المحاضرة الثانية

إشكاليات تطبيق قواعد الإسناد

اولاً :- التكييف : هو أول عمل يقوم به القاضي حينما تعرض عليه الواقعة أو المسألة القانونية لتحديد الطبيعة القانونية لتلك العلاقة . وللتكييف نوعان :-

1- تكييف أولي : أول عمل يقوم به القاضي (تحديد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي)

2- تكييف ثانوي : يذهب الى قاعدة الاسناد (القانون الواجب التطبيق)

ثانياً:- الإحالة :- هي تخلي قاضي النزاع عن تطبيق قانونه الى قانون دولة اخرى .

والإحالة نوعان : 1- الاحالة البسيطة

2- الاحالة المركبة

وتجدر الاشارة بأن المشرع العراقي لم يأخذ بها حالياً، بل أخذ بها سابقاً عام 1931 في قانون الاحوال الشخصية للأجانب لعام 1931، كما طبق القضاء العراقي فكرة الاحالة في أحد القضايا والتي تتلخص وقائعها بزواج بنت بريطانية تبلغ من العمر 12 سنة، طعنت والدتها بصحة هذا الزواج أمام القضاء العراقي وعند تطبيق قواعد الاسناد العراقية وجد انها تسند الاختصاص في الاهلية للقانون البريطاني بوصفه قانون الجنسية وبرجوع القضاء العراقي الى قواعد الاسناد البريطانية وجد انها ترجع الاختصاص لحساب القانون العراقي وهنا أخذ القضاء العراقي بإحالة قواعد الاسناد البريطانية وطبق القانون العراقي .

وبعد صدور القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 تم حضر العمل بالإحالة في المادة (1/31) التي نصت على "اذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" .

إلا إن المشرع العراقي أخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 من المادة (3/48) التي اكدت على الرجوع في أهلية الملتزم بموجب الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته أو أي قانون آخر يحيل اليه هذا القانون.

ثالثاً :- التفويض : هو تخويل أو توكيل قاضي النزاع بالتركيز على تطبيق قواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص في احدى شرائعه المتعددة , تعدداً اقليمياً أو تعدداً شخصياً .