

# سيادة القضاء في تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

م.م حازم عبد عون دلي

[hazim.a.own@alkutcollege.edu.iq/](mailto:hazim.a.own@alkutcollege.edu.iq/)

م.م ايسر رزاق طلاع

[aesar.razak@alkutcollege.edu.iq](mailto:aesar.razak@alkutcollege.edu.iq)

علي كاظم عسواد

[ali.k.jabur@alkutcollege.edu.iq](mailto:ali.k.jabur@alkutcollege.edu.iq)

## Abstract

The general principles are the primary material that allows the judge to employ them in every field in which the will of the legislator is absent, so they have the opportunity to complete the ruling from them, as the judge returns to them when he does not find the appropriate ruling in the legislation and custom, as well as its explanatory and complementary role, as it is one of the basic and essential rules that No legal system is devoid of it, and college norms are formed from which detailed rules for broad cases emerge, and these norms are distributed horizontally at the global level and concentrated vertically within the framework of the legal hierarchy of the law of each country

These principles represent a material that guides the legislator in formulating legal texts and then becomes a refuge for the judge as a backup role after the legislative rules, especially since the economic and social life proceeds at a faster pace than the legal texts, in addition to its explanatory and complementary role to demystify the ambiguity in the legislative texts, in addition to the prevailing role of the legislative legal rules Existing when dealing with part of the conflict.

المستخلص باللغة العربية

ان المبادئ العامة تعد المادة الأولية التي تتيح للقاضي توظيفها في كل مجال تغيب فيه إرادة المشرع فتكون لهم فرصة استكمال الحكم منها، إذ يرجع إليها القاضي عندما لا يجد الحكم الملائم في التشريع والعرف، وكذلك دورها التفسيري والتكميلي، إذ انها تعد من القواعد الأساسية والجوهرية التي لا يخلو منها أي نظام قانوني، و كذلك تشكل سنن كلية تخرج منها قواعد تفصيلية لحالات واسعة، وهذه السنن تتوزع أفقياً على المستوى العالمي وتتركز عمودياً في اطار التدرج القانوني لقانون كل دولة.

وتمثل هذه المبادئ مادة يهتدي بها المشرع لصياغة النصوص القانونية وبعد ذلك تكون ملجأ للقاضي كدور احتياطي بعد القواعد التشريعية لاسيما وان الحياة الاقتصادية والاجتماعية تسير بوتيرة أسرع من النصوص القانونية، اضافة الى دورها التفسيري والتكميلي لفك الغموض في النصوص التشريعية، اضافة الى دورها الساند للقواعد القانونية التشريعية الكاننة عند معالجتها لجزء من النزاع، إذ لا يمكن القول بان سيادة القضاء في هذا العصر تتمثل بالمحافظة على المصالح العامة فقط، انما تمثل وفق هذا المنظور مصالح العلاقات الخاصة الدولية

## المقدمة

### أولاً: مدخل تعرفي بموضوع البحث

تعد مبادئ القانون الدولي الخاص المادة التي يهتدي بها المشرع لصياغة النصوص القانونية وبعد ذلك تكون ملجأ للقاضي كدور احتياطي بعد القواعد التشريعية، فعندما ينص المشرع على مبادئ القانون الدولي الخاص في التشريعات فان ذلك يعد اعترافاً منه بان هذا النقص والقصور انما يسده القضاء الذي يضطلع بتطبيق القانون وتفسيره عادة والذي يضطلع أحياناً بالإبداع والاجتهاد، وكلا من المشرع والقاضي لا يستغنيان عن معين آخر هو الفقه الذي يضطلع بدوره بوظيفة الشرح والتفسير، وكل ذلك في علاقات أو معاملات خاصة ذات عنصر أجنبي كموضوع أصيل للقانون الدولي الخاص، وحيث أن النص على مبادئ القانون الدولي الخاص في صميم القوانين فان ذلك يجعل منها تكملة لمصادر هذه القوانين، أو هي مصدر خاص يضاف الى مصادرها التقليدية العامة، فضلاً عن أن دور المبادئ في التطبيق يتسق ويتناغم مع حقيقة أن النصوص متناهية وأن الوقائع غير متناهية، وما هو متناه لا يمكن أن يحيط بما هو غير متناه.

فعندما تكون هناك سلطة تقديرية للقاضي لكي يحدد ماهو من ضمن السيادة وما هو خارجاً عنها فان ذلك ومن دون ادنى شك يعزز من سيادة القضاء، ومن ثم يكون العامل الرئيس في تحقيق الغاية من السيادة ، إذ لا يقتصر دور السيادة على حفظ هوية الدولة من خلال عدم السماح بتطبيق القوانين الاجنبية داخل حدودها، إذ ان هذا الاتجاه وان كان يمكن العمل به في السابق لكن مع التطور الكبير الذي يشهده العالم اليوم وما نتجه عن الثورة المعلوماتية التي جعلت من العالم عبارة عن قرية صغيرة يمكن من خلال انشاء علاقات وعقود قانونية ادت الى التقليل من دور التقليدي للقضاء بالمحافظة على سيادة الدولة من خلال مبادئ القانون الدولي الخاص، بل ويمكن الذهاب الى ابعد من ذلك ، إذ لا يمكن القول بان سيادة القضاء في هذا العصر تتمثل بالمحافظة على المصالح العامة فقط، انما تمثل وفق هذا المنظور مصالح العلاقات الخاصة الدولية، ولذلك سنبحث هنا في الدور الذي يلعبه القضاء في تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص وما يقوم به من في تطبيق هذه المبادئ، حيث تمثل السنن الاولى والمادة الأولية في صناعة القواعد القانونية وفي انشاء الحلول القانونية في غياب الاطار التشريعي، وكذلك الاستناد إليها في تفسير النصوص القانونية تفسيراً يذهب به القاضي الى روح وجوهر النص، لان مبادئ القانون الدولي الخاص هي الأساس الذي يستند اليه القاضي في عمله.

### ثانياً: أهمية البحث

ان الوظيفة الأساسية للقضاء هي تسوية المنازعات المعروضة عن طريق تطبيق القواعد التشريعية، الا ان القاضي قد يجد نفسه امام الكثير من المنازعات التي لا يجد بصدها نص يحكم النزاع ومن هنا تبدأ أهمية الموضوع حيث ان القاضي في النزاع المعروض يجب ان يقول كلمته ويفصل في النزاع المعروض سواء وجد نص او لم يجد، وقد ادى انحسار دور المشرع الى إعطاء الدور للقضاء في إيجاد الحلول

القانونية لان المشرع والقاضي يعملان وفق نظرية التكامل والامتداد، الا ان القاضي يعتبر مؤشرا بالغ الدقة للتغير الاجتماعي فهو المدرك لمتغيرات ومتطلبات المجتمع وبذلك ينظر اليه كجزء من النشاط المتواصل للمجتمع من يوم لأخر، لذلك فالقاضي ليس أداة لتطبيق النصوص بحرفيتها فقط انما يبرز له دور واضح وبارز في تفسير النصوص للوصول الى معناها وغايتها وصولا الى اهداف القانون الدولي الخاص، وكذلك في حالة عدم وجود تشريع يقوم القاضي بدوره في خلق الحلول القانونية وله في ذلك ما يستند عليه من مبادئ القانون الدولي الخاص.

ثالثا: مشكلة البحث:

أن المشرع والقاضي يعمل كلاهما وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل، فالمشرع أمن بضرورة بقاء دوره منحصراً في المواجهات العامة بسبب عدم امامه بجميع التفاصيل والوقائع بتفريعاتها وتعقيدها المتطورة بتطور المعاملات الدولية، وهو بسعيه هذا إنما أراد أن يمنح القضاء إمكانية هذه المواجهة، إن هذا التدخل الخجول من قبل المشرع أظهر بواقعه قصوراً تشريعياً الامر الذي أفسح المجال أمام القضاء ليلعب دوراً منشأ تارة ودوراً معززاً لما أقره المشرع من قواعد في مجال القانون الدولي الخاص بغية التوفيق بين معطيات الحياة الواقعية وما تقتضيه العلاقات الخاصة الدولية تارة أخرى تحقيقاً للعدالة التي هي جوهر وغاية تنازع القوانين.

رابعاً: منهجية البحث

انتهج البحث مناهج البحث العلمي القانوني التحليلي المقارن في ضوء مختلف النصوص القانونية والطروحات الفقهية والقرارات القضائية، ومحاولة توظيفها قدر الإمكان بما يخدم الموضوع ويحقق الغرض.

خامساً: خطة البحث

واستناداً لما تقدم سوف نبث في دور القضاء الانشائي في المبحث الاول وفي المبحث الثاني سوف نبث في دور القضاء التكميلي، وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول: دور القضاء في خلق الحلول

المبحث الثاني: دور القضاء التكميلي

## المبحث الأول

### سلطة القضاء في خلق الحلول

ان القاضي ليس أداة لتطبيق القانون والوصول الى الحكم، انما يتعين عليه في حالة وجود نقص تشريعي ان يقوم بسده ولا يتصل عن مهمته بحجة عدم وجود النص، فالقضاء له دور مهم وحيوي في انشاء مبادئ تلقفها المشرع منه ليعيد صياغتها، وساعده في هذا الدور هو عدم وجود تقنين متكامل في قواعد القانون الدولي الخاص، فاعلم هذه القواعد هي عبارة عن مبادئ ارساها وطورها القضاء واعطاها اطار تشريعي باعتبار ان دائرة القاضي اوسع نشاط من دائرة المشرع واقرب منها للواقع، ففي هذا الميدان يمكن ان يكون للقضاء دور في انشاء الحلول القانونية في حالة عدم وجود نص او في حالة سد النقص الوارد في النص من خلال تفسير النص والوصول روح النص بعيداً عن التطبيق الحرفي له،

واستناداً لما تقدم فاننا سوف نقسم المبحث الى مطلبين

المطلب الأول: دور القضاء في خلق الحلول بغياب النص

المطلب الثاني: دور القضاء في تفسير النصوص القانونية

## المطلب الأول

### دور القضاء في خلق الحلول بغياب النص

بالرغم من وجود التشريعات التي تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية ذات البعد الدولي، الا ان القانون الدولي الخاص لا يزال معتمد على احكام القضاء والتي تكون المصدر الرئيسي لمبادئه ونظرياته العامة، فالقضاء يلعب دور في خلق النظريات والمبادئ القانونية التي يمكن ان تكون فيما بعد مبادئ عامة وشائعة في هذا المجال، ان القول ان القانون الدولي الخاص انه قانون قضائي لا يعني اغفال المصادر

الأخرى التي ترفده، إلا ان القضاء يكون مصدرا متفوقا على تلك المصادر لانه صاحب الفضل في تشييد مبادئ القانون الدولي الخاص، ويمكن القول ان مصدرا رسميا وليس احتياطي شأنه شأن بقية القوانين، فالمشرع في كثير من الأحيان قد يستلهم ما تصل اليه احكام القضاء فيصوغ منها تشريعا على هذا الأساس( ).

ان كلا من المشرع والقاضي يبحث عن هدف القانون الدولي الخاص والغاية من تطبيقه او تشريعه، وهنا القاضي لا تتوقف مهمته عند تطبيق القواعد المقننة وانما تمتد الى انشاء القواعد القانونية، فحينما يقوم القاضي بابتداع القاعدة القانونية وتطبيقها في اطار العلاقات الخاصة الدولية في الخصومة المعروضة امامه والتي لا يجد في نصوص القانون حلا لها، فان حكم القضاء هنا يكون هو المصدر الوحيد والاساسي في خصوصية هذا النزاع( ).

ان دور مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا المجال تكون توجيهات عامة ومرنة، فهي ليست قواعد قانون وضعي، انما توجه القاضي نحو حل معين ولا تكون هي حلول تامة بذاتها، انما هي تتصف بالعمومية فلا تضع حكما مستقلا ولذلك فالقاضي يقوم بالاستعانة بها في وضع حلا للقضية المعروضة امامه( ).

ان الدور الانساني للقضاء جاء من نشاط القانون الدولي الخاص الذي يكون متجدد ومتطور دائما ومستمر لمتطلبات الحياة والمجتمع وخصوصا في مجال التجارة الدولية، ولان هذا القانون يتطور بتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وكذلك عدم تقنين القانون الدولي الخاص، كل ذلك أتاح الفرصة امام القضاء لإنشاء قواعد قانونية( ).

ففي كل قضية تعرض على القاضي في مجال العلاقات الخاصة الدولية يبحث القاضي عن القوانين والأنظمة التي تحكم القضية وإذا لم تسعفه القوانين والأنظمة فانه يجتهد ويبتدع حلا للقضية المعروضة عليه، ويحاول حل جهده ان يكون الحل عادلا ومنصفا، ومن ثم تكرر الحل على نحو معين عندها يشكل هذا الحل مبادى قانونيا من مبادئ القانون الدولي الخاص، وهنا القاضي ارتقى الى مرتبة المشرع باستخلاصه هذا المبادئ واعطي سلطة مساوية لسلطة المشرع في انشاء القواعد القانونية التي تسعف الحالات التي لا يسعفها النص، وبهذا قام القضاء بإيجاد قواعد تنازع قادرة على حل النزاعات الدولية ذات الطبيعة الخاص( ).

بالإضافة للدور الذي يقوم به القاضي عندما يعرض عليه النزاع ويعطي الحل ولا يمكنه التنصل عن هذه المهمة بحجة عدم وجود النص، جاءت بعض التشريعات التي أعطت للقاضي ومنحته هذا السلطة صراحة، ومن هذه التشريعات ما نجده في القانون الكويتي الصادر سنة 1980 الذي نص في مادته الأولى " على وجوب ان يحكم القاضي وفقا للقانون العرفي اذا لم يجد نصا تشريعي، وان يحكم بما كان يضعه من قواعد لو كان مشرعا ان لم يجد قاعدة في العرف"، وهذا النص يعد اعترافا من المشرع بان التشريع يشوبه بعض النقص، حيث اعطى للقاضي سلطة مساوية لسلطة المشرع واعتبره في ذلك مشرعا في ضوء النزاع المعروض امامه، وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر 1987 في مادته الأولى التي نصت " يطبق القانون بلفظه او بروحه على كل المسائل التي يتعلق بها، فإذا لم يوجد حكم في قضية ما فيحكم القاضي بموجب العرف والعادة، فإذا لم يوجد فيحكم بموجب القاعدة التي كان يضعها لو كان مشرعا"، كذلك في نص المادة 30 من القانون المدني العراقي التي نصت على " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا"

وبهذه النصوص يظهر دور القاضي هنا جليا ليس فيه أي لبس فالنصوص الواردة هنا تعطي للقاضي سلطة في انشاء القواعد القانونية، لذا فان المنطقية للدور الانساني والخلق للقاضي تجد أساسها في الواقع والقانون.

ولا شك في ان انكار الدور الانساني للقضاء سيؤدي الى سكون القانون وعدم مرونته في مواجه التطورات لاسيما كما نعلم ان نشاط العلاقات الخاصة الدولية متجددة ومتطورة، والقضاء عندما يقوم بهذا الدور انما يبحث عن الوظيفة الأساسية لقاعدة الاسناد والاستناد الى روحها وتحقيق العدالة و اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة القانونية، فقد يعمد القضاء الى خلق حلول قانونية وتكرار الاخذ بهذه الحلول يجعل هذا الحل شائع وبالتالي يصبح مبادى من مبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص، وبالتالي فإن

المرجع في تمتع القاضي بدور الانشائي هو القانون بمعناه الواسع، وصرح كلسن تعبيراً عن الدور الانشائي للقاضي فيقول ان الموافقة على وجود نقص في التشريع تعني "السماح للقضاة بان يحلوا افكارهم الاخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع (.)".

وصفوة القول، انه منذ ولادة القانون الدولي الخاص كان للقضاء دور مهم وحيوي ولم ينحصر دوره فقط على التفسير والتطبيق انما مد حيزه القانوني اكثر، واخذ يوسع من مفهوم التطبيق الى خلق مبادئ تلقفها المشرع منه ليعيد صياغتها، وساعده في هذا الدور هو عدم وجود تقنين متكامل في قواعد القانون الدولي الخاص، فاعلم هذه القواعد هي عبارة عن مبادئ ارساها وطورها القضاة واعطاها اطار تشريعي باعتبار ان دائرة القاضي اوسع نشاط من دائرة المشرع واقرب منها للواقع، فالقضاء بالنسبة للقانون الدولي الخاص يعد مصدرًا مهمًا من مصادره، حتى سمي القانون الدولة الخاص بانه قانون قضائي(.)

وبناءً على ذلك فان المبادئ التي يستخلصها القاضي في مجال العلاقات الخاصة الدولية ويكشف عنها، قد يقوم المشرع بتعديل النص القانوني القائم او بانشاء نص قانوني جديد محل هذا المبدأ المستخلص من القضاء، وعليه فتكرار الاخذ بهذه المبادئ وتأكيداها من جانب القضاء يجعل من العسير انتهاكها حتى من جانب المشرع.

### المطلب الثاني

#### دور القضاء في تفسير النص

ان تفسير القانون هو من صميم عمل القضاء، فالقضاء عندما يطبق النص فلا بد من ان تسبق عليه تطبيقه عملية تفسير، فالقاضي ليس له ان يبقى مغلق ويبحث في حرفية النص انما عليه ان يتوسع في تفسيره حتى يستوعب التطورات الحاصلة في مجال القانون الدولي الخاص من خلال تحليله لقاعدة الإسناد التي من خلالها سيتمكن القاضي من حل مشكلة الاعتماد على بعض الضوابط التي تحددها قواعد الإسناد، إذ سيتمكن القاضي من الوقوف على غاية قواعد الإسناد وصولاً للأهداف التي تروم القواعد الوصول إليها وهي اختيار افضل القوانين التي تحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر الأجنبي(.)

فيلجا القاضي للتفسير في حالتي غموض النص ونقص النص، ففي غموضه يكون، أي مبهم عندما يكون لفظه يحتمل التأويل ويعطي اللفظ اكثر من معنى، وهنا على القاضي ان يختار المعنى الذي يراه اقرب الى مقصد المشرع، ويتعين على القاضي الوقوف على النية الحقيقية للمشرع، اما في النقص، عندما يغفل المشرع عند ذكر لفظ معين او الفاظ لا يمكن ان يستقيم النص بدون تلك الالفاظ، او في حالة سكوت المشرع عن ذكر بعض الحالات التي كان يلزم ذكرها، عندها يتعين على القاضي ان يقوم باكمال النقص، فالتفسير في أبسط معانيه، عملية فنية تتبغى إيضاح ما أبهم، وضبط ما اشكل، وبيان ما التبس، هو اذن يستهدف امرين، رفع الغموض، وازلة الخلاف من ناحية، وسد الفراغ من ناحية اخرى(.)

حيث أن القاضي يمكن له إنشاء الحلول العادلة واستحداث النظريات عند لوجهه الى تفسير النص القانوني المشوب بالغموض والابهام، وليس هناك مانع قانوني من أن يمارس القاضي دوره في الخلق والابداع إضافة الى دوره الاساسي المتمثل بتفسير النص القانوني، فتفسير النص المشوب بالغموض هو من صميم عمل القاضي إلا أنه لا يختزل كل عمله، ومن الملاحظ أن القضاة عند تفسيرهم للنصوص كثيراً ما يتأثرون بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة أمامهم، وأن ذلك التأثير يمكن أن ينعكس على التفسير الذي يعطونه لإرادة المشرع، بل وقد يذهبوا الى أبعد من ذلك الى تجاوز هذه القواعد تحت ستار تفسيرها بغية إيجاد الحلول القانونية المناسبة للنزاع المعروض، وأن المتنبع لعمل القضاء في نطاق القانون الدولي الخاص يجد أن دوره اوسع من دور المشرع واقرب منه الى الواقع، كون إن الأخير ينحصر دوره على وضع القواعد العامة المجردة لحكم سلوك الأفراد والتي تخلوا بطبيعتها من عنصر وقد يتخطى القاضي نطاق التشريع الى العرف لعله يجد في ذلك ما يسعفه في إيجاد الحلول القانونية المناسبة، كونه ملزم قانوناً بالحكم في الواقعة المعروضة أمامه ولا يستطيع أن يتصل من قيامه بهذا الدور تحت ذريعة النقص التشريعي وإلا عد منكراً للعدالة(.)

وصفوة القول، ان القاضي لا يستطيع ان يباشر عمله الا عن طريق تفسير القواعد القانونية بغية تطبيقها على النزاع المروض امامه، لان أولى مهام وصميم اعمال القاضي هي تفسير القانون والوصول

الى جوهر وروح النص، وينعكس ذلك على ما يتم تفسيره للقواعد القانونية، و قد يتجاوزون بعض القواعد بحجة تفسيرها وذلك للوصول الى افضل الحلول العادلة، وعندها قد يختلط التفسير مع الخلق، وهذا الدور الهام للقضاء في مجال القانون الدولي الخاص جعل البعض يقول بحق اننا بخصوص " قانون دولي خاص قضائي وعلمي".

### المبحث الثاني

#### دور القضاء التكميلي

ان القضاء ليس أداة لتطبيق التشريع فحسب انما يمتاز بدور إيجابي في تفسير النصوص لقانونية بعيدا عن التطبيق الحرفي لها مما يمكنه من الوصول الى الدور الحقيقي الذي يمثلته القضاء في تسوية المنازعات المعروضة وتحقيق العدالة لأطراف النزاع، وقد يتجه القضاء مرة أخرى ابعد من التفسير فيقوم بتطويع النصوص القانونية او تطيفها بغية التنسيق بين النظم القانونية، وان هذا الدور الذي اعطي للقضاء جاء من قدرة القضاء على مواكبة التطور الحاصل والسرعة التي تتسم بها العلاقات الخاصة الدولية، وللقضاء في ذلك وظيفتان، الاولى : يكون للقضاء دور تطويع النصوص القانونية ، أما الوظيفية الثانية: فتتمثل بتطيفها بغية التنسيق بين النظم القانونية، واستنادا لما تقدم سوف نبحث ذلك مطلبين:

المطلب الأول: دور القضاء في التطويع

المطلب الثاني: دور القضاء في التلطيّف

#### المطلب الاول

#### دور القضاء في تطويع النص

ان فلسفة القانون الدولي الخاص وتحقيق المؤاممة والتنسيق بين النظم القانونية لم يكتفي القضاء بالتفسير والانشاء، بل ذهب الى ابعد من ذلك، فقد لجأ الى التطويع محاولا إيجاد نوع من التنسيق والتكامل بين النظم المختلفة، فالقاضي ان لم يسعفه التشريع فانه يقوم بتطويع النصوص القانونية، وبهذه العملية يستعين القاضي بثقافته القانونية من خلال الاستعانة بفلسفة وجود القانون الدولي الخاص، وبالتالي يتجاوز التجريد التشريعي الاعمى الى الاختيار القضائي المتبصر وفق لمنهج القانون الأنسب(.). حيث يتمكن القاضي من التطويع لطوائف النظم القانونية الوطنية واسباغها بالروح الدولية تحقيقا للتعايش بين النظم القانونية، ويتحقق ذلك من خلال الكشف عن الطبيعة المشتركة بين النظامين الأجنبي والوطني ، فالقضاء الفرنسي بدا يعترف بعد طول تردد بنظام تعدد الزوجات، وفقا لمبدأ التطويع فان النظام القانوني الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات في فرنسا، الا ان وفق القانون الدولي الخاص الفرنسي بدا يعترف به متى اذا كان صحيحا وفق القانون الذي طبق على الزواج ، وبالتالي فان القاضي الفرنسي بدا يوسع من مفهوم فكرة الزواج في فرنسا ولم يبقى منحصر في اطار ثقافته القانونية الوطنية(.).

اذن فكرة التطويع هي احدى الاجتهادات القضائية ، في ضوء القانون الدولي الخاص، ولا يمكن إغفال النظر عنها، وقد فرضتها طبيعة القواعد القانونية لقواعد القانون الدولي الخاص

فقد يقوم القضاء بتطويع مسألة غير معروفة في نظام القاضي لكنها معمول بها في التشريع الاجنبي والذي اشارة باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية، تمهيدا لتعيين قانون يحكمها، ومثال ذلك ما قام به القضاء في لبنان الى تطويع مفهوم يطلق عليه مكتب المصالحة، وهو مكتب معروف في القانون الأجنبي الواجب المختص، والذي اشارة باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية، بغية الوصول إلى حل للنزاع، فعند قيامه بهذه العملية فقد قام بتطويع مؤسسة معروفة في القانون الاجنبي، ولم تكن معروفة في نظام القاضي الا انها مؤسسة في القانون لأجنبي(.).

وبهذا فقد قام بعملية تكيف العلاقة التي كانت غريبة عن الحالات الوضعية المعروفة في قانون القاضي، تمهيدا لتعيين قانون يحكمها، وعمل القاضي بهذا الفعل في هذه القضية هو قيامه بعملية اجتهادية تكميلية استعان بثقافته القانونية، التي ساعدته في هذا التحليل، من خلال الاستعانة بفهم عميق لفلسفة وجود القانون الدولي الخاص، وفكرة تطويع النصوص القانونية، تندرج ضمن ما يسمى بالاجتهاد التكميلي (.).

وبالتالي وامام غياب النظم المعروفة في دولة القاضي فانه يمكن للقاضي تطويع النظم المعروفة في دول أخرى، أي تطويعها على الحالات المماثلة المتكررة مما يجعلها قابلة لتطوير القواعد المنبثقة عنها تبعاً للمتغيرات.

### المطلب الثاني

#### دور القضاء في تلطيف الأنظمة غير المعروفة

ان القضاء يتماشى مع التطورات المستقبلية والمبادئ العامة وقواعد العدالة ونظراً للجمود الذي تتسم به بعض القواعد والنصوص القانونية نتيجة للتطورات الحاصلة في العلاقات الخاصة الدولية فقد إضافة القضاء فكرة التلطيف في النصوص القانونية التي يكون الغرض منها إزالة الجمود من هذه النصوص ، فعندما منعت الإحالة بأغلب القوانين فقد قام القضاء من التلطيف على هذا المنع للوصول الى افضل القوانين لحكم العلاقة، فالإحالة قد تكون متناسبة أو لا حسب قاعدة الاسناد، فقاعدة الاسناد يجب فهمها وتفسيرها، لا اعتبارها قاعدة مجردة تفتقر إلى الهدف والمعنى، فهي وسيلة للتنسيق بين قاعدة الاسناد الوطنية وقواعد التنازع الأجنبية، توصلنا لأختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، وهذا يعني أننا لا نستطيع تفسير فكرة الإحالة بمغزل عن فكرة الإحالة الانتقائية ( ) .

كذلك ادخل القضاء مفهوم متطور وملطف أيضاً هو الحل الوظيفي الذي يعني عدم وضع حل عام ينطبق على جميع الحالات عند تعين القانون المختص، وعدم التمسك بحل واحد ومسبق وانما يجب ان يكون الحل متفق مع غاية وهدف وروح قاعدة الاسناد الوطنية، من أجل تحقيق التعايش والتنسيق بينهما وبين قاعدة التنازع الأجنبية أي يعني الاعتماد على القانون الذي يحقق الهدف من قاعدة الاسناد ( ) .

كذلك يمكن ان نلتزم دور القضاء في التلطيف بنص المادة 33 من القانون المدني العراقي "1-تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، يمكن ان نرى ان هذه المادة عالجت مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها عندما اعطت للمحكمة السلطة في تعيينها.

يتضح ان القضاء في عمله هذا في اطار قانون الدولي الخاص انما يمثل مجموعة من المبادئ العامة من هذا القانون من خلال استخلاص روح القوانين او جوهر نظام قانوني معين او معتقدات مستقرة في ضمير الامة قد تكون لها قيمة قانونية تفوق القوانين العادية او ان تكون لها قيمة القواعد الدستورية في النظام القانوني للدولة ولقد ساهمه في ذلك عدم وجود تنظيم كامل لقواعد القانون الدولي الخاص مما حمل القضاء الى التصدي لهذه المسألة متخذاً من مبادئ القانون الدولي الخاص أساس لاجتهاده مما يمكن القضاء في ان يتابع التطورات المستحدثة في العلاقات الخاصة الدولية و وضع الحلول لها

خلاصة القول؛ إن سلطة القضاء جاءت نتيجة لتطورات قانونية أطلق عليها رأي من الفقه ( ) " بالنقص التشريعي"، فكما هو معلوم بأن وظيفة القاضي الأساسية هي الحكم بين الأشخاص المتنازعين طبقاً للقانون، فمهمة القاضي طبقاً لهذا التصور قاصرة على تطبيق نصوص القانون دون الخوض في خلق الحلول القانونية، إلا أن وجود النقص التشريعي استدعي تدخل القضاء من أجل إيجاد الحلول الملانة، ولم يكن من المتصور إثارة مسألة خلق القضاء للقانون في الاحوال التي يكون فيها التشريع متكاملأ، أي أن النصوص التشريعية تتضمن حلاً كاملاً لكل حالات النزاع المعروضة أمام القضاء ولما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية بواسطة القضاء، بل لاقتصر دور القضاء على مباشرة وظيفته الاصلية المتمثلة بتطبيق القواعد القانونية على المنازعات الخاصة التي تعرض أمامه، والتي تكفي بمجملها لمواجهة المنازعات المتصورة وغير المتناهية، ومن هنا برز دور القضاء وسلطته في تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص بما يملكه من سلطة تقديرية من أجل إنشاء حلول قانونية مناسبة، والقاضي عندما يؤدي هذه الوظيفة والمتمثلة بالبحث عن غاية قاعدة الاسناد عليه أن يراعي في ذلك فلسفة تشريع هذه النصوص والتي يستنبطها من خلال الرجوع الى جوهر التشريع الداخلي مستلهماً ذلك من روح النص القانوني، وأن القاضي عندما يمارس سلطته التقديرية في إيجاد الحلول القانونية المناسبة وسد النقص التشريعي الحاصل في القانون فإنه يستلهم سنده القانوني من التشريع، حيث أعطت بعض التشريعات وبنصوص صريحة هذا الدور للقاضي ومنها التشريع العراقي والمتمثل ذلك بنص المادة (30) من

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل والتي نصت على أنه : " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".  
وأن المقصود من ذلك المبادئ الأكثر شيوعاً بين الدول، فهناك حلولاً خاصة بمسائل تنازع القوانين أستقر العمل بها بحيث أصبح لها وصف الشيوع بين الدول، ذلك أن قواعد التنازع تتميز بقيامها على أسس مشتركة أسهمت في صناعة جملة مبادئ شائعة بين الدول().

#### الخاتمة

ان سيادة القضاء يمكن ان تلخص في الدور الذي يمارسه القضاء في تطبيق المبادئ من خلال سد الثغرات في النصوص و تطوير ما وجد منها، ونستخلص من هذه البحث النتائج التالية:  
1- يتم الرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص لغرض تعويض النصوص او توضيحها بحسب الأحوال، وذلك لغرض استنباط الحل الملائم والأكثر عدالة في مجال العلاقات الدولية المشوبة بعنصر اجنبي.  
2- الدور الذي يلعبه القضاء مهم وحاسم بما يملكه من سلطة وسيادة في إطار تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص التي تتسق مع مفهوم وفلسفة وجود هذه القانون.  
3- يستطيع القضاء ان ينشئ قواعد قانونية او يطور او يفسر أو ان يضبط حدود النص تماشياً مع التطورات الحاصلة في العلاقات الخاصة الدولية.  
4- من العوامل التي ساعدت القضاء في تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص هو عدم وجود تقنين متكامل فضلاً عن النقص التشريعي في بعض القوانين.  
5- انحسار دور المشرع أدى الى ان يتدخل القضاء ويكون مساحته أوسع من مساحة المشرع.

#### التوصيات

1- نوصي المشرع عند صياغة وتشريع القانون الدولي الخاص بان يأخذ بنظر الاعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص، وكذلك النص على إعطاء مساحة واسعة للقاضي في تطبيق هذه المبادئ، فعندما تكون هناك سلطة تقديرية للقاضي لكي يحدد ما هو من ضمن السيادة وما هو خارجاً عنها فان ذلك يعزز من سيادة القضاء، ومن ثم يكون العامل الرئيس في تحقيق الغاية من السيادة ، اذ لا يقتصر دور السيادة على حفظ هيبة الدولة من خلال عدم السماح بتطبيق القوانين الاجنبية، انما يجب ان تحفظ هذه السيادة مصالح العلاقات الخاصة الدولية  
2- النص على دور القاضي في سد النقص الحاصل في التشريع و إعطاء القاضي سلطة مساوية لسلطة المشرع واعتباره في ذلك مشرعاً في ضوء النزاع المعروف امامه، فاذا لم يوجد حكم في قضية ما فيحكم القاضي بموجب العرف والعادة، فاذا لم يوجد فيحكم بموجب القاعدة التي كان يضعها لو كام مشرعاً، كما اشارت لذلك بعض التشريعات وبنصوص صريحة

#### المصادر

#### أولاً: الكتب القانونية

1. د. حفيظة السيد حداد القانون الدولي الخاص\_ الكتاب الأول\_ تنازع القوانين\_ منشورات الحلبي الحقوقية\_ بيروت\_ 2002.
2. د احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
3. د.حسام الدين ناصيف\_ مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية\_ دار النهضة\_ الطبعة الأولى، 1994.
4. د. غالب الداودي\_ المدخل الى علم القانون\_ الطبعة السابعة\_ 2004.
5. محمود محمود المغربي إشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص\_ الطبعة الأولى\_ المؤسسة الحديثة للكتاب\_ طرابلس\_ لبنان\_ 2007.
6. جميل عبده غصوب\_ محاضرات في القانون الدولي الخاص\_ منشورات الحلبي الحقوقية\_ بيروت\_ لبنان\_ 2007.
7. د. إبراهيم شحاته\_ فن اجتهاد القاضي\_ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية\_ القاهرة\_ العدد الثاني\_ 1962.

8. محمد سامر عاشور- مدخل الى علم القانون- منشورات الجامعة الافتراضية السورية- 2018
9. د. سمير عبد السيد تناغو\_ النظرية العامة للقانون\_ منشأة المعارف\_ الاسكندرية\_ مصر\_ 1993.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح**
1. احمد نعمة الجبوري، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير\_ جامعة كربلاء\_ كلية القانون\_ 2020.
2. نور حسين جواد\_ دور مبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي\_ أطروحة دكتوراه\_ جامعة بابل\_ كلية القانون\_ 2020.
- ثالثاً: البحوث**
1. د. عكاشة محمد عبد العال\_ الاحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة الاسناد\_ بلا دار نشر\_ بلا سنة نشر.
2. د. خير الدين كاظم عبيد\_ دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص\_ بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية\_ المجلد الأول\_ العدد الأول\_ 2009.
- الهوامش**
- () جميل عبده غصوب\_ محاضرات في القانون الدولي الخاص\_ منشورات الحلبي الحقوقية\_ بيروت\_ لبنان\_ 2007\_ ص43.
- () د. ابراهيم شحاته\_ فن اجتهاد القاضي\_ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية\_ القاهرة\_ العدد الثاني\_ 1962\_ ص 420.
- () احمد نعمة الجبوري\_ دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص\_ رسالة ماجستير\_ جامعة كربلاء\_ كلية القانون\_ 2020\_ ص39.
- () د. خير الدين كاظم عبيد\_ دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص\_ بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية\_ المجلد الأول\_ العدد الأول\_ 2009\_ ص 245.
- () د. جميل عبده غصوب\_ مصدر سابق\_ ص31
- د. سمير عبد السيد تناغو\_ النظرية العامة للقانون\_ منشأة المعارف\_ الاسكندرية\_ مصر\_ 1993\_ ص483.
- () محمود محمود المغربي\_ إشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص\_ الطبعة الأولى\_ المؤسسة الحديثة للكتاب\_ طرابلس\_ لبنان\_ 2007\_ ص 80-81.
- () د. حفيظة السيد حداد القانون الدولي الخاص\_ الكتاب الأول\_ تنازع القوانين\_ منشورات الحلبي الحقوقية\_ بيروت\_ 2002\_ ص432.
- () د. حسام الدين ناصيف\_ مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية\_ دار النهضة\_ الطبعة الأولى\_ 1994\_ ص 331.
- () محمود محمود المغربي\_ مصدر سابق\_ ص35
- محمد سامر عاشور- مدخل الى علم القانون- منشورات الجامعة الافتراضية السورية- 2018- ص93
- () نور حسين جواد\_ دور مبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي\_ أطروحة دكتوراه\_ جامعة بابل\_ كلية القانون\_ 2020\_ ص 111
- () د. غالب الداودي\_ المدخل الى علم القانون\_ الطبعة السابعة\_ 2004\_ ص 181.
- د احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص140 وما بعدها .
- () د. خير الدين كاظم عبيد\_ مصدر سابق\_ ص 252
- () ومن التطبيقات القضائية التي تؤكد المعنى أعلاه، الحكم الصادر عن محكمة استئناف بيروت، والتي تتلخص وقائعه في أن شخصاً لبنانياً كان قد عقد زواجه من أمريكية في ولاية نيويورك، ونتيجة لخلاف بينهما انفصلا عن بعض بموجب اتفاق يقضي بالهجر لمدة سنتين، وهو نظام معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية كإجراء يسبق دعوى الطلاق، وبعد عامين من هذا الاتفاق، عاد الزوج إلى لبنان ليرفع دعوى طلاق بوجه زوجته أمام المحكمة

الابتدائية المدنية في بيروت، وأصدرت الأخيرة حكماً غيابياً بوجه الزوجة قضى بالطلاق بينهما طبقاً لقانون الأحوال الشخصية لولاية نيويورك الذي يجيز الطلاق متى انقضت سنتين على أتفاق الهجر الخطي، ولعدم قناعة الزوجة بالحكم ولأنه صدر بحقها غيابياً، اعترضت عليه مستندة =إلى أن محكمة الموضوع لم تراع أحكام الفقرة (ج) من المادة (11) من القانون المذكور لولاية نيويورك والتي توجب قبل السير بدعوى الطلاق إجراء المصالحة بين الزوجين، وعلى الزام الفريق المدعي أن يودع إنذاراً في مكتب المصالحة قبل عشرة أيام من إقامة الدعوى، وإلا رُدت الدعوى، ردت المحكمة الابتدائية اعتراض الزوجة مستندة إلى أن المادة (11) المنوه عنها أعلاه تعهد بالمصالحة إلى جهاز خاص هو مكتب المصالحة التابع لولاية نيويورك قضائياً، والذي يرأسه مستشار من المحكمة العليا، ولما لم يكن هذا الجهاز معروفاً في لبنان وغير موجود فيها، فإنه لا يكون بوسع هذه المحكمة إجراء مثل هذه المصالحة، ولعدم قناعة الزوجة برأي محكمة الموضوع، استأنفت الحكم أمام محكمة استئناف بيروت الغرفة السادسة، والتي قررت فسخ الحكم المستأنف ورؤية الدعوى، وإجراء المصالحة بواسطة رئيس المحكمة بدلاً من مكتب المصالحة المنصوص عليه في قانون ولاية نيويورك، وبالتالي قامت محكمة الاستئناف بتطويع نص المادة (11) من القانون الواجب التطبيق، لتُوجد له تفسيراً يتناسب مع الواقع، القرار منشور في مجلة العدل\_ بيروت\_ العدد الأول، آذار\_ 1974\_ ص112

(.) د. خير الدين كاظم عبيد\_ مصدر سابق\_ ص 254.

(د) حفيظة السيد الحداد\_ مصدر سابق\_ ص171.

( ) د. عكاشة محمد عبد العال\_ الاحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة الاسناد\_ بلا دار نشر\_ بلا سنة نشر\_ ص 17.

( ) د. سمير عبد السيد تناغُو\_ النظرية العامة للقانون\_ منشأة المعارف\_ الاسكندرية\_ مصر\_ 1993\_ ص483.

( ) لم يذكر رقم القرار وتاريخه نقلاً عن: د. عبده جميل غصوب\_ مصدر سابق\_ ص40.

