جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون الخاص

شرط التسامح التشريعي في قيام تنازع القوانين

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدَّم بها الطالب

محمد محسن عبد العالي السعداوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون

بإشراف الأستاذ الدكتور

عبد الرسول عبد الرضا الأسدي

أستاذ القانون الدولي الخاص

٢٠٢٢م ١٤٤٤ هـ

﴿ فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴾

سورة العمران أية (١٥٩)

الإهداء

إلى سبب وجودي بالحياة التي رضاها من رضا الرحمن حفظها الله لي .... أمي

إلى الساكن في القلب والذاكرة ... والدي(محسن عبد العالي) رحمه الله

إلى منيري دربي وملاذي وهدية الباري لي ...أخوتي الغالين

إلى ثمرة فؤادي وقُرةَّ عينـي ... زوجتي وأولادي

إلى القلوب الدافئة إلى رياحين حياتي ... أخواتي الغاليات...

أُهديكم هذا الجهد المتواضع وأسال الله عزَّ وجل أن يبارك لنا فيه ويوفقّني وإياكم لصالح ما يُحبُّ ويرضى..

شكر وعرفان

الشكر والحمدُ لله ربَّ العالمين ... والصلاةُ والسلامُ على أشرف الخلق نبينا الأكرم محمد و آله الطيبين الطاهرين وصحبه المخلصين.

ما من عمل إلا واحتاج فيه المرء إلى ثلاثٍ توفيقٍ من الله وناصحٍ ينصحه وواعظٍ من نفسه ، أمّا بعد..

أود أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أُستاذي المشرف الفاضل **(أ.دعبد الرسول عبد الرضا جابر الاسدي)** لما كان له من دور كبير في إنجاز هذه الرسالة وذلك لملاحظاته وتوجيهاته العلمية السديدة التي كان يقدمها لي طيلة مُدّة البحث .. فجزاك الله خيراً .

كما أتقدّم بفائق الشكر والتقدير إلى أساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا الذين تلقيت على أيديهم العلم والمعرفة طيلة مُدّة دراستي .

وأودُ أنّ اشكر زملائي وزميلاتي كافة في معهد العلمين للدراسات العليا ممن كان لهم دورٌ في إنجاز هذا البحث ، وكل من أسهم ولو بالدعاء لي من قلبه .. أسأل الله لكم جميعاً التوفيق والسداد.

يشدني واجب الوفاء أن أسجل شكري وإمتناني الى جميع موظفي المكتبات التي قصدتها لغرض انجاز البحث لما تمتعوا به من حسن التعامل ، و بذل جهدهم في تذليل الصعوبات امامي.

الباحث

المستخلص

إن موضوع التنازع بين القوانين يتطلب وجود قوانين عدة تدخل في حالة تصادم وتداخل ، وهذا لا يتم إلا بعد التسليم بحقيقة سماح المشرّع الوطني في كل دولة بتطبيق القانون الأجنبي على أراضيه ، وهذه القاعدة شكلت أحد أهم المقومات التي يقوم عليها تنازع القوانين ، فعدم التسامح معناه تعطيل لحالة التنازع لأننا سنكوُن أمام حقيقة وجود قانون واحد لا يقبل المنافسة له من أي قانون أخر . فالتسامح ينعقد بين المشرع الوطني والقانون الاجنبي ويأتي قاضي النزاع لتمثيل هذا الانعقاد .

ولا نجدُ اليوم دولة لا تمنح مساحة من التسامح في التعايش مع المنظومة القانونية لباقي الدول ، ولا يعني تسامح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على أراضيه التسليم بشكل مطلق بتطبيق القانون ألأخير في كل الاحوال وبنفس القوة. مما يعني ذلك أن التسامح التشريعي تتدرج وتتفاوت قوته من حال الى آخر ، فيكون له فاعلية شديدة في مسائل الاحوال الشخصية والالتزامات العقدية في حين تقل هذه الفاعلية والنشاط في مسائل الافعال والأشكال الى أن تتلاشى في إطار مسائل الأحوال العينية .

وكلما تعلقت المسائل بالنظّام العام وسيادة الدولة وسيطرة مبدأ الاقليمية عليها، كلما ضاقت حالة التسامح وإستبدلت بحالة التشديد. فالتسامح هو ألمرونة التي يبديها المشرع الوطني إزاء القوانين الأجنبية فيمنح إجازة تشريعية للقاضي الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية ، وهذه الإجازة ليست مطلقة إنما هي مقيدة لا يمنحها المشرّع في كل الأحوال فقد تكون مرونتها عالية أو قليلة ،كما قد لا تمنح حسب الاحوال المتقدمة والمشرّع يستهدف من ورائها تحقيق أعلى مستوى من الانسجام والتناسق مع الأنظمة القانونية في العالم ليحصل بالنتيجة على تفاعل إيجابي من المنظومة القانونية العالمية الموزعة بين الدول عندما يشار الى تطبيق دولة ما بشأن علاقات تتعلق بها من خلال إرتباط الأشخاص بها بجنسيتهم أو موطنهم أو أن إرادتهم إتجهت الى إختيار قانونها ، فضابط الجنسية والإرادة يرفع من

مستوى التسامح ولكن ليس في كل الاحوال وبالمقابل يكون دور ضابط الفعل الضار والنافع أقل في إحداث ذلك التسامح .

ولكن نجد أن التسامح ينخفض في إطار ضابطي موقع الاموال ومحل الإبرام وقد يتعطل احياناً .

ويؤثر التشديد والتخفيف من التسامح على السلطة التقديرية لقاضي النزاع ، فضلا عن كل ما تقدم إن هناك أوضاع لا يقبل معها التسامح مثل التكييف فالسلّطة التقديرية للقاضي فيها تنعدم لأن الحكم فيها لا يقبل التسامح لحساب قانون أجنبي لانه محجوز لحساب قانون وطني وهو قانون القاضي إبتداء ، كما ينسحب الكلام نفسه على الإحالة خاصة في الدول التي لا تطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إنما تطبق القواعد الموضوعية ،كما فعل المشرّع العراقي في المادة (١/٣١) مدني كما يغيب التسامح في ظل كل ما يخالف النظام العام لدولة قاضي النزاع أو فيه غش نحو القانون أو يؤثر على سلامة المعاملات في الدولة الأخيرة تحت ما يسمى بالمصلحة الوطنية .

وهذا يعني أن كل تطبيق للقواعد الموضوعية في دولة قاضي النزاع يعني اختفاء لحالة التسامح التشريعي وتوقفاً لتطبيق قواعد الاسناد التي هي في الغالب قواعد للتسامح ،فمع غيابها يغيب التسامح. فالتسامح ممكن أن نقول أن يدور وجود وعدما في الغالب مع تطبيق قواعد الإسناد ومن ثم تطبيق القانون الواجب التطبيق الذي اشارت اليه .

إن تطبيق شرط التسامح التشريعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعض منه حسب العلاقة موضوع التنازع .أي أنه يقصد إمكانية تطبيقه كلا أو جزءاً بحسب موافقته للنظام العام وسلامته من أي مانع فإن خلى القانون الأجنبي من كل مانع هنا سيطبق شرط التسامح بالكامل وممكن أن يطبق بشكل جزئي وتطبيق القانون الأجنبي كلياً أو جزئيا معقوداً على نسبة التسامح المتحققة بالوصف المتقدم .

وعندما يكون هناك تسامحاً في استخدام وتطبيق القوانين يفضل أن تتم بحذر شديد وإنضباط محكم بوصفه ضرورة تقدر بقدرها من غير ميل أو إسراف أو إنحراف إلا أن الهدف من المرونة والتسامح في تطبيق التشريعات الأجنبية هو

إعلاء الصالح العام وحمايته فالتسامح يجب أن لا يكون على حساب التضحية بهذه الاعتبارات .

لذا فإن هذا الموضوع يحظى بأهمية عالية لأنه يعبر عن مدى المستوى الذي وصلت اليه التشريعات في التقارب والاختلاف في أحكامها ، وهل بالإمكان يوميا أن يصل العالم الى قواعد قياسية تتسامح بشأنها جميع دول العالم هذا ما سنحاول الكشف عنه في ثنايا الدراسة .

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١ – ٤
الفصل الأول : الاطار القانوني التسامح التشريعي .	٦ – ٥٥
المبحث الأول : التعريف بالتسامح التشريعي.	٦ – ٢٥
المطلب الأول : تعريف التسامح التشريعي.	٧ – ١٠
الفرع الأول : معنى التسامح التشريعي لغة .	٧
الفرع الثاني : معنى التسامح التشريعي إصطلاحا.	٨–١٠
المطلب الثاني : خصائص التسامح التشريعي.	١٠ – ٢٥
الفرع الأول : المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق.	١١ – ٢٠
الفرع الثاني : المرونة في تطبيق القانون الاجنبي .	٢٠ –٢٤
المبحث الثاني : أنواع التسامح التشريعي	٢٥ – ٥٥
المطلب الأول : التسامح التشريعي المرن.	٢٥ – ٣٦
الفرع الأول : المرونة في ظل تعدد ضابط الأسناد.	٢٥ – ٣١
الفرع الثاني : المرونة في ظل وحدة ضابط الأسناد .	٣١ – ٣٦
المطلب الثاني : التسامح التشريعي الجامد.	٣٦ – ٥٥
الفرع الأول : الجمود القائم على أساس مبدأ الاقليمية .	٣٦ – ٤٥
الفرع الثاني : الجمود القائم على أساس مبدأ السيادة .	٤٥ – ٥٥
الفصل الثاني : آليات إعمال شرط التسامح التشريعي	٥٦ – ٩٧
المبحث الأول : إعمال شرط التسامح في ظل مسائل متعلقة بالاقليم .	٥٧ – ٨٣
المطلب الأول : الاعمال في ظل مسائل الأموال .	٥٨ – ٧٠
الفرع الأول : إعمال شرط التسامح في الاموال المادية .	٥٩ – ٦٦
الفرع الثاني : إعمال شرط التسامح في الاموال المعنوية .	٦٦ – ٧٠
المطلب الثاني : الإعمال في ظل المسائل المتعلقة بالتصريف .	٧٠ – ٨٣
الفرع الأول : مسائل الافعال .	٧٠ – ٧٧
الفرع الثاني : مسائل الشكلية .	٧٧ – ٨٣
المبحث الثاني : إعمال شرط التسامح في ظل المسائل المتعلقة بالاشخاص .	٨٤ – ٩٢

المطلب الأول : إعمال شرط التسامح في مسائل الالتزامات العقدية .	٨٤ – ٨٦
المطلب الثاني : اعمال شرط التسامح في مسائل الأحوال الشخصية.	٨٧ – ٩٢
الفرع الأول : الإعمال في إطار الحالة والأهلية .	٨٧ – ٨٩
الفرع الثاني : الإعمال في إطار مسائل الميراث والوصية .	٨٩ – ٩٢
الفصل الثالث : تعطل الإعمال شرط التسامح التشريعي	٩٣ – ١٣٢
المبحث الأول : التعطيل بفعل تطبيق قواعد الاسناد .	٩٣ – ١١٤
المطلب الأول : غياب التسامح قبل عملية الاسناد .	٩٥ – ٩٨
الفرع الأول: التكييف الأولي .	٩٥ – ٩٧
الفرع الثاني : تطبيق قواعد الإسناد .	٩٨
المطلب الثاني :غياب التسامح بعد عملية الإسناد .	٩٩ – ١١٤
الفرع الأول: غياب التسامح بفعل غياب الاشتراك القانوني (النظام العام) .	٩٩ – ١٠٥
الفرع الثاني : غياب التسامح بفعل حماية النظام القانوني لدولة قاضي النزاع .	١٠٥ – ١١٤
اولاً. غياب التسامح بفعل الغش نحو القانون .	١٠٦ – ١١١
ثانيا. المصلحة الوطنية.	١١٢ – ١١٤
المبحث الثاني : التعطيل بفعل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.	١١٥ – ١٢٦
المطلب الأول : التعطيل بفعل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة قاضي النزاع .	١١٦ – ١١٧
الفرع الأول : القواعد المتعلقة بالجوانب الموضوعية .	١١٦
الفرع الثاني : القواعد المتعلقة بالجوانب الإجرائية .	١١٧
المطلب الثاني : التعطيل بفعل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القانون الاجنبي .	١١٧ – ١٢٦
الفرع الأول : القواعد المتعلقة بقانون الإرادة .	١١٨ – ١٢٢
الفرع الثاني : القواعد المتعلقة بالامن المدني .	١٢٢ – ١٢٦
الخاتمة .	١٢٨ – ١٣١
أولاً:- الاستنتاجات	١٢٨ – ١٣٠
ثانياً:-التوصيات	١٣٠ – ١٣١
المصادر	١٣٣ – ١٤٠