مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٦)

مبادئ القانون الدولي الخاص
كمصدر في القانون المدني العراقي والمقارن

THE PRINCIPLES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

AS A SOURCE IN IRAQI & COMPARATIVE CIVIL LAW

د. أُسامة رشيد مجيد الربيعي

مدرس القانون المدني/ كلية الفارابي الجامعة

الملخص

لقد شرّع النص على مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا في المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وكذلك في معظم التقنينات المدنية العربية المقارنة اعترافاً من المشرعين بالوجود الفطري للنقص والقصور في التشريع الوضعي، واعترافاً من المشرعين أيضاً بأن هذا النقص والقصور انما يسدّه القضاء المدني الذي يضطلع بتطبيق القانون وتفسيره عادةً والذي يضطلع أحيانا بالإبداع والاجتهاد عندما يتيح له المشرع ذلك الدور، وكلاً من المشرع والقاضي لا يستغنيان عن معين آخر هو الفقه الذي يضطلع بدوره بوظيفة الشرح والتفسير والاجتهاد والإبداع وكل ذلك في علاقات أو معاملات مدنية وتجارية ذات عنصر أجنبي كموضوع أصيل للقانون الدولي الخاص. وحيث أن النص على المبادئ الأكثر شيوعاً في صميم القوانين المدنية فأن ذلك يجعل منها تكملة لمصادر هذه القوانين، أو هي مصدر خاص أو احتياطي فيها ولها يضاف الى مصادرها التقليدية العامة الواردة في موادها الأولى فضلاً عن أن دور المبادئ –موضوع البحث- في التطبيق يتسق ويتناغم مع حقيقة أن النصوص متناهية وأن الوقائع غير متناهية وما هو متناهٍ لا يمكن أن يحيط بما هو غير متناه.

ABSTRACT

Common principles of private international law done text in Article **30** of the Iraqi Civil law No. **40 of 1951**, As well in most comparative Arab civil laws, Recognition by legislators of the innate presence of deficiencies in positive legislation, Recognizing also that this deficiency is filled by the civil judiciary, which is responsible for the application and interpretation of the law, It also sometimes performs creativity and diligence when the legislator gives it that role.

Both the legislator and the judge do not dispense with the jurisprudence, which in turn has the function of explanation, interpretation, diligence and creativity, all in civil or commercial relations or transactions with a foreign element as an inherent subject of private international law.

The provision of the principles of private international law is most common at the deep impression of civil laws and this makes them complementary to the sources of such laws, Or is a private or reserve source It is added to its general traditional sources included in its first articles. The role of principles in practice is consistent with the fact that legal texts are finite and facts are infinite

المقدمة

يأتي بحثنا لمبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر في القانون المدني العراقي والمقارن، لأهمية الموضوع. ولدور هذه المبادئ ومدى الزامها باعتبارها مصدراً من مصادر القانون المدني فضلاً عن كونها من مصادر القانون الدولي الخاص، خصوصاً أنها لم تبحث على وجه الاستقلال والتفرد على ما نعلم، ولبيان أهميتها وماهيتها وإعطاء صورة واضحة وموجزة عنها، حيث إن النظام القانوني مهما كان نوعه أو مجاله يحتاج إلى مبادئ عامة أو أساسية فنية تحكم جوانبه وتكون الهيكل أو السند الأساسي له كذلك فأن هذه المبادئ الرئيسية العامة قد تستند بدورها على مبادئ فلسفية أو فكرية لها قيمتها وأثرها في تكوين القاعدة القانونية التي لها قيمة فنية في حقل الاختصاص أيضاً، لأنها تترك حقل الفلسفة المحضة والفكر المجرد لتدخل في عالم القانون بالمعنى الدقيق حيث التطبيق والشعور بعنصر الالزام القانوني وهذا لا ينفي عن تمتع هذه المبادئ بصفة الإلزام، فمبادئ القانون الدولي الخاص هي مبادئ عامة أو ذات مضامين عامة ومجردة، تعتبر جزءاً من الأنظمة القانونية الوضعية وكأحد المصادر الرسمية والمستقلة للقانون، ويمكن القول عنها أنها مبادئ للسلوك، ومن متطلبات الوعي العام، وقد ساهم الفقه والقضاء الوطني والدولي في إدخالها إلى حيز التطبيق والوجود بعدما كانت مفاهيم عامة مجردة، وإن كان أساسها أو مصدرها داخلياً في صميم النظم القانونية الداخلية، ثم انتقلت بعد ذلك إلى المجال الدولي لتصبح جزءً من المعاهدات الدولية أو جزء من النظم الأساسية للمحاكم الدولية، أو جزءً من القانون الداخلي الخاص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي.

وهكذا فأن الكثير من هذه المبادئ يتميز عن مصادر القانون الأخرى بأنها من المصادر المشتركة في النظم القانونية الداخلية والدولية على السواء، ولا يخفى الدور الفعّال للفقه والقضاء في المجالين الداخلي والدولي في الكشف عن مبادئ القانون الدولي الخاص، وإن كانا –أي الفقه والقضاء- من المصادر غير المباشرة أو التفسيرية للقانون، وهذا هو الأصل فيها، لكن هذا لا يمنع أن يرد الاستثناء على الأصل في أن يكون لهما دور في خلق وإنشاء مبادئ قانونية عامة في مجال القانون المدني، وفي ضوء ماتقدم سنقسم دراستنا إلى المبحثين الآتيين:-

المبحث الاول: المقصود بالمصدر ومصادر القانون المدني بوجه عام.

المبحث الثاني: مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر في القانون المدني العراقي والمقارن.

المبحث الأول
المقصود بالمصدر ومصادر القانون المدني بوجه عام

إن المبادئ العامة في القانون تقتضي منا بحث مصادر القانون بوجه عام، والتطرق إلى المقصود بتلك المصادر من خلال بحث المصادر الموضوعية التي تمثل جوهر القاعدة القانونية، وهي مجموعة العوامل التي يستمد منها المشرع مادة القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك سنبحث في المصادر الشكلية التي تعبر عن الصياغة الفنية لمضمون القاعدة القانونية ورسم طريق الإجراءات التي يجب اتباعها لحماية الحقوق، أو هي التي تنظم طرق التقاضي أمام القضاء، وفرض الجزاء المقترن بمخالفة القاعدة القانونية، ثم سنبحث المصادر الوطنية والدولية للقانون الدولي الخاص، بشيء من الإيجاز كونها من أصول ومبادئ القانون التي مما ينبغي معرفته لكل دارس للقانون وهذا ما يدركه الباحث، لذلك آلينا إعطاء صورة موجزة عنها في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: المقصود بالمصدر The sources

يشتمل هذا المطلب على بحث المصادر المادية (الموضوعية) التي تمثل جوهر القاعدة القانونية في الفرع الأول، ثم سنبحث المصادر الشكلية التي تمثل الصياغة الفنية لمضمون القاعدة القانونية وطرق المطالبة بالحقوق وحمايتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول:المصادر المادية (الموضوعية) Material (substantive) sources

إن المقصود بمصدر الشيء هو ما منه يصدر أو يستصدر الشيء، فمصدر القانون هو مأخذه[١]. فهو كما قلنا المنبع أو المرجع العام أو جوهر القاعدة القانونية. والمصدر المادي (الموضوعي) matérielle Source هو مجموعة من العوامل المختلفة التي يستمد القانون منها مادته، وهذا المصدر هو الذي تستمد منه القواعد القانونية مضمونها فيتمثل في المصالح الغالبة المشروعة في المجتمع الذي تنطبق فيه[٢]، وهذه المصالح قد تكون مادية، أو مثالية، أو دينية، أو وطنية، أو خلقية، أو هي تيارات واعتبارات ومصالح اجتماعية، أو سياسية، أو اقتصادية، أو ثقافية..الخ، وعليه فإن المشرع عادةً عندما يهم بوضع قواعد قانونية، وقبل أن تأخذ تلك القواعد شكلاً معيناً أو تدخل حيز التطبيق في الواقع، يرجع أولاً الى المصالح أو المنافع التي تعود على المجتمع قبل إقرارها كقاعدة قانونية ملزمة فهو يرجع إلى مصادر تاريخية أو عرفية استطرد العمل بها في مجتمعات أخرى، أو قد يستقي مضمون القاعدة القانونية من مصادر فقهية من آراء الفقهاء أو من السوابق القضائية، أو من مصادر دينية بوجه عام ومن أحكام الشريعة الإسلامية بوجه خاص، خصوصاً في البلدان العربية التي تدين بالدين الإسلامي الحنيف، أو قد يستنبط المشرع مضمون القواعد القانونية من النظم القانونية المختلفة[٣]؛ حيث ترمز المصادر

(١) د. عبدالله مصطفى، علم أصول القانون، بغداد، ١٩٩٦، ص ٢٣١.
(٢) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٠١ و ١٠٣.
(٣) وهذا ما نراه واضحاً في العديد من التشريعات أو التقنينات المدنية العربية كالقانون المدني المصري حيث

المادية أو الموضوعية إلى جوهر القاعدة القانونية، أو المادة الأولية قبل أن تمتد إليها يد القانون الوضعي بالتعبير والصياغة والإلزام في نطاق العمل، والسلطات العامة سواء كانت تشريعية أم قضائية أم تنفيذية تلتزم بما تقدمه إليها المصادر المادية الموضوعية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها(٤). وقد يعبر عن المصادر المادية أو الموضوعية بالمادة الأولية التي تستمد منه القاعدة القانونية جوهرها ومضمونها.

في ضوء ما تقدم، يمكننا القول بأن المصادر المادية (الموضوعية) للقاعدة القانونية هي حقائق أو عوامل مختلفة ساهمت أو أثرت في تكوين القاعدة القانونية أو بعبارة أخرى هي تلك العوامل أو الحقائق التي استمد منها المشرع القاعدة القانونية سواء كانت تلك العوامل تاريخية أو اجتماعية، أو اقتصادية أو سياسية، أو دينية.. وغيرها، أو أن يستوحي المشرع مضمون القاعدة القانونية من قانون قديم أو من قانون أجنبي، وغير ذلك، وهذا لا يمنع من استقاء واستنباط روح القانون والقاعدة القانونية من مصادر أو عوامل أخرى تحقق مصلحة المجتمع عندما تسبغ صفة الإلزام عليها.

الفرع الثاني: المصادر الشكلية (الرسمية) Formal Sources

سبق القول بان المصادر المادية (الموضوعية) تمثل جوهر القاعدة القانونية، لكن هذا الجوهر عادةً ما يأتي عاماً ومبهماً لذلك تأتي الصياغة الفنية القانونية التي يقوم بها المشرع لكي تحدد مضمون القاعدة القانونية لتجعلها مهيأة وصالحة للتطبيق العملي. فالقواعد الشكلية هي التي ترسم طريق الإجراءات التي يجب اتباعها عند المطالبة بحماية الحقوق، أو بصفة أعم عند تطبيق الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية الموضوعية، أو هي القواعد التي تنظم طريق التقاضي أمام القضاء(٥). وأن البحث في مصادر القانون الرسمية معناه البحث عن الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين، والقاعدة القانونية كأي أمر آخر لا تنشأ من العدم بل لابد من وجود سبب منشئ لها طبقاً لقانون السببية Principe de raison ou de causalité الذي يقرر أنه ((لا يوجد شيء بلا مصدر ولا توجد نتيجة بلا سبب)) والبحث عن السبب المنشئ للقاعدة هو بحث في نظرية المعرفة باعتبار أن القاعدة القانونية محلاً للمعرفة(٦). والمصادر الرسمية ترمز إلى طرق التعبير عن القاعدة القانونية، وذلك لأنها –أي القاعدة القانونية- توجد أولاً كمادة أولية قبل أن تمتد إليها يد المشرع الوضعي بالتعبير والصياغة والإلزام في نطاق العمل، وتصبح جزءاً من القانون الوضعي والطرق المشار اليها هي الطرق التي تنفذ منها القاعدة القانونية إلى دائرة القانون المطبق وتصبح واجبة التطبيق بفضل اكتسابها قوة الإلزام(٧). وأن المصدر الرسمي أو الشكلي للقاعدة بمثابة الروح في تكوين القاعدة القانونية، حيث

أن أغلب قواعده مستقاة من التقنين المدني الفرنسي وعلى غرار القانون المصري: التقنينات المدنية في العراق، وسوريا، والأردن، والجزائر، واليمن.. إلخ، حيث الاقتباس أو التأثر يبدو واضحا والى حد بعيد.

(٤) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون- القانون بوجه عام- النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣، ف ٤٨، ص ٩٥. أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد و د. عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون – نظرية الحق)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٥٩.

(٥) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٥، ص٤٤.

(٦) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، د. ن، ١٩٨٩، ص٢٣٤-٢٣٥.

(٧) د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص٩٥؛ أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد. و د. عصام أنور سليم، المصدر السابق، ص٥٩.

يمدها بحياتها المتمثلة في تنظيم علاقة اجتماعية تنظيماً ملزماً لأطراف العلاقة في بعض نواحي سلوكهم الاجتماعي[٨]، وهذا ما يهم السلطة الحاكمة في تنظيم الروابط والعلاقات الاجتماعية، عند وضعها للقواعد القانونية المنظمة لتلك العلاقات والروابط. أما من حيث تدرج مصادر القواعد القانونية، فإن العرف والتشريع يعتبران مصدران رسميان للقواعد القانونية، عرفتهما كل الجماعات منذ قديم الزمان، ومازالت تعرفهما إلى اليوم، وإن يكن حظهما فيها متفاوت كل التفاوت، فالعرف كان المصدر الرسمي الأول في القدم، ثم بدأ بالتقهقر في أهميته في -أغلب الجماعات أو المجتمعات- حتى غدت الصدارة اليوم للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية[٩]. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني العراقي[١٠]، كما تعرضت ذات المادة إلى حالة النقص في التشريع فتحيل القاضي مبدئياً إلى العرف، باعتباره المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فأن لم يجد القاضي ما يطبقه؛ لا في نص تشريعي ولا في عرف فأنه يذهب إالى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فأن لم يجد فيها ما ينطبق على الواقعة المعروضة عليه يحكم بمقتضى قواعد العدالة»[١١]، وبالتالي تعتبر هذه هي المصادر الرسمية للقانون بشكل عام؛ أي لكافة فروع القانون فهي ليست مقصورة على القانون المدني، وذلك بإضافة مصدر اخر هو المبادئ العامة للقانون بما في ذلك مبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي بأنه إذا لم يوجد تشريع أو نص في مسألة من مسائل تنازع القوانين، فإن القاضي يرجع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص [١٢]. وهناك مصادر أخرى كالفقه والقضاء البعض وهي المسماة بالمصادر التفسيرية غير الملزمة والتي تتعلق بتفسير القواعد القانونية، يستأنس بها غير أن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه، بل يحتمل ورود الاستثناء عليه.

المطلب الثاني: مصادر القانون المدني بوجه عام
Sources of civil law (in general)

يشتمل هذا المطلب على بحث مصادر القانون، حيث أن بعض فقهاء وكتّاب القانون يقسمون مصادر القانون إلى مصادر مكتوبة وإلى غير مكتوبة، ومنهم من يقسمها إلى مصادر رسمية وغير رسمية، والبعض الآخر يقسمها إلى مصادر مباشرة وغير مباشرة، وتقسم المصادر المباشرة إلى مسطورة كالتشريع الوطني، والمعاهدات الدولية، وغير المسطورة كالعرف. أما المصادر غير المباشرة فتتمثل بأحكام المحاكم والفقه، وقرارات المؤتمرات العلمية والسياسية.

أولاً: التشريع (The legislation):

(٨) د. نبيل إبراهيم سعد و د. عصام أنور سليم، المصدر السابق، ص٦٠.
(٩) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٩، ص٢٠٤.
(١٠) ويقابلها نص المادة (٢/١) مدني مصري: ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة)).
(١١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، مطبعة دار الكتاب العربي، دون سنة طبع، ص١٨٧-١٨٩.
(١٢) المادة (٣٠) مدني عراقي هو: ((تتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من= =أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.

يأتي التشريع في المرتبة الأولى من بين المصادر الرسمية للقانون المدني حيث اكتسب هذه الأهمية من المزايا التي لم تتوافر للمصادر الرسمية الأخرى من وضوح وانضباط، ودقة صياغة وسرعة اعداد. إذ أن التشريع يمتاز بالوضوح لأنه يمكن الاستدلال عليه من خلال الرجوع إلى القوانين المنشورة في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية)، كما انه يمتاز بدقة الصياغة لأنه من المعلوم ان التشريع يمر بعدة مراحل ابتداءً باقتراحه وانتهاءً بإصداره ونشره في الجريدة الرسمية يكون فيها مصاغاً صياغة قانونية محكمة، فضلاً عن السرعة التي يمتاز بها لمواجهة المشكلات العاجلة، وفي تحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون المطبق على اقليم الدولة[١٣]. وإلى جانب تلك المزايا هنالك مساوئ أو عيوب للتشريع[١٤] لا يمكن اهمالها وعلى كل أية حال فأن محاسنه تفوق مساوئه.

إن التشريع أو القانون الوطني المكتوب عبارة عن القواعد القانونية التي يضعها المشرع ليأمر بها القاضي فيما يعرض عليه من المسائل[١٥]، وتختلف أهمية التشريع كمصدر للقانون بوجه عام بحسب الأحوال، فهناك أحوال خاصة يجب أن يكون هناك تشريع بشأنها مثل مسائل الجنسية فهي لا بد أن تخضع لقواعد تشريعية لأنه يمس تكوين الدولة ذاتها، فلا يمكن تركه لقواعد عرفية أو قواعد اخرى غير واضحة المعالم، خصوصاً وأن الدولة عندما تشرع بوضع قواعد قانونية لتنظيم مسألة ما فإنها إذ تمارس سلطانها على إقليمها[١٦]. ولا يخفى من دور كبير للتشريع دون غيره من المصادر في انتاج أغلب القواعد القانونية وفي سد النقص الحاصل في جميع موضوعات القانون خصوصاً ونحن في ظل عصر متطور ومتسارع.

فالمصادر الرسمية أو الملزمة هي التي يتعين على القاضي ان يلجأ اليها ابتداءً من التشريع حيث نصت الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها). حيث تقتصر الفقرة الأولى على رسم حدود سريان التشريع من حيث الموضوع، لذلك يجدر بالقاضي أن يلتمس الحكم المطلوب على النزاع في نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وعدم الأخذ بأسباب الاجتهاد. ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه، كما لو كان ذلك بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو اعماله التحضيرية أو باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه

(١٣) في تعداد هذه الفوائد والاستزادة منها راجع: د. عبدالرزاق السنهوري، المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦، ص ١٥٠-١٥٢. د. عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، المصدر السابق، ص ١١٤-١١٦. د. محمد رفعت الصباحي، المبادئ العامة في القانون والقانون التجاري، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٦، ص٩٣. د. عبدالمنعم فرج الصدة وآخرون، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢١-١٢٢.

(١٤) راجع للبحث في مساوئ التقنين وللرد على القائلين بها: د. عبدالرزاق السنهوري، أصول القانون، ص ١٧٤-١٧٧. أيضاً: د. عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، المصدر السابق، ص ١١٧-١١٩. د. محمد رفعت الصباحي، المصدر السابق، ص ١١٧-١١٨.

(١٥) د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، القاهرة، ١٩٣٣، ص٢٧؛ أيضاً: د. جمال محمود الكردي، القانون الدولي الخاص (النظرية العامة للقانون الدولي الخاص- تنازع= =القوانين)، الطبعة الأولى، مصر، ١٩٩٤-١٩٩٥، ص٢٨.

(١٦) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص١٩؛ د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص٢٩؛ أيضاً: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة السابعة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٤٧.

أو دلالتـه بطـرق التفسـير المختلفـة[١٧].

ثانياً: العرف (The custom):

العـرف هـو اطـراد التقليـد علـى اتبـاع سـنة معينـة فـي العمـل مـع الاعتقـاد فـي الـزام هـذه السـنة كقاعـدةٍ قانونيـة[١٨]. أو هـو مجموعـة مـن القواعـد القانونيـة الناتجـة عـن السـلوك المضطـرد فـي مسـألة معينـة علـى نحـو معيـن اضطـراداً مصحوبـاً بالاعتقـاد بـأن هـذا السـلوك يحمـل صفـة الإلـزام[١٩]. أو هـو الجـري علـى حكـم معيـن فـي حالـة معينـة بصفـة ملزمـة، أو هـو العـادة التـي تتأهـل إلـى حـد الإلـزام[٢٠] ويعتبـر العـرف المصـدر الثانـي والرسـمي الـذي يجـب علـى القاضـي عنـد خلـو النـص التشـريعي الرجـوع إليـه، وهـذا مـا أشـارت إليـه صراحةً المـادة الأولـى مـن القانـون المدنـي العراقـي، ويـكاد يكـون العـرف هـو المصـدر الرسـمي الثانـي فـي أغلـب التشـريعات والقوانيـن الداخليـة (الوطنيـة) والدوليـة علـى حـدٍ سـواء. ولكـن أهميـة العـرف تتبايـن باعتبـاره مصـدراً رسـمياً لقواعـد القانـون المدنـي، حيـث تظهـر أهميـة العـرف أو تـزداد أهميتـه كلمـا قـل التشـريع، وتقـل أهميتـه بتدخـل عنصـر السـيادة وهـو أن تقـوم الدولـة بفـرض سـلطانها وإرادتهـا كمـا هـو الشـأن فـي الجنسـية. ويشـترط فـي العـرف أن يتوفـر فيـه ركنـان أساسـيان همـا الركـن المـادي والركـن المعنـوي، ويقصـد بـالأول اضطـراد العمـل بالحكـم فتـرة مـن الزمـن ولكـي يتحقـق هـذا الركـن يجـب توفـر الاضطـراد أو التكـرار، والقـدم، والعمـوم فـي الحكـم وأن يكـون الحكـم عامـاً للمخاطبيـن بـه وقـد اسـتقر الاسـتمرار عليـه، أمـا الركـن الثانـي (المعنـوي) معنـاه رسـوخ الاعتقـاد بـأن الحكـم يعتبـر قاعـدة قانونيـة ملزمـة[٢١]، واجبـة التطبيـق مـن قبـل القاضـي إذا خـلا النـص التشـريعي. والواقـع أن الفقـرة الثانيـة مـن المـادة الأولـى مـن القانـون المدنـي العراقـي[٢٢] قـد عالجـت حالـة نقـص التشـريع محيلـةً القاضـي المدنـي إلـى تطبيـق العـرف باعتبـاره المصـدر الـذي يلـي التشـريع فـي المرتبـة فمـن الواجـب عليـه اللجـوء مباشـرةً اليـه عنـد خلـو النـص التشـريعي.

وغنـي عـن البيـان، أن القاضـي يجـب عليـه تطبيـق القواعـد العرافيـة بوصفهـا المصـدر الرسـمي الثانـي للقانـون بوجـه عـام، ولفـرع القانـون المدنـي بوجـه خـاص، فـي حالـة عـدم وجـود التشـريع أو النـص القانونـي أو خلـوه مـن حـل لمسـألة مـن مسـائل القانـون، وبهـذا تتأكـد الصفـة الالزاميـة لـه، ولذلـك يجـب علـى القاضـي ان يتحـرى وجـود العـرف وثبوتـه لديـه، وذلـك لأن المشـرع قـد أوجـب علـى القاضـي المدنـي الالتـزام بتلـك المصـادر وبالتـدرج الـذي رسـمه عنـد التطبيـق، كمـا ورد فـي المـادة الأولـى مـن القانـون المدنـي العراقـي والمقـارن، وبذلـك يكـون القانـون المدنـي قـد أقـرَّ العـرف وتكفـل بإلـزام سـلطات الدولـة بـه عنـد خلـو النـص التشـريعي، علمـاً أن إلتـزام النـاس بـه وبقوتـه القانونيـة الملزمـة إنمـا ينبـع مـن طبيعتـه ووجـوده فـي الحيـاة الاجتماعيـة حيـث رسـوخ الاعتقـاد لـدى عامـة النـاس بعـد تكـرار أو اضطـراد العمـل فـي مسـألة معينـة، لتصبـح كمـا يراهـا المخاطبـون بأنهـا ملزمـة وواجبـة الاتبـاع.

(١٧) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص١٨٧.
(١٨) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص ٣٥١.
(١٩) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، المصدر السابق، ص٢٢.
(٢٠) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص٤٨.
(٢١) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، المصدر السابق، ص٢٣.
(٢٢) المادة (١/ ٢) مدني عراقي، تقابلها المادة (٢/١) مدني مصري.

ومن ناحية أخرى تقسم القواعد العرفية إلى نوعين: قواعد عرفية وطنية، وقواعد عرفية دولية[٢٣]، وقد سبق الحديث عن أهميتها ودخولها أو دورها في مواضيع القانون الدولي الخاص وهو ما يزيد أو ينقص من موضوع لآخر، ومثال على تلك القواعد تلك التي تقضي بتمتع الأجانب بنفس الحقوق الخاصة أو المدنية التي للوطنيين[٢٤]، أو أن تقوم بطرد الأجانب من إقليم الدولة بالجملة، أو أن تعاملهم بأسوأ مما تعامل به رعاياها أو مواطنيها. رغم أن البعض يرى ذلك من قواعد القانون الدولي العام[٢٥]، لأنها تحكم علاقات الدول فيما بينها، لا علاقات الأفراد، مع وجود قواعد مصدرها العرف وهي مسلم بها في دول العالم المتمدِن، كقاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، بل أن أغلب قواعد تنازع القوانين نشأت في ميدان العرف وهذا معناه أن التزام الدول بالعرف لا يرتب التزامها به دوليا، وإنما لشيوعه في هذه الدول[٢٦]، وهناك رأي آخر يرى وجود عرف دولي، ولكن قواعده ما زالت قليلة العدد أو أن نطاقها لا زال أحياناً بحاجة إلى التحديد ففي مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وبالرغم من استقلال كل مشرع برسم حدود اختصاص دولته وقضائها، إلّا أنه يجب أن يراعي في تحديد هذا الاختصاص توافر الصلة بين النزاع وبين محاكم دولته لتبرير قيام محاكمه بنظر النزاعات ذات الطابع الدولي[٢٧] أيضاً وهو ما يشترط على وجه الخصوص في حالة الخضوع الارادي لمحاكم أو لقضاء دولة ما. وهناك رأي ثالث يرى وجود قواعد عرفية دولية لكنها لا تنظم بصفة أو بصورة مباشرة مسائل القانون الدولي الخاص، وهذه القواعد توجه للدول ذاتها، وتفرض التزامات على عاتق هذه الدول[٢٨].

في ضوء ما تقدم، وفضلاً عن الآراء الفقهية التي قيلت بشأن العرف، يمكننا القول بأن هناك شبه إجماع في الوقت الحاضر على وجود قواعد عرفية وطنية أو داخلية جرى تلقفها أو تطبيقها في أكثر من دولة حتى أصبحت قواعد عرفية دولية، مع الاعتراف بالدور الكبير للعرف في الكثير من قواعده التي أصبحت فيما بعد نصوصاً تشريعية أو تعاهدية لكثير من موضوعات القانون الداخلي أو الدولي.

ثالثاً- مبادئ الشريعة الاسلامية (Principles of Islamic law):

الزمت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي المحاكم بالحكم بمقتضى ثلاثة مصادر هي: العرف، فمبادئ الشريعة الاسلامية، فقواعد العدالة. حيث نصت على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمةً لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهبٍ معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة). وعلى ذلك، واستناداً للنص المذكور آنفاً فأن مبادئ الشريعة الاسلامية تأتي بالمرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، وكذلك في كونها مصدراً احتياطياً عاماً، بمعنى أنه لا يلتجأ اليها إلّا في حالتي عدم وجود

(٢٣) د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص ٤٢.
(٢٤) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص ٣٤.
(٢٥) د. عز الدين عبد الله، ص ٥، أيضاً: د. محمد عبد المنعم رياض، المصدر، ص ٣٠.
(٢٦) المصدر نفسه، ص ٥٠.
(٢٧) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، المصدر السابق، ص ٢٥- ٢٦، أيضاً: د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص ٤٥.
(٢٨) د. محمد كمال فهمي، المصدر السابق، ص ٣٥.

النص التشريعي، أو القاعدة العرفية في حكم المسألة موضوع النزاع[٢٩]، وعلى هذا تعتبر الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً خاصاً في المسائل المتعلقة بنظام الاسرة. كما يلاحظ أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي في نطاق المعاملات المالية، يقصد به الرجوع إلى المبادئ العامة في هذه الشريعة، وهي عبارة عن الأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب. فلا يرجع إلى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف في المذاهب، بل ويختلف فيها فقاء المذهب الواحد[٣٠]. فالشريعة الاسلامية لم تبق المصدر الوحيد للنظام القانوني الجديد في كل بلادنا، ولكنها لم تزل مصدراً حيوياً، بل ومنفرداً لأكثر من فرع من فروع القانون[٣١].

والحقيقة أن الشريعة الاسلامية جُعلت مصدراً ثانوياً يأتي بعد العرف في عداد المصادر، كما جُعل الأخذ منها عند اِعْوزاز المصادر السابقة[٣٢]. ولكن مما تجدر ملاحظته أن مبادئ الشريعة الاسلامية قد جاءت بالمرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف من حيث الترتيب ووجوب التزام القاضي المدني بوجوب الأخذ بها على هذا النحو المرسوم؛ ولكننا نرى أن ورودها في المرتبة الثالثة لا يعني ابداً أنها أقل شأناً من المصدرين السابقين، بل هي أعلى وأكبر شأناً وأوسع مصدراً من سابقيها. والدليل على ما تقدم، أنها يرجع اليها لإيجاد أو التماس حل للنزاع المعروض عند اعوزازه في المصدرين السابقين، فمن يملك الكل يملك الجزء.

ويبدو ان واضعي القانون المدني أرادوا بترتيب المصادر أن يقدموا العرف على الدين على اعتبار أن الأول أقدم من الثاني من الناحية التاريخية؛ وليتهم علموا أن الدين كان قد سبق العرف حتى في المجموعة الرومانية. فالقانون الروماني انما نشأ إذ نشأ في معابد الكهان الوثنيين قبل ميلاد السيد المسيح –عليه السلام- بقرون. ونظرة بعض المثقفين من مسيحيي الشرق إلى القوانين الأوربية على أنها مسيحية لأنها رومانية الأصل، هذه النظرة ليس لها مستند صحيح من العلم والواقع والتأريخ. وان من أسس القانون الروماني ما يناقض عقيدة السيد المسيح وأسساً من صرح دينه[٣٣].

رابعاً- قواعد العدالة (Ex aequ et bono (Equity:

العدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة إلى كل شخص، فهي تعني الشعور بالإنصاف الذي هو شعور كامن في النفس يمليه الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة إلى الوفاء بالحقوق والالتزامات وإيتاء كل ذي حق حقه[٣٤]. فقواعد العدالة مجموعة من

(٢٩) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، المصدر السابق، ص ٨٧-٨٨. د. همام محمد محمود و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون تاريخ، ص ٨٠.

(٣٠) د. عبدالمنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٠٦-١٠٧. د. احمد صالح الصعيدي، الوجيز في مبادئ القانون، دون ناشر، مصر، ٢٠٠٤، ص ٥١.

(٣١) د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م، ص ٥٣.

(٣٢) د. عبدالله مصطفى، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٣٣) المصدر نفسه، ص ٢٣٣.

(٣٤) الأستاذ عبدالباقي البكري والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، ص٦٨.

القواعد التي تصدر عن مثل اعلى يستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة.

ويشير أغلب شراح القانون إلى أن قواعد العدالة ليست محددة ويشوبها الغموض، فهي قواعد مثالية يتوصل اليها عن طريق التأمل وإعمال العقل والتفكير السليم، فضلاً عن كونها قواعد متغيرة غير ثابتة قابلة للتغير بطبيعتها بتغير الزمان والمكان. كما أنها لا ترشد إلى حلول قاطعة، بل هي تملي بالشعور بالإنصاف فقط[٣٥]. بيد أن المشرع عندما أوجب على القاضي المدني الرجوع إلى قواعد العدالة بعد المصادر السابقة (التشريع، العرف، مبادئ الشريعة الاسلامية) فهو قد قصد تحقيق فائدة عملية وهي منع القاضي من النكول عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يستنبط منها حكمه. فهي –أي قواعد العدالة- تلزم القاضي أن يجتهد رأيه وفق اعتبارات موضوعية عامة لا عن اعتقاده الذاتي وأفكاره الخاصة.

خامساً: القضاء الوطني أو الداخلي

Judaments (Decisions)of national courts (Juriprudence):

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يأتي: ((وتسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)). فالقضاء له أكثر من معنى أو مفهوم فهو بالمفهوم العضوي أو المؤسسي كهيئات ومحاكم[٣٦] يقوم بمهمة تطبيق القواعد القانونية سواء أكانت تشريعاً أم قاعدة عرفية، أم قاعدة مستقاة من مبادئ الشريعة الاسلامية أم تعبيراً عن قواعد العدالة، فأن مجمل ما يقوم به من تفسير وتطبيق واجتهاد ومجموع ما استقرت عليه المحاكم والهيئات القضائية من مبادئ وقواعد في أحكام القضاء بشأن مسائل قانونية كمسائل تنازع القوانين أو القانون المدني...الخ، وكل ذلك يفيد معنى القضاء بالمعنى أو المفهوم الوظيفي Jurisprudence وخلاصته أو جوهر ومضمون عمله الذي يمكن عدّه مصدراً من مصادر القانون المدني العراقي والمقارن وخصوصاً عندما يتجلى دور القضاء سواء كمفسر للقواعد التي ذكرناها أو فيما يترشح عن العمل القضائي من مبادئ قانونية، قد يتبناها المشرع لتصبح قواعد تشريعية أو مبادئ متعارف عليه في العمل القضائي، رغم أن المعروف والأصل في القضاء هو تفسير القانون وتطبيقه واعتباره عند أغلب كتاب وشراح القانون مصدراً غير رسمي، أو من المصادر التفسيرية في بلاد القانون المكتوب التي لا تأخذ بنظام السابقة القضائية. لذلك يعتبره البعض من المصادر غير الرسمية أو غير المباشرة، والبعض الآخر يعتبره أو يصفه بالمصدر التفسيري باعتبار أن مهمته الأصلية هي تطبيق وتفسير القانون وليس إنشاء أو خلق قواعد قانونية. وهنا تكمن أهميته في إخراج القواعد القانونية المكتوبة من حيز الجمود إلى حيز التطبيق العملي. وإن كانت أهميته محدودة أو مقيدة.

ويذهب بعض فقهاء القانون الخاص الى أن أهمية القضاء تبدو بصورة أكبر عند

(٣٥) المصدر نفسه، ص٦٩. د. نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٦٩. د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، المصدر السابق، ص٨٧-٨٨.

(٣٦) د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٦، ص١٦٥.

تحديد القواعد غير المكتوبة أو عند بيان مضمونها عندما تكون محل نزاع ويتولى القضاء الكشف عنها وتحديد معالمها أو دلالاتها[٣٧]، حيث يكون للقضاء دور كبير في تطوير قواعد القانون المدني، فالقضاء الوطني عادةً ما يسترشد عند فصله في المنازعات ذات العنصر الأجنبي أو ذات الطابع الدولي بالقضاء الأجنبي بالإضافة إلى ما استقر عليه قضاء دولته، خصوصاً في البلاد التي استمدت قواعد قانونها الداخلي كالقانون المدني من النظم الأجنبية. لأنه من المعلوم أن مادة القانون المدني العراقي جاءت من أحكام المجلة ومن القانون الفرنسي، وكذلك شأن القانون المدني المصري والقانون المدني السوري. والقضاء[٣٨] بهذا التعميم لا يعدو كونه تقنيناً لما جرت عليه المحاكم في الاستشهاد بالقضاء الوطني و الأجنبي على حدٍ سواء. وهو ما أكدته محكمة التحكيم الدولية في أحد أحكامها بقولها: ".. على أنه ليس ما يمنع من رجوع القاضي الوطني إلى أحكام المحاكم الدولية والأجنبية باعتبارها مصدرين غير مباشرين»[٣٩].

سادساً: الفقه (The doctrine):

هو مجموعة الآراء والأفكار والشروح والإجتهادات التي يدلي بها علماء وفقهاء القانون، والتي يعرضون فيها لشرح القانون وتفسيره ونقده[٤٠]، فهو يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، مع مناقشة هذه الأحكام ليتبين ما في القانون من نقص أو عيب وقصور. حيث يأتي دور فقهاء القانون كل حسب اختصاصه ومنهم فقهاء اضطلعوا بالقانون المدني والقانون الدولي الخاص فبذلوا وسعهم وجهدهم كي يعينوا المشرع في استقاء أفكاره ووضع الحلول القانونية عندما يضطلع في سن القواعد القانونية، وإن كان دور الفقيه أو عالم القانون -كما يصفه البعض- هو دور تفسيري للقانون المدني أي يشترك بصفة غير مباشرة في وضع القواعد القانونية، ودوره التفسيري يظل هكذا؛ سواء في الفقه الوطني أو الأجنبي[٤١]. وتأتي أهمية الفقه أيضاً بالنسبة للقضاء، من خلال الآراء الفقهية التي عادةً ما تعين القاضي في استجلاء وتفسير نصوص القانون. بيد أن رأي الفقيه لا يكون ملزماً للقاضي، فلا يتقيد برأي فقيه ولا برأي أجمع عليه فقهاء القانون لأنها مجردة من القوة الملزمة. ولا يخفى الدور الكبير للفقه في توجيه المشرع لتلافي ما في التشريع من عيب أو نقص.

في ضوء ما تقدم، يمكن القول أن دور الفقه يأتي من خلال الأفكار التي يطرحها فقهاء القانون الذين يضطلعون بدور غير مباشر يساعد المشرع عندما يضع قواعد قانونية. وبالإضافة إلى الدور التفسيري، هناك للفقه دور آخر يتمثل في إرشاد القاضي في تفسير القانون وإبداء الآراء التي قد تنفع القاضي في استجلاء نصوص القانون

(٣٧) د. محمد كمال فهمي، المصدر السابق، ص٥٦.

(٣٨) راجع في ذلك المادة (٣/١) من مشروع القانون المدني المصري وهذه الفقرة قد ألغيت من نص المادة الأولى عند القراءة النهائية: « يستلهم القاضي في ذلك كله الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً». إلّا أن العمل بالفقرة الثالثة من المادة الاولى ظل باقيا وهذا ما اشارت اليه المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٣٩) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص ٧١ – ٧٢، أيضاً: د. محمد عبد المنعم رياض، المصدر السابق، ص ٣٨ – ٣٩. وكذلك نص المادة ٣٨ ف١/د من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٤٠) د. عبدالمنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، المصدر السابق، ص ١١٤. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، المصدر السابق، ص٣٦، أيضاً: د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص٦٢.

(٤١) د. عز الدين عبدالله، المصدر السابق، ص٧٥. د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص٦٣.

والبحث عن الغاية أو الهدف من تلك القوانين.

بعد دراستنا الموجزة لمصادر القانون المدني كونها من مقتضيات البحث، لا بد لنا من الانتقال الى بحث مبادئ القانون الدولي الخاص وذلك في المبحث التالي.

المبحث الثاني

مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر للقانون المدني العراقي والمقارن[٤٢]

Principles of private international law as source of Iraqi and comparative civil law

إن البحث في مبادئ القانون الدولي الخاص يقتضي منا بيان ماهية تلك المبادئ من خلال التعريف الذي وضعه فقهاء وكتّاب القانون الدولي الخاص لها وأيضاً بحث طبيعة وخصائص تلك المبادئ باعتبارها مما اشتركت فيه النظم القانونية واعترفت بها الأمم المتحضرة أو المتمدنة صراحةً أو ضمناً ودورها في سد ثغرات النظم القانونية أو التشريعات الداخلية أو الدولية، ومجال إعمال تلك المبادئ في المعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي أو في مجال دخولها في الكثير من القوانين والأسس التشريعية لها وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف وطبيعة مبادئ القانون الدولي الخاص

إن المبادئ العامة للقانون هي من العموم والتجريد، بحيث تقتضي الضرورة تلمس أو وجود قاعدة قانونية إلى جانبها خصوصاً في حالة انعدام النص التشريعي المكتوب أو القاعدة العرفية، فضلاً عن دخولها في مجالات ومواضيع القانون المتعددة كالقانون الدولي العام، والقانون المدني، والقانون الدولي الخاص، وفي قضاء التحكيم،... إلخ، كذلك باعتبارها مصدراً من مصادر القانون الأصلية أو الرسمية للقانون الدولي العام يلجأ إليها القاضي الدولي لفض نزاع عند عدم وجود نص في معاهدة دولية أو في عرف دولي، كذلك تعتبر أحد مصادر القانون المدني فيما يخص المعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي. أما مضمون تلك المبادئ فهو يختلف حسب طبيعة فرع القانون الذي تنتمي اليه على الرغم من أنها تشترك في وظيفة واحدة هي أن القاضي أو المحكم يلجأ إليها لاستخلاص الحل المناسب للنزاع المعروض عليه عند تعذر وجوده في أحكام القانون[٤٣]، وقد يختلف التعبير عنها في الصياغة فمنهم من يسميها، المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون، أو مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، أو المبادئ القانونية المعترف بها من الدول المتمدنة، إلّا أننا نراها ذات معان أو مقاصد متماثلة أو متشابهة وإن اختلفت مضامينها أو مادتها لكونها من المشتركات بين فروع القانون، لذلك ارتأينا دراسة أو بحث تلك المبادئ في فرعين هما:-

الفرع الأول: تعريف مبادئ القانون الدولي الخاص وأساسها التشريعي

Principles of private international law: Its definition&legislative base

(٤٢) بالإنكليزية The principles of private international law، بالفرنسية Les principes de droit international privé

(٤٣) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، مصدر سبق ذكره، ص ١٥٧.

أولاً- تعريفها The definition:

إن المبادئ العامة للقانون(٤٤)هي مصدر من مصادر القانون المدني الرسمية، التي لا بد قبل الدخول في بيان طبيعتها من تعريفها، وذلك لمعرفة ماهية تلك المبادئ فمنهم من عرفها، بأنها مجموعة القواعد الأساسية التي لا تستند إلى نص مكتوب وإنما يستخلصها القضاء من خلال الاتجاهات العامة للتشريع في الدولة، ومن خلال ضمير الجماعة والأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع(٤٥). ويفهم من التعريف المذكور آنفاً أن تلك المبادئ هي قواعد غير مكتوبة أو غير منصوص عليها يستخلصها القضاء من خلال التوجه العام للتشريع في الدولة، وبذلك يظهر من التعريف إظهار صفة أو إحدى خصائص المبادئ العامة للقانون، ومن التعاريف الأخرى لها: بأنها قواعد قانونية غير مكتوبة، لها قيمة تشريعية طالما أنها لم تخالف قواعد قانونية موجودة(٤٦)، لكن المتعارف على تلك المبادئ هي أنها تعبر عن المبادئ الأساسية السائدة في مختلف النظم القانونية للدول، فهي قواعد سلوك عامة تنظم العلاقات بين الأشخاص وتصلح كأساس للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها. أو هي مبادئ مشتركة مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، وتصلح لتطبيقها في المنازعات الدولية أو العلاقات الخاصة الدولية (كالعقود الدولية)، مع وجود بعض الاختلاف في أسلوب التطبيق(٤٧).

ويعرفها أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: بأنها حلول وأن بدت خاصة بكل دولة على حدة، إلّا أنها صارت تراثاً قانونياً مشتركاً، واكتسب طابعاً عالمياً، بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية، وبالشعور بأنها أضحت، بطبيعتها، مشتركة بين كل النظم القانونية، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية، لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة(٤٨). وفي ذات الاتجاه، يذهب بعض الفقهاء إلى أن من عوامل قيام ظاهرة تنازع القوانين وجود مبدأ الاشتراك القانوني أو التكافؤ النظامي بين قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة ذات العنصر الأجنبي ويترتب على ذلك أن تصبح حلول تنازع القوانين التي توحي بها العدالة واحدة أو مقبولة لدى الدول التي يجمعها الاشتراك القانوني جراء وحدة الفكر القانوني والثقافة القانونية(٤٩).

ثانياً- الأسس التشريعية لمبادئ القانون الدولي الخاص في القانون المدني العراقي والمقارن

legislative bases (foundations)

(٤٤) بالفرنسية Principes généraux du droit، بالإنكليزية General principles of law

(٤٥)Béla Vitanyi ; Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», revue général du droit international public, (R.G.D.I.P), **1982. P48.**

(٤٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري - مبدأ المشروعية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٩.

(٤٧) Georges Ripert: L'ordre juridique et la théorie des sources du droit,(L.G.D.J) , Tome I, Paris, **1950, p.112.**

(٤٨) مؤلفه: علم قاعدة التنازع، مصدر سبق ذكره، ص ١٦١. أيضاً مؤلفه: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٦١.

(٤٩) د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص٤٨.

تبدو أهمية مبادئ القانون الدولي الخاص بالظهور يوماً بعد يوم من خلال ما تقوم به أو تعالجه في إيجاد حلول مناسبة لمستجدات وتطور العلاقات بين الدول والهيئات أو المنظمات الدولية، والأفراد، وفي العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي أو ذات الطابع الدولي، خصوصاً وأن التشريعات القانونية عادة ما تكون جامدة إذا ما فسرت تفسيراً حرفياً أو ضيقاً بحدود النص التشريعي، إضافة إلى ذلك فإن التشريعات القانونية لا تستطيع بطبيعة الحال مواكبة التطور والسرعة في العلاقات أو العقود كالعقود التجارية الدولية أولاً بأول خصوصاً في الإجراءات أو في الأفكار والمضامين المستحدثة، وهما مما يفتقر اليه القانون والقضاء الداخلي.

لذلك نصت الكثير من القوانين الوطنية في إطار منهج تنازع القوانين على الإشارة إلى مبادئ القانون الدولي الخاص التي اعترفت بها وأقرتها وطبقتها مختلف. ونجد صدى ذلك على المستوى الدولي فقد نصت المادة ٣٨ /فقرة ١- ج[٥٠] من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على المبادئ العامة للقانون ضمن أحكام القانون الدولي والتي تطبقها المحكمة للفصل فيما يعرض عليها من منازعات دولية، وتعتبر من المصادر الأصلية للقانون الدولي والتي تأتي بالترتيب بعد المعاهدات والعرف الدولي، عند لجوء القاضي الدولي إليها في التطبيق.

وفي المجال الداخلي نصت عليها التقنينات المدنية لكثير من الدول، فالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، قد نص في المادة (٣٠) منه: « يتبع فيها لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً «، وهذا النص الذي رددته من قبل ومن بعد أغلب إن لم تكن جميع القوانين العربية[٥١] وقد جاءت هذه المادة تأثراً بنص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري وكذا الحال لبقية القوانين العربية في شأن مبادئ القانون الدولي الخاص وقد وردت عبارة «الأكثر شيوعا» في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي اشارةً إلى المبادئ الشائعة بين الامم أو الدول خصوصا في العلاقات المدنية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، باعتبار ان أغلب قواعدها مستمدة من النظم والقوانين الغربية الأخرى التي سبقتنا في هذا الجانب. وأنه رغم التطور في الجانب القانوني لم يجعلنا هذا في غنى عن تلقف المبادئ الشائعة في بلاد العالم المتمدن بل وحتى من القواعد المكتوبة. وبالرجوع إلى عبارة (الأكثر شيوعا) more common التي قد الغيت من المادة (٢٤) من القانون المدني المصري[٥٢]، عند الصياغة النهائية، التي يقرر أو يفسّر البعض حذف هذه العبارة بأنه حتى لا تتخذ ذريعة يلجأ إليها القاضي وأخذه بأكثر الحلول رواجاً سواء في الفقه أو القضاء دون النظر إلى أي اعتبار آخر[٥٣].

في ضوء ما تقدم، ومن نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، نرى أن

(٥٠) المادة (٣٨ فقرة ١- ج) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٥١) المادة(٢٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، والمادة (٢٥) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩، وكذلك القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ (المادة ٢٥)، والمادة (٢٤) من القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٣، والمادة (١٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤، والمادة (٢٣) مكرر، من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥، والمادة (٢٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لعام ١٩٨٥، والمادة (٦٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١... إلخ.

(٥٢) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص

(٥٣) د. محمد كمال فهمي، المصدر السابق، ص ٣٩.

مبادئ القانون الدولي الخاص تشمل أحوال تنازع القوانين في المواد السابقة للمادة (٣٠) المذكورة آنفاً كتنازع القوانين من حيث الزمان[٥٤] والمكان في الحالات التي لم يكن بشأنها نصاً خاصاً في تشريع مكتوب ولا في قاعدة عرفية، ويمكن القول أيضاً أن المادة ٣٠ مدني عراقي تتسع لبعض مسائل تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ولبعض المسائل في مواد القانون الخاص.

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية لمبادئ القانون الدولي الخاص
The Legal nature

بالرغم من اختلاف النظم القانونية، والتأكيد على مبدأ سيادة واستقلال كل دولة في وضع تشريعاتها الخاصة بها بوجه عام، فأن هناك بعض الدول تأخذ بالنظام الأنكلوسكسوني وبعضها الآخر تأخذ بالنظام اللاتيني...، مع وجود الاختلاف فيما بينها على مستوى تلك النظم القانونية، بل ان الاختلاف موجود حتى بين الدول التي تطبق نظاماً قانونياً واحداً، وهذا الاختلاف في القواعد قد يحدده مبدأ السيادة أو الاستقلالية في أن تختص كل دولة بوضع قواعدها الخاصة بها، لكن بشرط أن لا تضع قواعد تشريعية مخالفة لمعاهدة دولة هي طرف في تلك المعاهدة، فهذا هو الأصل العام في الاستقلالية أو السيادة والخصوصية. وفي ذات الوقت نرى أن هناك مبادئ عامة هي من قبيل التراث القانوني بين دول العالم تجمع عليها مختلف النظم، وتلجأ اليها الدول وتدخلها في أنظمتها القانونية، وتطبقها عند تعذر النص المكتوب أو العرف، ثم ما لبثت أن انتشرت بين مختلف الأنظمة القانونية. هذه المبادئ المشتركة هي معتقدات ومفاهيم قانونية معينة مشتركة بين جميع أو أغلب النظم القانونية المتقدمة والمتحضرة، طبيعتها ارشاد القاضي إلى قاعدة التنازع (الاسناد) في الاحوال التي لا يوجد فيها قاعدة اسناد، والتي يمكن وصفها أن صح التعبير بالوسائل أو الأدوات الموصلة إلى العدالة، أو هي تمثل مفاهيم عامة يسترشد بها المشرع عند سن القوانين، والقاضي للوصول إلى حلول ناجحة وعادلة لفض نزاع أو مسألة من مسائل تنازع القوانين في الوقت الذي تكون فيه الأحكام القضائية والتحكيمية سبباً في وضع أو انشاء المبادئ القانونية. وعلى ذلك، فأن إيجاد الحلول للمعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي ينبغي أن يضعها المشرع أو يطبقها القاضي الوطني انطلاقاً من المصالح والسياسة التشريعية الوطنية، إلّا أن ذلك لا يحول دون وجود مبادئ أو تقاليد مشتركة بين الدول تتسم بالطابع العالمي وتجد أساسها في بعض نظريات تنازع القوانين، مثل نظرية التكييف والإحالة، وسلطان الإرادة، والنظام العام... إلخ[٥٥].

أما من حيث القوة الالزامية لتلك المبادئ والكشف عنها وعن إمكانية استقاء تلك المبادئ من أحكام المحاكم الأجنبية والفقه بالنسبة لمسائل تنازع القوانين، فإن المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي نصت على أنه: «تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا[٥٦]، ويبدو

(٥٤) لقد أفر القانون المدني العراقي المواد (١٠-١٢) لتنازع القوانين من حيث الزمان وذلك قبل أحكام تنازع القوانين الدولي من حيث المكان ويبدو لنا أن نص المادة (٣٠) مدني عراقي يتسع ليشمل ما ليس به نص أو حكم قانوني واضح وصريح في موضوع تنازع القوانين بالمعنى الواسع كما لا يمكن الاستغناء عن عنصر الوقت أو الزمان في القانون الدولي الخاص أو تنازع القوانين من حيث المكان.

(٥٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول....، ص١٦٠، وعلم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص ١٦٠.

(٥٦) سبقت الاشارة الى ما يقابلها في بعض التقنينات المدنية العربية.

من ظاهر نص المادة المذكورة، أن المشرع العراقي قد أحال مباشرة إلى مبادئ القانون الدولي الخاص عند انعدام النص التشريعي حيث يبدو وكأنه قد أسقط العرف كمصدر يأتي مباشرةً بعد للتشريع، والحق أن الأمر ليس كذلك إذ لا يمكن تجاوز العرف الذي يأتي بعد التشريع مباشرة أو ينزل منزلة التشريع عند غيابه أو انعدامه[٥٧]، وعند الرجوع إلى نص المادتين (٢٩ و ٣٠) من القانون المدني العراقي، وبالتنسيق بينهما نجد أن مبادئ القانون الدولي الخاص تأتي بالمرتبة الرابعة بعد المعاهدات الدولية النافذة في العراق، أي المعاهدة التي تكون الدولة (طرفا) فيها وتكون نافذة سواء في تشريعها أو إعلانها، وبعد التشريع والعرف في المرتبة والتدرج والسمو.

أما الكشف عن مبادئ القانون الدولي الخاص، فإن للفقه والقضاء الدور الكبير في خلق وانشاء قواعد اسناد في اطار منهج تنازع القوانين من خلال الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص ودورهما هنا هو خلق وانشاء وليس التفسير، وان القاضي يقوم بهذا الدور التزاما منه بأمر مشرعه[٥٨]. فضلًا عن الدور الهام الذي أدته بعض الهيئات العلمية مثل مجمع القانون الدولي في مدينة «جاندا» في بلجيكا عام ١٨٧٣، وجمعية القانون الدولي في لندن عام [٥٩]١٨٧٣. أو باللجوء للاتفاقيات الدولية للتعرف عليها، بذلك يتجه القضاء لدى الدول إلى تلك الاتفاقيات ليستمد قاعدة من قواعد تنازع القوانين منها.

في ضوء ما تقدم، فإن القاضي الوطني ملزم بصفة أساسية أن يلجأ أولاً إلى الاتفاقيات الدولية النافذة في بلده ثم إلى التشريع ثم إلى العرف وأخيراً إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، باعتبارها مصادر رسمية يجب اتباعها وفق التدرج، وصولاً لتلك المبادئ باعتبارها مصدراً شكلياً من مصادر القانون المدني وذلك عند خلو النص أو العرف. لكن هل أن القاضي ملزم للوصول إلى تلك المبادئ أن يقتصر لجوءه إلى القانون أو القضاء الوطني ؟ للإجابة على هذا التساؤل، نقول: أن القاضي الوطني يجب عليه أن يبحث عن تلك المبادئ في نظامه القانوني ان وجدها طبقها وإلّا فهو ملزم بالبحث عنها في النظم الأخرى باعتبارها مبادئ ثابتة ومشتركة في مختلف الدول والبحث عنها سواء في الفقه أو القضاء الوطني والأجنبي. بمعنى أن القاضي يستلهم في هذا الشأن الأحكام التي أقرها القضاء والفقه الوطني والأجنبي. وهذا يبين أيضاً دور الفقه في إرشاد القاضي لتلك المبادئ، وهذا دليل على امكانية اللجوء للفقه والقضاء الأجنبي أو الدولي وهذا ما يمكننا من استقاء كثير من المبادئ من المجتمعات التي سبقتنا في هذا المجال. ومهما يكن من أمر، فأن خصائص المبدأ العام موجود كركن من أركان النظام القانوني وأن لم ينص عليه صراحة، ويشكل بذاته قاعدة قانونية تستند اليها المحاكم في قراراتها[٦٠].

---

(٥٧) لقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري وتعليقاً على نص المادة (٢٤): «أن القاضي يرجع أولاً إلى العرف أن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص»، ص ٣٠٨. د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص ٤٧ – ٤٨.

(٥٨) د. عكاشة محمد عبدالعال، الوجيز في تنازع القوانين – دراسة مقارنة، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩.

(٥٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ١٦٢.

(٦٠) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٩٢،

المطلب الثاني: خصائص ووظائف مبادئ القانون الدولي الخاص
Characteristics & function of principles

يشتمل هذا المطلب على بحث الوظائف والخصائص لمبادئ القانون الدولي الخاص، فالنظم الوضعية عادة ما يعتريها النقص، سواء كان النقص في التشريع عند تقنينه، أو أن هناك حالات ومسائل استجدت في المستقبل، خصوصاً وأن التشريع قد يوصف بالجمود، وأن هذه المبادئ قادرة على مواكبة التطور في مختلف نواحي الحياة، بما يؤهلها أن تضطلع في أن تكون مصدراً من مصادر القانون المدني تسد ثغرات ونواقص التشريعات الوطنية والدولية على السواء، ولما تتميز به من وظائف وما تختص به دون غيرها من المصادر، خصوصاً عندما يكون مجال إعمالها في قوانين تتطلب السرعة في الإجراءات وتحقق الغاية من تشريعها كقانون التجارة الدولية، والقانون العابر للحدود، وفي قضاء التحكيم الدولي، لذلك كان تقسيمنا لهذا المطلب إلى فرعين هما:-

الفرع الأول: خصائص مبادئ القانون الدولي الخاص

إن أغلب التشريعات الوضعية إن لم نقل جميعها سواءً على الصعيد الدولي أم الداخلي هي تشريعات يعتريها النقص وعدم الكمال، أو عدم الإلمام بكل شيء يراد تنظيمه سواء جاء هذا التنظيم في دستور أو في قانون، أو في لوائح وتعليمات، وأن وجود مصادر كالتشريع، والعرف، ومبادئ الشريعة الاسلامية، وقواعد العدالة، تعتبر كلها مصادر شكلية مكملة لبعضها البعض، ويضاف إليها مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر شكلي بصريح نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى. وأن لتلك المبادئ خصائص رغم ما يقال عنها بأنها غير واضحة المعالم أو غير محددة، أو أنها مبادئ غامضة. لذلك آثرنا ذكر خصائصها حتى تتوضح وتتحدد معالمها وفائدتها العملية في التطبيق، وبشيء من الإيجاز:-

١. إنها مبادئ غير مكتوبة في القوانين الوطنية عادة وبهذه الصفة تشترك مع العرف والفقه، وكل ما كتب عنها في تلك التشريعات هو الإشارة اليها كمصدر من مصادر القانون. وربما تضمنت بعض التشريعات نماذج وأمثلة عليها.
٢. لها قيمة قانونية، في مواجهة السلطات والأفراد معاً باعتبارها مصدراً من مصادر القانون المدني، ولكن قيمتها تأتي بالتدرج بعد التشريع والعرف في حالة خلوهما من قاعدة التنازع في المعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي، وبذلك فهي تتقدم على قواعد العدالة لما لها من صفات الدقة وخصائص والوضوح في هذا الجانب.
٣. إن مبادئ القانون الدولي الخاص تتميز أو تتسم بطابعها العالمي(٦١)، لاعتراف الدول بتلك المبادئ بالنص عليها في النظم التشريعية الداخلية لها، ولأنها أصبحت تمثل تراثاً قانونياً مشتركاً بين الدول.
٤. توصف بأنها معايير عامة وواقعية للفكر القانوني، يمكن للقاضي الاسترشاد بها، إذا ما خلا التشريع أو العرف من حل في إطار المعاملات المدنية ذات

ص٦٨.

(٦١) حاج غوتي أحمد قوسم، مبدأ الوسائل القانونية المناسبة والمبادئ العامة للقانون، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٧.

العنصر الأجنبي.

٥. إن مبادئ القانون الدولي الخاص هي ثابتة ومشتركة بين النظم وإن تلك المبادئ هي من صنع النظم القانونية الوطنية حيث نصت عليها في تشريعاتها الداخلية واعترفت بها، فمن المنطق أن تكون هذه المبادئ مطبقة ومعترف بها على المستوى الدولي سواء في وثائق دولية كالإعلانات والقرارات أو في معاهدات ومواثيق أو في أحكام القضاء والتحكيم الدوليين.

الفرع الثاني: وظائف مبادئ القانون الدولي الخاص

لا يخفى ما لمبادئ القانون الدولي الخاص من دور في كونها تمثل الحل أو الحلول لما صعب أو غمض أو استجد من مسائل القانون المدني التي لم يكن المشرع ليدركها أو يعرفها عند وضعه القانون. بل ان القاضي قد لا يجد نصاً قانونياً أو عرفاً يطبقه على العلاقات أو الروابط القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، فهل يقف القاضي عند هذا الحد؟ أم ان عليه أن يجد حلا لهذه المسألة ؟ هنا يكمن دور هذه المبادئ في تقديم الحلول المناسبة للقاضي والتي تعينه في معرفة القانون الواجب التطبيق على المسألة، وهذا يقتضي منا بيان وظائفها بجملة من النقاط هي:-

١. دورها في سد الثغرات للنظم القانونية، ومواجهة الحالات التي لا توجد فيها قاعدة تنازع تواجه الحالة المعروضة، فهذه النظم كما قلنا يعتريها النقص، وعدم الكمال.

٢. دور مبادئ القانون الدولي الخاص في تقديم الحلول الناجعة والموضوعية المباشرة للنزاع المعروض، وهذه الوظيفة تدخل ضمن إطار مناهج تنازع القوانين وتشكل منهجا مستقلاً له معالمه(٦٢).

٣. تساعد على توحيد الحلول والتقريب بين النظم القانونية، لأنها تضع تحت يد المشرع الأدوات الفنية لمسايرة الاتجاهات المستحدثة أو الرائجة في النظم القانونية المقارنة عند اضطلاعه بتعديل النصوص التشريعية مستقبلاً، فعادة ما يغفل المشرع الوطني عند وضع قواعد القانون الكثير من المسائل والحلول، ولكن بهذه المبادئ يستطيع استدراك ما غفل عنه سابقاً، أو ما يستجد منه لاحقاً (بالمستقبل).

٤. دورها في تقييد إطلاق أحكام القانون الداخلي، مثال ذلك المادة (١١) من قانون الملاحة الجوية السويسري الصادر في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٤٨ التي تنص فقرتها الأولى على "أن الفضاء الجوي فوق الإقليم السويسري يخضع للقوانين السويسرية"، غير أن الفقرة الثانية تقيد ذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة، بقولها: «إن اختصاص القوانين السويسرية يقيدها القواعد المعترف بها في القانونين الدولي العام والخاص»(٦٣). لان هذه المبادئ مشتركة بين

(٦٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٥٣، وما بعدها، ٢٩٤ وايضاً المصدر الذي اعتمده،
W.WENGLER: Les principes généraux du droit entant que loi du contrat, Rev.crit.**1982, p. 467 et Ss.**

(٦٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع..... والأصول، المصدر السابق، ص ١٦٣.

الدول وتعتبر من مصادر القانون الدولي الخاص والعام، والتي اعترفت بها الأمم المتحضرة أو المتمدنة(٦٤).

٥. ومن وظائفها أيضاً أنها تفسح المجال أمام القاضي الوطني، والدولي في استنباط تلك المبادئ من التشريعات الوطنية والأجنبية فالقاضي يستطيع استخلاص قاعدة التنازع ليس فقط من نظامه القانوني الوطني أو الداخلي، وإنما من النظم القانونية الأخرى السباقة والمتطورة في هذا المجال، وايضا بإمكان القاضي الرجوع إلى اراء الفقهاء وإلى الجمعيات المتخصصة لما لها من دور في إرشاد القاضي وبما يتفق مع روح النظام التشريعي الداخلي(الوطني).

المطلب الثالث:مدى اعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً للقانون المدني وفيه

Consideration scope of private international law principles as a source of civil law and it

إن إعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً مستقلاً من مصادر القانون المدني من عدمه؛ نجد جوابه حينما نص المشرع العراقي في المادة (٣٠) من القانون المدني على وجوب أو ضرورة اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالة عدم وجود نص تشريعي في المواد التي سبقت المادة سالفة الذكر من أحوال تنازع القوانين. وان هذه القواعد هي (قواعد إسناد)(٦٥)، ترشد أو توجه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في مسائل تنازع القوانين.

لكن المشرع عندما أحال إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، لم يقصد أن تكون تلك المبادئ، مقدمة أو تسمو على العرف، حيث يتضح جلياً مقصد وهدف المشرع من نص المادة (٣٠) وتعليقاً عليها بالإحالة إلى نص المادة الأولى التي تلزم القاضي بالرجوع إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه(٦٦). وبذلك يتضح أن هدف ومقصد المشرع هو إعطاء الأولوية والسمو عند التطبيق من قبل القاضي بالرجوع إلى التشريع باعتباره المصدر الشكلي الأول الذي يجب على القاضي التقيد به أولاً لإيجاد حل للنزاع، فإذا لم يجد نصاً فإنه يذهب إلى العرف أو إيجاد قاعدة عرفية باعتباره المصدر الشكلي الثاني بعد النص المكتوب (التشريع)، ثم بعد ذلك يلجأ إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، لما لهذه المبادئ من صفات الدقة والوضوح وإيجاد الحلول لمسائل تنازع القوانين لذلك تكون الافضلية والسمو لها في هذا المجال بما يقدمها ويفضلها على قواعد العدالة. ولأن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تمثل المبادئ الراسخة في الضمير الإنساني بما يجعلها تتفق مع مبادئ القانون الدولي الخاص على اعتبار أن للعدالة مفهوم ثابت مستوحى من الضمير الإنساني، لكن التعبير عنه مختلف بحسب الزمان والمكان، وإن

(٦٤) المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية «المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتحضرة».

(٦٥) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني – تنازع ا لقوانين، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥.

(٦٦) راجع في شرح ذلك: المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص ٣٠٧ – ٣٠٨.

مبادئ القانون الدولي الخاص هي مبادئ أكثر واقعية فهي تمثل الواقع الحقيقي للفكر القانوني. حيث أن قواعد تنازع القوانين تميزت منذ القدم بقيامها على أصول أو أسس مشتركة بين الدول ترتب عليها قيام مبادئ شائعة، إلّا أنها لم تصل إلى مرتبة العرف، ولكنها في نفس الوقت كونت أصولاً عامة مشتركة بين الدول(٦٧).

والحقيقة أن مبادئ القانون الدولي الخاص المشار اليها في المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي مع ما يماثلها من نصوص في التقنينات المدنية العربية والأجنبية، التي أوجبت على القاضي الاستناد لتلك المبادئ بالنص الصريح. فضلاً عن أن قانوننا المدني أورد المبادئ لاحقاً في نطاق مصادره؛ فهو وإن لم يشأ الاشارة اليها صراحة في عداد مصادره التي نص عليها في المادة الأولى منه، إلّا أن هذا لا يعني مطلقاً أنها تخرج عن عداد مصادر القانون المدني.

أما مجال إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص وتطبيقاتها بالنسبة إلى موضوعات القانون المدني. فإنه قد يتطلب الجهد والوقت الطويل في الكشف عن تلك المبادئ لأنها لا تظهر في صورة نص قانوني مكتوب وإنما يساعد على إيجادها؛ الآراء والمجهودات الفقهية، والقضاء، والدراسات المقارنة على الصعيدين الدولي والداخلي، فضلاً عن الهيئات أو الجمعيات(٦٨) العلمية المعنية بتفسير وشرح وتدوين القانونين الدوليين العام والخاص فيما يتعلق بالمعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي. حيث توصف مبادئ القانون الدولي الخاص بأنها جزء أساسي من نظرية «القانون الطبيعي»(٦٩)، وفي رأينا أنها مبادئ ذات طبيعة خاصة ومستقلة عن مبادئ القانون الطبيعي فهي مبادئ أكثر واقعية، وليست مثالية وإن القوانين هي انعكاس للإعتقاد الفطري لدى الإنسان بسلطانها وقوتها الالزامية، ثم أن هذه المبادئ المشتركة هي مفاهيم وأفكار ومعتقدات وممارسات قانونية معينة مشتركة بين جميع أو أغلب النظم القانونية المتقدمة. لذلك قد ترد بعض تلك المبادئ في صورة نصوص قانونية مكتوبة بعد أن يتم استنباطها من روح القانون، وبعد أن تتم صياغتها في القوانين التي تسنها السلطة التشريعية. فمن المبادئ التي لم ترد في نصوص قانونية مكتوبة مبدأ (الغش يفسد كل شيء) فهو وإن لم يأتِ صراحة ضمن نصوص التشريع، إلّا أن له بعض التطبيقات؛ كالتي تجيز للدائن طلب فسخ العقود التي يبرمها المدين إضراراً بدائنه كما في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن(٧٠). ومن التطبيقات القضائية على مبادئ القانون الدولي الخاص غير المشرّعة، إن المشرع العراقي لم ينص صراحة على الأخذ بنظرية "الغش نحو القانون" إلّا أنه يمكن الأخذ بها طبقاً لأحكام المادة (٣٠) مدني عراقي، التي الزمت القاضي باتباع أو تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، في الأحوال التي لم يرد فيها نص، رغم

(٦٧) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٦٨) مثل: مجمع القانون الدولي (I.D.I)) في بلجيكا ١٨٧٣، وجمعية القانون الدولي (I.L.A) في لندن تأسست عام ١٨٧٣، وأكاديمية لاهاي للقانون الدولي وغيرها يأتي دور هذه الجمعيات في نشر الأعمال الفقهية، لأساتذة وفقهاء القانون الدولي العام والخاص.

(٦٩) د. عز الدين عبدالله، المصدر السابق، ص٧٣. يشبّه د. محمد حسين منصور: المبادئ)لعامة للقانون مع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من حيث الوظيفة، المصدر السابق، ص١٥٧.

(٧٠) راجع المواد: ٢٦٣ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٣٧ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

تأييد غالبية الفقه لنظرية الغش نحو القانون واختلافهم في أساسها القانوني[٧١].

أما المبادئ القانونية التي وردت في شكل نصوص مكتوبة بعدما تلقفتها التقنينات المدنية، وذلك بعد استنباطها أو استخلاصها من نظم أو مصادر مادية ومن ثم صياغتها في نصوص تشريعية مكتوبة كمبدأ وقاعدة «كل من سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»[٧٢]، ومبدأ "حسن النية»، في تنفيذ الالتزامات سواءً العقدية أو الدولية على اعتبار أن هذا المبدأ قد أصبح نافذاً على الصعيدين الداخلي والدولي، ثم أن القضاء الوطني لكثير من البلدان عندما يعرض عليه نزاع فإنه يأخذ بعين الاعتبار تصرفات الأطراف في تنفيذ التزاماتهم بحسن نية، وهذا المبدأ قد طبقته أيضاً المحاكم الدولية والوطنية على السواء، كذلك أشارت اليه أغلب الدول في تشريعاتها الداخلية[٧٣]. ومن هذه المبادئ التي أصبحت فيما بعد قواعد قانونية تشريعية (مكتوبة) مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٧٤]أو القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الاثراء بلا سبب، ومبدأ التعويض الكامل، ومبدأ شكل العقد يخضع لقانون محل ابرامه، ومبدخضوع العقار لقانون موقعه...إلخ.

وإذا ما ظفر القاضي بمبدأ فعليه قبل إعماله أن يراعي اكسابه صفة القاعدة العامة المشتركة أو تخلصه من الخصوصيات الوطنية وأن لا تصطدم تلك القاعدة مع اعتبارات السياسية التشريعية في النظام القانوني لبلده[٧٥]، وأن لا ينحرف بها عن مقاصدها للوصول إلى حل للنزاع المثار أمامه. كما أن مجال إعمال تلك المبادئ قد يكون ضمن نطاق التجارة الدولية وذلك فيما يتعلق بالمنازعات التجارية الدولية التي تنبع قواعدها من الأعراف وعادات التجار والجماعات المهنية فضلاً عن الاتفاقيات الدولية. وهذا القانون قد يستمد أحكامه من بعض التشريعات الداخلية كالقوانين المدنية والتجارية ومن المبادئ التي ارساها قضاء التحكيم الداخلي والدولي. حيث تشترك مبادئ القانون الدولي الخاص أو تستند إليها بما يتفق مع متطلبات وطبيعة التجارة الدولية، لما تحققه من استجابة للمتطلبات السببية والمتطورة لعقود الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية، التي تعجز القوانين الوطنية في كثير من الأحيان في الاستجابة لمتطلبات العقود التجارية الدولية ومجالاتها.

كما أن هناك قانون قد يعتبره البعض مرادفاً لقانون التجارة الدولية في ما يسمى

---

(٧١) من الجدير بالذكر، أن الأستاذ الدكتور حسن الهداوي كان أول القائلين بأن نظرية الغش نحو القانون تجد سندها في المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي في كتابه: الوجيز في القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٢، ص٨٨-٨٩، ومؤلفاته اللاحقة المنفردة أو بالاشتراك مع د. غالب علي الداودي. وكل من أشار لاحقاً إلى المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي في مؤلفات منهجية عامة في القانون الدولي الخاص أو في مادة التنازع كان صدىً وترديداً لما ذكره الاستاذ الهداوي. نذكر على سبيل المثال لا الحصر كل من: د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٧٧، ص٣٣٨. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص٢٢١. د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٨٨.

(٧٢) راجع المواد: ٢/٢١٣ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري.

(٧٣) المواد ١/١٥٠ و ١/١١٨ و ٩٢٢ و ١١٤٨ وغيرها من القانون المدني العراقي مع ما يقابلها في التقنينات المدنية العربية والأجنبية. فالمادة ١/١٥٠ مدني عراقي تنص على أنه: يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. أنظر ايضاً الطعون (١٣٥٤٤) للسنة ٨١ بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٢٦. والطعن (٥٢٨٧) لسنة ٨٣ بتاريخ ١٧/ ٢/ ٢٠١٤ المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية.

(٧٤) المادة ١/١٤٦ من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة، ١٤٧ مدني مصري.

(٧٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع.... والأصول، المصدر السابق، ص ١٦٢.

بقانون عبر الدول[٧٦] ينظم علاقات الأفراد والهيئات والمنظمات الدولية[٧٧] والذي تكاد تكون قواعده مشتركة بين القانونين الدوليين العام والخاص وأيضاً القوانين الوطنية الداخلية وقضاء التحكيم والتجارة الدولية تحتوي أيضاً على مبادئ القانون الدولي الخاص، باعتبار أن تلك المبادئ هي من المبادئ المشتركة بين جميع النظم القانونية الدولية والداخلية، حيث يسمح هذا القانون باختيار القواعد القانونية التي يقبلها العقل والعدل وتأتي استجابة لمتطلبات العلاقات الدولية الجديدة أو العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي قد تعجز قواعد التنازع الداخلية (الوطنية) في إيجاد حل لها. كذلك الحال بالنسبة لقضاء التحكيم في صور التحكيم مع التعريف بالصلح وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص التي طبقتها الدول المختلفة في نزاعاتها، أو بالإحالة إليها، إذا ما اتفق الأطراف على تطبيقها على النزاع الذي بينهم باعتقادهم أنها الأصلح والأفضل، أو الأكثر ملاءمة أو تحقيقاً للعدل والإنصاف.

أما في إطار تنازع الاختصاص القضائي، فإنه لم يرد نص في التشريع العراقي يقضي باختصاص المحاكم العراقية بالنظر في المسائل والطلبات الإضافية. كالدعوى الحادثة[٧٨] والإجراءات المستعجلة، ومبدأ الخضوع الارادي حيث يمكن الاستفادة من نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي تقرر اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[٧٩]. كذلك أن المشرع وضع قاعدة إسناد عامة في مسائل الأحوال الشخصية فأخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون جنسيتهم[٨٠] وأغفل النص على قواعد إسناد خاصة بمسائل النسب، والحضانة، وحق الدائنية، والاهليات الخاصة واهلية الوجوب، وبطلان الزواج، والتبني لهذا كان على القاضي ان يرجع في شأن هذه المسائل وغيرها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص. فضلاً عن ان القاضي لا يقف عند الفروض التي توجد بشأنها قاعدة تنازع وانما يمكن الرجوع لهذه المبادئ لتقييد حكم عام، بإيراد استثناءات على مبدأ عام اورده المشرع، أو ان هذا المبدأ اصبح لا يلبي الإحتياجات المختلفة في ظل التطورات الحديثة للحياة الخاصة الدولية[٨١]، وقد تدارك المشرع بعض اوجه النقص والقصور فيقحم بعض قواعد الإسناد في قانون المرافعات[٨٢]، وأيضاً من الممكن تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حالة الالتزامات غير التعاقدية والتي تخضع لمحل وقوع الفعل الضار أو النافع (الاثراء بدون سبب) المنشئ للالتزام[٨٣]. ولكن قد يحدث ان تتوزع عناصر الفعل في أكثر من دولة ليكون الخطأ في دولة، وتحقق الضرر في دولةٍ اخرى. وكذلك من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة في معظم الدول مبدأ الدفع بالغش نحو القانون الذي مفاده ان يقع تغيير في ضابط من ضوابط

(٧٦) لهذا القانون عدة تسميات فهو قانون شبه دولي يحكم العلاقات المختلفة سواء بين الأفراد أو الهيئات أو المنظمات الدولية من هذه التسميات، القانون العابر للدول، القانون العابر للحدود، Transnational law.

(٧٧) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ١٥٨.

(٧٨) المادة ٦٦ من قانون المرافعات العراقي تقابلها المادة ١٢٣ من قانون المرافعات المدنية المصري.

(٧٩) د. حسن الهداوي، المصدر السابق، ص. د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص. د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص٢٩١.

(٨٠) المادة ١/١٨ مدني عراقي تقابلها المادة ١/١١ مدني مصري.

(٨١) د. عكاشة محمد عبدالعال، المصدر السابق، ص ٢٧.

(٨٢) د. محمد كمال فهمي، المصدر السابق، ص٣٧.

(٨٣) المادة ١/٢٧ مدني عراقي، المقابلة للمادة ٢١ مدني مصري ((الالتزامات غير التعاقدية يسري عليهذا قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام))

الاسناد القابلة للتغيير (كضابط الجنسية أو الموطن أو موقع المال المنقول) بقصد التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة أو التصرف[٨٤]. كذلك فأن المادة (١٦) من القانون المدني العراقي الخاصة بتنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق لم تشر صراحة على تنفيذ احكام التحكيم الدولي، لكن بالرغم من ذلك يمكن تنفيذ حكم التحكيم استناداً إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الواردة في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، وكذلك الحال عند عدم معرفة القانون واجب التطبيق على مسألة معينة يلجأ إلى تطبيق قانون القاضي وهذا يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا.

ويحسن بنا أن نشير إلى أن للقضاء دور في تطبيق أو وضع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، فمن الأحكام القضائية التي نصت على المبادئ موضوع البحث ذلك الحكم الصادر من محكمة تمييز دبي (في انه تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص إعمالاً للمادة ٢٣ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي لتعيين القانون واجب التطبيق على مسائل الحضانة....)[٨٥]، وفي حكم اخر للمحاكم الدولية، الحكم الصادر في ١٢ يوليو – تموز ١٩٢٩ لمحكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الضريبية الذي جاء فيه: «إن قواعد» ومبادئ القانون الدولي الخاص» يمكن أن تكون مشتركة بين كثير من الدول، كما يمكن أن ترسيها الاتفاقيات الدولية أو الاعراف، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون لها طابع القانون الدولي الحقيقي...»[٨٦]. وفي حكم للمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ ٢٥ مايو – أيار – عام ١٩٥٣ الذي بموجبه تم استبعاد تطبيق القانون الأمريكي على حادث عمل وقع لتاجر دنماركي على ظهر سفينة دنماركية، رغم أن عقد العمل قد ابرم في نيويورك وكان العمل ينفذ في الموانئ الأمريكية، إستناداً إلى المبادئ العامة لنظرية التنازع التي تقضي بتطبيق قانون العمل، وقد جاء بالحكم» إن المحاكم الأمريكية كغيرها من محاكم الدول البحرية تجد نفسها منقادة إلى الانحناء أمام قانون بحري غير أرضي أو دولي، قانون ذو عالمية ونضوج مبصر، ولهذا القانون قوة التشريع.... بسبب التراضي المشترك، من قبل المجتمعات المتمدنة، على قبول قواعد من أجل تنمية علاقات تجارية ودية وفعالة[٨٧].

في ضوء ما تقدم، يمكن القول أن مبادئ القانون الدولي الخاص هي أحد المصادر الشكلية والمستقلة للقانون المدني التي تحكم المعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي، ومن هنا نتبين مجالها الدولي وطبيعتها القانونية الدولية كونها تشتمل على عنصر أجنبي، فضلاً عن كونها حاكمة لعلاقات وروابط قانونية (دولية) تدخل في إطار المعاملات المدنية بالمعنى الواسع، بوصف القانون المدني بمثابة العمود الفقري للقانون الخاص. وأن هذه المبادئ تأتي بعد الاتفاقات الدولية والتشريع والعرف ولها صفة الإلزام بالنسبة للقاضي في الرجوع إليها واستنباط الأحكام منها سواء من المبادئ التي تكونت لدى الفقه أو القضاء الوطني والأجنبي على حد سواء. كما ينبغي عدم خلطها مع العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كونها مصدراً مستقلاً قائماً بذاته.

(٨٤) راجع لمزيد من التفصيل: د. عكاشة محمد عبدالعال، المصدر السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
(٨٥) الامارات العربية المتحدة -حكومة دبي، محكمة التمييز، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٤/١/٢٥. والطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٦.الموقع الالكتروني www.eastlaws.com
(٨٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول.....وعلم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص١٦٤، كذلك رسالته للدكتوراه الموسومة «تنازع القوانين في القروض الدولية، باريس، ١٩٨١، الجزء الأول، المصدر، نفسه، ص١٦٤، هامش (١).
(٨٧) المصدر نفسه، ص١٦٤.

الخاتمة والاستنتاجات:

لا شك أن هذه المبادئ مستقاة من التقنينات المدنية الأجنبية وكذلك من القضاء المدني الأجنبي بخصوص المعاملات المدنية ذات العنصر الأجنبي، ومن هنا نتبين مجالها الدولي وطبيعتها القانونية الدولية كونها تشتمل على عنصر أجنبي، فضلاً عن كونها حاكمة لعلاقات وروابط قانونية (دولية) تدخل في إطار المعاملات المدنية بالمعنى الواسع، بوصف القانون المدني بمثابة العمود الفقري للقانون الخاص الذي يمتد الى، أو يتداخل مع، أو ترتكز عليه فروع القانون الخاص الأخرى، وعلى وجه الخصوص القانون التجاري (قانون التجارة وقانون الشركات...) وقانون الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والوصايا والمواريث...) ومما تقدم نستنتج ما يأتي:

١. مبادئ القانون الدولي الخاص (الأكثر شيوعاً) هي المبادئ المعروفة الذائعة أو الشائعة على وجه الشيوع لدى التقنينات المدنية في البلاد الأخرى (العربية والأجنبية)، وهي أيضاً تلك المبادئ الشائعة والمطبقة من القضاء في البلاد الأخرى (العربية والأجنبية) وغير المشرّعة أو غير المنصوص عليها في قانوننا المدني العراقي الذي أحال اليها، وأوجب الاستناد اليها بالنص الصريح، وذلك في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في التقنينات المدنية الأخرى.
٢. وتأسيساً على ما جاء في (١) أعلاه فإن قانوننا المدني العراقي أورد المبادئ موضوع البحث لاحقاً في نطاق مصادره؛ وإن لم يشأ الإشارة اليها صراحة في عداد مصادره التي نص عليها صراحة في المادة الأولى منه جراء خصوصية حكمها لعلاقات قانونية غير وطنية (ذات عنصر أجنبي).
٣. أن النص الصريح قد يأتي عاماً وقد يكون خاصاً، فالقانون المدني العراقي مخصص أصلاً وبوجه عام للعلاقات والروابط أو المعاملات المدنية الداخلية وقد يكون خاصاً بنوع من هذه العلاقات والروابط المشتملة على عنصر أجنبي (دولية)، حيث لا يحول النص العام دون النص الخاص، كما لا يحول النص الخاص دون وجود النص العام رغم تقييد الخاص للعام. ويمكن القول أيضاً، أن المبادئ الأكثر شيوعاً في القانون الدولي الخاص، تؤدي وظيفة مزدوجة، في كونها تعد مصدراً (مضافاً) إلى مصادر القانون المدني، أي مصدراً للقانون المدني من جهة، ومصدراً (خاصاً) أو (قائماً بذاته) في نطاق القانون المدني، ولا يقدح في ذلك، الاختلاف الجوهري في طبيعة قواعد تنازع القوانين في كونها قواعد إسناد مزدوجة الجانب وغير مباشرة، وطبيعة قواعد القانون المدني في كونها قواعد مادية (موضوعية) تتضمن الحل المباشر في منازعات المعاملات المدنية.
٤. أن مبادئ القانون الدولي الخاص (الأكثر شيوعاً) إنما تتعلق بالمعاملات والعلاقات والروابط المدنية ذات العنصر الأجنبي والمنصوص عليها في صميم القانون المدني (المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي) ولهذا النص ما يماثله في التقنينات المدنية العربية: المصري (م ٢٤)، السوري (م ٢٦)، والأردني (م

٢٥)، والليبي (م ٢٤)، واليمني (م ٣٣)، والجزائري (م ٢٣ مكرر٢)، والاماراتي (م ٢٣)، والسوداني (م ١٣).

٥. أن هذه المبادئ هي غير قواعد القانون الطبيعي التي تفيد مبادئ العدل والإنصاف وقواعد العدالة (الإنصاف) وهي غير هذه المبادئ والقواعد الأخيرة رغم التشابه فيما بينها من حيث المصدر المباشر لها؛ حيث أن قواعد العدالة (الإنصاف) هي من وضع القضاء، فضلاً عن أن مبادئ العدل والإنصاف هي مبادئ مثالية سامية.

٦. أن اعتبار المبادئ كمصدر للقانون الدولي الخاص إنما جاء نتيجة الدراسة المقارنة بين النظم القانونية المختلفة (كاللاتينية والانكلوسكسونية) وإن نتيجة تلك الدراسات هي إيجاد قواعد أو مبادئ مشتركة بين تلك النظم، أو من خلال التقريب بينها.

٧. أن الكثير من مبادئ القانون الدولي الخاص تم الكشف عنها من قبل الفقه والقضاء سواءً الوطني أم الأجنبي، وهذا يدل على عظم دور هذين المصدرين في الكشف عنها، إضافة لدور الهيئات والمؤسسات الدولية في هذا المجال.

٨. أن مبادئ القانون الدولي الخاص باعتبارها مصدراً لهذا القانون لها دور أساسي في وجود القواعد القانونية المكتوبة، لما تمثله من ركيزة اساسية ومعيار لجميع النظم القانونية التي اعترفت بها واقرتها في أنظمتها التشريعية الداخلية.

٩. تشابهها مع العرف والفقه في أنها من مصادر القانون الدولي الخاص، وكذلك من حيث طبيعتها في أنها من المصادر غير المكتوبة، اضافة لدورها في ارشاد المشرع والقاضي على السواء في سن أو تطبيق انسب الحلول بما يتفق مع النظام القانوني.

١٠. أما دور مبادئ القانون الدولي الخاص، فأنه يتمثل في سد ثغرات النظم والتشريعات القانونية على الصعيدين الداخلي والدولي إذا ما إعتراها النقص والقصور، أو عند عدم تلبية تلك التشريعات للمتطلبات الحديثة للحياة الخاصة الدولية.

١١. أن هذه المبادئ عبارة عن معايير عامة يمكن الاسترشاد بها إلى ما غفل عنه المشرع الوطني واللجوء إليها ليس فقط في إطار منهج تنازع القوانين، بل في خلق أو انشاء مبادئ أو قواعد موضوعية.

١٢. لا يمكن اللجوء إلى، أو تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص على نزاع معين في إطار نظرية التنازع إلّا إذا لم يكن هنالك نص سواءٌ في معاهدة دولية نافذة أو في التشريع أو العرف من حل لمسألة من مسائل تنازع القوانين، وبالتدرج المذكور بين هذه المصادر.

١٣. إن القاضي ملزم بالرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص إذا تعذر النص في معاهدة أو تشريع أو في عرف، فضلاً عن أنه ملزم بما حدده المشرع، وذلك لما تحققه تلك المبادئ من فائدة عملية وعلمية في ذات الوقت.

١٤. إن هذه المبادئ موجودة في أغلب إن لم نقل جميع التقنينات المدنية الوطنية وهذا يعني اعتراف هذه التقنينات بمبادئ القانون الدولي الخاص في المجال

الداخلي، فمن المنطق أن تعترف تلك الدول بهذه المبادئ في المجال الدولي سواءً بالمعاهدات أو في المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية.

١٥. رغم التطور ومحاولة المشرع الوطني تقنين القواعد التي تحكم العلاقات والروابط المدنية ذات العنصر الأجنبي إلّا أنه لغاية الآن لم يبلغ أو يصل إلى ايجاد الحلول لكثير من العلاقات والروابط المشتملة على عنصر أجنبي، لذلك لم نكن في غنى تام عن اللجوء إلى المبادئ والقواعد القانونية من النظم القانونية الأجنبية، وهذا ما دعا الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص إلى الدعوة لتوحيد قواعده في قانون موحد، أو من خلال التقريب بين النظم القانونية عند النص على مبادئ القانون الدولي الخاص في الاتفاقيات الدولية.

١٦. إن للفقه والقضاء الدور الكبير والمهم في خلق وانشاء مبادئ القانون الدولي الخاص إذا ما غفل المشرع عن وضع قواعد تحكم النزاع ذي العنصر الأجنبي أو تبين القانون واجب التطبيق رغم أن الاصل في عمل الفقه هو الشرح والتفسير وفي عمل القضاء هو تطبيق القانون وما يقتضيه من تفسير.