وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الموصل
كلية الحقوق

اشكالية النقص التشريعي في قواعد تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي

- دراسة مقارنة -

محمد صباح عبدالقادر العباسي

رسالة ماجستير في

القانون الخاص

بإشراف الدكتور

وسام توفيق الكتبي

استاذ مساعد في القانون الدولي الخاص

١٤٤٤هـ ٢٠٢٢م

المستخلص :

تقوم فكرة البحث على تتبع اشكالية النقص التشريعي والقصور في قواعد القانونية والخاصة بالمسائل التي تخص القانون الدولي الخاص وموضوعاته وكذلك على تتبع المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص كوسيلة للحل أو الحكم ومدى استجابة تلك المبادئ للمتغيرات والمستجدات وصولاً الى الوقوف على الحد الادنى من تلك الحلول لسد مساحة النقص على المستوى التشريعي ولمعالجة هذا الموضوع حاولنا الاحاطة به من خلال معرفة مفهوم تنازع القوانين والتي تخص العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والمشوبة بالعنصر الاحنبي حيث اثار هذا التنازع ومنذ القرن الثاني عشر خلافا فقهيا ونظريا كبيرا تمخض عنه مجموعة كبيرة من النظريات الفقهية التي حاولت ترسيخ فكرة التنازع وايجاد ارضية قانونية لقبولها التعامل معها وايجاد حلول لها فكان لتنازع القوانين شروط لقيامه تمثلت بوجود علاقة دولية ذات طابع دولي واختلاف بين القوانين وان تكون العلاقة في اطار القانون الخاص مع وجود مجال لتطبيق القانون الاجنبي عليها ، ولتطور العلاقة الدولية ظهرت في العقود الاخيرة مناهج جديدة لحل اشكالية تنازع القوانين وهم المنهج الموضوعي والمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري الى جانب المنهج الاسنادي ، حيث ان منهج الاسنادي باسلوبه المعقد دفع دول العالم الاى الاتفاق على كثير من القواعد الموضوعية التي توفر الحل المباشر لتنازع القوانين دون اللجوء الى قواعد الاسناد وكذلك فان القاضي الوطني يستطيع تطبيق القانون الوطني مباشرة واستبعاد القانون الاجنبي حتى لو كان هذا القانون هو المختص اذا كانت مصلحة الدولة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري .

وكل هذا التطبيق يتم من خلال لجوء القاضي المصادر قواعد تنازع القوانين والذي يعد التشريع هو المصدر الرئيسي الذي يلجأ اليه القاضي ، وأن مصادر التشريع كما هو معلوم ليس محصوراً بالتشريع الداخلي لان الاتفاقيات الدولية تعدّ ايضاً من النصوص التشريعية التي يلجأ اليها القاضي في حالة اذا كانت الدولة طرفاً فيها ، وكذلك للعُرف الدولي اهمية بالغة في سد النقص التشريعي ، ولا ننسى دور الاتفاقيات الدولية التي تساهم في حل المنازعات الدولية وتعتبر من اهم تلك المصادر في القانون الدولي الخاص فان للعرف الدولي وأحكام القضاء والتحكيم الدوليين عاملاً مهماً في معالجة القصور التشريعي لما لها دور في مد التشريع والقضاء

بالحلول التي يعجز القضاء الداخلي حلها عند غياب النص ومن اعم الاتفاقيات الدولية التي ساهمت في هذا الجانب اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ التي كان لها دور رائد في هذا المضمار والعراق يعدّ عضواً فيها ، اضافة لذلك فان دور المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي تعتبر الملجئ الوحيد والمتبقي للقاضي العراقي في معالجة النقص التشريعي والتي تعدّ دورها مكملاً للتشريع مما ساعد على نمو هذا هو عدم وجود تقنيناً متكاملاً يجمع فيه النصوص القانونية ،فاغلب قواعد القانون الدولي الخاص عبارة عن مبادئ ارساها وطورها القضاء .

ومما سبق الحديث في اطار تنازع القوانين ينطبق ايضا على تنازع الاختصاص القضائي الدولي وهو يحدد ولاية المحاكم الوطنية في النظر بالدعاوى المشوبة بعنصر اجنبي ، ولهذه الالقواعد ضوابط تحدد ذلك الاختصاص متمثلة بضوابط شخصية وهي ضابط جنسية المدعى عليه وضوابط اقليمية متمثلة بضابط موطن المدعى عليه او محل اقامته وضابط موقع المال وضابط محل نشوء الالتزام او محل تنفيذه ، وان هذه القواعد يشوبها النقص التشريعي متمثلة بضوابط لم ينص المشرع عليها وهي ضابط الخضوع الارادي وضابط تلافي انكار العدالة وضابط الاختصاص في المسائل الاولية والطلبات العارضة والاجراءات المستعجلة وسبل معالجة هذا النقص التشريعي من خلال امكانية حل النقص التشريعي وفق المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي وكذلك من خلال القياس على المادة (٧) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي وكذلك من خلال القياس على قواعد الاختصاص الداخلي .

Abstract :

The idea of the research is based on tracing the problematic of the legislative deficiency and shortcomings in the legal rules and working in issues related to private international law and its subjects, as well as on tracing the general principles of international law on international investment methods, the legal appearance, the lecture, the lecture, the lecturer and the lawyer. This conflict, since the twelfth century, has resulted in a major jurisprudential and theoretical dispute that resulted in a large group of jurisprudential theories that tried to establish the idea of conflict and find a legal ground for accepting dealing with it and finding solutions to it. The framework of private law with the presence of scope for the application of foreign law to it, and for the development of the international relationship appeared in recent decades new approaches to solve the problematic conflict of laws and they are the objective approach and the approach the rules of necessary application in addition to the predicate approach, as the predicate approach in its complex style prompted the countries of the world to agree on many One of the objective rules that provide a direct solution to conflict of laws without resorting to rules Attribution Likewise, the national judge can apply the national law directly and exclude foreign law, even if this law is competent if it is in the interest of the state and the protection of the weak party in the contractual relationship through the approach of rules with necessary application.

And all this application is done through the judge's resort to the sources of conflict of laws rules, which is the legislation is the main source that

the judge resorts to, and that the sources of legislation, as it is known, is not limited to internal legislation because international conventions are also among the legislative texts that the judge resorts to in the case if the state As a party to it, as well as the international custom of great importance in bridging the legislative deficiency, and we do not forget the role of international conventions that contribute to resolving international disputes and are considered among the most important of those sources in private international law. Extending legislation and the judiciary .

solutions that the internal judiciary is unable to solve in the absence of a text. Among the most general international agreements that have contributed to this aspect is the Vienna Convention of 1980, which had a leading role in this field and Iraq is a member of it. In addition, the role of Article (30) of the Iraqi Civil Code, which is considered a refuge The only remaining one for the Iraqi judge to address the legislative deficiency, whose role is complementary to the legislation, which helped in the growth of this is the lack of an integrated legalization in which the legal texts are combined, as most of the rules of private international law are principles established and developed by the judiciary.

The foregoing discussion in the context of conflict of laws also applies to the conflict of international jurisdiction, which determines the jurisdiction of national courts to consider cases tainted by a foreign element. These rules have controls that determine that jurisdiction represented by personal controls, which are the nationality officer of the defendant, and regional controls represented by the officer of the defendant's home or

place of residence And the officer of the location of the money and the officer of the place where the obligation arises or the place of its implementation, and that these rules are marred by legislative deficiencies, represented by controls that the legislator did not stipulate, and they are the officer of voluntary submission and the officer of avoiding the denial of justiceAnd the jurisdiction officer in preliminary issues, interlocutory requests, urgent procedures and ways to address this legislative deficiency through the possibility of resolving the legislative deficiency in accordance with Article (30) of the Iraqi Civil Code, as well as by analogy with Article (7) of the Iraqi Foreign Judgment Implementation Law, as well as by analogy with the rules of Internal jurisdiction.

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Al Mosul

college of Law

The problem of the legislative deficiency in the rules of conflict of laws and international jurisdiction

- A comparative study -

Muhammad Sabah Abdul Qader Al Abbasi

Master degree

In

Private Law/ private international law

Supervised by

Wisam Tawfeeq Abdullah Alkutabi

Assistant professor of private international law

1444 A.H. **2022 A.D.**