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

حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص

ـ دراسة مُقارنة ـ

رسالة تقدَّمت بها الطالبة

نقاء عبدالوهاب محمّد

إلى مجلس عمادة معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

علاء حسين علي شبع
استاذ القانون الدولي الخاص

٢٠٢٦م ١٤٤٧هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾

﴿صَدَقَ اللَّهُ العَلِيُّ العَظِيمُ﴾

(سورة ص: الآية ٢٦)

الإهـــــــــداء

إلـــى عـصام حـياتـــي كـلـــها

والـقبضـة الـتي لا أخـطـو دونـهـا

وغـــايـــة أهـــدافـــــي.. أبـــي

ساعـــية لتـــحقيـق مبـــتغـاك بـنجاحـــي

و كـــونـــك أبـــي هـــو خـــير نجـــاح

أهـــديـــك بـــكـــل فـــخـــر رســـالتي...

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله حمداً كثيراً حتى يبلغ الحمد منتهاه والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه.

قال رسول الله ﷺ: «لا يشكر الله من لا يشكر الناس»، وانطلاقاً من هذا المعنى أتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان إلى الأستاذ الدكتور (علاء حسين علي شبع) المشرف على هذه الرسالة لما أولاني من عناية علمية وتوجيه سديد ومتابعة دقيقة كان لها الأثر الكبير في إنجاز هذه الرسالة وإظهارها بالصورة المرجوة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وما سيبدونه من ملاحظات علمية قيّمة تسهم في تقويم هذا الجهد العلمي وإغنائه.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذة معهد العلمين للدراسات العليا كافة, والى ممثل الطلبة في المعهد لجهوده الطيبة في خدمة زملائه وتذليل العقبات والتواصل المستمر فكان خير عون وزميل لنا في مسيرتنا الدراسية, وإلى كل من قدّم لي النصح أو المساعدة وأسهم في إنجاز هذا العمل.

كما أتوجه بعبارات الامتنان إلى الأستاذ محمد الغانم صاحب المكتبة الإلكترونية، الذي لم يبخل علينا بجهده في توفير المصادر الرقمية والبحثية التي ذللت الكثير من الصعاب, كما اتوجه بالشكر والامتنان إلى المحامي قدامة شهاب احمد الذي كان له دور بارز وجهود قيّمة في تزويدي بالقرارات القضائية وتقديم النصح؛ فجزاه الله عنّي خيراً.

وختاماً أتوجه بالشكر والعرفان إلى عائلتي الكريمة لما قدموه من دعم وتشجيع طوال مدة إعداد هذه الرسالة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين...

الباحثة

الملخص

ترتكز دراسة موضوع ((حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة)) بيان حدود المساحة القانونية التي يمُارس فيها القاضي الناظر للنزاع في العلاقات الخاصة الدولية، اختصاصاً تشريعياً أُسند اليه صراحة وضمناً من لدن المشرع لقواعد القانون الدولي الخاص. استناداً لمبدأ الامتداد والتكامل بينهما، لسد الفراغ والنقص التشريعيين اللذين يعتريان النصوص التشريعية المختلفة في هذا القانون.

إذ إن جاهزية القاضي لاستقبال هذا الاختصاص الاستثنائي يتم عبر قيامه بدورين أساسيَن:

الدور الأول: دوره في خلق وابتداع وابتكار قواعد القانون الدولي الخاص إزاء الفراغ والقصور التشريعي الذي يوجهه لحل القضايا المعروضة أمامه.

الدور الثاني: دوره في تكميل واتمام وتوضيح قواعد القانون الدولي الخاص لسد النقص والغموض التشريعيين اللذين يكتنفان هذه القواعد.

كما تركز الدراسة على أن تمظهر القاضي بالمظهر التشريعي وهو يمارس هذين الدورين او احداهما، يعد من مظاهر تطوير قواعد القانون الدولي الخاص التي فرضتها ضرورات إعمال هذه القواعد وخصوصيتها القضائية على المنازعات الخاصة الدولية، لتفادي التطبيق الآلي للنصوص التشريعية الناظمة لقواعد التنازع والتي قد لا يؤدي إعمالها الاعمى الى إيجاد حلول قانونية تنسجم وغايات منهج الاسناد. الذي وُضع لاعتبارات احترام الصفة الأجنبية للعلاقات أو المراكز القانونية الدولية، لمسايرة التطور المتتابع في العلاقات الأجنبية الخاصة، وحماية متطلبات هذا الاحترام، كحماية اليقين والأمان القانوني للأطراف في العلاقات الخاصة الدولية.

وتستعرض وتحلل الدراسة أيضاً، الوسائل القانونية التي يتوسل بها الاجتهاد القضائي لممارسة هذين الدورين، وهي وسائل وأدوات قانونية أرستها الممارسات القضائية التي عاصرت ظهور قواعد تنازع القوانين منذ مدة ليست بالقصيرة. وأضحت اليوم من المبادئ والنظريات القضائية عالمية التطبيق في الأنظمة القانونية المختلفة.

ولعل أبرز ما تشير إليه هذه الدراسة من تلك الوسائل والأدوات التي يوظفها الاجتهاد القضائي تكريسا لسلطته الابتكارية والتكميلية، هي وسيلة التفسير القضائي واداة التطويع وفكرة التلطيف، وكلها وسائل قضائية تدخل في صميم عمل القاضي ويركن إليها لممارسة دوره الإيجابي في حل منازعات القانون الدولي الخاص وتطوير قواعده استناداً لمبدأ الشراكة مع المشرع الذي رسم له هذه الأدوار وأجازها لبث الحياة من جديد في نصوصه القانونية إذا ما اصابها الجمود أو القصور التشريعي.

باستعراض ما توصلت اليه الدراسة, تتجه الدراسة الموسومة بـ (حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص) الى بيان أن القاضي لا يقتصر دوره على التطبيق الحرفي للنصوص, وانما يمتد في حدود معينة إلى الإسهام في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص عند وجود قصور تشريعي أو غموض أو تطور في العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي, شريطة ألّا يؤدي ذلك إلى تجاوز مبدأ المشروعية أو الحلول محل السلطة التشريعية.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وعرفان	ج
الملخص	د, هـ
قائمة المحتويات	و , ز , ح
المقدمة	١ ــ ٤
الفصل الأول: دور القضاء في خلق قواعد القانون الدولي الخاص	٥ ــ ٥٦
المبحث الأول : خصوصية قواعد القانون في القانون الدولي الخاص امام القضاء	٨ ــ ١٦
المطلب الاول: الخصوصية العامة لقواعد القانون الدولي الخاص	٨ ــ ١١
الفرع الاول: الطابع الارشادي لقواعد القانون الدولي الخاص	٩ ــ ١٠
الفرع الثاني: الطابع المزدوج لقواعد القانون الدولي الخاص	١٠ ــ ١١
المطلب الثاني: الخصوصية الخاصة لقواعد القانون الدولي الخاص	١١ ــ ١٦
الفرع الاول: الصفة المحايدة لقواعد القانون الدولي الخاص	١١ ــ ١٣
الفرع الثاني: الصفة الملزمة لقواعد القانون الدولي الخاص	١٣ ــ ١٥
الفرع الثالث: الضمانات الاجرائية والموضوعية لإعمال الخصوصية القضائية وتحقيق الامان القانوني	١٥ ــ ١٦
المبحث الثاني : الأحكام والقرارات القضائية كمصدر من المصادر المنشئة لقواعد القانون الدولي الخاص	١٦ ــ ٣٩
المطلب الأول: مهمة القضاء في خلق قواعد تنازع جديدة	١٨ ــ ٢٧
الفرع الأول: انشاء ركن الفرض في قاعدة التنازع	١٩ ــ ٢٤
الفرع الثاني: تطوير ركن الحكم في قواعد التنازع	٢٤ ــ ٢٧
المطلب الثاني :سلطة القاضي في خلق قواعد إسناد بديلة	٢٨ ــ ٣٩

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول: الانشاء القضائي قبل تطبيق قاعدة التنازع	٢٩ ـ ٣٤
الفرع الثاني :الانشاء القضائي بعد تطبيق قاعدة التنازع	٣٤ ـ ٣٩
المبحث الثالث :دور التفسير القضائي المنشئ في خلق قواعد القانون الدولي الخاص	٣٩ ـ ٥٦
المطلب الأول: وسائل التفسير القضائي المنشئة للتشريع الدولي الخاص	٤١ ـ ٤٩
الفرع الأول : التفسير القضائي الابداعي لقواعد القانون الدولي الخاص	٤٢ ـ ٤٥
الفرع الثاني: وسيلة الموائمة التشريعية في خلق قواعد القانون الدولي الخاص	٤٦ ـ ٤٩
المطلب الثاني: القيمة القانونية للتفسير القضائي المنشئ	٤٩ ـ ٥٦
الفرع الأول :الاتجاهات الفقهية والقضائية من سلطة القاضي في تفسير قواعد القانون الدولي الخاص	٥٠ ـ ٥٤
الفرع الثاني :موقف المشرع العراقي من سلطة القاضي في التفسير	٥٤ ـ ٥٦
الفصل الثاني : دور القضاء في تكميل قواعد القانون الدولي الخاص	٥٧ ـ ١٠١
المبحث الاول: الضرورات الداعية للقضاء لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص	٥٩ ـ ٦٦
المطلب الاول: الضرورة القانونية لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص	٥٩ ـ ٦٢
الفرع الاول: الفراغ التشريعي	٦٠
الفرع الثاني: النقص التشريعي	٦١ ـ ٦٢
المطلب الثاني: الضرورة العملية لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص	٦٣ ـ ٦٦
الفرع الاول: التغيرات الاجتماعية والاقتصادية	٦٣ ـ ٦٤
الفرع الثاني: ضرورات العدالة الواقعية والامان القانوني	٦٤ ـ ٦٦
المبحث الثاني : وسيلة التطويع القضائي في تكميل قواعد القانون الدولي الخاص	٦٦ ـ ٨١
المطلب الأول: تطويع المسألة المجهولة في قانون القاضي	٦٨ ـ ٧٦
الفرع الأول :مشكلة المسألة المجهولة في القانون الدولي الخاص	٦٩ ـ ٧٣
الفرع الثاني : تطويع التكييف القضائي للمسألة المجهولة	٧٣ ـ ٧٦

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني :تطويع المؤسسة الأجنبية	٧٦ – ٨١
الفرع الأول :استقبال المؤسسة الأجنبية من قبل القاضي الوطني	٧٧ – ٨٠
الفرع الثاني: التطبيقات القضائية لتطويع المؤسسة الأجنبية	٨٠ – ٨١
المبحث الثالث :وسيلة التلطيف وأثرها في تكميل قواعد القانون الدولي الخاص	٨٢ – ١٠١
المطلب الأول: وسيلة التلطيف القضائي في الاحـالة الانتقائـية	٨٣ – ٩٠
الفرع الأول :مضمون فكرة الإحالة الانتقائية	٨٤ – ٨٧
الفرع الثاني: وسيلة التلطيف القضائية في تقدير الإحالة الانتقائية	٨٧ – ٩٠
المطلب الثاني: وسائل التلطيف القضائي في الدفع بآثار النظام العام	٩١ – ١٠١
الفرع الأول : وسيلة الاسناد البديل في تلطيف آثار النظام العام	٩٢ – ٩٦
الفرع الثاني : التأصيل التشريعي لوسيلة التلطيف القضائي للنظام العام	٩٦ – ١٠١
الخاتمة	١٠٢ – ١٠٧
قائمة المصادر	١٠٨ – ١١٩
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية	A – B

المقدمة

الحمد لله رب العالمين, والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين, سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين, أما بعد:

أولاً/ موضوع الدراسة: - ينصرف موضوع الدراسة الموسومة (حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص) الى تقصّي ما تركه المشرع للقاضي الناظر للنزاع في العلاقات الخاصة الدولية من مساحة قانونية لسد الفراغ والنقص التشريعيين كأحد أوجه القصور التشريعي بصورة عامة من خلال الإقرار له بما يعرف اليوم بالدور التشريعي للاجتهاد القضائي في إطار القانون الدولي الخاص. إذ إن سبب تعاظم الدور التشريعي للقضاء كان له الأثر الواضح في كسر جمود تنازع القوانين وتطويرها بما ينسجم مع وظيفة وغاية هدف القواعد التي لا يؤدي الاعمال الآلي لها الى حلول تراعي مبدأ العدالة الواقعية والأمان القانوني الذي ينشده أطراف العلاقة الخاصة الدولية.

ثانياً/ أهمية الدراسة:- يُعدّ القانون الدولي الخاص من اكثر فروع القانون تأثراً بتطور العلاقات الانسانية وتداخلها, الامر الذي اظهر الحاجة الى دور قضائي فاعل يسهم في مواجهة ما يعتري النصوص القانونية من قصور او غموض, وبما يحقق العدالة والاستقرار القانوني في نطاق العلاقات الخاصة ذات العنصر الاجنبي, ومن هنا؛ جاءت اهمية دراسة موضوع (حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص) لبيان مدى مشروعية الدور القضائي وحدوده في استكمال البناء القانوني لهذا الفرع المتجدد من فروع القانون.

ثالثاً/ إشكالية الدراسة: - افرزت دراسة حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص إشكالات مختلفة تمثلها التساؤلات التالية:

١- هل يُعدّ الاقرار بالدور التشريعي للقاضي في اطار القانون الدولي الخاص مطلقاً أم مقيداً ؟

٢- ما أثر مكانة القضاء بين مصادر القانون الدولي الخاص في ممارسة دوره الخلاق والتعزيزي على قواعد القانون الدولي الخاص؟

٣- هل يملك القاضي عند ممارسته الاجتهاد القضائي, الملكة والإرادة التي تؤهله لابتداع وتكميل ما يعترض قواعد القانون الدولي الخاص من فراغ تشريعي متعمد اقتضته الفلسفة التشريعية في صياغة النصوص أو من نقص تشريعي افرزته الطبيعة المتسارعة والمتغيرة للعلاقات الخاصة الدولية؟

٤- ما هي الخصوصية القانونية التي تتسم بها قواعد القانون الدولي الخاص أمام القاضي الناظر للنزاع فيها لتخوله ممارسة عملية الاجتهاد في صياغة وتطوير قواعد الاسناد؟

٥- ما الوسائل القضائية التي يستعين بها القاضي في إعمال سلطته التقديرية لتحقيق التوفيق بين النصوص التشريعية الثابتة والوقائع القانونية المتغيرة؟

٦- هل يُعد الاعتراف بالدور التشريعي الكاشف والمنشئ للقاضي تزاحماً وتعدياً منه على الوظيفة التشريعية المناطة بالمشرع حصراً أم يُعد ذلك تكريساً لمبدأ الامتداد والتكامل بين التشريع والقضاء لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص؟

رابعاً/ فرضية الدراسة:- إننا إذ نبحث في حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص فأننا ننطلق من فرضية رئيسة مفادها: أن للقاضي الناظر للنزاع في العلاقات الخاصة الدولية سلطة واسعة في ابتداع قواعد اسناد جديدة واكمال نقص قواعد تنازع قائمة بما يتلاءم وقصد المشرع من خلال فلسفته التشريعية التي يستجليها في دوره الابتكاري أو من مقصد المشرع وروح النص التشريعي إعمالاً لدوره التعزيزي والتكميلي، وهو في كلا السلطتين يتوسل بالتفسير القضائي والتطويع والتلطيف لضبط مسار عملية الاجتهاد القضائي وعدم الانحراف البيّن عن مقتضى قواعد التنازع أو الاجتهاد في مورد النص الواضح.

خامساً/ أهداف الدراسة: - تتوخى هذه الدراسة تحقيق جملة من الأهداف والغايات لعلَّ أهمها ما يلي:

١- التأصيل القانوني الدقيق لسلطة القاضي في سد القصور التشريعي الذي يعتري قواعد القانون الدولي الخاص في الدول ذات النظام القانوني اللاتيني ومنها القانون العراقي.

٢- الإحاطة والالمام بموقف الأنظمة القانونية الرئيسة كالأنظمة الانگلو سكسونية والنظام اللاتيني والنظام الجرماني من القضاء كمصدر من مصادر القانون بشكل عام بما ينعكس أثره على الدور التشريعي للقاضي في إطار القانون الدولي الخاص.

٣- ابراز فاعلية قضاء القانون الدولي الخاص ودوره الإيجابي النشط في ابتداع وابتكار واستنباط الأحكام التي تناسب الواقع المعروض في المنازعات الخاصة الدولية، بما يسهم في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص كي تصبح صالحة للتطبيق ليس فقط في حالة معينة، بل لما يُستجد في المستقبل.

٤- التأكيد على الشـــراكة القانونية التاريخية بين المشـــرع والقاضـــي في قواعد القانون الدولي الخاص وعدم احتكار سـلطة صـناعة هذه القواعد أو الكشـف عنها من قبل أحدهم بمعزل تام عن الآخر، فالشـراكة القانونية في هذه القواعد لا سـبيل إلى إنكارها أو فضّـها إذا ما أُريد إيجاد احكام قانونية عادلة تنسجم وروح القانون ونظرته العامة في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي.

٥- تعيين الوسـائل والأدوات التي يركن إليها القاضـي الناظر للنزاع في العلاقات الخاصـة الدولية لرسم حدود سلطته القضـائية بما لا يتعد على الوظيفة التشريعية الاصلية للمشرع دونما ضرورة أو مسـوغ يدعوان إلى ذلك، ومن أهم هذه الوسـائل والأدوات القضـائية هو التفسـير القضـائي والتطويع والتلطيف التي اسـتقر عليها قضـاء القانون الدولي الخاص وعززتها أقضـية المحاكم العليا كمبادئ قانونية قضـائية يسـتوجب إعمالها إزاء عدم وجود النص أو عدم كفايته لإيجاد حكم منطقي لحل النزاع.

٦- تصـحيح وقائع وتصـرفات قانونية كان القضـاء قد أقر ببطلانها سـابقاً أو ردها لانعدام النص القانوني بوصـفه سـلطة انفاذ النصـوص التشـريعية فقط، وكان ذلك من قبل الإقرار له من قبل المشـرع أو إقرار القضـاء بنفسـه لنفسـه بالدور الانشـائي والتكميلي بعدما لم تُسـعفه النصـوص التشريعية لقواعد الاسناد إلى ذلك سبيلاً حتى لا يُنعت بإنكار العدالة المتوخاة.

٧- رفد قضـاء القانون الدولي الخاص في العراق بالحلول المسـتوحاة من سـلطة القضـاء المقارن في ابتداع وخلق قواعد الاســناد أو تعزيزها وتكميلها إزاء نقص هذه القواعد في القانون المدني وبعض التشـريعات الأخرى خصـوصـاً بعد إلزام المشـرع للقضـاء في تطبيق هذه القواعد في العلاقات الخاصـة الدولية دون سـلطة جوازية له، ما يجعل تطبيقها يسـتلزم جهداً إضـافياً لفهم الروابط بينها وتحديد نطاق كل منها.

سادساً/ منهجية الدراسة: - سَتَبحثُ الدراسة في موضوع حدود سلطة القاضي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص وفقاً للمناهج القانونية : التحليلي والوصـــفي والمقارن في القوانين العربية ,والتي تتمثل بالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسـنة ١٩٥١ المعدل، القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل، والقانون اللبناني والقانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لسـنة ١٩٩٨، والقانون الجزائري, وقوانين بعض الدول الأوربية، وتحديداً القانون المدني الفرنسـي رقم (١٣١- ٢٠١٦) لسـنة ٢٠١٦, والقانون الدولي الخاص الألماني والقانون الدولي الخاص السـويسـري المؤرخ ١٨ ديسـمبر ١٩٨٧ والقانون الدولي الخاص التشـيكي رقم (٩١ - ٢٠١٢) لسـنة ٢٠١٢ ,والقانون الانجليزي, وسـنشـير إلى عدد من القرارات القضـائية الوطنية

والأجنبية التي أصـدرت تطبيقات قضـائية لإعمال سـلطة القاضـي في خلق وتكميل قواعد القانون الدولي الخاص، تأسيساً على وظيفة وغاية قواعد التنازع أو إظهاراً لإرادة المشرع الصريحة أو الضمنية في إسناد الدور التشريعي للقضاء.

سابعاً/ الدراسات السابقة: تعتمد الدراسة على مراجعة دقيقة لعدد من المصادر العلمية، ومنها:

١- رسالة الباحث إياد جواد عبيد عمران الموسومة بـ«دور القضاء في تطوير عناصر قواعد التنازع»، وهي رسالة مقدمة إلى جامعة بابل / كلية القانون سنة ٢٠٢٠، إذ أكدت هذه الرسالة على دور القضاء