جمهورية العراق

وزارة التعليم العلي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

الاختصاص الاستثنائي لقانون القاضي في حكم المسائل المستعجلة في العلاقات الدولية الخاصة – دراسة مقارنة –

رسالة تقدم بها الطالب

حسين نصر جاسم محمد الشريفي

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

بإشراف

أ.د. حسن علي كاظم نصيف المجمع

١٤٤٨هـ ٢٠٢٦م

بِسْــمِ اللــهِ الرَّحْمــنِ الرَّحِيــمِ

﴿۞ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِـــيرًا (٥٨)﴾

صدقَ اللهُ العليُ العظيم

سورة النساء/ الآية (٥٨)

الإهداء

- أُهدي ثمرة جهدي هذا إلى صاحب العصر والزمان(عجَّلَ الله تعالى فرجه).
- إلى مَنْ نذروا دمائهم (الشُهداء السُعداء).
- إلى والديَّ العزيزين، أطال الله عمرهما، اللذين كان لدعائهما. وصبرهما أثرٌ عظيمٌ في مسيرتي.
- وإلى أخي وأخواتي.

شكر وعرفان

بعد حمد الله وشكره على عونه لكتابة هذه الرسالة، أتقدم بالشكر إلى أستاذنا الفاضل الدكتور (حسن علي كاظم نصيف المجمع) لقبوله الإشراف على رسالتي ولِمَا قدَّمه من إرشادات وتوجيهات والتي كان لها الأثر البالغ في إتمام هذه الرسالة فله منّي جزيل الشكر.

كما أشكر جميع أساتذتي في معهد العلمين الذين تلقيت العلم على أيديهم.

وأتقدم بالشكر وعظيم الامتنان إلى السادة أعضاء اللجنة العلمية المناقشة، لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، وما سيبدونه من ملاحظات وتوجيهات تُقوّم هذا العمل ليخرج بالصورة العلمية المنشودة.

وأتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور (علاء حسين علي شبع) لِمَا تفضل به من إرشادي إلى عنوان هذه الرسالة.

وأشكر أيضاً الأستاذ الدكتور (غسان عبيد المعموري) لِمَا قَدمهُ من مصادر علمية قيّمة.

وأشكر كلَّ من قدم المساعدة لإتمام هذا الجهد ولو بالشيء اليسير أو دعمني ولو بالكلمات.

والشكر موصول لكل من غمرني بجميل السؤال بسبب الانشغال في إتمام هذا الجهد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين.

المُلخَّص

حظيت المسـائل المسـتعجلة بالاهتمام الكبير على صـعيد القوانين الداخلية في تشـريعات الدول المختلفة، كما اهتم بها الفقه القانوني، ففكرة المسـائل المسـتعجلة نجدها ونجد تطبيقاتها في القانون التجاري والمدني والمرافعات المدنية والقانون الإداري وبكثرة، إلا أن هذا الاهتمام لتلك المسـائل لم تحظَ به على الصـعيد الدولي على الرغم من أن القانون الدولي الخاص ما هو إلا قانون مدني أو تجاري أو مرافعات بصـبغة دولية، ويرجع السبب أن حالة الاستعجال لا تتناسب مع المسائل الدولية الخاصة، على اعتبار أن على الصعيد الدولي النزاعات تخضع لقواعد الاختصاصين القضائي الذي يحدد المحاكم المختصة بنظر النزاع والتشريعي الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بعد الرجوع لقواعد الاسناد الوطنية في دولة القاضـي، وهذه الأمور تأخذ من الوقت كثيراً إضافة إلى بعد مسافات تبليغ الخصوم والإجراءات تكون معقدة وأكثر، فعلى الصـعيد الداخلي تكون تلك الأمور أسـهل بكثير لعدم وجود العنصـر الأجنبي، لذلك لابد من إيجاد حل يسـعف أطراف النزاع على وجه السـرعة يناسـب حالة الاسـتعجال، وفي ذات الوقت عدم التعدي على اختصـاص تشـريعات الدول إذا ما كان من اختصـاصـها، لذلك اتجهت بعض تشـريعات الدول والاتفاقيات لعقد الاختصـاص للقضـاء الوطني اسـتثناءً وإن كان الاختصـاصُ منعقداً للقضـاء الأجنبي بما يخص المسائل المستعجلة بشرط عدم المساس بأصل الحق، وبالتالي الحفاظ على حقوق الأطراف التي لا تتحمل الانتظار ويبقى الاختصاص الموضوعي للقضاء الأجنبي.

لم ينص المشـرع العراقي على ذلك الاختصـاص كما فعلت بعض التشـريعات، إلا أن بعض الفقه صـرَّح بأن هذا الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني العراقي وإن لم ينص عليها.

كما أن اتفاق أطراف النزاع على هيئة للتحكيم لا يمنع القضـــاء الوطني من التدخل بصـــورة عاجلة على اعتبار أنه صاحب الولاية العام على الجميع والسماح للأطراف بالالتجاء لهيئة تحكيم ما هو إلا استثناء.

وفي العراق لا يوجد قانون خاص للتحكيم لكن لديه مشـــروع بذلك، وقد قُرأ قراءة أولى وتبنى مبدأ الاختصـاص المشـترك بين القضـاء الوطني وهيئة التحكيم بما يخص المسـائل المسـتعجلة ولا يسـتطيع المساس بأصل الحق.

قائمة المحتويات

العنوان	الصفحة
المقدمة	١-٤
الفصل الأول الإطار النظري للاختصاص الاستثنائي لقانون القاضي في حكم المسائل المستعجلة	٥-٦٦
المبحث الأول: مفهوم المسائل المستعجلة في العلاقات الدولية الخاصة	٦-٣٨
المطلب الأول: التعريف بالمسائل المستعجلة في العلاقات الدولية الخاصة	٧-٢٨
الفرع الأول: تعريف القضاء المستعجل اصطلاحاً	8-16
الفرع الثاني: المقصود بالمسائل المستعجلة	17-٢٢
الفرع الثالث: التمييز بين المسائل المستعجلة والتدابير الوقتية والتحفظية	٢٣-٢٧
المطلب الثاني: شروط الدعوى المستعجلة ذات العنصر الأجنبي	٢٨-٣٨
الفرع الأول: الاستعجال	29-٣٢
الفرع الثاني: عدم المساس بأصل الحق	٣٢-37
الفرع الثالث: أن يكون اجراءً وقتياً أو تحفظياً	٣٧-٣٨
المبحث الثاني: الاختصاص القضائي والتشريعي في المسائل المستعجلة بين التنظيم القانوني والتأصيل النظري	٣٨-٦٦

المطلب الأول: اتحاد الاختصاصين القضائي والتشريعي في المسائل المستعجلة	٣٩-٥٣
الفرع الأول: الاختصاص القضائي والتشريعي للمسائل المستعجلة في القانون المصري والفرنسي	٤٠-٥٠
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي للمسائل المستعجلة في القانون العراقي	٥٠-٥٣
المطلب الثاني: الأساس التشريعي والنظري للحكم المستعجل	٥٣-٦٦
الفرع الأول: الأساس التشريعي لاختصاص قانون القاضي في حكم المسائل المستعجلة	٥٤-٦٢
الفرع الثاني: الأساس النظري لاختصاص القاضي غير المختص بالنظر في النزاع الدولي المُستعجل	٦٣-٦٦
الفصل الثاني **حكم المسائل المستعجلة بقانون القاضي وفقاً لاختصاصه الاستثنائي**	٦٧-١١٨
المبحث الأول: الأساس القانوني لاختصاص القاضي الوطني في النظر بالمسائل المُستعجلة وطبيعته	٦٨-٩٠
المطلب الأول: الأساس القانوني لانعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنظر الدعوى المستعجلة	٦٩-٨٤
الفرع الأول: فكرة قواعد البوليس والأمن	٧٠-٧٦
الفرع الثاني: فكرة مسائل الإجراءات القضائية	٧٦-٨١
الفرع الثالث: فكرة الكفاية الذاتية للاستعجال	٨١-٨٤
المطلب الثاني: طبيعة الاختصاص بالمسائل المستعجلة	٨٤-٩٠
الفرع الأول: الاختصاص الاستثنائي	٨٥-٨٧
الفرع الثاني: الاختصاص الأصيل	٨٨-٩٠

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الاختصاص الدولي في حكم المسائل المستعجلة وتوزيع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم	٩٠-١١٨
المطلب الأول: أثر اتفاق الأطراف على التحكيم في انعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنظر المسائل المستعجلة الدولية	٩١-١١٠
الفرع الأول: اتجاه انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني	٩٢-٩٧
الفرع الثاني: اتجاه انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم	٩٧-١٠٢
الفرع الثالث: اتجاه انعقاد الاختصاص المشترك بين التحكيم والقضاء	١٠٣-١١٠
المطلب الثاني: آثار انعقاد الاختصاص لقانون القاضي غير المختص في حال عدم الاتفاق على التحكيم	١١٠-١١٨
الفرع الأول: آثار انعقاد الاختصاص بشكل عام	١١١-١١٤
الفرع الثاني: آثار الاختصاص في حالة الاتفاق على التحكيم	١١٤-١١٨
الخاتمة	١١٩-١٢٢
قائمة المصادر	١٢٣-١٣٦
Abstract	137-138

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة:

يفصل القضاء في النزاعات بين الأفراد فهو الطريق الطبيعي لذلك، لما يوفره من ضمانات قانونية وإجراءات تكفل حماية الحقوق و تحقيق العدل، ومع أنه الطريق الأفضل لذلك إلا أن طبيعة بعض المنازعات تستلزم سرعة الفصل فيها، نظراً لما قد يترتب على التأخر في حسمها من آثار يتعذر تداركها أو جبرها مستقبلاً، وعلى الرغم من أهمية إجراءات التقاضي وما توفره من ضمانات للخصوم فأنها تستغرق من الوقت الكثير، وبالتالي إطالة أمد النزاع ما يؤدي إلى تكدس الدعاوى، فطريق القضاء طويل فيستغرق فض بعض المنازعات شهور أو حتى في الأحيانان سنوات، لذلك وجد قضاء آخر يتمتع بشيء من الاستقلالية في عمله، يختصر الطريق على المتخاصمين ويسعف من يلتجأ إليه من خلال اختصار الوقت والإجراءات على المتخاصمين ونظرها بسرعة، ألا وهو القضاء المستعجل الذي ينظر الدعوى التي لا تتحمل الانتظار بشكل سريع وعدم انتظار الموعد المحدد لنظرها، ويتخذ قرارات مستعجلة مؤقتة لا باتة لها حجية مؤقتة، لحين عرض النزاع على القضاء الموضوعي غير المستعجل الذي ينظر الدعوى على رواء ويتابع حيثياتها بالتفصيل ويمحصها بشكل يطمئن إليه ، لذلك اعتنت التشريعات بالقضاء المستعجل اهتماماً بليغاً، فالمشرع العراقي نظَّم ذلك في قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في الباب العاشر وهو الباب الخاص بالقضاء المستعجل والولائي، وخصَّص الفصل الأول للقضاء المستعجل فتناول أحكامه في المواد من (١٤١- ١٥٠)، ولا توجد مشكلة في ذلك كون العلاقة وطنية بامتياز ابتداءً من طرفي الدعوى إلى القضاء إلى القانون الواجب التطبيق.

واليوم أصبحت حركة الأفراد وتنقلهم من دولة إلى أخرى تتم في غضون ساعات قليلة لأغراض متعددة، أما للعمل أو للدراسة أو للعلاج وإلى غيرها من الأسباب، الأمر الذي أفضى إلى تزايد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وقد كفلت التشريعات المختلف حق الأجنبي من إقامة الدعوى شأنه في ذلك شأن الوطني سواء كانت موضوعية أو مستعجلة وفق الضوابط التي يحددها القانون، صحيح أن للأجنبي حق التقاضي، ولكن الأمر ليس بهذه السهولة، فالمسألة تكون متصلة بأكثر من دولة لذلك تتنازعها دولتين أو كثر حسب اتصال عناصرها، وكل دولة تدعي بأنها الأحق بنظرها فالقاضي الوطني حين تعرض عليه قضية ذات عنصر أجني أو أكثر لابد له من أن يتأكد جيداً من انعقاد الاختصاص لقضاء دولته عبر قواعد التنازع، وإلا فلا يحق له من مباشرتها، والأمر لا ينتهي لهذا الحد، وبعد أن يتضح أنه قضاء دولته هو المختص تظهر له مشكلة أخرى، وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ففي الكثير من الأحيان يكون هو المختص ويطبق قانوناً أجنبياً، وتزداد الأمر تعقيداً حين تكون دعوى الأجنبي مستعجلة فلا يكون للقاضي الوطني الوقت للتأكد من اختصاصه القضائي ولا من تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع لأن ذلك يفوت فرصاً كثيرة على الأجنبي كالاستشهاد بشاهد يخشى على حياته أو خشية ضياع معالم النزاع أو الحصول على الدليل أو الخشية من هروب محتمل لشخص يخشى هروبه.

كذلك الأمر بالنسبة لأطراف النزاع الذين يتفقون على هيئة للتحكيم تنظر نزاعهم في المستقبل في حال نشوبه تجنباً لنظرها من قبل القضاء، وقد يحدث بين الأطراف المتفقين على التحكيم ما يستدعي العجلة في نظر النزاع، فهل يتم نظرها من قبل هيئة التحكيم حصراً على اعتبار أنهم الزموا أنفسهم بذلك، وهل يستطيع القضاء الوطني التدخل في حالة لجأ اليه طرف من أطراف التحكيم أم ان القضاء لا يستطيع التدخل في عمل هيئة التحكيم ولها الأمر الأول والأخير.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تبرز أهمية البحث في الواقع العملي، ففي ظل ازدياد حركة تنقل الأفراد والأموال بات من المتوقع جداً أن تزداد مع تلك الحركة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فإذا عالجت تشريعات الدول الدعاوى غير المستعجلة المرفوعة من قبل الأجنبي من خلال قواعد الاختصاص القضائي وقواعد ، فإنها لازالت قاصرة عن معالجة الدعوى المستعجلة للأجنبي، فالاستعجال لا يتناسب البته مع البحث عن الاختصاص القضائي للعلاقة ومن ثم تفعيل وقواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة، فهي أحوج ما يكون للفصل فيها بسرعة فتمكن أهميته في أيجاد حلول سريعة للمسائل المستعجلة ذات العنصر الأجنبي، بما يكفل العدالة وعدم ضياع حقوق الأفراد ولو تركت من دون معالجة، من المحتمل أن الافراد سيلجأون لطرائق غير مشروعة لأخذ حقوقهم مما يؤدي إلى فوضى، وفي ذات الوقت عدم التعدي على اختصاص قضاء الدولة صاحبة الاختصاص، لان ذلك الأمر يؤدي إلى إرجاعنا إلى عصر أن كل دولة تطبق قانونها على الوطنيين والأجانب على حد سواء.

ثالثاً: مشكلة الدراسة: تكمن مشكلة البحث في عدة نقاط:

١-إن المسائل المستعجلة ذات العنصر الاجنبي شأنها شأن المسائل المستعجلة على الصعيد الداخلي تكون بحاجة ماسة لاتخاذ تدبير مستعجل بها، إلا أن المسائل المستعجلة ذات العنصر الاجنبي لها وضعها الخاص، فهي تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص كتعيين المحكمة المختصة بنظرها والقانون الواجب التطبيق عليها، وكل هذا يتطلب الوقت، في حين أن المسائل المستعجلة تكون أحوج إلى الفصل بها على وجه السرعة.

٢-قد يتفق طرفا العقد بتعين محكمة للتحكيم لفض منازعاتهم إذا ما حدثت في المستقبل، ويحدث ما يستدعي قيام أحد الطرفين بطلب مستعجل من هيئة التحكيم والتي قد لا تكون منعقدة لأي سبب كان، فهل يستطيع القضاء الوطني إذا ما لجأ إليه أحد أطراف النزاع من اصدار تدابير مناسبة لحالة الاستعجال أم أن اتفاق التحكيم يحول دون ذلك وخصوصاً أن هيئة التحكيم لا تكون منعقدة طول الوقت كما في القضاء الوطني، فما هي الحلول لهذه المشكلة.

رابعاً: أهداف الدراسة:

يهدف البحث إلى إيجاد حلول سريعة للمسائل المستعجلة ذات العنصر الأجنبي بما يكفل العدالة، وفي ذات الوقت عدم التعدي على اختصاص قضاء الدولة صاحبة الاختصاص، في حالة الاتفاق من قبل الطرفين على محكمة للتحكيم ولم تنعقد لأي سبب ضرورة إيجاد وضع يحافظ على حقوق الأطراف بما يخص المسائل المستعجلة بما لا يخل باتفاق التحكيم بين الطرفين وعدم التعدي على اختصاصها.

خامساً: منهج الدارسة:

لغرض الإلمام بموضوع البحث سوف نتبع المنهج المقارن بين القانون العراقي ومواقف مختلف التشريعات وخصوصاً التشريع المصري والفرنسي والاستفادة من التشريعات والاتفاقيات الدولية، وأيضاً قوانين التحكيم للوصول إلى أفضل الحلول التشريعية. فضلاً عن المنهج التحليلي لتحليل نصوص القانون وآراء الفقهاء بما يخص المسائل المستعجلة الدولية وقوانين الدول المقارنة، إضافة إلى الاستعانة بالمنهج الاستقرائي لاستقراء

النصـــوص القانونية والاتجاهات الفقهية والقضـــائية وصـــولاً إلى اســـتخلاص الأحكام العامة المنظمة لتلك المسائل.

سادساً: هيكلية الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة على فصلين، مسبوقة بمقدمة، فكان الفصل الأول: بعنوان الإطار النظري للاختصاص الاستثنائي لقانون القاضي في حكم المسائل المستعجلة لدراسة مفهوم القضاء المستعجل والمسائل المستعجلة وشروطها في ضوء القانون الدولي الخاص، ومفهوم الاختصاص القضائي والاختصاص الاستثنائي عبر تقسيمه على مبحثين؛ فكان المبحث الأول بعنوان مفهوم المسائل المستعجلة في العلاقات الدولية الخاصة، وكان المبحث الثاني بعنوان الاختصاص القضائي والتشريعي في المسائل المستعجلة بين التنظيم القانوني والتأصيل النظري، وقد تناول الفصل الثاني: حكم المسائل المستعجلة بقانون القاضي وفقاً لاختصاصه الاســـتثنائي، لدراســـة هذا الاختصـــاص في القوانين المقارنة و ماهي دواعيه وما الأســـاس القانوني لهذا الاختصاص؟ وما هو أثر اتفاق طرفي التحكيم عليه؟ عبر تقسيم الفصل الثاني على مبحثين؛ فحمل الأول عنوان الأساس القانوني لاختصاص القاضي الوطني في نظر المسائل المستعجلة وطبيعته، وكان الثاني بعنوان أثر اتفاق التحكيم على الاختصاص الدولي في حكم المسائل المستعجلة وتوزيع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم، وقد ختمناه بخاتمة لأبرز الاستنتاجات التي توصلت إليها الدراسة وتقديم المقترحات بشأنها.