**المحاضرة السابعة عشر**

**تطبيق قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)**

**هنالك جملة من الصعوبات التي تواجه تطبيق قواعد الاسناد ذات الحلول غير المباشر ة فسنقوم ببحث اساس التطبيق والاشكاليات التي تعترض تطبيقهاونطاق تطبيقها.**

**اساس تطبيق القواعد**

**كانت الفكرة السائدة ان اساس تطبيق قواعد الاسناد هي المجاملة الدولية الا ان التطور ادت الى بروز فكرة اخرى (اساس تطبيق قواعد الاسناد ملزم يجد ابعاده في القانون الداخلي والدولي) , والقاضي يقوم بتطبيق القواعد الوطنية (الاسناد) ومن بعدها القانون الذي سيحدد على اساس :**

* **اساس دوافع موضوعية وليس شخصية يقررها المشرع**
* **اساس يتمثل بالعدالة والملائمة (تطبيق القانون الاكثر ملائمة للعلاقة القانونية)**
* **اساس ملزم متمثل بالقواعد التي يضعها المشرع الوطني والتي يراعي عند وضعها مبدأ العدالة والملائمة عند تطبيقها والقاضي ملزم بتطبقيها لانها اوامر تشريعية (ترادف ترخيص تشريعي للقاضي بتطبيق قوانين اجنبية على اراضي وطنية) وهذا الاساس الذي يتم تطبيق قواعد الاسناد .**

**اشكاليات تطبيق القواعد**

 **ان تطبيق قواعد الاسناد على علاقة معينة يحتاج لمرور بعدة مراحل**

1. **التكييف : ويقصد به أختيار القاعدة المناسبة للعلاقة (تصنيف العلاقة ضمن احد الافكار المسندة تمهيداً لاسنادها للقانون ما ) وهنا لا يقصد به تطبيق القانون الذي تم الاسناد اليه بالاختصاص للنظر في العلاقة بل يكون الاسناد بمثابة عرض الاختصاص التشريعي على قانون ما فيكون ما بين قبول او رفض هذا الاختصاص .**
2. **الاحالة : وتبرز هذه الحالة اذا رفض القانون الاختصاص التشريعي الذي اسند اليه هنا على القاضي القيام بالاحالة .**
3. **التفويض: ويحدث عندما يواجه القاضي اشكالية توزيع الاختصاص التشريعي الى عدة قوانين.**

**وسنبحث كل اشكالية على حدة : التكييف الاولي – الثانوي**

**معنى التكييف الاولي : ويقصد بالتكييف عملية فنية اولية سابقة على الاسناد بمقتضاه تتحدد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي لغرض اعطائها الوصف القانوني الملائم لاحد الافكار المسندة تمهيداً لاسنادها للقانون الواجب التطبيق , فهو المرحلة الاولى لعملية الاسناد يتمثل بتوصيف العلاقة القانونية والكشف عن طبيعتها واختيار القانون الملائم لها .**

**س/ ماهو الاثر المترتب على التكييف الخاطئ للعلاقة القانونية ؟**

**ج/ ان الاثر المترتب على التكييف الخاطئ هو تطبيق قاعدة اسناد مشوبة بالخطأ الامر الذي يخضع لرقابة المحاكم العليا لان أعمال القواعد مسالة قانونية .**

**س/ هل يغني تشابه قواعد الاسناد عن اللجوء الى التكييف ؟**

**ج/ ان التشابة بين قواعد الاسناد ليس من شانه ان يغني عن اللجوء الى التكييف لان التكييف عملية سابقة على الاسناد مثالها تشابة قواعد الاسناد في القانون الفرنسي والهولندي ان الشكل يخضع لقانون محل الابرام , والاهلية لقانون الجنسية رغم ذلك لا يؤدي الى وحدة التوصيف (التكييف) مثالها : قيام شخص هولندي الجنسية بتحرير وصية في فرنسا وفق شكل عرفي وليس رسمي وطعن بها ورثته بصحة الوصية امام القضاء الفرنسي : القضاء كان امام تكييفين للموضوع النزاع الاول ان يكون القصد من التكييف هو حماية اهلية الموصي الهولندي من خلال فرض شكل رسمي للتصرفات (ان الاخذ بهذا التكييف من شانه ان يكييف القضية من مسائل الاهلية وبالتالي تخضع الوصية للقانون الجنسية (الهولندي) ويعتبر الوصية باطلة) , والفرض الثاني يكون جعل كل تصرف لايتمتع بالشكل الرسمي ليس له اي اثر( فتكون المسألة من مسائل الشكل وتخضع لقانون محل الابرام (القانون الفرنسي) وهنا تكون الوصية صحيحة) . ( ان وحدة قواعد الاسناد في القانونين ليس من شانها ان تقضي على اختلاف التكييف) .**

* **التكييف الثانوي :**

 **هي عملية فنية لاحقة على عملية الاسناد يقوم بها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع الغرض من هذا التكييف البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع والملائمة للعلاقة , مثالها : الطعن في اهلية فرنسي مقيم في العراق امام القاضي العراقي ابتداءاً تكييف الطعن وفق القانون العراقي تمهيداً لاسناد لقانون ما (تكييف اولي) ومن بعدها تحديد القواعد الموضوعية في القانون المسند اليه (الفرنسي) لتحديد ما يعتبر من عوارض الاهليه وفق القانون الفرنسي .**

**القانون الواجب التطبيق على التكييف :**

**س/ ماهو النظام القانوني الواجب التطبيق في عملية التكييف بشكل مباشر وفي التكييف الثانوي بشكل غير مباشر؟**

**ج/ هل ان اساس تطبيق التكييف اساسه في القانون المسند اليه ام في قانون القاضي هنالك ثلاث فرضيات :**

1. **خضوع التكييف للقانون المقارن : وبموجب هذا المحور ان عملية التكييف تكون وفق قواعد القانون المقارن اي قاضي الموضوع يقوم بتوصيف العلاقة وفق مفاهيم عالمية بعيداً عن القواعد الوطنية فهنا القاضي لا يتردد في تكييف العلاقة وان كان قانونه الداخلي لا ينظمها يكفي ان لها وجود وفق المعايير العالمية .**
2. **خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع : حيث ان القانون الذي يسند اليه الاختصاص هو المختص في حكم التكييف ويبرر اصحاب هذه الفرضية انه يجب ان يكون اسناد اجمالي للعلاقة القانونية ابتداءاً من التكييف (الناحية الفنية) وصولاً للناحية الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع , حيث ان تجزئة حكم العلاقة وتوزيعها بين اكثر من قانون يؤدي الى تعدد الاوصاف والحلول او قد يكيف العلاقة الى قانون غير مختص او مختص لكنه خارج النطاق الذي قرره مشرعه الامر الذي قد يفوت الغرض من قواعد الاسناد , النقد الموجه : هذه الفرضية من شانها ان تجعل عملية الاسناد سابقة على التكييف**
3. **خضوع التكييف لقانون القاضي : ويكون تحديد طبيعة العلاقة وفق قواعد القاضي النزاع بموجب القواعد الوطنية فيكون التكييف الاولي (الناحية الفنية) وفق قواعد الاسناد الوطنية اما المسائل الموضوعية فالقاضي يتنازل عن حكمها للقانون المسند اليه حكم العلاقة .**

**رغم الانتقادات الموجه والتبريرات لهذه الفرضية الا انها اكثر شيوعاً وحظيت بتطبيق لى مستوى القضاء فقد اخذت اكثر التشريعات الاجنبية والعربية ومنها المشرع العراقي في نص المادة(17/1) من قانون المدني العراقي .**

**الاحالة : ويقصد بها هي تخلي القانون بمجب قواعد اسناده عن الاختصاص المسند اليه لحساب قانون القاضي او لحساب قانون اخر , ان الاحالة تحدث في ظل قواعد الاسناد المختلفة وهنالك جملة من الشروط اللازم توافرها لكي تتحقق الاحالة :**

1. **اختلاف حكم قواعد الاسناد في دولة قاض النزاع عن الحكم الذي تقرره قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص .**
2. **اعتماد حكم قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص قبل تطبيق قواعده الموضوعية .**
3. **تخلي قواعد اسناد القانون المسند اليه الاختصاص لحساب دولة قانون قاض النزاع او لحساب قانون اخر.**
4. **قبول قانون قاض النزاع او القانون الاجنبي للاختصاص المتخلى عنه من قبل قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.**

**(عملية الاحالة تبدأ بتخلي القانون المسند اليه الاختصاص وهو القانون البريطاني مثلاً لحساب قانون القاضي(القانون العراقي) مع قبول الاخير للاختصاص وتطبيق قواعده الموضوعية ) .**

**نطاق عمل الاحالة : ويتم تحديد نطاق عمل الاحالة من خلال بيان المسائل التي تحصل فيها الاحالة ومن ثم انواع الاحالة .**

**اولاً : موضوع الاحالة : ان الاحالة تبرز بشكل كبير في مسائل الاحوال الشخصية مع امكانية ان تبرز في غيرها من المواضيع وذلك بسبب ان قواعد الاسناد تكون متشابهه في هذه المسائل (مواضيع المتعلقة بالاموال تخضع في جميع الدول لقانون موقعها) وبالتالي فقد اول شرط من شروط الاحالة الا وهو اختلاف قواعد الاسناد بأستثناء مسائل الاحوال الشخصية التي تعتبر مجالاً خصباً للاحالة لان قواعد الاسناد فيها تختلف بين الدول (القانون العراقي يخضع مشسائل الاحوال الشخصية لقانون الجنسية بخلاف القانون البريطاني الذي يخضع اغلب مسائل الاحوال الشخصية لقانون الموطن) .**

**انواع الاحالة**

**هنالك نوعين للاحالة هي البسيطة (الاحالة من الدرجة الاولى) او (الرجوع) :لان الاختصاص يرجع فيها يرجع من القانون المسند اليه الى قانون القاضي الساند وكذلك يسمى بالدائرية لان الاختصاص يدور بين قانونين , فيتم التخلي عن الاختصاص لقانون القاضي ويقبل بالاختصاص المسند اليه .**

**اما الاحالة الثانية (الاحالة المركبة) او (الاحالة من الدرجة الثانية) او (المتعددة) : ويقوم القانون المسند اليه بالتخلي عن الاختصاص لحساب قانون اجنبي ويمكن ان يتخلى القانون الاخير عن الاختصاص المجال اليه لحساب قانون اخر بموجب قواعد اسناده .**

**التنظيم القانوني للاحالة**

**لم تكن الاحالة محل اتفاق بين الفقه والتشريع والقضاء لذلك نجد انقسام حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض**

**الاتجاه الاول المؤيد للاحالة : يدافع عن هذا الاتجاه بعدة مبررات :**

**المبررات العلمية :تتمثل ان احالة قانون القاضي للاختصاص في علاقه ما الى قانون اجنبي فان للاخير قبول او رفض الاحالة , وهنا على قاضي النزاع في حال رجوع الاختصاص ان يطبق القانون الذي احيل اليه او الى قانون القاضي وهذا الامر يعطي للحكم قيمة علمية في التنفيذ (اعطاء الحكم قوة نفاذ خارج دولة قاضي النزاع وخاصة في الدولة التي احيل اليها الاختصاص**

**س/ ماهو الحكم في حالة اذا اهمل القاضي تطبيق القانون الذي احيل اليه سواء كانت الاحالة الى قانون القاضي او الى قانون اخر؟**

**ج/ سيتعرض الحكم الصادر في القضية محل النزاع الى عقبات عند تنفيذه في الخارج .**

**مثالها : في قضية طلاق شخص بريطاني متوطن في العراق فأذا اسند القاضي العراقي الاختصاص للقانون البريطاني للفصل في النزاع واصدر حكم بالطلاق وفق القانون االبريطاني فهذا الحكم ليس له اي نفاذ او اعتراف في بريطانيا (لانه صدر من غير القانون المختص بموجب القانون البريطاني فان القانون العراقي هو المختص وفق قواعد الاسناد البريطاني للفصل في النزاع بأعتبارالقانون العراقي هو قانون موطن البريطاني ) وهذا الامر سيترتب عليه عدم انهاء الرابطة الزوجية بحسب القانون المراد التحجج امامه فلا يمكن للبريطاني الزواج مرة اخرى لبقاء الرابطة الزوجية كون حكم الطلاق صدر من قانون غير مختص .**

**المبررات القانونية :** **تقوم هذه المبررات على ان لكل قانون دولة نوعين من القواعد (الاسناد – الموضوعية) فعندما تحيل قواعد الاسناد في قانون القاضي الى قانون اجنبي فأنها تحيل الى القانون الاجنبي بنوعي قواعدها (الاسناد –الموضوعية)** **قضية ـــــــــــــــ قواعد الاسناد لقانون القاضي ــــــــــــــــــ قانون اجنبي ــــ قواعد (اسناد-** **موضوعية** ) ــــــــــــــــ **اما تقبل الاختصاص وتفصل في النزاع بموجب قواعد موضوعية ــــــــــ ترفض الاختصاص وترجع الى قانون القاضي (او قانون اخر) بموجب قواعد اسنادها ( على القاضي قبول الاحالة وتطبيق قانونه) .**

**الاتجاه المعارض للاحالة : هنالك من يعارض الاحالة ويعزز هذا الرفض بعدة مبررات**

1. **المبررات العملية: ان وظيفة قواعد الاسناد هو اسناد الاختصاص لقانون ما سواء قبل او رفض هذا الاسناد وعلى القاضي ان يطبق القانون المسند اليهى وليس له اكثر من ذلك فهو مقيد بقواعد الاسناد التي تحدد الاختصاص التشريعي لقانون ما وليس له تجاوز هذا الغرض .**
2. **المبررات القانونية : وتتمثل هذه المبررات ان قيام القاضي بالاسناد الاختصاص الى قانون ما فيكون الاسناد اجمالي وعند رفض هذا لابد ان يقابله رجوع اجمالي وبالتالي العودة الى قواعد الاسناد في قانون القاضي والدخول بحلقه مفرغة من الاحالة يتعذر الخروج منها لان القاضي يطبق قواعد مشرعه الوطني وعلى القاضي ان لا يطبق قواعد الاسناد الاجنبية ,كما ان القول بأن الاحالة تمنح قوة نفاذ هذا الامر مردود لانه ليس بالضرورة ان الاحالة للقانون الاجنبي من شأنها ان يضمن تنفيذه في دوله القانون بحيث لم يأخذ العديد من التشريعات بالاحالة .**

**س/ هل اخذ المشرع العراقي بالاحالة بشكل صريح ؟**

**ج/ ان المشرع العراقي لم يأخذ بالاحالة بشكل صريح الا انه قد اخذ بالاحالة استثناءاً في قانون التجارة العراقي في نص المادة(48/2) فيما يخص الاهليه ( يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته. فأذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة الاتباع) .**

**من تعريف الاحالة وانواعها نتوصل الى ثلاث نتائج :**

* **ان يكون الاسناد اجمالياً للاختصاص بموجب قواعد الاسناد قانون قاضي النزاع لحساب القانون المسند اليه الذي بدوره يرفض الاختصاص ويرجعها الى قواعد الاسناد لقانون القاضي الذي يعيد الاختصاص لقانون المسند اليه وهكذا نكون امام تنازع سلبي لقواعد الاسناد.**
* **ان يتم الاسناد الاجمالي فعلاً للاختصاص من خلال قواعد الاسناد في قانون القاضي الى قانون اجنبي الذي يرجع الاختصاص الى قانون القاضي او قانون اخر ويقبل الاخير بهذا الاختصاص فنكون امام احالة وتسمى التنازع الايجابي في قواعد الاسناد (هنا تقع الاحالة) .**
* **ان يتم الاسناد بصوره محددة من قبل قواعد الاسناد قانون القاضي الى القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي دون قواعد الاسناد في القانون الاجنبي (بغض النظر عن قبول او رفض قواعد الاسناد في قانون الاجنبي بهذا الاختصاص) وهنا لاتظهر الاحالة .**