جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

فاعلية معيار ضابط جنسية المدعى عليه لتحديد الإختصاص القضائي

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من قبل الطالبة

نورس محمود جهاد

بإشراف الدكتور

صالح مهدي كحيط

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

٢٠٢٢م ١٤٤٤هـ

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

{ يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْناكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثى
وَجَعَلْناكُمْ شُعُوباً وَقَبائِلَ لِتَعارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ
أَتْقاكُمْ إِنَّ اللهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ }

صدق الله العلي العظيم

سورة الحجرات: آية ١٣

الإهداء :

إلى .....

سيدتي ومولاتي :

البضعة الطاهرة .....

فاطمة ..... "عليها السلام" .....

وأبيها ..... " صلى الله عليه وآله وسلم" .....

وبعلها ..... " عليه السلام" .....

وبنيها ..... " عليهم السلام" .....

والسر المستودع فيها .....

أهدي هذا الجهد المتواضع .

شكر وعرفان

يَطيب ليّ أن أتقّدم بجزيل الشكر والعرفان، وفائق الإحترام والإمتنان، إلى أستاذي الفاضل الدكتور صالح مهدي كحيط، الذي كان يقدم المساعدة، فضلاً عن متابعته لي بشكل مستمر، إبتداءً من إختيار عنوان البحث، و توجيه وتقديم النصيحة، والتصحيح و المراجعة، حتى خرجت هذه الرسالة بهذا الوجه، فأسأل الله تعالى أن يجزيه خير جزاء المحسنين .

و أخص بالشكر أيضاً قسم القانون الخاص وأساتذتي الأفاضل في المرحلة التحضيرية، وإلى كل من كان له دور في التعاون معي من مشورة أو توجيه أو نصيحة، ثم لا يسعني أيضاً إلا أنْ اقدم خالص تقديري إلى من وقفوا معي وقدموا لي من جهدهم ووقتهم (الدكتورحسين كاظم الزاملي، والدكتورمشتاق عبد الحي عبد الحسين، والدكتورة الصيدلانية زينب كاظم مسلم التميمي ، والباحثة أسماء باجي عيدان، والباحث إبراهيم باقر أمين، والباحثة نور علي حسين، و الباحثة وسن علي صبر)، وكما اتوجه بخالص الشكر والعرفان للسادة أعضاء لجنة المناقشة، الذين بذلوا وسعهم في قراءة هذه الرسالة ، وأشكر كل من ساهم في اخراج هذا العمل العلمي من أصحاب الاختصاص المهني والثقافي اصحاب المكتبات والمؤسسات العلمية ...أسأل الله تعالى أن يجزيهم عني خيرا.

وختاماً يدوم الصمت طويلاً وتتعثر الكلمات في لساني حين أتوجه بالشكر إلى زوجي وعائلته الكريمة وعائلتي الذين ساندوني طيلة مدة دراستي، وساعدوني في تخطي كثير من الصعاب، فكانوا نعم العون ليّ. فيارب أدعوك أن تحفظهم وتجزيهم خير الدنيا والآخرة.

وأسأله أن يوفقني لما يُحب ويرضى، وأنّ يعفوَ عمَّا صدر مني من زلة اللسان والقلم والفكر من دون قصد، وهو وليُّ ذلك فنعم المولى ونعم النصير.

المخلص

إن التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية إنعكس على قواعد الاختصاص القضائي الدولي بوصفها الوسيلة الفنية في حل مسائل تنازع الاختصاص، إذْ إنَّ إختيار المحكمة الواجبة التطبيق في بعض العلاقات القانونية التي يكون أحد أطرافها وطنياً يحتاج إلى توفير أكبر قدر من الحماية لهؤلاء الأشخاص' و إنَّ عدم وجود سلطة عليا تكفل توزيع الإختصاص القضائي الدولي بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، أَدَّى إلى تصدي المشرع الوطني في كل دولة لمهمة تحديد الضوابط التي تختص بمقتضاها محاكم الدولة بهذه المنازعات، شرط ألَّا يكون في هذا التحديد مايخالف الإتفاقيات أو الأعراف الدولية المقررة بهذا الشأن، ويعد ضابط الإختصاص المنعقد إستناداً إلى جنسية المدعى عليه من المبادئ الرئيسة في تحديد الإختصاص القضائي الدولي الذي تبنته العديد من التشريعات الدولية بصورة مطلقة دون أنْ تُقَيده بقيود و موجهات أهمها الإرتباط والصلة الوثيقة بالنزاع والعدالة، وفاعلية الحكم خارج حدود الدولة التي أصدرته، الأمر الذي دعانا الى أنْ نستقرئ في مدى ملائمة إعمال هذا الضابط في كل الظروف والمستجدات التي تفرزها الحياة الخاصة الدولية، بمعنى إنَّ الإعتبارات التي أُسِّسَ على هذا الضابط قد توجد وقد تتخلف، ففي وجودها إسباغ للاعتراض على منح الإختصاص للمحكمة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها، إلَّا أنَّ التساؤل الذي يُثَار فيما إذا تخلفت تلك الإعتبارات وكانت هناك محكمة أجنبية أُخرى ذات صلة بالدعوى محل النزاع، وحُكْمَها سيكون أكثر فاعلية على مستوى التنفيذ، أوْ متى ما كانت أموال المدعى عليه و محل إقامته في أراضيها وفي نطاق إختصاصها فهل تبقى محكمة جنسية المدعى عليه هي المختصة أم نبحث عن حلول قانونية في عقد الإختصاص للمحكمة التي توافرت لها تلك الاعتبارات؟ ومتى نصل إلى حلول لتلك التساؤلات لابد أنْ نَسْتعرض جملة من الموضوعات في البحث، منها الاطار القانوني لضابط جنسية المدعى عليه، والأحكام القانونية لضابط جنسية المدعى عليه. ولقد تضمنت هذه الدراسة أيضاً حلولاً واعدة تهدف من خلالها إيجاد نوع من المرونة بين إعمال ضابط جنسية المدعى عليه إستناداً الى الإعتبارات التقليدية، وما طرأ على العلاقات الخاصة الدولية من مستجدات كتبني المنهج الغائي في إطار تنازع الإختصاص القضائي الدولي.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة :	١-٤
الفصل الأول: الإطار القانوني لضابط جنسية المدعى عليه	٦-٧٥
المبحث الأول: التأصيل القانوني لدور ضابط جنسية المدعى عليه	٨-٣٨
المطلب الأول: الإتجاه الرافض للضابط	١١-٢٣
الفرع الأول: الإنكار الذي يستند إلى طبيعة الشخص المعنوي	١١-١٧
الفرع الثاني: الإنكار الذي يستند الى الطبيعة القانونية للجنسية	١٧-٢٣
المطلب الثاني: الإتجاه المؤيد للضابط	٢٣-٣٨
الفرع الأول: المسوغات الواقعية لمنح الجنسية إلى الشخص المعنوي	٢٤-٣٠
الفرع الثاني: المسوغات النظرية لمنح الجنسية إلى الشخص المعنوي	٣٠-٣٨
المبحث الثاني: إشكاليات أعمال ضابط جنسية المدعى عليه	٣٩-٧٥
المطلب الأول: أعمال ضابط جنسية المدعى عليه في ظل التعدد	٣٩-٦٠
الفرع الأول: أعمال ضابط جنسية المدعى عليه وفقاً للمنهج التقليدي	٤٠-٥٢
الفرع الثاني: أعمال ضابط جنسية المدعى عليه وفقاَ لفعّالية التحكيم	٥٢-٦٠
المطلب الثاني: أعمال ضابط الجنسية في ظل الإنعدام والتغيير	٦١-٧٥
الفرع الأول: إنعدام ضابط جنسية المدعى عليه	٦١-٦٨

الفرع الثاني: وقت الإعتداد بضابط جنسية المدعى عليه	٦٨-٧٥
الفصل الثاني: ألأحكام القانونية التي يخضع لها ضابط جنسية المدعى عليه	٧٧-١٣٨
المبحث الأول: فلسفة بناء الإختصاص القضائي على ضابط الجنسية	٧٩-١٠٣
المطلب الأول: الفلسفة المتبعة في ضوء المنهج التقليدي	٧٩-٩٠
الفرع الأول: عامل السيادة	٨٠-٨٦
الفرع الثاني: تحقيق التكامل لقواعد الإختصاص القضائي الدولي	٨٦-٩٠
المطلب الثاني: الفلسفة المتبعة في ضوء المنهج الحديث	٩٠-١٠٣
الفرع الاول: مبدأ الفاعلية وقوة النفاذ	٩١-٩٧
الفرع الثاني: الصلة بين المحكمة المختصة والدعوى	٩٨-١٠٣
المبحث الثاني: وسائل المحكمة في التخلي عن الجنسية	١٠٤-١٣٨
المطلب الأول: آليات التخلي عن ضابط الجنسية في إطار المنهج التقليدي	١٠٥-١٢١
الفرع الأول: التخلي لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	١٠٥-١١٤
الفرع الثاني: التخلي لإرتباط دعويين أمام محكمة أجنبية	١١٤-١٢١
المطلب الثاني:آليات التخلي عن ضابط الجنسية في إطار المنهج الحديث	١٢١-١٣٨
الفرع الاول: التخلي لإتفاق الخصوم (الخضوع الأختياري)	١٢٢-١٣٠
الفرع الثاني: التخلي للمحكمة الأكثر ملاءمة	١٣١-١٣٨
الخاتمة	١٣٩-١٤٢

قائمة المصادر	١٤٣-١٥٥
المستخلص بالإنكليزي	a-b