

المرتكزات الأساسية لنظرية الإسناد الاحتياطي للقاضي

The Basic Foundations of the Theory of the Reserve Attribution of the Judge

المشاور القانوني بشرى رضا محمد
الدائرة القانونية - وزارة النفط - العراق

م. د. سيف هادي عبد الله الزويني
كلية الحقوق - جامعة النهرين - بغداد - العراق

Lect. D. Saif Hadi Abdullah Al-zawaini
legal department - Ministry of oil- Iraq

Legal consultation Bushra Reza Mohammed
legal department - Ministry of oil- Iraq

المستخلص

اغلب التشريعات المقارنة تنظم في قوانينها مجموعة من القواعد يطلق عليها قواعد اسناد الموضوعية وهي قواعد وضعها المشرع الوطني تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع المعروض امامه في قضايا فيها عنصر اجنبي ، لكن في بعض الأحيان تخلوا تلك القواعد ما يسعف القاضي لحل القضية و القانون الواجب تطبيقه فعليه البحث في حلول للقضية فلا يجوز للقاضي الاعتذار عن النظر بالقضية بحجة عدم وجود نص تشريعي يحكم القضية .
هناك مجموعة من المرتكزات الاساسية التي تمنح للقاضي المسوغ القانوني لحسم النزاع المعروض امامه ولكي لا تتعرض القرارات التي يصدرها إلى الطعن أمام المحاكم العليا، حيث فوض المشرع للقاضي سلطة اختيار القواعد القانونية الملائمة من خلال منحه سلطة واسعة في تطبيق أحكام القانون، وبالمقابل يعمل القاضي على تطويع أحكام القانون بما يتماشى مع ظروف القضية المعروضة أمامه، فضلا عن منحه سلطة تفسير القواعد الغامضة في حالة عدم وجود نص تشريعي.

الكلمات المفتاحية: الاسناد ، القاضي ، مصادر ، الدولي الخاص ، مبادئ

Abstract

Most of the comparative legislations regulate in their laws a set of rules called rules of attribution of objectivity, which are rules developed by the national legislator that help the judge determine the law applicable to the dispute before him in cases involving a foreign element, but sometimes they abandoned those rules, which helps the judge to resolve the case and the applicable law, so he has to search for solutions to the case, the judge may not apologize for considering the case on the grounds that there is no legislative text governing the case .

The legislator has delegated to the judge the authority to choose the appropriate legal rules by granting him broad authority in applying the provisions of the law, and in return, the judge adapts the provisions of the law in line with the circumstances of the case before him, as well as granting him the authority to interpret ambiguous rules in the absence of a legislative text.

Ministry of oil-legal department .

١. المقدمة

هناك مجموعة من المرتكزات الأساسية التي تمنح للقاضي المسوغ القانوني لحسم النزاع المعروف أمامه ولكي لا تتعرض القرارات التي يُصدرها إلى الطعن أمام المحاكم العليا، حيث فوض المشرع للقاضي سلطة اختيار القواعد القانونية الملائمة من خلال منحه سلطة واسعة في تطبيق أحكام القانون، وبالمقابل يعمل القاضي على تطويع أحكام القانون بما يتماشى مع ظروف القضية المعروضة أمامه، فضلا عن منحه سلطة تفسير القواعد الغامضة في حالة عدم وجود نص تشريعي. ولغرض الحكم بالقضية المعروضة أمامه يتعين عليه البحث عن حلول والاستعانة بالمصادر القانونية الأخرى منها

١. العرف وهو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي إتبعها الأفراد في سلوكهم أحيالاً متعاقبة حتى نشأ الإعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة وأن مخالفتها سيتعرض لجزاء الجماعة كما هي في الأعراف التجارية
٢. مبادئ الشريعة الإسلامية :- وهي تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسمياً يلتزم القاضي بالرجوع إليها في حالة عدم وجود نص في التشريع أو العرف يحكم النزاع المطروح أمامه، وذلك في المادة الأولى من القانون المدني

قواعد العدالة:- وهو المادى لطبيعية على القاضي ان يحكم بموجب مبادئ العدالة وهناك مصادر احتياطية في ح ال لم يُسعف القاضي في إيجاد حل أكثر ملائمة للقضية المعروضة أمامه يمكن في هذه الحالة الاسترشاد بالأحكام القضائية وآراء الفقهاء في العراق والدول الأخرى التي تشابه قوانينها القوانين العراقية ونجد دور القاضي في تفسير القانون واستنباط أحكام دوراً فعالاً في مسائل القانون الدولي الخاص، في تحديد القانون الواجب تطبيقه في القضايا التي يشوبها عنصر أجنبي وعندما لا تسعفه القوانين المحلية والمصادر الأخرى في مجال تنازع القوانين في إيجاد حلول قضائية في المسائل التي تعرض امامه مستعيناً بمبادئ القانون التي أقرتها التشريعات المحلية والدولية.

أهداف البحث

يهدف البحث الى حصر وتحديد المرتكزات التي يعتمدها القاضي لحل المنازعات المعروضة أمامه وكيفية خلق قواعد أسناد احتياطية من خلال تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. لحل النزاع من دون ان تتعارض مع النصوص التشريعية المنصوص عليها في قواعد الاسناد الواردة في القانون المدني.

في هذا البحث سنتكلم عن مبادئ القانون الدولي الخاص التي تقوم عليها قواعد الأسناد الاحتياطية وذلك في المطلب الاول ومن ثم نستعرض أهم مبدأ من تلك المبادئ وهو الأمان القانوني في المطلب الثاني و المبادئ الطبيعية في المطلب الثالث .

٢. المبادئ القانونية التي تقوم عليها قواعد الأسناد الاحتياطية

من المعلوم أن دور القاضي الأساسي هو إيجاد حلول عادلة للقضايا التي تعرض أمامه طبقاً للقانون، فهو يحكم بالنصوص التشريعية الواضحة ويقوم بتفسير النصوص المهمة وفي ذات الوقت يخلق نظريات قانونية في حالة وجود نص تشريعي يتم تطبيقه على الحالة المعروضة امامه، وأنشاء قواعد أسناد احتياطية يتمكن من خلالها إيجاد حلول قانونية تحقق الهدف الأساسي وتلافي الامتناع عن الحكم بحجة غموض القانون وألا أصبح منكرأ للعدالة

فن خلال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً يتمكن القاضي استنباط الحكم للقضايا التي يشوبها عنصر أجنبي سوف نستعرض ماهية المبادئ القانونية والحالات التي يتم تطبيقها وذلك في فرعين وكما يلي:-

الفرع الأول :- ماهية المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

الفرع الثاني :- تطبيقات خاصة لمبادئ القانون الدولي الخاص

٢,١ الفرع الأول ماهية المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

أن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص هي مبادئ استقر العمل بها في محيط علاقات القانون الدولية، أي أن هذه المبادئ لها صفة العالمية لانها تتسجم وتتناغم مع النظم الوطنية لأكثر دول العالم، فبدأ عدم الاضرار بالغير على سبيل المثال هو من المبادئ التي عرفتها الشعوب واصبحت قواعد ونصوص تكفل المشرع الداخلي في الدول بتنظيم أحكامها واعتمدت المعاهدات الدولية هذا المبدأ وأصبح قاعدة دولية.

وتعرف المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص بأنها (مجموعة من القواعد المشتركة بين النظم القانونية الوطنية المختلفة، فهي مجرد مبادئ مستخلصة من نظم وطنية ومن العسير ردها الى مصدر عرفي دولي ملزم) . من هذا التعريف تتوضح الامور التالية :-

- ان المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص هي مبادئ عالمية تعترف بها كل الشعوب وتؤمن بأهميتها الاجتماعية كبادئ حسن النية والتعسف في استعمال الحق والالتزام بالتعويض على من سبب فعلة ضرر بالغير .أ.ح .
- هي مبادئ مجردة لكن اذا تم تحديد مخاطبون بها ومدى تطبيقها ومكان وزمان تطبيقها تحولت الى قواعد قانونية يمكن تطبيقها على اشخاص القانون الخاص في نطاق محلي أو دولي كما هو الحال في مبدئي حسن النية

الدولي الخاص فإنه وفي ضوء التطور التقني سيمكن القاضي من التقصي عن مبادئ القانون الدولي الخاص للدول التي تعتمد على السوابق القضائية في مجال الشبكة العنكبوتية وسهولة المراسلات بين الدول .

- أن تلك المبادئ أكتسبت قوة رسمية عندما أعتزف بها من قبل الدول وتحولت إلى نصوص تشريعية آمرة .

- لا تعتبر هذه المبادئ أعراف دولية إنما هي قواعد داخلية آمرة فلا يمكن الطعن بها لأنها لو كانت قواعد عرفية لأكتفى المشرع بالنص عليها دون تنظيم أحكامها وفرض الجزاء عند مخالفتها.

- لها خاصية القدرة على تطبيق أحكامها في كل مكان وفي كل زمان.

فأن تعذر على القاضي إيجاد حكم من النصوص التشريعية والمصادر الأخرى للقضية المعروضة أمامه في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي فإنه سيضطر للاستعانة بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وأن يكشف عن مضمون تلك المبادئ التي تكون عادة منصوص عليها في تشريعات أغلب الدول.

٢,٣ الفرع الثاني تطبيقات خاصة لمبادئ القانون الدولي الخاص

أن قواعد الاسناد الواردة في القانون المدني العراقي لم تعالج جميع الحالات في تنازع القوانين والقانون الواجب تطبيقه لذا منح المشرع القاضي حق اللجوء الى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً وفق أحكام المادة (٣٠) من القانون المدني. ومن المجالات التي يمكن للقاضي تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات غياب النص التشريعي هي:-

أولاً :- الخضوع الأرادي

وهي حالة مقاضاة الأجنبي أمام المحاكم العراقية حتى لو كانت الدعوى ليس من اختصاصها، وذلك في حال أتجهت أروادة الأجنبي الخضوع لولاية المحاكم العراقية، ويتم ذلك أما بشكل صريح في حال تم النص على ذلك في التصرف القانوني، كما لو أتفق المتعاقدان أن تقام الدعوى أمام المحاكم العراقية، ويكون القبول ضمنى في حالة سكوت الأجنبي ولم يدفع عند أقامة الدعوى أمام المحاكم العراقية بدفع عدم الاختصاص القضائي، إلا أن قبوله في السير بأجراءات الدعوى يعني تنازله عن الدفع بالاختصاص القضائي.

حيث ان تبرير القاضي في الأخذ بالخضوع الارادي نصت عليه المادة (٣٠) من القانون المدني أذ وجبت هذه المادة اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً للحالات التي لم يرد فيها نص لأن مبدأ الخضوع الارادي أصبح شائعاً دولياً.

ثانياً :- المسائل الأولية في التقاضي

أن المسائل الأولية هي الاجراءات التي على المحكمة الفصل بها قبل الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة أمام القضاء والتي لم تحدد قواعد الاسناد الاختصاص القضائي لمثل تلك الحالات ومن ضمن المسائل الأولية على سبيل المثال:-

١- تحديد الجنسية أو الموطن قبل الدخول في أصل الدعوى .

٢- حالة المطالبات الاضافية في دعوى الحادثة.

٣- في الدعاوى المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت .

حيث يمكن العمل بأحكام المادة (٣٠) من القانون المدني وقيام القاضي بالنظر في تلك الدعاوى باعتبارها دعاوى أولية من خلال الرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص.

ثالثاً :- أثبات القانون الاجنبي

في حالة تعذر أثبات القانون الاجنبي من قبل القاضي الذي ينظر بالدعوى أو من قبل الخصوم فان حل مشكلة الاثبات فهناك عدة اتجاهات ظهرت لحل هذه المسألة، أما يامتناع القاضي عن الفصل بالدعوى ويكون في هذه الحالة منكراً للعدالة أو هناك من أخذ بالقانون الأقرب الذي ينتمي الى النظام القانوني مثلاً أحلال القانون العراقي محل القانون المصري أو أن يتم تطبيق قانون القاضي الذي ينظر النزاع في حالة استحالة اثبات القانون الأجنبي وقد أيد غالبية الفقه هذا الاتجاه، وأن تطبيق هذا هنا هو فقط لسد الفراغ التشريعي عند تعذر اثبات أحكام القانون الاجنبي، وهو الحل العادل الذي

وقد نصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تقابلها المادة (٢٤) من القانون المصري على (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) حيث أعطت هذه المادة للقاضي العراقي سلطة تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر احتياطي يلجئ لها القاضي للحكم، فالقاضي عندما يتولى تفسير قواعد القانون الأجنبي يكون تفسيره في حدود المبادئ العامة السائدة في تلك الدولة وبما يتوافق مع نظامها الداخلي وهذا ما أشارت له محكمة النقض الفرنسية في قرارها (١٣/١٠/١٩٩٤) (أن النظام التشريعي للدولة لا ينحصر في التشريع بل يتعداه الى المبادئ الكامنة في نصوصه ...) لكن عملية الكشف عن تلك المبادئ في قوانين الدول عملية صعبة على القاضي وخاصة للدول التي ليس لديها قانون مكتوب وتعتمد على السوابق القضائية، فعلى القاضي في هذه الحالة الأطلاع على السوابق القضائية لتلك الدول.

فعندما يستعين القاضي بقواعد الاسناد الاحتياطية التي منحها المشرع في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي والرجوع الى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ويجد الحلول لفض المنازعات الناشئة عن علاقة فيه عنصر أجنبي وتكرار الأخذ بتلك الحلول تصبح مع مرور الزمن قواعد يتم اللجوء إليها عند الضرورة.

هناك في الفقه من عارض فكرة منح القاضي سلطة الاعتماد على قواعد اسناد احتياطية من خلال الرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً وأن على القاضي التقيد بوظيفته الاساسية هو تطبيق القانون وتفسير نصوصه لان المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وان كانت متشابهة في بعض الفروض وهي في الغالب ذاتها في القوانين الداخلية للمحكمة المعروض أمامها النزاع لكون أن عملية التقصي عن المبادئ الأخرى تكون صعبة على القاضي معرفتها وتتطلب أدوات ووسائل لاتتوفر لدى قاضي الموضوع .

لما تقدم يتضح لنا أن المشرع العراقي منح القاضي سلطة تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص وخلق قاعدة أسناد احتياطية لأكمال النقص لتجنب حالة أكار العدالة. أما بخصوص رأي الفقه المعارض لفكرة قاعدة الاسناد الاحتياطية وأعتاد مبادئ القانون

الفرع الثاني : دور الأمان القانوني في تنازع القوانين.

يجب الخصوم من رد دعواهم .

في بعض الدول نص قانونها صراحة وضمن قواعد الاسناد بأنه في مسائل أثبات القانون الأجنبي في حالة تعذر اثبات محتوى القانون الاجنبي من قبل الخصوم كما فعل المشرع التونسي، وبما أن القانون العراقي لم يعالج مسألة أثبات القانون الاجنبي فيمكن الرجوع الى أحكام المادة(٣٠) من القانون المدني بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوفاً

لما تقدم يتضح ان المشرع منح للقاضي قواعد اسناد احتياطية يمكن اللجوء اليها عند عدم توفر النصوص التشريعية والمصادر الأخرى لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي .

٣. الحماية التوقعات المشروعة للأطراف (الأمان القانوني)

الأمان القانوني فكرة قانونية رافقت القانون منذ نشوئه مع هذا فان حدائه ظهور الفكرة قد أثر في اقسام الفقه حول مضمون هذه الفكرة حيث ذهب البعض الى أن الأمان القانوني " تطبيق قانون نافذ عدم رجعية القانون، حجية القانون، حجية أمر المقضى به وحتمية فترات الطعن " وأن حجية الامر المقضى به وحتمية فترات الطعن تكون من ضمن الامان القضائي كما ذهب البعض الآخر الى إضافة (وضوح القاعدة القانونية بالاسناد الى عدم رجعية القانون والمحكمة العادلة وضمان حقوق الدفاع وهذا يوصلنا الى اتفاق الاراء المذكورة سلفاً على ان (عدم رجعية القانون) هي أحد مرتكزات فكرة الأمان القانوني .

حيث يتمتع بجذور تاريخية في علم القانون كما لحقه تطور، وله دور واضح في تحقيق دور للامان القانوني في تنازع القوانين، فان العلم بالقانون كان مقصوراً على طائفة من الافراد يحكرون معرفته وهم من يتولون تزويد الناس باليات تطبيقه الشكلية أو تفسير القانون أو تقدير حكم القانون على وقائع الدعوى وأن هذه الطائفة اقتصرت على رجال الدين والقضاة والنبلاء والمربين، ان يوصف بأنه أمان قانون قصير المدى لان نشوء العلم بالقانون في تطور العلاقة ما بين الحاكم والمحكوم والحاجة الى وجود لائحة مكتوبة تكون حجة على الناس في علاقاتهم ببعضهم البعض، وحجة على القضاة عند الفصل في نزاعات الافراد وبهذا يعد الامان القانوني ابتداءً عند اليونانيين لكونهم أول من تولوا تدوين القانون وهذا يعد غير صحيح لان تدوين القانون يعود الى المدرسة العراقية القديمة التي ارست تقليد تدوين القوانين .

الفرع الثاني: دور الأمان القانوني في تنازع القوانين

تعد فكرة الامان القانوني فكرة مستحدثة اذ تتكون من ثلاثة مبادئ تتعلق جميعها بتنازع القوانين من حيث المكان بوصفها صورتين لتنازع القوانين، ومن الطبيعي ان يكون لها وجود وتأثير في تنازع القوانين من حيث المكان وان مصطلح تنازع القوانين منتشر في القانون المقارن ونص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (٣٠) أنه (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوفاً وان مصطلح تنازع القوانين تعرض الى النقد من جهة عدم دقته اذ ليس هناك من تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي لان التنازع يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة ومثل هذه المساواة منتفية كما انه يوحي بان هناك صراعاً أو تراجحاً بين القوانين وقد عني بعضهم موضوع تنازع القوانين المستخدم الى التعبير اللغوي وان قصد من استخدام مصطلح تنازع القوانين هو التسوية في القوة بين القوانين المدعيه للاختصاص التشريعي ، ومن الاعتبارات الاساسية لتنازع القوانين هي الامان والعدالة المقارنة على المحكمة ان تعمل على المحافظة في التوقعات المشروعة للأطراف تطبيقاً للاسناد الاحتياطي للقاضي اذا حدث النزاع امام المحكمة العراقية خاص بطلاق

أن من المبادئ الاساسية للاسناد الاحتياطي هو تحقيق الحماية القانونية لتوقعات الاطراف المشروعة، او مايسمى في الفقه القانون الدولي الخاص بالامان القانوني في تنظيم العلاقات القانونية الخاصة الدولية، ويكون هذا عن طريق تخصيص القانون المناسب والملائم لهذا التنظيم ويتم ذلك عن طريق تطبيق الاسناد الاحتياطي للقاضي، حتى وان كان هذا التنظيم اجنبي وليس بالقانون الوطني لقاضي النزاع، فقاضي النزاع وفقاً للاسناد الاحتياطي للقاضي لكن بشرط ان يكون له ارتباط بالعلاقة محل الخصومة ، وان اخذنا الاحالة على سبيل المثال فان القاضي يجب ان ياخذ بعين الاعتبار حينما يريد تحديد الموقف منها خضاع العلاقة القانونية الى أكثر القوانين توقعاً بالنسبة للافراد حتى لا يتفاجأ بتطبيق قانون لم يكن من السهل عليه التنبه لاحكامه، والى امكان خضوع علاقاتهم له وهذا يعد من وظائف قاعدة الاسناد وفقاً للاسناد الاحتياطي للقاضي، والتي يسعى قاضي النزاع الى تحقيقها ، ومن بعد أن يكون هذا معيار يستند عليه للاخذ بالاحالة من عددها، وان من افضل التشريعات المقارنة التي ترتبط باقليم دولة القاضي تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه بدلا من تطبيق قواعد قانونية أخرى قد لايمكن من معرفة قانونها وقد يكون حكمه في الحالة يخالف توجهاتهم ومصالحهم.

لذلك يفضل أن نوضح الأمان القانوني الاصطلاحي الذي أعده بعض الفقهاء بأنه " معيار عالمي لسيادة القانون وعرفه البعض الآخر بأنه(نظام قانوني عام مجرد واضح هرمي محكم موحد قابل للتنبؤ ومستعد قائم على احتكار الدولة للعنف المنظم) وأن فكرة الأمان القانوني بالوصف المذكور تعد فكرة خاصة بعائلة القانون المدني الذي نظم العلاقات والمراكز القانونية بتشريع (١) وبغية الاحاطة بجميع الجوانب النظرية لهذه الفكرة وتحليلها قانونياً، سنركز على مرتكزات فكرة الأمان القانوني ودوره في تنازع القوانين .

سنقسم هذا المطلب الى فرعين على النحو الآتي بيانه:-

الفرع الاول : مرتكزات فكرة الأمان القانوني.

الشعور بالانصاف وما يوحي به من حلول منصفة).

و يقول الفقه شارل روسو ان مبادئ العدالة و الانصاف عند استخدامها من قبل المحكمة فانه يمكن ان تحقق الوظائف التالية:-

١. وظيفة مخففة: انها تساعد القاضي في تخفيف من حدة تطبيق قواعد القانونية التي تتميز بقساوتها والتي قد تضر بمصلحة احد اطراف النزاع باعطاء حكم ادنى من الحكم الذي يعطيه القانون العادي.

٢. وظيفة متممة أو مكملة: بما ان مبادئ العدالة يعتبر مصدر من مصادر الرسمية (اصلية) للقانون يلجىء اليها القاضي عندما يوجد نقص تشريعي او لسد ثغرة في القانون.

٣. وظيفة تصحيحية: من خلال تطبيق قواعد العدالة يمكن ان يصحح مسار الدعوى بما يحقق العدالة للاطراف فهي ترشد قاضي النزاع الى حلول قضائية منصفة .

وتتميز قاعدة العدالة انها قواعد عامة تحاكي المجتمع لان تقوم على النظر بعين المساواة لكل طبقات المجتمع وهي تقوم الى المثل العليا التي ترمي الى خير الانسانية الا انه تلك القواعد يشوبها الغموض و عدم الاستقرار فهي قواعد متغيرة بطبيعتها من حيث الزمان و المكان وكذلك انها قواعد تعتبر غامضة وليست واضحة الدلالة بسبب تاثرها بالظروف المحيطة و الحاجات لذا نجد صعوبة في تحديد تلك القواعد والأحكام.

يد ان هذه القواعد تكون سبب ألهام القاضي للتصدي عن مجريات وقائع النزاع والخروج وحلول عادلة لاطراف النزاع ، وهذه هي الاهداف التي تسعى اليها قواعد الاسناد الاحتياطية الى تحقيقها

فان الوصول الى العدل المادي في ضوء قانون الدولي الخاص تنحصر في اتجاهين اولهما المحافظة على حقوق الافراد و الثانية هو احترام مصلحة المجموع وتكون مهمة القاضي الموازنة بينهما بما يحقق العدالة المادية .

٥. الخاتمة

لدراستنا للموضوع ندرج اهم الاستنتاجات و التوصيات وكما يلي:-

الاستنتاجات:-

١. من اهم المرتكزات التي يعتمد عليها المشرع والتي حددها المشرع للقاضي في حالة تعذر ايجاد حل للنزاع في النصوص القانونية فيكون عن طريق اتباع العرف ومن ثم مبادئ الشريعة الاسلامية و مبادئ العدالة و هناك مصادر احتياطية هي الاحكام القضائية و آراء الفقهاء
٢. منحت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي للقاضي قواعد اسناد احتياطية من خلال ارجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً ويجد الحلول

بين زوجين انكليزيين مختلفين الملة متوطنين في العراق فانه يتعين رفض الاحالة من القاضي العراقي استنادا الى قاعدة الاسناد في القانون العراقي وتطبيق القانون الانكليزي الذي عينته للاخذ بالاحالة بالقانون الانكليزي الى القواعد المادية في قانون التقاضي يمكن سيفضي الى تطبيق الشريعة الاسلامية بوصفها الشريعة العامة وهذا يعد مساسا باعتباريات العدالة نصت المادة (١، ٣١) من القانون المدني العراقي على انهم " اذا تقرر ان القانون الاجنبي هو واجب التطبيق فانما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تعلق بالقانون الدولي الخاص " يعتقد جانب من الفقه ان هذا الفهم لاحكام الشريعة الاسلامية يشوبه القصور من جانب كبير من فقه القانون الدولي الخاص وكذلك بالنسبة التشريعات التي لا تتفق بعدالة احكامها وبالخصوص التشريعات التي تجعل من الاسلام مصدرا اساسيا للتشريع، ومن ثم تدفع الاختصاص الى تشريعات وضعيه قد لا تحقق ماتقته الشريعة من حياية توقعات الاطراف المشروعة والعدالة ورعاية التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة الذي يعد احد النظم القانونية المهمة والتي تسعى اليها التشريعات الوطنية وهذا ماتحرص عليه وتسعى لتحقيقه من خلال ادلتها المختلفة وان الحل الواجب الاتباع من قبل المشرع العراقي ان يتحدد بضوء وظيفة قواعد النزاع وعدم الاعتماد على حكم مسبق في الرفض للاحالة وفسح المجال امام القضاء في البحث عن روح النصوص القانونية والوصول الى تطبيق أكثر القوانين تطبيقا للعدالة، بناء على ماتقدم ان معيار احترام التوقعات المشروعة لاطراف العلاقة لا بد وان يكون حاضرا في فلسفة قاعدة الاسناد الوطنية لقاضي النزاع وان المشرع يجب ان يأخذ بعين الاعتبار قبل تحديد الموقف من اخذ الاحالة وان نظرية الاسناد الاحتياطي للقاضي هي الخطوة الاولى في مقام التشخيص بالأخذ بالاحالة من عدمها وستكون عنوانا وشاخسا لقاضي الموضوع في حل المنازعة بما ينسجم مع ارادة الاطراف واحترام ارادتهم المشروعة وهذه ستكون من مهام القاضي ان يتوصل الى مشروعية التوقعات بالاعتبارات التقديرية المنوطة له .

٤. المبادئ الطبيعية

يفترض ان القانون يجسد مبادئ العدالة والانصاف ويكون الجميع متساوين في الحقوق امام القضاء، لكن الحقيقة غير ذلك ، في بعض الحالات قد ينفصل القانون عن مبادئ العدالة بسبب تضارب المصالح التي يجمعها القانون ، لان العدالة تحاول الوصول الى كمال المجتمع و السعي الى ما يجب ان يكون ومن الخيال تحقق ذلك لكن القانون المكتوب يكون واقعي يحاول استقرار الاوضاع القانونية وان كان على حساب مبادئ العدالة.

اما قوانين غير المكتوبة كلقانون الانكليزي فان سلطة القاضي اوسع عندما يستعين بمبادئ العدالة والانصاف والمساواة لفض النزاع المعروض امامه مما يجعله يحكم بمجزل عن القانون العادي طالما الحكم يحقق العدالة الى اطراف الدعوى.

وان فكرة العدالة مستمدة من المبادئ القانونية الطبيعي والتي تتركز على فكرة السعي لاحقاق الحق و المساواة الواقعية و الانصاف والاخذ بيد المظلوم (الجانب الضعيف في العلاقة القانونية) فالعدل يطلبه الجميع فهو الخفي الذي نحس بوجوده و نسعى للمطالبة به ، فهو ظاهرة اجتماعية غايتها اصلاح المجتمع ، ويمكن تعريف قواعد العدالة بانها (مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الانسانية و المجتمع بما يملأ النفوس من

- طرابلس, لبنان, ٢٠٠٧.
- ٥- د. غالب علي داودي , د. حسن محمد الهنداوي , القانون الدولي الخاص , مكتبة السنهوري, لبنان , ٢٠٠٩ ,
- ٦- د.عباس العبودي, تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية. مكتبة السنهوري, بيروت, ٢٠١٤ ,
- ٧- د. عباس زيون العبودي , شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية) ط١ , دار السنهوري , بغداد , ٢٠١٦
- ٨- عبد الباقي البكري , زهير البشير , المدخل لدراسة القانون , بيروت , مكتبة السنهوري ٢٠٠٨,
- ٩- د.حسن الهنداوي,قانون الدولي الخاص تنازع القوانين ,مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع, عمان , ١٩٩٧,
- ١٠- د.احمد عبد الكريم سلامة, الاصول في التنازع الدولي للقوانين دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨ ,
- ١١- د.عكاشة محمد عبد العال , تنازع القوانين " دراسة مقارنة " , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ١٩٩٥ ..
- ١٢- ليث عبد الرزاق علي الاتياري , فكرة الأمان القانوني ودورها في القانون الدولي الخاص , جامعة بغداد , كلية القانون , العراق , بغداد , ٢٠١٧ ,

القوانين:-

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون الاثبات العراقي رقم ١٧٠ لسنة ١٩٧٩
- ٣- قانون المرافعات العراقي ٨٣ لسنة ١٩٦٩

- لفض المنازعات الناشئة عن علاقة فيه عنصر أجنبي وتكرار الأخذ بتلك الحلول تصبح مع مرور الزمن قواعد يتم اللجوء إليها عند الضرورة
٣. ان العدالة التي يسعى اليها المشرع من خلال اعتماد قواعد الاسناد يستسقيها من لقانونه الوطني هي العدالة المادية و ليست العدالة الشكلية.
٤. لا يمكن القول باي حال من الاحوال ان قواعد الاسناد تحقق مبدأ الامان القانوني بمعزل عن العدالة المادية لاطراف النزاع

التوصيات:-

- ١- يمكن للقاضي اعتماد الوسائل التكنولوجية المتطورة في مجال البحث عن مبادئ قانون الدولي الخاص كوسائل التواصل عبر الانترنت ليتنسى له الوصول الى الاجابة عن الاستفسارات المطلوبة باسرع وقت ممكن بالنسبة للدول التي ليس لديها قانون مكتوب.
- ٢- يمكن للجوء الى آراء الفقهاء في دولة الطرف الاجنبي في العلاقة القانونية المعروضة امام القضاء العراقي للتوصل الى حلول للتنازع المعروض امامه .
- ٣- يمكن للقاضي اللجوء الى مبادئ القانون الدولي الخاص في غير الحالات التي ذكرناها طالما المشرع العراقي منح له تلك السلطة في أحكام المادة (٣٠) من القانون المدني

المصادر :-

- ١- د.هشام علي صادق ,تنازع القوانيندراسة مقارنة ,دار نشر المعارف , الاسكندرية/ مصر, ١٩٧١,
- ٢- د.محمود عبد الكريم ,القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي و المقارن,دار الحرية للطباعة ,بغداد, ١٩٧٧,
- ٣- د.عبد الله محمود ,التدخل الانساني والمبادئ العامة للقانون الدولي 'مجلة المعهد المصري للدراسات, ٢٠١٩,
- ٤- محمود محمد المغربي , اشكال تقنين قواعد القانون الدولي الخاص , المؤسسة الحديثة للكتاب