جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

(اليقين القانوني والمرونة في تقنين القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)

مشروع اطروحة دكتوراه تقدمت به الطالبة

فاطمة عبد مهدي دهش الخزاعي

إلى مجلس معهد العلمين كجزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه

في القانون الخاص

بأشراف الدكتور

نظام جبار طالب

أستاذ القانون الدولي الخاص

2021 م **1443 هـ**

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ﴾

(المجادلة: اية 11)

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وهب من شاء عقولاً راشدة قادتهم إلى كل خير ومنعتهم من الوقوع فيما فيه ضرر عليهم وعلى غيرهم، والحمد لله الذي بعزته وجلاله تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير الخلق أجمعين، محمدا و اله الطيبين الطاهرين..

في حديث نبوي يقول الله سبحانه وتعالى (و أني قد آليت على نفسي أن لا أقبل شكر عبد لنعمة أنعمتها عليه، حتى يشكر من ساقها من خلقي إليه)..

ذكراً وعرفاناً بالجميل لابد من أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى أستاذي ومشرفي، الاستاذ الدكتور **(نظام جبار طالب)** استاذ القانون الدولي الخاص المحترم، لتفضله بقبول الأشراف على البحث، فكان خير مشرف، وخير ناصح، وخير مستمع، وخير موجه، فكان له الفضل أولاً واخيراً بوصول هذا الجهد إلى نهايته، لما أبداه من أراء وملاحظات، ساهمت بتعضيد وتهذيب البحث، وما قدمه لي من مصادر أجنبيه صعب علي الحصول إليها، فجزاه الله عني خير جزاء المحسنين، وأدام توفيقه.

ولا يفوتني أن أقدم خالص الشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين، لتحملهم عناء ومشقة السفر في ظل الوضع الصحي الحرج، لأجل الاطلاع على البحث وتقويمه، وأتاحتهم الفرصة لي لأنهل من خبرتهم وعلمهم، بما يقوم ويثري هذا البحث.

كما يسرني أن أقدم الشكر والامتنان لعمادة واساتذة معهد العلمين الافاضل، وأخص منهم بالذكر الاساتذة الأعزاء في السنة التحضيرية، لما افاضوه علينا من معلومات وخبرات ساعدتنا بالوصول إلى هذه المرحلة، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لموظفي مكتبة معهد العلمين، و بالأخص الأستاذ (**أحمد الساعدي**) والست (**غيداء الساعدي**)، لما قدموه لي من مساعدة في الوصول والحصول على المصادر.

ولا أنسى أن أقدم الشكر والامتنان إلى الاستاذ المساعد الدكتور (**صالح مهدي كحيط**) المحترم، والذي قدم لي الكثير خلال مرحلة الكتابة، من خلال تزويدي ببحوثه ومصادر أخرى اغنتني في الكتابة، ولم يبخل بالمشورة العلمية، فأسأل الله له دوام التوفيق.

ايضا كل الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور(**غسان عبيد المعموري**) المحترم، والذي لم يبخل بالسؤال عني في كل مرة، كما لم يبخل بتزويدي مما لديه من مصادر سواءً بمرحلة الماجستير أو الدكتوراه، فجزاه الله خير جزاء المحسنين.

كما أن أتقدم بعظيم الشكر والتقدير إلى رفيقة طريقي صديقتي الدكتورة (**أنغام علي حسين المجتومي**) وعائلتها المحترمة، لوقوفها الداعم و الدائم إلى جانبي طيلة دراستي في المعهد، فجزاهم الله عني خير جزاء المحسنين.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الصديقة الدكتورة (**رجاء حسين عبد الامير الباوي**) المحترمة، لدعمها الدائم لي، والتي لم تبخل يوماً بالوقوف إلى جانبي سواءً بأبداء المشورة العلمية، أو المساعدة بالحصول على المصادر.

كما أتقدم بالشكر إلى زملاء الدراسة، كل من الدكتور (**حسين العبيدي**) المحترم، والذي آلا الا أن يهديني جميع مصادره، والدكتور (**خضير مخيف الغانمي**) المحترم، والذي لم يبخل علي بالمشورة والمصادر، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

وبكلمات أخيرة لا يسعني إلا أن أشكر كل من مد لي يد العون لي في سبيل أنجاز هذا الجهد العلمي المتواضع، وبالأخص عائلتي.. وفاءً واعتزازاً.

الإهـــــداء

إلى من لا توفي الكلمات حقه، إلى من وقف إلى جانبي طيلة أيام حياتي ودراستي

..... والدي العزيز

إلى من رفعت وتحملت عني الكثير والكثير، إلى من حييت بجميل دعائها

..... والدتي الغالية

إلى من تحمل معي مشاق السفر وعناءه

..... أخي الصغير

أنمار

إلى خير سند

..... أخوتي وأختي

إلى من شدت على يدي و رافقتني خطوة بخطوة

.....صديقتي د. انغام

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحـــــث

الملخص

أن السعي إلى وجود تقنين شامل يضم قواعد القانون الدولي الخاص ويحقق اليقين القانوني، يتطلب في الوقت ذاته وجود عاملي المرونة والعدالة، حتى تكتمل متطلبات التقنين المتطور، رغم ما قد يقع من تزاحم أو تعارض احياناً بين كل من اليقين القانوني والمرونة والعدالة في ظل وجود التقنين الشامل لقواعد هذا القانون، ذلك أن وجود قواعد قانونية ثابتة من شأنه أن يؤدي إلى جمود النصوص وعدم استجابتها لمتغيرات وظروف كل قضية، عليه فلابد من حل هذا التزاحم أو التعارض من خلال وجود قواعد تتميز بالعمومية من حيث انطباقها على الوقائع كلها وبغض النظر عن اختلاف الزمان والمكان، او قد يحل هذا التزاحم من خلال وجود قواعد تأخذ بالحسبان تحقيق العدالة الواقعية والتي تتحقق من خلال النظر بالظروف الخاصة بكل واقعة، والذي يطلق عليه الانصاف.

فالهواجس بين الحاجة إلى اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ من ناحية، والمرونة والرغبة الفردية والانصاف من جهة اخرى قديمة قدم القانون نفسه، وبالتالي فأن هذه الهواجس مستمرة ومتجددة ولكنها تبرز مع زيادة وحدة المناقشات، حول ما اذا كان ينبغي الشروع في التقنين أم لا.

فمعارضي التقنين يقدمون حججاً بعضها تعتمد على التوقيت والتطور، من بينها أن التقنين يؤدي إلى توقف أو اعاقة التطور السلس للقانون، ذلك أن ثبات النصوص قد لا يساير المستجدات ويؤدي إلى غموض في الافكار قد يمنعها من الوصول إلى مرتبة النضج، وبالتالي الاكتفاء بالعموميات،

يضاف إلى ذلك من الحجج أن التقنين يؤدي إلى زرع او توطين نظريات مازالت موضع خلاف وسجال بين فقهاء القانون الدولي الخاص، كل ذلك من شانه ان يؤدي إلى جعل التقنين امرا صعبا، لا يتلائم مع وظيفة القانون الدولي الخاص.

في حين أن المؤيدين لا يرون التقنين الا مظهراً من مظاهر اصلاح الحياة القانونية في الدولة وسبيلاً مهماً لمواكبة المتغيرات العالمية المستجدة، اضافة إلى ما يحققه التقنين من يقين قانوني للأفراد بالنتائج المسبقة لتعاملاتهم.

عليه لابد من تقنين او تطوير القواعد التقليدية، و خلق أو ابتداع قواعد خاصة دولية جديدة، تتميز بسرعة استجابة كبيرة في تقديم الحلول، بحيث تكفل الخروج من التعقيدات التي عرفت في قواعد القانون الدولي الخاص، ويجد هذا القول تبريره في أن القانون الاخير ليس بقانون متحجر وثابت بل هو قانون يأخذ بنظر الاعتبار الحاجات المستجدات الوطنية والدولية الواقعية والمتغيرة.

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.1	الآية	أ
.2	شكر وعرفان	ب – ج
.3	الاهداء	د
.4	الملخص	هـ – و
.5	المحتويات	ز – ل
.6	المقدمة	1-7
.7	مطلب تمهيدي	8 - 17
.8	الفصل الاول (القانون الدولي الخاص وحركة التقنين)	18- 89
.9	المبحث الأول: تطور القانون الدولي الخاص	19 - 46
.10	المطلب الأول: ظهور العولمة واثارها	21 – 31
.11	الفرع الأول: أثر العولمة على القانون بشكل عام	22 – 27
.12	الفرع الثاني: انتشار العولمة في حقل القانون	27 – 31
.13	المطلب الثاني: أثر العولمة على القانون الدولي الخاص	31 - 46
.14	الفرع الأول: القانون الدولي الخاص قبل العولمة	32 – 38
.15	الفرع الثاني: القانون الدولي الخاص بعد العولمة	38 – 46
.16	المبحث الثاني: اختبار قواعد القانون الدولي الخاص	47 - 71
.17	المطلب الأول: نسبية اليقين القانوني في قواعد القانون الدولي الخاص	49 – 61

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.18	الفرع الأول: عدم تقنين قواعد القانون الدولي الخاص	50 – 54
.19	الفرع الثاني: طبيعة قاعدة الاسناد الخاصة	54 – 56
.20	الفرع الثالث: الاسناد المرن	56 – 59
.21	الفرع الرابع: اقصاء حكم قاعدة الأسناد	59 – 61
.22	المطلب الثاني: الكفاية الموضوعية والعدالة في قواعد القانون الدولي الخاص الغير المقننة	62 – 71
.23	الفرع الأول: عدم الكفاية الموضوعية لقواعد القانون الدولي الخاص	62 – 67
.24	الفرع الثاني: العدالة في قواعد القانون الدولي الخاص الغير المقننة	67– 71
.25	المبحث الثالث: تقنين قواعد القانون الدولي الخاص	72 – 89
.26	المطلب الأول: أثر التقنين على تطور القانون الدولي الخاص	73 – 84
.27	الفرع الأول: فلسفة التشريع وأثرها على قواعد القانون الدولي الخاص غير المقننة	73 – 76
.28	الفرع الثاني: الحد من الحرية التعاقدية الواسعة	76 – 84
.29	المطلب الثاني: اثر التقنين في حل مشاكل القانون الدولي الخاص	84 – 89
.30	الفرع الأول: معالجات نسبية اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ	85 – 88

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.31	الفرع الثاني: التعقيد المنهجي والغموض لقواعد تنازع القوانين	88 – 89
.32	الفصل الثاني: حركة التقنين الحديثة وأثرها في ترسيخ اليقين القانوني والمرونة	90 – 163
.33	المبحث الأول: التقنين في النظم الوطنية	91 – 108
.34	المطلب الأول: نماذج من الأنظمة القانونية الدولية الخاصة غير المقننة	92 – 99
.35	الفرع الأول: قواعد العلاقات الخاصة الدولية في القانون الفرنسي	93 – 96
.36	الفرع الثاني: قواعد العلاقات الخاصة الدولية في القانون الألماني	97 – 99
.37	المطلب الثاني: نماذج من الأنظمة القانونية الدولية الخاصة المدونة	99 – 108
.38	الفرع الأول: التجربة الأوربية في تقنين القانون الدولي الخاص	100 – 105
.39	الفرع الثاني: التجربة العربية (تقنين قواعد القانون الدولي الخاص التونسي)	105 – 108
.40	المبحث الثاني: النظم فوق الوطنية في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص	109 – 140
.41	المطلب الأول: توحيد حلول تنازع القوانين بشأن مسائل الالتزامات التعاقدية والغير التعاقدية	112 – 125

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.42	الفرع الأول: توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن الالتزامات التعاقدية وفقاً للائحة روما الأولى (2008)	114- 119
.43	الفرع الثاني: توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن الالتزامات الغير التعاقدية وفقاً للائحة روما الثانية (2007)	119 – 125
.44	المطلب الثاني: لوائح الاتحاد الأوربي الأخرى	126 – 140
.45	الفرع الأول: توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن الطلاق والانفصال القانوني وفقاً للائحة روما الثالثة (2010)	126 – 132
.46	الفرع الثاني: توحيد قواعد الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية بروكسل (2001)	132 - 140
.47	المبحث الثالث: القانون الدولي الخاص في العراق و أمكانية التقنين	141 - 163
.48	المطلب الأول: تحليل الحالة العراقية	142 - 147
.49	الفرع الأول: تقنين موضوع الجنسية في العراق	142 – 144
.50	الفرع الثاني: تقنين الاختصاصين التشريعي والقضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق	144 -147

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.51	المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع العراقي بشان تقنين القانون الدولي الخاص	147 - 163
.52	الفرع الأول: أسباب عدم التقنين	148 – 159
.53	الفرع الثاني: تقييم الحالة العراقية	159 - 163
.54	الفصل الثالث: أثر التقنين على موضوعات القانون الدولي الخاص	164 – 221
.55	المبحث الأول: أثر التقنين على الجنسية والموطن	166 - 183
.56	المطلب الأول: أثر تقنين ضابط الجنسية في تحقيق المرونة وتعزيز اليقين القانوني	167 – 176
.57	الفرع الأول: دور تقنين الجنسية في مرونة تحقيق الاهداف	168 – 173
.58	الفرع الثاني: مظاهر اليقين القانوني في موضوعة الجنسية	173 – 176
.59	المطلب الثاني: أثر التقنين على ضابط الموطن	177 – 183
.60	الفرع الأول: غايات تقنين الموطن	177 – 178
.61	الفرع الثاني: التطبيقات المقارنة لتقنين الموطن	179 – 183
.62	المبحث الثاني: اثار التقنين المرتبطة بتنازع القوانين	184 – 201
.63	المطلب الأول: عرض النظريات	184 – 189
.64	الفرع الأول: تبني المرونة في مجال نظرية الاحالة	185 – 187
.65	الفرع الثاني: تبني منهج الاداء المميز	188 - 189
.66	المطلب الثاني: اختبارات اليقين والمرونة	190 – 201
.67	الفرع الأول: صياغة نظرية الاحالة في ضوء متطلبات اليقين القانوني والمرونة	190 – 193
.68	الفرع الثاني: متطلبات اليقين القانوني والمرونة في ضوء منهج الاداء المميز	193 - 201

ت	الموضوع	رقم الصفحة
.69	المبحث الثالث: اثار التقنين المرتبطة بتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية	221 – 201
.70	المطلب الأول: أهداف التقنين المرتبطة بتنازع الاختصاص القضائي	212 – 203
.71	الفرع الأول: تلبية معايير الاختصاص القضائي للمرونة واليقين	210 – 204
.72	الفرع الثاني: انعقاد اختصاص المحاكم بناء على متطلبات العدالة	212 – 210
.73	المطلب الثاني: اثار التقنين المرتبطة بتنفيذ الاحكام الأجنبية	221 – 213
.74	الفرع الأول: التنظيم القانوني لتنفيذ الاحكام الأجنبية	216 – 214
.75	الفرع الثاني: تفعيل دور التحكيم كمطلب لتحقيق اليقين القانوني والمرونة	221 – 216
.76	الخاتمة	228 -222
.77	المصادر	249 – 229
.78	الملخص باللغة الانكليزية	251 – 250