دور القاضى

فى القانون الدولى الخاص

الدكتور / سعد عبد العزيز صالح الهملان

محامى لدى المحكمة الدستورية والتمييز

محاضر بكلية الحقوق – الكويت

١ – دور القاضي في القانون الدولى الخاص

المقدمة

تكتسي دراسة القانون الدولي الخاص ، أهمية كبيرة ، وذلك نظراً لدوره الفعّال في الانفتاح على القوانين الأخرى والتنسيق والتفاعل بين مختلف القوانين المعاصرة ، فهو قانون لا يقوم على الفردية والانعزال ، بل على الانفتاح بين الدول ، فالأشخاص والأموال تنتقل عّبر الحدود من دولة إلى أخرى.

وقد وّجد هذا القانون للتعامل مع هذا النوع من العلاقات القانونية فهو بطبيعته يهدف الى ايجاد الحلول المناسبة للعلاقات القانونية الخاصة التي تتجاوز الحدود ، ولعل هذه الخاصية هي التي بررت عدم وجود تقنين لهذا القانون على غرار التقنيات القانونية الاخرى ، من مثل القانون المدني ، والقانون التجاري ، وكذلك القانون الجزائي . فالملاحظ على هذا القانون ، ان المشرع قلما يتدخل ، وان تدخل فبنصوص متناثرة ومتفرقة ، ولعل هذا التنوع والتناثر في النصوص يلقي بكل ثقله على القضاء ليمارس دوراً مهماً في هذا القانون ، فالقضاء باعتباره الملجأ الاخير للمتخاصمين عليه ان يحكم بالعدل بينهم ولا يستطيع ان يتذرع او ان يمتنع عن ذلك تحت تسبيب عدم وضوح النص أو عدم وجوده ، وقد نتج عن هذا الواقع (انحسار دور المشرع) ان اعطى مساحة كبيرة للقضاء في ان يبدع ويبتكر ويحاول صناعة الحلول في حالات عدم وجود النص ، وحتى انه مع فرضية وجود النص ، عليه في بعض الحالات ، ان يكمل ويعزز هذا الوجود النصي ويبدأ بملىء الفراغات.

فالمشرع والقاضي وفقاً لهذا التصور ووفقاً لطبيعة هذا القانون يعمل كلاهما وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل ، فالأول أمّنَ بضرورة بقاء دوره منحصراً في الموجهات العامة بسبب من عدم امكانيته بالإلمام بكل التفاصيل والوقائع بتفرعاتها وتعقيداتها المتغيرة باستمرار بتغيير حاجات الانسان ، فالمشرع بسعيه هذا اراد ان يمنح القضاء امكانية هذه المواجهة ، وقد ازداد وتنامى هذا الدور للقضاء اكثر فأكثر خصوصاً في الدول ذات التعدد التشريعي والقضائي.

ان هذا التدخل الخجول من قبل المشـرع اظهر قصـوراً تشـريعياً الامر الذي فسـح المجال امام القضاء ليلعب دوراً منشئاً تارة وتارة اخرى دوراً معززاً لما اقره المشرع من قواعد وحلول في مجال القانون الدولي الخاص بغية التوفيق بين معطيات الحياة الواقعية ومقتضيات العلاقات الخاصة الدولية .

وفقاً لهذه الفكرة سنحاول ان نثبت في هذه الدراسة المتواضعة ، ان المشرع والقضاء يعملان وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل وان كانت هذه المصـطلحات ذات اثر كبير الا انني اثرت اسـتخدامها لإيماني بالدور الكبير الذي يمارسـه كل منهما ، فتارة كما قلنا سـابقاً يحل القضـاء محل المشـرع ، ليخلق احكام قانونية ، وتارة اخرى يكمل عمل المشرع وذلك عندما يضع المشرع مبدأ عاماً ، يحاول القاضي ان يستنبط منه الحلول والاحكام القانونية وقد تمثلت هذه الاخيرة بصورة تعرف بسلطة التقدير ، وهي المرونة التي تحصـل باتفاق ضـمني ما بين المشـرع والقضـاء ، والتي يسـعى المشـرع من تقريرها الى احداث او اضـفاء طابع المؤامة ما بين الواقع المتحرك وجمود النص بغية مواكبة التطورات الجديدة في اطار واقع الحياة ، وهذا الدور استطيع ان اصطلح عليه وبدون تردد بالدور المكمل لعمل المشرع ، وفي تقديرنا المتواضع ان هذا الدور الاخير يتمثل بصورة السلطة التقديرية الكامنة في عمل القاضي.

تقسيم البحث

تبعاً لذلك سـوف تهتم هذه الدراسـة المتواضـعة ، بدراسـة ملامح الدور الانشـائي للقضاء في اطار القانون الدولي الخاص وهذا ما سوف يعني به المبحث الاول ، على اننا سوف نحاول ان نردفه ببيان الدور المكمل وذلك في مبحث ثانٍ.

ومن الله التوفيق

المبحث الاول

مدى امكانية القضاء من خلق احكام ومبادئ قانونية

لقد اختلف الفقه [١] ، حول مكانة القضاء بين مصادر القاعدة القانونية ، فبات التساؤل يدور بينهم ، هل يعتبر القضاء مصدراً رسمياً لقواعد القانون ، ام انه مصدراً احتياطياً. وتبعاً لذلك تنازعت هذه المسألة مدرستين ،اولهما المدرسة الانكلوسكسونيه ، حيث تعتبره من المصادر الرسمية المباشرة (وفقاً لنظام السوابق القضائية) والتي تعطي لهذه الاخيرة قوة القانون ، وثانيهما المدرسة اللاتينية ، حيث تعد القضاء من المصادر غير الرسمية او غير المباشرة (تفسيري) ، وهو ما سارت عليه اغلب التشريعات العربية[٢]. من هنا نريد ان نلحظ مدى امكانية سحب وتعميم هذا الاستخلاص على قواعد القانون الدولي الخاص ، وبكلمة اخرى هل ان القضاء في ظل هذا القانون يشغل نفس المكانة في باقي فروع القانون ، ام الإجابة تختلف من قانون لأخر وفقاً لطبيعة كل قانون.

---

[١] انظر في ذلك ، د. غالب الداودي – المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني – مطبعة البهجة – عمان –١٩٩٣ –ص١٤٤ ومابعدها . د. حسن كيرة – النظرية العامة للقاعدة القانونية – منشأة المعارف – الاسكندرية –١٩٩٣–ص٢١٤ومابعدها . د. عبد المنعم فرج الصدة – اصول القانون – مطبعة الجلبي – مصر – ١٩٦٥ – ص١٥٩ ومابعدها .

[٢] تنص المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه ((١– تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢– فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . ٣– وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية). وانظر ايضاً نص المادة (٣) مدني مصري . وكذلك انظر نص المادة (١) من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ –٥٨ لسنة ١٩٧٥.

ولا تبدو الإجابة يسيرة على هذا التساؤل ، وانما يستلزم الامر منا البحث عن طبيعة وتركيبة هذا القانون المعقد[١].

فالعلاقات القانونية موضوع هذا القانون ، تتسم بالتنوع في عناصرها ، فبالضرورة ان احد اطرافها ينتمي الى نظام قانوني اجنبي ، بمعنى اوسع ينتمي الى منظومة ثقافية قانونية تختلف بصورة كلية أو جزئية عن المنظومة الثقافية للمشرع الوطني ، أقول ان هذا التنوع تطلب من القاضي هنا ان يتدخل بما له من سلطة لتحقيق حالة التعايش القانوني بين نظامه القانوني الوطني وذلك النظام الاجنبي ، وهو ان حقق ذلك انما يكون قد عمل على تحقيق احد اهم اهداف القانون الدولي الخاص ، الا وهو التناسق والتعايش بين القوانين وبما يخدم العلاقة واطرافها ويضمن العدالة المادية ، هذا التنوع وتلك الحيوية الناتجة عنه ، خلقت نوعاً من الفعالية والحيوية في العمل القضائي ، وصولاً الى الابتكار والابداع(الاجتهاد)[٢].

فمنذ ولادة هذا القانون ، كان للقضاء دور حيوي واكثر نمواً ولم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير ، وانما حاول منذ البدء ان يمد نشاطه الى اكثر من هذا الحيز القانوني وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق ، بمعنى انه يمد نطاق عمله الى خلق وابتكار

---

[١] انظر في ذلك ، محمود محمود المغربي – اشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – ٢٠٠٧.

[٢] انظر في ذلك ، محمد احمد رمضان – دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد –١٩٨٥. وكذلك د. احمد صادق القشيري – نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – مصر – السنة العاشرة – العدد الاول – يناير –١٩٦٨. وكذلك د. ابراهيم احمد ابراهيم – اطار القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة ٢٥ – العدد ١و ٢ – يناير – ١٩٨٣.

١ – دور القاضي في القانون الدولى الخاص

نظريات قانونية في مجال القانون الدولي الخاص من مثل نظرية(الجهل المغتفر) وكذلك (الاعتداد بالجنسية الفعلية) وكذلك (قانون الارادة– الاحالة)[١].

ومما ساعد على نمو هذا الدور، هو عدم وجود تقنين متكامل تجتمع فيه النصوص، فأغلب قواعد هذا القانون هي عبارة عن مبادئ ارساها وطورها القضاء ، ومن ثم تلقفها المشرع ليعيد صياغتها ويعطيها اطاراً تشريعياً[٢]. ولعل الخشية في اعتقادنا من عدم ولوج المشرع هذا المجال ، ناجم من الاعتقاد من عدم الالمام واحتواء كل العلاقات ذات العنصر الاجنبي في نصوص قانونية ، بسبب طبيعة الموضوعات التي يتناولها هذا القانون ، فضلاً عن التسارع في نمو وتطور علاقات هذا القانون ،بسبب تطور الوسائل ، مما تولد لدى المشرع هاجس ، بأنه غير قادر على مواكبة هذا التطور مفضلاً ترك هذا المجال مفتوحاً لصالح القضاء ، على انه يكتفي بإيراد بعض الموجهات العامة .

---

[١] د. حسام الدين ناصيف – مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية – دار النهضة – ط١ –١٩٩٤–ص٣٣١ وكذلك د. عكاشة عبد العال – احكام القانون الدولي الخاص اللبناني – ج١ – لدار الجامعية –١٩٩٣– ص١٥٠ ومابعدها وكذلك د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الاول – منشورات الحلبي الحقوقية – ٢٠٠٤ – ص٤٢٣.

[٢] راجع في ذلك : د. عبد المنعم فرج الصدة – مصدر سابق – ص١٠٤ ومابعدها . وكذلك د. شمس الدين الوكيل – الموجز في المدخل لدراسة القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ط١ – ص١٧١ ومابعدها . د. غالب الداودي – مصدر سابق – ص٧٩. ومما تجدر الاشارة اليه في هذا المجال ان حركة التقنين في القانون الدولي الخاص ضعيفة جداً ، فلا يوجد تقنين مستقل لهذه القواعد ، الا في مناطق قليلة جداً ، من مثل القانون الدولي الخاص السويسري ، والبولندي وفي (الجيك) ، اما على صعيد الدول العربية فهناك فقط في تونس تشريع متكامل للقانون الدولي الخاص(مجلة القانون الدولي الخاص التونسي) لعام ١٩٩٨ . وانظر كذلك د. جميل عبدة غضوب – محاضرات في القانون الدولي الخاص – الحلبي – بيروت – ٢٠٠٧ –ص٣٤.

ويذهب البعض[١] الى ان هذا الدور جاء نتيجة مشكلة اسماها البعض بـــ (النقص في التشـريع) فكما هو معروف ان وظيفة القاضـي الاسـاسـية هي الحكم بالعدل بين شـخصـين متنازعين طبقاً للقانون ، فالقاضـي الفرد وكذلك القضـاء في مجموعة يقوم اساساً بتطبيق القانون لا بخلق القانون ولم يكن من المتصور اثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو ان التشـريع كان كاملاً لا يشـوبه أي نقص، فلو افترضـنا كمال التشـريع ، بمعنى ان التشـــريع يحتوي على حل لكل نزاع يعرض امام القضـــاء ، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضـاء ، بل لاقتصـر القضـاء على مباشـرة وظيفته الاصـــلية وهي تطبيق القواعد على المنازعات الخاصـــة التي تعرض امامه ، وهي تكفي بكمالها لمواجهة المنازعات المتصورة وغير المتناهية .

ويذهب البعض [٢]. الى ان القاضـــــي وهو يحاول ان يكمل النقص في القانون لا يخلق قاعدة قانونية عامة ، ولكنه يخلق حلاً عادلاً لنزاع ليس له حل في قواعد القانون الوضعي ، ولكن القاضي ، وهو يخلق هذا الحل انما يستوحيه من قاعدة عامة اكتشـــفها عن طريق الرجوع الى جوهر القانون ، وهو العدل او عن طريق الرجوع الى المبادئ العامة للقانون النابعة عن الفكرة العامة للوجود السـائدة في الدولة التي يباشـر فيها القاضـي وظيفته ، وتكرار الاخذ بهذا الحل في المنازعات المتشـابهة من شـأنه ان يخلق قاعدة قانونية قضائية ، هي القاعدة التي اكتشفها وطبقها الحكم الاول.

هذه الحركية التي صـــاحبت عملية النقص في التشـــريع ، والحركية الموازية لها ، تمخض عنها ابتداع وخلق للحلول من قبل القضاء ، هذا الواقع اجبرا المشرع بضرورة تلقف هذه الحلول والتسـليم بها واعادة صـياغتها بنصـوص تشـريعية ، وهذا التلقف والتسليم من قبل المشرع انما هو يدلل او يشير الى قدرة القضاء في لعب هذا الدور [٣].

---

[١] د. سمير السيد تناغو – النظرية العامة للقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ص٤٨٣.

[٢] سمير السيد تناغوا – مصدر سابق – ص٥٠٢.

[٣] فقد نادى بعض الفقه بارجاع القضـاء ليمارس سـابق دوره المتمثل بالتطبيق والتفسـير وابعاده قدر الامكان عن المشـاركة في الخلق والتكوين دون اقصـاء دوره ومنعه من ذلك بصـورة مطلقة . لمزيد

لذلك نستطيع القول ان القضاء مصدراً اصلياً وليس احتياطياً ، كما يذهب الى ذلك البعض ، فإكمال النقص كما مر بنا بطبيعته عمل غير احتياطي ، وهو لا يختلف في ذلك شيئاً عن تعديل القانون ، فإذا نظرنا الى التشريع وهو ابرز المصادر الاصلية للقانون وجدناه يقوم اما بتعديل القانون القائم او الغائه او اكماله ، فالتشريع عندما يصدر غالباً يسد نقصاً في القانون ، وهو عمل احتياطي وبالمثل فأن القضاء عندما يخلق قاعدة جديدة تسد نقصاً في القانون لا يقوم بذلك بعمل احتياطي ، وانما يقوم بعمل اصلي ، والذي يقوم به أي مصدر اخر من مصادر القانون[١].

على انه يلاحظ ان القضاء عندما يسلك هذا الاتجاه فأنه لا يناقض صريح او مضمون نص المادة الاولى من مدني عراقي تقابلها المادة (٣) مدني مصري .

ونحن هنا في مجال القانون الدولي الخاص ليس امام مسألة تقويمية ، يرجع فيها الى المشرع ليعلن او يقر بأن القضاء مصدر مباشر او غير مباشر لقواعد القانون الدولي الخاص ،ولكنها في تقديرنا المتواضع مسألة تقريريه يرجع فيها الى واقع هذا القانون ، وبالتالي فأنه لا يمكن الاعتراف بوجود قواعد قانونية قضائية الا اذا كانت هذه القواعد امر واقعاً يمكن التحقق من وجوده بالمشاهدة والتجربة او بأي وسيلة اخرى ، ولا يمكننا بأي حال من الاحوال انكار ان القضاء مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص ، اذ ان هذا القضاء يخلق من حيث الواقع قواعد قانونية .

واذا كان المشرع قد اغفل الاشارة الى ذكر ان القضاء من قبيل مصادر القانون الدولي الخاص بين مصادر القانون الاخرى ، فأن هذا الاغفال لا يمكن ان يؤثر في

من التفاصيل راجع محمود محمود المغربي – مصدر سابق – ص٣٥. وكذلك د. حسن كيرة – مصدر سابق –ص٢١٤ ومابعدها . وكذلك :

Pierr prminjon : " L'objet et lamethode du droit international prire "RCADI, Tome ٢١, ANNee. ١٩٢٨,p٤٣٠ ets.

[١] السيد سمير عبد تناغوا – مصدر سابق – ص٥٠٢.

ضـــرورة التســـليم بالأمر الواقع ، بقدر ما يدل على ان ذكر الحقائق العلمية ليس من اعمال التشريع[١].

والواقع يشـهد على ان القضـاء هو مصـدر من مصـادر القانون الدولي الخاص ، بل يكاد القضـــاء يغلب في هذا الفرع من فروع القانون على التشـــريع لدرجة تســـمح بأن نطلق عليه قانوناً قضائياً[٢].

لذلك نلاحظ انه غالباً ما تشـير الاحكام وتسـبب احكامها والحلول التي تصـل اليها الى استخدام عبارات مثلاً على سبيل الذكر(القضـاء المستقر) كما لو كنا نشير الى التشـريع ، ومحكمة النقض الفرنسـية ذاتها لاتمنع نفسـها من اللجوء الى هذه الطريقة ، بل ان لها صـيغة معروفة للاستناد الى قضـائها المستقر وهي صـيغة (انه من المقرر ان ....)[٣].

ويضـاف الى ذلك ، فأن محكمة النقض المصـرية لها عبارة تستند فيها الى قضـائها المسـتقر اكثر وضـوحاً من عبارة محكمة النقض الفرنسـية وهي ((على ما جرى عليه قضاؤها ... هو حكم القانون الواجب التطبيق)[٤].

وهناك تأكيد ومطالبة بضـــرورة الاعتراف بواقعة ان القضـــاء مصـــدراً مباشـــراً من مصـادر القاعدة القانونية ، ويسـتخدم البعض تعبيراً مختصـراً عن هذه الواقعة العملية ،

---

[١] السيد سمير تناغوا – مصدر سابق – ص٥٠٢.

[٢] انظر استاذنا الدكتور – ممدوح عبدالكريم حافظ – القانون الدولي الخاص – دار الحرية للطباعة – بغداد – ١٩٧٧ – ص٢١ ومابعدها . د. عز الدين عبدالله – القانون الدولي الخاص المصري – مكتبة النهضة العربية – ط٣ – القاهرة – ص٦٣.

[٣] د. عبد المنعم فرج الصدة – مصدر سابق – ص١٦٤ ومابعدها وكذلك د. عزمي عبد الفتاح – تسبيب واعمال القضاة – القاهرة – ط١ – ١٩٨٣.

[٤] د. عبد المنعم فرج الصدة – مصدر سابق – ص١٦٤.

وهو تعبير (واقعة القضاء) أي واقعة كون القضاء مصدراً من مصادر القانون ، ويضيف البعض الاخر تسمية (فقه القضاء)[١].

نستطيع من كل ذلك ان نصل الى نتيجة ، الا وهي انه لا يمكن وضع مبدأ عام عن الدور الذي يلعبه القضاء بالنسبة لكل مصادر القانون ، فالأمر في ذلك يتعلق بمسألة واقعية تختلف باختلاف فروع القانون المتعددة وان كان يمكن القول بصفة اجمالية ، ان التشريع هو ابرز مصادر القانون واكثرها تدخلاً ونشاطاً على خلق القواعد القانونية، ومثال ذلك القانون الاداري وكذلك القانون الدولي الخاص ، يعتبر القضاء مصدراً مهماً من بين مصادر هذا الفرع.

ولنا ان نضع التساؤل التالي ، هل يستطيع القاضي ان ينشيء قواعد قانونية اثناء قيامه بعملية تفسير النص القانوني ، او بمناسبة هذا التفسير ؟

وللإجابة على هذا التساؤل نقول، ان القاضي يلجأ الى التفسير من اجل ازالة الغموض الذي يشوب النص القانوني ، فبقيامه بهذه المهمة أي تفسير النص فقد يتخطى احياناً مجال التفسير والتطبيق الى مجال الخلق والابتكار ، فتفسير القانون هو من صميم عمل القاضي ولكنه لا يستنفذ كل عمله، ويلاحظ هنا ان القضاة كثيراً ما يتأثرون بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة امامهم ، وقد ينعكس ذلك على التفسير الذي يعطونه للقواعد القانونية الوضعية، بل هم قد يتجاوزن هذه القواعد تحت

---

[١] انظر في ذلك – د. جميل عبد نصوب – دروس في القانون الدولي الخاص – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – ط١ – بيروت – ٢٠٠٨ – ص٤٣ ومابعدها وانظر كذلك –د. لطفي الشاذلي – والقاضي مالك الغزواني – مجلة القانون الدولي الخاص – تونس – ٢٠٠٨ – ص٢٩٩.

ستار تفسيرها في سبيل الوصول الى الحلول القانونية العادلة للمنازعات وفي هذه الحالة فأن تفسير القانون يختلط مع خلق القانون[١].

ان دائرة نشاط القاضي هي اوسع من دائرة نشاط المشرع واقرب منها الى واقع الحياة ، فالمشرع يضع من كلِ القواعد العامة للقانون ليحكم بها سلوك الافراد ، ولكن هذه القواعد لا تأتي كاملة ابداً كما نوهنا سابقاً بل تتسم بالنقص حتماً وهو نقص يكتشفه القاضي عندما يباشر وظيفته في تطبيق القانون ، فلا يجد في التشريع قاعدة ترشده الى الحل العادل بل قد يتخطى القاضي نطاق التشريع الى العرف متخطياً وظيفته التقليدية في تفسير وتطبيق قواعد القانون الوضعي الى وظيفته الحقيقية وهي الحكم بالعدل بين الناس ، فالقاضي لابد ان يحكم في كل نزاع يعرض امامه ، ولا يستطيع ان يتنصل من القيام بذلك بحجة النقص في التشريع او النقص في القانون . فالقاضي يحكم دائماً بالعدل بين الناس ، والعدل الذي يحكم به القاضي هو العدل المقرر في قواعد القانون الوضعي ، فاذا لم توجد قواعد في هذا القانون ، فأن القاضي يخلق بمجهوده الفعلي الحل العادل الذي يراه اقرب الى مبادئ القانون الطبيعي او الى المبادئ النابعة عن الفكرة العامة للوجود السائد في المجتمع الذي يوجد فيه القاضي .

ومن ناحية اخرى فأن احالة المشرع القاضي الى المبادئ العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة امامه ، يمثل مرحلة اجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية ويساهم في هذه الصياغة ، والمبدأ العام يشكل ركناً من اركان النظام القانوني القائم [١].

---

[١] السيد سمير عبد تناغوا – مصدر سابق – ص٧٣٢ وانظر كذلك د. حميل عبده غضوب – دروس في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص٤٣. وكذلك د. غالب الداودي – مصدر سابق – ص١٤٤ ومابعدها .

[١] وفي ذلك تقول محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في ١٥ كانون الاول لسنة ١٩٨٧ غير المنشور (ان القانون الوضعي لايتألف فقط من النصوص القانونية الصريحة الواردة في التشريع ولكن ايضاً من مجموع المبادئ العامة المستخلصة اما من هذه النصوص او من القواعد العامة التي

١ – دور القاضي في القانون الدولى الخاص

ان المبادئ العامة هي عبارة عن قواعد عامة كلية موجودة في صلب التشريع وكامنة في روحه العامة ، وتكون مهمة القاضي الكشف عنها ورد التطبيقات اليها ومن امثلة القواعد الكلية والمبادئ العامة (ان ما حرم اخذه حرم طلبه) ، (الغش يفسد كل شيء) فعلى سبيل المثال يمكن الركون الى هذه القاعدة لاستبعاد القانون الذي تم التوصل اليه بتفسير ضابط الاسناد بقصد التحايل على القانون المختص اصلاً هذا من جهة .

ومن جهة اخرى ، تذهب التشريعات[٢] الى ابعد من ذلك وتنص على ان يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في مواد تنازع القوانين ، مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، أي انه عندما لا تكون ثمة قاعدة تنازع منصوص عليها يرجع القاضي الى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

والمقصود من ذلك المبادئ الاكثر شيوعاً بين الدول ، فهناك حلولاً خاصة بمسائل تنازع القوانين استقرت بحيث اصبح لها وصف الشيوع بين الدول ، ذلك ان قواعد التنازع تتميز بقيامها على اسس مشتركة أسهمت في صناعة جملة مبادئ شائعة بين الدول[٣].

ان هذا الرجوع سوف يفضي بالضرورة الى خلق قواعد قانونية من قبل القاضي وبالتالي سوف يدعم قولنا في ان القاضي يساهم في تكوين القواعد القانونية بالنظر لاستخدامه ورجوعه الى المبادئ العامة ، ذلك ان الرجوع الى المبادئ العامة للقانون يساعد في ايجاد قواعد تنازع قادرة على حل النزاعات الدولية ، وهو الملاذ الذي يرجع اليه القاضي لاكتشاف حل للمشكلة غير المنصوص عليها في قاعدة التنازع.

يقوم عليها النظام القانوني نفسه) انظر هذا القرار – د. جميل عبده غضوب – مرجع سابق – ص٤٠.

[٢] تنص المادة (٣٠) (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً. وانظر نص المادة (٢٤) مدني مصري .

[٣] د. جميل عبده غضوب –٠ مرجع سابق – ص٤٠.

وقد اعتبرت محكمة الدرجة الاولى في زحلة انه (بالنسبة للأمور المتعلقة بأساس الزواج ونتائجه وشروط انحلاله او فسخه ، فإن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص اعتبرت ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للأجنبي ، وقد استقر الاجتهاد القضائي بهذا الاتجاه بالنسبة للأجانب الذين يعقدون زواجهم في بلد قانون القاضي فيعتبرهم بذلك خاضعين لقانونهم الوطني....)[١].

وفي تقديرنا المتواضع ان موضوع الاجتهاد يعني ما سار عليه القضاء بمعنى اخر هو المجهود القضائي او الابداع والابتكار ، وذلك يعني خلق قواعد قانونية من قبل القضاء ، وهذه سمة او ميزة اختص بها هذا الفرع من القانون .

وفقاً لذلك يتمتع القضاء بدور خلاق لقواعد التنازع في شأن العديد من المسائل لاسيما التجارية منها ، ويعود ذلك الى اعتبارات واقعية واخرى قانونية ، فمن الناحية القانونية، يعتبر الاجتهاد مصدر من مصادر القانون ، فهو مصدر من مصادر القواعد القانونية لمسائل تنازع القوانين ، ففي القانون الدولي الخاص يعتبر هذا القانون بمثابة مجموعة الحلول التي قررتها احكام المحاكم ويؤدي القضاء في هذا الشأن في ميدان التنازع وظيفتين :-

الاولى : يكون للقضاء دور تفسيري ، فيقوم بتفسير قواعد التنازع التشريعية التي صاغها المشرع ليحدد نطاقها ويضبط حدودها.

الثانية : فأنها تتمثل بالدور الخلاق للقضاء ، حيث جعل القضاء من بعض احكامه مصدراً هاماً لقاعدة التنازع [١]

[١] د. جميل عبده غضوب – المصدر السابق – ص٤١.

[١] د. جميل عبدة غضوب –ص٤٣. وانظر كذلك : د. احمد صادق القشيري – مصدر سابق . وكذلك د. رياض القيسي – الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص الانكلو امريكي – بحث منشور في مجلة القانون المقارن – العدد الاول – ١٩٦٧ . وكذلك د. عز الدين عبدالله – تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية – مجلة مصر المعاصرة – مطبعة الاهرام

المبحث الثاني

الدور التكميلي للقضاء في اطار القانون الدولي الخاص

بعد ان بينا ان القضاء تمكن من ابتداع وانشاء الاحكام القانونية في مجال القانون الدولي ، وكما ذكرنا سابقاً ان هذه المرحلة تميزت ، بمميز الاجتهاد ، ومع ذلك فأن القضاء لم يكتفي بهذا القدر او المساحة من العمل القانوني ، وانما اوجد لنفسه مجال اخر اتسم ايضاً بقدر عالٍ من الدقة . فبعد ان اوجد الاحكام القانونية ، اتجه مرة اخرى الى حالة الابداع ايضاً ولكن ضمن اطار النص القانوني وذلك بما يملكه من سلطة تقديرية منحت له من قبل المشرع ، بمعنى اخر انه بدأ يطور فيما وجد من هذه النصوص واحياناً اخرى يستخدم موضوع (التطويع) او انه يلجأ الى فكرة (التلطيف) في بعض المصطلحات الموجودة في النظام القانوني الاجنبي ، محاولاً ايجاد نوعاً من التنسيق والتكامل فيما بين النظم القانونية المختلفة ، او فيما بين الافكار والمصطلحات التي يتضمنها القانون الاجنبي الذي اشارت باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية ، وبدأ يلطف من الافكار في النظم الاجنبية او الغير معروفة في قانون القاضي ويجد لها مساحات او مناطق قانونية قابلة للتنفيذ في قانونه ، وهي تمثل محاولة جريئة من قبل القضاء ، اذ انه ولج مجالاً مهماً ، وهو اصعب من حالة الابتكار والخلق للحلول القانونية ، فمع وجود النص القانوني الا ان القاضي بدأ يخرج من هذا النطاق النصي مستلهماً بذلك مضمون النص (روح النص) بدلاً من الوقوف امام الوجود المادي للنص بغية اضفاء طابع الرحمة والانسانية على هذا النص ، يدفعه في ذلك الرغبة في ايجاد الحلول للمنازعات المعروضة امامه وعدم الركون الى السكون دون الحكم في الدعوى بحجج معينة ، اخذاً بالاعتبار احترام توقعات الاطراف المتنازعة ، وكذلك بغية الحفاظ على حالة التعايش السلمي فيما بين النظم القانونية

– القاهرة – ١٩٧١– ص٢٢ ومابعدها. وكذلك د. عز الدين عبدالله – ابحاث في القانون الدولي الخاص المقارن – مجلة القانونية والاقتصادية – العددان الاول والثاني ١٩٦٨.

المختلفة، وبدأ دوره هذا ينشط خصوصاً مع حالة النقص الكامن في صناعة وصياغة هذه القواعد من قبل المشرع ، ومحاولاً تجاوز حالة اللاتقنين في قواعد هذا القانون .

فقد حاول القضـــاء اللجوء الى مجموعة من الافكار القانونية الموجودة في النظم القانونية الاجنبية من اجل ايجاد تفســير لها داخل النظام القانوني الوطني من مثل (تكييف المسـألة المجهولة في قانون القاضـي) وكذلك مسـالة (تطويع) افكار اخرى لمصـلحة القانون الوطني ، فقد لجأ القضـاء مثلاً بتطويع ما يسـمى بـــ (مكتب المصالحة) بغية الوصول الى حل للنزاع ، وقرر القضاء القيام قدر الامكان بالمهمة التي انيطت بمكتب المصـــالحة المعمول به في التشـــريع الاجنبي الذي اشـــارت باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية ، فقد قام القضاء هنا بتطويع مؤسسة قانونية قائمة في قانون اجنبي وغير معروفة في النظام القانوني للقاضـي ، فألحق هذه المؤسـسـة الاجنبية بإحدى المؤسـسـات القائمة في قانون القاضـي ، وهو في هذا الامر انما قام بتكييف علاقة غريبة عن الحالات الوضـــعية المعروفة في قانون القاضـــي ، لقد قام القاضـــي في هذه القضـــية بعملية اجتهادية تكميلية مســـتعيناً بثقافته القانونية التي ســاعدتها بغية الوصـــول الى هذا التحليل وفهماً عميقاً لفلســفة وجود القانون الدولي الخاص[١].

[١] فقد جاء في القرار الصـــادر عن محكمة اســتئناف بيروت ، لبنانياً عقد زواجه على امريكية في ولاية نيويورك ، ثم نشأ خلاف بينهما وانفصلا عن بعضهما بموجب اتفاق خطي بينما قضي بالهجر ، بعد عامين من الانفصـــال عاد الزوج الى البيان امام دعوى طلاق بوجه زوجته امام لمحكمة الابتدائية المدنية في بيروت ، واصـدرت المحكمة الابتدائية حكماً غيابياً بوجه الزوة قضـي بالطلاق طبقاً لقانون الاحوال الشـخصـية لولاية نيويورك الذي يجيز الطلاق متى انقضـت سـنتان على اتفاق الهجر الخطي ، اعترضـت الزوجة على هذا الحكم الغيابي ن على اساس ان محكمة بيروت المدنية لم تراع احكـام المـادة (١١) الفقرة (ج ٩ من القـانون المـذكور لولايـة نيويورك والتي توجـب=== ==قبل السير بدعوى الطلاق اجراء مصالحة بين الزوجين وعلى الزام الفريق المدعي ان يودع انذاراً في مكتب المصالحة قبل عشرة ايام من اقامة الدعوى تحت طائلة سقوطها . ردت المحكمة الابتدائية اعتراض الزوجة مسـتندة الى ان== ==المادة (١١) المنوه عنها اعلاه تعهد بالمصـالحة الى جهاز

وهذه الفكرة أي فكرة (التطويع تندرج ضمن المنطقة القانونية (الاجتهادية التكميلية). ومن جانب اخر فقد تساءل القضاء هل يمكن اعتبار الزواج المتعدد وكذلك موضوع الاخذ بالإرادة المنفردة في مسألة التطليق ، تصرفات قانونية صحيحة امام قاضي اجنبي ام لا .

وتبدو الاجابة بالنفي اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار المنطق القانوني المجرد ، الا ان فلسفة وجود القانون الدولي الخاص وبما تعنيه من احداث نوع من المؤامة ما بين النظم القانونية المختلفة ، اتجهت الى غير ذلك ، فلم يبقى القاضي منحسراً في اطار ثقافته القانونية الوطنية وانما حاول ان يوسع من مفهوم فكرتي الزواج والطلاق في قانونه ، فجعله يستوعب تعدد الروابط الزوجية (تعدد الزوجات) ، او انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ، وقد اثر هذا التوجه القضائي على ارادة المشرع في مختلف الدول وعلى وجه الخصوص في بريطانيا ، مما دعاه الى ان يبادر بتدخل تشريعي ويضع نصاً يعرف بـ (الزواج المتعدد) فاعتبر هذا الزواج صحيحاً فيما لو تم خارج بريطانيا . كما رتب على هذا الزواج الاثار التي تترتب عليه في التشريع الاسلامي ، وهكذا يكون القضاء قد طوع فئة الزواج الواردة في القانون البريطاني وجعلها قادرة على استيعاب الروابط الزوجية المتعددة[١].

خاص هو مكتب المصالحة التابع للولاية قضائياً والذي يراسه مستشار من المحكمة العليا . ولما لم يكن هذا الجهاز معروفاً في لبنان وغير موجود فيه ، فأنه لايكون بوسع هذه المحكمة اجراء مثل هذه المصالحة . استأنفت الزوجة الحكم امام محكمة استئناف بيروت ، الفرقة السادسة والتي قررت فسخ الحكم المستأنف ورؤية الدعوى تصدياً ، واجراء محاولة المصالحة بواسطة رئيس المحكمة بدلاً من مكتب المصالحة المنصوص عليه في قانون ولاية نيويورك. انظر هذا القرار منشور في مجلة العدل – بيروت – العدد الاول – اذار –١٩٧٤ – ص١١٢.

[١] د. جميل عبده غضوب – مصدر سابق – ص٧٠ . فاذا كان النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بزواج متعدد في فرنسا ، الا انه لايحول دون الاعتراف ببعض فيها متى ما تم صحيحاً في الخارج وفقاً للقانون المختص بمقتضى احكام القانون الدولي الخاص الفرنسي ، فقد تم الاعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية وحقها في الارث وحقها في التعويض الذي طالبت به على اثر

ففكرة التطويع اذن هي واحدة من الاجتهادات القضـائية التكميلية في مجال القانون الدولي الخاص ، ولا يمكن اغفال او غض النظر عنها بأي شـكل من الاشـكال وقد فرضت طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص هذه التوجيهات .

وبجانب فكرة التطويع ادخل القضـاء ايضـاً افكار اخرى الغرض منها احداث نوعاً من التلطيف على جمود بعض النصـوص القانونية فبعد ان اخذت غالبية القوانين بالمنع من الاخذ بالإحالة الى القانون الاجنبي والاقتصـار فقط في هذه الحالة على الاخذ بالقواعد الموضـوعية في القانون الاجنبي الذي اشـارت باختصـاصـه قواعد الاسناد الوطنية، كما هو معروف ، فقد رفض القضاء ومن ثم المشرع الاخذ بالإحالة مع مزيد من التوضـيح لا يسـع المقام هنا لذكرها، والملاحظ هنا ان القضـاء حاول التلطيف من هذا المنع[١].

فالمعروف ان وظيفة قاعدة التنازع تتلخص في اختيار القانون الذي يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي ، ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين اكثر النظم القانونية اتصـالاً بها ، ويتم ذلك بغية التوصـل الى اختيار الأنسـب لحكم العلاقة القانونية والذي يشتق من مركز الثقل في تلك العلاقة ، والمتصور هنا ان هذا المركز يتنوع بحسب طبيعة العلاقة القانونية ، ففي مسائل الاحوال الشخصية ، يكون مركز ثقل العلاقة القانونية هو جنسية اطراف العلاقة القانونية او محل اقامتهم ، وفي مسائل الاموال يكون الاثر بالنسبة لموقع المال ، وفي التصرفات القانونية يكون لمصدرها . مما يعني ان ضـوابط الاسـناد ليسـت متحررة كلياً من الاهداف التي تمليها مصـالح

وفاة زوجها ، كما قرر الاجتهاد الفرنسـي ان الاثار التي تمسـك بها في فرنسـا ليسـت ذاتها مخالفة للنظام العام الفرنسـي ، بالرغم من انها تنتمي الى منظومة ثقافية (تعدد الزوجات) لايمكن انشـاؤها في فرنسا . راجع د. جميل نضوب – ص٢٢٥.

[١] انظر في ذلك د. حفظية السيد الحداد – مصدر سابق – ص١٤٧ ومابعدها حيث تعرض بشكل مفصل لهذه النظرية وتطورها .

الدولة الاساسية وظروفها الاقتصادية والاجتماعية والديموغرافية . من هنا ابتدع القضاء فكرة (الاحالة الانتقائية)[١].

فالإحالة يمكن ان تكون مؤتلفة مع قاعدة اسناد معينة وقد لا تكون كذلك مع قاعدة اخرى ، فقاعدة الاسناد ، ككل قاعدة قانونية (داخلية او دولية) يجب تفسيرها وفهم فلسفتها وابعادها لا اعتبارها قاعدة مجردة تفتقد الى الروح والمعنى والهدف ، فالإحالة ليست وليدة منطق قانوني بل هي مجرد وسيلة للتنسيق بين قاعدة التنازع الوطنية وقواعد التنازع الاجنبية توصلاً الى اختيار القانون الانسب لحكم العلاقة لذلك لا يمكن تفسير نظرية الاحالة بمعزل عن فكرة الاحالة الانتقائية[٢].

واستجابة لهذا المفهوم المتطور والملطف لمفهوم الاحالة ، فقد ادخل القضاء موضوع الحل الوظيفي في الاحالة ، وهو يعني عدم التقييد بحل عام ومسبق ، بل يجب الارتكاز والركون الى تحليل طبيعة المسألة المتعلق بها النزاع وغاية قاعدة النزاع وروحها[٣].

وقد واصل القضاء تقدمه بهذا الاتجاه ، وقرر مجموعة من المبادئ على صعيد طبيعة القانون الاجنبي ، وهل هو واقعة ام قانون ، وما يترتب على ذلك من نتائج ،

---

[١] د. حفظية السيد الحداد – مصدر سابق – ص١٧١ . وانظر كذلك قرار محكمة التمييز اللبنانية منشور في مجلة العدل – العدد الاول – السنة الثانية والثلاثون – ١٩٩٨– ص٢٣٩ . وراجع كذلك د. سامي منصور – الاحالة كمبدأ ، نظرية يفرضها المنطق القانوني – مجلة العدل – العدد الاول – لسنة ١٩٩٧ – ص٥٨.

[٢] د. جميل عبدة غضوب – مصدر سابق – ص١٣٨.

[٣] د. حفظية السيد الحداد – مصدر سابق – ص١٧١ وكذلك د. جميل عبدة غضوب – دروس في القانون الدولي الخاص – ص١٣٨ وانظر كذلك د. سامي منصور ود. عكاشة عبد العال – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٩٣ – ص٩٨ومابعدها .

فقد كرس القضاء مجموعة من المبادئ المهمة ، وعزز قناعات المتخصصين في هذا الفرع ، خصوصاً وانه يتعامل مع ثقافات قانونية متمايزة[١].

[١] فقد اكد القضاء في احد قراراته على انه ((اذا كانت محكمة النقض لم تنشأ اصلاً للسهر على حسن تطبيق القانون الاجنبي ، غير ان مبدأ تطبيق هذا القانون يستمد من احكام القانون الدولي الخاص التي يعتمدها القانون الوطني ، اذ ان الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبي او تطبيقه خلافاً لاحكام القانون الوطني ، يشكل مخالفة لهذا القانون ، فلا يعتبر بالتالي مسألة واقعية ، وانما مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا (التمييز) . انظر هذا القرار منشوراً تحت الرقم ٣٤ ، تشرين الثاني ١٩٩٩ – مجلة العدل – العدد (١٢) – لسنة ٢٠٠٠ – ص١٨٩ ومابعدها .

ومن جهة اخرى قررت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها على انه ((اذا كان المقرر في قضاء هذه المحكمة ان التمسك بقانون اجنبي لايعدو ان يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لايتيسر معها للقاضي الالمام بأحكام هذا القانون ، فأن مناط تطبيق هذه القاعدة ان يكون القانون الاجنبي غريباً عن القاضي ، يصعب عليه الوقوف على احكامه والوصول الى مصادره ، اما اذا كان القاضي يعلم بمضمونه او كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة . انظر هذا القرار تحت الرقم ٦ – شباط – ١٩٨٤ والتعليق عليه – د. هشام علي صادق – احكام محكمة النقض المصرية في مسالة القانون البحري – الاسكندرية – ١٩٨٥ . وانظر كذلك – د. سامية راشد – قاعدة الاسناد امام القضاء – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد ٢ –١٩٧٢ . وانظر كذلك د. محمد كمال فهمي – رقابة المحكمة العليا في نطاق التنازع الدولي للقوانين – مجلة القانون والاقتصاد – السنة الثالثة والثلاثون – ١٩٦٨. وانظر هشام على صادق – الوسيط في القانون الدولي الخاص – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٢ . وقد اخذت محكمة النقض الفرنسية ايضاً بالطبيعة القانونية للقانون الاجنبي ، فقد رأت المحكمة ان قضاة الموضوع ارتكبوا خطأ لانهم لم يطيقوا تلقائيا قاعدة التنازع الفرنسية الامر الذي استتبع تطبيقهم للقانون الفرنسي بدلاً من القانون المختص اصلاً . وواضح من ذلك ان المحكمة تلزم القاضي بضرورة البحث عن مضمون القانون الاجنبي المختص ولو لم يتمسك به الخصوم . انظر ذلك لدى – ايف لوكيت – التعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية في ١١و ١٨ تشرين اول –١٩٨٨ – المجلة الاقتصادية – ١٩٨٩ – ص٢٧٧ ومابعدها – معروض عند جميل غضوب –ص١٤١.

١ – دور القاضي في القانون الدولى الخاص

قلنا فيما سبق ان قواعد التنازع وضعت لتعمل بصورة طبيعية عن طريق ضابط الاسناد الذي من المفترض ان يربط العلاقة القانونية بأكثر القوانين اتصالاً بها ، غير ان ارادة الفرد تتدخل احياناً في اختيار ضوابط الاسناد او في تبديلها او في تفسيرها ، فقد يحدث ان يعمد الفرد الى نقل الاختصاص الى قانون معين للتهرب من احكام القانون المختص اصلاً . وهذه تسمى مؤسسة التحايل على القانون ، والتي تشترط عنصرين الاول مادي ويتمثل بالحركة نحو تغيير ضابط الاسناد ، والعنصر الاخر وهو شرط معنوي يتمثل بمراقبة السرائر والغرائز النفسية وهذه مسألة غاية في الدقة والصعوبة ، وفقاً لذلك فقد لعب القضاء دوراً بارزاً ومهماً في تحديد وضبط كيفية اعمال هذا الشرط ، فأوجد لنا مجموعة من التطبيقات المهمة في هذا الاتجاه[١] .

وفي مجال اخر وبعد ان منع المشرع من تطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية اذا كان ذلك القانون الاجنبي يتعارض مع النظام العام في بلد قانون القاضي[٢]. الا انه الملاحظ في هذا الصدد ان هناك تخويل من قبل المشرع للقضاء لتقرير مخالفة او عدم مخالفة ذلك القانون الاجنبي مع النظام العام الوطني ، لان تقرير ذلك يجب ان يكون في وضع المعيار العام الاساسي للنظام العام في قانون القاضي ، ولكن هذا لا يعني ان القاضي يتمتع بسلطان مطلق في هذا الشأن او ان له ان يضع اراءه الشخصية في التقدير ، بل يجب عليه ان يقدر النظام العام على اسس موضوعية خاضعة لرقابة المحكمة العليا ويتعين على القاضي ان

---

[١] د. سعيد يوسف البستاني – القانون الدولي الخاص – منشورات الحلبي – ط١ – ٢٠٠٤ – ص١٧٨ ومابعدها . د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد – تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – ١٩٩٤ – ص٣٧٠ ومابعدها .

[٢] لاحظ نص المادة (٣٢) مدني عراقي – والمادة (٢٦) مدني مصري .

يتحرر من احلال آرائه الخاصـــة وان يطبق المبادئ العامة التي تدين بها جماعة المواطنين في الدولة[١].

وقد تولى القضـاء موضـوع النظام العام ليعيد صـياغته ويضـبط حدوده فبعد ان قرر على ان يتم اســـتبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام في بلد قانون القاضـــي بأحكامه كاملة حتى ولو كان هذا الجزء المتعارض منها مع قانون القاضـــي هو حكم واحد او جزء معين من القانون الاجنبي نظراً لان القانون يمثل كتلة واحدة لا يتجزء فلا يصـح اسـتبعاد جزء منه وتطبيق الجزء الاخر غير المخالف للنظام العام لان في ذلك تشـويهاً لهذا القانون وتقطيعاً لأوصـاله ، الا ان القضـاء عاد ليقرر من جديد ان الاستبعاد يقتصر فقط على الجزء المخالف للنظام العام[٢].

---

[١] د. جميل غضـوب – مصـدر سـابق – ص٢٠٩ وكذلك فؤاد عبد المنعم – مصـدر سـابق – ص١٣٧.

[٢] فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا كان القانون الاجنبي متعارضاً مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي ، فأن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون ان يتعداها الى اثار النسب . وقد قنن المشرع التونسي هذا الحل صراحة في مجلة القانون الخاص لسنة ١٩٩٨ ، فنص في الفصـل (٣٦- ٤) على انه ((لايسـتبعد تطبيق القانون الاجنبي عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي)). وهذا ماذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكم اخر لها سنة ١٩٧٣ – راجع كذلك د. جميل عبده غضوب – مصدر سابق – ص٢١٥ . ومن جانب اخر فقد ذهب القضاء الى ان تطبيق قانون القاضي عندما يتم اســـتبعاد القانون الاجنبي على اثرالدفع بالنظام العام ، فأن لقانون القاضـــي في هذا الشـــأن اختصـــاص احتياطي عام يتعين احلاله محل القانون الاجنبي المختص في كل مرة يتعذر فيها تطبيقه سواء لتعذر الوقوف على مضمونه او لكونه مخالفاً للنظام العام . وقد قننت هذا الحل بعض التشـريعات منها المادة (٧٣) من القانون رقم (٥) لسـنة ١٩٦١ الكويتي والتي نصـت على انه ((لايجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصـــوص الواردة في هذا الباب ، اذا كانت هذه الاحكام مخـالفـة للنظـام العـام او الاداب في الكويـت ، ويتعين في هـذه== ==الحـالـة تطبيق القـانون الكويتي)). وكذلك سـار المشـرع التونسـي على نفس هذا النهج في تقنينه الجديد لسـنة ١٩٩٨ وذلك في الفصـل الاول من المادة (٣٦-٥) والتي نصـت على مايلي : ((يطبق القاضـي احكام القانون

١ – دور القاضي في القانون الدولى الخاص

لقد اتاحت نظرية النظام العام المخفف للعديد من المحاكم الاوربية ان تبرر لنفسها الاعتراف ببعض المؤسسات القائمة في بلدان اخرى وكما بينا من قبل في الشريعة الاسلامية من مثل تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة على الرغم من عدم جواز نشوء هاتين المؤسستين في هذه الدول .

لقد ساهم عدم وجود تنظيم متكامل ومفصل لقواعد القانون الدولي الخاص والاقتصار فقط على ايراد بعض القواعد والاحكام المتناثرة منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية ، ومنها ما يتعلق بالأموال، هذا كله حملَّ القضاء الى التصدي لهذه المسألة ووضع العديد من القواعد متخذاً من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ركيزة لاجتهاده وهذا المنهج يتيح للقاضي ان يبحث عن الحل الذي يحترم توقعات الاطراف المشروعة ويستطيع كذلك ان يتابع التطورات المستحدثة في القوانين المقارنة التي تميل الى اتباع منهجية تنازع تتسم بالمرونة في جانب كبير من الحلول .

التونسي بدلاً عن احكام القانون الاجنبي التي استبعد تطبيقها)) . انظر كذلك قرار محكمة التمييز اللبنانية – منشور في مجلة العدل – العددان الثاني والثالث – السنة السابعة والثلاثون – ٢٠٠٣ – ص٩٨ ومابعدها .

الخاتمة

اهتمت هذه الدراسة بتحليل الجوانب الضيقة لموضوع مهم وحيوي في اطار القانون الدولي الخاص . تلك المشكلة التي نمت وتطورت بسبب من افتقاد هذا القانون الى تقنين متكامل بدلاً من الاقتصار فقط على نصوص متناثرة هنا وهناك في القوانين ، بموازاة ذلك ظهر هذا الدور للقضاء محاولاً سد النقص في النصوص وكذلك المحاولة في تطوير ما وجد منها ، وقد ناقش هذا البحث تلك المشكلة في اطارين اولهما منشيء والثاني مكمل ، وقد نتج عن هذه الدراسة النتائج التالية :

١– ان القضاء في ظل القانون الدولي يلعب دوراً مهماً وحاسماً ، ونوهنا على انها مسألة تقريرية وليست تقويمية ، وهذه الفعالية التي يملكها القضاء في اطار هذا القانون تتسق مع فلسفة وجود القانون الدولي الخاص .

٢– تبعاً لذلك فأن القضاء يستطيع ان ينشيء قواعد قانونية وكذلك في نفس الوقت يطور ويضبط حدود هذه النصوص ، وتارة اخرى يحاول ان يضفي نوع من المرونة على النصوص ، وقد اطلقنا على هذه الحيوية في عمل القضاء (بالمنشيء والمكمل) . وهذه الخاصية منحت هذا القانون امكانية التطور والتماشي مع حالة التقدم على صعيد الوسائل المستخدمة .

٣– من العوامل المهمة التي ساعدت وبلورة هذه الفعالية في عمل القضاء في فرع القانون الدولي الخاص هو افتقاد هذا القانون الى تقنين متكامل ، وضعف حركة التقنين في هذا المجال ، لذلك ندعو الى ايجاد تقنين متكامل لهذا القانون في العراق على غرار ما فعله المشرع التونسي ، عندما اصدر مجلة القانون الدولي الخاص ، فضلاً عن خاصية النقص في التشريع .

٤– ازاء ذلك فقد قلنا بأن المشرع والقضاء يعملان وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل ، وان كشفت التطبيقات بسبب من انحسار دور المشرع ان القضاء حجز له مساحة اكبر من المساحة التي يملكها المشرع .

٥– استدعت الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الدولي ، وفقاً للكيفية التي عرضناها ان يعامل معاملة خاصة فيما يتعلق بتعداد مصادر القاعدة القانونية ، ولا يجب ان ينظر الى الموضوع كتلة واحدة وعلى الجملة ، وانما يجب ان يعالج الموضوع وفقاً لطبيعة كل قانون على حدة مثال ذلك القانون الاداري فأن الواقع ويؤيده في ذلك الفقه يطلق عليه قانوناً قضائياً وذلك بسبب من الدور الفعال للقضاء في ظل هذا القانون ، لذلك ففي حال الشروع بأعداد تقنين لقواعد القانون الدولي الخاص في العراق وجب وضع ذلك بالحسبان .

المصادر

١-المصادر العربية

الكتب

١- د. حسن كيرة – النظرية العامة للقاعدة القانونية – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٩٣.

٢- د. حسام الدين فتحي ناصيف – مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية- دار النهضة – ط١ -١٩٩٤.

٣- د. حفظية السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الاول – منشورات الحلبي الحقوقية – ٢٠٠٤.

٤- د. جميل عبد غضوب – محاضرات في القانون الدولي الخاص – الحلبي – بيروت – ٢٠٠٧ .

٥- د. جميل عبد غضوب – دروس في القانون الدولي الخاص – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – ط١ – بيروت – ٢٠٠٨.

٦- د. سمير السيد تناغوا – النظرية العامة للقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – بلا سنة طبع .

٧- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٩٣.

٨- د. سعيد يوسف البستاني – القانون الدولي الخاص – منشورات الحلبي – ط١ – ٢٠٠٤.

٩- د. شمس الدين الوكيل – الموجز في المدخل لدراسة القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ط١ – بلا سنة طبع .

١٠- د. عز الدين عبدالله – القانون الدولي الخاص المصري – مكتبة النهضة العربية – ط٣ – بلا سنة طبع .

١١- د. عز الدين عبدالله – تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية – مجلة مصر المعاصرة – مطبعة الاهرام – القاهرة -١٩٧١.

١٢- د. عزمي عبد الفتاح – تسبيب الاحكام واعمال القضاة – القاهرة – ط١ -١٩٨٣.

١٣– د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد – تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – ١٩٩٤ .

١٤– د. غالب الداودي – المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني – مطبعة البهجة – عمان – ١٩٩٣.

١٥– عبدالمنعم فرج الصدة – اصول القانون – مطبعة الحلبي – مصر – ١٩٦٥ .

١٦– د. ممدوح عبدالكريم حافظ – القانون الدولي الخاص – دار الحرية للطباعة – بغداد – ١٩٧٧.

١٧– محمود محمود المغربي – اشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – ٢٠٠٧ .

١٨– د. عكاشة عبدالعال – احكام القانون الدولي الخاص اللبناني – ج١ – الدار الجامعية –١٩٩٣.

١٩– د. هشام علي صادق – احكام محكمة النقض المصرية في مسألة القانون البحري – الاسكندرية –١٩٨٥.

الرسائل والبحوث

– محمد احمد رمضان – دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٨٥.

البحوث

١– د. ابراهيم احمد ابراهيم – اطار القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة العاشرة – العدد الاول – ١٩٨٣.

٢– د. احمد صادق القشيري – نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة العاشرة – العدد الاول – ١٩٦٨.

٣– د. رياض القيسي – الاتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الانكلو– امريكية – مجلة القانون المقارن – العدد الاول – ١٩٦٧.

٤– د. سامي منصور – الاحالة كمبدأ نظرية يفرضها المنطق القانوني – مجلة العدل – العدد الاول – بيروت – ١٩٩٧.

٥– د. سامية راشد – قاعدة الاسناد امام القضاء – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية–العدد ٢ – ١٩٧٢.

٦– د. عز الدين عبدالله – ابحاث في القانون الدولي الخاص المقارن – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العددان الاول والثاني – ١٩٦٨.

٧– د. محمد كمال فهمي – رقابة المحكمة العليا في نطاق التنازع الدولي للقوانين – مجلة القانون والاقتصاد – السنة الثالثة والثلاثون – ١٩٦٨.

المجلات

١– مجلة العدل – العدد الاول – اذار– بيروت – ١٩٧٤.

٢– مجلة العدل – العدد الاول – السنة الثانية والثلاثون – بيروت –١٩٩٨.

٣– مجلة العدل – العدد الثاني –بيروت– لسنة ٢٠٠٠.

٤–مجلة العدل – العددان الثاني والثالث – السنة السابعة والثلاثون– بيروت – لسنة ٢٠٠٣.

٥–المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص – تصدر عن مركز الدراسات القانونية والقضائية لوزارة العدل – تونس– ١٢ مارس –١٩٩٩.

٦– مجلة القانون الدولي الخاص التونسي – بلا عدد – ٢٠٠٨ .

القوانين

١– القانون المدني العراقي رقم ٤ لسنة ١٩٥١.

٢– القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣– القانون المدني الجزائري رقم ٥٧–٥٨ لسنة ١٩٧٥.

٤– القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨.

٥– اتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

٢–المصادر الاجنبية

١– Pierr prminjon : " L objet et laneth ode du droit international prive " Rcapt ,tom ٢١ ,annee ,١٩٢٨ ,p.٤٣٠ ets.