**المحاضرة الثامنة عشر**

**ثالثاً : التفويض**

**ويقصد به الاحالة الداخلية التي تتم من خلال قيام قاضي النزاع وفق قواعد الاسناد الوطنية بأحالة النزاع الى قانون دولة اجنبية مركبة تتعدد فيها الشرائع تعدداً اقليمياً مثل (القانون الامريكي – البريطاني) او تعدد شخصياً ( القانون اللبناني – المصري) بسبب تعدد الطوائف فيها.**

**س/ ماهو موقف المشرع العراقي من التفويض (الاحالة الى قانون دولة مركب) واي قانون الذي سيحكم النزاع من بين القوانين المتعددة؟**

**ج/ نص المشرع العراقي على التفويض في المادة (31/2) التي تنص( اذا كان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر ايه شريعة من هذه يجب تطبيقها).**

**فان قواعد الاسناد في القانون الاجنبي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع من بين القوانين المتعددة .**

**تعريف التفويض: ويقصد به تركيز الاختصاص في احدى الشرائع المتعددة بموجب قواعد الاسناد الداخلية , فالتفويض هو قيام قانون قاضي النزاع القانون الواجب التطبيق بتوكيل او تخويل اي شريعة هي الواجبة التطبيق , والتفويض يقوم على مبررات منها عدم كفاية قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع على حصر الاختصاص بالشريعة الواجبة التطبيق (القواعد الموضوعية) فالتفويض يساعد قاضي النزاع على الاستدلال عليها عبر قواعد الاسناد الداخلي في القانون المسند له الاختصاص .**

**التطبيقات العملية للتفويض :**

**يحدث التفويض في حالة تم الاسناد الى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع وعليه لا يحدث التفويض اذا تم الاسناد الى قانون دولة لاتتعدد فيها الشرائع فيقوم القاضي اولاً بالاسناد والتفويض بموجب قواعده الاسناد الوطنية ومن ثم تركيز بموجب قواعد اسناد في قانون المسند اليه الاختصاص .**

**س/ هل يعمل بالتفويض في ظل التعدد الشخصي او الاقليمي ؟**

**ج/ يحدث التفويض في الدول ذات الشرائع المتعددة سواء كانت اقليمية او شخصية وهذا موقف المشرع العراقي وبقية التشريعات العربية التي اخذت بالتفويض المطلق .**

**س/ هل يجب الرجوع الى قواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند اليه الاختصاص ايا كان ضابط الاسناد (شخصي – كضابط الجنسية) او اقيمي كضابط موقع المال ؟**

**ج/ اختلف الفقهاء الى فريقين للاجابة عن هذا التساؤل:**

1. **اذا تم الاسناد الى ضابط اسناد شخصي كالجنسية فقاضي النزاع ملزم بمراجعة قواعد الاسناد الداخلية في قانون الجنسية (وذلك لكون هذا الضابط غير كافي لتحديد وحصر وتركيز الاختصاص ) لانه يصلح لمهمه الاسناد الاجمالي للاختصاص وبالتالي تتولى قواعد الاسناد في القانون المسند اليه تحديد وتركيز احدى الشرائع : مثالها تزوج مواطنين امريكين في العراق وامام القاضي العراقي فان الشروط الموضوعية لعقد الزواج يصار الى جنسية الطرفين وهنا ضابط الجنسية غير كافي لتحديد وتركيز الاختصاص كون امريكا من الدول ذات القوانين المتعددة لاكثر من ولاية فيتم اللجوء الى قواعد الاسناد الداخلية في القانون الامريكي لتحديد اي قانون ولاية هو صاحب الاختصاص.**
2. **اما اذا كان الضابط مكاني (الموطن) محل الابرام –التنفيذ-موقع المال فان هذا الضابط كافي لتحديد وتركيز الاختصاص في احدى الشرائع في القانون المسند اليه الاختصاص فلا يحتاج القاضي الى اللجوء الى قواعد الاسناد الداخلية : مثالها ابرام عقد بين المانيين في العراق موطنهما المشترك المانيا ونشأ نزاع بينهما بسبب الاخلال بالتزامات التعاقدية امام القاضي العاقي فبموجب قواعد الاسناد الوطنية تحيل الاختصاص الى قانون موطنهما المشترك هو المانيا (المادة25 /1 من ق.م.ع) كذلك الحال بالنسبة لموقع المال – او القانون المختار بموجب ارادة الاطراف.**
3. **الاتجاة الثاني يذهب الى القول اياً كان ضابط الاسناد فهو يؤدي الى وحدة الحل ويلزم القاضي بالرجوع الى قواعد الاسناد في القانون المسند اليه الاختصاص لان مهمه مهمه قواعد الاسناد الدولية هو اسناد النزاع وليس البحث عن الشريعة الملائمة لحكم النزاع.**

**س/ ماهو الحكم في حالة كون القانون المسند اليه الاختصاص في الدول متعددة الشرائع يحيل النزاع الى قانون دولة اخر(خارج حدود الولاية) او ان تكون قواعد الاسناد الداخلية غير موجودة؟**

**ج/يصار الى اعتماد ضوابط تكميلية فاذا تم الاسناد بواسطة الجنسية فيطبق الشريعة السائدة او المهيمنة اما اذا كان الاسناد بواسطة ضابط مكاني (المال – يصار الى قانون موقع المال ) (العقد – يصار الى القانون المتفق بين الاطراف)**

* **اما اذا كانت قواعد الاسناد الداخلية للقانون الدولة متعددة الشرائع تحيل الاختصاص الى قانون دولة اخرى فنكون امام احالة والقانون العراقي يرفض الاخذ بها .**

**نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين**

**تعمل قواعد تنازع القوانين في العلاقات ذات البعد الدولي وضمن القانون الخاص وتظهر ضمن خمس فئات (مسائل الاحوال الشخصية –الاحوال العينية – الالتزامات العقدية – التزامات غير عقدية – مسائل الشكل) .**

1. **مسائل الاحوال الشخصية : وهي المسائل التي تتعلق بالحالة القانونية للشخص وهي مجموعة العناصر القانونية الواقعية التي تميز الانسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ودولته ويرتب عليها القانون اثراً في حياته القانونية فهي تحدد المركز القانوني للشخص في المجتمع .**

**نجد ان بعض القوانين قصرت مسائل الاحوال الشخصية على مواضيع معين (الاهلية –الزواج) بينما توسعت بقية الدولة في مواضيع مسائل الاحوال الشخصية الى ( الاهلية – الزواج – الطلاق – البنوة – النسب – الميراث – الوصية) وهذا موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959.**

**الانظمة الانكلوسكسونية: بريطانيا – ايرلندا –دنمارك تجعل القنون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية هو قانون الموطن (سواء كان موطن محل الاعمال او محل الاقامة) فالقاضي سوف يطبق قانون الموطن للاطراف سواء كانوا وطنيين ام اجانب سواء اختلفت او اتحدت جنسية الاطراف .**

**الانظمة اللاتينية: فرنسا – المانيا- ايطاليا- العراق وكافة تشريعات العربية تجعل القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية لقانون الجنسية فهو القانون الاقرب للشخص من اي قانون اخر ويطبق على الشخص فيما يخص احواله الشخصية سواء كان في الخارج او داخل الدولة , وقانون الجنسية تغلب عليه صفة العموم مما يجعله قانون متحرك مع الشخص , فضلاً عن كون الجنسية رابط يمتاز بالاستقرار كون تغيير او اكتساب الجنسية جديدة تحتاج ال اجراءات فنية وكذلك سهوله اثباته لانها تقوم على وثائق مادية بخلاف الموطن الذي من السهل تغييره بمجرد تغيير الاقامة ويصعب اثباته اذا تعددت الاقامة في اكثر من دولة . لذلك يرجح الاتجاه الثاني بتطبيق قانون الجنسية على مسائل الاحوال الشخصية .**

**اشكاليات تطبيق قانون الجنسية**

**قد يواجه القاضي صعوبات عند تطبيقه التي تتعلق بضابط الجنسية ذاته لا بالقانون المسند اليه الاختصاص وتتمثل هذه الصعوبات (تعدد الجنسيات – انعدامها – وتغيرها)**

* **تعدد الجنسية : ان تعدد الجنسيات بغض النظر عن اسبابها , فان اعتماد ضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية لتحديد الاختصاص التشريعي , لكن الاشكال يثور في حالة تعدد الجنسيات فأي قانون جنسية سوف يحدد الاختصاص التشريعي ؟**

**هنالك جوابين عن هذا التساؤل :**

**الفرض الاول : اذا كان الشخص متعدد الجنسيات (من ضمن الجنسيات المتعددة الجنسية العراقية) طرف في نزاع في مسائل الاحوال الشخصية امام قاضي نزاع عراقي هنا على القاضي الوطني ان يطبق قانون الوطني بالاستناد الى ضابط الاسناد (الجنسية) باعتماد الجنسية العراقية في كافة مسائل الاحوال الشخصية منها الاهلية –الزواج ) وهذا ما اكدته القانون المدني العراقي (المادة33/2) وكذلك قانون الجنسية العراقي النافذ في المادة(10/2) التي تنص على تطبيق القانون العراقي بحق كل من يحمل الجنسية العراقية اضافة الى جنسية دولة اخرى.**

**الفرض الثاني: اذا كان متعدد الجنسيات طرف في نزاع في مسائل الاحوال الشخصية امام القاضي الوطني وليس من ضمن الجنسيات المتعددة الجنسية العراقية فلا يحق له ترجيح اي جنسية من بين الجنسيات المتعددة استناداً الى مبدا تكافؤ السيادات ويطبق قانون الجنسية الفعلية (الاكثر ارتباطاً بالشخص كزواجه في تلك الدولة واداء الضرائب والخدمة العسكرية وغيرها من الوقائع والتصرفات التي تثبت انها الجنسية الاكثر ارتباطاً) فيطبق القاضي قانون تلك الدولة لتلك الاعتبارات , وقد اخذت جميع التشريعات العربية ومنها القانون العراقي بهذا الفرض (المادة 33/1) (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية او تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد) .**

* **انعدام الجنسية : يقصد بها غياب الرابطة المعلومة بين الشخص ودولة معينة (النظام القانوني مجهول) ويكون الحل بأعتماد ضابط اسناد احتياط بديلاً عن ضابط الاسناد الاصلي (الجنسية) ويكون هذا الضابط الاحتياط متمثل بالموطن , واذا لم يكن له موطن اصلي فيصار الى محل الاقامة واذا انعدم يصار القاضي الوطني الى تطبيق قانون الوطني باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي , ويكون هذا الحل عن طريق التدرج وليس الاختيار .**
* **تغيير الجنسية : من الممكن ان يحدث تغيير الجنسية بسبب فقدانها او اكتساب غيرها والتخلي عنها الامر الذي يؤثر على العلاقات المتعلقة بحالة الشخص مثالها الزواج مثالها: ( تزوج شخص عراقي الجنسية وفق القانون العراقي ومن ثم يغير جنسيته العراقية ويكتسب الجنسية البريطانية ويتخلى عن الجنسية العراقية تحريرياً , ورغب في الطلاق من زوجته )**

**نص المشرع العراقي على اعتماد قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى في نص المادة(19/3) (يسري على الطلاق والتطليق الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى)**

**ضابط الاسناد في مسائل الاحوال الشخصية:**

* **الشروط الموضوعية للزواج يطبق قانون جنسية الزوجين وقت الزواج ولايؤثر تغيير الجنسية فيما بعد على هذا الضابط .**
* **الزواج واثاره يطبق قانون جنسية الزوج**
* **الطلاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى**
* **الوصية يطبق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة**
* **انتقال الملكية واثار الميراث يطبق قانون جنسية المورث وقت الوفاة**

**الاهلية : تختلف التشريعات في تحديد القانون الذي يحكم الاهلية , حيث الفقه يميز بين اذا كانت الاهلية شرط من شروط التصرف او وجوب الحق فيطبق قانون الجنسية وقت اجراء التصرف او وجوب الحق واي تغيير على الجنسية فلا يؤثر على صحة التصرف طالما تم اجراء التصرف من شخص كامل الاهلية واي عارض على الاهلية بعد ابرام التصرف فلا يتأثر على صحة العقدانما يبقى صحيح ونافذاً ويرتب كل اثاره , بينما الافتراض الثاني يذهب الى القول اذا كانت الاهلية تعامل كصفة في الشخص فتخضع لقانون جنسيته وقت الاحتجاج بهذه الصفة , اما موقف المشرع العراقي لم يحدد التفاصيل الخاصة بوقت الاعتداد بجنسية الاب او الزوج الملزم بالنفقة بل تركها لاجتهاد الفقه القضائي من خلال تقدير المحكمة حسب كل حالة .**