سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص

خير الدين كاظم الأمين
جامعة بابل /كلية القانون

المقدمة

إذا ما عرضت الدعوى على القاضي عرضا صحيحاً واستقامت أمامه، تعيّن على قاضي هذه الدعوى أن يفصل فيها بحكم قانوني يستوعب النزاع المعروض أمامه، وهذه تمثل في نفس الوقت وظيفة القاضي التي لا يستطيع أن يتحلل منها بحجة عدم وجود النص.

وإذا ما كان ذلك، فانه مما لا شك فيه يعتبر من المسلمات في فن القضاء، إن القاضي ملزم بالحكم عندما يلجا إليه الخصوم، ولكن كيف يستوعب القاضي الدعوى المعروضة أمامه، والأهم من كل هذا كيف يصل القاضي إلى هذا الحل المفروض في القاعدة القانونية والوصول إلى النص السليم المنطبق على تفاصيل وكليات النزاع.

وهذا يمثل غاية النظام القضائي، حيث إن العدالة (غاية) القاضي، يجدها القاضي في القانون ويجدها المتقاضي في القاضي ، الذي هو تجسيد للقانون كما قال أرسطوا وهكذا فجميع الأطراف المشتركة في النزاع تتصارع من اجل ((العدل)) ولكل منهاج ومنطق في مفهوم العدل، ولكن مفهوم قاضي النزاع للعدل هو الذي يفرض على الخصوم ويجب أن يقيدهم ويتقيدوا به .

إن هذه العملية، ليست بالسهلة أو اليسيرة، كما تبدو لأول وهلة من القاضي الذي يحكم بالنزاع خصوصاً إذا ما واجه القاضي نصوصاً قانونية مرنة غير جامدة، وهنا سوف يسعى القاضي للوصول إلى حل في النزاع، ذلك إن هذا الأخير صراع بين الخصوم متحرك بعناصره غير ثابت، فهو كمعركة يتسع ميدانها ليشمل طلبات جديدة ووسائل دفاع وهجوم، واتساع وانكماش بما مفاده تعقيد للدعوى، مما يجعل من مهمة القاضي أكثر صعوبة في الوصول إلى حكم في النزاع هذه الحركية التي تصاحب تطبيق النص القانوني من قبل القاضي تسمى ((بالسلطة التقديرية))

وقد أصبحت ركناً ركيناً في العمل القضائي بصفة عامة وبالتالي فقد اكتسى هذا الموضوع أهمية قصوى في نشاط القاضي، خصوصاً عندما يستخدم المشرّع عبارات مطلقة، ويترك المجال واسعاً أمام القاضي بمناسبة تطبيقه للنص القانوني على الواقعة المعروضة أمامه.

فالسلطة التقديرية، أضحت ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية، للدعوى والقاضي، يلجا إليها هذا الأخير بموجب تصريح من قبل المشرّع للاهتداء إلى حكم قانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه .

ووفقاً لذلك تعيّن على القاضي أن يراعي الضوابط والقواعد المنظّمة لهذه السلطة، ومن هنا سوف نضع تساؤل مفاده ما المقصود بهذه السلطة في إطار القانون الدولي الخاص ، وما هو مضمونها ، وما هو الأساس الذي تبنى عليه، وكيف يراقب القضاء آلية استخدام هذه السلطة .

وهذه التساؤلات منطقية ومنهجية، فطالما إن المشرّع أطلق عبارات النص ولم يقيد القاضي بقيود معينة تحد من هذه السلطة، فمعرفة ماهية السلطة التقديرية معرفة لازمة وواجبة، وذلك حتى نتمكن من معرفة استخدام هذه السلطة .

وهذه التساؤلات هي جوهر هذا البحث، فبرغم الضرورة القانونية والعملية التي نحن بأمس الحاجة إليها لحل النزاع على أسس صحيحة، وبرغم إن ذلك يمثل منهجاً تشريعياً وقانونياً يسير عليه القضاء، فالإجابة ليست سهلة ويسيرة.

والواقع إن سبب اختيارنا لهذا الموضوع يجد أساسه في عدة اعتبارات، منها ما يتعلق بخلو الدراسات القانونية في مجال القانون الدولي الخاص من دراسة متخصصة بهذا المجال، وكذلك أهمية السلطة التقديرية بالنسبة للقاضي والتي تعتبر عنصراً مهماً في عمله.

إزاء ذلك فإننا نعترف بصعوبة البحث بادئ ذي بدء، ومرد هذه الصعوبة ناتج من عدم وجود المصادر التي تحلل هذا الموضوع في إطار القانون الدولي الخاص.

ولكي نصل إلى منهج سليم في معالجة الموضوع، فقد اتبعنا منهجاً بحثياً، يتلاءم مع الغرض من كتابة هذا البحث، وبسبب من سعة موضوعات القانون الدولي الخاص، فقد قصرنا البحث على ما يتعلق فقط بموضوعات تنازع القوانين، وعليه فان الخطة ابتدأت بمقدمة بينا فيها أهمية الموضوع بسبب اختيارنا له، ثم تفرعت المعالجة إلى مبحثين، تناولنا في الأول منهما التعريف بسلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، ثم خصصنا المبحث الثاني لمفهوم الرقابة القضائية على أعمال القاضي لسلطته التقديرية، وإذا ما انتهينا من ذلك كله أجملنا أهم مستخلصات البحث بخاتمة .

المبحث الأول

التعريف بسلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص

إن السلطة التقديرية، باعتبارها عمل قانوني يقوم بها القاضي، من اجل إيجاد حل القضية المعروضة أمامه، تمثل أهمية قصوى في العمل القضائي، إذ أن القاضي وهو يعلم القانون يعرض عليه النزاع، من قبل الخصوم من اجل تطبيق حكم القانون.

ومسالة تطبيق القانون على النزاع ليست مسالة بسيطة، بالإضافة إلى ذلك هي ليست عملية(ميكانيكية)، خصوصاً إذا ما كنا أمام قاعدة قانونية لا تعطينا حلاً معيناً للعلاقة القانونية، وإنما تزود القاضي بمبدأ عام على أن تترك المجال مفتوحاً أمام القاضي لاستنباط الحل من هذا المبدأ الكلي، وبالتالي فإنها ستضع القاضي أمام صعوبة كيفية استنباط الحل،وعليه فان الأمر سوف يزداد صعوبة خاصة ونحن نتكلم في إطار العلاقات القانونية التي يشوبها عنصر أجنبي، وما تتميز به هذه العلاقات من تشابك وتعقيد.

وبالعودة إلى بعض نصوص القانون المدني، واعني بذلك النصوص التي عالجت مواضيع تنازع القوانين[1]. أما المشرّع المصري فقد نظم هذه المسائل في المواد(10– 28) مجموعة القوانين المصرية – القانون المدني – دار الفكر العربي.

أما المشرّع الجزائري فقد تناول هذه الموضوعات في المواد(9– 24) من القانون المدني.

وبعد الوقوف والتدقيق أمام هذه النصوص، نستطيع أن نصل إلى حقيقة مؤداها، إن المشرّع لم يضفي على صياغة هذه النصوص، صيغة الجمود، بل على العكس ، اتسمت هذه الصياغة بالمرونة مما ترتب على ذلك، إن القاضي بات يملك سلطة تقديرية واسعة في استنباط المعالجات القانونية للقضايا المعروضة، وفي ضوء ذلك فإننا سوف نتولى بيان تعريف السلطة التقديرية في مطلب أول وفي مطلب ثانٍ، نوضح كيفية إثبات هذه السلطة، على إننا سوف نفرد المطلب الثالث لتبيان أساس السلطة التقديرية.

المطلب الأول

مفهوم السلطة التقديرية

الفرع الأول

تعريف السلطة التقديرية

إن مفهوم السلطة التقديرية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية، سواء أكان ذلك على صعيد القانون العام أو الخاص، لذلك كان لزاماً علينا بداية أن نقوم بتحديد مدلول هذه السلطة وبيان ما المقصود بها، ومما يحفزنا إلى ذلك، عدم تبني القانون المدني العراقي، وكذلك القوانين الصادرة في ضوئه، إلى تعريف محدد للسلطة التقديرية، وهذا منهج التشريعات بشكل عام والتي تناءى عن إيراد تعريفات محددة في متون القوانين وتترك ذلك إلى الفقه.

رغم إن هذه السلطة هي جوهر القانون الدولي، وقد لاحظنا فيما سبق إلى إن اغلب النصوص القانونية التي وضعت حلولاً لمشاكل تنازع القوانين، تستخدم مصطلحات تشير إلى وجود هذه السلطة، من مثل (يجوز)

---

[1] انظر المواد من(17 – 33) وقد نظمت هذه النصوص مسالة تنازع الاختصاص التشريعي (تنازع القوانين).

أو (للقاضي) أو (على حسب الأحوال) والى غير ذلك.ومضمون هذه السلطة واحد، سواء على صعيد القانون العام أو الخاص[1].

ذلك أن هذه القوانين بنوعيها الموضوعي والإجرائي تتضمن إشارات إلى معنى هذه السلطة، وعندما يّجوز المشرع للقاضي بممارسة هذه السلطة فانه لا يباشر سلطة تحكمية تجعله يخلق قاعدة قانونية، وإنما يقوم بعمل ذهني أو عقلي من خلاله يتوصل إلى حل للقضية المعروضة أمامه في ضوء الضوابط والقواعد الأصولية التي وضعها المشرع من اجل ممارسة هذه السلطة، ذلك أن السلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانونية، ومبدأ سيادة القانون، فحيث لا تكون الدولة قانونية وحيث لا يكون للقانون من سيادة فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، وذلك لان سلطتها في هذه الحالة سوف تكون سلطة تحكمية لا تقديرية[2].

وفي ضوء ذلك ذهب جانب من الفقه[3]، في تعريف السلطة التقديرية: إلى إنها النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر إنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه أو هي مكنه وحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون[4].

وفي الفقه الإداري، يعرفها البعض على إنها تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها[5].

ويلاحظ على ما سبق ذكره من تعار يف، إنها تضمنت عنصرين أولهما العنصر الشخصي، آلا وهو القاضي، أما العنصر الثاني فهو العنصر الموضوعي (القانون)، وهذه بمجموعها تساعد القاضي في أن يستخدم هذه السلطة استخداماً صحيحاً تتفق مع الغرض الذي من اجله منح المشرع هذه السلطة للقاضي وصولاً إلى العدالة المنشودة[6].

إلا انه يلاحظ إذا ما أردنا أن نقدم تعريفاً دقيقاً لهذه السلطة، فانه ينبغي أن يتضمن هذا التعريف ثلاثة عناصر آلا وهي العنصر الشخصي: وهو النشاط الذي يضطلع به القاضي، والعنصر الآخر هو الواقع المتحرك، أما العنصر الثالث فهو القانون: الذي يروم القاضي تطبيقه على الواقع المتحرك.

---

[1] انظر على صعيد القانون الجنائي. د. فاضل زيدان محمد – سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة – رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد – 1987.

وعلى صعيد القانون الخاص – انظر د. إسماعيل نبيل عمر – سلطة القاضي التقديرية – منشاة المعارف بالإسكندرية – ط1 – 1984 .

[2] د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص16.

[3] د.نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص16.

[4] ويعرفها البعض على إنها مجموعة النصوص التي يتضمنها القانون الموضوعي والإجرائي من النصوص تخول القاضي صراحة حرية التقدير أو الاختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه، راجع في ذلك د. محمد محمود إبراهيم – سلطة القاضي في تكيف الدعوى – منشاة المعارف – الإسكندرية – ص135.

[5] د. عصام عبد الوهاب البر زنجي – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – رسالته في الدكتوراه – جامعة عين شمس – 1971 – ص130.

[6] د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص130.

وعليه فالسلطة التقديرية هي إمكانية ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من اجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني.

من كل ذلك نستطيع أن نضع خصائص لهذه السلطة تتمثل بما يأتي:-

1- إنها سلطة قانونية، أي تستمد أساسها من نص في القانون، حيث إن السلطة التقديرية، ما هي إلا إمكانية يمنحها المشرع للقاضي من اجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية، والتي لا يمكن للمشرع أن يلم بها، وبالتالي فان المشرع يمنح القاضي دوراً ايجابياً في مواجهة هذه المتغيرات.

2- تتميز هذه السلطة بأنها ذات مضمون واحد، سواء وجدت في القانون العام أو الخاص، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف فيما بينهم.

3- يمتاز عنصر القانون الذي يدخل في تركيبة هذه السلطة بالثبات، أما عنصر الواقع فانه يمتاز بالحركية، وبالتالي فان المنطقة القانونية التي تعمل فيها هذه السلطة تجد مجالها في الواقع والقانون، ذلك إن الدعوى ما هي إلا وقائع يطلب الخصوم من القاضي بإسناد القانون لها، للحصول على حماية قانونية.

4- امتداد مساحة السلطة التقديرية، لتشمل القوانين الموضوعية والإجرائية على حد سواء.

5- السلطة التقديرية عمل قانوني وقضائي، فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقه على الواقع المعروض أمامه.

6- ممارسة هذه السلطة تتميز بالإلزام ، فما دمنا قد سلمنا إن المشرع ينص على هذه السلطة، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحلل القاضي في استخدام هذه السلطة بحجة مثلاً عدم وجود النص أو غموضه، وعلى ما سوف نرى لاحقاً.

7- أنها سلطة استثنائية، خلاقه للحلول القانونية.

الفرع الثاني

تمييز السلطة التقديرية عن سلطة التكييف

إذا ما انتهى القاضي من مرحلة تقدير الوقائع، وتوصل إلى النص القانوني الذي ينطبق على هذا الواقع، فانه سوف ينتقل إلى مرحلة أخرى، وهي إضفاء الوصف القانوني المناسب لها، أو بمعنى آخر فانه ينتقل من نطاق هذا الواقع الملموس إلى نطاق القانون المجرد وهذا ما يطلق عليه بالتكييف القانوني[1].

و يجدر بنا هنا أن نقوم بالتمييز ما بين سلطة التقدير وسلطة التكييف التي يملكها القاضي، ذلك أن المناطق القانونية التي يعمل فيها كل منهما متشابكة ومتداخلة، وبالتالي فقد كان لزاماً علينا أن نفك هذا التداخل الحاصل فيما بينهما.

ولأجل ذلك نقول إن التكييف معناه تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع بشأنها وردها إلى نظام قانوني معين[2]. فقد تشير قواعد الإسناد إلى القانون الذي يحكم المسالة المتنازع بشأنها، فهي تقضي مثلاً بان شكل التصرف يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه، وان الأهلية تخضع لقانون الجنسية وقضايا الميراث يسري عليها قانون الموروث وقت موته، فإذا ما أردنا تطبيق هذه القواعد في تحديد وتعيين القانون المختص في حكم

---

[1] د. أمين مصطفى محمد – التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض – دار النهضة العربية – 2002 – ص43.

[2] راجع في ذلك: د. حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – مطبعة الإرشاد – 1967 – ص67 وما بعدها.
د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – الدار الجامعية – بيروت – بلا سنة طبع – ص82.

العلاقة القانونية موضوع النزاع، يلزم قبل كل شيء أن نعرف ما إذا كانت العلاقة المختلف بشأنها هي من مسائل الأهلية فنعطي فيها الاختصاص إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أم هي من مسائل شكل التصرف فنخصصها لقانون البلد الذي تمت فيه.

أما السلطة التقديرية، فقد قلنا إنها الإمكانية الذهنية والعقلية الممنوحة للقاضي من قبل المشرع، لمواكبة الواقع المتحرك، للوصول إلى حكم فاصل في الدعوى المعروضة أمامه.

في ضوء ذلك نستطيع أن نصل إلى حقيقة الفارق فيما بين التكييف والتقدير، ذلك إن الأول يعني إعطاء الوصف القانوني السليم للوقائع الثابتة في الدعوى ، وهو بهذه المثابة عملية قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (التمييز)، في حين التقدير عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله ومنطقه، وتخضع لترجيحه وملاءمته، وهذه العملية متعلق بالواقع، وبالتالي فان هذا الاستخلاص للواقع لا يخضع لرقابة القضاء، وان كان هناك خلاف فقهي حول هذا الموضوع[1].

المطلب الثاني

إثبات وجود السلطة التقديرية

نعني بالنطاق تلك المساحة أو الحيز التي تتحرك فيها السلطة التقديرية، ومن خلال استقراءنا للنصوص القانون المدني، التي عالجت مشكلات تنازع القوانين، لاحظنا إن هذه السلطة رافقت هذه الموضوعات، وان اختلفت مساحة هذه السلطة[2].

فعلى سبيل الذكر نستطيع أن نتلمس هذه السلطة في نص المادة (33) من القانون المدني، وهي تعالج المشكلات المتعلقة بتعدد الجنسية وانعدامها، فإذا كانت القاعدة انه ينبغي أن يكون لكل فرد جنسية، وان تكون هذه الجنسية قائمة على رابطة واقعية بينه وبين الدولة التي ينتمي إليها، فانه قد يبدو مخالفاً لحكم هذا الأصل، أن يكون للشخص الواحد أكثر من جنسية واحدة، أو لا تكون له جنسية على الإطلاق، ومن هذا المنظور تبدو المسألة المتعلقة بهاتين الظاهرتين – تعدد الجنسيات وانعدامها[3].

بمعنى آخر، من الممكن أن يثبت للشخص جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، ثبوتاً قانونياً، وفقاً لقانون كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها أو قد يحدث العكس وذلك بان تتخلى جميع الدول عن الشخص وبالتالي يصبح عديم الجنسية، وهنا نضع السؤال التالي هل نستطيع القول إن هناك سلطة تقديرية للقاضي في هذا النص أم لا[4].

---

[1] د.محمد محمود إبراهيم – مصدر سابق – ص128.

[2] وانظر على صعيد القانون الدولي العام – يناقش فقهاء هذا القانون هذه السلطة تحت عنوان ((قضية الفراغ في أحكام القانون الدولي)) ولمزيد من التفاصيل راجع في ذلك د. محمد طلعت الغنيمي – الأحكام العامة في قانون الأمم – ج1 – منشاة المعارف – الإسكندرية – 1970 – ص539.

وعلى صعيد القانون الإداري انظر د. عصام عبد الوهاب البر زنجي – المصدر السابق.

[3] د. عكاشة محمد عبد العال – أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب – الجزء الأول – الدار الجامعية – ص293

[4] تنص المادة (33) 1– تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.2– على إن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية آو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه .

انظر أيضاً د. عز الدين عبد الله– القانون الدولي الخاص المصري – الجزء الأول – مكتبة النهضة المصرية – ط3 –ص 125 .

وللإجابة على هذا التساؤل نقول إن المادة أعلاه ، ابتدأت باستخدام مصطلح (تّعين المحكمة) ويفهم من هذا، إن واضع النص يخاطب القاضي بنص يتمتع بمرونة عالية في استنباط ومعرفة جنسية هذا الشخص ووسيلته في ذلك عقله وذهنه ، يعمله في ضوء الواقع الذي يعيش فيه ذلك الشخص ، ولسنا هنا في معرض استعراض المعايير التي قال بها الفقه وتبناه القضاء، وإنما أمرنا هنا أن نبين جوانب التقدير في ظل هذا النص.

والملاحظة الجديرة بالذكر هنا، إن المادة فرّقت فيما بين حالتين :

الأولى :- هوان يكون هذا الشخص يحمل الجنسية العراقية، في هذه الحالة يطبّق القاضي الوطني القانون العراقي .

الثانية :- حالة ما إذا كان هذا الشخص لا يحمل الجنسية العراقية، وإنما يحمل جنسيات دول أجنبية.

ففي الحالة الأولى : طالما إن هذا الشخص يحمل جنسية عراقية من بين هذه الجنسيات المتعددة، فان القاضي سوف يتقيد بهذا المعيار مما ينجم عن ذلك انه لا يملك تقدير إزاء هذا الفرض، وعلى العكس من ذلك ، تبرز سلطة التقدير في الفرض الثاني، عندما يحمل هذه الشخص جنسيات متعددة لا تكون من بينها جنسية دولة قاضي النزاع.

ومن اجل أن يهتدي إلى إحدى هذه الجنسيات، فانه يتحتم عليه أن يلجا إلى إحدى المعايير المعتمدة في هذا المجال، والمعيار المتفق عليه هنا، هو معيار الجنسية الفعلية، أو كما يسميه البعض الجنسية صاحبة الهيمنة [1] .

لذلك سوف تتهيأ في ذهن القاضي المعروض عليه النزاع أسئلة كثيرة، منها ما هي الجنسية الفعلية، وما هي الضوابط التي تحكم هذه الجنسية، وما هي القرائن والدلائل التي تساعدنا في الكشف عن هذه الجنسية.

نقول عندما يبدأ القاضي بالإجابة عن هذه التساؤلات، فانه سوف تظهر بالضرورة سلطة التقدير لكل الوقائع التي استخلصها بواسطة عقله من اجل الوصول إلى معرفة حقيقة الجنسية الفعلية.

ويذهب جانب من الفقه [2] ، إلى القول إن مسألة الكشف عن هذه الجنسية هي مسالة واقع يقوم بها القاضي مستعرضاً مجموعة الشواهد والأدلة التي تكون بمثابة قرائن على ارتباط الشخص بإحدى هذه الجنسيات وتعلقه بها، وللقاضي إن يستعين في الكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية، مثال ذلك موطن الشخص أو محل إقامته مقارناً بعد ذلك بمدد الإقامة التي يقضيها الشخص في هذه الدولة أو تلك، وله أن يستعين بغير ذلك من الملابسات التي يكشف عنها الواقع، بالبحث عن الروابط التي تربط الشخص بكل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها، كأن يكون له في إحدى هذه الدول مصالح تجارية أو توجد بها روابط عائلية، أوان يزاول بها حقوق سياسية أو حقوقه العامة أو إن يلتحق بها بإحدى الوظائف العامة أو أن يؤدي فيها الخدمة العسكرية.

---

[1] د. عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص358.

[2] د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص 677 وما بعدها.

وانظر كذلك – د. عكاشة محمد عبد العال –أحكام الجنسية اللبنانية – مصدر سابق–ص359 وما بعدها.

وانظر كذلك د. عكاشة محمد عبد العال – أحكام الجنسية اللبنانية – مصدر سابق – ص 359.

وانظر أيضاً د. هشام علي صادق – الجنسية والموطن ومركز الأجانب – منشاة المعارف الإسكندرية – ص 191 وما بعدها.

وبعبارة أخرى لا حرج على القاضي، إن هو مزج ما بين الواقعية الموضوعية والواقعية الشخصية للكشف عن الجنسية الفعلية، وهذه العناصر وغيرها قد تفيد في تكوين عقيدة القاضي، وهو يبحث عن هذه الجنسية، وهذه العملية بمجموعها تدخل في إطار سلطة التقدير التي يملكها القاضي ، بموجب نص المادة (33) المنوه عنها سابقاً، على انه تجدر الإشارة هنا إن هذه السلطة ليست سلطة خلاقة أو مبتدعة للمعيار المستخدم، وإنما هي سلطة محصورة في الكشف عن الوقائع التي تنطبق مع المعيار الواجب الأخذ به في هذا المجال وبالتالي فان سلطته لن تتعدى ذلك.

نذهب بعد ذلك إلى المادة (32) من القانون المدني[1]، التي منعت على القاضي الوطني إمكانية تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، إذ ثبت إن أحكامه تتعارض أو تتنافى مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، والهدف من وراء هذا المنع ضمان صيانة واحترام المبادئ الأساسية – السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الوطني في دولة القاضي[2]، وغير خفي، التأكيد في ضوء تعدد الوظائف التي تؤديها فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فانه من الصعوبة بمكان وضع إطار واضح وجامع لهذه الفكرة التي مقتضاها حماية النظام القانوني الوطني، من الشذوذ الصارخ الذي يحتويه القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ففكرة النظام العام في حقيقتها فكرة وظيفية ومن ثم فمن غير المجد محاولة وضعها في إطار نظري جامد [3].

يفهم من ذلك إن فكرة النظام العام هي فكرة تمتاز بالمرونة، وتختلف في الزمان والمكان، وبالتالي فان القضاء له الدور المحرك لتقدير هذا المفهوم، مما يتبع ذلك عدم إمكان وضع معيار عام تتحدد على أساسه الحالات التطبيقية للنظام العام، وان حدث ذلك فهي مسألة غير واقعية، على ضوء طبيعة ذلك المفهوم وخصائصه، فمفهوم النظام العام نسبي يستدل عليه بالقياس من أوضاع قريبة أو مماثلة،فما هو واقعي ومقبول ترك ذلك لتقدير القضاء.

في ضوء ذلك، يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد ما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية تتعارض مع مقتضيات النظام العام في قانونه أم لا ، ويرجع ذلك إلى إن فكرة النظام في ذاتها تعد فكرة غير منضبطة، مطاطة وغير محددة، وعلى القاضي أن يتبع معياراً موضوعياً يؤسس على التيقن التام من وجود تعارض حقيقي بين أحكام القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يشيد عليها النظام القانوني في دولته، ويتعين عليه أن ينأى بحكمه عن أن يكون مرتكزاً على تقديرات انطباعية تاثرية لا تدعمها وقائع وأسباب سائغة وإلا كان حكمه معيباً، ويخضع تقديره هنا لرقابة

---

[1] تنص المادة(32) على انه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالف للنظام العام أو للآداب في العراق.

[2] سلامة فارس عرب – وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية رسالة دكتوراه – مقدمة إلى كلية الحقوق / القاهرة – 1998 – ص 549.

وانظر كذلك د. هشام علي صادق – نطاق تطبيق القانون البحري الجديد ووسائل نقل البضائع واتفاقات التحكيم المتعلقة بها – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد 45 – 1989 – ص 11.

[3] د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال – مصدر سابق – ص 140.

وانظر كذلك: سلامة فارس عرب – مصدر سابق – ص 551.

محكمة النقض(التمييز) لتعلق الأمر في هذه الحالة بتعطيل قاعدة الإسناد الوطنية التي قضت باختصاص ذلك القانون[1].

وهكذا تتسع دائرة السلطة التقديرية للقاضي في القانون الولي الخاص، لتمتد من جديد إلى موضوع التحايل ، ونعني به لجوء احد أطراف العلاقة القانونية إلى استخدام قواعد معينة من اجل التهرب من تطبيق قانون ما يكون هو المختص بحكم العلاقة القانونية، بموجب قواعد الإسناد والخضوع إلى أحكام قانون آخر يكون أكثر فائدة لأحد أطراف تلك العلاقة [2].

وتسمى هذه العملية بالغش نحو القانون أو التحايل، وما يهمنا هنا هو مناقشة الشروط التي يتحتم توافرها في هذه العلاقة القانونية، حتى نستطيع أن نجزم إننا أمام تحايل على القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك الوصول إلى غاية أسمى من هذه الأخيرة، تتمثل بوجود أو عدم وجود سلطة التقدير للقاضي ولأجل ذلك نقول، انه من اجل تحقق هذا التحايل لابد من توافر عدة شروط، منها ما هو موضوعي يتمثل بتحقق مظاهر خارجية،وذلك باستخدام طرق ووسائل تتفق مع طبيعة كل حالة، والآخر ذاتي وينصرف إلى كل تصرف غير مشروع يقتضي أن تكون الغاية منه تغيير القانون الواجب التطبيق سواء أكان ذلك قانوناً وطنياً أو أجنبيا [3].

ويمكن استظهار جوانب التقدير التي يملكها القاضي في ضوء تلك الواقعة، المبنية على وجود واقعة تحايل، وذلك من خلال الشرط الثاني، ونقصد به الباعث أو النية، حيث إن نية التحايل هي مسالة واقع، أو شي كامن في مكنونات النفس الإنسانية، وهنا سوف تبدأ بالحراك ذهنية القاضي من اجل التوصل إلى هذه النية من خلال مجموعة الوقائع والظواهر التي تدل على وجودها، مثال ذلك إبرام التصرف في دولة تعطي تسهيلات لا يمكن تحقيقها في دولة أطراف العلاقة، لا لشئ إلا للتهرب من أحكام قانون تلك الدولة، أو الانتقال إلى دولة تسمح قوانينها بانحلال الرابطة الزوجية لأي سبب كان، أو الحصول على جنسية دولة دون أن تكون في نية المتجنس أن يعيش هذه الجنسية، وإنما الحصول فقط على طلاق، أو الزواج بامرأة ثانية، فهناك دائماً قرائن وأوضاع تترجم هذه النية، وبالتالي فان القاضي يملك الإمكانية أو الاستطاعة باستنتاج هذه القرائن للتوصل إلى حالة التحايل التي يمنعها القانون، ونستطيع أن نفسر هنا الإمكانية والاستطاعة على إنها جوانب تقديرية[4].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، كنّا قد تكلمنا في معرض تعريف السلطة التقديرية، عن العلاقة مابين سلطة التكيّف والتقدير، وقد قلنا في حينها إن التقدير، عملية سابقة على التكيّف، وان هذا الأخير مترتب على الأول، نتفيأ من ذلك إجابة على التساؤل الآتي : هل يملك القاضي سلطة تقديرية، وهو يضطلع بمهمة تكييف العلاقة القانونية آم لا ؟.

---

[1] انظر – سلامة فارس عرب –مصدر سابق –ص551 . د. حسن الهداوي – مصدر سابق – ص1.

ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع : انظر أستاذنا الدكتور– ممدوح عبد الكريم حافظ – مبدأ النظام العام – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – العددان الخامس والسادس – 1971 .

[2] د. عكاشة عبد العال و د. سامي بديع منصور – مصدر سابق – ص 192 ، د. حسن الهداوي – مصدر سابق – ص 116 .

[3] د. حسن الهداوي – مصدر سابق – ص117 .

[4] لمزيد من التفاصيل انظر: د. حسن الهداوي – مصدر سابق – ص118 .

أستاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص – مطبعة الحرية – بغداد – ط3 – 1977 – ص 327.

وللإجابة على هذا التساؤل، فإننا لن نذهب بعيداً، وإنما سوف نبقى في إطار المادة (17) من القانون المدني[1].

فقد خلصنا من قراءة هذه النص، إلى إن القاضي لا يملك سلطة تقديرية إزاء موضوع الاختصاص في التكييف، فقد اسند هذه المهمة إلى قانون القاضي (القانون العراقي)، إلا أننا قد نلمس وجود هذه السلطة، وذلك عندما يقوم القاضي بتحليل طبيعة العلاقة القانونية المتنازع بشأنها، وردّها إلى نظام قانوني معيّن، كأن يقوم بتحديد طبيعة النزاع ما بين الزوجين، على انه ينصب حول أمور مالية، وبالتالي يقوم بإخضاع هذه العلاقة القانونية التي تحكّم المسائل المادية، أو إن طبيعة العلاقة عقدية، فانه يردها إلى القاعدة التي تحكم العقد وهذا ما نسميه بالتكييف الثانوي أو اللاحق [2].

وبما إن التكييف هو نشاط قانوني ومنطقي وفني يقوم به القاضي، يتضمن عنصري الواقع والقانون، فهو يقع ضمن سلطات القاضي، ذلك إن هذا الواقع يمثل بداية لأعمال التكييف ويمثّل نقطة البدء في ترتيب وتحريك النشاط القضائي من سكونه وسكوته، فهو وقود العمل القضائي، وفي سبيل ذلك فللقاضي حرية فهم ومعرفة وتفسير هذه الوقائع، وذلك في ظل المفاهيم القانونية في النظام القانوني التي هي جزء منه[3].

وإذا كانت هذه السلطة الممنوحة في الأمثلة المتقدمة قد اتسمت بالمحدودية وصغر المساحة في التقدير، إلا انه يلاحظ إن المشرع العراقي وبغية التواصل المستمر مع الثقافات القانونية العالمية المهمة، وبغية إضفاء نوع من الفعالية على عمل القاضي، بالإضافة إلى هذا وذاك بغية عدم إعطاء فرصة للقاضي للتذرع بعدم وجود النص وبالتالي عدم الحكم في الدعوى.

لذلك كله اتجه المشرع إلى النص في المادة (30) من القانون المدني [4] ، على منح القاضي سلطة تقديرية واسعة، تصل إلى مديات ومجالات رحبة لتتصل بأفكار ومبادئ قانونية عالمية، حيث يغادر القاضي من إطار قوانينه الوطنية، ليبدأ بالبحث عن حلول قانونية موجودة في قانون آخر أجنبي، وإذا ما استلهم القاضي هذه المبادئ العامة، من النظم القانونية العالمية، فسوف تشكل مكوناً من مكونات قانونه الوطني، ومن ثم ستكتسب قوتها القانونية من جديد في إطار النظام القانوني الوطني، بعد أن تتخلص من الخصوصيات الوطنية التي قد تعيق أعمالها[5] .

---

[1] تنص المادة (17)على 1:- القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها. 2 :- ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو وقانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشي،تقابلها المادة (10) من القانون المدني المصري.

[2] انظر د. عز الدين عبد الله – اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – العددان الأول والثاني – السنة الرابعة والعشرين – 1954 – ص55 .

[3] د. كريم مزعل – التكييف في تنازع القوانين – رسالة ماجستير مقدمّة إلى كلية القانون – جامعة بغداد – 1992 – ص38 .

[4] تنص المادة (30) على انه (يتبّع فيما لم يرد بشأنه نص في ا لمواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الولي الخاص الأكثر شيوعاً).

[5] سلامة فارس عرب – مصدر سابق – ص414 . ولا بد من الإشارة هنا إلى إن ميثاق محكمة العدل الدولية أشارت إلى موضوع المبادئ العامة في الماد ة(38) بقولها (لا يترتب على النص على إن وظيفة المحكمة هي أن تفصل في المنازعات وفقاً لإحكام القانون الدولي إلى إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية، وفقاَ لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك) ومعنى ذلك تخويل القاضي سلطة الفصل في الدعوى طبقاً لما يقدره عادلاَ. ةهذا في رأي الكثيرين يعتبر مهمة خلاّقة شبيهة بالدور الذي تؤديه الدولة نفسها في خلق قواعد القانون، لان القاضي لا يتقيد في هذا

وفي هذا المجال يجب أن ينتبه القاضي،الى إن هناك اختلاف ما بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية ذلك إن الأول لا يقدم حلاً محدداً للمسالة المطروحة على القاضي، وهو يقدم على العكس من ذلك فكرة عامة مشتركة بين مجموعة قواعد ترتبط بنظام قانوني معين، يحكمه منطق واحد وتتحد مصادر قواعده، والذي يميز المبادئ القانونية العامة في الواقع افتقادها إلى التحديد وعموميتها وتجريدها المنطقي[1]، وبالتالي فان القاضي معني بالمبدأ القانوني وليس القاعدة القانونية.

ولكي يتم استظهار المبدأ العام محل الاعتبار فانه يجب القيام بعملية تحليل مجردة. هدف هذه العملية هو تحليل مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بنظام قانوني معين، بهدف استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكل قاعدة وتفصيلاتها.ونحتفظ فقط بما تحويه هذه القواعد من أفكار أو فكرة عامة.

هذه الفكرة العامة اوالافكار العامة، هي التي تشكّل الأساس المشترك للحلول المعطاة من قبل هذه القواعد لحل المنازعات التي تخضع للنظام القانوني الذي تنّظمه تلك القواعد القانونية [2].

وهذه السلطة الخلاّقة للحلول القانونية التي يلعب فيها القاضي دوراً بارزاً هي سلطة استثنائية، يستلهم منها القاضي الأفكار الأساسية للقانون استلهاماً يترتب عليه خلق حل عادل للنزاع من صنع المحكمة ذاتها [3].

هذه الحالات الآنفة الذكر، هي مجموعة من الأمثلة نستدل من خلالها على وجود السلطة التقديرية في إطار نظرية تنازع القوانين، وبذلك ننتهي من موضوع إثبات السلطة التقديرية، لننتقل بعد ذلك إلى المحاولة لإيجاد أساس لهذه السلطة.

المطلب الثالث

أساس السلطة التقديرية

عندما نتحدث عن الأساس، فإننا نعني بذلك القاعدة الفكرية أو الأيدلوجية التي يعتنقها المشرّع أو يؤمن بها، ويمنحها للقاعدة القانونية.

وكما نعلم إن القاعدة القانونية تتكون من فرض وحكم، فالقاعدة القانونية التي تقرر أن مسائل الطلاق والتفريق والانفصال يسري عليها قانون الزوج وقت الطلاق، فهذه تتكون من فرض مفاده، الطلاق والتفريق والانفصال، أما الحكم المترتب على هذه الفرضية، فهو سريان قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى [4]. فتحديد المراكز القانونية يتم عن طريق إعمال القاضي للقانون على وقائع النزاع .

أردنا من استعراض هذه المقدمة عن محتوى القاعدة القانونية، أن نبين الأسس التي تبنى عليها تلك القواعد، لننطلق بعد ذلك لمتابعة الأسس التي تبنى عليها السلطة التقديرية، ولتبيان هذه الأسس سنقول، هناك

الفرض بالقانون الدولي.مزيد من التفاصيل – انظر د. علي صادق أبو هيف – القانون الدولي العام – ج1 – ط17 – منشاة معارف الإسكندرية – 1997– ص764.

[1] نبيل إسماعيل عز – مصدر سابق – ص157 ، وانظر كذلك : د. عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص المصري – الجزء الأول – ط3 – مكتبة النهضة المصرية – 1955 – ص 63.

[2] نبيل إسماعيل عمر – نفس المصدر – ص147 .

[3] د. سمير السيد تناغوا – النظرية العامة للقانون – منشاة معارف الإسكندرية –ص257 .

[4] انظر المادة 19 /3 من القانون المدني العراقي والتي تقرر(ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى).

من يرى إن أساس هذه السلطة كامناً في طبيعة وظيفة القاضي، أي انه يدخل ضمن عناصر الوظيفة القضائية[1].

وهناك من يؤسس هذه السلطة على ما يسمى(بالأثر القانوني) للقاعدة القانونية الموضوعية،بمعنى إن الأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية قبل إعماله بواسطة القاضي يظل عاجزاَ عن إعطاء الفعالية لنفسه بنفسه، وتظل هذه الفعالية في حاجة إلى تدّخل القاضي بماله من ولاية لمنح هذا الأثر القانوني فعاليته الكاملة[2].

بمعنى آخر، أن هذه الحماية القضائية هي التي تعطي الأثر القانوني الكامن في القاعدة القانونية الموضوعية كامل فعاليته، ولا بد لهذه الفعالية من أن ينطق بها القاضي في حكم أو عمل قضائي، حيث سيقوم القاضي بنشاط ذهني للتأكد من توافر مقتضيات هذا الأثر القانوني.

ولنا أيضا في مشكلة النقص في التشريع، أساس آخر لهذه السلطة، ولا نريد أن نتتبع تفاصيل هذه المشكلة ولا تأصيلها، ولكن ما يمكن أن نشير له في هذا المقام، انه لا يمكن لأي تشريع أن يكون كاملاُ، انمّا الكمال لله وحد، ولا بد لكل فكرة أن يشوبها نقص حتماً،كنتيجة منطقية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتماً وما التشريع الآ عمل من أعمال الإنسان [3].

فوظيفة القاضي، هي الحكم بين المتخاصمين طبقاً للقانون، فالقاضي الفرد، وكذلك القضاء بمجموعه يقوم أساساً بتطبيق القانون لا بخلق القانون، والقانون لا يواجه الحالات العادية دون أن ينكر مع ذلك ما يشوبه من نقص، ولا يعتبر هذا عيباً في القانون، ولا يوجد في ذلك أي خطأ أو تقصير من جانب المشرع[4]،على انه يلاحظ في هذا المجال إن القاضي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتذرع أو يرفض أو يسكت عن الحكم ما بين الأطراف المتنازعة تحت ذريعة عدم وجود النص، وإلا عد القاضي في هذه الحالة منكراً للعدالة[5].

وهذا ما صرحت به المادة (30) من قانون المرافعات العراقي وكذلك المادة (4) من التقنين المدني الفرنسي، وبموجب هذه النصوص فان النقص في التشريع، لا ينبغي أن يقابله نقص في القانون، بل يجب أن ينطق القاضي دائماً بالعدل أي بالقانون [6]، نتيجة لذلك يجب أن تكون هناك تكملة لهذا النقص، والذي يقوم بسد هذا النقص هو القاضي.

---

[1] د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص93 وما بعدها.

[2] انظر هذا الرأي معروضاً : د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص94 .

[3] – انظر هذا الرأي معروضاً : د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص94 .

[4] د. سمير السيد تناغوا– مصدر سابق – ص 483.

[5] د. سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص 490.

المادة(30) من قانون المرافعات العراقي (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو فقدانه أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق).

وتنص المادة (4) من التقنين المدني الفرنسي على إن (القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع، يمكن أن يوجه إليه اتهم بارتكاب جريمة إنكار العدالة).

[6] د. سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص490.

ومن هنا بدأت تلوح في الأفق فكرة التقدير، وهذه من علائم السلطة التقديرية، فما يعتبر نقصاً في التشريع هو في حقيقة الأمر الاعتراف بوجود سلطة تقديرية للجهة التي تقوم بتطبيق التشريع في أن تخلق قاعدة قانونية – ويسري نفس الكلام بالنسبة إلى نص المادة (1) من القانون المدني [1].

والمشرع في هذه المادة يعترف بإمكانية أو احتمالية وجود النقص في التشريع، وقد أمر القاضي بان يكمل النقص بالرجوع إلى العرف، فان لم يجد رجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فان لم يجد عاد إلى قواعد العدالة. والمقصود بذلك إن القاضي يجتهد برأيه، أي يقوم بالبحث عن الحل العادل للنزاع، ويرجع في هذا البحث، إلى نفس الجوهر الذي يهتدي به المشرع في وضع القواعد العامة للتشريع، والمقصود بذلك القانون الطبيعي أو العدل المطلق أو الأخلاق الإنسانية العالية، باعتبار إن هذه كلها مترادفات تعبر عن أساس القانون وجوهره وتلهم صانعي القانون الوضعي في عملهم المستمر الذي تنشا عنه القواعد العامة لهذا القانون، والحلول الخاصة للمنازعات التي لا تحكمها قواعد عامة [2].

ونتساءل هنا ، هل من الممكن أن نجنح نحو أعتبار موضوع الصياغة للقاعدة القانونية أساساً لهذه السلطة، ما دمنا نعلم إن هذه الصياغة قد تكون جامدة، عندما يكون الفرض فيها جامداً وكذلك الحكم، وعلى العكس من ذلك قد تكون مرنة، عندما يكون الغرض منها مرناً أو كان الحل فيها مرناً، أو كان في كل منهما يتمتع بالمرونة، ويكون الفرض في القاعدة مرناً إذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضييق فلا تنطبق على هذه الوقائع، والعبارة المرنة هي العبارة المطاطة[3]، ويترتب على ذلك إن القاضي في الحالة الأولى لا يملك أي سلطة تقديرية بعكس الحالة الثانية.

ويلاحظ في هذا المجال، إن المشرّع العراقي تبنى هذا النهج في الصياغة، فعلى سبيل المثال إن معظم قواعد القانون الجنائي، هي قواعد مرنة، فيما يتعلق بالحكم الموجود في القاعدة القانونية، أي الجزاء الذي يوقعه القاضي عند ارتكاب الجريمة فالحل في الغالب هو عقوبة تتراوح بين حد أعلى وحد أدنى من الحبس أو السجن أو الغرامة، والقاضي يوقع أكثر العقوبات ملائمة لظروف الدعوى[4].

وفي نطاق القانون المدني، هناك الكثير من النصوص تتمتع بصياغة مرنة، ومن هذا القبيل القاعدة التي تقرر (إذا طرأت حوادث استثنائية.....) فالفرض في هذه القاعدة مرناً لان العبارات المستخدمة فيه، وهي الحوادث الاستثنائية العامة والتنفيذ المرهق للالتزام، والخسارة الفادحة، فكلها عبارات مطاطة يملك القاضي في تطبيقها سلطة تقديرية واسعة، وكذلك فان الحكم في هذه القاعدة مرناً لأنه يتمثل في رد الالتزام

---

[1] تنص المادة (1) من القانون المدني العراقي على إن (1– تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها 2– 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. 3– وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية، القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ويقابله.

[2] راجع د. سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص 489.

[3] ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضاً اصطلاح المعيار (stander) وهو اصطلاح مأخوذ من اللغة الانكليزية – راجع في ذلك د. نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص 149، وكذلك انظر د. سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – 44.

[4] لمزيد من التفاصيل في هذا المجال راجع: د. فاضل زيدان محمد – سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة– مصدر سابق.

المرهق إلى الحد المعقول، ففكرة الحد المعقول هي فكرة مرنة ويرجع في تحديدها بالنسبة لكل حالة على حدة إلى إرادة القاضي وسلطته التقديرية[1].

امّا على صعيد القانون الدولي الخاص، فقد لاحظنا الأمثلة العديدة التي استعرضناها، والتي تشير إلى وجود هذه السلطة، مع وجود حالات أخرى لا يسع المجال لذكرها هنا.

المبحث الثاني

رقابة القضاء على سلطة القاضي التقديرية

خلصنا في المباحث السابقة إلى إن القاضي عندما يباشر سلطته التقديرية في تطبيق القانون، فانه لا يستمد هذه السلطة من ذاته، ولكنه يستمدها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، فهذه السلطة تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية، وتباشر في حدود هذه القاعدة، مما يترتب على ذلك، إن مباشرة هذه السلطة تخضع لرقابة محكمة التمييز.

فإذا كان القاضي أو رجل الإدارة، يباشر هذه السلطة في تطبيق بعض قواعد القانون، فان ذلك لا يعني عدم خضوع أي منهما لأية رقابة من أي نوع كان، فان هذه السلطة المطلقة، لم يعد لها وجود على صعيد الأنظمة القانونية، ولا يمكن الاعتراف لأي جهة، ولا للمشرع نفسه، ولا للإفراد في تنظيم علاقتهم الخاصة، فالمشرع يملك سلطة تقديرية في إصدار القوانين ولكن لا يملك في ذلك سلطة مطلقة، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدالة والمصلحة العامة، وتتقيد سلطته كذلك بأحكام الدستور[2].

وما دمنا قد سلمنا ابتداء بفرضية، إن القضاء سوف يبسط رقابته على هذه السلطة، إلا إننا نتساءل هنا كيف يمارس القضاء هذه السلطة، لذا اقتضى الأمر أن نعالج هذا الموضوع في مطلبين، أولهما سوف نخصصه لنتاول ماهية الرقابة القضائية على أعمال القاضي لسلطته التقديرية، ويركز الثاني على مضمون الرقابة القضائية على أعمال القاضي لسلطته التقديرية.

المطلب الأول

ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

بادئ ذي بدء نقول إن محكمة التمييز أو المحاكم ذات الصلاحية تراقب الإحكام القضائية القابلة للطعن بهذا الطريق للتأكد من صحة فهم الواقع وكذلك انطباق القانون على هذا الواقع المعروض على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، حيث تشير المادة (203) وكذلك المادة (216) من قانون المرافعات المدنية العراقي إلى هذا المضمون، والذي نستخلصه من هذه النصوص، إن الطعن بالتمييز جائز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة ومحاكم الأحوال الشخصية.

تنص المادة (203) المعدل من قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 على إن (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو المحاكم البداءة أو محاكم الأحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الإحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الأحوال الآتية:-

1- إذا كان الحكم قد بني على مخافة للقانون أو خطا في تطبيقه أو عيب في تأويله.

2- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.

---

[1] د. . عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج1- ص 646.

[2] سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص 56.

3- إذا وقع غي الإجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطا مؤثر في صحة الحكم.
4- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو قام مقامهم وحاز درجة البتات.
5- إذا وقع في الحكم خطا جوهري.

ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطا الحكم في فهم الوقائع أو اغفل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع له الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلاله الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع الشروط القانونية.

إما المادة (216) فإنها تنص على انه:-

1- يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي.

وأجاز المشرع كذلك الطعن تمييزاً بقرارات معينة تصدر أثناء السير في الدعوى وهذه القرارات حددها المشرع على سبيل الحصر[1].

ويترتب على الطعن بالتمييز أثران، الأول نقل النزاع إلى المحكمة التي تنظر الطعن آلا وهي محكمة التمييز أو الاستئناف بصفتها التمييزية، أما الأثر الثاني تأخير تنفيذ الحكم.

وعلى ذلك فالوظيفة الأساسية لمحكمة النقض (التمييز) أو المحاكم ذات الصلاحية تنصب على بحث تطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها، سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو بقواعد الإجراءات، وما إذا كانت هي القاعدة التي كان يجب الأخذ بها في النزاع المطروح أو عدمه[2].

والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها متأخرة حتى يفصل في موضوع آخر . والقرارات الصادرة برفض توحيد دعوتين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الاختصاص ألقيمي أو المكاني، أو قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم وقرار تحديد أجور المحكمين، وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً.

2- يكون الطعن تمييزاً في القرارات المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة لدى محكمة استئناف المنطقة إذا كانت صادرة من محكمة البداءة ويكون الطعن لدى محكمة التمييز إن كانت تلك القرارات صادرة من محاكم الأحوال الشخصية أو محاكم الاستئناف بصفتها الاستئنافية ويكون القرار الصادر نتيجة الطعن واجب الإتباع.

3- لا يقبل تمييز الأوامر على العرائض إلا بعد التظلم منها أمام من أصدرها طبقاً لما هو مبين في المادة (153) من هذا القانون.

وما تهتم به محكمة التمييز لدينا، هو الحكم الصادر من آخر درجة، وهو موضوع الرقابة، وتتفحص المحكمة جوانبه القانونية، وكذلك ما اشتمل عليه القرار من وقائع ثابتة، وبالتالي لا يستوجب الفصل بين الجانب المتعلق بالقانون في هذا الحكم، وكذلك الجانب المتعلق بالواقع، وهذا يخالف ما تسير عليه محكمة النقض المصرية، والتي تميز ما بين الواقع والقانون، فهي تبسط رقابتها على الأحكام فيما يتعلق بجوانبها

---

[1] لمزيد من التفاصيل انظر أستاذنا د. عبد الرزاق عبد الوهاب – الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية – دار الحكمة – 1991 – ص 255.

[2] د. نبيل إسماعيل عمر – ص 494.

القانونية دون أن تمتد رقابتها إلى الواقع، وبالتالي فأن نظام النقض يعتمد تحديداً على الفصل بين الواقع والقانون، فلا يمكن لمحكمة النقض أن تباشر نشاطها قبل وقوفها على حقيقة الأمر والذي بدونه تفقد مهمتها الأساسية المتمثلة في الرقابة، على مسائل القانون فقط، والتسليم بالتالي بالوقائع الواردة بالحكم كما أثبتتها محكمة الموضوع، ودون أن يكون لها أي ولاية على هذا الجانب، فمحكمة النقض لا تحاكم الواقع، وإنما تحاكم فقط القانون فتراقب مدى صحة تطبيقه، أو بمعنى آخر تحاكم الأحكام [1].

وهكذا تبلورت فكرة الطعن بالنقض في كل من مصر وفرنسا واقتصرت ولاية محكمة النقض في البلدين على رقابة مدى شرعية الأحكام القضائية للتوصل إلى توحيد القضاء في تفسيره وتطبيقه للقانون، إذ لا تعد محكمة النقض بممارستها نشاطها المحدد قانوناً درجة ثالثة للتقاضي[2] .

إزاء ذلك فقد في معرض حديثنا عن خصائص السلطة التقديرية، قلنا إنها عمل قضائي وقانوني، فهي عمل قانوني لان المشرع يّجوز للقاضي إمكانية أعمال ذهنه وعقله من اجل التوصل إلى حل للنزاع المعروض أمامه، ويفهم من ذلك أن السلطة التقديرية تتضمن عنصرين، أولهما قانوني والثاني واقعي، ذلك إن قاضي الموضوع يبدأ بتقدير وقائع الدعوى والتحقق منها، وإذا ما خلص من ذلك فانه ينتقل إلى مرحلة التكييف القانوني لهذه الوقائع، بمعنى إخضاعها لقاعدة قانونية معينة ثم ينتهي أخيراً بتطبيق النتائج القانونية المستخلصة من هذه القاعدة على وقائع الدعوى.

المطلب الثاني

مضمون الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

ثبت لنا بالأدلة الواضحة، إثبات قيام السلطة التقديرية للقاضي في القانون الدولي الخاص، ولاحظنا من خلال من سير البحث إنها سلطة فعالة، وكذلك هي سلطة ملازمة للسلطة القضائية، بمعنى انه لا يمكن أن نساير القول بعدم وجود هذه السلطة.

وهناك قاعدة راسخة في الفقه وكذلك القضاء معناها انه : لا رقابة لمحكمة النقض إذا لم يكن من القاضي إلا انه تصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانوناً، في حدود هذه السلطة وعند اجتماع شروط التصرف بها، كما انه من المقرر في هذا المجال انه لا سبيل لمعرفة الأحوال التي يكون فيها لقاضي الدعوة الخيار في الحكم في الدعوى بأحد الوجهين إلا استخلاصها من القانون نفسه بما اعتاد الشارع استعماله من التعبيرات من نحو قوله " يجوز" أو " للقاضي" أو " عند الاختفاء" أو " حسب الظروف "[3]

وأيضاً لاحظنا إن القضاء وكذلك الفقه قد هجر موضوع السلطة التقديرية المطلقة وكما نوهنا عن ذلك فيما سبق لأنها تؤدي إلى التحكم من قبل القاضي في فهم الواقع وكذلك إعمال القانون، ومما يستوجب على ذلك ضرورة أن يقوم القاضي بتبيان الأسباب التي دعته إلى موضوع التقدير أي كيف فهم وقدر الواقع، وكيف طبق القانون بخصوص هذا الواقع.

وعندما يقوم القاضي ببسط رقابته على هذه السلطة، فانه سوف يتفحص أولاً الواقع الذي استخلصه القاضي إلا إن موضوع الرقابة القضائية في هذا المجال، ليست رقابة على النشاط الذهني الذي يقوم به

---

[1] انظر في ذلك د. أمين مصطفى محمد – المصدر السابق – ص 7.

[2] راجع ا. د. محمود نجيب حسني – شرح قانون الإجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – 1988 – ص 1179.

[3] نبيل إسماعيل عمر – السلطة التقديرية – مصدر سابق – ص 497

القاضي، وإنما رقابة غير مباشرة عن طريق ما تقوم به هذه المحكمة من رقابة عناصر هذا النشاط سواء تعلقت هذه العناصر بمسائل الواقع، أو بمسائل القانون، وبالتالي فهي ليست رقابة على رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى إليها بالنسبة للوقائع فهي لا تملك ذلك، وإنما هي رقابة على طريقة تكوين هذا الرأي والأساس الذي يقوم عليه[1].

ويذهب البعض إلى القول بان السلطة التقديرية، بأعتبارها نشاط ذهني ينصب على معطيات النزاع من واقع وقانون، توجد في جميع الفروض حتى في الحالات التي يأتي فيها المشرع بتنظيم محكم لكافة الفروض والحالات فهي ضرورة من ضرورات إعمال ولاية القضاء، وانه يتعين على القاضي تبرير تقديره فهو لا يجري سلطته التقديرية في المجرد أو في الفراغ وإلا وصلنا إلى التحكم[2].

إذن مضموم نطاق هذه الرقابة على سلطة القاضي التقديرية يمتد ليشمل تقدير القاضي لمسائل الواقع، كما يشمل تقديره لمسائل القانون.

وقد مضت الإشارة إلى إن الأمثلة والنصوص التي بسطناها واستوحيناها من مجموعة النصوص التي تعالج مشاكل تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، في هذا البحث إلى إن تحديد الجنسية الفعلية من بين الجنسيات المتراكمة على الشخص وهي مسالة تتطلب من القاضي بحثاً في الظروف والملابسات التي ترافق هذه الجنسية ، فهو أي القاضي على سبيل المثال قد يعتد بجنسية الدولة التي يتوطن فيها الفرد أو يقيم بها عادة، أو التي يوجد فيها مقر مصالحه وروابطه العائلية، أو التي يؤدي فيها الخدمة العسكرية، إلى غير ذلك من المعايير التي تدخل في مسائل الواقع وبالتالي فهي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

ومما يؤيد إن القضاء الفرنسي [3]، يذهب إلى القول بان تبني محكمة الموضوع لمعيار دون آخر – مثل معيار الجنسية الفعلية أو الجنسية الأقدم أو الأحدث ..... الخ – في شان تحديد الجنسية التي سيعامل الشخص على أساسها في الفرض محل البحث هي مسالة وقائع تفلت بدورها من رقابة محكمة النقض.

هذا من جهة، إلا انه يلاحظ إن هناك اتجاه في فرنسا أيضاً يرفض ويخالف هذا الرأي ، ويؤكد هؤلاء على انه لو كان تصدي محكمة الموضوع لتفسير قوانين الدول الأجنبية التي تتنازع جنسياتها على الشخص للتيقن من سلامة اكتسابه لهذه الجنسيات، وهو شرط ظاهرة التنازع الايجابي، يعد مسالة وقائع تفلت من رقابة محكمة النقض (التمييز) أخذاً بالاتجاه السائد في فرنسا نحو إخضاع تفسير القوانين الأجنبية لمطلق تقدير محاكم الموضوع، فان ترجيح إحدى الجنسيات التي تثبت لمتعدد الجنسية، ومعاملته على أساسها، وفقاً لمعيار الجنسية الفعلية أو غيره من المعايير المقترحة يعد على العكس مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة محكمة النقض[4].

أما على صعيد الفقه المصري فقد اعتبر ترجيح القاضي لأحدى الجنسيات المتنازعة مسألة واقع تفلت من رقابة محكمة النقض (التمييز) [5].

---

[1] د. وجدي راغب – النظرية العامة في العمل القضائي – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – القاهرة– ص 541.

[2] د. نبيل إسماعيل عمر – سلطة القاضي – مصدر سابق – ص 506 وما بعدها.

[3] مشار إلى هذا الرأي لدى د. هشام علي صادق – الجنسية .والموطن ومركز الأجانب– ص 288 وما بعدها.

[4] هشام علي صادق – مصدر سابق – ص 229.

[5] هشام علي صادق – مصدر سابق – ص 229.

وعلى هذا النحو يتفق الفقه المصري في شأن هذه المسألة مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي مؤيداً من بعض الشراح الفرنسيين وخلافاً لما أكده البعض الآخر، ويبدو إن واضعي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد اقروا بدورهم هذا النظر.

ذلك إن الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني قد نصت على أن " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد [1].

مما يستفاد منه إن للقاضي حرية مطلقة في هذا التعيين.

وعندما بحثنا عن مجالات التقدير التي يملكها القاضي عندما يقوم بعملية تكييف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وقلنا إن هناك ارتباط وثيق مابين سلطة التقدير وسلطة التكييف، أولهما سابق على الثاني، والثاني مترتب على الأول، وترتب على هذه العلاقة نتيجة نوهنا عنها فيما سبق مفادها انه إذا صح التقدير وفقاً للقانون صح التكييف، لذلك فان القاعدة في هذه الناحية خضوع التكييف لرقابة محكمة التمييز (النقض) بأعتباره مسألة من مسائل القانون [2].

وتمتد رقابة محكمة التمييز (النقض) أيضاً على سلطة القاضي التقديرية عندما يستند في حكمه إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، عندما لا يجد نص يحكم هذه المسالة في قانونه، فليس هناك من شك في إن مخالفة القاضي حكم القانون بصدد مسالة معينة مراعاة للعدل والإنصاف، فان حكمه يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز (النقض) فالقاضي ملتزم بأعمال القانون على ما هو عليه لا أن ينشا القانون [3].

وكذلك تراقب المحكمة مدى موافقة هذا الحكم الذي انتهت إليه المحكمة للنظام العام والآداب العامة في داخل المجتمع.

وبناء على كل ما تقدم، يتضح لنا إن القضاء يمارس دور مهم وحيوي في بناء هذه السلطة، عن طريق ممارسة الرقابة على ما توصلت إليه المحكمة من نتائج وهي رقابة فعالة، تملك في سبيل تحقيق هذه الفعالية مجموعة من الوسائل، منها ما يسميه الفقه (بأسباب الحكم القضائي).

فالتقدير القضائي، إذ يراقب من جانب محكمة النقض، فأن هذه الرقابة ، تتم عن طريق مراقبة السلطة القضائية، لابد أن يستند على أسباب تبرره، داخل هذه الأسباب التي تخضع لرقابة محكمة النقض في حدود ما يطرح عليها من طعن، تراقب هذه الأخيرة سلطة القاضي التقديرية، وفي هذه الحالة لا يلتزم القاضي ببيان أسباب اقتناعه، وإنما يكتفي ببيان مصادر تكوين الاقتناع، بمعنى إن القاضي ليس ملزماً ببيان النشاط الذهني الذي قام به في أعمال سلطته التقديرية ويكتفي بدلاً من ذلك ببيان المصادر التي استمد منها هذا التقدير [4].

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج1 – ص 310 وما بعدها.

[2] د. محمد محمود إبراهيم – مصدر سابق – ص 138. وكذلك د. سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص 56.

[3] د. نبيل إسماعيل عمر – النظرية العامة للطعن في النقض – مصدر سابق – ص130.

د. نبيل إسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية في القانون المدني – مصدر سابق – ص 147.

[4] د. نبيل إسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية – مصدر سابق – ص 511 وراجع أيضاً د. محمد محمود إبراهيم – مصدر سابق – ص 140 وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة السلطة التقديرية التي يملكها القاضي الوطني وهو بصدد بتطبيق قانون أجنبي، وهو يقوم بالنظر بالقضايا التي تعرض عليه ذات عنصر أجنبي، وقد توصلنا من خلال البحث الى جملة من الأمور والاستنتاجات ومنها :-

1- أن الفقه وكذلك القضاء قد هجر فكرة السلطة التقديرية التحكمية أو المطلقة، ولم يعد لها وجود في ميدان القضاء، ولكن يباشر سلطة تقديرية منضبطة، وهذه الضوابط يضعها المشرع وفي ضوء ذلك يتحرك القاضي.

2- ترتب على النتيجة الأولى، انه لا يوجد عمل قضائي تقديري فحسب فالأصل إن العمل القضائي مقيد وعليه حتى في الحالات التي يقضي فيها القاضي وفقاً للعدالة كما مر بنا، بناء على أدلة اقتناعية بحتة، فانه يظل مقيداً، ليصل إلى الغاية المرجوة والتي من أجلها تقدم الخصوم إلى القضاء، وتكون السلطة مقيدة عندما توجد شروط معينة لمباشرتها، وتكون تقديرية حينما يترك المشرع لها مجالاً حراً للتقدير.

3- قلنا إن كل عمل قضائي هو مقيد أصلاً، ولكن في نفس الوقت يتمتع القاضي إزائه بسلطته التقديرية، إلا إن مساحة هذه السلطة تتفاوت اتساعاً وضيقاً، وذلك باختلاف المسائل القانونية المعروضة أي سواء كانت موضوعية أو عبارة عن أدلة أو إجراءات.

4- توصلنا إلى طبيعة السلطة التقديرية واحدة سواء في مجال القانون العام أو الخاص.

5- بغية عدم انفلات هذه السلطة وتجاوز حدودها من قبل القاضي، فان القضاء يبسط رقابته على ممارسة هذه السلطة، وان هذه الرقابة واسعة، تمتد لتشمل الواقع والقانون.

المصادر

1- د. أمين مصطفى – التمييز بين الواقع في الطعن بطريق النقض – دار النهضة العربية – 2002

2- د. حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – مطبعة الإرشاد – 1967.

3- د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – الدار الجامعية – بيروت – بلا سنة طبع.

4- د. سمير السيد تناغوا – النظرية العامة للقانون – منشاة المعارف بالإسكندرية – بلا سنة طبع.

5- د. عكاشة محمد عبد العال – أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب – الجزء الأول – الدار الجامعية – 1997.

6- د. عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص المصري – مكتبة النهضة المصرية – 1952.

د. علي صادق أبو هيف – القانون الدولي العام – ج1 – ط17 – منشاة المعارف بالإسكندرية – 1997.

8- د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول.

9- د. هشام علي صادق – الجنسية والموطن ومركز الأجانب – منشاة المعارف بالإسكندرية – 1985.

10- د. ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص – مطبعة الحرية – بغداد – الطبعة الثالثة – 1977.

11- د. محمد محمود إبراهيم – سلطة القاضي في تكييف الدعوى – منشاة المعارف بالإسكندرية – 1985

12- د. محمد طلعت الغنيمي – الأحكام العامة في قانون الأمم – ج1 – منشاة المعارف بالإسكندرية،1970.

13- د. نبيل إسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية – منشاة المعارف بالإسكندرية – 1984.

الرسائل

1- فاضل زيدان محمد – سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة – رسالة دكتوراه – مقدمة إلى كلية القانون-جامعة بغداد -1987.

2- عصام عبد الوهاب البر زنجي – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – رسالة دكتوراه- جامعة عين شمس -1970.

3- كريم مزعل – التكييف في تنازع القوانين – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون -جامعة بغداد،1992.

4- سلام فارس عرب – رسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1998.

الأبحاث

1- د. هشام علي صادق – نطاق تطبيق القانون البحري الجديد ووسائل نقل البضائع واتفاقات التحكيم المتعلقة بها – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد 45 – 1989.

2- د. ممدوح عبد الكريم حافظ -مبدأ النظام العام – مجلة القانون والاقتصاد -العدد الخامس والسادس1971.

3- د. عز الدين عبد الله – اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية مجلة القانون والاقتصاد – العددان الأول والثاني – السنة الرابعة والعشرون – 1954.

القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- القانون المدني المصري – دار الفكر العربي – 1948.

3- القانون المدني الجزائري.

4- القانون المدني الفرنسي – DA1002 – 2003.