، ص ٤٤٩ .

إنَّ هذا التدرج يقتضي إنَّ القاعدة الأدنى تخضع للقاعدة الأعلى من حيث الشكل والمضمون وبذلك فإنَّ كل قاعدة قانونية تتحدد قوتها القانونية على ضوء تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني للدولة[١].وبذلك تكون القواعد الدستورية وفقا لهذا التدرج أعلى وأسمى من القواعد التشريعية و اللائحية . وإناطة مهمة هذه الرقابة على دستورية القوانين وفقا للدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بالمحكمة الاتحادية العليا [٢] ، ومن ذلك ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها بعدم دستوريه عدد من المواد الواردة في قانون الادعاء العام رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٧ [٣].

ويوجد أيضا هنالك نوع آخر من التنازع الداخلي يمكن أن يحدث بين قاعدة اتفاقية دولية وبين القواعد القانونية الداخلية سواء أكانت نصوصاً دستورية أم تشريعية [٤].

خلاصة الأمر يمكن تعريف التنازع الداخلي : هو الذي يحدث بين قوانين وطنية تتنازع فيها القوانين نتيجة التعدّد الشخصي أو الإقليمي داخل الدولة أو تدرج القوانين وتعدّدها .

---

(١) عصام علي دبس ، رقابة دستورية الانظمة المستقلة دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ، العدد (٢٤) ، لسنة ٢٠١٠ ، ص ٢٨٥ .

(٢) ميثم حسين الشافعي ، دور الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاسلامية المعاصرة ، العدد (٧) ، لسنة ٢٠١٢ ، ص ١٥ .

(٣) قرار ١١٢ / اتحادية /٢٠٢١ ، تاريخ ٢٠٢١/١١/٩ ، منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news.4805 / تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١١ .

(٤) تختلف الدول في كيفية توطينها للمعاهدات الدولية ، ولكنها لا تخرج عن اسلوبين، اذ هنالك دول تأخذ بنظرية وحدة القانون كأساس للعلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي ، اي تأخذ بأسلوب الادماج التلقائي ، حيث يكفي المعاهدة لدخولها حيز النفاذ لتصبح جزءا من القانون الداخلي واحد مصادر قواعده القانونية من دون حاجة الى اتخاذ اجراءات من قبل السلطات الداخلية او صدور قانون يتعلق بذلك ، اما الدول الاخرى التي تأخذ بنظرية ثنائية القانون كأساس للعلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي فأنها تأخذ بأسلوب الادماج غير التلقائي والذي يعني ان المعاهد التي ابرمت وفق الاسس الدستورية لا تعتبر تلقائيا جزءا من القانون الداخلي بل لابد من تحويلها الى قواعد قانونية داخلية . والنظام القانوني العراقي في ظل دستور ٢٠٠٥ و قانون عقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ يأخذ بالأسلوب غير التلقائي لإدماج المعاهدات الدولية التي يكون العراق طرفا فيها. انظر د. عدنان عبدالله رشيد ، بلند سعدي حسين ، المعاهدات الدولية واجراءات ادماجها في النظام القانوني الداخلي ، بحث منشور في مجلة الباحث ، المجلد (٣) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠٢٠ ، ص ٥٣٩ .

الفرع الثاني

علاقة التنازع الداخلي بالقانون الدولي الخاص

بسبب الحداثة والتطور ودخول المعاملات الألكترونية حيز الوجود وكذلك للمتغيرات السياسية الدولية أمسى عقد علاقات قانونية في أقاليم محددة في دول معينة مسألة مألوفة ، ويثير هذا الموضوع أبعاداً قانونية ذات شأنين ، الأول يتعلق بالقانون الدولي الخاص والآخر بالقانون الداخلي والعلاقة في القانون الداخلي أي التي تنظم طبيعة العلاقة القانونية وصحتها داخل أروقة النظام القانوني الوطني تلقي بظلالها على العلاقة الأولى وهي العلاقة الدولية الخاصة ، ولا سبيل هنا لبحث كافة أوجه العلاقات والتداخلات ، ولكن في جانب منها يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق الوطني من بين قوانين عدّة وطنية متنازعة .

وبالتالي فإنَّ التنازع الداخلي يعتبر من موضوعات القانون الدولي الخاص ؛ لأنَّ التنازع الداخلي جاء نتيجة التنازع الدولي أي أن التنازع الدولي حول واقعة معينة أسند فيها الاختصاص لقانون دولة متعدّدة قد أدى إلى تنازع داخلي وقد نصت على ذلك قواعد الإسناد منها المادة (٣١/ ثانيا) [١] من القانون المدني العراقي هذا بالإضافة إلى تناول فقهاء القانون الدولي ضمن تنازع القوانين ، وبالتالي فإنَّ التنازع الداخلي الذي يكون نتيجة التنازع الدولي يدخل ضمن القانون الدولي الخاص ويعتبر من الموضوعات المهمة التي تثير جدلا كبيرا بين فقهاء القانون الدولي الخاص فيما يخص الحلول التي توضع لها .

أمّا إذا كان التنازع الداخلي لم يثار نتيجة التنازع الدولي أي مستقلاً عنه فقد اختلف الفقه فيه حيث أكد كل من الفقه المصري والفرنسي بأن القانون الدولي الخاص لا يتناول سوى التنازع الدولي للقوانين ، وبالتالي يرون بأنَّه لا يمكن أن يكون هنالك تنازعاً للقوانين ما لم يدخل ضمن اختصاص القانون الدولي الخاص ، ويكون هنالك اختلافاً في الجنسية في أحد عناصر العلاقة الخاصة الدولية . أمّا في سوريا ولبنان ومع تعدّد الشرائع فيها فإنَّ التنازع الداخلي لا يدخل ضمن القانون الدولي الخاص ويحتفظ باستقلاليته عن التنازع الخارجي [٢] .

---

(١) تنص المادة (٣١/ثانيا) من القانون المدني العراقي (واذا كان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فأن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها) .

(٢) د . سعيد يوسف البستاني ،القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

إنَّ وضع حلول وأسس للتنازع الداخل الذي يقود إليه التنازع الدولي له أهمية كبرى في زيادة قدرة الأفراد على التنبؤ مقدما بالقانون الذي سوف يطبق على علاقاتهم القانونية ، وهذا ما يزيد من اليقين القانوني ، وما لهذا من أهمية في العلاقات الدولية الخاصة .

واليقين القانون يعني معرفة الأفراد المسبق بأحكام القانون الواجب التطبيق قبل تطبيقه عليهم ، وتصبح لديهم القناعة ، ويتولد لديهم شعور بمصداقيته بحيث تكون لديهم الثقة فتصبح أكثر تقدما وإلزاما [١]. ووفقاً لذلك فإنَّ هذا الوضوح في حسم التنازع الداخلي يؤدي إلى حل مشكلة من مشاكل القانون الدولي الخاص والمتمثلة باليقين القانوني والذي يعد أحد الانتقادات الرئيسية التي وجهت إلى قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية ، وذلك لعدم قدرتها على التنبؤ بتنازع القوانين أي القانون الواجب التطبيق وبالتالي ضعف الثقة من قبل الافراد بها مما دعا إلى تطوير قواعد تنازع القوانين التقليدية [٢].

وبالتالي فإنَّ بيان التنازع الداخلي وضع آليات معينة لحله في القانون الدولي الخاص ينعكس على إضفاء اليقين ودعم الثقة لدى الأفراد في علاقاتهم الدولية الخاصة ، لأنَّ تباين الأحكام الموضوعية وقواعد التنازع التي تتضمنها التشريعات الوطنية قد يؤدي إلى أنْ يجهل اطراف العلاقة في القواعد القانونية الخاضعة لها معاملاتهم ، وبالتالي اذا ما نشأ نزاع بين أطراف العلاقة وعدم معرفة آليات حل التنازع الداخلي يؤدي إلى مفاجئتهم بالقانون الداخلي الواجب التطبيق ، وبالتالي ضعف الثقة لدى الافراد .

وخلاصة القول فإنَّ التنازع الداخلي هو من الموضوعات المهمة للقانون الدولي الخاص لأنَّ تناولنا هنا للتنازع الداخلي كنتيجة من نتائج التنازع الدولي أي أنَّ مال التنازع الدولي إلى التنازع الداخلي ، ولم يكن مستقلا عن التنازع الدولي .

(١) د. ضياء عبد الله عبود الاسدي ، د. نزار عبد الامير تركي ،مصدر سابق، ص ٩ .

(٢) د. ضياء عد الله عبود الاسدي ، د. نزار عبد الامير تركي ، التأصيل الفلسفي لليقين القانوني الجنائي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد (١٢) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠٢٠ ، ص ٩ .

المطلب الثاني

نطاق التنازع الداخلي

بعد أن تقوم السلطة المختصة بسن التشريع واصداره ونشره بالجريدة الرسمية وإكمال اجراءاته القانونية لكي يطبق على الأفراد وعلى الحوادث التي تقع ضمن إطاره وتتوافر فيها شروطه . إلا أنَّ تطبيق هذه القوانين قد يؤدي في بعض الأحيان إلى حدوث تزاحم بين أكثر من قانون على نفس الواقعة الواحدة مما يؤدي إلى تنازع بين هذه القوانين .

هنالك أنواع مختلفة للتنازع الداخلي للقوانين إذ قد يكون هذا التنازع بين قانون جديد صدر ليحل محل قانون قديم كان قد طبق على الواقعة التي ما زالت تنتج اثارها في ظل القانون الجديد، وبالتالي فإنَّ هذا التنازع يكون على الحد الفاصل بين تطبيق القانون القديم وبداية تطبيق القانون الجديد أي اصدار قوانين متعاقبة في دولة ما لحكم مسألة ، وهذا ما يطلق عليه بالتنازع الزماني ، وقد ينتج التنازع الداخلي من قوانين كل منها يطبق على حدود مكانية معينة وتكون هنالك علاقة مشتركة بينهما فيؤدي إلى هذا التنازع بين القوانين التابعة لأقاليم مختلفة داخل الدولة عندما تكون هذه الدولة متعدّدة الاقاليم فيدرالية ، أو بين القانون الفيدرالي الذي يطبق على كل من أقليم الدولة الفيدرالية وقانون أحد الأقاليم وهذا ما يطلق عليه بالتنازع المكاني للقوانين الذي قد يقترن هذا بالتنازع الزماني كالتنازع الناشئ من صدور قواعد إسناد متعاقبة في تشريع معين .

و قد يكون هذا التنازع الداخلي ناشئاً من تعدّد الطوائف والديانات داخل البلد الواحد وكل طائفة لها قانون خاص يحكمها وخاصة في مسألة الأحوال الشخصية ، وبالتالي تختلف القوانين وتتعدّد في داخل البلد نتيجة تعدّد هذه الطوائف والديانات لتحكمها مثال ذلك لبنان والكويت والعراق، واخيرا قد يحدث التنازع بين قوانين داخلية و بين معاهدة دولية عقدتها الدولة والتزمت بها سواء كانت معاهدة ثنائية أو متعدّدة الأطراف عند تناولها لموضوع معين ، والسؤال الذي يثار هنا هو اي هذه الانواع من التنازع يدخل تحت نطاق التنازع الداخلي وتؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة الإحالة لدولة تتنازع فيها قواعدها الموضوعية ؟ وما هي الحلول التي وضعها القانون العراقي لهذا التنازع ؟ ولبيان ذلك سوف نتناول هذا المطلب في اربعة فروع نخصص أولها للتنازع الزماني ، والثاني لبيان التنازع المكاني أمّا الثالث فيكون لتحديد التنازع الشخصي ، والرابع للتنازع بين القانون الداخلي والمعاهدات الدولية النافذة و كما يأتي :

الفرع الأول

التنازع الزماني

ينشأ التنازع الزمني عن طريق الغاء قانون قديم نافذ مع إحلال قانون جديد محله مما ينتج عنه التنازع بين القانونين لتحديد الحدّ الفاصل بين سريان كل من القانونين من حيث الزمان وأي الوقائع التي يطبق عليها القانون الجديد وأيهما التي يطبق عليها القانون القديم ، إذ إنَّ هذه الوقائع بعضها يقع قبل نفاذة والبعض الآخر بعد نفاذه ، ولكن المسائل التي تثير هذا التنازع هي حدوث واقعة قبل نفاذ القانون الجديد في ظل القانون القديم ولكن تبقى تنتج اثارها في ظلّ القانون الجديد؛ لذلك تعد مسألة تحديد تطبيق القانون من حيث الزمان من المسائل المعقدة والدقيقة نتيجة الغموض الذي يحيط بها ولكن الذي يؤدي إلى التنازع هو حدوث واقعة في ظل قانون قديم و ما زالت تنتج اثارها في ظل القانون الجديد ، وان حدوث هذا التنازع يأتي من ان القانون الوضعي يتغير ويتطور بتغير وتطور حاجات الجماعة ؛ ولذلك لابد من ان يكون مع هذا التطور قانون جديد يصيب حاجة المجتمع الجديد ويكون ذلك من خلال الغاء تشريع قائم واحلال تشريع جديد محله[١].

والغاء القانون القديم يكون اما الغاء صريحا أو ضمنيا ، إذ إنّ الالغاء الصريح يكون إمّا أن ينص القانون الجديد صراحة على الغاء القانون القديم بنص صريح أو أن تكون أحكام القانون الجديد متعارضة وينص فيه على الغاء ما يتعارض مع نصوص هذا القانون ، أو أنَّ القانون القديم كان قد حدد مدة سريانه وقد انقضت تلك المدة ، أو انه لم يستوف شروط معينة تطلبها الدستور ، أمّا الالغاء الضمني فيكون من خلال حالتين هما ان يأتي القانون الجديد بأحكام متعارضة مع القانون القديم ولم يرد نص بإلغاء التشريع المتعارض أو أنَّ ينظم وضع قانوني سبق وان تناول ه التشريع القديم مع عدم النص على الالغاء[٢] .

وبعد هذا الالغاء سواء أكان صريحاً أم ضمنياً فإنَّه يتواجد لدينا قانونين يتنازعان التطبيق . فأي من هذه القوانين يطبق القديم ام الجديد ؟ . حيث الأصل في القانون يسري من تاريخ نفاذه حتى وقت انقضاء العمل به ، ولكن اذا كانت هنالك احداثاً تكونت في ظل القانون القديم ولا زالت تنج آثارها في

---

(١) د. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، الطبعة السابعة ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٨.

(٢) د. عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، ص ١٣٠-١٣١ .

ظل القانون الجديد ، فأي من هذه القوانين يطبق الجديد ام القديم اي هل هو القانون الذي نشأت في ظله الواقعة ام القانون الذي احدثت اثارها فيه ؟ [١]

ولحل هذه الحالة توجد قاعدتين يحكمانها ، تتمثل الأولى في عدم رجعية القوانين ويرد عليها اربعة استثناءات و هي النص الصريح والقوانين المتعلقة بالنظام العام و هذا ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون المدني[٢] بالإضافة إلى القانون التفسيري والقانون الجنائي الاصلح للمتهم ، وقد نص على هذه القاعدة الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٩ /تاسعا/عاشرا) [٣] . اما القاعدة الثانية فتتمثل بنفاذ القوانين نفاذا مباشرا وفوريا باستثناء حالة النص الصريح[٤] .

وان الالغاء الضمني يشكل نوع من الغموض وقد يخل بما يسمى باليقين القانوني أو الامان القانوني والامن القانوني هي فكرة عامة كفكرة النظام العام والعدل والحقوق المكتسبة حيث يصعب تحديدها تحديدا جامعا مانعا فقد حدّد معناها في أكثر من حيثيه . حيث عرفه البعض بأنَّه " احترام التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة وعدم اصطدامهم بتطبيق قانون لم يلحظ وقت تكون العلاقة ودون أن يرتبط بها برابط جدية " وبالتالي فالأمان القانون له ركنان ، الركن الأول هو العلم به من قبل الافراد المخاطبين لكي يكون عليهم حجة أما الركن الثاني هو عدم رجعية القانون إلا على سبيل الاستثناء الذي يؤدي اليه الركن الأول ، أمّا آخرون فقد عرفوا الأمن القانون بأنَّه " كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين ودون مفاجئات ، حسن تنفيذ القانون ، وتلافي أو على الأقل

---

(١) بوسماحة نبيل ،تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، رسالة ماجستير قدمت لجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، سنة ٢٠١٨-٢٠١٩ ، منشورة على الموقع الالكتروني https://www.google.com/search ، تاريخ الزيارة ١٠ /٦ / ٢٠٢١.

(٢) تنص المادة (١٠) من القانون المدني العراقي على (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع لا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام او الآداب) .

(٣) تنص المادة (١٩) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (تاسعا : ليس للقانون اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم / عاشرا : لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي الا اذا كان اصلح للمتهم)

(٤) د. علي عبد العالي الاسدي ، تنازع القوانين في الزمان في المراكز العقدية المستمرة دراسة قانونية مقارنة ،بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، جامعة البصرة ، المجلد (١) ، العدد(١٩) ، ٢٠١٩ .

الحدّ من عدم الوثوق في تطبيق القانون " . ويختلف الأمن القانوني عن الأمن القضائي إذ إنَّ الأمن القانوني هو علاقة الفرد بالقانون أمّا الأمن القضائي فيتحدّد بعلاقة الفرد بالنظام القضائي[١] .

و يخلط البعض بين اليقين القانوني وفكرة الأمن القانوني حيث يعتبر اليقين القانون عنصر من عناصر الأمن القانوني، إذ أنَّ الامن القانوني يحتوي على عنصرين هما : اليقين القانوني الذي يفرض أن تتوافر في النظام القانوني الأساليب المناسبة لكي يعلم المخاطبين بأحكام القانون أي الوصول المادي للقانون ، وكذلك أن يمكن الأفراد من استيعاب معاني القاعدة القانونية وهذا هو الوصول الفكري للقوانين ، أمّا العنصر الاخر وهو الاستقرار القانوني الذي لا يعني بالاستقرار هنا عدم تغير أو تعديل القانون وانما ينبغي ان لا يكون هذا التعديل مفاجئا وغير متوقع للأفراد ، أي أن لا يصدر بشكل مباغت ، ويصطدم مع النتائج التي يتوقعها الأفراد من تصرفاتهم المبنية على القواعد القانونية[٢] .

وأنَّ القوانين عندما تخاطب الأفراد فهي تستهدف اما تصرفات هؤلاء الافراد القانونية أو أوضاعهم القانونية. حيث بالنسبة للتصرفات القانونية يحكمها القانون الواجب وقت وقوعها و لا علاقة له بالتعديلات التي تحدث للقوانين ، ولا يهم فيما اذا كان هذا التعديل تم عن طريق الالغاء الصريح أو الضمني. أمّا الأوضاع القانونية ، فهي أمّا أوضاع قانونية ذاتية أي تعاقدية وأما أوضاع قانونية موضوعية مشروعة . إذّ إنّ الأوضاع القانونية هي أوضاع يخلقها القانون والارادة الفردية تكون سببا في تطبيق هذا القانون على الأفراد و ليست الإرادة هي السبب الخلاق للوضع القانوني، ولذلك لكي يطبق هذا القانون الجديد على الأوضاع التعاقدية المستمرة يجب أن يعبر عنه المشرع بصراحة ، لأنَّ القضاء لا يمكن أن يقرر تطبيق القانون الجديد على الأوضاع التعاقدية مالم يكن هنالك إرادة واضحة وصريحة للمشرع[٣] ، ووفقا لذلك فإنَّه عندما تكون ارادة المشرع غير صريحة عن طريق الالغاء الضمني للقانون وتطبيق قانون جديد وما يثيره هذا من اخلال بالأمن القانوني لان الأوضاع التعاقدية وظيفتها هي تحقيق استقرار علاقة معينة ، و تثبيت وضع مستقبلي مع أثر ملزم وبهذا الالغاء

(١) ليث عبد الرزاق علي الانباري ، فكرة الامان القانوني ودورها في تنازع القوانين ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٧ .

(٢) د. الهواري عامر ، د. العيد هدفي ، التكريس الدستوري لمبدأ الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر ، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية ، المجلد (٣) ، العدد (١) ، لسنة ٢٠٢١ ،ص ١٣٨-١٣٩ .

(٣) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠١١ ، ص٢٤٤-٢٤٩ .

الضمني فإنَّه يؤدي إلى ضعف الثقة بهذه التعاقدات وما يعكسه هذا على العلاقات التعاقدية التي يكون فيها طرف أجنبي لأنَّه كلما كانت البيئة القانونية مستقرة وواضحة كلما دعت إلى جذب الأفراد إلى القيام بالتعاقدات في ذلك البلد ؛ لأنَّ الطرف الأجنبي لا يعتبر من المخاطب بقوانين بلد لا يحملون جنسيته ؛ ولذلك عند الاقدام على التعاقد مع أحد أفراد ذلك البلد قد يتبين له ما كان به المشرع صريح دون الإرادة الضمنية للمشرع لعدم تعمقه بهذه القوانين ، وبالتالي ما يثيره هذا من اخلال بفكرة الأمن القانوني للطرف الأجنبي الذي يؤثر على الأوضاع التعاقدية بالنهاية ، وتوجد صورة أخرى للتنازع الزمني وهو في حالة ما اذا حدّدت قاعدة الإسناد الوطنية بان قانون أجنبي ما هو القانون المختص للفصل في النزاع المثار وفق ضابط إسناد معين في اختيار هذا القانون . ثم يتم الغاء التشريع القديم ، وصدور قانون جديد يحل محله يقوم على ضابط إسناد يختلف عن ذلك الضابط الذي قام عليه القانون القديم وبالتالي يتولد لدينا تنازع زمني في قواعد التنازع الوطنية والمثال على تغيير ضابط الإسناد إذا كانت قاعدة الإسناد تنص على أنَّ حالة الشخص واهليته تخضع لقانون جنسيته فإنَّه اذا غير الشخص جنسيته فإنَّ هذا التغيير يؤدي إلى تنازع بين قانون الجنسية القديم ، وقانون الجنسية الجديد ، أو قد يكون التعاقب بين القوانين الأجنبية المختصة بالنزاع التي تشير لها قاعدة الإسناد ، وذلك في حالة اخذ دولة القاضي بالإحالة أو بين قانون أجنبي واخر وطني وهذا ما يسمى بجمله بالتنازع المتحرك للقوانين[١] .

بما ان التنازع يحدث نتيجة الاختلاف بين القانونيين في ضابط الإسناد فإنَّ المحور الأساس الذي يؤدي إلى التنازع الزمني هنا هو نتيجة تغير ضابط الإسناد لتغير نصوص قواعد الإسناد الذي يؤدي بدوره إلى تغير القانون الواجب التطبيق ، وبشكل عام في قاعدة الإسناد قد يكون ضابط الإسناد بسيط وقد يكون ضابط الإسناد ضابطا مركبا ، مثال الضابط الأول هو ما نصت عليه المادة (١٨/ أولا) من القانون المدني العراقي (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته). أما ضابط الإسناد المركب هو ان قاعدة الإسناد تضمن اكثر من ضابط والهدف منه هو اعطاء المتعاملين فرصة للاختيار وللتسهيل عليهم في تعاملهم وهذا يكون على صورتين، الأولى هي الإسناد

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الاصول في التنازع الدولي للقوانين ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨٨ .

الموزع وهذا ما نجده في المادة (١٩ /أولا) من القانون المدني العراقي والثانية هي الإسناد التخييري ومثاله ما نصت عليه المادة (٢٥ /أولا) مدني عراقي [١] .

وضوابط الإسناد هذه البسيطة والمركبة بعضها يكون قابل للتغير والبعض الآخر لا يمكن أنّ تكون قابلة للتغيير ، وبالتالي فإنَّ هذا التنازع يشمل ضابط الإسناد الذي يكون قابل للتغير دون الآخر ووفقا لذلك فإنَّ التنازع يحدث في ضوابط الجنسية ، وإرادة المتعاقدين ،الموطن ، محل الاقامة وموقع المال المنقول ، اما الضوابط التي تخرج من هذا التنازع فهي التي لا يمكن تغيرها كموقع المال العقاري ، وهذا التنازع له طرق مختلفة لحله فمنها حلول تشريعية يضعها المشرع الوطني ، ويمكن ان نرى هذا الحل في نص المادة (١١٩\ ثانيا) مدني عندما نص فيها على (وقت انعقاد الزواج) على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، وبالتالي فتغير الجنسية بعد ذلك لا يؤثر ، وقد يكون هذا الحل تشريعي ولكن اتفاق يوجد في الاتفاقيات الدولية كالمادة (١٤\أولا) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ [٢] ، و ثاني الحلول هو الحل الاجتهادي من خلال احترام الحقوق والمراكز القانونية وفقا للنظرية التقليدية والأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته وفقاً للنظرية المعاصرة ، التوفيق بين النظريتين (اعتبار التعدّد والتعاقب بين القوانين) هو المنهج الأفضل لحل التنازع الزمني [٣].

الفرع الثاني

التنازع المكاني

ينظر إلى التنازع المكاني على انه التنازع الدولي للقوانين ويطلقون عليه تنازع القوانين من حيث المكان تميزا له عن تنازع القوانين من حيث الزمان الذي يحصرون نطاقه داخل اقليم البلد الواحد اما التنازع المكاني فيكون بين أكثر من اقليم دولي أي يكون مشوب بعنصر أجنبي وعابر للحدود ، وهذا رأي أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص ، ويعتبرون هذه الميزة الأساسية للتمييز بين التنازع الزمني والتنازع المكاني للقوانين .

---

(١) د. كريم مزعل شبي الساعدي ، مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، المجلد (٣)، العدد (١٣)، لسنة ٢٠٠٥، ص ٦-٨ .

(٢) نصت المادة (١٤ثانيا) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ على (في حالة تغيير الاقامة العادية للدائن ، فأن القانون الداخلي لمحل الاقامة العادية الجديد يطبق من اللحظة التي حدث فيها ذلك التغير) .

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٣٩-٦٤٨ .

ولكن يجد الباحث بأنَّه لا يمكن الاعتماد على هذه التفرقة لتمييز التنازع الزمني عن التنازع المكاني فيما اذا كان عابر لحدود اقليم الدولة ام لا لاعتباره تنازع زماني الا اذا كان داخل حدود الدولة وتنازع مكاني اذا كان خارج الحدود ، هذه الميزة التي اعتمد عليها في التفرقة هي نتيجة للاختلاف الذي رأيناه فيما سبق حول عد التنازع الداخلي للدولة الفيدرالية جزء من القانون الدولي الخاص ام لا [١] ، وبالتالي يجد الباحث بان اغلب الفقهاء قد سلط الضوء على التنازع الداخلي الزمني في تعاقب القوانين داخل اقليم الدولة عندما تكون هنالك واقعة ممتدة بين أكثر من قانون متناسين حالة الدولة الفيدرالية اي المتعدّدة الشرائع اقليميا والتي تحتوى على اقاليم ، وكل اقليم له قانونه الخاص به ، وبالتالي يوجد أكثر من قانون داخل البلد الواحد لحكم ذات المسألة وما يثيره هذا التنازع من مشاكل لتحديد اي منها مختص بالواقعة ، وهذا ما نجده في العراق لوجود قانون اتحادي فيدرالي وقانون اقليمي كما في قوانين اقليم كردستان كقانون الأحوال الشخصية الاتحادي الذي قام اقليم كردستان بإضافة التعديل عليه واعتماده لحكم علاقات الافراد داخل الاقليم [٢]، وكذلك يحدث التنازع الداخلي بين قوانين اقليميه داخل البلد الواحد التي لا يمكن ان نجد هذه الصورة في العراق لعدم وجود اكثر من اقليم وان كانت هنالك مطالب مستقبلية لاستحداث اقليم جديد في العراق، ولكن خير مثال لذلك هو الولايات المتحدة الأمريكية ، ولذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى قسمين نتناول في أولهما : آلية التنازع بين القوانين الفدرالية والقوانين الأقليمية والثاني : للتنازع بين القوانين الأقليمية داخل البلد الواحد وكما يأتي .

أولا : التنازع بين القانون الفيدرالي والقانون الإقليمي

هنالك مناهج مختلفة لتوزيع السلطات داخل الدول الفيدرالية . حيث يوجد منهجان المنهج الأول : هو المنهج المزدوج ووفقا لهذا المنهج يتم تحديد صلاحيات كل مستوى من مستويات الحكومة الفيدرالية و كل مستوى من هذه المستويات من خلال استخدام أجهزة ودوائر الخدمة المتوفرة لديه يقوم بتقديم البرامج الداخلة تحت نطاق مسؤوليته ، وهذا المنهج لا يحقق الفصل الخالص للسلطات لذلك تتشابك العديد من السلطات الحكومية مع بعضها البعض وتعد الولايات المتحدة الأمريكية نموذجاً لهذا المنهج ، اما المنهج الثاني : فهو المنهج الاندماجي الذي تكون فيه أكثر الصلاحيات مشتركة بين

(١) راجع علاقة القانون الدولي الخاص بالتنازع الداخلي ص ٨٢ .

(٢) قانون تعديل الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كردستان العراق رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ .

الوحدات المكونة للدولة والحكومة المركزية حيث تضع الحكومة المركزية تشريعات عامة تستطيع الوحدات المكونة للدولة من خلال تشريعاتها الخاصة تكملتها ولكن دون تعارضها [١].

ويجد الباحث أن العراق وفقا للنصوص الدستورية هو منهج ازدواجي حيث حدّد فيه اختصاصات كل من الحكومة الاتحادية المركزية واختصاصات حكومات الأقاليم و بينت بنفس الوقت الاختصاصات المشتركة وفقا للمواد (١١٠-١١٥) ، ولكن يعاب على الدستور العراقي وجود ثغرات كما في المادة (١١٥) التي ترجح فيها كفة حكومة الأقليم على الحكومة المركزية الاتحادية حيث أجازت في حالة وجود تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الاقليم تعطي للإقليم الحق في تعديل القانون الاتحادي وهذا مخالف لما هو عليه الوضع دوليا في الدول الفيدرالية ، وهذا يؤدي بدوره إلى توسع صلاحيات حكومات الاقاليم على حساب الحكومة المركزية [٢].

ولقد حدّد الدستور العراقي اختصاص كل من السلطات الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم ، وذلك وفقا للمواد (١١٠ و١١٤ و١١٥) ومن ضمن هذه الاختصاصات هي الاختصاصات التشريعية . حيث رتب المشرع العراقي هذه التشريعات على ثلاث مستويات أولهما: هو التشريع الاتحادي والذي يصدر من السلطة التشريعية الاتحادية لتنظيم الشؤون الاتحادية . اما ثانيهما فهو التشريعات الإقليمية التي تنظم شؤون الإقليم بشرط أن لا تتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية المنظمة للاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ولا يتعدى نفاذ هذا القانون إلى خارج حدود الأقليم وفقا لنص المادة (١٢١) من الدستور [٣].

ووفقا لهذه الصلاحيات فإنَّ الاقليم يستطيع سن التشريع الخاص به والذي قد يؤدي بدوره إلى قيام التنازع بين القانون الاتحادي الفيدرالي والقانون الإقليمي وهذا ما يحدث في الغالب بين القوانين الاتحادية العراقية وقوانين اقليم كردستان ، وخير مثال على ذلك التنازع الحاصل بين قانون اقليم كردستان قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في عام

---

(١) جورج اندرسون ، مقدمة عن الفيدرالية ، ترجمة مها تكلا ، بدون مطبعة ، منتدى الانظمة الفيدرالية ، كندا ، ٢٠٠٨ ، ص ١٩-٢٠ .

(٢) د. رضا عبد الجبار الشمري ، م. اياد عايد البديري ، امكانية تطبيق النظام الفيدرالي في العراق ، بحث منشور في مجلة القادسية في الآداب والعلوم التربوية ، المجلد (٨) ، العدد (٤) ٢٠٠٩ ،ص ١٣٤ .

(٣) حسن العكيلي ، الاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات في العراق ، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي https://www.ahewar.org ، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٨\١٥ .

٢٠٠٨ إذ حدثت منازعات بين هذا القانون والقانون النافذ في المحافظات غير المنتظمة بإقليم والعاصمة بغداد ولا سيما من ناحية تعدّد الزوجات . فوفقاً لتعديل الأقليم لا يجوز لأي مواطن ساكن داخل الاقليم الزواج من زوجة ثانية الا بعد اخذ موافقة القاضي و بشروط معينة نص عليها القانون المعدل اما الساكنين خارج الاقليم فيحق لهم الزواج من الثانية بأذن القاضي ولكن بشروط بسيطة على خلاف القانون الكردستاني ، بنفس الوقت يحق لهذا الزوج ان يتزوج زوجه ثانية من خارج الاقليم ويكمل عقد الزواج في محاكم المحافظات غير المنتظمة بإقليم ، وهذا بدوره يثير الكثير من المنازعات لأنه عندما ترفع الزوجة الأولى دعوى لدى محاكم الاقليم على زوجها بانه تزوج زوجه ثانية هنا يعتبر تصرفه غير قانوني ، ويتعرض للعقوبة وفقا لقانون الاقليم[١].

اما المستوى الثالث من هذه التشريعات هو التشريعات المحلية التي تصدرها الجهة المختصة بالمحافظة لتنظيم شؤون معينه ، وذلك وفقا لنص المادة (٣\١١٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنه ٢٠٠٨ ، والأساس القانون لاختصاص المحافظات في سن التشريع هما اساسين ، أولها دستوري ونجد ذلك بصورة واضحة عندما حدد الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ صلاحيات واختصاصات السلطة الاتحادية في المادة (١١٠) والاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية و الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم في المواد (١١٢ و١١٣ و ١١٤) وكذلك في المادة(١١٥) التي نص فيها على إنّ كل اختصاص لا يدخل ضمن الاختصاصات الحصرية أو المشتركة يكون من صلاحيات قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم وجاء بالنص صراحة على (.....تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ،....) . اما الأساس القانوني فنجده في المادة (١/٢) المعدلة من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ التي تنص على (مجلس المحافظة هو السلطة التشريعية والرقابية في المحافظة وله حق اصدار التشريعات المحلية .....) وكذلك المادة (٣\١٧) من نفس القانون عندما حددت اختصاصات مجلس المحافظة ، و على الرغم من ذلك الا ان هنالك من ينتقد هذا الاختصاص بانه لا يوجد نص دستوري صريح يعطي مجالس المحافظات السلطة التشريعية ، وكذلك بان نص المادة (١١٥) من الدستور يتعارض مع المادة (١٢٢) منه ، لكن عند الامعان في هذه الحجج لنرى بانها لا تستند إلى الدقة الموضوعية حيث اشارة الدستور بصورة واضحة لا تثير اللبس في المادة (١١٥) منه

(١) د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، مصدر سابق ، ص ٦٠٩-٦١٠ .

إلـى مصـطلح (قـانون المحافظـات) ، وكـذلك لا يوجـد تعـارض بـين المـادة (١١٥) و المـادة (١٢٢) حيث كلاهما يسير في ذات الاتجاه الذي تبناه الدستور بإعطاء المحافظات غير المنتظمة بإقليم صلاحيات ادارية ومالية واسعة ومصطلح (واسعة) هنا يشير إلى اللامركزية الادارية غير تقليدية حيث تتمتع مجالس المحافظات بصلاحيات واسعة ومنها سن التشريع المحلي[١] .

ونوع التشريعات التي يحق لمجالس المحافظات اصدارها فهي وفقا لنص المادة (٢) من قانون المحافظات يجب ان تكون مختصة بتنظيم الشؤون الادارية والمالية ، اي ان مجالس المحافظات مقيدة بإصدار القوانين التي تدير بها المحافظة ولاسيما في الأمور المالية والإدارية فقط دون غيرها وبالتالي فإنَّه وفقا لذلك لا يجوز لمجالس المحافظات مثلا إصدار تشريعات جزائية تجرم بها أفعال وتحدّد لها عقوبة ، وهذه الأفعال غير مجرمة وفقا للقانون الاتحادي ، وكذلك لا يجوز لها إصدار تشريعات مدنية تنظم فيها العلاقات التعاقدية بين الأفراد ؛ لأن هذه العلاقات ينظمها القانون الاتحادي ، ولأن مجالس المحافظات غير مختصة بإصدار هكذا تشريعات[٢].

أمّا نطاق سريان هذه التشريعات من الناحية المكانية هو داخل الحدود الادارية للمحافظة ولا يمتد نطاق سريانها على الحدود الإدارية للمحافظات الأخرى[٣] .

الجهة المختصة في الرقابة على دستورية هذه التشريعات فهي المحكمة الاتحادية العليا ، وذلك وفقا لنص المادة (٩٣) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

وان علاقة هذه التشريعات المحلية التي تصدرها مجالس المحافظات بالتشريعات الاتحادية تتقيد بقيدين حيث ان أولهما : هو علو القانون الاتحادي على القانون المحلي وذلك وفقا للمادة (٣١٧) من قانون المحافظات التي تنص بان لا تتعارض التشريعات المحلية مع الدستور والقوانين الاتحادية . فمثلا لا يجوز لأحدى المحافظات ان تصدر قانوناً يعفي العاملين من الضريبة لأنه يعد هذا القانون مخالف لقانون اتحادي فرض على المهن ضريبة دخل ، اما القيد الثاني فهو التكامل بين القانون

---

(١) د. رحيم موسى حسن ، حدود الاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات ، بحث منشور في مجلة الكوفة القانونية والعلوم السياسية ، المجلد (١) ، العدد (٣٥) ، ص ٨٥-٨٧ .

(٢) د. مصطفى راشد عبد الحمزة ، محمد سالم كريم ، ابراهيم محسن جبر ، قراءة تحليلية في النظام القانوني لتشكيل مجلس المحافظة والمجالس المحلية وفقا لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل ، بحث منشور في مجلة جامعة واسط ، المجلد (١) ، العدد (٣٧) ، لسنة ٢٠١٩ ، ص ٦٨٤ .

(٣) حسن العكيلي ، مصدر سابق .

الاتحادي والتشريع المحلي ؛ لأن الاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات محدد بحدود معينة وإذا تجاوزها يكون باطلاً ، أو مخالفاً للدستور والقوانين ، و بالتالي فإنَّ التشريعات المحلية لكي يمكن تنفيذها وتطبيقها لابد ان تتكامل مع التشريعات الاتحادية[١] .

وبالتالي فإنَّه يمكن حدوث التعارض بين القانون الاتحادي و قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم وعليه اذا كانت هنالك واقعة معينة بين شخصين احدهما يتمتع بالجنسية العراقية والاخر أجنبي الجنسية ولتكون هذه الواقعة عقد زواج واعطي الاختصاص للقانون العراقي واصبح هو القانون الواجب التطبيق فكيف يمكن تطبيق القواعد الموضوعية للقانون العراقي وفقا لهذا التنازع الداخلي . وهذا ما نحأول الاجابة عليه في المطلب القادم .

ثانيا : التنازع بين القوانين الإقليمية

ان هذا التنازع يحدث عندما يكون هنالك تعدّداً اقليمياً اي عندما تكون الدولة مقسمة إلى اكثر من اقليم ولكل اقليم من هذه الاقاليم شريعته الخاصة به وهذا ما نجده في الولايات المتحدة الأمريكية التي تحتوي على (٥٢) اقليم ولكل اقليم من هذه الاقاليم قوانين خاصة به مختلفة عن قوانين الاقاليم الاخرى[٢] . اما في العراق فإنَّه لا يوجد فيه سواء اقليم واحد هو اقليم كردستان الذي اقره دستور ٢٠٠٥ اقليما اتحاديا ضمن الدولة العراقية وفقا للمادة (١١٧) [٣] ، واعطى بنفس الوقت المحافظات غير المنتظمة في اقليم حق تشكيل اقاليم اخرى وفق شروط معينة [٤] ، ولكن إلى الوقت الحالي لا يوجد في العراق سواء اقليم كردستان وعلى ذلك فلا يمكن ان نجد هذا النوع من التنازع ، وبالتالي فيمكن أن نرى فقط النوع الأول وهو التنازع بين القانون الفيدرالي والقانون الإقليمي ، وأن كان يمكن أن نرى التنازع بين القوانين الإقليمية مستقبلا في العراق .

اما التنازع بين قوانين المحافظات غير المنتظمة في اقليم أو بين هذه والاقاليم مثل اقليم كردستان عند تنقل الافراد من محافظة إلى اخرى واجراء علاقات في اكثر من محافظة ، لان

---

(١) د. مصطفى راشد عبد الحمزة ، محمد سالم كريم ، ابراهيم محسن جبر ، مصدر سابق ،ص٦٨٥-٦٨٦ .

(٢) محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الاسناد لقانون دولة متعددة الشرائع ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٣) تنص المادة (١١٧) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على انه (اولا : يقر هذا الدستور عند نفاده اقليم كردستان ، وسلطاته القائمة اقليما اتحاديا . ثانيا : يقر هذا الدستور الاقاليم الجديدة التي تؤسس وفقا لأحكامه) .

(٤) د. عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري ، بدون طبعة ، دار الوثائق والكتب ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٥٢ .

اختصاص مجالس المحافظات قن انحصر نطاقه في الامور الادارية والمالية فقط[١] ، مثل فرض رسوم على بعض البضائع داخل المحافظة أو استحداث قضاء أو ناحية هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإنَّ هذه القوانين التي تشرعها المحافظات ينحصر نطاق سريانها في الحدود الادارية للمحافظة ، ولا يمكن ان تطبيق هذه القوانين داخل الحدود الادارية لمحافظة اخرى.

اما التعارض بين القانون الاتحادي والقانون المحلي الصادر من مجالس المحافظات فإنَّه يخضع لمبدأ علوية الدستور ، ومبدأ التكامل السالف ذكرهما ، ولكن اذا كان التعارض مع القانون الاتحادي في موضوع لا يدخل من ضمن الصلاحيات المحددة للحكومة الاتحادية والمحافظات اي المشتركة وجاء القانون المحلي غير مخالف للدستور فإنَّ قانون المحافظات هو الذي يطبق وذلك وفقا لنص المادة (١١٥) من الدستور التي نصت على (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ،يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم ، تكون الأولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما).

الفرع الثالث

التنازع الشخصي

يتكون التعدّد الشخصي في البلد الواحد سواء كان هذا البلد دولة فيدرالية ام غير فيدرالية اذا كانت فيه اكثر من طائفة أو مذهب وكل طائفة من المتمتعين بجنسية نفس الدولة لها قانونها الخاص كما هو الحال في لبنان وبولندا ورومانيا ومصر[٢] ، وكل طائفة من هذه الاشخاص لهم ديانة خاصة إذ يتم توزيعهم بحسب ديانتهم فيما يتعلق بمسائل أحوالهم الشخصية [٣] ، وبالتالي فإنَّ هذا التعدّد الشخصي على نظير من تعدّد الاقليم ولكن القانون العراقي يشمل كل من التعدّد الشخصي والإقليمي

---

(١) تنص المادة (١١٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل على (مجلس المحافظة هو اعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الادارية للمحافظة لها حق اصدار التشريعات المحلية في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية) .

(٢) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٨٠.

(٣) ختام عبد الحسن شنان ، الاسناد الى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ،المجلد الاول ، العدد (١٨) سنة ٢٠١٢ ، ص ٥٣٣ .

بنفس الحلول في حالة التنازع ، ونرى ذلك جليا في نص المادة (٣١\ ثانيا) مدني عراقي (واذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها) حيث يرى غالبية شراح القانون الدولي الخاص التي تعطي الاختصاص إلى قانون البلد الذي تتعدّد شرائعه الداخلية ، ومنها العراق أن النص جاء بشكل مطلق والمطلق يجري على اطلاقه وبالتالي فإنَّ نطاق تطبيقه يشمل كل من التعدّد الشخصي والإقليمي على حد سواء لان قانون هذه الدولة في جملته يتكون من هذه الشرائع [١].

إنَّ هذا التنازع الشخصي يحدث نتيجة تعدّد الطوائف والمذاهب وكل طائفة من هذه الطوائف قانون خاص بها للأحوال الشخصية وهذا ما نجده في العراق حيث توجد سبعة عشر طائفة حددها ملحق قانون رعاية الطوائف الدينية رقم (١٣٠) لسنة ١٩٨١ و هذه الطوائف الرسمية في العراق .

إنَّ قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لا يسري على هذه الطوائف وذلك وفقا للمادة (٢ \أولا) من قانون الاحوال الشخصية التي تنص على أنه (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين الا من استثني منهم بقانون خاص) إذ نجد أنَّ قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ يطبق على جميع العراقيين دون تفرقة بين مسلم وغيره الا من استثني بقانون خاص ، و بالتالي فإنَّه وفقا لهذا يعد الاحوال الشخصية قانون عام و تصبح قوانين الاحوال الشخصية الاخرى قوانين خاصة . ومن استثنوا بقانون خاص هم المسيحيون والموسويون إذ إنَّ لهم قانون خاص هو قانون تنظيم الاحكام الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ وكذلك الارمن والارثوذكس حيث ان قانونهم هو رقم (٧٠) لسنة ١٩٣١ و منح بموجبه للروحاني في هذه الطائفة البت في مسائل هذه الطائفة ، كذلك الطائف الاسرائيلية لهم قانونهم الخاص رقم ٧٧ لسنه ١٩٣١ [٢].

(١) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

(٢) د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، بدون طبعة ، جامعة سليمانية ، ٢٠٠٤ ،ص١٧.

اما باقي الطوائف الاخرى فإنَّه يمكن استنباط استثناء سريان قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ عليهم هو من خلال المادتين (١١ و١٣) من بيان المحاكم رقم (٦) لسنة ١٩١٧ [١].

ووفقا لذلك فإنَّه لكل طائفة من هذه الطوائف قانون شخصي خاص بها والمقصود بالقانون الشخصي هنا هو النصوص الدينية وقواعد وتعاليم الديانة لأبناء هذه الطوائف الدينية غير الاسلامية المعترف بها رسميا في العراق لان هذه الطوائف ليس لها تشريعا الخاص بها والمنظم لأحوالها الشخصية حيث انه لم يصدر لأغلب هذه الطوائف قانون ينظم الاحكام الموضوعية لمواد الاحوال الشخصية لهذه الطوائف الا ما ذكرناه اعلاه . ويعد قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ هو القانون العام اما ما يتعلق بمواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين فهو قانون خاص (والخاص يقيد العام) وبالتالي فإنَّه يجب الرجوع إلى قانون الاحوال الشخصية في كل ما لم يرد بشأنه قاعدة قانونية خاصة ، اي ان هذه الطوائف المستثناة من هذا القانون ليس مطلق بل مقيد بوجود قانون شخصي لحكم مواد الاحوال الشخصية لهذه الطواف[٢] .

يمكن القول بان تعدّد القوانين الشخصية نتيجة تعدّد المذاهب والطوائف في العراق قد يؤدي إلى حصول التنازع بين هذه القوانين الشخصية اذا كان الامر متعلق بأشخاص ينتمون إلى اكثر من طائفة . وما يميز قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بأنَّه يطبق على جميع الطوائف مالم يكن هنالك قانون خاص بهذه الطائفة ، ويطبق على الطوائف الاسلامية من السنة والشيعة، وبالتالي يمكن القول بأنّه في الإطار المذهبي كان موحدا إلى حدّ ما عند مقارنته بلبنان كدولة متعدّدة المذاهب والطوائف .

---

(١) تنص المادة (١١) من بيان المحاكم رقم ٦ لسنة ١٩١٧ على (تنظر المحاكم المدنية –فضلا عن المواد المدنية التجارية التي كانت تنظر فيها الى الان – في الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والوصية والمناسبات العائلية والحجر والارث والوقف وما اشبه ذلك مما هو معبر عنه فيما يأتي بالمواد الشخصية باستثناء ما كان من ذلك عائدا الى المحاكم الشرعية وتفصل في تلك الدعوى) اما المادة (١٣) فقد نصت على (اذا ظهر في دعوى او معاملة قدمت الى احدى المحاكم المدنية مسائل تتعلق بإحدى المواد التي سبق تعريفها يجب على المحكمة ان تحكم فيها حسب القانون الشخصي او العرف المرعي في الزمن الذي حدثت فيه اسباب الدعوى للطرفين او للشخص المراجع بشرط ان لا يكون ذلك القانون الشخصي او العرف منافيا للعدالة والانصاف والوجدان وان لا يكون قد غير او الغي من جانب مختص)

(٢) مقال منشور على الموقع الالكتروني https://www.hjc.iq/view.68279/ .تاريخ الزيارة ٤/٧/ ٢٠٢١ .

إلا أنَّ هذا التعدّد للشرائع لا يثير الصعوبات التي يمكن أن تثار في التعدّد الأقليمي ، لأنَّ حل هذا التنازع الداخلي الشخصي يقوم على أسس مستمدة من الدين أحياناً ومن الجنس أحيان أخرى[١].

الفرع الرابع

التنازع بين القانون الداخلي والمعاهدة الدولية

قبل الولوج لتوضيح العلاقة بين المعاهدات الدولية ، والنظم القانونية الداخلية لابد من التعرف ولو بإيجاز على ماهية المعاهدة الدولية التي تعني توافق شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الذي هم الدول والمنظمات الدولية على أحداث أثر قانوني وفقا لأحكام القانون الدولي شرط أن تكون المعاهدة مكتوبة ، و هذه المعاهدات الدولية قد قسمها الفقه إلى قسمين : من حيث الوظيفة القانونية إلى معاهدة عقدية التي يكون اطرافها عدد محدد من الدول و أثرها لا يتعدى للغير ، والأخرى معاهدة شارعة تعقد بين مجموعة كبيرة من الدول التي قد ينصرف أثرها إلى الغير ، وهذا النوع من المعاهدات يعد مصدراً رئيسياً من مصادر القانون الدولي العام[٢].

الأساس القانوني لالتزام الدول بالقانون الدولي العام قد اختلف فيه الفقهاء وانقسموا إلى قسمين ، الأول : هو المذهب الإرادي الذي يرى بأن إرادة الدولة الصريحة أو الضمنية هي أساس لالتزام الدول بقواعد القانون الدولي العام وهذا المذهب انقسم بدوره إلى قسمين ، فمنها من يأخذ بالإرادة المنفردة أي أنَّ الدولة ذات سيادة لا يمكن أن تخضع لإرادة أعلى من ارادتها لكي لا تفقد كيانها واعتبارها بالمقابل يمكنها تقييد ارادتها من خلال انشاء علاقات مع الدول الأخرى من خلال اتفاقيات ومعاهدات طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، بينما الشق الثاني من أصحاب المذهب الأول قد أخذ بنظرية الإرادة المشتركة الذي يرى بأن أساس الالتزام هو إرادة الدول مجتمعة ، وذلك لعدم وجود سلطة عليا تضع هذا القانون وتلزم الدول باتباعه ، اما القسم الثاني فهو المذهب الموضوعي الذي بدوره ينقسم إلى شقين ، أحداهما يقول بالنظرية المجردة للقانون التي تعني أن كل تنظيم قانوني يستند إلى هرم من القواعد ، وإن كل قاعدة اساسها يرجع إلى وجود قاعدة قانونية تعلوها في هذا الهرم القانوني وتستمد

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ .

(٢) عمر صالح علي العكور ، ممدوح حسن مانع العدوان، ميساء بيضون ، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الاردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد (٤٠) ، العدد (١) ، لسنة ٢٠١٣ ، ص ٧٧ .

منها قوتها الإلزامية ، والشق الثاني يأخذ بنظرية التضامن الاجتماعي ، إذ إنَّ هذه النظرية تقوم على أنَّ القانون ضرورة من ضرورات التضامن الاجتماعي، واساسي على وجود الدولة واعلى منها [١].

إنَّ الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن القوانين التي تخالف المعاهدات الدولية فرق فيه بين حالتين ، الأولى : إذا كان القانون الذي يتعارض مع المعاهدة الدولية والمسبب ضرر للغير سابقا عليها ، إذ في هذه الحالة تقوم مسؤولية الدولة على أساس أحكام المسؤولية دون خطأ ؛ لأن المشرع عند إصداره للقانون كانت المعاهدة الدولية التي يتعارض معها غير موجودة من الأساس ، و بذلك لا يمكن القول بوجود خطأ ارتكبه المشرع و سبب ضررا للغير ، أما الحالة الثانية فهي عندما يكون القانون لاحقا على المعاهدة الدولية و يتعارض مع أحكامها ، و تسبب بضرر للغير ، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية على أساس الخطأ ؛ لأن المشرع ارتكب خطا تمثل في عدم مراعاته لتعهداته والتزاماته الدولية على الصعيد الدولي والتي تتميز بعلوها وسموها على أحكام القانون الداخلي [٢].

والفقه الدولي اختلف في تحديد العلاقة بين القانون الدولي ، والقانون الداخلي، حيث انقسموا بذلك إلى قسمين ، الأول : يقوم على نظرية ازدواجية القانونين ، وبالتالي لا يكون أي صلة بين القانون الدولي والقانون الداخلي ، ولكل منهما نطاقاً مستقلا عن الآخر، فلا يتصور التعارض بين القانونيين ؛ إذ تختلف قواعد النظام الداخلي عن قواعد النظام الدولي . أمّا الاتجاه الثاني يقوم على وحدة القانونيين ويعترف بوجود صله وثيقة وترابط دائم بين القانونين وبالتالي يتوجب تغليب قواعد أحدهما على الآخر في حالة وجود تعارض بينهما [٣].

وقد نص القانون العراقي في المادة الثامنة من الدستور على أنَّ العراق يلتزم بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية ، سواء أكانت اتفاقيات ثنائية بين العراق واحدى الدول أم اتفاقيات متعدّدة

(١) طارق جمعة سعيد ، اليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والتشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة الشرق الاوسط ، سنة ٢٠٢٠ ، ص ١٢-١٤ .

(٢) وليد محمد عباس ، تطور مسؤولية الدولة على اساس الخطأ عن القوانين المخالفة للمعاهدات الدولية : دراسة في النظام القانوني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد (٤٢) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠١٨ ، ص ١٧٢ .

(٣) طارق جمعة سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

الأطراف[١]. وكذلك لا تصبح المعاهدات الدولية نافذة في العراق ما لم يصادق عليها من قبل مجلس النواب بقانون يتم تشريعه بموافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب ، وبالتالي فإنَّ المعاهدات والاتفاقيات الدولية تكتسب صفة التشريع العادي الداخلي بموجب القانون الذي يصدر من مجلس النواب [٢].

المطلب الثالث

آلية فض التنازع الداخلي في العراق

بعد أن يصبح القانون الواجب التطبيق على الواقعة المعنية هو قانون دولة متعدّدة الشرائع ، فإنَّه لابد من آلية معينة للوصول إلى تحديد أي القواعد الموضوعية الداخلية لهذه الدولة هو المختص في حكم الواقعة. وهذه الآليات التي يحددها القانون الوطني ، أمّا أن تكون تشريعية فقد نجد أعلى قانون كان يكون الدستور مقابل التشريعات العادية هو الذي يحدد طريقة حل التنازع أو سريان القانون أو مكان المدعى عليه أو كون القانون اتحادي فيقدم على قانون الاقليم أو المحافظات، ولكن هل يمكن أن نجد دور للتشريع العراقي وفق هذه الآلية ؟ أمّا الآلية الأخرى فهي قضائية ، وذلك من خلال تدخل المحكمة لتحديد القانون الذي يحكم الواقعة التي أحيلت إلى هذه الدولة .

لقد اعتمد المشرع العراقي على آلية معينة في حلّ تنازع القوانين عندما تكون الدولة التي أسند إليها الاختصاص دولة متعدّدة الشرائع من خلال اعطاء الاختصاص للقانون الداخلي لتلك الدولة لتحديد اي شريعة من هذه الشرائع الداخلية هي المختصة بالعلاقة ، وهذا ما نجده وفقا للمادة (٣١ /ثانيا) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ وهذه الآلية اطلق عليها (التفويض) أو الإحالة الضرورية أو الإحالة الداخلية .

التفويض هو تخويل أو توكيل القانون المختص بالتنازع أي قانون القاضي المعروض أمامه النزاع للقانون الواجب التطبيق ليتولى هذا القانون تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على العلاقة . أي أنَّ قواعد الإسناد التابعة لقاضي النزاع بعد أن تسند الاختصاص لقانون معين تقوم بنفس الوقت بتفويض القانون المسند إليه الاختصاص ، وبالتالي فإنَّ الوظيفة التي يقوم بها التفويض هي تركيز

---

(١) تنص المادة (٨) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (يرعى العراق مبادئ حسن الجوار ، ويلتزم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاخرى ، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية ، ويقيم علاقاته على اساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل ، ويحترم التزاماته الدولية) .

(٢) تنص المادة (٦١/٤) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (تنظم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب) .

الاختصاص المسند إليه في احدى شرائعه المتعدّدة ؛ وذلك بسبب عدم قدرة قواعد الإسناد الدولة المعروض أمام قضائها التنازع على تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق للقانون المسند إليه الاختصاص[١] .

ويلاحظ من نص المادة (٣١/ ثانيا) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنَّه يشمل نوعي التعدّد حيث جاء النص مطلق ((قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع)) ولم يفرق بين التعدّد الشخصي والتعدّد الاقليمي ، وبالتالي فإنَّ المطلق يجري على اطلاقه ؛ لذلك لا يوجد في القانون العراقي فرق بين التعدّد الشخصي والإقليمي وأنَّ التفويض يسري عليهما دون احدهما.

أمّا بالنسبة لنوع الضوابط التي تدخل تحت نطاق التفويض فقد ذهب جانب من الفقه العراقي إلى استبعاد الضوابط المكانية من الخضوع لقاعدة التفويض استنادا إلى كفاية الضوابط المكانية في تعيين الشريعة الداخلية للدولة المتعدّدة الشرائع .بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب العمل بقواعد التنازع الداخلية للقانون الواجب التطبيق لتحديد الشريعة الداخلية ؛ وذلك لأنَّ مهمة قواعد الإسناد تنتهي عند تعيين قانون دولة في مجموعه ولا تتولى تعيين القواعد الموضوعية الوطنية الواجبة التطبيق ؛ ولذلك فإنَّ القانون الذي اسند إليه الاختصاص هو الذي يتولى تركيز الاختصاص في مكان معين داخل الدولة لتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق [٢].

وهذا الرأي يتفق مع ما جاءت به المادة (٣١ /ثانيا) من القانون المدني حيث جاءت مطلقة وعامة ولم تميز بين ضابط إسناد وآخر ، وبالتالي فإنَّه مهما كان نوع ضابط الإسناد المعتمد في تعيين الاختصاص لقانون دولة متعدّدة الشرائح فإنَّ القواعد الداخلية لتلك الدولة هي التي تتولي تعيين الشرائع الداخلية المختصة لهذه الدولة المتعدّدة الشرائع .

وبعد بيان التفويض ونطاق سريانه يمكن أن يثار تساؤل وهو هل يمكن تطبيق قاعد التفويض داخل العراق لحل مسألة التنازع الداخلي ؟

الجواب ان قاعدة التفويض لا يمكنها حل التنازع الداخلي للقوانين في العراق الذي يمكن ان يحصل بين القانون الاتحادي وبين القانون الإقليمي ، أو المحلي ، أو بين قانون اقليم مع اقليم اخر

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص٢٥٣ .

(٢) اشارة اليهم د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مصدر سابق ،ص ٨٥ .

أو المحافظات غير المنتظمة بأقليم ؛ وذلك لأنَّ وفقا لشروط قاعدة التفويض يجب ان تكون العلاقة ذات عنصر أجنبي لكي تطبق هذه القاعدة وفقا لنص المادة (٣١/ثانيا) .

ويضيف البعض إلى ذلك سبب اخر هو ان الضابط في قاعدة التفويض هي الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لنص المادة اعلاه وان العراق كأي دولة فيدرالية اخرى لا تتعدّد فيها الجنسيات مثل تعدّد القوانين فيها [١] ، وبالتالي لم تسعف قاعدة التفويض المنصوص عليها في المادة (٣١/ ثانيا) من القانون المدني العراقي حالات تنازع القوانين التي يمكن حدوثها داخل العراق لذلك لابد من البحث عن حلول أخرى في غير النصوص المدنية من خلال الرجوع إلى الدستور لكونه القانون الأعلى في البلاد ، وكذلك الدور الذي يمكن أن تقوم به المحكمة العليا الاتحادية لحل هذا التنازع لذلك فما هو دور الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ، والمحكمة الاتحادية العليا في حل تنازع القوانين الداخلي . ان الاجابة على السؤال المطروح سوف تكون من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

دور الدستور العراقي في تنظيم مسائل التنازع الداخلي

دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ كغيره من الدساتير الفيدرالية فقد وزع الاختصاصات الدستورية وحدّدها في المواد (١٠٩– ١١٥) . إذ وزعها إلى ثلاث طوائف ، الطائفة الأولى هي الاختصاصات الحصرية بالسلطة الاتحادية [٢]، وحدد كذلك الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم .[٣]

وترك السلطات المتبقية من صلاحيات الاقاليم المكونة للاتحاد الفيدرالي العراقي [٤]، هذا التوزيع للسلطات لم يكن كما هو عليه الحال في الدستور الأمريكي الذي يحدّد اختصاص الهيئات

---

(١) د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، مصدر سابق ، ص ٦١٠ .

(٢) المادة (١٠٩–١١٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .

(٣) تنص المادة (١١٤) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (تكون الاختصاصات الاتية مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم .

(٤) تنص المادة (١١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صالحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الاولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما) .

الفيدرالية على سبيل الحصر وترك باقي الاختصاصات للأقاليم الا ما استثني منها ليكون من اختصاص الهيئات الفيدرالية بالنص عليه في الدستور. وبالتالي فإنَّ الدستور العراقي ضيق من مساحة اختصاص السلطات الاتحادية عندما أوردها على سبيل الحصر وترك ماعدا هذه الاختصاصات للأقاليم على الرغم من تحديده اختصاصات الأقاليم على سبيل الحصر [1]، إلا أنّه أعطاها صلاحية ممارسة الاختصاصات التي لم تحدد حصرا للسلطة الاتحادية . وبتحديد الدستور لهذه الاختصاصات فإنَّه يعتبر المرجع الأول في حلّ تنازع القوانين .

وقد نص الدستور العراقي في المادة (١٣) على مبدأ علوية الدستور باعتباره القانون الأعلى في البلاد ويطبق على جميع أنحاء البلاد ويعد باطل كل قانون يخالف الدستور ، وبالتالي فإنَّه يجب ان تكون احكام وقواعد الاقاليم منسجمة مع الدستور الذي يعد باطلا كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني يتعارض مع الدستور وبهذا يثبت علوية الدستور الاتحادي على القوانين الإقليمية والاتحادية وكذلك على دساتير الاقاليم [2].

وبهذا فإنَّ الدستور العراقي رجح كفة الدستور الفيدرالي على باقي القوانين في حالة التعارض معه ، ولكن نلاحظ هنا الدستور تناول فقط قواعده وأعطاها الأولوية على قوانين الولايات دون بقية

---

(١) تنص المادة (١٢١) من دستور جمهورية العراق على (أولا لسلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقا لأحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية .

ثانيا : يحق لسلطة الاقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الاقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الاقليم ،بخصوص مسألةٍ التدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية .

ثالثا : تخصص للأقاليم والمحافظات حصة عادلة من الايرادات المحصلة اتحاديًا، تكفي للقيام بأعبائها ومسؤولياتها، مع الاخذ بعين الاعتبار مواردها وحاجاتها، ونسبة السكان فيها .

رابعا : تؤسس مكاتب للأقاليم والمحافظات في السفارات والبعثات الدبلوماسية لمتابعة الشؤون الثقافية والاجتماعية والانمائية .

خامسا : تختص حكومة الاقليم بكل ما تتطلب إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم ،كالشرطة والامن وحرس الاقليم) .

(٢) تنص المادة (١٣) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على (أولاً : يُعدُ هذا الدستور القانون الاسمى والاعلى في العراق، ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء . ثانياً : لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه) .

القواعد الفيدرالية على خلاف الدستور الأمريكي الذي رجح كفة الدستور وبقية القوانين الفيدرالية على قوانين الولايات [١].

ولكن عاد الدستور العراقي في المادة (١١٥) ليبين حالة الخلاف بين القوانين الاتحادية وقوانين الولايات ، ويعطي الأولوية لقانون الولايات علي خلاف الدستور الأمريكي الذي يرجح كل من الدستور والقوانين الاتحادية على قوانين ودساتير الولايات .

ووفقا لذلك فإنَّ دور الدستور في تنظيم مسائل التنازع الداخلي للقوانين انحصر في صورة التنازع بين قانون اتحادي مع قانون محلي أو اقليمي وفي مجال الاختصاصات المشتركة . أما الصور الأخرى للتنازع فلم توجد لها حلول دستورية مثل التنازع بين قانون اقليم مع قانون أقليم آخر أو بين قانون أقليمي مع قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم . وبذلك فإنَّه يعد نقصاً دستورياً في حلّ التنازع الداخلي للقوانين ، وعند مقارنته مع الدستور الأمريكي نرى أنَّه على الرغم من تناوله لصورة واحدة ايضا من تنازع القوانين كما في الدستور العراقي ولكنه بينها بشكل يختلف عن القانون العراقي واضافة مبدأ دستوري لحلّ التنازع بين قوانين الولايات ، وهو مبدأ الاعتماد الكامل الذي نصت عليه المادة الرابعة من الدستور الأمريكي الذي يعني أن تعترف الولايات بالإجراءات القانونية ، والأحكام الصادرة عن الولايات الأخرى ، وان يعتمدها اعتمادا كاملا [٢]. وهذا المبدأ لم نجد له مثيل في الدستور العراقي الذي كان الأجدر به ان يتضمنه كمبدأ يعتمد عليه في حل تنازع القوانين بين الولايات .

الفرع الثاني

دور المحكمة الاتحادية العليا في حل قضايا التنازع الداخلي

بما أنَّ العراق دولة فيدرالية فلا بد من جهة مختصة تتولى الرقابة على شرعية القوانين و تنظر في المنازعات التي يمكن أن تحدث بين القوانين الاتحادية وقوانين الأقاليم أو المحافظات غير

(١) تنص المادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الامريكية (٢- هذا الدستور، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، هو القانون الأعلى للبلاد. ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك) .

(٢) تنص المادة (٤) من الدستور الامريكي على (اولا : تحترم كل ولاية وتعتد اعتداداً كاملا وبنية خالصة بقوانين كل ولاية أخرى وسجلاتها الرسمية وإجراءاتها القضائية. ويجوز للكونغرس أن يحدد، بقوانين عامة، قواعد الكيفية التي يتم فيها إثبات مثل هذه القوانين والسجلات والإجراءات، ونتائج ذلك) .

المنتظمة بإقليم ، وهذه الجهة هي المحكمة الاتحادية العليا أو الهيئات التي تسمى بالمجلس الدستوري ولذلك نص قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية في المادة (٤٤) منه على إصدار قانون للمحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنه ٢٠٠٥ .ثم جاء دستور ٢٠٠٥ ، وقد وسع من اختصاصاتها [١]، فما هو دورها في حلّ تنازع القوانين الداخلي .

إنَّ أَهم اختصاص للمحكمة العليا هو الرقابة على دستورية القوانين حيث وحدها التي ينعقد لها هذا الاختصاص ، ولا تمتلك المحاكم والهيئات الأخرى ذلك ، وإنَّ نطاق هذا الاختصاص قصره المشرع العراقي فقط على القوانين والأنظمة النافذة ، وقد جاء النص الدستور عند تحديد هذا الاختصاص مطلقا ليشمل جميع القوانين سواء التي تصدرها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها ، و لكن في الواقع الرقابة على دستورية القوانين والانظمة في دستور ٢٠٠٥ نظمت على المستوى الاتحادي دون الاقاليم لأنَّ المحكمة الاتحادية تقوم برقابة القوانين والأنظمة الاتحادية و مطابقتها للدستور دون القوانين الإقليمية على الرغم من وجود تعارض بين نصوص قوانين اقليم كردستان و الدستور الاتحادي [٢].

بالرغم من النص على هذا الاختصاص بصورة صريحة في الدستور [٣]، وكذلك على إلزامية قراراتها إلا إنَّها في الواقع كما قلنا لم تشمل القوانين الإقليمية كدستور اقليم كردستان وبهذا تختلف عن المحكمة العليا الأمريكية التي تقوم بمراجعة القوانين الاتحادية والاقاليم على حدٍّ سواء على الرغم من عدم النص صراحة بمنح المحكمة العليا الحق في مراقبة دستورية القوانين رغم ان واضعي الدستور افترضوا ان المحكمة ستمارس تلك السلطة لكنهم اهملوا النص على ذلك في الدستور ، وكذلك تعتبر قرارات المحكمة العليا الأمريكية ملزمة وفقا لنظام السوابق القضائية المعتمد في الولايات المتحدة الأمريكية [٤].

ولكن هذا الواقع تغير بعد تاريخ ٢٠٢٢/٢/١٥ وتأكد دور المحكمة الاتحادية في حلّ التنازع الحاصل بين قوانين الأقليم والقوانين الاتحادية ، وفي مقدمتها الدستور ، وذلك عندما أصدرت المحكمة

---

(١) اريان محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤-٢٤٥ .

(٢) علي محمود يحيى ، مضر محمود يحيى ، وسام محمد خلية ، المحكمة العليا (الاتحادية – الدستورية) : نشأتها واختصاصاتها ، بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم ، المجلد (١١) ، العدد (٢) ، سنة (٢٠١٩) ، ص ٢١٢ .

(٣) المادة (٩٣/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٤) صادق عبدالحميد مالكي، مصدر سابق .

الاتحادية العليا قرارها بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة اقليم كردستان رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧ وقامت بإلغائه لمخالفته أحكام المواد (١٣٠,١٢١,١١٥,١١٢,١١١,١١٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ . وألزمت المحكمة الاتحادية حكومة الاقليم بتسليم أنتاج النفط كله في الحقول النفطية في أقليم كردستان ، وكذلك في المناطق الاخرى التي قامت وزارة الثروات في حكومة اقليم كردستان باستخراج النفط وتسليمها إلى الحكومة الاتحادية [١].

ومن ضمن اختصاصاتها الأخرى الأصلية هي الفصل في تنازع الاختصاص الدستوري ، إذ انها صاحبة الاختصاص الأصيل في فض تنازع الاختصاص بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم ، وكذلك بين حكومات الاقاليم والمحافظات ، وايضا تعد صاحبة الاختصاص الاصيل بالفصل في تنازع الاختصاص القضائي بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم ، وقد اضاف دستور ٢٠٠٥ اختصاص جديد لها وهو الفصل في تنازع الاختصاص بين المحافظ ومجلس المحافظة أو المجلس المحلي [٢].

وعلى الرغم من اختصاص المحكمة هذا الا ان هذا الاختصاص في المنازعات التي تحدث على مستوى الحكومات وفقا لنص المادة (٩٣) من الدستور ولا تضم حالة تنازع القوانين ، وخير دليل على ذلك هو عندما رفعت دعوى أمام المحكمة الاتحادية ضد وزير التجارة والصناعة في اقليم كردستان ومدير مديرية العلامات التجارية في كردستان إضافة إلى وظيفتهما عندما طلب المدعي بعدم قانونية ومشروعية اعمال تسجيل العلامات التجارية التي يقوم بها المدعي عليه لأنها مخالفة لأحكام قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ المعدل ، إذ ردت المحكمة الدعوى لعدم الاختصاص لأنها رأت بأن اختصاصها وفقا للمادة (٩٣) من الدستور و المادة (٤) من القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ محدد بالنظر في الطعون المثارة بشأن مخالفة القوانين للدستور ، وليس الطعون المثارة بشأن مخالفة القوانين بعضها البعض [٣].

---

(١) قرار رقم ٥٩/ اتحادية /٢٠١٢ وموحدتها ١١٠/اتحادية /٢٠١٩ ، تاريخ ٢٠٢٢/٢/١٥ ، منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news.4805/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٢.

(٢) د. رافع خضر صالح شبر ، منتهى فزاع عبد حسين ، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا الاصيل في حل تنازع الاختصاص ، مصدر سابق ، ص ٢١٢-٢١٣ .

(٣) خبر منشور على الموقع الالكتروني التالي https://www-rudaw-net.cdn.ampproject.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١٦ .

ولذلك فإنَّه لحلّ التنازع الداخلي الذي يمكن أن ينشأ بين الأقاليم أو بين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم يتم الرجوع إلى المبادئ المعتمدة في الولايات المتحدة الأمريكية والتي هي مبدأ الاعتماد الكامل المذكور أعلاه ومبدا المجاملة ، وكذلك اتباع نظام المحاكم الأمريكية بإعطاء الأرجحية للمحكمة الاتحادية العليا.

الخاتمـــة

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي قمنا من خلاله بالحديث عن القانون الواجب التطبيق عندما يكون متعدّد الشرائع داخليا بتعدّد الأقاليم داخل الدولة الفيدرالية ، وقد توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات يمكن إجمالها بالتالي :

أولاً : الاستنتاجات

١- لقد كان هنالك خلافاً واسعاً بين الفقهاء حول مدى إمكانية عدّ التنازع الداخلي جزء من مشكلة القانون الدولي الخاص حيث وضع كل فريق أسانيد وحجج معينة عند النظر إليها تصل إلى نتيجة أن التنازع الداخلي جزء من مشكلة القانون الدولي الخاص ، وذلك لأنَّ الحجج والمبررات التي يستند عليها أصحاب الاتجاه القائل بخروج المشكلة من نطاق القانون الدولي الخاص هي غير دقيقة، وكذلك لأنَّ التنازع الداخلي جاء هنا نتيجة للتنازع الدولي اي ان حلّ مشكلة القانون الدولي الخاص المتمثلة بتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين هي التي قادت إلى حدوث التنازع الداخلي ، وبالتالي لا بد من حلّ مشكلة القانون الدولي الخاص كاملة وعدم تركها بالمنتصف ، فيما يفرق آخرون بين نوعي التعدّد الشخصي والإقليمي بيما ليس هناك ما يدعو إلى هذه التفرقة ، وهذا ما نجده في موقف التشريعات و منها العراق .

٢- قد تخلط مشكلة الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع مع جملة من الإشكالات الأخرى المتعدّدة في القانون الدولي الخاص ، وأولها الإحالة التي تختلف عنها في انها هي تخلي القانون المسند إليه لاختصاص إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي أو غيره مع قبول القانون المحال عليه الاختصاص ، بينما تعد مشكلة تعدّد الشرائع تركيز للاختصاص في أحد الشرائع المتعدّدة بموجب قواعد إسناد داخلية ، أما مشكلة المسائل الأولية فإنَّها وإن كانت تتشابه مع تعدّد الشرائع إلا أنها تعد عملية سابقة على المسائل الأولية التي تكون بعد تعيين القانون الواجب التطبيق عند تطبيقه فيما تكون مشكلة الإسناد عند التعيين وليس التطبيق ، كذلك تتعلق مشكلة تعدّد شرائع المسائل الأصلية في حين الأخرى تتعلق بالمسائل الأولية دون المسائل الأصلية ، وقد يجتمع المشكلتين معا ، فيما يكون للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص دور إيجابي في المساعدة على حلّ مشكلة تعدّد الشرائع الداخلي .

٣- يعد التفويض هو أهم الحلول التشريعية التي اعتمدتها الدول ، ومنها العراق من خلال إعطاء الاختصاص في القانون الداخلي للدولة المتعدّدة الشرائع (أي تفويض القانون المسند إليه الاختصاص وتحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق من بين الشرائع المتعدّدة) ، وإعطاء التفويض للقانون الأجنبي هو بهدف ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة باعتبارها وحدة اقليمية قائمة بذاتها ، وكذلك لأنَّه يوحد الحلول على المستوى الدولي . عندما يعطي الاختصاص للقانون الاجنبى فإنَّه يفترض وجود قواعد إسناد داخلية تتولى تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، ولكن عند عدم وجودها فرق الفقهاء بين التعدّد الشخصي والأقليمي وأصبحت مثار جدل وأن تدخل بعض المشرعين وأعطوا الحلول لذلك النقص وهذا ما يعيب التفويض.

٤- تعد الولايات المتحدة الأمريكية نموذجاً للدولة الفيدرالية ، حيث تتكون من ٥١ ولاية ويتم توزيع السلطات من قبل دستورها بين الولايات والأقاليم وفق آلية معينة مما ينتج عنه تنازع داخلي للقوانين داخل الاتحاد الفيدرالي الأمريكي بين قوانين الولايات من جهة ، والقانون الفيدرالي من جهة أخرى ، وبين قوانين الولايات إذ أنَّ الولايات تستطيع اصدار القوانين وفق اللامركزية الإدارية التي هي سمة الدولة الفيدرالية ، وقد وضعت الولايات المتحدة الأمريكية آلية معينه لحل هذا التعارض الذي يحدث بين القوانين الداخلية سواء أكان تعارض هرمي أم زماني أم مكاني ، إذا كان للدستور الأمريكي دور كبير في فض هذا التنازع أما بصورة مباشرة بالنص عليه صراحة أو غير مباشرة من خلال وضع مبادئ معينة منها مبدأ الاعتماد الكامل بالإضافة إلى الدور الكبير الذي تلعبه المحكمة العليا الأمريكية في حلّ هذا التعارض وسعت إلى توحيده ، وإعتماد مبدأ السوابق القضائية الذي يجعل احكام المحاكم الاتحادية ملزمة لجميع المحاكم الأدنى في الولايات وكأنَّها قانون فيدرالي ولا يجوز مخالفتها ، وأيضا اعتمدت المحاكم مبدا المجاملة .

٥- يعد العراق دولة فيدرالية بعد ٢٠٠٥ ، وذلك واضح بالدستور وفي الواقع العملي ؛ ولذلك أصبح هنالك أكثر من جهة تستطيع إصدار ؛ القوانين لذلك يمكن أن يحدث تعارض بين هذه القوانين ، هذا التعارض مرة يكون زمنياً وأخرى مكانياً وقد يكون شخصياً وكذلك هرمياً ، وأهم أنواع هذا التنازع هو التنازع المكاني الذي يحدث في الدولة المركبة فقط أي الفيدرالية الذي قد يكون بين قانون فيدرالي ، وقانون أقليمي أو بين قوانين أقليمية ، وهذا لا يمكن أن يحدث في العراق في الوقت الحاضر ؛ لأنَّه لا يوجد سوا إقليم كردستان على عكس الولايات المتحدة الأمريكية الذي يعد أبرز أنواع التنازع المكاني ، ولكن قد يحدث بين قوانين الأقاليم وتشريعات مجالس المحافظات ، وقد اعتمد المشرع العراقي على

التفويض كآلية تشريعية لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائح المتعدّدة في القانون المختص من خلال المادة(٣١/ثانيا) حيث نصت على (إذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع فإنَّ قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها) ، وفقاً لهذه المادة فإنَّ آلية التفويض تطبق بالنسبة للتنازع الحاصل داخل القانون الأجنبي الواجب التطبيق المتعدّد الشرائع وليس التنازع الداخلي في العراق.

٦- للدستور العراقي دور في حلّ التنازع الداخلي للقوانين في العراق ، وذلك من خلال توزيع الاختصاصات الدستورية واعطاء الدستور العلوية ، إذا رجح كفت الدستور الفيدرالي على قوانين الولايات في حالة التعارض معه ، ولكن دوره انحصر في صورة التنازع بين قانون اتحادي مع قانون أقليمي وفي مجال الاختصاصات المشتركة أما الصور الأخرى فلم نجد لها حلول دستورية ، ودوره في حلّ هذه الصورة من التنازع لم يكن كافياً حيث أعطى الأولوية على قوانين الولايات دون بقية القوانين الفدرالية علي خلاف الدستور الأمريكي الذي رجع كفة الدستور ، وبقية القوانين الفيدرالية على قوانين الولايات ، حيث أعطى الأولوية لقوانين الولايات على القوانين الاتحادية وفق المادة (١١٥) منه .

٧- لم يظهر دور المحكمة الاتحادية في العراق بشأن التنازع الداخلي لغاية الآن على عكس الولايات المتحدة الأمريكية إذ إنَّ أهم اختصاص لها هو الرقابة على دستورية القوانين الذي نص عليه الدستور لكن في الواقع إنَّ هذا الاختصاص اقتصر على المستوى الاتحادي دون الأقاليم إذ تقوم المحكمة برقابة القوانين والأنظمة الاتحادية ، ومطابقتها للدستور دون القوانين الأقليمية على الرغم من وجود تعارض بين نصوص قوانين إقليم كردستان والدستور الاتحادي الا حديثا من خلال إلغاء قانون النفط والغاز لإقليم كردستان ، أما التعارض بين القوانين الاتحادية وقوانين الأقاليم أو قوانين الاقاليم فيما بينها لم يكن لها دوراً في هذا التنازع وقد ردت دعوى في هذا الشأن بحجة عدم الاختصاص .

٨- إن الدستور العراقي لم ينص صراحة على اختصاص المحكمة الاتحادية في حلّ التنازع الداخلي ؛ لذلك فقد ردت المحكمة الاتحادية دعوى للتنازع بين أحد قوانين إقليم كردستان ، والقانون الاتحادي بحجة عدم اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بهذا النوع من التنازع .

ثانيا : التوصيات

١- لقد أخذ المشرع العراقي بالتفويض كآلية لتحديد الشريعة الداخلية من بين الشرائع المتعدّدة في القانون الواجب التطبيق شأنه في ذلك شأن أغلب البلدان ، ولكن وقع في نقص تشريعي هو في حالة

خلو القانون المختص من قواعد إسناد داخلية تحدد الشريعة الواجبة التطبيق ، ولم يعالج هذه المسألة وتركها مثار جدل بين الفقهاء ؛ لذلك نهيب بالمشرع العراقي أن يسلك ما سلكه القانون الجزائري الذي قد تدارك هذا النقص الذي وقع فيه المشرع العراقي في المادة (٣١/ ثانيا) من القانون المدني الذي كان فيه المشرع الجزائري اكثر وضوحا حتى من المشرع الإماراتي والسوداني اللذين عالجا هذه المسألة الذي نص في المادة (٢٣/ثانيا) من قانون ١٠/٠٥ المؤرخ في يونيو ٢٠٠٥ المعدل على (.....اذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن ، طبق التشريع الغالب في التعدّد الطائفي ، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدّد الإقليمي) .

٢- المشرع العراقي في المادة (١١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ يعطي الأولوية لقانون الولايات على القوانين الاتحادية في حالة الخلاف بينهما ، وهذا خلاف ما سارت عليه النظم الفيدرالية وما يعكسه هذا من توسيع اختصاصات الأقاليم والمحافظات من خلال تمسك كل منهما بقانونه ؛ لذلك الأجدر بالمشرع أن يعدل هذه المادة ، و يعطي الأولوية للقوانين الاتحادية على قوانين الولايات كأي نظام فيدرالي وأولها الولايات المتحدة الأمريكية .

٣- إنَّ دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ عندما حدّد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في المادة (٩٣) منه كذلك قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ لم يدرج بشكل دقيق اختصاص المحكمة الاتحادية في حالة التنازع بين القوانين ؛ لذلك ترد المحكمة الاتحادية الدعاوي لعدم الاختصاص ؛ لأنها ترى بأنّ الاختصاص محدّد بالنظر في الطعون المثارة بشأن مخالفة القوانين للدستور فقط وليس الطعون المثارة بشأن مخالفة القوانين بعضها البعض ؛ لذلك يجب على المشرع العراقي معالجة هذا النقص من خلال النص على هذا الاختصاص بشكل صريح وواضح في الدستور والقانون .

٤- نظراً لنجاح التجربة الفيدرالية الأمريكية في حلّ تنازع القوانين ينبغي الاستفادة من التجربة الأمريكية ، وخاصة فيما يتعلق بالمبادئ والحلول المعتمدة في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال اعتماد الشارع العراقي لمبدأ الاعتراف الكامل و المجرد واتباع نظام المحاكم الأمريكية بإعطاء الأرجحية للمحكمة الاتحادية العليا ومبدأ المجاملة .

المصـــــادر

المصادر

أولا : الكتب القانونية

١- د . احمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠١٢ .

٢- د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، مصر ، ١٩٩٦ .

٣- د. احمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٤- د. احمد عبد الكريم سلامة ، الاصول في التنازع الدولي للقوانين ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٥- د.ازهار هاشم احمد، تنظيم العلاقة بين السلطة المركزية و سلطات الاقاليم في النظام الفدرالي، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٤ .

٦- د. اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، ٢٠٠٢.

٧- آل ساندي مايسل ، الانتخابات والاحزاب السياسية الأمريكية ، الطبعة الأولى ، مؤسسة هندأوي للتعليم والثقافة ، القاهرة ، ٢٠١٤ .

٨- جورج اندرسون ، مقدمة عن الفيدرالية ، ترجمة مها تكلا ، بدون مطبعة ، منتدى الانظمة الفيدرالية ، كندا ، ٢٠٠٨ .

٩- د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، مطبعة نور القاهرة ، ١٩٣٦ .

١٠- د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني) ، الطبعة الثانية ، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٧ .

١١- د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٦ .

١٢- د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

١٣ – ديفيد أوزبورن ، تيد غايبلر ، إعادة اختراع الحكومة: كيف تحول روح المغامرة القطاع العام من مبنى المدرسة إلى المدرسة إلى مقر الولاية ومن قاعة البلدية إلى البنتاغون ، ترجمة محمد توفيق البجيرمي ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ٢٠١٠ .

١٤- د. سالم ارجعية ، الوجيز في القانون الدولي الليبي ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٧.

١٥- د. سامي بديع منصور ، د. عبد جميل غصون ، د. نصوي انطوان دياب ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأول ، مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ .

١٦- سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

١٧- د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

١٨- عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ .

١٩- د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، بدون طبعة ، مكتبة السنهوري .

٢٠-د. عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد .

٢١- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، بدون طبعة ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ .

٢٢- د. عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري ، دار الوثائق والكتب في المكتبة القانونية ببغداد ، ٢٠١٠ .

٢٣- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٩ .

٢٤-د . عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، تنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة ، سنة ١٩٨٦ .

٢٥- د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٢٦- د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، الطبعة السابعة ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .

٢٧- د . غالب علي الداووي ، د. حسين محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، مكتبة العاتك ، القاهرة .

٢٨- د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، بدون طبعة ، جامعة سليمانية ، ٢٠٠٤ .

٢٩- د. مجد الدين خربوط ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القانون ، الجزء الثاني ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، حلب ، ٢٠٠٨ .

٣٠- محمد بقبق ، مدخل عام لدراسة القانون ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٢ .

٣١- د. محمد عمر مولود ، الفدرالية وامكانية تطبيقها كنظام سياسي ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعة ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٣٢- د. معمر مهدي صالح الكبيسي ، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفيدرالية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٣٣- د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠١١ .

٣٤- موريس فيورينا وبير ترام جونسون و بول بيترسون ودي ستيفن فوس، الديموقراطية الأمريكية الجديدة ، من ترجمة لميس فؤاد اليحيى، (مكان و دار النشر غير معروف) عام ٢٠٠٨ .

٣٥- د . هشام خالد ، التفويض ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤.

٣٦- د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤.

٣٧- د . هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، بدون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٤ .

٣٨- د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤.

ثانيا : الرسائل والاطاريح

١-اريان محمد علي ، الدستور الفيدرالي ، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون في جامعة بغداد ، سنة ٢٠٠٧ .

٢-ايات سلمان شهيب ، النظام الفيدرالي في العراق ، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون في جامعة النهرين ، سنة ٢٠٠٧ .

٣-بوسماحة نبيل ،تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، رسالة ماجستير قدمت لجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، سنة ٢٠١٨-٢٠١٩ .

٤-طارق جمعة سعيد ، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والتشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط ، سنة ٢٠٢٠ .

٥-ليث عبد الرزاق علي الانباري ، فكرة الامان القانوني ودورها في تنازع القوانين ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٧ .

ثالثا : البحوث

١- احمد عبد الكريم سلامة ، مشكلة المسائل الأولية في التنازع الدولي بين القوانين ، بحث منشور في القانون الدولي المصري ، العدد (٤٧) ، لسنة ١٩٩١ .

٢- الهام فاهم نغيش ، العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة ، المجلد (٥) ، العدد (١٠) ، ٢٠٢١ .

٣- الهواري عامر ، د. العيد هدفي ، التكريس الدستوري لمبدأ الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر ، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية ، المجلد (٣) ، العدد (١) ، لسنة ٢٠٢١ .

٤- حسن علي كاظم ، قواعد الإسناد وآليات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام ، العدد (٢٠) .

٥- ختام عبد الحسن شنان ، الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع ، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ،المجلد الأول ، العدد (١٨) سنة ٢٠١٢ .

٦- رافع خضر صالح شبر ، منتهى فزاع عبد حسين ، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا الاصيل في حل تنازع الاختصاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية /كلية القانون في جامعة بغداد ، المجلد (٤) ، العدد (٣٣) ، لسنة ٢٠١٨ .

٧- رحيم موسى حسن ، حدود الاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات ، بحث منشور في مجلة الكوفة القانونية والعلوم السياسية ، المجلد (١) ، العدد (٣٥) .

٨- رضا عبد الجبار الشمري ، م. اياد عايد البديري ، امكانية تطبيق النظام الفيدرالي في العراق ، بحث منشور في مجلة القادسية في الاداب والعلوم التربوية ، المجلد (٨) ، العدد (٤) ٢٠٠٩ .

٩- صالح مهدي كحيط ، قواعد الإسناد بين التنوع في الطبيعة والتعدّد في نطاق التطبيق – دراسة مقارنة – ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، سنة ٢٠١٨ .

١٠- ضياء عبد الله عبود الاسدي ، د. نزار عبد الامير تركي ، التأصيل الفلسفي لليقين القانوني الجنائي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد (١٢) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠٢٠ .

١١- د . عبد المنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة العربة ، ٢٠١٥ .

١٢- عباس علي كدخدايي ، سيد محمد طباطبائي نژاد ، فرهاد باقري ، الفيدرالية و نظام حل تعارض القوانين ؛ مطالعة تطبيقية لنظام حل تعارض قوانين الولايات المتحدة الامريكية والاتحادية الاوربي ، المجلة الفصلية لدراسات القانون الخاص ، المجلد ٤٦ ، العدد ٣ ، ٢٠١٦ .

١٣- عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، وارم عصام خضير ، دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية ، العدد (٤٩) ، ٢٠٢٠ .

١٤- عدنان باقي لطيف ،الإحالة الداخلية في تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة (٦) ، المجلد (٦) ، العدد (١) ، الجزء (٢) ، ٢٠٢١ .

١٥- عدنان عبدالله رشيد ، بلند سعدي حسين ، المعاهدات الدولية واجراءات ادماجها في النظام القانوني الداخلي ، بحث منشور في مجلة الباحث ، المجلد (٣) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠٢٠ .

١٥- عصام علي دبس ، رقابة دستورية الانظمة المستقلة دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد ، العدد (٢٤) ، لسنة ٢٠١٠ .

١٦- علي عبد العالي الاسدي ، تنازع القوانين في الزمان في المراكز العقدية المستمرة دراسة قانونية مقارنة ،بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، جامعة البصرة ، المجلد (١) ، العدد(١٩) ، ٢٠١٩ .

١٧- علي محمود يحيى ، مضر محمود يحيى ، وسام محمد خلية ، المحكمة العليا (الاتحادية – الدستورية) : نشأتها واختصاصاتها ، بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم ، المجلد (١١) ، العدد (٢) ، سنة (٢٠١٩) .

١٨- عمر صالح علي العكور ، ممدوح حسن مانع العدوان، ميساء بيضون ، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الاردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد (٤٠) ، العدد (١) ، لسنة ٢٠١٣ .

١٩- عيشوبة فاطمة ، الإحالة في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثاني ،٢٠٢٠ .

٢٠- كريم مزعل شبي الساعدي ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، المجلد (٣)، العدد (١٣)، لسنة ٢٠٠٥ .

٢١- كريم مزعل علي شبي ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية (دراسة في تنازع القوانين) ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، العدد(١) ، المجلد (١٩) ، ٢٠١٧ .

٢٢- ليلى عيسى ابو القاسم ، تدرج القواعد القانونية الدولية وقوتها الالزامية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ، المجلد (٤) ، العدد (٢٩) ، السنة (٨) ، لسنة ٢٠١٦ .

٢٣- د. مصطفى راشد عبد الحمزة ، محمد سالم كريم ، ابراهيم محسن جبر ، قراءة تحليلية في النظام القانوني لتشكيل مجلس المحافظة والمجالس المحلية وفقا لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل ، بحث منشور في مجلة جامعة واسط ، المجلد (١) ، العدد (٣٧) ، لسنة ٢٠١٩ .

٢٤- مقدس امينة ، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ، بحث منشور في مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ .

٢٥- ميثم حسين الشافعي ، دور الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاسلامية المعاصرة ، العدد (٧) ، لسنة ٢٠١٢ .

٢٦-هند مهند عبد ، التغير الارادي لظرف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، سنة ٢٠١١ .

٢٧- وليد محمد عباس ، تطور مسؤولية الدولة على اساس الخطأ عن القوانين المخالفة للمعاهدات الدولية : دراسة في النظام القانوني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد (٤٢) ، العدد (٢) ، لسنة ٢٠١٨ .

٢٨- يحيى اكرام ابراهيم بدر ، دور المحكمة العليا الأمريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الأول ، لسنة ٢٠١٥ .

٣٩- يوبي سعاد ، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج) ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، العدد الرابع ، ٢٠١٦ .

رابعا : المواقع

١–د. اسماعيل نجم الدين زنكة ، د. دولاه ر صالح محمود ، رزكار عبدول محمد امين ، تنازع القوانين في الدولة الفيدرالية جمهورية العراق انموذجا ، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://conferences.tiu.edu.iq .

٢– – د. بلمامي عمر ، اشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، على الموقع الالكتروني https://www.asjp.cerist.dz/ .

٣– حسن العكيلي ، الاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات في العراق ، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي https://www.ahewar.org ، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٨\١٥ .

٤– د. فلاح اسماعيل حاجم ، تكامل النظام القانوني في الدولة الفيدرالية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=123777 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/٨ .

٥– صادق عبد الحميد مالكي ، نشأة وتطور النظام الفيدرالي الأمريكي: نموذج تقاسم الصلاحيات السياسية وتوازنها عبر مستويات وقضايا الحكم ، جامعة الملك عبدالعزيز– جدة – المملكة العربية السعودية ، مقال نشر في مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية العدد١٠ ص ٢٧ ، على الموقع الالكتروني https://jilrc.com ، تاريخ الزيارة ٢٨ /١٠/ ٢٠٢١ .

٦–محمد عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعدّدة الشرائع ، بحث منشور على الموق الالكتروني https://manifest.univ.

٧–مقال منشور على الموقع الالكتروني https://www.hjc.iq/view.68279 / .تاريخ الزيارة ٤/٧/ ٢٠٢١/ .

خامسا : القوانين

١–دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٩ .

٢– القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣– قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل .

٤– قانون الغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية في مصر والصادر بتاريخ ٥ اذار سنة ١٩٦٠.

٥– قانون تنظيم القضاء السني والجعفري اللبناني الصادر في ١٦ تموز سنة ١٩٦٢ .

٦– دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٧- قانون تعديل الاحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٨ المعدل في اقليم كردستان العراق رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ .

٨- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل .

سادسا : المصادر باللغة الانكليزية

1-Dean, William Tucker. “The Conflict of Conflict of Laws.” Stanford Law Review, vol. 3, no 3, Stanford Law Review, 1951.

2-Elliot E. Cheatham Sources of Rules for Conflict of Laws, 89 U. Pa. L. Rev. 430 (1941). Available at:
https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol89/iss4/2 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/٢

3-Hull, E. Kathleen, same sex marriage: the cultural politics of love and law, Cambridge University press,2006 ,p.117 .

4-Reynolds, L. William and Richman, M. William, the full faith and credit clause, a reference quid to American constitutions, Greenwood press , (2005),p.14 .

سابعا : القرارات القضائية

١-قرار رقم ٥٩/ اتحادية /٢٠١٢ وموحدتها ١١٠/اتحادية /٢٠١٩ ، تاريخ ٢٠٢٢/٢/١٥ ، منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news.4805 / .

٢-قرار ١١٨ / غصب / ٢٠٠٧ ، تاريخ ٢٣ / ١/ ٢٠٠٧ ، محكمة التمييز الاتحادية ، قرار منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news / .

٣-قرار ١١٢ / اتحادية /٢٠٢١ ، تاريخ ٢٠٢١/١١/٩ ، منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/news.4805

Abstract

The issues of private international law are among the thorniest issues associated with more than one law, as these issues have emerged more than ever as a result of the development that has taken place. Which led to an increase in private international relations, and the consequent necessity of having rules commensurate with this development in private international relations .

The most important problem facing private international law is the multiplicity of laws within one state, whether personal or regional, which is the scope of this study but not the personal multiplicity . this regional multiplicity leads to prolonging the problem of private international law, and not ending it once the applicable law is determined through the rules of attribution; In this case, there is another obstacle, which is that the applicable law of the state has multiple laws - a regional multiplicity - and this in itself is a problem that is added to the complexities and problems of private international law.

There are many solutions that have been proposed in this regard about the mechanism that can be adopted in general in determining which internal laws are competent and applicable to the relationship in which there is a foreign element that led to this internal conflict،Although there is a difference for some in considering this conflict among the topics of private international law , despite the fact that the internal conflict is the outcome of international conflict.

And the United States of America, which is the most complex and ideal model in issues of internal conflict of laws as a result of the multiplicity of internal laws and the multiplicity of regions in which its experience was the most successful experience in adopting distinctive mechanisms to resolve it; This is the experience adopted by the European Union in resolving disputes within the Union. . Since Iraq is a federal state; Hence, the possibility of this internal conflict of laws in return for the weak role played by the Constitution and the Federal Court in resolving this conflict. Therefore, we try to transfer the American experience and compare it with the Iraqi legal system by adopting the principles and solutions adopted in the United States of America as the principle of courtesy, complete and abstract dependence, and following the American court system by giving preference to the Supreme Federal court

as the Iraqi legislator amending some constitutional texts and stipulating that in the laws and the constitution.

Republic of Iraq
The Ministry of Higher Education and Scientific Research
Al - Qadisiya University
Collage of Law

The Applicable Law When Attributing to The Law of A Federal State :A Comparative Study

Master's thesis presented by the student

Dia'a Jameel Rahman

To the Council of the College of Law - Al-Qadisiyah University It is part of the requirements of obtaining a master's degree in

private law

Supervised

Mr. Dr.Nizam Jabaar Talib

Mr. Dr. Ala'a Haydar Al-Hamoudi

United States of America / University of Petersburg / College of Law

2022 AD **1444 AH**