

نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص
(دراسة تحليلية استدلالية في مدى أثر المبادئ الشائعة
دولياً على بنية القانون العراقي)

أ.م.د. أياد مطشر صيهود

جامعة ذي قار/كلية القانون

**THEORY OF LEGISLATIVE VACUUM IN
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
(AN ANALYTICAL, INFERENTIAL STUDY
ON THE IMPACT OF INTERNATIONALLY
ACCEPTED PRINCIPLES ON THE
STRUCTURE OF IRAQI LAW)**

Assist. Prof. Dr. Iyad Mutashar Sehoud

Dhi Qar University\College of Law

المقدمة

القانون في الامة احد مقاييس حضارتها وتقدمها، وبقدر ما يتوافر للقانون من اصالة وصلاحيه لتلبية حاجات المجتمع، بقدر ما تكون طاعته والخضوع لأحكامه والتزام اوامره ونواهيته، فان كان هناك قصور في معالجة هذه المتطلبات لا يمكن للقانون ان يؤدي دوره المطلوب.

التشريع مهما كان وافياً لا يمكن ان يحيط بكل ما يلزم لحكم وقائع الحياة غير المتناهية؛ لذلك تحرص القوانين على ايجاد قواعد احتياطية يرجع إليها القاضي عندما يعوزه الحكم المطلوب مع نصوص التشريع.



هذا الامر نجده جلياً في نصوص العديد من القوانين، عمّادها القانون المدني- مثلاً- والذي أسس لمفهوم الفراغ إن بشكل صريح أو حتى ضمنياً^(١)، وهو يسعى لمعالجة غايات المجتمع الذي يُخاطبه، فقد نص القانون المدني العراقي في مادته الأولى على انه " ... اذا لم يوجد نص تشريعي..."

هذا يعني - من باب الاحتمال والفرض:

١- ان المشرع العراقي -وحتى المقارن- اعترف بالفراغ في التشريع وذلك بإدراجه عبارة " اذا لم يوجد نص..."

٢- ان الفراغ ليس مقصوراً على التشريع؛ وإنما هو فراغ في القانون -بالمعنى العام-، وذلك لأن مصادر القانون هي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة وغيرها من المصادر الأخرى، والتي قد لا تكون كافية بذاتها وإنما يلجأ أحيانا إلى مبادئ القانون ذات القيمة العليا والمثلى لسد فراغ هذه المصادر أو حتى تعارضها كما في التعارض -الظاهري على الأقل- بين الشريعة الإسلامية والديمقراطية في نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥^(٢).

٣- ان الفراغ قد يكون ناشئاً من بعد فلسفي متأب من اعتماد القانون المدني على القوانين الغربية في وضع أحكام قانونية، على الرغم من ان تلك القوانين -الغربية- تصلح في البيئة التي وجدت فيها.

٤- ان النص على ان الإسلام مصدر أساس للتشريع- قد لا يكون- إلا حبراً على ورق غير مترجم على الحقيقة والواقع.

٥- يعد الفن التشريعي سبباً في حدوث الفراغ من جهة تقسيم القواعد القانونية صياغياً إلى قواعد مرنة وأخرى جامدة، فالجامدة لا يملك احد سلطة تقديرية في تطبيقها

١- الشكل الصريح يُلاحظ من خلال نص المادة الأولى اعلاه، أما الشكل الضمني فيتمثل بالمبادئ الشائعة دولياً في باب القانون الدولي الخاص والتي يعتمد عليها لسد احتياج النص في هذا الحقل القانوني المهم- وللموضوع تنمة سنتضح في الصفحات المقبلة.

٢- وذلك بما افصحته المادة الأولى-بفقراتها المتعددة- من الدستور العراقي بتصريحها بانه: لا يجوز سن أي تشريع يتعارض وثوابت الإسلام أو مبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور.

بخلاف المرنة منها والتي تُعبر عن ثقة المشرع في القاضي المُطبق للقانون^(١).
أهمية البحث:

ما يُشكّل نقطة اهتمام في البحث ان المشرع العراقي نص على الفراغ في القانون صراحةً، مما يفترض عقلاً ضرورة إيجاد معالجة لمثل هذا الموضوع المهم، الذي بقي بعيداً عن ميدان البحث في القانون الدولي الخاص العراقي- وحتى المقارن. كما يمكن أن تضاف أهمية أخرى للبحث من ملاحظة قَدَم نصوص قواعد تنازع القوانين في القانون العراقي، وعدم وجود أية إشارة- لا اقل في الواقع المنظور- لتغييرها أو تعديلها، مما يستلزم إيجاد الحلول لهذا الموضوع المتطور في سياق النصوص القانونية المتوفرة.

أيضاً فالفراغ يحتاج إلى اطار مُعالج وقواعد محددة ينبغي الالتفات إليها أولاً، والتقيد بها عملياً ثانياً في المسعى الذاهب إلى منح الثقة بقدره القانون- لا أقل المدني هنا- على تشخيص احتياجات مُخاطبيه وإمكانية حل إشكالياتهم الآنية والاستقبلية.

تساؤلات البحث:

١- كيف يمكن ان يكون هناك فراغ في القانون، وهو ما جاء إلا لمعالجة الفراغ في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع.

٢- ما الفراغ؟ وما طبيعته؟ وكيف يُحدد الفراغ وجهة تغطيته، ومدى مشروعية ملء الفراغ التشريعي؟ وهل من تطبيقات لسد مثل هذا الفراغ في القانون العراقي؟

حدود البحث:

يتأطر البحث بدراسة وتحليل الشكل الضمني للفراغ^(١) والذي مثّلنا له بالمبادئ الشائعة دولياً، لجهتين: الأولى النص عليه في متن القانون المدني العراقي، والثانية عدم الالتفات إلى هذا الموضوع أصلاً- لا من جانب التأسيس ولا من جانب التفصيل.

١- دون افتراض العكس- أي عدم الثقة بالقاضي- في القواعد الجامدة.



إشكالية البحث:

- ١- إن المشرع العراقي قد نص على إمكانية معالجة الفراغ في القانون بطريق المبادئ الشائعة دولياً؛ وهي مبادئ لم يرد لها تعريف محدد واضح لكي يسهل الرجوع إليها واعتمادها.
 - ٢- إن هذه المبادئ في تطور مستمر وتجدد فكيف يمكن ضبطها وفهماً وتطبيقها وضمن أي معايير.
 - ٣- إن المشرع العراقي منع الأخذ بمثل هذه المبادئ في حدود المسائل التي ورد تنظيمها التشريعي في هذا القانون- القانون المدني العراقي النافذ-، فكيف نوازن بين حالة الاستناد وحالة المنع من الرجوع إليها؟
 - ٤- هناك من يرى ان وجود مثل هذه المبادئ يمثل خللاً وخروجاً على مصادر القانون المرسومة والمحددة بمقتضى المادة الأولى من القانون المدني، فكيف يمكن الإجابة على هذا الاعتراض؟
- فرضية البحث:**

محاولة إيجاد تأسيس نظري-متكامل نسبياً- لمعالجة نقص قواعد القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن-المشابه له في التصور- ومن ثم إمكانية المبادئ الشائعة دولياً لحل الإشكاليات العملية المفترزة من مرونة وتطورات التجارة الدولية في محيط العلاقات الخاصة الدولية.

منهج البحث:

اعتمد البحث على منهجي الاستقراء والتحليل، فالأول نستجمع من خلاله الأفكار والرؤى المتعلقة بالبحث، ليتشكل من مجموع الجزئيات تصور عام عن الفراغ التشريعي والمبادئ الشائعة دولياً، ومن ثم يأتي دور التحليل والاستنباط للكشف عن

١- لقد اسهبت الدراسات العلمية في معالجة وتأسيس الشكل الصريح، المتمثل بالتشريع والعرف والشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة.

مدى إمكانية فهم واستيعاب مفردات الفراغ ومعالمه وأسس المبادئ الشائعة والمساحات التي يمكن للأخيرة تغطيتها واستيعابها.

خطة البحث:

توزعت خطة البحث على مبحثين حُصص الأول لبيان مفهوم الفراغ التشريعي، في حين تعلق الثاني لتطبيقات سد الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص العراقي.

الدراسات السابقة:

في حدود القانون العراقي؛ لم نقف-بتقصيرنا- على أية دراسة متعلقة بالفراغ التشريعي أو المبادئ الشائعة دولياً في أوراق القانون الدولي الخاص-على قلة الأخيرة- لذلك يمكن اعتبار هذه الدراسة-المتواضعة- لبنة تأسيسية في هذا المجال.

المبحث الأول

الجهاز النظري للفراغ التشريعي:

نقف في هذا المقام عند أسس عامة يمكن من خلالها فهم القواعد الإطارية والمعالم التأسيسية، التي تتركز عليها التطبيقات العملية، على مسائل موزعة بالتفصيلات الآتية:

أولاً: تصور الفراغ:

من خلال البحث يمكن ملاحظة مصدرين لتعريف الفراغ -اصطلاحاً- وهما: الشريعة الإسلامية والقانون، وعلى النحو الآتي:

١- التعريف الشرعي للفراغ:

لبحث الفراغ التشريعي في الفقه الإسلامي تفاصيل كثيرة ومتعددة^(١)، يمكن جمعها بصور منها^(١):

١- الفراغ لغةً: الجمع فراغات، الفراغ: الخلو، أو المكان الخالي. لاحظ في تفصيله لطفاً: معجم المعاني الجامع، المعجم الوسيط، على الرابط الآتي: <https://www.almaany.com>



إنها: كل فعل مباح تشريعياً بطبيعته ولم يرد نص تشريعي يدل على حرمة، أو وجوبه، يسمح لولي الأمر بإعطائه صفة ثانوية بالمنع عنه، أو الأمر به^(٢).

أو هي: المساحة من الأمور والقضايا التي تركت الشريعة الإسلامية حق التشريع فيها لولي الأمر أو للسلطة التشريعية العامة بالتحويل أم بالإشراف من ولي الأمر، لكي يصدر فيها الحكم المناسب للظروف المتطورة بالشكل الذي يضمن الأهداف العامة للشريعة الإسلامية^(٣)، أو هي المنطقة التي تركها الله تعالى في الإسلام ليتولى التشريع فيها ولي الأمر والفقهاء بما تقضي به حاجة الأمة في تطورها وما يطرأ عليها من تبدلات وتغيرات^(٤).

٢- التعريف القانوني للفراغ:

لم نجد تلك المساحة الواسعة من التعريف في حقل القانون، وإنما - وفي حدود اطلاعنا - شخصنا تعريفاً واحداً فقط لهذا المفهوم، ورد فيه: "يوجد الفراغ في القانون عندما يفقد الحكم الشرعي (القانوني) بحيث إن النظام القانوني بمجموعه، بضمنه النظم

وقت الدخول ٢٢-١٠-٢٠١٧.

١ - يرى جانب من الفقه ان لا وجود لمنطقة الفراغ في الشريعة الإسلامية؛ لأن ما يسمى فراغاً ليس الا تغييراً في المواضيع المؤدي إلى تغيير الأحكام الأولية المترتبة عليها. وان التغير في جزئيات المواضيع وليس في كليتها، فالفراغ التشريعي ليس الا تطبيق الثابت التشريعي على المتغير الموضوعي في الحقول المختلفة.

يلاحظ في تفصيل ذلك لطفاً: محمد السند، بحوث في القواعد الفقهية، تقرير مشتاق الساعدي، ج٢، ط١، دار المتقين ومؤسسة المراقدة المقدسة العالمية، النجف الأشرف، العراق، ٢٠١١، ص٥٢٥ وما بعدها.

(٢) محمد باقر الصدر، المؤتمر العالمي للإمام الشهيد الصدر، اعداد لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الصدر (قدس)، الناشر: مركز الدراسات والابحاث التخصصية للشهيد الصدر، ط١، مطبعة شريعت، قم المقدسة، ايران، ١٤٣١هـ، ص١٧٣.

(٣) بتصرف وتلخيص عن: احمد المبلغي، الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، (قراءة في جهود التيار النهضوي)، مجلة الاجتهاد والتجديد، بيروت، ١٤٠٦، ٢٠٠٦، ص١٤٢٦، ص٢٠٥ وما بعدها.

(٤) محمود زمني، دور الزمان والمكان في الاجتهاد لدى الشهيد الصدر (قدس سره)، مجلة فقه أهل البيت، العدد ٤٦، السنة الثانية عشرة، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، بيروت، ٢٠٠٧، ١٤٢٨هـ، ص١٣٣ وما بعدها.

القانونية الفوقية السامية والأفكار القانونية المستمدة من طبيعة الأمور، تقتضي وجود مثل هذا الحكم الشرعي القانوني"^(١).

بينما وجدنا باقي الفقه القانوني متجهاً صوب تعريف النقص في القانون، وليس الفراغ، حيث وقفنا على تعريفات منها: "عدم وضع أحكام قانونية لموضوع ما أو عدم إمام المشرع ببعض جوانب موضوع ما مما كان له الأثر في نقص أحكام القانون"^(٢).

في حين شخص جانب آخر من الفقه حقيقة أن النقص في التشريع عُبِّرَ عنه بصيغ عديدة مثل: "النقص في القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون، القصور في القانون، سكوت القانون"^(٣).

كما فضل جانب من الفقه اصطلاح فقدان، ليتصوره بترادف الاصطلاحات المتقدمة؛ لأن المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قد استخدمها بنصها على ما يلي:

"لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق"^(٤).

نحن نرى أن الأخذ باصطلاح الفراغ التشريعي أوفق في الاعتبار لخصوصية البحث الذي نحن بصددده والذي يلتقي مع النقص في بعض الأحيان، إلا انه يُباين النقص في ميادين أخرى، إذ كان التعريف الأول أدق بالتعبير عنها عندما استخدم

(١) س.ف كارناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، بحث مقدم إلى المركز القومي لبحوث المنطقة في بروكسل، ترجمة: د.عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، ١٤، ٢٨، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣، ص ٧٩.

(٢) وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية(دراسة مقارنة)، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٤٨.

(٣) حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، مجلة القضاء، بغداد، العدد الرابع والخامس، كانون الأول، ١٩٤٥، ص ٣٩٦ و ص ٤٠٥.

(٤) عصمت عبد المجيد، أصول تفسير القانون، ط ١، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٩٧ وما بعدها.



اصطلاح الفراغ، ولأن بحث المسألة وتطبيقاتها في القانون الدولي الخاص تأخذ بُعداً أكثر خصوصية لجهة التعامل مع مفردة المبادئ الشائعة دولياً والتي هي تعبير حقيقي عن الفراغ في الحكم بعد وجود النص العام الذي يُقرر الرجوع إليها لمعالجة الموضوعات غير المنصوص على حكمها؛ وهو البُعد الذي نجد تجسيده الحقيقي في النظرية التي تبناها كلسن، الذي لم يعترف بان هناك نقص حقيقي في النظام القانوني وإنما هناك ما يسمى (بالنقص الفني)؛ أي ان المشرع تعمد ترك تنظيم مسألة ما لجهة أخرى وذلك من اجل الاعتراف لتلك الجهة بهذه السلطة التقديرية عند تطبيق القانون^(١).

على انه ينبغي التأكيد هنا على نقطة في غاية الأهمية، ذلك ان تحديد معنى الفراغ له أهميته على صعيد المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون؛ إذ ان الفراغ اذا ما أُريد منه ان تُكيف الشريعة الإسلامية نفسها مع نسق حياة تقوده أفكار ومفاهيم ناشئة عن ثقافات أخرى فهنا ترفض الشريعة الإسلامية مثل هذا المفهوم لمنطقة الفراغ التشريعي، في حين ان القانون الدولي الخاص يقبل مثل هذا التكيف إذ تُمثل المبادئ المُعالجة للفراغ قواعد مؤسّسة على ثقافات سياسية واقتصادية واجتماعية عالمية وشائعة، شريطة عد مخالفتها للنظام العام والآداب.

ثانياً: مستويات فهم وتولد الفراغ التشريعي:

يمكن فهو تولد الفراغ من نواحي ومراتب ومتعددة، منها:

أ- الفراغ النظري العام يمكن ان ينتج على مستوى التفكير، وذلك بالتسالم على الأفكار والنظريات السابقة كمسلمات لا يمكن الخروج عليها.

ب- قد يتولد الفراغ باختلاف رؤية المتخصص بين القانون المدني عن القانون

١- طه عوض غازي، الأصول التاريخية للشرائع الغربية، ط ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٧.

الدولي الخاص؛ وذلك لانضواء نصوص الأخير ضمن الأول، فالمتخصص في القانون المدني قد اعتاد البعد الوطني الإقليمي المقيد لقواعد قانونه فهماً وتطبيقاً، بخلاف المهني في القانون الدولي الخاص والذي آلف الصفة الأجنبية والمرونة والتطور وشمولية التجارة الدولية ومتعلقاتها وبما يُغطي كل التفاصيل والجزئيات والمستحدثات التي قد لا نجدها في القانون المدني.

ت- يمكن ان تُشكل صفة الحدائة النسبية لقواعد القانون الدولي الخاص مسوغاً لتولد الفراغ في القانون الدولي الخاص، وحتى مفهوم التداخل والمرونة والتعلق بباقي القوانين كالمرافعات والتجاري والأحوال الشخصية- وبما يسمح بخلق فرص لمساحات قد تبقى بعيدة عن المعالجة التشريعية- التفصيلية أو العامة.

ث- الفراغ على مستوى النصوص ككل، وهو موضوع البحث في المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص-مثلاً-.

ج- الفراغ على مستوى كل نص بشكل منفرد، وذلك عندما يُعالج النص الحل العام المجرد ودون الالتفات إلى التفاصيل المسكوت عنها، كقاعدة تنازع المسؤولية التقصيرية.

ثالثاً: طبيعة الفراغ التشريعي:

نحاول في هذه النقطة بيان التكييف الدقيق لمفهوم الفراغ التشريعي، والذي يبدو انه يتوزع على احد التصورات الآتية:

١- إن الفراغ تفسيراً للنصوص:



هو التصور المبني على فكرة مؤداها، إن فهم القانون وتطبيقه لا يقتصر على المعنى الحرفي للنص القانوني، لذلك فسد الفراغ في القانون يكون وارداً في كل حال تطلب الأمر تجاوز المعنى الحرفي للنص، وتجاوز القصد المباشر للمشرع فقط^(١).

٢- إن الفراغ إكمال للنقص في النصوص:

هي من النظريات الهامة في القانون، نادى بها أرسطو، والتي ترى ان هناك نقصاً في التشريع، أي ان التشريع غير كامل، فقد توجد حالات ومنازعات ليست لها حكم في التشريع ولمواجهة هذا النقص -الفراغ- فعلى المشرع إصدار التشريعات الجديدة لسد هذا النقص، ومعالجة عيوب التشريعات القائمة بالإلغاء والتعديل والتطوير، وكذلك القاضي عندما لا يجد حلاً للنزاع في التشريع^(٢).

٣- الفراغ ذو طبيعة مُتَّفَرِّدة:

على ان النقص الموجود هنا ليس هو ذات النقص التشريعي -المشار إليه فيما تقدم- وإنما هو صيغة خاصة من النقص المتعمد من المشرع والذي ترك مجال تغطيته بالإكمال والإضافة ولكن من جهة التطبيق والمعالجة وليس بالصيغة المعتادة والمعروفة لإكمال النقص في التشريع.

تبين مما تقدم إن الفراغ التشريعي قد يفهم منه انه مساحة لإعمال التفسير الواسع الذي قد يتخطى القصد المباشر للمشرع، وانه فرصة لإكمال النقص في التشريع وبما يسمح لتغطية القانون بشكل فعال لكل مفردات الواقع الاجتماعي.

(١) ان جميع الطرق القانونية للتفسير تُقَدِّم على تجريد القاعدة أو الحكم تجاه الواقعة المعروفة بحيث تقوم بتفسير القانون من الناحية التاريخية واللغوية والاصطلاحية والنحوية وتتنظر إلى القاعدة والحكم بصورة مستقلة عن الواقعة المعروضة ولا تعاد الاتصال بالواقعة إلا بعد الانتهاء من التفسير، ان الواقعة المعروضة تدلنا فقط على العنصر الذي يتطلب التفسير من القاعدة القانونية دون أن تكون الموجهة نحو تفسير بعينه، لأن مناهج البحث القانونية للتفسير ليست مقولات منهجية مسلم بها، وإنما هي مسائل تطبيقية توضح خط التقدم الحقيقي للفهم القانوني. ينظر: س ف كارنايز، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٢) سمير السيد تناغو، المادة الثانية من الدستور، محاضرة أقيمت في فندق فلسطين بالإسكندرية، منشورة في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٤، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٦٧.

هنا ينبغي الالتفات إلى ان الفراغ التشريعي يمكن ان يأتي على احد المعنيين أو كلاهما دون فارق بينهما لجهة ان التفسير ليس إلا صورة من صور إكمال النص التشريعي ولكن دون اعتماد الضوابط التي ينبغي اعتمادها عند إكمال النص، بالتشريع اللاحق اللاغي أو المعدل مثلاً، هذا من جهة النظر إلى الإكمال من جانب التفسير، أما إذا كان الأمر بالعكس بان ننطلق من الإكمال إلى تفسير فقد يلتقيان -الإكمال والتفسير- من جهة ان الإكمال ليس في حقيقته إلا إيابة وتفصيل وتطبيق لقصد المشرع وغايته من وراء تشريعه وهو ذات المعنى المقصود من التفسير، مع احتفاظ كل منهما بخصوصيته^(١)، فالمراد هنا ليس التوحيد بين الفكرتين بحيث تذوب مميزات كل منهما، إنما المراد هو الوصول بالبحث إلى الصيغة الإطارية العامة التي يمكن من خلالها تأسيس بنى قاعدية عامة.

ويمكن ان تتأتى هذه البنى القاعدية من خلال استخدام القاضي لوسائل منها؛ القياس: وذلك بان يكون القانون معياراً عاماً ينطبق على حالات مماثلة لوجود علة مشتركة بين الحالات المعروضة على القاضي وبين الحالات التي نص القانون عليها- من جهة توفير الأرضية التشريعية المناسبة التي بمقتضاها يُمكن للقاضي إيجاد الحلول المناسبة. أو الافتراض: أي تفعيل قواعد العدل خارج النظام القانوني ليصل إلى حل يحكم الواقعة التي هو بصدها.

كما ان الضرورة تقتضي منا التأكيد على ان الفراغ بمعنى التفسير ينبغي ألا يسير بأي حال بخلاف الغاية الواضحة والمقصودة للمشرع وإلا كنا قبال مسألة تصحيح للقانون وليس سداً للفراغ فيه.

أخيراً فالفراغ التشريعي بوصفه الدقيق ليس إلا صيغة يراد بها معالجة الوقائع المستجدة في البعد الاجتماعي- السياسي والاقتصادي والقانوني وغيرها- من خلال

(١) ينبغي التأكيد هنا مجدداً على ضرورة عدم الدمج بين الفراغ والنقص التشريعي، فكل منهما له مميزاته وخصائصه، ولكن نريد بالنقص هنا فقط عدم وجود الحكم الذي كان ينبغي وجوده مع الإشارة إلى إننا سنقف على بعض تفاصيل الفرق بين الفراغ والنقص عند مناقشة موضوع تغطية الفراغ التشريعي.



اعتماد التفسير الواسع أو اللجوء إلى النصوص المصاغة بشكل يسمح بالبناء والاستنتاج والاجتهاد في مجال تحقيق غاية العدل القانوني والتعقل في تنظيم مستحدثات البيئة الاجتماعية^(١).

رابعاً: مصدر تحديد وجود الفراغ التشريعي:

تتعلق هذه النقطة بالقاعدة التي يُعتمد عليها في تشخيص وجود الفراغ في القانون، وهي في الوقت ذاته نقطة تغطية هذا الفراغ، إذ يمكن القول ان مصدر هذا التحديد، يتمثل بما يلي:

١- حكمة التشريع:

هي مسألة بين إطارين: عام وخاص، أما الأول: فهو ما ينظر فيه ومن خلاله إلى التشريع بكليته ومجموعه، إن من جهة القانون بمفهومه العام أو جميع النصوص المتعلقة بهذا الحقل القانوني دون غيره، في حين ان الثاني: ينصرف إلى مفردات القانون بمعناه الخاص، أي النصوص الواردة بخصوص المسألة التي تم تغطيتها، ومعالجتها بموجب هذه النصوص، كالنصوص التي تنظم مفردة الجنسية أو موضوع التنازع أو تنفيذ الأحكام وهكذا.

فحكمة التشريع بعمومه وخصومه، هي الإطار الذي يمكن أن يفهم بإحدى صورتين: الصورة المباشرة: والتي ننف عليها من خلال الأسباب الموجبة أو الدياجة، وهي مفردات واردة صراحة لترسم المسار المنهجي لتغطية الوقائع التي ابتغى المشرع وضع الحلول المناسبة لها^(٢).

(١) وهو ما سنقف عليه تفصيلاً عند دراسة آليات معالجة الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص العراقي.

(٢) جاء في الأسباب الموجبة لقانون الجنسية العراقية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ما يلي: " بغية توحيد الأحكام الخاصة بالجنسية العراقية، وإلغاء النصوص المتعلقة بأسقاط الجنسية العراقية عن العراقي الذي اكتسب جنسية اجنبية. ولتمكين العراقي الذي اسقطت عنه الجنسية العراقية من استردادها وفقاً للأصول. ولغرض ربط العراقي بوطنه اينما حل في بقاع العالم ودفعه إلى الانتماء إلى تربة العراق رغم حصوله على جنسية اخرى".

والصورة غير المباشرة: وذلك من خلال مجموعة الأعمال التحضيرية والمقدمات التي سبقت وضع التشريع وصياغته، وكذا من الاستنتاجات المتولدة من إعادة قراءة النصوص ومسار المعطيات التي يمكن من خلالها فهم الغاية والحكمة من وراء وجود هذا التشريع أو غيره.

٢- البناء الفلسفي للقانون:

هو التأسيس الذي يمكن أن يُسعف في ملاحظة وجود الفراغ -كحكمة التشريع السالفة- من جهة، وفي تغطية هذا الفراغ من جهةٍ أخرى.

ولعل مثل هكذا بناء يمكن ان يفهم من خلال ما يلي:

(أ) البناء الفوقي والمبادئ العامة للقانون:

الأسس العامة والقواعد التي تعتبر منبعاً يُستقى منه التنظيم الاجتماعي بكل مفاصله، مثل القانون والشريعة والأخلاق وباقي الحقول المعرفية والعلمية والعملية، إذ تعبر هذه الأسس عن المشتركات العامة للوجود والتي تعتبر بحد ذاتها معيناً تستمد منه الحلول السليمة بصورة منهجية، ذلك أنها تمثل العدل المطلق والأخلاق المطلقة وتؤمن بقوة العقل الإنساني وهكذا.

(ب) الفكرة الدستورية السائدة:

أي الفكرة المُعبّرة عن النظام القانوني الفوقي - بالنسبة للقانون الذي يتضمن فراغاً في بعض جوانبه- وتمثل هذه الفكرة الكامنة خلف هذا التشريع أو ذاك- أخلاقيات القانون وقيمه الأساسية مثل كرامة الإنسان الممزوجة برأي القانون وما تعرضه طبيعة الأمور في هذا الجانب.

يمكن القول بان مثل هكذا فكرة تمثل تركيباً أو توليفاً بين المبادئ العامة للقانون والتنظيم القانوني لها - بمستوى التنظيم الدستوري- مع اقتران ذلك بما يقتضيه الجانبان



العقلي والعملية في تنظيم وإدارة شؤون المجتمع من خلال معالجة المسائل المنضوية تحت لواء هذا التشريع أو غيره^(١).

مما تقدم يفهم أن البناء الفوقي للتشريع، كما في بنائه الذاتي -من خلال نصوصه- هو الذي يحدد وجود الفراغ في هذا التشريع أو ذاك كما ويعد هو القاعدة ومصدر التمويل لتغطية مثل هذا الفراغ.

قد يكون مثل هكذا فهم أمراً طبيعياً لجهة تعدد الوقائع وتنوعها وتوالدها في قبالة ثبات النصوص ومحدوديتها، مما يستلزم الأمر الاعتماد أما على التشريع الجديد أو التفسير الموسع أو المقايضة بين النصوص الموجودة ليستنتج منها ما غاب من نصوص^(٢).

وإذا نظرنا إلى الجانب التطبيقي للمسألة، من خلال مفردات تنازع القوانين، فالملاحظ أن المشرع العراقي قد وضع نصوص محددة قليلة لتغطية مسائل في غاية التعقيد والتطور والنمو بحكم اتصالاتها الاجتماعية والاقتصادية الكثيرة، لذلك فالنقص في مثل تشريع التنازع -لا أقل في العراق- أمر طبيعي.

من هنا وضع المشرع آلية لتغطية مثل هذا النقص، إقراراً منه بوجوده، في ظل المبادئ الشائعة دولياً^(٣).

خامساً: جهة تغطية الفراغ التشريعي.

تهتم هذه النقطة بمعالجة الجهة التي تختص بمعالجة مفردة الفراغ في التشريع، هل هي جهة القضاء أم جهة التشريع، وهو ما سنبينه على وفق الآتي:

(١) يميل الفقه الحديث إلى تسمية الجانبان العقلي والعلمي للتشريع بعلم الاجتماع القانوني، ولكن بمفهومه المصدري والتأسيسي وليس التفسيري التوضيحي.

(٢) في ميدان الشريعة الإسلامية يلاحظ أن على الفقيه اعتماداً على ذوقه الفقهي وحسه الإسلامي الانطلاق مع مسألة الفراغ من زاوية مجموع القيم والأهداف التي اهتم بها الإسلام، ليغطيها تحقيقاً للعدالة الإسلامية.

(٣) ولهذا الموضوع تفصيل سنقف عليه في الأسطر القادمة.

(أ) ملء الفراغ من المشرع:

هو الأسلوب المعتاد لتغطية الفراغ في التشريع، وفيه يعمد المشرع دائماً إلى تغطية النقائص أو الغموض أو المحدودية في التشريع الموجود بتشريع آخر مكمل أو معدل أو ماح للتشريع السابق. على ان لهذه المعالجة، تصوران احدهما مقبول والأخر مرفوض؛ فالتصور الأول هو ما نريده ونبغيه في إطار تنازع القوانين في القانون العراقي وذلك من خلال نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي، والمتعلقة بالمبادئ الشائعة دولياً وأثرها في تغطية النقص والفراغ في النصوص لجهة قصورها عن معالجة الحالات المستجدة، والتي لم نقف على حكم لها في النصوص الموجودة والمشرعة في هذا القانون -المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل-.

في مثل هذا المجال يمكن القول ان المشرع بنفسه قد تولى مسألة ملء الفراغ في التشريع النافذ بوضع قاعدة عامة يستند إليها في استقاء الحلول لمعالجة المستجدات الاجتماعية -بمعناها العام- وبالتالي لا نخرج عن المنهج الذي وضعه المشرع لتغطية هذا الفراغ.

اما التصور المرفوض: فهو المتجه للمماثلة والمطابقة بين الفراغ التشريعي والنقص التشريعي حيث ان الأول يمثل المنطقة المتروكة من المشرع عمداً وقصداً بهدف إضفاء المرونة على قاعدة التنازع لتكون متلائمة والمستجدات التي يمكن أن تتولد من البيئة الاجتماعية مقتضيات التجارة الدولية، اما الثاني فلا يمثل الا سهواً تشريعياً في مجال تنظيم حالة معينة كان ينبغي على المشرع معالجتها هو بصدد تشريعه والتي يمكن معالجتها، فيما بعد، بطريق التشريع اللاحق باعتماد آليات صياغة التشريع المعروفة بصيغها الدستورية والقانونية.

تبين مما تقدم نقطة الخلاف الجوهرية بين الفراغ والنقص في التشريع؛ فالأول هو صيغة إيجابية في صياغة النصوص لاستيعاب اكبر ما يمكن من المستجدات انطلاقاً من واقع مرونة القانون الدولي الخاص وقواعده المتطورة، في حين ان الثاني



ليس إلا تعبيراً عن جهة النقص ببعدها السلبي والحاكمة على جهد الإنسان وقابلياته وبحكم محدوديته العقلانية والعلمية.

على ان المراد هنا هو البعد الإيجابي الأول، فهو المقصود وعليه تدور رحي البحث في معالجاته المقبلة، في إطار المبادئ الشائعة للقانون الدولي الخاص.

(ب) ملء الفراغ من القاضي:

بالرجوع إلى الشريعة العامة للقانون الدولي الخاص العراقي - وهو القانون المدني العراقي رقم ٤ لسنة ١٩٥١ - نلاحظ بان هذا القانون - المدني - تضمن النص الصريح على انه قانون خاص بالتطبيق، اي قانون يخاطب القاضي وهو بصدد تطبيق نصوص القانون، فقد نصت مادته الأولى بفقرتها الثانية على ما يلي: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

ونصت الفقرة الثالثة - من المادة ذاتها - على الآتي: "وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"^(١).

يتبين مما تقدم ان القاضي هو المعني بتطبيق النصوص التشريعية وهو الملزم بإحقاق الحق والوصول إلى العدالة، وهو في سبيل ذلك يواجه احتمالات متعددة:

فتارةً يواجه نصوصاً واضحة صريحة جلية لا تثير إشكالية في الفهم والتطبيق، وتارةً يواجه نصوصاً مبهمه أو غامضة يجب عليه تفسيرها - على وفق الطرق المعروفة والمعتمدة في التفسير - وتارةً أخرى يواجه نصوصاً تحتاج إلى ذوق عال وحس قانوني سليم وصولاً لتطبيقها، وهي ما يدور عليها بحثنا، فهي نصوص تأتي

(١) ويسترسل المشرع في باقي المواد، من ٢-٩، بتعداد القواعد العامة والأسس التي يستعين بها القاضي في فهم النصوص عند تطبيقها على ارض الواقع.

بصياغة عامة ولكنها مرنة قابلة للتطبيق المستمر بما يعالج المستجدات والمستحدثات العلمية، ومثال ذلك نص المادة ١/١٣٠ من القانون المدني العراقي، المصرح بما يلي: "يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام للآداب وإلا كان العقد باطلاً".

فهنا على القاضي - وهو في سبيل تطبيق القانون- إبطال كل عقد كان محله مخالفاً للنظام العام والآداب. ولكن السؤال المهم هنا ما هو ضابط ومعيار النظام العام والآداب؟

هذا ما لم يجب عنه القانون المدني، ولا غيره من القوانين^(١)، فما على القاضي في مثل هذه الحال إلا مواجهة هذا النص بالتفسير، ذلك لأن القاضي يظهر وهو في سبيل تحقيق العدل انه يركن وراء المعنى الحرفي لنص القانون هذا، ذلك لأننا سنكون في مواجهة حالة من حالات الفراغ في القانون.

للتفصيل أكثر، نلاحظ ان المادة ٣٠، مدني عراقي، نصت على ما يلي: "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تتنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

فيتجدد السؤال هنا عن معنى المبادئ الأكثر شيوعاً في القانون الدولي الخاص؟ هنا -أيضاً- يضطر القاضي إلى إكمال هذا الفراغ المتعمد في القانون من قبل المشرع انطلاقاً من حكمة التشريع والمبادئ العامة للقانون والنظام القانوني العام.

مع ملاحظة ان للقضاء في مثل هذه الحال دور ايجابي لجهة تحقيقه لغايته الأساس وهي الوصول إلى العدل، ولجهة إعماله للنصوص وعدم تجاهلها أو تحكيم

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي، على ما يلي: "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".



أهوائه الشخصية والاهم من كل ذلك هو الدور المحوري والمهم للقاضي والمتمثل بتواصله المباشر مع الواقعيين العلمي والعملي، لجهة اطلاعه الضروري على نصوص التشريع ورأي الفقه وأحكام القضاء - من الجانب العلمي - ووقوفه على آخر وحدث تطورات ومخاضات التجارة الدولية - من الجانب العملي - وصولاً إلى تحديد واكتشاف القواعد التي تكاملت إلى حد وصفها بالمبادئ الشائعة على مستوى القانون الدولي الخاص^(١).

سادساً: مشروعية ملء الفراغ التشريعي:

شخصنا ان الفراغ التشريعي قد يكون متعمداً من المشرع لجهة المرونة في معالجة المستجدات وان على القاضي، كما ان المشرع جاء بالنص المرن، ان يجتهد في سبيل ملء هذا الفراغ بما يوائم غاية التشريع وينسجم مع المبادئ العامة للقانون. من هنا يحق التساؤل عن الضوابط التي ينبغي اعتمادها عند تغطية هذا الفراغ؟ فهل أية تغطية مقبولة أم ان للأمر محددات يفترض عدم تجاوزها؟ الواضح أكيداً هو ان الخط العام الذي يجب ان يسير في هداه القاضي هو الالتزام بأحكام الدستور النافذ وبعض التشريعات الأخرى ذات العلاقة، وعلى النحو الآتي:

١- أحكام الدستور النافذ:

وهو الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وفيه نقف على القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة الثانية منه، وفيها:

أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس التشريع:

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

(١) وهو ما سنتقف على تفصيله في الأسطر المتعلقة بتطبيقات المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص العراقي.

ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق الحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور.

على الرغم من ان هذا النص هو الصراط الذي ينبغي على المشرع التقيد به وهو في سبيل تشريع القوانين المنحدرة عن الدستور، إلا ان هذا لا يمنع من اعتبار هذه المادة قاعدة عامة ينبغي على القاضي، وحتى الفقيه، التقيد بها وعدم الخروج عنها وهو في طريق تشخيص وضبط المبادئ الشائعة دولياً لتغطية الفروض والحالات التي لم تسعف النصوص الشاخصة في علاجها وبيان أحكامها.

٢- أحكام القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ:

هو الشريعة العامة للقانون الدولي الخاص العراقي - لاسيما في موضوع التنازع- الملاحظ ان هذا القانون - المدني - وفي الباب التمهيدي منه، تحت إطار الفصل الأول والمعنون بتطبيق القانون، وفي الفرع الأول المؤطر بالأحكام العامة، جاء بنصوص منها، نص المادة الأولى بفقرتها الأولى والمصرحة بما يلي: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها".

بالتدقيق في هذه المادة، التي تقدم تبيانها - وباقي المواد السالفة -، يمكن فهم ان الإطار العام للضوابط الواردة في القانون المدني، تتمثل بما يلي:

- أ- عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.
- ب- عدم الخروج عن النصوص التشريعية النافذة والمعمول بها.
- ت- الالتزام بالمصادر المحددة لاستقاء النصوص التشريعية، وهي في مورد بحثنا هذا تتمثل ب: الأحكام التي أقرها التشريع أو الفقه أو القضاء في البلاد الأخرى، سواء اقتربت قوانينها من القانون العراقي ام لا، لأننا هنا قبال قيم دولية مرتبطة بمؤشرات التجارة الدولية وتطوراتها وبأسس سياسية واجتماعية



أخرى، شريطة عدم الخروج عن الضوابط التشريعية العامة في القانون العراقي أو النظام العام والآداب.

مع الالتفات أكيداً جداً إلى ان المقصد من أحكام وتوجهات الفقه والقضاء المقارن لا يأتي استجابةً لتصور مصادر القاعدة القانونية في القانون المدني، وإنما تحت مستند المبادئ الشائعة دولياً ، وذلك اذا اخذنا بالاعتبار طبيعة وخصوصية ومرونة القانون الدولي الخاص في قبال ثبات وجمود-نسبي- وتقليدية قواعد القانون المدني.

أضف إلى ذلك مراعاة مفردة أخرى في غاية الاعتبار الا وهي الالتزام بثوابت أحكام الشريعة الإسلامية، وليس تفاصيل الفقه الإسلامي، وإنما الثوابت التي يمكن فهمها على انها قطعيات الشريعة الثابتة بالنصوص الصريحة في الكتاب الكريم والسنة المشرفة، والتي تلتقي قطعاً في الفضاء العام للوجود الإنساني بما يحقق ضابط العدل والمساواة وتحقيق كرامة الإنسان^(١)، فالالتزام بثوابت أحكام الشريعة الإسلامية يأتي في جانب النص الدستوري باعتباره -الالتزام بالشريعة- مصدراً وقيداً ينبغي عدم تجاوزه بالنسبة للمشرع وهو في طريق وضع صياغة النص القانوني، كما ويشخص هذا الالتزام في جانب النص القانوني العادي - المدني والأحوال الشخصية- بكونه مناراً وإطاراً يفترض بالقاضي تفعيله والتقيده به على مستوى فهم النص الشرعي في محور التقائه بالمبادئ القانونية العامة، أي تحقيق العدل والمساواة وباقي المفردات الإنسانية الأخرى. وكل ذلك في جو من الالتفات التام إلى مرونة القانون الدولي الخاص ومستجدات مفاعليه الدولية والداخلية^(٢).

(١) ستقف على تفاصيل هذا الأمر في بحث مستقل بفلسفة قواعد تنازع الأحوال الشخصية بين التأصيل الإسلامي والتجديد التشريعي.

(٢) مع الالتفات الأكيد إلى انه ليس كل ما يوصف بالمبادئ العامة للقانون ينبغي الالتزام به، إذ ان المشرع قد يتجاهل عمداً واحداً من الأصول الفكرية أو يرفض العمل بها، فإذا أفصح عن مثل هكذا توجه فعلى القاضي السير بقضائه وفقاً لاتجاه المشرع وإلا كنا بصدد مسألة تتعلق بتصحيح القانون وليس بصدد الفراغ في القانون. ويلاحظ ذلك: س.ف كارناريز، مصدر سابق، ص ٨٤.

أخيراً من خلال ملاحظة ان قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في القانون المدني توصف بأنها قواعد خاصة ترتبط بعلاقات تتضمن عنصراً اجنبياً في قبالة عمومية قواعد القانون المدني، لذا يمكن الاستناد إلى القاعدة الكلية المتضمنة بتخصيص قواعد القانون الدولي الخاص لعمومية القانون المدني.

المبحث الثاني

تطبيقات سد الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص

العراقي^(١)

وهي مسائل نلاحظ مداها الطبيعي في ظل ما يعرف بالمبادئ الشائعة دولياً، وهو ما سنفصل فيه القول، على وفق النقاط الآتية:

أولاً: ماهية المبادئ الشائعة دولياً:

تعرف المبادئ الشائعة دولياً أو مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، بأنها: "جملة الحلول التي تستخلص من الأصول الفنية لمادة التنازع مقرونة أحياناً باعتبارات سياسية"^(٢).

بينما يتجه جانب آخر من الفقه إلى تعريفها بما يلي:

"مجموعة القواعد التي اكتسبت طابعاً عالمياً بسبب طبيعتها المشتركة وتحررها من الخصوصيات الوطنية عند وضعها للحلول المقنعة والمنطقية في تنازع القوانين. فهي قواعد عقلانية مستمدة من العقل والمنطق والعدالة"^(١).

(١) يمكن ان نقف على تصورات عديدة لمفهوم الفراغ في القانون الدولي الخاص؛ بالإضافة لما سنذكره، ومنها حالة الاثر الايجابي لمفعول النظام العام- باعتباره من موانع تطبيق القانون الاجنبي- إذ تحل قواعد قانون قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الاجنبي سداً للفراغ التشريعي الذي يخلفه الاثر السلبي الاستبعادي للنظام العام، ولكننا سنقتصر على بعض الفروض اهتماماً وتركيزاً على تأسيس الاصل في المجال.

(٢) يرى هذا الجانب من الفقه ان قواعد تنازع القوانين تبنى على اعتبارات فنية قانونية، ولكنها قد تجئ أحياناً نتيجة تدخل عوامل سياسية، لمزيد من التفصيل: احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ج ١، دار الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٨، ص ٢٣ وما بعدها.



اما نحن فنرى بان المبادئ الشائعة دولياً هي؛ الافكار والمبادئ التي تحولت باعتبارها إلى اسس تشريعية وطنية وعالمية نتيجة ملامستها للواقع العلمي والعملية- السلوكي- العام والدولي وبرزت على الالتزام بها تحقيق اهداف التشريع ومقتضيات التطور العالمي ببعده التجاري والاقتصادي، وتشكل منبعاً واصلاً يستند إليه اي تشريع تعوزه النصوص المعالجة للمستحدثات، في حدود مايفرضه التشريع من ضوابط.

ثانياً: مركز المبادئ الشائعة دولياً:

يقصد بهذه النقطة بيان حدود هذه المبادئ وموقعها من بين مصادر القانون الدولي الخاص، على النحو الآتي:

١- حدود المبادئ:

بالرجوع إلى نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل، نلاحظ انه صرح بما يلي: "تتبع فيما لم بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً"، مما يعني ان حكم هذه المبادئ متعلق بموضوع واحد من مواضع القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين، هذا من جهة.

من جهة أخرى توجد ملاحظة أخرى مهمة، في نهاية نص المادة ٣٠، مستقاة من مفردة (الأكثر شيوعاً) فتوحي هذه العبارة بان هذه المبادئ تركز مبدأ عاماً مقررأ في كافة أو اغلب الدول، أو حتى اغلب الحرف والمهن وحقول التبادل التجاري- كتجارة الحبوب أو الالكترونيات أو الدواء وهكذا-.

بهذا يختلف موقف القانون العراقي عن القانون المدني المصري، والذي - المصري- كان نصه السابق، في ظل المادة ٥٤ من المشروع التمهيدي للقانون المدني

(١) عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة السنهوري (بغداد)، نشر بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٤، حيث يشير المؤلف إلى: هشام علي صادق، تنازع القوانين في المبادئ العامة والحلول الوصفية المقررة في التشريع المصري، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٢. وفواد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط٦، جامعة دمشق، ١٩٩٧، ص ١٢٣.

المصري، يطابق نص القانون العراقي، إلا ان عبارة " الأكثر شيوعاً" حُذفت من النص النهائي حتى لا تُتخذ ذريعة للالتجاء إلى أكثر الحلول رواجاً دون النظر إلى أي اعتبار آخر^(١).

لكننا لا نتفق مع هذا التصور لجهة أنه حتى في حالة الاستناد إلى هذه المبادئ فان الأسس الحاكمة على التشريع هي الأساس في توجيه بوصلة تفعيل هذه المبادئ في الساحة الداخلية، فلا يمكن مثلاً القول بحل مسألة التنازع اعتماداً على مبادئ شائعة تتعارض والنظام العام والآداب في العراق، أو حتى في مصر^(٢).

٢- موقع المبدأ:

ينقدح لدى النظر إلى نص المادة ٣٠، من القانون المدني العراقي، فكرة أولية مفادها: تقديم المبادئ الدولية الأكثر شيوعاً على العرف وباقي المصادر الأخرى للقانون الدولي الخاص عند محاولة إيجاد حل للتنازع المثار إمام القاضي. إلا ان المعالجة تتجه إلى تفصيل مؤداه: انه وفي الأحوال التي لم يرد فيها نص ولا يجد القاضي عرفاً فعليه ان يطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وهذا يعني ان هذه المبادئ تقدم على كل المصادر الرسمية والتفسيرية ما خلا التشريع والعرف.

"فمن الواضح ان القاضي يرجع أولاً إلى العرف ان وُجِدت قاعدة عرفية تُعيّن القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين، لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فان لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص "

(١) يلاحظ تفصيل الكلام عن موقف المشرع المصري: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط١، الدار المصرية للطباعة، نشر دار الطالب، الإسكندرية، مصر، ١٩٥٥، ص٣٦.
(٢) لعل هذه القناعة هي التي دفعت هذا الجانب من الفقه، إلى التعريف المتقدم في أعلاه لمبادئ القانون الدولي الخاص.



الأكثر شيوعاً"، ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تُفضل على مبادئ القانون الطبيعي بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون^(١).

الملاحظ هنا اتفاق كلمة الفقه في العراق ومصر - على هذا التصور - الأخير - لجهة ان المشرع لم يقصد تقديم مبادئ القانون الدولي الخاص على العرف وإنما قصد به تقديمها على المصادر الأخرى التي تلي العرف^(٢).

الا اننا نتصور انه يمكن فرض حل اخر بملاحظة ما يلي:

١- الغالب ان هذه المبادئ الاكثر شيوعاً ليست في اصلها الا اعرف وعادات تطورت إلى قواعد تشريعية ومبادئ دولية حيث تمتزج هذه المبادئ بالأعرف وبالتالي ليس من تمييز وترجيح بينهما. أو ضرورة

٢- تقديم هذه المبادئ على العرف، لسببين الأول ان العرف لم يعد يحتل أهمية كبيرة في ميدان القانون الدولي الخاص^(٣)، والسبب الثاني خصوصية القانون الدولي الخاص التي قد تقتضي تقديم هذه المبادئ على العرف لأهميتها الدولية ولصعوبة ضبط العرف واركانه على المستوى الدولي.

ثالثاً: تطبيقات المبادئ الشائعة دولياً في القانون العراقي^(٤):

هي تطبيقات استقر الفقه والقضاء العراقي على العمل بها واعتبارها، ومنها:

(١) محمد كمال فهمي، المصدر السابق، هامش ص ٣٣.
(٢) في مصر: المصدر السابق ص ٣٣، وفي العراق: غالب الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (الجنسية - الموطن - مركز الأجنبي) وأحكامه في القانون العراقي، ج ١، ط ١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٢، ص ٢٧.

(٣) يمكن ملاحظة تفصيل ذلك: عباس العبودي، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٣.
(٤) سنقتصر على بعض الملامح العامة لتطبيق هذه المبادئ في القانون العراقي، دون قصد الاستقصاء، مع التأكيد على الإيجاز في العرض لوضوح المفاهيم على مستواها الخاص دون الاطار المنهجي المعتمد في بحثنا.

يلاحظ في تفصيل هذه المفردات: عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، ط ١، مكتبة السنهوري(بغداد)، توزيع بيروت، ٢٠٠٥، ص ٧٤، وغالب الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص ٥٩.

١- التكيف الواسع والمرن:

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، على ما يلي: "القانون العراقي هو المرجع في تكيف العلاقات القانونية عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها".

هذا النص يمثل القاعدة التي استقر عليها القانون الدولي الخاص في موضوع التكيف، وهي من المبادئ الشائعة دولياً في الأصل، ويضاف لها أيضاً -وهو محل التركيز هنا- ان على القاضي الوطني، وهو في صدد تكيف واقعة معينة، الا يقف عند حدود مدلولات القانون الداخلي حرفياً بل عليه ان يتوسع في مفهومها حتى يستطيع إدخال الأفكار التي تقوم عليها سائر النظم في القوانين الأجنبية غير المعروفة في قانونه وذلك تمهيداً لإسنادها للقانون الملائم.

وطرح جانب من الفقه بعض التصورات المرتبطة بهذا الموضوع، على النحو الآتي: "إن حاجة المعاملات الدولية تستدعي تطويع طوائف النظم القانونية الداخلية وفهمها بامتثال الروح الدولية، وهذا التطويع يكفي فيه للقاضي ان يتأكد من ان النظام القانوني محل النزاع، كالزواج والوصية والهبة، يحتوي على "نواة" النظام القانوني الوطني المقابل، عن طريق الكشف عن الطبيعة المشتركة بين النظامين الأجنبي والوطني وألا يركز على هيكلهما أو بُنيانهما القانوني بل على وظيفة وهدف كل منهما دون تطلب المطابقة أو التماثل التام بينهما"^(١).

٢- شكل الوصية:

لقد جرت العادة الدولية منذ عهد مبكر على إخضاع شكل التصرف القانوني إلى قانون الجهة التي ابرم فيها، فقانون المكان الذي انعقد فيه يعتبر مختصاً في تقرير

(١) احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٩٢-٦٩٣.



ما إذا كانت الشكلية المقررة فيه مستوفاة أم لا، وإذا ما تم التصرف في مكان ما وفق قانون ذلك المكان يكون صحيحاً بما يتعلق بالشكل ومقبولاً في سائر الدول الأخرى^(١).

إن الأساس العملي لقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون الجهة التي تم فيها أريد به التيسير على المتعاقدين من جراء تصرفات صحيحة أينما وجدوا، كذلك فإن الأخذ بهذه القاعدة يؤدي إلى اطمئنان المتعاقدين بقدرتهم على القيام في أي محل بتصرفات قانونية صحيحة^(٢).

في العراق خلا القانون من نص خاص يحدد القانون الذي يحكم شكل الوصية ولا يعقل ان يُعطي للفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١^(٣)، تطبيقاً عاماً يشمل الشكل إذ كيف يتيسر للموصي إتباع الشكل المقرر في قانون جنسيته وقت موته، في حين ان الوقت المعول عليه لتحقيق الشكل هو اللحظة التي رسم فيها الشكل، لهذا ولخلو القانون من نص خاص بالوصية يضطر إلى تطبيق القاعدة العامة الخاصة بالشكل والتي تعطي الاختصاص فيه إلى قانون بلد تحريره وفقاً لما هو شائع ومستقر دولياً؛ وهو مانجده فعلاً في التوصيات التي قدمها الوفد العراقي المشارك في المؤتمر الدبلوماسي الدولي بشأن الوصايا والذي عُقد في واشنطن من ١٦-٢٦ ت ١٩٧٣، إذ أكد الوفد على ان النتائج التي انتهت إليها المؤتمر مُنسجمة مع القانون العراقي (المدني- الاحوال الشخصية) مع التوصية بأخذ أحكام القانون الموحد الدولي المذكور بنظر الاعتبار اذا اتجهت النية في المستقبل إلى اعادة النظر في نصوص القانون العراقي^(٤).

(١) إذا اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية زواج يهودي في العراق وفقاً للشكل الديني المعترف به في العراق صحيحاً. يلاحظ في تفصيل ذلك: غالب الداودي وحسن الهداوي، مصدر سابق، ص ١٦٨.
(٢) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، ط ١، مكتبة السنهوري، نشر وتوزيع بيروت، ٢٠١٥، ص ١٢٣.

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١ على ما يلي:
"يسري على الوصية قانون الموصي وقت موته".

(٤) انتهت المؤتمر إلى تبني التوصيات الآتية فيما يتعلق بالوصية: ١- الوصية تكون نافذة فيما يتعلق بالشكل دون اي اعتبار للمكان الذي انجزت فيه وموقع الاموال وجنسية الموصي واقامته ومحل سكنه اذا تم وضعها بموجب الشكل الدولي المقترح. ٢- ان تكون الوصية مكتوبة، وبأي لغة كانت

٣- تطبيقات المبادئ الشائعة في ميدان الاختصاص القضائي الدولي^(١):

هي امثلة يمكن بيانها من خلال بعض الصور العملية، ومنها:

أ- اختصاص المحاكم العراقية بسبب الخضوع الإرادي:

لم ينص على هذا الاختصاص القانوني المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة

١٩٥١، إلا ان هناك من المبررات القانونية ما يدعم الأخذ بها، فهي قبل كل شيء أصبحت من القواعد المسلم بها وقد ذاعت وانتشرت دولياً، وفي المادة ٣٠ من القانون المدني ما يبرر الأخذ بها إذ انها أوجبت إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص، ان الاختصاص القضائي بسبب الخضوع الإرادي قد أصبح شائعاً دولياً لذا يمكن الأخذ به في العراق^(٢).

إذ يمكن انعقاد الاختصاص للمحاكم العراقية بمقاضاة الأجنبي ولو لم تكن الدعوى من اختصاصها بحسب الأصل إذا وافق الأجنبي الخضوع لولايتها، وهذه الموافقة قد تكون صريحة أو ضمنية^(٣).

٣- وضرورة حضور شاهدين وشخص مخول رسمياً، إلى غيرها من التوصيات؛ يلاحظ في تفصيل ذلك: قرارات مجلس شورى الدولة: القرار: ١٩٧٤/٣ في ١٦-١-١٩٧٤، مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل العراقية، ع٢، س١، نيسان، ١٩٧٥، ص٤٨١ وما بعدها. (١) يمكن ان تلاحظ إشكالية متولدة من العنوان، ذلك ان المبادئ الشائعة متعلقة بأحوال تنازع القوانين حسب نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي، والحال ان الاختصاص القضائي غير متعلق بالاختصاص التشريعي-تنازع القوانين-، ويمكن الرد والحل بالرجوع إلى ديباجة القانون المدني العراقي نفسه والتي تنص في النقطة ١٣ منه على ما يلي: " ... ومن المحقق ان تنظيم تنازع القوانين في صورتيه يسد نقصاً جسيماً في القانون الحالي"، والصورتان هما: تنازع من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي-، وتنازع من حيث الاختصاص التشريعي-تنازع قوانين-، وبذلك يُحل الاعتراض المتقدم أعلاه.

(٢) يرى جانب من الفقه بأن الخضوع الإرادي يمكن أن يستخلص من مفهوم المخالفة لنص الفقرتين(ه،و) من المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨، والتي أقرت حالات اختصاص المحاكم الأجنبية وذلك إذا حضر المحكوم عليه الدعوى باختياره أو وافق على قضاء المحكمة الأجنبية للنظر في دعواه.

والرأي للدكتور ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص في القانون العراقي والمقارن، ط١، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٣، ص٢٨٩.

(٣) فالقبول الصريح يكون بالنص عليه في التصرف القانوني الذي أقيمت الدعوى بشأنه، أما القبول الضمني فيستخلص من حضور المدعى عليه الأجنبي أمام المحكمة العراقية المرفوع إمامها



ويتقيد الخضوع الإرادي بالشرطين الآتيين^(١):

الشرط الأول: يجب أن تتوافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة العراقية التي اتفق الأطراف على الخضوع لسلطتها القضائية.

الشرط الثاني: يجب أن لا يكون الاتفاق على الاختصاص القضائي مبنياً على غش.

تطبيقاً لاعتبار الخضوع الإرادي من المبادئ الشائعة والمسلم بها، قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها، بأن:

"المتعاقدان انصرفتا إرادتهما إلى أن تكون محاكم عمان هي المختصة في نظر النزاع، وبذلك فإن الدعوى في المحاكم العراقية لا سند لها من القانون وان ما جاء في المادة ١٥ من القانون المدني العراقي، يكون عندما يذكر في العقد المحكمة المختصة في نظر الدعوى"^(٢).

ب- الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية بالمسائل الأولية:

لم يرد في القانون العراقي نص صريح يقضي بان تختص المحاكم العراقية بالنظر في المسائل الأولية والطلبات العارضة والإجراءات المستعجلة المرتبطة بالدعاوى التي تقام على أجنبي في العراق.

مع ذلك اتفقت كلمة الفقه العراقي على إقرار هذا الاختصاص بمقتضى مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة دولياً إعمالاً للمادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

النزاع وعدم تمسكه بالدفع لعدم الاختصاص منذ بدء الخصومة، لأن قبوله في موضوع الدعوى يدل على قبوله الضمني بولاية القضاء العراقي. يلاحظ في تفصيل ذلك: غالب الداودي وحسن الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(١) عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٢) قرار ٤٠٣/مدنية/منقول/ ٢٠٠٦ في ٢٧/٦/٢٠٠٦، نقلاً عن عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٢٩.

والمسائل الأولية هي الإجراءات التي يجب على المحكمة الفصل فيها أولاً حتى يتسنى لها الفصل في موضوع النزاع الأصلي، وهذا يعني أن المحكمة مختصة أصلاً في الدعوى، في حين لم ينعقد اختصاصها في المسألة المرتبطة بها إلا بشكل ثانوي، كما لو نظرت محكمة الأحوال الشخصية العراقية بدعوى متعلقة بميراث مورث عراقي وطعن احد الورثة بالصفة الوطنية لوارث آخر، فحتى تفصل المحكمة بدعوى الإرث الأصلية فلا بد من أن تحسم مسألة جنسية الوارث الذي طعن بصفته الوطنية.

هذه بعض الصور التي تبين من خلالها مدى امكانية الاستعانة بالمبادئ الشائعة دولياً لتغطية الفراغ التشريعي في قواعد تنازع القانون العراقي، وهي صور جاءت على سبيل المثال والاستئناس - لا الحصر - ويمكن بالتالي ايجاد صور اخرى.





الخاتمة

ويمكن بيانها على التصورات الآتية:

أولاً: النتائج:

- ١- لا يوجد هناك تصور واضح لمفهوم الفراغ، فقد اتجه البعض إلى دمجہ بالنقص أو الغموض، واعتبر البعض الآخر انه مجرد سكوت من المشرع عن معالجة موضوع معين.
- ٢- ان الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص هو ترك المشرع تنظيم مسألة ما أو موضوع معين عمداً اعترافاً منه بالسلطة التقديرية للقضاء في ايجاد وصياغة حلول تتسجم فنياً مع غاية المشرع وهدفه.
- ٣- اختلفت التوجهات في بيان طبيعة الفراغ في كونه تفسيراً أو اكماً للنقص في النصوص أو انه ذا طبيعة متفردة، لجهة تعمد المشرع ترك المعالجة لتتم بصيغ تتسجم وبنية القانون الدولي الخاص.
- ٤- تتنوع مصادر تحديد الفراغ التشريعي من حكمة المشرع إلى البناء الفلسفي للقانون.
- ٥- تتوزع مصادر تغطية الفراغ التشريعي بين المشرع والقاضي، ولكل منهما دور في هذا المجال.
- ٦- يُفترض تحقيقاً لمبدأ المشروعية ان يكون ملء الفراغ التشريعي دائراً في محور الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ والقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ في ضوء ثوابت أحكام الإسلام والديمقراطية والحقوق والحريات الدستورية والنظام العام والاداب.
- ٧- عدم وجود تعريف واضح محدد للمبادئ الشائعة دولياً، على الرغم من الاتفاق حول مصدريتها للقانون الدولي الخاص.
- ٨- هناك خلاف حول مدى امكانية ترجيح هذه المبادئ على العرف من عدمها، على اراء وتوجهات مختلفة.

٩- وقفنا على مجموعة تطبيقات للمبادئ الشائعة دولياً ودورها في تغطية الفراغ التشريعي، ومنها التكيف الواسع والمرن، شكل الوصية، وفي ميدان الاختصاص القضائي الدولي.
ثانياً: المقترحات:

نورد في هذا المجال مجموعة من التصورات التي نعتقد بأهميتها وضرورتها على النحو الآتي:

١- الآليات التي تُعرض لمعالجة الفراغ ليست آليات مُطلقة؛ وإنما تختلف من قانون لآخر، وبمعنى ادق فإن سلطة القاضي في استعمال الآليات محدودة بطبيعة نصوص القانون محل التطبيق؛ فالقاضي المدني مُلزم بإصدار حكم والا كان مُنكراً للعدالة، بخلاف القاضي الإداري الذي يُمكن ان ينشئ قاعدة قانونية بناءً على حكم قضائي أصدره في واقعة لم يصدر حكم سابق في مثلها. فالقاضي المدني لا يعمل على حل مشكلة النقص- من حيث المبدأ- وإنما يكون عمله-عموماً- إعمالاً لمبدأ عدم إنكار العدالة.

٢- لا يمكن ان نخلص إلى آلية تامة لعلاج الفراغ في القانون، ولكن يمكن ان يكون هناك مجال لتحقيق الكمال القانوني بمراعاة الأخلاق والعدل والاتجاه نحو الاجتماع القانوني.

٣- يمكن علاج مشكلة الفراغ في القانون عن طريق الفهم الحقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات، باعتباره مبدءاً للتعاون والتكاتف بين السلطات فيسهم القضاء في سد الفراغ في القانون من ناحية التطبيق وتُسهم السلطة التشريعية في تطوير القانون وتوسيعه وجعله مناسباً للمطالب الجديدة.

٤- إلا ان من المستبعد ان يكون هناك أي دور في علاج الفراغ للقاضي المنشغل عن الواقع؛ فيشترط في القاضي الفعال في هذا المجال ان يكون ذا خبرة قانونية لا تقل عن عشرون عاماً مثلاً، وان يكون مرتبطاً بالواقع ومستخدماً لمنهج القياس والتتابع التاريخي والعادات وعلم الاجتماع القانوني كل في ان واحد للوصول إلى حكم



ينطبق على الواقعة المطروحة أمامه. وله ان يستعين في ذلك أيضا-ان لم يك فقيهاً- بالفقه الذي يستطيع وضع تصورات جديدة مبتكرة أو معمقة للأفكار القانونية المطروحة.

٥- نقتح الالتفات الأكيد لوضع قانون دولي خاص عراقي مستقل عن القانون المدني، لجهة قَدَم الثاني وعدم استيعابه لخصوصيات الأول ومرونته وحدائمه مسائله، وهو المنهج الذي الفناه في العديد من الدول المتقدمة.

٦- ضرورة فتح باب الدراسات المتخصصة والمعمقة في القانون الدولي الخاص العراقي، لأن ما طرح إلى الآن لا يعدو إلا ان يكون بعض الشذرات والمسائل الأولية، إذا ما قيس بما طرحه الواقع العملي وما أنتجه الفقه المقارن - لا اقل في جمهورية مصر العربية مثلاً-.



المصادر

أولاً/ الكتب:

- ١- احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٢- احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ج١، دار الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٨.
- ٣- حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، مجلة القضاء، بغداد، العدد الرابع والخامس، كانون الأول، ١٩٤٥.
- ٤- طه عوض غازي، الأصول التاريخية للشرائع الغربية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٥- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، ط١، مكتبة السنهوري(بغداد)، توزيع بيروت، ٢٠٠٥.
- ٦- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والمواطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة السنهوري (بغداد)، نشر بيروت، ٢٠١٥.
- ٧- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة السنهوري، نشر وتوزيع بيروت، ٢٠١٥.
- ٨- عصمت عبد المجيد، أصول تفسير القانون، ط١، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٤.
- ٩- غالب الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (الجنسية - المواطن - مركز الأجانب) وأحكامه في القانون العراقي، ج١، ط١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٢.
- ١٠- محمد السند، بحوث في القواعد الفقهية، تقرير مشتاق الساعدي، ج٢، ط١، دار المنقنين ومؤسسة المراد المقدسة العالمية، النجف الأشرف، العراق، ٢٠١١.
- ١١- محمد باقر الصدر، المؤتمر العالمي للإمام الشهيد الصدر، إعداد لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الصدر(قدس)، الناشر: مركز الدراسات والأبحاث التخصصية للشهيد الصدر، ط١، مطبعة شريعت، قم المقدسة، ايران، ١٤٣١هـ.
- ١٢- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط١، الدار المصرية للطباعة، نشر دار الطالب، الإسكندرية، مصر، ١٩٥٥.



- ١٣- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص في القانون العراقي والمقارن، ط١، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٣.
- ١٤- وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ثانياً: الأبحاث والدراسات:**
- ١- احمد المبلغي، الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، (قراءة في جهود التيار النهضوي)، مجلة الاجتهاد والتجديد، بيروت، ع١٦، ٢٠٠٦، ١٤٢٦هـ.
- ٢- س.ف كارناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، بحث مقدم إلى المركز القومي لبحوث المنطقة في بروكسل، ترجمة: د.عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، ع١٦، س٢٨، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣.
- ٣- سمير السيد تناعو، المادة الثانية من الدستور، محاضرة أقيمت في فندق فلسطين بالإسكندرية، منشورة في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٤- محمود زمني، دور الزمان والمكان في الاجتهاد لدى الشهيد الصدر (قدس سره)، مجلة فقه أهل البيت، العدد ٤٦، السنة الثانية عشرة، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، بيروت، ٢٠٠٧، ١٤٢٨هـ.

الملخص:

ينص القانون المدني العراقي على أنه "إذا لم يكن هناك أي حكم (في هذا القانون) فإن هذا البند يفتح الباب أمام حروف الجر التالية-

- ١- المشرع العراقي وحتى المقارن يعترف بإمكانية الفراغ التشريعي من خلال عبارة (إذا لم يكن هناك أي حكم (في هذا القانون) .
- ٢- الفراغ التشريعي لا يقتصر فقط على الفراغ في التشريع ، بل ممكن أيضاً في الموارد القانونية الأخرى ، أي التشريعات والعادات ومبادئ الفقه الإسلامي وقواعد العدالة.
- ٣- قد ينشأ الفراغ التشريعي عن سياسة التشريع العراقي المتمثلة في تبني القانون الغربي الذي قد يتوافق مع بيئته الغربية وقد يتعارض تماماً مع البيئة الاجتماعية والاقتصادية العراقية.
- ٤- قد يكون للحكم الدستوري القائل بأن "الإسلام هو مصدر التشريع" بعض الحقائق السارية.
- ٥- قد يكون فن صياغة القواعد التشريعية أحد العوامل التي قد تؤدي إلى فراغ تشريعي من خلال تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مرنة وغير مرنة ، حيث أن هذا الأخير لا يترك أي مجال للقاضي في تطبيقه.



ABSTRACT :

Analytical and inferential study on the general principles of international private law on the structure of the Iraqi legal system

The Iraqi civil code provides that " if there is not any provision (in this code)" This provision opens the door for the following prepositions-

- 1) the Iraqi legislature and even the comparative one admits the possibility of legislative vacuum through the phrase (if there is not any provision (in this code).....
- 2) the legislative vacuum is not only restricted to the vacuum in the enactment but also possible in the other resources of law i.e the legislation, custom, the principles of Islamic jurisprudence and the norms of justice.
- 3) the legislative vacuum may be stemmed from the policy of the Iraqi legislative of adopting western law which may compatible with its western environment may contradict totally with the Iraqi social and economical environment.
- 4) the constitutional provision that " Islam is the source of legislation " may sometimes has no applicable realities.
- 5) the art of coining the legislative rules may be one of the factors that may lead to legislative vacuum by dividing the legal rules into flexible and inflexible rules , since the latter leaves no space to the judge in its application.