الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراسة مقارنة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائل اثبات التوقيع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا	٧٨٥-٨١٣

		وسام عبد العظيم عبيد	
٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	٨١٤-٨٤٣
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	١٥٠٧-١٥٣٩
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين علي عبد الكريم خلف	١٥٤٠-١٥٧٠
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦

٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٢٩-١٦٠٧
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٥٣-١٦٣٠
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٧٠٢-١٦٥٤
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٣٤-١٧٠٣
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٧٩-١٧٣٥
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٨٠٩-١٧٨٠
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨٤٤-١٨١٠
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٨١-١٨٤٥
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٩١٤-١٨٨٢
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩٤١-١٩١٥
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٦٦-١٩٤٢
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	٢٠٠٩-١٩٦٧
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠٤٧-٢٠١٠
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٧٠-٢٠٤٨
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٩٢-٢٠٧١
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢١٣٠-٢٠٩٣
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٧٢-٢١٣١
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢٢١٥-٢١٧٣
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى مصطفى محمد علي	٢٢٤٦-٢٢١٦
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٧٩-٢٢٤٧
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٣١٦-٢٢٨٠
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣٥٠-٢٣١٧
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي زينب علي طه	٢٣٦٩-٢٣٥١
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٩٥-٢٣٧٠

٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود أيثم عبدالحسين محمد	٢٣٩٦-٢٤٢٥
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد خالد جواد كاظم	٢٤٢٦-٢٤٤٣
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دست رية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص

(دراسة مقارنة)

أ.د. خير الدين كاظم الامين

جامعة بابل/ كلية القانون

نور حسين جواد

جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

القاضي وان كانت وظيفته الاساسية تسوية النزاعات عن طريق تطبيق القواعد التشريعية، علاوة لذلك فان القاضي يستحضر احيانا مبادئ غير مكتوبة تخاطب التغيير والتطور الحاصل في القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالتوسع المستمر في مجال تطبيقه وزيادة تقنية هدفه وتنويع ممارسته بشكل سريع بالإضافة الى الانفتاح لمفاهيم جديدة تعكس الممارسات التعددية المعاصرة ، وعن طريف المبادئ المشتركة بين الانظمة اصبح القانون الدولي قانوناً متتامياً وغير محدد مشهوراً بمجموعة من المبادئ غير القواعد التشريعية وقواعد المعاهدات وجعل القاضي مشرعاً وهذا ما جاء في المادة ٣٩ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية ١٩٤٥، وليس من الغريب ان تكون مبادئ القواعد الدولي من المصادر التي يطبقها القاضي الدولي، ومع وجود التشريعات المتناثرة الخاصة بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة، الا القانون الدولي معتمدا بالدرجة الاولى على الاحكام القضائية، علما ان قضائية القانون الدولي الخاص لا تحجب الضوء او تقلل من اهمية المصادر الاخرى التي تنظم مضمونه، الا ان القضاء مصدراً متقدماً على المصادر الاخرى.

المقدمة

اولاً/ موضوع البحث.

يهدف القانون الدولي الخاص الى ايجاد الحلول المناسبة للعلاقات القانونية الخاصة ذات البعد الدولي، فهو قانون لا يقوم على الانعزال والفردية بل على الانفتاح بين الدول، ولعل ما تقدم كان سببا لعدم تقنينه خلافا للقوانين الاخرى، والملاحظ ان المشرع في هذا القانون يكون دوره خجولاً يتجسد في نصوص متفرقة ومتناثرة مما افضى قصورا تشريعيا، وعكسياً لدور المشرع ظهر دور القضاء دورا منشئاً بارزاً في هذا القانون، فعند نشوء نزاع وعرضه امام القضاء لا يستطيع الاخير ان يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود النص، وينتج عن ذلك انحسار دور المشرع و اعطاء دور كبير للقضاء في ان يخلق ويبتكر الحلول.

ثانيا/ اهمية البحث.

كثيراً ما تتجاوز حقائق الزمن وتطورات المجتمع جمود النصوص التشريعية لتخلق فجوة شاسعة بين ما هو كائن على ارض الواقع وما يجب ان يكون، والقاضي من خلال سد الفراغ التشريعي يخلق مبادئ وقواعد ضمنية من خلال التشريع نفسه، وعلى ذلك فان القضاء يمارس دوراً انشائياً هاماً يتجاوز مرحلة التطبيق، ينعكس في تفسير و انشاء المبادئ الدولية.

ثالثاً/ مشكلة البحث.

وإزاء الاهمية التي يشكلها بحث موضوع مبادئ القانون الدولي الخاص ودورها في توجيه القاضي نحو ايجاد حل للنزاع المعروض أمامه وابتغاء تحقيق العدالة والخير العام للمجتمع ولأطراف الخصومة في ان يكون القضاء مطمئناً وعاجلاً وعادلاً، فهل أراد المشرع عن طريق المادة (٣٠) مدني عراقي فتح باب الاجتهاد أمام القضاء لمواكبة جميع تطورات العلاقات الخاصة الدولية؟ أم يقصد بها إعطاء سلطة تقديرية للقاضي في المسألة المعروضة؟ .

رابعاً/ منهجية البحث.

أن المنهج الذي سنتبعه في دراستنا لدور القضاء في معالجة الفراغ التشريعي بمبادئ القانون الدولي الخاص هو منهج مقارن، لأنه منهجاً اكثر انسجاماً مع طبيعة هذا الموضوع، وذلك باختيار ابرز الدول التي اخذت تنظيم المبادئ العامة ومن بينها فرنسا ومصر وسوريا ومقارنتها بموقف المشرع العراقي.

خامساً/ خطة البحث.

تناول بحثنا الموسوم " دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي بمبادئ القانون الدولي الخاص"، في مطلبين، المطلب الاول خصص لبحث دور القضاء الانشائي والتفسيري، وقسمناه الى فرعين، لدراسة الدور الانشائي، ودور القضاء التفسيري، ثم نتناول بالدراسة دور القضاء التكميلي في المطلب الثاني بصورتي التطويع والتلطيف، في فرعين تباعاً.

المطلب الأول

دور القضاء الانشائي والتفسيري

أن وجود القاعدة القانونية هو ظاهرة ملازمة لكل تجمع بشري منظم على شكل جماعات ذات مصالح مشتركة، سواء اكانت هذه الجماعة على مستوى وطني ام على مستوى دولي ام على مستوى اصغر مثل الجماعات المهنية[١]، واذا كان القاضي في نطاق المنازعات التي تعرض عليه يطبق ما يضعه المشرعون من قواعد قانونية، لكن تعقد المسائل المتعلقة بالعملية القضائية والعوامل المتصارعة والقيم المتنازعة اصبحت متباينة اكثر من ذي قبل والتغيير اصبح متواصلا اكثر، والقاضي يعتبر مؤشراً بالغ الدقة للتغير الاجتماعي فهو المدرك لمتغيرات ومتطلبات المجتمع وبذاك ينظر اليه كجزء من النشاط المتواصل للمجتمع من يوم لأخر[٢]، القاضي ليس اداة لتطبيق التشريع و الوصول للحكم، أذ يمتاز بدور ايجابي في عملية تطبيق القانون مبتعدا عن التطبيق الحرفي الشكلي للقانون، وثمة احوال ليست فيها قواعد قانونية معالجة لما يطرح من منازعات، فثمة نقص في التشريع يتعين سده[٣]، والقضاء في ميدان التنازع وظيفتين، الاولى: يكون

للقضاء دور تفسيري فيقوم بتفسير قواعد التنازع التشريعية التي صاغها المشرع ليحدد نطاقها ويضبط حدودها، اما الوظيفية الثانية: فأنها تتمثل بالدور الخلاق للقضاء، حيث جعل القضاء من بعض احكامه مصدراً هاما لقاعدة التنازع[٤]، وهذا ما سوف يصار اليه البحث في الفرعيين التاليين.

الفرع الأول

دور القضاء الانشائي

يتميز القضاء في نطاق العلاقات الدولية الخاصة بانه قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية، اذ القاعدة القانونية ان لم يستمد من التشريع فهو يستمد من المبادئ القانونية العامة، لأن القضاة يفعلون ما هو أكثر من مجرد تطبيق قواعد قائمة، إذ هم احياناً يوسعون القاعدة القانونية، واحياناً يستنبطونها بالقياس على قاعدة قائمة، واحياناً أخرى يصنعون مبدأ جديداً بكل ما في الكلمة من معنى، فقرارات كل قاض تصنع القانون له ولمن يخلفه، وبذلك تمتلك المحاكم سلطة تطوير القانون في ذات الوقت الذي تطبقه فيه[٥].

ورغم أن المبادئ العامة للقانون ليست نصوصاً قانونية مكتوبة في كثير من الاحيان ، الا ان احداً لا ينكر دورها بوصفها مرجعاً يستقي منه القضاة احكامهم في الحالات التي لا يجدون نصوصاً تنظمها، ولاشك حينما يقوم القاضي بإنشاء القانون وتطبيقه في الخصومة المعروضة أمامه، والتي لا يجد في التشريع حلاً لها فان حكم القضاء يكون هو المصدر الوحيد، بل والمصدر الرسمي للقانون ، فحكم القضاء يكون هنا مصدراً رسمياً للقانون في خصوصية هذا النزاع، فالقضاء يتطلع بأنشاء وخلق القواعد القانونية في القانون الدولي الخاص على شكل مبادئ عامة، واذا ما كان القضاء يعمل دائما على ربط القاعدة التي يبتدعها بأقرب نص تشريعي لها في القانون الخاص، فان ذلك لا ينفي ان تلك القاعدة ترجع أساسا الى القضاء وليس الى المشرع[٦]، وفي مقابل ذلك، ذهب اتجاه فقهي قائلا بان المبادئ القانونية ما هي الا صورة عكسية لروح القانون، و دور القضاء دورا كاشفا لا انشائيا، يكشف عنها بطريقة استقرائية من جملة قواعد قانونية متقابلة ليس اكثر[٧]، لكن في فرض الرجوع الى مصدر المبادئ القانونية، نلاحظ انها ثنائية المصدر، فنوع من المبادئ ذات مصدر تشريعي نشأت تأسيسا عن النص المكتوب، والنوع الثاني من المبادئ ذات مصدر قضائي، أنشأها القاضي بوصفه مصدرا لا مطبقا لها[٨].

والنتيجة المترتبة على ذلك ان كل من القانون والفقه اعترف بتمتع القاضي بسلطة انشائية قد تقل او تكثر في الاهمية وفقاً للمساحة التي يتركها التشريع للقاضي في فروع القانون المختلفة اذ ان الطريقة الحديثة في التفسير تدعو الى ان يعمل القاضي على الكشف عن ارادة المشرع او قصده ضمن حدود النص الذي يطبقه ومن ثم يجب السماح للقاضي بجواز سد الفراغ في القانون عن طريق الاجتهاد العلمي الحر ويعتبر هذا الاجتهاد منشأ للقانون لان على القاضي ان يعمل على كشف قاعدة قانونية لم ينص عليها صراحةً في اي من نصوص القانون وان يتخذ هذه القاعدة الجديدة المكتشفة اساسا والذي يبني عليه حكمه[٩].

فالعلاقات القانونية موضوع هذا القانون ، تتسم بالتنوع في عناصرها ، فبالضرورة ان احد اطرافها ينتمي الى نظام قانوني اجنبي ، او بمعنى اوسع ينتمي الى منظومة ثقافية قانونية تختلف بصورة كلية أو جزئية عن المنظومة الثقافية للمشرع الوطني ، وهذا التنوع تطلب من القاضي هنا ان يتدخل بما له من سلطة لتحقيق حالة التعايش القانوني بين نظامه القانوني الوطني وذلك النظام الاجنبي، وهو ان حقق ذلك انما يكون قد عمل على تحقيق احد اهم اهداف ذلك القانون، والقاضي في مجال العلاقات الخاصة الدولية قد يجد نفسه امام كثير من المنازعات التي لا تجد بصددها سوى مجموعة من التشريعات متعددة الاشكال في الصياغة الفنية والشمول القانوني، خالية عادة من المبادئ العامة الاساسية ومقتصرة على تقرير حلول جزئية، وامام ما يتمتع به القاضي من حرية في التقدير واسلوبه في التفسير والطريقة العملية التي يتبعها في اصدار احكامه، امام كل ذلك اصبح دور القاضي جليا في انشاء المبادئ والنظريات، لذلك يمتاز القاضي في نطاق القانون الدولي الخاص في الاغلب بانه قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في العلاقات الخاصة الدولية ، ومن ثم ابتدع القاضي مبادئ القانون الدولي الخاص[١٠].

ان حقيقة كون القضاء في العلاقات الخاصة الدولية قضاء غير تطبيقي والقانون الدولي الخاص قانونا غير مقنن قد اتاحت امام القاضي انشاء قواعد قانونية بشكل واسع غير محدود، فتحت ستار التفسير اولا، والحاجة العملية ثانيا، استطاع ان يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقتها من انشائه[١١].

واهم ما يلفت النظر بالنسبة للقانون الدولي الخاص هو وجود قواعد ونظريات تكونت بمجملها بجهود القضاء وحده، ويمكن القول ان هناك نظريات ومبادئ تكونت بهذه الطريقة مثل " نظرية الجهل المغتفر "، والاعتداد ب " الجنسية الفعلية "[١٢]، فلو افترضنا كمال التشريع ، بمعنى ان التشريع يحتوي على حل لكل

نزاع يعرض امام القضاء لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء ، بل لاقتصر القضاء على مباشرة وظيفته التقليدية وهي تطبيق القواعد على المنازعات الخاصة التي تعرض امامه، وهي تكفي بكمالها لمواجهة المنازعات المتصورة وغير المتناهية، ان العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي لا تحبذ بطبيعتها التراكيب الجامدة والذي من مساوئها انها تقيد القاضي بالنسبة للمستقبل بشكل ضيق جدا فهو يريد الاحتفاظ بإمكانية ان يأخذ بعين الاعتبار خصائص كل قضية، في القرارات التي يصدرها لاحقا في نفس المسألة، اضافة الى ان التوافق بين متطلبات النشاط القضائي وحقوق وحريات الافراد يمنع ويحظر التراكيب الجامدة ويتطلب التنوع والتدرج[١٣]، ولا يمكننا بأي حال من الاحوال انكار ان القضاء مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص ، اذ ان هذا القضاء يخلق من حيث الواقع قواعد قانونية في حال غياب التشريع، فالقاضي يخلق بمجهوده الفعلي الحل العادل الذي يراه اقرب الى مبادئ القانون الطبيعي او الى المبادئ النابعة عن الفكرة العامة للوجود السائد في المجتمع الذي يوجد فيه القاضي، ومن ناحية اخرى فأن احالة المشرع القاضي الى المبادئ العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة امامه، يمثل مرحلة اجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية، ويساهم في هذه الصياغة[١٤].

وقد كان للاجتهاد باللجوء الى مبادئ العدالة اثر كبير في استحداث وانشاء قواعد ومبادئ قانونية غير موجودة في القانون وهذا ساعد في ايجاد قواعد تنازع قادرة على حل النزاعات الدولية ، وهو الملاذ الذي يرجع اليه القاضي لاكتشاف حل للمشكلة غير المنصوص عليها في قاعدة التنازع، هذا وان القانون المدني الكويتي الصادر سنة ١٩٨٠ هو الوحيد من بين التشريعات العربية الذي الزم القاضي صراحة الاجتهاد[١٥]، وهذا ما جاء به ايضاً القانون المدني السويسري[١٦]، كذلك المادة الاولى من القانون المدني التركي الملغي الصادر في ٤ نيسان ١٩٢٦[١٧]، وما تقدم كان اعترافاً من المشرع بان التشريع ذات نواقص، واعطاء القاضي سلطة مساويه له في انشاء قواعد قانونية عادلة وحكيمة تسعف العلاقات والحالات التي لا يسعفها النص والعرف.

فالعلاقات ذات البعد الدولي اصبحت ذات توسع افقي وعمودي في هيكل العلاقات القانونية مما يستلزم ان يكون القاضي مواكبا لذلك التوسع مرتفعا الى مستواها يستجيب لمستلزماتها عندما يطبق القوانين وصولا لتحقيق العدالة، ولكن جوهر العلاقات مضمون القانون الدولي الخاص تستلزم من القاضي ان يكون ذات نظرة شمولية وثاقبة حتى يحكم بالقرار العادل وليس القرار القانوني فحسب، وتتطلب هذه العدالة من جملة ما

تتطلب ايجاد مبادئ مستمرة التطور، فان الحديث عن اهمية دور القاضي تتجلى في اعطائه هامشا معقولا من الاجتهاد (واقرار المبادئ)، فدور القاضي ليس كاشفا لقواعد قائمة من قبل، بل انه اي القاضي يقوم بإنشائها انشاء، والادعاء بان القضاة هم مجرد كاشفين للقانون هو ادعاء اجوف، وذهب الاستاذ Radcliffe " ليس هناك مطلقا جدل عقيم اكثر من ذاك الذي يدور حول مسألة ما اذا كان القاضي ينشئ قاعدة قانونية طبعا انه يقوم بذلك"[١٨].

وعلى الرغم من وجود تشريعات كثيرة تتعلق بالتنظيم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، الا ان القانون الدولي الخاص لايزال معتمدا بالدرجة الأولى على أحكام القضاء التي تكون المصدر الرئيس لمبادئه ونظرياته العامة، علما ان القول بان هذا القانون هو قانون قضائي لا يعني إغفال المصادر الأخرى التي ترفده كقانون ومنها التشريع والعرف مثلاً، الا ان القضاء يكون مصدراً متفوقاً على تلك المصادر لأنه صاحب الفضل في تشييد مبادئ هذا القانون فهو مصدر رسميا وليس مصدرا تفسيريا شانه شان الفقه في بقية القوانين، كما ان المشروع في كثير من الاحيان قد يستلهم ما توصل اليه القضاء من مبادئ فيصوغ تشريعا على هذا الأساس، والقاضي عندما يطبق القانون ان وجد نص امامه لا يتقيد بالمعنى الحرفي للنص بل يتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة امامه، وعندما لا يوجد نص او عندما يكون غامضا، فان القاضي يضطر الى ان يبتدع الحل الذي يحسم النزاع فهو يقوم بخلق القاعدة من عنده، ان كلا من المشرع والقاضي يبحث عن الهدف من القانون او الغاية من تطبيقه، فلا يفترض ان المشرع يضع النصوص وهو غير مدرك لغايتها، ولا القاضي يطبق النصوص وهو غير عالم بالنتائج التي تترتب على ذلك التطبيق[١٩]، فتكون مهمة القاضي عن طريق الاجتهاد خلق المبادئ ورد التطبيقات اليها، ومن امثلة على ذلك استبعاد القانون الذي تم التوصل اليه بتفسير ضابط الاسناد الذي تم التوصل اليه بتفسير نيه التحايل على القانون المختص اصلاً.

ويتكون القانون من وجهة نظر " françois GENY " من عنصرين و هما العلم و الصياغة وان العوامل المكونة لجوهر القاعدة القانونية عنده، أن المادة الأولية للقانون هي يمكن الوصول إليها عن طريق العلم ، و هذه المادة الأولية تتكون من أربعة أنواع من الحقائق ، هي الحقائق الواقعية أو الطبيعية ،و الحقائق التاريخية ، و الحقائق العقلية و الحقائق المثالية ، فكل ذلك يمثل عنصر العلم يقرر " françois GENY الذي يمد القانون الوضعي بتوجيهات عامة غير واضحة لذلك فإن أن تكمل هذه التوجيهات حتى

يمكن أن يكون لها الأثر الفعال بصياغتها في قالب عملي حتى تصلح للتطبيق ، فهذا العنصر لا يتعلق بجوهر القاعدة القانونية ، و لكنه يتعلق بالشكل، و يدخل في نطاق الفن التشريعي" françois GENY " أنه يجب على القاضي إذا لم يجد حكما في التشريع ينطبق على الحالة المعروضة عليه ، فلا يجوز البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع (كما ذهبت مدرسة الشرح على المتون) بل ينبغي التسليم بأن التشريع لا يتضمن حلا لهذه الحالة، البحث في المصادر الرسمية الأخرى للقاعدة القانونية فإن لم يجد القاضي قاعدة لحكم الحالة المعروضة علية في المصادر الأخرى فلا يبقى إلا إتباع "البحث العلمي الحر" ، و يقصد بذلك الرجوع إلى جوهر القانون، أي المادة الأولية التي يتكون منها بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية و تاريخية و عقلية ومثالية و هي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي، فالقاضي سلطته مقيدة بأصول فنية وعملية ليست مطلقة[٢٠].

وفي نطاق العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، الفيصل في تنظيمها التشريع ومبادئ القانون الدولي الخاص طبقا للمادة (٣٠) مدني عراقي تقابلها (٢٩) مدني مصري، والمبادئ القانون الدولي الخاص السبب الطبيعي لها القضاء، فعندما يفصل القاضي في النزاع المعروض عليه مطبقا مبادئ القانون انما هو لجوء الى مصدر من بين مصادر عديدة اخرى، فان انشاء القاضي المبادئ القانونية لا يتم عمداً او اغتصاباً لدور التشريع انما لطبيعة الذاتية للعلاقات ذات البعد الدولي الخاصة.

فهنا ارتفع القاضي الى مرتبة المشرع بإرادة المشرع نفسه[٢١]، ونلاحظ ان الدور الانشائي للقاضي يبرز هنا بشكل جلي لا يثير اللبس، وان هذا النص هو اوضح نص قانوني في العالم اشار صراحة الى دور القاضي في انشاء المبادئ والقواعد، وكذلك القانون التركي، ذلك أن هذه القوانين بنوعيها الموضوعي والإجرائي تتضمن إشارات إلى معنى هذه الدور، وعندما يصرح المشرع للقاضي بممارسة هذا الدور فانه لا يباشر سلطة تحكمية تجعله يخلق قاعدة قانونية، وانما يقوم بعمل ذهني أو عقلي من خلاله يتوصل إلى حل للقضية المعروضة أمامه في ضوء الضوابط والاسس القانونية[٢٢].

وبالتالي فان المنطقية القانونية الذي يعمل في نطاقها الدور الانشائي للقاضي تجد اساسها في الواقع والقانون ذلك إن الدعوى ماهي إلا وقائع يطلب الخصوم من القاضي بإسناد القانون لها، للحصول على حماية قانونية، وبعبارة اخرى فان الدور الانشائي يثبت للقاضي عندما لا يكون مسلكاً محدداً او منصوص

عليه سلفا في القانون، كما ان اختصاص القاضي يكون مقيدا عندما يكون مسلكه محدد بقواعد القانون سلفا، وبالتالي فأن المرجع في تمتع القاضي بدور الانشائي هو القانون بمعناه الواسع[٢٣].

وصرح كلسن تعبيراً عن الدور الانشائي للقاضي فيقول ان الموافقة على وجود نقص في التشريع تعني " السماح للقضاة بان يحلوا افكارهم الاخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع "[٢٤].

ان الفلسفة التي تقف وراء هذا المنحى ترجع إلى أمد بعيد قدم التاريخ، فلقد كان للبريتور الروماني دوراً بارزاً في تطوير أحكام القانون عبر ما يعرف بالمنشور البريتوري، الذي كان يتضمن المبادئ والاحكام التي سيتبناها أثناء قيامه بواجبه القضائي.

فقد بدأ القانون الروماني، قانوناً شكلياً الا انه مع مرور الوقت، وعلى أثر انفتاح المجتمع الروماني على الاجانب ودورهم في أسواق الرومان، ظهر العصر العلمي الذي كان من ملامح تجلياته ظهور قانون الشعوب، ومع تأثر الرومان والاجانب بهذا القانون، وتأثير الفلسفة اليونانية في المجتمع والقانون الروماني، أدى كل ذلك إلى ظهور مبادئ قانونية وقواعد وأحكام تقلل من الشكلية الصارمة المتبعة آنذاك في المعاملات إلى الحد الذي تجعل للإرادة دوراً في التصرفات، وتفتح آفاقاً اكثر انسانية في التعامل، كمبدأ دور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية من حيث انشاء العقد وترتيب الآثار عليه ومبدأ الوفاء بالعهد واحترام الكلمة المعطاة، ومبدأ حسن النية، ثم أصبحت هذه المبادئ بعد أن تكونت وترسخت في الأحكام القضائية بمجموعها تعرف باسم مدونة جستنيان[٢٥] في الفقه الروماني، التي أضحت مصدرا للقواعد القانونية في النظام القانوني اللاتيني وعلى امتداد النظم القانونية في الدول التي تتبع هذا النظام بوضعه في التقنين.

وتجدر الإشارة إلى أن المدونة قد تضمنت جملة من المفاهيم الأساسية حول العدالة والحرية والمساواة وأنشاء العقود وغيرها من المسائل، فعُرِّف العدل فيها بأنه: "حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الدوام والاستمرار"، أما في إنشاء العقود واسبابها فقد ورد فيها بأن: "الباعث الكاذب لا أثر له في قيام العقد"[٢٦].

وفي العصر الحديث، وعلى اثر سقوط الجمهورية الفرنسية الثالثة وتعطيل دستورها وانتهاك الحريات العامة فيها، اخذ مجلس الدولة الفرنسي على عاتقه التصدي لتلك الممارسات، وذلك عبر اعماله للمبادئ

العامة للقانون ليحلها محل ذلك الدستور، تلك المبادئ التي كان يؤمن بأنها مستقرة في ضمير الجماعة وبقيت قائمة على الرغم من انهيار النظام أو الدستور التي يقررها، وانها بحسب الأصل عنده لا تستمد قوتها من نص تشريعي مكتوب، بل إنها واجبة التطبيق من دون حاجة لنص تشريعي يقررها.

وان مجلس الدولة الفرنسي كان له الفضل الكبير في الكشف عن مجموعة من المبادئ العامة للقانون وقد لجأ في استنباطه لهذه المبادئ إلى أربعة طرق[٢٧] وذلك:

أ–باستخلاصها من فحوى نصوص أو مبادئ قانونية كانت سائدة في قوانين ملغية.

ب– باستخلاصها من المعتقدات الراسخة في ضمير الأمة .

ج–باستخلاصها عبر تعميم نصوص تتعلق بحالات جزئية محددة.

د– باستخلاصها من جوهر النظام القانوني أو من متطلبات العدل والانصاف أو من طبيعة الأمور.

الفرع الثاني
دور القضاء التفسيري

التفسير[٢٨]هو تحديد معنى القاعدة القانونية وبيان مداها، وذلك بواسطة عدم الوقوف على المعنى الظاهر المباشر الذي يأخذ من ألفاظ النص، إذ يكشف القائم بالتفسير عن المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية، محاولاً الوصول إلى روح التشريع، ولما كان تطبيق القاعدة القانونية من اختصاص القاضي عادة، فالأصل أن القاضي هو الذي يفسرها، ويعاون القضاء في مهمة التفسير، رجال الفقه، فيضعون من جانبهم تفسيرات فقهية يسترشد بها القضاء[٢٩].

فالتفسير، في أبسط معانيه، عملية فنية تبتغي إيضاح ما أبهم، وضبط ما اشكل، وتحديد ما التبس، هو اذن يستهدف امرين، ازالة الغموض، ورفع الخلاف في حكم القاعدة القانونية من ناحية، وسد الفراغ بالاجتهاد في القواعد القانونية، لمواجهة ما يكشف عنه الواقع من ناحية أخرى، وعلى هذا النحو، يكون التفسير، اعمالاً للذهن داخل اطار النص، يحقق التعايش بين امرين، يتبدى على ضوء التوفيق بينهما، طبيعة مهمة القاضي في ممارسة هذا الاختصاص، اولهما ان القاضي، لا ينحصر دوره بترديد منطوق القانون، وانما هو باحث

في اعماق النص، سابراً اغواره، وقوفاً على حقيقة ما تقصده المشرع، وبلوغاً حقيقة ارادته، ليتمكن من كيفية تطبيق[٣٠].

أن مصادر القانون هي التي تحدد القواعد القانونية موضوع التفسير، اذ تفسير القانون هو تفسير لقواعد القانون، ومن الطبيعي ان تكون القاعدة موجودة قبل أن تعرض مشكلة تفسيرها، ووجود القاعدة مرتبط بوجود سبب منشئ لها، اي وجود مصدر لها، وهذا شاهداً على عدم أمكان الفصل بين مصادر القانون وتفسير القانون[٣١].

وتفسير القانون هو من صميم عمل القضاء، فالقضاء عندما يطبق النص على النزاع المعروض علية لابد ان تسبق مرحلة التطبيق عملية تفسير الفروض الخاصة بكل القواعد القانونية للنزاع المعروض، وينعكس على التفسير تأثير القضاة بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة امامهم، فقد يتجاوزون تحت ستار التفسير القواعد القانونية الوضعية في سبيل الوصول الى الحل العادل للنزاع، وفي هذا الفرض فأن تفسير القانون يختلط مع خلق القانون، فالقاضي عند غياب الحل للنزاع المعروض أمامه في التشريع والعرف والقضاء، فانه يخلق الحل عن طريق الرجوع الى جوهر القانون " القانون الطبيعي، العدل "، والحل الذي يصل اليه القاضي في هذا الفرض يكون حلاً وضعياً من صنع القضاء، ومن هذا يتضح ان عمل القاضي يقتصر أحياناً على تفسير القانون وتطبيقه وهذا هو الغالب، وفي بعض الحالات يختلط تفسير القانون مع خلقه[٣٢].

وصرح بورتاليه في كلمته الافتتاحية في احدى جلسات مناقشة القانون المدني ان القانون تضمن نواقص لا يمكن تجنبها الا عن طريق القضاة، حيث ذكر " ان مهمة التشريع هي ان يحدد بمنظور عام القواعد العامة للقانون وان يتضمن مبادئ غزيرة من حيث النتائج وليس من مهامه تفصيل المسائل المتعلقة بكل موضوع، وتعود الى القاضي فيما عدا ذلك مسألة ... ولكن لانتفاء نصوص محدده حول كل مسألة فان الاستخدام القديم الثابت وغير المنقطع للقرارات المتشابهة... يمثل قانونا "[٣٣].

والخلاصة ان القاضي لا يستطيع ان يباشر عمله الا عن طريق تفسير قواعد القانون الوضعي وان كان يتخطى أحياناً مجال التفسير والتطبيق الى مجال الخلق، فتفسير القانون هو من صميم عمل القاضي ولكنه

لا يستحوذ كل عمله.

وتنص المادة ٣٠ من التقنين المدني العراقي " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً "، ومن الواضح ان هذا النص يأمر القاضي بأن يفسر نصوص القانون تفسيراً لفضياً فاذا لم يوصل اللفظ الى معنى النص، فهو يستخلص هذا المعنى من فحوى النص، والمقصود بفحوى النص روح التشريع، والمشرع العراقي وان لم يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، الا انه اعتبره المصدر الاصيل الوحيد للقانون، اما المصادر الاخرى كالمبادئ فهي مصادر احتياطية لا يرجع اليها الا أذا لم يوجد نص في التشريع، ولكن سبق وأن ذكرنا عند دراستنا لمبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص، أن المبادئ مصدر اصيل كالتشريع، وأنهما مصدران متكاملان، والتشريع أن كان يتقدم على المبادئ فهو متقدم من حيث الكم لا من حيث الكيف، فالمبادئ قد تسمو احياناً على التشريع، وأن العبرة في قيمة القاعدة القانونية لا تؤخذ من مصادرها بل تؤخذ من مكانها في التدرج الهرمي لقواعد القانون[٣٤].

فإذا أمكن الكشف عن قاعدة التنازع الملائمة من خلال المبادئ العامة لنظرية التنازع، فأنه يجب على القاضي عند تخير تلك القاعدة مراعاة اكتسابها لصلة القاعدة العامة المشتركة، وتخلصها من الخصوصيات الوطنية للنظام القانوني الذي تنتمي اليه على نحو يردها الى جوانبها الاكثر عمومية، كما يجب مراعاة استجابة تلك القاعدة للأسس الفنية لنظامه القانوني، وعدم اصطدامها باعتبارات السياسة التشريعية التي تهمين على ذلك النظام[٣٥].

اذ باتت من اهم مهام القضاء في نظرية تنازع القوانين صياغة وارساء " المبادئ العامة " لفض تنازع القوانين[٣٦]، فقد اكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي " لا يمكن للمحكمة المختصة بنزاع ان تثير سؤال حول معرفة القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، اذ يجب تحديد ذلك القانون من غير استلهام طبيعة تلك الالتزامات والظروف التي صاحبت ميلادها، ما لم يؤخذ بالاعتبار الارادة الصريحة او المفترضة للأطراف، وهذا ما ينبغي على المحاكم الوطنية عمله عند غياب قواعد القانون الوطني المتعلقة بحل تنازع القوانين"، فالقانون الدولي الخاص القضائي هو مجموع ما استقرت عليه من مبادئ وقواعد احكام القضاء بشأن مسائل تنازع القوانين، ونهوض المشرع بمهمة وضع الحلول ومبادئ فض تنازع القوانين، "القانون الدولي الخاص

القانوني"، نهض القضاء بالعبء الاكبر في تشييد تلك الحلول والمبادئ انطلاقا من وظيفته وهي اداء العدالة وتحقيق الحماية للحقوق والمراكز المكتسبة والتي يمليها التزام قضائي لا يمكنه التنصل من الوفاء به بحجه انعدام القاعدة القانونية، وهذا الدور الهام للقضاء في نظرية تنازع القوانين جعل البعض يقول بحق اننا بخصوص " قانون دولي خاص قضائي وعلمي "، فالمحاكم كانت قديما تنشأ قواعد تنازع القوانين وتطبقها بمقتضى سلطتها العلمية الانشائية التي فرضها غياب التشريع[٣٧].

المطلب الثاني

دور القضاء التكميلي " التطويع والتلطيف "

أن القضاء اوجد لنفسه مجال اخر اتسم بقدر عالٍ من الدقة، فبعد انشاء الاحكام القانونية، اتجه مرة اخرى الى حالة من الابداع ولكن ضمن اطار النص القانوني وذلك بما يملكه من سلطة تقديرية منحت له من قبل المشرع، بمعنى اخر انه بدأ يطور النصوص عن طريق (التطويع) او أنه يلجأ الى فكرة (التلطيف)، محاولاً ايجاد نوعاً من التنسيق والتكامل فيما بين النظم القانونية المختلفة، او فيما بين الافكار والمصطلحات التي يتضمنها القانون الاجنبي الذي اشارت باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية، وبدأ يلطف من الافكار في النظم الاجنبية او الغير معروفة في قانون القاضي[٣٨].

أن مرونة القانون الدولي الخاص لا تعطي للقاضي امكانية التحلل من اي مبدأ قانوني لأنه لو كان الامر كذلك لأصبحت العدالة تخضع لاختيارات شخصية بعيدة عن الاسس الموضعية، ولكن القاضي عندما لا يجد حلاً من جميع مصادر القانون، فانه يستند الى مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، ثم أنه يلتزم فيما بعد ذلك الحكم في الحالات المشابهة من الناحية الادبية في الاقل، وعليه نستطيع القول بان القاضي مقيد في استلهام العدالة الموضوعية، وحر في خلق الطريقة التي يتوصل بواسطتها الى تلك العدالة[٣٩].

حيث يجوز للقاضي ان يبحث عن الحل من خارج النصوص وذلك بالرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة واراء الفقه وأحكام القضاء[٤٠]، ومن جانب اخر هنالك قوانين تكتفي بالزام القاضي بالحكم بالنزاع من غير أن تُحدِّد الوسائل الاجتهادية التي يمكن الاستعانة بها من أجل الوصول الى معرفة القانون الواجب التطبيق أي نستطيع القول بأنَّ القاضي مُقيد في استلهام العدالة وحرٌ في خلق الطريقة التي يتوصل

بوساطتها الى تلك العدالة، ومن هذه القوانين القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ في المادة الرابعة والتي تلزم القاضي بالحكم بالنزاع دون ان تبين الوسائل الاجتهادية اللازمة للحكم(٤١).

ومن اجل بيان ما تقدم سوف نقسم المطلب الى فرعين، نبحث دور القضاء في التطويع ابتداءً في الفرع الاول، ثم دوره في التلطيف وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دور القضاء في التطويع

قد حاول القضاء اللجوء الى مجموعة من الافكار القانونية الموجودة في النظم القانونية الاجنبية من اجل ايجاد تفسير لها داخل النظام القانوني الوطني مثل تطويع القانون الداخلي في مسائل التكييف، اذا من اسباب تطبيق قانون القاضي على التكييف، ضبط البيئة والجو القانوني الذي يعمل فيه القاضي، والنتيجة البديهية هي تأثر الاخير بأحكام و مبادئ وتقسيمات نظامه القانوني، لكن في ذات الوقت ان التكييف في تنازع القوانين ليس هو التكييف في روابط القانون الداخلي(٤٢).

والتوفيق بين الاعتبارين يقود الى القول ان حاجة المعاملات الدولية وتحقق استقرارها، تستدعي احكاماً ومبادئ خاصة بها تتمايز عن المعاملات الداخلية، ولن يتحقق هذا الا بتطويع طوائف النظم القانونية الوطنية واسباغها بالروح الدولية وما يفرضه التعاون والتعايش بين النظم القانونية في مختلف الدول، حتى تتمكن من استيعاب المسائل ذات البعد الدولي والتي يصعب ادراجها ضمن طوائف قانونية وطنية، وذلك التطويع يتحقق اذا استقبل القاضي النظم القانونية الاجنبية ببصيرة واعية وافق واسع، ويكفيه في ذلك التأكد من ان النظام القانوني محل النزاع يحتوي على نواة النظام القانوني الوطني المقابل وذلك عن طريق الكشف عن الطبيعة المشتركة بين النظامين الاجنبي والوطني(٤٣).

فالدراسة المقارنة لبعض القوانين التي تتصل بالمسألة محل النزاع، ستعين القاضي على فهم النظم القانونية الاجنبية، وتكشف نقاط الالتقاء بين تلك النظم ونظامه الوطني، وهذه الفكرة أي فكرة التطويع تندرج ضمن المنطقة القانونية (الاجتهادية التكميلية)، كما يمكن اعتبار الزواج المتعدد وكذلك موضوع الاخذ بالإرادة المنفردة في مسألة التطليق تصرفات قانونية صحيحة امام قاضي اجنبي(٤٤).

ويرجع ذلك لفلسفة وجود القانون الدولي الخاص وتحقيق المؤامة ما بين النظم القانونية المختلفة، وتعميق فهم روابط النظم القانونية الداخلية، حتى يمكن استيعاب كافة الروابط والعلاقات القانونية والاجنبية، فالقضاء الفرنسي بدأ يعترف بعد طول تردد بنظام تعدد الزوجات، فاذا كان النظام العام الفرنسي يمنع تعدد الزوجات في فرنسا، الا انه لا يحول دون الاعتراف به متى ما تم صحيحاً في الخارج وفقاً للقانون المختص بمقتضى احكام القانون الدولي الخاص الفرنسي، فقد تم الاعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية وحقها في الارث وحقها في التعويض الذي طالبت به على اثر وفاة زوجها، كما قرر الاجتهاد الفرنسي ان الاثار التي تمسك بها في فرنسا ليست ذاتها مخالفة للنظام العام الفرنسي، بالرغم من انها تنتمي الى منظومة ثقافية مخالفة للثقافة الوطنية ولا يمكن انشاؤها في فرنسا [٤٥]، فلم يبقى القاضي منحسراً في اطار ثقافته القانونية الوطنية وانما حاول ان يوسع من مفهوم فكرتي الزواج والطلاق في قانونه.

فأن الطابع الوطني لقاعدة التنازع، واستئثار كل دولة بوضع ما يناسبها منها يؤدي الى اختلاف حلول تنازع القوانين بين الدول وهو ما لا يخدم نمو العلاقات الخاصة الدولية، وهذا دفع الى ضرورة توحيد قواعد التنازع في بعض المسائل، فأبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية، ولما كانت القواعد الاتفاقية لا تحيط بكل شيء يتعلق بالمسألة التي تنظمها فانه تثور مشكلة التكييف بخصوص نطاقها، فاذا وجد التكييف الاتفاقي للمسالة محل النزاع التزم القاضي به، علما انه غالبا ما تخلو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين من تكييف المسائل التي تعالجها[٤٦].

وذهب البعض ان وجود التكييف الاتفاقي ذات اثر واقف بالنسبة للتكييف وفقا لقانون القاضي، مما يعني ان انعدامه يستدعي العودة الى القواعد العامة، فالمعاهدة التي انظمت اليها دولة القاضي تشكل جزءاً من قانونها، واتجه البعض الاخر الى ان على القاضي اجراء التكييف مشتركاً بين الدول الاطراف في المعاهدة، علماً ان على القاضي ان يجري التكييف لا انفصالاً عن احكام قانونه الوطني ولا انفصالاً عن النية المشتركة لأطراف الاتفاقية، وقد يقوم القاضي بالبحث عن الحل من داخل النظام القانوني ذاته أي من داخل القانون مستعيناً بذلك بدلالة النصوص وبالأعمال التحضيرية والبحث عن روح القانون من خلال عملية التفسير [٤٧].

كما يمكنه عندما يستنفذ كافة الوسائل المذكورة استعمال طريقة القياس كحالة لم ينص عليها في القانون فدلالة النص قد تكون واضحة وحينئذ لا اجتهاد في مورد النص، كما قد تكون غامضة ولكن يمكن ان تفهم من دلالة الاشارة وهي المعنى الذي لم يقصد اليه المشرع بالنص ولكنه ومع ذلك معنى ملازم له ولا ينفك عنه، كما قد يكون حكم حالة معينة وارداً بالنص لعلة ما، ولكن هذه العلة موجودة بشكل أفضل وأوضح على حالة اخرى لم ينص عليها، فيقوم القاضي بالحكم بانطباق النص على الحالة غير المنصوص عليها على اساس الروح العامة السائدة في مجموع النظام القانوني الوطني لمعرفة طبيعة اي مسألة او علاقة[٤٨].

كذلك يصار الى تطويع القواعد في القانون الداخلي " تنازع القوانين من حيث الزمان " لفض التنازع المتحرك وذلك بإعمال مبادئ حل التنازع الزمني، فاذا حدث تغيير في ضابط الاسناد فان العلاقة القانونية تنتقل من نطاق تطبيق القانون المختص حسب الضابط السابق، الى نطاق تطبيق القانون الجديد من وقت نفاذه بأثر مباشر ولا يسري على ما تم من عناصر التكوين والانقضاء في العلاقة القانونية ما لم يوجد نص بخلاف ذلك، بمعنى ان الاثار السابقة تخضع للقانون القديم، أما الاثار المستقبلية تخضع للقانون الجديد[٤٩].

وعندما يكون الشخص المراد تحديد الاختصاص القانوني في العلاقة التي يكون طرفاً فيها عديم الجنسية، يتجه القضاء الى اعتماد معيار الموطن او محل العلاقة، فالمعروف أن وظيفة قاعدة التنازع تتلخص في اختيار القانون الذي يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين اكثر النظم القانونية اتصالاً بها، ويتم ذلك بغية التوصل الى اختيار الأنسب لحكم العلاقة القانونية والذي يشتق من مركز الثقل في تلك العلاقة فالقاضي طوع المعايير العالمية وذلك باعتماد موطن او محل اقامة عديم الجنسية لحكم المسائل المتعلقة بحالته الشخصية[٥٠].

أما فرض تعدد الجنسية فقد تم الى اعتماد معايير عالمية تتجاوز المعايير الضيقة كجنسية قاضي النزاع او الجنسية الفعلية[٥١]، تتمثل بتطبيق القانون الذي يحقق الهدف او الغاية المقصودة في قاعدة الاسناد سواء اكان هذا القانون هو قانون الجنسية ام لا وهو توجه دعا اليه د. عكاشة محمد عبد العال ويصطلح على تسميته " الحل الوظيفي"، وهذا ما يطابق المبدأ الذي يقضي بضرورة تطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية، وبفعل ذلك تضحى الجنسية التي يعيش فيها الشخص فعلا وقانونا ويتعلق بها اكثر من غيرها، هي الذي يختارها القاضي، ومثال ذلك اذا كان الزواج الظني يخضع في اثاره لقانون الزوج وكان يحمل جنسيات

متعددة من بينها الجنسية اللبنانية وكان قانون الجنسية الاجنبي يعترف بإثار اوسع للزواج الظني مما هو علية في القانون اللبناني فبحسب فكرة الحل الوظيفي يعتمد القاضي اللبناني الجنسية الاجنبية ومن ثم قانونها لأنه يهدف الى تحقيق حماية قانونية افضل للرابطة الزوجية والاسرية[٥٢].

الفرع الثاني

دور القاضي في التلطيف

قد تكون هناك فروض او مسائل قانونية غير صالحة للعمل والتنفيذ كونها مجهولة او غير سائدة التطبيق، لذلك اتجه القاضي بما يملكه من سلطة تقديرية منحت له من قبل المشرع وبدأ يلطف من الافكار الغير معروفه في قانونه الوطني و اوجد لها مساحات او مناطق قانونية قابلة للتنفيذ في قانونه، مثل "المسائل الاولية"، فقد اثير تنازعا بين القوانين بخصوص المسألة الاولية[٥٣].

واذا كان النظام القانوني العراقي يمنع تطبيق قواعد التنازع الاجنبية على مسائل تنازع القوانين التي تثور

امام القضاء العراقي، الا ان القضاء تماشياً مع التطورات المستقبلية والمبادئ العامة وقواعد العدالة وقد تكون هناك اعتبارات متعلقة بمصلحة الافراد والتبصر بمصالحهم وتناسق العلاقات الدولية، وجد انه من الاسلم عدم وضع قاعدة عامة تطبق في كل الاحوال على المسألة الاولية، حيث ان تقدير تطبيق المحكمة لقواعد التنازع فيها على المسألة الاولية يجب ان يعتمد على اهمية تلك القواعد واعتبارات السياسة التشريعية التي تقوم عليها، فالقاضي حسب كل حالة يبحث عن الحل الاكثر عدالة.

فقد يطبق القاضي القانون الوطني اذا كان يحقق العدالة او القانون الاجنبي على المسألة الاولية في الحالة العكسية[٥٤]، تمثيلا لذلك جاء " حكم المحكمة الدستورية الالمانية لعام ١٩٨٢ المتعلقة بصحة الزواج المبرم بشكل لم يعترف به القانون الالماني ويعترف به القانون الاجنبي، ووقائع هذه القضية متعلقة بأرملة كانت متزوجة من شخص انكليزي وابرم عقد زواجهما في احد المقاطعات الالمانية التي كانت خاضعة للاحتلال الانكليزي ووفقا للقانون الانكليزي الحاكم، وبعد وفاة زوجها رفعت دعوى امام القضاء الالماني للحصول على حقها في التأمين المتعلق بالعجز والاصابة الخاص بنظام العاملين حيث كان زوجها الانكليزي متمتع به لكن القضاء الالماني رفض طلبها لان زوجها لم يكن معترف به في المانيا اذ انه كان مخالف للقانون الدولي الخاص الالماني الذي يوجب عقد الزواج امام موظف مدني فطعنت المرأة بعدم دستورية المادة (١٢٦٤) الذي استند اليها قرار الرفض امام المحكمة الدستورية الالمانية العليا ذلك انها تحرمها من

التأمين كأرملة الذي كان يتمتع به زوجها فذهبت المحكمة الى ان الدستور الالماني ولاعتبارات عدة يحمي اشكال الزواج كافة، فالعدالة وحماية مصلحة الزوجة جعلت تطبيق القانون الاجنبي واجب[٥٥] ".

كذلك ادخل القضاء نوعاً من التلطيف على جمود بعض النصوص القانونية فبعد ان اخذت غالبية القوانين بالمنع من الاخذ بالإحالة، التي نصت صراحة على رفض الاحالة وقررت انه اذا اختارت قواعد تنازع القوانين الوطنية قانونا اجنبيا ليحكم المسألة محل النزاع، فتطبق القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع في ذلك القانون، ومن تلك القوانين: القانون المدني العراقي (١/٣١)[٥٦] والقانون المدني المصري في المادة (٢٧) والقانون المدني السوري في المادة (٢٩) وقد استقر القضاء تماشياً مع المشرع على رفض الاحالة، لكن القضاء حاول التلطيف من هذا المنع، فالمعروف ان وظيفة قاعدة التنازع تتلخص في اختيار القانون الذي يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين اكثر النظم القانونية اتصالاً بها، ويتم ذلك بغية التوصل الى اختيار الأنسب لحكم العلاقة القانونية والذي يشتق من مركز الثقل في تلك العلاقة، والمتصور هنا ان هذا المركز يتنوع بحسب طبيعة العلاقة القانونية، ففي مسائل الاحوال الشخصية ، يكون مركز ثقل العلاقة القانونية هو جنسية اطراف العلاقة القانونية او محل اقامتهم، وفي مسائل الاموال يكون الاثر بالنسبة لموقع المال، وفي التصرفات القانونية يكون لمصدرها، مما يعني ان ضوابط الاسناد ليست متحررة كليا من الاهداف التي، تمليها مصالح الدولة الاساسية وظروفها الاقتصادية والاجتماعية والديموغرافية، ومن هنا ابتدع القضاء فكرة " الاحالة الانتقائية "، فالإحالة يمكن ان تكون مؤتلفة مع قاعدة اسناد معينة وقد لا تكون كذلك مع قاعدة اخرى ، فقاعدة الاسناد ، ككل قاعدة قانونية " داخلية او دولية " يجب تفسيرها وفهم فلسفتها وابعادها لا اعتبارها قاعدة مجردة تفتقد الى الروح والمعنى والهدف[٥٧].

فالإحالة ليست وليدة منطق قانوني بل هي مجرد وسيلة للتنسيق بين قاعدة التنازع الوطنية وقواعد التنازع الاجنبية توصلاً الى اختيار القانون الانسب لحكم العلاقة لذلك لا يمكن تفسير نظرية الاحالة بمعزل عن فكرة الاحالة الانتقائية، كذلك اذا كانت المسألة المعروضة تتصل وثيقا بقانون دولة معينة فهذا هو القانون الواقعي الذي يجب تطبيقه، ان قاعدة التنازع الوطنية يجب ان لا تعتبر وحدها المقرر لذلك القانون، لا سيما اذا كان وجه الصلة الوحيد بين النزاع والنظام القانوني الوطني هو فقط رفع الدعوى امام المحاكم الوطنية، لان الاختصاص القضائي يقوم في الغالب على المصادفة البحتة وملائمات اجرائية، وان اعتبار

قواعد التنازع الاجنبية يقود الى تطبيق القانون الذي يرتبط واقعيا بالمسالة المعروضة[٥٨]، والواقعية من مبادئ القانون الدولي الخاص المعاصر.

واستجابة لهذا المفهوم المتطور والملطف لمفهوم الاحالة، فقد ادخل القضاء موضوع الحل الوظيفي في الاحالة، وهو يعني عدم التقييد بحل عام ومسبق، بل يجب الارتكاز والركون الى تحليل طبيعة المسألة المتعلق بها النزاع وغاية قاعدة النزاع وروحها وقد واصل القضاء تقدمه بهذا الاتجاه ، وقرر مجموعة من المبادئ على صعيد طبيعة القانون الاجنبي، وهل هو واقعة ام قانون، وما يترتب على ذلك من نتائج ، فقد كرس القضاء مجموعة من المبادئ المهمة وعزز قناعات المتخصصين في هذا الفرع، خصوصاً وانه يتعامل مع ثقافات قانونية متمايزة[٥٩]، فالقواعد الموضوعية في القانون المسند اليه الاختصاص، لا ينبغي تطبيقها بمعزل عن قواعد التنازع فيه، ويمكن القول ان الاسناد لا يكون نهائيا الا اذا اعترفت بذلك قواعد التنازع في القانون المختار، فالحكم الموضوعي الذي تتضمنه القواعد الموضوعية لا ينفصل عن عنصر الارادة الذي تمثله قواعد التنازع في القانون المسند اليه الاختصاص[٦٠]، ونستطيع أن نتلمس ايضا دور القضاء في التلطيف بنص المادة (٣٣) من القانون المدني، وهي تعالج المشكلات المتعلقة بتعدد الجنسية وانعدامها، فإذا كانت القاعدة انه ينبغي أن يكون لكل فرد جنسية، وان تكون هذه الجنسية قائمة على رابطة واقعية بينه وبين الدولة التي ينتمي إليها، فانه قد يبدو مخالفًا لحكم هذا الأصل، أن يكون للشخص الواحد أكثر من جنسية واحدة، أو لا تكون له جنسية على الإطلاق، ومن هذا المنظور تبدو المسألة المتعلقة بهاتين الظاهرتين تعدد الجنسيات وانعدامها بمعنى آخر، من الممكن أن يثبت للشخص جنسيتان أو أكثر في وقت واحد[٦١]، ويتضح مما تقدم، ان الوسائل القضائية في الاجتهاد في اطار القانون الدولي الخاص والتي قلنا بانها تتمثل في مجموعة المبادئ العامة للقانون والتي تتكون اما من خلال الطريقة الاستقرائية "تعميم الاجزاء"، وهكذا فان القضاء يسير بطريقة استقرائية من خلال جمع عدة احكام جزئية تكون واردة في النصوص ، وبعد ذلك يحاول معرفة مدى امكانية انتماء تلك الاحكام الى جنس معين من القواعد، او من استخلاصها من روح القوانين او من جوهر نظام قانوني معين او من المعتقدات المستقرة في ضمير الامة، تصبح لها قيمة قانونية تتمثل في انتمائها اليها، بل ان لبعض منها قيمة قانونية تفوق القوانين العادية بكثير حيث ان غالبية الفقهاء يرون بان لها قيمة القواعد الدستورية في النظام القانوني للدولة، ولقد ساهم عدم وجود تنظيم متكامل ومفصل لقواعد القانون الدولي الخاص والاقتصار فقط على ايراد بعض القواعد والاحكام

المتناثرة منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية، ومنها ما يتعلق بالأموال، هذا كله حمل ألقضاء الى التصدي لهذه المسألة ووضع العديد من القواعد متخذاً من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ركيزة لاجتهاده وهذا المنهج يتيح للقاضي ان يبحث عن الحل الذي يحترم توقعات الاطراف المشروعة ويستطيع كذلك ان يتابع التطورات المستحدثة في القوانين المقارنة التي تميل الى اتباع منهجية تنازع تتسم بالمرونة في جانب كبير من الحلول[٦٢].

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع " **دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص**" توصلنا الى عدة نتائج دعتنا الى ان نتقدم بعدة توصيات نأمل ان يأخذ بها المشرع العراقي.

اولاً/ النتائج.

١-أن مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً تشكل اطاراً عاماً يتصرف القاضي من خلالها للوصول الى حل التنازع المثار امامه، فهي بمثابة بوابة الاجتهاد امام القاضي ليستخلص قاعدة التنازع المناسبة في فرض عدم ايجاد الحل في نظامه القانوني.

٢- تمتاز المبادئ العامة بصفه خاصة تنعكس بالتطبيق المباشر، اذ في المعاملات الدولية الخاصة والتي لا يسعفها النص التشريعي، نلاحظ ان قضاء الدولة يشير الى المبادئ العامة مباشرة لحل المشاكل المتعلقة بها، وغالباً ما يكون التطبيق المباشر للمبادئ العامة ناتجاً عن وجود نظام خاص للمعاملة في إطار النظام القانوني الدولي الخاص.

٣- في مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً كونها مصدراً رسمياً تظهر المصادر الاخرى رسمية او تفسيرية بوصفها المصادر غير المباشرة التي يستسقي القاضي منها الحكم عند صياغة ما يعد من مبادئ القانون الدولي الخاص، ذلك ان ادوات القاضي عند قيامه بهذه المهمة هي الاستناد الى الاصول العامة الجامعة في تشريعه والتي تتضح من روحه، والى العرف وطنيا كان ام دوليا، والى احكام القضاء والى اراء الفقه واجتهاد.

ثانياً/ التوصيات.

أن القضاة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية مسؤولين عن تفسير القانون وتطبيقه بالشكل المطلوب، لذلك فان تطوير قابلية هؤلاء القضاة في التعامل مع نصوص القانون الدولي الخاص التي تتميز بذاتية خاصة، سيساهم في إنجاح نظامه القانوني والارتقاء به الى الصورة التي تحقق العدالة وتعزز ثقة اطراف النزاع بالقرار القضائي، ومن هذا المنطلق نورد المقترحات الاتية :

١-إعادة النظر بهيكلية القضاء في نطاق العلاقات الخاصة الدولية في العراق، فالواقع العملي يشير الى ضعف دور هذا القضاء في وضع مبادئ اساسية تتناسب مع الدور المناط به، أذ ازاء ما ترشح لنا من استنتاجات تشير الى ان تشريعات التي تظم العلاقات الدولية الخاصة في العراق تتخلل نصوصها العيوب والثغرات وان القاضي ملزم بحل المنازعات التي تعرض عليه، لذا نرى ان بإمكان القضاء في العراق ان يستعين بنصوص القوانين الاخرى كالقانون المدني والتجاري والمرافعات وغيرها من القوانين لاستنباط الحكم الذي يحسم بموجبه النزاع المطروح، كما لا نرى بديلاً عن الاخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً التي اجازت غالبية التشريعات والقضاء المقارن اللجوء اليها لسد الفراغ في تشريعات.

٢- اصدار مجلة شهرية او فصلية تتضمن المبادئ والاحكام المهمة التي ترشحت عن القضاء في نطاق العلاقات الخاصة الدولية محلياً ودولياً تجعل القضاء الوطني مواكباً للأحداث والتطورات والمبادئ التي تبلورت عن القضاء المقارن .

٣- عقد مؤتمرات وندوات تثقيفية للقضاة للتحاور فيما بينهم حول القوانين المقارنة مما يؤدي الى تدريب القضاة على فهم التشريعات وتداول مصطلحاتها بالشكل الذي يجعلهم ملمين بها و يؤدي بالتالي الى توحيد الاحكام وعدم تبعثرها او تناقضها في الحالات المتشابهة وهو ما يساهم في تحقيق العدالة والمساواة .

الهوامش

(1) D.Masquelin,la ormation delaregle de droit, en (La regle de droit, Etudes publices par ch. 1971,p30.

(2)Frank R.Kenison, Some preliminary observation on the stste appellate jude today, Columbia law Review, 1961, p466.

(3)Benjamin N, Cardoze, the nature of the Judicial process, 1957,p17.

(٤) د. جميل عبده غضوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص٤٣.

(٥) د. حسين الضريفي، مدى حرية القاضي ازاء القانون، بحث منشور في مجلة القضاء، بغداد، العدد ٢-٣، ١٩٥٣، ص٨٧.

(٦) ويكون ذلك من خلال تعميم احد الحلول الجزئية المقررة في نصوص متفرقة في هذه المسألة او تلك، فالحل الذي قررته هذه النصوص الخاصة هو مجرد تطبيق جزئي لقاعدة اعم واشمل ثم تتعدى تلك النصوص على حالات جديدة غير محدودة النطاق، ويقوم القاضي بالكشف عنها، والمبدأ هنا ينشأ بطريق الاكتشاف لا بطريق الابتكار. ينظر في ذلك: د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٣٢، العدد ١-٥، ص٢٥٦.

(٧) د. رشيد محمد الربيعي، مفهوم القانون المرن (الميسر) في القانون العام، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٤٢، ٢٠٠٦، ص٨.، ص١٠.

(٨) عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة، الامارات العربية المتحدة، العدد ١٩، السنة ٦، ١٩٧٩، ص١١٢.

(٩) د. ابراهيم شحاته، فن اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد الثاني، ١٩٦٢، ص٤٢٠.

(١٠) د. حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم العلاقات الخاصة الدولية،ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٣٣١.

(١١) د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية ومركز الاجانب، ج١، الدار الجامعية الاسكندرية، ١٩٩٩، ص١٥١.

(١٢) د. غالب الداوودي، المدخل لعلم القانون، مطبع البهجة، عمان، ١٩٩٣، ص١٤٤-١٤٦.

(١٣) وفي ذلك تقول محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في ١٥ كانون الاول لسنة ١٩٨٧ غير المنشور (ان القانون الوضعي لا يتألف فقط من النصوص القانونية الصريحة الواردة في التشريع ولكن ايضاً من مجموع المبادئ العامة المستخلصة اما من هذه النصوص او من القواعد العامة التي يقوم عليها النظام القانوني نفسه) هذا القرار اشار اليه: د. جميل عبده غضوب، مصدر سابق، ص٤٠.

(١٤) اذ تنص المادة الاولى منه " ١- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها او بمفهومها . ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الاسلامية الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها ".

(١٥) الذي نصت مادته الاولى " على وجوب ان يحكم القاضي وفقاً للقانون العرفي اذا لم يجد نصاً تشريعياً، وان يحكم القاضي بما كان يضعه من قواعد لو كان مشرعاً ان لم يجد قاعدة في العرف "، وقد انفرد المقنن السويسري بتقنين العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، ويعد القانون الدولي الخاص السويسري من القوانين التي حققت طفرة تشريعية بهذا الخصوص على الرغم من صدوره منذ حوالي ربع قرن، تحديدا في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ حيث حوى بين دفتيه تنظيما دقيقا لمعظم الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص وقد وقع هذا التنظيم في ثلاثة عشر فصلا على النحو التالي: احكام عامة (الفصل الاول)، الشخص الطبيعي (الفصل الثاني)، الزواج (الفصل الثالث)، النسب (الفصل الرابع)، الولاية وسائل الوصاية الاخرى (الفصل الخامس)، الميراث ٠الفصل السادس)، الحقوق العينية (الفصل السابع)، الملكية الفكرية الفصل الثامن، الالتزامات التعاقدية الفصل التاسع، الشركات (الفصل العاشر)، والصلح الوقائي من التفليسة (الفصل الحادي عشر)، التحكيم الدولي (الفصل الثاني عشر)، احكام ختامية (الفصل الثالث عشر)، وقد لاقت حركة تقنين القانون الدولي الخاص رواجاً كبيراً، اذ بالإضافة الى القانون الدولي الخاص السويسري، صدرت على سبيل المثال لا الحصر، القوانين التالية: القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩، القانون

الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢، القانون الدولي الخاص اليوغسلافي سابقا لسنة ١٩٨٣، القانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٩٢، القانون الدولي الخاص الايطالي لسنة ١٩٩٥. ينظر في ذلك: د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة ٢٠١٥، ص٤٦.

(١٦) والتي تنص على أنه " يطبق القانون بلفظه أو بروحه على كل المسائل التي يتعلق بها، اذا لم يوجد حكم في قضية ما فيحكم القاضي بموجب العرف والعادة، فإذا لم يوجد فيحكم بموجب القاعدة التي كان يضعها فيما لو كان مشرعاً ".

(١٧) Lord Evershed, TheJudicial process in twentieth century England, Columbia Law Reeview, 1961, p.789.

(18) Cardozo: The Nature of the Judicial Process, 1999, P225.

(١٩) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور،ط١،مكتبة السنهوري، مصر، ٢٠١١، ص٤٣.

(٢٠) ومن الجدير بالذكر ان هذه المادة قد تعرضت الى انتقاد بعين الباحثين الذي اعتبره خروجا على المألوف في طبيعة القضاء التي يجب ان لا تختلط بحال من الاحوال بوظيفة المشرع: مجموعة الاعمال تحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص١٨٨.

(٢١) إسماعيل نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية،ط١، منشاة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٨٤، ص١٧.

(٢٢) حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة مدى رقابة القضاء عليها، ط١، بلا مكان طبع، ٢٠٠٣، ص٩٦.، فالتشريع يتمثل في هيكل ثابت من القواعد المجردة التي يجري تفسيرها وتطويرها بصفة مستمرة عن طريق مجموعة من عمليات صناعة القرارات، وكلا المظهرين ينضمان في عملية التقنين المتمثلة في بذل جهد للصياغة وتركيز القواعد مع امكان تعديلها بصفة مستمرة، وعلية فان تطوير القانون الدولي يعتبر مهمة كبيرة اذ انها تستهدف انشاء قواعد جديدة بمعنى تنظيم موضوعات لم تنظم من قبل او اعادة النظر الواعية في القواعد الموجودة، على انه من الناحية العملية يتعذر الفصل الكامل بين عمليتي التطوير والتقنين، ذلك ان القانون، وان امكن ان نعتبره من وجهتي نظر منفصلتين، تتمثل الاولى في انه من هيكل من القواعد وتتمثل الثانية في انه مجموعة من عمليات صناعة القرارات، الا ان النظريتين ليستا منفصلتين تماما، بل ان التحليل الدقيق للقاعدة القانونية يتضمنها سويا، وعلى اساس الارتباط الكامل. ينظر في ذلك:

د. جعفر عبد السلام علي، وظيفة لجنة القانون الدولي في تقنين القواعد القانونية الدولية وتطويرها، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، ص١٩٤وما بعدها.

(23)Hans Kelsen, Theorie pure du droit, Traduction francaise de la edition de la Paris, 1962, p.332.

(٢٤) عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢. ص٤٨٩.

(٢٥) مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، ط١، دار الكتاب المصري، القاهرة، سنة ١٩٤٦، ص٤٠٥.

(٢٦) المصدر نفسه، ص٤٠٧.

(٢٧) المصدر نفسه، ص٤٠٩.

(٢٨) يقصد بالتفسير بصفة عامة بيان معاني الألفاظ والكلمات المستخدمة فيها وتحديد مضمونها وإظهار فحواها وشرح الحكمة من ورائها والغاية منها والهدف المرجو والمقصود فيها وإيضاح الغامض من عباراتها وإزالة اللبس الذي قد تنطوي عليه، والتفسير القضائي هو بيان أو إيضاح الحكم الذي تضمنته ألفاظ وعبارات النص، من قبل القضاء وذلك أخذا من المعنى اللفظي لكلمة فَسَر، ينظر في ذلك: عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني ، صياغة وتفسير التشريعات، مصر، دار الكتب القانونية، بلا تاريخ نشر، ص ٣٢١.

(٢٩) المصدر نفسه، ص٣٢٢.

(٣٠) د.رمضان ابو السعود،الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩،ص٢٩٤.

(٣١) د. سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص٤٩٠.

(٣٢) المصدر نفسه، ص٤٩٤.

(33)Alex weill, Droit Civil, Dalloz, Paris, 1973, p.163.

(٣٤) د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٥٦٢.

(٣٥) محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، ط٢، بلا مكان طبع،١٩٨٠،ص٣٦.

(٣٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في القروض الدولية، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٨١، ص١٥٥.

(٣٧) حول اصطلاح القانون الدولي الخاص " القضائي " والقانون الدولي الخاص " القانوني " راجع :

M. GUTZWILLER:Le developpement historique du Droit international Prive, Rec. cours la Haye, 1929, p.292 .

اشار الية د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع بين الشرائع، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، بلا سنة طبع، ص١٦٥.

(٣٨) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة ،الاسكندرية، ١٩٨٩، ص١٢.

(٣٩) د. خير الدين الامين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون – جامعة بابل، العدد الاول، ٢٠٠٩، ص٢٥٣.

(٤٠) وكذلك تحدد المادة الاولى من القانون المدني العراقي و المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادة (٢) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المصادر التي يتعين على القاضي ان يلجأ إليها عند الفراغ في التشريع إذ تنص المادة (١) من القانون المدني المصري (... ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) كذلك المادة الاولى من القانون المدني السويسري والتركي.

اما المادة (٢) من القانون المدني الاردني فتنص "(... ٢- فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بإحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة... ٤- ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على ان لا يتعارض مع ما ذكر)، كذلك ما نصت عليه المادة السابعة من القانون المدني النمساوي عام ١٨١١ حيث تنص الى انه " اذا لم يتيسر حل للمسالة المتنازع عليها لا وفقا للنص ولا وفقا للمعنى الطبيعي للتشريع وجب الرجوع الى الحالات المشابهة في التشريع والى اسباب التشريعات الاخرى . فاذا ظلت الحالة المتنازع عليها مع ذلك دون حل وجب الفصل فيها وفقا للقواعد الاساسية للقانون الطبيعي " كذلك تحيل المادة (٢) من القانون المدني الايطالي الجديد القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة اذا لم يكن ثمة نص تشريعي أو عرف ،اما المادة (١) من التقنين الصيني فتحيل

القاضي في هذه الحالة إلى مبادئ القانون العامة فحسب، انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص١٨٨.

(٤١) تنص المادة الربعة مدني فرنسي " ان القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت النص او غموضه او عدم كفايته، يعد مرتكباً جريمة الامتناع عن الحكم " ينظر في ذلك: د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص٣٧ وما بعدها.

(٤٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في القروض الدولية، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٨١، ص١٥٦.

(٤٣) المصدر نفسه، ص١٥٦.

(٤٤) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص٢٩٨.

(٤٥) د. جميل عبده غضوب، مصدر سابق، ص٢٢٥.

(٤٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٦، ص٧٧، كذلك د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٤٧) د. احمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٧٨.

(٤٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٤٩) د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٤٥٨. و د. عكاشة محمد العال، احكام الجنسية اللبنانية، مصدر سابق، ص٣٥١.

(٥٠) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٥٨، كذلك: قرار محكمة التمييز اللبنانية منشور في مجلة العدل، العدد الاول، السنة ٣٢، ١٩٩٨، ص ٢٣٩.

(٥١) كان الاتجاه التقليدي يذهب الى اعتماد جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة وضرورة معاملة الشخص معاملة الوطنيين بغض النظر عن الجنسيات الاجنبية الاخرى ، وقد اعتمد المشرع العراقي في المادة (٢/٣٣) مدني تقابلها المادة (٢/٢٥) مدني مصري، وفي حال عرض النزاع المتعلق بشخص متعدد الجنسيات اما جهة قضائية لا علاقة لها بالنزاع يصار الى اعتماد مبدأ الجنسية الفعلية، وهي الجنسية التي يرتبط بها الشخص بعدة وقائع وعوامل، ويكشف عنها القاضي مستحضرا مجموعة الشواهد والأدلة التي تكون بمثابة قرائن على ارتباط الشخص بإحدى هذه الجنسيات وتعلقه بها، وللقاضي إن يستعين في الكشف

عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية مثال ذلك موطن الشخص أو محل إقامته مقارناً بعد ذلك بمدد الإقامة التي يقضيها الشخص في هذه الدولة أو تلك، أن يستعين بغير ذلك من الملابسات مثل الدولة التي توجد فيها مصالحه التجارية أو توجد بها روابط عائلية، أو ان يزاول بها حقوق سياسية أو حقوقه العامة أو إن يلتحق بها بإحدى الوظائف العامة أو أن يؤدي فيها الخدمة العسكرية: د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية، مصدر سابق، ص٣٥٩.

(٥٢) المصدر نفسه، ص٣٦٠.

(٥٣) ظهرت في الفقه والقضاء المقارن لا سيما في المانيا والنمسا وسويسرا نظرية تدعى " المسائل الاولية وهي المسائل التي يكون الحكم بها لازما للفصل في المسائل الاصلية لوجود الترابط بين المسألتين الاولية والاصلية، سواء تحقق هذا الترابط عن طريق عنصر اطراف العلاقة او عنصر الموضوع او عنصر السبب"، فاذا رفعت دعوى مثلا اثبات نسب بشخص " مسألة اصلية "، فانه يلزم اولا بحث مدى صحة الرابطة الزوجية بين الوالدين " مسألة اولية "، وفي القانون الداخلي لا تثير صعوبة اذ ان كلتا المسألتين الاصلية و الاولية لذات النظام القانوني، اما في اطار تنازع القوانين فقد تخضع المسألة الاصلية لقانون والمسألة الاولية لقانون اخر، مثل: تزوج المدعو عبده الهندي الجنسية المسلم الديانة، والمتوطن في استراليا، من المدعوة عذراء الهندية المسلمة، ابرم الزواج في استراليا طبقا لإحكام الشريعة الاسلامية كما هي مطبقة في الهند، والتي تختلف عن القانون الاسترالي، هذا في الوقت الذي كان فيه الزوج متزوجا من زوجة اخرى وله منها ولدان، عاد الزوج الى موطنه في الهند حيث توفي تاركا ثروة منقولة في استراليا، رفع والده دعوى ميراث امام القضاء الاسترالي، تلك هي المسألة الاصلية، التي قرر القضاء اخضاعها للقانون الهندي قانون موطن المتوفى، وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية في هذا القانون لا يرث من الاولاد الا من كان ولدا شرعيا، هنا طرحت على القضاء الاسترالي مسالة اولية، هي التأكد من شرعية الاولاد، وثار التساؤل عن اي قاعدة تنازع تخضع المسألة الاولية لقاعدة التنازع في القانون الهندي، ام قاعدة التنازع في القانون الاسترالي: د. احمد عبد الكريم سلامة، مشكلة المسألة الاولية في تنازع القوانين بين الدول، بحث منشور في مجلة القانون الدولي المصري، العدد ٤٧، ١٩٩١، ص٢-٣.

(٥٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص٣٦٣.

(٥٥) د. كريم مزعل علي شبي و هند مهند علي، القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية، ص١٦٣، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.jast.net تاريخ الزيارة : ٢٠١٨/٨/٥.

(٥٦) تنص المادة ١/٣١: " اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبيق منه الا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص " وهو منقول حرفيا عن نص المادة ٢٧ مدني مصري ويتطابق مع نصوص القوانين العربية المشار اليها في المتن اعلاه.

(٥٧) د.خير الدين كاظم الامين،دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص،مصدر سابق، ص٢٥٥.

(٥٨) المصدر نفسه، ص٢٥٥.

(٥٩) فقد اكد القضاء في احد قراراته على انه ((اذا كانت محكمة النقض لم تنشأ اصلاً للسهر على حسن تطبيق القانون الاجنبي ، غير ان مبدأ تطبيق هذا القانون يستمد من احكام القانون الدولي الخاص التي يعتمدها القانون الوطني ، اذ ان الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبي او تطبيقه خلافاً لإحكام القانون الوطني ، يشكل مخالفة لهذا القانون ، فلا يعتبر بالتالي مسألة واقعية ، وانما مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا (التمييز) . انظر هذا القرار منشوراً تحت الرقم ٣٤ ، تشرين الثاني ١٩٩٩ : د. احمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة العاشرة، ١٩٦٨، ص٣٣-٤٠.

(٦٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص٤٦٤.

(٦١) تنص المادة ٣٣ مدني على "١- تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

٢- على إن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية آو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه".

ينظر في ذلك: د. خير الدين كاظم الامين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، مجلد ١٥، العدد ٢، ٢٠٠٨، ص٨٢٧.

(٦٢) د. خير الدين كاظم الامين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٨٢٨.

المصادر

اولا: الكتب.

١-أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة ،الاسكندرية، ١٩٨٩.

٢- احمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في القروض الدولية، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٨١.

٣- احمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في القروض الدولية، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٨١.

٤- احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع بين الشرائع، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، بلا سنة طبع.

٥- احمد عبد الكريم سلامة، مشكلة المسألة الاولية في تنازع القوانين بين الدول، بحث منشور في مجلة القانون الدولي المصري، العدد ٤٧، ١٩٩١.

٦- إسماعيل نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية،ط١، منشاة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٨٤.

٧- اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومان للطباعة والنشر، ٢٠٠٢.

٨- جميل عبده غضوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠.

٩- حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم العلاقات الخاصة الدولية،ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

١٠- حسن محمد الخطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٣.

١١- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة مدى رقابة القضاء عليها، ط١، بلا مكان طبع، ٢٠٠٣.

١٢- رمضان ابو السعود، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

١٣- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤.

١٤- سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

١٥- ضياء شبت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد، ١٩٨٤.

١٦- عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢.

١٧-عبد السلام الترمانيني،القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة" مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٠.

١٨- عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

١٩- عكاشة محمد عبد العال،احكام الجنسية اللبنانية ومركز الاجانب، ج١،الدار الجامعية الاسكندرية، ١٩٩٩.

٢٠- عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص اللبناني، تنازع القوانين،ج١، الدار الجامعية، ط١، ١٩٩٨.

٢١- علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، ط١، مكتبة السنهوري، مصر، ٢٠١١.

٢٢- غالب الداوودي، المدخل لعلم القانون، مطبع البهجة، عمان، ١٩٩٣.

٢٣- رمضان ابو السعود، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

٢٤- مجدي الجندي، اصول النقض الجنائي وتسبيب الاحكام، ط٣، بلا مكان طبع، ٢٠٠٣.

٢٥- محمد بدران، القانون الانكليزي دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٢٦- محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، ط٢، بلا مكان طبع،١٩٨٠.

٢٧- مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، ط١،دار الكتاب المصري،القاهرة،سنة ١٩٤٦.

٢٨- هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

ثانياً: البحوث.

١-ابراهيم شحاته، فن اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد الثاني، ١٩٦٢.

٢- احمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة العاشرة، ١٩٦٨.

٣- احمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٦.

٤- جعفر عبد السلام علي، وظيفة لجنة القانون الدولي في تقنين القواعد القانونية الدولية وتطويرها، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي.

٥- حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١-٥، ١٩٣٢.

٦- حسين الضريفي،مدى حرية القاضي ازاء القانون،بحث منشور في مجلة القضاء، بغداد، العدد٢-٣، ١٩٥٣.

٧- خير الدين الامين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون- جامعة بابل، العدد الاول، ٢٠٠٩.

٨- خير الدين كاظم الامين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، مجلد ١٥، العدد ٢، ٢٠٠٨.

٩- رشيد محمد الربيعي، مفهوم القانون المرن (الميسر) في القانون العام، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٤٢، ٢٠٠٦.

١٠- عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة، الامارات العربية المتحدة، العدد ١٩، السنة ٦، ١٩٧٩.

١١- كريم مزعل علي شبي و هند مهند علي، القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية، ص١٦٣، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.jast.net تاريخ الزيارة : ٢٠١٨/٨/٥.

ثالثاً: القوانين.

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

٤-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.

٥-القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢.

٦- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٧-القانون المدني الفرنسي المعدل لعام ١٨٠٤.

٧-القانون الفدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

رابعاً: المصادر الاجنبية.

Alex weill, Droit Civil, Dalloz, Paris, 1973.

Cardozo: The Nature of the Judicial Process, 1999.

Frank R.Kenison, Some preliminary observation on the stste appellate jude today, Columbia law Review, 1961.

Benjamin N, Cardoze, the nature of the Judicial process, 1957.

Kelsen Hans, Theorie pure du droit, Traduction francaise de la edition de la Paris, 1967 .

Lord Evershed, TheJudicial process in twentieth century England, Columbia Law Reeview, 1961.

Abstract

Although the primary function of the judge is to settle disputes through the application of legislative rules, moreover, the judge sometimes invokes unwritten principles that address the change and development in private international law with regard to the continuous expansion in its application and increase its goal technology and diversify its practice quickly in addition to opening up to new concepts that reflect Contemporary pluralistic practices, and by way of common principles between systems, international law has become a growing and unspecified law famous for a set of principles other than legislative rules and treaty rules and made the judge lawful and this is what came in Article 39 of the law M Statute of the International Court of Justice 1945,It is not surprising that the principles of international rules are among the sources applied by the international judge, and with the existence of scattered legislations for organizing private international relations.

The role of the state judiciary in addressing open texture through the principles of private international law

(A comparative study)

Prof.Dr. Khair AL-ddin Kazem AL-ameen

University of Babylon/ college of Law

Noor Hussain Jawad

University of Babylon/ college of Law