محاضرة في مادة القانون الدولي الخاص لطلبة المرحلة الرابعة/ قسم القانون

المحاضرة رقم (٢) بعنوان

(قواعد التنازع في القانون العراقي وحالات تطبيق القانون الأجنبي)

د. ابراهيم حمود مهنا

٢٠٢٠/٣/١٥

جاءت التشريعات الوضعية متفاوتة في حلولها لمشكلة تنازع القوانين، ولـم تأخذ بإقليمية القوانين أو شخصيتها على انفراد، وانما عملت وبشكل مختلف بالمبدأين في آن واحد. والقانون العراقي شأنه شأن القوانين الأخرى، لـم يتمسك بشكل مطلق بأحد هذين المبدأين دون الآخر، وانما اتبع نظرية إقليمية القوانين بصفة أصلية، ولم يتنازل عن اختصاص القانون الإقليمي (الوطني)، إلا في الأحوال التي تشير فيها قواعد التنازع إلى الأخذ بالقانون الأجنبي.

وقد أشارت قواعد التنازع في القانون العراقي إلى تطبيق القانون الأجنبي في المسائل الآتية:

١- مسائل الأحوال الشخصية ٢- مسائل الأموال (الاحوال العينية) ٣- مسائل الالتزامات العقدية (التصرفات القانونية) ٤- مسائل الالتزامات غير العقدية (الوقائع القانونية) ٥- مسائل شكل التصرف. **مما يتطلب تفصيل ذلك.**

القواعد الوضعية لحل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية: هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية.

وقد اخضع المشرع العراقي مسائل الأحوال الشخصية من (اهلية، زواج، طلاق، نسب، نفقة، مواريث، وصايا) الى قانون الجنسية لا الى قانون الموطن، وكما يظهر من قراءة النصوص أدناه والخاصة بحل تنازع القوانين:

١- ما نصت عليه المادة/ ١٨ من القانون المدني ((الاهلية يسري عليها قانون **الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته**)).

٢- ما نصت عليه المادة/ ١٩ ف١ من القانون المدني ((يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى **قانون كل من الزوجين**)) أي قانون جنسية الزوجين.

٣- ما نصت عليه المادة/ ١٩ فـ٢ من القانون المدني ((ويسري **قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج** وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال)). أي قانون جنسية الزوج.

٤- ما نصت عليه المادة/ ١٩ فـ٣ من القانون المدني ((ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال **قانون الزوج** وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)). أي قانون جنسية الزوج.

٥- ما نصت عليه المادة/ ١٩ فـ٤ من القانون المدني ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها **قانون الاب**)). أي قانون جنسية الاب.

٦- ما نصت عليه المادة/ ٢١ من القانون المدني ((الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون **المدين** بها)). أي قانون جنسية المدين بالنفقة.

٧- ما نصت عليه المادة/ ٢٢ من القانون المدني ((قضايا الميراث يسري عليها قانون **المورث وقت موته**)). أي قانون جنسية المورث.

٨- ما نصت عليه المادة/ ٢٣ من القانون المدني ((قضايا الوصايا يسري عليها قانون **الموصي وقت موته**)). أي قانون جنسية الموصي.

س/ ما صعوبات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ؟

قد تعترض القاضي عند تطبيق هذه النصوص صعوبة تحديد قانون جنسية شخص من الاشخاص بسبب امتلاكه أكثر من جنسية، أو عدم امتلاكه جنسية أصلًا، أو بسبب تغييره لجنسيته، الأمر الذي يتطلب تحديد الجنسية التي يتم على اساسها تحديد القانون الشخصي، الا أن الفقه ومن بعده التشريع وضع حلولًا لكل من هذه الصعوبات وكالآتي:

أولًا: حالة تعدد الجنسيات: إذا ما ظهر لشخص جنسيات متعددة ، فيحل تنازع القوانين على الوجه الآتي :

١- إذا كانت جنسية القاضي المرفوع أمامه النزاع أحدى الجنسيات التي يتمتع بها من يتعلق النزاع بحالته الشخصية فالعبرة بجنسية القاضي. إذ يلزم تغليبها وإعطاء الاختصاص لقانونه باعتباره قانون الجنسية لمن تعددت جنسياته، كون الموضوع يتعلق بالسيادة. وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الحل بالمادة/ ٣٣ فـ٢ والتي تنص على أنه (**الأشخاص الذين**

تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أخرى أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه).

٢- أما إذا كانت الجنسيات المتعددة أجنبية جميعها، ولم يكن من بينها جنسية القاضي المرفوع أمامه النزاع، فالراجح هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطًا بها وهي الجنسية الفعلية. ويغلب القاضي هذه الجنسية لإعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانونها. وهذا ما أخذ به القانون العراقي بالمادة/ ٣٣ ف١) والتي تنص على أنه **(تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد).**

ثانياً/ حالة انعدام الجنسية :

أما في حالة انعدام الجنسية، أي كون الشخص لا يتمتع بجنسية من الجنسيات، حيث يميل الرأي الراجح إلى إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، فان لم يكن له موطن فينسب الاختصاص لقانون محل الإقامة، فان لم يتمكن من الوصول للموطن أو محل الإقامة ، فقد استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية.

ثالثاً/ حالة تغيير الجنسية :

ويطلق على هذه الحالة بالتنازع المتحرك أو المتغير وهو **تغيير في ضوابط الاسناد من نطاق قانون سلطة دولة الى نطاق قانون سلطة دولة اخرى مع بقاء قاعدة التنازع ذاتها دون تغيير**.

ذكرنا سابقًا إن قاعدة التنازع تقوم على ثلاثة أركان داخلية، هي الفكرة المسندة وضابط الاختيار أو الإسناد والقانون الواجب التطبيق. ولو ركزنا في الحديث على ضابط الاختيار أو الإسناد، لوجدناه يمثل عصب قاعدة التنازع، ومن خلاله تنهض قاعدة التنازع بوظيفتها وتحدد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي تغييره لأي سبب كان يولد مشكلة التنازع المتحرك... ولكن كيف ...؟

يتكون ضابط الاختيار أو الإسناد من عنصرين هما: عنصر واقعي، وعنصر قانوني، فضابط الجنسية مثلًا عنصره الواقعي هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو الجنسية ذاتها كنظام يفيد الانتماء إلى تلك الدولة، وكذلك ضابط موقع المال فعنصره الواقعي هو

وجود المال ذاته في إقليم دولة معينة، أما عنصره القانوني فهو فكرة الموقع كنظام قانوني، أي الحيز من المكان في دولة ما والذي يستقر فيه المال. وما تقدم يشير إلى إمكانية الأفراد في بعض الأحيان تغيير العنصر الواقعي من ضابط الاختيار أو الإسناد.

وبالتالي يمكن القول أن ضوابط الاختيار أو الاسناد عمومًا تقسم إلى نوعين هما:

الأول: ضوابط قابلة للتغيير ومنها ضوابط الجنسية، والموطن، ومحل الإقامة، وموقع المال المنقول، وارادة المتعاقدين.

والثاني: ضوابط ثابتة لا تقبل التغيير سواء كانت بطبيعتها كموقع المال العقاري، أو كنتيجة للتحديد القانوني لنطاقها الزمني كجنسية المتوفى في المواريث، ووقوع الفعل الضار أو النافع.

إذن مع القدرة على تغيير ضابط الإسناد وخلق مشكلة تزاحم عدد من القوانين، بالتأكيد يؤدي هذا التغيير إلى أن العلاقة القانونية بعد أن كانت مركزة في قانون دولة ما ، أصبحت متركزة في مجال قانون دولة أخرى، وبالتالي على القاضي المعروض عليه النزاع أن يبحث عن حل ناجع لهذا النوع من التنازع.

موقف المشرع العراقي من مشكلة التنازع المتحرك:

اختلفت التشريعات في أحكام هذه الحالة، وبالنسبة للمشرع العراقي فقد وضع حلولًا مختلفة لكل مسألة، فاخضع آثار الزواج بوصفه وضعًا قانونيًا مستمرًا بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج بجنسيته، وعليه فان تغيير الزوج لجنسيته بعد انعقاد الزواج لا يؤثر في وجوب تطبيق قانون الدولة التي ابرم الزواج فيها. وفي مجال الطلاق والتفريق اعطى الاختصاص الى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، فليست العبرة بانتماء الزوج بجنسيته الى الدولة التي سيطبق قانونها بوقت ابرام عقد الزواج بل بوقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، فلذلك فان هذا القانون هو الذي سيكون مختصًا ببيان الطلاق والتفريق. وكذلك الأمر بالنسبة للوصايا والمواريث وذلك بتطبيق قانون الموصي أو المورث وقت وفاته.