تنازع القوانين في الدولة الفدرالية
جمهورية العراق إنموذجاً
دراسة تحليلية مقارنة

أ.م.د.اسماعيل نجم الدين زنگنه د.دلاوەر صالح محمود م.ی رزگار عبدول محمد امين

باحثون في مركز الأبحاث بجامعة جيهان– السليمانية

doi:10.23918/ilic2019.39

ملخص الدراسة

ان تنازع القوانين يظهر عند وجود عنصر اجنبي في العلاقات القانونية، ويعد موضوعاً من موضوعات القانون الدولي الخاص. بيد ان هناك نوع آخر من تنازع القوانين الذي نقصده في هذه الدراسة هو تنازع القوانين بين مستويات الحكم في الدولة الفدرالية في اطار المهام والاختصاصات الممنوحة لها وفقاً للدستور الإتحادي. الأمر الذي يستحق البحث فيه و لاسيما ان هذا النوع من التنازع غير مشوب بعنصر اجنبي بل كلا طرفي العلاقة يحملون نفس الجنسية.

لابل ان الأمر بالنسبة الى التجربة العراقية اكثروضوحاً عندما يمكن ملاحظة ان التشريعات التي تصدر عن مجلس النواب لاتلزم المحاكم في اقليم كوردستان لتطبيق احكامها حتى وان كان احد طرفي النزاع من ساكني المحافظات العراقية الاخرى اذا ما كان التشريع من خارج الاختصاص الحصري للحكومة الاتحادية، ونفس الحال بالنسبة للتشريعات الصادرة من قبل برلمان اقليم كوردستان_العراق فإن المحاكم العراقية تمتنع عن تطبيقها عملاً بمبدأ اقليمية القوانين. بيد ان هذا الأمر يتيح للأفراد التخلص من حكم قانوني مغاير بين المستويين بسهولة مما يفرض ضرورة ايجاد حلول قانونية لرفع التنازع بين القانونين.

ومن املثتها الواضحة مايتعلق بتطبيق قانون الاحوال الشخصية حيث ان المشرع في اقليم كوردستان اجرى مجموعة من التعديلات عليه، بيد ان المشرع الاتحادي ابقى على القانون كما هو دون أية تعديلات، مما اتاح هذا الاختلاف لمواطني الاقليم التخلص من حكم النصوص الجديدة بسهولة ودون عناء سوى توجهه الى اقرب محكمة متواجدة في المحافظات غير المنتظمة بإقليم.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين ، الدولة الفدرالية ، القانون واجب التطبيق، قاعدة الاسناد، مستويات الحكم، القوانين الاتحادية .

المقدمة

أولاً: نبذة تعريفية لموضوع البحث

مما لايحتمل الجدال هو ان موضوع تنازع القوانين من المواضيع الاساسية في مجال القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالمسائل المدنية متى كان احد عناصر العلاقة القانونية هو عنصر اجنبي، وعندئذ يظهر مفهوم آخر يتمثل بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن تلك العلاقة، وبطبيعة الحال الجنسية تلعب دوراً بارزاً في تحديد ذلك القانون.

بيد ان موضوع هذا البحث يناقش إمكانية حدوث التنازع في القوانين دون الاختلاف في الجنسية و دون التباين في الاقليم الجغرافي للدولة، وهذا لايصدق على جميع الدول، بل ينحصر امكانية حدوثها فقط في الدول المركبة وبالتحديد في الدول الفدرالية (الاتحادية المركزية). وذلك بسبب ان في الدولة الفدرالية توجد اكثر من مستوى للحكم، وأي مستوى يمتلك هيئة تشريعية خاصة به يصدر عن طريقها التشريعات لتنظيم العلاقات القانونية في حدود ما هو مرسوم له من اختصاصات وفقاً للدستور الاتحادي.ومن ذلك في هذا النوع من الدول يحتمل ان يحدث تنازعاً في القوانينفيها بصور عدة، وهي :

- تنازع القانون الاتحادي التي تصدر عن الهيئة التشريعية الاتحادية مع القانون المحلي الذي يصدر عن الهيئة التشريعية المحلية للأقاليم أو الولايات.
- تنازع قانون محلي لإقليم أو ولاية مع قانون محلي لإقليم آخر أو اكثر.
- تنازع قانون محلي لإقليم مع تشريع المحافظات التي لم تنتظم في اقليم (هذه تختص بالنموذج الفدرالي العراقي بالتحديد)
- هذا فضلاً عن قيام تنازع القوانين بين القانون الاتحادي وقانون اجنبي، أو بين قانون محلي للولايات وقانون اجنبي.

ثانياً: أهمية البحث

تكتسب اهمية الدراسة في هذا الموضوع في تسليط الضوء على امكانية حدوث هذا النوع من التنازع في القوانين في الدولة الواحدة، وبطبيعة الحال تعبيد الطريق نحو التعرف على الآليات المتبعة للحل المتمثل برفع التنازع الحاصل.

وفي سياق متصل و مقصود التعرف على مذهب المشرع الدستوري العراقي في وضع نصوص دستورية واضحة وكفيلة بتطبيقها في حال حدوث تنازع في القوانين الصادرة عن مجلس النواب العراقي و تلك التي تصدره برلمان اقليم كوردستان وكذا المحافظات غير المنتظمة في اقليم، أو التنازع الذي يحصل بين قوانين اقليم كوردستان والاقاليم التي يمكن ان تستحدث في المستقبل.

ثالثاً: اشكالية البحث

الاشكالية الاساسية في الدراسة تتمثل في الاجابة على هذه التساؤلات:

١- هل يتصور حدوث تنازع في القوانين في النموذج الفدرالي للدول، وخاصةً النموذج الاحدث من بينها وهو النموذج العراقي؟

٢- ماهي الوسائل الدستورية والقانونية المتبعة للوصول الى القانون الواجب التطبيق من قبل المحاكم في المستويات المختلفة للحكم في العراق؟

٣- هل من المتصور ان يتم رفع التنازع او التعارض بين القوانين بين مستويات الحكم في العراق بنفس الادوات والآليات المنصوصة عليها في القانون المدني العراقي، أم يحتاج الامر الى تعديلات وايجاد تغييرات فيها؟ أو آليات أخرى غير تلك الآليات؟

رابعاً: منهجية البحث

دراسة الموضوع تتبع المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالدراسة، ومقارنة النظم الفدرالية المختلفة من منظار المفردات المتعلقة بالبحث.

خامساً: هيكلية البحث

الدراسة في الموضوع سوف تتوزع الى محورين أساسين، يتم تناول المحور الأول بالحديث عن ماهية تنازع القوانين في الدولة الفدرالية، والمحور الثاني سوف ندرس الآليات القانونية لفض التنازع بين القوانين في الدولة الفدرالية، مع الاشارة الى الوضع في العراق الاتحادي.

المبحث الأول

ماهية تنازع القوانين في الدولة الفدرالية

لدراسة هذا المبحث سوف نتطرق لمفهوم تنازع القوانين بصورة عامةفي المطلب الأول، وتعريف تنازع القوانين في الدولة الفدرالية في المطلب الثاني، كما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم تنازع القوانين

سنخصص هذا المطلب لبيان المقصود بتنازع القوانين وشروطه ويكون ذلك خلال فرعين:

الفرع الأول

تعريف تنازع القوانين

من السمات التي يتسم بها القانون الدولي الخاص هي إنعدام العزلة في الحياة الدولية، والدافع الرئيسي في هذا المجال هي التواصل والتفاعل بين الأفراد التي تؤدي الى تجاوز حدود الدولة، والعامل الأساسي في هذا الميدان هي الثورة التكنولوجية

الهائلة التي بدورها تصبح الدول كقرية صغيرة،وهذا سبب لإنشاء العلاقات القانونية بين الأفراد ليس فقط الذينينتمون إلى جنيسة الدولة الواحدة، بل بين الأفراد الذين ينتمون إلى دول مختلفة وبالتالي يحملون جنسيات متعددة. فكل ذلك يؤدي إلى وجود علاقات قانونية بين الأفراد ذوي الجنسيات المختلفة، وتتعت تلك العلاقات بالعلاقات المشوبة بعنصرأجنبي، ويعنى بها إتصال العلاقات القانونية بأكثر من نظام قانوني، الأمر الذي يبرز مشكلة إختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجني من بين عدة قوانين متزاحمة أو متنافسة [١] فهذا ما يمثل جوهر تنازع القوانين.

وقد يتبادر الى الذهن بان التنازع عبارة عن تصادموتصارع وتنافس بين قوانين الدول المتصلة بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر الأجنبي [٢] لكن الشائع والراجح في الفقه هو عدم وجود تنازع حقيقي بين القوانين، أي ليس هناك ثمة تنازع بين القوانين لأن التنازع يفترض أن يحصل بين القوانين المتساوية في السيادة ، فلا توجد ذلك في هذا المجال فالسيادة تكون للقانون القاضي في الإقليم الوطني لدولة القاضي على حساب القانون الأجنبي ، وبذلك التنازع هي المفاضلة التي يمنحها المشرع الوطني للقاضي ومن خلالها يستطيع القاضي القيام بإختيار أنسب القوانين عن طريق القواعد المتخصصة بهذا المجال وهذا يؤدي إلى تضحية بأحد القوانين لحساب الآخر [٣] .

والجدير بالإشارة ان سلطة القاضي مقيدة بالسيادة الأقليمية، وهذه تكون للقانون الوطني لأنه لا يصار إلى تطبيق قانون الأجنبي إلا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية بشكل تفضل القانون الأجنبي على القانون الوطني لأغراض تنظيمية تتعلق بتنظيم العلاقات القانونيةالخاصة الدولية [٤].

وينتقد بعض الفقه مصطلح تنازع القوانين بإعتبارهمصطلح مجازي وإفتراضي، الأمر الذي ظهرت بسببه عدة مصطلحات بديلة، حيث أن الانكيلز يستخدم عند الانكيلز مصطلح إختيار القوانين أي المفاضلة بين القوانين لإختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.أما لدى الفقه الهولندي فإنه يستعمل مصطلحتسابق القوانين للدلالة على تنازعها، والبعض الآخر يستعملتنازع الإختصاص التشريعي وتنازع إختصاص القوانين من حيث المكان تمييزاً له عن تنازع القوانين من حيث الزمان [٥]وهناك من أطلق على الحالة مصطلح تلاقي القوانين [٦].

وبخصوص موقف المشرع العراقي فإنه فضل مصطلح تنازع القوانين على غيره من المصطلحات حيث ينص في المادة (٣٠) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) [٧].

من خلال ماتقدميمكن القول بأن تنازع القوانين هي التزاحم ما بين قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، ويقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتفضيل احدها على الأخرى بناءً على مبادئ العدالة وإستناداً إلى المصالح المتبادلة والمعاملة بالمثل وإحترام مبدأ التعايش في الأنظمة القانونية بين الدول وبالإستعانة بقواعد الإسناد التي تحدد قانون الواجب التطبيق على مسألة محل النزاع.

---

[١] جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص٦ .

[٢] د . أحمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ ، ص١٥ .

[٣] د . حسن الهداوي ، د. غالب الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ونتازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، القسم الثاني – الطبعة الأولى ، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع – الموصل ١٩٨٨ ، ص١١-١٢ .

[٤] د . رمزي محمد علي دارز ، فكرة التنازع القوانين في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠١ ، ص٥٦

[٥] د . حسن الهداوي وغالب الداوودي ، مصدر سابق ، ص١٢ .

[٦] د . جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الهيئات ، تنازع الإختصاص ، مجموعة المحاضرات القاها على طلبة صف الرابع ، ط ١ ، مطبعة الهلال – بغداد ، ١٩٤٩ ، ص٦ .

[٧] المادة (٣٠) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

وفي نهاية هذا الفرع نعتقد بأن المصطلح الأوفق للموضوع هو تناسق القوانين لأن النتيجة المتحصلة في حالة تجمع أكثر من قانون لحكم علاقة معينة بسبب اتصالها به، ما هي إلا تحديد نسبة لباقي القوانين، في حالة التي يكون قانونين مثلاً واجبة التطبيق ، يعني ان حل المسألة تستحق كل من القانونين حداً من التطبيق ولا يجوز أن يتجاوز حدود الأخرى من التطبيق.
ورغم ذلك فإن كثير من المشرعين يستخدم مصطلح تنازع القوانين بخصوص هذا الموضوع فضلاً عن أن الفقه مجتمع بأنه ليس هناك تنازع بالمعنى الحقيقي للمصطلح بل تكون التنازع يكون مجازاً.

الفرع الثاني

مقومات تنازع القوانين

سنبين في هذا الفرع المقومات التي تستند عليه ظهور حالة تنازع القوانين، فالحالة تقتضي وجود مجموعة من الشروط أو المقومات. وهي كالآتي:

أولاً : الصفة الأجنبية في العلاقة القانونية:

لكي يكون هناك مسألة تنازع القوانين لابد أن تكون هناك علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، أي العامل الأول في إثارة تنازع القوانين هي إتصال العلاقة بقانون أكثر من دولة واحدة، ويمكن التعرف على هذا النوع من العلاقة من خلال العناصر التالية:

١ – عنصر الأشخاص: وهم أطراف العلاقة وهؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة ففي عقد البيع البائع والمشتري وفي الدين الدائن والمدين وفي الميراث الوارث والموروث. مثلاً قيام تاجر عراقي بشراء بضاعة من تاجر إنكليزي وقد أبرم العقد في إيطاليا واستلم التاجر العراقي البضاعة في الدولة الإمارات العربية المتحدة، والمقصود بالعنصر الأجنبي هي إتصال العلاقة بنظام قانوني أجنبي، أو عبرت بمقتضاه حدود دولة واحدة [١].

٢– عنصر الموضوع : وهو محل العلاقة ويختلف بحسب طبيعة العلاقة فيكون المبيع في عقد البيع والتركة في الميراث والمأجور في عقد الإيجار، مثال على ذلك لو أوصى شخص عراقي الجنسية لآخر عراقي الجنسية بأموال كائنة في إقليم دولة أخرى، ففي هذا المثال ساهم محل الوصية بإدخال عنصر أجنبي في الوصية [٢].

٣– عنصر السبب : هو مصدر نشوء العلاقة، السبب في الميراث يتمثل في القرابة أو النسب وفي الدين يمكن ان يكون العقد او الواقعة القانونية كالفعل النافع او الضار ، فإذا إتصلت العلاقة بدولتين او اكثر من قانون وتكون هي موضوع التنازع وفقاً للمعيار القانوني ، مثال ذلك أن يتم إبرام العقد بوصفه مصدر للالتزام في دولة على أن يتم تنفيذه في دولة أخرى [٣] .

ثانياً: عدم تلازم التوحيد بين الإختصاصين القضائي والتشريعي :

ومعنى ذلك إذا كان قضاء الدولة مختص بنظر النزاع المتعلق بالعلاقات الدولية في مجال القانون الدولي الخاص، فليس بالضرورة أن تقوم بتطبيق قانون دولته ، فهذا يعتبر من الأسباب الرئيسية لإنشاء تنازع القوانين ، فعلى قاضي المحكمة حينما يختص بنظر النزاع ففي أداء مهامه لابد أن يؤخذ بنظر الإعتبار الملائمة والصلاحية وحسن أداء العدالة في إختيار القانون الواجب التطبيق.ومن الممكن أن هذه الإعتبارات غير متوفرة في قانون القاضي ممايستوجب تطبيق قانون دولة أخرى أو الأجنبية، إستناداً الى الإعتبارات والمقتضيات المذكورة ، يترتب على ذلك أن تقرير الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة بنظر النزاع لا يستوجب بالضرورة تقرير صلاحية قانونها لحكم ذلك النزاع وهذا هو جوهر مبدأ عدم التلازم [٤].

ثالثاً : إختلاف القوانين في المسائل الثانوية:

ينشأ التنازع بين قانونين أو أكثر حين وجود إختلاف في المسائل الثانوية بينهما أي نطاق مايسمى بالقواعد المفسرة،كسن البلوغ وشرط الزواج وأسباب الطلاق وإنتقال الملكية وبعض شروط الميراث، بحيث أن عدم وجود هذا النوع من الإختلاف ينعدم به

---

[١] د . عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٩ ، ص٩ .

[٢] د . عبدالباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٩ ، ص٢٤٤ .

[٣] د . منير عبدالمجيد ، تنازع القوانين في العلاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢،ص٢٠.

[٤] د . يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦ ، ص١٦ .

التنازع في القوانين .وبخلاف ذلك إذا حصل التنازع بين قانونين أو أكثر في المسائل الجوهرية يؤدي إلى التعارض والتنافر بين القانونين وليس بصدد التنازع في هذه الحالة. مثلاً الإختلاف على تركة إنسان على قيد الحياة وزواج مسيحي من مسلمة، فهذه المسائل تكون جوهرية فلا يؤدي إلى التنازع بل إلى التنافر بين القانونين، وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع ، حيث ينفر الأخير الأول عبر آلية إستبعاده باسم فكرة يصطلح بالنظام العام[١]. ومن ذلك يتبين من خلال هذا الشرط بأن تنازع القوانين يحصل في نطاق القواعد المفسرة أو الثانوية، وليس في نطاق القواعد الآمرة.

المطلب الثاني

تعريف تنازع القوانين في الدولة الفدرالية

الاتحاد الفدرالي يعرف بأنه اتفاق بين دول مستقلة لانشاء دولة حديثة، تتضمن موافقة الدول تلك التنازل عن كامل سيادتها الخارجية وجزء من سيادتها الداخلية لصالح الدولة الجديدة. مما يقضي هذا التعريف بأن الدول تصبح دويلات وتفتقر الى الشخصية الدولية المستقلة، لكن في داخلها تمتلك من الهيئات والمؤسسات ما تمكنها من ممارسة الجزء المتبقي من سيادتها الداخلية[٢].

والسيادة بطبيعة الحال تمارس بصورة اساسية عن طريق القانون، مما تتيح هذه الحقيقة للدويلة أو الولاية ان تنشأ هيئة تشريعية محلية لها لإصدار القوانين، وهيئة تنفيذية لتنفيذ القوانين، وهيئة قضائية لتطبيق القوانين وفض المنازعات.

ومعنى ذلك تبرز في الدولة الفدرالية حالة تعدد القوانين بقدر تعدد الولايات والدويلات والتي قد تصل الى خمسين قانون كما في الولايات المتحدة الأمريكية، أو ستة عشرة قانوناً كما في الاتحاد الفدرالي الالماني، وهذا التعدد في القوانين في دولة واحدة تحمل مواطنيها جنسية واحدة. وتقر دستورها حرية التنقل والسكن والعمل ..الخ داخل اقليم الدولة يحتمل بروز علاقات قانونية متعددة ونتيجة لذلك حدوث منازعات أو تنازع في القوانين، وبطبيعة الحال التنظيمات القانونية للمواضيع ذاتها قد تختلف وتتباين، الأمر الذي يخلق نوعاً من التنازع قد تثير معه تصادماً أو تعارضاً بين القوانين[٣]، مثلاً قد يكون الزواج المثلي مسموحاً في ولاية معينة ، بيد نفس النوع من الزواج قد يكون مجرماً في ولاية أخرى. ويحتمل ان توجد مثليين متزوجين في اقليم ولاية تجرم الزواج المثلي، هنا يظهر سؤال جدي هل تتعامل الولاية بقانونها وتجرم وتعاقب الزوجين، أم ترضخ الى قانون الولاية الأخرى وتطبق قانونها؟ وهنا المقصود من تنازع القوانين في الدولة الفدرالية[٤].

ومن ذلك يمكن تعريف تنازع القوانين في الدولة الفدرالية بأنه عبارة عن تعارض أو تصادم قانوني أو أكثر تعود للوحدات المكونة للدولة الفدرالية وتتزاحم بصدد تطبيقها على علاقة قانونية معينة، دون ان تكون العلاقة مشوبة بعنصر اجنبي.

اذن تنازع القوانين في الدولة الفدرالية امر محقق بسبب تعدد مستويات الحكم وتعدد الهيئات التشريعية، ومع ذلك يبقى السؤال الأهم كيف يتم رفع التنازع في القوانين من خلال الوصول الى القانون الواجب التطبيق على علاقة من العلاقات القانونية التي تتعدد عناصرها وتنتمي اي عنصر الى الدويلات المتباينة في التنظيم القانوني لنفس الموضوع. هل يمكن الاستناد الى النصوص القانونية الواردة في القوانين بصدد رفع التنازع التي تحصل بين قانون داخلي وقانون اجنبي؟، أم هناك موانع لتطبيق ذلك تحول دون القدرة على الاتكال عليها؟، وماهي الحل اذن في هكذا حالات؟.

---

[١]– د . سامي بديع منصور و ، د . عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة ، الحلول الوضعية التنازع القوانين – الجنسية – الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، الدار الجامعية بيروت ١٩٩٥ ، ص ١٧٩ .

[٢]– للمزيد حول التعريفات الفقهية للدولة أو الاتحاد الفدرالي ينظر: د.احمد ابراهيم الورتي، النظام الفدرالي بين النظرية والتطبيق، ط٢، مكتب التفسير، ٢٠١٣، ص ١٩–٢٢.

[٣] – ينظر: رونالد ل.واتس، الأنظمة الفدرالية، ترجمة:غالي برهومة،مها بسطامي،مها تكلا، منتدى الاتحادات الفدرالية، ٢٠٠٦،ص٤٩.

[٤] – صادق عبدالحميد المالكي، نشأة وتطور النظام الفدرالي الأمريكي:نموذج تقاسم الصلاحيات السياسية وتوازنها عبر مستويات وقضايا الحكم، بحث منشور في مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، ع١٠، سبتمبر، ٢٠١٧، ص٤٦.

ويجدر الاشارة هنا بأن الاتحاد المركزي أو الاتحاد الفدرالي اساسه ومرجعه هو الدستور، بصورة تنعت الإتحاد بأنه اتحاد دستوري تمييزاً له عن الاتحادات التعاهدية التي قد تنشأ بين الدول التي تحتفظ بسيادتها بصورة شبه كاملة[١].

الأمر الذي يعني ان الحلول للأسئلة المطروحة سابقاً الى جانب القواعد العامة المتبعة في حل تنازع القوانين، يمكن ان يكون في مخيلة المشرع الدستوري عند وضعه لقواعد الحكم وتنظيمه بين مستوياته المتعددة في الدولة الفدرالية. وبالتالي تصبح السند المهم للحيلولة دون تنازع القوانين، أو معالجته بعد بروزه هو الوثيقة الدستورية التي ارتضاها الشعب السياسي في الدولة.

المبحث الثاني

الآليات القانونية لفض حالات تنازع القوانين في الدولة الفدرالية

مع ان الاحالة تعد وسيلة اساسية في حل تنازع القوانين حيثما يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً، لذلك هذه القاعدة لايسعفنا للوصول الى القانون الواجب التطبيق في الدولة الفدرالية. بل القاعدة التي يحتملأن تتلائم مع الموضوع هي قاعدة التفويض، لذلك سوف تكون دراسة هذه القاعدة ومدى نجاعتها لفض حالات التنازع في الدولة الفدرالية موضوع مبحثنا هذا، والذي يتفرع الى مطلبين : المطلب الأول ، يكون مخصصاً لدراسة ماهية قاعدة التفويض، والمطلب الثاني تطبيق قاعدة التفويض في حل حالات تنازع القوانين في الدولة الفدرالية العراقية ، مثلما يأتي:

المطلب الاول

ماهية قاعدة التفويض

سنخصص هذا المطلب لبيان مفهوم التفويض وشروطه وموقف المشرع العراقي بالنسبة له ، ومدى تأثير ضوابط الإسناد على التفويض ونتحدث عن ذلك خلال فرعين :

الفرع الأول

مفهوم التفويض

سنختص هذا الفرع ببيان التفويض من حيث تعريفه وشروطه وموقف المشرع العراقي بصدده من خلال نقاط الآتية :

أولاً : المقصود بالتفويض:

التفويض هي توكيل قاضي النزاع إلى قواعد إسناد الداخلية في القانون المسند إليه إلى أحد شرائعه المتعددة تعدداً إقليمياً أو شخصياً [٢]. وعرف البعض التفويض بأنه استشارة قواعد الإسناد الداخلية في قانون دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع الداخلية تعدداً إقليمياً او شخصياً ، بتفويضها لغرض تركيز الاختصاص في إحدى تلك الشرائع الداخلية المتعددة في قانون دولة أجنبية أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقها[٣].

البيّن من هذين التعريفين على القاضي لأجل قيام بتطبيق التفويض أن يمر بمراحل الأربعة ، عن طريق تكييف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر الأجنبي ، ثم الإسناد بالإعتماد على قواعد الإسناد الوطنية، ثم توكيل أو تخويل او تفويض قواعد الإسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق والمتعدد الشرائع تعدداً إقليمياً او شخصياً وأخيراً تركيز اختصاص هذا القانون في إحدى شرائعه الداخلية المتعددة ، أي أن القاضي الوطني ينتقل مباشرة من قواعد الإسناد الدولية في قانونه الوطني إلى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد في دولته وذلك لإجراء المراحل الثلاثة المتعاقبة وهي الإسناد والتفويض والتركيز [٤]

---

[١] – د.حميد حنون خالد، القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٥، ص٧٥.

[٢] د.عبد الرسول عبد الرضا ، الجنسية والعلاقات الدولية ،الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٠، ص٢٤.

[٣] د . يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ .

[٤] د . عبد الرسول عبد الرضا ، المصدر السابق ، ص٢٥١ .

وقد أخذ بهذا التفويض معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة ١٨٨٠ ، كما أخذت به قوانين كثيراً من الدول البولوني سنة ١٩٢٦ ، والسويدي سنة ١٩٣٧ ، والقانون العراقي سنة ١٩٥١ وكثير من القوانين الدول العربية [١].مثال ذلك إقامة الدعوى أمام القاضي العراقي بخصوص تركة شخص أمريكي متوفي في العراق وله موطن فيها وترك فيها الثروة ، على القاضي العراقي أن يقوم بعملية التكييف لأجل تحديد فكرة المسندة وهي الميراث ، وبمقتضى المادة ٢٢ من قانون المدني العراقي فإن ميراث المنقولات يخضع لقانون الجنسية المتوفي وقت وفاته ، وهي القانون الأمريكي ، والأمريكا كما هو معروف بأنه الولايات المتحدة أي يتكون من عدد الولايات ، فبعد الإسناد ينتقل القاضي العراقي إلى التفويض بمقتضى الفرة الثانية من المادة (٣٢) من قانون المدني العراقي ، والتي يتم بموجبها تفويض قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية المتوفي القانون الأمريكي لتركيز هذا الإختصاص إلى إحدى شرائعه الداخلية المتعددة ، لنفترض أن قانون الأمريكي اعطت الإختصاص في ميراث المنقولات إلى قانون الموطن الأصلي للمتوفي ، ولنفترض أن موطنه الأصلي كان ولاية تكساس مثلاً فيقوم القاضي العراقي بتطبيق قانون الموارث في ولاية تكساس لتحديد أنصبة الورثة[٢]

واضح من مما سبق بأن التفويض يظهر في الحالة التي يكون قانون الواجب التطبيق هي قانون دولة تتعدد الشرائع سواءً كان تعدد تعدداً شخصياً ام إقليميا يحسم النزاع عن طريق تفويض الإختصاص لقواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق .

ثانياً : شروط التفويض:

يشترط توافر الشروط الآتية لإعمال التفويض وتطبيق قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدولة متعددة الشرائع تعدداً داخلياً إقليمياً ام شخصياً :

١ – يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه القاعدة الإسناد الوطنية ، قانوناً أجنبياً ينتمي إلى إلى دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً ، أو إلى دولة بسيطة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً ، وبفهوم المخالفة فإن التفويض لا يظهر ، إذا ماتم الإسناد في قانون القاضي إلى قانون الدولة لا تتعدد فيها الشرائع سواءً إقليمياً أو شخصياً [٣]

٢ – يشترط لإعمال التفويض أن يتضمن القانون الأجنبي الواجب التطبيق ولا سيما المتعدد الشرائع قواعد إسناد داخلية فضلاً عن قواعد الإسناد الدولية ، لأن مهمة هذين النوعين من قواعد الإسناد هو عملية تركيز القانون الأجنبي المختص في إحدى شرائعه الداخلية المتعددة وتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق [٤]

ثالثاً : أن يؤدي التفويض إلى تركيز اختصاص القانون الأجنبي الواجب التطبيق في إحدى شرائعه الداخلية المتعددة ، وليس إلى تخلي هذا القانون عن اختصاصه في حكم مسألة محل النزاع إلى قانون دولة أخرى ، سواءً أكان قانون دولة القاضي أم قانون دولة أخرى ، لأن هذا التخلي عن الاختصاص يعني الإحالة وليس التفويض الذي يقتضي تركيز الاختصاص وليس التخلي عنه [٥]

رابعاً : في حالة خلو القانون الواجب التطبيق المتعدد الشرائع تعدداً إقليمياً من قواعد اسناد داخلية ، لتحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم المنازعة المطروحة أمام القاضي الوطني ، فإنه يشترط لإعمال التفويض في هذه الحالة اللجوء إلى التركيز المكاني لضوابط الإسناد المكانية في قانون القاضي وهي بطبيعة الحال ضوابط اسناد احتياطية ،لأن مثل هذا التركيز يسمح بتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق مثلاً قانون الموطن ويعادل قانون الولاية التي يتخذها الشخص المعني موطناً له .

---

[١] د . أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، فصل الدراسي الثاني ، ٢٠١٦ ، ص ٥٨ .

[٢] د . يونس صلاح الدين علي ، المصدر السابق ، ص٢٠٦ .

[٣] د . يونس صلاح الدين ، نفس المصدر ، ص٢٠٩

[٤] د . هشام خالد ، التفويض ، دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٤ ، ص٧٢ .

[٥] د . يونس صلاح الدين ، المصدر السابق ، ص٢٠٩

خامساً : يشترط لإعمال التفويض أن يظهر ما يعرف بتنازع القوانين الداخلي ، سواءً الإقليمي أم الشخصي، إلا أن هذا النوع من التنازع ليس ببعيد عن تنازع القوانين الدولي ، لأن حل تنازع القوانين الدولي يعتمد في نهايته المطاف على حل التنازع القوانين الداخلي ، وذلك في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق لحكم نزاع متعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، هو قانون دولة متعددة الشرائع [١].

ثالثاً : موقف المشرع العراقي من التفويض:

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١ من القانون المدني العراقي على أنه إذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها . أي فإن القاعدة الإسناد العراقية تفوض قواعد الإسناد الداخلية في ذلك القانون الأجنبي مهمة فض التنازع الداخلي بين الشرائع تلك الدولة الأجنبية ، واختيار الشريعة الداخلية الأكثر ملائمة لحكم المسألة محل النزاع ، وما يؤدي في نهاية الأمر إلى حل التنازع القوانين الدولي المتعلق بالعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي.

الفرع الثاني

مجال سريان قاعدة التفويض

سنخصص هذا الفرع لبيان مجال سريان قاعدة التفويض من خلال ما يآتي :

أولاً : مدى تأثير نوعية تعدد الشرائع على سريان قاعدة التفويض:

فإن القاعدة الإسناد في الواجب التطبيق يقوم بمهمة تحديد شريعة الذي يجب أن تحل مسألة محل النزاع.

السوأل الذي يطرح نفسه هل يمكن أعمال قاعدة الإسناد على جميع أنواع تعدد الشرائع، الشخصية أو الإقليمية ؟

هناك رأيان في الفقه ، الرأي الأول: يذهب إلى سريان قاعدة التفويض على نوعي تعدد الشرائع الداخلي الإقليمي والشخصي ، يؤيد هذا الرأي من قبل جانب من الفقه القانون الدولي الخاص[٢]العراقي بدليل أن الفقرة الثانية من المادة (٣١) جاء مطلقاً ، والمطلق يجري على إطلاقه .

والرأي الثاني : قصر مجال تطبيق القاعدة التفويض على التعدد الإقليمي دون الشخصي ، فتعدد الشرائع الإقليمي يعد مجال الخصب لإعمال قاعدة التفويض وذلك عن طريق تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي ينطوي عليها القانون الأجنبي المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق [٣]. لكن الراجح يرى بأن مجال سريان قاعدة التفويض يمتد ليشمل نوعي تعدد الشرائع الإقليمي والشخصي .

ثانياً : مدى تأثير نوعية الضوابط الإسناد في القانون القاضي على سريان قاعدة التفويض:

إن إختلاف ضوابط الإسناد في القانون القاضي المطروح امامه النزاع يلعب دوراً كبيراً في تحديد مجال سريان قاعدة التفويض وذلك لأجل حل التنازع الداخلي بين شرائع الدولة التي يكون قانونها واجبة التطبيق :

١ : ضابط الجنسية : يعتبر ضابط الجنسية هو الضابط الوحيد الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق فيما لو تعددت التشريعات الداخلية في القانون الأجنبي المختص، مما نشأ عنه إجماع فقهي –في مصر خصوصا– بشأن إعمال قاعدة التفويض كلما كان القانون الأجنبي للدولة ذات التعدد التشريعي مختصا بموجب هذا الضابط.بل إن جانبا من الفقه المصري يذهب إلى حد قصر تطبيق قاعدة التفويض على الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد هو الجنسية. على أساس أن إعمال ضوابط الإسناد الأخرى كفيل في ذاته بتعيين القواعد الموضوعية بصفة مباشرة.أما باقي الضوابط فهناك

---

[١] د . عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص٢٥١ .

[٢] د . حسن الهداوي ، د . غالب علي الداوودي ، مصدر سابق ، ص٧٧ .

[٣] د . جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص١٠٩ .

خلاف فقهي حولها على اعتبار أنها قادرة بحد ذاتها على تعيين الشريعة الداخلية المختصة كما سيتضح. [١]. يكاد يجمع الفقه على عدم كفاية هذا الضابط في تحديد القواعد الموضوعية في الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، والتي تنتمي إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع الداخلية [٢]

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

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

مثلاً : لوكان ضابط الإسناد في قانون القاضي يعطى الإختصاص في الأهلية لقانون موطن الشخص ، وكان الشخص أمريكياً وموطنه في الولايات المتحدة الأمريكية فيمكن الرجوع مباشرة إلى قانون الولاية التي يتخذ فيها موطنه لتحديد أهليته [٤]

٣ – الضابط الإرادي : من الواجب التمييز بين الحالتين : الحالة الأولى : إذا كان ضابط الإسناد هو إرادة المتعاقدين فلا خلاف بين الفقه في أن هذا الضابط قادر على اختيار التشريع الداخلي الواجب التطبيق دون حاجة إلى إعمال قاعدة التفويض، إلا أن سلامة هذا الحل يقتضي أن يتبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى تطبيق تشريع داخلي معين من بين التشريعات المتعددة في الدولة التي وقع اختيارهم على تطبيق قانونها. مثلاً لو اختار الطرفان المتعاقدان القانون الأمريكي ليكون واجب التطبيق وأشارا بالتحديد قانون ولاية فلوريدا ، فهذا التحديد يكفي بحد ذاته ودون الرجوع إلى قاعدة التفويض .اما الحالة الثانية : فهي عدم إتجاه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى اختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في قانون دولة متعددة الشرائع ، يمكن ان نميز بين حالتين :

الإحتمال الأول : إذا لم يتفق المتعاقدان على قانون المحدد لكي يطبق عليهم وتعذر على القاضي الوصول إلى إرادتهم الضمنية ، ففي هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الإحتياطية الموطن المشترك مثلاً إذا اتحدا موطنا ، أو قانون محل إبرام العقد وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٥ من القانون العراقي .

---

[١] محمد عماد الدين عياض ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات ، طبقاً للقانون الجزائري ، بحث منشور على الموقع www .sciencesjuridiques.ahlamontada.net ١١ / ٢/ ٢٠١٩ تأريخ آخر زيارة .

[٢] د . هشام على صادق ، ود . عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص١٢٦ ، د . محمود جمال الكردي ، مصدر سابق ، ص١٠٦ ، د . حسن الهداوي ود. غالب علي الداوودي ، مصدر سابق ، ص٨٧ .

[٣]– د . أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة الإسناد ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

[٤]– د . يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص٢١٧ .

الإحتمال الثاني : إذا حدد المتعاقدان قانون الدولة متعدد الشرائع على أساس أنه قانون الواجب التطبيق لكنه لم يحدد الشريعة المعينة لكي يطبق عليهما ، فالراجح في الفقه هي ضرورة العمل قاعدة التفويض لإختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، ونؤيد هذا الرأي لأنه يساعد على تركيز اختصاص قانون الدولة المتعددة الشرائع في احدى شرائعه الداخلية ويحترم إرادة المتعاقدين التي اتجهت لاختيار هذا القانون بدلاً من رجوعه إلى ضوابط الاسناد الإحتياطية[١].

ثالثاً : مدى تأثير قواعد الإسناد على سريان قاعدة التفويض : إذا كان قانون الدولة الأجنبية متعددة الشرائع تعدداً إقليمياً أو شخصياً لا يتضمن قواعد إسناد الداخلية لحل التنازع الداخلي بين هذه الشرائع المتعددة ، ففي هذه الحالة يجب ان نميز بين تعدد الشرائع الشخصي وتعدد الشرائع الإقليمي ، ففي تعدد الشخصي يمكن ان نحل المشكلة دون حاجة للرجوع إلى القواعد الإسناد الداخلية ، لأن هذا التنازع يستند على اساس التنازع الديني او الطائفي فيمكن القاضي الرجوع إلى تحديد إنتماء الديني او المذهبي لأطراف النزاع بسهولة ، لتعين شريعة الواجبة التطبيق .وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في دعوى تطليق بتطبيق الشريعة المسوية بإعتبار قانون الزوج وقت رفع الدعوى [٢]وكما كان القانون الفرنسي التي تقضي قواعد الإسناد الداخلي فيه ، بخضوع المسلمين والإسرائليين في أحوالهم الشخصية لشرائعهم الدينية .

أما إذا كان التعدد إقليمياً ولم يتعرض القانون الداخلي لهذا التنازع ، ولم يبين أية الشريعة واجبة التطبيق ، ففي هذه الحالة يرى بعض الفقهاء الرجوع إلى قانون العاصمة الدولة وتطبيقه ، بينما يرى بعض الآخر الرجوع إلى قانون الولاية أو المقاطعة التي يرتبط بها الشخص ذو الشأن في الواقع ، أما الرأي السائد لدى أغلبية الفقهاء هو ان يعمل بقانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية ، وقد اثيرت أمام المحاكم المصرية مسألة تعيين الشريعة الواجبة التطبيق لدولة تتعدد فيها الشرائع ، فآعملت هذه المحاكم نص المادة (٢٦) من القانون المدني المصري ، وقضت في دعوى تطليق بين زوجين من رعايا الولايات المتحدة الأمريكية ، بتطبيق قانون ولاية واشنطن تأسيساً على ان قواعد الإسناد الداخلي في الولايات المتحدة ، تقضي بتطبيق قانون وطن الزوج أي قانون الولاية التي أعدها الزوج موطناً له في بلده [٣].

المطلب الثاني

فض حالات تنازع القوانين في الدولة الفدرالية العراقية

بعد ان تناول البحث في المطلب السابق مفهوم قاعدة التفويض ومجال سريانها لحل تنازع القوانين، يبقى ان نتساءل هل بالإمكان اعتماد تلك القاعدة في حل حالات تنازع القوانين في العراق؟ (الفرع الأول) واذا ما كانت قاعدة التفويض قاصرة في معالجة الموضوع فما هو الحل و ماهي ادواته(الفرع الثاني):

الفرع الاول

تطبيق قاعدة التفويض في فض حالات تنازع القوانين في العراق

ان قاعدة التفويض المشار إليها لايتوقع منها حل التنازع الذي يمكن أن يحصل بين قانون اتحادي وقانون إقليمي أو محلي[٤]، أو قانون إقليم مع قانون إقليم آخر أو قانون صادر عن الهئة التشريعية الاتحادية والتي تكون ذات طبيعة محلية مع قانون إقليمي أو محلي وذلك لأسباب التالية :

---

[١]- د . يونس صلاح الدين ، نفس المصدر ، ص٢١٨ .

[٢]- قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٣٤٥ الصادر بجلسة ٢٣ في ١٢ / ٨ / ٢٠٠٦ المشار إليح ، د . احمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ .

[٣] د . أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، المستوى الرابع ، فصل الدراسي الثاني ، كود ٤٢٢ ، ٢٠١٨ ، ص٣٠٢ .

[٤]- مثال على حدوث نوع من انواع التنازع يتمثل بتشريع برلمان اقليم كوردستان في عام ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ، ونتيجة لهذا التعديل ظهرت عدة تنازعات قانونية بين قانون النافذ في العاصمة بغداد وجميع المحافظات الاخرى غيرالمنتظمة في اقليم مع قانون المعدل النافذ في الاقليم ----وخاصة فيما يتعلق بتعدد الزواج [٤]. فهنا تظهر جليا مدى التنازع بين القانونين، حيث لا يحق لأي مواطن ساكن في الأقليم أن يتزوج من زوجة ثانية دون الحصول على أذن من القاضي، وأن أذن القاضي مرتبط بتحقق الشروط التي نص

١ –لأن أساس تطبيق قاعدة التفويض يكون في حالة تكون عنصر الأجنبي في العلاقة القانونية ، كما في نص المادة ٣١ الفقرة الثانية التي تقضي بأن " وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها" .

٢ –ومن منطوق الفقرة القانونية المذكورة أعلاه يتبين ان الضابط في القاعدة التفويض هي الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ومن المعلوم ان في الدولة الفدرالية ومنها العراق لا تتعدد فيها الجنسيات مثلما تتعدد فيها القوانين . مما يعني ان رفع تنازع القوانين بصورها المذكورة اعلاه في دولة العراق الفدرالية لا يمكن ان يتحقق بموجب قاعدة التفويض .

الأمر الذي يفرض على الدراسة في الموضوع البحث والتقصي حول ايجاد حلول أخرى تلك التي يشار إليها في الفرع التالي.

الفرع الثاني

البحث في فض تنازع القوانين خارج قاعدة التفويض

من خلال ما تقدم، ان الاستناد إلى نصوص القانون المدني المتعلق بفض تنازع القوانين لا تسعف الحالات التي من المتصور حدوثها في العراق من تنازع القوانين بين قوانين صادرة عن الحكومة الاتحادية خارج اختصاصها الحصري وبين القوانين التي تصدر عن حكومة اقليم كوردستان، او بين قوانين الاقليم مع الاقاليم الأخرى التي قد تنشأ في المستقبل، لذا يقتضي الأمر البحث عن حلول أخرى خارج نطاق النصوص القانونية المدنية.

لذا وبالرجوع إلى النموذج التقليدي للدولة الفدرالية المتمثل بالولايات المتحدة الأمريكية يمكن ملاحظة بأن دستورها يعد المرجع الأول والأصيل لحل حالات تعارض القوانين وبصورها المختلفة سواءَ بين قانون فدرالي و قانون إقليمي أوبين قانون فدرالي وقانون أجنبي أو بين قوانين الولايات المتحدة فيما بينها أو بين قانون ولاية وقانون دولة أجنبية [١].

ويرجع هذا الأمر اساساً إلى المادة الرابعة من الدستور الأمريكي التي تقضي بأن الولايات المختلفة عليها أن تحترم وتعترف الأعمال القانونية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية للولايات الأخرى .كذلك فإن الدستور الأمريكي قد رجح كفة القانون الفدرالي على قوانين الولايات وبالتالي اي تنازع بين القوانين الفدرالية وقوانين الولايات محلول على اعتبار أن قانون الواجب التطبيق هو القانون الفدرالي.أما ما يتعلق بحل التنازع بين قوانين الولايات الأمريكية لم يحدد الدستور آلية محددة لرفع التنازع، بل وضع مبدأً دستورياً وحمل بموجبه الحكومات المحلية التزاماً بإحترام القوانين والاحكام والوثائق الصادرة عن مختلف الولايات.

والى جانب هذا المبدأ الذي سمي بمبدأ الاعتماد الكامل، هناك مبدأً آخر تحكم الحالة وهي المجاملة. أي المعاملة بالمثل بين الولايات في الاعتداد بالقوانين المحلية الصادرة من غيرها، كما تعمل المحكمة العليا الأمريكية دوراً بارزاً في هذا الأمر[٢].

ومبدأ المجاملة يعني ان الوثائق والقرارات والأحكام محترمة لدى مستويين مختليفين من القضاء في الولايات المختلفة وهذا يرجع اساساً إلى الروابط الودية أكثر ما ان ترجع إلى القوانين والأعراف ومن حيث التطبيق هنالك ثلاثة مواضيع في الولايات الأمريكية تعاملت الولايات بالمثل في قبول تطبيق قوانين ولايات أخرى وهي :

عليها القانون المعدل بينما يحق للمواطنين الساكنين في محافظات غير الاقليم ان يتزوج بالثانية بأذن القاضي وبشروط يسيرة نوعا ما بخلاف المشرع الكردستاني الذي اتى بشروط صعبة من أهمها موافقة الزوجة الأولى، والغريب في الأمر هو ان الرجل المتزوج الساكن في الاقليم يستطيع أن يتزوج من ثانية في خارج الاقليم وأن يعقد عقد الزواج في محاكم المحافظات الأخرى ، هنا يظهر التنازع والتعارض عندما ترفع الزوجة الأولى دعوى ضد زوجها امام محاكم الاقليم داعية بأن زوجها قد خالف قانون الاحوال الشخصية المعدل وتبرز صورة من عقد الزواج الذي ابرمه زوجها امام المحاكم في الاقليم ، ويعتبر تصرفه غير قانونيويتعرض لغرامة مالية قدرها عشرة ملايين دينار عراقي أو الحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر ولاتزيد على سنة عند ثبوت زواجه من ثانية حتى وأن كان خارج الأقليم وذلك وفقاً للمادة الأولي الفقرة الثانية من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

[١] عباسعلي كدخدايي ، سيد محمد طبطبائى نزاد ، فرهاد باقري ، فدراليسم ونظام حل تعارض قوانين ، فصلنامةى مطالعات حقوق خصوصي ، د ٤٦ ، عدد ٣، ١٣٩٥ ، ص ٤٣٩.

[٢] عباسعلي كدخدايي ، سيد محمد طبطبائى نزاد ، فرهاد باقري ، مرجع سابق ، ص٤٤٠

أ – الزواج ، الطلاق ، والتبني .

ب – اجازة السوق .

ج – رخصة الهجرة ، ورخص السفر والسياحة الصادرة من ولايات أخرى.

أما مبدأ الاعتماد الكامل يقضي بأن تحترم كل ولاية وتعتقد اعتداداً كاملاً وبالنية خالصة بقوانين كل ولاية أخرى وسجلاتها الرسمية وإجراءاتها القضائية[١]، وهذا المبدأ بعكس المبدأ السابق يعد مبدءاً دستورياً كما تمت الاشارة إليها فيما سبق من الدراسة .

وقد لايسعف المبدأين حدوث حالات التنازع الذي يحصل بين قوانين الولايات في حال عدم وجود قانون فدرالي واختلاف تنظيم موضوع من الموضوعات في قوانين الولايات المختلفة مثلاً الزواج المثلي كان مسموحاً به في عدد من الولايات وفي ولايات أخرى كان غير مسموحاً به ، فهذه الحالة بقت حتى عام ٢٠٠٤ والتي أقدمت تسعة وثلاثين ولاية بتعديل دساتيرها بإجازة الزواج المثلي إلى أن قضت المحكمة الفدرالية بحرية هكذا الزواج ، الأمر الذي اعترفت الولايات به بموجب حكم المحكمة الفدرالية مما يلاحظ بأن مبدأ الاعتماد الكامل لم تبق نافذاً بل ترك مكانه لمبدأ آخر وهو مبدأ أرجحية القانون الفدرالي .[٢]

وجدير بالذكر ان المحاكم الفدرالية بسبب اعتبارها مرجعاً قضائياً مناسباً فإن طرفيه الدعوى يرجحان أن يقيما دعوى امامها وبالتالي أصبحت المحاكم الفدرالية هي التي تحل التعارض بين قوانين الولايات ولأجل الوصول إلى قانون واجب التطبيق يتبع ثلاثة خطوات او مراحل :

أ –التكييف: والذي بموجبه يتم تحديد طبيعة الواقعة المعروضة أمامها أكانت جريمة ، أموال ، عقود، أو غيرها .

ب – مكان الواقعة : المقصود بمكان حدوث الواقعة .

ج – اسناد : اسناد الواقعة إلى قانون معين لكي يطبق عليها .

أما في النموذج الفدرالي العراقي يبقى الدستور هو المرجع الأساسي في حل حالات تنازع القوانين من خلال تحديد اختصاصات مستويات الحكم (اتحادي ، إقليمي ،ومحافظات غير منتظمة في إقليم)[٣] . ولكن النصوص الدستورية قد يسعف في رفع التنازع في صورة من صور تنازع القوانين والمتمثلة بتنازع قانون اتحادي مع قانون إقليمي أو محلي في مجال الاختصاصات المشتركة[٤]، ويبقى الصور الأخرى للتنازع خارج عن الحلول الدستورية مثل التنازع بين قانون اقليم مع قانون اقليم آخر، قانون اقليم مع قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم وذلك في إطار الاختصاصات المتبقية[٥]. لا بل ان هناك من قوانين تصدر عن مجلس النواب العراقي ولا يمكن اعتبارها قوانين اتحادية بل هي الآخر تكون ضمن الاختصاصات المتبقية الممنوحة للأقاليم والمحافظات .

ففي هذه الحالة هناك نقص دستوري في حل تنازع القوانين في الصور المشار إليها أعلاه ، وبالرجوع إلى قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والنصوص الدستورية المتعلقة بالمحكمة[٦]، وكذا الأحكام القضائية الصادرة عنها لاتنير السبيل إلى حل الموضوع . وان جاءت ضمن احد الاختصاصات الدستورية للمحكمة بانها تكون مختصة بالفصل في

---

[١]- المادة (٤) ف٢ من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر ١٧٧٨٩ المعدل .

[٢]عباسعلي كدخدايي ، سيد محمد طبطبائى نزاد ، فرهاد باقري ، نفس المرجع ، ص٤٤١ .

[٣]المادة (١١٠ ، ١١٤) من الدستور العراقي الفدرالي لسنة ٢٠٠٥

[٤] – تنص المادة ١١٥ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأنه " كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما".

[٥]المادة ١١٥ من الدستور .

[٦]– المادة (٩٣) من الدستور

المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات ، إلا أننا نرى بأن هذا الإختصاص مرتبط أساساً بحدوث منازعات على مستوى الحكومات وفقاً لمنطوق المادة الدستورية ولا تصرح بصورة واضحة إلى حالة تنازع القوانين.

الأمر الذي يفرض ضرورة أن يتم الرجوع إلى قوانين الأقاليم لتحديد القانون الواجب التطبيق لحكم المنازعة القانونية التي تثار أمام محاكمها على حسب ان الأقاليم تستطيع ان تنظم العلاقات القانونية المدنية والجنائية والأحوال الشخصية بموجب قوانين اقليمية أو محلية[1]، وتضمنها نصوص لحل تنازع قانونها مع قوانين الأقاليم الأخرى .

ولأجل تطبيق هذا الأمر يستلزم تطبيق المبادئ الثلاثة المذكورة في النموذج الأمريكي بين علاقات الأقاليم القانونية وهي (المجاملة أو المعاملة بالمثل، الاعتماد الكامل، وأخيراً الأرجحية والتي يمكن أن يعهد تطبيقها إلى المحكمة الاتحادية العليا).

الخاتمة

بعد الانتهاء من الدراسة في موضوع تنازع القوانين في الدولة الفدرالية، يبقى لنا ان نسجل ابرز الاستنتاجات وتقديم بعض التوصيات بحقها:

أولاً: الإستنتاجات:

١-التنازع هي عملية المفاضلة بين قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي بواسطة قاعدة الأسناد أستناداً الى مبادئ العدالة، لكي نكون أمام موضوع تسميه تنازع القوانين فلا بد من وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية وهي جوهر أهتمام قانون الدولي الخاص بها.

٢-لأجل ظهور تنازع القوانين على الدول الأبتعاد عن تنظيم مسألة أقليمية وشخصية القوانين بصورة مطلقة لأن التنظيم بهذا الشكل الأخير يؤدي الى أنعدام التنازع.

٣-يجب أن تكون هناك أختلاف في المسائل الثانوية دون المسائل الجوهرية مابين القوانين ، لأن أختلاف القوانين في مسائل الجوهرية يؤدي الى حصول التعارض بين القوانين وبالتالي أستبعاد تطبيق قانون الواجب التطبيق.

٤- تنازع القوانين في الدولة الفدرالية بأنه عبارة عن تعارض أو تصادم قانوني أو أكثر تعود للوحدات المكونة للدولة الفدرالية وتتزاحم بصدد تطبيقها على علاقة قانونية معينة، دون ان تكون العلاقة مشوبة بعنصر اجنبي.

٥- في حالة عدم وجود الظوابط في قواعد الاسناد الداخلية في تحديد شريعة الواجبة التطبيق حينئذ يلجأ الى التركيز المكاني لظوابط الاسناد المكانية في قاون القاضي وهي بطبيعة الحال ظوابط اسناد احتياطية.

٦- ان قاعدة التفويض لايتوقع منها حل التنازع الذي يمكن أن يحصل بين قانون اتحادي وقانون إقليمي أو محلي ، أو قانون إقليم مع قانون إقليم آخر أو قانون صادر عن الهئة التشريعية الاتحادية والتي تكون ذات طبيعة محلية مع قانون إقليمي أو محلي.

٧- ان الاستناد إلى نصوص القانون المدني المتعلق بفض تنازع القوانين لا تسعف الحالات التي من المتصور حدوثها في العراق من تنازع القوانين بين قوانين صادرة عن الحكومة الاتحادية خارج اختصاصها الحصري وبين القوانين التي تصدر عن حكومة اقليم كوردستان، او بين قوانين الاقليم مع الاقاليم الأخرى التي قد تنشأ في المستقبل.

ثانياً : التوصيات :

١- نقترح تعديلاً دستورياً في العراق يتضمن وضع نصعلى غرار النص الدستوري الموجود في الدستور الأمريكي والذي يضع مبدأالاعتياد أو الاعتماد الكامل، ذلك الذييعني بأن الأقاليم عليها أن تحترم وتعترف بالأعمال القانونية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية للولايات الأخرى وأن يعتمدها اعتماداً كاملاً.

---

[1]- ينظر المادة (١١٠، ١١٤،١١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٢- ولأن المحكمة الإتحادية العليا هي الجهة القضائية التي تحسم المنازعات التي تثار بين بين المستويات الحاكمة في الدولة الفدرالية، لذلك نرى من الضروري ان يعهد وظيفة فض تنازع القوانين بين الاقاليم اليها في العراق في حال ما اذا لم يوجد نص دستوري صريح لمعالجة ذلك الموضوع بصورة تصبح هي الجهة التي تمتلك مبدأ الارجحية لرفع التنازع في القوانين.

٣- ونوصي للمشرع الاتحادي العراقي بأضافة الضابط المكاني أو الاقليمي من خلالاشتراط معيار محل الأقامة، لأن نص الفقرة الثانية من المادة ٣١ من القانون المدني لاتكفي الأعتماد عليها في وقتنا الحاضر نظراً لتغير الدولة العراقية من دولة موحدة الى دولة اتحادية.

قائمة المصادر والمراجع

أولآ : الكتب :

١- احمد ابراهيم الورتي، النظام الفدرالي بين النظرية والتطبيق، ط٢، مكتب التفسير، ٢٠١٣.

٢- أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، المستوى الرابع ، فصل الدراسي الثاني ، كود ٤٢٢ ، ٢٠١٨ .

٣- أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، فصل الدراسي الثاني ، ٢٠١٦ .

٤- أحمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ .

٥- جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الهيئات ، تنازع الإختصاص، ط ١ ، مطبعة الهلال – بغداد ، ١٩٤٩ .

٦- جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة النشر.

٧- حسن الهداوي ، د. غالب الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ونتازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، القسم الثاني – الطبعة الأولى ، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع – الموصل، ١٩٨٨ .

٨- حميد حنون خالد، القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

٩-رمزي محمد علي دارز ، فكرة التنازع القوانين في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠١ .

١٠- سامي بديع منصور و ، د . عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة ، الحلول الوضعية التنازع القوانين – الجنسية – الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية- بيروت ،١٩٩٥ .

١١- صادق عبدالحميد المالكي، نشأة وتطور النظام الفدرالي الأمريكي:نموذج تقاسم الصلاحيات السياسية وتوازنها عبر مستويات وقضايا الحكم، بحث منشور في مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، ع١٠، سبتمبر، ٢٠١٧.

١٢- عبد الرسول عبد الرضا ، الجنسية والعلاقات الدولية ،الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٠.

١٣- عبدالباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٩.

١٤- عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٩ .

١٥- منير عبدالمجيد ، تنازع القوانين في العلاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢.

١٦- هشام خالد ، التفويض ، دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٤ .

١٧- يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦.

ثانيآ: البحوث:

١- محمد عماد الدين عياض ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات، طبقاً للقانون الجزائري ، بحث منشور على الموقع www .sciencesjuridiques.ahlamontada.net ١١ / ٢/ ٢٠١٩ تأريخ آخر زيارة.

ثالثآ: القوانين :

١- الدستور العراقي الفدرالي لسنة ٢٠٠٥.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣- قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية باقليم كوردستان رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
٤- قانون الأحوال الشخصية العراقي العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
٥- دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر ١٧٧٨٩ المعدل .

رابعآ : المصادر الأجنبية

١- رونالد ل.واتس، الأنظمة الفدرالية، ترجمة:غالي برهومة،مها بسطامي،مها تكلا، منتدى الاتحادات الفدرالية، ٢٠٠٦.
٢- عباسعلي كدخدايي ، سيد محمد طبطبائى نزاد ، فرهاد باقري ، فدراليسم ونظام حل تعارض قوانين، فصلنامةى مطالعات حقوق خصوصي ، د ٤٦ ، عدد ٣، ١٣٩٥.

Summary

Conflict of laws arise when there is a foreign element in legal relations and, this is a subject of private international law. However, there is another type of conflict of laws that this study intends to exam which is the conflict of laws between the levels of government in the federal state and in the framework of the functions and competencies granted to them in accordance with the federal constitution, and this deserves a thorough discussion. Especially, and subsequently this type of conflict is not related to a foreign element, but both side of the relationship have the same nationality.

And, this matter for the Iraqi experience is clearer when it can be noted that the legislation issued by the House of Representatives does not require the courts in the Kurdistan Region to apply its provisions, this the case even when one of the parties to the conflict is linked to residents of other Iraqi provinces, and if the legislation is outside the exclusive jurisdiction of the federal government, with regard to the legislation issued by the Kurdistan Regional Parliament of Iraq, then, the Iraqi courts refrain from applying it pursuant to the principle of regional laws. However, this allows individuals to get rid of a different legal provision between the two levels without difficulty, which necessitates the need to find legal solutions to raise the conflict between the two laws.

Observable examples include the application of the Personal Status Law, the legislator in the Kurdistan Region has made a number of amendments to it, but the federal legislator has kept the law as it is without any amendments, this difference allowed the residents of the Kurdistan region to get rid of the new texts without difficulty, hence, they can apply to a nearest court in the governorates that are not incorporated in a region in Iraq.

Keywords: Conflicts of Laws, Federal State, Applicable Law, Attribution Rules, Levels of Government, Federal Laws.