اجتهاد القاضي العراقي في إطار تنازع القوانين
(دراسة تحليلية مقارنة)

م. د. كاظم فخري علي

كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة

llecbal5@alkadhum-col.edu.iq

تاريخ الاستلام :٧/ ١٠/ ٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ١١/ ١/ ٢٠٢٣

المستخلص

لا يجيز المشرع العراقي للقاضي الامتناع عن النظر في النزاع المعروض عليه بسبب غموض القاعدة التشريعية او فقدانها او تعارضها مع غيرها من القواعد التشريعية الاخرى، بل عليه الاجتهاد من اجل حسم النزاع ذات الطابع الدولي الخاص من خلال الذهاب الى المبادئ الاكثر شيوعاً في مجال تنازع القوانين التي تعمل على ازالة الغموض الذي يكتنف قاعدة الاسناد او تعويضها في حالة الفقدان او فك تعارضها في حالة الوجود.

الكلمات المفتاحية: اجتهاد القاضي العراقي، تنازع القوانين، غموض قاعدة الاسناد، المبادئ الاكثر شيوعاً، سكوت قاعدة الاسناد، تعارض قاعدة الاسناد، الاجتهاد القضائي.

Abstract

The Iraqi legislator does not allow the judge to refrain from considering the dispute brought before him because of the ambiguity of the legislative rule ،its absence ،or its conflict with other legislative rules. It works to remove the ambiguity surrounding the attribution rule ،or to compensate for it in the event of loss ،or to resolve its contradiction in the case of existence.

Keywords: the jurisprudence of the Iraqi judge ،conflict of laws ،the ambiguity of the attribution rule ،the most common principles ،the silence of the attribution rule ،the contradiction of the attribution rule ،judicial jurisprudence.

المقدمة

اولاً-التعريف بالموضوع:

نظم المشرع العراقي قواعد الاسناد التي تؤدي وظيفة حل تنازع القوانين في النزاعات الدولية الخاصة بالمواد (١٧-٣٣) من القانون المدني وقد شاب بعض هذه المواد الغموض وعانت من القصور التشريعي لعدم تنظيم بعض المسائل التي يحصل بصددها التنازع

التشريعي فضلاً عن التعارض بين بعض تلك المواد ومواد اخرى وردت في قوانين خاصة، الامر الذي يتطلب من القاضي العراقي بذل الجهد العلمي والنفسي للتغلب على تلك المشاكل وصولاً الى الحل القانوني السليم للنزاع المشوب بعنصر اجنبي المعروض امامه.

ثانياً : اشكالية البحث و اسباب اختياره

يواجه القاضي العراقي صعوبة كبيرة في ازالة الغموض عن قاعدة الاسناد وتعويضها في حالة الفقدان وكذلك حل تعارضها، وتأتي هذه الصعوبة او الاشكالية من ندرة النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي التي تعرض امام المحاكم العراقية مما يقود الى قلة خبرة القاضي العراقي في هذا النوع من النزاعات، الامر الذي جعلنا نبحث في هذا الموضوع لتوفير مادة علمية تدور حول تحديد المبادىء الاكثر شيوعاً في اطار تنازع القوانين يرجع اليها القضاء عند الاقتضاء لاسيما ان الفقه في العراق لم يبادر الى اغناء موضوع البحث.

ثالثاً: منهج البحث

نعتمد في معالجة اشكالية البحث منهج الدراسة التحليلية من خلال التطرق التفصيلي الى الآراء الفقهية والنصوص التشريعية فضلاً عن منهج الدراسة المقارنة بين القانون العراقي والقانون التونسي.

رابعاً : هيكلية البحث

يتضمن البحث مبحثين، نتناول في الاول ماهية الاجتهاد القضائي في إطار تنازع القوانين، نبين فيه تعريف الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين و خصائصه و اساسه في التشريع العراقي و ذلك من خلال مطالب ثلاثة، في حين نعرض في المبحث الثاني حالات اجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين من خلال ثلاثة مطالب ايضاً تتضمن حالات الغموض و السكوت و التعارض بخصوص قاعدة الاسناد، على ان يتقدم البحث مقدمة عن موضوع الدراسة و يليه خاتمة تتكون من نتائج البحث و مقترحات الباحث.

المبحث الاول

ماهية الاجتهاد القضائي في إطار تنازع القوانين

يتسم الاجتهاد القضائي بالطبيعة الخلافية كونه يقوم على الاختلاف في وجهات النظر ذات الصفة القضائية لأسباب تتعلق بتغير الظروف او بالتباين العلمي بين اصحاب وجهات النظر تلك، وجدير بالبحث بيان مدى اثر ذلك الاختلاف على تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي وكذلك الوقوف على خصائصه على ان يكون ذلك في مجال تنازع القوانين فضلاً عن تحديد اساسه القانوني في ذلك المجال، عليه سنبين تعريف الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين في المطلب

الاول من هذا المبحث، في حين نتناول خصائصه في المطلب الثاني منه اما المطلب الثالث فسيكون خاصاً بالأساس القانوني للاجتهاد القضائي في التشريع العراقي.

المطلب الاول

تعريف الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين

يعرف الاجتهاد القضائي على انه النشاط الذهني و الابداعي الذي يظهره القاضي عند فقدان النص او غموضه من اجل استنباط الحلول القانونية للفصل في النزاع المعروض امامه [١].

و يعرف ايضاً بانه الحل الذي تتوصل اليه الجهة القضائية في القضية لتي تنظر فيها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق او عدم كفايته او غموضه من اجل حسم هذه القضية المتنازع فيها [٢]

ان بذل القاضي الجهد لاستنباط الاحكام القانونية من مصادرها بغية ايجاد معالجة لحالة واقعية تتمثل بغموض النص او فقدانه او تعارضه وصولاً الى اشاعة العدل و الاستقرار يدعى اجتهاداً قضائياً [٣].

ويذهب جانب من الفقه الى ان الاجتهاد القضائي هو مجموعة من الحلول القانونية التي تتخذها المحاكم لـ غرض معالجة الاشكالات القانونية [٤].

يبدو ان التعريفات السابقة للاجتهاد القضائي قد جاءت على نحو متشابه و الملاحظ انها خلت من الاشارة الى صفة الالزام المصاحبة للاجتهاد القضائي، اذ لا يجوز للقاضي عدم اللجوء اليه في حال ظهرت الحاجة لذلك على اعتبار ان القاضي ملزم بالفصل بالنزاع دون ان يكون له التعذر بعدم وجود النص او غموضه.

ان التشريعات المتصلة بالبحث ومنها التشريع العراقي لم تأتي بتعريف للاجتهاد القضائي، كما ان الدراسات و البحوث لم تتناول موضوع الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين، عليه لا سبيل لنا سوى وضع تعريف لاجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين كونه يتمثل بعملية ذهنية ملزمة تقوم على الابداع العلمي في مجال القانون من اجل ايجاد الحل المناسب للفصل بالنزاع ذات الطابع الدولي الخاص المعروض امام القاضي العراقي بعد ان اغفل مشرعه ايجاد الحل المذكور او جاء بشكل غامض او متعارض.

المطلب الثاني

خصائص الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين

يتصف الاجتهاد القضائي كونه مصدراً من مصادر القانون كما انه اجراء قضائي يقوم على بذل الجهد الذهني الابداعي فضلاً عن

صفة الالزام التي يتميز بها اذ لا يجوز للقاضي الامتناع عن الفصل بالنزاع لأسباب تتعلق بفقدان السند التشريعي او غموضه بل يتوجب عليه اللجوء الى الاجتهاد لحسم النزاع وهو غير مخير في ذلك (٥) .

ان الخصائص اعلاه تمثل الخصائص العامة للاجتهاد القضائي وما يعنينا في هذه الدراسة هي الخصائص الخاصة او الذاتية للاجتهاد القضائي في موضوع تنازع القوانين، عليه فان هذه الخصائص سنتناولها من خلال الفروع الآتية :-

الفرع الاول

الاجتهاد التفسيري يكون وفقاً للقانون المختص

يجتهد القاضي عندما يكون النص المراد تطبيقه على النزاع المعروض امامه غامضاً، اذ لا يمكنه تطبيق ذلك النص بشكل صحيح مالم يقم بإزالة الغموض الذي يكتنفه وهذه العملية التي تدعى بالتفسير القضائي (٦)، يقوم بها القاضي وفقاً للمفاهيم و الافكار القانونية السائدة في قانون دولته طالما ان العلاقة المتصلة بالنزاع ذات طابع وطني، لكن الامر يختلف عندما يكون النزاع متصلاً بعنصر اجنبي، اذ لا يستطيع القاضي تفسير النص الـ غامض اذا كان تابعاً لقانون اجنبي بالكيفية السابقة، وقد انقسم الفقه بخصوص تفسير القانون الاجنبي الواجب التطبيق على النزاع، اذ ذهب الاتجاه الاول الى ان القانون الاجنبي يفسر وفقاً للأفكار و المفاهيم السائدة في قانون القاضي، في حين يرى الاتجاه الآخر انه يفسر وفقاً للمبادئ و الافكار السائدة في ذلك القانون، وقد رجح الفقه الاتجاه الثاني، على صعيد القضاء العراقي قضت محكمة التمييز الاتحادية بنقض حكم محكمة الموضوع بموجب القرار التمييزي المرقم (٢٨١/ هيئة موسعة مدنية/ ٢٠٠٨) الصادر في ١٧/ ٦/ ٢٠٠٩ لمخالفته احكام المادة الثالثة من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل التي تلزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون سواء اكان النص القانوني الغامض وطنياً ام اجنبياً (٧).

ولم يشر القانون العراقي الى تفسير القانون الاجنبي على خلاف القانون التونسي الذي اسند تفسير القانون الاجنبي الى الحلول و الافكار التي تنتمي اليه فضلاً عن خضوع ذلك التفسير لرقابة المحكمة العليا (٨).

الفرع الثاني

سد الفراغ التشريعي في القانون المختص عبر قانون اخر

لا يستطيع قاضي النزاع التذرع بعدم وجود تنظيم تشريعي لموضوع النزاع لكي يؤدي ذلك الى اعفائه من الفصل بالدعوى، اذ يلتزم في هذا الجانب بتحقيق نتيجة وهي الفصل في النزاع وعليه البحث عن القاعدة

القانونية في مصادر القانون الاخرى كالعرف والشريعة الاسلامية وقواعد العدالة، اذ طالما هناك فرضاً معروضاً امامه لابد من ايجاد حكماً يطبق على ذلك الفرض [٩].

ان القاضي يبحث عن القاعدة القانونية البديلة عن القاعدة التشريعية الغائبة في مصادر قانونه الوطني اذا كان النزاع متعلقاً بعلاقة وطنية بحتة اذ لا يمكنه تطبيق القواعد الاجنبية على العلاقات الوطنية استناداً الى سيادة قانون الدولة على اقليمها و وطنييها بخلاف الامر فيها لو تخلل العلاقة القانونية عنصر اجنبي اذ سيطبق القاضي الوطني قواعد القانون الاجنبي على النزاع المعروض امامه اذا اشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى ذلك [١٠]، ولكن قد يكون القانون الاجنبي المختص بفض النزاع خالياً من النص الذي يحكم موضوع النزاع او كانت النصوص متوافرة لكنها تخالف النظام العام في دولة القاضي، الامر الذي يتعذر معه تطبيقها فتصبح بحكم العدم و تستبعد من قبل قاضي النزاع الذي يتوجب عليه البحث عن قاعدة قانونية تعوض عن النص المفقود في القانون الاجنبي او تطبق بدلاً من النص الاجنبي المخالف للنظام العام، اذ لا يجوز له عدم الفصل في النزاع لأسباب تتعلق بفقدان النص الاجنبي او مخالفته للنظام العام وكذلك الحال بالنسبة لتعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي وقد طرح الفقه حلولاً بديلة منها رفض الطلب الذي يعد حلاً منكراً للعدالة او تطبيق القانون الاقرب للقانون المختص لكن الحل المؤيد من قبل الكثير من الفقه يتمثل بتطبيق قانون القاضي باعتباره القانون الاحتياطي في حل النزاع كونه يراعي توقعات الاطراف المشروعة بخصوص تطبيق هذا القانون [١١]، ويذهب المشرع التونسي الى الزام القاضي بتطبيق القانون الوطني في الحالة الاخيرة [١٢]، على خلاف المشرع العراقي الذي سكت عن طرح الحل في هكذا فرض.

الفرع الثالث

تبني افكار قانونية مستوردة على سبيل التلطيف او التطويع

يعمد القاضي الى تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الاجنبي المختص بفض النزاع عندما تكون قابلة للتطبيق في دولة القاضي اي لا تخالف النظام العام في هذه الدولة او انها تنسجم مع النظام القانوني في دولة القاضي.

لكن قد لا تكون تلك القواعد بالوضع المذكور، حينئذ على قاضي النزاع البحث عن حلول للتعامل مع تلك النصوص العرجاء بغية اكسابها قابلية التطبيق على وقائع النزاع فمثلاً يحاول تلطيفها لكي لا تتعارض مع النظام العام، والاخير فكرة عامة بحسب ما ورد في قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق

المرقم (٦٣/ اتحادية / ٢٠١٢) الصادر في ١١/ ١٠/ ٢٠١٢ بالتالي تحديد القاضي مفهوم هذه الفكرة يعد بحد ذاته اجتهاداً على ان اعمال قاضي النزاع لفكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الاجنبي ومدى امكانية تلطيفها يخضع لرقابة المحكمة العليا وكما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٢٣/ ت/ ١٩٦٩) في ٢٩/ ٩/ ١٩٦٩، فالحقوق التي يتعارض انشاؤها مع النظام العام في دولة القاضي تصطدم تماماً مع هذه الفكرة ان نشأت في دولة القاضي و لا مجال لإقرارها من قبل قاضي النزاع لكن في حال نشوئها في دولة تجيز هذه الحقوق فان اثارها في دولة القاضي يمكن التمسك بها استناداً الى نظرية الاحتجاج بالحق المكتسب في الخارج لان ترتيب الاثار لا يشكل ضرراً كبيراً على النظام العام في دولة القاضي كما هو الحال في نشوء الحق وما تقدم يعد تلطيفاً لفكرة النظام العام و بالتالي يمكن بموجبه حماية الحقوق المكتسبة في الخارج و الاعتراف بها من قبل قاضي النزاع، على ان ذلك يعد عملاً قضائياً يقوم على اجتهاد القاضي وقدرته الفكرية والعلمية على تقييم الوقائع و الحكم عليها بما يلبي العدالة و الانصاف [١٣] .

كذلك الحال عندما تكون قواعد القانون الاجنبي المختص غير موجودة في النظام القانوني لدولة القاضي الامر الذي يتطلب تطويعاً لهذه القواعد لجعلها قابلة للتطبيق على الوقائع المعروضة امام القاضي وهي عملية اجتهادية ايضاً تقوم على ابداع القاضي في استثمار مرونة النص الاجنبي ليصبح صالحاً لحكم النزاع المعروض [١٤] .

الفرع الرابع

عدم التدرج في مصادر القانون

يلتزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض امامه بموجب القاعدة القانونية الملائمة للتطبيق، على ان يبحث عن تلك القاعدة في مصادر القانون على سبيل التدرج وحسب الترتيب الذي وضعه المشرع، فعدم وجود قاعدة في التشريع يدفع القاضي الى البحث عن قاعدة في المصادر الاخرى وهي بحد ذاتها عملية اجتهادية [١٥]، واذا كان الكلام المتقدم يدور في فلك القواعد العامة فان الامر يختلف في اطار تنازع القوانين، اذ ان عدم وجود نص في هذا المجال سيؤدي الى تكليف القاضي بالبحث عن قاعدة قانونية لحل النزاع المعروض في نطاق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فلا يجوز للقاضي الحكم وفق قاعدة عرفية او قاعدة شرعية لان المشرع الزمه بالذهاب الى المبادئ الاكثر شيوعاً في العالم التي اعتاد العمل بها في حل تنازع القوانين دون المرور بمصادر القانون الاخرى [١٦] .

المطلب الثالث

الاساس القانوني للاجتهاد القضائي في التشريع العراقي

يتمثل الاساس القانوني للاجتهاد القضائي بالقاعدة القانونية التي تشكل اساساً يرتكز عليه الحل القانوني للنزاع المعروض امام القاضي، ومن اجل بيان اساس الاجتهاد القضائي في التشريع العراقي لابد من عرضه وفقاً للقواعد العامة و كذلك الوقوف عليه وفقاً لقواعد تنازع القوانين وذلك من خلال فرعين.

الفرع الاول

الاساس القانوني للاجتهاد القضائي وفقاً للقواعد العامة

لم يسمح المشرع العراقي للقاضي بالامتناع عن الفصل في النزاع لغياب النص بل الزمه بالبحث عن الحل في مصدر اخر من مصادر القاعدة القانونية وحسب التسلسل الذي رتبه المشرع، فحينما لا توجد قاعدة تشريعية تنطبق على النزاع المعروض، على القاضي البحث عن الحل في القواعد العرفية فان لم يجد ذلك الحل عليه الذهاب الى مبادئ الشريعة الاسلامية، وفي حال عدم توافر الاحكام الملائمة لحسم النزاع فهنا القاضي يحكم وفقاً لقواعد العدالة [١٧].

اذا كان التسلسل المتقدم يمثل موقف المشرع العراقي فان المشرع التونسي اختلف عنه في مسألتين، الاولى انه جمع احكام الفقه الاسلامي و مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي للتشريع مع تقدم الاولى على الثانية من حيث التسلسل، و المسألة الثانية انه قدم احكام الفقه الاسلامي و مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف [١٨]، بخلاف موقف المشرع العراقي الذي قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني

الاساس القانوني للاجتهاد القضائي وفقاً لمنهج التنازع

تؤدي قاعدة الاسناد وظيفة حل تنازع القوانين المتصلة بالعلاقة الدولية الخاصة، اذ انها تحدد او تختار القانون الاكثر صلة بتلك العلاقة و الملائم لحكمها تحقيقاً للعدالة[١٩]، لكن ربما تكون قاعدة الاسناد مفقودة بخصوص موضوع معين، الامر الذي يقود القاضي الى البحث عن قاعدة بديلة من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امامه.

يشير موقف المشرع العراقي من ظاهر النص الوارد بالمادة (٣٠) من القانون المدني الى عدم جواز الحكم بموجب قاعدة عرفية عند فقدان القاعدة التشريعية، فالمشرع الزم القاضي بالذهاب مباشرة الى المبادئ الاكثر شيوعاً في العالم في مجال تنازع القوانين [٢٠]، غير ان هناك من يرى ان النص لا يمنع القاضي من استعمال القاعدة العرفية كمصدر قانوني في اصدار الحكم، على اعتبار ان القاعدة العرفية

ان وجدت تكون اولى بالتطبيق من المبادئ العامة او الشائعة كونها متوقعة و معلومة في الغالب من الخصوم لأنها تسري في الاقليم الذي حصل عليه النزاع وبالتالي يؤدي الاخذ بها الى تحقيق الامن القانوني من خلال مراعاة الثقة المشروعة عند أطراف النزاع وهذا الوضع يخالف اللجوء الى تطبيق المبادئ الشائعة التي تكون حاكمة في دول اخرى غير دولة النزاع فما هو صالح للتطبيق في دولة معينة قد لا يكون كذلك في دولة اخرى لاختلاف الاعتبارات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية بين الدولتين [٢١].

نرى ان الاساس القانوني للاجتهاد القضائي في إطار تنازع القوانين في التشريع العراقي يظهر بشكل واضح وجلي في احكام المادة المشار اليها آنفاً، اذ يلتزم القاضي العراقي عند فقدان قاعدة الاسناد التشريعية باللجوء الى المبادئ ذات الطابع الدولي الخاص الاكثر شيوعاً في العالم دون ان يكون له الحق بالمرور بالمصادر الاحتياطية الاخرى للتشريع.

المبحث الثاني

حالات اجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين

يجتهد القاضي العراقي في النزاعات المشوبة بعنصر اجنبي اذا كانت قواعد الاسناد الوطنية لا تؤدي دورها الارشادي بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة امامه، اذ يكتنف الغموض تلك القواعد تارةً، الامر الذي يتعذر معه الوصول الى الحكم العادل مما يتطلب من القاضي ازالة ذلك الغموض من خلال اتباع قواعد التفسير المطلوبة للوصول الى ما قصده المشرع في القاعدة القانونية الغامضة، كما يجتهد القاضي العراقي تارةً اخرى في حال عدم وجود تنظيم تشريعي لقاعدة الاسناد بخصوص موضوع معين او ان التنظيم التشريعي لتلك القاعدة كان قد سكت عن مسألة معينة كان الاجدر تنظيمها، و تارةً ثالثة ربما ينظم المشرع قاعدة الاسناد بصورة مزدوجة اي يتم ذكرها في اكثر من قانون او اتفاقية دولية، الامر الذي يؤدي احياناً الى التعارض بين احكام تلك القاعدة في القانونين، مما يتطلب من القاضي فك هذا التعارض من خلال الاجتهاد القضائي، و للوقوف على حالات اجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين لابد من تناول ذلك من خلال مطالب ثلاثة.

المطلب الاول

غموض قاعدة الاسناد

ان ابرز حالات الغموض التشريعي وردت في قاعدة الاسناد المتعلقة بشروط الزواج و كذلك قاعدة الاسناد المتعلقة

بتحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية او عديمها، سنتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول

غموض قاعدة الاسناد المتعلقة بشروط الزواج

تكون شروط الزواج على نوعين، الاول يتمثل بالشروط الموضوعية كالتراضي والمحل والسبب وعدم وجود مانع من الزواج، اما النوع الثاني فيتمثل بالشروط الشكلية التي تعني المظهر الخارجي لأبرام عقد الزواج [٢٢]. وقد نظم المشرع العراقي كلا النوعين بالمادة (١٩/ ١) من القانون المدني [٢٣]، فالشروط الموضوعية يتم الرجوع فيها الى قانون كل من الزوجين دون بيان تبني التطبيق الجامع او التطبيق الموزع في هذه الشروط، اذ ان الاول يتطلب توافر الشروط الموضوعية الواردة في قانوني الزوجين في كل منهما، ويؤيد جانب من الفقه الذهاب باتجاه الاخذ بالتطبيق الجامع حماية لكيان الاسرة من حيث النشأة و الاستمرارية [٢٤]، في حين يذهب اتجاه آخر الى الاخذ بالتطبيق الموزع كون ذلك يزيد من فرص الزواج المختلط، اذ ان هذا التطبيق يتطلب توافر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون احد الزوجين في هذا الزواج دون اشتراطها في الطرف الاخر و العكس يكون صحيحاً مع ملاحظة توافر موانع الزواج في كلا الزوجين على سبيل الاستثناء لمساس ذلك بالنظام العام [٢٥].

ان عدم بيان التطبيق المعتمد في تحديد الشروط الموضوعية للزواج المختلط جعل النص غامضاً مما يتطلب بروز دور الاجتهاد لإزالة ذلك الغموض من خلال بحث القاضي العراقي عن المبدأ الاكثر شيوعاً في هذا الصدد، اذ ان المبادئ الاكثر شيوعاً تمثل حلولاً متفق عليها في النظم القانونية المتمدنة لفاعليتها في تحقيق العدالة [٢٦]، ونرى ان معيار التطبيق الموزع في الشروط الموضوعية للزواج المختلط يعمل على تيسير هذا الزواج وهو ما يتفق مع رأي غالبية الفقه [٢٧].

يعاني القاضي العراقي من الغموض ذاته في مجال الشروط الشكلية للزواج المختلط، اذ تذهب قاعدة الاسناد الى اعتماد قانون محل ابرام عقد الزواج المختلط او مراعاة الشروط الشكلية الواردة في قانوني الزوجين، ومن المؤكد ان القاضي سيواجه صعوبة في حال اعتماد قانون محل الابرام فيما لو كان عقد الزواج المختلط قد تم ابرامه بطريقة الكترونية، اذ يصعب عليه تحديد مكان ابرام العقد مما يقود الى صعوبة ربطه بقانون معين من اجل تحديد الشروط الشكلية لهذا الزواج، و على الرغم من استمرار تأييد غالبية الفقه لنظرية العلم بالقبول في تحديد مكان العقد و

زمانه وهو الموقف الذي سار عليه القانون المدني العراقي [٢٨]، الا اننا نرى عدم ملاءمة هذه النظرية للبيئة الالكترونية لا سيما في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط.

تجدر الاشارة الى ان قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي النافذ قد اشار الى ان مكان استلام المستندات الالكترونية هو مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن له مقر عمل فالعبرة بمحل الاقامة باعتباره مقراً للعمل و في حال التعدد يعتد بمقر العمل الاكثر صلة بالمعاملة ما لم يتفق على خلاف ذلك [٢٩]، يظهر مما تقدم ان المشرع العراقي حدد مكان تسلم القبول في العقد الالكتروني وهو مكان عمل الموجب او مكان اقامته في حالة عدم وجود محل عمل لكنه لم يحدد زمان انعقاد العقد الالكتروني، اذ ان هناك تلازماً بين زمان العقد و مكانه و بالتالي ليس هناك من حل سوى الذهاب الى القواعد التقليدية الواردة في القانون المدني لتحديد مكان العقد الذي سبقت الاشارة الى تحديده من خلال نظرية علم الموجب بالقبول التي اشرنا الى عدم صلاحيتها للعمل في البيئة الالكترونية، الامر الذي يقتضي من القاضي العراقي البحث عن مبدأ شائع في حل المشكلة المذكورة و نرى ان الحل التشريعي الوارد في القانون الفرنسي بخصوص اعتماد نظرية تأكيد القبول من قبل الموجب يعد حلاً ناجحاً و ملائماً للتطبيق في مجال العقود الالكترونية و منها عقد الزواج المختلط الذي غالباً ما يحصل ابرامه من خلال وسائل الاتصال الالكترونية [٣٠].

وبخصوص موقف المشرع التونسي في إطار شروط الزواج المختلط، فانه اخذ بالتطبيق الموزع صراحةً بالنسبة للشروط الموضوعية [٣١]، في حين كان مشابهاً لموقف المشرع العراقي بالنسبة للشروط الشكلية [٣٢].

الفرع الثاني

غموض قاعدة الاسناد المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية او عديمها

لن يلاقي القاضي العراقي صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية اذا كان يحمل من بين جنسياته الجنسية العراقية، اذ كان موقف المشرع العراقي واضحاً بهذا الصدد من خلال الزام القاضي العراقي بإخضاع متعدد الجنسية الى القانون العراقي استناداً الى سيادة الدولة على وطنييها، وقد ذهب المشرع التونسي الى ما ذهب اليه المشرع العراقي [٣٣].

لكن في حال كون متعدد الجنسية لا يحمل الجنسية العراقية سيواجه القاضي العراقي صعوبة في تحديد القانون الواجب

التطبيق على هذا الفرد، اذ ان المشرع بموجب المادة (٣٣/ ١) من القانون المدني ترك الامر للقاضي في تحديد القانون الذي يخضع له الشخص المذكور دون ان يضع معياراً محدداً، و يذهب الفقه الى اتجاهات عدة بهذا الخصوص منها ما يذهب الى ترجيح قانون الجنسية السابقة و منها ما يؤيد قانون الجنسية اللاحقة، كما ذهب اتجاه الى حل النزاع عن طريق الحل الدبلوماسي، في حين ذهب اخر الى ترك الامر الى ارادة الشخص لاختيار الجنسية التي يريدها، وعلى الرغم من تأييد بعض الفقه لفكرة الحل الوظيفي في حل التنازع الايجابي للجنسيات لكن الاتجاه الراجح يقوم على معيار الجنسية الفعلية التي يصل اليها قاضي النزاع عن طريق القرائن كموطن الفرد او محل اقامته او مكان ممارسته لحقوقه السياسية و المدنية، وقد اصبح معيار الجنسية الفعلية من المبادئ الاكثر شيوعاً في العالم بحيث اصبح الحل الملائم بخصوص متعدد الجنسية الذي لا يحمل جنسية دولة قاضي النزاع وهذا الحل جرى تطبيقه على صعيد القضاء الدولي و الوطني على السواء [٣٤]، و تجدر الاشارة الى ان المشرع التونسي قد اخذ صراحةً بمعيار الجنسية الفعلية لتحديد القانون الذي يخضع له متعدد الجنسية غير الوطني[٣٥].

يحتاج القاضي العراقي مرةً اخرى للاجتهاد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، اذ ذهب جانب من الفقه الى اعتماد الموطن او محل الاقامة كمعيار لتحديد ذلك القانون، في حين ذهب جانب اخر الى تطبيق قانون القاضي لهذا الغرض، و كان الاتجاه الاول هو الراجح في تحديد القانون الذي يخضع له عديم الجنسية [٣٦].

المطلب الثاني

سكوت قاعدة الاسناد

ان سكوت المشرع عن تنظيم موضوع معين او اغفال تحديد مسألة جوهرية في ذلك الموضوع لا يعفي القاضي من الفصل في الدعوى بداعي عدم وجود النص القانوني او وجود نقص في ذلك النص، اذ ان المشرع العراقي لم ينظم قاعدة الاسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص كما انه سكت عن تحديد وقت تطبيق قاعدة الاسناد في احوال كثيرة، و من اجل بيان ما تقدم نتناول السكوت التشريعي في قواعد الاسناد العراقية من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول

عدم تنظيم قاعدة الاسناد المتعلقة بالحالة

تعرف الحالة على انها الصفات الطبيعية اللصيقة بالشخص التي تميزه عن غيره من الاشخاص و كذلك الانتماءات الاسرية و السياسية و الدينية التي تحدد مركزه القانوني

من حيث تمتعه بمجموعة من الحقوق و تحمله جملة من الالتزامات [٣٧].

الملاحظ ان هناك من يرى ان المشرع العراقي قد نظم قاعدة الاسناد المتعلقة بالحالة [٣٨]، في حين لم نجد ذلك التنظيم بل ان المشرع العراقي سكت عن تنظيم موضوع الحالة تماماً، الامر الذي يتطلب من القاضي العراقي الاجتهاد من خلال البحث عن المبادئ الاكثر شيوعاً في هذه المسألة، ويذهب الفقه الى ان القانون الشخصي هو الذي يطبق على غالبية احوال الشخص الطبيعي كالاسم و اللقب و الصفات الفردية الاخرى، اذ تخضع حالة الشخص لقانون الدولة لتي يحمل جنسيتها وفقاً للاتجاه اللاتيني ومنها العراق و لقانون الدولة التي يتوطن فيها الشخص وفقاً للاتجاه الانكلو امريكي، اما القانون الاقليمي المتمثل بقانون الدولة التي يتوطن فيها الشخص فهو يطبق على تحديد موطن الشخص الطبيعي و يطبق قانون القاضي على حق الفرد في الحياة و الحق في حرمة جسده والحقوق الاخرى ذات الطابع الانساني باعتبار قواعده ذات تطبيق ضروري، في حين ان الشخص المعنوي تحدد حالته وفقاً لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارته الرئيس [٣٩].

وبخلاف المشرع العراقي فقد ذهب المشرع التونسي الى تنظيم حالة الشخص الطبيعي و اسندها الى القانون الشخصي في حين اسند حالة الشخص المعنوي الى قانون دولة التأسيس او قانون دولة ممارسة النشاط [٤٠].

الفرع الثاني
عدم تحديد وقت تطبيق قاعدة الاسناد

حدد المشرع العراقي وقت تطبيق قاعدة الاسناد في بعض الحالات فمثلاً حدد وقت انعقاد الزواج لتطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بآثار الزواج ووقت الطلاق او وقت رفع الدعوى لتطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بانتهاء الزواج وكذلك وقت موت المورث او الموصي لتطبيق قاعدتي الاسناد المتعلقتين بقضايا الميراث و الوصايا [٤١].

واتفق المشرع التونسي مع المشرع العراقي في المسائل اعلاه باستثناء وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بآثار الزواج التي لم يحدد زمن تطبيقها [٤٢].

بالمقابل هناك حالات لم يحدد فيها المشرع العراقي وقت تطبيق قاعدة الاسناد وهي المقصودة بدراستنا في هذا المحل منها ليس بحاجة الى اجتهاد مثل وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بشروط الزواج على اعتبار ان المشرع جعل آثار الزواج مرتبطة بوقت انعقاده

فمن باب أولى ان ترتبط شروطه بهذا الوقت، ولكن هناك حالات لابد للقاضي العراقي الاجتهاد فيها و تشمل :.

اولاً : وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالأهلية

اشارت المادة (١٨/ ١) من القانون المدني العراقي الى ان قانون الجنسية هو الذي يحدد اهلية الشخص دون تحديد وقت تطبيق هذه القاعدة من حيث كون التطبيق يكون في مرحلة نشوء التصرف او الالتزام او في مرحلة ترتيب الآثار او في مرحلة الانتهاء، فقد يكون مورد البضائع وقت انعقاد العقد صينياً واثناء تنفيذ عقد التوريد يحصل على الجنسية الكورية و يتخلى عن الجنسية الصينية ثم عند انتهاء العقد يصبح مصرياً، فلو تم الطعن بأهلية المورد فأي قانون هو الذي يحدد اهليته من القوانين المذكورة ؟

ان سكوت المشرع عن تحديد وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالأهلية يحتم على القاضي العراقي الاجتهاد لتحديد وقت التطبيق، الملاحظ ان الفقه لم يهتم كثيراً في هذه المسالة وما نراه هو العبرة بقانون الدولة التي يحمل جنسيتها الشخص اثناء وقت نشوء التصرف او الالتزام على اعتبار ان البدايات السليمة ستقود الى نهايات سليمة من الناحية القانونية.

تجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي اخضع الاهلية الى قانون الجنسية سواء اكان الشخص طبيعياً او معنوياً اذ جاء لفظ (الشخص) مطلقاً بموجب المادة المشار اليها اعلاه، في حين اخضع المشرع التونسي اهلية الشخص الطبيعي الى قانونه الشخصي واهلية الشخص المعنوي الى قانون الدولة التي يمارس فيها نشاطه مع ملاحظة ذهاب كلا المشرعين الى عدم تحديد وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالأهلية [٤٣].

ثانياً : وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالواجبات ما بين الآباء والاولاد

لم يحدد المشرع العراقي وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالبنوة الشرعية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد كالحضانة وغير ذلك من المسائل الاخرى، اذ اشارت المادة (١٩ / ٤) من القانون المدني الى اخضاع هذه المسائل الى قانون الاب دون تحديد وقت التطبيق، ويرى جانب من الفقه تطبيق قانون دولة الاب وقت الزواج على مسائل النسب باعتبار ان النسب من اثار الزواج، في حين يرى جانب آخر تطبيق قانون الاب على البنوة الشرعية وقت وجود الولد وثبوت نسبه للاب اي وقت الميلاد [٤٤]، وسار المشرع التونسي بالاتجاه ذاته ولم يحدد وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالحضانة و البنوة [٤٥].

ثالثاً : وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالنفقة

اشارت المادة (٢١) من القانون المدني العراقي الى تطبيق قانون المدين بالنفقة دون تحديد وقت التطبيق، و النفقة المقصودة بهذه المادة تشمل نفقة الفروع و الاصول و الحواشي لان نفقة الزوجة وردت بالمادة (٢/ ١٩) من القانون ذاته التي حددت القانون الواجب التطبيق وهو قانون الزوج و كذلك وقت التطبيق وهو وقت انعقاد الزواج، و يرى الاتجاه الراجح فقهاً ان وقت تطبيق قانون المدين بالنفقة يكون وقت استحقاقها [٤٦]، تجدر الاشارة الى ان المشرع التونسي لم يحدد وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالنفقة بما فيها نفقة الزوجة [٤٧].

المطلب الثالث

تعارض قاعدة الاسناد

يجتهد القاضي العراقي في حال وجود تعارض بين النصوص القانونية القائمة والمتعلقة بقاعدة الاسناد، و ربما يكون التعارض المذكور بين القوانين الداخلية او بينها وبين اتفاقية دولية تكون دولة القاضي طرفاً فيها، ومن اجل بيان ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين.

الفرع الاول

تعارض قاعدة الاسناد في القوانين الداخلية

تعارضت قواعد الاسناد المنظمة لموضوع الاحالة في القانون العراقي، اذ جاء المبدأ العام المانع من الاخذ بالإحالة بالمادة (١/ ٣١) من القانون المدني [٤٨]، في حين جاء النص الخاص العامل بالإحالة بالمادة (٢/ ٤٨) من قانون التجارة [٤٩]، و اذا كانت الاحالة تعني لزوم تطبيق قواعد الاسناد في القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد في قانون القاضي في حالة الاختلاف بينهما [٥٠]، فهل يعمل القاضي العراقي بالإحالة في ظل احكام المادتين المتعارضة في اعلاه ام انه لا يعمل بها ؟ ما نراه ان على القاضي العراقي الاجتهاد لحل التعارض المذكور لاسيما ان الاحكام السابقة لا يمكن الجمع بينها كون لا يجوز الجمع بين الشي و نقيضه، لذا ليس امام القاضي العراقي سوى العمل بقاعدة القانون الخاص يقيد القانون العام لفك التعارض المذكور مع ملاحظة ان الاخذ بالإحالة يكون بحدود موضوع النص الخاص على اعتبار ان الاخير يعد استثناءً من النص العام، فيحال موضوع تحديد اهلية الملتزم بالحوالة من قانون جنسيته الى القانون الذي احال اليه قانون الجنسية تحديد اهليته، الملاحظ ان المشرع التونسي كان رافضاً ايضاً لفكرة الاحالة [٥١].

الفرع الثاني

تعارض قاعدة الاسناد في القانون الداخلي و الدولي

سبقت الاشارة الى ان المبدأ العام بخصوص موضوع الاحالة في القانون العراقي قد جاء بالمادة (٣١/ ١) من القانون المدني، اذ كان رافضاً لفكرة الاحالة، لكن لو جاءت اتفاقية دولية يكون العراق طرفاً فيها تأخذ بالإحالة فما الحل ؟ هل يأخذ القاضي بالموقف الرافض للإحالة الذي يمثل موقف المشرع الوطني ام يأخذ بالموقف المؤيد لها الذي جاءت به الاتفاقية الدولية ؟

انقسم الفقه بخصوص تطبيق القانون الوطني او الاتفاقية الدولية في حال التعارض بينهما، اذ ذهب الاتجاه الاول الى تطبيق قاضي النزاع التشريع الداخلي كونه يأتمر بأوامر مشرعة الوطني، في حين ذهب اتجاه آخر الى تطبيق احكام الاتفاقية من قبل قاضي النزاع في حالتين، الاولى في حال جاءت بعد التشريع الداخلي فهنا تطبق استناداً الى ان اللاحق ينسخ السابق، والثانية في حال ورود نص في الاتفاقية يقضي بتطبيق نصوص الاتفاقية في حال التعارض مع التشريع الداخلي [٥٢]. تجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي رجح تطبيق القانون الخاص او الاتفاقية في حال التعارض مع احكام المواد السابقة للمادة (٢٩) من القانون المدني [٥٣]، و نرى ان حكم هذه المادة بالإمكان سريانه على موضوع الاحالة و ان كان وارداً بالمادة (٣١/ ١) التي تلت المادة (٢٩) على اعتبار ان الاخيرة قد جاءت بمبادئ عامة يستند اليها قاضي النزاع في حال وجود تعارض بين النصوص.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة متن البحث لابد من عرض اهم نتائج البحث و المقترحات التي يراها الباحث بخصوص اشكالياته و ذلك من خلال ما يأتي :-

اولاً : نتائج البحث

١. المقصود باجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين انه عملية ذهنية ملزمة تقوم على الابداع العلمي في مجال القانون من اجل ايجاد الحل المناسب للفصل بالنزاع ذات الطابع الدولي الخاص المعروض امام القاضي العراقي بعد ان اغفل مشرعه ايجاد الحل المذكور او جاء بشكل غامض او متعارض.

٢. يتصف الاجتهاد القضائي في اطار تنازع القوانين لا سيما اجتهاد القاضي العراقي بجملة من الخصائص تتمثل بعدم التدرج في مصادر القانون في حالة فقدان النص، اذ يذهب القاضي العراقي الى المبادئ الاكثر شيوعاً في تنازع القوانين بشكل مباشر،

كذلك يكون التفسير القضائي مزدوجاً اي يفسر النص الـ غامض حسب القانون المختص بفض النزاع فاذا كان القانون العراقي مختصاً كان التفسير وفقاً لمفاهيمه و افكاره وان كان القانون الاجنبي هو المختص كان التفسير وفقاً له، ومن الخصائص الاخرى لموضوع الدراسة يتم تعويض النص المفقود حقيقة او حكماً في القانون المختص عن طريق قانون آخر كقانون القاضي او غيره و كذلك يمكن للقاضي العراقي تطويع او تلطيف افكار قانونية تنتمي لنظام قانوني اجنبي لتكون صالحة التطبيق على النزاع المعروض امامه.

٣. الاساس القانوني لاجتهاد القاضي العراقي في اطار تنازع القوانين يرد بالمادة (٣٠) من القانون المدني.

٤. ابرز غموض لقواعد الاسناد العراقية يرد بالمادة (١٩/ ١) و المادة (٣٣/ ١) من القانون المدني، الاولى لم تبين معيار تطبيق الشروط الموضوعية في الزواج كما انها لم تبين مكان ابرام عقد الزواج الالكتروني بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية المرتبط بمحل الابرام، و الحل الذي نؤيده مع غالبية الفقه هو الأخذ بالتطبيق الموزع في الشروط الموضوعية وهو ما سار عليه المشرع التونسي و كذلك تحديد مكان عقد الزواج الالكتروني من خلال مكان تأكيد الموجب للقبول وهو الحل الذي اخذ به المشرع الفرنسي لتحديد محل ابرام العقد الالكتروني لبيان القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج. اما الغموض الوارد بالمادة (٣٣/ ١) من القانون المدني العراقي فإزالته تكون باعتماد معيار الجنسية الفعلية الوارد صراحة بالقانون التونسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية غير الوطني وكذلك تطبيق معيار الموطن او محل الاقامة بالنسبة لعديمها.

٥. سكت المشرع العراقي عن تنظيم قاعدة الاسناد الخاصة بالحالة وهو موقف غير محمود على خلاف المشرع التونسي الذي اسند حالة الشخص الطبيعي الى القانون الشخصي و حالة الشخص المعنوي الى قانون دولة التأسيس او دولة ممارسة النشاط، ولم يحدد المشرعان وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالأهلية ونرى الوقت الافضل للتطبيق هو وقت نشوء الالتزام او التصرف، كما لم يحددا وقت تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالواجبات ما بين الآباء و الاولاد و الافضل هو وقت

ميلاد الاولاد فضلاً عن عدم تحديدهما وقت تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بنفقة الفروع والاصول والحواشي و الوقت الملائم هو وقت استحقاقها.

٦. تعارضت قاعدتي الاسناد العراقية الخاصة بموضوع الاحالة الواردتين بالمادتين (٣١/ ١) من القانون المدني و(٤٨/ ٢) من قانون التجارة، وربما يكون التعارض بين قاعدة الاسناد الداخلية و قاعدة الاسناد ذات الطابع الدولي، و الاولى بالقاضي العراقي العمل بمبدأ الخاص يقيد العام لحل التعارض الاول و تغليب القاعدة ذات المصدر الدولي لحل التعارض الثاني.

ثانياً : المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (٣٠) من القانون المدني لتصبح :

(يتبع فيما لم يرد بشأنه نص او ورد بشأنه نصاً غامضاً او متعارضاً في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً).

٢. نوصي المشرع العراقي بتنظيم قاعدة الاسناد الخاصة بموضوع الحالة.

٣. نقترح على المشرع العراقي تبني المبادئ الاكثر شيوعاً سواء اكان مصدرها تشريعياً او فقهياً او قضائياً و المستقرة منذ زمن طويل في اطار تنازع القوانين كمعيار الجنسية الفعلية ومعيار الموطن او محل الاقامة و التطبيق الموزع وتأكيد القبول وغيرها لتجنب الاجتهاد المفضي الى صدور احكام متعارضة.

٤. نوصي المشرع العراقي بتحديد وقت تطبيق قواعد الاسناد الخاصة بالأهلية و الواجبات ما بين الآباء و الاولاد و النفقة بين الاصول و الفروع و الحواشي منعاً من صدور احكام قضائية متناقضة.

٥. نقترح على المشرع العراقي تغيير تسلسل المادتين (٢٩و٣٠) من القانون المدني لتكون في نهاية الترتيب لـ غرض استيعاب جميع مسائل التنازع، اذ وردت عبارة (المواد السابقة) بالمادتين اعلاه في حين ان هناك احكام وردت بعدها جديرة بالشمول بأحكام المادتين المذكورتين مع ملاحظة ان الاولى تؤدي وظيفة حل التعارض بين قواعد التنازع الواردة في القانون المدني والقاعدة الواردة في قانون خاص او اتفاقية دولية والثانية تؤدي وظيفة تعويض قاعدة التنازع المفقودة.

الهوامش

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، بلا ناشر، بغداد، ٢٠٠٤ ، ص١٤٨.

(٢) د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٣٦.

(٣) د. حيدر فليح حسن، الاجتهاد القضائي وضوابطه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٦، العدد ٣، ٢٠٢١، ص ٧٨٣.

(4) Judiciaries et jurisdictionally ،Paris puf ،1987 Institutions، Genevieve ،

(٥) تنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي على انه : (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق. ....).

(٦) القاضي عباس قاسم مهدي ، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥، ص ٢٠٧.

(٧) أشار الى هذه الاتجاهات الفقهية والحكم القضائي : د. ثائر علي صبار ، القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ، ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧، ص١٦٣-١٧١.

(٨) تنص المادة (٣٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨ على انه : (يطبق القاضي القانون الاجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي اليه، ويخضع تأويل القانون الاجنبي لرقابة محكمة التعقيب).

(٩) القاضي عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(١٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٤ و ما بعدها.

(١١) د. ثائر علي صبار ، مصدر سابق ، ص١٥٦ وما بعدها.

(١٢) تنص المادة (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على انه : (. .... ويطبق القاضي احكام القانون التونسي بدلاً من احكام القانون الاجنبي الذي استبعد تطبيقها).

(١٣) اشار الى هذه الاحكام القضائية والافكار الفقهية : د. ثائر علي صبار ، مصدر سابق ، ص١٨٩-٢٠١.

(١٤) د. خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الاول، ٢٠١٢، ص ٢٥٣-٢٥٤.

(١٥) القاضي عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(١٦) ينظر: المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي.

(١٧) تنص المادة (١/ ٢) من القانون المدني العراقي على انه : (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).

(١٨) تنص المادة (٢) من القانون المدني التونسي على انه : (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تناولتها هذه النصوص بألفاظها و معانيها. ٢- فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فأن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة. ..).

(١٩) د. خليل ابراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ١١٦.

(٢٠) تنص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي على انه : (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً).

(٢١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٠٠، ذهب بالمعنى نفسه : د. عدنان باقي لطيف، فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، ٢٠٢١، ص ١٢٨٨.

(٢٢) د. محمد السيد عرفة ، القانون الدولي الخاص، دار الفكر و القانون، المنصورة ،٢٠١٣، ص ٤٩٩ و ما بعدها.

(٢٣) تنص هذه المادة على انه : (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي و عراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).

(٢٤) ينظر في هذه الآراء : د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق، ص ٧٧٦.

(٢٥) ينظر في ذلك : المصدر نفسه، ص ٧٧٧-٧٧٨.

(٢٦) د. ثائر علي صبار، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٢٧) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٢٦٢- ٢٦٤.

(٢٨) ينظر: المادة (٨٧/ ١) من القانون المدني العراقي.

(٢٩) ينظر: المادة (٢١) من قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

(٣٠) اعتمد القانون الفرنسي نظرية تأكيد القبول في العقود الالكترونية بالمادة (١١٢٧/ ٢) بموجب الامر المرقم ٢٠١٦ – ١٣١ الصادر في ١٠ شباط العام ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود و النظام العام و اثبات الالتزامات.

(٣١) تنص المادة (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على انه : (تخضع الشروط الاصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة).

(٣٢) ينظر : المادة (٤٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٣٣) ينظر : المادة (٣٣/ ٢) من القانون المدني العراقي و المادة (١٠/ ٤) من قانون الجنسية العراقية و المادة (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٣٤) د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، بلا ناشر ومكان نشر، ٢٠١٢، ص ٥٣-٥٤.

(٣٥) ينظر : المادة (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٣٦) د. احمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٦٠.

(٣٧) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٧٣١.

(٣٨) د. علي حسن كاظم، قواعد الاسناد و اليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد ٢٠، ٢٠١٦، ص ٣٢٥.

(٣٩) د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٧٣٤ و ما بعدها.

(٤٠) ينظر : المواد (٤٢-٤٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٤١) ينظر: المواد (١٩/ ٢، ١٩ / ٣، ٢٢، ٢٣) من القانون المدني العراقي.

(٤٢) ينظر : المواد (٤٧، ٤٩، ٥٤، ٥٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٤٣) ينظر : المادة (١٨/ ١) من القانون المدني العراقي و المادة (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٤٤) اشار الى هذين الاتجاهين : د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨، ص ٣١١.

(٤٥) ينظر : المادتان (٥٠، ٥٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٤٦) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٤٧) ينظر : المادتان (٤٧، ٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

(٤٨) تنص هذه المادة على انه : (اذا تقرر ان قانونـاً اجنبيـاً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

(٤٩) تنص هذه المادة على انه : (يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته، فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق).

(٥٠) د. اياد مطشر صيهود، اسس القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٩٤.

(٥١) ينظر : المادة (٣١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

(٥٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص ١٧-١٨.

(٥٣) تنص هذه المادة على انه : (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق).

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢. د. احمد عبد الحميد عشوش، اسس القانون الدولي الخاص، بلا ناشر و مكان نشر، ٢٠١٢.

٣. د. اياد مطشر صيهود، اسس القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.

٤. د. ثائر علي صبار، القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٧.

٥. د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٦. د. خليل ابراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥.

٧. القاضي عباس قاسم مهدي، الاجتهاد القضائي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، ٢٠١٥.

٨. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

٩. د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون ، بلا ناشر ، بغداد، ٢٠٠٤ .

١٠. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

١١. د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر و القانون، المنصورة، ٢٠١٣.

١٢. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

ثانياً : البحوث

١. د. حيدر فليح حسن، الاجتهاد القضائي و ضوابطه، مجلة العلوم القانونية، العدد ٣، ٢٠٢١.

٢. د. خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الاول / ٢٠١٢.

٣. د. عدنان باقي لطيف، فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص، المجلة الاكاديمية القانونية و السياسية، العدد الثاني، ٢٠٢١.

٤. د. علي حسن كاظم، قواعد الاسناد و آليات التطبيق في العراق، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد ٢٠، ٢٠١٦.

ثالثاً : القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢. قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣. القانون المدني التونسي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

٤. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٥. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٦. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة١٩٩٨.

٧. قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

رابعاً : المصادر الاجنبية

1- Judiciaries et juridietionnelle، paris puf، 1987. Institutions،Genevieve

خامساً : القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية (غير منشور) المرقم (٢٣/ ت/ ١٩٦٩) في ٢٩/ ٩/ ١٩٦٩.

٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية (غير منشور) المرقم (٢٨١/ هيئة موسعة مدنية/ ٢٠٠٨) في ١٧/ ٦/ ٢٠٠٩.

٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٣/ اتحادية/ ٢٠١٢) في ١١/ ١٠/ ٢٠١٢