وسائل القضاء في تطوير قواعد التنازع

أ.د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي اياد جواد عبيد عمران الجنابي

كلية القانون/ جامعة بابل

Means of the judiciary in developing conflict rules

Dr. Abdul Rasool Abdual Rida Al Asadi Iyad Jawad Obaid Omran Al-Janabi

College of Law / University of Babylon

Hum. aliayad19655@gmail.com

abstract:

The legislator usually sets the rules of conflict, or as it is called the rules of attribution, to determine the law to be applied when a conflict occurs in a legal relationship that includes a foreign component, and it is noted that the current rules of conflict in Iraqi and comparative law are no longer sufficient to address the emerging contemporary problems regarding the conflict, and have resulted From this case, the legislator's role has receded, and he gave more space to the judiciary's role in developing those rules by filling in or amending the deficiency thereof, and even with the hypothesis that the text exists, in some cases, it must complete and reinforce this textual presence and begin to fill in the blanks, since the judge is not Just a path to adversarialism and its formal aspects, the judge's job is superior and deeper than that, because it includes another important aspect in the judicial conflict, which is the search for the truth that will be enshrined in the ruling that will be issued by him, and Iraqi laws have allowed the judge a number of provisions that enable him and help him to realize the truth, and achieve Justice, as it does not depend on his personal knowledge of reality. Paragraph (2) of Article (1) of the Iraqi Civil Code stipulated a gradual selection: "If there is no legislative text, it can be applied, the court ruled according to the custom, and if there is no According to the principles of Islamic Sharia, which are more appropriate to the provisions of this law without being bound by a certain doctrine, if it does not exist then it is in accordance with the rules of justice. " As stated in paragraph (3) of the same article: "Courts are guided in all of this by the rulings approved by the judiciary and jurisprudence in Iraq and then in other countries whose laws converge with Iraqi laws." This characterizes the positive role of the judge, and this role we can call it the role that complements the work The legislator, and accordingly, this modest study will be interested in studying the role of the judiciary in developing rules for conflict of laws in Iraqi and comparative law through two subjects.

Keywords: means, judiciary, development, rules of conflict...

الملخص:

يضع المشرع عادة قواعد التنازع، أو كما تسمى قواعد الإسناد، لتحديد القانون الواجب التطبيق عند حصول نزاع في علاقة قانونية تتضمن عنصر أجنبي، والملاحظ بان قواعد التنازع الحالية في القانون العراقي والمقارن، لم تعد كافية لمعالجة ما يستجد من مشاكل معاصرة بشأن التنازع، وقد نتج عن هذا الحال انحسار دور المشرع، وأعطى مساحة أكبر لدور القضاء في تطوير تلك القواعد من خلال سد النقص فيها أو تعديلها، وحتى إنه مع فرضية وجود النص، عليه في بعض الحالات، أن يكمل ويعزز هذا الوجود النصي ويبدأ بملئ الفراغات، إذ إن القاضي ليس مجرد مسير للخصومة والإحاطة بجوانبها الشكلية، فوظيفة القاضي أسمى وأعمق من ذلك، لأنها تشمل جانباً أخر هاماً في النزاع القضائي، وهو البحث عن الحقيقة التي سيكرسها الحكم الذي سيصدر عنه، وقد أتاحت القوانين العراقية للقاضي جملة من الأحكام التي تمكنه وتساعده على إدراك الحقيقة، وتحقيق العدالة، فهو لا يعتمد على علمه الشخصي بالواقع، فقد نصت الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي على الاختيار التدريجي:" **فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة** ". كما نصت الفقرة (3) من ذات المادة: "

وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية " وهو ما يميز الدور الايجابي للقاضي، وهذا الدور نستطيع أن نطلق عليه بالدور المكمل لعمل المشرع، تبعاً لذلك سوف تهتم هذه الدراسة المتواضعة، بدراسة دور القضاء في تطوير قواعد تنازع القوانين في القانون العراقي والمقارن من خلال مبحثين.

الكلمات المفتاحية: وسائل، القضاء، تطوير، قواعد التنازع...

الحمد لله العلي القدير، والصلاة والسلام على نبيه المصطفى (ﷺ) الذي أرسله إلى البشر هادياً ومبشراً ونذيرا، وداعيا الى الله (ﷻ) باذنه وسراجاً منيرا، ينير للبشرية دروب الخير، وسبل الحق والسلامة والأمان، ليعيش الانسان على هذه الأرض أمنا مطمئنا، ولينعم بحياة كريمة.

أولاً / التعريف بموضوع البحث:

إن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع مسبقا الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على أنظار القاضي هي خارج توقعات المشرع نتيجة تطور أحوال تنازع القوانين وبالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول وخلق قاعدة قضائية جديدة.

فقد يكتشف القاضي قصور القانون الوضعي حول مسألة معينة ويبذل جهده لسد هذه الثغرة، فالتشريع بشكل عام يعاني من قصور في نصوصه وعدم كفايته وهنا يبرز دور الاجتهاد القضائي لملئ هذا الفراغ، إما عن طريق توضيح النصوص أو إنشائها في حالة انعدامها، وقد يجد القاضي أمامه نصوصاً قانونية مرنة وغير جامدة يستخدم فيها المشرع عبارات مطلقة وغير محددة.

ومن هنا يكتسب دور القاضي أهمية من الناحية العملية ويلجأ إليها بموجب نص صريح من قبل المشرع للوصول إلى الحكم العادل في القضية المعروضة أمامه، مثاله المادة (30) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951: "**يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا**"، أي إن المشرع أعطى دورا بارزا ومهما للقاضي المعروض عليه النزاع من جهة، واقر بذلك القصور من جهة أخرى، ولا يختلف موقف كل من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والقانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976والقانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

ثانيا / أهمية البحث:

من ما تم تقديمه تبرز أهمية هذا الموضوع الذي تعود إلى الأهمية الكبيرة التي يحتلها القضاء في العراق، وكذلك اجتهاد القاضي ودوره في حماية الحقوق والحريات وتجسيد مبدا الديمقراطية عند عدم وجود نص قانوني أو غموضه، يسعى جاهدا لتحقيق العدالة ونشر الاستقرار وإبراز دوره في أثناء أدائه لواجبه بوصفه قاضيا مع كثرة المنازعات وتشعبها.

ثالثا / مشكلة البحث:

لا نقاش في أن القاضي ملزم بالفصل بالنزاع بجميع الأحوال مع افتراض أن تكون هناك نصوص قانونية قائمة، ولكن قد يعرض على القاضي منازعات ولا يجد النص الذي يطبقه عليها فيجب عليه أن يفصل بالنزاع وأن لا يتهرب من الحكم بحجة غموض النص أو عدم وجود قانون، هو ما نصت عليه صراحة المادة (30) من قانون المرافعات المدنية: " **لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن إحقاق الحق** ".

ومن أهم القضايا التي أثارتني كإشكاليات في موضوع دور القاضي الوطني في النزاع اذا ما أتصف بالصفة الاجنبية، التي توجب الخوض فيها.

إذ إن المشرع العراقي لم يبين شروط هذا الدور زيادة على أنَّ المعايير التي يستند اليها القاضي في تقديره للعلاقات ذات العنصر الاجنبي، الامر الذي يؤدي الى إشكال محوريًا يتمثل ماحدود دور القاضي في العلاقات ذات العنصر الاجنبي، زيادة عن

مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري، والمجال الذي تظهر له السلطة المقيدة ؟ وما الأساس القانوني الذي يستند إليه في ذلك؟، فضلا عن بيان طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في الدعوى، وما مدى رقابة المحكمة العليا لسلطة القاضي الوطني في العلاقات ذات العنصر الاجنبي ؟

رابعا / منهجية البحث:

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه **(وسائل القضاء في تطوير قواعد التنازع)** المزج بين المنهج التحليلي والمنهج المقارن لغرض الاحاطة بالموضوع من جوانبه كافة، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية العراقية وعلى الاخص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، ومقارنتها بالقانون المصري فضلا عن القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي والقانون الانجليزي وبعض القوانين الاخرى كلما اقتضى الأمر اللجوء إليها، كل ذلك بهدف الوقوف على موقف هذه القوانين وصولا الى افضل النتائج والمقترحات فيما يخص موضوع الدراسة.

خامسا / نطاق البحث:

تعطي هذه الدراسة مفهوما عاما عن دور القضاء في تطوير قواعد تنازع القوانين، من خلال التعريف بنظام القضاء الحكومي وتحليل القاعدة القانونية الى عناصرها (الفرض والحكم)، لغرض معرفة دور القضاء الحكومي في تطويرها والتعرف على اهم وسائل التي يتبعها القضاء في تطوير تلك العناصر، ورسم صورة واضحة لدور القاضي وبيان الحالات التي يمكنه فيها التطوير، لذلك يخرج عن نطاق هذه الدراسة قضاء التحكيم، وكذلك دور المحكمين، وبصورة عامة استبعد من نطاق هذه الدراسة في كل المواضيع التي انطوى عليها قضاء التحكيم وحصرها بالقضاء الحكومي فقط.

سابعا / هيكلية البحث:

تمت معالجة موضوع البحث من خلال الهيكلية الآتية:

قسم البحث إلى مبحثين، تضمن المبحث الأول الوسائل الأصلية في تطوير قواعد تنازع القوانين، وسنفرد المبحث الثاني الى الوسائل البديلة في تطوير قواعد تنازع القوانين.

ومن ثم ننهي بحثنا بخاتمة تتضمن جوهر ما توصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات.

ومن الله التوفيق

المبحث الاول

الوسائل الاصلية في تطوير قواعد تنازع القوانين

إن الوسائل التي سوف نقوم بعرضها بهذا الفصل والتي تصلح لمعالجة مشكلة النقص أو الغموض للنص ليست وسائل علاج مطلقة، وانما تختلف من قانون لآخر، وبمعنى أدق فإن دور القاضي في استعمال تلك الوسائل محدودة بطبيعة نصوص القانون محل التطبيق.

فالقاضي المدني لازما عليه ان يصدر احكاما في المنازعات المعروضة عليه والا اعتبر منكرا للعدالة [438]، بخلاف القاضي الاداري الذي يمكن له ان ينشئ قاعدة قانونية بناء على حكم قضائي اصدره في واقعة لم يصدر حكم سابق في واقعة مثلها، بينما نجد أن القاضي يلتزم في تحديد الجرائم والعقوبات المحددة لها، وليس له أن يجرم سلوكا غير مجرم بنص، ولا يقر

438) حيث جاء بنص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي: " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن إحقاق الحق ".

عقوبة غير منصوص عليها[439]. والقصور التشريعي يعني النقص، وهو كل حالة يضطر فيها القاضي وهو يرمي لتحقيق العدالة أو تثبيت الحق الركون بعيداً عن المعنى الحرفي لنص القانون، مستخدماً تارة بعض الاليات التقليدية المتثلة بالقياس والحيلة القانونية كذلك العرف، وتارة اخرى مستعيناً بالاليات غير التقليدية المتمثلة بالعدالة والمبادئ العامة للقانون وغيرها للوصول للحكم المناسب وإكمال نصوص القانون[440]، لذا سنقوم بالتعرف عليها من خلال مطالبين.

المطلب الاول

الاليات التقليدية

هناك تشريعات تلزم القاضي بالفصل بالنزاع في حالة عدم وجود نص تشريعي دون ان تبين له الطريقة التي يسد بها نقص التشريع، ومثال هذه التشريعات المقارنة كالقانون الانجليزي والقانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804[441]، وهناك تشريعات توجب على القاضي أن يفصل بالنزاع حين نقص أو غموض التشريع، ولكن تمده بتوجيهات معينة يتبعها في هذه الحالة الاستثنائية كالقانون المدني العراقي والمصري، وهي تقصد من هذا تقييد حرية القاضي حتى تاتي الحلول التي يجريها، في حالة عدم وجود النص متسقة مع النظام القانوني الذي وضعه المشرع [442]. إذ يفرض على القاضي ان يتبع اما وسائل تكميلية خارجية، فيجوز للمفسر أن يبحث عن الحل خارج النظام القانوني الذي وجد به النقص[443]، وهو ما اتبعه المشرع العراقي بالفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي إذ نصت: " **فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة** " [444].

---

439) انظر المادة (19 / ثانيا) من من دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005: " ثانياً:- لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة... ". كذلك انظر المادة (1) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969: " لا عقاب على فعل او امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون".

440) د. وائل حسن عبد الشافي – مُشكلة النفص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)– مصدر سابق (ص15 هامش رقم 5) – ص360.

441) اذ تنص المادة (4) منه: " القاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت التشريع او غموضه او عدم كفايته يعد مرتكبا لجريمة الامتناع عن الحكم" وجدير بالذكر انه قد انشئت في فرنسا عام 1945 لجنة لتنقيح القانون المدني، ولقد حذف المشروع التمهيدي للقانون المدني الفرنسي المادة (4)، واللجنة مع اعترافها بان بعض الناس سيتالمون من هذا الحذف، الا انها ترى ان هذه المادة لم تعد ذات فائدة،اما لان المبدأ الوارد فيها لم يعد محل جدل في الوقت الحاضر، او لان مكانها ليس القانون المدني. انظر: د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مصدر سابق (ص15 هامش رقم 1) – ص 552.

442) المصدر نفسه – ص 553.

443) مثاله: العدول عن الخطبة في القانون العراقي حيث اعتبر الخطبة وعد غير ملزم بالزواج فهي ليست عقدا حتى يترتب عليها أثار عقد الزواج، وغير ملزمه لكل من الطرفين بل إن لكل منهما أن يعدل عن الخطبة شرعا وقانونا فلا إلزام ولا التزام، لكن يمكن أن نستنتج إن دور القضاء في تطوير عنصر الفرض هنا يكون من خلال تطويع نص المادة (6) من القانون المدني العراقي والتي نصت: " الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر".

444) تقابلها المادة (1/ 2) من القانون المدني المصري: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، والمادة (2/1) من التقنين المدني السويسري الصادر سنة 1907: "وفي حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه يحكم القاضي وفقا للعرف، وفي حالة عدم وجود العرف فانه يحكم وفقا للقواعد التي كان ليضعها لو كان عليه ان يقوم بعمل من اعمال المشرع "، والمادة (2/12) من التقنين المدني الايطالي لسنة 1942: " اذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي الى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة... فاذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فانه يحكم وفقا للمبادئ العامة في النظام القانوني للدولة ". والمادة (7) من القانون المدني النمساوي الصادر سنة 1811: " اذا لم يتيسر حل المسألة المتنازع عليها، لا وفقا للنص، ولا وفقا للمعنى الطبيعي للتشريع

وأما يتبع القاضي وسائل تكميلية داخلية، أي على القاضي ان يسد هذا النقص عن طريق التنظيم القانوني ذاته مستعينا في ذلك بالقياس أو الحيلة القانونية فان لم يجد ذلك نفعا فالبرجوع الى القواعد العامة في التنظيم القانوني النافذ، وقد أخذ التقنين المدني المصري[445].

وعلى هذا الأساس سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الاول القياس، وسنفرد الفرع الثاني الى الحيلة القانونية.

الفرع الاول: القياس

القياس: هو اعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة اخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين [446]، أي إن القياس وسيلة لاظهار حكم مسالة يسكت عنها القانون قياسا على مسالة ورد فيها حكم لأن العلة في الحالتين واحدة[447]، والقياس له اربعة اركان تتمثل في (الاصل) وهو الواقعة المنصوص عليها وتسمى المقيس عليه، (الفرع) وهو الواقعة المسكوت عنها وتسمى المقيس،(العلة) وهي الوصف الموجود في كل من الأصل والفرع، (الحكم) المنصوص عليه[448]. فقد يلجأ القاضي إلى الاستنتاج بطريق القياس باعطاء حالة معينة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى ورد بشأنها حكم في القانون لاتحاد العلة في الحالتين، وعليه تفترض هذه الطريقة وجود حكم منصوص عليه في حالة معينة محددة، ووجود حالة اخرى ليست من نوع الحالة المنصوص عليها ولكن العلة واحدة، لذلك تقاس الحالة الثانية على الحالة الاولى وتاخذ حكمها عن طريق القياس[449].على انه يتوجب على القاضي توخي الحيطة والحذر عند اللجوء للاستنتاج بطريقة القياس، حتى لا ينتهي التفسير للوصول الى احكام تغاير في جوهرها الاحكام القانونية المقيس عليها، لذلك يلتزم القاضي بالتحقق من وجود التشابه او الاتحاد في العلة بين الحالتين، ثم التاكد من ان حكم الحالة المنصوص عليها ليس حكما استثنائيا، والا كان هذا الحكم واردا على خلاف القياس والقاعدة هنا ماجاء بنص المادة (3) من القانون المدني العراقي:"**ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه**".

وينقسم القياس، إلى قياس عادي وهو الذي تشترك فيه العلة ما بين المقيس والمقيس عليه، والثاني قياس من باب اولى وفيه تتوافر العلة في المقيس بشكل اوضح مما هو موجود في المقيس عليه، وتحديد العلة في القانون الوضعي يكون بالرجوع الى الاعمال التحضيرية والسوابق التاريخية. ولكن هل اعمال القياس امر مطلق ؟، وهل للقاضي سلطة واسعة في استخدامه ؟ حقيقة الامر – لا – حيث ان القاضي مقيد بطبيعة النصوص التي يطبقها، فاذا كان بصدد نص استثنائي فلا يجوز للقاضي القياس عليه، مثال ذلك نص المادة (15) من قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006: " **للوزير سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها اذا ثبت قيامه او حاول القيام بعمل خطرا على امن الدولة وسلامتها او قدم معلومات خاطئة عنه او عن عائلته عند تقديم الطلب اثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة البتات**".

وجب الرجوع الى الحالات المشابهة في التشريع والى اسباب التشريعات الاخرى، فاذا ظلت الحالة المتنازع عليها مع ذلك دون حل وجب الفصل فيها وفقا للقواعد الاساسية للقانون الطبيعي ". المصدر نفسه – ص 553 – 555.

445) د. وائل حسن عبد الشافي – مُشكلة النفص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)– مصدر سابق (ص15 هامش رقم 5) – ص362.

446) د. سمير السيد تاغو – النظرية العامة للقانون – مصدر سابق (ص15 هامش رقم 4)– ص 764.

447) د. حسن حرب اللصاصمة – دراسات في المدخل الى العلوم القانونية – دار الخليج – عمان – 2004 – ص 104.

448) د. وائل حسن عبد الشافي – مُشكلة النفص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)– مصدر سابق (ص15 هامش رقم 5) – ص 363.

449) مثاله: اعتبار فعل الفحشاء مع مجنونة فيه اكراه معنوي، وفيه اغتصاب قياسا مع البنت الصغيرة لاتحاد العلة، وهي فقدان الادراك والارادة عند كليهما.

الفرع الثاني: الحيلة القانونية

الحيلة القانونية: هي التي تجعل الشيء غير الصحيح شيئا يخالف الواقع في جميع الاحوال بغير استثناء على الاطلاق، او هي افتراض أمر مخالف للواقع للوصول إلى تغير احكام القانون دون التعرض إلى نصوصه، وبهذا تختلف عن القرينة إذ تجعل من الشيء المحتمل شيئا صحيحا(450)، وهي مخالفة حقائق الطبيعة، اما اذا خالفت القاعدة القانونية التي صنعها المشرع فإن المخالفة لا تنطوي في هذه الحالة على حيلة، بل على الغاء للقاعدة السابقة أو استثناء منها (451). وتعد الحيلة القانونية وسيلة صياغة استثنائية لا يلجأ اليها إلا في حالات الضرورة، وذلك لانها تعد اشد وسائل الصياغة تطرفا، ولايتم استخدامها الا حينما يصعب على وسائل الصياغة الاخرى ادراك اهدافها، وهي ذات طبيعة نسبية لانها تعتمد على عقل الانسان في ادراك الحقيقة، والحقيقة في حد ذاتها نسبية الحيلة، فاليوم قد يكون أمر أسس على حيلة غدا يثنيه العلم ويقرر صحتها والعكس صحيح (452).

المطلب الثاني

الاليات غير التقليدية

يعد القانون وعاء القيم، بمعنى ان القانون يقوم على جملة من المثل الاخلاقية والاقتصادية والسياسية والواقعية التي تلبي حاجات مجتمع ما في مكان وزمان معينين، إلا ان للقيم حسب الأصل صبغة انسانية عامة، فقيم مثل العدالة والحرية والمساواة، هي افكار انسانية لا يختص بها مجتمع معين (453).

وعلى هذا النهج استقرت في علم القانون مجموعة من المبادئ القانونية العامة العليا التي تستند عليها جل معطياته دونما حاجة لنص تشريعي ينص عليها لانها تستند إلى معطيات العقل والمنطق وضرورات الحياة الاجتماعية في بعض الاحيان، وعلى هذا الاساس سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرف عبر فرعه الاول على قيم العدالة، وسنفرد فرعه الثاني للتعرف على المبادئ العامة للقانون.

الفرع الاول: العدالة

تعد العدالة من اهم وسائل التطوير في القانون، حيث يلزم القاضي باصدار حكما في اي نزاع يعرض عليه حتى ولو لم يجد له نص في القانون، وإلا عد منكرا للعدالة بنص المادة (30)من قانون المرافعات المدنية العراقي:" **لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن إحقاق الحق**"

وقد جاء المشرع العراقي وكذلك فعل المشرع المصري والفرنسي، وحث القاضي على اعمال العدالة وذلك بان الزمه بان يبحث في جوهر القانون على حكم لاي نزاع يعرض امامه ولم يجد له في التشريع او العرف حكم (454).

وثمة حالات كثيرة في القانون العراقي والمقارن يرخص فيها المشرع للقاضي في أن يأخذ بأسباب العدالة (455)، وفي هذه الأحوال وفي غيرها يحيل القانون القاضي الى ضميره الشخصي والى الاحساس العام بالعدالة. ولكن فيما عدا الحالات التي يجيز

---

450) د. وائل حسن عبد الشافي – مُشكلة النفص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة) – مصدر سابق (ص15 هامش رقم 5) – ص367.

451) د. سمير السيد تاغو – النظرية العامة للقانون – مصدر سابق (ص15 هامش رقم 4)– ص 400.

452) المصدر نفسه – ص 401 وما بعدها.

453) انظر بهذا المعنى: د. وائِل حَسن عبد الشافي – مُشكلة النفص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة) – مصدر سابق (ص15 هامش رقم 5)– ص119 ومابعدها.

454) انظر نص الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، يقابلها نص الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، يقابلها المادة (4) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 الملغاة (راجع ص 104 من الدراسة هامش رقم 1).

فيها المشرع للقاضي ان يلجا الى معايير العدالة ويدعوه الى تطبيق القانون على حالات معينة، لايكون للعدالة مجال تطبق فيه مادام النظام القانوني مستقرا ويؤدي وظيفته على وجه منتظم، ذلك ان القانون الوضعي يكفي بذاته لتنظيم العلاقات، اما اذا اريد ان يضحي به من اجل العدالة فان ذلك يخل بالمساواة الواجبة بين الافراد وبالاستقرار الواجب للنظام الاجتماعي [456].

الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون

تطلق عبارة المبادئ القانونية العامة على طائفة من مبادئ بعضها مكتوبة، وبعضها غير مكتوبة، ولكن اجمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على انزالها منزلة المبادئ المكتوبة، فكان مؤدى هذه الموافقة الاجماعية ان عدت هذه المبادئ من قبيل القانون الوضعي، عبرت عنه الارادة الجماعية فكان لها بذلك قوة ملزمة [457].

وإن من أنشأها هو القضاء، وخاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي وواكبه في ذلك مجلس الدولة المصري الذي أُنشيء عام 1946 على غرار مجلس الدولة الفرنسي، إلا ان الفقه يكاد يجمع على أنها قواعد أساسية وجوهرية لا يمكن أن يخلو منها أي نظام قانوني، بمعنى أنها تكاد تفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة.

المبحث الثاني

الوسائل البديلة في تطوير قواعد تنازع القوانين

كلمة وسيلة تعني كل ما يتحقق به غرض معين[458]، وبديلة من البدل وهو خَلَف أو خيار أو مساعد[459]. وعلى ذلك يمكن تعريف الوسائل البديلة بأنها: وسائل غير تقليدية (غير اصلية) بعضها منظم تشريعياً، والبعض الآخر غير منظم تشريعياً وتضطلع بدور احتياطياً وتكميلي للوسائل الأصلية في تسوية تنازع القوانين، لتحقيق أفضل الحلول وفقا لاعتبارات العدالة ومراعاة مصالح أطراف والملائمة للأطراف النزاع والأمان القانوني [460].

إن الوسائل الأصلية هي المتبعة والمطبقة إذا أريد تسوية تنازع للقوانين، وهذا التطبيق هو تطبيق آلي وبحكم القانون، لأن الوسائل الأصلية منصوص عليها في القوانين ذات العلاقة وهي وسائل تقليدية نظمت اغلبها قواعد الاسناد والبعض منها القواعد الموضوعية[461].

وبذلك تضطلع الوسائل البديلة بدور تكميلي، أو احتياطي وحسب موضوع العلاقة محل تنازع القوانين ويمكن اعتمادها إذا كانت تصل لحل التنازع باقل جهد واقصر طريق وبسط اجراءات [462].

---

455) انظر المادة (1) والمادة (150) من القانون المدني العراقي، كذلك انظر: المادة (1) والمادة (148/ 2) والمادة (95) والمادة (166) والمادة (931) من القانون المدني المصري.

456) د. عبد الحي حجازي – المصدر نفسه– ص 222.

457) ولقد عرفها بيسكاتوري – مقدمة في علوم القانون – المرجع السابق – فقرة 71: "بانها مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه القانوني من حيث تطبيقه وتنميته ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها". نقلا عن: د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مصدر سابق (ص15 هامش رقم1)– ص 493.

458) زين الدين محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي الحنفي – مختار الصحاح – تحقيق يوسف الشيخ محمد – ج1 – ط5 – المكتبة العصرية – بيروت – لبنان – 1420هـ/ 1999م – ص320

459) زين الدين محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي الحنفي – المصدر نفسه – ص75.

460) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – الوسائل البديلة في حلول تنازع القوانين الاقليمية– مجموعة محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون معهد العلمين – 2017– 2018 ص 4.

461) انظر المواد من المادة (14) الى المادة (33) من القانون المدني العراقي، كذلك انظر المواد من المادة (10) الى المادة (28) من القانون المدني المصري.

462) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – المصدر نفسه – ص5.

علما أن هذه الوسائل المتقدمة ينحصر تاثيرها في نوعين من المسائل، وهي مسائل الاحوال العينية، ومسائل الالتزامات غير العقدية، التي سنتناولها في مطلبين.

المطلب الأول

الوسائل في إطار مسائل الأحوال العينية

تتضمن هذه المسائل العلاقات التي يكون موضوعها أموال، والاصل في الاشياء انها مادية يكون لها حيز مادي محسوس، كالارض والمباني والمركبات والمواشي وغيرها، ولم تعرف القوانين القديمة غير الاشياء المادية، لكن تقدم العقل البشري واختراع الطباعة وازدهارها، ثم تطور التجارة والصناعة وانتقالها من بلد إلى آخر أدى إلى ظهور الأشياء غير المحسوسة، والتي تعد نتاج العقل البشري من تاليف ادبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات في الصناعة والتجارة [463].

وفي هذا المطلب سنتطرق الى إمكانية وجود وسائل بديلة للوسائل الأصلية في تنازع القوانين فيما يتعلق بالأحوال العينية، وسنتناول ذلك في فرعين، سنخصص الفرع الأول لمسائل الأموال المادية، والفرع الثاني لمسائل الأموال المعنوية.

الفرع الأول: الأموال المادية

عرفت المادة (65) من القانون المدني العراقي المال[464]، ونصت المادة (61) من القانون ذاته على انه: " **كل شيء لايخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية** "، فالمقصود بها الأموال المحسوسة والتي هي كل شيء ملموس له قيمه مالية ووجود مستقل عن وجود الانسان وبالإمكان تملكه وحيازته والانتفاع منه، وتتوزع الأموال المادية إلى أموال عقارية وأموال منقولة [465]. ويحكمها إجمالاً قانون موقع المال، والقاعدة هي قاعدة اجتماعية، عالمية التطبيق، بعض الدول تكرس تلك القاعدة بنص قانوني صريح، ودول أخرى تعتبرها قاعدة عرفية مع النص عليها (النظام القانوني اللبناني)[466]. وقد نصت على ذلك حتى المعاهدات والاتفاقات الدولية ومن بينها اتفاقية الرياض لعام1983[467]، وهي قاعدة استقر العمل بها منذ عهد مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة وتقوم هذه على مبررات سياسية وعملية [468].

ومن ثم فان القانون الواجب التطبيق وفقاً للتشريع العراقي والتشريعات المقارنة يختلف تبعا لتكييف هذا المال فيما اذا كان منقولاً او عقاراً، ومايهمنا هو أن نبين ماهية الوسائل البديلة التي يستخدمها القاضي لحل تنازع القوانين بخصوص هذه الاموال وبيان مدى امكانية تطبيقها عوضاً عن الوسائل الاصلية وسنتلمس أثر الوسائل البديلة[469] في مسائل الأموال المادية من خلال ثلاث فقرات.

---

463) د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – مرجع سابق (ص38 هامش رقم 4) – ص 9.

464) المادة (65) من القانون المدني العراقي المال هو: " كل حق له قيمة مادية ".

2) نصت المادة (62) من القانون المدني العراقي على أن (1- العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية. 2 – والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياءالمنقولة).

466) د.سامي بديع منصور ود.نصري اطوان ود. عبده جميل غصوب–القانون الدولي الخاص– مصدر سابق (ص28هامش رقم1) – ص548

467) انظر: نص المادة (27) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام 1983 المنشورة على الموقع الالكتروني http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Conv_Arabe، والتي تنص على انه: " تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به "، انظر: أحمد عبد الكريم سلامة – الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي – مطبعة الرياض – جامعة الملك سعود – 1998 – ص 478.

468) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص9 هامش رقم 5) – ص280.

469) ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (31) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه: " اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". والمادة (27) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه:

اولا /ضابط الإرادة

تعترف معظم النظم القانونية بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في حدود النظام العام والآداب العامة، على اعتبار ان العقود والاتفاقات هي الوسيلة الاكثر ملائمة لتحقيق العدل بين الافراد في المعاملات المالية، ومن البديهي ان يرتضي الاطراف كل ما يؤدي إلى تحقيق مصالحهم، ولأجل تحقيق المصلحة العامة فقد اعترف القانون بقدر من الحرية في تنظيم العقود، وإمكانية النص على شروط تحقق مصالح الأطراف، وهذا هو مبدأ سلطان الارادة في القانون الداخلي [470].

1- الأموال العقارية:

أن العقار هو كل شيء متصل بالأرض (إقليم الدولة) بحيث لا يقبل الانفكاك عنها بدون ضرر لذلك العقار[471][472]. وإن المشرع العراقي في القانون المدني جاء بقاعدة اسناد عامة ومطلقة فيما يتعلق بالأموال العقارية وهي محل وجود المال [473]، بل وأكثر من ذلك فقد كرست المادة (25) من القانون المدني العراقي هيمنة قاعدة محل وجود العقار[474].

أي يكون الاختصاص في جميع المسائل المتعلقة بعقار من تصرفات قانونية (العقد والوصية) أو وقائع قانونية (الميراث والفعل الضار) لحساب قانون موقع العقار، وهي قاعدة استقر العمل بها منذ عهد مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة وتقوم هذه القاعدة على مبررات سياسية وعملية [475].

إن هذه القاعدة وان كانت قاعدة عامة وثابتة نص عليها المشرع العراقي والاتجاهات الفقهية والقوانين المقارنة في القانون الدولي الخاص التقليدية منها والحديثة، إلا أن هناك من يعارضها ويدعو إلى إمكانية مخالفتها من خلال إمكانية إخضاع العقود العقارية الى القاعدة العامة في قانون الارادة اسوة بباقي العقود الدولية، فالبرفسور (بيل) يدعوا الى ترك التعصب والذهاب نحو الخيارات الايجابية من خلال استبدال القانون المحلي بقوانين جديده اكثر ايجابية وان لم يحدد ماهية تلك القوانين، والتي قد تكون من ضمنها قانون الارادة [476].

" إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق،فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية،دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، ويقول الدكتور سامي بديع منصور بهذا الخصوص: ثم إن المشرع الفرنسي في المادة (311) فقرة (17) من القانون المدني الفرنسي، في المصطلحات التي استعملها في قواعد النزاع البدلية لم يعبر...إن هذه النظرية تعبر عن تناسق عفوي بين الأنظمة القانونية والى تناسق دولي في الحلول بفضل قيام ذلك التناسق، بدلاً من الالتزام بحرفية النص باعتبار ان ما تقصده قاعدة النزاع بالقانون الذي تعينه بالقانون الموضوعي الداخلي بدلاً من قيام النزاع في القانون الاجنبي التي يعبر إعمالها عن حوار القواعد والثقافات القانونية. انظر: د. سامي بديع منصور ود. نصري اطوان دياب و د. عبده جميل غصوب، المصدر نفسه – ص650.

470) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي– الوسائل البديلة في حلول تنازع القوانين الاقليمية – مصدر سابق (ص115 هامش رقم 3) – ص10.

471) انظر: الفقرة الأولى من المادة (62) من القانون المدني العراقي على أن:" العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية". تقابلها المادة (1/82) من القانون المدني المصري والتي نصت: " كل شيء مستقر بحيّزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار...".

472) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص9 هامش رقم 5) – ص 280.

473) انظر: المادة (24) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن: "المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار..."، ويقابلها المادة (18) من القانون المدني المصري، والمادة (19) من القانون المدني السوري.

474) انظر: المادة (25) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على أن: " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه".

475) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المصدر السابق، ص281 وما بعدها. وكذلك انظر: د. فراس كريم شيعان البيضاني – القانون الواجب التطبيق على الاموال المادية – مصدر سابق (ص39 هامش رقم 2)– ص 3.

6) Robert A.Lleflar. Conflicts Law; More onChoice- Influencing Considerations,1966, p1585.

نقلا: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي – الوسائل البديلة في حلول تنازع القوانين الاقليمية – مصدر سابق (ص115 هامش رقم 3)– ص10

ويستندون في ذلك إلى أن قانون موقع العقار يختص بالأثر العيني ونقل الملكية، ومن ثم لاضير من إخضاع تكوين العقد واثاره وانتهائه لقانون الارادة [477].

2- الأموال المنقولة:

والأموال المنقولة لاتختلف كثيرا عن العقار[478]، الا انه يسمح للأطراف اختيار القانون الذي يحكم التصرف القانوني (العقد) الذي محله اموال منقولة. وتجدر الإشارة الى أن اتفاقية لاهاي الصادرة في 1978/3/14 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجية في المادة الثالثة لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق كضابط اسناد اصلي واحتياطي، حيث ذهبت الى اخضاع النظام المالي للقانون الداخلي الذي يختاره الزوجان قبل الزواج ولا يمكنهما الاختيار إلا من بين القوانين الآتية: قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد الزوجين، أو محل الإقامة المعتادة لاحد الزوجين، او قانون محل الإقامة المعتاد لاحد الزوجين بعد الزواج واذا لم يختر الزوجان بموجب الفقرات السابقة يمكنهم فيما يخص العقار المكان الذي توجد فيه هذه العقارات[479].

ثانيا / ضابط محل إبرام التصرف

يعد محل إبرام التصرف أحد العناصر التي تحدد ما إذا كانت العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي أو ليست كذلك، وبهذا الوصف أخضعته التشريعات للتنظيم القانوني، ومنها المشرع العراقي [480].

ولكن المادة (25) من القانون المدني العراقي جاءت بوسيلة بديلة لقاعدة خضوع التصرف لقانون البلد الذي تم فيه إبرام التصرف [481]، وفسحت لإرادة الأطراف مجالاً لاختيار قانون آخر (احتراماً لإرادة الأطراف)[482]، ويشير جانب من الفقه العراقي[483]،إن هذا النص قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد باراتهما الصريحة ان أعلن عنها

---

477) القانون الدولي الخاص الاوربي (European Union law) أو مايعرف (بقانون المجتمعات الأوروبية) منشورعلى الموقع:
https://www.riigiteataja.ee تاريخ الزيارة 2 / 6 / 2019.

478) إذ نصت المادة (24) من القانون المدني العراقي: "... ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده".

2) The matrimonial property regime is governed by the internal law designated by the spouses before marriage. ترجمة المادة (53): (يخضع نظام الملكية الزوجية للقانون الداخلي الذي يحدده الزوجان قبل الزواج)

The spouses may designate only one of the following laws – (يجوز للزوجين تعيين واحد فقط من القوانين التالية)

(1)the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;

(1) قانون أي دولة يكون أي من الزوجين مواطناً وقت التعيين.

(2) the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation;

(2) قانون الدولة التي يقيم فيها أي من الزوجين مكان إقامته المعتاد وقت التعيين ؛

(3) the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage. (3) قانون الدولة الأولى التي ينشئ فيها أحد الزوجين إقامة اعتيادية جديدة بعد الزواج

480) انظر: المادة (15/ج) من القانون المدني العراقي والتي نصت:" يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الآتية:اذا كان موضوع التقاضي عقد أتم ابرامه في العراق...".

481) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي – الوسائل البديلة في حلول تنازع القوانين الاقليمية – مصدر سابق (ص115هامش رقم3)– ص16.

482) انظر: المادة (25 /1) من القانون المدني العراقي والتي نصت:"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه".

483) د. حسن محمد الهداوي – تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص29 هامش رقم3)– ص 206.

في العقد، وإلا فبإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف التعاقد، أما إذا لم توجد ارادة صريحة او ضمنية، فإن المشرع قد أوجد قواعد إسناد بديله وهي الموطن المشترك ان اتحدا، وفي حالة الاختلاف فيصار الى قانون محل الابرام [484].

ثالثا / ضابط محل تنفيذ التصرف

تكتسب العلاقة القانونية صفة الدولية حينما يتنازع عنصر أو أكثر من عناصرها قانون أكثر من دولة، ومن تلك العناصر محل تنفيذ التصرف، إذ إنه من العناصر الموضوعية والروابط الجدية في إسناد الاختصاص لقانون دولة معينة.

وقد نظم ذلك المشرع العراقي في المادة (1/25) من القانون المدني العراقي[485]. ومع إن أمام قاضي النزاع ثلاث خيارات مطروحة على سبيل التدرج لا التخيير[486]، ولكن من تحليل نص المادة أعلاه يتضح أن المشرع العراقي قد اعتمد تعدد الحلول في إسناد العلاقة العقدية لقانون ما، من خلال احترام الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، ولا يخفى لما لهذه الإرادة من فرصة للاختيار وبما يضمن مصالح الأطراف واحترام توقعاتهما، وفي ذلك ظهور واضح لوسائل بديلة احتياطية عن الوسائل الأصلية أتيحت بالنص على تلك الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين[487].

الفرع الثاني: الأموال المعنوية

هناك من عرَّف الأموال المعنوية بأنها: عبارة عن أشياء غير ملموسة ولا تقع تحت الحس البشري ولكنها تصلح لأن تكون محلاً للحق العيني، كالأفكار والمخترعات وغيرها من أشكال الانتاج الفكري [488]. وتعني الحقوق المعنوية: هي تلك الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية التي لايمكن ادراكها بالحس، كالانتاج الفني، والادبي، وبراءات الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، فكل هذه ثمرة الخاطر والقريحة ونتاج الذهن[489]، ولقد جرى الفقهاء على تقسيم هذه الحقوق الى حقوق فكرية واخرى شخصية (تخص الديون)[490].

أي إن الأموال غير المادية[491]، تتضمن حقوق الملكية الفكرية والديون والمحلات التجاري، ومثل هذه الحقوق لا يمكن وصفها بأنها أموال منقولة للقول بإخضاعها إلى قانون موضعها الفعلي بشكل مطلق[492]. وعلى أساس ذلك سنتطرق في هذا الفرع الى الحقوق الفكرية في فقره أولا، ثم نعقد الفقرة ثانيا للتعرف على الديون.

---

484) انظر قرار محكمة التمييز العراقية بالرقم (1045) في 28 / 5 / 1958 منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحاميين العراقية – بغداد – ص 413 والذي جاء فيه: " حيث ان العقد قد تم بين طرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"، حيث اعطى القرار الاختصاص لقانون البلد الذي تم فيه العقد لعدم اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق، نقلا عن د. فراس كريم شيعان وارم عصام خضير – اثر مبدأ قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية – مصدر سابق (ص91 هامش رقم4) – ص229.

485) وبالعبارات نفسها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني المصري على أنه: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

486) د. عبدالرسول عبدالرضاالأسدي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص9 هامش رقم5) – ص297.

487) انظر بهذا المعنى: د. فراس كريم شيعان وارم عصام خضير – اثر مبدأ قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية – مصدر سابق (ص91 هامش رقم4) – ص229.

488) د. ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن– مصدر سابق (ص41 هامش رقم 2) – ص157. وانظر ايضا: صاحب الفتلاوي – قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والاموال في القانون المدني الاردني (دراسة تحليلة مقارنة) – مصدر سابق (ص31 هامش رقم 3)– ص 1290.

489) صاحب الفتلاوي – المصدر نفسه – ص 1290.

490) د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير – المدخل لدراسة القانون – مصدر سابق (ص15 هامش رقم1) – ص 270.

491) جاء بفكرة الأموال غير المادية التي تقوم على المعيار الاجتماعي الفقيه الالماني جون كوهلر (J.KOHLER) الذي حاول وضع نظرية جديدة بجعل حقوق الملكية الصناعية المكرسة بموجب شهادة التسجيل يرد على أموال غير عادية والتي يمكن تصور موضوعها فكرياً، ويريد صاحبه الاستفادة

اولا / الحقوق الفكرية

ويراد بها الحقوق الأدبية والفنية والصناعية، ومن المعلوم أن من طبيعة استعمال هذا الحقوق أن تثير تنازعاً بشكل أوسع مما في الحقوق الأخرى، ويرجع ذلك إلى قابلية هذه الحقوق للانتشار والاستعمال في أقاليم مختلفة. إذ إن المؤلف بعمله يستهدف مصلحة البشرية بغض النظر عن الجنس والجنسية والدولة والطرف المستفيد منها، فهنا ستكون الموضوعات متحركة بين نطاق أكثر من قانون مما يفضي ذلك إلى تداخل في مجال انطباق القوانين ذات الصلة بتلك الحقوق [493]، وقد احتدم النقاش حول طبيعة هذه الحقوق، واختلف الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق على الحقوق الفكرية بين عدة اتجاهات، فالأول يذهب إلى إخضاعها إلى القانون الشخصي للمؤلف، بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى اخضاعها للقانون الذي طلبت فيه الحماية، بينما يذهب الاتجاه الثالث إلى إخضاعها لقانون بلد الأصل، وهو القانون الذي ظهر فيه الانتاج الفكري لأول مرة، ويعبر عنه ببلد النشر أو العرض[494].

ثانيا / الديون أو الحقوق الشخصية

وهي الحقوق الشخصية العادية والحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول، كالأوراق لحاملها والأوراق الاسمية والأوراق الإذنية، ويثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بخصوصها بوصفها أموالاً معنوية، ففيما يتعلق بالحقوق الشخصية العادية فإن الدين بعد نشأته في ظل القانون المختص يكون حقاً شخصياً، قد ينظر إليه باعتباره مالاً معنوياً في ذمة المدين مما يمكن التصرف به عن طريق الحوالة، وينشأ عن هذا التصرف تنازع بين القوانين[495]. فقد أخضعت بعض التشريعات التصرف للقانون الذي يحكم مصدر الحق، بينما أخضعته قوانين أخرى للقانون الذي تم بموجبه التصرف، وأخضعتها مجموعة ثالثة من التشريعات إلى قانون موطن المدين [496]. وفي الغالب تحكم الديون قاعدة قانون الارادة.

أما بخصوص الحقوق المعنوية في أوراق قابلة للتداول فتخضع بشكل عام إلى قانون بلد إنشائها أو قانون البلد الذي فيه مركز الإدارة الرئيس الفعلي للجهة أو الهيئة التي أصدرتها أو قانون الدولة التي نظمت فيها أو تخضع لقانون موقع التظهير أو قانون بلد الوفاء بقيمتها، كما قررت المبدأ ذاته الاتفاقات والمعاهدات الدولية [497].

والجدير بالذكر أنه في مسائل الأهلية، تخضع التصرفات لقانون جنسية الشخص الملتزم إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة (18) من القانون المدني العراقي [498]، فضلاً عن أن معاهدة جنيف نصت على ذلك ايضاً [499].

منه والانتفاع به مادياً، فالاختراع حسب رأيه يجب أن يتم تجسيده في البراءة ليكسب حق استئثار في استغلال اختراعه، كما ان هذا الحق المخول لمبتكره يبدأ من أول تسجيل له، وان تعدى أحد على ابتكاره فهو لا يعود عليه بدعوى استرداد الحيازة المعروفة في القواعد العامة بل على أساس دعوى التقليد التي تحمي اختراعه، وهذه النظرية لاقت اعتراض الفقيه (روبييه) على أساس أن الفقيه كوهلر قد غير تسمية نظرية الملكية المعنوية لكي لا يتم الخلط بمعنى الحق، كما ان مصطلح الأموال غير المادية مصطلح عام وغير واضح المعالم. للمزيد من التفصيل أنظر: د. سمير جميل الفتلاوي – استغلال براءة الاختراع – سلسلة القانون والمجتمع – ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر – 1984 – ص39 وما بعدها.

492) د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي– القانون الدولي الخاص– ج2– ط4– شركة العاتك لصناعة الكتاب – 2011– ص137.

493) د. حبيب مرزة العماري ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي– تنازع الاختصاص التشريعي بشأن المؤلف واستغلاله – بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية – المجلد السابع والعشرون – العدد الثالث – 2019 – ص3.

494) د. حسن محمد الهداوي –القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين– ط1– مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع– الأردن – 1998 – ص138.

495) د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص126 هامش رقم 3) – ص143.

496) المصدر نفسه – ص144.

497) ويستثنى من نطاق تطبيق قانون مصدر الدين مسألة الاجراءات الواجب اتباعها لنفاذ حوالة الحق سواءً في مواجهة المدين أم في مواجهة الغير، إذ تخضع لقانون موطن المدين، بوصفه القانون الذي يسهل عليه التعرف على أحكامه. للمزيد أنظر: د. فؤاد ديب – مصدر سابق (ص128 هامش رقم 4) – ص310 وما بعدها.

المطلب الثاني

الوسائل في إطار الالتزامات غير العقدية

إن المسؤولية غير العقدية [500]، يمكن تعريفها بأنها: تلك المسؤولية التي تقوم على التزام قانوني يكون مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول بتعويض المضرور، دون أن تكون بينهما علاقة عقدية، والمراد بالالتزام في المسؤولية غير التعاقدية هي الفعل النافع والفعل الضار لأنها منشئة للالتزامات خارج إطار الالتزامات العقدية [501]. فهذه الالتزامات تحصل بمناسبة أفعال نافعة وأخرى ضارة، ففي إطار الافعال الاولى يصطلح على الأثر المترتب عليها بالإثراء بلا سبب أو الكسب بلا سبب [502]، أما في إطار الأفعال الثانية فيصطلح على الأثر المترتب عليها بالمسؤولية التقصيرية والتي أساسها العمل غير المشروع الذي هو أحد مصادر الالتزام [503].

ولبحث الوسائل البديلة في إطار تنازع القوانين فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، سندرس في الفرع الأول مسائل الأفعال النافعة، وسنخصص الفرع الثاني لمسائل الأفعال الضارة.

الفرع الأول: الافعال النافعة

ويصطلح على الاثر المترتب على الفعل النافع بالكسب بلا سبب، ويدخل في مفهوم الكسب دون سبب – حسب القانون المدني العراقي – المدفوع دون حق[504]، وقضاء دين الغير[505]، وأحوال أخرى من الكسب دون سبب[506]، ويتكون الكسب دون

---

498) نصت الفقرة الأولى من المادة(1/18) القانون المدني العراقي على أن:" الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ".

499) نصت المادة الثانية من معاهدة جنيف لعام 1930 على أنه:" تخضع أهلية الشخص الملتزم بمقتضى كمبيالة أو سند للأمر لأحكام قانونه الوطني... ".

500) ويمكننا أن نميز بين الالتزامات التعاقدية والالتزامات الغير تعاقدية وفقاً للآتي:

1. التعويض في المسؤولية التقصيرية أبعد مدى وأوسع نطاقاً منه في المسؤولية العقدية، ففي الأولى يلتزم المدين بتعويض الضرر المباشر، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع بينما لايشمل التعويض في المسؤولية العقدية سوى الضرر المتوقع عادة وقت إبرام العقد.
2. بالنسبة للتقادم فإنه تنطبق على المسؤولية العقدية القاعدة العامة في التقادم أي إن المسؤولية تسقط بمضي خمس عشر سنة، أما المسؤولية التقصيرية فالقاعدة العامة أنها تسقط بمضي ثلاث سنوات واستثناءً بمضي خمس عشرة سنة.
3. بالنسبة للإعذار فإنه يلزم لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية إعذار المدين، بينما يعفى الدائن من إعذار المدين لاستحقاق التعويض.
4. بالنسبة للتضامن فلا تضامن في المسؤولية العقدية عند تعدد المسؤولين إلا بنص في القانون أو باتفاق المتعاقدين بينما التضامن في المسؤولية التقصيرية مقرر بحكم القانون.
5. الإعفاء من المسؤولية يكون باطلاً في المسؤولية التقصيرية بينما يكون صحيحاً في المسؤولية العقدية.

ويترتب على هذه التفرقة بين نوعي المسؤولية نتائج عملية مهمة أخصها أن أحكام المسؤولية التقصيرية أفضل للمضرور من زوايا عدة لأن التعويض فيها يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع بعكس المسؤولية التعاقدية، فالمسؤولية التقصيرية يقوم التضامن فيها بين المسؤولين بنص القانون بينما لاتضامن في غياب اتفاق عليه في المسؤولية العقدية، وتبطل شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بعكس المسؤولية العقدية. للمزيد أنظر أوجه الشبه والاختلاف بين المسؤوليتين د. عبد المجيد الحكيم – مصادر الالتزام – ج1– ط3– شركة العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة –1980– ص401.

501) د. غالب علي الداودي و د. حسين محمد الهداوي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص126 هامش رقم 3)– ص157.

502) نظمت أحكامه في القانون المدني العراقي بالمواد (من 233 إلى 243).

503) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص9 هامش رقم 5) – ص298–299.

504) نصت المادة (233) من القانون المدني العراقي على أن: "

1 – من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.

2– واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه ".

سبب من ثلاثة عناصر هي: فعل الإثراء وفعل الافتقار والعلاقة السببية، وتخضع عند التنازع الدولي للقوانين الى القانون الاقليمي للمكان الذي حصل فيه فعل الإثراء.

ولذلك كله فسوف نبحث مسائل الافعال النافعة من خلال فقرتين، سنعقد الفقرة اولا لضابط محل فعل الافتقار، وسنخصص الفقرة ثانيا لضابط الإرادة.

اولا / ضابط محل فعل الافتقار

نصت الفقرة الأولى من المادة (27) من القانون المدني العراقي على أن: " **الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام** "، وكذلك الفقرة الأولى من المادة (21) من القانون المدني المصري [507].

وهذا يعني أن القاضي المعروض أمامه نزاع يتعلق بالتزام مصدره الكسب بلا سبب ذو مظهر دولي عليه أن ينظر إلى الإقليم الذي وقع فيه فعل الإثراء، وأن يعود إلى قانونه ويعمد إلى تطبيقه على جميع عناصر الإثراء بلا سبب، دون أن يأخذ بنظر الاعتبار جنسية أو موطن أو موقع أطراف النزاع المتعلقة بالكسب بلا سبب، فالقانون الاقليمي للدولة التي أثرى فيها الشخص هو صاحب الاختصاص، ويكون اختصاص هذا القانون شاملاً لأهلية من حصل على الاثراء لأنأهليته أهلية وجوب أما أهلية المفتقر فهي أهلية اداء تخرج من اختصاص القانون الاقليمي أعلاه وتدخل في اختصاص القانون الشخصي للمفتقر لان الأهلية من المسائل التي تتعلق بالأشخاص لا بالإقليم فيسودها مبدأ الشخصية الذي يتحدد بموجبه الاختصاص فيها للقانون الشخصي (قانون الجنسية أو الموطن) [508].

ثانيا / ضابط الارادة

من المعلوم ان الدور التقليدي لمبدا سلطان الارادة ظهر في العلاقات الخاصة الدولية في العقود الدولية وخصوصا في العلاقات التعاقدية، اما المسائل الغير عقديه فتخضع غالبا للقانون، ولم تتدخل الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق الا منذ عهد قريب، وتجد هذه الفكرة تطبيق لها على مستوى القضاء الأمريكي بمناسبة تطبيقه لفكرة القانون الأكثر ملائمة من النظام الذي يتبعه القضاء الأنكلو أمريكي بصفة عامة في القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية [509].

وبموجب هذا النظام المسمى بـ (The Proper Law of the contract) القانون الخاص بالعقد، للقاضي أن يكشف القانون الأنسب لحكم العلاقة في كل حالة على حدة، وإذا كان الأصل أن يعتد القاضي بالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، فله أن يحيد عنه ويطبق قانوناً آخر يراه أكثر مناسبة، خاصة إذا كان قانون الإرادة لا صلة له بظروف التعاقد وموضوعه، فإذا كان الأمر كذلك في الالتزامات التعاقدية فليس هناك ما يمنع من اتباع المنهج نفسه في المسؤولية عن الالتزامات غير التعاقدية [510].وبذلك وجد هذا الضابط من خلال سابقة قضائية شكلة كوسيلة بديلة اعتمدها القانون الأمريكي تقوم على اختيار القانون الأكثر ملائمة [511].

---

505) أنظر المواد من 236 الى 239 من القانون المدني العراقي.

506) أنظر المواد من 240 الى 243 من القانون المدني العراقي.

507) نصت الفقرة الأولى من المادة (21) من القانون المدني المصري على ان: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"، ومن القوانين العربية ذات النص المشابه للنص المذكور ما ورد في نص المادة(1/22) من القانون المدني الأردني، والمادة (19/29) من القانون المدني الفلسطيني.: كإيطاليا (م15)، وبولونيا (م31)، وسورية (م22)، وليبيا (م21)، والجزائر (م20)، والكويت (م66- م67).

508) د. عبدالرسول عبدالرضا الاسدي- دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق – مصدر سابق (ص134 هامش رقم 4)- ص158.

509) د. خالد عبدالفتاح محمد خليل – تعاظم دور الاراده في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق (ص131 هامش رقم 5)- ص123.

510) د. نافع بحر سلطان – الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين – مصدر سابق (ص115 هامش رقم 4) – ص143-144.

511) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر – دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق – مصدر سابق (ص134 هامش رقم 4) – ص158 – هامش رقم (7).

الفرع الثاني: الافعال الضارة

وبموجب هذه النظرية يخضع الفعل الضار المرتب للالتزامات غير العقدية لقانون العلاقة الاصلية التي يرتبط بها الفعل الضار[512]، ففي الاضرار باموال الغير في علاقة ما يخضع لقانون موقع المال، وتجاوز الحدود الشرعية في التاديب بحق الزوجة من قبل الزوج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بوصفه اثر من اثاره، والافعال الضارة من قبل مزدوج الجنسية تخضع لقانون جنسية القاضي اذا كانت من بين الجنسيات المتعددة جنسية القاضي، ويؤخذ على هذا الرأي أن الفعل الضار قد يرتبط بعدة علاقات الامر الذي يصعب معه تحديد العلاقة الأصلية ومن ثم القانون الحاكم لها [513].

وإن مسألة تقدير القاضي لمدى مخالفة قواعد سلوك المجتمع ما يقدر في ضوء احكام قانون ذلك المجتمع الذي ارتكبت فيه من جهة، فإن تقييد سلطة القاضي بإسناد المسؤولية المدنية لقانون محل وقوع الفعل المنشى للالتزام يخضع إلى اعتبارات موضوعية جوهرها انه من الصعب على القاضي تركيز المسؤولية المدنية في مكان محدد غير مكان وقوع الفعل بلحاظ أن القاضي يتقيد بتقدير المكان الذي اختلت فيه مصالح الافراد من جهة اخرى، فضلاً عن ذلك أن تقدير القاضي لقانون هذا المكان يوصف بانه القانون الذي يستأثر جغرافيا بالاختصاص في الافعال وهو الاقرب له من اي قانون آخر[514]، كما انه الاقدر على تقدير الاضرار، لانَ المحكمة التي تنظر في المسؤولية التقصيرية تلزم الفاعل بدفع التعويض لجبر الاضرار في ضوء تقديرها المادي للواقعة مستعينة بالظروف المحلية السائدة في مكان تحقق الفعل المنشئ للالتزام ضمانا لتحقيق عدالة الأحكام وأخيرا ضمان تنفيذها على المستوى الدولي [515]. وعلى الرغم من تبني معظم التشريعات المقارنة كما اسلفنا لمبدأ تقييد سلطة القاضي بسريان القانون المحلي على الفعل الضار، إلا أن هذا المبدأ لا يلتزم القاضي بتطبيقه على اطلاقه لانه غالبا، ما تأتي التشريعات بقيد استثنائي على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (1/27) وهو ما جاء بالتشريع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (2/27) السالفة الذكر بقوله: "**على انه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عُدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه**" [516]. ويرى جانب من الفقه في العراق الى القول بجعل القيد الوارد في الفقرة الثانية من المادة (2/27) من القانون المدني العراقي، هو شرط حتى يحكم القاضي بتحقق المسؤولية وبدونه تنتفي تحققها، ومن ثم فلا يمكن رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في العراق بشان فعل ضار وقع في خارج العراق، بل يجب أن يكون هذا الفعل غير مشروع وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي ايضا، فاذاكانت الالتزامات الناشئة عن فعل يعد ضارا في قانون البلد الذي وقع فيه الفعل وغير ضار في القانون العراقي، فان الدعوى ترد لأن الحاق وصف المشروعية بواقعة او نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام، وهذا الموقف يفسح المجال امام القاضي لاستخدام سلطته التقديرية لتطبيق قانونه الوطني الى جانب القانون المحلي تحت عنوان مقتضيات (النظام العام)

---

512) ويقصد بالفعل الضار :هو كل عمل مادي او امتناع يقوم به الشخص ويقع على المال ومنه الاتلاف والغصب والحرق،انظر: د. صابر محمد طه- المباشرة والتسبب في الفعل الضار دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني-دار الكتب القانونية- مصر- 2008-ص17.

513) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي- مسائل اللالتزامات غير العقدية قاعدة الاسناد الخاصة بالفعل النافع والفعل الضار - بحث منشور على الموقع الالكتروني لجامعة بابل / كلية القانون بتاريخ 2011/5/30 - http://law.uobabylon.edu.iq - تاريخ الزيارة 4/6/ 2019.

514) نجاة كريم جابر الشمري - السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالاشخاص ذات العنصر الاجنبي - مصدر سابق (ص20 هامش رقم 3) - ص 75.

515) د. حسن محمد الهداوي - تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص - مصدر سابق (ص29 هامش رقم 3) - ص 193.

516) يقابلها المادة (21) مدني المصري، اما على صعيد التشريعات الاجنبية المقارنة فقد سار القانون الانجليزي حيث قرر اخضاع الفعل الضار للقانون المحلي، كما انها اوردت قيدا باشتراطها ان يكون الفعل غير مشروع وفقا لقانون هذه الدولة عندما يقع الفعل في الخارج ويراد مسالة مرتكبه امام احد هذه الدول، انظر: م. فراس كريم البيضاني - القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري - مصدر سابق (ص141 هامش رقم 2)- ص91.

(517). فاذا ما انتهى القاضي من تكييف الواقعة وتبين له بانها مشروعة وغير ضارة وفقاً للقانون العراقي، فالقاضي هنا يقضي برد الدعوى لعدم توافر الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية في القانون العراقي، فلا يقوم القاضي هنا بتطبيق الفقرة الأولى من المادة (1/27) حتى وإن كان هذا الفعل غير مشروع وضار في البلد الذي وقع فيه، وذلك لأنه عند وجود نص خاص لا يصار إلى إعمال النص العام، أي في هذه الحالة للقاضي الحق في استبعاد قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام تحت فكرة (النظام العام)، من خلال قيامه برد الدعوى الى نص الخاص وهو الفقرة الثانية من المادة (2/27) على اعتبار أنَّ الفعل غير ضار ومشروع في العراق(518)، وتأكيدا لذلك فقد خلا مشروع القانون المدني العراقي لسنة 1986 من هذا الشرط أو القيد، لأنه اكتفى بما أورد بالمبدأ العام الذي يقرر عدم جواز تطبيق قانون اجنبي قررته النصوص السابقة، اذ كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام في العراق (519)، وبذلك نجد أن دور القاضي محدود في اطار تقدير مشروعية العمل كما هو اتجاه المشرع العراقي.

الخـــاتمه

:اولإ: الـنتائج:

إن وجود نقص فى قواعـد تنازع القوانين وأحيانا غموض هذه القواعد أو تعارض أحكامها، يشكل عقبة أمام تطبيقها وتنفيذها، تلك المشكلـة التى نمت وتطورت بسبب افتقاد هذا القانون الى تقنين متكامل بدلاً من الاقتصار فقط على نصوص متناثرة هنا وهناك فى القوانين، بمـــوازاة ذلك ظهر هذا الـدور للقضاء محاولاً سد النقص فى النصوص وكذلك المحاولـــة فى تطوير ماوجد منها، وقـــد ناقشت هذا الدراسة تلك المشكله، وقـــد نتج عنها النتائج التاليه:

1. كشفت الدراســـةان منهج تنازع القوانين كان وما يزال اهم المناهج لحل مشكلة تنازع القوآنين
2. لاحظنا بان النقص والغموض والتعارض، يشكل سمـــةبارزة فى القانون الدولى الخاص بحكم طبيعته كونه سريع التطور، حيث يتميز بعدم وجـــود تقنين لهذا القآنُون على غرار التِقنينات القآنونية الأخـــرى، وهذا ما يجعل قواعده وأحكامه مرنة مما يزيد من أعباء الاجتهاد على القاضى.
3. ظهر لنا من خلال الدراسة ان المشرع يقوم بين فترة وأخرى بمحاولـــة لسد القصور في القانون بتعديل القوانين أو إلغائها، إلا إن المشكلة تبقى قائمة لان القصور يتعلق بالنصوص الوضعية أينما وردت.
4. وجدنا إن دور القضاء فى العراق للعلاقات ذات العنصر الاجنبى من أكثر المواضيع التى بُخس حقها، من خلال ما جاء بصياغـــة تشريعيـــة أقل مرونة فى ممارسة القاضى لدوره، قياساً بموقف غالبية التشريعات المقارنة كالقانون الانكليزى والفرنسى والمصرى.
5. تبين من خلال الدراسةإن المشرع العراقى لم يبين شروط دورالقضاء والمعاييـــرالتى يستنـــداليها القاضى فى تقديره للعلاقات ذات العنصر الاجنبى، الامـــرالذى يؤدى الى إشكال محورى يتمثل ما حدود ورالقاضى فى العلاقات ذات العنصر الاجنبى ؟

ثانيا: الـتوصيات:

فى ضوء دارسة الموضوع محل البحث من جميع جوانبه، كان للباحث بعض المقترحات التى نذكرها ايمانا منا باهمية دور القضاء فى تنوير المشرع فى الاخذ بها، فأننا نوصى بالآتى:-

---

517) نجاة كريم جابر الشمري – السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالاشخاص ذات العنصر الاجنبي – مصدر سابق (ص20 هامش رقم 3) – ص 76.

518) د. غالب علي الداودي – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – ط1– دار الثقافة – عمان –2011 – ص231.

519) راجع المادة (38) من مشروع القانون المدني، وللتفصيل اكثر انظر: د. اميد عثمان صباح - القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية - مصدر سابق (ص136 هامش رقم 2) - ص67.

1. ندعو المشرع العراقى الى اعادة النظر ومراجعة القوانين العراقيـــة النافـــذة التى كتبت بالقرن الماضى والتى اصحبت لا تواكب التطور الحاصل فى الحياة الاجتماعيه.
2. ان القضاء فى ظل القانون الدولى الخاص يلعب دوراً مهماً وحاسماً، والسبب هو افتقاد هذا القانون الى تقنين متكامل، لذلك نرجو من المشرع العراقى وضع تشريع يجمع فى طياته كافة قواعد القانون الدولى الخاص، بدلا من بقاء القواعد مبعثره ومتناثرة بين فروع القانون المختلفـــة مع الاخذ فى الحسبان التطورات التشريعيه الحديثه.
3. حث جامعة الدول العربية على اصدار مشروع القانون الدولى الخاص الصادر عنها وجعله نافذا، لما لهذا القانون فيما لو كتب له ان يرى النورمن انعـــكاسات فى مسائل القانون الدولى الخاص بين الدول العربيه.
4. إلزام المختصين بتشريع القوانين وتطبيقها وبموجب نصوص قانونيـــة قاطعـــة فى دلالتها بضرورة الاجتهاد فى كل واقعة وفى ظل ما هو عليه واقعهم، والابتعاد عن الاقتباس الحر فى لنصوص قانونية تحكم واقعاً مغايراً.
5. الزام القضاء بالابتعاد عن التطبيق الحرفى المادى لنصوص القانون دون إمعان النظر فى روحها وغايتها، فالقانون غير مـــراد لذاته، بل هو وسيلة لتحقيق المقاصد من وراء تشريعه، ألا وهى تحقيق العداله.

اولا: القران الكريم:

ثالثا: الكتب الفقهية:

1. ابن الملقن – خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الفتح الكبير– المحقق حمدي بن عبد المجيد السلفي – دار الرشد – ط1– 1414 هـ.
2. أبو داود السجستاني – سنن ابي داود – المحقق عزت عبيد الدعاس – دار الكتب العلمية – بيروت – ط1 – 1389هـ.
3. أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي– الأم– دار الفكر للطباعة والنشر– بيروت – 1990.
4. الألباني – صحيح الجامع الصغير وزيادته– المحقق زهير الشاويش – المكتب الإسلامي – بيروت – ط3 – 1408 هـ.
5. زين الدين محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي الحنفي – مختار الصحاح – تحقيق يوسف الشيخ محمد –ج1– ط5 – المكتبة العصرية – بيروت – لبنان – 1420هـ/ 1999م.
6. عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي – تفسير الاجتهاد – ط1– دار الدعوة – الإسكندرية – 1403هـ.
7. القاضي ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار بن حزم –1999.

رابعا: الكتب القانونية العلمية:

1. د. إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار النهضة العربية – ط1– القاهرة – 2002.
2. د. ابو العلا أبو النمر – المختصر في تنازع القوانين – ط1– دار النهضة العربية –القاهرة – 2006.
3. د. أحمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج القوانين – مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية – 1989.
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة – الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي – مطبعة الرياض – جامعة الملك سعود – 1998.
5. د. أحمد عبد الكريم سلامة – أصول التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية – القاهرة – 2008.
6. د. احمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص النوعي – ط1 – دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة نشر.
7. د. احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع – ط1 – مكتبة الجلاء المنصورة – 1996.
8. د. احمد عبد الكريم سلامة – قانون العقد الدولي – مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته – دار النهضة العربية – بدون سنة نشر.
9. د. آدم وهيب النداوي – مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى – دار الرسالة – بغداد– 1978.
10. د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية – مصر – القاهرة – 2011.

11.د. ايمن سعد سليم – العقود النموذجية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2005.
12.د. توفيق حسن فرج – المدخل للعلوم القانونية – القاهرة – ط2 – 1981.
13.د. توفيق حسن فرج – دروس في القانون الروماني – مطبعة كريدية – بيروت – 1965.
14.د. جابر إبراهيم الراوي– إحكام تنازع القوانين في القانون العراقي – بغداد – 1980.
15.د. جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولي الخاص – ج2 – ط1 – مطبعة الفيض – بغداد – 1947، 1948.

خامسا: الرسائل و الاطاريح الجامعية:

1. أحمد صبيح جميل النقاش – تنازع القوانين في عقد العمل الفردي (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 2003.
2. حسين نعمه نغميش الزيادي – حماية ناقصي الأهلية في العلاقات الخاصة الدولية – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بابل – 2012.
3. راضي نبيه راضي علاونة – القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير – جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا– 2015.
4. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – تغير ضوابط الإسناد – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بابل – 1999.
5. فراس كريم البيضاني – القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري – رسالة ماجستير– كلية القانون – جامعة بابل – 2000.
6. نجاة كريم جابر ألشمري– السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالأشخاص ذات العنصر الأجنبي – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بابل – 2016.
7. حسام الدين محمد – جريمة الرشوة بين النظامين اللاتيني الانكلوسكسوني أطروحة دكتوراه – جامعة المنصورة – 2008.

سادسا: المقالات والبحوث المنشورة:

1. إبراهيم شحاتة – في اجتهاد القاضي – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – بحث منشور في مجلة جامعة عين شمس – السنة 4– يوليو – سنة 1962.
2. د. احمد صادق القشيري – نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الأول – السنة العاشرة – كانون الثاني (يناير) – 1968.
3. د. احمد حسن كاظم المسعودي – المدخل لدراسة القانون، قواعد التفسير – مجموعة محاضرات القيت على طلبة كلية القانون – جامعة الوراث – 2018، 2019.
4. د. ثروت أنيس الأسيوطي –المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية – مجلة مصر المعاصرة – العدد 336 – السنة 1969.
5. د. حبيب مرزة العماري ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – تنازع الاختصاص التشريعي بشأن المؤلف واستغلاله – بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية – المجلد السابع والعشرون – العدد الثالث – 2019.

سابعا: الدوريات:

1. مجلة أبحاث ميسان – المجلد الثامن – العدد 16 – السنة – 2012.
2. مجلة إدارة قضايا الحكومة – العدد الرابع – السنة السادسة – 1962.
3. مجلة الأحكام القضائية – العدد الأول – آذار – 1953 – دار المعرفة – بغداد.
4. مجلة الرافدين للحقوق – المجلد 15 – العدد 52 – السنة 17.
5. مجلة الشريعة والقانون– جامعة الإمارات– نوفمبر 1995.

ثامنا: القوانين والمتون العراقية والاجنبية:

1. دستور جمهورية العراق لعام 2005م.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م المعدل.
3. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969م المعدل.
4. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969م المعدل.
5. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م المعدل.
6. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م المعدل.
7. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 م المعدل.
8. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971م النافذ.
9. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 م المعدل.