The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

سلطة القاضي الناظر بالنزاع في تجريد اختصاص القضاء الوطني
(دراسة مقارنة)

سارة صادق ساجت ا. م.د. اياد مطشر صيهود
جامعة ذي قار - كلية القانون
Ssadq5716@gmail.com ayadmutshr@gmail.com

مستخلص البحث:

تتجسد سلطة القاضي في تجريد المحكمة الوطنية المختصة من اختصاصها القضائي الدولي لمصلحة محكمة أجنبية أخرى، وبصورة متفاوتة، أمّا أن يقوم القاضي بإحالة الدعوى بعد تمسك الافراد للدفع بالإحالة لقيام الدعوى ذاتها أمام المحكمة الاجنبية، أو تمسكهم بالاتفاق السالب للاختصاص، أو قد تقتصر سلطته على مدى قبول تنفيذ الحكم الاجنبي أو رفضه بعد تجريد الاختصاص بالخضوع الارادي، مع الاقتصار على تحديد دور القاضي الوطني في مواجهة الارادة السالبة للاختصاص.

قد توصلت الدراسة الى مجموعة من النتائج والمقترحات تمت الاشارة اليها في خاتمة البحث.

المقدمة:

التعريف بالموضوع:

لا يقل دور الارادة أهميةً في مسائل الاختصاص القضائي على دورها في تحديد القانون المختص، لتمنح القاضي المختص بذلك مكنة انهاء الاختصاص بشروط اختلف بشأنها الفقه والقضاء الدوليين، أو تبنيها من بعض القوانين المقارنة، مع اقتران تطبيقها بالضوابط المشار إليها في القانون المحلي.

مشكلة البحث :

تبرز مشكلة البحث في ان المشرع العراقي، لم يعالج مسائل الاختصاص القضائي الدولي فيما يتعلق بالاتفاق السالب للاختصاص والدفع بالإحالة ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية النافذ كما في شأن القانون الداخلي، وفي الوقت نفسه يتعارض الامر عند تبنيه - القاضي- استناداً لكونه من المبادئ الاكثر شيوعاً دولياً مع طبيعة مسائل الاختصاص النوعي والوظيفي للمحاكم الوطنية.

فرضية البحث :

تتجسد فرضية البحث في دعوة المشرع العراقي الى اعادة النظر في نصوص القانون المدني وقانون المرافعات المدنية لمنح الارادة دوراً مهماً في اختيار القضاء المختص بشكل يتناسب مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، مع ضرورة الاخذ بفكرة تخصص القضاء بطريق انشاء محكمة مختصة بنظر العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث المنهج التحليلي في طرح المادة العلمية من خلال تحليل موقف القانون العراقي- في كل من القانون المدني وقانون المرافعات المدنية-، مع المقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مع الاشارة الى بعض القوانين لغرض استيضاح بعض الجوانب المتعلقة بالموضوع.

خطة البحث :

للإحاطة بأبعاد الموضوع، فقد ارتأينا ان نتطرق الى أهم الحالات التي يكون فيها للقاضي سلطة سلب الاختصاص من القضاء المختص؛ لذا سنتناول ذلك في مبحثين، الاول لبيان سلطة القاضي في مسائل الاتفاق السالب للاختصاص القضائي، اما المبحث الآخر سيكون لسلطته- القاضي- في موضوع الدفع للإحالة لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية.

المبحث الأول

الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي

تكمن سلطة القاضي بدعم إرادة الافراد لتجريد اختصاص قضائه الوطني متوقفاً دوره على تقدير قوة هذه الارادة المتمثلة بالاتفاق السالب للاختصاص، ومعرفة الظروف والملابسات التي تدفع به الى مساندتهم بعدما أصبح للإرادة أثراً واضحاً في مسائل تنازع الاختصاص القضائي الدولي[1]، وحسب الآتي:

المطلب الاول

التعريف بالاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي

تفتقد مسائل الاتفاق السالب للاختصاص التنظيم الخاص بها والذي يتضمن معالجتها بشكل واضح؛ فأضحت المسألة محل تردد أو خلاف فقهي وقضائي لمدى قبول هذه الفكرة من عدمها؛ لذا سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد ماهية الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي، وأساس الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الوطني، وحسب التفصيل الآتي بيانه.

أولاً- ماهية الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي:

يقصد به قبول المدعي أو المدعى عليه صراحة أو ضمناً في دعوى ما قضاء محكمة أجنبية غير مختصة بنظر النزاع به في الاصل، ويظهر الاتفاق بصورتين أمّا بشكل صريح كما لو اتفق المتعاقدان على أن تكون المحاكم العراقية مثلاً مختصة للفصل في النزاع المحتمل في علاقاتهم القانونية، أو الخضوع الضمني لحل المنازعات[2].

يتحقق القبول الصريح للاتفاق بصورة سابقة على نشوء النزاع فيتم من خلال ادراج شرط ينعقد بمقتضاه الاختصاص بالمنازعات الناشئة عن هذا الالتزام، وهو الصورة الغالبة للاتفاق إذ تتضمن العقود الدولية شرطين أحدهما يحدد القانون واجب التطبيق، والآخر لتحديد المحكمة المختصة؛ لان مقتضيات التعامل الدولي تفرض تجنب ترك مسألة مهمة وهي تحديد النظام القانوني المختص بنظر هذه المنازعات، أو يرد بشكل اتفاق مستقل عن العقد الاصلي، أو يكون بصورة لاحقة على نشوء النزاع، والذي يتخذ صورة اتفاق مستقل بوجود وثيقة تثبت رغبة الطرفين في اللجوء لقضاء تلك الدولة[3].

من الجدير بالذكر ان الشرط يُعد مستقلاً عن الاتفاق المبرم، ومن شأنه الاستمرار أو النفاذ في حال لو كان العقد أو التصرف باطلاً - سواء ورد ضمن العقد أو مستقلاً عنه-؛ ذلك قياساً على استقلال شرط التحكيم في التحكيم التجاري الدولي ويترتب على استقلاليته أن يخرج الشرط من صلاحية القاضي الوطني، ليصبح من اختصاص المحكمة المتفق عليها للبت في صحة الشرط من عدمه، ليتسنى للقاضي الوطني الحكم بتخليه عن الاختصاص، وقد يكون القانون المتفق عليه لا يقر بطلان العقد حتى تتمكن المحكمة المتفق على ولايتها من الفصل في النزاع[4].

امّا القبول الضمني فيُستخلص من حضور المدعى عليه امام المحكمة الاجنبية، وعدم تمسكه بالدفع لعدم الاختصاص، ومن الصعوبة تصور القبول الضمني للمدعي؛ لأن من الاستحالة تصور مثوله أمام المحاكم الاجنبية بدون نشاط صريح وايجابي صادراً منه[5].

من خلال ذلك يتضح ان الخضوع الارادي يتميز بكونه ضابطاً شخصياً؛ لأنه جعل من تحديد الاختصاص مبنياً على ارادة الخصوم الصريحة والضمنية دون أن يتعلق بنوع المنازعة؛ كما انه ضابطٌ قانونيٌ؛ لأنه يعد من الاعمال القانونية التي يحددها المشرع ويرتب عليها الآثار، وليس واقعة مادية كمحل نشوء الالتزام أو تنفيذه[6].

ثانياً- أساس الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الوطني:

ينتج عن اختيار الخصوم محكمة دولة ما للنظر في الدعوى أثراً مهماً يتمثل بانتزاع السلطة من المحكمة المختصة، وعدم معالجة الاثر السالب بنصوص صريحة وكافية في أغلب التشريعات ومنها القانون العراقي، اذ لم ينظم هذا الموضوع، فقط ما أشارت اليه الفقرتين(هـ - و) من المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم (28) لسنة 1931، والتي جاء فيها ما يلي:

((تعتبر المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق أحد الشروط الاتية: هـ - كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه))، ولم يتطرق قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، الى اختصاص المحاكم العراقية في مسائل الخضوع الارادي سواء كانت سالبة أو جالبة لاختصاصها الوطني بشكلٍ صريح، بخلاف أغلب التشريعات العربية التي أجازت الاتفاق اذا كان مانحاً للاختصاص القضائي الوطني، ومنها قانون المرافعات المدنية المصري النافذ رقم (13) لسنة 1968، وقانون اصول المحاكمات الاردني رقم (24) لسنة 1988[7].

لذا كان الضابط نتاجاً فقهياً وقضائياً دوليين؛ فظهر اتجاهان في تحديد امكانية العمل بهذا الضابط من عدمه.

ذهب الاتجاه الاول الى عدم الاعتراف بالاتفاق السالب للاختصاص تمسكاً بفكرة العدالة واناطة تحقيقها بيد الدولة؛ كونها حدى الوظائف التي تُباشَّر من احدى سلطاتها متمثلةً بالمحاكم، فضلاً على ان هدف القضاء تحقيق المصلحة العامة، وعدم تقييدها بمصلحة الافراد فقط، ومن غير المتصور جعل عمل السلطة القضائية متوقفاً على ارادة الافراد، وسلب ارادة الدولة في رسم حدود ولاية السلطة القضائية؛ لأن الاساس المتبع في رسم حدود الاختصاص الوطني قائم على فكرة أحادية تنفرد الدولة بها بذاتها، وبالقدر التي تراه لازماً لتحقيق العدالة، وتقدر أنه لا يمكن أن تحل محاكم دول أخرى محلها في أداء هذه المهمة[8].

كما يرى هذا الجانب ان اجازة المشرع مد حالات الاختصاص القضائي الوطني بواسطة الارادة اذا كانت جالبة للاختصاص، ومنعها اذا مَثّلت سلباً للاختصاص القضائي؛ يرجع الى غاية المشرع في زيادة حالات الاختصاص القضائي الوطني، ورفض الانتقاص منها، وفي الوقت نفسه يتوافق مع ارادة الدولة لارتباط مسائل الاختصاص بالسيادة الاقليمية للدولة[9]، فضلاً عن تعلق قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظام العام؛ لذا لا يتم الاعتداد بهذه الارادة اذا ترتب عليها سلباً للاختصاص المحلي[10]، تفادياً في اضعاف أو هدم مشاركة الاختصاص القضائي للإقليم الوطني على مستوى التنظيم الدولي[11].

بينما ذهب اتجاه آخر الى جواز الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الوطني تحقيقاً لإرادة الافراد واستجابة لرغبتهم، والذي يُعبر فيه عن مقتضيات التعاون الدولي من ناحية، واعمالاً للاحترام المتطلب لإرادتهم، والذي تدعو اليه المصلحة المشروعة من ناحية أخرى[12]، مع ضرورة الابتعاد عن التعصب والتطرف للاختصاص الوطني باعتباره الاقدر على تحقيق العدالة، وحاجة التجارة الدولية، وخاصة مع انتشار التحكيم التجاري الدولي[13]، وان اقتصار الاعتراف على الاثر الجالب دون الاثر السالب للاختصاص أمر يحمل في طياته نزعة وطنية أنانية هدفها توسع حالات الاختصاص للمحاكم الوطنية، اذ بات الامر لا ينسجم مع أسس وطبيعة القانون الدولي الخاص بوصفه القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية، ويضاف الى ذلك ان رفض الاتفاق يتضمن خطر تجريد الاحكام التي تصدرها الدول من أي أثر لها في الدول الاخرى بالنظر لكونها أحكام مخالفة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في تلك الدول [14].

نحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني؛ لأسباب منها: **أولاً-** لطبيعة قواعد الاختصاص المكاني، فلم تجعل القوانين قواعد الاختصاص المكاني بصورة رئيسة من النظام العام على غرار الاختصاصين الوظيفي والنوعي[15]، بالتالي في ظل هذه القاعدة العامة فأنه لا يوجد ما يمنع أطراف النزاع من الاتفاق على نقل الاختصاص من المحكمة المختصة عادةَ الى محكمة أخرى مختصة أيضاً نوعياً ووظيفياً، مالم يوجد نص صريح يقضي بخلاف ذلك كما هو الحال عليه في الدعوى المتعلقة بعقار مع مراعاة القيود الواردة على حرية الارادة، والمتمثلة بعدم مخالفة نصوص القانون الآمرة والنظام العام والآداب العامة.

كما ظهر ذلك في احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، والذي جاء فيه: ((إن المتعاقدين انصرفت ارادتهما أن تكون محاكم عمان هي المختصة في نظر النزاع، وبذلك فأن اقامة الدعوى في المحاكم العراقية لا سند له في القانون، وأن ما جاء في المادة (15) من القانون المدني يكون عندما لم يذكر في العقد المحكمة المختصة في نظر الدعوى))[16].

لذا فمن الملاحظ على قرار محكمة التمييز انها جعلت من مسألة اختيار المحكمة بواسطة الافراد قياساً على موضوع اختيار المتعاقدين القانون واجب التطبيق على العقد، وحسب ما نصت عليها المادة (25/ف1) من القانون المدني عراقي[17]، وكذلك وصفت المادة (15) على انها من النصوص المكملة أو المفسرة؛ كونها عدّت تطبيق الحالة المنصوص عليها في المادة استثناءَ يرد في حال انتفاء وجود الاتفاق، بذلك فقواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست من النظام العام، فيكون للأفراد الحق في الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد[18].

ثانياً: من خلال قياس الاتفاق السالب على موضوع التحكيم، إذ تجيز النصوص القانونية لأطراف المنازعة الاتفاق ابتداءاً أو لاحقاً على اعتماد التحكيم لحل النزاع، وفي ظل التحكيم نجد ان الجهة المخولة لحل النزاع امّا أن تكون فرداً أو هيأة، ولا تضع القوانين فيها الكثير من الشروط، بل تكتفِ بالشروط المسلم بها من الاهلية، والحياد، والخبرة[19]، في حين نجد ان الاتفاق السالب لن يُخرج النزاع من ولاية القضاء، بل ينحصر في نقله من محكمة الى محكمة أخرى غالباً ما تكون الاخيرة هي الاكثر يسراً على أطراف المنازعة لقربها من الحيز المكاني لأطراف النزاع (كما في محل الاقامة للشخص الطبيعي، مركز الادارة الرئيس للشخص المعنوي).

يتضح مما تقدم ان الاتفاق السالب أقل وطاءة من الاتفاق على التحكيم من حيث الجهة التي يتم الاتفاق عليها لحل النزاع، وبالنظر لتصريح القوانين بجواز لجوء الاطراف للتحكيم[20]، وهو الاكثر خطورة من حيث سلب الاختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني، فأنه ومن باب أولى السماح لأطراف المنازعات الاتفاق على حل النزاع لمحكمة مختصة اختصاصاً نوعياً بدلاً من المحكمة المختصة عادةً في حسم النزاع.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي

على الرغم من وجود عدة مبررات تدعم سلطة القاضي الوطني في تبني فكرة الاتفاق السالب، يبقى عمله محاطاً بضوابط يصعب بدونها تجريد الاختصاص من القضاء المحلي، وحسب الحالة التي يتجسد بها سلب الاختصاص، هذا ما نحاول الوقوف عليه من خلال المطلب وفق الآتي:

أولاً- مبررات تبني الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي:

ان هنالك أسباب موضوعية، واخرى تنظيمية تكمن وراء تبني الاتفاق السالب للاختصاص، والعمل بموجبه في القضاء العراقي، وحسب الآتي:

1. ان طبيعة الاختصاص القضائي ذاتها تكون سبباً لقبول الاختصاص الارادي؛ لأن انفراد كل دولة بتنظيمها القضائي ينتج عنه الاشتراك والاختصاص مع قضاء دولة أجنبية أُخرى، مما يفرض على القضاء العراقي الاعتراف بها، كما لو حصل نزاع بين عراقي واجنبي في مصر، وخضع المصري الى قضائه الوطني استناداً لضابط الجنسية دون أن يقوم المدعى عليه -أي العراقي- بالدفع بعدم اختصاص المحكمة، بذلك يُعد سلباً للاختصاص الوطني، تم التعبير عنه بشكلٍ ضمني.

2. أصبح الاتفاق السالب من المبادئ الشائعة التي تُعمل به أغلب دول العالم[21]، لاسيما بعد قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 2014[22]، وان سلطة القاضي الواسعة الممنوحة له في ظل هذا القانون، والتي تصل به الى سلطة الاجتهاد لغرض الوصول الى أحكام عادلة تأخذ بنظر الاعتبار مصالح المتقاضين على المستوى الدولي؛ وعدم التقيد بالنصوص المحددة؛ مع كون القانون العراقي يفتقر لنصوص كافية لمعالجة مسائل القانون الدولي الخاص[23].

3. توجه القضاء العراقي حديثاً في بعض قراراته الى قبول مسألة الاتفاق السالب للاختصاص، وعلى وجه الخصوص في منازعات الاستثمار كما في قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، اذ جاء فيه:

((غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان محكمة البداءة المميز قرارها لم تلاحظ بأن العقد المبرم بين الطرفين قد نصت الفقرة (20) منه، والتي تحمل عنوان (حل النزاعات والقانون النافذ)، على ان هذا العقد يخضع الى قوانين غرفة التجارة الدولية في لندن، وان أي نزاع ينشأ عن هذا العقد يجب أن يتم تقديمه الى محكمة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية، ويجب أن يتم حله بموجب قواعد التحكيم في محكمة التحكيم الدولية)) [24].

ثانياً- حدود سلطة القاضي في الاتفاق السالب للاختصاص القضائي الدولي:

لتحديد أثر الصفة الاجنبية على القاضي الوطني في التقييد أو الحد من سلطته بطريق مثول الافراد أمام المحاكم الاجنبية للنظر في قضاياهم يقتضي منا تحديد صوره، والمتمثلة بحالتين وحسب الآتي:

الحالة الاولى: تتحقق بمثول الاطراف أمام المحاكم الاجنبية بالاتفاق وبدون اقامة دعوى أخرى امام القضاء الوطني، أو بتقديم طعن من أحد الاطراف بعدم اختصاص المحكمة كحجة لعدم القيام بتنفيذ الاجنبي، اذ لا يواجه الاتفاق القاضي مباشرة، ولا يتوقف الامر على موافقة القاضي أو رفضه، ما يجعل قبول ارادة الاطراف في سلب الاختصاص الوطني مرهوناً بالشروط الواجب توافرها في تنفيذ الحكم الاجنبي الا اذا تم تنفيذه بوساطة المحاكم الاجنبية، فالقاضي لا يخير بين المحكمتين الوطنية والاجنبية، وان تحقق القاضي من شرط الرابطة الجدية الذي يفترض وجوده لسلب الاختصاص القضائي، يتحقق هنا بفكرة اختصاص المحكمة المتفق على ولايتها اختصاصاً دولياً؛ أما اختصاصها الداخلي فيحدد بدولة المحكمة التي اصدرت الحكم، مع فرض المرونة في تعامل القاضي للبحث في وجود هذه الصلة؛ كون تصديه بعدم توافرها قد يُشكل انكاراً للعدالة، لأن من شأنه أن يفوت على الخصوم فرصة اللجوء لمحكمة أخرى[25].

ويبحث القاضي في الشروط الاخرى اللازمة لتنفيذ الحكم الاجنبي، والمتمثلة بعدم مخالفة الاتفاق للنظام العام، ويتحقق ذلك المفهوم بصورتين، الاولى تتعلق بمراعاة الاجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم الاجنبي، والاخرى بعدم مخالفته لأسس ومبادئ دولة التنفيذ[26].

ففي **الصورة الاولى** يلتزم القاضي بعدم السماح بقبول تنفيذ الحكم الاجنبي الا بعد التأكد من استيفائه الاجراءات اللازمة لصدور الحكم، مثلا مراعاة حقوق الدفاع للخصم، واجراءات التبليغ والحضور، وما يتعلق بأدلة الاثبات اذا كان القانون الاجنبي واجب التطبيق على هذه المسائل[27]، امّا **الصورة الاخرى** فاشتراط عدم مخالفة الحكم للأسس التي يقوم عليها المجتمع وقت تنفيذ الحكم؛ لكن بصورة أقل وطأة في التعامل مع هذا الضابط في حال تعارضه مع تطبيق القانون موضوعياً على العلاقة محل النزاع، وذلك مراعاةً لفكرة نشوء الحق خارج البلد التزاماً بفكرة الاثر الملطف لمفهوم النظام العام للاعتراف بآثار الحكم الناشئ خارج العراق؛ لأن العبرة بعدم المخالفة تكمن في وقت طلب اجراءات التنفيذ لا وقت اصدار الحكم، واعتمدت هذا الشرط أغلب التشريعات العربية[28].

امّا **الحالة الثانية** يتمثل الاتفاق السالب للاختصاص ذاته في مواجهة القاضي الوطني، كما لو قام الاطراف برفع دعواهم أمام القضاء المختص استناداً لأحدى ضوابط الاختصاص، متجاهلين بذلك وجود الاتفاق المبرم بينهما، فيقوم القاضي بالكشف عن وجود الاتفاق في العقد، والبحث في الشروط اللازمة

للتخلي عن الاختصاص[29]، أو تقام الدعوى من أحد الاطراف، ويدفع الآخر أمام القاضي الوطني بالاتفاق المبرم بينهما بالخضوع لولاية القضاء المختار، وبذلك تتمثل سلطة القاضي بقبول هذا الدفع من عدمه بتوافر الرابطة الجدية، ويكون ذلك نظيراً لموضوع الدفع بالإحالة؛ لأن قيام القاضي بقبول الدفع يُعد تعبيراً حقيقياً لتخليه عن اختصاص قضائه الوطني، ومنحه لاختصاص محكمة أجنبية[30].

لذا يُفرض على القاضي الوطني لقبول فكرة الاتفاق السالب للاختصاص وجود صلة جدية تربط بين المحكمة المختارة والعلاقة المنشئة للنزاع؛ لكن بصعوبة تفرض على القاضي لانعدام الضابط المحدد لوجود هذه الرابطة من جانب، فهو يكون امّا على أساس شخصي كما في ضابط الجنسية والموطن، أو موضوعي بأن يكون المال المتنازع عليه أو جزءاً منه موجوداً على أراضي المحكمة المتفق على اختصاصها وتجنب الحاق الضرر بمصلحة الخصوم من جانب آخر[31].

وإن كان قبول مسألة الاتفاق السالب للاختصاص قائماً على فكرة تنفيذ ارادة الافراد، وتحقيق أسس التعاون الدولي[32]؛ لكن الفقه التقليدي تبنى شرط الرابطة الجدية لسلب الاختصاص؛ وذلك تجنباً لحصول الغش أو التحايل على قواعد الاختصاص الوطني التي تُعبر عن السيادة الاقليمية للقانون الوطني[33]، ولكي لا يؤدي الامر الى انصياع القضاء الى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة في تنظيم اختصاص محاكمها[34]؛ لذلك رفض الفقه الفرنسي الاتفاق السالب للاختصاص في مسائل الاحوال الشخصية خشيةً من لجوء الخصوم الى محاكم أجنبية يعلمون انها ستحكم على النحو الذي يحقق مصالحهم[35]، ولغرض ضمان فعالية الاحكام الصادرة من المحاكم الاجنبية خوفاً من أن يهدر القضاء وقته في حل النزاع، ويواجه بعدم الاعتراف به في الخارج، وان قبول المحاكم الاجنبية الاختصاص بدون شرط الرابطة الجدية بين العلاقة محل النزاع واقليمها يؤدي الى تضارب الاحكام وحصول تنازع ايجابي في الاختصاص[36].

فيكون دور القاضي لقبول الاتفاق ضمن هذا التوجه مقروناً بالبحث عن تحقق الرابطة الجدية، والذي يكون من شأنه أن يوسع هذا الشرط من نطاق سلطته؛ كون تقدير الارتباط مسألة موضوعية، وتختلف من دعوى لأخرى فضلاً عن صعوبة تقدير وجود الرابطة؛ لأن هذه الشروط قرائن على مدى قدرة المحكمة الاجنبية للفصل في النزاع، مما يؤدي الى أحقية القاضي رفض الاتفاق السالب للاختصاص في حال تخلف هذا الشرط.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه بأن لا مانع من لجوء الاطراف الى محكمة محايدة مادامت هنالك مصلحة مشروعة لأطراف النزاع في اختيار المحكمة الاجنبية، تمسكاً بفكرة انعدام الضابط المحدد لتحديد الرابطة الجدية، مع تعارض فكرة الرابطة الجدية ومقتضيات التجارة الدولية التي تتطلب التعامل مع قضاء الدولة الذي يشتهر بسرعة الفصل في القضايا، وبتيسير اجراءات التقاضي لاسيما في التعاملات الالكترونية التي ينعدم فيها ضابط الموطن أو محل الاقامة[37]، ما يجعل سلطة القاضي ضمن هذا التوجه مقتصرة على قبول فكرة الاتفاق الارادي لمجرد قبول الخصوم لولاية محكمة دولة معينة بما من شأنه أن يبرر لديهم مصلحة مشروعة في ذلك الا اذا تم اختيار محكمة بعيدة تماماً عن النزاع، فأنهم يقصدون بذلك تحقيق مصالح غير مشروعة مثل الغش نحو الاختصاص، أو لغرض التهرب من الاحكام الآمرة المرتبطة بالنزاع[38].

في حين ذهب اتجاه ثالث بخلاف الاتجاهات المتقدمة، بعدم اشتراط الرابطة الجدية والمصلحة المشروعة، فهو لا يعلق اختيار الاطراف على وجود هذه الصلة، كونهم أشاروا الى إحلال مفهوم الصلة الدولية محل الصلة الوطنية؛ لأنه قد يصعب أحياناً وجود هذه الرابطة بين النزاع واقليم الدولة كما في نطاق المعاملات الالكترونية[39]، أو قد يؤدي بالقاضي في حال عدم اقتناعه بتوافر الرابطة الجدية أن يحكم ببطلان الاتفاق المانح للاختصاص، ويشكل بذلك اعتداءَ على اختصاص المحاكم الاجنبية التي نظم فيها شرط الاتفاق، ودعم هذا الجانب التوجيه الاوربي الخاص بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (44) لعام 2001، فهو يعترف للإرادة في مجال اختيار المحكمة التي يراها الافراد ملائمة لحسم النزاع، بتفسير الاتفاق على سلب الاختصاص بكونه ضابطاً شخصياً يقوم على مبدأ سلطان الارادة، بعدما تم النظر الى محاكم دول العالم على انها تنتمي الى بيئة كونية واحدة، ولا فرق بين محاكم دولة وأخرى، ويجوز للأفراد اختيار المحاكم التي يرونها تناسب مصالحهم الخاصة دون فرض الشروط المتعلقة بالارتباط [40]، وبذلك يتوقف دور القاضي لقبول الاتفاق السالب للاختصاص بمجرد التحقق من وجود اتفاق بين الافراد على المثول امام المحكمة الاجنبية، ودون البحث في أي شرط آخر.

لكننا نرى إن القاضي العراقي قد لا يتخلى عن شرط الرابطة الجدية؛ وان كانت لديه سلطة تمكنه من تبني هذا المبدأ- الاتفاق السالب للاختصاص-، أو تمسكه بفكرة المصلحة المشروعة بدلاً منها؛ كون الاخيرة - المصلحة- لا تستند الى ضابط محدد، وصعوبة التحقق من وجود الغش في الاختصاص القضائي؛ لأنه لا يمكن التيقن من وجوده أحياناً الا بعد صدور الحكم القضائي، لذلك تكون المسألة خاضعة لتقدير القاضي؛ مع كون شرط الرابطة الجدية -قد- يمثل تعبيراً عن عدم ارتباط النزاع بالإقليم العراقي على الرغم من صلاحية المحكمة للنظر في النزاع، لأنه أحياناً يجد نفسه مضطراً لقبول الاتفاق وبدون وجود هذه الصلة، كما في مسائل التحكيم، والتي تسلب اختصاص القضاء الوطني، وبدون اشتراط رابطة بين العلاقة المنشئة للنزاع ومحل هيأة التحكيم، أو خضوعه لقانون العقد النموذجي.

أحياناً أخرى يقوم القاضي برفض الاتفاق مع وجود الرابطة؛ لأن وجود الصلة لم يُعد سبباً مقنعاً بذاته لمنح الاختصاص لقضاء المحكمة الاجنبية؛ لذا يلتزم القاضي برفض الاتفاق إذا ترتب عليه سلب الاختصاص اضراراً بمصلحة أحد الطرفين وعدم تحقيق العدالة، كما في اختيار قانون المحكمة الذي يتسبب بضرر المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد بدلاً من الخضوع لمحل اقامته[41].

ان قبول مسائل الاتفاق السالب للاختصاص استناداً الى كونه مبدءاً دولياً يجعل من حرية الافراد في سلب الاختصاص - وفي كلتا صورتيه- مقتصراً على المسائل التي تقبل ضابط الاختصاص المشترك، ولا يجوز قبوله في الحالات الاخرى؛ لأنه يشترط فيه بالمقابل اختصاص المحكمة الاجنبية الناظرة في النزاع دولياً وداخلياً في قبول تنفيذ الحكم الاجنبي[42]، باستثناء موضوعات التحكيم، فلا يُعد مانعاً من تنفيذ قرارات التحكيم الدولية التي يرتبط معها العراق باتفاقية دولية، وبدون اشتراط فكرة الرابطة الجدية، كما في اتفاقية الرياض العربية، اذ أقرت الاعتراف بقرارات التحكيم، ولا يجوز للهيأة القضائية المختصة البحث في قرار التحكيم أو رفضه باستثناء الحالات التي حددتها المادة (37) من الاتفاقية أعلاه[43].

جدير بالذكر ان من الممكن قبول القضاء الوطني فكرة سلب الاختصاص في المسائل المشتركة مع انتفاء النص الذي يحدد بموجبه الاختصاص للمحاكم الاجنبية[44]؛ كون القاضي يخضع بالأصل لأوامر مشرعه، ولا يُعتد بضوابط الاختصاص الواردة في القانون الاجنبي، وهذا ما يدفع بالوطني للمثول امام المحاكم الاجنبية في حال توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص للقضاء الاجنبي، ثم الاحتجاج بتنفيذ الحكم أمام القضاء الوطني ما دام النزاع ضمن اختصاص دولة اصداره.

لذا تُمثل العقود الدولية المجال الرحب لتطبيق موضوعات الاتفاق السالب للاختصاص، لخضوعها للتحكيم من جانب، أو ان الاتفاق بطبيعته يمكن أن يخضع لأكثر من ضابط في الوقت نفسه، فيكون مبرراً لشرط الرابط الجدية من جانب آخر، كأن يكون القانون المختار ذاته القانون المتفق عليه لتطبيقه على العقد موضوعياً[45]، ولا مانع أن يشمل الاتفاق مسائل الاحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وميراث وغيرها؛ لأن في الغالب أن أثر الاعتراف يتوقف على قبول تنفيذ الحكم الاجنبي، ولا يمتد دور القاضي الوطني للبحث في موضوع الدعوى مقتصراً في ذلك على التحقق من عدم مخالفته النظام العام وقت تنفيذ الحكم؛ لأنه الوقت المعول عليه لقبول الحكم تمسكاً بفكرة الاثر الملطف للنظام العام، مع انها لا تقتصر على مسائل الاحوال الشخصية بل جواز انعقاد الاختصاص للمحاكم الاجنبية في الدعاوى المتعلقة بالالتزامات الشخصية الناشئة عن حقوق مدنية أو تجارية؛ لأنها تعد من الاختصاصات الجوازية والمشتركة بين الدول؛ لكن دون أن تمتد هذه السلطة لسلب الاختصاص في المسائل التي ترتكز على فكرة الارتباط بالإقليم الوطني كما في دعاوى العقار والمنقول[46].

لكن الصعوبات التي تواجه القاضي العراقي في تبني هذه المسائل وتطبيقها تُعزى الى عدة أسباب منها ما يتعلق بالجانب التشريعي، وأخرى ترتبط بالجانب التنظيمي؛ كونه قاضٍ غير مختص[47]، فأن التعامل في موضوعات العلاقات الخاصة الدولية يلزمه الترابط لغرض تحقيق الانسجام بين أحكامه، لذا يفترض من المشرع العراقي ايراد النصوص لمعالجة هذه المسائل وبشكل صريح بتبني ضابط الخضوع الارادي، وبوجهتيه السالبة والجالبة للاختصاص القضائي[48]، مع ضرورة تبني فكرة تخصص القاضي الناظر في العلاقات الخاصة الدولية بطريق انشاء محكمة مختصة للنظر في هذا النوع من الدعاوى.

المبحث الثاني
الاحالة لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية

للترابط بين المعايير المتبعة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، واستقلال كل دولة بأسس تفرضها حسب ما تقتضيها سيادتها ومصالحها، ما يؤدي الى التداخل بين اختصاصات الدول، الامر الذي يُفضي الى ضرورة تخلي احدى المحاكم عن النظر في الدعوى لغرض حسم النزاع، وللإحاطة بتفصيل الموضوع ندرج التفرعات الآتية:

المطلب الاول
مفهوم الاحالة لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية

تتجرد سلطة القاضي الوطني من النظر في الدعوى الماثلة أمامه نتيجة لدفع الافراد بإقامة الدعوى ذاتها أمام محكمة أجنبية قادرة على الفصل في النزاع[49]، لذا نحاول تحديد مفهوم الاحالة، ومدى امكانية قبول المسألة على المستوى الفقهي، وفق الآتي بيانه:

أولاً- معنى الاحالة:

يقصد بها منع المحكمة المثار أمامها الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها الى محكمة أجنبية أخرى مرفوع اليها ذات النزاع[50]، وينشأ الدفع بتخلي المحكمة عن اختصاصها نتيجة لقيام الدعوى أمام محكمتين؛ وذلك امّا بسبب تعدد المدعى عليهم، أو في حال اتفاق الاطراف على موطن مختار لتنفيذ العقد، فترفع دعوى في محكمة المحل المختار، واخرى أمام المحكمة المختصة حسب الاختصاص لعدم رضا أحد الاطراف تجاه المحكمة في تحقيق العدالة للقضية المرفوعة أمامها، أو يتوفى المدعي اثناء سيرها فيرفعها ورثته أمام محكمة اخرى لجهلهم بقيام النزاع أمام المحكمة الاولى[51]، وبهذه الاسباب وغيرها، يُدْفَعْ بالقاضي للتخلي عن اختصاص محكمته اذا وجد ان المحكمة الاخرى لها امكانية الفصل في النزاع بشكل يحقق الملاءمة والعدالة بصورة أفضل من المحكمة الوطنية المختصة.

تعمل الاحالة على تحقيق عدة نتائج مهمة منها، توفير الوقت والنفقات بالنسبة للمتقاضين والقائمين على أداء مرفق العدالة، وتؤدي أيضاً الى صدور أحكام مضمونة التنفيذ على المستوى الدولي، أي ان الحكم متمتعٌ بقوة النفاذ ما دام ان المحكمة التي أصدرته هي الاقدر على حسم النزاع[52].

ثانياً- مدى امكانية احالة الاختصاص القضائي الدولي:

ان القانون العراقي لم يعالج مسألة الدفع بالإحالة ضمن ضوابط الاختصاص القضائي سواء كانت لصالح القضاء الوطني أو الاجنبي، فقط فيما يتعلق بالقانون الداخلي[53]، وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات العربية، ومن الصعوبة العمل بالقياس على قواعد الاختصاص الداخلي؛ كونها نصوص متعلقة بالشأن المحلي، ولا يوجد فيها مراعاة لوجود العنصر الاجنبي في العلاقة، وان التعامل بها يؤدي الى انكار الطابع الدولي الذي يفترض التعاون المشترك بين الانظمة القانونية، وتتصادم مع فكرة الاختصاص الوظيفي والنوعي اللذان يعدان من النظام العام[54]، مما يصعب على القاضي تجريد سلطة محاكمه الوطنية.

كما إن توجه القضاء العراقي ماضٍ برفض مسألة الاحالة، وان كانت مانحة للاختصاص للقضائي الوطني، تؤكد بذلك محكمة تمييز العراق بالقول: (الاحالة بسبب الاختصاص تجري بين المحاكم العراقية فقط، ويجب رد الدعوى اذا كانت من اختصاص محكمة أجنبية)[55].

كذلك فأن مسألة الاحالة لم تحظَ بقبول جانبٍ من الفقه، وهو موقف الفقه التقليدي في فرنسا ومصر رفضاً للأخذ بها، واستندوا في رفضهم الى عدة حجج منها:

ان الدفع بالتخلي عن الاختصاص يُشكل مساساً بسيادة الدولة المطلوب منها احالة النزاع الى محاكم الدول الاخرى، هذا ما يتوافق مع نظرة الفقه آنذاك الذي اتخذ السيادة أساساً للقانون الدولي الخاص، وان التنازع في هذا القانون ما هو الا تنازع بين سيادات الدول سواء تعلق الامر بالاختصاص التشريعي أو القضائي، كما لا يخشى من تعارض الاحكام؛ كون الحكم الصادر في دولة ما لا يجوز تنفيذه الا بعد توافر شروط تنفيذ الحكم الاجنبي، ومنها عدم تعارضه مع حكم وطني صدر في نفس النزاع، وعدم وجود سلطة عليا تتولى ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة بخلاف الاختصاص الداخلي، اضافة الى ان المحاكم الوطنية هي الاقدر على تحقيق العدالة، فضلاً عن الخشية من عدم توافر الضمانات اللازمة لصحة الاحكام الاجنبية من الناحية الاجرائية[56]، لأن النظرة للعدالة كانت تقوم على فكرة ان القضاء الوطني يملك العدالة المثلى التي لا يملكها قضاء دولة أخرى من حياد ونزاهة، وان نظرة عدم الثقة والشك انصرفت الى كافة الصور التي يمكن أن تترجم فيها العدالة سواء في صورة أحكام أو اجراءات فقط [57].

بينما ذهب اتجاه فقهي آخر الى تبني فكرة التخلي عن الاختصاص للدفع بالإحالة، ويستند لدعم رأيهم الى عدة مبررات منها: انسجام هذه المسألة مع الصياغة القانونية للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي؛ لأنها تقوم على ضوابط مشتركة لتحديد الاختصاص، وهذا الامر تفرضه مقتضيات النظام العام تجنباً لحصول التعارض في الاحكام؛ لذلك تُعد وسيلةً لمواجهة التنازع الايجابي بين قواعد الاختصاص الوطني والاجنبي[58]، مع ان ثبوت الاختصاص للمحكمة لا يمكن عده قرينة بأن المحكمة ستصل الى تبني حكم مناسب أو محققاً للعدالة [59]، فضلاً عن التخلص من حالات الغش نحو الاختصاص لإلحاق الضرر بالمدعى عليه، كما لو اقام المدعي دعوى امام المحكمة الوطنية بعد ما أتضح له بأن الحكم الذي يصدر من المحاكم الاجنبية لم يكُ بصالحه، فقبول التخلي ردعاً للمدعي سيء النية، أو قد يترتب بالمقابل اعطاء المحاكم الوطنية فرصة في اصدار أحكام عديمة القيمة أو غير مكفولة النفاذ[60].

فضلاً عن انتقاد ما استند إليه الاتجاه التقليدي -أعلاه- من حجج، ومنها: وصفهم لمسألة التخلي بأنها تُشكل مساساً بسيادة الدولة؛ لكن غايتها تحقيق مصالح الافراد، ومد سبل التعاون بين الدول تحقيقاً لفاعلية وضمان تنفيذ الحكم الاجنبي، وان التمسك بفكرة السيادة بها بعث من الاجداث لفكرة عتيقة باتت مهجورة في عالم القانون الدولي الخاص، وانها تضم نوعاً من الذاتية الاقليمية والانانية الوطنية[61]، ومسألة تعارض الاحكام على المستوى الدولي تظهر بشكل أوسع من الاختصاص الداخلي، وخاصة بعد تعقد وتشابك العلاقات القانونية، وان ظهور الاحكام المتناقضة في علاقات مرتبطة ذات طابع دولي أمر يتنافى مع التطور الدولي واستقرار المعاملات الدولية [62].

أمّا فيما يتعلق بانعدام السلطة العليا فهو أمر طبيعي؛ كون المسألة متعلقة بنزاع دولي يفتقر لهذه السلطة، وان اشتراط ذلك يُعد انكاراً للصفة الاجنبية التي يجب مراعاتها في العلاقات الخاصة الدولية، وتمسكهم بأن تحقيق العدالة مقروناً بالاختصاص الوطني لم يقم على معيار منضبط؛ كونه يختلف من قاضي لآخر ولا علاقة له بالقضاء الوطني، بل ان في بعض الاحيان تتحقق العدالة بواسطة القضاء الاجنبي لعلاقته الوثيقة بمحل النزاع بدلاً من الخضوع للقضاء الوطني[63].

لذا نرى بأن الاتجاه الثاني جديرٌ بالتأييد، وبالخصوص بعد توجه التشريعات الحديثة للأخذ بفكرة الاحالة كما في القانون السويسري والايطالي[64]، واستمرار القانون الفرنسي في تطوير فكرة الاحالة الى أن تبنى التوجيه الاوربي في تشريع بروكسل للاختصاص القضائي الدولي بالأحكام الاجنبية وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية الصادر في 2001 فيما يتعلق بقيام الدعوى في أكثر من دولة واحدة من الدول المتعاقدة بالنص على وجوب رد الدعوى اللاحقة اذا ثبت ان المحكمة التي اقيمت فيها الدعوى الاولى هي محكمة مختصة حصرياً للفصل في مسألة اختصاصها، وبشرط وحدة الدعويين من حيث الاطراف والموضوع والسبب[65]، فضلاً عن إقرار هذا المبدأ بشكل صريح من المحاكم الانكليزية لنظرية المحكمة غير الملائمة، والتي تقضي بتخلي المحاكم الانكليزية عن نظر الدعوى رغم تحقق اختصاصها الى محكمة أجنبية اخرى لم يعرض النزاع امامها متى ما كانت هي الاقدر على الفصل في النزاع[66]، فضلاً عن توجه القضاء المصري في تبني الاحالة في قرار محكمة النقض الصادر 2014 المشار إليه آنفاً[67]، والعمل بالقياس على قبول اختصاص المحاكم الاجنبية في الدعاوى المرتبطة بالمسائل الاولية والدعوى الحادثة؛ لأنه يفترض قبول الاختصاص للمحكمة الاجنبية نتيجة الارتباط بين هذه المسائل والدعوى الاصلية من حيث السبب أو الموضوع أو الخصوم على عد المحكمة الاجنبية هي الاكثر عدالة للفصل في النزاع، وهذا ما يمكن توفره في موضوع الاحالة[68].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في التخلي عن الاختصاص الوطني

ينتج لدى القاضي خيار الفصل في النزاع بطريق تحديد المحكمة الملائمة لحسم النزاع نتيجة تماثل اقامة الدعوى أمام محكمتين مختصتين، ليتمكن من قبول دفع الافراد لأثارة الدعوى امام المحكمة المختصة، والتي يكون لها الاولوية للبت في النزاع بناءً على شروط يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى، لذلك سنعرض لشروط الاحالة، وحدود سلطة القاضي فيها، وحسب الآتي بيانه:

أولا- شروط الدفع بالإحالة:

يفرض على القاضي عدة شروط لأنهاء الاختصاص الممنوح لقضائه الوطني لمصلحة محكمة أجنبية أخرى، وحسب الآتي بيانه:

1. قيام نزاع أمام محكمتين دوليتين مختلفتين: لغرض قيام القاضي بإحالة الدعوى الى المحكمة الاجنبية أن تكون هنالك دعوى أخرى مقامة أمام القضاء الاجنبي، وأن تكون مختصة أيضاً شأنها شأن المحكمة المحالة للدعوى[69]بشرط ان لا تكون قد انتهت بصدور حكم نهائي للفصل في الموضوع، أو انقضت الدعوى لسبب سابق على الفصل كما لو انتهت الخصومة بمضي المدة، أو تركها، أو سقوطها، أو ان المحكمة الاجنبية تخلت عنها لعدم اختصاصها بنظر الدعوى، ففي تلك الحالة ينتفي المبرر من احالة

الدعوى الى المحكمة الاجنبية لانتفاء المصلحة في الدفع[70].

2. **الترابط بين الدعويين:** يقصد به وجود ترابط بين الدعاوى المقامة امام القضاء الوطني والاجنبي من حيث الموضوع والسبب والخصوم، وإن كان لا مانع من توافر وحدة الخصوم؛ لأن الطبيعة الدولية تضفي طبيعة خاصة تختلف عن فكرة توحيد الدعويين في القضاء الداخلي؛ لأنه -قد- يكون تعدد المدعي أو المدعى عليهم دافعاً لإقامة الدعاوى أمام محاكم مختلفة[71].

لذلك يلتزم القاضي لقبول الدفع توافر وحدة الموضوع والسبب في الدعوى، كما لو رفع نزاع أمام المحاكم الوطنية لغرض طلب الطلاق بسبب اعتداء زوجها عليها بالضرب، ثم رفعت دعوى أخرى أمام المحاكم الاجنبية لغرض التعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الضرب، فلا تتم الاحالة وذلك لتباين الموضوع في كلا الدعويين[72]، وكذلك الحال بالنسبة لوحدة السبب.

3. **أن تكون المحكمة الاجنبية هي الاقدر على الفصل في النزاع:** أي متى ما رأى القاضي ان المحكمة الاجنبية لها امكانية الفصل في النزاع وبشكل يحقق العدالة لمصلحة الطرفين بصورة أفضل من القضاء الوطني، وفي الوقت ذاته تعبيراً عن وجود رابطة كأن تكون أموال المدين المدعى عليه كائنة هناك[73]، فضلاً عن ضمان تنفيذ الحكم الصادر بشأن الدعوى؛ وذلك لغرض تتبع الاجراءات الاصولية التي تم مراعاتها عند اصدار الحكم من المحكمة الاجنبية، ولغرض التأكد من مدى تنفيذ الحكم الاجنبي شرط عدم مخالفته للنظام العام في دولة التنفيذ[74].

من الملاحظ ان تقدير مدى تحقق هذا الشرط من عدمه عائد الى سلطة القاضي؛ لأنه يفرض عليه البحث في الرابطة، والسبب الدافع لمنح الاختصاص للمحكمة الاجنبية؛ لأن مسألة التخلي وان كانت جائزة في حدود هذا التصرف؛ لكنها تشكل امتناعاً عن نظر الدعوى، لذا لابد من وجود مبرر يدفع القاضي لعمل ذلك، لأنه لم يُعد عمله مقتصراً على وجود الرابطة بين الاختصاصين الوطني والاجنبي، بل يشترط توفر الضمانات الكافية في الاجراءات المقامة امام المحكمة الاجنبية لحماية الخصوم بشكل لا يثير خلافاً حول جدية الاختصاص أو الانتقاص من حقوق الدفاع، فيكون الدافع للتخلي هو ضمان تحقيق العدالة لمصلحة الطرفين، كما لو أتضح له تأرجح الحكم الوطني لافتقادِه الادلة اللازمة لوضوح حقيقة النزاع[75]، كما لو تم اقامة دعويين للتعويض عن الضرر وكانت احداها امام القضاء الوطني، فلا مانع لو أُحيلت الدعوى الى القضاء الاجنبي؛ كونه يمثل محل وقوع الضرر وضابط الجنسية بالنسبة لإحدى المدعيين الاخريين، بما يضمن تحقيق تعويض قانوني وعادل بالنسبة لهم.

ثانياً- حدود سلطة القاضي في احالة الاختصاص الى القضاء الاجنبي:

التساؤل المهم الذي يثار هنا عن حدود سلطة القاضي بتخليه عن اختصاص محاكمه الوطنية لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية من تلقاء نفسه او بناءً على دفع من الخصوم فقط، وهل تتسع سلطة القاضي في هذه الحالة بشكل مختلف عن الاتفاق السالب للاختصاص؟ وهل للقاضي أن يستغني عن مسألة الاحالة بنظام آخر وهو استئخار النظر في الدعوى لحين البت بها من المحكمة الاجنبية؟.

للإجابة على هذه التساؤلات نورد ما يلي:

على الرغم من توجه الاغلبية نحو الاخذ بموضوع التخلي عن الاختصاص للدفع بالإحالة، ووجود المبررات التي تدعوا الى تبنيه؛ لكن عملياً يفرض صعوبات تحيط بعمل القاضي العراقي؛ لأن مثل هكذا مسألة يصعب معها وضع ضابط محدد للعمل بها، وتزداد الصعوبة بشكل أكبر بانتفاء النص القانوني المحدد لآلية عمل القاضي العراقي في هذا الموضوع، وعدم صلاحية قواعد الاختصاص الداخلي للتطبيق في الجانب الدولي؛ لأن قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ لم يُشِر الى أي نص يحدد اختصاص العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بخلاف قانون المرافعات المصري، ما يجعل الامر خاضعاً لاجتهاد القاضي، وان تم تبينه استناداً لنص المادة(30) من القانون المدني العراقي.

مما يؤدي الى جعل تخلي القاضي العراقي عن اختصاص قانونه الوطني مقتصراً بصفة أساس على دفع الخصوم، مع توخي الحذر لغرض التأكد من قدرة المحكمة الاجنبية على الفصل في النزاع، ووجود الترابط بين الدعويين، واستثناءً له امكانية اثارة الدفع من تلقاء نفسه في حال لو كانت الدعوى لا ترتبط بدولة القاضي اقليمياً أو شخصياً، واتضح له ارتباطها بدولة معينة، فله أن يحيلها الى اختصاص تلك الدولة، وهذا يتوقف على طبيعة الاختصاص القضائي الدولي بعدَّهِ من المسائل غير المتعلقة بالنظام العام بخلاف اختصاص القضاء الداخلي، ذلك لصعوبة اتصافه - القضاء الدولي- بفكرة النظام العام[76]؛ لأنه يؤدي الى حرمان الافراد من اختيار قضاء محكمة ما في ظل الخضوع الارادي، وهذا يتنافى مع طبيعة الاختصاص القضائي الدولي.

من خلال ذلك يتضح ان تخلي القاضي الوطني عن النظر في الدعوى أمّا يستند الى كون الدعوى لا ترتبط بدولة القاضي، وتمثل بذلك تعبيراً حقيقياً عن اختصاص المحاكم الاجنبية في الدعوى المحالة إليها، أو تعتبر من المسائل التي تعتمد على ضوابط مرنة في تحديد اختصاصها القضائي كما في ضابط الجنسية والموطن، متى ما رأى ان القضاء الاجنبي له الاولوية للفصل في النزاع على نحو يحقق العدالة للمتقاضين، وخروجها من اختصاص المحاكم الوطنية الاستئثارية كالدعاوى المتعلقة بالعقار أو المنقول[77].

تجدر الاشارة هنا ان قبول القاضي تخليه عن الاختصاص القضائي لا يعني احالة الدعوى الى المحاكم الاجنبية بل يشير الى الخصوم بأن يرفعوا دعواهم أمام هذه المحاكم[78]؛ كون القاضي الوطني لا يمتلك سلطة تجاه المحكمة الاجنبية بخلاف الدفع بالإحالة نتيجة للترابط أو الدفع بعدم الاختصاص في نطاق القانون الداخلي[79].

من خلال ذلك يمكننا تحديد الفارق بين حدود سلطته للتخلي عن الاختصاص في الاحالة عن الاتفاق الارادي؛ كون اعمال الاخير متوقف دائماً على تمسك الخصوم استناداً لشرط الاتفاق، فلا يجوز للقاضي العمل به تلقائياً؛ لأن اطرافه قاموا بالتنازل عنه ضمنياً، ومقترناً قبوله لوجود الارتباط بين الدعويين، اضافةً الى توافر رابط الجدية للدفع، في حين تتسع سلطة القاضي في الاحالة؛ لأنه قد يتم احالة الاختصاص من تلقاء نفسه في بعض الاحيان دون التوقف على دفع الخصوم، و لا يفرض عليه التحقق من وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة والعلاقة محل النزاع بقدر ما تكون المحكمة الاجنبية هي الاقدر على الفصل في النزاع، لان احالة النزاع قرينة على ضمان فاعلية تنفيذ الحكم الاجنبي، امّا من حيث نطاق الدعوى فيقتصر الاتفاق السالب للاختصاص على طرفي الدعوى وهم أطراف العقد الذي

أشتمل هذا الشرط، بينما في الاحالة يشمل كل أطراف الخصومة؛ كونه يُعد دفعاً اجرائياً[80].

امّا فيما يتعلق بصلاحية القاضي استئخار الدعوى فهو يخضع حسب السلطة التقديرية للقاضي وهو التوجه الذي عمل به القضاء الانكليزي، وأصدر عدة قرارات بهذا الشأن [81] وأشار القانون الدولي الخاص السويسري الى الاستئخار بشكلٍ صريح[82].

دعم هذا التوجه- الاستئخار- المرحوم الدكتور عوني الفخري، اذ يذهب الى جواز عمل القاضي بنظام استئخار الدعوى وبنفس المبررات التي تدعوه للتخلي عن الاختصاص على المستوى الداخلي قياساً للعمل بالمادة (83) من قانون المرافعات المدنية العراقي[83]، بأن للقاضي سلطة تقديرية فأنه متى ما رأى الاختصاص الرابط بين المحكمتين الوطنية والاجنبية مشتركاً، وان المحكمة الوطنية غير قادرة على ضمان تنفيذ آثار الحكم تقرر استئخار الدعوى[84].

ان كان نظام الاستئخار يترك بعض الاثار السلبية التي تعمل على اطالة امد النزاع، ويجعل مركز الخصوم قلقاً من الخضوع للمحاكم الوطنية أو الاجنبية بدلاً من حسم الدعوى بشكلٍ نهائي أو احالتها للمحكمة الاجنبية؛ لكن لا مانع من العمل به على المستوى الدولي؛ كونه يجنب القاضي فكرة انكار العدالة في حال لو رُفِضَّت الدعوى من المحكمة المحال عليها؛ لكن دون القياس على نظام الاستئخار الذي يُعمل به في اطار القانون الداخلي، والذي يوقف المرافعة فيه لتعلق الفصل في الدعوى على مسألة أولية تخرج من اختصاص المحكمة الوظيفي والنوعي التي يتطلب حسمها لغرض البت في الدعوى الاصلية، كأن يكون استئخار الدعوى المدنية مقتصراً على مسألة متعلقة بالدعوى الجزائية عملاً بقاعدة الجنائي يوقف المدني [85]، والتي لا يمكن العمل بها في اطار القانون الدولي الخاص؛ لأن آثار الحكم الاجنبي تقتصر حجيته على الدولة التي صدر بها الحكم، وإن نظام الاستئخار الذي يُعمل به على المستوى الدولي ينظر الى المحكمة الوطنية بأنها لا تتخلى عن اختصاصها لحين بت المحكمة الاجنبية المحال اليها بصحة الشرط المانح للاختصاص، إذ يتم الاستئخار لإقامة الدعوى ذاتها أمام محكمة أخرى، وبذلك لم يكُ شبيهاً بموقف القضاء الداخلي الذي يتوقف الحكم فيه عن مسألة ما منبثقة عن الدعوى الاصلية[86].

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع سلطة القاضي الناظر بالنزاع في تجريد اختصاص القضاء الوطني، لابد من الاشارة الى أهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها، كالآتي:

أولاً- النتائج:

1. يكون للقاضي الناظر بالنزاع مكنة تجريد الاختصاص القضائي للمحكمة المختصة، وبغض النظر عن كونها محكمة وطنية أم أجنبية، مع اختلاف التوجهات الفقهية في هذا الشأن بين مؤيد ومعارض في تحديد نطاق عمله والضوابط التي يتعين توافرها لغرض منح هذه السلطة.

2. تتقيد سلطة القاضي الوطني لإنهاء الاختصاص بشروط متعددة منها توفر الرابط الجدية بين الدعويين، والاولوية للفصل في النزاع، وغيرها التي يفضيها الطابع الخاص بالاختصاص القضائي الداخلي من جانب، وطبيعة الموضوع من جانب آخر، في كل من مسائل الخضوع الارادي، أو الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؛ كون الارادة لا تكون ذاتها سبباً كافياً لإنهاء الاختصاص أسوةً بتحديد القانون المختص موضوعياً بنظر العلاقة.

ثانياً- المقترحات:

1. نقترح على المشرع العراقي النص على أهم الموضوعات التي تقتضيها الضرورات العملية- مسألة الخضوع الاختياري الجالب أو السالب للاختصاص- أسوة بالتشريعات المقارنة وبنصوص صريحة؛ كون رد النظر في الدعوى من المحاكم الوطنية لعدم الاختصاص أمر ينافي العدالة، ويتعارض مع حق الفرد في اللجوء الى القضاء، وهو من الحقوق المدرجة ضمن نطاق الحد الادنى لحقوق الإنسان.

2. على المشرع العراقي إجراء الموازنة بين تشريعاته عند تبني ضابط مستجد كفكرة الاتفاق السالب للاختصاص القضائي، وبين التشريع الداخلي الذي يتمسك بموضوع الضابط النوعي والوظيفي، ويعدهما من النظام العام؛ لكن دون أن يقف عائقاً أمام وضع شروط وضوابط معينة ترتكز بالدرجة الاساس على ما يسمح به النظام العام في الدولة من جانب، والتحقق من مدى وجود الملاءمة والعدالة من قبل المحكمة المتفق على ولايتها من جانب آخر.

3. ان المحاكم العراقية تعتمد على فكرة رد الدعاوى غير الداخلة في اختصاصها، واتخاذ الاجراءات المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص، فهي وان كانت لا تمتلك سلطة الاحالة للمحكمة الاجنبية، فأن الامر يتطلب عمل القضاء على توجيه الخصوم لغرض اثارة الدعوى أمام القضاء الاجنبي المختص؛ لأن المدعي قد يجهل المحكمة المختصة، أو قد تتداخل الاسس التي يتم على أساسها تحديد القانون المختص في العلاقات الخاصة الدولية.

الهوامش:

[1] عُرِفَ الاختصاص القضائي الدولي عدة تعريفات، منها: انه فرع قانوني موضوعه تحديد القواعد التي تنظم مرفق القضاء والاختصاص القضائي، ومضمون الدعوى وتنفيذ الاحكام القضائية، بما في ذلك القواعد الخاصة التي تسري أمام كل قضاء وطني، ويعرفها البعض الآخر بالقواعد الاجرائية التي تراعي واقع ان عناصر معينة للنزاع تتركز في الخارج وهي قواعد موضوعية وطنية تطبق على الدعاوى الدولية، كما عرفت أيضاً بأنها قواعد خاصة بكل دولة لبيان الاحوال المتضمنة عنصراً أجنبياً والتي تختص المحاكم الوطنية بنظر نزاعها أو تنفيذ ما صدر من أحكام بها في دولة أخرى، ينظر:
- استاذنا الدكتور اياد مطشر صيهود، اسس القانون الدولي الخاص، ط3، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص234.
- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص9-10.

[2] د. غالب علي الداوّدي و د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (دون سنة طبع)، ص249.

[3] د. سامي بديع منصور و د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، (دون سنة نشر)، ص468.

[4] د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص142-143.

[5] محمد قط، الخضوع الاختياري كضابط اختصاص قضائي دولي للمحاكم الوطنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة قاصدي مرباح -ورقلة، الجزائر، 2015، ص15.

[6] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)،(د. ط)، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955، ص 646-647.

[7] نصت المادة (32) من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968على انه: ((تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكُ داخلة في اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً))، ونصت المادة (2/27) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (24) لسنة 1988على انه: ((تختص المحاكم الاردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكُ داخلة في اختصاصها.....))، وأشارت المادة الرابعة من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بقبول الاتفاق باستثناء حال تعلقه بعقار في الخارج، اذ جاء في المادة أعلاه ما يلي: ((تنظر المحاكم التونسية في النزاع اذا عينها الاطراف أو اذا قبل الخصوم التقاضي لديها الا اذا كان موضوع النزاع حقاً عينياً متعلقاً بعقار خارج البلاد التونسية)).

[8] د. عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص، أبحاث في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثالثة، مصر، 1961، ص84-85.

[9] جنان جاسم مشتت، الاحالة في الاختصاص القضائي الدولي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2006، ص146.

[10] محمد قط، مصدر سابق، ص17.

[11] د. أحمد رشاد سلام، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص87.

[12] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص(الجنسية والموطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، (دون سنة نشر)، ص1010.

[13] د. حسنين ضياء نوري الموسوي، الارادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي(دراسة في القانون العراقي والمصري)، مجلة أبحاث ميسان، جامعة ميسان، المجلد الثامن، العدد السادس عشر، العراق، 2012، ص18.

[14] ذهب مع هذا التوجه الفقه والقضاء الفرنسي على عد قواعد الاختصاص الفرنسي تقرر امتيازاً لمصلحة الفرنسي، وهي بذلك تخالف قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فنصت المادة 14 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:((إن الاجنبي حتى ولو لم يسكن في فرنسا، يمكن استحضاره أمام المحاكم الفرنسية لإنفاذ الالتزامات التي تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي، ويمكن احالته أمام محاكم فرنسا من أجل الالتزامات المبرمة من قبله في البلاد الاجنبية تجاه

فرنسيين))، وجاء في المادة (15) ما يلي: ((يمكن مقاضاة الفرنسي أمام محاكم فرنسا بخصوص التزامات معقودة من قبله في بلد أجنبي، وحتى مع أجنبي)).

- قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة الشرط المتفق عليه بين شركة فرنسية وأخرى المانية بالخضوع للمحاكم السويسرية استناداً لرغبة الافراد في اللجوء الى قضاء بلد ثالث تسهيلاً لحل مشكلاتهم المشتركة، ينظر لطفاً:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص148.

(15) نصت المادة(74) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: ((الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه)).

(16) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد(403/ مدنية/2006) وبتاريخ (2006/6/25)، أشار اليه القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج1، (بلا مكان وسنة طبع)، ص60.

(17) نصت المادة أعلاه على ما يلي: ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون التي فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه)).

(18) وان أشارت المادة (14) من القانون المدني العراقي بنصها على الآتي:((يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج))؛ لكنها تبقى من الاختصاصات غير الاستثنائية للقضاء الوطني، أو تفرض بعض القواعد الاجنبية بطابعها المادي تطبيق قانونها المحلي، وبغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ينظر لطفاً: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص421.

ان بعض القوانين المقارنة تنص على وجود الاتفاق السالب للاختصاص، وفي الوقت نفسه تتضمن اختصاصاً متعلقاً بالنظام العام، فلا ضير من أن يتبنى القانون العراقي تجريد الاختصاص في مسائل ما، وان نص في قوانينه الداخلية على اعتبار الاختصاص الوظيفي والنوعي من النظام العام، فالمشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص، أشار في المادة (10) الى ان الدفع بعدم الاختصاص يتم اثارته قبل الخوض في الدعوى، مما يدل على ان الاختصاص القضائي الدولي ليس من النظام العام، في حين نص في المادة الثامنة على الاختصاصات الحصرية للقضاء التونسي التي لا يتصور الاتفاق على ما يخالفها، مما يدل على ان اتفاق الافراد جائز باستثناء الحالات المذكورة في المادة أعلاه، وكذلك الحال في قانون الاجراءات الالماني، فعندما حدد اختصاص المحاكم في مسائل الاحوال الشخصية، أكد على ان هذه الاختصاصات ليست حصرية، ويجوز الاتفاق على خلافها.

-See: Arthur T. von Mehren, Adjudicatory Authority in Private International Law, The Hague Academy Of International Law, Martinus Nijhoff Puplishers, Boston, p34.

(19) ينظر لطفاً:

- المواد (254-255) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، ويقابلها المادة (1/16) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل.

(20) ينظر لطفاً

- المادة (251) وما بعدها من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
- المادة (3) وما بعدها من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل.

(21) الاستعانة بأحكام المادة (30) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها: ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً)).

(22) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2014/3/24 اذ قررت المحكمة رفض الطعنين المقدمين لها، وقضت بعدم اختصاص المحاكم المصرية، لوجود اتفاق بين الاطراف، وان البنك المطعون ضده ليس له فرع أو وكيل في مصر، وان كان المشرع لم يواجه أثر الاتفاق السالب للاختصاص عندما يتفق الافراد على الخضوع اختيارياً رغم اختصاص المحاكم الوطنية بخلاف الاثر المانح حسب ما أشارت اليه المادة 32 من قانون المرافعات المدنية؛ لكن هذا السكوت لا يعتبر رفضاً من المشرع؛ لأن المشرع سبق وان أخذ بمبدأ التخلي في حال اتفاق الاطراف على التحكيم، والتي يتعين عليه أن يقضي بعدم قبول الدعوى لسابق الاتفاق على التحكيم؛ لكن المحكمة حددت شروطاً لقبول التخلي، ذلك أن يتصف النزاع بالصفة الدولية، وان لا يمس السيادة المصرية أو النظام العام في مصر فضلاً عن وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اتفق على الخضوع لولايتها؛ كون الطاعنين سبق وان اتفقا على خضوع الاتفاقات المبرمة بينهما

لمحكمة ولاية جيرسي- جزيرة شانيل- باعتبارها المحكمة الاكثر ملاءمة لنظر النزاع وتفعيلاً لمبدأ قوة نفاذ الاحكام، للمزيد من تفصيل القرار ينظر لطفاً:

- د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية (تعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 2014/3/24)، بلا دار ومكان نشر، 2014، ص77-84.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية الصادر في 1964/7/2 يقضي بالاعتراف بتنفيذ حكم أجنبي صادر من محكمة بداية القدس الاردنية استناداً لكونها محل ابرام العقد وتنفيذه على الرغم من كون القضاء المصري مختصاً بنظر المنازعة؛ لان مقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية توجب اعتبار الحكم صادراً من محكمة أجنبية مختصة، ينظر لطفاً:

- د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص349-350.

(23) تبنى المشرع العراقي مبدأ الخضوع الاختياري في قانون الاستثمار النافذ والمعدل رقم 13 لسنة 2006، مقتصراً على الطرف الاجنبي، اذ نصت المادة(27/ف2) على انه: ((اذا كان أطراف النزاع من غير العراقيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة أو أي اتفاق آخر لحل النزاع بينهم)).

(24) قرار محكمة استئناف الرصافة بالعدد (490/ م /2012) بتاريخ (2012/4/18)، غير منشور.

(25) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2015، ص326 وما بعدها.

(26) د. حسن علي كاظم، وضع الاحكام الاجنبية موضع التنفيذ في العراق، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الاول، العراق، 2009، ص103-105.

(27) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص137.

(28) نصت المادة (11) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (97) لسنة 1998على انه: ((لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الاجنبية اذا كان القرار الاجنبي مخالفاً للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.....))، وما جاء في نص المادة (298/ف4) من قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968والمصرحة بالآتي: ((لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي:4- ان الحكم أو الامر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها)).

هذا ما ظهر من خلال قرار محكمة التمييز بالعدد 10و11/ هيأة موسعة/80 في 1982/1/30، والمتضمن البحث في شروط تنفيذ الحكم الاجنبي دون البحث في موضوع الدعوى؛ كون المحكمة تملك سلطة قرار قبول الحكم أو رفضه استناداً الى توافر الشروط من عدمه، كما في التحقق من عدم مخالفته النظام العام والآداب العامة وغيرها....))، أشار إليه:

- جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعوى المدنية، ط4، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص321-323.

فضلاً عن توفر الشروط الاخرى ومنها توفر مبدأ المعاملة بالمثل، وأن يكون موضوع الدعوى ضمن مسائل القانون الخاص المتعلق بالحقوق المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، اضافة الى كون الحكم قطعياً اكتسب درجة البتات، ينظر :

- د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، مطبعة الحكومة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص368-369.

(29) لذلك جعل من الشرط السالب للاختصاص شرطاً مستقلاً عن العقد، فتتوقف المحكمة الوطنية عن الفصل في الدعوى، حتى يتسنى المحكمة الخاضع لولايتها التحقق من صحة الشرط.

(30) د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص312-313.

(31) جنان جاسم مشتت، مصدر سابق، ص150.

(32) حسنين ضياء الموسوي، الارادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي(دراسة في القانون العراقي والمصري)، مصدر سابق، ص141.

(33) د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية (تعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 2014/3/24)، مصدر سابق، ص17.

(34) فاطمة مويسي، الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، الجزائر، 2015، ص24.
(35) د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،(بلا معلومات)، 2001، ص168.
(36) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)،ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص313.
(37) ينظر لطفاً:
- زياد خليف العنزي، اختصاص القضاء الاماراتي بنظر المنازعات الالكترونية ذات العنصر الاجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، الامارات العربية المتحدة، 2018، ص19.
- د. أحمد رشاد سلام، مصدر سابق، ص10.
(38) لاحظ في عرض هذا الاتجاه: د. حسام اسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2014/3/24- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، جامعة حمد بن خليفة، قطر، 2016، ص25.
(39) د. نافع بحر سلطان، الاختصاص القضائي الالكتروني للمحاكم العراقية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد الثاني، العراق، 2009، ص211.
(40) د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص671، نقلاً عن د. حسام اسامة شعبان، المصدر نفسه، ص12.
(41) أخذت التشريعات تتجه نحو استثناء هذا العقد من الخضوع لمسائل الاتفاق السالب للاختصاص، هذا ما ورد في القانون السويسري، اذ نصت المادة (2/114) على انه: ((لا يجوز للمستهلك أن يتنازل مقدماً عن اختصاص محكمة موطنه أو محل اقامته المعتاد))، وكذلك ما جاء في اتفاقية بروكسل لعام 1968 اذ نصت المادة(15) على: ((1-.....2- الاتفاقات التي تسمح للمستهلك باتخاذ الاجراءات في غير المحاكم المحددة في هذا الفصل.3- الاتفاقات التي تمنح الاختصاص لمحكمة دولة متعاقدة كان يوجد بها وقت ابرام العقد موطن أو محل اقامة المستهلك وكذلك المتعاقد الآخر، وذلك ما لم يكن قانون هذه الدولة يحضر مثل هذه الاتفاقات))، في حين يفتقر قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 لنص يحدد الحماية للمستهلك، وكذلك قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018، للمزيد من التفصيل يلاحظ لطفاً:
- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، علي عبد الستار أبو كطيفة، الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الالكترونية، جامعة أهل البيت، العدد 20، العراق، 2016، ص22.
See: : Arthur T. von Mehren, op.cit, p213.
(42) لذلك نجد القوانين المقارنة تشير الى ذلك، ومنها قانون المرافعات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968، اذ أشار في نص المادة (298) الى جواز تنفيذ الحكم الاجنبي بشرط ان تكون محاكم الدولة الوطنية غير مختصة، وان المحاكم الاجنبية مختصة به حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فمن الطبيعي ان النص يرتكز بالدرجة الاساس على اختصاص المحكمة الاجنبية حتى وان كان القضاء الوطني مختص؛ لأنه لو امتنع عن تنفيذ الحكم لمجرد كون المسألة داخلة ضمن اختصاصه لأدى الى الامتناع عن تنفيذ العديد من القرارات وبدون وجه حق، فضلاً عن وجود التداخل بين الاختصاصات دولياً، وكذلك ما نصت عليه المادة (235) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم (11) لسنة 1992.
لذا نجد القضاء المصري في احدى قرارات محكمة النقض في 1990/11/28، أقر بقبول تنفيذ الحكم الاجنبي الصادر من محكمة لواء صنعاء الابتدائية بالرغم من صدوره في حالات الاختصاص للقضاء المصري، اذ أفادت المحكمة بان المقصود بشرط عدم اختصاص المحكمة المصرية بنظر المنازعة هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادي.
وكذلك في نفس المعنى أيضاً قرار لمحكمة تمييز البحرين الصادر بتاريخ 1991/5/12، بقبول تنفيذ الحكم الاجنبي الصادر من المحاكم الكويتية استناداً لكونه من حالات الاختصاص المشترك، للمزيد من التفاصيل ينظر لطفاً:
- د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص349 وما بعدها.
(43) وفق ما يلي: أ-إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف وتنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم. ب- إذا كان حكم المحكمين صادراً تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائياً. إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه. د- إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح. هـ- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

(44) لأنه أحياناً لا يعتد بجنسية المدعى عليه وان كان عراقي الجنسية في حال كون الدعوى متعلقة بعقار أو منقول كائن في البلاد الاجنبية، أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في البلاد الاجنبية، أو يمكن استنتاجه من مفهوم المخالفة لنص المادة (15) المحددة لاختصاص المحاكم العراقية، للمزيد ينظر لطفاً:
- د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الاول، المجلد 25، سوريا، 2009، ص21-22.

(45) اضافة الى ذلك ان أغلب القوانين الاجنبية التي تبنت الاتفاق السالب للاختصاص بشكل صريح في الاتفاقيات التعاقدية كما جاء في المادة (31) من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982بنصه على الآتي: ((للأطراف منح الاختصاص لمحكمة أجنبية بخصوص المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية المنطوية على عنصر أجنبي.....))، ونصت المادة(49) من القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لسنة 1983 على أنه: ((لا تكون مقبولة الاتفاقات مانحة الاختصاص لمحكمة أجنبية الا اذا كان أحد الاطراف على الاقل أجنبياً.....))، ينظر لطفاً:
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص145.

(46) هذا ما عبرت عنه صراحة نص المادة (15- ف ب) من القانون المدني العراقي.

(47) فضلا عن ان القضاء العراقي غير متخصص باستثناء ما جاء في قرار سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (78) لسنة 2004 بشأن تطوير الاجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين - أي في محاكم الافلاس- اذ اشترطت في القضاة ان يكونوا على مستوى عالٍ من الخبرة والامكانية في مجال النزاعات المتعلقة بالشركات أو المؤسسات أو البنوك، ويكون القاضي هنا مختصاً للنظر في الطلبات المقدمة من الشركات الاجنبية التي يقع مكتبها الفرعي ضمن اختصاص تلك المحكمة، واستناداً لذلك تم تشكيل المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى التجارية المقامة من الاجانب وضمن الحدود الادارية لمحافظة بغداد.

(48) فأن ما جاءت به المادة (14) من القانون المدني العراقي ضمن عبارة (حتى ما نشأ منها في الخارج) تدل على جواز اختصاص القضاء العراقي في المسائل التي يكون فيها الطرف الاجنبي غير خاضع لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الواردة في القانون العراقي متى ما دخل الاجنبي في علاقة مع الوطني، حتى وان كان خارج العراق.

(49) من الجدير بالذكر ان هناك من يُميز في الدفع للإحالة بين حالتين: أحدهما بسبب اقامة الدعوى أمام محكمة أجنبية والاخرى للارتباط، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان الارتباط سبب لإقامة الدعويين في الاحالة، وهو ذاته مبرراً لتخلي القاضي الوطني عن اختصاصه تلافياً منه تعارض الاحكام في نفس موضوع الدعوى، ويتسع مفهومه بشكل أكثر أهمية في المسائل الاولية والدعوى الحادثة، لذا نقتصر في دراستنا هذه على الدفع بالإحالة لقيام الدعوى أمام المحكمة الأجنبية.

(50) د. هشام خالد، احالة الدعوى الى محكمة أجنبية (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص93.

(51) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط14، المعارف، الاسكندرية، 1986، ص250.

(52) تعد الاحالة من الدفوع الاجرائية المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي، اذ تقوم المحكمة الوطنية بإحالتها الى المحكمة الاخرى التي رفع اليها ذات النزاع دون التعرض لأصل الحق المدعى به ، للمزيد ينظر لطفاً:
- د. عبد الرسول الاسدي و صالح مهدي كحيط، الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة اجنبية، جامعة أهل البيت، العراق، العدد 20، العراق، 2016، ص5-6.

(53) نصت المادة (76) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على انه: ((لا يجوز اقامة الدعوى الواحدة في اكثر من محكمة واحدة فاذا اقيمت في اكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة اولاً وابطلت العريضة الاخرى))، وجاء في المادة (78) من القانون أيضاً: ((اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو المكاني وجب عليها أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية)).
كذلك ما جاء في احدى قرارات محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية بالعدد 178/ حقوقية/2012 في 2012/12/25، بأن: ((تحكم المحكمة بعدم اختصاصها الوظيفي من تلقاء نفسها ويجوز ابداء هذا الدفع في أية مرحلة تكون عليها الدعوى))، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة، العدد الثاني، 2013، ص269.
جاء في المعنى نفسه قرارات محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية بالعدد 1/ت/2014 في 2014/1/19، قرار المحكمة أعلاه بالعدد 29/ت/2014 في 2014/1/26، قرار بالعدد 61/ت/2014 في 2014/2/3، للمزيد ينظر لطفاً:

- القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف اربيل الاتحادية بصفتها التمييزية، ط1، مكتبة هولير القانونية، اربيل، 2017، ص9-16.

(54) يقصد بالاختصاص الوظيفي أن جهة قضائية معينة تختص في نظر نوع من المنازعات، كالاختصاص الوظيفي للمحاكم المدنية، اذ تخرج من اختصاصها المنازعات الشرعية والجزائية، وليس لها ولاية الا ما يدخل في وظيفتها وفق القواعد المقررة في قانون المرافعات، أما الاختصاص النوعي فهو أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون، وهي التي تحدد المنازعات التي تختص بها المحاكم البدائية والمحاكم الشرعية، وقضاء التدابير المستعجلة، ومحاكم الاستئناف، ومحاكم التمييز، للمزيد ينظر لطفاً:

- د. ضياء شيت خطاب، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، مجلة ديوان التدوين القانونية، مجلة تصدرها وزارة العدل، العدد الرابع عشر، السنة الاولى، العراق، 1961، ص48,33.

(55) قرار محكمة التمييز بالعدد 260/ مدنية اولى/77 في 1977/12/1، نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، 1990، ص48.

ان القضاء العراقي برفضه الاحالة وان كانت مانحة لاختصاص محاكمه الوطنية، فأنه يتعارض مع موضوع حق الافراد باللجوء الى القضاء، ورد الدعوى يُعد انكاراً للعدالة، مما يفرض على القاضي احالة الدعوى الى المحكمة المختصة بدلاً من ردها في حال انعدام أي ضابط من ضوابط الاختصاص أو السماح للفرد باللجوء الى قضاء دولة ما عن طريق الخضوع الارادي لإقرار هذا المبدأ في أغلب قوانين الدول العربية، كما في نص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم (13) لسنة 1986، والتي جاء فيها: ((تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكُ داخلة في اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً)).

(56) ينظر لطفاً:

- د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، (دون طبعة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص392-393.

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص330.

(57) جنان جاسم مشتت، مصدر سابق، ص107.

(58) ينظر لطفاً: - د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص120.

(59) - Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, Hart publishing ,Oxford and Portland, Oregon, 2015, p105.

(60) د. عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص419.

(61) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص529.

(62) د. عبد الرسول الاسدي و صالح مهدي كحيط، مصدر سابق، ص190.

(63) سهى خلف عبد، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2007، ص127.

(64) نصت المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987على الآتي: ((1- عندما تقوم في الخارج دعوى لها ذات الموضوع وبين نفس الاطراف، توقف المحاكم السويسرية الدعوى اذا قدرت ان القضاء الاجنبي سيصدر في غضون مدة ملائمة قراراً يمكن أن يعترف به في سويسرا.....))، وجاء في المادة السابعة من القانون الدولي الخاص الايطالي لعام 1995 ما يلي: ((1- اذا دفع اثناء سير الدعوى طلباً سابقاً بين نفس الاشخاص، وله ذات الموضوع وذات السبب مرفوع أمام قاضٍ أجنبي، فيوقف القاضي الايطالي الدعوى اذا بدا له أن الحكم الاجنبي سيرتب أثراً في النظام القانوني الايطالي، واذا تخلى القاضي الاجنبي عن اختصاصه، أو لم يعترف بالحكم الاجنبي، فيتم متابعة الدعوى في ايطاليا بناءً على طلب الخصم ذي المصلحة.....))، متاح على الموقع الالكتروني: تاريخ الدخول: 2020/5/28.

https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL

(65) كذلك ما جاءت به اتفاقية بروكسل لعام 1968 الخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكم الدول الاوربية لعام 1968 بأنها الزمت المحكمة التي رفعت اليها الدعوى لاحقاً أن تحكم بالتخلي عنها تلقائياً وبدون حاجة لتمسك الخصوم بالدفع لصالح المحكمة الاولى للنظر فيها، للمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:

- د. هشام خالد، احالة الدعوى الى محكمة أجنبية، مصدر سابق، ص158.

[66] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص167.
[67] كون محكمة النقض المصرية لم تُشر في قراراها الى تخلي المحكمة عن اختصاصها لمجرد وجود اتفاق بين الخصوم، وانما استندت أيضاً الى عناصر موضوعية لتصل الى ان المحكمة الاكثر ملاءمة للفصل في النزاع هي ولاية جيرسي البريطانية مع وجود عناصر أخرى للارتباط بينها وبين النزاع، وللمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:
- د. حسام أسامة شعبان، مصدر سابق، ص28.
[68] يقصد بالارتباط الصلة الوثيقة بين الدعويين، بما يجعل من المصلحة جمعهما أمام محكمة واحدة؛ لكي تفصل فيهما معاً، اذا كان احداهما من شأنه التأثير في الحكم الصادر في الدعوى الاخرى؛ وذلك تفادياً لصدور أحكام متناقضة أو متعارضة يصعب بعد ذلك تنفيذها، ينظر لطفاً:
- د. ايناس محمد البهجي ود. يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص164.
[69] د. أحمد رشاد سلام، مصدر سابق، ص93.
[70] د. عبد الرسول الاسدي، صالح مهدي كحيط، الاحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة أجنبية، مصدر سابق، ص6.
[71] سهى خلف عبد، مصدر سابق، ص131.
[72] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص75.
[73] د. عبدة جميل غصوب، مصدر سابق، ص419، وان المشرع العراقي عندما أشار في المادة (7/ ف- أ) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية، والتي تقابلها المادتان (28و29) من قانون المرافعات المصري على إخراج الاختصاص المتعلق بعقار كائن في خارج العراق من الخضوع لقانونه الوطني قائماً على اعتبارات الملاءمة الموضوعية لتحقيق مصالح الخصوم؛ لان كل ما يتعلق بالدعاوى العقارية من وثائق وأدلة واجراءات توجد في الخارج، ينظر لطفاً:
- د. حسام أسامة شعبان، مصدر سابق، ص22.
[74] د. عبد الرسول الاسدي و صالح مهدي كحيط، الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة اجنبية، مصدر سابق، ص8.
[75] بشرط أن لا يصل مضمون الشرط الى ضمانة الاعتراف بالحكم الاجنبي؛ لان الدفع بالإحالة يتعلق بمجرد اجراءات دعوى منظورة امام محكمة أجنبية، ولم يصدر حكم بعد بصورة يصعب على المحكمة المدفوع امامها التحقق من ذلك أو التكهن به، للمزيد ينظر لطفاً:
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص352.
[76] كانت هذه المسألة محل خلاف فقهي، اذ يذهب الاتجاه الاول الى جواز ذلك، لأن الاحالة متعلقة بتنظيم العمل القضائي بين مختلف النظم القانونية لمنع تضارب الاحكام، وليس ميزة ممنوحة للخصوم لهم ان يستعملوها أو يهملوها وفقاً لإرادتهم، بينما ذهب جانب آخر الى ان الامر لا يتعلق بالتزام القاضي، وانما تُعد رخصة، يستعملها القاضي وفقاً لمقتضيات حسن سير العدالة وحماية مصالح المتقاضين، فله أن يرفض الاحالة رغم توافر شروطها ويستمر في نظر الدعوى، للمزيد ينظر:
- د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، (دون طبعة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص81 وص155.
[77] ينظر لطفاً: د. عبد الرسول الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص-420-421.
[78] وسام توفيق عبد الله، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2004، ص25.
[79] نصت المادة (75) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969على الآتي: ((اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلا بمحكمة اخرى فلها أن تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الاخرى.....))، وجاء في المادة(78) من القانون ذاته ما يلي: ((اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي او المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية)).
فأن توجه القضاء العراقي على المستوى الدولي حالياً يقوم برد دعوى المدعي، دون الاشارة للخصوم برفع دعواهم أمام المحكمة الاجنبية المختصة، ينظر لطفاً: - قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية/ محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية بالعدد 222/ تجارية/ 2018 بتاريخ 2019/2/27، قرار غير منشور.
[80] د. هشام خالد، احالة الدعوى الى محكمة أجنبية، مصدر سابق، ص161-162.
[81] هذا ما جاء في قرار 1974 في قضية (the atlantic star) ((ان على المحكمة أن توازن بين محاسن ومآخذ هذا التأجيل لكل من طرفي الدعوى المرفوعة في انكلترا وفي الخارج في وقت واحد))، للمزيد ينظر لطفاً:

- د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن مصدر سابق، ص289.

(82) نصت المادة التاسعة من القانون أعلاه على انه : ((1- اذا كانت دعوى ذات نفس الموضوع معلقة فيما مضى بين نفس الاطراف في الخارج، ننتظر فيما اذا كانت المحكمة الاجنبية ستصدر قراراً يمكن اقراره في مدة مناسبة . ان تاريخ اول اتفاق ضروري لرفع الدعوى حاسم في تحديد فترة دخول الدعوى الى سويسرا ويكفي طلب المصالحة . تتنازل المحكمة السويسرية عن الدعوى بمجرد ان يقدم لها القرار الاجنبي الذي يمكن الاعتراف به في سويسرا)).

(83) جاء في المادة أعلاه ما يلي: ((اذا رات المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها ويجوز الطعن في هذا القرار بالتمييز)).

(84) د. عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في نطاق القانون الخاص، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الاول، جمهورية العراق، 1999، ص29.

(85) د. أحمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص584.

(86) د. جعفر الفضلي، امتداد الاختصاص القضائي الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد الرابع، العدد الثالث والعشرون، الموصل، العراق، 2004، مصدر سابق، ص10.

في قرار لمحكمة التمييز/الهيأة المدنية الموسعة، عندما أكدت على ان قرار محكمة البداءة باعتبار الدعوى المنظورة أمامها مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع أمام هيأة التحكيم في غرفة التجارة الدولية يتفق ما تنص عليه المادة (3/253) من قانون المرافعات المدنية.....))، للاطلاع على تفاصيل القرار ينظر لطفاً:

قرار محكمة التمييز بالعدد 2012/235/234 في 2012/11/21، قرار منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى العراقي: تاريخ الدخول: 2020/5/24 . https//www.hjc.iq

المصادر:References

اولا: الكتب القانونية.

1. د. ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، 1990.
2. د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، (دون سنة نشر).
5. د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط14، المعارف، الاسكندرية، 1986.
6. د. أحمد رشاد سلام، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
7. استاذنا الدكتور اياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، ط3، دار السنهوري، بيروت، 2018.
8. د. ايناس محمد البهجي ود. يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

9. جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعوى المدنية، ط4، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
10. القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج1، (بلا مكان وسنة طبع).
11. د. سامي بديع منصور و د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، (دون سنة نشر).
12. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2015.
13. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، 2018
14. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)،(د. ط)، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955.
15. د. غالب علي الداوّدي و د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (دون سنة طبع).
16. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، (دون طبعة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
17. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)،ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
18. القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف اربيل الاتحادية بصفتها التمييزية، ط1، مكتبة هولير القانونية، اربيل، 2017.
19. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، مطبعة الحكومة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.
20. د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.
21. د. هشام خالد، احالة الدعوى الى محكمة أجنبية (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.
22. د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية (تعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 2014/3/24)، بلا دار ومكان نشر، 2014.
23. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، (دون طبعة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
24. د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،(بلا معلومات)، 2001.

ثانيا: البحوث القانونية.

1. د. حسام اسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2014/3/24- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، جامعة حمد بن خليفة، قطر، 2016.
2. د. حسن علي كاظم، وضع الاحكام الاجنبية موضع التنفيذ في العراق، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الاول، العراق، 2009.
3. حسنين ضياء نوري الموسوي، الارادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي(دراسة في القانون العراقي والمصري)، مجلة أبحاث ميسان، جامعة ميسان، المجلد الثامن، العدد السادس عشر، العراق، 2012.
4. د. جعفر الفضلي، امتداد الاختصاص القضائي الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد الرابع، العدد الثالث والعشرون، الموصل، العراق، 2004.
5. زياد خليف العنزي، اختصاص القضاء الاماراتي بنظر المنازعات الالكترونية ذات العنصر الاجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، الامارات العربية المتحدة، 2018.
6. د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الاول، المجلد 25، سوريا، 2009.
7. د. ضياء شيت خطاب، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، مجلة ديوان التدوين القانونية، مجلة تصدرها وزارة العدل، العدد الرابع عشر، السنة الاولى، العراق، 1961.
8. د. عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في نطاق القانون الخاص، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الاول، جمهورية العراق، 1999.
9. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، علي عبد الستار أبو كطيفة، الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة بابل، المجلد 22، العدد الرابع، العراق، 2015.
10. د. عبد الرسول الاسدي و صالح مهدي كحيط، الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة اجنبية، جامعة أهل البيت، العدد 20، العراق، 2016.
11. د. عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص، أبحاث في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثالثة، مصر، 1961.
12. د. نافع بحر سلطان، الاختصاص القضائي الالكتروني للمحاكم العراقية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد الثاني، العراق، 2009.

ثالثا: رسائل الماجستير.

1. جنان جاسم مشتت، الاحالة في الاختصاص القضائي الدولي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، 2006.
2. سهى خلف عبد، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2007.

3. فاطمة مويسي، الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، الجزائر، 2015.
4. محمد قط، الخضوع الاختياري كضابط اختصاص قضائي دولي للمحاكم الوطنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، الجزائر، 2015.
5. وسام توفيق عبد الله، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2004.

رابعا: الاتفاقيات الدولية.

1. اتفاقية بروكسل لعام 1968 الخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكم الدول الاوربية لعام 1968.

خامسا: القوانين.

1. قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (28) لسنة 1931.
2. القانون المدني العراقي النافذ والمعدل رقم (40) لسنة 1951.
3. قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969.
4. قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل.
5. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (97) لسنة 1998.
6. قانون الاستثمار النافذ والمعدل رقم 13 لسنة 2006.

سادسا: القرارات القضائية.

1. قرار محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية بالعدد 178/ حقوقية/2012 في 2012/12/25، منشور في مجلة التشريع والقضاء(مجلة جمعية القانون المقارن العراقية)، السنة الخامسة، العدد الثاني، العراق، 2013.
2. قرار محكمة التمييز بالعدد 2012/235/234 في 2012/11/21، قرار منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى العراقي: تاريخ الدخول: 2020/5/24 https//www.hjc.iq.
3. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية/ محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية بالعدد 222/ تجارية/ 2018 بتاريخ 2019/2/27، غير منشور.
4. قرار محكمة استئناف الرصافة بالعدد (490/ م /2012) بتاريخ (2012/4/18)، غير منشور.

سابعا: المصادر الاجنبية.

1. Arthur T. von Mehren, Adjudicatory Authority in Private International Law, The Hague Academy Of International Law, Martinus Nijhoff Puplishers, Boston, p34.
2. Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, Hart publishing ,Oxford and Portland, Oregon, 2015, p105.

The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

The authority of the judge in dispute to strip the jurisdiction of the national judiciary

(*A comparative study*)

Sarah Sadiq Saget **Ayad mutashar sayhud**

College of Low

Ssadq5716@gmail.com

ayadmutshr@gmail.com

Abstract:

The authority of the judge embodied in strip the competent national court of its international judicial jurisdiction in favor of another foreign court, and to a different extent, either the judge refers the case after individuals adhere to the referral for the same case before the foreign court, or they adhere to the negative agreement of jurisdiction, or his authority may be limited to the extent of Accepting the implementation of the foreign judgment or rejecting it after stripping the jurisdiction of voluntary submission, while limiting it to defining the role of the national judge in facing the negative will of jurisdiction.

The study reached a set of results and proposals that were mentioned in the conclusion of the research.