الامتداد والتكامل بين التشريع والقضاء في اطار القانون الدولي الخاص

أ.م.و. رجاء حسين عبد الأمير أ.م.و. ثامر داود عبود
جامعة القاسم الخضراء- رئاسة الجامعة- قسم الشؤون القانونية كلية القانون- جامعة كربلاء

الملخص

أهم ما يتميز به القانون الدولي الخاص، أنه من القوانين التي تقوم على الانفتاح والامتداد عبر الحدود، نظراً لانتقال الاموال والاشخاص عبر الدول، لذلك يمتاز بصفة الاستمرار دون العموم، كونه يهدف إلى إيجاد الحلول المناسبة للعلاقات الخاصة الدولية، كما أن القانون الدولي الخاص في العراق لم يقنن على غرار القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية أو القانون التجاري وغيرها من القوانين، بل نجد أن نصوص هذا القانون مبعثرة ومنتشرة في المنظومة التشريعية العراقية، وهذا ما يلقي ثقلاً على القضاء، ليمارس دوراً مهما في هذا القانون من خلال حل المنازعات وصولاً لتحقيق العدل بين المتقاضيين، إزاء ذلك نجد القضاء يتمتع بمساحة كبيرة ليبدع ويبتكر الحلول ويطوع النصوص، في حالة انعدام النصوص التشريعية أو حتى في حالة وجود النصوص، كما أنه يستطيع في بعض الحالات أن يكمل ويعزز وجود النصوص التشريعية ويبدأ بسد الفراغ التشريعي.

وعلى ذلك المشرع والقاضي كلاهما يعمل وفقاً لمبدأ أو نظرية الامتداد والتكامل، فالمشرع يضع الأطر العامة، كونه غير قادر على الالمام بالتفصيلات والوقائع بتفرعاتها المتغير بتغير وتطور حاجات المجتمع، وبذلك يكون منح القضاء امكانية مواجهة تلك التفصيلات والتفرعات والوقائع وفق المتغيرات الحاصلة، وإزاء القصور التشريعي الذي يتركه المشرع، فأنه يفسح المجال أمام القضاء لكي يلعب دوراً بارزاً، فيما يقدمه من حلول وهذا ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية للقاضي، التي يمنحها المشرع للقاضي من أجل خلق طابع الملائمة بين جمود النصوص التشريعية وبين الواقع المتغير في أطار العلاقات الخاصة الدولية.

الكلمات المفتاحية: القضاء، التشريع، قواعد قانونية، علاقات خاصة دولية.

Summary

The most important characteristic of private international law is that it is one of the laws that is based on openness and extension across borders, due to the movement of money and people across countries, Therefore, it is characterized by continuity rather than generality, as it aims to find appropriate solutions for international private relations, and private international law in Iraq It was not codified like the Civil Code, the Personal

Status Law, the Commercial Law, or other laws, Rather, we find that the texts of this law are scattered and widespread in the Iraqi legislative system, and this is what places weight on the judiciary, to play an important role in this law by resolving disputes in order to achieve justice, Among litigants, in view of this, we find that the judiciary enjoys a large space to be creative, invent solutions, and adapt texts, in the absence of legislative texts or even in the absence of texts, It is also able, in some cases, to supplement and enhance the presence of legislative texts and begin to fill the legislative vacuum.

Accordingly, the legislator and the judge both work according to the principle or theory of extension and integration, The legislator sets general frameworks, as he is unable to comprehend the details and facts with their ramifications that change with the change and development of the needs of society Thus, granting the judiciary the ability to confront those details, ramifications and facts according to the changes taking place, and in the face of the legislative shortcomings that The legislator leaves it, as it opens the way for the judiciary to play a prominent role in the solutions it provides, This is what is called the discretionary power of the judge, which the legislator grants to the judge in order to create a character of appropriateness between the rigidity of legislative texts and the changing reality within the framework of international private relations.

Keywords: judiciary, legislation, legal rules, international special relations .

المقدمة

سنتناول في مقدمة البحث النقاط التالية:

أولاً / التعريف بموضوع البحث:-

وظيفة القاضي بصورة عامة في أطار العلاقات الخاصة الدولية، هي الحكم بالعدل في المنازعات طبقاً للقانون، فالقاضي يقوم أساساً بتطبيق القواعد القانونية، دون أن ينشأ القاعدة القانونية، ولا يمكن أثارة مسألة خلق القضاء للقاعدة القانونية لو كان التشريع كاملاً لا يشوبه أي نقص أو قصور أو عيب.

لكننا لو افترضنا أن التشريع لا يشوبه نقص أو قصور، لما كان هناك مبرر للقاضي خلق قواعد جديده ، بل يقتصر دوره على مباشرة وظيفته الأصلية وهي تطبيق النصوص التشريعية، وهي نصوص كافية لكمالها لمواجهة المنازعات المتصورة وغير المتناهية، إلا أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، لا بد أن يشوبه النقص حتماً، تارة لكون كل عمل انساني مشوباً بالنقص والقصور بلا جدال، وتارة اخرى أن القانون الدولي الخاص من القوانين التي تقوم على الانفتاح والامتداد عبر الحدود، نظراً لانتقال الاموال والاشخاص عبر الدول، فضلاً عن ذلك القانون الدولي الخاص لدينا لم يقنن، وهذا ما يلقي ثقلاً على القضاء ليمارس دوراً مهما من خلال حل المنازعات وصولاً لتحقيق العدل بين المتقاضيين، إزاء ذلك نجد القضاء يتمتع بمساحة كبيرة ليبدع ويبتكر الحلول ويطوع النصوص، وعلى ذلك المشرع والقاضي كلاهما يعمل وفقاً لمبدأ أو نظرية الامتداد والتكامل، فالمشرع يضع الإطار العام، ويمنح القضاء امكانية مواجهة تلك التفصيلات والتفرعات والوقائع وفق المتغيرات الحاصلة لكي يلعب دوراً بارزاً، فيما يقدمه من حلول وهذا ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية للقاضي، التي يمنحها المشرع

للقاضي من أجل خلق طابع الملائمة بين جمود النصوص التشريعية وبين الواقع المتغير في أطار العلاقات الخاصة الدولية.

ثانياً / إشكالية البحث:-

تتمثل إشكالية بحثنا حول مدى قدرة القاضي على تطوير القانون الدولي الخاص من خلال حتمية التشريع في حالات نقص التشريع وغياب النص، أو من خلال تطويع النصوص وتلطيفها، لخلق نوع من الملائمة والموائمة بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق الأمن القانوني والعدالة.

ثالثاً / منهجية البحث:-

خير منهج نراه جديراً في بحث موضوعنا، هو المنهج المقارن دون أن نحدد القوانين التي تدخل في نطاق المقارنة مع القانون العراقي.

رابعاً / خطة البحث:-

استنادا إلى ما سبق، ستكون الدراسة موزعة على مبحثين، نتناول في المبحث الأول تكاملية القاضي إزاء التشريع، ويقسم على مطلبين نتناول في المطلب الأول حتمية التشريع للقاضي، ونتناول في المطلب الثاني مواءمة القاضي للنصوص التشريعية، ونتناول في المبحث الثاني آليات القاضي في التكامل، نتناول في المطلب الأول ادوات القاضي في خلق القاعدة القانونية، ونتناول في المطلب الثاني ادوات القاضي في تحقيق المواءمة.

المبحث الأول: **تكاملية القاضي إزاء التشريع**

من المعلوم أن المشرع غير قادر على الالمام بالتفصيلات والوقائع بتفرعاتها المتغيرة بتغير وتطور حاجات المجتمع، وعلى وجه الخصوص العلاقات الخاصة الدولية، نظراً لضرورات الحياة المعاصرة التي تتمثل بحركة وانتقال الاشخاص والاموال عبر الحدود، وقد القت التكنولوجيا بظلالها على العلاقات الخاصة الدولية، فالقصور والنقص والجمود الذي قد يغلب على النصوص التشريعية أمر حتمياً، وإزاء هذا القصور التشريعي الذي يتركه المشرع، فأنه يفسح المجال أمام القضاء لكي يلعب دوراً بارزاً، فيما يقدمه من حلول وهذا ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية للقاضي، التي يمنحها المشرع للقاضي من أجل خلق طابع الملائمة بين جمود النصوص التشريعية وبين الواقع المتغير في أطار العلاقات الخاصة الدولية.

فالقاضي عندما يقوم بإكمال النقص أو محاولة اصباغ نوع من المرونة على النصوص القانونية، فأنه هنا لا يحكم بالعدل، وإنما يحكم بالإنصاف وهو اسمى من العدل، لكنه ليس اسمى من العدل ذاته، بل هو اسمى من العدل الذي يقرره التشريع.

وللوقوف على تكاملية القاضي إزاء النص التشريعي، سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول حتمية التشريع للقاضي، وسوف نحاول أن نبين دور القاضي في أنشاء وخلق القاعدة القانونية في الحالات التي يغيب بها النص إزراء الوقائع المعروضة أمام القاضي، ونتناول في المطلب الثاني مواءمة القاضي للنصوص التشريعية من خلال تطويع وتلطيف النصوص.

المطلب الأول: حتمية التشريع للقاضي

لا بد من القول أن التشريع والقضاء علمان مستقلان عن بعضهما البعض، التشريع هو عملية سن القاعدة القانونية من قبل السلطة التشريعية، والقضاء هو عملية تطبيق وتنفيذ للقواعد القانونية التي يضعها المشرع، ويبدو للوهلة الأولى أن كل منهما منفصلان عن الآخر، لكن الواقع العلمي كما سنبين أن القضاء يلعب دوراً مهماً في خلق القاعدة القانونية التي فيما بعد يتلقفها المشرع وينظمها بموجب نصوص تشريعية.

فالمشرع يضع العموميات ويترك التفصيلات والتفرعات، فضلاً عن ذلك أن المشرع مهما وصل من الكفاءة وقوة البصيرة والدراية يبقى عاجزاً عن تصور ما يفرزه التطور في المجتمعات، لا سيما أن المجتمعات تشهد في الآونة الأخير تطوراً سريعاً على كافة الاصعدة خاصة مع التطور التكنولوجي وشبكة الانترنت التي جعلت العالم قرية صغيرة، وإزاء هذا التطور قد تكون النصوص القانونية عاجزة أن تواكب هذا التطور وتقدم الحلول الناجعة، وها يقودنا إلى القول أن القانون يشوبه النقص أو القصور، وإزاء ذلك هل للقاضي امكانية خلق قواعد لمعالجة الاشكاليات وحل المنازعات الماثلة أمامه.

تنازع دور القاضي في خلق القاعدة القانونية في أطار القانون المدني إلى اتجاهين، الاتجاه الأول الذي يمثل نظرية كمال التشريع، الذي يعدً وظيفة القاضي تقتصر على مجرد التطبيق الآلي للنصوص القائمة، أي أن وظيفة القاضي تنفيذية بحته، إذ أن النصوص التشريعية تتسم بالتقديس وينظر إليها على أنها جامعة وشاملة بصورة لا تترك معها للقاضي أي مجال للإضافة أو التجديد، بل ذهب اصحاب هذا الاتجاه إلى حرمان القاضي من التفسير إذا ما شاب النص غموض أو ابهام، إذ تحال النصوص الغامضة والمبهمة للسلطة التشريعية لغرض تفسيرها[١].

أما الاتجاه الثاني والذي يمثل نظرية النقص التشريعي، والتي وضعها أرسطو في كتابي السياسة والاخلاق، وهو يقول عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فانه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي، وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت، ويقول أيضا أنه نظراً لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة فيجب على الانسان أن يكمل ذلك والمقصود بالإنسان هنا هو القاضي[٢]، فالقاضي ملزم بحل النزاع المعروض عليه، ولا يمكن يحتج بغموض أو عدم كفاية التشريع، وإلا يكون عرضة للمحاكمة لأنكاره العدالة، فلقاضي تقرير القاعدة التي يفضل بموجبها النزاع المعروض عليه في الأحوال التي لم يجد بين المصادر الرسمية قاعدة تحكمه، وفقاً لهذا الاتجاه أصبح من سلطات القاضي أن يتصدى لتفسير النص الغامض حتى يستجلى معناه، ويتسنى له تطبيق على الحالة المعروضة، وإذا ما اعيته الحيل في الوصول إلى قاعدة قانونية مقررة تحكم موضوع النزاع تعين عليه وفاء لالتزامه بالفصل في الدعوى

---

[١] - نقلاً عن د. عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي المدني في وضع القواعد القانونية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون سنة النشر، ص٧٧، د. سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص٤٨٣.

[٢] - د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٤٨٣.

أن يستوحى تلك القاعدة من مقتضيات العدالة، وبذلك يسهم القاضي من جانبه في تدارك ما يشوب التشريع من نقص واستكمال ما يعتريه من قصور يقعد به عن مواجهة بعض المفروض الواقعية[١].

ولا بد من القول أن النقص الذي يقوم القاضي بإصلاحه من خلال خلق القاعدة القانونية، هو النقص في التشريع وليس النقص في القانون[٢]، لأن المشرع لا يستطيع أن يضع القواعد لجميع المنازعات التي تقع في المجتمع، ولا يوجد نقص في القانون لأنه في كل نزاع يعرض أمام القاضي ولا يكون له حكم في التشريع يوجد له حكم لدى القاضي، الذى يجب عليه أن يحكم بالعدل في كل نزاع يعرض أمامه سواء وجد هذا الحكم في التشريع أو في غيره من المصادر أو استقاه مباشرة من جوهر القانون وهو العدل، وانطلاقا من نفس الفكرة فان المادة الرابعة من التقنين المدني الفرنسي تنص على أنه، (القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة)، ففي هذا النص اعتراف من المشرع الفرنسي بأن النقص في التشريع لا ينبغي أن يقابله نقص في القانون، بل يجب أن يطبق القاضي دائما بالعدل أي بالقانون، سواء وجد حكما في التشريع أو لم يجد، وفي هذا النص اعتراف كذلك من واضعي التقنين المدني الفرنسي بضرورة وجود سلطة مستقلة هي سلطة القاضي بتكملة النقص في التشريع، فإن القاضي عندما لا يجد قاعدة قانونية وضعية في مصادر القانون الوضعي وهى التشريع والعرف والقضاء، فانه يخلق بنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه وهو يستوحى في هذا الخلق نفس الافكار التي كان يستوحيها المشرع لو أنه تصدى لحل هذا النزاع[٣].

ويمكن أن يثار التساؤل الآتي إذا كان للقاضي وفق الاتجاه الحديث أن يخلق قاعدة قانونية في أطار القانون المدني، فهل هذا ينسحب على القانون الدولي الخاص، الذي ينظم علاقات خاصة ذات بعد دولي، الأمر الآخر لدينا في العراق القضاء في اطار القانون مصدر استرشادي أي مصدراً احتياطياً كما صرح بذلك المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل تحت عنوان احكام عامة، إذ نصت على أنه،" ١– تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها، ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة، ٣– وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد

---

[١]- د. عبد المنعم عبد العظيم، المصدر نفسة، ص٨١-٨٢.

[٢]- عرف التشريع كمصدر رسمي للقاعدة القانونية، قيام السلطة المختصة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة، كما يقصد بالتشريع تلك القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة، فيقال التشريع المدني التشريع الجنائي، التشريع الضريبي، د. بشرى النية، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادي، فاس، المغرب، ٢٠١٧، ص٥، وعرف القانون بأنه، مجموعة القواعد العامة الجبرية، التي تصدر عن ارادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها، د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٧، فالقانون أوسع من التشريع، بل التشريع جزء من الكل الذي يتمثل بالقانون.

[٣]- د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٤٩١.

الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"، فهل القضاء يحتل ذات المكانة في أطار القانون الدولي الخاص، لا سيما أن أغلب النصوص القانونية الخاصة بالقانون الدولي الخاص واردة في القانون المدني.

نقول أن العلاقات القانونية الخاصة الدولية، تمتاز بكونها مشوبة بعنصر أجنبي، إذ أن أحد اطرافها ينتمي إلى نظام قانوني مختلف عن الأخر، وبعبارة أخرى أن أحد الأطراف أجنبي ينتمي إلى منظومة تشريعية تختلف بصورة كلية أو جزئية عن المنظومة التشريعية الوطنية، وهذا ما يعرف بالتعددية القانونية[١].

وهذه التعددية تخلق نوعاً من الفعالية والحيوية في العمل القضائي وصولاً إلى الابتكار والابداع، إذ أن القاضي يقوم بما له من سلطة بتحقيق ما يعرف بالتعايش القانوني بين القانون الوطني والقانون الاجنبي، وهو ما يحقق وظيفة القانون الدولي المتمثلة "بتحقيق الأمن القانوني العدالة" [٢].

كما يتحدد دور القاضي في صنع القاعدة في ضوء ما يبلغه التشريع من كمال وما يتصف به من دقة وشمول، فلو تصورنا جدلاً مثاليته واحتواءه احكاماً واضحةً ومفصلةً تواجه كل المفروض الواقعية التي تعرض على القضاء، وتضع لكل فرض حكمه لأصبح لا مجال ازاء ذلك لمناقشة دور القاضي في صنع القاعدة، اذ يكفى القاضي أن يتصفح التشريع حتى يقف في يسرٍ وسهولةٍ على القاعدةِ التي تحكم المنازعة المعروضة فيعمل حكمها ويستخلص نتائجها، وتظهر الوظيفة القضائية وكأنها عمل من أعمال التنفيذ المجرد من القوة الخلاقة، وإذا سلمنا بان المشرع مهما بلغ من سعة الافق، ومهما أوتى من نفاذ البصيرة سيظل عاجزا عن تصور كل ما تفرزه الحياة الاجتماعية في تطورها السريع والمعقد من علاقات وكل ما ينشأ داخل المجتمع من منازعات، واقترن ذلك بالزام القاضي بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات، وعدم قبول عذره بنقص التشريع او غموضه، اصبح لا مناص من الاعتراف للقاضي بخلق وانشاء القاعدة القانونية ليتدارك ما يشوب التشريع من نقص[٣].

فضلاً عن ذلك لا نرى ما يمنع القاضي اثناء ممارسة اختصاصه من ابتداع وخلق القاعدة القانونية في اطار المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، مادامت تلك القاعدة تحقق العدالة والانصاف ولا تتعارض من النظام العام، ولعل اعطاء دور للقاضي في خلق القاعدة القانونية يكون من باب أولى، كون التشريع وابتداع القواعد القانونية خاصة في اطار القانون الدولي الخاص، لا يعد قاصراً في الوقت الحالي على السلطة المختصة بالتشريع، لا سيما أن نهاية القرن الماضي شهدت تغيراً في مجال السلطة السياسية في الدولة، فقد انزلقت هذه السلطة إلى كيانات جديدة تتجه نحو العولمة، تلك الظاهرة التي

---

[١]- د. حسام اسامة شعبان، التنازع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحداثة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٦٥.

Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Diversity and Integration in Private International Law, Edinburgh University Press Ltd The Tun – Holyrood Road, British, 2019, p11220.

[2] - Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, op.cit, p1228.

[٣]-د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٤٨٤.

جعلت العالم قرية كونية واحدة بدون حدود، والتي تطورت بشكل كبير للحد الذي أدى إلى تأسيس كيانات موازية لسلطة الدولة تعبر عن مجتمعات إنسانية جديدة تتخطى الدولة المركزية، مثل مجتمعات الإنترنت والمجتمعات الرياضية ومجتمعات التجار في المجالات كافة، ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد "انزلقت سلطة الدولة أيضاً إلى كيانات أو اتحادات تعلوها كما هو الحال، في الاتحاد الأوروبي، وإلى كيانات تدنوها مثل المؤسسات العاملة في المجالات ذات التنظيم العالمي أو الكوني المشترك، مثل مؤسسات الاتصالات والبريد والآثار، والتي لم تعد الدولة قادرة على تنظيمها وقد ترتب على ذلك انتهاء نظرية القانون المتمركز حول الدولة، وبدء انطلاق نظريات جديدة للقانون، تقوم على التعددية القانونية الكونية أي تعدد مراكز السلطة في العالم، وتعدد الكيانات المنتجة للتشريع، فيما يعرف لدى فقه فلسفة القانون المعاصر بالقانون ما بعد الحداثة"[١].

وما نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، التي نصت على أنه، (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)، إلا دليلاً على أن القاضي يتملك سلطة خلق القاعدة القانونية عند غياب النص التشريعي، وذلك من خلال الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص المستقرة والشائعة بين دول العالم، إذ أن مقتضى هذا الرجوع هو خلق للقاعدة القانونية للنزاع المعروض امامه[٢].

وبالعودة إلى التطور التاريخي للقانون الدولي الخاص، نجد شواهد الكثيرة، يبدو للقاضي فيها دوراً حيوياً وكبيراً، فلم يقتصر دوره على التطبيق والتفسير، وإنما حاول أن يمد سلطته وسلطانة إلى أبعد من ذلك، إذ أخذ يوسع من متبنى التطبيق، أي أنه مدَ نطاق عمله إلى خلق القواعد القانونية، ومن هذه الشواهد مبدأ المصلحة الوطنية ومعيار أو ضابط الجنسية الفعلية، والتي أبدع القضاء في ايجادها ثم تولها المشرع فيما بعد بالتقنين[٣].

وقد تقررت المصلحة الوطنية بشكل صريح في حكم شهير من أحكام المبادي التي قررتها المحاكم الفرنسية في قضية، تعرف بقضية ليزاردي تتلخص وقائعها في أن شاباً مكسيكياً عمره ٢٣ سنة عاش في باريس عيشة بذخ وترف، واشترى مجوهرات بما قيمته ٨٠٠٠٠٠ فرنكا وحرر بها سندات إذنيه، فلما طالبه بائع الجواهر بالثمن دفع بالبطلان لأنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي (وهو قانونه الشخصي الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية)، إذ يحدد هذا القانون سن الرشد بخمس وعشرين سنة، فقررت محاكم الموضوع وأيدتها في ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٦

---

[1] -Jorge L. Contreras S.J, Private Law, Conflict of Laws, and a Lex Mercatoria of Standards-Development Organizations, tilburg private law working paper series, his Article is brought to you for free and open access by the Utah Law Scholarship at Utah Law Digital Commons, No. 04/2019, p155, The article is available on the website, https://dc.law.utah.edu/scholarship, Date of visit 11-3-20224, 2:42pm.

[٢] - د.خير الدين كاظم، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، المجلد الاول، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٩، ص٢٥٥.

[3] -Philippe Lortie, Rueda & Asociados, Commentaries on private international law, the pillg newsletter, Vol. 6, Issue 1, 2023, p82.

يناير سنة ١٨٦١، استبعاد هذا الحكم واعتباره أهلاً وفقاً للقانون الفرنسي وإلزامه بدفع المبلغ، وقضت محكمة النقض إنه لا يجوز إبطال هذه السندات لأن التجار الفرنسيين لا يعرفون أحكام القانون المكسيكي ولهم عذرهم فقد خدعتهم مظاهر هذا الشاب المكسيكي الذي تراءى لهم رشيداً وكانوا حسنى النية، ومن ثم ففي تطبيق القانون المكسيكي إضرار بمصلحتهم إضرار بالمصلحة الوطنية، ثم أردفت "وحيث إنه في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يلزم الفرنسي بمعرفة قوانين الدول ونصوصها المتعلقة بالقصر والبلوغ الخ، وأنه يكفي إذن لصحة العقد أن يتعاقد الفرنسي دون استخفاف و دون عدم احتياط وبحسن نية ....."[١]، وقد أحدث هذا الحكم دوياً هائلا في الأوساط القانونية، و تردد صداه في الفقه، واستمر القضاء الفرنسي على خطته كلما عرض عليه نزاع من نفس النوع، كما قلده قضاء الدول الأخرى في ذلك بحيث جنحت الفكرة نحو التعميم، ثم ثبتت نهائياً كقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص، فنص عليها المشرعون المحدثون في قوانينهم[٢]، وقد نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، إذ نصت المادة (١٨) منه على أنه، "١ – الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، ٢– ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، اذا كان احد الطرفين أجنبياً ناقص الاهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية".

ويمكن لنا أن نستنتج مما سبق أن القضاء عندما يخلق قاعدة جديدة في اطار العلاقات الخاصة الدولية، لا يقوم إزاء ذلك بعمل احتياطي، وانما يقوم بالعمل الأصلي الذي يقوم به أي مصدر آخر من مصادر القانون، وأن قيام القضاء بذلك لا بعدُ سدا للنقص في التشريع وحده، بل سدا للنقص في كل مصادر القانون بما في ذلك القضاء المستقر ذاته، فإذا وجد القاضي قاعدة في التشريع أو العرف أو القضاء المستقر أو المبادئ الأكثر شيوعاً في طار القانون الدولي الخاص، فهو يطبق هذه القاعدة ولا يحتاج إلى خلق حل عادل للنزاع بمجهوده الخاص، فالقاضي وهو يباشر دوره في خلق الحلول في المنازعات الخاصة ينظر إلى مصادر القانون كلها باعتبارها مصادر أصلية يرجع اليها أولاً قبل أن يقوم بخلق الحل العادل.

المطلب الثاني: مواءمة القاضي للنصوص التشريعية

تتم المواءمة من خلال ما يمارسه القاضي من دور تكميلي، يقصد بالتكميل والإكمال وفقاً للمعنى اللغوي، هو "الإتمام والتمام، وكمل تعنى الكمال والتمام وكمل الشيء أي أكمله، وكمل يكمل كمالاً، وكمل بضم الميم كمالاً أي ثبتت فيه صفات الكمال والتكملة

---

[١] - نقلاً عن، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٣٢.
Eesa Allie Fredericks, Contractual Capacity in Private International Law: The Lizard Rule in the Far East, the comparative and international law journal of southern Africa, Vol. 3, Issue 2, 2022, p180-184.

[2] -Eesa Allie Fredericks, op. cit, p188.

هي ما يتم به الشيء، وتكامل الشيء أكمله، واستكمل أي استتمه، وتكمل وتكامل الشيء أي أجملته وأتممته كمله أي أتمه، وأعطاه المال كملاً أي كاملاً "[١].

والمواءمة هي التناسق، والائتلاف، لكلمة المواءمة عدة مرادفات هي الاتساق، والتناسق والمجاراة، والمطاوعة والمطابقة والائتلاف والمناسبة والموافقة، فعلى سبيل المثال يجب على الإنسان مواءمة العصر، أي يجب على الإنسان مجاراة العصر الذي يعيش فيه، وذلك من أجل الائتلاف، والاتساق داخل المجتمع[٢]، ويمكن أن تتحقق المواءمة من خلال تفسير القاضي لنصوص القانونية، بهدف تعديل المبدأ القانوني الذي أوجده المشرع، ليشمل الوقائع والحوادث المستجدة، فالقاضي هنا لا ينشأ قاعدة وإنما يطوع النصوص لكي تستوعب الحالات المستجدة.

ويرى البعض من الفقه[٣]، لم يكن من السهولة على القاضي مع وجود النص أن يقوم بعملية التطويع، لذلك لا بد التزم القاضي جانب الحذر في اقراره للحلول المعادلة لتلك المشاكل المستجدة، والحرص على أن يظهر أن تلك الحلول مستندة إلى نصوص التشريع، ولم تكن خلقاً للنصوص، إذ في ذلك مناهج في غاية البراعة تمكنه من أن يبدو وكأنه يطبق النصوص بينما هو في الحقيقة يتعداها ويتجاوز مقاصدها ويبتدع من الحلول مالا تحتمله تلك النصوص أو تسعف في المقول به.

ونحن نتفق مع ذلك خاصة أن القضاء العراقي لا يستطيع أن يتخلى طفرة واحدة عن مفاهيم راسخة مكنت منها على مر السنين اقلام شراح عبدوا النصوص وقدسوها، فضلاً أن القضاء لدينا لا يعد مصدراً للتشريع كما هو الحال في البلدان التي تعد القضاء مصدراً رسمياً للتشريع، كونها تستند كثيراً على السوابق القضائية، وهذا ما يجعل التشريع في حالة متطورة باستمرار.

"وتبدو عملية التطويع التي يقوم بها القاضي من خلال استعارة الافكار المجهولة التي ينص عليها القانون الأجنبي وتطبيقها على الحالات والوقائع الماثلة أمامه بحيث يستوعبها في قانونه الوطني، إذ فكرة التطويع تعدُ من الاجتهادات القضائية التكميلية في مجال القانون الدولي الخاص، ولا يمكن اغفالها أو غض النظر عنها بأي شكل من الاشكال وقد فرضت طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص هذه التوجيهات"[٤].

وقد ابدع القضاء الأمريكي في اكثر من مناسبة بتطبيق القانون الأجنبي بهدف التطويع خاصة في مسائل الزواج والطلاق، أن آل قاسمي أبناء عمومة من الدرجة الأولى ولدوا في إيران وتزوجا في إيران عام ١٩٧٦ وأنجبا ابنا ولد في إيران عام ١٩٧٧، ثم جاء الزوج إلى لولايات المتحدة للدراسة، بينما بقيت الزوجة وفي عام ١٩٩٥ انضم الابن والزوجة إليه في أمريكا وفي عام ٢٠٠٦ تقدمت بطلب الطلاق من الزوج، وللبت في طلب الطلاق، كان على محاكم لويزيانا أولاً أن تحدد ما إذا كان آل

---

[١]- أبن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث عشر، دار صادر، بيروت، بلا سنة نشر، ص١٢٦.

[٢]- الباحثة نور محمد، ما المقصود بالمواءمة، مقال منشور على موقع محتويات المرجع الأول للمحتوى العربي، منشور في ٢٢-٨-٢٠٢٣، على الموقع الالكتروني https://mhtwyat.com تاريخ الزيارة ٢٨-٢-٢٠٢٤، ٤:٣٣ مساءً.

[٣]- د. عبد المنعم عبد العظيم، مصدر سابق، ص١٢٨.

[٤]- د. خير الدين كاظم، مصدر سابق، ص٢٥٤.

قاسمي متزوجاً بشكل صحيح، اتضح أن لويزيانا مثل حوالي نصف الولايات الأخرى تمنع الزواج بين أبناء العمومة من الدرجة الأولى، لو حاول آل قاسمي الزواج في لويزيانا لما كان زواجهم صحيحا، لكن الزوجين تزوجا في إيران وليس في لويزيانا وفي مثل هذه الحالة، ينص قانون لويزيانا صراحة على أنه يجب على لويزيانا أن تتطلع إلى قانون المكان الذي تم فيه الزواج، زواج صالح في الولاية المحددة لتشمل الدول الأجنبية التي تم العقد فيها يجب أن يتم التعامل معه على أنه زواج صحيح ما لم يكن القيام بذلك ينتهك سياسة عامة قوية في لويزيانا هذه قاعدة قانونية شائعة في الولايات الأمريكية نابعة من مبادئ طويلة الأمد لصالح صحة الزواج، استنادا إلى السياسة المتبناة عالميا والتي تقضي بتفضيل صحة الزيجات، إذا كان هناك أي أساس معقول للقيام بذلك، تسمح هذه المادة بإقرار صحة الزيجات الصالحة سواء في الدولة التي تم العقد فيها أو في الولاية التي كان فيها الزوجان المسكن الأول كزوج وزوجة ولاية من الولايات المتحدة هذه السياسة القديمة المتمثلة في تفضيل الزواج وتفضيل الصلاحيات راسخة في القانون الموضوعي لكل ولاية من الولايات المتحدة، ولذلك نظرت محكمة لويزيانا في القانون الإيراني لتحديد ما إذا كان الزوجين متزوجين بشكل صحيح، فخلصت صحيح المحكمة إلى أن زواج أبناء العمومة كان صحيحًا بموجب القانون الإيراني، وبالتالي كان الزوجان متزوجين بشكل صحيح الأغراض قانون لويزيانا، تحقيقاً لاعتبارات العدالة وحماية حقوق ومصالح الأفراد، وهكذا يكون القضاء قد طوع فئة الزواج الواردة في القانون البريطاني وجعلها قادرة على استيعاب الزواج بين أبناء العمومة من الدرجة الأولى[١].

ويبدو التلطيف في الكثير من الأنظمة، كالدفع بالنظام العام، ومضمون هذا الاثر هو عدم اعمال قاعدة الدفع بالنظام العام في المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت في الخارج، وبالاعتراف بهذه الحقوق وآثارها واخضاعها للقانون الأجنبي الذي اشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية، بغض النظر عن كونها تحتوي على مخالفة للنظام العام أم لا، ومن ذلك نظام تعدد الزوجات بموجب التشريع البريطاني الذي يعدُ مخالفا للنظام العام، اذ يعدُ زواجا مزيفا، وهذا ما ادى إلى عدم الاعتراف بالزواج والابناء لقولهم بانه زواج غير شرعي، وهذا ينافي العدالة لكون القائم بالزواج لم يخالف القانون، وإنما استعمل حقا مقرراً له ولو كان في قانون أخر غير قانونه الوطني، وبسبب ذلك اتجهت المحاكم في بريطانيا إلى تخفيف أو تلطيف اثر دور النظام العام في استبعاده للقانون الأجنبي، فقد فرق القضاء بين آثار الزواج و التزوج بأكثر من زوجة، أي أنهم لا يعترفون بنظام تعدد الزوجات وإنما يقرون بآثار الزواج ، فأن نشأ الزواج في الخارج فهم يعترفون بالأبناء لا الزواج نفسه، فيعترف القضاء في انجلترا بشرعية الابناء وميراثهم وكذلك الزوجات في ارث ازواجهم[٢].

---

[1] -Eugene Volokh, Foreign Law in American Courts, Oklahoma Law Review, vol 66, Nu 2, 2014, p227-228.

[٢]- د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٨٥.

كذلك اتجهت المحاكم فرنسية إلى فكرة تخفيف آثار النظام العام في وقت لم يكن فيه القضاء في فرنسا يعترف بالطلاق، إلا أن محكمة النقض الفرنسية اعترفت بالطلاق الذي يقع خارج فرنسا ويراد الاعتراف به في فرنسا[١].

أن الاخذ بفكرة الاثر المخفف للنظام العام يستند بالواقع إلى مبدأ احترام الحق المكتسب، كونه نشأ في الخارج بطريقه مشروعة وصحيحة، لذا يتوجب على القاضي أن يتسامح بهذا الشأن لأن المركز القانوني الذي ينشأ في الخارج وترتبت عليه آثار من الصعب الغاءها، إلا أن هذه الفكرة ليست فكرة مطلقة بل هي مقيدة، فعلى القاضي عدم الأخذ بها أن كانت المخالفة للنظام العام وتشكل مخالفة جسيمة لا يمكن تجاهلها، وهذا التقيد بمعيار درجة المخالفة للنظام العام هو ما يشكل الإطار العام لفكرة تخفيف أثر النظام العام، وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية إذ قضت بأنه، "إذا كان القانون الأجنبي متعارض مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فأن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون ان يتعداها إلى آثار النسب"[٢].

ومن شواهد التلطيف التي ابتدعها القضاء، معيار المصلحة الفضلى للطفل في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة، التي تبناها القضاء الامريكي والذي يعدُ من السوابق القضائية، إذ إن القانون الذي يسري على الحضانة يجب إن يكون هو القانون الأصلح للطفل، وأن تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق مع طبيعة النزاع على الحضانة، ولا بد من تغليب حق المحضون (الطفل)، وهذا هي سمات معيار مصلحة الطفل كونه معيار تفضيلي، إذ قضت المحكمة الامريكية بشأن نزاع نشأ بين رجل فلسطيني وأمرأة أمريكية، سبق وأن تزوجا في فلسطين ثم أنتقل الزوجين للإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد أنجبا طفل لكن الحياة الزوجية لم تستمر لوجود خلافات بين الزوجين، مما أدت إلى انفصال الزوجين وعودة الزوج الى فلسطين، وحصل على حكم من المحكمة الشرعية في غزة في سنة ١٩٩١ يقضي بحقه بحضانة الصغير، وفي نفس الوقت لجأت الزوجة لمحكمة نيوجيرسي الامريكية مطالبة بحضانة الصغير، إذ صدرت حكمها على أساس تحقيق أفضل حماية لمصلحة الطفل، كما أنها رفضت تنفيذ الحكم الصادر من محكمة غزة، كونه يستند إلى السن الذي اعتبرته أساس تلقائي أو تحكمي، الذي يختلف عن قانون ولاية نيوجيرسي الذي يؤسس الحضانة على أساس المصلحة الفضلى للطفل، وانتهت المحكمة إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام في الولاية، وقد قضت قواعد تنازع القوانين الامريكية لسنة ١٩٧١ بصيغتها الثالثة المعدلة، إلى أنه يسري على الحضانة القانون الأصلح للطفل[٣].

المبحث الثاني: آليات القاضي في التكامل

لا بد من القول أن فهم القاضي لقواعد القانون الدولي الخاص ومن ثم تطبيقها أمر مهم جداً، إذ تقف هذه القواعد بما تنطوي عليه من غموض في بعض الاحيان ونقص في

---

[١]- د. احمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، دار اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨، ص٣٨٤.

[٢]- د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص٥٩١.

[٣]- نقلاً عن د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، ٢٠٠٧، ص٤٦٨.

احيان أخرى عاجزة عن ايجاد الحلول بعض الاحيان، الأمر الذي يوجب على القاضي تفسير الغامض منها واستكمال النقص الموجود في البعض الآخر، وهو أمر لا يخلو من ابداع والابتكار.

ومع ذلك فأن التمييز بين علم التشريع وعلم القضاء كثيرا ما لا يتطابق وحقيقة الاشياء فعلى الرغم من أن وصف مهمة القاضي لا تزال توصف بأنها تسوية للمنازعات وفقا للقواعد القانونية، إلا أن دور القاضي تطور ليشمل إلى جانب وظيفة تفسير القواعد القانونية واكمال النقص الموجود فيها كما بينا ذلك سلفا، وفي سبيل القيام بهذا الدور الابداعي الخلاق لا بد من وسائل يستخدمها، وهذه تختلف حسب الدور الذي يقوم به، وبيان ذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول ادوات القاضي في خلق القاعدة القانونية، ونتناول في المطلب الثاني ادوات القاضي في تحقيق المواءمة.

المطلب الأول: أدوات القاضي في خلق القاعدة القانونية

من لوازم خلق القاعدة القانونية لا بد من وجود أدوات ووسائل من خلالها يستطيع القاضي خلق القاعدة القانونية، ابتداءً لابد من وجود وقائع ومنازعات لا تستوعبها النصوص التشريعية، لعدة اسباب منها غموض النص تعارض النصوص قصور النصوص التشريعية أو عدم وجود معالجات لتلك الوقائع، وفي احياناً أخرى يكون النص التشريعي المراد تطبيقه على الواقعة مخالفاً للنظام في دولة القاضي، وإزاء ذلك لا بد أن يبرز دور القاضي في خلق القاعدة القانونية لحل لتلك المنازعات لا سيما أن المنازعات في اطار القانون الدولي الخاص تتسم بالتعقيد والتعددية القانونية.

ومن هذه الأدوات التفسير، والمراد به بهذا الصدد، التفسير الذي يقود القاضي لخلق القاعدة القانونية، لذلك يمكن أن يعرف، بأنه، "توضيح ما غمض من الفاظه وتقويم ما يعتريه من عيوب واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكيفه على نحو ينسجم مع متطلبات المجتمع وروح العصر"[١].

ولا بد من القول أن استخدام التفسير في أطار القانون الدولي ما هو إلا للكشف عن مبادئ قانونية لم يتم صياغتها بشكل صريح من قبل المشرع، ولكن روح التشريع توحي بوجودها، لا سيما في اطار التعددية الكونية للقوانين ما بعد الحداثة، بدأت أحكام القضاء الحديثة تتوسع في تفسيراتها التي تجعلها تخلق القاعدة القانونية عندما يكون النص عاجزاً عن استيعاب المستجدات الحاصلة، ففي عدة قضايا استخدمت المحاكم فكرة " المجتمع " كبديل عن الإسناد إلى " الموقع أو محل الفعل" أو " الجنسية، ومنها على سبيل المثال قضية موقع ياهو عام ٢٠٠٠ ، التي عرضت أمام المحاكم الفرنسية، والتي طالب فيها أحد الاشخاص الفرنسيين بالتعويض عن الأضرار المترتبة على نشر موقع ياهو شعارات نازية على صفحته الخاصة بالمستخدمين في فرنسا، إذ استخدمت المحكمة الفرنسية منهجاً مختلفاً، كي تفرض اختصاصها القضائي والتشريعي من خلال التفسير

---

[١]- أ. متمرس. عبد الباقي البكري و المدرس زهير الشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لدراسة الصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١١٨.

بمعناه الواسع، فبالرغم من الجنسية الأمريكية لموقع ياهو وموطنه أو مقر إدارته الرئيسي يقع في الولايات المتحدة الأمريكية، فضلا عن ذلك أن تحميل البيانات وقع في دولة المقر، إلا أن هذه البيانات لا ترتبط بدولة واحدة فقط، بل ترتبط بجميع دول العالم، مما يجعل هناك تعدد في أماكن حدوث الفعل الضار أو الواقعة المنشئة للالتزام، كضابط للإسناد في القانون الفرنسي، إلا أن المحكمة استخدمت فكرة " المجتمع " أو الارتباط بالمجتمع الفرنسي"، لتعتبر أن الفعل الضار وقع في فرنسا فكأنها بذلك استبدلت فكرة " دولة مقر حدوث الفعل الضار" بفكرة " المجتمع الذي حدث فيه الفعل الضار"، أي استبدلت الدولة بالمجتمع، كي تصل بذلك إلى فرض اختصاصها التشريعي والقضائي بالنزاع، وعلى الرغم من أن المحكمة استخدمت فكرة " المجتمع كي تصل إلى تطبيق قانون دولة وليس قانون مجتمع (القانون الفرنسي)، إلا أن استخدامها لفكرة توطين العلاقة في المجتمع بدلاً من الدولة، هو مؤشر هام جداً على مستقبل تفسير قاعدة الإسناد في إطار تراجع العلاقات المتمركزة داخل الدولة لصالح العلاقات غير الإقليمية[١].

ويمكن للقاضي خلق القاعدة القانونية عن طريق الاجتهاد، والمقصود به بأنه، (هو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم)[٢].

ومن قبيل الاجتهاد القضائي معيار الحل الوظيفي، والذي كرسه القضاء في عدة مناسبات استناداً لمبدأ العدالة والانصاف، أوجده لأول مرة القضاء الفرنسي عام ١٩٨٧، وقد تبنته المحاكم الألمانية، وأولتها اهتماماً كبيراً، بالرغم أن من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل في المادة (١/٥) يوجب سريان القانون الألماني في الحالات التي تثبت فيها للشخص جنسيات متعددة من بينها الجنسية الألمانية، إلا أن محكمة استئناف (Hamm) الألمانية ذهبت إلى تطبيق القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الشخص، واستبعاد القانون الألماني رغم أن الشخص يحمل الجنسية الألمانية، على أثر قضية تتلخص وقائعها بشأن نزاع يتعلق بحضانة طفل يحمل الجنسيتين الألمانية والأمريكية من أبوين أمريكي وألمانية، وكانت العائلة قبل الانفصال تقيم في ولاية "نيوجرسي" الأمريكية، صدر حكم من محكمة "نيوجرسي العليا" "يقضي بمنح الحضانة للأب"، وعلى الرغم من ذلك فقد دأبت الأم على أصطحاب الصغير إلى ألمانيا لأكثر من مرة، وعلى أثر ذلك تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالباً الإعتراف وتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الأمريكية العليا في نيوجرسي والقاضي بحضانتهِ للصغير، فأجابت المحكمة الألمانية طلب الأب وأصدرت قرارها بالاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه في المانيا، بالرغم من أن القانون الألماني هو صاحب الأختصاص كون الصغير يحمل الجنسية الألمانية[٣]، إلا أنها أعتبرت الصغير يرتبط بالجنسية الأمريكية

---

[1] - Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, op.cit, p1823.

[٢]- د. مصطفى أبراهيم الزلمي، اصول الفقه بثوبه الجديد، ج٢، الطبعة العاشرة، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٧٣.

[٣]- نصت (١/٥) من القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ المعدل على أنه، "إذا كان تعيين القانون الواجب التطبيق وفقًا لأحكام هذا التشريع يقوم على الجنسية وجب تطبيقه، بالنسبة للأشخاص الذين لهم جنسيات متعددة ولهم في الوقت ذاته الجنسية الألمانية"،

اكثر مما يرتبط بالجنسية الألمانية، فولادة الصغير تمت في ولاية (نيوجرسي) الأمريكية وإقام مع عائلته في تلك الولاية لحين انفصال ابويه وحصول النزاع بشأن الحضانة، وبالتالي يكون القانون الأمريكي والقضاء الأمريكي، الأكثر ملائمة من القانون والقضاء الألماني[١].

وعلى ذلك ندعو القضاء العراقي إلى تبني فكرة الحل الوظيفي فيما يتعلق بالتنازع الإيجابي للجنسيات، لا سيما أن المادة (١/٣٣)، اعطت القاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي يخضع له الأشخاص الذي تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، بما أن المشرع لم يصرح باعتماد الجنسية الفعلية كما فعلت بعض قوانين الدول، فهذا أضفى على النص بعض المرونة التي من خلالها يستطيع أعمال منهج الحل الوظيفي في تحديد القانون الذي يسري في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، على أن فكرة الحل الوظيفي يمكن إعمالها سواءً كان مزدوج الجنسية حضر أمام قضاء دولة لها علاقة بالنزاع أم لم يكن لها علاقة، إذ أن المحكمة تطبق القانون الذي يحقق مصلحة الشخص المتنازع في جنسيته، والتي من خلالها يتحقق الهدف والغاية والوظيفة من قواعد التنازع، كما نقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣)، وتعديل نص الفقرة الأولى بالصيغة الأتية، **((تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية))**، وإلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦[٢] أو يعدل النص بالصيغة الأتية، **(تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الواردة بهذا القانون)**، لتلافي التعارض بين نص المادة(٣٣) من القانون المدني العراقي والنص الوارد في المادة (٢/١٠) من قانون الجنسية العراقي أعلاه.

كذلك يبدو دور القضاء في الإحالة التي أنشئها القضاء الألماني والأنكليزي في منتصف القرن التاسع عشر وظهرت بشكل واضح على يد القضاء الفرنسي في قضية فوركو عام ١٨٧٨، فوركو ولد طبيعي من أصل بافاري ويتمتع بالجنسية البافارية، أنتقلت به أمه وهو في الخامسة من عمره إلى فرنسا، فأقام بها حتى وافته المنية وهو في الثامنة والستين، ولم يحصل على وثيقة التوطن في فرنسا، ولهذا فأن القانون الفرنسي في ذلك الوقت، لم يعد الشخص الأجنبي متوطناً في فرنسا إذا لم يحصل على هذه الشهادة من السلطة المختصة، وفقا للمادة (١٣) من القانون الفرنسي بالرغم من طول المدة التي يقضيها، وتبعا للقانون الفرنسي، فان الدولة وارث بالنسبة إلى الولد الطبيعي، في حين أن قانون بافاريا يعطي حق الإرث للقربى من جهة الحواشي، وتبعا لقواعد الإسناد الفرنسية، فأن قانون بافاريا هو الواجب التطبيق بكونه قانون الجنسية الذي يحكم كل

---

[1]- Court of appeal decision W 413/16-15, in 26.09.2017, Available on the link, https://openjur.de, date of visit 8/2/2024, 11:42 pm.

[٢]- نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي ينص على أنه، (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)،

مسائل الوصية، وبموجب قواعد الإسناد في قانون بافاريا، فأن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون موطن المتوفي، وبوصفه قانون وجود الأموال التي هي موضع الإرث أيضاً، وان تحديد الموطن للمتوفي يجب أن يكون على وفق قانون بافاريا أيضاً، وبموجب هذا القانون يعد الموطن هو المكان الذي يقيم أو يعيش فيه الشخص بصورة معتادة، لقد طبقت محكمة الدرجة الأولى (وايدتها محكمة الاستئناف) قواعد الإسناد الفرنسية ورجعت إلى قانون بافاريا (القواعد الموضوعية) أي قانون الميراث، وقررت حق الورثة الحواشي لأم بالإرث، ولكن محكمة النقض قضت بإلغاء هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفي وهو هنا القانون الفرنسي، وإذاً فقد طبقت هذه المحكمة قاعدة الإسناد في القانون البافاري ولم تتجه مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، هذا يعني ان المحكمة أخذت بفكرة الإحالة وأن كانت لم تنص عليه في حكمها[١].

وقد تلقف المشرعون معيار الحل الوظيفي، أذ نص القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ المعدل في المادة (٢٣) منه على أنه، "١-إذا كان الشخص يحمل جنسية أجنبية واحدة أو أكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية، فسيتم تحديد الاختصاص القضائي على أساس الجنسية بالرجوع إلى الجنسية السويسرية فقط، ٢-إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فيجب الاعتداد بالجنسية الفعلية أو الواقعية، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية أم بين الجنسية السويسرية وجنسيات أجنبية أخرى، ٣-إذا كان الاعتراف بقرار أجنبي في سويسرا يعتمد على جنسية الشخص، فيكفي أن تؤخذ في الاعتبار إحدى جنسيات هذا الشخص"[٢].

كما تبنى القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ المعدل نظرية الإحالة، إذ نصت المادة (١/٤) على أنه، "إذا تمت الإحالة إلى قانون دولة أخرى، فإن القانون الدولي الخاص لذلك البلد سيتم تطبيقه أيضاً، طالما لا يتعارض مع معنى الإحالة، وإذا كان قانون دولة أخرى يشير إلى القانون الألماني، تطبق الأحكام الموضوعية الألمانية"[٣].

المطلب الثاني: ادوات القاضي في تحقيق المواءمة

ليقوم القاضي بدورة التكميلي لابد من ادوات يستعملها القاضي لغرض تلطيف النصوص أو تطويعها، فهو يقوم بعملية ابداعية ابتكارية، ومن هذه الأدوات التفسير الإبداعي للنص، ويختلف هذا التفسير الإبداعي عن التفسير الذي تناولناه في المطلب

---

[١]- أشار الى ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٣٤، د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، الجزء الثاني، د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الثالثة، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٦٨-٦٩.

[٢]- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ المعدل في سنة ٢٠٢٣، متوفر على الموقع الألكتروني https://www.fedlex.admin تاريخ الزيارة 16-2-2024، الساعة ٩:٥٠ مساءً.

[٣]- القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ المعدل في ٢٠١٨، متوفر على الموقع الالكتروني www.gesetze-im-intrnent.de.english تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١، الساعة ٩,٣٣ مساءً

الاول، الذي كان الغرض منه انشاء أو خلق القاعدة بهدف سد الفراغ التشريعي أو تلافي عيوب التشريع، التفسير الذي نحن بصدده هو "عملية عقلية اجتهادية يقوم بها القاضي قبالة النص من خلال اللجوء إلى مجموعة من الافكار القانونية التي تنص عليها أو تتبناها النظم القانونية الاجنبية من اجل أيجاد تفسير لها داخل النظام القانوني الوطني، وكما يمكن للقاضي من خلال التفسير الابداعي أن يقوم بعملية تلطيف الأفكار غير معروفة في قانونه الوطني ولها مساحة للتطبيق في قانونه"[١].

ومن أهم النظريات التي اوجدها التي جاء بها القضاء عن طريق التفسير الإبداعي، نظرية الحل المحكمة غير الملائمة، والتي تتمحور حول جواز أن تتخلي المحاكم المختصة عن اختصاصها القضائي على سبيل الأستثناء في حال ما إذا كان هناك محكمة أجنبية أخرى توفر وضع افضل للفصل في النزاع، لتحقيق مصلحة الخصوم وحسن سير العدالة، وقد تبنى القضاء الأمريكي عام ١٩٢٩ نظرية المحكمة غير الملائمة، إذ اقرت المحكمة العليا الأمريكية بعدم وجود تعارض بين السلطة التقديرية للمحاكم في إحالة القضايا لمحاكم الاجنبية مع الدستور الأمريكي، وكان هذا القرار في وقائع قضية تتلخص، في قيام شخص مقيم بولاية كونيتيكت، وهي ولاية تقع في شمال شرق الولايات المتحدة الأمريكية، بإقامة دعوى أمام محاكم ولاية نيويورك ضد شركة أسست في الولاية نفسها يعمل بها مطالباً بالتعويض عن إصابة عمل استناداً إلى أن الشركة المدعى عليها تمارس نشاطها بولاية نيويورك، ورفضت كل من محكمة نيويورك الابتدائية نظر الدعوي على أساس أن محاكم ولاية كونيتيكت هي الأكثر اتصالاً بالنزاع، وهو الأمر الذي اعتبره المدعي مخالفاً لنص المادة (٤-٢) من الدستور الأمريكي الذي يكفل لمواطني كل ولاية حق التقاضي في مختلف الولايات، أما المحكمة العليا، فقد أكدت تطبيقا لقانون لمرافعات ولاية نيويورك والذي يمنح المحاكم الحق في نظر الدعاوي ضد الشركات التي أسست والتي يوجد محلها في ولايات أخري بشرط إثبات أن لديها نشاطاً فعلياً داخل الولاية، وهو الأمر الذي لم يتوافر في الدعوي الماثلة، وبالتالي لم تجد المحكمة العليا أن هناك أي تمييز قد وقع بين مواطني الولايات في هذه الدعوى الماثلة، وبالتالي رفضت الحجة بوجود مخالفة لنص المادة (٤-٢) من الدستور الأمريكي، وحيال هذا الوضع وجد القضاء الأمريكي نفسه مضطرا إلى اعمال معيار المحكمة غير الملاءمة إذا كانت المحكمة الأكثر ملاءمة هي محكمة أجنبيه، طالما أن النزاع لا يرتبط بروابط فعلية بالولايات المتحدة الأمريكية وأن محكمة الموضوع لم تتعسف عند رفض طلب نظر الدعوى، وذلك حتى تتمكن المحاكم من الحد من ظاهرة التعسف الإجرائي والغش نحو الاختصاص، وحتى لا يثقل كاهل القضاء بنظر مثل هذا النوع من القضايا[٢].

وفي عام ١٩٤٨ تبنى المشرع الامريكي بموجب قانون التقاضي لسنة ١٩٤٨ المعدل، نظرية المحكمة غير الملائمة، إذ نصت المادة (٧٢٢) على أنه، "يجوز لمحكمة

---

[١]- د. خيري الدين كاظم، المصدر نفسه، ص٢٤٧.

[٢]- د. ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة واثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٧١)، لسنة ٢٠٢٠، ص١٠٥٤.

تتمتع بالسلطة القضائية بموجب هذا القانون أن ترفض ممارسة اختصاصها في أي وقت إذا قررت أنها محكمة غير ملائمة في ظل الظروف وأن محكمة أخرى هي المحكمة أكثر ملاءمة، يجوز إثارة مسألة المحكمة غير الملائمة بناء على طلب أحد الأطراف، أو طلب المحكمة نفسها، أو طلب محكمة أخرى"[١].

ولا بد من القول أن نظرية المحكمة غير الملائمة في القضاء الأمريكي تعتبر نظرية عامة في التخلي عن الاختصاص، أذ تطبق على حالات تنازع الاختصاص القضائي الدولي بين المحاكم الأمريكية والأجنبية، وكذلك حالات تنازع الاختصاص القضائي الداخلي فيما بين الولايات، بل امتدت ايضاً لمجال التحكيم وحالات التنازع بين هيئات التحكيم والمحاكم الوطنية، فوفقاً لهذه النظرية يتوقف الاختصاص الدولي للمحاكم الأمريكية على مجرد وجود محكمة أجنبية أكثر ملاءمة للفصل في النزاع[٢].

ويمكن للقاضي أن يلجأ للقياس في سبيل التلطيف أو التطويع، يُقصد بالقياس "قيام القاضي بتوسيع نطاق النصوص القانونية الموجودة فعلاً لتشمل فرضيات مشابهة لتلك المنصوص عليها صراحة"، على أن مجرد التشابه بين الفرضيات ليس كافياً للقول بلجوء القاضي إلى القياس ما لم ينعدم النص القانوني بشأن الفرضيات غير المنصوص عليها من جهة، وكانت العلة متشابهة في جميع الفرضيات المنصوص عليها وغير المنصوص عليها من جهة اخرى[٣].

الخاتمة

توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من النتائج تتبعها جملة من المقترحات:

أولاً/ النتائج

١- التشريع لا يمكن أن وتتنبأ بمتغيرات المجتمع المتجددة لذلك يأتي غير معبرة عن الظروف والمعطيات الحالية للمجتمعات، وأن القضاء في العراق لا يزال يعتبر من المصادر غير الرسمية للقانون ولا يجوز اللجوء إلى السوابق القضائية إلا بعد عجز كل المصادر السابقة عليه في إيجاد حل يصلح للنزاع المعروض على القاضي .

٢- أن قواعد القانون الدولي الخاص قد تكون متضمنة لنوع من القصور أو الإبهام أو الغموض أو التناقض وبالتالي قد تخل تلك القوانين بمبدأ المساواة ومبدأ العمومية في التطبيق.

٣- أنه ليس بالضرورة أن نحصر دور القضاء في التطبيق الصارم للقوانين بل من الممكن أن يكون للقضاء دور في تطوير من خلال خلق القاعدة القانونية وتطويعها وتلطيفها.

٤- أن الاجتهاد القضائي في موضوعات القانون الدولي الخاص أمر لا غنى عنه.

---

[1] **-American Litigation Act of 1948 as amended, available on the website, https://www.mifamlaw.com date of visit, 22/2/2024, 2:27 pm.**

[2] **- Allan ston, Redundancy of court- access doctrine, University of pennsylvania review, vol. 133:781, 1985, p875.**

[٣] **- د. حيدر فليح حسن، أدوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان " استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " ، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص٢٥٥.**

ثانياً / التوصيات

١- ندعو القضاء العراقي إلى تبني فكرة الحل الوظيفي فيما يتعلق بالتنازع الإيجابي للجنسيات، لا سيما أن المادة (١/٣٣)، منحت المحكمة سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي يخضع له الأشخاص الذي تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

٢- نقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣)، وتعديل نص الفقرة الأولى بالصيغة الأتية، **(تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)،**

٣- إلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي ينص على أنه، (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)، أو يعدل النص بالصيغة الأتية، **(تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الواردة بهذا القانون)**، لتلافي التعارض بين نص المادة(٣٣) من القانون المدني العراقي والنص الوارد في المادة (٢/١٠) من قانون الجنسية العراقي أعلاه.

المصادر

أولاً / المصادر العربية

أ-المؤلفات

١- أبن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث عشر، دار صادر، بيروت، بلا سنة نشر.

٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣- د. احمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، دار اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨.

٤- د. حسام اسامة شعبان، التنازع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحداثة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٥.

٥- د. عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي المدني في وضع القواعد القانونية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون سنة النشر.

٦- أ. متمرس. عبد الباقي البكري و المدرس زهير الشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لدراسة الصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر.

٧- - د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

٨- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الثالثة، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٩.

٩- د. مصطفى أبراهيم الزلمي، اصول الفقه بثوبه الجديد، ج٢، الطبعة العاشرة، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٧.

ب- الدوريات

١- د. حيدر فليح حسن، أدوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان " استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " ، كلية القانون، جامعة بغداد،٢٠١٦.

٢- د. خير الدين كاظم، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، المجلد الاول، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٩.

٣- د. عزت محمد علي البحري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، ٢٠٠٧.
٤- د. ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة واثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٧١)، لسنة ٢٠٢٠.

ج- القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢- القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ المعدل في ٢٠١٨.
٣- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ المعدل في سنة ٢٠٢٣.
٤- قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦

ثانياً / المصادر الاجنبية

1- Allan ston, Redundancy of court- access doctrine, University of pennsylvania review, vol. 133:781, 1985.
2- Eugene Volokh, Foreign Law in American Courts, Oklahoma Law Review, vol 66, Nu 2, 2014.
3- Eesa Allie Fredericks, Contractual Capacity in Private International Law: The Lizard Rule in the Far East, the comparative and international law journal of southern Africa, Vol. 3, Issue 2, 2022.
4- Jorge L. Contreras S.J, Private Law, Conflict of Laws, and a Lex Mercatoria of Standards-Development Organizations, tilburg private law working paper series, his Article is brought to you for free and open access by the Utah Law Scholarship at Utah Law Digital Commons, No. 04/2019.
5- Philippe Lortie, Rueda & Asociados, Commentaries on private international law, the pilg newsletter, Vol. 6, Issue 1, 2023.
6- Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Diversity and Integration in Private International Law, Edinburgh University Press Ltd The Tun – Holyrood Road, British, 2019.