

مبادئ القانون الدولي الخاص^(*)

د. وسام توفيق عبد الله

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

وضع المشرع العراقي نص المادة ٣٠ من القانون المدني ليلهم القضاء عند فصله في منازعات القانون الدولي الخاص عند غياب النص باتباع ما هو اكثر شيوعا من الحلول المعروفة في اطار القانون المقارن سواء على مستوى التشريعات ام على مستوى القضاء والفقهاء. وقد حاولنا في هذه الدراسة تحليل هذا النص ووضع اطار نظري وتطبيقي لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص. عبر تحديد المقصود بهذه المبادئ ومدى الزاميتها للقاضي وماهية الحلول التي يمكن للقاضي ان يستنبطها بالاعتماد على هذا النص. وأوردنا أهم الأمثلة التطبيقية لموضوعات القانون الدولي الخاص التي لم يعالجها التشريع وكانت معالجتها على وفق مبادئ القانون الدولي الخاص .

Abstract

the Iraqi legislature Put text of Article 30 of the Civil Code to inspire the judiciary when his dismissal on private international law disputes in the absence of the text by following what is more commonly known solutions in the framework of comparative law, both at the level of legislation or at the level of the judiciary and jurisprudence. We have tried through this study to analyze this text and put theoretical and practical framework for the idea of the principles of private international law. We also included the most important examples of applied topics of private international law legislation that has not been addressed and were processed through the principles of private international law

(*) أستلم البحث في ٢٠١٣/٣/١٧ *** قبل للنشر في ٢٠١٣/٤/٢٤ .

المقدمة

اولا : التعريف بموضوع البحث وأسباب اختياره

وضع المشرع العراقي مجموعة من قواعد تنازع القوانين تمثلت بالمواد من ١٧ - ٣٣ من القانون المدني العراقي ، وبسبب التطور المستمر المحتمل في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية المختلفة وغيرها فقد تنبه المشرع العراقي إلى احتمال ان ينظر القاضي العراقي في دعاوى مشوبة بعنصر اجنبي لا يوجد في التشريعات العراقية قواعد اسناد تحكمها لذلك فقد أورد نص في القانون المدني العراقي يتيح امكانية ايجاد الحل لمثل تلك المشكلة ، وهو نص المادة ٣٠ من هذا القانون وجاء فيه ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا)) .

إن نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي السابق ذكره عديد من التساؤلات ومن

أهمها:

١. ما المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص الواردة في هذا النص ؟ هل هي قواعد الاسناد التي نظمتها القوانين المقارنة ولم ينظمها المشرع العراقي ام هي المبادئ التي ارساها القضاء او استقر عليها الفقه في الدول الاخرى كحلول عامة تطبق عند غياب النص؟ وما هي علاقة مبادئ القانون الدولي الخاص بفكرة المبادئ العامة للقانون بوصفه مصدراً من مصادر القانون الدولي العام التي اشارت اليها المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية ؟ وهل ان هذا النص أراد عبر المشرع فتح الباب امام القاضي لاستنباط الحلول في مجال تنازع القوانين من مصادر القاعدة القانونية الأخرى ، وإذا كان كذلك فما هي مصادر القاعدة القانونية التي يمكن للقاضي العراقي أن يستفيد منها هذا النص ؟

٢. ما المقصود بعبارة (الأكثر شيوعا) التي انفرد بها المشرع العراقي عن بقية التشريعات ؟ وهل من معيار لتحديدها ؟ وألا يمكن القول ان كلمة (مبادئ) التي وردت في النص تستوعب ضمنا عبارة الاكثر شيوعا على أساس أن الحلول التي سيستقيها القاضي ان لم تكن شائعة فانه لا يمكن وصفها ب (المبادئ) وبعبارة اخرى هل يمكن أن تعد عبارة (الاكثر شيوعا) زيادة لا مسوغ لها في هذا النص، ولذا استغنت عنها التشريعات المقارنة ؟ او قد يكون قصد

المشرع انه قد يكون هناك اكثر من مبدأ شائع ويحتتم على القاضي ان يختار منها ما هو اكثر شيوعا ؟

٣. هل القاضي ملزم بالبحث عن تلك المبادئ ام انه مخير بين البحث عنها وبين تطبيق قانونه عند عدم وجود قاعدة اسناد تخص الدعوى المطروحة امامه ؟

٤. هل يقتصر رجوع القاضي الى هذه المبادئ على مسائل تنازع القوانين دون بقية موضوعات القانون الدولي الخاص كما يبدو من حرفية النص، ام أن بإمكانه الاستفادة من النص في الموضوعات الأخرى للقانون الدولي الخاص ؟

٥. ما هي أهم التطبيقات لهذا النص ، او بالأحرى ماهي اهم المسائل التي لم يضع لها المشرع قاعدة إسناد أو حل خاص بها ومن ثم ارتأى الفقه انه يمكن ايجاد الحل لها في مبادئ القانون الدولي الخاص ؟ او بالأحرى متى يمكن اللجوء الى هذا النص ومتى لا يمكن ذلك تدفعنا هذه التساؤلات الى البحث في هذا الموضوع خاصة مع عدم وجود أية دراسات في الفقه العراقي عنه، و تبدو أهمية الموضوع واضحة في تسارع وتيرة التطور والحاجة إلى مواكبة القانون العراقي لها ، وهذا النص كما ذكرنا أورده المشرع العراقي لهذا الغرض لذا لا بد من دراسته وإبداء الرأي بشأنه .

ثانيا : منهجية البحث

اعتمدنا في هذا البحث على اسلوب الدراسة التحليلية انطلاقا من القول بان نص المادة ٣٠ محل البحث كل عبارة فيه تستوجب التوقف عندها ومناقشتها بشكل مفصل . ولم نعتمد على المنهج المقارن بشكل مباشر لوجود النص ذاته في اغلب القوانين العربية باستثناء القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ الا اننا استفدنا من نصوص بعض القوانين بحسب الحاجة اليها عبر المسائل المطروحة في البحث .

ثالثا : هيكلية البحث

وللإجابة على التساؤلات السابق طرحها فقد قمنا بتقسيم البحث الى مبحثين على وفق

الآتي :

المبحث الأول : ماهية مبادئ القانون الدولي الخاص

المطلب الأول : تعريف مبادئ القانون الدولي الخاص وعلاقتها بفكرة المبادئ العامة للقانون

المطلب الثاني : موضع مبادئ القانون الدولي الخاص بين مصادر هذا القانون

المبحث الثاني : دور مبادئ القانون الدولي الخاص في اطار تنازع القوانين
المطلب الاول : أثر مبادئ القانون الدولي الخاص في قاعدة اسناد العقد الدولي
المطلب الثاني : دور مبادئ القانون الدولي الخاص في اطار الاسناد الخاص لبعض العقود
المطلب الثالث : دور مبادئ القانون الدولي الخاص في تطبيق نظرية الغش نحو القانون

المبحث الأول

ماهية (مبادئ القانون الدولي الخاص)

أخذ المشرع العراقي هذا النص من المادة (٥٤) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وقد حذفت منه عبارة (الاكثر شيوعا) عند اقرار ذلك المشروع ليصبح هذا النص هو نص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري عند صدوره وقد ورد النص نفسه في القوانين العربية أغلبها الا ان المشرع العراقي انفرد بإضافة عبارة (الاكثر شيوعا) ومن هذه النصوص : المادة ٢٤ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٢٥ من القانون المدني السوري .
المادة ٢٥ من القانون المدني الاردني والمادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية السودانية وقوانين اخرى .

وسنحاول في هذا المبحث التعريف ب (مبادئ القانون الدولي الخاص) ببيان المقصود بتلك المبادئ ، وماهي علاقتها بفكرة المبادئ العامة للقانون، في المطلب الأول . وما هو موقعها او ترتيبها بين مصادر القواعد القانونية للقانون الدولي الخاص وفي المطلب الثاني .
وعلى وفق الآتي:

المطلب الأول

تعريف مبادئ القانون الدولي الخاص وعلاقتها بفكرة المبادئ العامة للقانون

مبادئ في اللغة جمع (مبدأ) وهو الاصل او السبب ^(١). وفي الاصطلاح فان (المبدأ العام) يطلق على " القاعدة التي تتسم بالعمومية وتعتبر عن مفهوم اساسي في نظام قانوني معين ولها دور خلاق في هذا النظام " ^(٢).

قبل التعريف بـ (مبادئ القانون الدولي الخاص) لابد من تعريف (المبادئ العامة للقانون) وبيان الصلة بين المصطلحين.

وتعرف المبادئ العامة للقانون بأنها " حلول وان بدت خاصة بكل دولة على حدة ، الا انها صارت تراثا قانونيا مشتركا واكتسبت طابعا عالميا بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية، وبالشعور بانها اضحت بطبيعتها مشتركة بين النظم القانونية كلها، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة " ^(٣).

(١) لويس معلوف اليسوعي ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، ط ٥ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ١٩٥٦ ، ص ٢٦ .

(٢) أ. د حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٦٥

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولا ومنهجا ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٦ ، ص ١٦٢ ، وقد عبر جانب من الفقه عن هذه المبادئ بفكرة (القانون الدولي المرن) وهو يعرفه بانه: " هو مجموعة المبادئ والقواعد الدولية القانونية التي تتضمن حقوقا والتزامات طوعية اخلاقية وسياسية واقتصادية وتجارية او بيئية توجبها مبادئ حسن النية والظروف الخاصة والتعاون والانصاف وعدم التعسف او اساءة استخدام الحقوق والسلطات والتي من شأنها التخفيف من شدة القانون العادي الصلب او التيسير على المخاطبين بها بايجاد صيغ وبدائل واعفاءات وتسهيلات متعددة يتم اعمال الارادة والاختيار حيالها دون الالتزام بالتنفيذ " رشيد مجيد محمد الربيعي ، مفهوم القانون الميسور (المرن) في القانون الدولي العام ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن التي تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٤٢ / ٢٠٠٦ ، ص ٦-٧

وقيل بأنها " عبارة عن قواعد عامة كلية موجودة في صلب التشريع وكامنة في روحه العامة وتكون مهمة الفقيه او القاضي الكشف عنها ورد الجزئيات والتطبيقات اليها"^(١) وعرف الفقه الغربي هذه المبادئ بأنها " المبادئ المستنبطة من الأنظمة القانونية الوطنية والقانون الدولي"^(٢) أو بأنها " المبادئ المستنبطة من الانظمة القانونية في العالم جميعها"^(٣) أو الربط بينها وبين القانون الطبيعي من خلال القول بان هذه المبادئ " ماهي الا تعبير عن قواعد القانون الطبيعي التي تحولت إلى قواعد قانونية وضعية معمول بها في الانظمة القانونية الوطنية للدول"^(٤).

و يعرف البعض مصطلح " المبادئ العامة للقانون او ما يطلق عليها (المبادئ العامة المشتركة بين الامم المتمدينة او المبادئ القانونية المعترف بها في الامم المتمدينة بانها): امر مشترك بين النظم القانونية المختلفة ترتبط ارتباطا وثيقا بالفكر القانوني العام وهذه المبادئ أصبح لها مكانة مهمة في النظام القانوني الدولي الذي يعبر عن الافكار القانونية للدول، و نشأت تلك المبادئ في النظم القانونية الوطنية وقوتها الملزمة استمدت منها واكتسبت صفة العالمية للاعتقاد الراسخ بأهميتها لدى المجتمع الدولي لرجال الاعمال والتجارة والعلاقات الدولية فقد تعدت النطاق الوطني وأصبحت ضمن مصادر مكونات قانون التجارة الدولية"^(٥)

-
- (١) عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني دراسة مقارنة ، ج١ تنازع القوانين ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص٥١
- (٢) نقلاً عن حكمت شبر ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص٨٦
- (٣) نقلاً عن - المصدر نفسه - ص٨٨ .
- (٤) نقلاً عن - المصدر نفسه - ص٨٤ .
- (٥) محمد حسين منصور ، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ . ص٤٦٣

لا تنشأ هذه المبادئ على وفق أساليب نشأة القانون المعروفة في نظام قانوني محدد ، ولكنها نظرا لكونها متضمنة في اطار هذا النظام ، فإنها تعد موجودة قبل تكوّن القواعد القانونية الخاصة التي تعبر عن هذه المبادئ .^(١)

إن المقصود بهذه المبادئ هي المبادئ الموجودة في القوانين الداخلية سواء القانون الخاص ام العام .ولكن بشرط ان تكون معترفا بها من الدول المختلفة في مجموعها^(٢) يقسم جانب من الفقه المبادئ العامة على خمسة أقسام " : ١.مبادئ عامة منطقية : (كمبدأ بطلان التصرف بملك الغير) ومبادئ عامة تشريعية وهي في الحقيقة قواعد تشريعية بشكل مبادئ عامة مدرجة في التشريع وتسميتها بالمبدأ هي للتدليل على اهميتها وتمييزها عن سائر القواعد التشريعية (كمبدأ حرية التعاقد) ومبادئ عامة قضائية ومبادئ عامة عرفية واخيرا مبادئ عامة مستوحاة من فكرة العدالة والتعددية الاجتماعي (كمبدأ المساواة بين المواطنين ومبدأ الحرية الفردية)"^(٣)

ويشترط جانب من الفقه انه يجب على القاضي التحقق من كون القاعدة عامة مشتركة بين الدول وتخليصها من النزعة الوطنية للنظام القانوني الذي كانت تنتمي اليه ، ويجب عليه مراعاة مدى ملائمة تلك القاعدة للأسس الفنية في نظامه القانوني^(٤) وبهذا المعنى فإنه لا يمكن الاستناد الى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على التبني عند غياب النص بشأنها لان هذا الموقف متعمد من المشرع ونظام التبني مخالف للشرعية الاسلامية وبالتالي مخالف للنظام العام وهذا ما دعا الى عدم تنظيمه .

(١) أ . د حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق السابق ، ص ٧٦٥

(٢) المصدر نفسه ، ص ٧٧١

(٣) د . محمود محمود المغربي ، الاستويل في قانون التحكيم ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٠ ص ١٧ هامش رقم ١٤

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولاً ومنهجاً ، مصدر سابق، ص ١٦٢

ويرى البعض ان مبادئ القانون العامة بوصفها المصدر الثالث للقانون الدولي العام يتمثل إما بمبادئ القانون العامة التي اقترتها الامم المتحدة وهي تمثل تلك المبادئ السائدة في قوانين الدول التي يمكن تطبيقها على منازعات دولية ، او ان يكون القصد منها هو مبادئ القانون العامة التي تستنبط من القانون الطبيعي ، ولغموض هذا الاخير فان مبادئ القانون العامة تعد من المصادر الثانوية للقانون الدولي، ان مبادئ القانون الدولي قواعد قانونية تختلف في بعض مميزاتاها عن باقي القواعد القانونية للقانون الدولي فقواعد القانون الدولي تتشكل اسرع من مبادئه وتدخل حيز التنفيذ بشكل أسرع أيضاً، تنظم علاقات محددة على خلاف المبادئ العامة و يجوز انها نفاذاها على وفق أسباب خاصة على خلاف المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي^(١).

ونخلص مما سبق الى ان خصائص المبادئ العامة للقانون هي:

١. لا ترتبط فكرة المبادئ العامة للقانون بقانون دولة معينة وهي في الوقت ذاته لم توجد في الاساس لتحكم العلاقات القانونية على المستوى الدولي ، بل هي نشأت في الاصل داخل الدول وانتقلت بانتشارها وشيوعها بين الدول نحو العالمية .
٢. لا ترتبط هذه المبادئ بمصدر محدد من مصادر القاعدة القانونية فقد تكون راسخة في التشريعات او في الفقه او في القضاء او في العرف .
٣. لا بد لهذه المبادئ من اساس منطقي وعادل يسوغ انتشارها وشيوعها ، ولكن لا يعني هذا انها تتطابق مع فكرة القانون الطبيعي(٢) او قواعد العدالة(٣) لان هذه الأخيرة هي أفكار

(١) طالب رشيد يادكار ، مبادئ القانون الدولي العام ، مطبعة موكرياني ، اربيل ، ٢٠٠٩ ، ص٧٤-٧٥

(٢) القانون الطبيعي : هو مجموعة القوانين العليا والعامة ، التي يجب أن يخضع لها الدول والشعوب كلها، لأنها اسبق في وجودها على القوانين الوضعية، التي يفرضي اليها العقل السليم وتقتضيها العدالة ويستلزمها وجود المجتمع الانساني د . حسن الجلبي ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، مطبعة شفيق ، بغداد ١٩٦٤ ، ص٣٩.

(٣) العدالة هي ((التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي الى تأكيدها في واقع الحياة . او هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكثرت بالظروف الخاصة=

فلسفية نظرية ينقصها الوضوح والمنهجية الواضحة الثابتة ، اما المبادئ العامة للقانون فتتضمن حلولاً واحكاماً عملية وان كانت عامة وليست تفصيلية .

و بعد ان وضحا فكرة المبادئ العامة للقانون فانه يمكن القول ابتداء انها تمثل الاطار العام لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص التي يمكن ان تكون صورة خاصة من المبادئ العامة للقانون تتلاءم وطبيعة القانون الدولي الخاص .

ويعرف جانب من الفقه مبادئ القانون الدولي الخاص^(١) بأنها : ((جملة الحلول التي تستخلص من الاصول الفنية لمادة التنازع ، مقرونة احياناً باعتبارات سياسية))^(٢).

ونفهم من التعريف السابق ان هذه المبادئ هي (جملة حلول) أي ان الطابع العملي هو عنصر اساسي في تكوين هذه المبادئ وهي قائمة على الاسس الفنية لفكرة تنازع القوانين ومنها الملائمة أي ملائمة القانون الواجب التطبيق للعلاقة التي سيحكمها واحترام الحقوق المكتسبة وتنشيط العلاقات التجارية وحركة الاموال والاشخاص وتوخي العدالة في القانون المراد تطبيقه ووجود الصلة والارتباط الحقيقي بين القانون المطبق والعلاقة القانونية المراد

=والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة في ظروفها وتفصيلاتها)) د. عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهومها منزلتها ووسائل ادراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، رقم العدد، اذار ، ١٩٨٤ .

(١) هناك تسميات اخرى لمبادئ القانون الدولي الخاص فضلا عما ذكرنا سابقا مثل (احكام الفقه الدولي) ، ينظر : د. احمد صادق القشيري ، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كانون الثاني ، ١٩٦٨ ، ص١٣ . ونعتقد ان هذه التسمية تخلط تلك المبادئ مع الفقه مع انها مصدرين مستقلين و ان مصدر المبدأ قد يكون القضاء او التشريع المقارن وليس الفقه وحده ، وهناك من يطلق على تلك المبادئ تسمية : (القانون الدولي الخاص الشامل او الطبيعي) وهو ينتج عن المقارنة بين انظمة التنازع المختلفة . سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٩ ، ص٤٣ ونعتقد ان هذا المصطلح غير واضح .

(٢) د . محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ،

تطبيقه عليها . اما مصطلح الاعتبارات السياسية الوارد في التعريف فانه يبدو غامضا الى حد ما . ولعل المقصود منه ما صدر من احكام التحكيم الدولية مستندا الى فكرة المبادئ العامة للقانون في بعض القضايا الشهيرة التي ترتبط بشكل اساسي مع موضوع الاستثمار والعقود المبرمة بين الشركات الغربية العملاقة ودول العالم الثالث التي كانت واقعة تحت الاستعمار الغربي وكان في تلك الاحكام مراعاة ومحاباة لمصالح الشركات الغربية مما دفع بعض الفقه الى وصف فكرة المبادئ العامة بانها مقرونة باعتبارات سياسية^(١) والحقيقة ان هذه هي صفة مرحلية ووقتيية وليست صفة دائمة لهذه المبادئ.

وهنا يظهر الفرق بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ القانون الدولي الخاص التي هي حلول عملية او بالأحرى (مبادئ اسنادية او حلول موضوعية ملائمة لطبيعة العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي) تجديد قانون معين ملائم لحكم العلاقة القانونية التي لم يضع المشرع بشأنها قاعدة اسناد معينة او ايجاد الحكم الموضوعي المباشر للملائم لتلك العلاقة . ومع ذلك فان من الفقه من يجد ان فكر المبادئ العامة للقانون تستوعب فكرة مبادئ القانون الدولي الخاص فالقانون اللبناني على سبيل المثال لا يوجد فيه نص يقابل نص المادة ٣٠ محل البحث ولكن توجد قاعدة عامة تتمثل بنص المادة الرابعة من قانون الاصول المحاكمات المدنية المرقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ التي اشارت الى امكانية العمل بالمبادئ العامة للقانون ويذهب الفقه الى انه لا يوجد مبرر لعدم تطبيق هذا النص في ميدان تنازع القوانين وهو ما اخذ به القضاء اللبناني في اكثر من مناسبة^(٢)

و يرى جانب من الفقه بان الكشف عن تلك المبادئ العامة ليس امرا سهلا و أن تحديد متى يمكن القول بان هذا الحل يعد (مبدأ) قد يثير بدوره مشكلات ومناقشات عديدة ومن ثم فان

(١) للتفصيل في هذا الموضوع ينظر : الدكتورة سامية راشد ، دور المادة ٢٤ مدني في حل مشكلات تنازع القوانين (نظرة مستقبلية) ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ وقد كرست صفحات هذا الكتاب لمحاولة ما وصفته بتتقية مبادئ القانون الدولي الخاص من الاعتبارات السياسية التي تمثل نوعا من المحاباة للدول الغربية وهو ما رسخته عديد من احكام التحكيم ابتداء من خمسينيات وحتى ثمانينيات القرن الماضي .

(٢) د. عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، مصدر سابق ، ص ٥٧-٥٩

القضاء الوطني في حاجة الى جهد فقهي يوضح كيفية الوصول الى استكشاف (المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) . فضلا عن تقرير ما هو (المبدأ العام) الواجب التطبيق في حالة وجود اكثر من مبدأ عام يتمسك به كل طرف من الأطراف المتنازعة . ان لا يكفي ان ينادي شخص ما ايما كانت مكانته العلمية بان قاعدة ما تعد في تقديره من (المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) بل يجب ان يقيم الدليل على انها قد تعد كذلك بدراسة الحلول التي اتبعت في النظم القانونية الوطنية السائدة المختلفة في العالم المعاصر (النظم اللاتينية والجرمانية والإسكندنافية والانجلو امريكية وتلك التي اخذت بها دول القارات الثلاثة الاخرى آسيا وافريقيا وامريكا الجنوبية وبخاصة دول المجموعة العربية والدول ذات التقاليد الاسلامية فضلاً عن الدول الأمريكية لاتينية) لإثبات ان قاعدة معينة من قواعد القانون الدولي الخاص قد صار تقنينها تشريعياً او اتباعها قضائياً على درجة من العمومية والشمول تبرر ادماجها في عداد (المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) .^(١)

ويبدو ان مثل هذا التشدد سيؤدي الى استحالة الوصول الى تلك المبادئ فهذا الاتجاه يشترط البحث عن قوانين العالم بأسره ! وحتى لو سلمنا جدلاً بقدرة القاضي على التعرف على تلك القوانين فان من العسير ان تتفق الانظمة القانونية جميعها في العالم على مسألة معينة او حل معين في موضوع قانوني معين حتى يمكن وصفه بأنه مبدأ حسب وجهة النظر هذه ، إذ هناك اختلافات جوهرية بين قوانين الدول التي تتبع تلك الانظمة وهي مسألة بديهية نعتقد اننا لسنا بحاجة الى اثباتها . ويمكن القول ان اشتراط ان يكون المبدأ شائعاً هو امر معقول ومنطقي ولكن الشيوخ والانتشار لا يعني الاجماع بطبيعة الحال .

و يشترط ان يكون المبدأ عاماً وشائعاً فعلاً في وقت النزاع وليس في وقت سابق أن صفة الشيوخ والاشترك تتطلبان ان يكون هناك ثبات واستقرار في تطبيق القاعدة^(٢) ويؤدي التحكيم الدولي دوراً مهماً في هذا المجال اذ تشكل احكام التحكيم بشكل خاص ملتقى للقوانين الوطنية في تطبيق المحكم لـ(المبادئ القانونية العامة) او (قانون الامم العام)

(١) أ. د سامية راشد ، مصدر سابق .ص ٨

(٢) عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، مصدر سابق ، ص ٥٢

وهي مبادئ مستمدة من الحس السليم ومن التعامل المشترك بين الأمم^(١) ويمكن ان نعرف مبادئ القانون الدولي الخاص بانها : ((جملة الحلول الشائعة المستقرة في القانون المقارن على مستوى التشريع او الفقه والقضاء او التحكيم ، يستعين بها القاضي عند غياب النص او عدم كفايته لحكم العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي))
 وبعد ان حددنا المقصود بعبارة (مبادئ القانون الدولي الخاص) فانه لا بد من العودة الى نص المادة ٣٠ محل البحث لشرح عباراته الاخرى وابداء الملاحظات بشأنها وهذا ما سنوضحه في النقاط الآتية :

١. (عبارة في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين) كان من الافضل عدم ايرادها فقواعد تنازع القوانين لا تقتصر على المواد الواردة في القانون المدني العراقي كما توحى هذه العبارة مما يجعل صياغة النص غير دقيقة بل هناك بعض المواد المتفرقة في بعض القوانين الأخرى ومنها على سبيل المثال المادة ١٣ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي حددت القانون واجب التطبيق على أدلة الاثبات . وحددت المادة ٤٨ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ القانون الواجب التطبيق على شكل الحوالة التجارية واهلية الالتزام الصرفي . ويعني وجود هذه النصوص ان القاضي لا يمكنه الرجوع الى نص المادة ٣٠ في المسائل المتعلقة بها . لذا نجد ضرورة حذف عبارة (في المواد السابقة) من النص .

٢. جعل المشرع هذا المصدر (مبادئ القانون الدولي الخاص) مقتصرًا على موضوع تنازع القوانين من دون غيره بصريح نص المادة ٣٠، ومسوغ ذلك ان هذا الفرع بالذات هو الميدان الخصب والملائم لتكوين مثل تلك المبادئ ، صحيح ان المواضيع الاخرى كالاختصاص القضائي الدولي والجنسية والموطن ومركز الاجانب لا تخلو هي الاخرى من مبادئ عامة ولكنها لا تدخل ضمن مفهوم مبادئ القانون الدولي الخاص محل البحث . فبالنسبة للاختصاص القضائي الدولي فعلى الرغم من ان جانب من الفقه يرى بأن القاضي العراقي يمكن ان يستفيد من المادة (٣٠) في اطار الاختصاص القضائي يمكنه من الأخذ بضوابط لم ينص عليها المشرع العراقي كما في حالة الخضوع الإرادي من المدعى عليه للمحاكم العراقية والاختصاص

(١) بيير مايير، فنسانت هوازيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، المؤسسة

الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٢٨

المبني على الارتباط والاجراءات الوقتية والتحفظية^(١) فان القاضي عندما يبحث في مدى توفر احد ضوابط الاختصاص القضائي المنصوص عليها في التشريع التي هي في الاساس مستمدة من مبادئ عامة معروفة في القانون المقارن فاذا وجد ان أيا من هذه الضوابط غير متحقق في الدعوى فانه سوف يرد الدعوى لعدم الاختصاص وهو غير ملزم بعد ذلك بالبحث عن ضوابط أخرى يمكن ان تمنحه الاختصاص ، اما بالنسبة الى تحديد القانون الواجب التطبيق فان القاضي ملزم بإيجاد حل للنزاع بعد ان يكون قد اختص به ، فاذا وجد ان قواعد الاسناد في تشريعه لم تعالج المسألة التي قام بشأنها النزاع فانه ملزم بالبحث عن مصادر اخرى بديلة ، وهنا يأتي دور مبادئ القانون الدولي الخاص محل الحديث. اذا يكمن الفرق في ان القاضي عليه ان يكتفي بضوابط الاختصاص القضائي الموجودة في تشريعه ولا يبقى بذلك دور لمبادئ القانون الدولي الخاص .

وتوجد في مجال الجنسية مبادئ عامة أيضاً ومنها حق الانسان في جنسية واحدة وحقه في تغيير جنسيته وحقه في عدم فرض الدولة لجنسيتها بشكل تعسفي وغيرها من المبادئ الاخرى ، الا ان هذه المبادئ تراعيها الدول عند صياغة تشريعات الجنسية ولكن يبقى التشريع هو المصدر الوحيد للجنسية نظرا لأنها من مسائل السيادة ووسيلة الدول في تحديد ركن الشعب فيها ولا يمكن ترك ذلك لغير التشريع .

اما في مجال مركز الاجانب فهناك مبادئ معروفة أيضاً مثل مبدأ المعاملة بالمثل وغيره ولكن الى جانب ذلك فان ما يحدد تنظيم الدولة لمركز الاجانب هو مصالحها المتنوعة الاقتصادية والسياسية والأمنية والاجتماعية والسكانية وغيرها ، ولأنها دولة مستوردة او مصدرة للسكان ، بحاجة الى اليد العاملة او تشكو من البطالة وغير ذلك من الاعتبارات ، مما يمنع تكون مبادئ موحدة عالمية تتبعها الدول غالبيتها وتكون ملائمة لها كما هي الحال بالنسبة لتنازع القوانين .

(١) د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص - الكتاب الاول في تنازع القوانين وتنازع

الاختصاص وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨

ص٢٤٩، ص٢٥١

٣. وردت عبارة ((.... الاكثر شيوعا)) في القانون العراقي من دون غيره من القوانين التي اوردت نصاً يقابل نص المادة ٣٠ ، ويرى جانب من الفقه المصري ان عبارة (الاكثر شيوعا) ضرورية وهي اكثر دلالة على التعبير عن المراد بهذا المصدر الا وهو المبادئ السائدة في بلاد العالم^(١). و نعتقد ان اثر وجود هذه العبارة هو تقييد القاضي العراقي باتباع ما هو اكثر شيوعا عند وجود اكثر من مبدأ شائع دولياً ولا يترك للقاضي حرية انتقاء المبدأ الاكثر ملائمة لحكم النزاع. اما في عند غياب هذه العبارة فان للقاضي الحرية عند وجود اكثر من مبدأ شائع دولياً ان يختار احد هذه المبادئ ويطبقه على النزاع المعروض امامه . لذا نجد ان من الاولى حذف هذه العبارة حتى يكون مجال الاجتهاد واختيار الحلول الملائمة مفتوحا اكثر اما القاضي العراقي .

٤. مع ان النص لم يرد فيه ما يقيد القاضي بشأن ملائمة المبادئ المستنبطة مع أسس القانون العراقي ونظامه العام الا ان ذلك يفهم ضمناً . فالتبني مثلاً نظام لم ينص عليه المشرع العراقي ولكن لا يمكن الاستناد الى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على التبني حتى لو وجدت المبادئ الشائعة في القانون المقارن بهذا الشأن، لان عدم وجود قاعدة اسناد خاصة بالتبني مرجعه هو مخالفته للنظام العام لأنه مخالف للشريعة الاسلامية ومن ثم لا يمكن قبوله حتى لو كان مقبولاً في اطار مبادئ القانون الدولي الخاص على المستوى الدولي .

المطلب الثاني

موضع مبادئ القانون الدولي الخاص بين مصادر هذا القانون

لقد حددت المادة الاولى من القانون المدني العراقي بدقة ووضوح في فقرتها الثانية والثالثة ترتيب المصادر الرسمية للقانون المدني وهي التشريع أولاً يليه العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم قواعد العدالة ، اما المصادر المفسرة او المكملة فهي القضاء يليه الفقه . ولكن هذا التحديد هو في اطار القانون المدني بطبيعة الحال وهو لا يشمل القانون الدولي الخاص لأنه

(١) عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص، ج ١ ، ط ١١ ، مطابع الهيئة المصرية ، ١٩٨٦ ،

فرع مستقل عن القانون المدني حتى إن جاءت نصوص تنازع القوانين والاختصاص القضائي بين مواد هذا القانون .

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص فان ايجاد مثل هذا الترتيب ليس بالأمر الهين لعدم وجود تشريع موحد يجمع قواعد القانون الدولي الخاص العراقي اسوة ببعض التشريعات التي سبقت العراق في هذا الشأن^(١) مما يطرح التساؤل عن موقع مبادئ القانون الدولي الخاص بين مصادر هذا القانون ؟

لقد اختلفت الآراء في هذا الشأن اختلافا كبيرا إذ يرى جانب من الفقه ان ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص هو : المعاهدات ثم التشريع ثم مبادئ القانون الدولي الخاص ويستنبطها القاضي من العرف الوطني والدولي واحكام القضاء الداخلية والدولية واء الفقه واجتهاداته بشكل عام^(٢)

(١) ومن بين النصوص القانونية في القوانين المقارنة التي عالجت مسألة ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص نص المادة (٢٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنة ١٩٩٨ التي جاء فيها : " إذا كانت العلاقة القانونية دولية ، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة، وعند التعذر، يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني " . ويتضح من هذا النص ان المشرع التونسي يعد الاجتهاد القضائي هو المصدر الثاني المباشر للحلول التي يطبقها القاضي التونسي بعد التشريع الذي يمثل في مجلة القانون الدولي الخاص وهذا النص يوضح ان تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص ملزمة للقاضي فان لم يجد النص في التشريع فان عليه اختيار القانون الاكثر ملائمة من خلال النظرة الموضوعية للعلاقة القانونية المسندة وهذا بطبيعة الحال ان لم يكن هنالك قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري تريد أن تنطبق على موضوع النزاع وهذا ما يتضح بربط النص السابق مع نص المادة (٣٨) من القانون ذاته إذ جاء فيها " تطّوق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها . ويطّوق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضع القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها " .

(٢) عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، مصدر سابق ، ص٧٦

و يشير بهذا المعنى يشير جانب آخر إلى أن (مبادئ القانون الدولي الخاص) تعد مصدرا رسميا ملزما وليس تفسيريا كما هي الحال بالنسبة للفقهاء كمصدر من مصادر القانون المدني ، وهي تحمل من سمات الدقة والوضوح والتخصص ما يجعلها تختلف عن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.^(١) في حين يشير جانب آخر الى ان هذا المصدر يأتي في المرتبة الرابعة في ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص بعد الاتفاقيات الدولية والتشريع والعرف.^(٢)

ويوحي نص المادة ٢٤ من القانون المدني المصري (المقابل لنص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي) إن هذه المبادئ تأتي مباشرة بعد التشريع من دون اعتداد بالعرف ولكنه يرى ان هذا الاسقاط للعرف ليس متعمدا لان العرف ينزل منزلة التشريع عند غيابه ، فهذه المبادئ هي المصدر الثالث^(٣)

أي أن هذا المصدر هو المصدر الثالث بعد التشريع والعرف، في القول بأن على القاضي أن يذهب أولا بموجب هذا النص الى العرف ، فان وجد قاعدة عرفية فإنها تعد بمثابة النص القانوني الذي يحكم النزاع في هذه الحالة ، فان لم يجد عرفا فانه يتجه الى مبادئ القانون الدولي الخاص ويغلبها على مبادئ القانون الطبيعي لأنها دقيقة وواضحة ومتخصصة^(٤) ويشير بهذا المعنى جانب آخر من الفقهاء^(٥) إلى انه عند تعارض مبادئ القانون الدولي الخاص مع النص التشريعي او مع العرف فانهما يغلبان على تلك المبادئ.

(١) عز الدين عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٨٢

(٢) أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً ، مصدر سابق ، ص ١٦٠

(٣) د . محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص ٣٥

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية ، معوض عبد التواب ، مصدر سابق، ص ٧١

(٥) د. فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص - الجنسية ، الطبعة التاسعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٢ . وذلك في صدد حديثه عن المادة ٢٦ من القانون المدني السوري التي تقابل المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي .

ان من غير المتصور وجود التعارض بين (مبادئ القانون الدولي الخاص) والنصوص التشريعية لصراحة النص الذي جاء بها فعلى القاضي ان يطبق التشريع حتى إن تعارض مع المبادئ العامة^(١)

وفي اطار العلاقة بين العرف ومبادئ القانون الدولي الخاص نجد اتجاهات عديدة اولها : يذهب الى وجود تداخل بين العرف ومبادئ القانون الدولي الخاص بأن القضاء يستقر على اتجاهات معينة ويؤدي ذلك الى تكوين العرف، وان بعض قواعد التنازع اصلها اعراف مثل خضوع المال لقانون موقعه وخضوع شكل العقد لقانون مكان ابرامه.^(٢) وينكر الاتجاه الثاني دور العرف في مجال التنازع من خلال القول ان اهمية العرف كمصدر مستقل قلت بسبب ان العرف يعتمد في تطبيقه على القرارات القضائية التي تأخذ بحل معين في مسألة ما ومن هنا فان المصدر هو القضاء وليس العرف.^(٣) أما الاتجاه الآخر فيذهب الى ان هذه المبادئ الشائعة لم تصل الى حد أن تعد عفاً دولياً ملزماً إلا أن ذلك لا يمنع من رجوع القاضي اليها عند غياب النص التشريعي لأنها افضل من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(٤)

ويرى جانب من الفقه المصري انه وان كان نص المادة ٢٤ من القانون المدني المصري يوحي ان مبادئ القانون الدولي الخاص لها الأولوية على قواعد العرف ولكن الاعمال التحضيرية للقانون توضح بانه اراد تقديم هذه المبادئ على القانون الطبيعي وليس على العرف وقد ورد صراحة في المذكرة الايضاحية ((ان القاضي يرجع اولاً الى العرف ان وجدت

(١) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، المصدر نفسه ، ص ٥٠

(٢) عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، مصدر سابق ، ص ٦١

(٣) سامي بديع منصور ود نصري انطوان دياب و د. عبدو جميل غصوب ، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي الجزء الاول ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٩ . ص ٢٢

(٤) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص ٤٨

قاعدة عرفية تعين القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لان العرف يقوم مقام النص عند غيابه فان لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص^(١) ويعد جانب من الفقه المادة (٢٤) من القانون المدني المصري بمثابة فسخ المجال لاجتهاد القضاء^(٢) وبهذا المعنى فان المادة (٣٠) اعطت الفقه دوراً كبيراً في توجيه التشريع في اطار تنازع القوانين، فضلاً عن توجيه القضاء الى الاستفادة من اراء الفقه سواء الداخلية أم الدولية في تفسير النصوص وكذلك عند غياب النص^(٣) وبهذا المعنى فان مبادئ القانون الدولي الخاص ليست مصدراً مستقلاً عن الفقه والقضاء بوصفهما مصدرين تفسيريين للقانون .

إن من المعروف في اطار الفروع المختلفة للقانون ان على القاضي الاجتهاد عند غياب النص ، ولكن مع ذلك لو افترضنا ان المشرع لم يضع نص المادة (٣٠) فهذا يعني أن القاضي لا يستطيع الاجتهاد والبحث عن القانون الواجب التطبيق لان في هذه الحالة عليه ان يطبق القانون العراقي على أساس ان الاصل تطبيق القاضي لقانونه وان تنازع القوانين هو امر استثنائي جاء نتيجة تسامح المشرع في حالات محددة وقبوله تطبيق قانون اجنبي على النزاع المعروض امام القاضي رغبة منه في تحقيق العدالة واعتبارات الملائمة . لذا فإننا نجد انه ليس من السهولة بمكان فهم فلسفة المشرع في نص المادة (٣٠) لان حالات التنازع ومن ثم تبدو قواعد الاسناد في التشريع وكأنها قد وضعت على سبيل الحصر ولكن وجود نص المادة (٣٠) ينهي ذلك الحصر ويفتح الباب امام عدد غير متناهي من حالات التنازع .

وبرجعنا الى نص المادة ٣٠ محل البحث فان عبارة ((يتبع)) الواردة فيه توحى بأن القاضي ملزم بالرجوع الى تلك المبادئ لان النص جاء بصيغة الالزام . ويبين النص أيضاً بوضوح ان هذه المبادئ هي المصدر الثاني بعد التشريع . وعلى الرغم من أن

(١) (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ص٣٠٦) نقلا عن فؤاد عبد

المنعم رياض وسامية راشد ، مصدر سابق ، ص٥٨

(٢) محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٣٢

(٣) د. حسن الهداوي ، د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القانون الدولي

الخاص ، القسم الاول الجنسية والمواطن ومركز الاجانب ، دار الكتب للطباعة والنشر ،

الموصل ، ١٩٨٢ ، ص٢٨

جانب كبير من الفقه قد يُعد هذا المصدر الزامياً وليس مفسراً كما اشرنا قبل قليل. على الرغم من ذلك كله لا نستطيع القول بان القاضي ملزم بالكشف عن تلك المبادئ لان هذا العمل بطبيعة الحال هو من قبيل الاجتهاد وهو يحتاج الى الاطلاع الواسع على القانون المقارن وما استقر عليه الفقه والقضاء في الدول الاخرى وهو ما قد يصعب على القاضي في بعض الاحيان لذا نؤيد أن تُعد مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً تفسيريّاً مكملًا وليس ملزماً. ولكن هذا بطبيعة الحال لا يقلل من اهمية دراسة تلك المبادئ اذ تجعل حداثة مواضع القانون الدولي الخاص وغياب النصوص الكافية لمعالجة مشاكله المختلفة القاضي لا يستغني عن تلك المبادئ. ولا ينعنا من تأييد القول بان هذا المصدر يأتي بعد التشريع ضمن اطار مبادئ القانون الدولي الخاص.

وفيما سبق فانه لا بد لنا من الحديث عن دور الفقه والقضاء بوصفهما مصدرين من مصادر القانون الدولي الخاص مرتبطين ارتباطاً وثيقاً بمبادئ القانون الدولي الخاص . فإذا كان من غير الممكن أن تعد قواعد الفقه مصدراً للقانون لأنها لا تصدر عن سلطة رسمية وتفتقر الى عنصر الإلزام، فانه لا يمكن إنكار الدور المنشئ للقضاء في مادة القانون الدولي الخاص لأنها شديدة التأثير بالمتغيرات التي تحصل على الصعيد الدولي فيجب ان يكون التشريع مرناً يكفل تدخل القضاء ويشرح الفقه ويحلل ما توصل اليه القضاء ولا ينشئ هو المبادئ بل ينشئها القضاء . ويتخذ القضاء توجه معين في مسألة معينة ويدعم توجهه برأي الفقه^(١)

ويحاول جانب من الفقه التمييز بين الفقه الوطني والفقه الدولي بأن الفقه الوطني هو اراء وافكار الفقهاء الذين يقومون بدراسة موضوعات القانون الدولي الخاص اما الفقه الدولي فهو اراء الفقهاء الذين يحاولون تكوين فقه قانون دولي خاص بالمعنى الصحيح ، اي مجموعة قواعد ليست خاصة بدولة معينة بل مشتركة بين الدول^(٢)

(١) سامي بديع منصور ود نصري انطوان دياب و د. عبدو جميل غصوب ، مصدر سابق .
ص ١١ ، ص ١٥

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٢٩ ، ص ٣٨

وبهذا المعنى فان المقصود بالقضاء والفقهاء بوصفهما مصدرين من مصادر القانون الدولي الخاص هنا هو ليس القضاء والفقهاء في العراق فحسب بل احكام القضاء في الدول الاجنبية واحكام المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم الدولية.^(١) ويرى بعض الفقهاء انه لا يمكن وضع مبدأ عام عن الدور الذي يؤديه القضاء بالنسبة لمصادر القانون كلها فالأمر في ذلك يتعلق بمسألة واقعية تختلف باختلاف فروع القانون المتعددة وان كان يمكن القول بصفة اجمالية تفوق التشريع الا ان للقضاء دور بارز في اطار القانون الدولي الخاص.^(٢) ويرى ان من العوامل المهمة التي منحت القضاء دورا كبيرا في مجال القانون الدولي الخاص هو افتقاد هذا القانون الى تقنين متكامل ، ويرى ان للقضاء دور منشئ ومكمل في الوقت نفسه ويعد من قبيل دوره المكمل ما يعرف في اطار القانون الدولي الخاص بتلطيف مفعول النظام العام .^(٣)

يذكر ان بإمكان القاضي ان يعتمد على نتائج ما استقرت عليه احكام المحاكم الدولية وهيئات التحكيم ذات الطابع الدولي بمعنى الاستناد الى ما قامت به جهات القضاء والتحكيم الدولي من جهد في سبيل استخلاص ما يصدق في شأنه وصف (المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) ومعنى ذلك انه ليس مطلوباً من القاضي ان يقوم هو بالبحث والتحليل المباشر للحلول المتبعة في النظم القانونية المختلفة وإنما يستند الى محصلة ما سبقه إليه في ذلك المضمار قضاء الجهات الدولية التي كان متعينا عليها بمقتضى طبيعة تكوينها أن تبحث ابتداء عن حلول ذات مصدر يسمو على القوانين الوطنية^(٤) ويبدو الفرق واضح بين اجتهاد القاضي بشكل عام واستناده الى مبادئ القانون الدولي الخاص .

(١) عبد الحميد عمر وشاحي .القانون الدولي الخاص في العراق - مجموعة محاضرات القاها على طلبة الصف الرابع بكلية الحقوق العراقية ، الجزء الاول ، مطبعة التقيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤١ ، ص ٥٥-٥٧

(٢) خير الدين كاظم عبيد ، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي / كلية القانون _ جامعة بابل ، العدد الاول ، ٢٠٠٩ ص ٣٨٩

(٣) خير الدين كاظم عبيد ، المصدر السابق ، ص ٤٠٣

(٤) د . سامية راشد ، مصدر سابق ، ص ٨

تعد أحكام القضاء الدولي مصدراً مساعداً يستأنس به القاضي الوطني عند غياب الحلول وكذلك يستطيع القاضي الاستفادة من الفقه الدولي والدراسات المقارنة المختلفة في مجال تنازع القوانين ، ولكن يبقى غير ملزم للقاضي أبداً.^(١)

وفي إطار الحديث عن الفقه فإن هناك كثير من المصادر العلمية التي تعد مصادر غير مباشرة في إطار القانون الدولي الخاص فهناك دور واضح للقضاء الدولي والداخلي في استنباط كثير من قواعد التنازع ، ومن جانب آخر تظهر فائدة آراء المؤلفين ونظريات العلماء بشكل واضح في مجال القانون الدولي الخاص لأنه لا يزال في دور التكوين ، فضلا عن قرارات المؤتمرات العلمية التي تعد مصدراً هاماً أيضاً ولا سيما تلك الجهود التي بذلت لبحث مسائل القانون الدولي الخاص المختلفة في الدول الأوروبية وأمريكا اللاتينية^(٢)

المبحث الثاني

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في إطار تنازع القوانين

بعد ان بيّننا الإطار العام لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص فإنه لا بد من أن نستعرض أبرز الحلول والافكار التي استخلصها القضاء والفقه من تلك المبادئ في ميدان تنازع القوانين – الميدان الحقيقي لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص، ويمكن في هذا الصدد أن نجد دورا واضحا لهذه المبادئ في ايجاد قواعد اسناد جديدة لتحكم المسائل التي لم يضع المشرع قاعدة اسناد خاصة بها، وهو الدور الاهم الذي اشار اليه صراحة نص المادة ٣٠ من القانون

(١) د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص – الكتاب الاول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨ ، في معرض حديثه عن المادة ٢٥ من القانون المدني الأردني التي تقابل المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي وهو يسوغ عدم التزام القاضي بالفقه والقضاء في المادة الثانية من القانون المدني الأردني التي تقابل المادة الاولى من القانون المدني العراقي .

(٢) سامي الميداني ، موجز في الحقوق الدولية الخاصة ، ط٤ ، مطبعة الجامعة السورية

المدني العراقي محل البحث. ونجد في بعض الاحيان قاعدة الاسناد قاصرة عن معالجة واستيعاب الفروض والاحوال والمشاكل العملية للمسالة .

يذهب جانب من الفقه وفي هذا الشأن الى ان ما يكشف عنه القاضي في الاستفادة من هذا النص يتمثل في عدة امور، فالقاضي بإمكانه ان ينشأ قاعدة اسناد غير منصوص عليها ، وتقييد الحكم العام المنصوص عليه في قاعدة الاسناد ، فضلاً عن ذلك فان بإمكان القاضي ان يكشف عن حكم موضوعي لا عن قاعدة اسناد^(١).

وبعبارة اخرى فان ابرز وظائف المبادئ العامة هي سد ثغرات النظام القانوني بالنسبة للحالات التي لا توجد قاعدة اسناد خاصة بها و تقديم الحل الموضوعي للمبادئ وتوحيد الحلول والتقريب بين النظم القانونية المقارنة وفتح باب الاجتهاد امام القاضي وعدم التذرع بغياب النص^(٢).

ليست الغاية من هذا المبحث استعراض التطبيقات والحلول التي استند فيها الفقه الى مبادئ القانون الدولي الخاص فحسب بل ان التساؤل المهم الذي سنحاول الاجابة عليه بالنسبة لكل مسألة من تلك المسائل هو هل انه يمكن الاعتماد على مبادئ القانون الدولي الخاص والاكتفاء بنص المادة ٣٠ محل البحث من دون الحاجة الى نصوص صريحة تنظم المسائل التي سنطرحها ام ان هناك حاجة قائمة لتشريع تلك النصوص عاجلاً ام اجلاً ؟

ان ميدان العقود الدولية هو ابرز ميدان ظهرت فيه اهمية الدور الذي تؤديه (مبادئ القانون الدولي الخاص) وقد تناولنا هذا الدور في ثلاثة مطالب تناولنا في الاول اثر تلك المبادئ في قاعدة الاسناد العقد الدولي بشكل عام وفي الثاني نماذج متنوعة وشائعة من العقود التي حاول الفقه تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها في مبادئ القانون الدولي الخاص ، واخيراً فقد خرجنا عن موضوع العقد الدولي وتناولنا في المطلب الرابع دور مبادئ القانون الدولي الخاص في الاخذ بنظرية الغش نحو القانون .

(١) د . عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، مصدر سابق، ص ٥٦ .

(٢) أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة الاسناد والتنازع بين الشرائع اصولاً ومنهجاً ، مصدر

سابق، ص ١٦٣

المطلب الأول

أثر مبادئ القانون الدولي الخاص في قاعدة أسناد العقد الدولي

حدد المشرع العراقي القانون واجب التطبيق على العقد الدولي بشكل عام في المادة ٢٥ التي جاء فيها ((١ . يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطننا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه ، ٢. قانون موقع العقار هو الذي يسري بشأنه)) .

ان الرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص عند غياب قاعدة الإسناد هو امر يبدو بديهياً تطبيقاً للعبارة الصريحة التي جاءت بها المادة (٣٠) الا وهي ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص)) . ولكن يثار النقاش والخلاف عند وجود النص^(١) فهل يمنع وجود المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي الخاصة بإسناد العقود من تطبيق المادة (٣٠)؟

يرى جانب من الفقه انه بشكل عام يمكن ان يلجا القاضي الى مبادئ القانون الدولي الخاص على رغم من وجود النص وذلك ليقيد حكماً عاماً كاشتراط ان تكون الارادة الضمنية مؤكدة بالنسبة لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقد الدولي^(٢) او اشتراط وجود صلة بين علاقة الاطراف والقانون المختار حتى ان لم تشر الى ذلك قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود^(٣). وان من نتائج الاخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص أن تعد قاعدة التنازع الخاصة بقانون الارادة هي في الاصل قاعدة عرفية دولية تم تثبيتها عن طريق التشريعات الداخلية للدول، ويقود هذا إلى إمكانية اختيار الأطراف ليس لقانون القاضي أو قانون دولة أجنبية فحسب بل للنظام

(١) يذهب جانب من الفقه الى ان القاضي يطبق قانونه بشأن التكييف استناداً الى ان ذلك من المبادئ الشائعة دولية ومستنداً الى نص المادة ٣٠ . د.حسن الهداوي وغالب علي الداوودي ، مصدر سابق ص٦٥ ، مع ان هذا الحكم اقره بشكل صريح نص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي مما يغني عن اللجوء الى نص المادة ٣٠ بهذا الشأن .

(٢) د . عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، المصدر السابق ، ص٥٢

(٣) د . عكاشة عبد العال ، المصدر نفسه ، ص٥٦

القانوني عبر الدول او الاعراف التجارية الدولية او (القانون الخاص الدولي بقواعده الموضوعية) .

وعلى خلاف ذلك يرى جانب من الفقه العراقي انه لا يمكن الاستفادة من نص المادة ٣٠ للأخذ بقاعدة القانون الاوثق صلة بالعقد او غيرها من قواعد الاسناد المرنة المتطورة في مجال العقد الدولي وذلك استنادا الى قاعدة (لا اجتهاد في مورد النص) إذ تنظم المادة ٢٥ الالتزامات التعاقدية على الرغم من اعتقاده بان قواعد الإسناد العراقية في مجال المعاملات المالية لم تعد تتلاءم مع التطورات الكبيرة التي حصلت في العلاقات الاقتصادية المختلفة عبر دول العالم^(١) ويبدو أن هذا الرأي هو الأكثر انسجاما مع عبارات النص لذلك لا بد من ان يعيد المشرع النظر في تلك المسائل او ان يعدل نص المادة ٣٠ ليستوعب ما لم يستوعبه نص المادة ٢٥ وهو ما يبدو لنا الحل الأقرب والأكثر واقعية .

المطلب الثاني

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في مجال الاسناد الخاص لبعض العقود

ان التطور الحاصل في العلاقات الدولية وازدياد النشاط التجاري حركة الاموال والاشخاص عبر الدول جعل قاعدة الاسناد هذه عاجزة عن مواكبة هذا التطور وتحديد القانون الملائم لكثير من نماذج العقود الحديثة نسبيا التي لم تعد قاعدة الاسناد التقليدية في العقود تتلاءم معها مما اوجد دوراً واضحاً لمبادئ القانون الدولي الخاص في نص المادة (٣٠) محل البحث لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود عبر رصد تلك العلاقات فيما يأتي:

١. عقود العمل

عقد العمل من العقود التي تبرز فيها مسألة حماية العاقد الضعيف وهو العامل في مواجهة الطرف القوي اقتصاديا وقانونيا وهو صاحب العمل وبهذا الشأن يرى البعض انه ازاء خلو التشريع العراقي من قاعدة اسناد خاصة بعقود العمل ، فقد كان لا بد من الرجوع الى

(١) عوني محمد الفخري ، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

- دراسة في القانون الدولي الخاص تتضمن شرحا لاتفاقية روما المشار اليها مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في

مجال المعاملات المالية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩٤

مبادئ القانون الدولي الخاص بوصفها احدى المصادر الاحتياطية له . وبالرجوع الى هذه المبادئ بخصوص عقد العمل فإنها تقضي بإخضاع عقود العمل لقانون دولة التنفيذ عند تنفيذ العمل في دولة واحدة ، ولقانون مركز ادارة الاعمال عند تنفيذ العمل في اكثر من مكان ، ويمكن أن يجد هذا الاسناد أساسه في المادة /٣٠ من القانون المدني العراقي إذ يخول هذا النص القاضي الحق في الرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص السائدة ، والى ما استقر عليه الفقه والقضاء الغالب في القوانين المقارنة لوضع حلول التنازع عند سكوت التشريع عن بيان الحل الواجب الاتباع .^(١)

ويبدو هذا الحل ملائماً في القانون العراقي نظراً لان الرجوع الى القانون المختار من الاطراف سيكون فيه اجحاف للعامل لكونه الطرف الضعيف قليل الخبرة وهذا ما سيمكن صاحب العمل من اختيار القانون الاكثر تحقيقاً لمصلحته والاقبل حماية للعامل، وأن استقدام العمال من الخارج سيمنع تحقق (الموطن المشترك) بوصفه ضابط الاسناد الاحتياطي في قاعدة الاسناد الخاصة بالعقد الدولي وقد يكون مكان ابرام العقد عرضياً ومن ثم لا يحقق تطبيق هذا الضابط مصلحة العامل.^(٢)

٢. العمليات المصرفية

تخضع عقود العمليات المصرفية للقانون المختار بشكل صريح او ضمنى شرط ان يكون هذا القانون على صلة وثيقة بالعقد ، اما اذا لم يكن هناك اختيار لقانون معين فانه يجب تطبيق قاعدة اسناد مفادها تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية وهي قاعدة يمكن للقاضي

(١) أحمد صبيح جميل النقاش ، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٣ ، ص٦٨
 (٢) لمزيد من التفاصيل ينظر: أحمد صبيح جميل النقاش ، المصدر نفسه ، المبحث الاول من الفصل الثاني .

تطبيقها بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة وأن يعد هذا القانون هو الأكثر ملائمة والأكثر اتصالاً بهذا النوع من العلاقات القانونية.^(١)

ونجد ان الاستناد الى مبادئ القانون الدولي الخاص هنا لم يرقم على اساس استبعاد ضابط الاختيار بل استبعاد ضابط الموطن المشترك لصعوبة او استحالة تحقيقه في التعاملات المصرفية الدولية ، واستبعاد ضابط محل الابرام على أساس انه قد يكون مكانا عرضيا ليست له صلة وثيقة بالعلاقة ، ومن ثم يكون تطبيق قانون المصرف منطقيا لأنه مركز الثقل في العلاقة والمدين بالأداء المميز في التعامل المصرفي .

٣. الوكالة التجارية

لا تلائم قاعدة الإسناد التقليدية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود وهي المادة ١٩ من القانون المدني المصري (تقابل المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي) العقود التي تبرم عن طريق الوكلاء او الوسطاء ولأن هذه القاعدة وضعت لتعالج العقود التي تبرم بشكل مباشر بين طرفي العقد في حين ان العقود المبرمة عن طريق الوكلاء او الوسطاء تفترض وجود ثلاثة اطراف هي الاصيل والوكيل والغير الذي يتعاقد مع الوكيل لان القانون المختار قد يختلف بين عقد الوكالة والعقد الذي يبرمه الوكيل مع الغير ، اذ يختار الاصيل والوكيل قانونا معيناً يحكم الوكالة في حين يتفق الوكيل والغير على قانون اخر فأى من القانونين يكون هو الواجب التطبيق عند التعارض . كذلك فان ضابط الموطن المشترك من الصعب ان يتحقق بالنسبة للعقود التي تبرم عن طريق الوكالة لان هناك موطن للأصيل وموطن للوكيل وموطن للغير .

ومن هنا فانه يأتي دور المادة ٢٤ من القانون المدني المصري التي تقابل المادة ٣٠ مدني عراقي إذ يمكن في هذه المادة استنباط قاعدة اسناد خاصة بالوكالة بتقليد الحلول المتبعة في القوانين المقارنة الحديثة كالقانون الدولي الخاص والقانون الدولي الخاص الروماني ونصوص الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ التي دخلت حيز النفاذ في بعض الدول في عام

(١) د. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص١١٩- ١٢١ وهو يستند في ذلك بطبيعة الحال إلى المادة ٢٤ من القانون المدني المصري التي تقابل المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي .

١٩٩٢ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والنيابة والمتمثل في تطبيق قانون الدولة التي يوجد مؤسسة الوسيط (الوكيل) اذا كان محتر او الدولة التي قام فيها الوسيط بتنفيذ الوكالة^(١)

٤. الأوراق التجارية

تقتضي الطبيعة الخاصة للأوراق التجارية عدم اعمال القاعدة العامة في الأهلية وهي تطبيق قانون الجنسية بل يفضل إخضاع أهلية الالتزام المصرفي لقانون محل الإبرام على أساس أن هذا القانون ييسر الأمور على المتعاملين بالورقة التجارية إذ يمكنهم من التعرف بسهولة على صحة الالتزام المصرفي.^(٢) إذا لم يكن ثمة قانون متفق على تطبيقه في الورقة التجارية فإنه يجب اعمال قانون دولة التنفيذ بالنسبة لوجود سبب الالتزام المصرفي ومشروعيته^(٣). بالنسبة للالتزام المسحوب عليه فإنه يجب تطبيق قانون محل الوفاء (دولة التنفيذ) على هذا الالتزام على أساس أن المادة ١/٤ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ بمثابة تطبيق لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص استنادا الى المادة ٢٤ من القانون المدني المصري^(٤) التي تقابل المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي ، ولكن يجب الاشارة الى مسالة أهلية الملتزم بالالتزام المصرفي فضلاً عن شكل الورقة التجارية قد عالجتها المادة ٤٨ من قانون التجارة المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

- (١) أ . د حفيظة السيد حداد ، تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، مجلة نصف سنوية تصدر عن كلية الحقوق في جامعة بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، العدد الثاني ، ٢٠٠٣ ص ١١٢ - ١١٤ ، ص ١٢٣-١٢٧
- (٢) د . عكاشة محمد عبدالعال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، الدار جامعية ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص ١٣٨
- (٣) المصدر نفسه ، ص ١٦٤
- (٤) المصدر نفسه ، ص ٢٣٣ ، وبالفكرة نفسها عالج المؤلف بعض المواضيع الاخرى مثلا القبول بالوساطة (القبول بالتدخل) ص ٢٣٥ القبول الجزئي ص ٣٠٧ المسائل المتعلقة بالوفاء بالالتزام ص ٢٣٨ الوفاء في حالة ضياع السند او سرقة ص ٣٢٠ .

٥ . عقود الدولة وعقود الاستثمار الأجنبي

عقود الدولة هي " عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة او جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي او اعتباري من جهة أخرى ، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي ، يكون مصحوبا عادة باتفاق بالمساعدة الفنية وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتم ان تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا"^(١) وتعرف عقود الاستثمار الأجنبي بأنها " تلك الطائفة من العقود الدولية التي ترمها الدولة او أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي او اعتباري ، يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية الى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الاجنبي"^(٢)

وهذه العقود هي اكثر المجالات التي اثارت جدالاً فقهيّاً واسعاً وحاداً حول تطبيق فكرة مبادئ القانون الدولي الخاص تكون الدولة. في اطار هذه العقود هي الطرف الأول، وغالبا ما تكون من الدول النامية، في مقابلة الطرف الثاني وهو إحدى الشركات العملاقة على الأغلب التي تنتمي الى الدول الغربية بطبيعة الحال . وهنا تكمن المشكلة وهي عدم التوازن بين مصالح اطراف هذا العقد ، ان تجد الدولة في كثير من الاحيان عقودها المبرمة مع الشركات الاجنبية اصبحت مجحفة لها وتتضمن شروطا تعسفية كانت بمثابة استعمار اقتصادي من الدول الغربية للدول النامية مما دفع هذه الدول الى تأميم مشاريع الشركات الاستثمارية الاجنبية او تعديل العقود المبرمة مع تلك الشركات ، مما دفع تلك الشركات الى اللجوء الى

(١) حفيظة السيد حداد،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، ص ٣٠

(٢) د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص٤٨٥ . ولم يعرف المشرع العراقي الاستثمار الاجنبي بل عرف المستثمر الاجنبي في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٧ ، في الفقرة (ط) من المادة الاولى بانه " المستثمر الأجنبي : هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصا معنويا او حقوقيا "

التحكيم الدولي في عديد من المناسبات في أواخر القرن الماضي. وهنا لجأ المحكمون الدوليون الى فكرة مبادئ القانون الدولي الخاص وبرزها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المستند الى مبدأ سلطان الارادة . لتقرير عدم احقية الدول بتأميم الشركات الأجنبية او تعديل عقودها الاستثمارية مع تلك الشركات وضرب مصالحها المشروعة في تلك الدولة . مما حدا بالفقه في الدول النامية الى رفض فكرة مبادئ القانون الدولي الخاص والمناداة بتطبيق القانون الوطني للدولة على العقود التي تبرمها مع الشركات الاجنبية .

وقد نصت المادة ١/٤٢ من اتفاقية التحكيم الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥ ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع ، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد التي تتعلق بتنزاع القوانين فضلاً عن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع^(١)

لقد كانت المبادئ العامة للأمم المتحدة هي المسوغ لاستبعاد قانون الدولة المتعاقدة على اعتبار ان هذا القانون غير ملائم لحاجة المعاملات الدولية وذلك في اكثر حكم تحكيم : مثلاً استبعد قانون دولة (ابو ظبي) في قضية (شيخ ابو ظبي عام ١٩٥١) التي تتعلق بعقد امتياز بتول مع احدى الشركات الانكليزية، في قضية مشابهة عام ١٩٥٣ تم استبعاد قانون دولة قطر التي انتهى فيها الى انه لا يوجد في قطر مبادئ قانونية صالحة للتطبيق على معاملات التجارة الدولية. فضلاً عن احكام التحكيم فان محكمة النقض الفرنسية هي الأخرى قد ذهببت في عام

(١) وقد نصت المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في أثينا باليونان عام ١٩٧٩ : ((يستطيع الأطراف على وجه الخصوص اختيار قانون العقد او واحد او اكثر من القوانين الداخلية او المبادئ المشتركة بين هذه القوانين او المبادئ العامة للقانون او المبادئ المطبقة في الروابط الاقتصادية الدولية او القانون الدولي او مجموعة من تلك المصادر للقانون)) نقلاً عن أسامة احمد الحواري ، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٨ ،

١٩٧٤ الى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة (القانون السعودي) وطبقت بدلا عنه القانون الفرنسي نظرا لعدم ملائمة الاول لحكم العقد .^(١) ويعترض جانب من الفقه على الاتجاه السابق بان أحكام التحكيم التي اشارت الى المبادئ العامة للقانون لم تثبت اتفاق الدول وقبولها للمبادئ التي طبقتها إذ ينطق وصف المبادئ عليها فعلاً^(٢)

تكتنف تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين الدول المحاذير ومنها غموض تلك المبادئ ، وتكون في بعض الاحيان ستارا يخفي المحكم وراءه محاولته لترجيح مصالح الشركات الاستثمارية والاطراف المتنفذة في عقود الامتيازات ونقل التكنولوجيا وغيرها، ويصطدم وجود مبادئ عامة مشتركة بين الأمم بالتناقضات الموجودة بين قوانين الدول على المستوى العالمي، فهناك تناقض بين الدول النامية والدول المتقدمة من جهة ، وهناك تناقض بين دول الاقتصاد الحر ودول الاقتصاد الموجه الاشتراكي.^(٣)

لا يمكن قبول القاضي العراقي بتطبيق المبادئ العامة المشتركة بين الامم المتعدنة استنادا الى نص المادة ٣٠ بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص أن يكون على حساب استبعاد القانون العراقي في مسالة وثيقة الصلة بالمصالح العراقية المرتبطة بالاستثمارات الاجنبية في العراق، ولم تتفق مراجعة احكام التحكيم العديدة في هذا الشأن (والتي لا يتسع المجال لإيرادها في البحث)^(٤) لم تتفق على حل واحد حتى يمكن أن تعد مبدأ شائعا دوليا ن فهي تارة تطبق قانون الدولة المتعاقدة وتارة اخرى تستبعده بحجة عدم ملائمته للعلاقة وتارة تلجأ الى تطبيق ما يسمى بأعراف التجارة الدولية او القانون التجاري الدولي . وخالصة الامر ان القاضي

(١) أ. د حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، مصدر سابق ، ص٥٤٦ ، ص٥٤٨ ، ص٥٤٩

(٢) حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق، ص٧٧٣

(٣) ابو زيد رضوان الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١

(٤) لمزيد من التفاصيل ينظر: أ.د سامية راشد مصدر سابق ، ص٢٥ - ص٦١

العراقي بإمكانه ان يستند الى نص المادة ٣٠ في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الاستثمارية بقبول المبادئ الشائعة دولياً بشرط ان تكون متلائمة مع اسس القانون العراقي والتي لا تضر بالمصالح الاقتصادية العراقية لأنها في تلك الحالة ستستبعد في الدفع بالنظام العام.

ونخلص من مما سبق بالنسبة لنماذج العقود التي اخترناها على سبيل المثال في هذا المطلب وغيرها وقد لجأ الفقه بشأنها الى مبادئ القانون الدولي الخاص استناداً الى نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي وما يقابله في القوانين الاخرى . علماً ان هذه العقود تحكمها قاعدة الاسناد التقليدية الخاصة بالعقود التي تتمثل بالمادة ٢٥ من القانون المدني العراقي وما يقابله من القوانين العربية الاخرى . مع ان نص المادة ٣٠ اشار صراحة الى انه لا ينطبق الا في حالة غياب النص ، فهل يعني ذلك ان الفقه قد حمل نص المادة المذكورة اكثر مما يحتمل ، اي ان هذا التوجه قد اعطى القاضي صلاحية استنباط الحلول في المسائل التي ورد بشأنها نص كالعقود المشار اليها ومن ثم إعطاء القاضي سلطة تقديرية كبيرة في استبعاد او تطبيق قاعدة الإسناد؟

نجد انه كان هناك مسوغات منطقية لاستبعاد ضابط الاسناد المنصوص عليه في الحالات السابقة واستنباط ضابط اسناد من مبادئ القانون الدولي الخاص ، ولكن مثل هذا الاتجاه لا يمكن قبوله على اطلاقه ولا سيما خارج إطار العقد الدولي.

المطلب الثالث

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في تطبيق نظرية الغش نحو القانون

الغش نحو القانون هو : ((التعديل الارادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الاسناد المتغير ومن ثم تحويل الاسناد قانون معين، بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق اصلاً ، سواء كان قانون القاضي ام قانون اجنبي))^(١).

يعد الغش نحو القانون مانعاً من موانع تطبيق القانون الاجنبي يتمثل في اصطناع الشخص لضابط اسناد معين كالتوطن في دولة معينة او اكتساب جنسيتها ليس لرغبة

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مطبوعات جامعة الامارات

العربية المتحدة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩٢

الشخص في تكوين صلة حقيقية واقامة علاقة قانونية مع تلك الدولة ولكن للاستفادة من تطبيق قانونها عليها ولا سيما في مسائل الاحوال الشخصية ، كإكتساب شخص جنسية دولة يسمح قانونها بالطلاق في حين ان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته اصلا لم يكن يسمح له بذلك .

ويرى جانب من الفقه ان قاعدة (الغش يفسد كل شيء) بوصفها مبدأ عاماً عام يمكن الاستناد اليها لاستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تم تحديده عن طريق تغيير ضابط الاسناد بقصد التحايل على القانون^(١) . ويشير جانب من الفقه بهذا المعنى إلى انه لا توجد نظرية مستقلة للغش نحو القانون في اطار القانون الدولي الخاص تختلف عن المبدأ العام في القانون الداخلي الا وهو ان (الغش يفسد كل شيء) و يفترض من التحايل على القانون في اطار القانون الدولي الخاص اجتماع ثلاثة عناصر ضرورية للقول بوجود الغش أولها وجود القاعدة الملزمة التي يقصد التهرب منها وثانيها وجود نية الغش وثالثها استخدام وسيلة فعالة لتحقيق ذلك^(٢)

لم ينص المشرع العراقي على نظرية الغش نحو القانون بوصفها مانعاً من موانع تطبيق القانون الاجنبي، ولكن يرى الفقه في العراق^(٣) انه يمكن تطبيق هذه النظرية في المادة ٣٠ من

-
- (١) عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني، مصدر سابق ، ص ٥١
- (٢) بيار ابييل طوبيا ، التحايل على القانون - دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٩ . ص ٣٣٩
- (٣) د. حسن الهداوي ، د . غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، القانون الدولي الخاص ، دار الكتب الخاص ، القسم الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ احكام الاجنبية ، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ٢٠١ ، فريد فتیان ، تنازع القوانين من حيث المكان ، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في بغداد ، العدد الثاني، لسنة ١٩٥٣ ، ص ٥٤ ، ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونيين العراقي والمقارن ، ط ٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٣٣٨

القانون المدني العراقي على أساس ان نظرية الغش نحو القانون شائعة دولياً وهذا هو ما يهمننا في الامر قدر تعلقه بموضوعنا وهو التساؤل عن مدى دقة مثل هذا التطبيق؟ ليست هذه النظرية حديثة النشأة في اطار القانون الدولي الخاص بل انها تبلورت على يد القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر وبالتحديد في العام ١٨٧٨ في قضية شهيرة هي قضية الاميرة الفرنسية " دوفورمون"^(١). اي ان نشأة هذه النظرية قد سبقت بفترة زمنية طويلة تاريخ سن القانون المدني العراقي الذي ضم مواد تنازع القوانين ، فهل يمكن أن تعد دليلاً على المشرع العراقي الذي لم يشأ أن يأخذ بهذه النظرية عن قصد، ومن ثم لا مجال للاستناد إلى المادة (٣٠) من القانون المدني للأخذ بتلك النظرية ؟

ويرى ان جانب من الفقه في الوقت الحاضر تضاؤل اهمية هذه النظرية الى حد ما ، فبالنسبة لتغيير الجنسية للحصول على الطلاق فان دول العالم أغلبها اليوم لا تمنع ذلك كما كان في السابق ، كذلك فان تغيير الموطن بنية الغش سوف يعالج على أساس أن يعد الموطن صورياً ومن ثم لا يرتب آثاره في نظرية الغش نحو القانون لعدم توفر نية البقاء الحقيقية لأجل التوطن. اما في مجال العقود الدولية فان تطبيقات نظرية الغش نحو القانون قليلة جدا ان لم تكن نادرة للدور الكبير للإرادة في هذا الشأن.^(٢)

ويعزز ما سبق ان من يغير جنسيته او موطنه او غير ذلك من ضوابط الاسناد انما يستخدم حقا مشروعاً من دون ان يسبب ضرراً لحد، ويصعب الوقوف على نية الغش بوصفها احد اركان نظرية الغش نحو القانون، و أن من مؤيدي نظرية الغش نحو القانون من يعدها تطبيقاً لفكرة الدفع بالنظام العام وليست نظرية مستقلة^(٣) ولسنا هنا في صدد مناقشة تلك

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص ١٩٣
 (٢) د . محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٨٣ - ٢٨٤ .

(٣) د. جابر ابراهيم الراوي ، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٥٤ - ٥٥

النظرية وحجج مؤيديها ورافضيها ولكن نحاول أن نبين أن النظرية خلافية وليست مستقرة وراسخة الى الحد الذي يمكن معه أن تعد من مبادئ القانون الدولي الخاص .
ومن خلال ما سبق نعتقد انه لا يمكن تطبيق نص المادة (٣٠) في مسألة الغش نحو القانون يحتاج تطبيق القاضي العراقي لهذه النظرية إلى نص صريح من المشرع العراقي يحسم فيه موقفه بشأنها .

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث المتواضع سنحاول أن نبين أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات
أولاً: النتائج :

١. تعرف مبادئ القانون الدولي الخاص بوصفها مصدراً من مصادر هذا القانون بانها: جملة الحلول الشائعة في القانون المقارن لمسائل تنازع القوانين يسترشد بها القاضي العراقي عند غياب النص او عدم كفايته لحكم العلاقة المشبوبة بعنصر أجنبي .
٢. ان مبادئ القانون الدولي الخاص هي صورة المبادئ العامة للقانون في اطار فرع القانون الدولي الخاص ، وهي حلول لمسائل التنازع استمدت من القوانين الداخلية سواء على مستوى التشريع او القضاء او الفقه في القوانين المقارنة . ولكن انتشارها وذيوعها اكسبها طابعاً دولياً .
٣. يستطيع القاضي في اللجوء الى هذا المصدر ان يقتبس قاعدة اسناد او قاعدة موضوعية لحل المسألة المطروحة امامه .
٤. لا يمكن القول بالزامية هذه المبادئ للقاضي العراقي لان القول بخلاف ذلك يعني أن يعد القانون المقارن ملزماً للقاضي الوطني وهذا امر غير مقبول، أولاً وأن هذه المبادئ على الرغم من كونها شائعة فإنها قد لا تكون محل اتفاق بين الدول مما يعني الزام القاضي بحلول متناقضة ثانياً، وقد لا تكون متلائمة مع الأسس العامة للقانون العراقي، لذا فان هذه المبادئ أغلبها استنبطها ورسخها الفقه والقضاء المقارن وقضاء التحكيم الدولي لذا لا يمكن القول بالزاميتها

ولكنها مع ذلك يبقى بوصفها المصدر الثاني لقواعد القانون الدولي الخاص بعد التشريع.

٥. ان دور مبادئ القانون الدولي الخاص خارج اطار موضوع تنازع القوانين محدود جدا بوصفه مصدرا ثانياً مكملاً للتشريع، الا ان ذلك لا ينفي وجود دور للمبادئ العامة في تلك المجالات بوصفها مصدرا موضوعيا ملهما للمشرع عند وضعه للقواعد المنظمة لمختلف لمواضيع القانون الدولي الخاص المختلفة.
٦. يتضح الدور البارز لمبادئ القانون الدولي الخاص بشكل واضح في اطار العلاقات التعاقدية الدولية. لها دورا واضحا في مسائل الاحوال الشخصية، إذ تكمن الغاية الأساسية من وضع نص المادة ٣٠ من القانون في مواكبة التطور السريع الحاصل في اطار العقد الدولي ، ونرى ان الافضل هو عدم الاستناد الى تلك المبادئ في اطار مسائل الاحوال الشخصية بل وضع قواعد اسناد خاصة اذا تطلب الامر ذلك.

ثانيا : التوصيات :

نقترح تعديل نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي ليكون على وفق الآتي:
 ((يمكن للقاضي ان يسترشد بما هو شائع في القانون المقارن من قواعد الإسناد أو القواعد الموضوعية الخاصة بالمنازعات المشبوبة بعنصر أجنبي عند غياب النص او قصوره بشكل واضح وأسباب معقولة عن حكم تلك المنازعات)) .

قائمة المصادر

اولا: الكتب

١. د . أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولاً ومنهجاً مكتبة الجلاء الجديدة ، مصر ، ١٩٩٦
٢. أ . د احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الإماراتي ، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٢
٣. بيار ابييل طوبيا ، التحايل على القانون – دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٩

٤. بيير مايير ، فنسانت هوازيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨
٥. د. جابر ابراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٨٠
٦. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد ، ١٩٤
٧. د. حسن الهداوي ، د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الأول الجنسية والموطن ومركز الاجانب دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل ، ١٩٨٢.
٨. د. حسن الهداوي ، د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ احكام الاجنبية ، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل ، ١٩٨٢
٩. د . حسن الجليبي ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، مطبعة شفيق ، بغداد ١٩٦٤
١٠. أ . د حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣
١١. حكمت شبر- القانون الدولي العام - الجزء الأول - مطبعة دار السلام - (بغداد) ، ١٩٧٥
١٢. د. سامي بديع منصور ود . أسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٩
١٣. سامي بديع منصور ود نصري أنطوان دياب و د. عبدو جميل غصوب ، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي الجزء الاول ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٩
١٤. سامي الميداني ، موجز في الحقوق الدولية الخاصة ، الطبعة الرابعة ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥١
١٥. أ. د. سامية راشد ، دور المادة ٢٤ مدني في حل مشكلات تنازع القوانين (نظرة مستقبلية)، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥

١٦. طالب رشيد يادكار ، مبادئ القانون الدولي العام ، مطبعة موكرياني ، اربيل ، ٢٠٠٩
١٧. د. عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهومها منزلتها ووسائل ادراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، اذار ، ١٩٨٤
١٨. عبد الحميد عمر وشاحي .القانون الدولي الخاص في العراق – مجموعة محاضرات القاها على طلبة الصف الرابع بكلية الحقوق العراقية ، الجزء الأول ، مطبعة التفيض الاهلية ، بغداد، ١٩٤١
١٩. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، ط١١ ، مطابع الهيئة المصرية ، ١٩٨٦
٢٠. د. عكاشة محمد عبد العال ، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني (دراسة مقارنة) الجزء الأول، تنازع القوانين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨.
٢١. د. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٩٩
٢٢. د. عكاشة محمد عبدالعال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٨
٢٣. عوني محمد الفخري ، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية – دراسة في القانون الدولي الخاص تتضمن شرحا لاتفاقية روما المشار اليها مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية ، بغداد ، ٢٠٠٧
٢٤. د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨
٢٥. د. فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص – الجنسية ، الطبعة التاسعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ٢٠٠٦
٢٦. د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧
٢٧. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩

٢٨. د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط ٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٢ ،
٢٩. د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩
٣٠. د. محمود محمود المغربي ، الاستوبل في قانون التحكيم ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٠ ،
٣١. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧

ثانيا : البحوث المنشورة في الدوريات

١. د. احمد صادق القشيري ، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كانون الثاني ، ١٩٦٨
٢. أ. د. حفيظة السيد حداد ، تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، مجلة نصف سنوية تصدر عن كلية الحقوق في جامعة بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، العدد الثاني ، ٢٠٠٣
٣. خير الدين كاظم عبيد ، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي / كلية القانون _ جامعة بابل ، العدد الاول ، ٢٠٠٩
٤. رشيد مجيد محمد الربيعي ، مفهوم القانون الميسور (المرن) في القانون الدولي العام ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن التي تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٤٢ / ٢٠٠٦
٥. د. فريد فتیان ، تنازع القوانين من حيث المكان ، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في بغداد ، العدد الثاني ، ١٩٥٣ .

ثالثا : الرسائل والأطاريح الجامعية

١. أحمد صبيح جميل النقاش ، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٣

رابعاً : القوانين

١. القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢. القانون الدولي الخاص التونسي المرقم ٢٧ لعام ١٩٩٨
٣. القانون الكويتي بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي المرقم ٥ لسنة ١٩٦١
٤. القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٥. قانون المدني الاردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل
٦. القانون المدني السوري المرقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩