AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

قيد الحصانة القضائية على ولاية المحاكم الوطنية في ممارسة اختصاصها القضائي الدولي

Restricting judicial immunity to the jurisdiction of national courts in exercising their international jurisdiction

ا. م .د. سماح هادي محمد
Samah.hadi@nahrainuniv.edu.iq
كلية الحقوق ـ جامعة النهرين
Asst. Prof. Dr. Samah Hadi Mohammed
College of Law - University of Nahrain

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

المستخلص: يعد الاختصاص القضائي الدولي احد الموضوعات الهامة في القانون الدولي الخاص كونه ينظم الحماية القضائية للحقوق العابرة للحدود الاقليمية للدولة ، ويعنى المشرع الوطني في الدولة بتنظيم القواعد القانونية التي تحدد اختصاص محاكمه الوطنية للنظر في الدعاوى الناشئة عن العلاقات القانونية المتضمنة للعنصر الاجنبي ، الا ان هذا الاختصاص لا يتمتع بالحرية المطلقة فهو مقيد بمبدأ الحصانة القضائية وهذا المبدأ معترف به في جميع الدول ،والحصانة القضائية تمثل دفع يثير العديد من المشكلات الواقعية منها ما هو متعلق بنطاق هذه الحصانة وطبيعتها و منها ما متعلق بالاثار القانونية المترتبة عند الدفع بها وعند انقضائها

الكلمات المفتاحية : المحكمة الوطنية ، الدفع بالحصانة ، ممثلي الدول ،الشخص العادي

Abstract : International jurisdiction is one of the important topics in private international law as it regulates the judicial protection of rights across the territorial borders of a state, The national legislator in the country is concerned with regulating the legal rules that determine the jurisdiction of his national courts to hear claims arising from legal relations involving the foreign element, However, this jurisdiction does not enjoy absolute freedom, as it is restricted by the principle of judicial immunity, and this principle is recognized in all countries, Judicial immunity represents a plea that raises many factual problems, some of which are related to the scope and nature of this immunity, and some of which are related to the legal effects resulting from defenses it and when it expires

Keywords: national court, defense of immunity, representatives of states, ordinary person

المقدمـــة

تختص كل دولة بحق القضاء المستقل على اقليمها ويضع المشرع الوطني فيها قواعد قانونية تنظم ذلك الاختصاص الذي يخضع له جميع الافراد والاموال الكائنة في اقليمها الجغرافي ، ولا تسمح لغيرها من التشريعات الاجنبية بالتدخل بتحديد الاختصاص القضائي فيها، الا ان هذه القاعدة يرد عليها استثناء يجعل من الدولة غير قادرة

على ممارسة ولايتها القضائية رغم اختصاصها ويمثل هذا الاستثناء اعفاءً لمن يتمتع به، وقيدا على الدولة صاحبة الاختصاص وهذا القيد هو الحصانة القضائية .

اهمية البحث : تبرز اهمية دراسة موضوع الحصانة القضائية كقيد على ولاية المحاكم الوطنية من ممارسة اختصاصها نظرا لتزايد نشاط الدولة او من يمثلها في البيئة التجارية والاستثمار العالمي الامر الذي يستدعي دخولها بتعاقدات دولية بشان تنفيذ العقود والمعاملات وما يترتب عنها من اثار قانونية قد تكون ازاء ذلك اما مدعية او مدعى عليها امام القضاء، فبرزت تداعيات هامة مفادها مدى امكانية الدولة الاجنبية او احد هيئاتها من التمتع بالحصانة القضائية يقيها من الخضوع لولاية قضاء دولة اخرى او المثول امام محاكمها الوطنية .

هدف البحث : تهدف الدراسة الى توضيح نطاق الحصانة القضائية للدول الاجنبية وهيئاتها ،وحالات اعمالها من عدمه كما تهدف الدراسة الى بيان دور الاتفاقيات الدولية في تنظيم مفهوم الحصانة القضائية ونطاقها ابرزها اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ لاسيما بعد انضمام العراق اليها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥، واتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية في عام ١٩٦١ ،وغيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بذات الشأن ، فضلا عن توضيح اثرها القانوني كونه من جانب يمس سيادة الدولة والمحافظة على المصالح والحقوق العامة فيها ، ومن جانب اخر يمس العلاقات الدولية والتعايش السلمي بين الدول ووجوب المحافظة عليه.

اشكالية البحث : تطرح الدراسة عدد من الاشكاليات والتساؤلات نلخصها بالشكل الاتي :

ـ ما هو نطاق الحصانة القضائية، واثرها القانوني سواء لمن يتمتع بها اولمن عُدتّ قيد على ولايته القضائية.

ـ مدى امكانية استفادة المشرع العراقي من اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ ، لاسيما بعد انضمامه اليها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥؟

ـ مدى امكانية حصول الطرف الاخر (الطرف الضعيف) في العلاقة العقدية على حقوقه عند تعاقده مع الدول الاجنبية او من يمثلها ؟ وقضاء اي دولة سيؤول اليه الاختصاص القضائي الدولي عند استبعاد المحكمة المختصة ؟

ـ مدى امكانية التنازل عن الحصانة القضائية والخضوع لولاية المحاكم الوطنية ؟ وما الاثار القانونية المترتبة عن ذلك التنازل سواء بالنسبة للدولة المتمتعة به ، او بالنسبة للدولة صاحبة الاختصاص القضائي؟

منهجية البحث: سنعتمد على المنهج التحليلي الاستقرائي لبنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحصانة القضائية كاتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ التي انضم العراق اليها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥ ، والنصوص القانونية الواردة بالقوانين المختلفة ذات العلاقة بهذا الموضوع كما نستعين بآراء الفقهاء واحكام القضاء كالقرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية والمصرية والعراقية لإغناء الموضوع محل الدراسة .

هيكلية البحث : لدراسة موضوع قيد الحصانة القضائية على ولاية المحاكم الوطنية ،ولغرض الالمام بجميع جوانبه سنقوم بتقسيم الموضوع على ثلاثة مباحث نخصص المبحث الاول لدراسة الاطار المفاهيمي للحصانة القضائية

ونخصص المبحث الثاني لدراسة طبيعة الحصانة القضائية والاثر القانوني المترتب عن الدفع بها ، ونخصص المبحث الثالث لدراسة انقضاء الحصانة القضائية وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول

الاطار المفاهيمي للحصانة القضائية

يتبلور مفهوم فكرة الحصانة القضائية بوصفها قيداً على سيادة الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية ، فالمعروف ان لكل دولة الحق في تنظيم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية وذلك بما يتناسب مع مصالحها السياسية والاجتماعية والنظام العام فيها اذا ما عرضت امامها دعوى مشوبة بعنصر اجنبي ، ولا يحق لاي جهة خارجية المساس بسيادة هذه الدولة او التدخل في شؤونها عند تنظيم اختصاصها القضائي الدولي بما يخالف ارادة المشرع فيها ، الا ان هذه الارادة ليست مطلقة دائما وانما قيدت بقيد هام الا وهو قيد الحصانة القضائية ، وللاحاطة بهذا الموضوع سنتعرّف على مفهوم قيد الحصانة القضائية في اطار احكام القانون الدولي الخاص واساسها القانوني ونطاقها ، وذلك وفق مطلبين نخصص الاول لدراسة تعريف الحصانة القضائية واساسها القانوني ، ونخصص المطلب الثاني لدراسة نطاق الحصانة القضائية وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

تعريف الحصانة القضائية واساسها القانوني

ان مفهوم الحصانة القضائية يستمد وجوده الفعلي من القواعد القانونية الدولية لا من التشريعات الداخلية فهي وليدة الضرورات الدولية ومقتضيات التعايش المشترك بين المجتمعات ، ولغرض بيان ماهيتها سنسلط الضوء على مفهومها في الفرع الاول من هذا المطلب ، وعلى اساسها القانوني في الفرع الثاني منه، وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

مفهوم الحصانة القضائية

اختلفت التعريفات التي بحثت في معنى الحصانة القضائية[١] وذلك باختلاف الاعمال او الفئات او الاشخاص الذين ينصرف اليهم مفهومها ، فعرّف بعض الفقه الحصانة القضائية بانها " الحماية القضائية لاشخاص معينين من الملاحقة القضائية عن الافعال التي يقومون بها اثناء قيامهم بمهام رسمية في تلك الدولة"[٢] ، وعرفها البعض الاخر بأنها " اعفاء الافراد من اي التزام او مسؤولية كإعفائهم من تطبيق القواعد العامة في المسائل القضائية او المالية"[٣]

---

[١] الحصانة لغةً هي من الفعل (حصّن) اي بمعنى المنع ، والحصن هو الموضع الحصين الذي لا يمكن الوصول الى ما في داخله ، ويسمى المستفيد من الحصانة بالمحُصّن ..الخ ، للمزيد يُنظر : الامام ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٣ ، دار بيروت ، ١٩٥٦ ،ص١١٩.

[2] Gerald D. Pratt , Diplomatic Immunity – Foreign Nationals Employed by the United Nations, Denver Journal of International Law & Policy,V9 ,N1,1980,p.149

[٣] كمال بياع خلف ، الحصانة القضائية للمبعوثين الدبلوماسيين ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٢٥.

كما عرفها فقاء القانون الدولي العام على انها " تمتع الدول و ممثليها بالحصانة من مواجهة القضاء الوطني للدول الاخرى"[١] وهذه تعريفات لا تشير الى المدلول الذي يقصده فقهاء القانون الدولي الخاص لان الحصانة القضائية لا تخص الدول وحدها او ممثليها كرؤساء الدول والممثلين الذين يعملون باسمها، وانما تشمل اعمال معينة يقوم بها هؤلاء فهي تعد قيد اجرائي يرد على الولاية القضائية في الدول يعصم بعض الفئات والاعمال من الخضوع الى ولاية القضاء الوطني[٢] ،

وقد حددت مفهومها المادة ٥ من قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥ حصانة الدول تعني "تتمتع الدول فيما يتعلق بنفسها وبممتلكاتها بالحصانة من ولاية محاكم دولة اخرى رهنا باحكام هذه الاتفاقية". وهنالك تعريفات كثيرة اخرى وردت بهذا الخصوص لن نطيل التفصيل فيها كونها تشير الى ذات المفهوم بمختلف مضامينها مؤكدةً فكرة واحدة اساسية مفادها ان سلطة الدولة غير كاملة تجاه فئات معينة وهي الفئة التي تتمتع بالحصانة القضائية.

ويشكل هذا الامر قيداً على فرض الدولة ولايتها وسلطانها على اقليمها ، الا ان مسألة الحصانة القضائية لهؤلاء الاشخاص لا تعني مطلقاً اعفائهم من المسؤولية فهذه الاخيرة تبقى قائمة ولكن ينتقل الاختصاص القضائي فيها من محكمة الدولة المختصة وفق ضوابط الاختصاص المحددة في التشريع الوطني الى صالح محاكم الدول الاجنبية التي ينتمي اليها المحصن. اي بمعنى ان الحصانة القضائية تعني الدفع بعدم قبول الدعوى فهو دفع يوجه الى القضاء بعدم سماع الدعوى وليس دفع موجه الى صحة اجراءات الخصومة فلا غبار على اختصاص المحكمة الدولي او على المدعي الذي يمتلك الحق في دعواه او على صحة اجراءات الخصومة وانما الحصانة القضائية تعني ان المدعي ليس له الحق في رفع الدعوى على المتمتع بالحصانة[٣] ، ولغرض توضيح هذه الفكرة كقيد من القيود المقررة على إعمال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية يمكننا ايراد تعريفاً مناسباً للحصانة القضائية : ((هي القيد المقرر لصالح الدول الاجنبية ورؤسائها وممثليها من دبلوماسيين والقنصليين بصفتهم الرسمية لا الشخصية من الخضوع لولاية القضاء الوطني عند قيام النزاع ، ولا يعني ذلك الاعفاء من المسؤولية المدنية المترتبة عليها، وانما يعني انتقال الاختصاص من ولاية المحكمة الوطنية المختصة الى ولاية المحكمة الاجنبية التي ينتمي اليها المتمتع بالحصانة)). فالحصانة القضائية في نطاق دراسة الاختصاص القضائي الدولي لا تعني اعفاء (المُحصّن) من المسؤولية وافلاته من المسؤولية المدنية اطلاقاً، وانما تعني اعفائه من الخضوع لولاية القضاء المختص وذلك لصفاتهم الرسمية وليس لصفاتهم الشخصية ، كونها ضرورة اساسية لتمكين الدول الاجنبية المتمثلة برؤسائها وممثليها

---

[١] د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٦، ص٢٩١.

[٢] د. هشام علي صادق ، طبيعة الدفع بالحصانة ، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، ١٩٦٩، ص٣١٥.

[٣] د. سامي بديع منصور ، د. عكاشة عبد العال ، قانون الدولي الخاص ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص٥٣٨.

من الدبلوماسيين والقنصليين من ممارسة مهامهم في الدولة التي يعينون بها بشكل انسيابي وسلس دون ارباكهم اثناء مزاولة اعمالهم وادائهم الوظيفي ،وعدم الركون الى توتير العلاقات بين الدول[١] .

الفرع الثاني

الاساس القانوني لفكرة الحصانة القضائية

نظراً لازدياد البعثات الدبلوماسية الاجنبية في مختلف البلدان وما يرافقها من اتساع في نشاطات اجتماعية خدمية وتجارية اصبحت الدول تعج بإعداد كبيرة منهم، وحتماً ان كل دولة من دول العالم لا ترغب بوجود افراد في اقليمها وتحت سيادتها غير خاضعين لسلطانها كونهم يشكلون استثناءً عن القاعدة العامة التي تقضي بلزوم خضوع كل رعايا الدولة من مواطنين واجانب لسيادتها وسلطانها والى هذا المفهوم اشارت المادة ٢٩ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بنصها على ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثنى بنص خاص)) ، وهذه الفئات فرضتها الضرورة العملية بسبب تشعب العلاقات واتساعها بين الافراد بمختلف الدول فظهرت فكرة مخالفة لمفهوم(الولاية العامة للدولة في اقليمها) وهي فكرة الحصانة القضائية فنجد ان اساسها القانوني يختلف باختلاف الدراسات والنظريات والاحكام التي طرحها كل من الفقه والقضاء وسنعرض اليها على النحو الاتي :

١. نظرية الامتداد الاقليمي :

ظهرت هذه النظرية في القرن السادس عشر الميلادي على يد الفقيه الهولندي جروشيوس مبرر ان الاساس القانوني لنشوء فكرة الحصانة القضائية بأن الاشخاص الذين وكلوا بالقيام باعمال في دولة ما مثل موظفي المنظمات الاقليمية والدولية والسفارات والقنصليات والممثليات [٢] ما هم الا اشخاص يمارسون اعمالهم في تلك الدولة ولكنهم اشبه بكونهم يعملون في دولتهم التي يحملون جنسيتها ذلك لان المنظمة او الهيئة او السفارة او القنصلية او الممثلية تمثل جزء من اقليم دولة في دولة اخرى[٣] ، وبهذا فهم سيخضعون للولاية القضائية الخاصة بدولتهم لا بالدولة التي يؤدون مهامهم فيها ، حيث ان هذه الاخيرة تمثل امتداداً اقليمياً لدولة المحصن الذي يحمل جنسيتها. وتعد هذه النظرية نظرية قائمة على اساس فكرة سيادة الدولة المطلقة وهي فكرة دستورية قديمة تقضي بعدم خضوع اعمال الدولة الى الرقابة الاجنبية القائم على اساس الترابط بين سلطان الدولة واقليمها ، فلا يمتد اختصاص المحاكم الوطنية خارج حدود الدولة للنظر بتلك الدعاوى[٤] .

---

[١] د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، مكتبة السنهوري ، ص٢٩٣ .

[٢] د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ،٢٠١٦ ، ص٤٩٦.

[٣] Alaneed Mohammad Zaid, Diplomatic judicial immunity ,Jurisprudence Journal, VOL 11,July 2019,p.192.

[٤] د. احمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٠، ص٣٧٠.٣٧١.

وأُنتقدت هذه النظرية كونها قاصرة لا تقوم على اساس من الصحة وانما اعتمدت فكرة وهمية مفترضة في تسويغ مفهوم الحصانة القضائية وهي امكانية امتداد اقليم الدولة الى دولة اخرى ورغم صحة الانتقاد الموجه لهذا المعيار الا ان هناك من يتمسك بهذه الفكرة و نشير بهذا الصدد الى حادثة حصلت في العراق عندما قامت وزارة الصحة العراقية بنشر لافتات جدارية تحت شعار (من اجل بغداد انظف) حيث لُصقت هذه العبارة على اغلب شوارع بغداد ولُصقت احداها على جدار السفارة الالمانية في العراق فاحتجت السفارة بموجب المذكرة ذات العدد ٧٨/٢٢٦ المؤرخة في١٩٧٨/٦/١٣ امام وزارة الخارجية العراقية تضمنت المذكرة اعتراضها على وضع اللافتة على جدار السفارة، بأنه لم يتم استحصال الموافقات الاصولية في لصقها على جدرانها ، كما وانها ترفض وضع اي اعلانات اخرى على اراضيها دون الحصول على موافقتها فاعتبرت ان السفارة الالمانية في العراق هو امتداد لاقليم دولتها ولا يجوز المساس به [١]

٢ـ نظرية المقتضى الوظيفي : يذهب اصحاب هذه النظرية بالقول الى ان منح الحصانة من الولاية القضائية للمحاكم الوطنية لفئة معينة يقوم على اساس مقتضيات الوظيفة [٢] ، فعمل المبعوثين والممثلين في الدول الموفد اليها قد يحتاج الى حصانة معينة تبعده عن طائلة القضاء الوطني كي يمارس عمله باستقلالية وخصوصية[٣] .

ولابد من الاشارة الى امر هام بأن هذه الحصانة ليست مطلقة وانما مقيدة وعلى المتمتع بها الالتزام بمراعاة القانون الداخلي والنظام العام للدولة الموفد اليها وهذا ما اوضحته اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية في عام ١٩٦١ ، وكذلك اتفاقية المقر التي عقدتها الامم المتحدة مع بعض الدول في عام ١٩٤٧ ، واتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩ حيث تمنح الحصانات والامتيازات للموظفين لمصلحة هيئة الامم المتحدة وليس لمصلحتهم الشخصية، وبهذا المعيار اخذت جامعة الدول العربية في المادة ١٤ ، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٣ من اتفاقية حصانات وامتيازات منظمة المؤتمر الاسلامي لسنة ١٩٧٦ [٤] ، ولم تسلم هذه النظرية ايضا من الانتقاد فقد أُنتقدت لانها لا توضح مدى احقية المبعوث بالحصانة القضائية بالاعمال التي يمارسها لو انه كان ماراً بدولة اخرى اثناء طريق عمله الى الدولة المعنية.

٣ـ نظرية تكافؤ السيادات في الدول : ذهبت هذه النظرية الى ان اساس الحصانة القضائية انما هو مبدأ تكافؤ السيادات بين الدول فلا يمكن لدولة مطالبة دولة اخرى بخضوعها لسلطانها ، لذا فأن مبدأ عدم خضوع دولة لقضاء

---

[١] د. سهيل حسين ، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في العراق ، دراسة مقارنة ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص١٢٣

[2] Nina M. Bergmar, Demanding Accountability where Accountability is Due: A Functional Necessity Approach to diplomatic immunity under the Vienna convention , Vanderbilt Journal of Transnational Law ,VOL47:501,p.507-508.

[٣] القاضي عاطف فهد المغاريز ، الحصانة الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق ،ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص٥٦.

[٤] نصت المادة ١٣ من الاتفاقية اعلاه على ان ((لا تمنح الحصانات والامتيازات لممثلي الدول والاعضاء لمصلحتهم الخاصة ولكن ضماناً لتمتعهم بكامل استقلالهم في ادارة اعمالهم لدى المنظمة))

دولة اخرى اجنبية هو نتيجة حتمية لمبدأ المساواة والتكافؤ بين الدول[١] ، وقد اخذ القضاء بهذا الاساس في العديد من احكامه بمختلف الدول ومن اشهر هذه الاحكام حكم القاضي (مارشال) رئيس المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية سنة ١٨١٢ عندما اقر مبدأ استقلال السيادات وعدم السماح باخضاع الحقوق السيادية التي يمارسها الحاكم الاجنبي لاختصاص المحكمة الامريكية الوطنية[٢] .

ورغم الموقف القضائي الايجابي من هذه النظرية الا انها الاخرى لم تسلم من اوجه النقد فالقول ان الاساس القانوني للدفع بالحصانة القضائية هو مبدأ سيادة الدولة واستقلالها يُفترض ان يؤدي الى عدم السماح بالتمسك بالحصانة وليس الى قبول الدفع بها ، اي بمعنى ان ميزة تمتع كل دولة بسلطانها واستقلالها المطلق على اقليمها يجب ان يشير الى منح قضائها سلطة الفصل بين جميع النزاعات التي تعرض في محاكمها سواء وطنية ام اجنبية ولا يكون لاي دولة عصمة او حصانة من ذلك[٣].

٤. نظرية المجاملات الدولية :

تبرر هذه النظرية ظهور فكرة الحصانة القضائية على اساس المجاملات الدولية ، حيث ان الدولة الاجنبية ومن يمثلها كرئيس جمهوريتها او من ينوب عنه او مبعوثه الدبلوماسي وغيره يعفى من الخضوع للولاية القضائية للدولة المستقبلة لهم على اساس مجاملة لهذا الرئيس او المبعوث فلا تعرّضه لقضائها ان دعى الامر لذلك حفاظاً على الاحترام المتبادل وتدعيم الاواصر والعلاقات بين الدول[٤] ، ويحاول انصار هذه النظرية ان يتلافوا عيوب النظرية السابقة بقولهم ان الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما لا يتم استبعاده ابداً وانما يتم تقييده بغية الحفاظ على العلاقات الودية المتبادلة بين الطرفين ، ومجال الحصانة محدد بحدود نشاطها الحكومي العام ولا يشمل نشاطها التجاري الخاص[٥] .

)1(Pierre Armminjon ,Precis de Droit International Prive ,Vol.3 , Dalloz , Paris ,1952,p.217

نقلا عن مصطفى سالم ، الحصانة القضائية للدولة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص٥٢

)2(القضية المشهورة: (Schooner Exchange V .Mc. Faddon)

Gary B. Born ,International Civil Litigation in United States Courts 4th ed, Wolters Kluwer, New York ,2007 ,p.225.

وعلى النهج ذاته سار القضاء الفرنسي في الحكم الذي اصدرته محكمة النقض الفرنسية في تاريخ ١٨٤٩/١/٢٢ ، وكذلك عدد من احكام محكمة النقض المصرية المذكورة في مجموعة احكام النقض الصادرة من المكتب الفني س(٤٢)،ج١، القاهرة،١٩٩١ ، ص٩٤٣ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ٢٠١٠، ص١٥٤. ١٥٥.

(٤) د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص٦٥٦

(٥) د. عنايت عبد الحميد ثابت ،مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ،ص١٤٥

حيث بدأ اعفاء بعض الفئات من الخضوع لولاية القضاء الدولي للمحاكم الوطنية كمجاملة من دولة الى اخرى تسعى فيها الى اعلان حسن نيتها و رغبتها في توطيد العلاقات مع الدولة اخرى وما لبث ان تحولت الى قاعدة عرفية دولية ملزمة للجميع، كما هو الحال في قضية الباخرة الايطالية (اتواليتا) حيث احتجت الحكومة الايطالية امام قضاء الولايات المتحدة الامريكية عندما نظرت بالقضية في محاكمها الوطنية بان النظر بهذه القضية يتعارض مع قواعد المجاملات الدولية[١] .

وايضا تعرضت هذه النظرية للنقد لانها تشكل اساس ضعيف وذلك لعدم دقتها ولفقدان اثرها بمرور الزمن لكن براينا الشخصي ان اساس الحصانة القضائية هي المجاملات الدولية و احترام مبدأ المعاملة بالمثل وليس على اساس قواعد القانون الدولي ، فمن يقرر مبدأ تكافؤ السيادات لو كانت هناك اعمال مشتركة بين دولة متقدمة مثل بريطانيا ودولة نامية مثل غينيا على سبيل المثال؟ حيث بامكان بريطانيا الحصول على حصانة قضائية لممثليها في غينيا الا انه قد لا يحصل العكس كون الاخيرة دولة نامية لا تشكل فرقاً امام الاولى ، اما في حالة كون الحصانة القضائية متبادلة بين الدولتين رغم الفارق بينهما بالمكانة الدولية على المستوى الدولي فهذا يعني ان تلك الحصانة انما حصانة قائمة على اساس المجاملات الدولية والمعاملة بالمثل .

المطلب الثاني

نطاق الحصانة القضائية

تقتضي دراسة نطاق الحصانة القضائية دراسة محدادتها في نطاقين وهو النطاق الشخص والنطاق الموضوعي لها ، حيث سنخصص الفرع الاول لدراسة النطاق الشخصي للحصانة القضائية ، والفرع الثاني لدراسة النطاق الموضوعي للحصانة القضائية ، وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

النطاق الشخصي للحصانة القضائية

يتمثل النطاق الشخصي للحصانة القضائية في تعيين الفئات والجهات التي تتمتع بالحصانة التي تقبع خلف كيان الدولة ولا تخضع اعمالها الى ولاية القضاء في الدولة الاخرى عند قيام النزاع ، وعليه يجب ان تكون هذه الدولة من الدول المعترف بها دوليا متمتعة بالشخصية الدولية وقد اوضحت ذلك المادة (٢) من اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية[٢] ، حيث تثبت الحصانة القضائية الى اشخاص معينة وهم رئيس الدولة والملك ورئيس الجمهورية او نائبه والدبلوماسي والقنصل[٣] ، وكذلك يتمتع بالحصانة القضائية اسرهم ورجال الحاشية

---

[١] مصطفى سالم ، المرجع السابق ، ص٥٧.

[٢] الفئات في المادة اعلاه هم الدولة ، الوحدات التي تتكون منها الدولة الاتحادية او التقسيمات الفرعية ، وكالات الدولة واجهزتها ،اي كيان في الدولة يحق له ممارسة اعمال السلطة السيادية ، ممثلي الدول (الرؤساء ، الوزراء ، النواب، الدبلوماسيين ،القنصليين).

[٣] د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٧ ص٣٧٤.

والمرافقين (شرط ان تكون السفرة رسمية) اما اذا كانت (سفرة خاصة)لا تثبت لهم هذه الحصانة ، وتنتهي حصانته ومن معه بانتهاء رئاسته او حكمه للدولة ، وتشمل الحصانة ايضا موظفو البعثة الاداريون والفنيون وافراد اسرهم والخدم الخاصون العاملون لدى افراد البعثة شرط ان لا يكونوا من مواطني الدولة المعتمد لديها او المقيمين فيها اقامة دائمة فضلا عن وجود فئات اخرى لها حق التمتع بالحصانة القضائية لم تشر اليها الاتفاقية اعلاه وانما اقرها العرف الدولي وهي : الطائرات والسفن الحكومية ، المنظمات الدولية ، القوات المسلحة المرابطة على حدود الدول الاقليمية [١] . ونشير الى ان معظم هذا الحصانات قد اشارت اليها اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية عام ١٩٦١ التي صادق العراق عليها بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢ . فاي مقاضاة لاحد من المذكورين اعلاه بصفاتهم الرسمية يمثل مقاضاة للدولة ذاتها ويستطيع المعني التمسك بالحصانة القضائية في مواجهة الدولة صاحبة الاختصاص[٢] .

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي للحصانة القضائية

في القرن التاسع عشر واوائل القرن العشرين كانت الحصانة للدولة ومن يمثلها من الولاية القضائية لدولة اخرى مطلقة ، فمجرد ان يكون الفرد احد الفئات المذكورة سابقاً فانه يتمتع بالحصانة القضائية المطلقة وبغض النظر عن طبيعة الاعمال التي يقوم بها فسواء كان موضوع النزاع يتعلق باعمال عامة يمارسها بصفته ممثل عن الدولة او كان النزاع متعلق باعمال خاصة مارسها كفرد عادي[٣] .ولكن ما لبث وان تغيرت هذه القاعد وذلك بعد تزايد النشاطات التجارية والعلاقات الاقتصادية بين الدول فسرعان ما فقدت الحصانة القضائية صفة الاطلاق هذه، ولعل ابرز اسباب انحسار هذه الصفة هو انتصار مبدأ الشرعية مقابل اتساع النشاط التجاري للدول وازدهار فكرة اللجوء الى التحكيم الدولي حلا للنزاعات دون الحاجة الى ضمان حصانة من ولاية المحاكم الوطنية[٤] .

فظهرت الدولة بمظهر التاجر في الساحة التجارية شانها شان الافراد العاديين فلم يعد من المنصف التعامل معها على اساس كونها دولة تتمتع بسلطان وسيادة يقيانها من المثول امام القضاء الوطني بينما يخضع له الطرف الاخر بوصفه شخصا عادياً[٥] . وعليه برزت الحصانة النسبية او المقيدة كحماية لمصالح الاشخاص العادية في التعاملات التجارية والانشطة الخاصة مع الدول او ممثليها فقامت على اساس التمييز بين الاعمال التي تمارسها الدولة او من

---

[١] ابرمت اتفاقية حلف الشمال الاطلسي (الناتو) لغرض تحصين القوات المسلحة الحدودية من الولاية القضائية اسمت الطرفين بـ (الدول المضيفة والدول المرسلة) حيث تمنح الدول المضيفة حصانة من الولاية القضائية للقوات المسلحة التابعين للدول المرسلة عدا حالتين وهي الخيانة العظمى وحالة تعرض مصالح الدول المرسلة للخطر فانها ترفع قيد الحصانة عن الدولة المضيفة. للمزيد ينظر : Hazel Fox, The Law of state immunity,2ed ,Oxford University press ,London ,2008 , p.722-723.

[2] Anthony Aust ,Hand book of international law ,Cambridge University press London 2008 P.164 .

[٣] د. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق / جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص١٥٧.

[٤] عبد الحكيم مصطفى، مشكلة الحصانة القضائية ،الحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص١٤٧ وما بعدها.

[٥] د. عكاشة عبد العال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق ، ص١٦٨

يمثلها بصفتها العامة ، وبين الاعمال التي تقوم بها بصفتها الخاصة ، حيث تتمتع بالحالة الاولى بالحصانة القضائية من ولاية المحاكم الوطنية خلافا للحالة الثانية التي يتم فيها مقاضاتها امام المحاكم الوطنية وحسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي فيها[١] واصبح معيار الصفة هو اساس التفرقة بين شخصية الدولة صاحبة السيادة وبين شخصيتها كفرد عادي ، وهذا ما اخذ به القضاء العراقي عندما لم يعترف بالحصانة القضائية للسفير الياباني في بغداد في قضية استئجاره لدار مواطن عراقي من عام ١٩٧٧ لغاية ١٩٩١ واستمرت السفارة واضعة يدها على العقار لغاية ٢٠٠٧ وكانت قد استعملت الدار كمدرسة لابناء الجالية اليابانية فصنف عملها ضمن الاعمال التجارية وليس ضمن اعمال السيادة العامة[٢] .

ويجدر بنا الاشارة الى قانون جاستا الذي شرعته الولايات المتحدة الامريكية عام ٢٠١٦ الذي منع الاحتجاج بالحصانة القضائية لاي دولة يكون لها اليد في الاعمال الارهابية التي حدثت في امريكا بل عليها المثول امام المحاكم الامريكية وتتحمل الدولة (المساهمة بالضرر) المسؤولية التقصيرية ودفع التعويضات لذوي الضحايا معتبرة ان الحصانة الدبلوماسية ليست قانون ملزم وانها لا تعدو ان تكون سوى مجاملات دولية[٣] .فهل سيلقي هذا القانون بظلاله على جميع الاعراف السائدة والاتفاقيات الدولية فتصبح الدولة رغم سيادتها غير متمتعة بالحصانة ولم يعد هنالك ضرورة للتمييز بين اعمالها بصفتها شخص عام او بصفتها شخص عادي ، وهل سيمثل في المستقبل هذا القانون نقلة نوعية في توسيع ولاية المحاكم الوطنية في اختصاص القضاء الدولي عندما يُسدل الستار على مبدأ الحصانة القضائية بشكل نهائي؟.

المبحث الثاني

طبيعة الحصانة القضائية والاثر القانوني المترتب عن الدفع بها

ان فكرة عدم الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية في نظر نزاع يتعلق بولايتها امر في غاية الخطورة فهو يقيد سلطان القضاء الوطني بالنسبة للدولة صاحبة الاختصاص القضائي ولخطورة هذا الامر لابد من تحديد طبيعة الدفع بالحصانة القضائية فهل الامر متعلق بولاية القضاء الوطني ام الامر متعلق بثبوت الاختصاص لهذه المحاكم او عدم ثبوته ام انه مجرد دفع للدعوى ؟ فضلا عن وجوب توضيح الاثر القانوني المترتب عن الدفع بالحصانة القضائية من ولاية المحاكم الوطنية ، وسيتم تفصيل ذلك في مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة طبيعة الحصانة القضائية ونخصص المطلب الثاني لدراسة الاثر القانوني المترتب عن الدفع بالحصانة القضائية وعلى النحو الاتي:

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض، الحصانة القضائية للدولة ،بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، مج١٩، لسنة١٩٦٤ ، ص٥٣.

[٢] قرار محكمة التمييز رقم ١٦٤ / الهيئة الموسعة /٢٠٠٧ مشار اليه لدى د. عبد رسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص مكتبة السنهوري ، بيروت ،٢٠١٨ ، ص٤٠٠ .

[٣] محمد هادي يونس النجداوي ،قانون جاستا البعد القانوني والبعد السياسي ،مجلة العلوم الاقتصادية والسياسية والقانونية،ع١،مج٢ ، ٢٠١٨ ، ص٣٤ .

المطلب الاول

طبيعة الحصانة القضائية

يرى جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص بان طبيعة الدفع بالحصانة القضائية قائم على اساس الدفع بعدم الاختصاص الولائي للمحاكم المدنية فاذا مارست الدولة نشاطها بوصفها شخص عام ذات سيادة وسلطان فالطابع الاداري للنزاع يجعل الاختصاص منوط بالمحاكم الادارية لا المدنية وهذا الامر ينطبق على الدول الاجنبية فان لها الدفع بالحصانة المتمثل بالدفع بعدم الاختصاص الولائي او الوظيفي ، اما ان مارست نشاطها كشخص عادي كممارستها للانشطة التجارية والمدنية فليس لها التمسك بهذه الحصانة ، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في ٥ فبراير ١٩٤٦ عندما مارست دولة النرويج نشاط تجاري في فرنسا فقضت المحكمة اعلاه بأن دولة النرويج قد زاولت نشاطها التجاري بصفتها شخص خاص لا عام لذا فانها تخضع لولاية المحاكم العادية بالمنازعات في فرنسا[١] .

وان ارساء مفهوم الدفع بالحصانة القضائية على انه دفع متعلق بالاختصاص الولائي سيؤدي احيانا الى حرمان الدولة الاجنبية من هذه الحصانة اذا انعقد الاختصاص للمحاكم المدنية العادية رغم كونها منازعات ادارية مثل الحكم بنزع ملكية العقارات لصالح الدولة او الحكم بالتعويض عنها فهنا سيكون دفع الادارة الاجنبية بالحصانة القضائية غير مقبول[٢] ، لذا فاننا نرى بأن تكييف الحصانة القضائية على انها دفع بعدم الاختصاص الولائي تكييف غير موفق لان هذا الاخير هو من النظام العام لاي دولة ولا يجوز التنازل عنه فضلا عن ان المحكمة تحكم به من تلقاء نفسها وهذا امرا يخالف طبيعة الدفع بالحصانة القضائية التي يجوز للدولة الاجنبية التنازل عنه وخضوعها الاختياري لولاية المحاكم الوطنية. بينما ذهب راي اخر من الفقه في كل من فرنسا و مصر الى تكييف الدفع بالحصانة القضائية بانه دفع بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية حيث تناول هذا الفقه موضوع الحصانة القضائية في المبادئ الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية ويصفون الحصانة القضائية بانها قيد على الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية[٣] ، وبناءً على هذا فان الدعوى التي تدخل في نطاق الحصانة تعد خارجة عن نطاق السلطان الاقليمي للمحاكم الوطنية وما الدفع بها الا صورة من صور عدم اختصاص القضاء الوطني في المسائل المشوبة بالعنصر الاجنبي .

---

[١] (باتيفول) في اعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٢.٤٨ ، ص١٧٨ نقلا عن د. هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية،٢٠٠٧ ، ص٣١٢.٣١٣.

[٢] د. عبد الحكيم مصطفى، المرجع السابق، ص٢٧٥.

[٣] د. محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص٦٥٣ص٦٥٦ ، وكذلك ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، ج٢،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٧٧ ، ص٧٥٨ ، وكذلك ينظر:

Hubert Bauer ,Competence Judiciaiere Internationales des Tribunaux Civils Francais ,These, 1965 ,Dalloz ,Paris ,p.6

الا ان هنالك جانب اخر من الفقه اعترض على هذا التكييف وقال بان هناك اختلاف جوهري بين الحصانة القضائية وقواعد الاختصاص مستعينا بقواعد التفرقة التي يقيمها الفقه الالماني بين قواعد اختصاص القضاء الدولي للمحاكم الوطنية وبين سلطان الدولة في القضاء[١] ، بينما ذهب جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص الى تحديد طبيعة الحصانة القضائية على انه الدفع بعدم اختصاص المحكمة المختصة اساساً ويعني استثناء النزاع المتعلق بالشخص المتمتع بالحصانة من نطاق اختصاص القضاء الوطني ، بينما يرى جانب من الفقه الحديث بان التكييف المناسب للحصانة هو ليس الدفع بعد اختصاص المحكمة الوطنية ، بقدر ما انه دفع بعدم خضوع الشخص الذي يتمتع بالحصانة للقضاء الوطني ابتداءً ، فهو دفع بعدم قبول الدعوى غير موجه الى صحة اجراءات الخصومة ولا الى موضوع الدعوى وانما موجه الى الحق في الدعوى وذلك لتخلف شرط الصفة في المدعى عليه، وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي الحديث [٢] وعليه فأن التصور القائم لهذا التكييف سيرتب احدى النتيجتين هما:

١. جواز حكم المحكمة الوطنية من تلقاء نفسها منذ البداية بعدم اختصاصها عند وجود قيد الحصانة القضائية يتمتع به احد اطراف النزاع المعروض امامها .

٢. جواز تمسك الطرف المتمتع بالحصانة بهذا الدفع بأي مرحلة من مراحل الدعوى حتى وان كان بعد مرحلة نظر المحكمة الوطنية بالنزاع بل حتى في مرحلة الاستئناف والتمييز، والى هذا المفهوم اشارت المادة ٧٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩(النافذ) في ولاية القضاء الداخلي حيث نصت على ان " الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى او قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز ابداؤه في اية حالة تكون عليها الدعوى " .

ويلاحظ هنا ان شرط الصفة ينتفي في الحصانة القضائية فالمتمتع بها لا يمكن رفع الدعوى عليه وانتفاء الصفة تؤدي الى عدم قبول الدعوى كما هو معمول به في مبادئ قانون المرافعات هذا من جانب، ومن جانب اخر فان وقت اثارة هذا الدفع يمكن اعماله باي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى في مرحلة الاستئناف فضلا عن التزام المحكمة باثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها فانه يمكن للمتمتع بالحصانة امكانية التنازل عنها فيمكن بعد الحكم بعدم قبول الدعوى بسبب وجود الحصانة ان تعود الدعوى لاروقة المحاكم الوطنية والنظر بها من جديد عند زوال الحصانة[٣].

ونحن نؤيد الرأي القائل بهذا التكييف وذلك لتطابق المعاملة الاجرائية لكل من الحصانة القضائية والدفع بعدم قبول الدعوى ولان كل ما يثيره المتمسك بالحصانة هو دفعهم بعدم قبول الدعوى الموجهة اليهم كونهم اشخاص يمثلون دولهم بصفاتهم الرسمية لا الشخصية فهم بذلك لا يخضعون لسلطان القضاء الوطني بدولة ما .

---

[١] د. هشام علي صادق ، طبيعة الدفع بالحصانة القضائية ، المرجع السابق ، ص٣٤٣-٣٤٥.

[٢] د. سامي بديع منصور ، د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص٥٣٩.

[٣] د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص١١٤-١١٦.

المطلب الثاني

الاثار القانونية للدفع بالحصانة القضائية

لاشك ان الدولة التي تمارس سلطانها وسيادتها في تيسير بعض الاعمال لا تقبل المثول امام قضاء دولة اخرى مهما كانت الاسباب وذلك انطلاقاً من مبدأ استقلال السيادات ومبدأ المجاملات الدولية التي اوجدها العرف الدولي ، فلو سلّمنا بصدور قرارات قضائية من محكمة دولة ما ضد دولة اجنبية فانه من الصعب حقاً لا بل من المستحيل تنفيذه ضد الدولة التي صدر الحكم بحقها لان التنفيذ الجبري الموجه ضد الدولة الاجنبية يمثل اعتداءً صارخاً على استقلال الدول ومبدأ المساواة بينها . وليس هذا فحسب بل ان هذا الامر سينال من هيبة الدولة صاحبة الاختصاص القضائي لانه سيكون مجرد حكم في مهب الريح لان قوة الحكم في امكانية تنفيذه لا بمجرد صدوره ومن اجل حفظ هذه الهيبة فيفضل اصلا عدم اصدار احكام فاقدة لقوتها التنفيذية منذ البداية فهي بمثابة ولادة جنين ميت في بطن امه لاسيما تلك الاحكام التي تستلزم استعمال القوة والاكراه لغرض تنفيذها ،وهذه القوة لا يمكن تحقيقها تجاه الدول.

وواضح ان هذا الامر يتضمن خلطاً بين فاعلية الحق ونشوؤه فلا يمثل عنصر الجزاء عنصرا فعالا في عناصر القاعدة القانونية، حيث توجد قواعد تفسيرية يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها، كما قد يعود سبب عدم امكانية تنفيذ الحكم ضد المحكوم الى انتقال امواله مثلا ، ورغم ذلك لا يجوز لاي محكمة الامتناع عن الحكم بحجة لا جدوى من الحكم في الدعوى ولا يشكل عدم قابلية الحكم للنفاذ ضد الدولة الاجنبية سوى حجة للتمسك بالحصانة القضائية وليس اساساً لتلك الحصانة .

ولكن من وجهة نظرنا فان الدفع بالحصانة القضائية لعدم تنفيذ الحكم الصادر من محاكم الوطنية في الدول الاخرى لتحقق الصفة العامة يمثل الحفاظ على العلاقات الدولية الدبلوماسية وان اي حكم يصدره قضاء وطني ضد دولة اخرى او من يمثلها فأنه حكم سيوتر العلاقات ويثير النزاعات بينهما فضلا عن ان هنالك شك متبادل في حيدة القضاء الوطني حيث تؤمن كل دولة ايماناً كاملاً بان الحكم الذي يصدر في محاكم الدولة الاخرى سيكون حكم منحازاً لمصلحة الطرف الوطني سواء كان شخصا عاديا ام شخصا اعتباريا . ولعل اشهر الاحكام القضائية بهذا الصدد هو حكم محكمة فينا في ١٨٧٥/٩/٤ بالحصانة القضائية للدولة المتمتعة بالصفة العامة عند ممارستها لاعمال معينة . وكذلك حكم محكمة استئناف باريس في ١٥ /٣/ ١٨٧٢ في موضوع شراء ادوات زينة في باريس لامبراطور المكسيك بواسطة الحكومة وقد رفضت الاولى المثول امام محكمة فرنسا على اساس ان هذا العمل من الاعمال العامة لا يخضع لولاية المحاكم الفرنسية[١] وكذلك قضت المحكمة الامريكية العليا في ١٨١٢ التي اشارت الى عدم امكانية اي دولة باكراه دولة اخرى على الخضوع لقضائها الوطني في القضية تتعلق بدعوى نفاذ حجز السفينة الحربية الفرنسية من قبل المالك السابق لها[٢] .

---

[١] د. عبد الحكيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص١٣٤.١٣٦

[2] Gary B. Born,op.cit,p225

وكان للقضاء العراقي موقف مشابه لذلك ، فقد جاء في قرار لمحكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية ذي العدد ٥٠١ /ب / ٢٠١٩ في ٢٠٢٣/١٢/١٢ المتضمن دعوى قدمها المدعي (مدير شركة الميلاد للطاقة المتجددة) ضد القوات الامريكية في العراق تقضي بوجوب تسديد اثمان مواد (مثل خيم للطعام وخيم للمعيشة والسكن وحمامات صحية وافرشة واسرة) والتي قدر مبلغها (بمليون وتسعمائة واربعة وستون الف وثلاثمائة دولار امريكي)، فقضت محكمة الموضوع برد الدعوى الا ان الشركة قدمت تمييزا بالقرار اعلاه امام محكمة التمييز الاتحادية العراقية في ٢٠٢٤/١/٣٠ وقضت الاخيرة برد الطعن التمييزي والمصادقة على قرار محكمة الموضوع "باعفاء القوات الامريكية وموظفيها وممتلكاتها ومعداتها واموالها واصولها والعاملين معها كافة من الخضوع للقوانين العراقية وولاية القضاء العراقي ويعدون ممثلين سياسين للدولة الاجنبية مصونون عن سلطة المحاكم المدنية في الامور المدنية والتجارية والجزائية وتصان اشخاصهم واموالهم ....ويمثلون استثناءً من المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ[١]"

وفي الواقع أن القضاء الوطني سيكون في حيرة من امره عند نظره في قضية تكون الدولة الاجنبية طرفا فيها فعليه اقامة موازنة بين تحقيق العدالة وحماية حقوق الاطراف من جانب ،وبين الحفاظ على العلاقات الدولية التي تربطهم بالدولة الاجنبية من جانب اخر . لذا نجد بان هنالك محاكم وطنية ترفض التصدي للنظر في هذا النوع من الدعاوى والتي عادة ما يكون الشخص العادي فيها قد دخل في تعاملات تجارية مع الدولة الاجنبية او من يمثلها دون معرفته بمبدأ الحصانة القضائية التي تمثل قيداً على ولاية القضاء الذي يفترض ان يخضع له الطرفين[٢] .

وهذا الامر سينعكس سلبا على مركز القانوني للشخص العادي قد يصل الى حد فقدانه حقوقه لان الاثر الاساسي لقاعدة الحصانة القضائية هي تجميد الدعوى المقامة وامتناع المحاكم من النظر فيها فقطعاً سيكون هذا الامر على حساب الطرف الضعيف وهو الفرد العادي ، وغنياً عن القول بان الحصانة القضائية هي قيد اجرائي على سلطان القضاء المختص الا ان هذا القيد لن يعفِ المتمتع بها من المسؤولية المدنية. والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد بما ان مسؤولية الدولة الاجنبية ستبقى قائمة فلاي قضاء يمكن ان يلجأ المدعي (الخصم) لكي يكفل له حقوقه وينظر في شكواه ضدها؟

للاجابة على هذا السؤال نشير الى انه هنالك اراء فقهية واجتهادات قضائية مختلفة حول هذا الموضوع ولا يوجد جزم في حل يمكن اتباعه دائما : ولكن لا يخرج الامر عن هذه الاحتمالات: وهو اما ان يلجأ هذا الشخص الى القضاء الداخلي للدولة الاجنبية المتمتعة بالحصانة لان مسؤوليتها لازالت قائمة كما جاء في المادة (٤/٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١[٣] وهذا امر مكلف ماديا ومرهق للشخص العادي فضلا عن انه قضاء غير موثوق فيه بالنسبة اليه فقد لا يحصل على حقوقه في تلك الدولة .

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٠٧٦ / الهيئة المدنية / ٢٠٢٤ في ٢٠٢٤/١/٣٠ (قرار غير منشور).

[٢] د. احمد ماهر زغلول ، اصول وقواعد المرافعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١،ص٤٥٥.

[٣]نصت المادة اعلاه على ((تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية مع الدولة المعتمدة لديها لا يعفيه من قضاء الدولة المعتمدة)).

او انه قد يلجأ الى التحكيم الدولي وهذا الطريق عادة ما تختاره المؤسسات كالشركات والمنظمات الخاصة في العقود الدولية لانه قضاء سريع سهل الاجراءات متخصص لاسيما في القضايا التجارية وقضايا الاستثمار الدولي ورغم ذلك قد لا يفضله البعض لاسيما من جانب الدول التي تكون على معرفة قانونية كافية بان ادراج شرط التحكيم قد يفقدها الحصانة القضائية [١] ، او قد يتفق الاطراف الخضوع لمحكمة ما وهذا الذي يعرف بمبدأ الخضوع الاختياري (الشرط المانح للاختصاص) والى هذا المفهوم اشارت المادة (٧) في الفقرتين(هـ ، و) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨(النافذ) [٢] . فقبول الاطراف في الخضوع لولاية محكمة ما تعني ضمناً تنازل طرف الدولة او من يمثلها عن حصانتها القضائية. وهنالك اقتراح ذاع صيته في اوساط الفقه وهو انشاء قضاء دولي متخصص يمنح الافراد الحق في اللجوء اليه عند قيام النزاع الذي تكون فيه الدولة الاجنبية الطرف الاخر ، حيث لن تتمكن الاخيرة التمسك بالحصانة القضائية بل سيكون الطرفين بالمركز ذاته وعلى نفس القدر من المساواة ، وعلى الدولة او من يمثلها تعويض الفرد المتضرر تعويضاً عينياً او نقدياً ، وقد تبنت دول الاتحاد الاوربي هذا الحل وقامت بانشاء المحكمة الاوربية التي تسمح للافراد في اللجوء اليها لمقاضاة الدول ومطالبتها بتنفيذ الاحكام الصادرة بحقها. [٣]

المبحث الثالث

انقضاء الحصانة القضائية

بالرغم من تمسك الدول وممثليها بالحصانة القضائية في مواجهة اختصاص المحاكم الوطنية في الدول الاخرى وكفالة القانون لهذا الحق ، وامتثال جميع الدول لهذا المبدأ الا ان هنالك حالات لا يمكن معها اعمال الحصانة القضائية رغم وجود الدولة او ممثليها كطرف في العلاقة القانونية وذلك اما لتحقق الصفة الخاصة بها ، او لتنازلها عن الحصانة القضائية ، وسنقوم بدراسة ذلك وفق مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة زوال الصفة العامة ونخصص المطلب الثاني لدراسة التنازل عن الحصانة القضائية وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول

زوال الصفة العامة

عرضنا فيما سبق للاعمال العامة (اعمال السيادة) التي تمارسها الدولة او من ينوب عنها اذا كان الغرض منها تحقيق المصلحة العليا للدولة كالعقود التي تبرمها الدول لشراء الطعام او العلاج او شراء مستلزمات التعليم او لشراء طائرات وسفن و سيارات او اجهزة مختلفة الاستخدامات او الاسلحة او انها تبرم عقودا خاصة بالنقل التكنولوجي او

---

[١] د. ناصر عثمان ،الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة اسيوط ،٢٠٠٦، ص١٠٥ .١٠٦

[٢] نصت المادة اعلاه على ((تعتبر المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط الاتية :هـ . كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره ، و . كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه))

[٣] مصطفى سالم، المرجع السابق ، ص١٩٨.

توريد خدمات للبلد تكون غايتها فيها تحقيق منفعة عامة للدولة فهذا العمل يجعلها تتصف بصفة الشخص العام الذي يمكنه الدفع بالحصانة القضائية من الخضوع لاي قضاء وطني في جميع الدول ، ولكن لو تحققت الصفة الخاصة بالعمل (اعمال الادارة) الذي تقوم بها الدولة او من يمثلها، بمعنى انها تقوم بادارة اعمال كابرامها عقودا تجارية او مدنية وتدخل في علاقات قانونية لا تسعى فيها الى تحقيق المصلحة العامة بل تحقق مصالح خاصة لمن يمثلها ويتبعه ذلك فقدانها لشخصيتها العامة فلا يمكنها التمسك بالحصانة القضائية [١] ، فنستنتج من ذلك ان طبيعة العمل والغرض منه الذي تمارسه الدولة هو من يحدد الصفة العامة او الصفة الخاصة فيها وبالتالي يتوقف عليه مدى امكانيتها في التمسك بالحصانة القضائية من عدمه في الخضوع لولاية المحاكم الوطنية في الدول الاخرى .

ويرى بعض الفقهاء بان هنالك معايير يمكن اعتمادها لمعرفة متى تكون الدولة صاحبة صفة عامة ومتى تكون صاحبة صفة خاصة ، وذلك من خلال معيار الشخصية القانونية لمشروع الدولة فاذا كان المشروع الذي تقوم به الدولة يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فهو مشروع لا يمثل الدولة بصفتها العامة وانما يمثلها بالصفة الخاصة وعليه لا يتمتع بالحصانة القضائية ويخضع لولاية المحاكم الوطنية للدولة الاجنبية، اما اذا كان المشروع غير متمتع بالشخصية القانونية ويذوب بشخص الدولة فهو يتمتع بالحصانة القضائية ولا يخضع لولاية المحاكم الوطنية في الدولة الاخرى ، وهذا ما اكدته المحكمة العليا الالمانية في ١٩٥٥/٦/٧ التي قضت بـ ((ان مثول الدولة الاجنبية امام القضاء الوطني لدولة اخرى يعد انتهاكا لسيادتها الا ان مثل ذلك الفرض يجب التغاضي عنه اذا منحت الدولة لاحد المشروعات التي انشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن ايضا على الصعيد القانوني)) [٢] .

وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في تاريخ ١٩٩٠/٥/٢ التي قضت بتمتع الشركة الوطنية للبترول بالحصانة القضائية كونها مارست التصرف محل النزاع لصالح المرفق العام ، وقضت المحكمة ذاتها الى الاعتراف بالحصانة القضائية للشركة الوطنية الايرانية للغاز في تاريخ ١٩٧٨/٧/٣عند عدم تنفيذ التزامها بتسديد اجور الشركة الفرنسية ، فقامت الاخيرة برفع دعوى على الشركة الايرانية امام القضاء التجاري الفرنسي الا ان الشركة الايرانية تمسكت بالحصانة القضائية كونها تؤدي وظيفة عامة بصفتها مرفق عام فرفض قضاء الاستئناف الفرنسي الحكم بالحصانة القضائية لها الا ان المحكمة العليا اعترفت لها بذلك حفاظا على العلاقات التي كانت في نحوها للافضل بين الدولتين [٣] .

---

[١] - د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٤٤-٤٥.

[٢] بينما هنالك حكما اخر في ١٢/ ١٩٩٠/٦ حجبت فيه المحكمة الحصانة القضائية عن وكالة الانباء الكويتية رغم كونها جهاز حكومي رسمي تابع لوزارة الاعلام الكويتية حيث رفضت الوكالة تجديد عقد صحفي بريطاني وعد تصرفا صادرا عن توجيه الاعلام الكويتي فهو يحقق المصلحة العامة الا ان المحكمة اعلاه رفضت هذا التكييف الذي تمسكت به الوكالة الكويتية للتمتع بالحصانة القضائية وحجتهم في ذلك الحجب هو انه لن يشكل اعتداء على سيادة الكويت وعدم تعرض العلاقات بين الكويت وفرنسا لاي مخاطر. للمزيد ينظر د. حفيظة السيد الحداد، المصدر نفسه ، ص٤٨.٥٠ .

[٣] مشار الى القرار اعلاه لدى ، عبد الحكيم مصطفى، المرجع السابق ، ص٨٨.

وقد اشارت المادة ٣١ من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ الى أن :

"١ـ يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها وكذلك فيما يتعلق بقضائها المدني والاداري الا في الحالات الاتية : أ. الدعاوى العينية المتعلقة بالاموال العقارية الخاصة الكائنة في اقليم الدولة المعتمد لديها مالم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في اغراض البعثة . ب . الدعاوى المتعلقة بشؤون الارث والتركة ، جـ . الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مهني او تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية .

٢. يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالاعفاء من اداء الشهادة

٣. لا يجوز اتخاذ اية اجراءات تنفيذية ازاء المبعوث الدبلوماسي .

٤. تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية في الدولة المعتمد لديها لا يعفيه من قضاء الدولة المعتمدة.

فلا يمكن للدولة او من يمثلها التمسك بدفع الحصانة القضائية اذا كان العمل الذي تمارسه هو من قبيل المعاملات التجارية لانها تدخل في علاقة تعاقدية مع الشخص سواء كان طبيعي او معنوي بصفتها الخاصة فانها ستخضع لولاية محكمة الدولة الاخرى الا اذا كان هنالك اتفاق يخالف ذلك ، حيث على الطرف الاخر من العقد (احد اشخاص القانون الخاص) ان يكون على معرفة ودراية كاملة بأنه يتعاقد مع الدولة الاجنبية او احد ممثليها بصفتها العامة او الخاصة كي يعرف ما ستؤول عليه الامور في حال قيام النزاع بينهما والى هذا المفهوم اشارت المحكمة العليا الدستورية الالمانية الى انه ((من المستحسن للفرد الخاص المتعاقد مع دولة اجنبية في عملية ذات طبيعة تجارية في ابرام اتفاقا معها حول طرق تنفيذ الالتزامات موضوع التعاقد والاجراءات الواجبة الاتباع في حال النزاع ...)) [١] .

وكذلك عقود العمل التي تبرمها الدولة اومن يمثلها مع احد الافراد بصفتها الخاصة فهنا يعد عملها من اعمال الادارة وليس من اعمال السيادة ولا يمكنها الاحتجاج بالحصانة القضائية من ولاية القضاء في الدولة الاخرى بشأن عمل نفذ او يجب تنفيذه كليا او جزئيا في دولة القاضي وهذا ما نصت عليه المادة(١١) من اتفاقية الامم المتحدة لحصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤.

كما وتقاضى امام القضاء الوطني اي دولة الحقت ضررا في ممتلكاتها او ممتلكات اشخاصها والتعويض عن تلك الاضرار التي تسببت بوفاة الاشخاص او تضررهم وسواء اكان ذلك بسبب قيامها بعمل او امتناعها عن القيام به مالم يكن هنالك اتفاق على غير ذلك هذا ما نصت عليه المادة (١٢) من الاتفاقية اعلاه .

ولا يجوز لدولة ما الدفع بالحصانة القضائية من الولاية القضائية لدولة اخرى اذا كانت الاخيرة هي المختصة بدعوى قضائية تتعلق بحق الدولة او حيازتها او استعمالها لملكية عقارية تقع في دولة القاضي او مصلحة في ادارة

[١] قرار المحكمة العليا الدستورية الالمانية في تاريخ ١٣ /١٢/١٩٧٧.

ممتلكاتها مثل ممتلكات الائتمان واموال الافلاس او اموال تصفية الشركات مالم يكن هنالك اتفاق خلاف ذلك نصت عليه المادة(١٣) من الاتفاقية اعلاه.

ولا يجوز للدولة التمسك بالحصانة القضائية امام قضاء دولة القاضي عند تعلق الامر بدعاوى خاصة بحقوق الملكية الفكرية والصناعية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والملكية الذهنية حقوق التأليف والحقوق المجاورة لها مالم يكن هنالك اتفاق خلاف ذلك ، هذا بموجب المادة (١٤) من الاتفاقية اعلاه .

ولا يحق لها التمسك بالحصانة القضائية عندما تكون الدولة مشتركة في شركات وهيئات سواء كانت ذات شخصية قانونية ام لا اذا اعضائها المشتركون من غير دول وان تكون قد انشات بموجب قانون دولة المحكمة او ان تكون هي مركز الادارة الرئيسي مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك ، هذا ما نصت عليه المادة (١٥) من الاتفاقية اعلاه.

كما ولا يجوز لها التمسك بالحصانة اذا السفن العامة قد خصصت للقيام باعمال تجارية خاصة غير حكومية مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بموجب المادة (١٦ /١) من الاتفاقية اعلاه .

ولا يمكنها التمسك بالحصانة القضائية في اي نزاع اخضع للتحكيم فاذا ابرمت الدولة اتفاقا مع شخص ما في اخضاع النزاع للتحكيم الدولي فلا يمكنها الدفع بالحصانة القضائية امام هيئة التحكيم مالم يكن هنالك اتفاق خلاف ذلك ، نصت على ذلك المادة (١٧) من الاتفاقية اعلاه .

وجملة (مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك) تشير الى انه يمكن اتفاق الدولة مع اشخاص القانون الخاص بانها تتمسك بالحصانة القضائية بجميع الاحوال اعلاه من ولاية القضاء في دولة القاضي فاذا وافق الطرف الاخر على ذلك فلها التمسك بها رغم ان الحالة قد تكون احدى الحالات التي وردت في بنود اتفاقية الامم المتحدة لحصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ .

وبرأيينا ان مسألة الاتفاق على عدم خضوع الدولة اومن يمثلها (المتصفة بالصفة الخاصة) الى ولاية القضاء الوطني امر يثير ازمات اقتصادية وتجارية لا يحمد عقباها لانه اصبح من المسلمات دخول الدول بالتعاملات التجارية بل نجد ان اغلب العقود الدولية التجارية تبرم من قبل الدول كونها ذات امكانيات مادية كبيرة لاسيما في المشاريع التجارية والاستثمارية كالمراكز التجارية والمولات والمشاريع الخدمية والترفيهية وغيرها وبينما يكون الطرف الاخر مستثمر او تاجر ..الخ الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية الامر الذي قد يجعله يعزف عن ابرام العقد عند وجود شرط الحصانة القضائية لصالح الطرف الاخر المتمثل بالدولة الاجنبية ، فنرى وجوب تدخل التشريعات الوطنية لتحديد نطاق الحصانة القضائية وتحديد اساس معيار التفرقة بين عمل الدولة بوصفها شخص عام ذو سيادة او انها شخص عادي مجرد من السيادة ، فضلا عن ان هنالك اختصاص وجوبي واستثناري للمحاكم الوطنية لا يمكنها التنازل عنه بسهوله بل تعتبره الدول جزء من سيادتها لن تتنازل عنه الا لغرض حفظ العلاقات الدولية .

فنلاحظ ان نص المادة ١٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (النافذ) تشير الى هذا المفهوم بنصها ((يقاضى الاجنبي امام المحاكم العراقية في الاحوال الاتية أ- اذا وجد في العراق . ب . اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى .ج . اذا كان موضوع التقاضي عقد تم ابرامه

في العراق او كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)) . لذا نقترح اضافة فقرة (د) الى المادة اعلاه تنص على :((يقاضى الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الاتية ... د ـ تقاضى الدول الاجنبية او من يمثلها اذا تعلق الامر باحد الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة امام القضاء العراقي الا اذا كانت تقوم بعمل من اعمال السيادة بصفتها العامة)) .

المطلب الثاني

التنازل عن الحصانة القضائية

تنقضي الحصانة القضائية في حال تنازل من يتمتع بها عنها ، فهي ميزة لمستحقيها وهذه الميزة قابلة للتنازل عنها الا انه توجد شروط كي يقع التنازل يستلزم تحققها ، وهذه الشروط هي :

١. اشتراط الصفة في التنازل عن الحصانة القضائية:

لا خلاف ان الدول تمتلك الصفة والحق في التنازل عن الحصانة القضائية وقبولها الخضوع لولاية محاكم الدول الاخرى ولكن الخلاف يثور حول الممثل الدبلوماسي عن الدولة، هل يمكنه التنازل عن الحصانة القضائية دون الحاجة الى اخذ الاذن من دولته التي يمثلها ؟ بالواقع لا يمكنه التنازل عن الحصانة كونه لا يمتلك تلك الصفة ولم تمنح الحصانة لشخصه بل لكونه ممثل عن دولته فيلزم موافقة دولته حتى يعد التنازل صحيح وقد ذكرنا فيما سبق بانه يمكن الدفع بالحصانة القضائية باي مرحلة كانت عليها الدعوى وحتى بعد الخوض في موضوع الدعوى او بعد ان قطعت المحكمة شوطا كبيرا فيها ، فاذا تبين ان من تنازل عن الحصانة لم يكن يمتلك صفة التنازل فيستطيع من له تلك الصفة ان يتمسك بها ويقطع بذلك اجراءات سير الدعوى، واشار الى ذلك القضاء الفرنسي و القضاء المصري ، فقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٩٧٨/٣/١٧ " انه بمقتضى المادة٣٢ من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ ان التنازل عن الحصانة القضائية الصادر من المبعوث يجب ان يكون مقرون بموافقة حكومة دولته الصريح " [١] ، وكذلك قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧٧/٢/٩ قضت بخصوص دعوى "تتعلق بعقد ايجار منزل ابرمه الملحق العسكري للجزائر في القاهرة ... قررت المحكمة بان الحصانة القضائية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي في مصر لا يجوز له التنازل عنها الا بموافقة دولته" [٢]

---

[١] د. احمد عبد الكريم احمد سلامة، المرجع السابق ص٣٧٤.

[٢] حكم الدائرة المدنية في ٩/ فبراير ١٩٧٧ صادر في الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية ، منشور في مجموعة احكام النقض ،١٩٧٧ ، س٢٨ ،الجزء الاول ، ص٤٢٢ ، مشار اليه لدى: د.احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه، ص٤٠١.

٢. التعبير صراحةً عن الرغبة في التنازل عن الحصانة القضائية :

يستلزم التنازل عن الحصانة القضائية ان يكون التنازل صريح وهذا ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية[١]، وقد تبدي الدولة ذلك التنازل ابتداءً ضمن بنود العقد المبرم بينها وبين الطرف الاخر وذلك قبل قيام النزاع ، او تبديه صراحةً بعد قيامه كالاتفاق الذي قامت به كل من الولايات المتحدة الامريكية والاتحاد السوفيتي سابقاً في عام ١٩٧٢ الذي تضمن "اتفاق الهيئات التجارية التابعة للاتحاد السوفيتي مع دولة الولايات المتحدة الامريكية بانها لا يمكنها الادعاء او التمسك بالحصانة القضائية في هذه الاخيرة فهي تخضع للمقاضاة وتنفيذ الاحكام وتتحمل المسؤولية القانونية كاملة وهذا الامر ينطبق على الهيئات التابعة للولايات المتحدة الامريكية في الاتحاد السوفيتي[٢]

ورغم الاعلان الصريح عن التنازل عن الحصانة القضائية قد تمتنع المحكمة ذات الاختصاص القضائي الدولي من ذاتها النظر في النزاع ، فالتنازل الذي تبديه الدولة التي تملكه هو غير ملزم للدولة صاحبة الولاية القضائية فلها الاستمرار بالامتناع عن ممارسة ولايتها، وعليه يمكن نقل الاختصاص الى محكمة دولة ثالثة يكون لها مصلحة في الدعوى او تربطها صلة بها ،كما ان موافقة الطرفين على قانون دولة ما لتطبيقه على النزاع لا يعني بالضرورة قبول ولايتها القضائية فمسالة القانون الواجب التطبيق تختلف عن مسالة الاختصاص القضائي والى هذا المفهوم اشارت المادة (٢/٢) من قانون حصانة الدولة في المملكة المتحدة لسنة ١٩٧٨ ((اي نص في اتفاق يقضي بتطبيق قانون المملكة المتحدة لا يعتبر خضوعا لولايتها)) ، والفقرة الثانية من المادة (٧) من الاتفاقية اعلاه"[٣] .

وعلى الرغم من ضرورة التنازل الصريح عن الحصانة القضائية الا انه يمكن ايضا اعتماد التنازل الضمني في حالات معينة مثلا خضوع المتمتع بالحصانة لولاية المحكمة الوطنية وعدم تمسكه بدفع الحصانة وعدم لجوئه الى وسائل الطعن المتاحة له بجميع مراحل الدعوى . وكذلك حالة اتفاق الطرفين المسبق في العقد على منح الاختصاص القضائي لصالح المحكمة الوطنية يفهم منه تنازلا عن الحصانة القضائية وقبول الخضوع لولاية تلك المحاكم، وكذلك وجود شرط التحكيم يفيد بان الدولة قد تنازلت ضمنيا عن التمسك بحصانتها امام القضاء الوطني عند عرض اي مسالة متعلقة بالتحكيم او بالنزاع المتفق فيه اللجوء الى التحكيم لان القضاء الوطني في الدولة مقر التحكيم يتدخل في المساعدة بتشكيل هيئة التحكيم والمساعدة في تزويدهم بالادلة المطلوبة ، كما ان القضاء الوطني سيكون هو

---

[١] نصت المادة (١/٧) من اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة ٢٠٠٤ " لايجوز لدولة ان تحتج بالحصانة من الولاية القضائية في دعوى مقامة امام محكمة دولة اخرى في ما يتعلق بأي مسألة او قضية اذا كانت قد وافقت صراحة على ان تمارس المحكمة المختصة ولايتها ...وذلك بـ اما ١. باتفاق دولي ٢. عقد مكتوب ٣. اعلان امام المحكمة او رسالة خطية .."

[2] (Charles .J. Lewis ,state and Diplomatic Immunity ,3rd ,lioyds of London press,1990,p.8-9

[٣] نصت المادة (٢/٧) من الاتفاقية اعلاه على ((لا تعتبر موافقة دولة ما على تطبيق قانون دولة اخرى قبولا منها لممارسة محاكم تلك الدولة الاخرى لولايتها)).

المختص في دعوى البطلان التي من الممكن رفعها ضد حكم التحكيم فلا تستطيع الدولة الدفع بالحصانة ضد دعوى البطلان في حالة صدور حكم التحكيم لصالحها[١] .

كما نشير الى ضرورة ان يكون التنازل عن الحصانة مؤكداً غير مفترض فلا يمكن افتراضه بل على القاضي الوطني الامتناع عن النظر في الدعوى من تلقاء نفسه في حالة غياب المدعى عليه (المتمتع بالحصانة) فلا يعد غياب الاخير بهذه المثابة تنازلا ضمنيا منه عن الحصانة القضائية ولا تفترض له[٢] .كما نشير الى امر هام ان مثول الدولة الاجنبية امام قضاء محكمة اخرى بوصفها شاهد لا يعد تنازلا منها عن الحصانة القضائية[٣] . ويعد تنازلا عن الحصانة القضائية اذا قدمت الدولة الاجنبية دعوى امام القضاء الوطني بخصوص اي طلب مقابل يقدمه المدعى عليه (الخصم من اشخاص القانون الخاص) وله علاقة بنفس موضوع الدعوى ومتصلا بها وهذا ما يعرف بالدعوى الحادثة او الطلبات المقابلة[٤] .

وان الاثر القانوني المترتب على التنازل عن الحصانة القضائية هو استرداد القضاء الوطني لولايته بالنظر في النزاع ويتكفل القضاء الوطني السير في اجراءات الدعوى وايقاع الحجز والتنفيذ على الدولة الاجنبية وقد اختلف الفقه المصري حول هذا التوجه فمنهم من يرى ان التنازل عن الحصانة القضائية يعني التنازل التام شاملا التنازل عن الحصانة من اجراءات الحجز والتنفيذ ومنهم من يرى بان التنازل عن الحصانة من اجراءات التقاضي مختلف عن التنازل عن الحصانة في اجراءات الحجز والتنفيذ فيجب ان يكون هنالك تنازلا خاصا ومستقلا بالحجز والتنفيذ عن التنازل عن حصانتها الذي قدمته سابقا في اجراءات التنفيذ وقد استقر الفقه والقضاء على نسبية الحصانة ضد اجراءات التنفيذ وعدم تركها بشكلها السابق المطلق في الممارسات الدولية يؤكد احقية الرأي القائل بأن التنازل عن الحصانة القضائية هو تنازلا شاملا لجميع مراحل التقاضي والحجز والتنفيذ ، وهذا ما اشارت اليه محكمة استئناف الولايات المتحدة الامريكية "بان التنازل المكتوب من دولة اجنبية عن اي حق حصانة من المقاضاة فيما يتعلق بعقد قرض انما يعني تنازلا صريحا عن الحصانة بشان الحجز التحفظي السابق للنطق بالحكم[٥] " ولعل الغاية في تقييد الحصانة القضائية وعد التنازل عنها تنازلا يشمل جميع اجراءات التقاضي والتنفيذ لا سيما في المجال الاقتصادي والتجاري الذي تمارسه الدولة لغرض التناسق بين نوعي الحصانة: الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ ونحن نؤيد وجهة النظر القائلة بان التنازل عن الحصانة القضائية هو تنازل شامل لجميع اجراءات التقاضي والحجز والتنفيذ فمن غير المتصور ان تقدم الدولة المتنازلة عن حقها في الحصانة القضائية عدة طلبات تعلن فيها رغبتها عن

---

[١] د. سراج حسين ، المرجع السابق, ص٤٢٣.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص٤٠٥.

[٣] مصطفى سالم عبد ، المرجع السابق ، ص٢٠٩.

[٤] ينظر المواد الخاصة بالدعوى الحادثة من المادة (٦٦. ٧٢) من قانون المرافعات العراقي النافذ تقابلها المادة ٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

[٥] ينظر حولية القانون الدولي لسنة ١٩٩١ مشار اليها لدى Charles .J. Lewis ,op ,cit,p.22

التنازل مجرد خضوعها لولاية المحاكم الوطنية للدولة الاخرى يعني قبولها جميع القرارات والاحكام التي تصدر من هذه المحكمة.

الخاتمة

بعد استكمالنا لدراسة موضوع الحصانة القضائية بوصفها قيد على الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والتوصيات ، والتي سنوردها على النحو الاتي :

اولا : الاستنتاجات :

١. تمثل الحصانة القضائية سلاح ذو حدين فهي امتيازاً للدولة المتمتعة بها ، ولكنها بالوقت ذاته تمثل قيداً على ولاية المحاكم الوطنية في دولة اخرى ، حيث قامت الحصانة القضائية على فكرة اساسها المجاملات الدولية والمعاملة بالمثل ارست مبادئها الاتفاقيات الدولية التي ترسخت في قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص .

٢ـ ان التكييف المناسب للدفع بالحصانة القضائية هو الدفع بعدم قبول الدعوى لصالح المتمتع بها كونه ممثلا عن دولته من الخضوع لولاية القضاء الوطني في دولة اخرى وذلك لصفاتهم الرسمية لا الشخصية .

٣ـ ان طبيعة العمل الذي تمارسه الدولة هو من يحدد الصفة العامة او الصفة الخاصة فيها والتي يتوقف عليها التمسك بالحصانة القضائية لمن يتمتع بها من الخضوع لولاية المحاكم الوطنية في الدول الاخرى .

٤. ان مسألة الاتفاق بين الدولة والطرف الاخر(الشخص العادي) على عدم خضوع الدولة اومن يمثلها لولاية القضاء الوطني امر سيثير ازمات اقتصادية وتجارية لا يحمد عقباها ،وذلك بسبب احجام المستثمرين والتجار واي شخص عادي من ابرام العقود الدولية مع الدولة كونها ستمثل الطرف الاقوى والمحصن بينما هو سيكون الطرف الضعيف في هذا العقد.

٥ـ ان التمسك بالدفع بالحصانة القضائية امام المحكمة الوطنية هو دفع موضوعي يمكن الدفع به في أي مرحلة كانت الدعوى عليها .

٦ـ لا يمكن التنازل عن الحصانة القضائية ممن لا يمتلك صفتها فرغم كون ممثلي الدول من الاشخاص المتمتعين بالحصانة القضائية الا انهم لا يملكون حق التنازل عنها الا بموافقة دولهم كونها هي من يحمل صفة الحصانة .

ثانياً: المقترحات:

١ـ نقترح تعريفا للحصانة القضائية بانها ((القيد المقرر لصالح الدول الاجنبية ورؤسائها وممثليها من دبلوماسيين والقنصليين بصفتهم الرسمية لا الشخصية من الخضوع لولاية القضاء الوطني عند قيام النزاع ، ولا يعني ذلك الاعفاء من المسؤولية المدنية المترتبة عليها ، وانما يعني انتقال الاختصاص من ولاية المحكمة الوطنية المختصة الى ولاية المحكمة الاجنبية التي ينتمي اليها المتمتع بالحصانة)).

٢. نقترح اضافة فقرة (د) الى المادة ١٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (النافذ) تنص على : ((يقاضى الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الاتية ... د ـ تقاضى الدول الاجنبية او من يمثلها اذا تعلق الامر

باحد الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة امام القضاء العراقي الا اذا كانت تقوم بعمل من اعمال السيادة بصفتها العامة)).

٣. نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون خاص بالتجارة الدولية يواكب التطورات التجارية العالمية يتناغم مع سياسة جذب الاستثمارات الاجنبية ينظم احكام التجارة الدولية تدخل الدول في تعاقدات استثمارية وتجارية مع الشركات التجارية والمستثمرين والتجار تدخل كطرف مساو لهم في المركز والقوة دون تمسكها بالحصانة القضائية وان كانت تمارس ذلك بصفنها العامة كونها تقوم باعمال خدمة الصالح العام الامر الذي سيؤدي الى خلق بيئة تجارية مستقرة ومريحة لجميع الاطراف .

٤- في ظل انضمام العراق الى اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة ٢٠٠٤ بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥ ، فنجد من الضروري انشاء محاكم دولية خاصة في العراق تختص بالفصل في الدعاوى المتعلقة بحصانة الدول الاجنبية ومن يمثلها حين يقوم النزاع بينها وبين الشخص العادي الامر الذي يضمن حقوق المتعاقدين ويكفل تحقيق العدالة بعيدا عن اجراءات التقاضي المعقدة والبطيئة في المحاكم الوطنية الاعتيادية .

المصادر والمراجع

اولا: المصادر والمراجع باللغة العربية:

١. الامام ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٣ ، دار بيروت ، ١٩٥٦ .
٢. د. احمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٠.
٣. د. احمد ماهر زغلول ، اصول وقواعد المرافعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١
٤. د. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق / جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥.
٥. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧.
٦. د. سامي بديع منصور ، د. عكاشة عبد العال ، قانون الدولي الخاص ، المكتبة القانونية ، بغداد .
٧. د. سهيل حسين ، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في العراق ، دراسة مقارنة ، مطبعة اسعد، بغداد ، ١٩٨٠ .
٨. القاضي عاطف فهد المغاريز ، الحصانة الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق ،ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ .
٩. د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، مكتبة السنهوري.
١٠. د. عبد الحكيم مصطفى، مشكلة الحصانة القضائية ،الحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر ، القاهرة ،١٩٩١.
١١. د. عبد رسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص مكتبة السنهوري ، بيروت ،٢٠١٨.
١٢. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، ج٢،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٧٧ .
١٣. د. عكاشة محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ٢٠١٠.
١٤. د. عنايت عبد الحميد ثابت ،مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
١٥. د.فؤاد عبد المنعم رياض، الحصانة القضائية للدولة ،بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، مج١٩، لسنة١٩٦٤

١٦.كمال بياع خلف ، الحصانة القضائية للمبعوثين الدبلوماسيين ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ .
١٧.مصطفى سالم ، الحصانة القضائية للدولة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، ٢٠١٢.
١٨.. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٠.
١٩.محمد هادي يونس النجداوي ،قانون جاستا البعد القانوني والبعد السياسي ،مجلة العلوم الاقتصادية والسياسية والقانونية،ع١،مج٢ ،٢٠١٨.
٢٠.د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٧.
٢١.ناصر عثمان محمد، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة اسيوط ،٢٠٠٦.
٢٢. د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٦.
٢٣.د. هشام علي صادق ، طبيعة الدفع بالحصانة ، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، ١٩٦٩.
٢٤. د. هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية،٢٠٠٧.
٢٥.د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠.
٢٦. د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ،٢٠١٦ .

أ- الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية حلف الشمال الاطلسي (الناتو)١٩٤٩.
٢- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية في عام ١٩٦١
٣- اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة ٢٠٠٤ .

ب . قرارات واحكام المحاكم

١. قرار محكمة التمييز رقم ١٦٤ / الهيئة الموسعة /٢٠٠٧ .
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٠٧٦ / الهيئة المدنية / ٢٠٢٤ في ٢٠٢٤/١/٣٠ (قرار غير منشور).
٣. مجموعة احكام النقض الصادرة من المكتب الفني س(٤٢)،ج١، القاهرة،١٩٩١.

ج- القوانين والتشريعات الوطنية

١. قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨
٢. قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٤. قانون المرافعات العراقي رقم ١٩٨٣ لسنة١٩٦٩
٥. قانون انضمام العراق الى اتفاقية الامم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥

ثانيا: المراجع باللغات الاجنبية:

1. Anthony Aust ,Hand book of international law ,Cambridge University press London 2008 P.164
2. Alaneed Mohammad Zaid, Diplomatic judicial immunity ,Jurisprudence Journal, VOL 11,July 2019.
3. Charles .J. Lewis ,state and Diplomatic Immunity ,3rd ,lioyds of London press,1990.

4. Gary B. Born ,International Civil Litigation in United States Courts 4th ed, Wolters Kluwer, New York ,2007.
5. Hazel Fox, The Law of state immunity,2ed ,Oxford University press ,London ,2008.
6. Hubert Bauer ,Competence Judiciaiere Internationales des Tribunaux Civils Francais ,These, 1965 ,Dalloz ,Paris.
7. Nina M. Bergmar, Demanding Accountability where Accountability is Due: A Functional Necessity Approach to diplomatic immunity under the Vienna convention , Vanderbilt Journal of Transnational Law ,VOL47:501
8. Pierre Armminjon ,Precis de Droit International Prive ,Vol.3 , Dalloz , Paris 1952.