فاعلية مبدأ الخضوع الإرادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية
-دراسة تحليلية مقارنة-

م.د. مراد صائب محمود
كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة كركوك

م. هلو محمد صالح
كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة كركوك

مُقَدِّمَة

١. مدخل تعريفي بموضوع البحث

يعد مبدأ سلطان الارادة من المبادئ الراسخة في نطاق القانون الدولي الخاص. ويتجلى هذا الشي في مجال تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم. حيث أن قوانين أغلب الدول نصت صراحة على منح الارادة دوراً كبيراً في تحديد القانون الواجب التطبيق وتعيين المحكمة المختصة في علاقة قانونية دولية خاصة مشوبة بعنصر أجنبي. بالنسبة للدول التي تتبنى النظام الأنجلوسكسوني تحديداً، فأن القانون يعترف بدور متساوٍ للإرادة سواء في مسألة تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي كما هو الحال مثلا في القانون الإنكليزي والامريكي، وكذلك الحال نفسه ينطبق على بعض الاتفاقيات الهامة في هذا الخصوص مثل اتفاقية بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في المسائل التجارية والمدنية في دول الاتحاد الاوروبي لعام ٢٠٠٢، واتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥. أما بالنسبة للبعض من الدول التي تتبنى النهج اللاتيني، فان الاعتراف للإرادة بدور في مجال الاختصاص القضائي الدولي تعد مسألة غير محسومة قانوناً نظراً لسكوت المشرع عن النص صراحة على هذا المبدأ كما هو الحال بالنسبة للقانون العراقي، أو غير محسومة فقهياً بسبب اختلاف الفقه حول تفسير هذا المبدأ وتحديداً عندما يكون سالباً للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، كما هو الحال في القانون المصري.

٢. مشكلة البحث

لم ينظم قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وبخلاف المشرع المصري، قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم

العراقية، وبالتالي اكتفى بإحالة الأمر الى قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة [٢]١٩٥١. وبالرجوع الى هذه القواعد في القانون المدني نجد أن المشرع أكتفي بتحديد الحالات التي تختص فيها المحاكم العراقية بنظر النزاع المشوب بعنصر أجنبي في المادتين (١٤) و (١٥) وبدون التطرق الى ضابط الخضوع الإرادي . من الممكن القول، أسوة بما يذهب اليه البعض من فقه القانون الدولي الخاص العراقي[٣]، بانه على الرغم من عدم النص صراحة على هذا المبدأ كضابط من ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، الا انه لا يوجد مانع بعدم الأخذ به وذلك باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً والذي نص عليها المشرع العراقي في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي باعتباره من مصادر القانون الدولي الخاص.[٤] على الرغم من رجاحة التبرير الذي يقوم عليه هذا الرأي، الا انه لا يستقيم حسب اعتقادنا المتواضع الأخذ به علي إطلاقه و ذلك بسبب تعارضه مع المبدأ العام بخصوص الاختصاص الولائي للمحاكم العراقية المنصوص عليه في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩[٥]، والمادة (٦) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩[٦] .وحيث أن قواعد الاختصاص الولائي للمحاكم العراقية هي من ضمن النظام العام، فأن أي شرط لاستبعاد المحاكم العراقية من النظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي داخلة ضمن اختصاصها أصلاً قد لا يُعترف به من قبل المحاكم العراقية إذا ما تم الطعن به أمامها. في الوقت نفسه فأن أي شرط لجلب الاختصاص للمحاكم العراقية من قبل أطراف العقد قد يستبعد أيضاً من قبل المحكمة لكونها ليست مختصة أصلاً للنظر في النزاع من الناحية الموضوعية عملاً بنص المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩[٧] و المفهوم المخالف لنص المادة السابعة من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨. عليه فأن مشكلة البحث الرئيسية تنحصر في ضبابية الأثر القانوني لاتفاق المحكمة المختصة و المعينة من قبل أطراف العقد، والسبب في ذلك يُعزى الى غياب النص القانوني بخصوص الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية والمبني على ضابط الخضوع الإرادي من جهة، والتعارض بين نص المادة (٣٠) من القانون المدني والمواد (٢٩) و (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي من جهة أخرى.

٣. فرضية البحث

يستند هذا البحث على فرضية رئيسية مفادها أن تطبيق قواعد الخضوع الإرادي كأحد ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية يُعد أمر غير محسوم قانوناً وذلك بسبب عدم النص عليه صراحة في القانون العراقي وتناقض وتعارض المبادئ العامة الواردة في قوانين متفرقة من التشريعات العراقية بخصوصه، وبخلاف المشرع في دول أخرى كما هو الحال مثلاً في القانون المصري والقانون الأوروبي. مع ذلك، وبالاسترشاد بنصوص المواد (٣٠) من القانون المدني العراقي، (٧٧) و (٢٩) من قانون المرافعات العراقي، (٦) و (٧) من قانون تنفيذ أحكام، يمكن القول بأنه من أجل تحديد الأثر القانوني لشرط المحكمة المختصة الوارد في العقد (الخضوع الإرادي) في القانون العراقي، يجب علينا أن نميز بين نوعين من الشروط؛ الشرط الجالب للاختصاص لصالح المحاكم العراقية والشرط السالب للاختصاص من المحاكم العراقية. بالنسبة للشرط الذي يتم بموجبه الخضوع إرادياً من قبل أطراف الدعوى لولاية القضاء العراقي، فأنه لا يوجد ما يمنع من تفعيل هذا الشرط والقبول به من قبل المحاكم العراقية، غير أنه يجب ألا يستبعد أيضاً احتمالية تطبيق الجواز القانوني الذي أعطته المادة (٧٧) من القانون العراقي للمحكمة برد سماع الدعوى بحجة عدم اختصاصها الموضوعي. أما بالنسبة للشرط الذي يضعه أطراف العلاقة القانونية والذي يتم بموجبه استبعاد القضاء العراقي من النظر في قضية داخله ضمن اختصاصها الموضوعي أصلاً، فأنه لا يمكن الأخذ به وتستطيع المحكمة أن تتمسك باختصاصها في حال الطعن به أمامها من قبل الغير أو تحكم به من تلقاء نفسها وذلك بسبب تعلق قواعد الاختصاص الولائي بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بإرادة الأطراف. هذه الفرضية سوف يتم مناقشتها وتحليلها من خلال مباحث هذا البحث.

٤. أهمية البحث وسبب أختياره

يتمتع موضوع البحث بأهمية عملية متزايدة في الوقت الحالي بالنسبة للقانون العراقي تحديداً، وبسبب هذه الأهمية جاء اختيار هذا الموضوع للبحث فيه. حيث أن الواقع العملي أفرز حالة لجوء المؤسسات الحكومية وغير الحكومية من شركات وهيئات وتجّار الى الشركات الأجنبية للتعاقد معها لتنفيذ العديد من المشاريع المختلفة مثل عقود التراخيص الاستثمارية والعقود بصيغة الإحالة المباشرة وغيرها من العقود التجارية الأخرى.

وفي الوقت الذي تكون فيه هذه العقود معّدة ومُصاغة مسبقاً في أغلب الأحيان من قبل الشركة الأجنبية، فأنه يجري العمل غالباً على إدراج شرطي القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة لصالح الطرف الأجنبي للتهرب من الخضوع لولاية القضاء العراقي رغم كون الاختصاص أصلاً لصالح المحاكم العراقية. خصوصاً إذا ما علمنا أن القوانين والتشريعات التي صدرت في العراق أجازت لهذه الجهات اللجوء الى هيئات التحكيم الدولية من أجل فض النزاعات المحتملة بينها وبين الشركات الأجنبية، مثل قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠[٨] وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤[٩]. وهنا يبرز أهمية هذا البحث ودوره في تسليط الضوء على النتائج والآثار القانونية الإيجابية منها والسلبية المترتبة على الخضوع لولاية القضاء العراقي أو استبعاده باتفاق إرادي، آخذين بنظر الاعتبار الغموض الذي يلف القانون العراقي حول هذا الأمر وموقف القضاء العراقي أيضاً.

٥. منهجية البحث

أن طبيعة موضوع البحث تستوجب من الباحثين اعتماد المنهج التحليلي المقارن من أجل تسليط الضوء بشكل كاف على إشكالية البحث ومن ثم التوصل الي النتائج المتوخاة واقتراح التوصيات المناسبة بشأنها. ولغرض تحقيق هذه الغاية سيتم تحليل ومناقشة موقف القانون العراقي ومقارنته بموقف المشرعين المصري والتركي ومن ثم موقف المشرع الأوروبي والمتمثل في اتفاقية بروكسل الخاصة بالمحكمة المختصة في النزاعات المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠٠، وموقف المشرع الأمريكي، وأخيرا موقف اتفاقية لاهاي بخصوص اختيار المحكمة المختصة في المنازعات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠٥.

٦. هيكلية البحث

سيتم البحث في موضوع الخضوع الإرادي ودوره في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية من خلال مبحثين؛ في المبحث الأول سنتناول ماهية بمبدأ الخضوع الإرادي كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي وبيان الصور التي يتخذها، والذي بدوره سينقسم الى مطلبين؛ المطلب الأول سيخصص لتعريف الخضوع الإرادي ، في حين سيتم بيان الصور التي يتخذها الخضوع الإرادي في المطلب الثاني منه. المبحث الثاني سيتناول بالتحليل والمناقشة الأثار القانونية التي

ينتجها مبدأ الخضوع الإرادي من خلال تقسيمه الى مطلبين أيضاً؛ المطلب الأول سيخصص لبحث الأثر الجالب لمبدأ الخضوع الإرادي من حيث الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، في حين سيفرد المطلب الثاني للخوض في الأثر السالب لهذا المبدأ من حيث الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية أيضاً. موقف القانون العراقي والقوانين والتشريعات المقارنة سيتم بيانها بشكل من التحليل والتفصيل من خلال مباحث ومطالب هذا البحث ووفقاً للهيكلية التي تم توضيحها. نهاية البحث ستتضمن خاتمة موجزة يتم من خلالها بيان خلاصة النتائج التي تم التوصل اليها في ختام هذا البحث وخصوصاً ما يتعلق منها بموقف المشرع العراقي ومن ثم ذكر مجموعة من المقترحات التي يعتقد الباحثان بأنها جديرة بترصين موقف المشرع العراقي بخصوص مشكلة البحث.

المبحث الأول

ماهيّة الخضوع الإرادي كضابط من ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

سيتم التعرف في هذا المبحث على مبدأ الخضوع الإرادي من ناحية الأساس القانوني الذي يقوم عليه في التشريعات وكذلك التعريف القانوني والفقهي له في القوانين المقارنة وفي فقه القانون الدولي الخاص، ومن ثم تبيان الصور المختلفة التي يتجسد فيها هذا المبدأ في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والإشكالات القانونية التي تثار بخصوصه في هذا المجال، جميع هذه المسائل سوف يتم تناولها من خلال مطلبين:

المطلب الأول سيخصص للتعريف بمبدأ الخضوع الإرادي والأساس القانوني الذي يقوم عليه.

أما **المطلب الثاني** فسوف يكون مجالاً للبحث والتحليل حول الصور التي يتخذها مبدأ الخضوع الإرادي في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

المطلب الأول

التعريف بمبدأ الخضوع الإرادي والأساس القانوني الذي يستند عليه

تعرّف المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية لعام ٢٠٠٥[١٠] مبدأ الخضوع الإرادي بأنه " الاتفاق الحصري بين طرفين أو أكثر والذي بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المتعاقدة أو محكمة او محاكم محددة لإحدى الدول المتعاقدة من أجل النظر في الدعاوى التي نشأت أو التي قد تنشأ بخصوص

علاقة تعاقدية معينة، حتى وإن كانت الدعوى أصلاً من اختصاص محاكم دولة معينة من الدول المتعاقدة"[١١].

يبدو جلياً من هذا النص بأن الاتفاقية لا تشترط أن يكون هناك رابط بين المحكمة المختارة وبين النزاع من خلال عدم اشتراطها أن تكون المحكمة من بين محاكم الدول التي ينتمي اليها أحد أطراف العقد بجنسيته أو أن تكون محاكم الدولة التي تم فيها ابرام العقد أو تنفيذه، وهذا النهج بالتأكيد لا يتماشى مع الاتجاه الفقهي الذي يدعو الى ضرورة وجود رابط جّدي بين النزاع و بين المحكمة المختارة كشرط من شروط تفعيل اتفاق المحكمة المختصة[١٢]. حيث يدعو البعض من فقه القانون الدولي الخاص المصري الي ضرورة تحقق الرابطة الفعلية بين النزاع وبين المحاكم المصرية من أجل قبول الأخيرة للاختصاص المبني على خضوع أطراف العقد[١٣]. وفي هذا الخصوص يتفق الباحث مع الاتجاه الفقهي الحديث الذي يدعو الى عدم اشتراط وجود رابط جدّي بين المحكمة المختارة وبين النزاع، حيث أن تفعيل واحترام المحاكم لإرادة الأطراف في اختيار المحكمة المختصة يعد من الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص وهو بهذا يوفر الاستقرار والطمأنينة القانونية لأطراف العقد من خلال معرفتهم المسبقة بالمحكمة التي سوف تنظر في أي نزاع محتمل بينهم وان الطرفان سوف لن يفاجئا برفض المحكمة المختارة النظر في الدعوى بحجة عدم الاختصاص. وأن أتفاق اختيار المحكمة مبني على مدى ثقة المتخاصمين بقضاء دولة معينة من عدمه ومدى ملاءمة الإجراءات القضائية في النظام القانوني للمحكمة المختارة من قرينتها في دولة أخرى وسهولة التنقل وغيرها من المسائل الأخرى.، هذا إذا ما علمنا بعدم تأثر الاختصاص القانوني بشرط تعيين المحكمة وذلك لاستقلال شرط المحكمة المختارة من شرط القانون المختار، وان اختيار محكمة معينة لا يعني بالضرورة تطبيق قانون تلك المحكمة على النزاع. وبنفس هذا المفهوم يرى أستاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش بأن الخصومة هي ملك لأصحابها وان أي تقييد لإرادة الأطراف من خلال عدم الاعتراف بشرط المحكمة المختارة يتنافى مع قواعد العدالة ومبدأ سلطان الإرادة، فضلاً عن ذلك فأن ذلك يؤدي الى سهولة تنفيذ الحكم بعد صدوره من قبل المحكمة المختارة[١٤].

أن ما يميز شرط المحكمة المختصة أيضاً وفقاً لهذه الاتفاقية أن المحكمة المعقودة لها الاختصاص وفقاً لإرادة الأطراف لا يمكن

لها أن تتنازل عن الاختصاص في نظر الدعوى بحجة عدم اختصاصها مثلا أو بحجة ضرورة رفع الدعوى أمام محكمة دولة أخرى بداعي اختصاص الاخيرة في موضوع النزاع[١٥].

بالمقابل فأن اتفاقية بروكسل الأوروبية الخاصة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١ في مادتها الثالثة والعشرون (الفقرة الأولى) تورد تعريفاً ضمنياً لمبدأ الخضوع الإرادي لا يختلف كثيراً عن مفهوم الخضوع الإرادي الوارد في اتفاقية لاهاي المشار اليها أعلاه، وذلك بقولها: "يحق لطرفي العقد، في حال كون أحدهما او كليهما مقيماً في إحدى دول الاتحاد الأوروبي، أن يتفقا على اخضاع النزاع القائم أو المحتمل قيامه لمحكمة أو محاكم إحدى دول الاتحاد، يجب على المحكمة المختارة أن تمارس الاختصاص القضائي، و يعد اختصاص المحكمة المختارة هنا اختصاصاً حصرياً لا يجوز التنازل عنه لصالح محكمة أخرى"[١٦].

يُلاحظ أولاً بأنه على الرغم من أن كلتا الاتفاقيتين قد منحتا الصلاحية المطلقة لإرادة أطراف العقد لاختيار محاكم اية دولة، حتى وإن لم تكن لها رابط جّدي بالنزاع، وأن كانت الدعوى داخلة أصلاً ضمن اختصاص محاكم دولة معينة بذاتها. غير أنهما تشترطان بإن تكون المحكمة المختارة من ضمن محاكم إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية[١٧] .وبلا شك فأن هذا يعد شرطاً بديهياً يجب أدراجه لغرض الاستفادة من المزايا والتسهيلات التي تقدمها هذه الاتفاقيات للدول المنظمة اليها وسهولة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم في هذا الخصوص. يُلاحظ أيضاً بأن شرط الخضوع الإرادي يشمل النزاعات المحتملة التي قد تنشأ بين أطراف العقد، وهذا هو المتماشي و الشائع في عقود التجارة الدولية حيث يتم إدراج الشرط مسبقاً عند التعاقد و يحدد من خلاله المحكمة المختصة للنزاعات المحتملة، فضلاً عن ذلك فأن كل من الاتفاقيتين تجيزان لأطراف العقد الاتفاق اللاحق على اختيار المحكمة التي تنظر في النزاع القائم بينهما[١٨]. وفي نظر الباحث، أن إمكانية الاتفاق اللاحق على الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة وفقاً لهذا الفرض، لا يخرج عن صورتين؛ أما عن طريق اتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي وذلك بعد قيام النزاع، أو عن طريق إدراج بند في العقد الأصلي يتفق من خلاله طرفي العقد على الاتفاق بتعيين المحكمة المختصة في حال قيام النزاع. وسواء أكان هذا الأمر أم ذاك، فأن النتيجة تبقى واحدة وهي المُكنة التي

منحتها الاتفاقيتين لأطراف العقد بالاتفاق على الخضوع الإرادي بعد قيام النزاع.

أما بالنسبة للقانون الأمريكي، فأن جذور الاعتراف بمبدأ الخضوع الإرادي يرجع لعام ١٩٠٧، حيث تبنت المحكمة العليا الفدرالية للولايات المتحدة الاتجاه الذي يعتبر فيه حق الأطراف في اختيار المحكمة المختصة من الأمور التي لا يمكن إنكارها وذلك في قرارها الشهير في قضية (*Zapata v. Unterweser*) [١٩] مغيراً بذلك أتجاه المحاكم الأمريكية برفض اتفاق اطراف التعاقد بتحديد المحكمة المختصة التي تنظر في نزاعاتهم المحتملة ، والذي كان سائداً في القانون الأمريكي وخصوصاً في عقود البيوع البحرية وذلك بسبب تعارض هكذا نوع من الاتفاق مع النظام العام[٢٠]. المحكمة الفدرالية أسست حكمها في هذه القضية مبينة أن الاتفاق الذي يتم التوصل اليه بموجب الإرادة المتساوية للأطراف التعاقدية ليس من شأنه أن تعارض النظام العام بخصوص الاختصاص الولائي للمحاكم الأمريكية مالم يتبين من الظروف أن الغرض من أدراج الشرط هو التحايل على القانون[٢١]. على الرغم من أن المبدأ الأساس الذي قررته المحكمة الفدرالية الأمريكية قد أصبح مساراً عاما تمشي عليه المحاكم الأمريكية، الا أن مواقف هذه المحاكم قد تباينت في رفض أو قبول شرط الخضوع الإرادي ، ليس من باب تعارضه مع النظام العام، بل لاعتبارات تتعلق بمدى عدالة وملائمة هذا الشرط بالنسبة لأطراف العقد من وجهة نظر المحكمة التي اختيرت، وقد أدى هذا الأمر الى عدم توحد المحاكم في نهجها بخصوص تفعيل شرط المحكمة المختصة من عدمه بسبب اختلاف قانون كل ولاية[٢٢]، الأمر الذي أدى بنقابة المحاميين الأمريكيين (American Bar Association) في عام ٢٠٠٦ حّث الحكومة الأمريكية الى ضرورة المصادقة على اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لما توفره هذه الاتفاقية من يقين قانوني و أحكام موحدة بخصوص مبدأ الخضوع الإرادي لاختصاص محاكم معينة[٢٣]. عليه، فأنه على الرغم من خلو القانون الأمريكي من تعريف صريح لمبدأ الخضوع الإرادي ، الا ان الأساس الذي سارت عليه المحاكم الأمريكية هو فكرة (الاتفاق) العادل والخالي من نية الغش أو التحايل على القانون والنظام العام. وبهذا المفهوم فأن فكرة الخضوع الإرادي لا تختلف كثيراً من حيث الأساس عن الفكرة التي تبنتها كل من اتفاقية لاهاي وبروكسل، غير إن القانون الأمريكي متمثلاً بالقوانين الإقليمية للولايات

قد تباين في مدى تفعيل هذا الشرط من عدمه تاركاً بذلك الآمر للسلطة التقديرية للمحكمة المختارة[٢٤].

القانون التركي بدوره أيضاً يورد نصاً مفصلاً حول مبدأ الخضوع الإرادي في المادة ٤٧ من القانون الدولي الخاص التركي رقم ٥٧١٨ لسنة ٢٠٠٧[٢٥] بقولها: "في حال عدم اختصاص المحاكم التركية في نظر الدعوى بسبب الارتباط الإقليمي، فأنه يحق للأطراف أن يتفقوا على إخضاع النزاع لمحاكم دولة أجنبية، والاتفاق يعد نافذاً فقط في حال تثبيته في العقد كتابةً، وبشرط عدم دفع المحاكم التركية باختصاصها في نظر الدعوى، أما في حالة رفض المحكمة الأجنبية المختارة النظر في النزاع، فتعد المحاكم التركية هي المختصة"[٢٦]. المادة هذه تتطرق لجملة من المسائل الهامة حول مبدأ الخضوع الإرادي والتي سيتم التطرق اليها لاحقاً من هذا البحث، ولكن بقدر تعلق الأمر بمفهوم وتعريف هذا المبدأ، فأن القانون التركي لا يلزم الأطراف أيضاً بأن تكون المحكمة المختارة مرتبطة بالنزاع ارتباطا جدّياً، غير أنه في الوقت نفسه فأن صحة هذا الاتفاق مشروط بعدم تعلق الدعوى بالاختصاص الإقليمي للمحاكم التركية، في أشاره صريحة من هذا القانون بعدم الاعتراف بالشرط السالب للاختصاص[٢٧]، وهذا ما سوف يتم بحثه مفصلاً من المبحث الثاني من هذا البحث.

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد تجنب المشرع إيراد تعريف لمبدأ الخضوع الإرادي عند نصه له في المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية المصري، مكتفياً بالنص: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً". يلاحظ بأن النص الذي أورده المشرع المصري هو نص عام لم يحسم فيه عدة مسائل هامة مثل مدى توافر الارتباط الجُدي بين النزاع وبين المحاكم المصرية المختارة من جهة، و مدى تفعيل شرط الخضوع اذا كان سالباً لاختصاص المحاكم المصرية من جهة أخرى[٢٨] تاركاً بذلك الأمر ليكون محلاً للاجتهادات الفقهية[٢٩]، وهذا ما سيتم تناوله بصورة أكثر تفصيلاً في المبحث الثاني من هذا البحث. غير أن هذا لم يمنع البعض من فقه القانون الدولي الخاص المصري بتعريف الخضوع الإرادي بأنه "اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء الدولة حتى لو لم تكن محاكمها مختصة بالنزاع أصلاً وفقا لأي من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الاخرى المقررة في قانونها"[٣٠]

تبقى لنا أخيراً في هذا المطلب أن نضيف بأن القانون العراقي قد خلا تماماً، على عكس القوانين المقارنة، من تعريف أو إشارة لمبدأ الخضوع الإرادي في مجال الاختصاص القضائي الدولي. غير أن هذا لم يمنع البعض من شراح القانون الدولي الخاص العراقي من التطرق ومحاولة إيراد تعريف لهذا المبدأ، حيث أنه، وتماشياً مع الاتجاهات الفقهية والقانونية التي تمت ذكرها أعلاه في هذا المطلب، ذهب جانب من شّراح القانون الدولي الخاص العراقي الى تعريف مبدأ الخضوع الإرادي بأنه: "اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء دولة معينة والخضوع لها، حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلاً بنظر النزاع بموجب أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يحددها مشرع تلك الدولة"[٣١]. ونحن بدورنا نضيف أيضاً بأن التعريف أعلاه قد خلا بدوره عن ذكر الصور التي يتخذها شرط الخضوع الإرادي ، والذي قد يتخذ صورة الاتفاق الصريح أو الاتفاق الضمني، الأمر الذي سيتم تناوله في المطلب أدناه.

المطلب الثاني

الصور التي يتخذها مبدأ الخضوع الإرادي

من المعلوم أن أي عقد تجاري دولي له ارتباط خاص بأكثر من دولة من أجل أن يكون مصاغاً بصورة قانونية محكمة، يجب أن يتضمن شرطي القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة يحدد من خلالهما محكمة معينة من محاكم دولة معينة تكون مختصة في الفصل في المنازعات الناشئة او التي قد تنشأ لاحقا عن تطبيق العقد ومن خلال تطبيق قانون معين لدولة معينة[٣٢]. الاختصاص المتأتي من خلال هذا الشرط يسمى بالخضوع الإرادي [٣٣]، ويسمى أحيانا أخرى بالاختصاص الحصري[٣٤]، وذلك لتمييزه عن الاختصاص الاصلي للمحاكم المبني على ضوابط إقليمية وشخصية. أن شرط الخضوع الإرادي قد يُتفق عليه صراحة في العقد من خلال بند خاص يدرج ضمن بنود العقد الأخرى تحت مسمى (شرط المحكمة المختصة) أو (حل النزاعات)، ويسمى الخضوع في هذه الحالة بالخضوع الإرادي الصريح. وقد لا يتضمن العقد أية إشارة صريحة لهذا الشرط ولكن يستفاد من ظروف أخرى أن نيّة المتعاقدين قد اتجهت لإخضاع النزاع لمحاكم دولة معينة، ويسمى الخضوع في هذه

الحالة بالخضوع الإرادي الضمني. سنتناول بالدراسة في هذا المطلب هاتين الصورتين من صور الخضوع الإرادي في فرعين مستقلين وكل على حِدة.

الفرع الأول

الخضوع الإرادي الصريح

يكون الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة صريحاُ عندما يُنص عليه صراحة في العقد المبرم بين طرفي العلاقة القانونية[٣٥]. بتعبير أخر، القبول الصريح بالخضوع لولاية محاكم دولة معينة يتجسد في صورة الشرط (المانح) والذي يتم من خلاله الاتفاق المسبق أو اللاحق على إخضاع النزاع القائم أو النزاع الاحتمالي لولاية محاكم معينة في دولة أو (دول معينة) في صورة وثيقة مكتوبة تدرج ضمن بنود العقد المنظم للعلاقة القانونية بين الطرفين[٣٦]. أي بمعنى ان القبول الصريح أما يكون على شكل بند يدرج ضمن بنود العقد الأخرى ويكون في هذه الحالة سابقاً للنزاع، أو قد يتخذ صورة الاتفاق اللاحق المستقل عن العقد الأصلي و في هذه الحالة يكون الخضوع لاحقاً على قيام النزاع[٣٧]. وقد اشترطت المادة الثالثة/ ج من اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لسنة ٢٠٠٥ صراحة بأن شرط الاتفاق بخصوص الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة يجب ان يُنص عليه صراحة في العقد من خلال الكتابة او من خلال اية وسيلة تخاطب أخرى يمكن من خلالها اثبات الاتفاق بين الطرفين[٣٨].

يبدو واضحاً للوهلة الأولى من قراءة نص المادة الثالثة/ ج من الاتفاقية ان النص اعلاه قد تمت صياغته بشكل قانوني مرن يمكن من خلاله استيعاب شروط الخضوع الإرادي للمحاكم التي يتم الاتفاق عليها بشكل تقليدي من خلال الكتابة الورقية او بالطرق غير التقليدية المتمثلة بالوسائل الإلكترونية الحديثة[٣٩]، وهذه بلا شك خطوة يحمد عليها منظمو هذه الاتفاقية بالنظر للتطورات الكبيرة التي شهدتها التجارة الإلكترونية و تفوق التعاقد الالكتروني على التعاقد التقليدي في الوقت الراهن، وبالتالي فان شروط استخدام المواقع الالكترونية مثلا والتي تتضمن شرط المحكمة المختصة يعتبر بالتالي وفقا لهذه الاتفاقية اتفاقاَ صريحا بالخضوع الإرادي حاله حال الاتفاق الورقي التقليدي[٤٠].

الأمر لا يختلف كثيراً في اتفاقية بروكسل الاوروبية لعام ٢٠٠١، حيث جاءت المادة الثالثة والعشرون من هذه الاتفاقية بنص مماثل تقريباً لما ورد في المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المشار اليها أعلاه، حيث اشترطت المادة (٢٣)

من اتفاقية بروكسل بضرورة أن يكون الاتفاق بصيغة كتابية أو اية صيغة أخرى يجعل أثبات الاتفاق ممكنًا، غير أن ما يميز اتفاقية بروكسل الاوربية هو النص صراحة على الاعتراف بالاتفاق الذي يتم التوصل عن طريق وسائل التواصل الالكترونية[٤١].

باعتقادنا المتواضع أن اشتراط الكتابة أو ما يعادلها من أجل الاعتراف بشرط الخضوع الإرادي حسب الاتفاقيتين المشار اليهما أعلاه ما هو الا لضمان التأكد من توافق الإرادتين فعليا على شرط الخضوع الإرادي باعتباره بندا من بنود التعاقد وما يمثله هذا الشرط من أثار مهمة من حيث اخضاع النزاع لمحاكم معينة وهذا يستوجب أن يعي كل من طرفي العقد هذا الشرط والاثار المترتبة عليه، ولا يمكن ضمان ذلك الا من خلال اشتراط الكتابة او ما يعادلها. غير أن مسألة التوافق و تطابق الارادتين ليست بالمسألة المحسومة دائمًا، وهنا يثور السؤال التالي: هل أن أحد طرفي العقد قد وافق فعلاً على شرط الخضوع الإرادي رغم توقيعه للعقد؟ فالتساؤل بشكل أوضح يثور هنا حول مدى الصحة الموضوعية لشرط المحكمة المختصة (شرط الخضوع الإرادي) المنصوص عليه في العقد؟ والقانون الواجب التطبيق الذي يتم بموجبه البت في صحة ونفاذ الشرط؟ والسيناريو قد يبدو أكثر صعوبة في حالة شرط الخضوع الإرادي المنصوص عليه في التعاقدات الالكترونية عبر مواقع التسوق الإلكترونية. ففي هذا الخصوص ذهبت محكمة العدل الاوربية في قضية *Colzani v. RüWA*[٤٢] الى عدم الاعتداد بشرط الخضوع الإرادي المنصوص عليه في ظهر ورقة التعاقد الأصلية معتبراً ذلك قرينة قانونية مفادها ان الطرف الثاني لم يعلم بوجود هكذا شرط وبالتالي فأن موافقته عليها معدومة. المحكمة بينت في حكمها أن متن العقد الرئيسي كان من المفروض ان يتضمن اشارة بوجود هكذا بند في ظهر الورقة التعاقد وبالتالي فان العقد الرئيسي يصح و يعد شرط الخضوع الإرادي باطلاً وذلك لمخالفته لمعايير صحة النفاذ المنصوص عليها في المادة الثالثة والعشرون من اتفاقية بروكسل الامريكية. الأمر نفسه يطبق على شروط و احكام التعاقد الخاصة بالعقود الالكترونية المبرمة بواسطة مواقع التسوق الالكترونية، وهناك العديد من السوابق القضائية في هذا الخصوص[٤٣]. ففي قضية *Ryanair Ltd v. Billigfluege.de Gmbh*[٤٤] الشهيرة مثلاً، تبنت محكمة العدل الأوربية موقفًا مغايراً وذلك باعتباره شرط الخضوع الإرادي المنصوص عليه ضمن

شروط و احكام استخدام الموقع الإلكتروني الخاص بالمدعى عليه نافذاً وصحيحاً وبالتالي لا يمكن للمدعي الادعاء بجهله بهذا الشرط، المحكمة بينت في حكمها أن شروط و احكام استخدام الموقع الالكتروني كان من السهولة تصفحها بمجرد الضغط على أيقونة (الشروط و الأحكام) في الموقع الالكتروني، وبالتالي فأن هذا يعد قرينة على العلم بمضمون هذه الشروط ومن ضمنها شرط الخضوع الإرادي طبعاً[٤٥].

أما في القانون الأمريكي، فأن المحاكم تميل بشكل كبير جداً الى تفضيل شرط الخضوع الإرادي و تأكيد ارادة الاطراف في تفعيل هذا الشرط[٤٦]. وفي هذا الخصوص تحديداً، فأنه على الرغم من أن القانون الأمريكي يتميز بتنوعه من ولاية الى أخرى، الا أن الاتجاه العام الذي تسير عليه المحاكم في أغلب الولايات الأمريكية هو التفرقة بين الخضوع الإرادي الملزم و الخضوع الإرادي الغير ملزم[٤٧]. ففي حالة كون شرط الخضوع الإرادي والذي من خلاله يتم تحديد وتسمية المحكمة التي تنظر في النزاع صريحاً في العقد فأن المحاكم تكون ملزمة بقبوله[٤٨]، بخلاف ذلك فأن المحاكم لن تكون ملزمة بتفعيل شرط الخضوع الإرادي في حال كون الاشارة للمحكمة المختصة غير صريحاً[٤٩]. عليه نستنتج مما سبق أن المعيار الذي تتبعه المحاكم الامريكية للتميز بين الخضوع الإرادي الملزم و الخضوع الإرادي الغير ملزم هو (الكتابة)، وبالتالي فأن القانون الامريكي في أغلب الولايات لا يشترط الكتابة الصريحة للاعتراف بصحة الاتفاق بالخضوع لسلطة محاكم معينة، بل أن الكتابة هي شرط لإلزام المحكمة بقبول شرط الخضوع من عدمه، وفي هذه الجزئية يختلف القانون الأمريكي عن اتفاقية لاهاي و اتفاقية بروكسل المشار اليهما مسبقاً في هذا المبحث.

القانون التركي بدوره يتبنى موقف أكثر تشدداً مما سبق من القوانين المقارنة و ذلك باشتراطه صراحة في المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي رقم ٥٧١٨ لسنة ٢٠٠٧[٥٠] أن يكون شرط الخضوع الإرادي للمحاكم الأجنبية مثبت بشكل كتابي في العقد بين الأطراف، وبخلاف ذلك لن يكون لهذا الشرط أي اعتبار[٥١]، غير أن ما يجعل موقف المشرع التركي أكثر تشدداُ ليس هو اشتراط الكتابة فقط، بل ان هناك عددا من الأسباب الاخرى التي سوف نفصلها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث.

أما بالنسبة للقانون المصري، المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري النافذ

جاءت واضحة في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا قبل الخصوم الخضوع لولايتها صراحة أو ضمناً، وبهذا يكون المشرع المصري قد ساوى بين الخضوع الصريح والخضوع الضمني في هذا الشأن متجاوزاً بذلك النقد الذي كان موجهاً للنص القديم في المادة (٨٦٢) من قانون المرافعات الملغي والذي كان مقتصراً على حالة القبول الصريح[٥٢]. هذا وعلى عكس القانون التركي و اتفاقيات لاهاي وبروكسل المشار اليهم آنفاً في هذا المبحث، فأن القانون المصري لا يتضمن أي توضيح حول الخضوع الإرادي الصريح وهل يفهم من ذلك الاتفاق الكتابي أو ما يعادله أيضا؟ يجيب البعض من فقه القانون الدولي الخاص المصري على ذلك بالقول أن الخضوع الإرادي الصريح لولاية المحاكم المصرية يكون أما من خلال إدراج الشرط المانح للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية في التصرف القانوني المتمثل في العقد المبرم بين الاطراف، والاتفاق بالخضوع الإرادي في هذه الحالة يكون سابقاً على قيام النزاع[٥٣]، أو قد يكون الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع عن طريق أتفاق مستقل بين الخصوم بوثيقة مكتوبة تتضمن تعيين محاكم دولة معينة للنظر في الخصومة القضائية بين طرفي التصرف القانوني[٥٤].

وبهذا يتبين لنا بانه سواء كان الاتفاق بالخضوع الإرادي الصريح سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً عليه، فأن غالبية فقه القانون الدولي الخاص المصري يرى بضرورة توفر شرط (الكتابة) من أجل أن يكون الخضوع الإرادي صريحاً، وهذا يتفق مع الاتجاه العام السائد في القوانين المقارنة والتي تم تحليلها سابقاً في هذا المبحث.

فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فأنه وعلى الرغم من خلو القانون العراقي من النص على مبدأ الخضوع الإرادي ، كما أسلفنا سابقا في بداية هذا البحث، فأننا نعتقد بإمكانية أتفاق أطراف العقد بالخضوع لولاية المحاكم العراقية حصراً[٥٥]، شريطة أن يكون هذا الاتفاق بشكل كتابي في العقد المنظم بينهما. ونستدل بنص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠، والتي نصت بفقرتها الرابعة على أنه: "اذا كان احد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على أليه حل النزاع بما فيها الالتجاء الى التحكيم..."، وكذلك نص الفقرة الخامسة من نفس القانون المذكور التي تقول "... أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد

المنظم للعلاقة بين الاطراف". يبدو واضحاً من صياغة هاتين الفقرتين أن المشرع العراقي يشترط الكتابة من أجل الاعتراف بشرط التحكيم، فمن باب أولى أن الكتابة يجب أن تشترط أيضاً عند منح الاختصاص للمحاكم العراقية أو سلبه منها، من منطق أن شرط المحكمة المختصة و شرط التحكيم كلاهما أسلوبان من أساليب تسوية المنازعات في المسائل المدنية والتجارية. أضف لذلك بأن صياغة الفقرة الرابعة من المادة السابعة والعشرون تحديداً تشير صراحة لإمكانية أتفاق أطراف النزاع على ألية حل النزاع، وكما هو معلوم في الاصطلاح القانوني أن طرق حل النزاع قد تكون من خلال الالتجاء الى القضاء، وهذا يكون من خلال شرط الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة، وقد تكون من خلال طرق غير قضائية مثل الوساطة والتحكيم.

فضلا عن ما تقدم ذكره أعلاه من خلال مناقشة وتحليل القوانين المقارنة، يذهب جانب من فقه القانون الدولي الخاص الانكليزي[٥٦] الى التمييز بين نوعين من أنواع الخضوع الإرادي الصريح، وهما: الحصري[٥٧] و الغير حصري[٥٨]، وبهذا التمييز أخذت أيضاً اتفاقيتي لاهاي وبروكسل المشارة اليهما أعلاه في هذا المبحث[٥٩].

فالخضوع الإرادي الصريح هو اتفاق الطرفين بالخضوع لمحكمة أو محاكم دولة معينة تحديداً[٦٠]، في حين أن الخضوع الإرادي غير الحصري، هو أتفاق الطرفين بالخضوع لمحاكم دولتين مختلفتين على سبيل التخيير[٦١]، وللتمييز بين هذين النوعين نضرب المثالين التاليين: (أ) أن ينص العقد مثلا "تختص محاكم بداءة بغداد بالنظر في جميع النزاعات الناشئة او التي قد تنشأ عن أبرام او تنفيذ هذا العقد"، (ب) "جميع الدعاوى الناشئة عن ابرام او تنفيذ هذا العقد تكون خاضعة لمحاكم بلد ابرام العقد أو محاكم البلد الذي ينفذ فيه العقد"، فهناك فرق واضح من الناحية القانونية بين الصيغتين، فالخضوع الإرادي وفقاً للحالة الاولى تفرض الزاماً قانونيا على الطرفين برفع الدعوى أمام المحكمة المختارة، وعلى الاخيرة احترام هذه الارادة[٦٢]. في حين ان الاتفاق بالخضوع الإرادي وفقاً للحالة الثانية لا يفرض نفس القوة من الالزام، وبالتالي يبقي الباب مفتوحاً لاختيار أحدى المحكمتين[٦٣].

يتبقى لنا أخيراً في هذا الصدد أن نتسائل عن القانون الذي بموجبه يتم البت في صحة ونفاذ شرط الخضوع الإرادي ، هل هو قانون المحكمة المختارة؟ أم القانون الذي يحكم

أصل العقد؟ هنا يفرق الفقه بين الأثر الإجرائي لشرط الخضوع الإرادي و الاثر الموضوعي له[٦٤]، فالأثر الاجرائي يتمثل في تعيين المحكمة المختصة والمضي قدماً في نظر الدعوى ومدى الصلاحية الولائية للمحكمة المختارة، وبالتأكيد فأن غالبية الفقه يعقد هذا الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع[٦٥]. بتعبير آخر أن اختصاص المحكمة المختارة من قبل الاطراف (المحكمة المرفوعة امامها النزاع) يقتصر على ترتيب أو عدم ترتيب أثار اجرائية على شرط الخضوع الإرادي المنصوص عليه في العقد، حيث لها صلاحية قبول الاختصاص أو رفضه طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون القاضي المعروض امامه النزاع، وهذا المبدأ سائد تحديدا في القانون الانكليزي[٦٦]، وبنفس هذا الاتجاه أيضاً ذهبت المحاكم الامريكية أيضاً في العديد من القضايا منها على سبيل المثال قضية (*Rucker v. Oasis Legal Finance, L.L.C*)[٦٧]. أما الأثر الموضوعي لشرط الخضوع الإرادي المتمثل في طبيعته العقدية المنبثقة من أصل العقد المنظم للعلاقة بين اطراف الدعوى مثل التحقق من سلامة أرادة الاطراف عند الاتفاق على هذا الشرط وجميع المسائل الاخرى المتعلقة بتكوين العقد، فان الاتجاه السائد هو اختصاص القانون الذي يحكم تكوين العقد، وقد يكون هذا القانون هو قانون ارادة الأطراف او اي قانون اخر في حال غياب قانون الارادة[٦٨].

الفرع الثاني

الخضوع الإرادي الضمني

على العكس من الخضوع الإرادي الصريح والذي يثبت بالكتابة في أغلب الأحوال، فأن الخضوع الضمني لمحاكم دولة معينة هو الذي يستفاد ضمناً من سلوك أطراف الخصومة دون الحاجة لوجود شرط مانح في العقد المنظم للعلاقة القانونية، كأن يقوم أحد أطراف الدعوى باللجوء لمحاكم دولة معينة دون أن يعترض الطرف الأخر أو يطعن بعدم اختصاص تلك المحكمة[٦٩]، وهو بهذا التقدير يكون دائماً بعد قيام النزاع، على عكس الخضوع الصريح الذي قد يكون سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً عليه[٧٠].

وهنا يفرق أستاذنا الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة بين الخضوع الإرادي من جانب المدعي، والخضوع الإرادي من جانب المدعى عليه، فالخضوع الإرادي من جانب المدعي يتمثل في اقامه دعواه امام محكمة دولة معينة لا يدخل ضمن اختصاصها الاصيل النظر في الدعوى وفقاً لقانون تلك المحكمة[٧١]، أما

حضور المدعى عليه لجلسات المرافعة دون الطعن بعدم الاختصاص ابتداءاً فأنه يمثل خضوعاً ارادياً ضمنياً من جانب الأخير لولاية المحكمة المختارة من قبل المدعي[٧٢]. وهنا يذهب جانب أخر من فقه القانون الدولي الخاص العربي الى معارضة فكرة الخضوع الإرادي من جانب المدعي، كون ان فكرة الخضوع الإرادي لا يمكن تصوره الا من جانب المدعى عليه وذلك من خلال حضوره جلسات الدعوى دون اثارة الطعن بعدم الاختصاص، اما المدعي فانه يتخذ سلوكا اجرائيا برفعه الدعوى امام محكمة غير مختصة أصلا، وهذا لا يمكن اعتباره خضوعاً ارادياً[٧٣].

في اعتقادنا المتواضع، أن فكرة الخضوع الإرادي الضمني لا تستقيم الا من خلال الجمع بين سلوك وارادة المدعي و المدعى عليه معاً في آن واحد، فالمدعى عليه عندما يقبل الحضور امام المحكمة التي اختارها المدعي لمقاضاته دون ان يطعن بعدم اختصاص تلك المحكمة، فأنه بذلك يكون بذلك قد وافق ارادة المدعي وبالتالي فان الارادتين قد اتفقتا ضمنياً على اختيار هذه المحكمة، وكل ما في الامر ان ارادة المدعي قد سبقت ارادة المدعى عليه في الخضوع لولاية المحكمة المختارة، وهذه هي في الحقيقة الحكمة او الفكرة الرئيسية للخضوع الإرادي الضمني.

تباينت موقف القوانين والتشريعات المقارنة حول مدى الاخذ بالخضوع الإرادي الضمني كأساس للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم.

لم تعالج اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة حالة الخضوع الإرادي الضمني، حيث ان الاتفاقية تحصر نطاقها بالخضوع الإرادي الصريح والذي يعرف باتفاق المحكمة المختصة[٧٤].

أما بالنسبة لاتفاقية بروكسل، فالمادة الرابعة والعشرون تعالج صراحة مسألة الخضوع الإرادي الضمني بقولها: "فيما عدا الحالات التي يمنح فيها الاختصاص لمحاكم الدول الاعضاء بموجب هذه الاتفاقية، تكون محاكم الدول الاعضاء مختصة اذا ما قبل المدعى عليه الخضوع لولايتها، شريطة عدم الطعن بعدم اختصاص المحكمة وشريطة عدم وجود شرط الخضوع الإرادي الصريح في العقد المبرم بين الطرفين"[٧٥].

عليه فأن الاتفاقية تشترط ثلاثة شروط هامة من أجل الاعتراف بالخضوع الإرادي الضمني:

أولاً: يجب ان يقوم المدعي برفع الدعوى ضد المدعى عليه، وهذا شرط يستخلص بداهة من نص المادة (٢٤)، أما بالنسبة لشروط رفع الدعوى، فالاتفاقية تحيلها لقانون اجراءات المحكمة المرفوعة امامها النزاع[٧٦].

ثانيا: أن يقبل الخصم (المدعى عليه) الحضور والترافع امام المحكمة شريطة عدم الخوض في اختصاص المحكمة موضوعياً والا عد شرط الخضوع الإرادي منتقيا.

ثالثاً، يجب ان تكون المحكمة المختارة غير مختصة اختصاصاً أصيلاً أو اتفاقيا صريحاً، اي بمعني عدم وجود شرط مانح للاختصاص في العقد لصالح محكمة أخرى[٧٧].

عليه فان لجوء المدعي لرفع دعواه امام محكمة معينة و حضور المدعي عليه لا يمكن اعتباره خضوعا اراديا ضمنيا في حال كون محكمة دولة اخرى مختصة اما بموجب قواعد الاختصاص الموضوعي المنصوص عليها في المادة الخامسة من الاتفاقية، أو وجود شرط مانح صريح في العقد المنظم للعلاقة القانونية محدد من خلاله المحكمة المختصة (الخضوع الإرادي الصريح) ووفقا لنص المادة الثانية والعشرون من الاتفاقية[٧٨].

القانون الأمريكي بدوره أيضاً، كنموذج للنظام الانكلوسكسوني، يأخذ بفكرة الخضوع الإرادي الضمني في القانون الدولي الخاص الامريكي الفدرالي المعروف باسم (*Restatement Second of Conflict of Law 1969*)[٧٩] والذي يلزم الولايات الامريكية على قبول محاكمها النظر في الدعاوى عندما يختارها المتخاصمان ضمناً. حيث تنص المادة (٣٤) من القانون المذكور على انه محاكم الولايات لها السلطة في ممارسة الاختصاص الاختياري على الافراد الذين يلجأون اليها كمدعيين بالحق، شريطة لجوء المدعى عليه أيضاً لولاية نفس المحكمة[٨٠]. حيث يبدو واضحاً من هذا النص بأن فكرة الخضوع الإرادي الضمني حسب القانون الامريكي لا يعتد به من قبل المحاكم الا بعد التيقن من توافق ارادة المدعي والمدعى عليه على اختيار نفس المحكمة[٨١]، وهذا الموقف من قبل المشرع الامريكي مشابه الى حد كبير موقف المشرع الاوروبي في المادة (٢٤) من اتفاقية بروكسل المشارة اليها اعلاه. وعلى غرار اتفاقية بروكسل أيضاً، يشترط القانون الامريكي في المادة (٨١) من القانون الدولي الخاص عدم اعتراض المدعى عليه او دفعه بعدم اختصاص

المحكمة المختارة من قبل المدعي عند حضوره للترافع[٨٢].

أذا يتبين لنا واضحاً بان المشرع الأمريكي يأخذ بفكرة الخضوع الإرادي المزدوج من جانب المدعي والمدعى عليه معاً والذي يتوافق مع رأي غالبية فقه القانون الدولي الخاص والذي ذهبنا الى تأييده أيضاً في هذا المبحث[٨٣].

القانون التركي ينتهج موقفاً مغايراً تماماً من خلال اشتراطه في المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي المشار اليه سابقاً[٨٤] بأن يكون أتفاق الخضوع الإرادي مكتوباً وبخلاف ذلك لن يكون للخضوع الإرادي اي اعتبار قانوني. فالقانون التركي جاء متشدداً في عدم تنازله عن ولاية المحاكم التركية في الدعاوى التي تكون لها ارتباط بالإقليم التركي[٨٥]، و فيما عدا الحالات التي تعقد فيها الاختصاص للمحاكم التركية، فأن ارادة الاطراف يجب ان تكون صريحة وبشكل كتابي من اجل ان تقبل المحاكم التركية النظر في الدعوى، وبهذا فان لجوء الاطراف مباشرة للمحاكم التركية بدون اتفاق مثبت في العقد سيواجه بالرفض بحجة عدم الاختصاص.

موقف القانون المصري من الخضوع الإرادي الضمني شهد تغيراً واضحاً بعد تعديل قانون المرافعات المدنية المصري، حيث كان القانون الملغي لا يعترف الا بالخضوع الإرادي لولاية المحاكم المصرية التي تثبت صراحة من خلال الكتابة[٨٦]، الا ان جاء القانون الجديد لينص صراحة على الاعتداد بالخضوع الإرادي الصريح و الضمني معاً مساوياً فيما بينهما من حيث الاثار القانونية التي تترتب عليهما[٨٧]. وعلى غرار فكرة الخضوع الإرادي الضمني في التشريعات المقارنة، يذهب غالبية الفقه المصري الى ان فكرة الخضوع الإرادي تتمثل في حضور المدعى عليه امام المحاكم المصرية دون اثارة عدم اختصاص المحكمة في الجلسة الاولي من المرافعة[٨٨]، ونظراً لسبق الكلام بشكل مستفيض عن هذا الأمر فيما تقدم من هذا المطلب فإننا لن نخوض فيه مرة اخرى في هذا المقام.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فلا نرى وجود أي مانع من الاخذ به على الرغم من عدم نص المشرع العراقي نهائياً على هذا المبدأ كما أسلفنا، غير ان باعتقادنا المتواضع ان مجرد الخضوع لولاية المحاكم العراقية بعد اثارة النزاع قد لا يكون كافياً لعقد الاختصاص للمحاكم العراقية، فوجود الرابط بين موضوع الدعوى والاقليم العراقي قد يكون شرطاً هاماً في بعض الأحوال وخصوصاً في الدعاوى

العينية العقارية، وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة بداءة الكرخ مؤيدة بقرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٩٥/ الهيأة العامة/ ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٩/ ٦/ ٢٠٠٩[٨٩] بعدم اختصاصها في الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار موجود خارج العراق (لندن-المملكة المتحدة) وان الاختصاص ينعقد لمحاكم الدولة التي يقع فيها العقار. ففكرة الخضوع الإرادي الضمني واضحة جدا في هذه القضية، حيث ان المدعيين قد رفعوا الدعوى امام المحاكم العراقية ولم يطعن المدعى عليه من جانبه في الاختصاص الموضوعي للمحكمة العراقية، الا ان الاخيرة ردت الدعوى من تلقاء نفسها بحجة عدم الاختصاص عملاً بنص المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٩٠]. سيتم التطرق بشكل اكثر تفصيلا على هذه الدعوى في المبحث الثاني من هذا البحث عن الكلام عن الاثار التي يرتبها مبدأ الخضوع الإرادي في القانون العراقي.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على مبدأ الخضوع الإرادي

أسلفنا في المبحث الاول من هذا البحث أن الخضوع الإرادي الصريح يتجسد في صورة الاتفاق المكتوب الذي يتم من خلاله (منح) الاختصاص في نظر الدعوى لمحاكم دولة معينة، و الخضوع الإرادي الضمني يتمثل في سلوك المدعي والمدعي عليه معاً برفع الدعوى امام محاكم دولة معينة دون وجود شرط مسبق بينهما، ففي حقيقة الامر، سواء كان الخضوع صريحاُ أم ضمنياً، فأنه يتضمن أثراً ايجابياً يستتبع بالضرورة أحياناً بأثر سلبي. فالأثر الايجابي يتمثل في اتجاه الارادة لمنح الاختصاص لمحاكم دولة معينة دون سواها، وهذا يستوجب بالضرورة سلب الاختصاص من محاكم دولة اخرى قد تكون مختصة بشكل أصيل في حكم النزاع، وهذا ما يسمى بالأثر السلبي للخضوع الإرادي . غير انه يجب ان يلاحظ هنا ان الاثران ليسا منفصلين عن بعضهما، وهما في نفس الوقت ليسا متعاقبين دوماً. بمعنى أخر ان أتفاق الاطراف بالخضوع لمحاكم دولة معينة هو في نفس الوقت سلب الاختصاص من محاكم دولة اخرى ولكن ليس بالضرورة ان يستتبع الاثر الجالب بالأثر السالب، وهذا الاحتمال يظهر للوجود عندما يتفق الطرفان بالخضوع لمحام دولة مختصة اصلاً بالنظر بأصل النزاع، وهنا نكون أمام أثر ايجابي فقط دون الاثر السلبي. سيتم تناول هذين الاثرين في مطلبين مستقلين من هذا المبحث وكما هو أدناه.

المطلب الأول

الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

يبرز الأثر الجالب لشرط الخضوع الإرادي في صورة الاتفاق الصريح السابق او اللاحق على التعاقد او في صورة الاتفاق الضمني[٩١] والذي يتم من خلاله منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي[٩٢]، وهذا يستوجب بطبيعة الحال عدم كون المحكمة الوطنية مختصة أصلاً بنظر النزاع حسب الضوابط الاخرى من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المقررة قانوناً[٩٣].

السؤال المهم الذي يتبادر الى الاذهان في هذا الخصوص هو مدى التزام المحكمة الوطنية المختارة من قبل الاطراف بقبول الولاية المعقودة لها و عدم رفضها النظر لأسباب عديدة قد يعود بعضها لعدم الجدوى من نظر النزاع لكون موضوع الدعوى على سبيل المثال مال منقول او عقار موجود في الخارج او عدم الملائمة القضائية لكون اطراف الدعوى مقيمون في الخارج مثلا أو لأسباب تعود لمبدأ المجاملة و احترام سيادة المحاكم الاجنبية المختصة أصلا بنظر موضوع الدعوى. يذهب معظم فقه القانون الدولي الخاص في الاتجاه القائل بجواز قبول هذا الاختصاص المتأتي من رغبة الخصوم باعتباره نتيجة مترتبة على حرية الدولة في تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه مع عدم وجود قواعد دولية ملزمة – خارج نطاق الاتفاقيات- تتولى تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم[٩٤].

باعتقادنا المتواضع أن قبول هذا الرأي بتفسيره المطلق قد يؤدي بنا الى نتائج تخالف المنطق والعدالة والملائمة القضائية لأسباب وتبريرات سنقوم بذكرها في نهاية هذا المبحث بعد التعرف على موقف القوانين المقارنة من هذا الاثر لشرط الخضوع الاداري.

تطرقت المادتين (الخامسة) و(السادسة) من اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥ للأثر الجالب لشرط الخضوع الإرادي حيث ألزمت الفقرة الثانية من المادة (٥) من الاتفاقية المحكمة المختارة من قبل اطراف النزاع بقبول النظر في الدعوى وعدم رد الدعوى بحجة اختصاص محكمة أخرى من ضمن محاكم الدول المتعاقدة. ليس ذلك فحسب، بل ان الاتفاقية المذكورة منعت أيضاً في مادته (٦) محاكم الدول أخرى من سماع الدعوى في نفس موضوع الدعوى طالما ان الاطراف اتفقوا على الخضوع لولاية محكمة

مختارة أخرى الا في حالات محددة ذكرتها المادة (٦) والتي تمثلت في:

١. بطلان اتفاق الخضوع الإرادي وفقا لقانون المحكمة المختارة.
٢. عدم أهلية احد المتعاقدين وفقا لقانون المحكمة المختارة.
٣. الخضوع لولاية المحكمة المختارة من شأنه ان يتعارض مع السياسة العامة والقواعد الآمرة لقانون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

يتبين من هذه النصوص بان اتفاقية لاهاي تذهب بعيدا في تفعيل الأثر الجالب لشرط الخضوع الإرادي على الرغم من وجود محكمة او محاكم دول هي الاولى بالاختصاص في نظر الدعوى و ذلك من خلال حصر الحالات التي يجوز فيها للمحكمة المختارة رفض سماع الدعوى، وهذا برأينا قد يمكن المتعاقدين أو أحدهما أحيانا من التهرب من الخضوع لولاية محاكم مختصة اساسا في حسم الدعوى لأسباب قد تكون تحايلية او يستشف منها نية الغش نحو القانون.

حكم المشرع الأوروبي لم يختلف كثيراً عن حكم اتفاقية لاهاي المشار اليه اعلاه من حيث الاعتراف بالأثر الجالب لشرط الخضوع الإرادي ، غير أنه كان أقل تشدداً في تفعيل الشرط المانح للأخصاص اذا تم الاتفاق على منح الاختصاص لمحاكم احدى الدول الاعضاء في الاتحاد الاوروبي من قبل اطراف غير مقيمين في دول الاتحاد الأوربي وذلك في (المادة الثالثة والعشرون) من اتفاقية بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في المسائل التجارية والمدنية في دول الاتحاد الاوروبي لعام ٢٠٠٢، حيث لم تجعل الاتفاقية المحكمة المختارة ملزمة بقبول الاختصاص الممنوح لها بإرادة المتعاقدين بدليل نص (الفقرة الرابعة) من نفس المادة المذكورة التي قيدت اختصاص المحكمة المختصة اختصاصا أصيلاً بعدم رفض المحكمة المختارة سماع الدعوى[٩٥]، بمعنى ان اختصاص المحكمة المختارة في هذا الخصوص هو جوازي وليس اجباري. وتطبيقاً لذلك على سبيل المثال رفضت محكمة النقض الإنكليزية في قضية [٩٦] *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* النظر في الدعوى وعلى الرغم من وجود المدعى عليه في انكلترا و اتفاق الأطراف على اختيار المحاكم الانكليزية (الشرط المانح للأخصاص) بحجة وجود محكمة اخرى اكثر ملائمة للنظر في الدعوى[٩٧].

مع ذلك فان الاعتراف بالشرط المانح للاختصاص وفقا للقانون الدولي الخاص

الاوروبي لا يجد له اعترافا اذا ما ورد في عقود المستهلك و التأمين وعقود العمل حماية للطرف الضعيف في هذه الانواع من العقود(٩٨).

اما بالنسبة للقانون الأمريكي فأن المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات المختلفة بصورة عامة كانت تتردد في منح شرط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص الأثر القانوني وذلك قبل تشريع القانون الدولي الخاص الفيدرالي *Restatement Second of Conflict of Law*، والسبب في ذلك يعود الى تعارض فكرة منح الارادة صلاحية الاختصاص القضائي مع السياسية العامة والنظام العام لقوانين معظم الولايات الأمريكية آنذاك(٩٩). بعد تشريع ونفاذ القانون الدولي الخاص الفيدرالي والتي نصت المادة (٨٠) منه على: ((أي أتفاق بين أطراف العقد لتعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع لا يمكن أن يلزم المحكمة المختارة بقبول الشرط والنظر في الدعوى، مع ذلك فأن مثل هذا الشرط سيكون له الأثر القانوني في حال ان قبلت به المحكمة مالم يؤدي قبول الاختصاص الى انتهاك العدالة او كونه غير ملائم قانونًا)).

يبدو جلياً من النص المذكور أن القانون الأمريكي يجعل اختصاص المحكمة المعينة بإرادة الاطراف جوازيًا وليس وجوبيًا. عليه فأن مسألة تفعيل شرط الخضوع الإرادي تعود لصلاحية المحكمة التي اتفق الاطراف بالخضوع اراديا لولايتها القضائية، وصلاحية الاخيرة في قبول الخضوع من عدمه يعتمد على مدى ملائمة المحكمة بنظر النزاع ومدى عدالة الشرط للطرفين والغير وعدم تعارضه مع السياسة العامة لقوانين الولاية التي تتبعها المحكمة(١٠٠).

وقد أكدت المحكمة العليا الامريكية هذا الاتجاه في حكمها الشهير في قضية(١٠١) *offshore Company Bremen v. Zapata*، حيث أجمع ثمانية قضاة من أصل تسعة على ان قرار الاطراف باختيار محاكم لندن لسماع الدعوى هو صحيح ونافذ على الرغم من كون العقد قد ابرم في الولايات المتحدة الامريكية وعلى الرغم ايضا من عدم وجود صلة بين العقد وانكلترا، طالما ان تفعيل هذا الشرط لم يؤدي الى نتائج غير عادلة او غير ملائمة(١٠٢). وعند عرض القضية على محكمة الاستئناف الانكليزية قررت المحكمة بقبول الاختصاص واحترام ارادة الاطراف باللجوء اليها للنظر بالدعوى.

القانون التركي بدوره يتخذ موقف مغايرة و مميز عن بقية القوانين المقارنة في المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي

رقم ٥٧١٨ لسنة ٢٠٠٧ [١٠٣]، حيث لا تجيز للمحاكم التركية النظر في النزاع بموجب شرط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص الا في حالة واحدة فقط هي تخلي المحكمة الاجنبية المختصة اختصاصاً أصيلا عن اختصاصه لصالح المحاكم التركية و عدم طعن الاخيرة باختصاصها الاصيل ابتداءاً[١٠٤]. بمعنى ان أرادة اطراف الدعوى بجلب النزاع امام المحاكم التركية من خلال تضمين العقد شرط المحكمة المختصة لصالح المحاكم التركية محصورة في حالة عدم وجود ارتباط اقليمي او شخصي بين الدعوى و تركيا، ليس ذلك فحسب بل يجب ان ترد المحكمة الاجنبية المختصة الدعوى بحجة عدم الاختصاص لكي يتم النظر فيها من قبل المحاكم التركية[١٠٥]. وهذا الموقف برأينا يبدو اكثر منطقية و يتوافق مع مبادئ العدالة والمجاملة والاحترام، حيث سنرى في المبحث المقبل ان القانون التركي يتخذ النهج نفسه بخصوص شرط الخضوع الإرادي الساب للاختصاص ولا يقبل مطلقاً سلب الاختصاص القضائي الاصيل لمحاكمها بموجب أرادة اطراف العقد، وتبريرنا حول ذلك سنبينه في نهاية هذا المبحث.

المشرع المصري كان اكثر وضوحاً في النص على مبدأ الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص للمحاكم المصرية في المادة (٣٢) من قانون المرافعات بقوله ((تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل الخصوم ولايتها صراحة او ضمناً))، فالنص السابق يتفق تماماً مع يذهب اليه جمهرة كبيرة من الفقه المصري بخصوص حصر الأثر القانوني للخضوع الإرادي بحالة جلب الاختصاص للمحاكم المصرية فقط دون الأثر السلبي[١٠٦]، وهذا ما يتفق مع ضرورات حماية المصالح الخاصة للأفراد و اجراءات تيسير المعاملات وحسن سير العدالة وتعظيم لمبدا سلطان الارادة طالما ان الأمر لم يتعلق بالنظام العام[١٠٧].

الأمر اللافت للنظر هو عدم نص المشرع المصري على شروط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص للمحاكم المصرية وعلى خلاف بقية التشريعات المقارنة[١٠٨]، ولعل اهم شرط يمكن أثارة السؤال بشأنه هو مدى توفر الرابطة الجدية بين النزاع وبين المحاكم المصرية، حيث يذهب غالبية الفقه المصري على ضرورة توفر هذا الشرط باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً وعلى غرار ما هو متبع في تنازع القوانين من حتمية توافر الصلة بين العقد والقانون المختار

لحكمه من قبل الاطراف[١٠٩]، ونحن بدورنا نتفق مع ما يذهب اليه بعض الفقه[١١٠] من عدم ضرورة توافر الرابطة الجدية وذلك لسببين: أولاها هو صعوبة التحقق من وجود الرابطة الجدية و تحديدها بالنظر لتغطية المشرع المصري لهذه الروابط وحصرها ضمن حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بحيث تشمل حالات عديدة سواء كانت اقليمية ام شخصية وهو بذلك لم يترك حالة وجود رابطة جدية الا وقد الحقها بحالات الاختصاص الاصلي للمحاكم المصرية. السبب الاخر هو ان الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص لم تعد تشترط حقيقة وجود رابطة جدية وبين المحكمة التي تم اختيارها للنظر في النزاع وهذا ما تم ايضاحه عند الكلام عن موقف المشرع الاوروبي والقانون الامريكي و اتفاقية لاهاي.

عليه باعتقادنا المتواضع ان ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع وبين المحاكم المصرية كشرط لتطبيق نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية المصري هو أمر لا يمكن اشتراطه على ضوء استقراء حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية التي لم تبق احتمالية وجود رابطة الا وقد الحقها بحالات الاختصاص الأصلي، مع ذلك فان سلطة المحاكم المصرية في رد الدعوى لعدم الاختصاص في حال عدم وجود رابطة جدية سوف تبقى قائمة بالتأكيد و هي سلطة جوازية وليست وجوبية في تقديرنا.

أخيراً وبالنسبة للقانون العراقي، على الرغم من عدم نص المشرع على هذا المبدأ كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، فأننا نذهب مع ما يذهب اليه معظم الفقه[١١١] من عدم وجود مانع قانوني من الاخذ به بشرط أن يكون جالباً للاختصاص للمحاكم العراقية و بدلالة المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي اعتبرت مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً قابلة للتطبيق في حال عدم ورود نص قانوني[١١٢] ومن المفهوم المخالف أيضاً لنص المادة (٧) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ التي اقرت في فقرتها (ه) بدور الارادة في اعتبار المحكمة الاجنبية ذات اختصاص دولي كشرط من شروط تنفيذ الحكم الصادر منها في العراق[١١٣]، وحيث ان المشرع العراقي قد اعترف باختصاص المحكمة الاجنبية اذا ما تم اختيارها من قبل اطراف العقد فأنه من باب أولى أن يعترف بهذا الحق لمحاكمه أيضاً[١١٤]، ونحن بدورنا نضيف أيضاً مبرر اخر من مبررات الاخذ بالخضوع

الإرادي الجالب للاختصاص للمحاكم العراقية الا وهو نص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠، والتي نصت بفقرتها الرابعة على أنه: "اذا كان احد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على ألية حل النزاع بما فيها الالتجاء الى التحكيم..."، حيث أن صياغة الفقرة الرابعة من المادة السابعة والعشرون تحديداً تشير صراحة لإمكانية أتفاق أطراف النزاع على ألية حل النزاع، وكما هو معلوم في الاصطلاح القانوني أن طرق حل النزاع قد تكون من خلال الالتجاء الى القضاء، وهذا يكون من خلال شرط الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة، وقد تكون من خلال طرق غير قضائية مثل الوساطة والتحكيم. غير أن ذلك لا يعني بالتأكيد أطلاق القول باختصاص المحاكم العراقية بناءاً على شرط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص، حيث تبقى الصلاحية الممنوحة للمحكمة العراقية عملاً بالمادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية قائماً برد الدعوى لعدم الاختصاص حيثما رأت المحكمة نفسها غير مختصة لانعدام الرابطة الجدية مثلا او قناعة المحكمة بوجود محكمة أجنبية أحق بالنظر في الدعوى وخصوصاً في الدعاوى العينية او الشخصية المقامة امامها بخصوص منقولات او عقارات تقع خارج العراق، وهذا ما أكدته محكمة تمييز العراق في قرارها ١٩٥/ الهيأة العامة/ ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٩/ ٦/ ٢٠٠٩[١١٥] والتي ايدت من خلاله قرار محكمة بداءة الكرخ برد الدعوى لعدم الاختصاص بسبب كون العقار موضوع النزاع كائن في خارج العراق[١١٦].

وفي ختام هذا المطلب يجب ان يُفهم بان الباحثين ليسا في جانب فكرة القبول بالخضوع الإرادي في حال كونه جالباً للاختصاص فقط، حيث اذا ما سلمنا بهذه الفكرة على إطلاقها، فأنه من باب اولى على المحاكم الوطنية ان تمتنع عن النظر في الدعاوى التي يجلبها الافراد في حال كونها سالبة لاختصاص محاكم دولة اجنبية في نفس الوقت، اذ ليس من المعقول ان لا تقبل المحاكم الوطنية لنفسها التنازل عن اختصاصها الاصيل لصالح اتفاق الطرفين وان تقبل هذا الامر عندما يمس الاختصاص القضائي الاصلي لمحاكم دولة اجنبية. عليه نرى بان إعمال هذا المبدأ يفترض وجود رابطة فعلية بين النزاع ومحاكم أكثر من دولة بحيث لا يترتب على قبول ارادة الطرفين اعتراض محاكم دولة اخرى في نفس الوقت الا في حالة رفض المحكمة الاجنبية المختصة النظر في الدعوى أساساً وأن يتم الاعتراف بفكرة الخضوع

الإرادي بأثريه الجالب والسالب للاختصاص معـاً ، وهـذا مـا أيـدناه عـن كلامنـا عـن موقـف المشرع التركي الذي تبنى هذه الفكرة(١١٧).

المطلب الثاني

الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنية

ألأثـر السـالب للاختصـاص القضـائي الدولي في حقيقة الأمر ما هو الا نتيجة حتمية لشرط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص، حيـث أن أتفـاق الاطـراف بالخضـوع لولايـة محـاكم معينـة يمثـل في نفـس الوقـت سـلب الاختصـاص الأصـيل المبنـي علـى ضـوابط شخصية و اقليمية من محاكم دولة أخرى(١١٨). حيث تتباين قوانين الدول المقارنة من حيث مدى قبول محاكمها التخلي عن اختصاصها الأصيل المستند لضوابط محددة سلفاً بموجب القانون لصالح محكمة أجنبية غير مختصة بالاستناد لاتفاق خاص بين طرفي النزاع (شرط الخضوع الإرادي) ما بين رافض لهذه الفكرة بسبب تعلق قواعد الاختصاص بالسيادة الوطنية والنظام العام(١١٩) ، ومؤيد لها من باب مواكبتها للاتجاهات الحديثة التي تدعو الى احترام أرادة المتعاقدين و انسجاما مع حسن سير العدالة و الملائمة القضائية وفكرة التعاون القضائي الدولي(١٢٠).

الإشكالية الرئيسية في هذا المطلب تدور حول التعارض بين أرادة المشرع من اخضاع الدعوى لاختصاص محاكمه بسبب ارتباطها شخصياً او أقليما أو عينياُ بإقليم دولته، وبين أرادة أطراف الدعوى بإخراج الدعوى من ولاية محاكم دولة معينة و اخضاعها لاختصاص محاكم دولة اخرى قد لا تربطها بالدعوى موضوع النزاع اية صلة. والخلاف هنا برأينا هو خلاف فلسفي راسخ بين أنصار مبدأ اعتبار الولاية القضائية للمحاكم الوطنية جزء من السيادة الاقليمية والنظام العام و أنصار الاتجاه الحديث الداع الى احترام مبدأ سلطان الارادة ومن باب خصوصية الخصومة القضائية الخاصة و حرية الافراد و طمأنينتهم في اللجوء لمحاكم الدولة التي يرونها أكثر عدالة واكثر ملائمة لفض النزاع.

اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥ جاءت واضحة جداً في الاعتراف بالأثر السالب لشرط الخضوع الإرادي . فبعد إقرارها لحق الأطراف في اختيار محاكم دولة معينة للنظر في النزاع من المادة (الخامسة) منها و على الشكل الذي بيناه في المطلب السابق من هذا المبحث، جاءت المادة (السادسة) منها لتقر وتعترف بالأثر السالب لشرط الخضوع الإرادي من خلال منع

المحكمة او المحاكم في دول أخرى من النظر في نفس القضية حتى وان كانت مختصة أصلاً في النظر النزاع. علاوة على ذلك فالمنع لم يقتصر على الزام المحكمة برد الدعوى ابتداءاً، بل أمتد ليلزم المحكمة من التوقف في السير بإجراءات الدعوى ان كانت قد رفعت أمامها فعلاً، وفي هذا برأينا تأكيد على أهمية أرادة أطراف العقد وتفوقها على الضوابط الاخرى من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي.

نهج القانون الدولي الخاص الأوروبي جاء مشابه الى حد كبير لموقف اتفاقية لاهاي من حيث الاعتراف غير المشروط بالأثر السالب لشرط الخضوع الإرادي وذلك في المادة (٢٣) اتفاقية بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في المسائل التجارية والمدنية في دول الاتحاد الاوروبي لعما ٢٠٠٢، غير أن المشرع الاوروبي عاد وخفف تقريباً من وطأةً هذا الأثر في الفقرة (٤) من نفس المادة المذكورة بجعل سلطة المحكمة المختارة جوازية في قبول الاختصاص المحال اليه من قبل اطراف الدعوى في حال أن لم تكن لديهم محلات اقامة في احدى بلدان الاتحاد الاوروبي، وعدا هذه الحالة فان سلطة المحكمة تبق وجوبية في قبول الدعوى الامر الذي يترتب عليه سلب الاختصاص التلقائي من محاكم دولة أخرى. وسوف لن نطيل في هذا الخصوص لسبق الكلام عنه في هذا البحث[١٢١].

القانون الامريكي بدورة أيضاً أعترف ضمنياً بإمكانية ارادة الاطراف بسلب الاختصاص من المحاكم المختصة وذلك في المادة (٨٠) من القانون الدولي الخاص التي نصت على: ((أي أتفاق بين أطراف العقد لتعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع لا يمكن أن يلزم المحكمة المختارة بقبول الشرط والنظر في الدعوى، مع ذلك فأن مثل هذا الشرط سيكون له الأثر القانوني في حال ان قبلت به المحكمة مالم يؤدي قبول الاختصاص الى انتهاك العدالة او كونه غير ملائم قانوناً)).

يبدو واضحا من هذا النص أن الاثر السالب لشرط الخضوع الإرادي متوقف على مدى صلاحية المحكمة المختارة من قبل الاطراف بقبول الدعوى او رفضها. فالمشرع الامريكي لا يرفض أساساً امكانية الافراد بسلب الاختصاص غير ان هذه المكنة متوقفة على مدى عدالة هذا الشرط وعدم تعارضه مع السياسة العامة والنظام العام حسب قوانين الولاية التي تتبعها المحكمة المختارة وهذا ما تقرره الاخيرة دون ان يكون للأطراف الدعوى اي دور في[١٢٢].

موقف المشرع التركي يبدو لنا أكثر منطقية ورجحاناً من موقف التشريعات المقارنة الأخرى[١٢٣]، فهو بعد أن قيّد اختصاص المحاكم التركية من النظر في الدعاوى التي يكون أساسها اختيار اطراف الدعوى لها بتنازل المحكمة الاجنبية عن اختصاصها الأصيل، عاد وفي نفس المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي المشار اليه سابقاً برفض اي أتفاق من شأنه سلب الاختصاص من المحاكم التركية لصالح محاكم دولة أجنبية اذا كانت القضية مرتبطة شخصياً أو اقليمياً أو عينياً بتركيا[١٢٤].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العليا التركية في القضية المشهورة[١٢٥] *MTH Levant – Line GmbH Bremen v. Sağlam Orman Ürünleri Ltd. Şti* برد قرار محكمة بداءة مدينة (جبزي) التركية القاضي برد الدعوى بحجة وجود اتفاق في عقد الشحن البحري بين (المدعي – الشركة الالمانية) و (المدعى عليه الشركة – التركية) والقاضي بالخضوع للمحاكم مدينة بريمن الألمانية. بعد قيام النزاع بين الطرفين قام المدعي بمقاضاة المدعى عليه امام محاكم المدينة التي يوجد فيها مركز ادارته الرئيس في مدينة (جبزي) التركية، الغريب في الأمر ان المدعى عليه – الشركة التركية دفع بعدم اختصاص المحاكم التركية في الجلسة الاولى وذلك لوجود شرط الخضوع الإرادي لصالح لمحاكم مدينة بريمن الالمانية من أجل اطالة النزاع وجعل تنفيذ الحكم الاجنبي في تركيا أمراً عسيراً، و قد استجابت محكمة البداءة للطعن المقدم وقضت بعدم الاختصاص. وعند تمييز الحكم من قبل المدعى حكمت محكمة التمييز العليا التركية بإبطال الحكم والزام محكمة البداءة بسماع الدعوى مستندة بذلك لحكم المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي ومؤكدةً بعدم قدرة الارادة بسلب الاختصاص من المحاكم التركية لان العقد تم ابرامه في تركيا و كان واجب التنفيذ في تركيا ايضا فضلا عن اقامة المدعى عليه في تركيا أيضاً[١٢٦].

في مصر، بعد أن أجمع الفقه المصري على شرط الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص لصالح المحاكم المصرية بالاستناد لنص المادة (٣٢) من القانون المصري المشار اليه سلفاً في هذا البحث، فأنه أختلف كثيراً بخصوص امكانية الاخذ به ان كان سالباً للأخصاص من المحاكم المصرية. ففي الوقت الذي يذهب فيه غالبية الفقه الى عدم أمكانية منح الارادة سلطة لتجاوز سلطة المشرع من خلال سلب الاختصاص المثبت تشريعياً للمحاكم المصرية بسبب تعلق احكامها بالنظام

العام[١٢٧]، هناك جانب من الفقه - ونحن نتفق معه بصراحة – يرى بعدم وجود مانع من الاعتراف بالخضوع الإرادي السالب للاختصاص من المحاكم المصرية في حال تعلق الدعوى بروابط جدية بأكثر من دولتين من بينها مصر، حيث ان قبول الاطراف بالخضوع لاختصاص محاكم اجنبية لها صلة بالنزاع قد يكون مبررا مقنعا لتنازل المحاكم المصرية عن اختصاصها باعتبار ان المحكمة الاجنبية اقدر و اجدر على حسم النزاع[١٢٨]. من اللافت للنظر ان محكمة النقض المصرية قد أصدرت بتاريخ ٢٤/ ٣/ ٢٠١٤ حكماً مهماً قد يغير من الاتجاه الفقهي والقضائي القاضي بعدم جواز الاطراف على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية بعد ان كانت المحاكم المصرية ترفض فكرة التخلي عن الاختصاص بتاتاً[١٢٩]. حيث أيدت محكمة النقض المصرية قرار محكمة الموضوع برد الدعوى لعدم الاختصاص و توجيه الاطراف بالترافع امام محاكم ولاية (نيوجيرسي) بالنظر لوجود شرط الخضوع الإرادي لها في العقد بين المدعي والمدعى عليه. المثير في القضية ان محكمة النقض المصرية لم تسبب حكمها على وجود شرط الخضوع الإرادي لمحاكم دولة اجنبية في العقد، بل استندت على انعدام الصلة بين العقد وبين مصر حيث ان العقد المبرم لم يبرم في مصر ولم يكن واجب التنفيذ فيه و لم يكن للمدعى عليه موطن في مصر، مع ذلك فان ختم قرار الحكم بعبارة (محاكم ولاية نيوجيرسي هي الاكثر ملائمة للفصل في النزاع) هي التي اثارت حفيظة الكثيرين من حيث اعتبارها دليل على التخلي عن الاختصاص الممنوح لها[١٣٠]، وهذا ما دعا البعض من الفقه الى اعتباره بداية من المحاكم المصرية بالاستجابة للاتجاهات الحديثة التي تدعو الى قبول فكرة الخضوع الإرادي السالب للاختصاص[١٣١]. ونحن بدورنا نعتقد بأنه على الرغم من تعارض هذا الحكم مع نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري القاضي بقبول فكرة الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص، الا ان محكمة النقض المصرية لم تكن تصدر هذا القرار لو كان - للعقد موضوع النزاع - أدني صلة بمصر، والحالة هنا استثنائية شبيهة بحالة رد الدعوى بسبب وجود موقع العقار المتنازع عليه في الخارج، عليه فلا يمكن التوسع في تفسيره برأينا و يبقى الاتجاه العام الفقهي والقضائي في مصر قائما بتأييد فكرة عدم التخلي عن الاختصاص.

القانون العراقي يبدو أكثر القوانين المقارنة ضبابية بخصوص شرط الخضوع الإرادي السالب للاختصاص من المحاكم

العراقية بسبب عدم نص المشرع العراقي عليه صراحة، الا أن الفكرة السائدة – باعتقادنا – لا تختلف كثيراً عن فكرة رفض التخلي عن الاختصاص السائدة في مصر فقهياً و قضائياً. فعلى الرغم من قناعتنا بتقبل فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي بناءاً على رغبة اطراف النزاع والدعوة للأخذ به في التشريع العراقي على غرار فكرة قبول الاختصاص المتأتي من رغبة الخصوم، الا انه نعتقد بأن المحاكم العراقية ترفض التخلي عن اختصاصها اذا ما ثبت لها حسب احدى الحالات الواردة في المادتين (١٤) و (١٥) من القانون المدني العراقي بسبب كون هذه الحالات من القواعد الآمرة التي لا يمكن النص على مخالفتها حسب الرأي الغالب من الفقه وان كانت إرادة اطراف الدعوى تتجه باللجوء لمحاكم دولة أخرى، مسترشدين في ذلك بنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقية و المادة (٦) من قانون التنظيم القضائي. مع ذلك فأن أمكانية تخلي المحاكم العراقية عن اختصاصها المتأتي من خضوع الاطراف ارادياً لها تبقى قائمة باعتقادنا في حالات عديدة (١) منها وجود العقار – موضوع الدعوى – خارج العراق وقت رفع الدعوى[١٣٢]، (٢) وجود اتفاقية دولية او اقليمية ينضم اليها العراق[١٣٣]، (٣) في حال انعدام الصلة نهائياً بين النزاع المرفوع و العراق، والحالة الأخيرة مشابهة للحالة التي أكدت فيها محكمة النقض المصرية بصحة قرار التخلي عن الاختصاص والتي تم التطرق اليها أعلاه.

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات على ضوء الدراسة التحليلية المقارنة لعدد من قوانين المختلفة، ندرجها كما يلي أدناه:

أولاً: نتائج البحث

١. أن عدم نص المشرع العراقي على فكرة الخضوع الإرادي كأساس للاختصاص الدولي للمحاكم العراقية لا يعني عدم الأخذ به في القانون العراقي، حيث ان المفهوم المخالف لنص المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية والمادة (٣٠) من القانون المدني العراقي كفيلتان باعتبار مبدأ الخضوع الإرادي واحدة من الأسس التي يبنى عليه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية شرط ان يكون جالباً للاختصاص للمحاكم العراقية وليس سالباً منها، مع ذلك نرى بأنه كان من الأجدر على المشرع العراقي النص عليه

صراحة وعدم ترك الامر للاجتهاد القضائي والفقهي.

٢. على الرغم من قناعتنا بأن الخضوع الإرادي السالب للاختصاص لا يعني بأي حال من الاحوال مس السيادة الاقليمية لدولة القاضي، الا اننا نرى بعدم امكانية القبول به من جانب المحاكم العراقية لان فكرة اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يعد حائلاً امام ذلك وذلك بالاستناد لنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقية و المادة (٦) من قانون التنظيم القضائي.

٣. تباينت مواقف القوانين المقارنة حيال الأخذ بمبدأ الخضوع الإرادي كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم ما بين قوانين تبنته بشكل مطلق و بأثريه الجالب والسالب للاختصاص مثل القانون الدولي الخاص الاوروبي و القانون الامريكي، و قوانين اخذت به بشكل مشروط مثل القانون التركي، وقوانين اعترفت به بشكل جزئي وذلك بقبول أثره الجالب للاختصاص فقط دون السالب من القانون المصري، وقوانين لم تنص عليه تاركة بذلك الأمر للاجتهاد القضائي والفقهي مثل القانون العراقي.

٤. أخيرا نرى بأن اعتبارات العدالة و حسن سير المعاملات و الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة تستوجب القبول بمبدأ الخضوع الإرادي سواء كان جالبا للاختصاص او سالبا له، حيث انه ليس من المنطق ان تقبل محاكم دولة ما لنفسها بالنظر في دعوى يجلبها طرفيها امامها وان لا تعترف بنفس ذلك الحق لمحاكم دولة اخرى. فالخضوع امام محاكم دولة ما هو جالب للاختصاص لها وهو في نفس الوقت (في اكثر الاحوال) سالب للاختصاص من محاكم دولة أخرى، فعندما تعترف المحكمة بهذا الحق لنفسها فإنها متيقنة ان الاختصاص قد سلب من محاكم دولة اخرى في نفس الوقت، عليه من باب اولى ان تعترف بالفرضية المعاكسة ايضا وذلك بقبول سلب الاختصاص منها وجلبه لمحاكم دولة اخرى.

ثانياً: المقترحات

١. ندعو المشرع العراقي الى النص صراحة لمبدأ الخضوع الإرادي كضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية.

٢. أن فكرة اعتبار الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم باتت من المبادئ القديمة، فالاتجاهات الحديثة تذهب الى خلاف ذلك في الوقت الحاضر، عليه ندعو المشرع

العراقي الى تبني هذه الفكرة ايضاً وذلك بقبول فكرة الأثر السالب لمبدأ الخضوع الإرادي ضمن شروط معينة مراعاةُ لاعتبارات العدالة والملائمة القضائية وحسن سير العدالة.

٣. أن موقف المشرع التركي يبدو في نظرنا أكثر المواقف توازناً وتحقيقاً للعدالة ، عليه ندعو المشرع العراقي الى تبني موقف مشابه من خلال تبني فكرة الخضوع الإرادي المشروط وذلك بعدم السماح للمحاكم العراقية بقبول الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص الا في حالة تخلي المحكمة الاجنبية المختصة عن النظر في الدعوى اعترافاً برغبة الاطراف في حل حل النزاع امام المحاكم التركية، في الوقت نفسه لا يسمح ايضاً بتخلي المحاكم العراقية عن اختصاصها الا بعد التأكد من وجود محكمة اجنبية أخرى اكثر ملاءمة وتحقيقاً للعدالة و تحقيقاً لحسن سير الدعوى.

الهوامش:

(٢) أنظر: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٥ وتطبيقاته العملية، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٤٣.

(٣) أنظر: حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص في العراق، بدون مكان طبع، ١٩٧٢، ص ٢٤٣. وفي هذا الخصوص تحديداً، يقول أستاذنا الدكتور حسن الهداوي: "وقاعدة الخضوع الإرادي رغم ان القانون المدني لم ينص عليها، الا ان هناك من المبررات القانونية التي تدعم الاخذ بها. فهي قبل كل شيء أصبحت من القواعد المسلم بها وقد ذاعت وانتشرت دولياً وفي المادة (٣٠) ما يبرر الأخذ بها اذ انها اوجبت اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً في الاحوال التي لم يرد بشأنها نص. وحيث ان الاختصاص القضائي بسبب الخضوع الإرادي قد أصبح شائعاً دولياً، لذا يمكن الأخذ به في العراق."

(٤) حيث تنص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي على: (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

(٥) حيث تنص المادة المذكورة: (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما أستثني بنص خاص).

(٦) حيث تنص المادة المذكورة: (تسري ولاية القضاء على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية، العامة والخاصة، الا ما استثني منها بنص خاص).

(٧) حيث تنص المادة المذكورة: (الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى).

(٨) حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة (٢٧) من القانون المذكور علي: (إذا كان أحد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون، يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً). وكذلك نص الفقرة الخامسة من نفس المادة من القانون المذكور والتي تبين: (المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بأحكام هذا القانون تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن يُنص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف).

(٩) حيث تنص البند (٢) من الفقرة (ثانياً) من المادة الثامنة من التعليمات المذكورة: (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستثمارية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً).

(١٠) تُعد اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية من الاتفاقيات المهمة والتي صيغت عام ٢٠٠٥ من أجل تأمين الأساس واليقين القانوني لاتفاق او شرط المحكمة المختصة في عقود التجارة الدولية، الاتفاقية توفر الالزام القانوني لتفعيل شرط المحكمة المختصة في العقود التجارية الدولية. الاتفاقية دخلت حيز النفاذ بالنسبة للدول التي صادقت عليها في الحادي عشر من تموز من عام ٢٠١٥ وذلك عقب انضمام ومصادقة الاتحاد الاوروبي عليها من نفس العام. الدول التي صادقت على الاتفاقية لحد الان هي دول الاتحاد الاوروبي والمكسيك وسنغافورة. الولايات المتحدة الامريكية وقعت على الاتفاقية ولكنها لم تصادق عليها لحد الأن . لمزيد من المعلومات حول هذه الاتفاقية يرجي التفضل بزيارة الموقع الإلكتروني للاتفاقية من خلال الرابط التالي:

https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court ، أخر زيارة للموقع كانت في ٢٨/ ٤/ ٢٠١٧، ٤:٠٥ مساءاً.

(11) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph (c) and designates, for the purpose of

deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of jurisdiction of any other courts"

(١٢) أنظر على سبيل المثال: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٤٧ وما تليه من صفحات. أنظر كذلك: سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ص ٤٧٠ وما تليه من صفحات.

(١٣) أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ١٤٩، سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مصدر السابق، ص ٤٧٠.

(١٤) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٨، ص٢٥٨.

(15) Faye Fanfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law (Cambridge University Press 2010) 28.

(16) "If parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise".

(١٧) أنظر: Christian Thiele, 'The Hague Convention on Choice-of-Court Agreement: Was it Worth the Effort?' in Jan Van Hein, Eckart Gottschalk, Ralf Michaels and Giesela Ruhle (eds), Conflict of Laws in a Globalized World (Cambridge University Press 2007) 63

(١٧) المصدر السابق، ص٦٧.

(١٨) المصدر السابق، ص٦٧.

(19) Unterweser v. Zapata, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L. Ed.2d 513.

(٢٠) Kurt H. Nadelman, 'Choice-of-Court Clauses in the United States: The Road to Zapata' (1973) 21 The American Journal of Comparative Law 124.

(٢١) المصدر السابق.

(22) Farquharson Ingrid M., 'Choice of Forum Clauses- A Brief Survey of Anglo-American Law' (1974) 8 The International Lawyer 83

(23) Faye Fanfei Wang, (n15).

(24) Farquharson Ingrid M, (n22).

(٢٥) النسخة الرسمية من القانون وباللغة التركية متوفرة في موقع الجريدة الرسمية التي نشر فيها القانون من خلال الرابط التالي:

http://www

، أخر زيارة رسمية للموقع كانت في ٨/ ٥/ ٢٠١٧، الساعة ١١:٤٦ مساءاً.Kanun.pdf

(٢٦) MADDE 47 – (1) "Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür".

(٢٧) Ceyda Süral, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 168

(٢٧) أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٢٨) أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٢٩) المصدر السابق، ص ١٤٤ وما تليه من صفحات.

(٣٠) أنظر: هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ١٥٢.

(٣١) يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦، ص ٤٦٩.

(٣٢) أشرف أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٦٧٢، ٦٧٣.

(٣٣) مصطلح الخضوع الإرادي هو أكثر شيوعاً في النظام الأنجلوسكسوني، مثل القانوني الإنكليزي تحت مسمى (Submission). أنظر على سبيل المثال: Abla Mayss, Principles of Conflict of laws (3rd edn, Cavendish Publishing Limited 1996) 16.

أن مصطلح الاختصاص الحصري هو أكثر استخداما في النظام اللاتيني و الاتفاقيات الدولية كإشارة للاختصاص الحصري الممنوح للمحاكم بموجب الاتفاق الصريح والضمني بين اطراف العقد وتحت مسمى (Exclusive Jurisdiction). أنظر على سبيل المثال: Arthur T.von Mehran,

(34) Adjudicatory Authority in Private International Law- A Comparative Study (Martiinus Nijhoff Publisher, Without Publishing Date) 175

(٣٥) أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الأسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٢٢٧.

(٣٦) سامي بديع منصور و عكاشة عبدالعال، مصدر سابق، ص ٤٦٨. ينظر أيضاً: ناصر عثمان محمد عثمان، الاتفاق على أختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٦٦.

(٣٧) ناصر عثمان محمد عثمان، المصدر السابق، ص١٦٦.

(38)Article (3/C) of the Convention: "[A]n exclusive choice of court agreement must be concluded or documented:
(a) In writing; or
(b) By any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.

(38) Christian Thiele, 'The Hague Convention on Choice-of-Court Agreement: Was It Worth the Effort?' in Jan Van Hein, Eckart Gottschalk, Ralf Michaels and Giesela Rühl (eds), Conflict of Laws in a Globalised World (Cambridge University Press 2007) 63.

(٣٩) أغلب المواقع الإلكترونية الخاصة بالتسوق مثل أمازون و أيباي و غيرها من المواقع الشهيرة تتضمن شروطاً و احكاماً خاصة باستخدام الموقع الإلكتروني والتي تتضمن عادة جملة من الامور منها شرطي المحكمة والقانون المختصين في حكم النزاع المحتمل بين صاحب الموقع و مستخدميه، بالتالي فأن الزائر للموقع الإلكتروني بمجرد ولوجه للموقع فأنه يوافق على شروط و احكام الموقع وبالتالي فأنه سيكون خاضعا لشرط المحكمة المختصة الذي يضعه صاحب الموقع لصالحه غالباً، وهذا بلا شك يعتبر من حيث المبدأ أتفاقا صريحاً بالخضوع الإرادي .

(٤٠) أغلب المواقع الإلكترونية الخاصة بالتسوق مثل أمازون و أيباي و غيرها من المواقع الشهيرة تتضمن شروطاً و احكاماً خاصة باستخدام الموقع الإلكتروني والتي تتضمن عادة جملة من الامور منها شرطي المحكمة والقانون المختصين في حكم النزاع المحتمل بين صاحب الموقع و مستخدميه، بالتالي فأن الزائر للموقع الإلكتروني بمجرد ولوجه للموقع فأنه يوافق على شروط و احكام الموقع وبالتالي فأنه سيكون خاضعا لشرط المحكمة المختصة الذي يضعه صاحب الموقع لصالحه غالباً، وهذا بلا شك يعتبر من حيث المبدأ أتفاقا صريحاً بالخضوع الإرادي .

(41) Article (23) of the Brussels Regulation: "[A]n agreement conferring jurisdiction shall be either:
(A) In writing or evidenced in writing; or

(B) In a form which records with practices which the parties have established between themselves; or
(C) Any communication by electronic means, which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to 'writing'.
(42) Case 24/76, [1976] ECR 1831.

(٤٣) لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية راجع:

Joseph Lookofsky and Ketilbjørn Hertz, Transnational Litigation and Commercial Arbitration- an Analysis of American, European and International Law (4th edn, DJØF Publishing 2017).

(44)Ryanair Ltd v. Billigfluege.de Gmbh [2010] IEHC [47], [2010] IL [22].

(٤٥) لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية راجع:

Matěj Myška and Jakub Harašta, 'Less is More? Protecting Databases in the EU After Ryanair' (2016) 10 Masaryk University Journal of Law and Technology 170
(46)Symeon C. Symeondies, 'Choice of Law in the American Courts in 2011: Twenty-Fifth Annual Survey' 60 (2011) The American Journal of Comparative Law 291.
(47)Maral Kilejian and Christanne Edlund, 'Enforceability of Choice of Forum and Choice of Law Provisions' 32 (2012) Franchise Law Journal 81.

(٤٨) المصدر السابق.

(٤٩) المصدر السابق.

(٥٠) راجع الصفحة (١١) من هذا البحث، والهامش (٢٦) أيضاً.

(٥١) Ceyda Süral، مصدر سابق.

(٥٢) أحمد أبو الوفا، مصدر سابق ص ٢٢٧. أنظر أيضاً: مصطفى مجدي هرجه، الموسوعة القضائية في المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٣٥.

(٥٣) هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٥، ص١٥٢، وفي نفس هذا الاتجاه أنظر: سامي بديع منصور وعكاشة عبدالعال، مصدر سابق، ص٤٦٨.

(٥٤) أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(٥٥) يرى الباحثان بأن امكانية تفعيل شرط الخضوع الإرادي حسب القانون العراقي يكون في حال الخضوع الإرادي الجالب للاختصاص القضائي، وهذا ما سيتم مناقشته وتحليله بشكل مستفيض في المبحث الثاني من هذا البحث.

(٥٦) أنظر على سبيل المثال:

James Fawcett, 'Non Exclusive Jurisdiction Agreements in Private International Law' (2001) Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 234.

(57)Exclusive Choice-of-Court Agreement.

(58)Non-Exclusive Choice-Of- Court Agreement.

(٥٩) راجع المادة (٧) من أتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في الصفحة (٧) من هذا البحث، والمادة (٢٣) من أتفاقية بروكسل الأوروبية في الصفحة (٨) من هذا البحث.

(60)James Fawcett, (n56).

(٦١) نفس المصدر أعلاه.

(62)Mukarrum Ahmed, 'A Comparative Study of the Fundamental Juridical Nature, Classification and Private Law Enforcement of Jurisdiction and Choice of Law Agreements in the English Common Law of Conflicts of Laws, the European Union Private International Law Regime and the Hague Convention on Choice of Court Agreements' (PhD thesis, University of Aberdeen 2015) 75.

(٦٣) نفس المصدر أعلاه.

(٦٤) أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص١٤٠،١٣٩.

(٦٥) هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ١٦٠ وما تليه من صفحات.

(٦٦) يعرف هذا المبدأ في القانون الأنكليزي بأسم: Forum Convenience and Forum Non-Convenience

(٦٧) 632 F.3rd 1231 (11th Cir.2011) ، لمزيد من المعلومات حول هذه القضية راجع:

Symeon C. Symeondies, (n45).

(٦٨) هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٦٩) أحمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص ٢٢٧. أنظر أيضاً: خالد عبدالفتاح محمد خليل، تعاظم دور الارادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٦، ص١٦٦.

(٧٠) أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٧١) أنظر كذلك: عوض احمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية- دراسة مقارنة، الجزء الاول (التنظيم القضائي- الاختصاص)، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣،ص ٢٣٤.

(٧٢) نفس المصدر أعلاه، ص ١٥٦. وهنا يجب أن نفرق بين سكوت المدعى عليه و غيابه عن حضور الدعوى، حيث ان غياب المدعى عليه لايمكن اعتباره خضوعاً ضمنيا، وهذا ما يذهب اليه غالبيه الفقه في مصر و فرنسا. راجع: أحمد عبدالكريم سلامة، المصدر السابق، ص ١٥٨.

(٧٣) راجع بخصوص هذه الفكرة: سامي بديع منصور و عكاشة عبدالعال، مصدر سابق، ص٤٦٩.

(٧٤) المادة الاولى من الاتفاقية التي تحصر نطاق الاتفاقية بشرط المحكمة المختصة الذي يتوصل اليه بالاتفاق الصريح بين أطراف العلاقة القانونية في المسائل المدنية والتجارية. راجع أيضا المادة الثالثة من الاتفاقية والمشار اليها سابقاً في الصفحة (١٣) من هذا البحث.

(75)Article (24) of the Brussels Regulations: "Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before whom a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 22."

(76)Ulrich Magnus and Peter Mankowski, (eds), Brussels I Regulation (European Law Publishers 2007) P.438.

(٧٧)نفس المصدر أعلاه.

(٧٨) راجع: Peter Stone, EU Private International Law- Harmonization of Law (Edward Elgar 2006) P.174

(٧٩) يعالج هذا القانون مسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، قوانين الولايات ومحاكمها ملزمة أن تكون متوافقة مع هذا القانون في جميع مسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، بدأ العمل بتشريعه في عام ١٩٥٢ من قبل مؤسسة القانون الامريكية و الاستعانة بقضاة المحاكم الامريكية وتمت المصادقة عليه في شهر ايار من عام ١٩٦٩. لمزيد من المعلومات حول هذا القانون وما يتضمنه من مسائل تفصيلية، راجع:

Patrick J. Borchers, 'Courts and the Second Conflict Restatement: Some Observations and an Empirical Note' 56 (1997) Maryland Law Review.1233

(80)Section (34) of the Restatement Second: "A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who brings an action in the state with respect to a claim that arises out of the transaction which is the subject of the action or is one that may in fairness be determined concurrently with that action".

(٨١) أنظر: Arthur T. von Mehran ، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(82)Section (81) of the Restatement Second: "[A]state will not exercise judicial jurisdiction over an individual who appears in an action for the sole purpose of objecting that there is no jurisdiction over him".

(٨٣) راجع الصفحة (١٩) من هذا البحث.

(٨٤) راجع الصفحة (١١) من هذا البحث.

(٨٥) Ceyda Süral, مصدر سابق.

(٨٦) راجع نص المادة (٨٦٢) من قانون المرافعات المصري الملغي.

(٨٧) راجع نص المادة)٣٢) من قانون المرافعات المدنية المصرية النافذ المشار اليه في هذه البحث.

(٨٨) راجع على سبيل المثال: هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص١٧٤ .

(٨٩) راجع: حيدر أدهم الطائي، تعليق على قرار قضائي صادر عن محكمة التمييز الاتحادية، مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة (العدد الثاني)، ٢٠١٢، ص٣٠١-٣٠٤. البحث متوفر من خلال الرابط الالكتروني الاتي: http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1702&page_namper=p5، آخر زيارة رسمية للموقع كانت في ٢٥/ ٨/ ٢٠١٧، الساعة ٣:٣٧ مساءاً.

(٩٠) حيدر أدهم الطائي، المصدر السابق.

(٩١) راجع المبحث الأول من هذا البحث.

(٩٢) أنظر: فاطمة مويسي، الشرط المانح للأختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير، جامعة قاصيدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥، الجزائر، ص١١ .

(٩٣) أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٤٤ . حيث لا يوجد أثر جالب حقيقي في هذه الفرضية لكون المحكمة الوطنية مختصة اصلا بنظر الدعوى اختصاصا أصيلا حسب الضوابط الاقليمية او الشخصية او ضوابط الاختصاص الطارئة كالطلبات العارضة او المسائل الاولية او المستعجلة.

(٩٤) أنظر: هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص١٥٧، سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٤٧٣ .

(٩٥) أنظر: Trevor C. Hartley, International Commercial Litigation – Text, Cases and Materials on Private International Law (Cambridge University Press 2009) 165.

(٩٦) أنظر: ص٥٠، مصدر سابق Peter Stone, EU Private International Law- Harmonization of Law,

(٩٧) المصدر السابق.

(٩٨) راجع المواد (١٨، ٨،١٥) من أتفاقية بروكسل الاوروبية الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في المسائل التجارية والمدنية في دول الاتحاد الاوروبي لعام ٢٠٠٢ .

(99) George A. Zaphiriou, 'Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements' (1978) 3 Maryland Journal of International Law 311.

(100) Symeon Symeonids, 'Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple' (2014) 39 Brooklyn Journal of International Law 1124.

(101)407 U.S. 1 (1972).

(102) Conflict of Laws (Oxford University Press 2016) 372. Symeon Symeonids,

(103) راجع هامش رقم (٢٦)

(104)Emre Esen, 'Yabaanci Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendilimesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargitay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihi İçtihadının Eleştirisi' (2011) 1 Milleterarsi Hukuk ve Milleterarsi Özel Hukuk Bülteni.

(١٠٥) نفس المصدر أعلاه.

(١٠٦) راجع على سبيل المثال: عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص٧٣٩؛ هشام علي صادق، الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص ١٥٦؛ محمد عبدالرياض منعم، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٤٣، مكتبة النهضة المصرية، ص٥٢١؛ أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص١٦٣.

(١٠٧) خالد عبدالفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص١٦٤.

(١٠٨) ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ٦٧.

(١٠٩) المصدر السابق، ص٧٠ وما بعدها.

(١١٠) أنظر: عكاشة محمد عبدالعال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولي (الاختصاص القضائي الدولي – القانون الواجب التطبيق على الاجراءات – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، ١٩٩٤، الفتح للطباعة والنشر، ٧٨. انظر ايضا: نور حمد الحجايا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي، دراسة في التشريع الاردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٣، يونيو ٢٠٠٩، ص٣٠٠.

(١١١) راجع هامش رقم (٣) من هذا البحث.

(١١٢) أنظر: ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص٣٧٦، وكذلك: حسن الهداوي وغالب علي الداودي، مصدر سابق، ص٢٤٩.

(١١٣) عوني محمد الفحري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية – دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٧، مكتبة صباح، بغداد، ص٢٥.

(١١٤) أنظر في نفس المعنى أيضاً: يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٥٦٩.

(١١٥) راجع: حيدر أدهم الطائي، مصدر سابق.

(١١٦) راجع الصفحة (٢٢) من هذا البحث.

(١١٧) راجع الصفحة (٢٦) من هذا البحث.

(١١٨) حسام أسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/ ٣/ ٢٠١٤ – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المجلة الدولية للقانون، عدد ٣، السنة ٢٠١٧، ص١٩.

(١١٩) هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات التجارية والدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٢. المؤلف متوفر أيضا على شبكة الأنترنت من خلال الرابط التالي: http://www.alexcham.org/Media/Files 9%82.pdf ، أخر زيارة رسمية للموقع كانت في ٤/ ٨/ ٢٠١٨، الساعة ٤:١٨ دقيقة مساءاً.

(١٢٠) نفس المصدر أعلاه.

(١٢١) راجع المطلب الاول من المبحث الثاني.

(١٢٢) لمزيد من التحليل حول هذا الموقف راجع المطلب الأول من المبحث الثاني.

(١٢٣) راجع وجهة نظر الباحثين في هذا الخصوص في المطلب الأول من المبحث الثاني.

(124) (n.104). Emre Esen,

(125)Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2008/5454, K.2009/2604 T.6.3.2009.

(١٢٦) راجع: Emre Esen, (n.104).

(١٢٧) انظر على سبيل المثال: عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ٧٣٩ص، أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص١٣٥

(١٢٨) أنظر: سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مصدر السابق، ص٤٧٧.

(١٢٩) أنظر: حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقم 15807 و 15808 لسنة 80 قضائية والصادر بتاريخ ٢٤/ ٣/ ٢٠١٤

(١٣٠) حسام أسامة شعبان، مصدر سابق.

(١٣١) هشام علي صادق، هامش (١١٩).

(١٣٢) وبهذا الأتجاه ذهبت محكمة التمييز العراقية، راجع الصفحة (٢٨) من هذا البحث.

(١٣٣) راجع المادة الثالثة من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي والتي صادق عليها العراق بتاريخ ١٦/ ٣/ ١٩٨٤.

مصادر البحث

أولاً: مصادر البحث باللغة العربية

١. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الأسكندرية، بدون سنة الطبع.

٢. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣. أشرف أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩.

٤. حسام أسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/ ٣/ ٢٠١٤ – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المجلة الدولية للقانون، عدد ٣، السنة ٢٠١٧.

٥. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص في العراق، بدون مكان طبع، ١٩٧٢.

٦. حيدر أدهم الطائي، تعليق على قرار قضائي صادر عن محكمة التمييز الاتحادية، مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة (العدد الثاني)، ٢٠١٢.

٧. خالد عبدالفتاح محمد خليل، تعاظم دور الارادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٦.

٨. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة الطبع.

٩. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة،، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.

١٠. عكاشة محمد عبدالعال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولي (الاختصاص القضائي الدولي – القانون الواجب التطبيق على الاجراءات – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٤.

١١. عوض احمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية- دراسة مقارنة، الجزء الاول (التنظيم القضائي- الاختصاص)، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، بدون سنة الطبع.

١٢. عوني محمد الفحري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية – دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٧.

١٣. فاطمة مويسي، الشرط المانح للأختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير، جامعة قاصيدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥.

١٤. محمد عبدالرياض منعم، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٤٣.

١٥. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٥ وتطبيقاته العملية، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.

١٦. مصطفى مجدي هرجه، الموسوعة القضائية في المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٩.

١٧. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٨.

١٨. ناصر عثمان محمد عثمان، الاتفاق على أختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة الطبع.

١٩. نور حمد الحجايا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي، دراسة في التشريع الاردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٣، يونيو ٢٠٠٩.

٢٠. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الأسكندرية، بدون سنة الطبع.

٢١. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.

٢٢. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن أختصاصه الدولي بالمنازعات التجارية والدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، ٢٠١٤.

٢٣. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦.

ثانياً – مصادر البحث باللغات الأجنبية:

Arthur T.von Mehran, Adjudicatory Authority in Private International Law- A Comparative Study (Martiinus Nijhoff Publisher, Without Publishing Date).

Ceyda Süral, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Christian Thiele, 'The Hague Convention on Choice-of-Court Agreement: Was it Worth the Effort?' in Jan Van Hein, Eckart Gottschalk, Ralf Michaels and Giesela Ruhle (eds), Conflict of Laws in a Globalized World (Cambridge University Press 2007).

Emre Esen, 'Yabaanci Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendilimesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargitay 11. Hukuk

Dairesinin 6.3.2009 Tarihi İçtihadının Eleştirisi' (2011) 1 Milleterarsi Hukuk ve Milleterarsi Özel Hukuk Bülteni.

Farquharson Ingrid M., 'Choice of Forum Clauses- A Brief Survey of Anglo-American Law' (1974) 8 The International Lawyer.

Faye Fanfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law (Cambridge University Press 2010).

George A. Zaphiriou, 'Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements' (1978) 3 Maryland Journal of International Law.

James Fawcett, 'Non Exclusive Jurisdiction Agreements in Private International Law' (2001) Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly.

Joseph Lookofsky and Ketilbjørn Hertz, Transnational Litigation and Commercial Arbitration- an Analysis of American, European and International Law (4th edn, DJØF Publishing 2017).

Kurt H. Nadelman, 'Choice-of-Court Clauses in the United States: The Road to Zapata' (1973) 21 The American Journal of Comparative Law.

Maral Kilejian and Christanne Edlund, 'Enforceability of Choice of Forum and Choice of Law Provisions' 32 (2012) Franchise Law Journal.

Matěj Myška and Jakub Harašta, 'Less is More? Protecting Databases in the EU After Ryanair' (2016) 10 Masaryk University Journal of Law and Technology.

Mukarrum Ahmed, 'A Comparative Study of the Fundamental Juridical Nature, Classification and Private Law Enforcement of Jurisdiction and Choice of Law Agreements in the English Common Law of Conflicts of Laws, the European Union Private International Law Regime and the Hague Convention on Choice of Court Agreements' (PhD thesis, University of Aberdeen 2015).

Patrick J. Borchers, 'Courts and the Second Conflict Restatement: Some Observations and an Empirical Note' 56 (1997) Maryland Law Review.

Peter Stone, EU Private International Law- Harmonization of Law (Edward Elgar 2006)

Symeon C. Symeondies, 'Choice of Law in the American Courts in 2011: Twenty-Fifth Annual Survey' 60 (2011) The American Journal of Comparative Law.

Symeon Symeonids, 'Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple' (2014) 39 Brooklyn Journal of International Law.

Symeon Symeonids, Conflict of Laws (Oxford University Press 2016) 372.

Trevor C. Hartley, International Commercial Litigation – Text, Cases and Materials on Private International Law (Cambridge University Press 2009).

Ulrich Magnus and Peter Mankowski, (eds), Brussels I Regulation (European Law Publishers 2007).