دور القاضي الوطني في حل المنازعات الخاصة الدولية

ا.م.د. سماح هادي محمد(*)

الملخص

للقاضي الوطني دور هام في حل المنازعات ذات العنصر الاجنبي و يعدّ هذا الدور اكثر تعقيدا من الدور الذي يمارسه القاضي في حل المنازعات الوطنية بجميع فروع القانون الخاص والعام ، فعليه في المنازعات التي تندرج ضمن نطاق فرع القانون الدولي الخاص ان يقوم بدراسة الواقعة وتكيفها ثم اخضاعها الى احد الطوائف المقررة في قانونه الوطني ثم اسنادها الى القانون الواجب التطبيق ويدق الامر عندما تشير قواعد الاسناد الى قانون اجنبي فعليه ان يبحث عن الحكم الموضوعي في ذلك القانون على الرغم من عدم المامه او معرفته به ، وقد يصادفه ضرورة احالة الاختصاص الى قانون اخر بمقتضى مبدا الاحالة ، فنجد ان صلاحيات القاضي هنا بمثابة سلاح ذي حدين فيه الجانب الايجابي وهو منح القاضي سلطة تقديرية لحل هذه النزاعات وفيه الجانب السلبي وهو خشية استغلال القاضي لتلك الصلاحيات على نحو يجعله مستبداً في اتخاذ القرارات واصدار الاحكام لاسيما في ظل غياب النص التشريعي او غموضه، ابتداءً من تكييف الوقائع وصولا الى تطبيق القانون المسند اليه الاختصاص .

الكلمات المفتاحية : القانون الاجنبي ، المشرع الوطني ، قواعد الاسناد ، صلاحيات القاضي .

المقدمة

يقوم القاضي الوطني بدور هام في حل المنازعات ذات البعد الدولي بموجب السلطة الممنوحة له من قبل المشرع بحكم عدم قدرة الاخير على الالمام بجميع الوقائع والعلاقات القانونية لاسيما اذا ما تخللها عنصر اجنبي فلابد من تخويل القاضي صلاحيات معينة تمكنه من اداء واجبه في تحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه الا ان هذه الصلاحيات ليست مطلقة وانما محكومةً بالحاجة الفعلية لتمكين القاضي وبصورة مستقلة ومساحة من الحرية لممارسة سلطته بالقضاء ، مع مراعاة عدم التوسع بنطاق تلك الصلاحيات الى الحد الذي يجعله بمنزلة المشرع فلكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية ، القضائية ، التنفيذية اختصاص تمارسه يقف عند حدود معينه بشكل لا يدع معه احتمالية التداخل بين تلك السلطات .

اولا:اهمية البحث

تظهر اهمية البحث في محورين اولهما هو توضيح دور القاضي في حل المنازعات ذات العنصر الاجنبي عند تخويل المشرع له بمقتضى النص التشريعي لصلاحيات لم يحدد له نطاقها او مضمونها ، ثانيهما هي الحاجة الفعلية لاستكمال النقص التشريعي من قبل القاضي الوطني فليس من مبادئ العدالة

(*) جامعة النهرين /كلية الحقوق Samah.hadi@nahrainuniv.edu.iq

احجامه عـن النظر بالنزاع بحجـة عدم وجود النـص القانوني فعليه ان يقـوم بتكييف الوقائع واخضاعهـا لقواعـد اسنـاد محـددة بالنـص التشريعي ثم اختيار القانون الواجب التطبيق ثم إعمال ذلك القانـون ، مستهدياً بنور النصوص القانونيـة التي اضائها له المشرع او مسترشـدٍ باجتهـاده وسلطتـه التقديريـة في حالـة غياب او غموض تلـك النصـوص لان غايته محددة وموجهـة فـي الوصول الـى القانـون الواجب التطبيق وإعماله .

ثانياً:اهداف البحث

يهـدف البحـث الى تسليـط الضوء على الـدور الـذي يمارسـه القاضي الوطنـي لحل تنازع القوانين ابتداءً من مرحلة تكييف الوقائع وصـولاً الى إعمـال القانون الواجـب التطبيق سـواء كان ذلـك وفـق المنهج الـذي رسمه له المشـرع او كـان ذلك بنـاءً علـى الاجتهادات الفقهيـة والاراء القضائية بسبـب غياب النص التشريعي او نقصـه او غموضه ، كما ويهدف البحـث الـى بيـان مواطـن القـوة والضعـف فـي التشريـع العراقي بكـل ما يتعلـق في حل المنازعات الخاصة ذات البعد الدولي والوقوف عليهـا لغـرض تشخيصها وجعلهـا امام انظار المعنيين بها والمهتميـن بدراسة هذا الفرع من القانون .

ثالثاً:اشكالية البحث

تتنـاول الدراسـة عدداً من الاشـكاليات المتعلقـة بـدور القاضـي الوطنـي فـي حـل المنازعـات ذات الصفـة الخاصـة الدوليـة وبالصلاحيـات الممنوحة له مـن قبل المشرع، سنقـوم بطرحها بشكل تسـاؤلات وعلى النحو الاتي :

ـ ما هو نطـاق السلطة الممنوحة للقاضي من قبل المشرع التـي بموجبها يخوله فيها حل المنازعـات المشوبة بالعنصـر الاجنبي ابتداءً مـن مرحلة تكييف الوقائـع وصولا الى مرحلة إعمال القانون الواجب التطبيق؟

ـ مـا هـي صلاحيـات القاضـي الوطنـي مـن إعمال فكـرة الاحالة رغـم تحفظ المشرع بخصوصها ؟

ـ مـا هـو دور القاضـي الوطنـي في حال غيـاب ارادة الاطراف فـي اختيار قانون يحكم العقد المبرم بينهما ؟

ـ ماهي السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الوطنـي مـن قبل المشرع في حـال عدم ثبات الامـوال المنقولة في اقليم واحد، فما هي قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق في حال حركة الاموال المنقولـة من دولـة الى دولة اخـرى ؟ وما هو دوره عند غياب النص التشريعي كما هو الحال في بعض الاموال المنقول (الطائرات ، السفن، الاقمار الصناعية) وبعض المسائل التجارية (الاسهم ، السندات ، الاوراق التجارية) ؟

_مـدى امكانية القاضـي الوطني من اثبات وتفسير القانـون الاجنبي الذي تشير اليه قواعد الاسناد رغم عدم نص المشرع عليه ؟

ـ ما هـو نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضـروري بالنسبـة للقاضي الوطنـي ومدى الصلاحيـات المقـررة له فـي تحديـد القواعد القانونيـة ما اذا كانت قواعـد عادية او انها من القواعد ذات التطبيق الضروري في ظل غياب النص التشريعي بهذا الخصوص ؟

رابعا:منهجية البحث

سنعتمد في منهجيــة هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية حيث نقوم بتحليل النص القانوني لمعرفة القصد التشريعي منه في نطاق الصلاحيــات الممنوحة للقاضي الوطني مسترشــدين بــالاراء الفقهية والاحكام القضائية فــي مختلف النظم القانونية التي تخدم موضوع الدراسة.

خامسا:هيكلية البحث

لغـرض الالمــام الكامل بدور القاضي الوطنــي في حـل المنازعات الخاصــة الدولية سنقوم بدراسة ذلك الموضوع في ثلاثة مباحث ، حيـث نخصص المبحـث الاول لدراسة دور القاضــي الوطني فــي المرحلــة التمهيدية لحل النــزاع، ونخصــص المبحـث الثانــي لدراسة دور القاضي الوطني فــي مرحلة اسناد النزاع ، ونخصــص المبحـث الثالــث لدراســة دور القاضــي الوطنــي فــي مرحلة إعمــال القانون الواجب التطبيق، وعلى النحو الاتي :

المبحث الاول

دور القاضي الوطني في المرحلة التمهيدية

تصنــف الواقعة التي تتضمن العنصر الاجنبــي على انها مسألة مــن المسائل الخاصة الدوليــة ، وعليه يقــوم القاضــي الوطني بمنح الوصف القانونــي الصحيح لهذه الواقعة تمهيداً لتصنيفها الى احد الطوائف القانونية التي نظمها المشرع الوطني وهــذه المرحلة تسمى بمرحلة التكييــف ، وعنــد انتهــاء القاضي مــن تكييف الواقعــة القانونية واخضاعها الى قاعدة الاسناد المنصوص عليها من قبل المشرع الوطني في التشريع الداخلي التي بدورها ستشير الى قانون دولــة ما ، قد يكــون قانون دولــة القاضي ذاته او قــد يكون قانــون دولة اخــرى ،او قد يرجع الاختصــاص الــى قانون دولــة لم تشــر اليها قواعــد الاسناد اصلا وذلــك بموجب الاحالة ، وللاحاطة الكاملة بهاتين المرحلتين سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نخصص المطلب الاول لدراســة دور القاضــي الوطني فــي التكييف ، ونخصص المطلب الثاني لدراسة دور القاضي الوطني في الاحالة ، وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول

دور القاضي الوطني في التكييف

للتكييــف فــي القانــون الدولــي الخاص خصوصيــة تميــزه عن بقيــة فــروع القانون، فالقاضــي ملــزم بالتكييــف فــي جميــع الاختصاصــات ســواء الاختصــاص المدنــي ام الجنائــي ام الاداري وليس فقــط في القانون الدولي الخاص، الا ان في الاختصاصات اعلاه يقوم القاضي بتحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع ويُخضعه مباشــرة للحكــم الموضوعي فمثــلا يحــدد القاضــي فــي مسائــل الاحــوال الشخصية نوع الواقعــة التي امامه اذا ما كانت طلاق او نفقة او حضانة ..الخ ويخضعها لنص مــن نصوص قانون الاحــوال الشخصية ويقدم الحكم في القضية مباشرة ، اما في مسائل تنازع القوانيــن فــان القاضــي الوطني يقــوم بتكييف الواقعــة المشوبة بعنصر اجنبــي وذلك بمنحها التوصيف القانونــي الصحيح فقط لا ليُخضعها الــى الحكــم الموضوعي مباشــرة وانما لتحديد هــذه الواقعة لاي من الطوائف التي نص عليها

المشرع الوطني تنتمي فلكل طائفة قاعدة اسناد خاصة بها ومن ثم ستُحدد قاعدة الاسناد القانون الواجب التطبيق وبالتالي سيطبق القاضي الحكم الموضوعي في القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد فقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي اوقد يكون قانون اجنبي وعليه عرف التكييف بانه(تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيدا لمرحلة اسناده لقانون معين)[١]

وتظهر الاهمية البالغة لدور القاضي في التكييف في مجال القانون الدولي الخاص لما منحه المشرع الوطني من سلطة تقديرية في تكييف المسائل ذات البعد الدولي ضمن طائفة قانونية معينة ويعود ذلك لعدم امكانية المشرع بوضع قاعدة اسناد مخصصة لكل مسألة على حدى لاستحالة حصر الوقائع والعلاقات القانونية بين الافراد ، فمنح القاضي الصلاحيات بوصف الواقعة او المسألة ووضعها ضمن طائفة قانونية محددة تخضع لقاعدة اسناد منصوص عليها في التشريع الوطني [٢].

وهذا الامر لا يخل من الصعوبات العملية بالنسبة للقاضي عند ممارسته دوره في تكييف الوقائع ووصفها وذلك بسبب اختلاف النظم القانونية فما كان في قانون دولة ما مسألة من مسائل الاحوال الشخصية فأنه قد يكون في قانون دولة اخرى مسألة من مسائل الاموال العينية كما هو الحال في مسائل الميراث والنفقة حيث يعدها المشرع العراقي من مسائل الاحوال الشخصية ، بينما نجد ان المشرع الفرنسي يعدهما من مسائل الاموال العينية .وبناءً عليه سيرتب التكييف المختلف في النظم القانونية المختلفة للواقعة ذاتها قواعد اسناد مختلفة وبالتالي قوانين واجبة التطبيق مختلفة فبالوقت الذي تخضع فيه مسائل الاحوال الشخصية لقانون جنسية الشخص اوموطنه ، ستخضع مسائل الاموال والحقوق العينية الى قانون محل وجودها الامر الذي يزيد من حدة تنازع القوانين واختلافها

وما تقدم ليس مجرد افتراضات بل كان للقضاء في مختلف التشريعات دور هام في تكييف العلاقات القانونية المشوبة بالعنصر الاجنبي والتي اسفرت عنها عدة تكييفات مختلفة لذات الوقائع عندما عرضت امام اكثر من قاضي نزاع ومنها قضية التفريق بين زوجيين من اصل مالطي اللذان ابرما عقد زواج في مالطا وانتقلا للعيش في الجزائر(في حقبة الاحتلال الفرنسي) واصبح للزوج اموال فيها وبعد مدة من الزمن توفي فقدمت الزوجة طلباً امام القضاء الفرنسي تروم فيه الحصول على ميراثها من زوجها ، فهنا تحير القاضي في اعطاء وصفٍ قانونيٍ للقضية المعروضة امامه ، هل هذه القضية تدرج ضمن النظام المالي للزوجين الذي يكون مصدره اتفاق الزوجين في عقد الزواج فأنه سيلحق بالعقد ومن ثم يخضع الى محل ابرامه لعدم وجود قانون الارادة (الاتفاق بين الزوجين على اختيار قانون ليحكم العقد) والقانون الواجب التطبيق هنا هو القانون الفرنسي لان الجزائر كانت تحت الاحتلال الفرنسي وهي الموطن المشترك للزوجين ومحل ابرام العقد او ان القاضي يكّيف القضية اعلاه على انها من مسائل الميراث التي تخضع لجنسية الشخص ومن ثم ستخضع لقانون دولة مالطا (قانون يتضمن قواعد قانونية انكليزية واعراف مالطية)[٣] .

ففي حال تكييف الواقعة اعلاه على انها من المسائل العقدية فستحصل الارملة على ميراثها حسب القانون الانكلومالطي ، اما ان كيفها القاضي على انها من مسائل الميراث التي يعدها المشرع الفرنسي من مسائل الاموال العينية ويخضعها للقانون الفرنسي الذي لا يجيز توريث الاجنبي العقارات الفرنسية فأن هذه السيدة لن تحصل على ارثها .

وكذلك قضية الوصية التي حررت بشكل عرفي من قبل الشخص الهولندي في فرنسا تكييفت الوصية على انها من مسائل الاهلية حسب القانون الهولندي ، وتم تكييف الوصية على كونها مسألة من المسائل الشكلية حسب القانون الفرنسي الامر الذي ادى الى اختلاف القانون الواجب التطبيق والحكم الذي تخضع له الواقعة فبينما القانون الهولندي لا يجيز الوصية العرفية وعدت الوصية من المسائل الاهلية التي تخضع لقاعدة اسناد جنسية الشخص فتخضع للقانون الهولندي ومن ثم بطلان الوصية ، نجد ان الوصية صحيحة حسب القانون الفرنسي لانه عدها من مسائل الشكلية التي اخضعها الى محل منشئها وهو فرنسا .

وبما ان التشريع الفرنسي يجيز الوصية العرفية فأن الوصية صحيحة [٤] . وكذلك قضية الزوجين اليونانيين اللذين رفعا دعوى بطلان الزواج امام القضاء الفرنسي لانه في شكل مدني بينما قانون جنسية الزوجين وهو القانون اليوناني يعد اشهار الزواج ضمن الاحكام الموضوعية وتدخل في نطاق مسائل الاحوال الشخصية ، ولان الدعوى رفعت امام القاضي الفرنسي والذي سيكون هو المختص في تكييف الواقعة فأنه سيكيفها حسب القانون الفرنسي الذي يعد مسألة اشهار الزواج مسألة شكلية وليست موضوعية لذا فانها ستخضع لقانون محل ابرام العقد وهي فرنسا ، فهنا حسب القانون اليوناني يجب بطلان عقد الزواج، وحسب القانون الفرنسي عقد الزواج صحيح، فهذا الاختلاف في الحكم مرده الاختلاف بتكييف الوقائع من قبل القضاء الذي ينظر بالنزاع [٥]

وقد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في تحديد محل التكييف الذي يقوم به القاضي في كل مرة يعرض امامه نزاع مشوب بعنصر اجنبي ، فقد ارتأى بعضهم الى ان القاضي يقوم بتكييف العلاقات القانونية وليس الوقائع فمثلا بمسائل العقود والزواج والاهلية والعمل غير المشروع وغيرها يقوم القاضي باعطاء العلاقات القانونية التي امام الوصف القانوني الصحيح وينسبها الى احد الطوائف التي حددها المشرع الوطني [٦] ، بينما قال رأي اخر من الفقه بأن محل التكييف هو الوقائع لان النزاع هو عبارة عن مجرد وقائع مالم يعطى له الوصف القانوني المحدد وبعدها تنسب هذه الوقائع الى احد الطوائف التي حددها المشرع في القانون الوطني [٧] ، ونحن نؤيد وجهة نظر الرأي القائل بأن عملية التكييف التي يقوم بها القاضي تشمل الوقائع القانونية التي ترتب الاثار القانونية ومن ثم ردها الى قاعدة الاسناد الوطنية كي تشير هذه الاخيرة الى القانون الواجب التطبيق وارجعت بعض التشريعات الفقهية [٨] سبب خضوع التكييف لقانون القاضي هو ان التكييف لا يعدو ان يكون في الواقع الا تفسيراً لقواعد الاسناد الوطنية، فأن اسناد مسائل الاحوال الشخصية الى قانون الجنسية او الموطن تستلزم من القاضي تحديد

المسألة ودراستها وفق ما يراه مناسباً بقانونه باعتباره على علم ودراية بحيثيات قانونه الوطني لا بقانون اخر . فهو عملية اجتهادية تستلزم من القاضي العلم الكافي والدراية بالاصول التشريعية التي قامت عليه قوانينه الوطنية حيث يقوم بالتدقيق والاستدلال القانوني ليصل الى الفكرة فيجب ان يحصل القاضي على قسطٍ من الحرية في تفسير الوقائع التي امامه وفق الاطار العام الذي رسمه المشرع له[٩] ،لان اي خطأ بالتكييف ينعكس على الاسناد وبالتالي على اختيار القانون الواجب التطبيق وتكون هذه القاعدة مشوبة بالخطأ الذي يخضع لرقابة المحاكم العليا [١٠]، وتخضع في العراق مسائل القانون لرقابة محكمة التمييز .

ومن وجهة نظرنا ان العلة في اخضاع التكييف الى قانون القاضي بأغلب التشريعات تعود الى الفكرة القديمة السائدة بتاريخ الشعوب وهي فكرة احترام السيادة للدولة التي كانت لا تجيز تطبيق قانون دولة اخرى على اقليمها بل كانت لا تجيز المساواة بين الوطني والاجنبي، وبعد التطورات التي حدثت في العلاقات الدولية اصبح من الممكن ان تتسامح التشريعات بتطبيق قانون اجنبي في اراضيها ولكنها لم تتمكن من مغادرة فكرة التنازل ولو عن جزء من سيادتها عندما تسمح بتطبيق قانون اجنبي في اقليمها ، لذا فيحتم الامر الخضوع للمشرع الوطني بهذه الدولة ليحدد نطاق ومقدار هذا التنازل وبالتالي منح المشرع القاضي الوطني حق تكييف النزاع المعروض امامه واسناده الى احد الطوائف التي حددها له حسب قانونهما الوطني ومؤكدا بأن هذا الحق ليس مطلقاً وانما تكتنفه القيود والحدود .و هذا التكييف هو التكييف الاولي حيث يقوم به القاضي حين يعطي الوصف القانوني المناسب لاحد الافكار المسندة قبل عملية الاسناد، اما التكييف الثانوي فهو المرحلة اللاحقة على عملية الاسناد حيث يقوم القاضي بموجب القانون الذي اشارت له قواعد الاسناد في البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيطبق على النزاع والمناسب للعلاقة [١١].

ونشير اخيرا وليس اخراً بان هناك اتجاهات اخرى اخضعت التكييف الى قانون الذي يحكم النزاع وهناك من اخضعه الى القانون المقارن الا اننا بصدد بيان دور القاضي في مسالة التكييف فسلطنا الضوء في دراساتنا على الاتجاه الراجح والذي اخذ به المشرع العراقي وهو الاتجاه القائل بأخضاع مسألة التكييف الى قانون القاضي وهذا ما نصت المادة ١٧ من القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة١٩٥١النافذ ((القانون العراقي هو المرجع لتكييف العلاقات القانونية عندما يتطلب منه تحديد نوع العلاقة التي تتنازع بشأنها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها)) وكذلك اخذت به اغلب التشريعات العربية لأن هذا الاتجاه هو الاكثر قبولا والاوسع انتشارا [١٢].

المطلب الثاني

دور القاضي الوطني في الاحالة

قد يصطدم القاضي بعد مرحلة تكييف الواقعة بعقبة وهي عقبة تحديد القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد هل انه القانون المقصود ام المقصود هو احكامه الداخلية، فتبرزت هنا مشكلة هي مشكلة الاحالة[١٣] وتعرّف على انها ((احالة الاختصاص

التشريعي في موضوع النزاع الذي ينظره القاضي من القانون الاجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد الوطنية الى قانون القاضي او قانون اخر عملا بقواعد الاسناد في القانون الاجنبي الواجب تطبيقه))[١٤] ، ان الاساس في ظهور الاحالة هو اختلاف حكم قواعد الاسناد بين قواعد قاضي النزاع الذي نظر بالنزاع وبين حكم قواعد الاسناد في القانون المسند اليه ، فلو تشابهت قواعد الاسناد في الحكم بين قانون القاضي والقانون واجب التطبيق لما ظهرت الاحالة وهذا يحصل بين تشريعات الدول المتقاربة ثقافياً وحضارياً حيث تضع قواعد اسناد متشابهة في الحكم كما هو الحال بين التشريع العراقي والتشريعات العربية.

ومن جدير بالذكر ان اول ظهور لفكرة الاحالة كان امام القضاء البريطاني في عام ١٨٤١ بمناسبة قضية Collier and Rafaze[١٥] الا انها لم تثر اهتمام الفقه والقضاء، بقدر ما اثارته قضية السيد فوركو من الاهتمام والتي عرضت امام القضاء الفرنسي عام ١٨٧٥[١٦].

ويظهر دور القاضي في الاحالة في مسائل الاحوال الشخصية فهي البيئة الخصبة لها وذلك لان قواعد الاسناد في المسائل الاخرى كالمسائل العقدية وغير العقدية و مسائل الاحوال العينية والشكلية تكون متشابهة بجميع التشريعات فمثلا مسائل العمل النافع والضار تخضع بجميع التشريعات الى محل حدوث الفعل، بينما مسائل الاحوال الشخصية تختلف التشريعات في اسنادها الى الضوابط فمثلا يخضع التشريع العراقي مسائل الزواج والطلاق والنفقة والميراث الى قانون الجنسية ، بينما يخضعها القانون البريطاني الى قانون الموطن. ويكون دور القاضي ايسر في الاحالة البسيطة او الاحالة من الدرجة الاولى (احالة الرد او الرجوع) لان القانون المسند اليه لاختصاص سيرد الاختصاص الى قانون القاضي نفسه فالاختصاص يدور بين قانونين يكون الاخير ملماً باحدهما كونه قانونه الوطني، اما الاحالة المركبة احالة من الدرجة الثانية (او الاحالة المتعددة) سيتعقد الامر على القاضي حيث يحيل القانون المسند اليه الاختصاص الى قانون اجنبي ويحيل هذا الاخير الاختصاص بموجب قواعد اسناده الى قانون اخر، بمعنى انها احالة لغير قانون القاضي ويتوجب عليه البحث عن مضمونه بعد ان بحث عن القانون الاول[١٧].

ويعد موضوع الاحالة من اكثر موضوعات القانون الدولي الخاص اثارةً للنقاش والجدل فقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع بين مؤيدٍ ورافضٍ هذه الفكرة . فانصار فكرة الاحالة يرون بوجوب العمل بالقانون المختص بوصفه كلاً لا يتجزأ وذلك عندما تشير قواعد اسناد قانون دولة القاضي الى تطبيق القانون الاجنبي فالمقصود منه تطبيق هذا القانون بكل قواعده الموضوعية والاسنادية لان (احدهما يكمل الاخر) لا يمكن الاقتصار على اي منهما دون الاخر[١٨].

كما ويرى المؤيدون لهذه الفكرة بان القاضي عندما يقوم باسناد الاختصاص لقانون دولة اجنبية فانه بمثابة العرض الذي يقدمه القاضي لهذه الدولة فان رفضت الاخيرة هذا العرض فيمكن للقاضي الوطني ان يطبق القانون الذي تمت الاحالة اليه بالاختصاص

او الــى قانــون القاضــي نفســه ، لان القاضي الوطنــي لن يتمسك بتطبيق قانــون دولة اجنبية هــي نفسها غيــر مهتمة بتطبيقــه فضلا عن ان عــودة الاختصاص الــى قانــون القاضي يمنح الاخير توسيعــا لصلاحياته ونطاق اختصاصه الامــر الــذي يصب في مصلحــة دولة القاضي ، لذا نــرى بأن المشرع الفرنســي والبريطاني قد اخــذ بفكرة الاحالــة من الدرجــة الاولى او البسيطة واخذ المشــرع الالماني بفكرة الاحالة بنوعيها[١٩] .

كمــا ويرى مؤيد فكرة الاحالــة ان التنسيق بيــن قواعد التنازع في مختلف تشريعات الدول سيؤدي الى اتفاق جميعهــا على القانون واجب التطبيق بينما رفض الاحالة سيؤدي الى تطبيق قوانين مختلفة تشير اليها قواعد الاسناد المختلفة فــي التشريعات وذلك وفقا لاختلاف الدول التي يعــرض فيهــا النــزاع ومن ثم صــدور احكام مختلفة تحــول دون امكانية تنفيذها في المحاكم الوطنية للدول[٢٠] .

اما معارضو فكرة الاحالة فقد ردوا على التوجهات المؤيدة للاحالة بجملة من الانتقادات فبالنسبــة لوجــوب العمــل بالقانــون المختص ككــل دون تجزئتــه ، فيــرى المعارضون بأن القواعــد الموضوعية في القانــون الاجنبي هي المعنيــة بالتطبيــق وليــس قواعــد الاسناد لان هــذه الاخيرة هي التــي الزمت القاضي بتطبيق القانون الاجنبــي واذا كان لزاما التمسك بوحدة القانــون الاجنبــي دون تجزئته فمــن باب اولى التمســك بقواعــد قانــون القاضي بشكــل كامل دون تجزئتهــا وهذا يقود القاضي الوطني للبقاء فــي دائرة مفرغة لا يمكنــه التوصل معها الى القانون واجب التطبيق [٢١] .

و ان القــول باسنــاد القاضــي الوطنــي الاختصــاص الــى قانــون اجنبــي هــو بمثابة العــرض الذي يقدمه القاضــي للقانون الاجنبي فيرد عليه بأن وظيفة قواعد الاسناد هو الاسناد فوظيفة هذه القواعد هو نقل الاختصاص لقانون دولة معينة دون السماح له بتجاوز تلك الوظيفة، امــا مسألة قبول او رفض الاحالة فهذا ليس من شــأن القاضي الوطني وانما هو من اختصاص القانون الاجنبي .

واما القول بأن التنسيق بين قواعد التنازع فــي مختلف تشريعات الدول سيؤدي الى توحيد القانون واجب التطبيق ، فيرد المعارضون عليه بأنه امــر غير صحيح فلن يــؤدِ الاخذ بالاحالة الــى توحيد الحلول لان توحيدها يستلزم توحيدا لقواعــد الاسناد فــي تشريعــات الداخلية للدول وهــذا ما لن يحــدث ابدا، بينما العمــل بالاحالة يؤدي الــى تطبيق كل دولة لقاعــدة الاسناد في دولــة اخرى الامر الذي يقــود الى تغيير الحكم النهائــي للنزاع وفقا لتغييــر قواعد الاسناد بين الدول [٢٢] .

وبالنسبــة لموقــف المشــرع العراقي من الاحالــة فيلاحظ انه رفــض الاخذ بها بموجب نص المادة ١/٣١ مــن القانون المدني العراقي النافــذ ((اذا تقــرر ان قانونــا اجنبيا هو واجب التطبيــق فأنما يطبق منه احكامــه الموضوعية دون التــي تتعلــق بالقانون الدولــي الخاص)) وهــذا النــص دلالة علــى عدم العمــل بالاحالة بموجــب القوانين العراقية سواء القانون المدني او قانون الاحوال الشخصية او القانون التجاري لكنه استثنى ذلــك في بعض الحالات منها نص المادة ٢/٤٨ من قانــون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنــة ١٩٨٤ الخاصــة بتحديــد اهليــة الالتزام

بالحوالة[٢٣] .كما سبق له الاخذ بنظرية الاحالة في المادة (٤٢٤/ ٢) من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغى) [٢٤] . فضلا عن ان المشرع العراقي يأخذ بالاحالة اذا كان قد صادق على اتفاقية او معاهدة تقر العمل بها لانه التزام دولي وعمل باحكام المادة ٢٩ من القانون المدني النافذ التي اشارت الى وجوب إعمال المعاهدات الدولية وعدم العمل بنصوص المواد الواردة في التشريعات الداخلية اذا كانت مخالفة الى هذه الاتفاقيات .

وعلى الرغم من موقف المشرع العراقي الا ان القاضي الوطني قد اخذ بفكرة الاحالة في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية الخاصة بالفتاة البريطانية المعروفة على مستوى القضاء العراقي حين تزوجت فتاة بريطانية الجنسية متوطنة مع امها في العراق وتبلغ هذه الفتاة ١٢ سنة من العمر وتم عقد زاوجها في المحكمة الشرعية في بغداد من رجل عراقي مسلم واعلنت الفتاة اسلامها ، الا ان والدة الفتاة اقامت دعوى لابطال الزواج واسلام ابنتها وذلك لانها قاصر بموجب القانون الانكليزي ولم تستحصل موافقة امها بوصفها الولي.فاستجابت المحكمة لطلب السيدة البريطانية فيما يخص موضوع الطعن باهلية الفتاة ، لكنها رفضت النظر بمسألة اشهار اسلامها كونها مسألة عقائدية وفكرية تكمن في سريرة الانسان، وبالنسبة الى مسألة اهليتها وزواجها فأن القاضي العراقي يطبق قانون جنسية الفتاة ليحدد الاخير اذا ما كانت فعلا قاصراً او ليست كذلك ، الا ان القانون البريطاني يطبق قانون الموطن في مسائل الاهلية بمعنى ان القانون الاخير احال الى القانون العراقي الاختصاص وقبل القضاء العراقي هذه الاحالة وطبقت المحكمة العراقية احكام المجلة التي كانت بمثابة القانون المدني في العراق انذاك ، واذا كانت الفتاة قد وصلت الى مرحلة البلوغ الشرعي يجوز لها الزواج باذن وليها ونظرا لان وليها هي الام وهي غير مسلمة فتسقط الولاية عنها وتنتقل الى القاضي لانه ولي من لا ولي له ، فقد اجاز القاضي هذا الزواج ومن ثم ردت دعوى الام وتحققت صحة الزواج بسبب تطبيق القاضي لفكرة الاحالة [٢٥]. فضلا عن ذلك مهمة الاحالة التي يقوم بها القاضي فأنه يقوم بمهام اخرى الى جانب الاحالة وهي الاسناد والتفويض والتركيز و تقع جميعها في نطاق سلطته التقديرية [٢٦] .

المبحث الثاني

دور القاضي الوطني في مرحلة الاسناد (المرحلة الثانوية)

بعد انتهاء القاضي من تحليل الواقعة القانونية المعروضة امامه ومنحها التكييف القانوني المناسب ينتقل الى مرحلة اخرى وهي مرحلة اسناد هذه الواقعة الى القانون واجب التطبيق ،حيث تبدأ مهمته بإعمال قواعد الاسناد الوطنية لتحديد القانون الذي سيطبق على الواقعة محل النزاع ، وقواعد الاسناد قد تكون قواعد اسناد شخصية تتعلق بجنسية اطراف النزاع، او قد تكون قواعد اسناد اقليمية تتعلق بالموقع الجغرافي لمحل النزاع ، ولتفصيل ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة دور القاضي في إعمال قواعد الاسناد الشخصية ،ونخصص المطلب الثاني لدراسة دور القاضي في إعمال قواعد الاسناد الاقليمية وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول

دور القاضي في إعمال قواعد الاسناد الشخصية

كما هو معلوم فأن مهمة قواعد الاسناد هو اختيار القانون الملائم للعلاقة القانونية ذات البعد الدولي او المشوبة بالعنصر الاجنبي حيث انها لـن تمنح النزاع الحـل الموضوعي وانما تحدد فقـط القانون الـذي سيتولى هـذه المهمة فيقوم القاضي عـن طريق قواعد الاسنـاد الشخصية بإخضـاع الاختصاص الى قانـون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته فكل ما هو متعلق بالاشخاص سيصنف ضمن فئة مسائل الاحوال الشخصية ، وكل ما يتعلق بالعقود والالتزامات سيصنف ضمن فئة المسائل العقدية التي تخضع لارادة الاشـخاص، وسنقـوم بتوضيح ذلك في فرعيـن نخصص الفـرع الاول لقواعد الاسناد في مسائل الاحوال الشخصية ونخصص الفرع الثاني لدراسة ارادة الاطراف بوصفهما قواعد الاسناد الشخصي وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول

قواعد الاسناد في مسائل الاحوال الشخصية

ان جميـع المسائل المتعلقة بالاشـخاص يمكـن تصنيفهـا على انها مـن مسائل الاحوال الشخصيـة الا ان التشريعات اختلفت من حيث مسألـة اخضاعهـا لقانـون الجنسيـة او قانون الموطن [٢٧]، وبجميع الاحوال فأن القاضي لن يواجـه مشكلة اذا كانـت الواقعة التي امامه من مسائل الاحوال الشخصيـة لانه سيخضعها اما لقانون جنسيـة الشخص او لقانون موطنه، الا ان المشكلـة تثار اذا ما كـان للشخص اكثر من جنسيـة او اكثر من موطـن، و العكس صحيح حيـث تثار مشكلة ايضا اذا كان الشخص عديم الجنسيـة اوعديـم الموطـن ، وسنوضح هذين الفرضين بحالتين وعلى النحو الاتي :

١ـ جنسيـة القاضـي ضمـن الجنسيـات المتنازعـة: فلـو كان النـزاع المطـروح امام القاضـي الوطني من قبل شـخص مـزدوج او متعـدد الجنسيـات وهو يشترك فـي احداها مع جنسيـة القاضـي فـأن القاضي سيطبـق قانون جنسيتـه بوصفهـا الجنسيـة المشتركـة بينهما رغـم وجـود بقية الجنسيات . وهـذا ما اخذ به المشـرع العراقي في نص المـادة (٢/٣٣) من القانـون المدني العراقي التي نصت ((على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبيـة او عـدة دول اجنبية جنسيـة تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه)).

ولعـل ان هـذا الامـر مؤداه عـرف دولي يغلب الجنسية التي يتمتـع بها القاضي الوطني المشتركـة مـع احـد جنسيات الخصـوم كونها مسألة تتعلق بالسيادة ولا يمكن الاحتكام بشأنها الـى قانـون دولـة اخـرى، والى هـذا المفهوم اشارت ايضا محكمة التمييز الاتحادية العراقية فـي مسألة ارثيـة كان المتوفى يحمـل الجنسية العراقيـة والجنسيـة اللبنانيـة فطبـق القاضي الوطنـي القانون العراقي لانـه قانون دولة كل من القاضي والمتوفى [٢٨] .

٢ـ غياب جنسية القاضي وجميع الجنسيات المتنازعة اجنبية : اما لو كان النزاع المطروح امـام القاضـي الوطني من قبل شـخص متعدد الجنسيـات (ليس بينها جنسية القاضي) فيميل

الرأي الراجح الى تغليب الاخذ بالجنسية الفعلية او الحقيقيــة او الواقعية والتي يستشفها القاضي من الظروف والقرائــن والوقائع بأنها الجنسية الفعلية والاكثر ارتباطاً بهذا الشخص[٢٩]، وهذا يعنــي ان المشرع منح القاضي الوطني السلطة التقديريــة فــي البحث عــن الجنسيــة الحقيقية لذوي الجنسيــات المتعــددة او عديمي الجنسية بقولــه ((تعيــن المحكمــة القانــون الــذي يجب تطبيقه..)) [٣٠]، وهذا ايضا ما اخذت به محكمة التحكيــم عــام ١٩١٢ في قضيــة (Rofaael Kanafaro) حيــث كان هــذا الشخص يحمل جنسيتيــن الايطالية والبيرؤيــة ، وقام القاضي بالبحــث عن جنسيته الفعليــة وتيقن من الوقائع والادلة التي تحصــل عليها بأن جنسية الاخيرة هــي الجنسية الفعلية له ، لان هذا الشخص كان يمارس حقوقه المدنية والسياسية في دولة بيرو وليس في دولة ايطاليا .

٣ـ الشخص المتقاضى عديم الجنسية: ولو طرح النزاع على القاضي من قبل شخص عديم الجنسية فأن المشرع ايضا منح القاضي الوطني السلطة التقديرية فــي تحديد القانون الشخصي للشخــص منعدم الجنسية ، فيعمــد القاضي الى تطبيــق قانون الدولــة التي يتوطنهــا الشخص عديم الجنسيــة او التي يقيم فيها ويكون مرتبطاً بهــا ارتباطاً وثيقاً واذا لــم يتوصل القاضي الى سبيــل في ذلــك ، فأن لــه تطبيق قانــون دولته بوصفه قانــون دولة القاضــي المطروح امامه النــزاع وهذا ما نصت علية المادة (١/٣٣) من القانون المدني العراقي .

وخلاصــة ما تقــدم فأن القاضي يقوم بتكييــف الواقعــة المطروحة امامــه فأن كانت تنتمــي الى مسائــل الاحــوال الشخصية سواء بنطاقها الضيق او بنطاقها الموسع فأنها تخضع لقانــون جنسيــة الشخص او قانــون موطنه مع مراعــاة مسألة تعدد الجنسيــة او انعدامها والى هذا المفهوم اشــار المشــرع العراقي بأكثر من نص في المواد (١٨ ، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٣) من القانون المدني النافذ، والى ذلك اشــارت المادة (٢) من قانون الاحوال الشخصية النافذ ، وجاء موقف القضاء العراقي مطابقاً لموقف المشرع في عدة مناسبات[٣١] .

الفرع الثاني

قواعد الاسناد في مسائل الالتزامات التعاقدية

ان ظهــور الاتجاهــات الفقهيــة الحديثــة المنادية بوجوب اخضــاع الالتزامات التعاقدية الدولية الى قانون الارادة بدلا من اخضاعه الى قانــون محل ابرام العقد او قانون محل تنفيذه ، هو الاتجاه الذي كانت له الغلبة لاسيما بالعصر الحالــي وفي ظــل ثــورة التكنولوجيــا والذكاء الاصطناعي التي تمخض عنها كثرة التعاقدات والتعامــلات الالكترونيــة ، فأصبــح اختيــار القانــون الواجــب التطبيق علــى العقد عادة ما ينشأ من ارادة المتعاقدين، فمتى تحققت شروط العقد الدولي وهي كون العلاقة التعاقدية متصفة بصفــة دولية وان تكــون المسألة مــن المسائل المالية ومن المسائل المفسرة التي تجيز الاتفاق بين اطــراف العقد على اختيار القانون الواجب التطبيــق ، وان يكون قانون الارادة على صلة بالعقد وان لا يكون مخالفاً للنظام العام في دولة قاضي النزاع فان تلك الارادة محل احترام ، ورغبــة الاطراف فــي اختيارهم قانون دولة ما او اللجوء الى التحكيم امرا قاضياً لابد من تسليم القاضي به .

وهـذا مـا ذهبت اليه المحاكـم العراقية في عدة مناسبات ومنهـا عندما اعتدت بقانون الارادة في القضية التي تضمنت مطالبة شركة اجنبية بتعويض من الشركـة العراقية الخاصة بالخدمـات البحرية نتيجة لاخلال الاخيرة بعدم ابرام عقود للموظفين وعدم تسجيلهم لدى دائرة الضمـان الاجتماعـي الامر الـذي تسبب بعدم السماح لهـم بالدخول الى موقـع العمل ، فكان حكم المحكمـة الابتدائية صدر قبل التحقق من بنـود العقد المبرمة بين الطرفين ، حيث تضمن العقـد بنداً وجوب تطبيق قانـون انكلترا وويلز في حـال نشوب اي خلاف بيـن الطرفين وفق المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي وعليه قررت محكمـة الاستئناف بنقض الحكم المميز ووجـوب تطبيق قانون انكلتـرا وويلز بدلا من القانون العراقي لانه القانون المختار [٣٢] .

ولا غبار على الارادة الصريحة بين طرفي العقد الدولـي في اختيار قانـون دولة ما ليحكم عقدهـم وانما الخـلاف يثور عند عـدم الادلاء بهـذه الارادة بشكـل صريح وواضـح في بنود العقـد ، فيقع العبئ علـى عاتق القاضي للبحث عن ارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فيبـدأ بالبحث والتحري عن القانون الـذي ترغـب بـه الاطـراف ' فتكـون هنالك جملـة من القرائـن يستشف منهـا القاضي تلك الارادة كمـا هو الحال فـي اختيار محكمة دولة معينـة ، ولغة العقد والعملـة التي يتم بها الوفاء بالالتزامات الناشـئة عن العقـد ، فأن لم يستدل القاضـي عن تلـك الارادة بهـذه القرائن يلجأ الـى ضوابـط الاسنـاد الاحتياطيـة او الجامدة التـي تتمثل بجنسية المتعاقديـن او موطنهما او محـل اقامتهمـا او محل ابـرام او تنفيذ العقد ، والـى ذلك المفهوم اشـارت المـادة ٢٥ /١ من القانون المدنـي العراقي بنصها ((يسري على الالتزامـات التعاقدية قانون الدولـة التي يوجد فيهـا الموطـن المشتـرك للمتعاقديـن اذا اتحدا موطنا ، فـاذا اختلفا يسري قانـون الدولة التي فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه)) وواضح مـن هذا النص ان المشرع العراقي لم يشر الى ضابـط الاسناد محل تنفيذ العقـد وكان الاجدر بـه ذكره كضابط اسناد جامـد يأتي بمرتبة بعد مرتبة قانون الارادة كما ذكر قانون محل ابرام العقد ليكون نص المادة اعلاه كالاتي ((يسري علـى الالتزامـات التعاقدية قانـون الدولة التي يوجـد فيهـا الموطـن المشتـرك للمتعاقدين اذا اتحـدا موطناً ، فاذا اختلفـا يسري قانون الدولة التـي فيها ابرام العقد او تنفيـذه ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف بان قانوناً اخر يراد تطبيقه)).

وبالوقـوف علـى موقف الفقـه الغربي في هـذا الصدد نجد ان الفقـه الفرنسي والانكليزي يحمـلان القاضي مشاق اخرى تتمثل بضرورة بحثـه عـن الارادة المفترضـة وعـدم الاكتفاء بـالارادة الصريحـة والضمنيـة للمتعاقديـن ويعرف هذا بإعمال فكرة التركيز الموضوعي للعلاقـة العقدية ، عـن طريق تحديـد القاضي للعلاقة العقدية بالمحل الـذي يمثل مركز الثقل فيها ومـن ثم يقوم باسندها للقانون الاوثق صلة بهـا، وهذه الفكرة هي فكـرة الاداء المميز وقد يكـون الاداء المميز هـو المكان الـذي يتم فيه تنفيـذ الالتـزام الرئيسـي الذي يتميـز عن بقية الالتزامـات فـي الرابطة العقديـة اي محل ثقل العلاقـة القانونيـة[٣٣] ، والاداء المميـز يختلف من عقدٍ الى اخر بحسب طبيعته فقد يكون محل اقامـة المدين به فمثلا عقـد العمل يكون العامل

هو صاحب الاداء المميز وليس صاحب العمل الـذي يتمثـل التزامه بدفع الاجـرة فقط ، او قد يكـون محل اقامة الدائـن او محل تنفيذ الالتزام وغيرها.وقـد اخـذ بهـذا المشـرع العراقي في نص المـادة ٣٠ مـن القانون المدنـي العراقي وذلـك في مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شـيوعا، وكذلك بعض التشريعات منها القانون الالمانـي لعام ١٩٨٦ في المادة (٢٨) والقانون السويسـري لعـام ١٩٨٧فـي المـادة (١١٧) واتفاقيـة روما لسنة ١٩٨٠ الخاصـة بالقانون الواجب التطبيق علـى الالتزامات التعاقدية في المادة (٤) منها .

المطلب الثاني

دور القاضي في إعمال قواعد الاسناد الاقليمية

يقـوم القاضـي الوطنـي بإخضـاع بعض المسائـل الـى قانـون دولـة مـا بحكـم الموقع الجغرافـي او الاقليـم وذلـك فـي مسائـل الاختصـاص الوجوبيـة او الاستئثارية التي لا يمكـن سحب الاختصاص التشريعي والقضائي منها لصالح تشريعـات دول اخرى مهما كانت الاسبـاب فهي محكومة بقانون الاقليم ومن هذه المسائـل ، مسائـل الحقوق العينيـة (العقارات والمنقـولات) ، والمسائل غير التعاقدية (الفعل الضـار ، الفعـل النافـع) ، ومسائـل الشكلية، وهـذا مـا سنأتـي على بيانـه في ثلاثـة فروع نخصـص الفرع الاول لدراسـة قواعد الاسناد فـي مسائل الحقوق العينيـة ، ونخصص الفرع الثاني لدراسة قواعـد الاسناد في المسائل غير التعاقديـة، ونخصـص الفـرع الثالـث لدراسة قواعد الاسناد في مسائـل الشكلية وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

قواعد الاسناد في مسائل الحقوق العينية

ان مسائـل الحقـوق العينية كثيـراً ما تثير مسألـة تنـازع القوانين التي يكـون موضوعها الامـوال وتكـون هذه الامـوال امـا ان تكون امـوال مادية وتقسم الى اموال عقارية واموال منقولـة ، واما ان تكـون امـوال معنوية وهي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان وغيرها.

فأمـا الاموال المادية (الاموال العقارية والامـوال المنقولة) فهي الامـوال التي استقر الفقـه والقضاء والتشريع ان يكون الاختصاص فيها الى قانون محل وجودها وهذا شاملا لجميع المسائـل المالية وكـل ما يتعلق بهـا من عقود وهبـة ووصية وميـراث ومسؤوليـة تقصيرية باستثنـاء مسائـل الاهليـة فيهـا (فهـي تخضع لقانون الجنسية).

وينبغي الاشـارة الى ان الفقه اختلف في مسألـة الشكلية المتعلقة بالاموال والزم التمييز فيمـا اذا ابرمت الشكلية فـي دولة اخرى غير دولـة وجود الامـوال فهنا سيعد حق شـخصي وبالتالـي يخضع لقانون جنسيـة الشخص ، اما اذا كـان محل اجـراء الشكلية فـي موقع المال نفسه وفي دائـرة التسجيل العقاري المختصة ، فـأن الشكلية هنا تعلقت بالعقار نفسه مثل حقوق نقـل الملكية او ترتيب حقوق عينية اخرى على العقار كحق الارتفاق والشفعة وغيرها وتخضع هنا لمحل وجود هذا المال .

بينمـا نحـن نؤيد التوجـه القائـل ان كل ما يتعلـق بالامـوال مـن شـكلية وحقـوق وحتى

الاهلية التي تمكن الشخص من اداء التصرفات الخاصة بهذه الاموال يجب ان تخضع لقانون محل وجود المال ، وعلى القاضي الوطني ان يطبق قانون الدولة الكائنة بها لانه امر متعلق بسيادة الدولة وامنها ولن تسمح اي الدولة لان تمد دولة اخرى سلطانها التشريعي والقضائي ليصل الى اقليمها ، فضلا عن ان الدولة الكائن بها العقار او المال المنقول هي الاعلم والاكثر ارتباطا بهذا المال والاكفأ في تحديد متعلقاته وملابسات النزاع الخاص به فليس من المنطق السماح لدولة اجنبية ان تحكم هذه الاموال وهي في اقليم اخر وسندنا في هذا ما اشار اليه المشرع في القانون المدني العراقي في المادتين(٢٤) و(٢/٢٥) منه [٣٤].

وهذا ايضاً موقف القضاء العراقي عندما ردت محكمة التمييز دعوى المدعين بالمطالبة باجرة المثل لاشغال المدعي شقة في لندن العائدة الى مورثهم ، حيث كان المدعي يشغلها لانه احد ورثة المتوفى وبسبب عدم دفعه بدل الايجار[٣٥] ،وذلك بالاستناد الى المادتين ٢٩ و٣٦ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩. والمادة ١٥/ب من القانون المدني العراقي ، ونجد ان المادة (٧/أ) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ تنص على ((تعد المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط الاتية ١: كون الدعوى متعلقة باموال منقولة او غير منقولة كائنة في البلاد الاجنبية)) وعليه فأن كل من محكمة البداءة والتمييز كانتا على صواب في هذا القرار لان الاختصاص التشريعي والقضائي بهذه الدعوى ينعقد الى محكمة لندن وليس للمحاكم العراقية.

الا ان الامر يصعب على القاضي الوطني في إعمال قواعد الاسناد وتحديد الاختصاص عند حركة الاموال المنقولة من دولة الى اخرى ، بمعنى اذا انتقل المال من دولة الى اخرى فأي قانون سيطبق القاضي هل قانون محل وجوده الاول ، ام قانون محل وجوده الحالي ؟ نرى ان الواقع العملي يفرض على القاضي البحث عن عناصر الحق فيبحث بأي دولة اكتملت عناصر الحق وارتقى الى مستوى الحق المكتسب فيعد قانون هذه الدولة هو القانون الواجب التطبيق ، ويستشف ذلك من نص المادة ٢٤ من القانون المدني التي نصت على ((... ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامور الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده)) وبالوقوف على هذا النص نرى ان المشرع منح القاضي السلطة التقديرية في البحث عن مسألة اكتمال عناصر الحق دون توضيح المدة المقررة لذلك ، ودون الافصاح عن صلاحيات القاضي بهذا الخصوص لذا يفضل لو كان نص المادة ٢٤ اعلاه كالاتي : ((يسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت رفع الدعوى ويحدد القاضي محل اكتساب الحق او فقدانه))

وللقاضي دورٌ هامٌ في حل المنازعات الخاصة بالاموال المنقولة التي لم يحدد المشرع قواعد اسناد خاصة بها وانما ترك امر تقديرها للفقه والقضاء كما هو الحال بالسفن والطائرات والمركبات والاقمار الصناعية ، حيث اخضعها الفقه الى قانون بلد تسجيلها وبحال كانت تحمل علم دولة ما فانها تخضع الى قانون دولة العلم. فضلا عن ترك المشرع الوطني المسائل المتعلقة بالاموال المعنوية دون اخضاعها الى

قواعـد اسناد محددة يلـزم القاضي باتباعها في الوصول الى القانون الواجب التطبيق كالحقوق التجارية والحقوق الشخصية التي تتمثل بديون ماليــة ثابتة في الذمة او اوراق مالية كالاوارق الاسميــة (اسهـم وسنـدات) واوراق تجاريــة (كمبيالــة وسفتجــة والصــك) حيـث تعد هذه الاوراق متعلقــة بالنظام العام بالدولة وقواعدها الامره فكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يضع نصوصــاً تشريعية يشير فيهــا الى قواعد اسناد خاصة لكل مسألة من المسائل في اعلاه حتى لا يترك مجالا للشك والريبة في تطبيق قانون دولة مــا دون غيرهــا ، فضلا عــن تحميل القاضي مسؤوليــة البحث عــن قواعد الاسنــاد المناسبة للواقعة التي امامه كي يخضعها للقانون الواجب التطبيق تعد مسألة شاقه عليه فهو مسؤول عن تطبيق القانون لا عن ايجاده.

وفيمــا يخص الامــوال المعنوية لابد ان نشير الــى موقف المشــرع العراقي حيث حدد قاعــدة اسنــاد لحقــوق الملكية الفكريــة وذلك بمقتضــى المــادة ٤٩ مــن قانــون حمايــة حق المؤلف رقــم ٣ لسنة ١٩٧١النافذ حيث اخضع مصنفــات المؤلفيــن العراقييــن والاجانب التي تعــرض لاول مــرة في بلد اجنبي الــى القانون العراقــي وعدلــت هذه المــادة بموجــب الامر الاداري الصادر عــن سلطة الائتلاف رقم ٨٣ لسنــة ٢٠٠٤[٣٦] ، ونحن نــرى وجوب تعديل هــذا النص (المعدل) لانه يتيح الحماية القانونية من المشــرع العراقي لمصنفــات اجنبية بغض النظر عن بلد العرض او النشر بحقوق مساوية لحقوق المؤلفين العراقيين وبدون قيد او شــرط المعاملــة بالمثــل. وعليه نقتــرح ان يعدل نص المــادة ٤٩ من القانون اعــلاه للاتي: ((تسري احكــام هــذا القانون علــى مصنفــات المؤلفين العراقييــن التي تنشــر او تمثل او تعرض لاول مرة في العراق او بلد اجنبي ، وعلى مصنفات المؤلفين الاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لاول مرة في العراق شرط المعاملة بالمثل)).

وعلــى الرغم من قصور فــي النص اعلاه الا ان توجــه المشرع العراقي في تحديد قواعد اسناد لمسائل حقــوق الملكية الفكرية في قانون حمايــة حق المؤلــف امرٌ يحتسب لــه ، فهنالك تشريعــات عربية واجنبية لم تذكر نصاً قانونياً خاصــاً بحماية حــق المؤلف وانما تــرد احكام الحمايــة في قوانيــن مختلفة كالقانــون المدني وقانون العقوبات وغيرها .

الفرع الثاني

مسائل الالتزامات غير التعاقدية

الالتزامــات غير التعاقديــة هي الالتزامات التــي تنشــأ عــن الفعــل الضــار(المسؤوليــة التقصيريــة) و الالتزامات الناشــئة عن الفعل النافــع (الكســب دون سبــب) ، ويبــدأ دور القاضــي في هذه المسائل بتكييف الواقعة التي امامــه فأن كيفها علــى انها احــد المسائل غير العقديــة فيعمد الى تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بهــذه الفئة ، فبالنسبة للفعــل الضار قد اخضعه المشرع العراقي في المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي الى قانون الدولة التي حدثت بها الواقعة المنشئة للالتزام اي لمحل وقوع الحدث المنشأ للالتزام ، بوصفه القانون الاكثر ملائمةً لحكم العلاقة القانونية في قيام المسؤولية المدنية التــي تعد اخــلالا بقانون الدولــة التي اصدرته والــذي يقضــي بوجوب عدم الاضــرار بالغير فعنــد وقوعه في اقليــم تلك الدولــة فأنه سيخل بقواعــد الامن المدني المرعيــة بتلك الدولة[٣٧]

)، ومن المعلـوم ان المسؤولية التقصيرية تقوم علـى ثلاثة اركـان وهـي الخطـأ ، الضرر ، العلاقـة السببية بينهمـا فالسؤال هنا ما هو دور القاضي في تحديد المحل المشار اليه في النص فـي اعلاه اي بمعنى كيف له تحديد محل وقوع الحادثة المنشئة للالتزام ؟

هل المحـل المقصود هنا هـو محل وقوع الفعـل الضار او محل تحقـق الضرر ؟ اختلف الفقه فـي تحديد محل عناصـر الخطأ فالبعض يـرى منح الاختصاص الـى قانون محل وقوع الفعل الضار فهو اساس المسؤولية، بينما ذهب رأي اخر الى منح الاختصاص الى قانون محل تحقـق الضرر لأنه ركن رئيسي في المسؤولية التقصيريـة ويجب الاهتمام بمصلحة المتضرر الذي يعد المحور الاساسـي في قيام المسؤولية المدنيـة ويتجسد في مبـدأ المسؤولية الشيئية او المادية [٣٨]. هذا فضلا عن ترك المشرع الكثير من الحـالات التي تنشأ المسؤوليـة التقصيرية دون بيـان حكمها وذلك لعـدم كفاية نص المادة اعـلاه الامر الذي يجعـل القاضي الوطني امام فـراغ تشريعي فيعمـد باللجوء الـى الاتفاقيات الدولية والاراء الفقهية لتطبيق القانون المناسب في حالـة توزيع عناصر الضرر في عدة اقاليم كمشكلـة البـث الفضائـي المسـيء الى بعض الديانـات والطوائف و الرموز فـي دولة ما او البـث المحرض على العنـف والارهاب او بث المحتوى غير الاخلاقي و الذي يعبر حدود دول عديـدة ، او التلـوث البيئي الناجـم عن المواد الضارة والاشعاعات المتسربة للعديد من الدول ، وكذلـك مشكلـة التصـادم البحـري والجوي الذي يحدث بيـن السفن والطائرات من مختلف الجنسيـات فـي اقليـم دولة ثالثـة او حدوثه في مناطـق بحرية او جوية حرة . وكذلك بالنسبة للعمل النافع او الكسب دون سبب(الاثراء دون سبب) فهو الاخر يخضـع للقاعدة ذاتها المشار اليها في المـادة (٢٧) من القانون المدني وهو قانـون محل حدوث الواقعـة المنشئة للالتزام ، وتتحقـق اركانـه المتمثلة في اثـراء المدين ، افتقار الدائن ، وجود العلاقة السببية بين الاثراء والافتقار .

ويرى بعض فقه القانون الدولي الخاص ان تحديد شرط عدم وجود سبب لاثراء المدين يجب ان يتم وفق قانون غير قانون محل وقوع الفعل النافع مثل قانـون العقد فلو تبين للقاضي وجود عقـد بين المثري والمفتقر فأنه لا يمكن للطرف المفتقـر الرجوع على الطرف المثري بدعوى الاثراء لوجـود السبب المانع من الرجوع وهو العقد المبرم بينهما ، ويسري قانون محل وقوع الفعل النافع على دعوى الاثراء او الكسب دون سبـب وهو التعويـض فيحدد القانـون الواجب التطبيق مقدار التعويض بقدر الاقل من القيمتين قيمة الاثراء وقيمة الافتقار[٣٩].

الفرع الثالث

قواعد الاسناد في المسائل الشكلية

في المسائل الشكلية[٤٠] يتعين على القاضي المعـروض امامه النزاع التحري عما اذا كانت الشكلية المتعلقـة بالتصرف القانوني قائمة بحد ذاتها او انها مرتبطة بمسائل اخرى ، فلو كانت الشكليـة متممة او مكملة للاهليـة كالاذن الذي يمنحه القاضي لناقص الاهلية لمباشرة تصرف قانوني معيـن فهي تخضع لقانـون الدولة التي ينتمـي اليهـا الشخـص بجنسيتـه وليـس الـى محـل اجراء العقد او التصـرف وذلك بموجب المـادة ١/١٨ مـن القانـون المدنـي العراقي .

وايضـا الشكليـة المتعلقة بإجـراءات التقاضي والمرافعـات فهـي تخضع الى قانـون القاضي وذلـك بموجب المـادة ٢٨ من القانـون المدني العراقـي وهـذا مـا ذهب اليـه ايضـا القضاء العراقي عنـد مطالبة الشركـة التركية بتطبيق القانون التركي بشـأن اتعاب المحاماة المحكوم بهـا للوكيـل فـردت المحكمـة طلـب المدعي وصدقـت قـرار محكمـة بـداءة البصـرة في الجزء المتعلق باتعاب المحاماة بانها تعد ضمن اجـراءات الدعـوى المنصوص عليهـا بالمادة ٢٨ مدني عراقي وبالتالي يطبق بشانها القانون العراقـي وليـس التركي [٤١]، وكذلـك الشكلية المتعلقة بإجراءات العلانية اي المتعلقة بتسجيل الحقوق العينية العقارية التي لا تهدف الى حماية شخص ما وانما تهدف الى استقرار المعاملات فهـي تخضـع للقانـون الواجـب التطبيق على الحقوق العينية العقارية اي قانون محل العقار، وكذلـك الشكلية التي تعـد ركن من اركان العقد مثـل تسجيل عقار في دائـرة التسجيل العقاري فالشكل هنا يعد ركن انعقاد وليس مجرد مظهر خارجي للتعبير عن الارادة فتخضع هنا للقانون الـذي يحكم موضـوع العقد وهـو قانون محل وجود العقار .

فنلحـظ هنالك العديـد من المسائـل العقدية وغير العقدية و حقوق شـخصية واخرى مالية لـم ينص لهـا المشرع الوطنـي قواعد خاصة لغـرض اسنادها للقانون الواجب التطبيق وانما تركهـا عائمـة فـي بحـر الاجتهـادات الفقهية والاحكام القضائيـة ، ولأن قواعد الاسناد هي مـن صميـم اختصـاص المشرع ومـن مهامه الاساسية فعليه ان يضطلع بتلك المهام ويتصدر لها وعـدم تركها لاجتهاد القاضـي ، فالقاضي ليـس له سـوى تطبيق مـا يرد فـي النصوص التشريعية مع الاقرار له بحق السلطة التقديرية ضمـن الحـدود المسموح بهـا . ولكن لا يجوز تحميـل القاضي مشاق التشريـع والقضاء معا، هـذا فضلا عن كونه امـر مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات وعدم التداخل فيما بينها.

المبحث الثالث

دور القاضي الوطني في إعمال القانون الواجب التطبيق

يصـل القاضي الوطني في نهاية رحلته في البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعـروض امامه الى المرحلـة الاخيرة وهي مرحلة تطبيق القانون الذي اشـارت اليه قواعد الاسناد ، فان اشـارت هذه الاخيرة على تطبيق القانون الوطني فلا ضير بذلك وسيطبقه القاضي الوطنـي بمنتهى اليسر والسهولة لعلمه والمامه بأحكـام قانونه الوطني ، ولكـن قد تشير قواعد الاسناد الى وجوب تطبيق القاضي الوطني الى قانـونٍ اجنبي هنا ستثار عدة مسائل منها مسألة الخـوف من المساس بسيـادة الدولة التي ينتمي اليهـا القاضـي، ومسألـة مدى المـام القاضي الوطنـي باحكـام القانـون الاجنبـي ، فبعد ان كان القاضـي الوطني يمتنع عن تطبيق القانون الاجنبي في المحاكم الوطنية لان ذلك الامر يعد مساساً بسيادة الدولـة وتدخل بشؤونها الداخلية فلـم تنص التشريعات سابقاً على امكانية تطبيق قانون اجنبي فـي محكمة وطنية ، الا ان الامر اختلف لاحقاً نتيجة لكثرة العلاقات والتصرفات القانونيـة المشوبـة بالعنصـر الاجنبـي بسبب انفتـاح دول العالم بعضها على بعض فاضحت التعاملات الدولية تتم بمنتهى السرعة والسهولة وصار مـن الضروري ان تتعـاون الدول فيما

بينهـا لحماية حقوق الافـراد ومصالحهم حيثما كانوا، واصبح القاضـي الوطني ملزماً بتطبيق القانون الاجنبي الـذي تشير اليه قواعد الاسناد الوطنيـة ، ولكن قـد يتعارض تطبيـق القانون الاجنبـي مع القواعـد الامرة او قواعـد النظام العام فـي بلد القاضي الذي ينظـر بالنزاع فهنا يبرز دوره في استبعـاد القانون الاجنبي حماية منـه للمصالـح العليا فـي بلده ، وللإلمـام بهذا الموضوع سوف نتناوله في مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة دور القاضي الوطني في إعمـال القانون الاجنبـي ، ونخصص المطلب الثانـي لدراسة دور القاضي الوطني في إعمال القواعد الامرة ، وذلك على النحو الاتي :

المطلب الاول

دور القاضي الوطني في إعمال القانون الاجنبي

عندما تشير قواعد الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي غير قانون دولة القاضي فيقع عبئ على القاضي وهو عبئ العلـم بالقانون الاجنبي فهل مـن الممكن ان يكـون القاضي الوطنـي عالماً وملماً بجميع احكام القوانين الاجنبية ؟ لا شـك ان هـذا امرٌ مستحيلٌ فلا يمكن للقاضي الوطني الالمـام بجميـع تشريعـات الـدول لاسيما وان القضايا المشوبة بالعنصر الاجنبي التي تعرض عليه قد تكون خاضعة لقوانين مختلفة في دول مختلفـة مثل القانـون المدني وقانـون الاحوال الشخصيـة وقانون الاثبـات وقانون المرافعات والقانون التجاري وغيرها .

لـذا نلاحظ ان الفقه اختلف في تحديد مسألة على مـن يقع عبئ اثبات القانـون الاجنبي هل على القاضي المعـروض امامه النزاع ام على الخصم المتمسك به ؟

اتجـه جانـبٌ مـن الفقـه الفرنسـي الى ان القانـون الاجنبـي ما هو الا واقعـة قانونية لان القاعـدة القانونيـة بطبيعـة الحـال تتكـون من عنصريـن : العنصـر الاول مضمـون القاعدة القانونيـة والعنصـر الثاني عنصـر الالزام[٤٢] ولان النص القانوني سيطبق خارج اقليم الدولة التي شـرعته فأنه سيفقـد عنصر الالزام حيث لا يمكن للمشرع فرض سلطانه وسيادته خارج حـدود اقليمه وبالتالي سيبقـى مضمون القاعدة القانونية فقط دون صفـة الالزام وعليه ستنتفي عنها الصفة القانونية ولا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القانـون الاجنبي او اثباته او البحث عن مضمـون احكامه من تلقاء نفسـه [٤٣] ، وانما يقـوم بتلك المهمة الخصـم المتمسك به ، و من ثـم كنتيجة حتميـة لما تقدم فلـن يخضع الحكم الـذي يصدره القاضي لرقابة محكمة التمييز او النقض لأنه مسألة واقع لا مسألة قانون [٤٤].

وما لبـث ان تغير هـذا التوجه فقـد اعتنق القضـاء الفرنسـي توجهـا اكثـر مرونـة هو السماح للقاضي بان يطبق القانون الاجنبي من تلقـاء نفسه وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف باريس التي قضـت بالسماح للقاضي ان يطبق القانـون الاجنبي اذا كان يعلـم مضمونه سواء تمسك به الخصوم ام لم يتمسك[٤٥] .

وكذلك حكم محكمـة النقض الفرنسية عام ١٩٦٠ فـي قضية (جيموني) فجاء في حيثيات الحكم ((انـه من العبث ان ننعـى على القضاء المختـص بالتنفيـذ بانه طبق قانـون اجنبي من تلقاء نفسه على الرغم من عدم تمسك الاطراف به))[٤٦] .

وقد اكد الفقه الحديـث مبدأ السماح للقضاء الوطني فـي الحكم بالقانـون الاجنبي من تلقاء

نفسه في الوقائع المشهورة والعامة وليس في الوقائع الخاصة فاذا كانت هذه الوقائع التي هي محل النزاع من الوقائع العامة وفي متناول الجميع جاز للقاضي الحكم بها من تلقاء نفسه[٤٧]، كما اكدت (الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية)على الصفة الالزامية للقانون الاجنبي الا انها صرحت بالوقت ذاته بأن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق (الشروط الاستثنائية) التي ترد فيه من تلقاء نفسه بل لابد من تمسك الخصوم به[٤٨].

وبالرد على الراي القائل بفقدان القاعدة القانونية لعنصر الالزام بالنسبة للقانون الاجنبي بمجرد عبورها حدود اقليم البلد الذي شرعها مسألة غير صحيحة حيث رد بعض الفقه الفرنسي بأن مجرد اشارة قواعد الاسناد الوطنية الى تطبيق القانون الاجنبي هو بمثابة قوة الالزام لهذا القانون[٤٩].

وسرعان ما نادى جانب اخر من الفقه الحديث الى وجوب معاملة القانون الاجنبي بأنه قانون وله صفة الزامية وليس مجرد واقعة والقاضي الوطني ملزم بتطبيقه واثباته من تلقاء نفسه ، الا ان اصحاب هذا الرأي انشقوا الى فريقين احدهما يقول بأن القانون الاجنبي يبقى محتفظاً بصفته الالزامية الا انه يفقد صفته الاجنبية لان قواعد الاسناد التي اشارت اليه هي قواعد وطنية فيندمج مع القانون الوطني للقاضي ويصبح جزء منه، وهذا الرأي قال به الفقه الايطالي حيث يرى بأن قواعد الاسناد قواعد خالية المضمون وتستمد مضمونها من القانون الذي ستشير اليه فأن اشارت الى قانون اجنبي فانها ستحمل مضمون ذلك القانون[٥٠]، وعلى القاضي الوطني ان يفسر القانون الاجنبي وفق ما تفسره محكمة بلد ذلك القانون وليس وفق ما يفسره هو ، لانهم يرون وجوب عدم تغيير طبيعة القانون الاجنبي ودمجه بالقانون الوطني ويطبقه القاضي الوطني من تلقاء نفسه .

وقد انتقد هذا الرأي بسبب عدم مقبوليته من ناحية اثبات و تفسير القانون الاجنبي فمن المستحيل المام القاضي الوطني بجميع القوانين الاجنبية فضلا عن عدم امكانية تفسير القانون الاجنبي على انه قانون وطني فلكل قانون خلفية تشريعية واسس تاريخية راعاها المشرع في ذلك البلد عند تشريعه للقانون[٥١] .

بينما رأي الفريق الاخر يرى بأن القانون الاجنبي يحتفظ بكلا الصفتين الالزامية والاجنبية ، حيث يعترف اصحاب هذا الرأي بالصفة القانونية الالزامية والصفة الاجنبية للقانون الاجنبي ، وان انتقال القانون الاجنبي من بلد الى اخر لن يفقده الصفة القانونية ولم يفقده الصفة الاجنبية، الا انه يعامل معاملة اجرائية مختلفة عن معاملة القانون الوطني لاسباب فرضها الواقع العملي تتمثل بعدم علم القاضي الوطني بالقانون الاجنبي وهذا يظهر جلياً عندما يمارس القاضي الوطني دوره في البحث عن مضمون القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد[٥٢] .

وبالوقوف على نصوص التشريع العراقي نجد ان المشرع قد عدّ القانون الاجنبي مسألة من مسائل القانون لا من .مسائل الوقائع حيث يطبق القاضي الوطني القانون الاجنبي حالما تشير اليه قواعد الاسناد دون النظر الى ارادة الخصوم ويخضع كل ما يتعلق بشأنه من مسائل التفسير والاثبات والتطبيق لرقابة محكمة التمييز العراقية[٥٣] .

ويلحظ نص المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم ٧٨ لسنة١٩٣١ بان المشرع العراقي عدّ القانون الاجنبي قانونا بصريح العبارة حين اشار الى وجوب تطبيق المحاكم العراقية في مسائل الاحوال الشخصية قانون الدولة التي يحمل جنسيتها الشخص الاجنبي، وعبء الاثبات لا يقع على الخصوم وانما على القاضي المختص بالنظر في النزاع ويمكننا التماس ذلك من مراجعة نصوص القانون المدني الخاصة بقواعد الاسناد التي تحتوي على مفردات مثل(يسري ويخضع ويطبق القانون الاجنبي) اذا ما كانت المسألة من مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالشخص الاجنبي او اذا ما كان المال المتنازع بشأنه او الضرر او العمل المشروع قد حصل في اقليم دولة اجنبية.

واخذت بذلك المحاكم العراقية في عدة مناسبات عندما طبقت القانون الاجنبي بدلا من القانون الوطني لأنه القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد، فطبقت القانون الانكليزي بدلا من القانون العراقي في مسألة عقد نقل ابرم في انكلترا مستندة الى نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي (الموطن المشترك للمتعاقدين) رغم رفع الدعوى في المحاكم العراقية (٥٤).

وكذلك حكم محكمة التمييز في عام ٢٠٠٨ التي قضت ببطلان حكم المحكمة الابتدائية حينما طبقت احكام قانون الاحوال الشخصية على طرفين اجنبيين ، بالوقت الذي كان يفترض منها تطبيق القانون الشخصي للزوج عملا باحكام المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي .

فيلحظ مما تقدم ان مسألة الاعتراف بالقانون الاجنبي كقانون قد مرت بمراحل عدة حتى وصلت الى المرحلة الحالية وهي مرحلة الاعتراف الكامل للقانون الاجنبي بانه قانون ذو صفة الزامية واجنبية بالوقت ذاته وتطبقه المحاكم الوطنية من تلقاء نفسها ويقع عبء اثباته على القاضي الوطني اذا ما اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية وان دور القاضي الوطني في تطبيق و اثبات القانون الاجنبي لا يختلف عن دوره في تطبيق واثبات القانون الوطني. فيكون القاضي الوطني ملزماً بالبحث عن القانون الاجنبي ولا ضير في مساعدة الخصم الذي له مصلحة في ذلك لانه قد يكون على علم به اكثر من القاضي الوطني بعده قانون البلد الذي يحمل جنسيتها ، فيساعد القاضي بالوصول الى مضمون قانون بلده لغرض تطبيقه وتحقيق الغاية المنشودة من رفع الدعوى وهي ان يحصل كل ذي حق على حقه(٥٥) .وفي ضوء ما تقدم قد يطرح سؤال هام هو كيف يتم اثبات هذا القانون الاجنبي؟

ونجيب عن هذا السؤال بأن القانون الاجنبي يثبت بجميع طرق الاثبات و يكون للقاضي الوطني الحرية الكاملة في الكشف عن مضمون القانون الاجنبي و اثباته وذلك عن طريق استخدام جميع الطرق المتاحة في اثبات القوانين و الوقائع دون التقييد بها فيسترشد بما يراه ملائماً لتحقيق غايته في الوصول الى مضمون القانون الاجنبي ويستثنى من وسائل الاثبات الاقرار واليمين رغم كونهما من اكثر الوسائل شيوعا في الاثبات ،الا انهما وسيلتان تمكنان الخصم من اصطناع الدليل لنفسه وهذا لا يمكن قبوله في اثبات القانون الاجنبي (٥٦) .

وبالنظـر لموقـف المشـرع العراقي نجد انــه لم يذكر طـرق اثبات القانــون الاجنبي في المحاكـم العراقية ، ولكننــا نرى بموجب المادة (٣) من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ (المعدل) اشــارة الى امكانية اعتمــاد افــادة المختصين ، الوثائــق الرسمية ، استشــارة القنصــل الاجنبي او نائبــه كوسائل مساعــدة تمكــن القاضــي مــن التعــرف على مضمــون القانــون الاجنبي. كما يمكــن الافادة من الانابة القضائية الدوليــة [٥٧]، والمعاهدات والاتفاقيــات الدولية ، والاستشــارات القانونية بهذا الخصوص. ونقترح على المشرع العراقي اضافــة نص قانونــي في قانــون الاثبات ينص علــى ((اذا كــان القانون الواجــب التطبيق هو قانونــاً اجنبياً فيتوجب على القاضي البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه وله الاستعانة بالخصوم دون ان يكــون رأيهــم ملزمــاً لــه ، وللقاضــي اللجــوء الى جميــع وسائل الاثبــات التي يراها مناسبــة لتحقيق القناعة الكافيــة لديه بمضمون القانون الاجنبي))

ومما تقدم نتوصل الى نتيجة هامه وهي ان صلاحيــات القاضي الوطنــي موسعة في كيفية تفسير و اثبات القانون الاجنبي من اجل إعماله اذا ما اشــارت اليه قواعــد الاسناد ، لاسيما في ظل غياب النــص التشريعي او نقصانه، فضلا عــن ان القاضــي ليــس ملزما دومــاً بتطبيق القانــون الاجنبــي رغــم انــه القانــون الواجب التطبيق وذلك عند معارضة الاخير مع القواعد الامــرة وقواعد النظام العــام في بلده ، وهذا ما سنوضحه بالتفصيــل في دراسة المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

دور القاضي الوطني في إعمال القواعد الآمرة

بعــد ان بينــا دور القاضي الوطني في إعمال القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسنــاد الوطنية، لابــد ان نوضح بأنه ليس من الضــروري ان يقوم القاضــي الوطني بتطبيق القانــون الاجنبــي دائماً بــل قد يتعــارض هذا القانــون مع النظام العام فــي بلد القاضي او مع القواعد ذات التطبيق الضروري ، فبهذه الحالة يستبعد القاضي الوطني إعمال القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد من اجل حماية المصالــح العليا في بلده ، وهــذا ما سنوضحه فــي فرعيــن نخصــص الفــرع الاول لدراسة دور القاضــي الوطنــي في الدفــع بالنظام العام ونخصص الفــرع الثاني لدور القاضي الوطني في إعمــال القواعد ذات التطبيــق الضروري، وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

دور القاضي الوطني في الدفع بالنظام العام

ان فكــرة النظــام العام فكــرة مرنة ومن الصعــب تحديدهــا وعادة يتــم الاشــارة لبيان ماهيتهــا مــن خــلال التطبيقــات العمليــة في التشريعــات الداخلية ، ويمكــن عدها مجموعة المصالــح السياسية والاقتصاديــة والاجتماعية والاخلاقيــة للجماعة في دولة ما [٥٨] . وقواعد النظام العــام في كل دولة هــي القواعد الاعلى والاقوى والتــي تسمو على اي قانون او اتفاق يخالفها [٥٩]، فعند حدوث تنازع القوانين في اي

علاقة قانونية تعرض على القاضي فأن قواعد النظـام العـام في دولتـه هي من تتسيـد الحكم وتنحـي القانـون الاجنبي جانبـا وان كان هذا الاخير هو الواجب التطبيق الذي اشـارت اليه قواعـد الاسناد الوطنية. وبمـا ان فكرة النظام العـام هي فكـرة مرنـة متغيرة بتغيـر الزمان والمكـان فسح هـذا الامر مجالا امـام القاضي الوطني لتفسير القواعـد القانونية بشكل ينسجم مـع النظم الاجتماعيـة والسياسيـة والاخلاقية السائـدة فـي مجتمعه[٦٠] حيـث يمكن للقاضي الوطنـي ان يدفـع بالنظـام العام فـي مواجهة القانون الاجنبي عند تحقق شرطين هما :

١ـ اشـارة قواعد الاسنـاد الى تطبيق قانون دولـة اجنبية ، فلا يجوز ان يكون الدفع بالنظام العـام اذا كـان القانـون الواجـب التطبيـق هو القانون الوطنـي كلاً من قواعد الاسناد وقواعد القوانيـن الداخلية هي قواعـد وطنية من صنع المشـرع الوطني فمن غير المتصور ان يصدر المشـرع قوانيـن متناقضة في دولـة واحدة او قوانين مخالفة لنظامه العام.

٢ـ تعـارض القانـون الاجنبي مـع القواعد الوطنيـة الماسة بالمصالح العليا في قانون دولة القاضي ، حيث يتعارض القانون الاجنبي الذي اشـارت اليه قواعد الاسناد مـع اسس جوهرية تمـس النظـام العـام فـي الدولة كـأن يعارض القانـون الاجنبـي الزواج باكثر مـن زوجة او يعـارض الطـلاق بيـن الزوجيـن او يعارض الزواج بين مختلفي العرق واللون او بالعكس قد يسمـح القانون الاجنبي بزواج المثليين او يمنح حصص ارثيـة متساوية لكل من الذكر والانثى فـي تركة المتوفى وغيرها من المسائل الماسة بالقيـم والاداب والمصالـح الساميـة فـي دولة القاضـي الـذي ينظر بالنزاع وهذا ما اشـارت اليه المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي [٦١].

ويبـرز دور القاضـي الوطنـي فـي الدفع بالنظـام العام مـن حيث الاثريـن الاثر السلبي والاثـر الايجابـي حيـث يتمثـل الاثـر الاول باستبعاده للقانون الاجنبي الواجب التطبيق ، وقد اختلف الفقه في تحديد نطاق الاستبعاد هل يكون كلياً ام جزئياً للقانون الاجنبي المعارض للنظام العام ؟ اشـار جانـب من فقهاء قانـون الدولي الخـاص الى ضرورة الاستبعـاد المطلق الكلي للقانون الاجنبي واسندوا رايهم الى ان الاستبعاد الجزئي لقواعد القانون الاجنبي المتعارض مع النظام العـام لدولة ما سيقود الى تشويه القانون الاجنبـي لان تطبيق جزء من احكامه واستبعاد جـزء اخر يعـد امـرا مخالفـا لارادة المشرع الاجنبي فضلا عن ان الاستبعاد يجب ان يكون كامـلا وليس انتقائياً لان الانتقائية ستشوه معنى ومضمون نص القانوني الاجنبي[٦٢] .

الا ان اتجـاه اخـر من الفقهاء اخذ بالاثر السلبـي النسبـي للدفـع بالنظام العـام وامكانية استبعـاد القانون الاجنبي بشكل جزئي ، ويعيب على القاضي الوطني اذا استبعد القانون الاجنبي بشكـل كامل لانـه سيـؤدي الى تجريـد قاعدة الاسناد الوطنية مـن فاعليتها وهو امر مخالف لما تسعى اليه قواعد تنـازع القوانين في تنظيم العلاقـات الخاصة الدوليـة ،ولو تمكن القاضي من إعمـال القانون الاجنبي ولو جزء منه فأنه حقـق غايـة قواعد الاسنـاد الفعليـة وبشكل لا يتعارض مع نظامه الداخلي[٦٣] .

فلـو عرض نـزاع امام القاضي الوطني حـول صحة مسألـة ارثية تساوى بهـا الاخوة الذكـر والانثى مـن حيـث الانصبـة فالقانون

الاجنبـي يجيـز هـذه المسألة ، ولكـن بموجب قانون القاضي العراقـي لا يجوز تقسيم الارث بهـذه الانصبـة وتبطل حجة القسـام الشرعي فـي هذه الحالـة سيظهر الاثر السلبـي المنفرد دون استتبـاع الاثر الايجابي لانه امر معارض للنظام العام في التشريع العراقي ، الا ان الرأي الراجح يـرى وجوب استتباع الاثـر الايجابي للاثـر السلبي ففـي ابطال هذه الحجـة لا يمنع الارث لاحدهمـا بشكـل كامل وانمـا يلجا الى القانـون الوطني لملأ الفراغ الذي خلفه استبعاد القانون الاجنبـي، اي سيمنح كل وارث حصته حسـب القانـون العراقي وهو للذكـر مثل حظ الانثيين فاستبعـاد القانون الاجنبي يتبعه تطبيق للقانون الوطني .

وتختلف اثار الدفع بالنظـام العام باختلاف نشوء المراكـز القانونية والحقوق والامتيازات التي نشأت بصورة مخالفة للنظام العام الداخلي لقانـون القاضـي الوطني ، فقـد يستلزم الامر بعض الاحيـان التخفيف او التلطيف من قواعد النظام العام الداخلي، وسنوضح ذلك في حالتين هما :

اولا : قد ينشأ المركز القانوني الذي يخالف النظام العام الداخلي لدولة القاضي الوطني في دولة القاضي ذاتها وفـق قانون الدولة الاجنبية التي تتعارض قواعده مع قانون القاضي الوطني فيلجأ هنا القاضي الوطني الى الدفع بالنظام العام ويتحقق هنـا الاثر السلبـي والايجابي ويعرف هذا بالاثر الكامل للدفع بالنظام العام [٦٤] .

فالـزواج باكثر مـن زوجة امـر جائز في قوانيـن الـدول التـي تعمـل بمبـادئ الشريعة الاسلاميـة التـي تعـد مصـدر مـن مصادرها التشريعية ، اما في الدول التي لا تأخذ بهذا المبدأ فأنهـا لا تجيز تعدد الزوجات كما هو الحال في القانـون الانكليزي ، فلو ابرم عقد زواج بامراة ثانيـة فـي بريطانيا فـأن القاضـي الانكليزي سيحكم ببطلان هذا الزواج كونه استبعد تطبيق القانـون الاجنبي الـذي يجيزه ، فهنـا سيظهر الدفع بالنظام العام اثرين السلبي استبعاد القانون الذي يجيـز تعدد الزوجـات ، والاثر الايجابي الـذي يقضي بتطبيق القانون الانكليزي بوصفه القانـون الوطني لقاضي النـزاع الذي لا يجيز هذا الزواج بدلا عن القانون الاجنبي .

ثانياً : قد ينشأ المركز القانوني الذي يخالف النظـام العام الداخلي لدولة القاضي الوطني في دولـة اخرى خـارج دولة القاضـي وفق قانون الدولـة الاجنبية المتعـارض احكامها مع احكام قانـون القاضي الوطني ، الا ان اطراف النزاع قدمـوا دعواهـم امام القاضـي الوطني للتمسك بهـذه المراكـز القانونية وهـذا الاخير يرفض انشـاء هذه المراكز لأنهـا تعارض النظام العام الداخلـي فـي دولتـه ، الا انه لـن يظهر الاثر الكامـل للدفع بنظامـه العام بـل سيظهر الاثر المخفـف لذلـك فانه سيعتـرف بتلـك المراكز القانونية ويرتب الاثار عليها في دولته احتراما للحقـوق المكتسبـة في الدول الاخـرى ، فوفق المثـال السابق فـأن القاضـي الانكليزي مجبر على توريـث الزوجة الثانية مـن ارث زوجها المتوفـى رغم عـدم اعترافه بتعـدد الزوجات، وكذلـك لو اثمر عن هذا الـزواج ابناء فعليه ان يعتـرف بهـذه البنوة بوصفها بنوة شـرعية من اجـل الحفاظ على حقوقهـم الشخصية كالنسب والبنـوة والحضانة والجنسيـة والحقوق المالية كالنفقـة والميـراث وغيرهـا ، فهنا بـرز جلياً الاثـر الملطف او المخفف للنظام العام من اجل المحافظـة على حقوق ومراكـز قانونية نشأت خارج حدود دولة القاضي الوطني .

الفرع الثاني

دور القاضي الوطني في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

يهتم المشرع بحماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية والقيم العليا في الدولة فنجده بين حين واخر يشرع قوانين من شأنها المحافظة على هذه القيم والمبادئ هذا من جانب ، ومن جانب اخر يمنح القاضي الوطني بعض الصلاحيات لتحقيق هذه الغاية ، فالمشرع يسبغ بعض القواعد القانونية بالسبغة الامرة حيث لا يتمكن الافراد من الاتفاق على مخالفتها ، وتمكّن القاضي من الوصول المباشر لتطبيقها .

واختلف الفقه في تحديد طبيعتها هل هي قواعد البوليس والامن[٦٥] فجميع القواعد القانونية الموجهة لحماية التوجه الاقتصادي او الاجتماعي هي من قبيل قواعد البوليس وعلى القاضي ان يطبقها في المنازعات التي تطرح امامه سواء اكانت وطنية ام دولية وعلى جميع الافراد الوطنين والاجانب دون الالتفات الى قواعد الاسناد وان اشارت الى تطبيق قانون دولة اخرى[٦٦] ، وصنفت على انها قواعد متصلة بفروع القانون الخاص وتحمي المصلحة العليا للبلد كقوانين الائتمان الاقتصادي وقوانين العمل والضمان الاجتماعي وقانون الاحوال الشخصية [٦٧]

ويرى اتجاه اخر من الفقه بأنها قواعد فورية التطبيق [٦٨] وهي تمنح القاضي القوة في تطبيقها مباشرة بشكل فوري دون الخوض في قواعد تنازع القوانين لأنها تحمي مصالح اقتصادية واجتماعية للبلد ولن يقبل القاضي تفضيل اي قواعد اخرى على هذه التي تحمي مصالح بلده وتشمل القواعد الاقليمية وقواعد الامن في الوقت ذاته .

ولا بد لنا من التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين قواعد النظام العام لان هنالك من يخلط بينهما فللقاضي الوطني الدفع بقواعد النظام العام من تلقاء نفسه لأنها قواعد عليا في مجتمعه لا يجوز المساس بها وان نطاق تطبيق قواعد النظام العام اوسع من قواعد ذات التطبيق الضروري فهي تشمل القوانين الداخلية وقانون الدولي الخاص فبمجرد ان يكون القاضي الوطني هو القاضي الذي ينظر بالنزاع فيطبقها مباشرة اما القواعد ذات التطبيق الضروري فهي مختصة بقواعد قانون الدولي الخاص بمعنى ان مجال تطبيقها مقتصراً على العلاقات المشوبة بالعنصر الاجنبي، كما وان قواعد النظام العام تحقق للقاضي مسالة تطبيق قانونه الوطني دائما اما القواعد ذات التطبيق الضروري فقد تجعله يطبق قانونا اجنبيا فضلا عن امكانية تطبيق قانونه الوطني [٦٩] .

والسؤال الذي يطرح في هذا السياق ما هو نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالنسبة للقاضي الوطني ؟ للإجابة على التساؤل علينا التمييز بين حالة النص الصريح من قبل المشرع في تحديد نطاق التطبيق ، وبين حالة استنتاج ذلك ضمنا من قبل القاضي. فاذا نص المشرع صراحة على القواعد ذات التطبيق الضروري فلا توجد صعوبة امام القاضي في تطبيقها كما هو الحال في تشريعات الاحوال الشخصية كالاهلية

والـزواج والميـراث والنسـب وتشريعـات العمـل والتأمين والعقـارات وتشريعات حماية المستهلـك ومنـع الاحتكار والحفـاظ على امن وسلامة العمليات المصرفيـة وغيرها. وكذلك نصوص المـواد القانونية الصريحـة، القانون المدني العراقي النافذ كالمادة ١٩ منه التي تلزم بتطبيق القانـون العراقي على الاحكام الخاصة بالزواج والنفقة والنسـب والبنوة والوصاية اذا كان احد الزوجين عراقي الجنسية ، والمادة٢٤ منه الخاصة بتطبيق قانون محل وجود الاموال المنقولـة وغير المنقولة على المسائل الخاصة بالملكيـة والحيازة والحقوق العينية المتعلقة بها والمـادة ٢٦ التي تخضع شـكلية العقود لقانون الدولة الذي تمت فيه ، والمادة ٢٧ التي تخضع الالتزامـات غيـر التعاقدية لقانـون الدولة التي حدثـت بها الواقعـة المنشئة للالتـزام ، والمادة ٢٨ التـي تخضـع جميع قواعـد الاختصاص والاجـراءات الـى قانون الدولة التـي تقام فيها الدعـوى ، فهذه مـواد قانونية تـم ايرادها على سبيـل المثال لا الحصر، تطبق مباشـرة وليس بالضـروري ان يكون الاختصاص فيها لقانون القاضـي الوطنـي .وهذا هـو موقـف القضاء العراقـي حيث جاء فـي حكم لمحكمـة التمييز فـي قضية ميـراث لمرأة توفت عن اخ شـقيق مهاجر الـى الارجنتين ومستوطن فيها منذ ٣٠ سنـة ومكتسبا للجنسية الارجنتينية ومتخليا عن الجنسيـة العراقية وبموجب احكام المادة ٢٢/أ مـن القانون المدني التـي تعد اختلاف الجنسية ليس مانـع من التوارث شـرط المعاملة بالمثل ولعدم وجود نص مشابه لهذا النص في القانون الارجنتينـي اي انه لا يسمح بتـوارث العراقي من الارجنتيني، فقررت المحكمة ابطال القسام الشرعي وقضـت بعدم وجود ورثـة للمتوفية وعـدم استحقاق شـقيقها الميـراث وآلت جميع اموالهـا للدولـة [٧٠] فهـذا الحكـم فضـلا عن كونـه من النظام العام في العراق فهو ايضا من القواعـد ذات التطبيق الضـروري حيث طبقها القاضي مباشرة دون النظر لقواعد الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.

امـا في حالـة عدم نص المشـرع على ان هـذه القواعد هـي مـن القواعـد ذات التطبيق الضـروري وانمـا يتـم استنتاج ذلـك من قبل القاضـي الوطني ، فالعـبء هنا يقع على عاتق القاضي لا نه ملزم بمعرفة هل القواعد القانونية التي هو بصدد تطبيقها من القواعد ذات التطبيق الضروري ام لا ؟

انقسـم فقه القانون الدولـي الخاص في هذه المسألة الى قسمين : يرى جانب من الفقه وجوب عدم ترك الامر لسلطة القاضي التقديرية وذلك لخطورة النتائج التي تترتب على تطبيق القواعد الفورية لأنها تستبعد قانون اشـارت اليه قواعد الاسنـاد الاصليـة وهنالك قواعـد قانونية ثابته في التشريعات الوطنيـة تشير الى وجوب عدم استقـلال القضاء او الفقه بتأويل وتفسير النص القانونـي[٧١] والى هذا المفهوم اشـارت المادة (٢)من القانون المدني العراقي صراحة بنصها ((لا مساغ للاجتهـاد في مورد النص))، بينما يرى جانب اخر من الفقه ان للقاضي والمشرع الغاية ذاتها فكلاهما يسعيان الى حماية المصالح والاسـس الاجتماعيـة والاقتصاديـة فـي البلد لخدمـة المجتمـع ، والقاضي هـو رجل قانون فبإمكانـه تفسيـر النصوص الغامضـة واكمال النقص التشريعي ان وجد عن طريق الاستعانة

بوسائل التفسير المعهـودة في قانونه كالعرف والمبادئ الاكثر شـيوعا ومبادئ العدالة ، وان لم ينـص المشرع على القواعـد ذات التطبيق الضـروري صراحة فيمكـن للقاضي التوصل لرغبة المشرع في ذلك[٧٢] ، وهذا ما اشـارت اليـه المادة (٢/١) من القانون المدني في نصها علـى ((فـاذا لـم يوجد نـص تشريعـي يمكن تطبيقه حكمت المحكمـة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجـد فبمقتضى مبـادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهـب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعـد العدالة)) ، وكذلك نص المادة (٣٠) من القانون ذاتـه التي تنص علـى ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نـص فـي المـواد السابقة مـن احـوال تنازع القوانيـن مبادئ القانون الولـي الخاص الاكثر شـيوعاً)) فهـذه نصـوص تشير الـى السلطة التقديريـة الممنوحة للقاضي مـن قبل المشرع .كما قد يستعيـن القاضي الوطني بمعيار الغاية او (معيـار الغائية) للكشف عـن القواعد ذات التطبيق الضـروري حيث يغوص القاضي في خبايا القاعدة القانونية لمعرفة غاية المشرع من تشريعها ومدى توجهها لحماية المصالح الهامة فـي البلد فـأن كانت كذلك عدهـا القاضي على انها قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري ، بينما اذا وضعها بهـذا المعيار ولم تكن كذلك فيعدهـا قاعـدة عادية ويلـزم اخضاعها لقواعد الاسناد التقليدية [٧٣].

الخاتمـــة

توصلنـا في نهاية دراستنا لـ (موضوع دور القاضـي الوطنـي فـي حـل المنازعـات الخاصـة الدولية) الـى عدد مـن الاستنتاجات والمقترحات التي يمكن ان نلخصها على النحو الاتي :

اولاً : الاستنتاجات :

- ان اختـلاف النظـم القانونيـة يزيـد من مسؤوليـة القاضـي فـي البحث عـن التكييف الصحيـح للواقعـة التي امامـه لان كل قاضي يهـدف الى تحقيـق غاية مشرعـه الوطني من تشريعه للقاعدة القانونية ، و عليه سيرتب ذلك تكييف مختلف للواقعة ذاتها تبعا لاختلاف النظم القانونية وقواعد اسنـاد مختلفة وبالتالي قوانين واجبـة التطبيق مختلفة كما هو الحال في مسالة الميراث التي يختلف تكييفها من تشريع لاخر .

- للقاضـي الوطنـي سلطـة تقديرية تخوله ممارسة صلاحياتـه في حل النزاعات المشوبة بالعنصر الاجنبي من قبـل المشرع وذلك لعدم امكانية الاخير المامه بجميع القضايا والعلاقات القانونيـة ومنها تطبيق القاضي الوطني فكرة الاحالـة رغـم تحفظ المشـرع العراقـي عليها وعدم إعمالها الا بحالات استثنائية

- للقاضـي دور في تحديـد القانون الواجب التطبيـق علـى العقـد فـي حـال غيـاب ارادة الاطراف وذلك من البحث عن الارادة الضمنية او المفترضة او البحث عن الاداء المميز بالعقد مركز الثقل في العلاقة التعاقدية .

- منح المشـرع العراقي السلطـة التقديرية للقاضي في تحديد قاعدة الاسناد المتعلقة بحركة

الاموال المنقولة عندما تنتقل من اقليم دولة الى اقليم دولــة اخرى دون ان يحــدد المدة الزمنية لذلــك ودون الافصاح عــن صلاحيات القاضي بهذا الخصوص .

ـ اتكال المشرع على الفقه والقضاء في تحديد القانــون الواجب التطبيق على الاموال المنقولة المتمثلــة بـ (الطائــرات ، السفن ،الغواصات ، الاقمار الصناعيــة) وبعض الاموال المعنوية الامر الذي يثقل كاهل القاضي لأنه سيلعب دور المشرع والقاضي في ان واحد ،فضلا عن عدم بيان الاحكام القانونية في الحالات التي تستلزم قيــام المسؤولية التقصيريــة ، وذلك لعدم كفاية نص المــادة (٢٧) من القانون المدني العراقي، الامــر الذي يجعل القاضــي الوطني امام فراغ تشريعــي فيعمد باللجوء الــى الاتفاقيات الدولية والاراء الفقهيــة لصنــع قناعتــه الخاصــة في اصــدار قــرار لتحديــد القانــون المناسب حالة توزيع عناصر الضرر.

ـ للقاضي الوطني الحرية الكاملة في الكشف عن مضمون القانون الاجنبي و اثباته وذلك عن طريق استخدام جميع الطرق المتاحة في اثبات القوانيــن و الوقائــع دون التقييد بها فيسترشــد بما يــراه ملائماً لتحقيق غايته في الوصول الى مضمون القانون الاجنبــي ويستثنى من وسائل الاثبات الاقرار واليمين

ـ رغــم ان المشرع العراقي قد منح القاضي صلاحيــات فــي تحديــد القواعــد ذات التطبيق الضــروري وامكانيــة الدفــع بها فــي مواجهة القانــون الاجنبــي الــذي اشــارت اليــه قواعد الاسنــاد وذلك بموجب نصوص مــواد القانون المدني النافذ كالمادة (٢/١) والمادة (٣٠) منه ، الا ان هــذا الامــر كان محل خــلاف من قبل فقهــاء القانون الدولي الخــاص حول نطاق تلك الصلاحيات لأنه لم يحدده فيها.

ثانياً : المقترحات

ـ نقتــرح علــى المشــرع العراقــي ايــراد نصــوص صريحــة تشيــر الــى صلاحيــات القاضي وسلطتــه التقديرية في حل المنازعات المشوبــة بعنصر اجنبــي ، كأن ينص على ذلك ضمن المــواد القانونية التي تشيــر الى القانون الواجب التطبيق ، وذلك حماية للقاضي الوطني من الطعن بقرارتــه لأنه يمارس مهمة الفصل في نزاع يمتد اثاره الى اقاليم دول اخرى فيجب ان يكون القاضي ذو سلطان واسع قوي الحجة والشرعية بمقتضى النص القانوني .

ـ بالنسبة لتحديد السلطة التقديرية الممنوحة للقاضــي عند انتقال الاموال المنقولة من محلها الى محل اخر فنحــن نقترح تعديل نص المادة ٢٤ من القانون المدني العراقي لتكون كالاتي: ((يســري بالنسبة للمنقول قانــون الدولة التي يوجد فيهــا المنقول وقت رفــع الدعوى ويحدد القاضي محل اكتساب الحق او فقدانه)) .

ـ لغرض تحديد سلطان القاضي الوطني في إعمال قواعــد الاسناد الخاصــة بالعقود نقترح تعديــل المادة ٢٥ /١ من القانــون المدني النافذ لتكــون كالاتــي: ((يســري علــى الالتزامات التعاقدية قانون الدولــة التي يوجد فيها الموطن المشتــرك للمتعاقديــن اذا اتحــدا موطنــاً ، فاذا اختلفــا يسري قانون الدولة التي فيها ابرام العقد او تنفيذه ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف بان قانوناً اخر يراد تطبيقه)).

ـ نقتــرح تعديل نص المــادة ٤٩ من قانون حمايــة حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل

كالاتـي ((تسـري احكـام هـذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر او تمثل او تعـرض لاول مرة في العراق او بلد اجنبي، وعلى مصنفات المؤلفين الاجانب التي تنشر او تمثـل او تعـرض لاول مرة في العراق شـرط المعاملـة بالمثـل)) فيكون امـر التحري عن شرط المعاملة بالمثل في القانون الاجنبي واجبا علـى القاضي الوطني قبـل تطبيقه الامر الذي يوفر الحماية اللازمة للمصنفات الاجنبية.

ـ ندعـو الجهـات المعنية بضـرورة انشاء هيئـة قضائية خاصـة للفصل فـي المنازعات المشوبـة بالعنصـر الاجنبـي بدلا مـن الفصل فـي تلك القضايـا بالمحاكـم الاعتيادية ، الامر الذي يعـزز مكانة القاضي الوطني ويميزه عن القاضي الاعتيادي لما يمارسه من دور هام في القضاء بمسائل ذات بعد دولي تنصرف اثارها الى خارج اقليم الدولة .

ـ نقتـرح على المشرع العراقي اضافة نص قانونـي في قانون الاثبـات النافذ يتيح للقاضي الوطنـي الاستعانـة بمختلـف وسائـل الاثبات التـي تساعده في اثبات القانون الاجنبي ، ينص علـى ((اذا كـان القانون الواجـب التطبيق هو قانونـاً اجنبياً فيتوجب على القاضي البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه وله الاستعانة بالخصوم دون ان يكـون رأيهـم ملزمـاً لـه ، وللقاضـي اللجـوء الى جميـع وسائل الاثبـات التي يراها مناسبـة لتحقيق القناعة الكافيـة لديه بمضمون القانون الاجنبي)) .

الهوامش

(١)د. عكاشـة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنـة)،دار المطبوعات الجامعيـة ، الاسكندرية ،٢٠٠٢ ،ص٧٩

(2) Saida El Boudouhi ,The National Judge as an Ordinary Judge of International Law. Invocability of Treaty Law in National Courts, Published online by Cambridge University Press,V.28 .Issue2, 2015,p288.

(٣) حكم محكمة استئناف الجزائر المؤرخ في ١٢/٢٤/ ١٨٨٩ مشـار اليه لـدى سعود علام، تريكي هدى ، التكييف في العلاقات الدولية الخاصة ، جامعة احمد دراية ، ٢٠١٤ ص٥.

(٤)حكم محكمة استئناف اورليان في ١٨٥٧/٨/٤ مشار الـى تفاصيلـه لـدى ـ د.عبد الرسول عبـد الرضا ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨.

(٥) شمس الدين الوكيل ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، جامعة الاسكندرية ، مصر ،١٩٦٢ مشار اليـه د. عكاشـة محمد عبد العال، تنـازع القوانين ، المرجع السابق ، ص٩٢.

(٦) د. جابـر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ،ط٢، مطبعـة التفيـض ، بغـداد ١٩٤٨، ص٥٣٩.

(٧)د. فـؤاد رياض ، د. خالد ترجمـان ، تنازع القوانين والاختصـاص القضائـي الدولـي واثـار الاحكـام الاجنبية ، ١٩٨٨، ص٥٧.

(٨)نظريـة الفقيه بارتن في خضوع التكييف في القانون الدولي الخاص الى قانون القاضي الوطني.

(٩)د.محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص٤٠٨.

(١٠)د. هشـام علي صادق ، القانـون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٤ ،ص٤٦.

(١١) د. هشام علي صادق ، المرجع نفسه، ص٥٩.

(١٢) ينظـر المـادة ١١ مـن القانون المدنـي المصري رقـم ١١٣ لسنـة ١٩٤٨،والمـادة (١١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ، والمادة (١٠) من القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣.

(١٣)سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخـاص ، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٦٣٥.

(١٤) د. غالـب الـداودي، نظريـة الاحالة فـي القانون الدولـي الخـاص ، دار الطباعـة الحديثـة ، بغداد ، ١٩٦٥ ،ص١١.

(١٥)للمزيـد عن قضية ينظـر د. محمد خيري كصير ، حـالات تطبيـق قانـون القاضي في نطـاق تنازع القوانيـن ، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة ، ط١، ٢٠١٢، ص ١٧٩

(١٦)اشـارت العديد من المؤلفات الـى تفاصيل قضية السيـد فوركـو، ينظـر د. محمـد مبـروك ، تنازع القوانيـن وتنـازع الاختصاص القضائـي الدولي ، منشـورات الجامعة ، الدار الوطنية للكتب ، بنغازي ، ١٩٩٤ ، ص٧١ ،و د. محمد كمال فهمي ، اصول القانـون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص٣٤٦، ود. عـز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخـاص،ج٢، ط٦، دار النهضـة العربية ، ١٩٦٩ ص ١٤٣ .

(17) Lerbours Pigonniere ,paul ,Le droit international prive 8eme edition Paloz ,1962,p.433

(١٨) د. عبـد الرسـول عبد الرضـا ، المرجع السابق، ص٢٧٩.

(19)Lerbours Pigonniere ,op.cit ,p.436

(٢٠)د. علـي غالب الـداودي ، القانون الدولي الخاص الاردني ، ط١، الاردن ، ١٩٩٦، ص١١٨.

(٢١) د. محمـد خيـري كصيـر ، المرجـع السابـق ، ص١٨٢

(٢٢) د. حسـن الهـداوي ، تنـازع القوانيـن واحكامـه فـي القانون الدولي الخـاص الكويتي ، ط٢، جامعة الكويت ، ١٩٧٤، ص٨٤ .

(٢٣) المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة النافذ تنص على ((يرجع في تحديد اهليـة الالتزام بمقتضى الحوالة الـى قانون الدولة التي ينتمي اليهـا الملتزم بجنسيته فـاذا احال هذا القانون الـى قانون دولة اخرى كانت القواعـد الموضوعية في قانون تلـك الدولة الواجبة التطبيق)) .

(٢٤) المـادة (٤٢٤/ ٢) مـن قانون التجـارة رقم ١٤٩ لسنـة ١٩٧٠ (الملغـى) تنـص علـى ((يرجع في تحديـد اهلية الملتـزم بمقتضى السفتجـة الى قانون الدولـة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته ، فاذا احال هـذا القانون الى قانون دولة اخـرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق))

(٢٥) د. ممـدوح عبـد الكريم حافـظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٧،ص ٢٨٧

(٢٦) يجدر بنا الاشارة الى ان القاضي يقوم ايضاً بمهمة التفويض وهي فكرة تقابل فكرة الاحالة فالاحالة كما اشـرنا سابقاً تكون دولية بمعنـى احالة قانون الدولة الذي اشـارت اليه قاعدة الاسناد الاختصاص لقانون دولة اخرى ، بينما التفويض هو احالة داخلية يحصل عندمـا تشيـر قاعدة الاسناد الى تطبيـق قانون دولة متعددة الشرائع اما تعدد اقليمي او شـخصي فالتعدد الاقليمـي يكون نتيجة تعدد الاقاليـم او الولايات في الدولة الواحدة مثل قانون المملكة المتحدة البريطانية وقانـون الولايـات المتحـدة الامريكية ، امـا التعدد الشخصي فيكون نتيجة تعدد الطوائف المكونة لدولة واحدة كما هو الحـال بالقانون المصري واللبناني ، فيكون من مهام القاضي بالدول المتعددة الشرائع ان يتولـى تعيين الشريعة الواجبـة التطبيق على النزاع ، وقد اشـار الى ذلك المفهوم المشـرع العراقي في المـادة (٣١/٢) من القانون المدني النافذ التي نصت على ((اذا كـان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعـدد فيها الشرائع فأن قانون هـذه الدولة هو الذي يقـرر اية شـريعة من هـذه يجب تطبيقهـا)). حيث يقـوم القاضي باسنـاد الاختصـاص وتفويض امر تخصيصه الى القانون المسند اليه في الوقت ذاته .

(27).Marko Milanovic ,Special Rules of

Attribution of Conduct in International law, Journal of in International law studies ,VOL 96,2020,p301

(٢٨)قرار محكمة التمييز الاتحادية ، ذو العدد ٤٩١٤/ الهيئة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/٢٢ (قرار غير منشور)

(٢٩) د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحلبي، بيروت ،ط١،٢٠١٦،ص٣١٠

(٣٠) المادة (١/٣٣) تنص على ((تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد))

(٣١) طبقت محكمة استئناف القادسية القانون العراقي على زوجين يحمل الزوج الجنسية العراقية وتحمل الزوجة الجنسية السورية عندما قامت المحكمة برد الدعوى على المدعية (الزوجة) وذلك لعدم الاعتراف بالزواج الالكتروني المبرم بينهما فهو زواج بدون اذن المحكمة، قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية ذي العدد ١٢/ اعادة محاكمة /٢٠٢٢ المؤرخ في ١٧/ ١١/ ٢٠٢٢ (قرار غير منشور)

(٣٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد ٢٦٤ / الهيئة الاستئنافية /٢٠٢٣المؤرخ في ٢٠٢٣/٨/٩ (قرار غير منشور)

(٣٣) د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، بغداد ، مكتبة الصباح ، ٢٠٠٧ ، ص٤٤.

(٣٤)المادة (٢٤) من القانون المدني النافذ تنص على التي نصت على ((المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها ، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامور الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده))، ونصت المادة (٢/٢٥) من القانون المدني النافذ تنص على ((قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه))

(٣٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة العامة ذو العدد ١٩٥ في ٢٠٠٩/٦/٢٩ نقلاً عن د. عبد الرسول عبد الرضا ، المرجع السابق ، ص٣٢٥.

(٣٦) نصت المادة اعلاه بعد التعديل على ((تسري احكام هذا القانون على كل مصنفات المؤلفين العراقيين والاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لاول مرة في جمهورية العراق وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين والاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لاول مرة في بلد اجنبي وتشمل حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون الاجانب سواء كانوا اشخاص طبيعية او معنوية على اساس لا يقل عما هو مناسب ان يمنح للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية والتمتع بحقوق الملكية الفكرية الاخرى واية مزايا من هذه الحقوق))

(٣٧) د. يونس صلاح الدين علي ، المرجع السابق ، ص٤١٦-٤١٧

(٣٨)د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ج٢، ط١، دار الاوائل ، ٢٠٠٦، ص٧.

(٣٩) د. هشام علي صادق ، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٨، ص٤٩٣

(٤٠) الشكل هو الاطار الخارجي الذي يجسد ارادة الاطراف واظهارها الى العالم الخارجي ، وقد اخضع المشرع العراقي الشكلية الى قانون الدولة التي تمت فيها ، وذلك بموجب المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي وكذلك التشريعات العربية الاخرى . ويرجع سبب اختيار التشريعات الى اخضاع الشكلية للمحل الذي تمت فيه الى عدة مبادئ مثل مبدأ التسهيل على المتعاقدين

(٤١) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد ١٣٢٧ / هيئة استئنافية /٢٠٢٢ المؤرخ في ٢٠٢٢/٥/١٦ (قرار غير منشور)

(42) Henny batiffol ,Aspects philosophiques du droit international prive , ,edition ,1956, p104-105.

(43) Monica-Elena V. BURUIANÃ, L'application de la loi étrangère

en droit international privé, thèse, L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX, 2016,p. 22.

(٤٤) توفيق حسن فرج ، مذكرات في قانون الاثبات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٦٩ ، ص٢١-٢٢ -٤٤

(٤٥) محكمة استئناف باريس في ٢٩/يونيو /١٩٥٤اشار اليه محمد كمال فهمي ، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مج ٣٣ ،ع٣، ١٩٦٣، ص٣٧٨ وما بعدها.

(46)Cass 1 re civ2mars ,1960 ,compagnie Algerienn de credit et banque,C. (Chemouny) , J.C.P 1960 II.11734,p.560.

(٤٧) رأي الفقيه (باتيفول) مشار اليه لدى عيد محمد عبد الله ، التزام القاضي باحترام مبدأ الوجاهة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، بلا سنة طبع ، ص٣٠٩

(48)Monica-Elena V. BURUIANÃ, L'application de la loi étrangère en droit international privé,p.28.

(٤٩) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، ١٩٦٩ ، ص١٩٢

(٥٠) شمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٤،ص٥،٤

(51)Monica-Elena V. BURUIANÃ , I bid, p3551

(٥٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٣٤٦.

(٥٣) قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٦٩/١/٢٢ المؤرخ في ١٩٦٩/٩/٢٩ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد٤ ،١٩٦٩ ،ص٢٢٣.

(٥٤)قرار محكمة الاحوال الشخصية المرقم ٩٣٦ /٢٠٠٨ ، قرار محكمة التمييز الاتحادية في تاريخ ٢٠٠٨/٤/٢ منشور في النشرة القانونية العدد٤٨ لسنة ٢٠١٠ ، ص١٠٩

(٥٥) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص١٣٣-١٣٤.

(٥٦)د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت، ٢٠٠٨ ، ص١٤٦.

(٥٧) الانابة القضائية هي ((طلب يقدم من السلطة القضائية المنيبة الى السلطة القضائية المنابة وتكون الانابة قضائية او دبلوماسية لاتخاذ اجراء معين للفصل في القضية المعروضة امام القاضي المنيب لعدم تمكن الاخير من استكمال اجراءات التقاضي كسماع شهادة شاهد او طلب خبرة في الدولة الاجنبية (المنابة))) للمزيد ينظر د. ادوارد عيد ، الانابة القضائية وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص واتفاقية الدول العربية لسنة ١٩٥٣ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٩ ، ص٩

(58) .R.V. Herasymchuk ,The concept of public order as an object of administrative and legal regulation ,Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs,Vol98 , No3,2022 ,p117.

(٥٩) ينظر المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري والمادة (١/١٣٢) وتقابلها المادة ١٣٦ القانون المدني المصري.

(٦٠) وقد اشارت محكمة النقض المصرية الى هذا المفهوم ايضا بحكمها ((انه اذا كان الشارع قد حاول تنظيم النظام العام الا ان النصوص تدل في عباراتها ان الشارع لم يحصر وما كان في مقدوره ان يحصر القوانين و السياسية والمالية والادارية ابدا كونها مسائل متغيرة فهي مسائل متعلقة بالنظام العام) مشار اليه لدى د. محمد خيري كصير ، المرجع السابق ، ص١٣١.

(٦١) تشير اعلاه الى انه ((لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق))

(62)Mayer,Droit international Prive, ED Montchrestien ,Paris, 1987,p136.

(63) Niboyet,cours de Droit international Prive ,Francais ,2 edition ,Paris ,1949,P497 .

(٦٤)د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٣ ، ص٣١٠.

(٦٥) الفقيه الالماني (سافيني) هو من مجموعة الفقه التقليدي الذي عالج هذه القواعد تحت مسمى قواعد البوليس والامن او القواعد فورية التطبيق

(٦٦) د. عبد الهادي الاسود ، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والامن) وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ، العدد السابع ،٢٠١٥ ص٢٩.

(٦٧) د. عنايات عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٥، ص٢٦-٢٧

(٦٨) الفقيه اليوناني (فوسيون فسيسكاكيس) من مجموعة الفقه الحديث الذي عالج هذه القواعد تحت مصطلح القواعد فورية التطبيق

(٦٩) فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ، مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين ،ج٢، دار النهضة العربية ،١٩٩٦ ،ص١٧٩-١٨٠.

(٧٠)حكم محكمة تمييز العراق ذي العدد ٥٨٠ /احوال شخصية / ٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٠٠٠/٤/٤ منشور في النشرة القانونية ، العدد الثامن ، ٢٠١٠ ، ص٧ .

(٧١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مقال القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية للقانون الدولي ،عدد٤٠، ١٩٨٤،ص١٦٠

(٧٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ،ص١٦١- ١٦٢

(73) Janusz Gierszewski ,Andrzej Pieczywok, Public security and public order conceptual and institutional scope ,Polish Political Science Yearbook ,Vol 50, 2021 ,p8

قائمة المصادروالمراجع

اولا -المصادر باللغة العربية

أ - الكتب

١.د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص،ج٢،تنازع القوانين ، القاهرة ،١٩٨٥.

٢.د. ادوارد عيد ، الانابة القضائية وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص واتفاقية الدول العربية لسنة ١٩٥٣ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٩.

٣.توفيق حسن فرج ، مذكرات في قانون الاثبات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٦٩.

٤.د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ،ط٢، مطبعة التفيض ، بغداد ١٩٤٨.

٥.د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، ط٢، جامعة الكويت ، ١٩٧٤.

٦.د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ج٢، ط١، دار الاوائل، ٢٠٠٦.

٧.د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف في الاسكندرية ، دون سنة طبع .

٨.د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٣ .

٩.سعيد يوسف البستاني ، الجامع في

القانــون الدولي الخــاص ، منشــورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩.

١٠. شــمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة في اثبات القانــون الاجنبي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٤

١١. د. عبد الرسول عبد الرضا ، القانون الدولي الخــاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨.

١٢. د. عبــده جميــل غصــوب ، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت، ٢٠٠٨ .

١٣. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخــاص،ج٢، ط٦، دار النهضــة العربيــة ، ١٩٦٩.

١٤.د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،٢٠٠٢ .

١٥.د. علــي غالــب الداودي ، القانــون الدولي الخاص الاردني ، ط١، الاردن ، ١٩٩٦.

١٦.د. عنايات عبــد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخــاص ،دار النهضــة العربيــة ، القاهرة ،١٩٩٥

١٧.د. عونــي محمــد الفخــري، اتفاقيــة روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق علــى الالتزامات التعاقديــة ، بغداد ، مكتبة الصباح ، ٢٠٠٧

١٨.د. غالــب الــداودي، نظريــة الاحالــة في القانــون الدولــي الخــاص ، دار الطباعــة الحديثة ، بغداد ، ١٩٦٥.

١٩.د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. خالد ترجمان ، تنــازع القوانين والاختصــاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية ، ١٩٨٨.

٢٠.فــؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشــد ، مبــادئ القانــون الدولي الخــاص وتنازع القوانين ،ج٢، دار النهضة العربية ،١٩٩٦ .

٢١.د. محمــد خيــري كصير ، حــالات تطبيق قانــون القاضي في نطــاق تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١، ٢٠١٢.

٢٢.د.محمــد كمــال فهمــي ، اصــول القانون الدولي الخاص ، مؤسســة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥.

٢٣.د. محمد مبــروك ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائــي الدولي ، منشورات الجامعــة ، الدار الوطنيــة للكتب ، بنغازي ، ١٩٩٤.

٢٤.د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخــاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٧.

٢٥.د. هشــام علــي صادق ، تنــازع القوانين ، منشأة المعارف ، ١٩٦٩ .

٢٦.د. هشــام علــي صــادق، القانــون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٤.

٢٧. د.هشــام علي صادق ، د. عكاشــة محمد عبد العــال، القانون الدولــي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٨ .

٢٨.د. يونــس صــلاح الديــن علــي ، القانون الدولي الخــاص ، منشورات زين الحلبي ، بيروت ، ط١، ٢٠١٦.

ب ـ البحوث القانونية المنشورة:

١- د. احمد عبد الكريم سلامة ، مقال القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية للقانون الدولي ،عدد٤٠، ١٩٨٤.

٢- سعود علام، تريكي هدى ، التكييف في العلاقات الدولية الخاصة ، جامعة احمد دراية ، ٢٠١٤ .

٣- محمد كمال فهمي ، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مج ٣٣ ،ع٣، ١٩٦٣.

٤- د. عبد الهادي الاسود ، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والامن) وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ، العدد السابع ،٢٠١٥ .

ج- الرسائل والاطاريح الجامعية

١-عيد محمد عبد الله ، التزام القاضي باحترام مبدأ الوجاهة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق .

د- المحاضرات

١-شمس الدين الوكيل ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، جامعة الاسكندرية ، مصر ،١٩٦٢ .

هـ القوانين

١ـ قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨

٢ـ القانون المدني المصري رقم ١١٣ لسنة ١٩٤٨

٣ـ القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠.

٤ـ القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣.

٥ـ قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغى)

٦ـ قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

٧ـ قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

ز_ القرارات القضائية

ـ قرار محكمة استئناف باريس في ٢٩/ يونيو /١٩٥٤

ـ قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٦٩/١/٢٢ في ٢٩/ ١٩٦٩/٩ ، مجلة القضاء ، العدد٤ ،١٩٦٩ .

ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة العامة ذو العدد ١٩٥ في ٢٠٠٩ /٦/٢٩

ـ حكم محكمة تمييز العراق ذي العدد ٥٨٠ /احوال شخصية / ٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٠٠٠/٤/٤ منشور في النشرة القانونية ، العدد الثامن ، ٢٠١٠ .

ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، ذو العدد ٤٩١٤/ الهيئة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/٢٢ (قرار غير منشور)

ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد

١٣٢٧ / هيئــة استئنافيــة /٢٠٢٢ المؤرخ في ٢٠٢٢/٥/١٦ (قرار غير منشور)

ـ قرار محكمة استئنــاف القادسية الاتحادية ذي العــدد ١٢/ اعادة محاكمة /٢٠٢٢ المؤرخ في ١٧/ ١١/ ٢٠٢٢ (قرار غير منشور)

ـ قــرار محكمة التمييــز الاتحادية ذو العدد ٢٦٤ / الهيئــة الاستئنافيــة /٢٠٢٣المؤرخ في ٢٠٢٣/٨/٩ (قرار غير منشور)

ثانيا- المصادر الاجنبية

1- Cass I re civ2mars ,1960 ,compagnie Algerienn de credit et banque,C. Chemouny ,J.C.P 1960 II.11734.

2- Henny batiffol ,Aspects philosophiques du droit international prive , ,edition ,1956Saida El Boudouhi ,The National Judge as an Ordinary Judge of International Law. Invocability of Treaty Law in National Courts, Published online by Cambridge University Press,V.28.Issue2, 2015.

3- Janusz Gierszewski ,Andrzej Pieczywok, Public security and public order –conceptual and institutional scope ,Polish Political Science Yearbook ,Vol. 50, 2021.

4- Lerbours Pigonniere ,paul ,Le droit international prive 8eme edition Paloz ,1962.

5- Marko Milanovic ,Special Rules of Attribution of Conduct in International law, Journal of in International law studies ,VOL 96,2020.

6- Mayer,Droit international Prive, ED Montchrestien ,Paris, 1987Monica-Elena V. BURUIANÃ, L'application de la loi étrangère en droit international privé, thèse, L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX, 2016.

7- Niboyet,cours de Droit international Prive ,Francais ,2 edition ,Paris ,1949 .

8- .R.V. Herasymchuk ,The concept of public order as an object of administrative and legal regulation ,Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs,Vol98 , No3,2022 .

The role of the national judge in resolving international private disputes

Assist. Prof. Dr. Samah Hadi Mohammed(*)

Abstract

The national judge has an important role in resolving disputes with a foreign element. This role is more difficult than the role played by the judge in resolving national disputes in all branches of private and public law, In disputes that fall within the scope of the branch of private international law, he must study the incident and adapt it, then subject it to one of the categories established in his national law, then attribute it to the applicable law. The matter becomes more complicated when the attribution rules refer to a foreign law, so he must search for the substantive ruling in that law despite his lack of familiarity or knowledge of it , The matter may become complicated when the jurisdiction is referred to another law in accordance with the principle of referral. We find that the judge's powers here are like a double-edged sword. They have a positive side, which is granting the judge discretionary power to resolve these disputes, and a negative side It is the fear that the judge will exploit these powers in a way that makes him tyrannical in making decisions and issuing rulings, especially in light of the absence or deficiency of a legislative text, starting from the classification of facts and ending with the application of the law to which it has jurisdiction.

Keywords: foreign law, national legislator, rules of attribution, powers of the judge

(*)College of Law/ University of Nahrain