# تمهيد

يتوزع الافراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليهـــا بالـــدول والاخيرة بدورها تفترض وجود القوانين، فيكون لكل دولة قانون له نفوذ يتحـــدد سريانه بحدود الدولة الاقليمية ويملك اختصاص في مواجهة اشخاص معينيين وهم الوطنيين، وبذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول، وكل قانون يملك مساحة من النفوذ و الاختصاص تنتهي حيث تبدا مساحة نفوذ واختصاص قانون اخر ، ومقابل ذلـــك يمكن ان يتجاوز القانون في نفوذه واختصاصه مساحته فيمتد على مساحة قـــانون اخر في مناسبات تتمثل بحركة الاشخاص و الاموال بين منطقة نفوذ قـــانونين او اكثر فيحتفظ كل منهما بصلة بالعلاقات القانونية التي تنشا باثر تلـــك الحركـــة، وهو ما يفضي الى تداخل اختصاص ونفوذ هذه القوانين بمناسبة تلك العلاقات ، ويترتب عن ذلك مايصطلح عليها في فقه القـــانون الـــدولي الخـــاص (بتنـــازع القوانين) وهو من اهم موضوعات القانون الدولي الخاص، ويثير هذا الموضـــوع تزاحم وتداخل عدة قوانين تتجاذب حكم العلاقة ، لتعدد انتماءات العلاقة بين هذه القوانين ،ويعتمد في حل هذا التنازع قواعـــد ذات مـــصدر عرفـــي او قـــضائي تحولت فيما بعد الى قواعد تشريعية تختلف الية تطبيقها بحسب موضوعها ، كمـــا ان بعضها يحل النزاع بشكل غير مباشر والبعض الاخر بشكل مباشر ،وقد نظمت اغلب التشريعات العربية بعض هذه القواعد ومنها التشريع العراقي في القـــانون المدني، في حين نظمتها الكثير من التشريعات الاجنبية في مجموعة تـــشريعة مستقلة تقع تحت عنوان القانون الدولي الخـــاص ومنهـــا سوســـراوالمانياوالمجر ,علما ان تطبيق هذه القواعد من قبل قاضي النزاع تعترضه عدة مشكلات.

في ضوء ما تقدم يمكن ان نطرح عدة تساؤلات وهي على النحو الاتي :-

اولا:- ماهو المقصود بتنازع القوانين وشروطه ، نطاقه؟ وثانيا:- ومـــا هـــي قواعد حل تنازع القوانين والية عملها ؟ وثالثا:- ماهي المشكلات التي تـــصادف اعمال قواعد تنازع القوانين. هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الاجابة عليها مـــن خلال خمسة مباحث سنبحث في الاول التعريف بتنازع القوانين .. وفـــي الثـــاني

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

قواعد حل تنازع القوانين وفي الثالث نطاق تطبيق قواعد تنازع القــوانين وفــي الرابع حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين اما المبحــث الخــامس فسنخصــصه لبحث تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي.

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

# المبحث الاول

# التعريف بتنازع القوانين

ان التعريف بتنازع القوانين يقتضي الوقوف على معنى التنازع ومقوماته وهو ما سنعرضه من خلال مطلبين

## المطلب الاول

## معنى تنازع القوانين

لقد طرح مصطلح تنازع القوانين الفقيه الهولندي هوبر وتعود بدايات هذا الموضوع الى منتصف القرن الثالث عشرالميلادي ، وذلك في مدن شمال ايطاليا حيث تظافرت ثلاثة عوامل، وهي العامل السياسي حيث كانت هذه المدن تتمتع باستقلال نسبي، وعامل قانوني وجود اختلاف بين قوانين هذه المدن، وعامل اقتصادي يتمثل بازدهار التجارة بين افراد هذه المدن مما افضى ذلك الى نشوء علاقات قانونية متنوعة اثير جدل بشان القانون الذي يحكمها مما طرح باثر ذلك التداخل بين ولايات هذه القوانين بمناسبة علاقات تخص اشخاص تابعين لمدنها. ويذهب البعض الى ان مصطلح تنازع القوانين لا يفيد المعنى المقصود فليس هناك ثمة تنازع بين القوانين لان التنازع يفترض المساواة في السيادة وهي منتفية حيث تكون السيادة للقانون الوطني في الاراضي الوطنية على حساب القانون الاجنبي وبذلك يكون التنازع عبارة عن مفاضلة يجيرها المشرع الوطني عبر قواعد التنازع لاختيار افضل القوانين لحكم العلاقة وهذه المفاضلة تقضي التضحية باحد القوانين لحساب قوانين اخرى هي اكثر ملائمة لحكم العلاقة ،و تحقيقا للعدالة[1] ، كما انها في الغالب تتوافق مع توقعات الافراد فتنازع القوانين هو مصطلح مجازي افتراضي.

لذا ظهرت في ضوء ذلك عدة اصطلاحات بديلة عن التنازع فالفقهاء الانكليز طرحوا مصطلح اختيار القوانين أي المفاضلة بين القوانين لاختيارافضلها لحكم العلاقة و الفقهاء الهولنديون طرحوا مصطلح تسابق القوانين وهناك من اطلق

[1] - - دحسن الهداوي ود.غالب الداودي – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية - القسم الثاني – الطبعة الاولى - مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع - الموصل – 1988- ص11-12

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

اصطلاح تنازع الاختصاص تشريعي وتنازع القوانين من حيث المكان تميزا لـــه عن تنازع القوانين من حيث الزمان[2] وهناك من اطلق مصطلح تلاقي القــوانين[3] الا ان التسمية الغالبة في الاستعمال و التداول هي تنازع القوانين ، بل ان الفقــه الانكلوسكسوني يجد في هذا المصطلح رديف لمصطلح القانون الدولي الخاص.

ووفقا لما تقدم يعني التنازع ,تزاحم واختلاف قانون دولتين او اكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر او اكثر من عناصرها بهذه الدول وعلى نحو ينتهــي التنازع الى اما ان يتوزع الاختصاص التــشريعي بــين القــوانين المتنازعــة او ينحصر باحدها بحسب طبيعة العلاقة المثار بشانها التنــازع وعلــى نحــو مــا سنلاحظ.

ونعتقد ان الاصطلاح الاوفق للموضوع هو تناسق القوانين لان النتيجة النهائيــة لتراكم اكثر من قانون لحكم علاقة ما بفعل اتصالهاماهي الا تحديد نسبة او حصة اختصاص كل منها،اي تحديد نطاق تطبيق كل قانون في العلاقــة نــسبة لبــاقي القوانين فاذا كان الوضع يقضي بتطبيق قانونين مثلا فهذا يعني ان الحــل يحقــق تناسق تطبيق كل منها، وبالتالي يملك كل منهم مساحة من التطبيق لا يتجاوز فيها مساحة تطبيق القانون الاخر، ويتولى المشرع الوطني مع مراعاة مبدا المعاملــة بالمثل واحترام مبدا التعايش بين الانظمة القانونية رسم حدود مساحة اختــصاصه القانوني نسبة لباقي القوانين .

وقد فضل المشرع العراقي استعمال مصطلح تنازع القوانين وذلك في المادة (30) من القانون المدني رقم 40لسنة1951 والتي نصت على ( يتبع في كل ما لم يرد بشانه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القــانون الــدولي الخاص الاكثر شيوعا) كما كان هذا موقف جميع التشريعات العربية.

---

[2] - دحسن الهداوي ود.غالب الداودي – القانون الدولي الخاص – القسم الثاني – المصدر السابق – ص 12

3 - انظر في ذلك ،د. جابر جاد عبد الرحمن.القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ,تنازع الهيئات ,تنازع الاختصاص _مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع _ط1_مطبعة الهلال _بغداد_1949_ص6هامش(1)

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

## المطلب الثاني

## مقومات تنازع القوانين

لما كان تنازع القوانين يقوم بمقومات بعضها تتعلق بالعلاقة موضوع التنازع و الاخرى تتعلق بالقوانين المتنازعة فيمكن ان نوضحها من خلال خمسة فروع على النحو الاتي .

### الفرع الاول

### الصفة الاجنبية للعلاقة القانونية

ان اتصال العلاقة القانونية بقانون دولتين كحد ادنى هو العامل الاول في تحريك التنازع وتحصل الية الاتصال بعد ان نعرف ان أي علاقة[4] تتكون من ثلاثة عناصر هي :

1- عنصر الاشخاص وهم اطراف العلاقة ،وهؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة، ففي عقد البيع البائع و المشتري، وفي الدين الدائن و المدين ،وفي الميراث الوارث و الموروث وهكذا في بقية العلاقات.

2- عنصر الموضوع وهو محل العلاقة ،ويختلف بحسب طبيعة العلاقة فيكون المبيع في عقد البيع، و التركة في الميراث ،و الماجور في عقد الايجار.

3- عنصر السبب وهو مصدر نشوء العلاقة فالسبب في الميراث يتمثل في القرابة او النسب ، وفي الدين يمكن ان يكون العقد اوالواقعة القانونية كالفعل النافع او الضار.

فاذا اتصلت العلاقة القانونية بجميع هذه العناصر بدولة واحدة فانها تكون وطنية ومن ثم تخضع بشكل خالص لحكم القانون الوطني، مثال ذلك كما لو باع عراقي الى عراقي اخر عقار كائن في العراق وابرام العقد في العراق فان عقد البيع سيخضع هنا لحكم القانون العراقي في جميع عناصرها اما اذا اتصلت العلاقة بدولتين او اكثر عن طريق عناصرها فسيتوزع على حكمها اكثر من

---

4- وهو اصطلاح طلع به الفقيه الالماني سافيني.

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

قانون وتكون هي موضوع التنازع ،ويكفي وفقا للمعيار القانوني[5] ،ان تتصف العلاقة بالصفة الاجنبية من خلال عنصر واحد كما لو باع عراقي الى فرنسي عقار كائن في العراق وابرام العقد في العراق فهنا تكون الصفة الاجنبية للبيع دخلت من خلال عنصر الاشخاص متمثل بجنسية المشتري دون عنصر الموضوع و السبب، كما يمكن ان تتخلل العلاقة الصفة الاجنبية من جميع عناصرها كما لو تزوج عراقي من فرنسية في المانيا واثير نزاع بشأن الطلاق امام قاضي مصري فهنا دخلت الصفة الاجنبية للعلاقة وفقا لقانون القاضي (المصري) من خلال ثلاثة منافذ هو عنصر الاشخاص(اختلاف جنسية الزوج و الزوجة)،وعنصرالموضوع الصفة الاجنبية للزوجة الفرنسية بالنسبة للقانون المصري ،وعنصر السبب ابرام العقد في دولة اجنبية وهي المانيا، وبذلك سوف توصف العلاقة في الوضع الاخير سواء دخلت الصفة الاجنبية من خلال عنصر واحد او ثلاثة عناصر بانها علاقة ممتدة دوليا أي علاقة ذات عنصر اجنبي،يصطلح البعض عليها بالعلاقة المختلط أي التي يختلط في حكمها مجموعة قوانين ويمكن تشبيه العلاقة الوطنية و الدولية بان الاولى تشبه الملكية المفرزة اذ تكون عائديتها لمالك واحد يتمثل بالقانون الوطني اما الثانية تشبه الملكية الشائعة و الموزعة ملكيتها بين عدة شركاء كل منهم يملك نصيب فيها وتتفاوت حقوقهم بحسب نسبة حصة كل منهم فيها وهذا هو وضع العلاقة الدولية حيث تتداخل عدة قوانين لحكمها طالما كانت متصل بكل منها ،وتتفاوت ولاية كل قانون بحسب درجة اتصال العلاقة فكلما احتفظت العلاقة بعدد اكثر من عناصر الاتصال بقانون كلما كان ذلك القانون هو الاكثر مساحة في حكمها ،مثال ذلك كما لو تزوج عراقي من فرنسية في العراق واثير النزاع المتعلق بالطلاق امام قاضي عراقي فهنا تتصل العلاقة بالقانون العراقي بعناصر اتصال (الاشخاص و السبب) اكثر من اتصالها بالقانون الفرنسي عنصر (الموضوع)

---

5- توجد هناك ثلاثة معايير لتحديد دولية العلاقة وهي المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي و المعيار المختلط للمزيد انظر د.منير عبدالمجيد _تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية منشاة المعارف الاسكندرية _1992_ص20ومابعدها

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

فيكون الاول هو الاكثراتصالا بالعلاقة ومن ثم اكثر مساحة في الحكـــم مـــن القـــوانين الاخرى[6]

6- د. سامي بديع منصور و د. عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص._طرق حل المنازعات الدولية الخاصة _الحلول الوضعية لتنازع القوانين _الجنسية _الاجراءات المدنية والتجارية الدولية _الدار الجامعية بيروت 1995_ص66ومابعدها

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

## الفرع الثاني

## الصفة الخاصة للعلاقة القانونية

لا تكفي الصفة الدولية للعلاقة لتحريك التنازع انما لابد من ان تتصف العلاقة بالصفة الخاصة أي ان تكون متعلقة بالقانون الخاص لا بالقانون العام ،و تتمثل علاقات القانون الخاص بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني او القانون التجاري او قانون الاحوال الشخصية ،كما يمكن ان تكون ذات صلة بالقانون الجنائي طالما كانت اثارها تنصرف الى موضوع يتعلق بالقانون الخاص مثل التعويض في المسائل الجزائية وهذا يعني ان التنازع يحصل بين القوانين الخاصة لا القوانين العامة وهذا هو الاصل ذلك لان القوانين الخاصة موضوعة لحماية الحقوق و المصالح الشخصية المتعلقة بالافراد فيفترض استمرار حمايتهم سواء كانوا داخل الدولة ام خارجها. ذلك لان حركة الاشخاص عبر الحدود تفترض حركة القوانين الخاصة بهم لاستمرار حمايتها لهم، وبذلك يتحقق الغرض منها عن طريق تغليب صفة الاستمرار على العموم على حد تعبير الفقيه الفرنسي بيلية لذا فزواج عراقي من عراقية امام القاضي الاردني يكون محكوم بالقانون العراقي لان العلاقة متصفة بالصفة الخاصة وهي من مسائل الاحوال الشخصية كما ياخذ القانون الحاكم لها نفس الصفة فيكون خاص وتستمر تتحرك القوانين مع اطرافها طالما انهم على الجنسية العراقية عند ابرام الزواج وهذا الحكم ينسحب على العلاقات التي تدخل في محيط القانونين المدني والتجاري كما ان اكثر قواعدها غير متعلقة بالنظام العام، ومقابل ذلك لا يحصل التنازع بين القوانين العامة ،ذلك لانها تهدف الى حماية سيادة الدولة و الحقوق المتعلقة بها فهي قوانين تغادر الوطنين عند الحدود ولا تتجاوزها ويكون تطبيقها محدود بالحدود الاقليمية للدولة لانها تتعلق بسيادة الدولة التي اصدارتها فلا يمكن ان تطبق على اراضي غير الاراضي الوطنية لان في ذلك تجاوز على سيادة القوانين العامة الاجنبية، اضافة الى ذلك انها متعلقة بالاقليم فتكون ثابتة ومحدودة التطبيق تبعاً لطبيعتها الاقليمية، وفيها تتفوق صفة العموم على الاستمرار فتكون عامة أي تسري على جميع الاشخاص في الاقليم سواء اكانوا وطنيين ام اجانب في جميع العلاقات التي يكونوا

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

طرفا فيها، فهي قوانين غير ممتدة عبر الحدود عكس القوانين الخاصة التي تمتاز بالامتداد وتوصف بانها محمولة مع الوطنيين اينما وجدوا فقانون العقوبات يسري على جميع الافعال التي تاخذ وصف الجريمة سواء وقعت من وطنيين ام اجانب طالما انها تؤثر على النظام الاجتماعي لمكان ارتكابها فهي قوانين تستهدف حماية المجتمع وتاخذ نفس الحكم القوانين المالية و الادارية و القواعد الدستورية كما ان اكثر قواعد القانون العام متعلقة بالنظام العام، وتاخذ وصف القواعد الامره بعكس قواعد القانون الخاص التي هي في الغالب قواعد مفسرة .

وفي ضوء ماتقدم تثار ثلاثة فروض الاول ،هو ان تطبيق القوانين العامة يمكن ان يحرك تنازع القوانين الخاصة كما لو كان قانون الدولة يعاقب على تعدد الزوجات كما هو حال القانون الفرنسي ،وادين عراقي على هذا الاساس ودفع بعدم صحة الزواج الثاني فان تطبيق قانون العقوبات الفرنسي سيحرك تنازع قوانين خاصة معنية بالاحوال الشخصية للقانونين الفرنسي و العراقي، فاذا نجح الشخص باثبات عدم صحة الزواج الثاني وهي مسالة يقتضي ان تكون وفق القانون الذي تزوج بموجبه وهو قانون خاص فلا يطبق قانون العقوبات الفرنسي وهوقانون عام اما اذا ثبت صحة زواجه الثاني وفق القانون الخاص أي لم ينجح في نفي التهمة عنه فسيعاقب وفق لقانون عام وبذلك حرك تطبيق قانون عام تنازع بين قوانين خاصة .

اما الفرض الثاني هو امتداد بعض احكام القوانين العامة الوطنية عبر الحدود، ومنها على سبيل المثال قانون العقوبات العراقي حيث يعاقب على الاحتيال وان ارتكب الفعل في الخارج طالما ترتب عليه ضرر في داخل العراق ، كما تمتد بعض احكام قانون العقوبات على جرائم تزوير العملة الوطنية والجرائم الماسة بامن الدولة الداخلي او الخارجي، فضلا عن ذلك يمكن ان يجد قانون ضريبة الدخل في العراق له تطبيق عبر الحدود بمناسبة نشاط تجاري يمارس في الاردن وينجم عنه دخل في العراق[7] ،وهو حكم بقية التشريعات العربية[8] ، اضافة الى ذلك

[7] - ذهب المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل رقم 112 لسنة 1982 المعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقق 49 لسنة 2004 في المادة 5 التي نصت على أن 1( – تفرض الضريبة على دخل الشخص المقيم العراقي الذي يحصل عليه في العراق أو خارجه بصرف النظر عن محل تسلمه2 – تفرض الضريبة على دخل غير المقيم الناجم في العراق وان لم يتسلمه فيه.3 – لا تفرض

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

يمكن ان تمتد بعض القوانين الاخرى مثل قانون الانتخاب رقم 16 لسنة 2005 لتنظيم الية انتخاب العراقيين في الخارج لاعضاء مجلس النوا ب كما هو الحال عليه في ظل الانتخابات العامة لعام 2010 حيث فتحت المفوضية العليا المستقلة للانتخابات مراكز اقتراع في عدة دول اجنبية وعربية.

اما الفرض الثالث ،وهو عكس الفرض الثاني ويتمثل بتطبيق القوانين العامة الاجنبية على الاراضي الوطنية بسبب الصلة التي يرتبط بها صاحب الحق بالدولة الاجنبية بواسطة الجنسية كما لواكتسب مواطن عراقي الجنسية الفرنسية لمورث فرنسي، وعندما طالب الوارث امام القضاء العراقي بحقه في الارث دفع احد الورثة بان الوارث الاخير لم يستكمل اجراءات اكتساب الجنسية الفرنسية، فالقاضي العراقي حتى يتمكن من تقرير استحقاق الوارث عليه التثبت من اكتساب الوارث الجنسية الفرنسية بوصفها مساءلة اولية ،وهو مايقتضي من القاضي العراقي مراجعة قانون الجنسية الفرنسية للتاكد من اكتساب العراقي للجنسية الفرنسية وبهذا سيطبق القاضي العراقي قانون عام اجنبي على اراضي وطنية وينسحب الحال نفسه على تنفيذ حكم اجنبي في العراق مثلا، فاذا طعن المحكوم عليه بالحكم، فما على المحكمة المختصة باصدار الامر بالتنفيذ الا ان تراجع الشروط الواجب توافرها في الحكم لتتاكد من صحته بحسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون الدولة الاجنبية وهذه من قواعد القانون العام ،وكذلك الحال اذا تم الطعن بعدم دستورية قانون اجنبي سواء من الناحية الشكلية ام الموضوعية على التفصيل الذي سنلاحظه لاحقا امام قاضي عراقي فعلى الاخير ان يتحرى عن ذلك بحسب دستور دولة القانون الاجنبي وهذه مرة اخرى سيطبق فيها القاضي العراقي قانون عام اجنبي على ارض وطنية، ففي الحالات المتقدمة تحقق امتداد قانون عام اجنبي خارج حدوده الاقليمة من خلال تطبيقه على اراضي دولة اخرى.

---

الضريبة على الدخل الناجم خارج العراق للأشخاص غير العراقيين المقيمين في العراق 4....) القانون منشور في الوقائع العراقية العدد 2917 في 1982/12/27

[8] - اذ نصت المادة(1) من القانون1981 المعدل بقانون سنة 1993 على أن(تسري الضريبة على المقيمين في مصر على النحو الموصى به بالقانون ,كما تسري الضريبة على غير المقيمين في مصر بالنسبة لدخولهم المحققة في مصر إي بمجرد الإقامة في مصر مدة مجموعها 183 يوما وان كانت الإقامة متقطعة خلال السنة الضريبية شرط أن تكون مصر هي مركز النشاط التجاري أو المهني أو الصناعي او أن تكون مصر المركز الرئيس لإدارة النشاط)

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

## الفرع الثالث

## مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الاجنبي

ان التنازع يفترض حدا ادنى وجود قانونين صادرين عن دولتين مستقلتين، وهذا يعني ان التنازع الدولي لا ينصرف الى تنازع شرائع تابعة لقانون دولة واحدة،ويمكن ان يكون القانونين اجنبيين او احدهما وطني و الاخر اجنبي وفي الحالتين فان المشرع الوطني عليه ان يبدي درجة من المرونة في التعامل مع القانون الاجنبي وذلك بالسماح للقاضي بتطبيق القانون الاجنبي ،وهذا السماح يظهر من خلال النص عليه عبر قواعد يصطلح عليها فقهً بقواعد الاسناد (قواعد تنازع القوانين) فالقواعد الاخيرة تحمل معنى الاجازة او السماح التشريعي للقاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي و المفهوم المخالف لذلك ان عدم وجود هذه القواعد يعني غياب التنازع بغياب التسامح او الاجازة بتطبيق قوانين اجنبية الى جانب القوانين الوطنية على الاراضي الوطنية ، كما ان السماح التشريعي بتطبيق قوانين اجنبية يعني الانفصال او عدم التلازم ما بين المحكمة (الاختصاص القضائي) و القانون الواجب التطبيق (الاختصاص التشريعي) ،فيمكن ان تكون محكمة وطنية تطبق قانون اجنبي ،و هذا الحال احد اهم اسباب ظهور التنازع الدولي للقوانين ، حيث لم يكن في السابق هذا الفصل فكانت كل محكمة وطنية تطبق قانونها الوطني ولا يمكنها ان تطبق غيره[9] ، أي كان كل من الاختصاص التشريعي و الاختصاص القضائي متلازمين لدولة واحدة ،وقد كان ذلك عندما كانت السيادة لإقليمية القوانين المطلقة حيث يملك كل قانون مساحة نفوذ تحدد بحدود الدولة وليس له نفاذ خارج ذلك سواء كان قانون عام ام خاص ،وبذلك لم يكن هناك تسامح بين المشرعين بتطبيق قوانين غير قوانينهم الوطنية كما وان كل قانون يحكم جميع الاوضاع ،و العلاقات سواء اكان اطرافها وطنيين ام اجانب، وبالمقابل فان سيادة مبدا شخصية القوانين المطلقة يمنع التنازع لانه يمنع التسامح و الجواز بتطبيق القوانين الاجنبية ،اذ يطبق كل قانون

9 د. سعيد يوسف البستاني _القانون الدولي الخاص _تطور وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة_ الطبعة الاولى _ منشورات الحلبي الحقوقية_بيروت لبنان _ص52

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

بحسب هذا المبدا على الوطنيين في داخل الدولة وخارجها وهذا يعني ان مساحة نفوذ كل قانون هم الاشخاص الوطنيين ،وهذا يمنع خضوعهم لقوانين اخرى، وان كانوا داخل مساحة نفوذ قوانين اجنبية، وعليه نخلص الى ان اعتماد أي من المبداين الاقليمية او الشخصية بشكل مطلق يمنع تنازع القوانين ، وهو يبين ايضا امتناع اجتماع أي من المبداين مع التنازع ،وهو من الاعتبارات التي اعتمدها القائلين بعدم وجود فكرة التنازع في اطار الشريعة الاسلامية ،ذلك لانها شريعة عالمية تطبق تطبيقا اقليميا على جميع القاطنين في حدود الدولة الاسلامية من مسلمين وغير مسلمين، كما تطبق تطبقا شخصيا على جميع المسلمين في داخل حدود الدولة الاسلامية وخارجها، فالشريعة لا تقبل مزاحمة لها في داخل الدولة الاسلامية وخارجها، ومقابل ذلك ذهب البعض الى ان الشريعة عرفت فكرة التنازع ذلك لانها وان كانت شريعة عالمية الا انها تقر من الناحية العملية بوجود الدول،كما اقرت حكم غير المسلمين بشرائعهم في ظل اتحاد الدين و الملة، وتطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين في ظل اختلاف دياناتهم ومللهم كما هو الحال بالنسبة لزواج مسيحي من يهودية امام قاضي مسلم حيث سيطبق الشريعة الاسلامية في حين يطبق الشريعة المسيحية اذا كان كلاهما مسيحيا من مذهب الكاثوليك[10].

ومن الجدير بالذكر ان التشريعات الوطنية اعتمدت كلا المبداين الشخصية و الاقليمية بشكل نسبي أي انها اقرت بجعل السيادة للقانون الوطني في الاراضي الوطنية مع تطبيق القانون الاجنبي في العلاقات التي تتصل بالقانون الاخير باحد عناصرها فاعتماد مبدا الاقليمية النسبية ومبدا الشخصية النسبية من عوامل ازدهار تنازع القوانين[11].

[10]- د.حسن الهداوي _تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي _مطبعة الرشاد _بغداد _1967_ص30
[11]- د.حسن الهداوي ود.غالب الداودي _القانون الدولي الخاص _ القسم الثاني – المصدر السابق _ص20 ومابعدها

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

## الفرع الرابع

## اختلاف القوانين في المسائل الثانوية

لما كان التنازع ينشا عن الاختلاف بين قانونين او اكثر بمناسبة علاقة متصلة بكل منهما بعنصر او اكثر، فهذا يعني غياب الاختلاف بين القوانين غياب التنازع من الناحية العملية ذلك لوحدة الحلول ، ويقتضي ان يكون الاختلاف في المسائل الثانوية كسن البلوغ وشروط الزواج و اسباب الطلاق و الية انتقال الملكية وبعض شروط الميراث و الوصية ويقتضي ان لا يبلغ الاختلاف بين القوانين حد المسائل الجوهرية،ومنها التعامل في تركة انسان على قيد و موانع الزواج واسباب الدين ومثال ذلك الاختلاف بين القانون العراقي و السويسري بشان التصرف بالتركات المستقبلية[12] وهي مسالة جوهرية كذلك الخسارة في لعبة القمار يمكن ان يترتب عليها مديونه ، وزواج مسيحي من مسلمة فيكون هناك مانع من موانع الزواج بحسب قانون قاضي النزاع اذا كان قانون دولة تعتد بمثل هكذا مانع ، فهذه المسائل تعد جوهرية فالاختلاف في الحكم فيها بين القانون العراقي و الاجنبي لا يترتب عليه نتيجة التنازع انما التنافر وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع. حيث ينفر الاخير الاول عبر الية استبعاده باسم فكرة يصطلح عليها بالنظام العام وهذا يعني ان الاختلاف في المسائل الثانوية هو اختلاف في مسائل متعلقة بقواعد مفسرة تحرك التنازع بينما الاختلاف في المسائل الجوهرية اختلاف في مسائل متعلقة بقواعد امره لا تقبل التنازع[13] بل التنافر و الاستبعاد فالتنازع. يحصل في المسائل الثانوية اما الاختلاف في المسائل الجوهرية لا يفضي الى التنازع انما الى التنافر، في الحقيقة ان الوضع الاخير يحرك قواعد يصطلح عليها بالقواعد ذات التطبيق الضروري وهي قواعد موضوعية ذات حلول مباشرة وحاذفة للتنازع .

---

[12] - المادة (129) مدني عراقي نصت على ان (1-.....2 – غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل).

[13] د.سامي بديع منصور ود.عكاشة محمد عبد العال_مصدر سابق _179ومابعدها

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

## الفرع الخامس

## الصفة الدولية للتنا زع

ينهض التنازع بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الاخـــر، أي ان يمثل كل قانون سيادة تشريعية وهذا يعني ان القوانين المتنازعة يقتضي ان تكون صادرة بين دول تتمتع بالشخصية الدولية وفق قواعد القانون الـــدولي أي يتـــوافر فيها اركان الدولة من شعب واقليم وسلطة نظامية تصدر القانون ،وتحرص علـــى تطبيقه وبذلك ياخذ التنازع وصف التنازع الدولي فالصفة الدولية تاتي من خـــلال القوانين الصادرة عن دول مستقلة بعضها عن البعض وبذلك يخـــرج عـــن هـــذا المفهوم التنازع بين قوانين دويلات تابعة لدولة واحدة تتعدد فيها القـــوانين تعـــدداً اقليمياً مثل الولايات المتحدة او تتعدد فيها القوانين تعـــدداً شخـــصياً مثـــل لبنـــان ومصر، فهذا التنازع ياخذ وصف التنازع الداخلي ،ومن الجدير بالذكر ان الانظمة الانكلوسكسونية ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية لم تفرق بين التنازع الداخلي والتنازع الدولي في الحلول.

كما لا يتصف التنازع بالصفة الدولية اذ حصل بين قانون دولة وقانون احـــد مستعمراتها، والذي يصطلح عليه بالتنازع الاستعماري كما كان عليه حال القانون الفرنسي و القانون الجزائري ابان خضوع الجزائر للاحتلال الفرنسي وياخذ نفس الحكم التنازع بسبب الضم الذي يثار بين قانون الدولة الـــضامة وقـــانون الدولـــة المضمومة كالتنازع بين القانون الالماني وقانون الالزاس و اللورين بعد ضـــمها الى المانيا.

ويمكن ان تتوافر الصفة الدولية في نوع من التنازع يصطلح عليـــه بالتنـــازع المشترك كالتنازع بين قوانين الاتحاد الاوربي فهو يقف وسط بين التنازع الدولي لانه يقوم بين قوانين دول مستقلة و التنازع الداخلي لانه يقوم بين قوانين دولة في مسائل مشتركة بينها.

واذا كان التنازع مقصود الدراسة هو التنازع الدولي بين قوانين دول مـــستقلة بعضها عن البعض الاخر فهل يقتضي ذلك ان تكون هذه الدول معترف بها حتى

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

يقبل تنازع قوانينها، مثال ذلك هل يمكن ان يتنازع القانون الاسرائيلي مع القانون السوري في حين لم تعترف سوريا باسرائيل اجاب الفقه عن ذلك باتجاهين الاول يذهب الى القول ان التنازع يقوم بين قوانين دول معترف بهـا أي حتـى يطبـق قاضي النزاع قانون دولة ما يقتضي ان تكون الاخيرة معترف بها من قبل دولـة قاضي النزاع ويستند هذا الاتجاه الى احد السوابق القضائية التـي تتمثـل بحكـم محكمة ايكس ان بروفس في 23 كانون ثاني عام 1925 الـذي قـضى بـرفض تطبيق القانون الروسي وذلك لعدم اعتراف فرنسا بالحكومة السوفتية انذاك[14].

ومقابل ذلك ذهب اتجاه اخر الى ان عدم الاعتراف بقانون دولة مـا غيـر مانع من التنازع، فيمكن ان تطبق المحكمة قانون دولة لم تعترف بهـا دولتهـا ، لان حل تنازع القوانين يستهدف تنظيم تطبيق قانون الدول الاطراف في النزاع لا تنظيم العلاقة فيما بينها ، فالاعتراف اجراء سياسي لا تاثير له في هذا المجال، ونعتقد ان الاتجاه الثاني هو الاقرب للصواب طالما امكن التسلم ببعض الاعـراف و العادات القبلية من قبل جانب من الفقه، فمن باب اولى التسليم بالقواعد التـي تاخذ وصف القانون طالما انها صادرة عن سلطة اقليمية نظاميه على حد تعبيـر الفقيه بارتن[15]، اضافة الى ان تطبيق قانون دولة لم يعترف بها من قبل قاضـي النزاع فيه حماية للحقوق المكتسبة التي حصل عليها الافراد فـي ذلـك القـانون وبعكس ذلك ستفوت منفعتهم من تلك الحقوق وتحقيق مصلحة المدين بسب تلـك الحقوق وفوات مصلحة الدائن وهو ما يخل بالعدالة .

14- د. حسن الهداوي و د. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني _مصدر سابق_ص25

15 .المصدر نفسه _ص26

PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com