

حرية المتعاقدين بالاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي

__ دراسة قانونية مقارنة __

The contractors agreements freedom for determine the international jurisdiction. Comparative legal study

فاطمة ماجد محمد القصاب

أ.د. صدام فيصل كوكز المحمدي

باحثة في القانون الخاص

أستاذ القانون الخاص

كلية الحقوق – بجامعة النهرين/ العراق

كلية القانون – بجامعة الفلوجة/ العراق

saddam.faisal@uofallujah.edu.iq igfofaf587@gmail.com

تاريخ الإستلام: 2019/ 09/11 تاريخ القبول: 2021/03/29 تاريخ النشر: 2021/05/10

ملخص:

إنّ اتساع حجم التعاملات القانونية في أيامنا هذه، وخروجها عن النطاق الجغرافي المحدود الذي يعد محددًا سبباً في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتعيين القضاء المختص في نظر الدعوى، فضلاً عن تطور تقنيات أصل والاتصال الرقمية، بفضل شبكة الانترنت والتكنولوجيات المرتبطة بها، والتي سهلت ويسرت الكثير من يدات التعامل القانوني التي كانت موجودة من قبل، قاد إلى ظهور اتجاهات على المستويين التشريعي ضائي تميل إلى الأخذ بدعوات الفقه القانوني الذي بدأ يضيق من سطوة القواعد القانونية الأمرة التي تعيّن اختصاص القضائي الدولي للمحاكم، ويفسح المجال لإرادة الأطراف في أن تختار القضاء الذي ينظر الدعوى ، تنشأ بمناسبة نزاع مرتبط بالعقد الدولي المبرم بينهما، وهو ما قامت هذه الدراسة عليه بغية بيان مضمون ار الحرية التي يمكن فيها إعمال إرادة الأطراف في العقد الدولي في اختيار القضاء المختص للنظر في النزاع

ثم بينهما.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي، العقد الدولي، حرية المتعاقدين، تنازع الاختصاص القضائي.

Abstract :

Nowadays, The widening of legal transactions, out of the limited geographical scope, which is a key determinant in determining the applicable law, and the appointment of the competent judiciary in the case, as well as the development of digital communication and communication technologies, because of the Internet and its technologies, which facilitated many The complexities of the legal process that existed before, led to the emergence of trends at the legislative and judicial levels tend to follow the calls of jurisprudence, which began narrow the prevalence of legal rules that determine the international jurisdiction of the courts, and give way to The will of the parties to choose the judiciary hear the case arising in connection with a dispute related to the international contract between them, which was based on this study in order to demonstrate the content and implications of freedom in which the will of the parties to the international contract to choose the competent judiciary to consider the dispute between the

Jurisdiction, International Decade, Contract Freedom, **Keywords:** .Conflict of Jurisdiction

مقدمة:

فرضت تطورات الواقع القانوني اليوم، باعتبارها إنعكاساً مباشراً لتطور العلاقات القانونية العابرة للحدود، وذات الطابع الاقتصادي أو التجاري عموماً، مجموعة من المتطلبات والإعتبارات المهمة في عالم القانون الدولي الخاص بشكل عام، وفي مجال تنازع الاختصاص القضائي على وجه

الخصوص، أدت في نهاية الأمر إلى التخفيف من النظرة التقليدية للمشرعين في بلدان العالم المختلفة، حول القواعد القانونية " الآمرة" المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وعند التأمل في القواعد القانونية المقارنة، نجد هنالك من المشرعين من نظم حالة الاتفاق على الاختصاص القضائي الدولي سواء بصيغة الشرط الجالب للاختصاص القضائي الدولي، أو الشرط السالب لهذا الاختصاص، لأنّ هذا الشرط له وجهان فعندما يظهر بالوجه الجالب للاختصاص أي الوجه الايجابي فهذا يعني ضمناً أنّه سلب الاختصاص من قضاء دولة أخرى كان مختصاً بالنظر فيها أصلاً، أمّا المشرع العراقي فقد تحفظ عن الاخذ بالاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وبقي ملازماً للتوجه التقليدي تشريعياً ولم ينص صراحة على مثل هذا الاتفاق، مما يعني ضرورة البحث عن تخريج قانوني في ظل القواعد القائمة لتبرير صحة مثل هكذا اتفاق او شرط محدد لهذا الاختصاص، سواء في القواعد العامة في القانون المدني، او في القوانين الخاصة التي تنظم مجالات بعينها كقانون الاستثمار مثلاً.

ولهذا تدور إشكالية الدراسة حول فكرة مفادها؛ الكيفية التي يجري بها حل التعارض بين رغبة الأطراف في النزاع المشوب بعنصر أجنبي في اللجوء إلى القضاء الذي يرون أنّه مناسب للنظر في دعواهم، وبين القواعد الوطنية التي تحظر أو تمنع إمكانية هذا الاتفاق المانع او السالب للاختصاص القضائي الدولي، كونه يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة المقررة في التشريع الوطني. وحيث تخضع الاتفاقات في الاصل لمبدأ حرية التعاقد الذي يفسر في وجهه الايجابي، القوة الملزمة للاتفاق بمجرد إبرامه بإرادة حرة سليمة، ويبرز وجهه السلبي إذا ما رفض أحد الطرفين هذا الاتفاق، وقد يتفق الأطراف على تحديد الاختصاص القضائي الدولي عند إبرام العقد وقبل نشوء أي نزاع بينهم بتعيين محكمة معينة يلجؤون إليها، لذلك قد يكون هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع بين المتعاقدين، وربما يكون هذا الاتفاق بصورة عقد تابع يضاف إلى العقد الأصلي، فكيف تنشأ

هذه الاتفاقات، وفي هذا الإطار يمكن أن تثار أسئلة عدّة؛ حول مدى دور إرادة الأطراف بإنشاء هذه الاتفاقات، وكيف لمبدأ حرية التعاقد ان يلعب الدور الأساسي في هذه الاتفاقات؟ وهل يمكن ان يؤثر استقرار التعاملات ومقتضيات تطور الروابط القانونية على هذه الاتفاقات؟ كما لا بدّ أن نسلط الضوء على أثر صمام الأمان النظام العام كقيد يحد من حرية الأطراف على الاتفاق بما يلائم نظام عام بلد المحكمة المختارة، وكذلك أثر الحظر التشريعي والاتفاقي.

وقد اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي في عرض الافكار والموضوعات الخاصة بجوانبها العلمية، مع اللجوء إلى المنهج التحليلي في المواضع التي تستوجب الوقوف عندها بالتحليل والتعمق، مع الاعتماد على اسلوب المقارنة بين أحكام القانون العراقي وأحكام القانون المصري بصورة رئيسة، مع عدم نفي التطرق لبعض القوانين المقارنة الأخرى التي نجد في ذكر موقفها أهمية في سياق موضوع البحث.

كل ذلك؛ ارتأينا بجنه ودراسته من خلال خطة علمية، تمّ تقسيمها الى ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الاول تأصيل اتفاق المتعاقدين على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، اما المبحث الثاني فبيننا مبررات صحة الاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، اما بالنسبة للمبحث الثالث فبيننا فيه القيود التي ترد على الاتفاق المحدد للاختصاص القضائي الدولي. وقد اختتمنا البحث بخاتمة، تضمنت أبرز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأول: تأصيل اتفاق المتعاقدين على تحديد الاختصاص القضائي

الدولي

إنّ اتفاق المتعاقدين عموماً لكي يكون، لا بدّ أن يكون هنالك تعبير عن الإرادة يبين اتجاهها نحو مضمون معين،⁽¹⁾ فالتعبير عن الإرادة هو التجسيد الخارجي للموس لإرادة ظاهرة أو صريحة

أو إرادة ضمنية للمتعاقد، وهذا التجسيد ضروري فعلياً ومنطقياً.⁽²⁾ إذ لا يتصور اتفاق المتعاقدين على تحديد الاختصاص القضائي الدولي دون ان يفصح عنه.

والتعبير لا يخرج عن كونه الرداء الذي يندثر به جوهر التصرف، وهو الإرادة الحقيقية التي يرجع اليها لتحريك الآثار القانونية⁽³⁾، ولا بدّ من الترابط بين الإرادتين والتراضي، وهذا ما نصت عليه المادة (73) من القانون المدني العراقي النافذ،⁴ بقولها أنّ "العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"، حيث أنّ الاتفاق وفقاً للقانون المدني العراقي يتم بارتباط الايجاب والقبول بأي وجه يثبت اثره في المعقود عليه.

وبذلك سنقوم بتفصيل هذا المبحث إلى مطلبين سنخصص الأول منهما لاتفاق المتعاقدين الصريح على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وأمّا المطلب الثاني لإختيار المتعاقدين الضمني لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، وكما يأتي:

المطلب الأول: اتفاق المتعاقدين الصريح على تحديد الاختصاص القضائي الدولي

أشار القانون المدني العراقي النافذ، إلى الاعتداد بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية للاتفاق، ويفترض ان الكلام عن إختصاص قضائي وليس تنازع قوانين حيث نصت المادة (1/25) على أنّه: (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ إتحدوا موطناً، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أنّ قانوناً آخر يراد تطبيقه)، وهذا النص يقابل المادة (1/19) من القانون المدني المصري⁵، ونشتق من ذلك ان المشرعين العراقي والمصري على حد سواء قد اعطيا مساحة واسعة لإرادة المتعاقدين إذا اتفقا على تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد قدم هذا الاتفاق على الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون الدولة التي تم فيها العقد.

إلا أنّ المشرع العراقي لم ينص صراحة على حرية المتعاقدين بتحديد الاختصاص القضائي الدولي بالإتفاق بأحد الضوابط التي تعقد الاختصاص للمحاكم العراقية، إلا أنّه ومع لمعان نجم حرية التعاقد مجدداً على الصعيد العالمي، كأحد أهم متطلبات التجارة الدولية أصبح بالإمكان العمل على منح حق تحديد الاختصاص القضائي الدولي، للمتعاقدین مع الأخذ بنظر الإعتبار ان هذا الإتفاق ليس مطلقاً، وإّما هو إتفاق مقيد بركائن وضوابط معينة ومنها الحظر التشريعي وكذلك النظام العام.

إلا أنّه المشرع المصري قطع شوطاً عند تحديد أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 وفي المادة (32) تحديداً حيث نصت على أنّه: (تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في إختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً)، ومن ذلك يتبين لنا ان إتفاق المتعاقدين على قبول الخضوع لولاية المحاكم المصرية صراحةً يعطي الحق للمتعاقدین في تحديد الولاية للمحاكم المصرية، إلا أنّ المشرع المصري قد فاته الإتفاق على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية فقد منح المتعاقدين حق الإتفاق على شرط مانع للإختصاص القضائي الدولي إلا أنّه لم ينص الشرط السالب للإختصاص القضائي الدولي المصري، ونعتقد ان المشرع المصري قد تقدم خطوة عن مشرعنا العراقي، حول النص صراحة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة 1968 على إتفاق المتعاقدين الصريح حول تحديد الاختصاص القضائي الدولي. ونتطلع إلى إضافة هذا النص إلى القانون المدني العراقي في المواد الخاصة بضوابط تحدد الاختصاص القضائي الدولي إذا ما توافرت شروطاً معينة ومنها انعدام الحظر التشريعي الداخلي والدولي، وكذلك عدم مس هذا الإتفاق لصمام الأمان للدولة وهو النظام العام.

والسؤال الذي يطرح هنا هو آلية التعبير عن هذه الإرادة بإتفاق المتعاقدين على تحديد الإختصاص القضائي الدولي؟

يمكن القول ان المشرع العراقي لم ينص على طرق التعبير عن الإرادة في العلاقات القانونية الدولية، ويمكن الاستدلال والقياس على القواعد العامة الموجودة في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ومنها المادة (77) التي تنص على أنه: (1_الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد، واي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول).

وفوق ذلك يجب ان يكون العاقدان مميّزان يعقلان معنى التصرف ويقصدان أي ان يكونا مدركين لماهية الإتفاق والتزاماتها منه، وإنّ تكون إرادة كل عاقد حرة أي انها تملك الإختيار في إبرام الإتفاق من عدمه.

والشخص معدوم الإرادة كالمجنون والصبي غير المميز لا يتم ولا ينعقد إتفاقاً بينه وبين غيره، وكذلك فاقد الإرادة بسبب عابر كالمنوم والمخدر والسكران والمكره لأنّ إرادتهم أمّا معدومة أو مسيرة غير مخيره.

وكذلك لا بدّ ان تكون الإرادة حدية التي يقصد بها صاحبها الإلتزام لها، فلا عبرة بالإرادة الصورية أو الهازلة أو المجاملة أو المعلقة على محض المشيئة.⁽⁶⁾

إنّ الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي للمتعاقدین على الأغلب هو إتفاق صريح، مع الأخذ بنظر الإعتبار ان هذا الإتفاق الصريح ليس مطلقاً، وإمّا هو إتفاق مقيد بركائز وضوابط معينة ومنها الحظر التشريعي وكذلك النظام العام.

وبذلك نرى أنّ المشرع العراقي أعطى دوراً للتعبير عن الإرادة، ولكن كيف يعبر عنها أو ما هي طرق التعبير عنها، يمكن القول ان المشرع العراقي لم ينص على طرق التعبير عن الإرادة في

العلاقات القانونية الدولية، إلا أنه يمكن الاستدلال بطرق التعبير عن الإرادة ببعض القواعد العامة في القانون المدني العراقي ومنها المادة (77) نصت على أنه: (1- الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد واي لفظ صدر هو ايجاب والثاني قبول)، ونستدل من نص هذه المادة ان المشرع العراقي أخذ أولاً بالتعبير لفظاً كتعبير صريح على إنشاء الإتفاقات ولم يلتزم بصيغة معينة حتى وإن كانت عرفية يستدل منها على الايجاب والقبول الواضح والصريح، ويمكن قياس هذه المادة على الإتفاقات الدولية، حيث بالإمكان تحديدها على الإتفاقات الدولية، من حيث تحديد الإختصاص القضائي الدولي بشكل صريح وواضح لفظاً تعبيراً عن إرادة المتعاقدين، ولكن المشرع العراقي، وضع قيداً لهذه الصيغة في الفقرة ثانياً المادة (77) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه: (ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا اريد بهما حال)، ويتضح من هذا النص ان التعبير الصريح عن إرادة المتعاقدين لابد ان يكون بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر إذا اريد به الحال، ولا يجوز ان يكون التعبير بصيغة المستقبل، فلا ينعقد الإتفاق إذا قيل سأقبل أو سوف اقبل، ونرى هذا الأمر ينطبق كذلك على الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي فلا يجوز ان يتفق المتعاقدان بصيغة المستقبل وإنما يجب ان يكون الإتفاق بصيغة الماضي أو المضارع أو الحال إذا افيد به الحال، أي انها تحتاج قرينة تؤكد انصرافه إلى الحال وتستبعد احتمالها للانفصال أو المساومة.⁽⁷⁾

إلا أن المادة (87) تعود لتضع ضوابط لصيغة الاستقبال فنصت على أنه (صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها وعداً ملزماً إذا انصرفت إلى ذلك قصد المتعاقدين) فصيغة الاستقبال تلزم المتعاقدين إذا ما اتفقا بهما ان ذهب قصدهما إلى ذلك.

وأوضحت المادة (79) طرق التعبير عن الإرادة فنصت على أنه: (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الآخرس..) فالتعبير الصريح عن الإرادة يكون مشافهة ويكون كتابة ويكون بالإشارة ولو من غير الآخرس.

وأخيراً نصت المادة (157) على أنه: (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) أي ان التعبير الصريح سواء كان مشافهة أو كتابة أو بالإشارة في الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي.

إلا أنّ المشرع المصري كانت له صياغة أكثر دقة من المشرع العراقي فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة الصريحة حيث نصت المادة (90) من القانون المدني المصري رقم (13) لسنة 1948 على أنه (1- ان التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود).

فالتعبير الصريح يكون باستعمال الالفاظ الدالة على المعنى الذي تقصده الإرادة بأية طريقة كانت هذه الالفاظ شفوية أو كتابية أو أيّاً كانت نوع كتابتها رسمية أو عرفية. موقعة أو غير موقعة، مكتوبة بخط اليد أو بالآلة الطابعة. وقد يكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة عرفياً كهز الرأس عمودياً للتعبير عن الموافقة وهزاً أفقياً للتعبير عن الرفض.⁽⁸⁾

وذلك يعني خروج الإرادة قانونياً إلى عالم الوجود بالاسلوب الشائع المتعارف عليه.⁽⁹⁾

وفي إطار الإتفاقيات الدولية يشير إلى إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي نوهت إلى اعطاء حرية للمتعاقدین في تحديد الإختصاص القضائي الدولي وفي المادة (42) تحديداً التي نصت على أنه: (1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان

تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع، بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد.

2- ليس للمحكمة ان تحكم بعدم إختصاصها على أساس سكوت أو غموض القانون) ونستدل من ذلك أنّ إتفاقية واشنطن قد فسحت المجال الواسع للمتعاقدین بتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، وليس من حق المحكمة ان ترفض الفصل في النزاع في حالة عدم عقد إختصاصها وفق قانونها، وبذلك فإنّ ايقاف المتعاقدین الصريح على تحديد إختصاص دولة معينة، ولو لم تكن مختصة أصلاً بالفصل في النزاع فإنّه يمنع الإختصاص لهذه المحكمة وكأنّه إتفاق الطرفين، وهو ضابط حددته الإتفاقية لعقد الإختصاص للمحكمة المختارة من قبل الطرفين ولو لم تكن مختصة أصلاً بالفصل في النزاع فإنّه يمنح الإختصاص لهذه المحكمة.

كما أشار تنظيم بروكسل (2012/1215)¹⁰ إلى عدة اشكال للإتفاق على الإختصاص القضائي الدولي ومنها ما هو مثبت في المادة (1/23 أ) التي ذكرت (ان الإتفاق على الإختصاص القضائي الدولي كتابتاً أو يتجلى في كتابة)، وذلك يعني لابدّ ان يكون الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي بصيغة مكتوبة.

وقد ثار الخلاف الفقهي حول الافضلية بين التحديد الصريح للمتعاقدین للإختصاص القضائي الدولي ومحكمة القانون الواجب التطبيق؟

يرى فريق من الفقه⁽¹¹⁾ ان الافضلية يجب ان تكون للمحكمة التي اختارها المتعاقدین أو الخصوم لتحكم سير المنازعة سواء كان هذا الإتفاق صريحاً أم مجرد شرطاً مستقلاً عن هذا الإتفاق.

بينما يرى فريقاً آخر ان أساس المشكلة لا يكمن في إرادة المتعاقدين بقدر ما يكمن في تحديد المحكمة الأكثر اختصاصاً لتحكم سير المنازعة، ويرى هذا الفريق ان انسب محكمة مختصة في هذا الخصوص هي محكمة محل الإتفاق بتطبيق نظرية المؤشرات التي تحكم الإختصاص القضائي الدولي فيما يخص ضابط إرادة الخصوم. فإذا اتفق المتعاقدين على تحديد قانون وطني معين يحكم النزاع فإنّ قصدهم يتجه بالضرورة إلى إختيار محكمة دولة هذا القانون لتفصل بالنزاع ومن ثم سريان قانونها على إجراءات المنازعة ليخضع مجموع الإتفاق لقانون واحد، أمّا إذا كان الإختيار ينص فقط على مكان الإتفاق المبرم بينهم، فإنّ ذلك يعني بالضرورة إختصاص محاكم الدولة مكان إبرام الإتفاق.⁽¹²⁾

نستنتج من ذلك، تفضيل ان يكون الإتفاق المبرم بين المتعاقدين واضحاً وصريحاً على تحديد الإختصاص القضائي الدولي حتى لا يدخل الإتفاق تحت مظلة التفسير الفقهي لإتجاه إرادة المتعاقدين، وربما كان هذا الإتفاق مكتوباً على هيئة شرط أو بند من ضمن البنود المتفق عليها فيما بينهم.

وسواء أكان هذا الإتفاق على شكل إتفاق صريح مستقل أو بنداً من ضمن بنود الإتفاق، وسواء أكان قبل أو بعد نشوء النزاع فبكلتا الحالتين يجب الاعتراف بإرادة الأطراف إستناداً لمبدأ حرية التعاقد الذي سيكون أحد مبررات الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي. فالقاعدة الأصلية التي يخضع لها قانون الإتفاق الدولي هو القانون الذي يحدده أو يتفق عليه الأطراف بإرادتهم في مجال تنازع القوانين⁽¹³⁾، حيث تعد إرادة الأطراف ضابطاً للإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالإتفاقات الدولية،⁽¹⁴⁾ فإنّه يمكن القول ومن باب القياس يمكن ان تكون إرادة المتعاقدين ضابطاً لتحديد الإختصاص القضائي الدولي.

المطلب الثاني: اتفاق المتعاقدين الضمني على تحديد الاختصاص القضائي الدولي

للتعرف على الإتفاق الضمني⁽¹⁵⁾ المحدد للاختصاص القضائي الدولي لابدّ ان نعود لنضع المادة (1/25) من القانون المدني العراقي موضع الفحص فقد نصت على أنّه: (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه)، وتقابل هذه المادة نص المادة (19) مدني مصري، وفي عجز هذه المادة تفتح شفرة الإتفاق الضمني للمتعاقدين، حيث تلعب الإرادة الضمنية الدور الرئيسي في تفسير الإتفاق بين المتعاقدين ولكن ما هي الإرادة الضمنية وكيف يمكن التعبير عنها؟ يعرف التعبير الضمني هو التعبير الذي يظهر الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع الشائع بين الناس في تشفيها، ولكن يمكن استنباطها من دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال.⁽¹⁶⁾

قبل الولوج بتفاصيل الإجابة على السؤال المتقدم، نقول بأن المشرع العراقي أشار في نصوص كثيرة، إلى التعبير بالإرادة الضمنية ومنها نص المادة (79) مدني عراقي التي تنص على أنّه: (كما يكون الايجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي).

يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي، قد أخذ في التعبير عن الإرادة الضمنية إذا ما اتخذ المتعاقدان أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي.

كما اكدت المادة (155) مدني عراقي على الإرادة الضمنية في فقرتها حيث نصت على أنه:
(1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. 2- على أن الاصل في الكلام الحقيقة أمّا إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز).

ويتضح من الفقرة الاولى من المادة (155) إعتداد نية المتعاقدين الضمنية التي تشير اليها كأصل عام في تفسير الإتفاق على أساس ظروف التعاقد، وإنّ حاول المشرع على استحياء فيما تلاها من نصوص مجازة التعبير.

فاذا فسر القاضي الإتفاق واستخلص منه نية العاقدين واتجهت إتّجهاً معيناً، فعليه ان يقضي بهذه النية حتى لو تعارضت مع المعنى الحرفي للإتفاق واذا رفض الحال هذه النية. بحجة تعارضها معه فإنّ حكمه لا يكون قانونياً إذ أنّه انهى في قراره إلى النية الباطنة الحقيقة للعاقدين ولكنه لم يأخذ بها. (17)

مثال ذلك إذا اتفق المتعاقدين صراحة على تحديد الإختصاص القضائي الدولي في إتفاق مكتوب بينهما، ولكن أحد الخصوم قد اقام الدعوى أمام محكمة غير المحكمة المتفق عليها في العقد، فإنّ حضور الخصم الاخر جلسة المرافعة من غير أن يدفع بعدم إختصاصها يعتبر قبولاً وتعبيراً عن إرادة ضمنية لقبول ولاية هذه المحكمة، ولا يجوز للقاضي ان يدفع من تلقاء نفسه بعدم إختصاصه ما دام ان الخصم قد حضر وارتضى الخضوع لمحكمته.

كذلك تحديد موطن مختار غير موطن إبرام الإتفاق يعتبر إشارة مهمة للإتفاق الضمني على تحديد الإختصاص القضائي الدولي. ومثال ذلك إذا ابرم المتعاقدين الإتفاق في العراق إلا أنّهما حددا موطناً مختاراً لكلاهما في مصر، ان تحديد الموطن المختار في مصر، يعتبر إشارة ضمنية للإتفاق الضمني على أن الإختصاص القضائي الدولي هو القضاء المصري.

نعود مرة أخرى لنص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 حيث نصت على أنه: (تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً). وهنا يركز المشرع المصري على الخضوع الإرادي الضمني للخصم إذا ما قبل ضمناً إختصاص المحاكم المصري وذلك فيما إذا حضر المرافعة من غير أن يدفع بعدم إختصاص الجمهورية للنزاع الذي تنظر فيه، إذ يعتبر إتفاقاً ضمناً للخصوم على عقد الإختصاص للمحاكم المصرية. ونحن نرى أهمية حذو المشرع العراقي حذو المشرع المصري فيما يخص الاخذ بإتفاق المتعاقدين صراحةً أو ضمناً كأحد ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

وفي إطار الإتفاقيات الدولية يمكن الإشارة إلى إتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا¹⁸ 1980 حيث نصت المادة (128) من إتفاقية فيينا على أنه: (في حكم هذه الإتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقاً لما قصده هذا الطرف متراكماً الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن ان يجهل به)، ونستنتج عند فحص النص ظاهراً أنه يمتد بالتصرفات والصادرة عن أحد الطرفين وفقاً لما قصده أي تعبير ضمني عن إرادة أحد العاقلين مع موافقة الطرف الآخر ضمناً إذا كان يعلم به أو لا يمكن ان يجهل به.

ومثال ذلك؛ إتفاق تاجرين أحدهما فرنسي والآخر ألماني على تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية لمدة عشر سنوات، وبداية كل سنة يجدد الإتفاق لنفس نوع التجارة من دون أي تغيير في الإتفاق، إلا أنه في السنة الأخيرة من التجديد اغفلا تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية، ان الإختصاص يكون للمحكمة العراقية إذا ما نشب نزاع

بينهما، إستناداً إلى كافة الإتفاقات المبرمة بينهما على مدى طويل من الزمن فأصبح إتفاقهما تلقائياً أو ضمناً.

وكذلك ما نصت عليه المادة (1/23) في الفقرتين الفرعيتين (ب وج) وفقرة (2) من تنظيم بروكسل (2012/1215) الخاصة بتحديد الإختصاص القضائي الدولي التي تنص على أنه: (مثل هذا الإتفاق بمنح الإختصاص القضائي أما ان يكون:

ب_ في الشكل الذي يتفق والممارسات التي كانت قد نشأت بين الطرفين انفسهم، او ج_ في التجارة الدولية أو التبادل التجاري، وإنّ يكون في الشكل الذي ينسجم وإتفاقيات إستخدام الطرفين التي هي أو يجب ان يكونوا على علم بها، والذي في مثل هذه التجارة أو التبادل التجاري المعروف على نطاق واسع، والإلتزام بها بأنظام من قبل الطرفين في العقود من النوع المتعاقد في تجارة معينة، أو التبادل التجاري.

2_اي اتصال بإستخدام الوسائل الإلكترونية التي توفر سجلاً متيناً للإتفاق يكون معادلاً إلى الكتابة).

وهذا يعني ان هنالك قدر معين من التعاملات المستمرة بين الطرفين وإنّ تكن هذه التعاملات من نفس النوع ايضاً، فإذا توقفت التعاملات بين الطرفين وكانت هنالك مفاوضات جديدة قبل الاستمرار في التعاملات من غير تحديد الإختصاص القضائي الدولي فإنّ الإتفاق السابق للإختصاص سيكون غير صحيح ولا يسري أو لا يطبق نهائياً، وفي هذه الحالة يحتاج المتعاقدين إلى الإتفاق على الإختصاص القضائي الدول بمفاوضات جديدة وإلا ستطبق القواعد العامة.

ويرى جانب من الفقه ان التفسير الضمني للإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي يمكن ان يستدرج من ضمن عدة مؤشرات ضمنية نستخلصها من إرادة الأطراف الضمنية

ومن بين هذه المؤشرات مكان محكمة الدولة التي يرفع أمامها النزاع ولو لم تكن مختصة أصلاً، ومحكمة البلد الذي تم إبرام الاتفاق فيه، على اعتبار أنها دولة قانون القاضي وهو الأكثر الماماً به⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني: مبررات صحة الاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي

تختلف المبررات القانونية لمنح المتعاقدين حق الاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، فهو يمكن ان يستند إلى مبدأ حرية التعاقد الذي قدس الإرادة إلى حد القول ان إرادة المتعاقدين هي الشريعة الملزمة لهم. ولا تحتاج هذه الشريعة إلى قوة القانون في إلزامها، فالإتفاق ملزم من ذاته وهو يستمد الزامه من إرادة المتعاقدين⁽²⁰⁾ فإرادة المتعاقدين وفقاً لمبدأ حرية التعاقد تعلو فوق القانون سواء كانت إرادتهم صريحة أم ضمنية⁽²¹⁾ وهذا ما سنبحثه في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسنخصصه لعرض المبررات المتعلقة بإستقرار التعاملات والعادات والاعراف الدولية، وكما يأتي:

المطلب الأول: تبرير إتفاق المتعاقدين بالإستناد إلى مبدأ حرية التعاقد

ان حرية التعاقد هو حق يتمتع به كل متعاقد⁽²²⁾ بمقتضى القانون تطبيقاً لنص المادة (75) مدني عراقي التي نصت على أنه: (يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الإلتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب).⁽²³⁾

ومن ذلك يتضح ان المشرع العراقي قد تبني مبدأ حرية التعاقد في العقود حيث فسخ للأطراف المجال الواسع لإبرام ما يشاؤون من تصرفات قانونية بشرط ان لا يكون الإتفاق أو الإلتزام ممنوعاً بنص القانون أو مخالفاً للنظام العام الذي يعتبر صمام الأمان للدولة، ولم يكن المشرع المصري أكثر وضوحاً وصراحة من المشرع العراقي حيث نصت المادة (89) مدني مصري على أنه: (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع قانونية لانعقاد العقد).

ولهذا يقال بأنّ المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ حرية التعاقد على استيحاء في هذا النص، إذ لم يعبر صراحة عن حرية المتعاقدين، ولكنّه قيد هذه المادة بنصوص أخرى مشابهة لنص المادة (75) مدني عراقي، ولكنها أكثر تفصيلاً ومنها نص المادة (135) التي تنص على أنّه: (إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)، ومثال ذلك إتفاق المتعاقدين على بيع وشراء نوع معين من الادوية المحظورة في العراق، واتفقا على أنّ الإختصاص القضائي الدولي هي المحاكم العراقية، فبموجب هذا الإتفاق لا يعقد الإختصاص للمحكمة العراقية كون الإتفاق ينطوي على شيء مخالف للنظام العام.

ونص المادة (136) التي تنص على أنّه: (إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) وبهذا يكون المشرع المصري قد أخذ بمبدأ حرية التعاقد في العقود إلّا أنّه قيد هذا المبدأ بالنظام العام والآداب العامة في محل وسبب الإلتزام.

ويمكن القول؛ بأنّ المشرع العراقي كان أكثر مهارة من المشرع المصري في الصياغة والنص على مبدأ حرية التعاقد، وبذلك فإنّ من باب القياس يمكن قياس هذه القواعد العامة على الإتفاقيات الدولية، كما ان أغلب الإتفاقيات الدولية تهدف إلى هذا المبدأ ولو بصورة غير مباشرة، ومنها إتفاقية فينا أو إتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، حيث نصت المادة (6) منها على أنّه: (يجوز للطرفين إستبعاد تطبيق هذه الإتفاقية كما يجوز لهما ما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة (12) مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره).

وبذلك نجد أنّ التشريع الداخلي والدولي والذي نقصد به الإتفاقيات الدولية قد أخذاً بمبدأ حرية التعاقد فيما يخص التصرفات القانونية للمتعاقدین وفسحت مجالاً واسعاً للأخذ بهذا المبدأ إذ أصبحت ضرورة ملحة (24).

ويذهب بعض انصار مذهب حرية التعاقد إلى تبرير إتفاق المتعاقدين على تحديد الإختصاص القضائي الدولي، كون الإرادة لها السلطان الأكبر لتكوين الإتفاق وتبريره⁽²⁵⁾، حيث يمكن تلخيص هذا المبدأ في عبارتين رئيسيتين، لا يقر القانون إتفاقاً ما لم يتم برضا حر، وكل إتفاقاً تم برضا حر يقره القانون ومن ذلك الطرفان

المتعاقدان يحددان بحريتهما مضمون إتفاقيهما والذي يعني هنا هو الإختصاص القضائي الدولي، كذلك فإنّ الإتفاق المستند إلى مبدأ حرية التعاقد لا يجوز المساس به من غير طرفيه.

فلا يحق لاحد الأطراف أو لأجنبي عن الإتفاق أن يغير الشروط الإتفاقية، فالإتفاق المبرر بحرية التعاقد هو في حكم القانون أو ان المتعاقدان يخلقان قاعدة قانونية خاصة بهما⁽²⁶⁾، فهذه الحرية محمية وفق القانون إذ لا بدّ لدول الأطراف المتعاقدة ان تعترف به، لأنّ الأخيرة اعترفت بالزامية هذا المبدأ، وتستند إليه في تشريع قوانينها الداخلية، بذلك فإنّه وفقاً لهذا المبدأ لا يجوز للقاضي المرفوع أمامه النزاع تعديل هذا الإتفاق بدعوى اتباع قواعد العدالة أو ان يضيف إليه ما ليس منه⁽²⁷⁾.

ونستوحي من كل ذلك؛ أنّ مبدأ حرية التعاقد يمكن ان يكون أحد مبررات الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

المطلب الثاني: تبرير إتفاق المتعاقدين بإستقرار التعاملات ومقتضيات تطور الروابط

القانونية

ان الأمان القانوني هو ضرورة يجب ان يحققها أي نظام قانوني⁽²⁸⁾ ومنها القانونين العراقي والمصري. حيث أشار القانون المدني العراقي إلى مبدأ إستقرار التعاملات ومقتضيات تطور الروابط القانونية في أكثر من مناسبة ومنها نص المادة (81 ف 2) مدني عراقي التي تنص على أنّه: (ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذ كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل..)، ومن ظاهر النص يتضح أنّه يقصد إستقرار التعاملات الداخلية أي المبرمة بين أطراف وطنيين ويمكن القياس على هذا النص في إطار القانون الدولي الخاص فيما إذا كان هنالك تعامل أو إتفاق سابق بين المتعاقدين لإتفاق مشابه أو قريب لما أبرماه مجدداً وكانوا قد حددوا الإختصاص القضائي الدولي في ذلك الإتفاق إلّا انهما اغفلا الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي في الإتفاق الجديد، فمن باب إستقرار التعاملات وتطور الروابط القانونية يمكن ان تكون المحكمة التي حددها في الإتفاق القديم هي نفس المحكمة في الإتفاق الجديد وذلك إذا كان بنفس اشخاص ومحل وسبب الإتفاق السابق، فهنا يكون الإتفاق ضمناً وغير مصرح به علناً إلّا أنّه يستوحي من الإرادة

الضمنية لكلا المتعاقدين، ويقابل نص هذه المادة في القانون المدني المصري (150 ف2) نصت على أنه: (اما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدان دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر أمانه وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري)، ومثال ذلك ان يرم مصرى وعراقى إتفاقاً على بيع شيء معين وإبرم الإتفاق في العراق وجرى التعامل في العراق فجرى تسليم البضاعة في العراق أمّا تسليم الثمن كان في مصر، واتفق المتعاقدان على أن المحكمة المختصة هي محكمة القانون الواجب التطبيق، وكان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري، إلا أنه اقيمت الدعوى أمام المحاكم العراقية، فوفقاً لمبدأ الأمان والثقة بين المتعاقدين الذين سبق وإنّ اتفقا سابقاً في العراق وكانا يظنان ان المحاكم العراقية هي المختصة واغفلا ان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري فتكون المحاكم العراقية هي المحكمة المختصة إستناداً لمبدأ الأمان والثقة بين المتعاقدين.⁽²⁹⁾

كما ان المشرع العراقي أشار في القانون المادة (163) في فقرتها الاولى والثانية التي نصت على أنه : (1- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، 2- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم). حيث يمكن قياس هذا النص على الإتفاقات الدولية، تحديداً في الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي، إذ يفترض سبق وإنّ تمت عدة إتفاقات بين تاجرين مصري وعراقي، وفي كل إتفاق كانوا يتفقوا على تحديد المحكمة اللبنانية مثلاً هي المحكمة المختصة. ولكنهما اغفلا في الإتفاق الأخير تحديده، فوفقاً لمبدأ إستقرار التعاملات وتطور الروابط القانونية تكون المحكمة اللبنانية هي المحكمة المختصة في النظر بالنزاع ولو اغفلا تحديدها.

ومما تجدر الإشارة إليه ان الأمان في المعاملات يختلف عن الثبات في القاعدة القانونية. فالثبات يعتبر مظهر من مظاهر الأمان في المعاملات أو احدى وسائله وليس الثبات ذاته، ومؤكدا ان الثبات يؤدي إلى الأمان القانوني في أغلب الأحوال وبالاخص الأمان في المعاملات، ويتضح ان هنالك ثباتاً قانونياً عندما يقتنع المتعاقدان بان الظروف لن تتغير مستقبلاً، وبأنهم ضمنوا ان الإتفاق سيبقى كما اتفقا عليه عند الإبرام، إلا أنّ الثبات غير مرادف للأمان فالتوقع هو وحده ما يؤدي إلى الأمان في المعاملات، فيمكن ان

يكون هنالك أمان رغم وجود عدم الثبات بشرط ان يكون خطر عدم الثبات قد خطر على بال المتعاقدين، فإنه لن يشكل إلا سبباً بسيطاً لعدم الأمان.⁽³⁰⁾

ولعل أهم امثلة الإتفاقات المستقرة بقواعد عرفية هي الشروط العامة للعقود النموذجية أو ذات الشكل النموذجي، حيث لا ترتبط هذه الإتفاقات بقانون محدد، ويهدفون إلى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية لعدم ملائمتها للتجارة الدولية ويبدو ان قواعد هذه الإتفاقات لا تستمد من قوانين دولة معينة ولا حتى معاهدات دولية، وإنما من بنود الإتفاق ذاته، وغالباً ما تعبر هذه الإتفاقات عن واقع مهني أو تعاوني يربط بين المتعاملين بهذه العقود⁽³¹⁾.

وبعد كل ذلك، يمكن القول بأنه من الممكن ان تكون إستقرار التعاملات والروابط القانونية مبرراً لصحة الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

المبحث الثالث: القيود التي ترد على الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي

الدولي

يتبادر إلى الذهن أولاً صمام أمان الدولة أي النظام العام فيها، فلا يجوز الإتفاق على شيء يمس النظام العام للدولة، فماذا عن الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي، هل يجوز الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي في القانونين العراقي والمصري، أم ان هذه القواعد تعتبر من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على خلافها؟ وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول من هذا المطلب. أمّا القيد الآخر الذي يكبل حرية المتعاقدين على تحديد الإختصاص القضائي الدولي هو الحظر التشريعي والإتفاقي، فلا يمكن ان يكون الإتفاق مخالفاً لنصوص أمرة في القانون الداخلي للدولة، ولا يمكنه أيضاً ان يخالف نص لإتفاقية دولية موقعة عليها الدولة المختارة صاحبة الإختصاص القضائي الدولي، وهو ما سنحاول الإجابة عنه وبجته في المطلب الثاني، وكالاتي:

الفرع الأول: أثر النظام العام على إتفاق المتعاقدين

لما كان الوقوف على تعريف جامع مانع للنظام العام أمر في غاية الصعوبة، وتأتي صعوبة هذا الأمر من الاختلاف في الأسس التشريعية التي تسير بها بلدان العالم في وضع قوانينها، ويعتبر النظام العام هو انعكاس للتوجهات السياسية والاقتصادية الاجتماعية للدولة ولرأيها العام وافكارها واعرافها وقيمها السائدة في المجتمع في وقت معين⁽³²⁾، وبذلك فإن فكرة النظام العام تتطور وتختلف باختلاف الزمان والمكان.⁽³³⁾

وقد اتجهت أغلب التشريعات على عدم وضع تعريف جامد⁽³⁴⁾ للنظام العام، تاركه ذلك للسلطة التقديرية للقاضي أمام كل واقعة بظروفها، وبهذا الاتجاه سار المشرع العراقي حيث أشار إلى النظام العام في القانون المدني العراقي المادة (75) نصت على أنه : (يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الإلتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب)، وفي المادة (132 ف1) على أنه: (يكون العقد باطلاً إذا إلتزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب)³⁵.

وقد حاول أحد الفقهاء تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص فقال بأنه: (وسيلة فنية تم بمقتضاها إستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي، إذا تعارض مع الأسس والمبادئ العليا الاقتصادية والاجتماعية والروحية لمجتمع دولة القاضي).⁽³⁶⁾

وبذلك نعود لجوهر المشكلة حيث نطرح السؤال الآتي ما مدى تعلق قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالنظام العام؟

وللإجابة عن هذا التساؤل؛ لابدّ لنا من الرجوع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي العراقي والمصري.

وهنا لم نجد ما يسعفنا في القانون العراقي أو المصري للإجابة عن هذا التساؤل، فلم ينص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، ولا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 بإعتباره القانون المنظم للإختصاص القضائي الدولي على مدى تعلق قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، وتعتبر هذه فراغات تشريعية في كلا القانونين لابدّ من تحديدها والنص عليها.

فلا نجد في قواعد القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 سوى مادتين منظمة للإختصاص القضائي الدولي، وهما المادة (14) التي تنص على أنّه: (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج)، وعند التمعن في هذه المادة ووضعها تحت مجهر الفحص نجد أنّ أساس هذه القاعدة القانونية هو ان المدعي يسعى إلى المدعى عليه ليخاضمه في دولته حتى يتسنى تنفيذ ما استحصله من قرارات قضائية بحقه، والأساس الآخر لهذه القاعدة هو أنّه الاصل براءة ذمة المدعى عليه، إلى أنّ يتم اثبات عكس ذلك، كما ان الأساس المهم الآخر لهذه القاعدة، هو فكرة السيادة الشخصية للدولة على رعاياها اينما كان موطنهم أو محل اقامتهم⁽³⁷⁾، ونستنتج من هذه المادة أنّ الإختصاص يكون للمحاكم العراقية بنظر أي دعوى ترفع على العراقي إذا كانت هذه الدعوى ترتب حقوقاً أو إلتزامات وسواء كانت هذه الآثار نشأت في العراق أو خارجه.

إلا أنّ السؤال الذي يثار هنا، هل ان إختصاص المحاكم العراقية وفقاً للمادة (14) من القانون المدني العراقي من النظام العام؟ أي لا يمكن لأي محكمة أخرى ان تنظر النزاع؟

يرى جانب من الفقه ان المشرع العراقي قد جعل الإختصاص مقصوراً على المحاكم العراقية في المادة (14)، وبذلك فإنّ ولاية المحاكم العراقية تعتبر من النظام العام مستنديين بذلك على نص

المادة (77) من قانون المرافعات العراقية رقم (83) لسنة 1969 التي نصت على أنه: (الدفع بعدم إختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز ابداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى).⁽³⁸⁾

ويرى جانب آخر من الفقه⁽³⁹⁾ أنه بالإمكان إقامة دعوى أمام المحاكم الدول الأجنبية على العراقي من غير أن يمس ذلك النظام العام مستنديين في رأيهم هذا إلى نص المادة (16) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (لا تكون الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلا إذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا الشأن)، نستنتج من ذلك ان إرادة المشرع الضمنية قد فتحت الباب أمام محاكم الدول الأجنبية للنظر في الدعاوى التي تقيمها على العراقيين، وعليه يمكن القول ان الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي لا يعتبر من النظام العام وبإمكان المتعاقدين الإتفاق عليه.

وما يعزز رأينا هذا عند الرجوع لقانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي رقم (30) لسنة 1928 وفي المادة السابقة تحديداً إذ اعطت الإختصاص للمحاكم الأجنبية إذا تحققت أحد الشروط التي ورد ذكرها فيها وهي: (أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية، ب- كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسماً منه يتعلق به الحكم، ج- كون الدعوى ناشئة عن اعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية، د- كون المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي اقيمت فيه الدعوى، هـ- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى بإختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه).

وعليه؛ فإنّ المحاكم الأجنبية تعد ذات اختصاص إذا ما اتفق المتعاقدان على تحديد اختصاصها في الحالات التي ذكرتها المادة (7) ولا يطعن في اختصاص المحكمة، وحكمها القضائي نافذاً بحق المحكوم عليه أو العراقي الذي قوضي أمامها لصدوره من محكمة مختصة. إلا أنّ المادة (14) من القانون المدني العراقي قد شرعت بعد المادة (7) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية وبالتالي يجوز لنا ان نعتبر المادة (14) هي المبدأ العام الذي يستطيع المتعاقدان اللجوء إليه، بتخلي المحاكم العراقية عن اختصاصها من غير أن يعتبر ذلك مخالفة لقواعد النظام العام العراقية.⁽⁴⁰⁾

اما المادة الثانية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي هي المادة (15) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنّه: (يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق من الأحوال الآتية: أ- إذا وجد في العراق، ب- إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجوداً في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى، ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق) .

ويلاحظ على الحالات الثلاث التي اوردتها المادة (15) كل واحدة منها مستقلة عن الأخرى، بحيث يكفي تحقق احداها لتوافر الاختصاص للمحاكم العراقية، وعلى أساس هذه الحالات يمكن القول؛ بأنّ المحكمة العراقية تعتبر مختصة إذا وجد الأجنبي المدعى عليه في العراق، ولو كان وجوده عرضياً ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في العراق، إلا أنّه عند مقارنة المادة (15) فقرة أ) مع المادة (7 ف د) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 نجد أنّ المحاكم الأجنبية لا تعتبر محكمة ذات صلاحية ولا ينفذ أحكامها في العراق، إلا إذا كان المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها بتاريخ إقامة الدعوى.

عليه فإنّ المحاكم العراقية سترفض إصدار أمراً بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا أصدرته المحكمة الأجنبية على أساس وجود المحكوم عليه بصورة عرضية في دولة إصدار الحكم.⁽⁴¹⁾

أمّا إذا لم يكن الأجنبي موجوداً في العراق فلا يوجد مجالاً للحدّث عن إختصاص المحاكم العراقية، إذ أنّ الضابط هو وجود الأجنبي على الإقليم العراقي وقت رفع الدعوى.⁽⁴²⁾

إلاّ أنّه يمكن استخلاص إرادة المشرع الضمنية عن إمكانية إتفاق المتعاقدين على تحديد الإختصاص القضائي للمحاكم العراقية في حالة وجوده وفي حالة عدم وجوده وقت رفع الدعوى على الإقليم العراقي؛ مستنديين برأينا هذا إلى عدة مبررات، أهمّها:

أولاً: هو تصريح المشرع العراقي في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في المادة (7 ف هـ) نصت على أنّه: (كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية)، ومن باب القياس يمكن أن نقيس إختصاص المحاكم العراقية، إذا ما قبل المدعى عليه صراحةً أو ضمناً قبول المحاكم العراقية لمقاضاته.

ثانياً: إنّ هذا الإتفاق لا يمس النظام العام، إذ لا يوجد نص يمنع الإتفاق على تحديد إختصاصها بإتفاق الأطراف.

ثالثاً: يعتبر الخضوع الإختياري للمحاكم من القواعد المسلم بها في غالبية التشريعات ونجد أساسها في القانون المدني العراقي المادة (31) التي اوجبت اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص قانوني.

ومن مفهوم المخالفة تعتبر محاكم الدول الأجنبية ذات إختصاص، في حالة تعلق الدعوى بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية، أو حال كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع أو كان يقصد في البلاد الأجنبية أو عن حادثة وقعت خارج العراق.⁽⁴³⁾

أما من حيث مدى تعلق قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالنظام العام في القانون المصري فإنّ قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968، لم يتصدى للإجابة بنصوص وافية وصریحة عن هذا السؤال، رغم تنظيمه لقواعد الإختصاص القضائي الدولي من المادة (28-35) في قانون المرافعات فتصدى الفقه المصري للإجابة عن هذا التساؤل فانقسم إلى إجتاهين.

الإجتاه الاول/ يذهب هذا الإجتاه إلى إعتبار قواعد الإختصاص القضائي الدولي جميعها من النظام العام، ولا يجوز الإتفاق على خلافها، ويستند اصحاب هذا الإجتاه إلى أنّ الوظيفة الأساسية للدولة هي مهمة اداء العدالة وبالتالي فهي تستأثرها عن طريق أحد أهم سلطاتها ألا وهي المحاكم، وإنّ غاية هذه الوظيفة هي تحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على الأمن والسكينة وهذه الإعتبارات تمس بالضرورة النظام العام في البلد وبالتالي لا يمكن ولا يجوز ترك الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة.⁽⁴⁴⁾

الا أنّه يميل جانب من الفقه المؤيد أو المتبني لهذا الإجتاه إلى القبول بالإحالة في الإختصاص القضائي الدولي، وخصوصاً في حالة وجود نزاع مرفوع في ذات الوقت أمام محاكم دولة أجنبية، وذلك في حالة إذا كانت هذه الدولة اقدر في الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه، وعلى حسب تقديره يجب إحالة الدعوى والخصوم من تلقاء نفسها إلى المحكمة المختصة.⁽⁴⁵⁾

وإنّ الفكرة التي استند اليها اصحاب هذا الجانب من الإجتاه هي أيضاً فكرة النظام العام إذ لا يمكن ان تتصدى المحاكم الوطنية لنزاع تعرف مقدماً ان حكمها في شأنه ليس له أي قيمة فعلية وهو امر بالضرورة يمس النظام العام وهيبة الدولة.⁽⁴⁶⁾

الإتجاه الثاني/ أمّا الإتجاه الثاني ففد قسم القواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي إلى قسمين الاولى - هي حالات الإختصاص الوجوبي وهي القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز الإتفاق على خلافها فإذا تحقق أحد هذه الضوابط الإختصاص للمحاكم المصرية فليس للأفراد ان ينتزعوا إختصاصها بالإتفاق.⁽⁴⁷⁾

اما حالات الإختصاص الوجوبي فهي:

- 1-إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته في مصر
- 2-إذا كان للأجنبي المدعى عليه موطنًا مختارًا في مصر
- 3-إذا كان لأحد المدعى عليهم موطنًا أو محل إقامة في مصر
- 4-بجالة وجود المال في مصر.
- 5-حالة نشأة الإلتزام في مصر أو تنفيذه أو وجوب تنفيذه فيه.
- 6-إذا تعلق بأفلاس اشهر في مصر
- 7-مسائل الارث والدعاوى المتعلقة بالتركة.
- 8-الإجراءات الوقتية والتحفظية.⁽⁴⁸⁾

اما القسم الاخر فهي حالات الإختصاص الجوازي وهي قواعد لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الإتفاق على خلافها.⁽⁴⁹⁾

وتتمثل حالات الإختصاص الجوازي:

- 1-إذا كان المدعى عليه مصري الجنسية
- 2-المسائل الاولى والطلبات العارضة والدعاوى المرتبطة
- 3-إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد موثق لدى الموثق المصري

4- طلب فسخ الزواج أو التطليق أو التفريق البدني

5- طلب نفقة للام أو للزوجة أو للصغير.

6- الدعاوى المتعلقة بنسب صغير يقيم في مصر أو بالولاية عليه.

7- الدعاوى المتعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي أجنبياً أو أجنبياً

متوطناً في مصر، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطناً هو الواجب التطبيق في الدعوى.⁽⁵⁰⁾

المطلب الثاني: الحظر التشريعي

ان الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي يتأطر ضمن إطار القانون الدولي الخاص وهذا الأخير ما هو إلا فرع من القانون الداخلي⁽⁵¹⁾، وبالتالي فإنّ المصادر التي يستند عليها هذا القانون هي على نوعين المصادر الداخلية المكتوبة وهي التشريع وإجتهادات القضاء وايضاً الفقه والمصادر الدولية المكتوبة تتمثل في المعاهدات أمّا المصادر غير المكتوبة تتمثل في العرف والعرف قد يكون داخلياً وقد يكون دولياً.⁽⁵²⁾

وما يهمنا في دراستنا هذه هو إلاّ يخالف الإتفاق المحدد للإختصاص القضائي الدولي النصوص التشريعية النافذة وللأسف الشديد لم نجد ما يرشدنا إلى مدى الزامية قواعد الإختصاص القضائي الدولي في القانون المدني العراقي فهل يمكن الإتفاق على تحديد غير المحاكم العراقية أو اشراك محاكم دولة أخرى في نظر النزاع الذي تنظره المحكمة العراقية؟، وعند التمعن في نصوص القانون المدني العراقي لنصوص التنازع الدولي من حيث الإختصاص القضائي وفي المادة (14)⁵³ تحديداً نجد أنّ الفقه قد اختلف حول مدى الزامية هذه المادة، حيث يذهب جانب من الفقه⁵⁴ إلى أنّ الإختصاص القضائي الدولي الذي بني على هذه المادة هو إختصاص وجوبي فكلما كان

المدعى عليه عراقي الجنسية فإنه يخضع ويقاضى الزاماً أمام المحاكم العراقية وتعتبر هذه المادة من النظام العام بموجب أحكام المادة (77) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 والتي تنص على أنه: (الدفع بعدم إختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز ابداءه في اية حالة تكون عليها الدعوى)، وهناك جانب آخر من الفقه⁵⁵ يذهب إلى أنه بالإمكان الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي وإقامة الدعوى على العراقي أمام المحاكم الأجنبية داعمين رأيهم هذا وفقاً للمادة (16) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه: (لا تكون الأحكام صادرة من محاكم أجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلا إذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا الشأن)، وحيث ان القانون المختص بهذا الشأن هو قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 وقد أشارت مادته السابعة إلى حالات إختصاص المحاكم الأجنبية ولا فرق في ذلك إذا كان المدعى عليه وطنياً أم أجنبياً وتعتبر المحكمة العراقية أيضاً ذات إختصاص وذلك في حالة كون المدعى عليه عراقي الجنسية إلا أن المادة (14) من القانون المدني العراقي تقرر مبدأ عاماً وإنّ أي نص عام يقيد نص خاص، والحالات الواردة في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية تعتبر نصوص خاصة، لذلك فأنها تقيد نص المادة (14)، ويمكن القول ان الإختصاص المبني على المادة 14 لا يعتبر إختصاصاً الزامياً ولا يخول المحاكم العراقية إختصاصاً استثنائياً لها بحيث يستبعد مشاركة محاكم الدول الأجنبية.

اما المادة (15)⁵⁶ من القانون المدني العراقي وضعت الإختصاص القضائي الدولي على أساس الملائمة العملية والرابطة الجدية التي تربط النزاع بالمحكمة العراقية، وعليه فكل ملائمة ورابطة جدية لا تعتبر قد خالفت حظراً تشريعياً .

إلا أنّ محكمة التمييز العراقية كان لها إيجاباً تقليدياً بخصوص هذا الأمر إذ قضت بالعدد 253/حقوقية ثلاثة/1969 في 1970/1/21 على أنّه: (يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق إذا وجد في العراق وإنّ قواعد الاختصاص هي من القواعد الآمرة فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفها لتعلقها بالنظام العام)⁵⁷.

والإيجاب الحديث لمحكمة التمييز العراقية هو الاعتراف باتفاق الطرفين في تحديد الاختصاص القضائي الدولي وإنّ ما هو موجود في نص المادة (15) مدني عراقي يطبق في حالة عدم وجود إتفاق مسبق يحدد المحكمة المتفق عليها وذلك بالعدد 403/ مدنية منقول /2006 في 2006/6/25 قضت بأنّه: (ان المتعاقدين انصرفوا إرادتهما إلى أنّ تكون محاكم عمان هي المختصة في نظر النزاع وبذلك فإنّ إقامة الدعوى في المحاكم العراقية لا سند له من القانون وإنّ ما جاء في المادة (15) من القانون المدني يكون عندما لم يذكر في العقد المحكمة المختصة في نظر الدعوى)⁵⁸، وبذلك تعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست من النظام العام وفقاً لإيجاب محكمة التمييز العراقية.

ويبدو أنّ الأمر لا يختلف في التشريع المصري، إذ حدد تقريباً نفس المواد التي حددها المشرع العراقي، إلا أنّه قد سبقه بخطوة حينما فصل قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وذلك في المواد (28 – 35) منه، وعليه؛ فإنّ أي إتفاق يخالف حالات الاختصاص الوجوبي للمواد المصرية يعتبر قد خالف حظراً تشريعياً نصت عليه تلك المواد، والعكس هو الصحيح في الحالات الجوازية.

الخاتمة :

يمكن ان نستعرض في خاتمة هذه الدراسة ابرز النتائج التي تم التوصل اليها، ونطرح بعض المقترحات التي يمكن تبنيها على المستويين التشريعي والقضائي، وكما يلي :

اولاً: النتائج:

1_ تستدعي متطلبات تطور التعامل الدولي الاعتراف بإرادة الأطراف ورغبتهم في إختيار القضاء الذي ينظر دعواهم، وسواء أكان إتفاق المتعاقدين على تحديد الاختصاص القضائي، على شكل إتفاق صريح مستقل أو بصيغة بندٍ ضمن بنود الإتفاق الأصلي، وسواء أكان التحديد قبل أو بعد نشوء النزاع، وذلك إستناداً لمبدأ حرية التعاقد الذي يعتبر أحد مبررات الإتفاق على تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

2_ تعد إرادة الأطراف ضابطاً من ضوابط الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص، ليس فقط في مجال تنازع القوانين، بل في تحديد الاختصاص القضائي أيضاً، وهذا التوجّه بدأ تبنيه في الإتفاقات الدولية المعاصرة، بالاعتراف بإرادة المتعاقدين كواحد من ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي، وعدم الاقتصار على تفعيل دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يختاره الأطراف بإرادتهم في مجال تنازع القوانين.

3_ إنّ من أهم الأسباب التي دعت إلى منح المتعاقدين مكنة الاتفاق على إختيار قضاء دولة معينة لينظر في النزاع القائم، هو التطور الكبير الذي أصاب التعاملات والروابط القانونية، وظهور شبكة الانترنت التي ساهمت في زيادة حجم التبادل التجاري الإلكتروني، وسهلت عملية التواصل والاتصال بين المتعاملين عبرها، في كافة أرجاء المعمورة، مما خلق يعد مبررات عملية

كثيرة، أسهمت في قبول الطروحات التي تدعو إلى مشروعية الإتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

4_ إن الاستناد إلى نص المادة (30) من القانون المدني العراقي، وأخذ مضمونها الواسع في بعين الاعتبار، يجيز لنا القول بصحة الإتفاق المحدد للاختصاص القضائي الدولي بالمتعاقدين، فإذا ما حدد الأطراف المحاكم العراقية لتكون مختصة بنظر النزاع، سواء كان هذا الإتفاق صريحاً أو ضمناً، فإنه يكون للمحكمة العراقية التي رفع أمامها النزاع الولاية في نظر الدعوى، بسبب إعتبار أنّ الإتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، فضلاً عن أنّ المشرع العراقي قد قبل ضمناً إتفاق المتعاقدين على تحديد الاختصاص القضائي الدولي، فيما لو قبل الخصم حضور الدعوى بإختياره للمحكمة الأجنبية.

ثانياً: التوصيات:

1. العمل على تطوير وتحديث قواعد تنازع الاختصاص القضائي في القوانين العربية وسد النقص الحاصل فيها والنص صراحة على إمكانية سلب أو منح الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. ومنها القانون المدني العراقي وقانون المرافعات المدنية، لمواكبة التطورات الحاصلة في الحياة العملية، بما يتماشى مع التطور الحاصل في التعاملات القانونية والحياة الإقتصادية والتجارية، وعدم التخلف عن ما يحدث في تعاملات المجتمع الدولي، من أجل أن تكون قوانيننا العربية مواكبة للتطورات التقنية ومتطلبات الثقة والسرعة في انجاز التعاملات القانونية.

2. نوصي بأن يحذو المشرعون حذو المشرع المصري، وذلك فيما يخص النص على صحة إتفاق المتعاقدين صراحةً أو ضمناً كأحد ضوابط الإختصاص القضائي الدولي للخضوع أمام المحاكم الوطنية.

الهوامش :

- (1) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزامات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1995، ص 79.
- (2) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 145.
- (3) زايد احمد رجب الشيبش، طرق التعبير عن الإرادة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 36.
- (4) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل.
- (5) القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- (6) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، مجلد الأول، ط4، مطبعة السلام شبرا، 1987، ص 134.
- (7) منير القاضي، ملتي البحرين، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد، 1951 – 1952، ص 144.
- (8) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزامات، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، 1968، ص 80.
- (9) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج1، بدون الناشر، 2001، ص 95.
- (10) اتفاقية بروكسل الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية عام 1968.
- (11) أشار إليه:
- Henry Hateful & Paul Lagarde: International Private Law ،Vol.5 ،No.700. P.400.
- (12) G. saussere Hall: L'arbitrage en droit international Private. Revue international de droit compare , paris,1975 .
- وفي الفقه العربي ينظر: د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 96 .
- (13) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002، ص 73.

(14) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 19؛ يعرف ضابط الإسناد: هو المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشدا الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة فهو أداة الوصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه.

(15) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 81

(16) كما نص قانون اصول محاكمات مدنية الاردني رقم (24) لسنة 1988 في الفصل الأول لاختصاص المحاكم الاردنية في المادة (27 ف2) على أنه (تختص المحاكم الاردنية بالفصل في الدعوى لو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا).

(17) د. جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد، مكتبة السنهاوري، بغداد، 2012، ص 100 وما بعدها.

(18) ان الهدف الأساسي لاتفاقية الامم المتحدة فيينا 1980 هو توفير نظام حديث وموحد ومنصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع وقد بدء سريان هذه المعاهدة عام 1988.

(19) د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 99.

(20) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 101.

(21) د. حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 25.

(22) د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دبلوم في الدراسات العليا، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 352.

(23) كما نص قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9 المادة (166) على أنه (ان قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد بشرط ان يراعى مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الزامية).

(24) كما يمكن إستبعاد مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني العراقي من المواد (146- 172- 556- 568- 572- 583- 584- 585- 586- 587).

(25) عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 120

(26)– Marcel Waline : L'Individualisme et le droit, Paris, les Cours de droit (polycopié), 1944 ; Paris, Domat-Montchrestien, 1945 (rééd. 1969), P.170

- أشار إليها د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج1، دار الطبع والنشر الاهلية، 1971، ص 59.
- (27) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، 1967، ص 78.
- (28) د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 359.
- (29) قارن مع محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 319 وما بعدها.
- (30) د. ريماء فرج مكي، المصدر السابق، ص 361.
- (31) مثال ذلك أيضاً الشروط العامة التي تحكم بتوريد البضائع الموقعة بين اعضاء الدول الاشتراكية 1985، وكذلك الأحكام الموحدة للنقل الدولي بالسكك الحديد التي صاغتتها اتفاقية برن 1965/2/25، كذلك القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية (انكو تيرميز) والصادرة في غرفة التجارة الدولية بباريس والموقعة في فيينا 1953 د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها.
- (32) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2002، ص 555.
- (33) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 399.
- (34) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 197.
- (35) وهو نفس الإتجاه الذي خطا إليه المشرع المصري في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 في المادة (135) نص على أنه (إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان باطلاً)، وفي المادة (136) من نفس القانون (إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً).
- (36) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية الامور المستعجلة واثرها على الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، 2008، ص 277.
- (37) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 372.

- د. غالب علي الداوودي؛ ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 243.
- (38) د. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 273؛ ينظر أيضاً مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ج1، بغداد، 1969، ص 134.
- (39) د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 325.
- (40) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 373؛ ينظر أيضاً غالب الداوودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 242.
- د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام واثره، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، مجلد (12) عدد (43) سنة 2010، ص 102
- (41) د. صلاح الدين الناهي، التعليقات الوافية على متون القوانين المرعية في العراق، شرح القانون المدني العراقي، شرح عملي، الرسالة الاولى، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1953، ص 83
- سهى خلف عبد، إعتبرات تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، قدمت الى كلية الحقوق / جامعة النهرين، 2007م، ص 62.
- (42) د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي، ضابط الخضوع الاداري لمحاكم الدولة في إطار علاقات القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 239.
- (43) د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مرجع سابق، ص 326.
- (44) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 738
- د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 155.
- (45) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 71.
- (46) د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 153.
- (47) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1983، ص 617

- د. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 150 .
- (48) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 621-634.
- (49) د. هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 106.
- (50) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 635-648.
- (51) د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص تقنية وحلول النزاعات الدولية، ط1، دار العلوم العربية لبنان، 1994، ص 41.
- (52) د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 8-39.
- (53) تنص المادة (14) على أنه : (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج).
- (54) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص382.
- (55) د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص244.
- (56) يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية: أ. إذا وجد في العراق، ب. إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجوداً في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى، ج / إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.
- (57) نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، بدون الناشر، بدون سنة النشر، ص21.
- (58) القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، بدون الناشر، بدون سنة النشر، ص60 هامش رقم (2)