MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index
ISSN 2710-2211 (Print)
ISSN 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

اساليب معالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي

محمد صباح عبدالقادر العباسي
جامعة الموصل، نينوى، العراق
د. وسام توفيق الكتبي
جامعة الموصل، نينوى، العراق

استلام البحث: 24/06/2022 مراجعة البحث: 23/08/2021 قبول البحث:25/08/2021

ملخص الدراسة :

لقد استعرضنا في هذا البحث القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي حيث يتحدد هذا الاختصاص في البداية عندما تعرض الدعوى على المحكمة ، فتحدد هذه المحكمة مدى اختصاصها في نظر النزاع المعروض عليها ، وعند ثبوت الاختصاص تقوم المحكمة بتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعة .فالاختصاص القضائي الدولي هو : ولاية المحكمة الوطنية في نظر المنازعة التي تكون مشوبة بعنصر اجنبي ، فهي اما ان تثبت الاختصاص للمحكمة الوطنية او لا يثبت لها الاختصاص فتعطي الاختصاص للمحاكم الاجنبية بصورة غير مباشرة ومن هنا فإن هناك الكثير من الضوابط التي لم يعالجها المشرع العراقي بشكل صريح ومنها ضابط الخضوع الإرادي وكذلك مسائل الإجراءات والارتباط والمسائل الاولية ، فضلاً عن الاختصاص المبني على جنسية المدعي ومحل اقامته وليس المدعى عليه خروجا عن القاعدة العامة المتمثلة بأن المدعي يسعى الى المدعى اليه في احوال استثنائية مثل دعاوى الاحوال الشخصية والدعاوى التي يكون المدعي فيها طرفا ضعيفا في الدعوى .وازاء هذا القصور وعدم الوضوح في المعالجة لجأ الفقه العراقي الى حلول كثيرة منها الاستناد الى المادة (30) من القانون المدني العراقي ، وكذلك القياس على احكام المادة (7) من قانون التنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي ، وكذلك لجأ الى قياس قواعد الاختصاص القضائي الدولي على قواعد الاختصاص الداخلي التي عالجها المشرع في قانون المرافعات المدنية وغير ذلك من الحلول .وهذا ما سنعالجه في هذا البحث من خلال تقسيمه على مطلبين نبيّن في الاول حول القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي ، اما المطلب الثاني نتناول فيه سبل معالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي .

الكلمات المفتاحية: القصور التشريعي، القضائي الدولي.

Abstract

We have reviewed in this research the legislative shortcomings in the rules of international jurisdiction, where this jurisdiction is initially determined when the case is presented to the court, then this court determines the extent of its jurisdiction in considering the dispute before it, and when jurisdiction is established, the court determines the law applicable to that dispute. International jurisdiction is: the jurisdiction of the national court in the view of the dispute that is tainted by a foreign element, it is either to prove the jurisdiction of the national court or not to prove the jurisdiction to it, so it gives jurisdiction to foreign courts indirectly, and from here, there are many controls that the Iraqi legislator did not explicitly address Including the voluntary subordination clause, as well as questions of procedure, linkage, and preliminary issues, as well as jurisdiction based on the claimant's nationality and place of residence, and the defendant is not a departure from the general rule represented in that the plaintiff seeks the defendant in exceptional circumstances such as personal status lawsuits and lawsuits in which the plaintiff is a weak party to the lawsuit. In the face of this shortcoming and lack of clarity in the treatment, the Iraqi jurisprudence resorted to many solutions, including relying on Article (30) of the Iraqi Civil Code, as well as analogy with the provisions of Article (7) of the Iraqi Foreign Judgment Execution Law, as well as resorting to measuring the rules of international jurisdiction on the rules The internal jurisdiction dealt with by the legislator in the Civil Procedure Code and other solutions.

Keywords: Legislative shortcomings, international judicial.

مقدمـــــــــــة

يعد البحث في مسائل القانون الدولي الخاص عموما واشكالية القصور التشريعي في قواعده خصوصا من المسائل المهمة والمعقدة ، لحداثة مواضيع القانون الدولي الخاص وبشكل خاص تنازع الاختصاص القضائي الدولي فضلا عن التطور السريع والمستمر في العقود الاخيرة في هذه المواضيع وتطور القواعد التي تعالجها ، حيث ان المشرع العراقي عالج ضوابط معينة للاختصاص القضائي الدولي تمثلت في المادتين 14 و15 من القانون المدني العراقي التي نظم من خلالها المشرع العراقي هذا الاختصاص ، وقد اشتملت هاتين المادتين على ضوابط جنسية المدعى عليه العراقي ووجود الأجنبي في العراق وكذلك حالة اختصاص المحاكم العراقية في حالة كون الدعوى متعلقة بعقار موجود في العراق أو منقول موجود فيه وقت رفع الدعوى وكذلك حالة كون الدعوى متعلقة بعقد ابرم في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه او بحادثة وقعت في العراق ، ومن هنا فإن هناك الكثير من الضوابط التي لم يعالجها المشرع العراقي بشكل صريح ومنها ضابط الخضوع الإرادي وكذلك مسائل الأجراءات والارتباط والمسائل الاولية ، فضلاً عن الاختصاص المبني على جنسية المدعي ومحل اقامته وليس المدعى عليه خروجا عن القاعدة العامة المتمثلة بأن المدعي يسعى الى المدعى اليه في احوال استثنائية مثل دعاوى الاحوال الشخصية والدعاوى التي يكون المدعي فيها طرفا ضعيفا في الدعوى .

وازاء هذا القصور وعدم الوضوح في المعالجة لجأ الفقه العراقي الى حلول كثيرة منها الاستناد الى المادة (30) من القانون المدني العراقي ، وكذلك اللجوء الى القياس على المادة (7) قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي ، اضافة الى اللجوء الى قياس قواعد الاختصاص القضائي الدولي على قواعد الاختصاص الداخلي التي عالجها المشرع في قانون المرافعات المدنية وغير ذلك من الحلول وهذا ما سنعالجه في هذا البحث من خلال تقسيمه على مطلبين نبيّن في الاول حول القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي ، اما المطلب الثاني نتناول فيه سبل معالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي .

مشكلة البحث :

1. كيف تعامل المشرع العراقي مع موضوع الاختصاص القضائي الدولي باعتباره احد موضوعات القانون الدولي الخاص .
2. بيان امكانية حل القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي وفق المادة (30) مدني عراقي وهل ان هذه المادة تشمل قواعد الاختصاص القضائي الدولي من عدمه .
3. بيان إمكانية الرجوع الى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي الواردة في قانون المرافعات المدنية لسد النقص التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي .
4. بيان امكانية الرجوع الى قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي متمثلة بالمادة (7) منه لمعالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي .

اسباب اختيار الموضوع :

في ظل غياب اهتمام فقهاء القانون الدولي الخاص بهذا الموضوع ، وقلة المراجع والدراسات التي تؤسس لنظرية الاختصاص القضائي ، وكذلك القصور التشريعي في النصوص القانونية التي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وما هي السبل الكفيلة للمعالجة .

منهج البحث

إعتمدنا في بحثنا على المنهج المقارن قانوناً لكل من القانون المدني العراقي والمصري والإماراتي .

تقسيم البحث

بغية الإحاطة بكافة جوانب البحث قمنا بتقسيم هذا البحث على مطلبين ، تناولنا في الاول منه القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي إذ تم تقسيمه الى ثلاث فروع تضمن الاول بي ضابط الاختصاص المبني على الخضوع الارادي اما الثاني فقد تناولنا فيه ضابط تلافي انكار العدالة اما الثالث فقد بينا فيه المسائل الاولية والطلبات العارضة والاجراءات المستعجلة ، في حين تناولنا في المطلب الثاني اساليب معالجة القصور في قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتم تقسمه على ثلاث فروع ايضا الاول امكانية حل القصور التشريعي وفق المادة (30) مدني عراقي اما الثاني فقد تناولنا فيه حل القصور التشريعي بالقياس على المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية ، واما الثالث فقد تضمن حل القصور التشريعي بالقياس على قواعد الاختصاص الداخلي المكاني .

المطلب الاول :

القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي

سنتناول في هذا المطلب ضوابط الاختصاص التي لم ينص عليها المشرع العراقي في ثلاث فروع اولهما حول الاختصاص المبني على الخضوع الارادي والثاني حول ضابط تلافي انكار العدالة والثالث تناول فيه الاختصاص في المسائل الاولية والطلبات العارضة والاجراءات المستعجلة .

الفرع الاول : ضابط الاختصاص المبني على الخضوع الارادي

الخضوع الإرادي: هو اتفاق الاطراف المنازعة على اختيارهم قبول ولاية المحاكم ويكونون خاضعين لسلطانها حتى لدولة معينة لو لم تكن هذه المحكمة مختصة اصلاً في نظر النزاع بموجب أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يحددها المشرع . وعُرف ايضاً بأنه " أن يتفق الطرفان المتنازعان باختيارهما على قبول سلطة المحاكم العراقية حتى لو كانت هذه المحاكم غير مختصة اصلا في نظر النزاع طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي سواء كان هذا القبول صريحا ام ضمنيا "

[1] استناداً لهذا الضابط فإنه يثبت (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم) إذا اتفق الطرفان على اختصاص محكمة معينة في نظر النزاع حال نشوبه والاتفاق قد يكون صريح وقد يكون ضمني ، إن هذا الضابط يمثل سلطان الارادة عندما يتفق الطرفان في العقد على خضوع النزاعات الناشئة عن العقد الى قانون الذي تم اختياره من قبلهم والترخيص لهما يحرمان الاختصاص من محكمة وانعقاده لمحكمة اخرى على الرغم من عدم اختصاص المحكمة الاخيرة بذلك ، إن لهذا الضابط شرطا وهو وجود تلازم وثيق بين النزاع الحاصل وبين اقليم الدولة التي اختصت محاكمها في النظر بالنزاع وعدم الدفع بعدم الاختصاص القضائي لهذه المحكمة[2] .

اما موقف المشرع المصري فقد نصت المادة (32) من قانون المرافعات المدنية المصري على ((تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا)) يتضح من النص اعلاه أنه قد اعطى للمحاكم المصرية اختصاصا عاما في جميع الدعاوى والخضوع الارادي في القانون المصري قد يكون صريحا عن طريق تضمين العلاقة المبرمة بين الاطراف شرطاً يعطي بمقتضاه الاختصاص للمحاكم المصرية في نظر الدعاوى الناشئة عن هذه العلاقة القانونية والقبول الصريح يكون عندما تكون العقود الدولية المبرمة متضمنة القانون الواجب التطبيق وبيان المحكمة المختصة في نظر النزاع اي تحديد (الاختصاص التشريعي والقضائي) ، في حين أن الاختيار الارادي الضمني يكون من خلال استنتاج الظروف المحيطة والتي يقدرها القاضي لكل حالة على حدة والقبول الضمني لا يتصور إلا من جانب المدعى عليه بعدم قيامه بالدفع بعدم الاختصاص اما القبول الضمني من جانب المدعي فلا يتصور كون أنّ المدعي هو الذي اقام الدعوى ورضي خضوعه لقضاء غير مختص اصلا [3]، إلا ان الخضوع الارادي يتطلب شرطين هما : إن تكون هناك رابطة جدية بين الدعوى مدار البحث وبين الدولة المصرية وكذلك الا يكون هذا الخضوع مبني على الغش أو التحايل[4] .

واخيرا نشير الى نص المادة (35) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري[5] التي نصت على ((اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها)) فاذا ما اقام المدعي دعواه في محكمة غير مختصة ولم يحضر المدعى عليه فهذا لا يعد دليل على قبول المدعى عليه للاختصاص القضائي للمحكمة المصرية بنظر النزاع بل على المحكمة ان تدفع بعدم الاختصاص القضائي من تلقاء نفسها .

اما الخضوع الارادي في القانون الاماراتي فقد أخذ المشرع الاماراتي بالخضوع الارادي يعدّه ضابطا لتحديد الاختصاص القضائي الدولي وفق ما جاء بنص المادة (31) فقرة (5) التي نصت على ((في غير الأحوال المنصوص عليها في المواد 32 ومن 34 إلى 39 يجوز الاتفاق على اختصاص محكمة معينة بنظر النزاع وفي هذه الحالة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو

[1] د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية _ دراسة مقارنة ،دار السنهوري ،بيروت ، لبنان ، 2015 ، ص 289 .

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص72 .

[3] د. عكاشة عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000 ، ص 78 .

[4] د. هشام خالد ، القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط 1 ، 2012، ص 112 .

[5] قانون المرافعات والمدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .

CC BY

للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو محل عمله))[6] إذ يتبين من هذا النص على جواز اتفاق الاطراف على الخضوع الارادي لمحكمة دولة ما باستثناء الحالات التي نص القانون على اختصاص محاكم معينة ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الاختصاص .

وللخضوع الارادي في القانون الاماراتي شروط اولها يجب ان تكون هناك رابطة جدية بين المحاكم الإماراتية وبين النزاع المطروح ، فيجب ان يكون هناك ارتباط بين الخصوم والاقليم الوطني حتى يكفل فعالية الحكم وتسهيل مهمة تنفيذه وفي حالة عدم وجود رابطة بين الخصوم أو أحدهم والمحكمة الوطنية فعلى المحكمة أن تدفع بعدم الاختصاص القضائي ، كذلك يجب ان لا يكون الاتفاق بين الخصوم مبنيا على الغش أو التحايل على القانون ، وقد يتفق الخصوم على اختيار محكمة دولة معينة ويعرفون مسبقا انها ستطبق قانونها الوطني من تلقاء نفسها بما يحقق مصالحهم الشخصية ولكون الحكم الصادر من محكمة دولة غير مختصة أصلا بناءً على الغش فإن المحكمة الدولة المختصة ترفض تنفيذ الحكم ، والشرط الاخير هو ان يكون النزاع مشوب بعنصر أجنبي ، إن هذا الشرط أمر بديهي كون أنه لا يوجد مشكلة في الاختصاص القضائي في علاقة وطنية بحته ، فالمشكلة تظهر في حالة وجود علاقة مشوبة بعنصر اجنبي . اما موقف المشرع العراقي فسنتناوله في المطلب الثاني (سبل معالجة القصور التشريعي)

الفرع الثاني : ضابط تلافي انكار العدالة

استنادا لهذا الضابط فان الاختصاص القضائي الدولي ينعقد لمحاكم الدولة ما على الرغم من عدم اختصاص تلك المحكمة الوطنية في النظر في هذه الدعوى ، وكذلك فقدان أي ضابط من (ضوابط الاختصاص القضائي الدولي) فضلاً عن ذلك هو احتمالية عدم وجود المحكمة المختصة اجنبية في نظر الدعوى بسبب عدم وجود صلة بين المنازعة والمحكمة الاجنبية مما يؤدي الى حصول دعوى ذات طابع دولي لكن دون أن يكون قاض مختص في نظر الدعوى عليه فان المشرع الوطني أعطى الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية استنادا إلى ضابط تلافي انكار العدالة [7] .

أما نطاق اختصاص المحاكم المبني على ضابط تلافي انكار العدالة فقد هناك اتجاهين: أولهما التضيق من هذا الضابط وتقصره على مسائل الأحوال الشخصية ، خاصة في الدول التي تستند على الشريعة الاسلامية في مسائل الأحوال الشخصية [8] . أما الإتجاه الثاني فهو يوسع من نطاق هذا الضابط وأنه لا يقصره على مسائل الاحوال الشخصية بل ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوى بصرف النظر عن كون المسائل تتعلق بالأحوال الشخصية أو العينية على أساس تلافي إنكار العدالة [9] . أما موقف المشرع المصري إذ نصت المادة (30) الفقرة (7) منها على ((اذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من

([6]) قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992 .

[7] د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية) منشورات زين الحقوقية ، 2016 ، ص 455 .

[8] د. عكاشة محمد عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1986 ، ص95.

[9] د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، 2011 ، ص 189 .

CC BY

مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية ، وذلك اذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى)) [10].

يتضح من خلال هذا النص انه ينعقد (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية) في هذه الحالة بتوافر ثلاثة شروط اولهما أن يكون المدعي مصريا بصرف النظر عن موطنه أو محل اقامته أو أن يكون اجنبيا متوطنا في مصر وثانيهما أن يكون المدعى عليه اجنبيا ليس له موطن معروف في الخارج وثالثهما ان تكون المسألة متعلقة بالأحوال الشخصية فقط وتحديد كون المسألة من الاحوال الشخصية من عدمه ترجع الى القانون المصري [11] .

لقد جعل المشرع المصري ضابط تلافي انكار العدالة سببا في انعقاد الاختصاص لمحاكم المصري إلا أنه ليس سبباً عاما لانعقادها بل اقتصره على المسائل الاحوال الشخصية فقط عندما يكون رابط بين المنازعة والاقليم المصري ، ان هذا الاختصاص يستثنى منه كقاعدة عامة الدعاوى العقارية المتعلقة بالعقار الواقع خارج مصر يعدّه ضمن اختصاص محكمة موقع العقار وتطبيقا لمبدأ قوة النفاذ [12] .

اما موقف المشرع العراقي فلم ينص على الاختصاص المبني على منع انكار العدالة ، لكن التطبيق العملي المتمثل بالقضاء العراقي قد اخذ بهذا الاختصاص وحسب ما جاء بالقرار التمييزي المرقم 423/ هيئة عامة اولى في 1977/12/3 والمتضمن (تكون المحاكم العراقية مختصة في النظر بدعوى التعويض عن الضرر المذكور ولو كان حدوثه خارج العراق ما دام المتضرر عراقياً) [13] ، فالقضاء العراقي قد أعطى الاختصاص للمحاكم العراقية بالاستناد الى كون المدعي المتضرر عراقي الجنسية ، لقد اخذ القضاء العراقي بالاتجاه الموسع وهو شمول مسائل الاحوال الشخصية والعينية كون أن مبدأ منع انكار العدالة مبدأ عام مطلق لا يجب اقتصاره على مسائل الاحوال الشخصية كما هي الحال في الاتجاه الضيق الذي قصر هذا المبدأ على مسائل الاحوال الشخصية فقط [14] .

نرى أن مجال الاختصاص القضائي الدولي المبني على مبدأ منع انكار العدالة تظهر بشكل خاص عند تنفيذ الاحكام ، فالأحكام تكون مكفولة التنفيذ في مسائل الاحوال الشخصية اكثر في الحكام الصادرة في المسائل العينية ، فعندما تصدر محكمة عراقية حكم لصالح المدعي العراقي ضد المدعى عليه الأجنبي عن دعوى الدين والذي يكون مجهول محل الاقامة أو الموطن في خارج العراق وكذلك وأن المدعي يجهل مكان وجود أموال المدعى عليه محل الدعوى ففي هذا الفرض كيف يتم تنفيذ الحكم ؟ في حين لو صدر حكم وبنفس الفرض السابق كقيامة المدعية العراقية ومتوطنة في العراق بإقامة دعوى طلاق على زوجها الأجنبي والذي يكون مجهول محل الاقامة أو الموطن فالحكم القضائي الصادر من المحاكم العراقية يكون قابل للتنفيذ واستفادة

---

[10] قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .

[11] د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ج 2 ، دار النهضة العربية ، ط 8 ، 1977 ، ص 689 .

[12] د عكاشة محمد عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية الاجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 94 .

[13]) ينظر، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، 1977 .

[14]) د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص190.

CC BY

الزوجة العراقية من اثار حكم الطلاق دون حاجة البحث عن المدعى عليه ، مع ذلك فإننا نميل ونؤيد موقف القضاء العراقي الذي أخذ بالاتجاه الواسع في تطبيق مبدأ منع انكار العدالة ويجب أن تكون للقاضي العراقي سلطة تقديرية في البحث في الاختصاص القضائي الدولي المبني على منع انكار العدالة مع الأخذ بنظر الاعتبار ظروف الدعوى وملابساتها ومدى امكانية تنفيذ الحكم الصادر من عدمه .

الفرع الثالث : المسائل الاولية والطلبات العارضة والاجراءات المستعجلة

إن هذا الاختصاص من الاختصاصات الاستثنائية التي ترد على مبدأ قوة النفاذ ، إذ يعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بالرغم من عدم اختصاصها بنظر الدعوى الاصلية في الاجراءات الوقتية والتحفظية والمستعجلة [15] ، فتكون المحكمة الوطنية مختصة في نظر هذه الاجراءات اذا كان المال موجود داخل حدودها فتطبق قوانينها الوطنية التي تحكم هذه الاجراءات حماية للأموال والافراد داخل حدود الدولة [16] .

القضاء المصري قد عالج المسائل من خلال المادة (33) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري مسألة اختصاص المحاكم المصرية في مسائل الاولية والطلبات العراضة حيث نصت على ((اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها)) و بموجب هذه المادة يحق للمحاكم المصرية النظر في الدعاوى التي لا تقع ضمن اختصاصها، وحسب ما جاء بقانون المرافعات المصري ، فإذا كانت المسألة من المسائل الاولية التي ينبغي الفصل فيها ليتمكن القاضي من الفصل في المنازعة الاصلية فيعقد الاختصاص للمحاكم المصرية ، أما إذا طال الفصل في المسائل الاولية غير ملزم لفصل في الدعوى الاصلية فلا يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية لانتفاء المبرر من ذلك ، أما الطلبات العارضة فتقع ضمن اختصاص المحاكم المصرية إستثناءً ، ففي جميع المسائل المتضمنة طلبات عارضة يحق للقضاء المصري أن يختص في النظر بها وان لم يكن مختص أصلا في النظر في النزاع وكذلك الحال يثبت الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية في المنازعات المرتبطة بالمنازعات الاصلية التي يختص بها اصلا القضاء المصري ، عليه فان الارتباط يعدً جالباً للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وليست سالبة له ، فمبدأ الارتباط اعطى للمحاكم المصرية ولاية اضافية له وفقا لأحكام القانون [17] .

أما فيما يخص الاجراءات التحفظية والوقتية فقد نصت المادة (34) من قانون المرافعات المدنية المصري على ((تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية)) يتضح من هذا أن الاساس في هذا الاختصاص هو طابع السرعة في اتخاذ الاجراءات القانونية خشية فوات الوقت وحفاظا على حقوق الطرف الاخر فعلى اساس هذه الحاجة ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لاتخاذ تلك الاجراءات.

[15] د. ابو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهضة العربية ، 2008 ، ص 88.

[16] د. عوني محمد الفخري ، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، بغداد ، 2007، ص9.

[17] د. هشام خالد ، مصدر سابق ، ص 108 .

أما القضاء الإماراتي فقد اعطى الاختصاص القضائي للمحاكم الاماراتية للنظر في الطلبات العارضة وفق ما جاء بنص المادة (22) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتية التي نصت على ((تختص المحاكم بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية الداخلة في اختصاصها كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها وكذلك تختص بالأمر بالإجراءات المستعجلة والتحفظية التي تنفذ في الدولة ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية)) سواء قدم الطلب من قبل المدعي او المدعى عليه إلا أن الطلبات العارضة لها شروطها في القانون الاماراتي وهي :

أ- أن تكون المحكمة الوطنية مختصة في النظر بالطلب الاصلي وهذا ما نصت عليه المادة (22) فيكون شرط الاختصاص شرط جوهري كون انه هو الذي يعطي الاختصاص للمحاكم الوطنية في نظر الطلبات العارضة .

ب- أن يكون هناك ارتباط بين الطلبات العارضة والدعوى الاصلية[18] .

اما فيما يحص الطلبات المرتبطة فهي الطلبات التي ترتبط مع طلبات اخرى ارتباط وثيق تجعل من المهم ان تنظر جميعها من قبل محكمة واحدة كي تفصل فيها في دعوى واحدة تلافيا لتضارب الاحكام القضائي ، وشروط تطبيقه هو :

أ- أن تكون المحكمة تنظر بالطلبات المرتبطة لها اختصاص قضائي بنظر الدعوى الاصلية فعند ثبوت الاختصاص القضائي يثبت لها النظر في الطلبات المرتبطة .

ب- أن تكون الطلبات المرتبطة لها صلة جدية بالدعوى الاصلية .

اما المسائل الاولية فانه يعقد (الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية الاماراتية) بالنظر في المسائل الاولية في حالة كونها ذات اختصاص في نظر الدعوى الاصلية واذا كانت الدعوى الاصلية من اختصاص القضاء الاماراتي والمسائل الاولية ضمن اختصاص لامحاكم الاجنبية فان الاختصاص لنظر المسائل الاولية يعطى للمحاكم الاماراتية دون ان توقف الفصل بالدعوى الاصلية وتحيل المسائل الاولية الى محكمة الاجنبية المختصة فعلا في نظر تلك المسألة الاولية، فاختصاص المحاكم الاماراتية في مسائل الاولية له شروط وهي :

أ- ان تكون المحكمة الاماراتية مختصة اصلا في نظر الدعوى الاصلية وهي ما نصت عليه المادة (22) من قانون الاجراءات الاماراتي .

ب- ان يكون الفصل في المسائل الاولية ضروري للفصل في موضوع الدعوى الاصلية اي يوجد ارتباط بين المسائل الاولية وبين الدعوى الاصلية .

اما اختصاص المحاكم الاماراتية في المسائل المستعجلة فقد نصت عليها المادة (22) آنفة الذكر ، فبالنسبة للتدابير الوقتية فبإلاماكن المحاكم الاماراتية تأمين حضور الخصوم وحماية حقوقهم فإفساح المجال لإقامة دعوى مستعجلة و اتخاذ اجراء وقتي

[18] د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص 490 .

اي يكون لها الاختصاص في نظر الدعاوى المستعجلة على الرغم من انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة اجنبية للنظر في الدعوى الاصلية ، اما اجراءات التحفظية فقد نصت عليها المادة(22) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي إذ ان الاجراءات التحفظية هي دعاوى مستعجلة تختص بها محاكم الامارات بالنظر اليها بصورة مستعجلة حتى لو كانت الدعوى الاصلية ضمن اختصاص محكمة اجنبية [19] .

أما موقف المشرع العراقي فلا يوجد نص صريح في القانون العراقي يعطي (الاختصاص للمحاكم العراقية) في نظر المسائل الاولية والطلبات العارضة والاجراءات المستعجلة المرتبطة بالدعوى التي تقام على الاجنبي داخل العراق إلا أن هذا الاختصاص قد تقرر بموجب المادة (30) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوع)) [20] وتوجب على القاضي العراقي الحكم وفق المبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا عند غياب النص ، فهذا النص يقود المحاكم العراقية الى الاختصاص بهذه المسائل ، فتدخل ضمن اعمال المحكمة اصدار قرارات بالفصل في تلك المسائل .

فالمسائل الأولية : هي تلك المسائل التي يتوجب الفصل فيها اولا ليتم الفصل في الدعوى الاصلية فلو كانت المحكمة الوطنية تنظر الدعوى فهي تكون مختصة في النظر بتلك المسائل الاولية حتى لو كانت غير مختصة بالنظر بها ، فعلى المحكمة أن توقف الفصل في الدعوى حتى يتم البت بالمسائل الاولية من قبل المحكمة المختصة اذا كانت تلك المسائل الاولية لازماً للحكم بالدعوى وهذا خروج عن الاصل العام القاضي بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، المشرع العراقي لم ينص على ذلك إلا أن جانبا من الفقه العراقي يذهب الى اختصاص المحاكم العراقية في المسائل الاولية مستندين الى نص المادة (30) من القانون المدني العراقي اي الاخذ بمبادئ (القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)[21] .

أما فيما يخص بالطلبات العارضة فهي طلبات تقدم بعد إقامة الدعوى وقبل صدور الحكم فيها حيث تؤدي الى تعديل من نطاق الدعوى ، وأن هذا الاختصاص يثبت للمحاكم الوطنية التي تثار أمامها حتى لو لم تكن ضمن اختصاصها اصلاً ، والغاية منه هو لتحقيق حسن سير العدالة واختصاراً للوقت والاجراءات والخشية من تضارب الاحكام [22]، وكذلك الطلبات المرتبطة فهي كل طلب يرتبط بالعدوى الاصلية وتنظرها المحكمة نفسها لحسن سير العدالة ، المشرع العراقي لم يضع نصاً صريحاً على هذه المسألة إلا أن جانباً من الفقه العراقي بأختصاص المحاكم في نظر الدعاوى المرتبطة استناداً الى القواعد العامة في حالة غياب النص، فالمحكمة في الأساس ليست مختصة بالنظر بتلك الطلبات المرتبطة بالدعوى المنظورة أمام تلك المحكمة لكن لحسن

---

[19] احمد عبد الكريم سلامة ،قانون الدولي الخاص الاماراتي ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ط1 ، 2002 ، ص 493 .

[20] سيف الدين محمود المشهداني ، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، 1989 ص 94 .

[21] سيف الدين المشهداني ، المصدر نفسه ، ص 95 .

[22] كنار طاهر قادر ، الطلبات العارضة في الدعوى المدنية وتطبيقاتها القضائية ، ينظر الموقع الالكتروني :

https://drive.google.com/file/d/1PyxqzBb_x_WzGfzdotqGDPn0QsP9-pOl/view

سير العجالة وعدم التضارب بالأحكام [23]. أما الاجراءات المستعجلة التي يطلبها الخصوم فهي التدابير الوقائية والتحفظات لغرض حفظ الاموال والحقوق إذ يختص بها القضاء المستعجل كون أنه قضاء مؤقت إذ أنه يتدارك خطراً يهدد الحق لكنه لا يبت في أصل الحق ، عليه تكون المحاكم العراقية مختصة في نظر المسائل المستعجلة المشوبة بعنصر أجنبي حتى لو لم تكن المحاكم العراقية مختصة اصلاً بالنزاع [24] .

المطلب الثاني : سبل معالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إن القصور في التشريع ظاهرة حتمية حتى في ظل الظروف الطبيعية للمجتمع ؛ لأن وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية ونزع دائم نحو التطور ليست أمرا جامداً أو ثابتا على حال لكي يمكن ان يحتويها نص قانوني فضلا عن ان تطلعات الانسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من نزاعات ومسائل قانونية وحقوق لا يمكن أن يقف عند حد معين ولا يمكن للمشرع مهما كان حصيفا وحريصا أن يتنبأ بها إلا على سبيل الافتراض والافتراض كما هو معلوم قاصر ومحدود نسبي وقد ابتكر القضاء عبر التاريخ حلول متنوعة لمعالجة القصور التشريعي منها اللجوء الى الحيلة القانونية أو اللجوء الى قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة ويتدخل القضاء لمعالجة القصور بالتشريع تحت ستار الاجتهاد في التفسير ، إذ كانت نصوص التشريع ولا تزال محدودة في حين أن وقائع الحياة غير محدودة وغير المحدود لا يحيط بالمحدود فما الحل اذا لم يجد القاضي نصا في التشريع لواقعة من الوقائع ؟ وهل يمكن الاحتجاج بفقدان النص او نقصه او غموضه لعدم الحكم على القضية وماذا نص التشريع العراقي بهذا الخصوص في المادة (30) التي نصت على ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)) .

لذلك سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الاول عن ماذا قصد المشرع في المادة (30) من القانون المدني العراقي وامكانية حل القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي من خلالها ، أما الثاني فيكشف امكانية سد القصور التشريعي بالقياس على تطبيق احكام المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية وأما الثالث فيبين سد القصور من خلال القياس على قانون المرافعات .

الفرع الاول : امكانية حل القصور التشريعي وفق المادة (30) مدني عراقي

عند البحث في مسألة الاختصاص الدولي فإن القاضي الموضوع ينظر في مدى توافر ضوابط الاختصاص القضائي في المواد (14 و 15) من القانون المدني العراقي ، فالمحكمة التي يعرض عليها نزاعا يحتوي عنصراً أجنبياً عليها اولا أن تحدد ما إذا كانت مختصة في النظر بها وفقا لمواد الاختصاص أي يكون اختصاص اصلي وليس عرضي . من هذا المنطلق يمكن القول بان مبادئ القانون الدولي الخاص متمثلة بالمادة (30) من (القانون المدني العراقي) التي نصت على ((يتبع فيما لم يرد

[23] سيف الدين المشهداني ، المصدر السابق ، ص 98 .

[24] د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، القانون الدولي الخاص وفقا للقانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ،ط2 ، بغداد ،1977 ، ص 386 .

بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)) إذ اوجبت على القاضي العراقي اتباع المبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا عند عدم وجود النص [25].

هناك رأي يقول بأنه يمكن الاعتماد على المادة (30) من القانون المدني العراقي لتقرير الاختصاص المحاكم العراقية بالاعتماد على المبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا وفقاً لما جاءت بها هذه المادة أي عندما لا تكون المحكمة مختصة بالنظر في الدعوى المشوبة بعنصر أجنبي فيمكن اعمال المادة (30) وانعقاد الاختصاص للمحاكم العراقية بعد اتباع القاضي المبادئ القانون الدولي الخاص الكثر شيوعا [26]. في حين أن هناك رأي آخر يقول بأن نص المادة (30) يقتصر على مسائل خاصة بتنازع القوانين ولا ترتبط في مجال الاختصاص القضائي الدولي وفقا للأسباب الاتية :

1- إن حالات تنازع القوانين متعددة ولا حصر لها وفي ازدياد وتطور كلما زادت وتطورت العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي فتكون بحاجة الى نص قانوني يواكب هذا التطور في العلاقات وهذا ما نجده في المبادئ القانونية المتبعة في غالبية الدول كونها تقوم على أساس مشترك ، فظهرت مبادئ مشتركة والتي نص عليها المشرع العراقي في المادة (30) ويمكن بذلك للقاضي الاستناد لهذه المبادئ لسد النقص التشريعي ، في حين أنه لا حاجة لهذا المصدر في مجال الاختصاص القضائي الدولي كون أن (قواعد الاختصاص القضائي الدولي) يجب أن تكون على سبيل الحصر كونها قواعد تحدد ما يدخل ضمن نطاق اختصاص المحكمة وما لا يدخل ضمن هذا النطاق [27].

2- بالنسبة لتنازع القوانين فالقاضي مجبراً على ايجاد حل للمنازعة المطروحة أمامه وفي حالة عدم وجود نص يعالج هذه الحالة بإمكانه اللجوء الى نص المادة (30) والبحث في المبادئ القانون الدولي الخاص لإيجاد الحل المناسب للمنازعة ، فضلاً عن ذلك فإن القاضي عند عرض الدعوى المشوبة بعنصر أجنبي أمامه فإنه ينظر في ضوابط الاختصاص القضائي ومدى توافرها وفي حالة عدم توافر احدى الضوابط المنصوص عليها في القانون يقرر رد الدعوى لعدم الاختصاص كونه غير مجبر على البحث في ضوابط لم يتم النص عليها في التشريع [28]، فوفقا لهذا الرأي انه يجب أن تكون ضوابط الاختصاص القضائي الدولي العراقي على سبيل الحصر [29].

([25]) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

([26]) ايناس غانم عبد الجواري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2022 ، ص 167 ؛ د. محمد جلال الأتروشي ، د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، د. عبدالله فاضل ميراني ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية (الكتاب الثاني) ، مكتبة يادكار لطباعة ونشر الكتب القانونية ، السليمانية ، ط 1 ، 2020 ، ص255 ؛ الهام فاهم نغيش ، دور المادة (30) من القانون المدني العراقي في حل تنازع القوانين ، مقالة منشورة في مجلة اوروك للعلوم الانسانية ، كلية القانون ، جامعة القادسية ، العدد الأول ، مجلد الرابع عشر ، 2021 ، ص381 .

([27]) د. عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، ج1 تنازع القوانين ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1998، ص53.

([28]) استاذنا د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص 83 .

([29]) د. جعفر محمود جواد الفضلي، امتداد الاختصاص القضائي الدولي ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الرابع ، السنة التاسعة ، العدد 23 ،2004 ، ص 12 .

CC BY

3- ان حرفية النص الوراد في المادة (30) من القانون المدني العراقي والمتضمن (... احوال تنازع القوانين ...) يجب التقيد بها والأخذ (بمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في تنازع القوانين) كونها تلائم مسائل تنازع القوانين ، وعدم شمول اختصاص القضاء الدولي بهذه المادة [30].

وخلاصة ما سبق ذكره إننا نتجه مع الرأي القائل بإن المادة (30) من القانون المدني العراقي ترتبط في مجال تنازع القوانين ولا يمكن الارتكاز عليها في حالة وجود نقص تشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لعقد الاختصاص للمحاكم العراقية .

الفرع الثاني : حل القصور التشريعي بالقياس على المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية

إن المبدأ العام الذي جاءت به المادة (14) من القانون المدني العراقي المتضمنة (اختصاص المحاكم العراقية) في الدعاوى التي يكون فيها المدعى عليه عراقي الجنسية إلا أن هذا المبدأ يمكن الخروج عليه بالقياس على ما ورد في نص المادة السابعة من (قانون تنفيذ الحكام الاجنبية) التي نصت على ((تعتبر المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط الاتية:

أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة او غير منقولة كائنة في البلاد الاجنبية.

ب- كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الاجنبية او كان يقصد تنفيذه هناك كله او قسما منه يتعلق به الحكم.

ج- كون الدعوى ناشئة عن اعمال وقع كلها او جزء منها في البلاد الاجنبية. (د) كون المحكوم عليه مقيما عادة في البلاد الاجنبية او كان مشتغلا بالتجارة فيها في التاريخ الذي اقيمت فيه الدعوى.(هـ) كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. (و) كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه))[31] .

إذ اعطت الاختصاص للمحاكم الاجنبية بنظر الدعاوى التي يكون فيها أحد الاطراف عراقي الجنسية [32] .إذ أن المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي تعدّ من النصوص التي تحدد (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الاجنبية) ، وأن هذه المادة منحت الاختصاص للمحاكم الاجنبية وفق الفقرتين (هـ ، و) منها ، فالمادة السابعة منه تعدّ بالوقت نفسه استثناءً عن المادة (14) من القانون المدني إذ أجازت تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق إذا توافرت شروط حددتها المادة انفة الذكر وهي بالوقت نفسه قد اعطت للمحاكم الاجنبية أن تكون صاحبة الاختصاص القضائي الدولي بدلالة المادة (7) واصدار الحكم وتنفيذه في العراق [33] . المشرع العراقي لم ينص على الخضوع الارادي باعتباره ضابطا لتحديد (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية) ، إذ أن الخضوع الارادي يثبت الاختصاص للمحاكم العراقية على الرغم من عدم النص عليها من قبل

([30]) د. يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص471 .

([31]) قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 .

[32] د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972 ، ص239 .

[33] د. يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص 462 .

CC BY

المشرع العراقي كونها تعدّ مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة بين الدول وعليه يمكن للمحاكم العراقية الأخذ بهذا المبدأ وفق المادة (30) من قانون المدني العراقي في الامور التي لم يرد بها نص على ذلك [34] . فالقاضي الوطني عند عرض مسألة أمامه فإنه يبحث عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي لغرض بيان هل ان الدعوى ضمن اختصاص المحاكم العراقية من عدمه ، فإذا لم يجد قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي فانه يقوم برد الدعوى لعدم ثبوت الاختصاص ، أما في حالة تنازع القوانين فإنه مع ثبوت الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية فإن القاضي الوطني ملزم بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المطروحة أمامه من خلال ايجاد القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد المشرعة قانونا أو في حالة وجود نقص أو غياب النص فإن القاضي يلجأ الى المبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا بموجب المادة (30) من القانون المدني العراقي .

على الرغم من أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على الاخذ بهذا الضابط إلا أن الفقه أجاز الاخذ به إذا منح الاختصاص للمحاكم العراقية بالنظر في المنازعات الدولية بناءً عليه اذا خضع الاجنبي للمحاكم العراقية بإرادته ، إذ يشترط الفقه لقبول الخضوع الارادي توفر شرطان هما :

أ- وجود رابطة جدية : مثلما يتطلب وجود صلة بين العقد والقانون الذي سيختاره الافراد (القانون المختار) في تنازع القوانين كذلك في قواعد الاختصاص القضائي الدولي يتطلب وجود رابطة أو صلة بين العقد والقانون في مسألة الخضوع الارادي أي رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم العراقية التي انعقد لها الاختصاص بالمنازعة المثارة فإذا ما ثبت بأنه لا توجد صلة بالعراق فيجب عليها ان تقرر عدم الاختصاص من تلقاء نفسها [35] .

ب- يجب أن لا يكون الاتفاق على الاختصاص القضائي الدولي مبنياً على الغش عندما يختار الخصوم محكمة دولة ما ليست هي في الأصل مختصة بنظر الدعوى ويحصلون على حكم لصالحهم ويقومون بتنفيذه في دولة المحكمة المختصة أصلا بالنزاع إلا أنهم تهربوا منها للحصول على حكم لصالحهم فجزائهم عدم إمكانية تنفيذ الحكم [36] .

فالأساس القانوني للأخذ بهذا الضابط استناداً لأحكام المادة (30) من القانون المدني العراقي باعتبار ضابط الخضوع الارادي ضابط من الضوابط الشائعة دولياً في حالة عدم وجود نص ، كذلك نص المادة (25 / 1) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((1 – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه)) إذ ان هذه المادة في فقرتها الاولى تعطي للأطراف الحرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ولهم الحرية

[34] د. حسن الهداوي ، د. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص _ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، ج2 ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،لا يوجد سنة طبع . ، ص 249 .

[35] د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 289 .

[36] د. عباس العبودي ، المصدر نفسه ، ص 289 .

ايضاً في تعين المحكمة المختصة في نظر النزاع [37] في حين أن هناك رأي آخر يقول بإمكانية الأخذ بهذا الضابط استنادا لمفهوم المخالفة لأحكام المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 التي اعطت للإرادة الطرفان حرية في اختيار المحكمة الاجنبية في نظر النزاع المشوب بعنصر اجنبي وتنفيذ الحكم الاجنبي في العراق [38] ، وكذلك من خلال موافقة المدعى عليه على اختصاص المحاكم الاجنبية في النظر بالدعوى [39] .

إن المادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي قد اعطى الاختصاص للمحاكم الاجنبية غير المختصة أصلا في نظر الدعوى عندما أقر بمبدأ الخضوع الارادي فيكون من باب أولى اقراره لهذا المبدأ للمحاكم العراقية ، فتختص المحاكم العراقية في نظر الدعاوى المشوبة بعنصر أجنبي إذا خضع الاجنبي للقضاء العراقي بارادته عندما تكون المحاكم العراقية غير مختصة اصلا في نظر النزاع ، استثناءً من هذا النص خروج الاختصاص القضائي من المحاكم العراقية إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بعقار يقع خارج حدود جمهورية العراق وذلك لتعارضه مع نص الفقرة (ب) من المادة (15) من القانون المدني العراقي التي اخضعت العقار لمحكمة موقع العقار [40] .

أما في حالة غياب المدعى عليه الاجنبي عن حضور الدعوى ففي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تدفع بعدم الاختصاص كون عدم حضور المدعى عليه الاجنبي للمرافعة لا يعد قبولا منه باختصاص المحاكم ، والخضوع الارادي قد يكون صريحاً عندما يتفق الطرفان على اقامة الدعوى أمام المحاكم العراقية غير مختصة بموضوع الدعوى اصلا ، اما القبول الضمني عندما يخضع المدعى عليه لسلطة المحاكم العراقية غير المختصة أصلا دون أن يدفع بعدم الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية [41] .

إن عدم قيام المشرع العراقي بالنص صراحة على خضوع الارادي للمحاكم العراقية يعد نقصاً تشريعياً وقصوراً في القانون فعندئذ يمكن تطبيق المادة (30) من القانون المدني العراقي ، إذ فرضنا إن هذه المادة من نطاق (الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية) .

الفرع الثالث : حل القصور التشريعي بالقياس على قواعد الاختصاص الداخلي المكاني

تنفرد كل دولة بوضع مجموعة من القواعد التي تحدد اختصاص محاكمها ولا يقيد سلطانها إلا الالتزامات الدولية والاتفاقيات التي تنظم الاختصاص القضائي الطراف الخصومة ، ومن هذا المنطلق فإن المشرع العراقي قد وضع الضوابط الخاصة (بالاختصاص القضائي الدولي الاصلية والطارئة) وكما تم ذكرها سابقا ، وفي حالة خلو النص الذي بموجبه يتم تحديد الاختصاص القضائي الدولي فيمكن للقاضي الوطني القياس على قواعد الاختصاص القضائي الداخلي .

---

[37] سيف الدين محمود المشهداني ، مصدر سابق ، ص 62 .

([38]) علياء احمد مبارك ، دور الارادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي واثارها ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة الموصل ، 2006 ، ص 40 .

[39] د. يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص 469 .

[40] د. غالب الداودي ، د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ،ج2 ، مصدر سابق ، ص 250 .

[41] د. يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص 470 .

CC BY

ففي مسألة تعدد المدعى عليهم في دعوى مشوبة بعنصر أجنبي إذ يكون واحد من هؤلاء المدعى عليهم لا يخاضع للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية فهنا تظهر المشكلة عندما لا تسري بحقه إجراءات الدعوى مما يؤدي الى التعارض مع حسن سير العدالة ووحدة الخصوم وضياع وقت المحاكم والخصوم ويؤدي في الاخير الى التعارض في الاحكام ، وبما أن الاختصاص القضائي يتحدد بموجب ضوابط متعلقة بالمدعى عليه (ضابط الجنسية والموطن) وليس للمدعي إلا في حالات استثنائية فيكون بحثنا في المدعى عليهم فقط [42].

يحدث التعدد في المدعى عليهم في كثير من الدعاوى كإقامة دعوى واحدة على ورثة المتوفي لدين كان في ذمة مورثهم وفي هذه الحالة يكون إحدى المدعى عليهم غير خاضع للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية ، فعند حدوث حالة التعدد مع تحقق الشروط القانونية لها فيكون الاثر الذي يترتب على هذه الحالة هو امتداد اختصاص المحاكم العراقية ليشمل المدعى عليهم الذين لم يكونوا خاضعين لها اصلاً ، أي مقاضاة المدعى عليهم أمام المحاكم العراقية بموجب هذا الامتداد والذي لا يمكن مقاضاتهم بدعوى مستقلة أمام المحاكم العراقية بموجب أي (ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي) [43].

لقد نص المشرع العراقي على حكم التعدد في مجال الاختصاص الداخلي في الفقرة الثانية من المادة (37) من قانون المرافعات العراقي التي نصت على (2_اذا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء او كان مرتبطا تقام الدعوى في محل اقامة احدهم) إلا أنه لا يوجد نص على ذلك في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، يذهب جانب من الفقه العراقي الى اعمال هذا الحكم لعقد الاختصاص للمحاكم العراقية عن طريق القياس على قواعد الاختصاص الداخلي في مجال الاختصاص الدولي [44].

فأننا نؤيد هذا القياس لمعالجة القصور التشريعي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لكن الافضل هو تشريع نص صريح يعطي الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في حالة تعدد المدعى عليهم وعدم خضوع احدهم للمحاكم العراقية . أما في (مسائل الاحوال الشخصية) من ضمنها مسائل النفقة (النفقة المؤقتة) فهي من المسائل الاجراءات الوقتية والمرافعات ، ولأنها اجراء وقتي فهي تخضع لقانون القاضي الوطني كونها من مسائل المرافعات وانها اجراء من اجراءات التي يجب اتخاذها بشكل مؤقت وعاجل لان الاصل هو اقامة الدعوى في محكمة محل أو موطن المدعى عليه استناداً الى أن الاصل براءة ذمة المدعى عليه إلا أن هذا الضابط هو خروج عن القاعدة العامة للاختصاص القضائي العراقي مبرراً ذلك لعدم تحميل المدعى عليه مصاريف الانتقال الى محكمة موطن أو محل المدعي الى خارج الدولة وما يسببه من مشقة ونفقات مضاعفة لا يستطيع تحملها المدعى عليه[45] ، إن جعل المحاكم العراقية مختصة في نظر الدعاوى المشوبة بعنصر أجنبي في مسائل النفقة نجد له نص خاص وهو المادة (304) من (قانون المرافعات المدنية العراقي) والتي نصت على (تقادم دعوى نفقة الأصول والفروع والزوجات في محكمة محل اقامة المدعى أو المدعى عليه . اما النفقات الأخرى فتقام الدعوى بها في محكمة محل اقامة

([42]) استاذنا د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص 93.

([43]) د. جعفر محمود جواد الفضلي، امتداد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص 26 .

([44]) استاذنا د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص 96.

([45]) ايناس غانم عبد الجواري ، النفقة في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، 2022، ص 185 .

المدعى عليه)[46]، لقد تلافى المشرع العراقي في هذا النص ان يكون منكرا للعدالة بل جعل الأمر جوازي بالنسبة لمحكمة محل اقامة المدعي أو المدعى عليه فهو خروج صريح للمشرع العراقي عن القاعدة العامة في القانون المدني في المواد (14 و 15) في قواعد الاختصاص القضائي الدولي يعدّ ضابط جنسية المدعى عليه العراقي وكذلك ضابط اقامة المدعى عليه او موطن الاجنبي ولم يشترط التوطن الطويل وانما مجرد الاقامة [47] .

لقد وجه انتقاد لهذا الضابط في انعقاده في المسائل الاحوال العينية على اساس تلافي انكار العدالة كون أن الاختصاص القضائي ينعقد لمحكمة موقع العقار في نظر النزاع المتعلق بهذا العقار كونها هي المختصة بذلك حتى في حالة عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه في الخارج [48] . كذلك يعقد الاختصاص في حالة الارتباط أي ارتباط دعوى بأخرى فتختص المحكمة التي تنظر بالطلب الاصلي ليشمل الدعوى الحادثة ، على الرغم من أن (المشرع العراقي) لم يأخذ بهذا الضابط في عقد الاختصاص للمحاكم العراقية إلا أن جانب من الفقه العراقي يذهب بالقول الى إمكانية اختصاص للمحاكم العراقية التي تنظر بالدعوى الاصلية بالنظر في الدعاوى الحادثة استناداً الى القياس على قواعد الاختصاص الداخلي في قانون المرافعات المدنية على الرغم من عدم وجود نص قانوني يجيز الاخذ بالقياس [49] .

الخاتمة :

1- لم يواكب المشرع العراقي التطور الذي رافق (قواعد الاختصاص القضائي الدولي) واقتصر على القواعد التي جاء بها في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 متمثلة بالمواد (14 _ 15) منه .
2- على الرغم من أن أحكام القضاء واراء الفقه تعدّ من المصادر المفسرة والمكملة للقانون إلا أنها تحتل مكانة خاصة في إطار تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتعدّ من المصادر الرئيسة بسبب حداثتهما وتطورهما السريع فالكثير من النظريات المهمة في القانون الدولي الخاص انشأها القضاء وقام الفقه ببلورتها .
3- اتسمت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي المتمثلة بالمادتين (14 و15) من القانون المدني العراقي بالقصور والايجاز الشديد وازاء ذلك حاول الفقه إكمال هذا القصور تارة من خلال العودة الى المادة 30 من القانون المدني العراقي الخاصة بتنازع القوانين على الرغم من إن ذلك لا يستقيم مع صريح عبارة النص وتارة اخرى من خلال الأخذ بمفهوم المخالفة للمادة (7) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 28 لسنة 1930 وتارة أخرى من خلال القياس على أحكام الاختصاص الداخلي الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على الرغم من أنه قياس مع الفارق لخصوصية الاختصاص الدولي عن الاختصاص الداخلي

([46]) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
([47]) سيف الدين المشهداني ، مصدر سابق ، ص 78 .
([48]) د. يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص 456 .
([49]) استاذنا د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص 91.

المتمثلة بعدم وجود سلطة عليا دولية توزع الاختصاص على المحاكم في الدول المختلفة بخلاف الاختصاص الداخلي الذي يتصف تحديده بوجود مثل هذه السلطة داخل الدولة .

4- إن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم83 لسنة1969 لم يتضمن نصوصا تتعلق بتنظيم الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية على عكس قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد نظم هذا الاختصاص في المواد28-35 تحت عنوان الاختصاص الدولي للمحاكم ويظهر من ذلك ان قانون المرافعات الدنية العراقي اكتفى بما ورد في المادتين14و15 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل وعلى بعض النصوص في قانون الأحوال الشخصية رقم188 لسنة 1959 المعدل ووفقا للاختصاص الدولي للمحاكم وفق القانون المدني العراقي .

التوصيات :

1- نأمل من المشرع العراقي ضرورة إصدار تقنين موحد للقانون الدولي الخاص ؛ لأن ذلك سيحل أغلب مشكلات هذا الفرع القانوني ويساهم في تطويره بشكل كبير يتلاءم مع اهميته المتزايدة في العقود الاخيرة خاصة مع وجود الرغبة الواضحة والمتزايدة للمشرع العراقي في تحفيز الاستثمار الاجنبي وتطوير القطاع السياحي بعد انقضاء مدة طويلة من الزمن عانى فيها العراق ما عانى من العزلة وويلات الحروب والمشكلات السياسية .

2- نرجو المشرع العراقي أن يعيد النظر في قواعد الاختصاص القضائي الدولي أو على الاقل ان يضع نصا على غرار المادة 30 الخاصة بتنازع القوانين يمنح فيه المرونة للقاضي لمعالجة حالات الاختصاص التي لم ينص عليها المشرع بما يتلاءم وطبيعة موضوع الاختصاص القضائي الدولي .

3- نأمل من الشرع العراقي وضع نصا يحدد فيه ضابط الخضوع الارادي باعتباره من ضوابط قواعد الاختصاص القضائي الدولي كما فعل المشرع المصري وكذلك المشرع الإماراتي .

المصادر :

1- د. ابو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهضة العربية ، 2008 .

2- د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

3- احمد عبد الكريم سلامة ،قانون الدولي الخاص الاماراتي ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ط1 ، 2002

4- ايناس غانم عبد الجواري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2022.

5- د.جعفر محمود جواد الفضلي، امتداد الاختصاص القضائي الدولي ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الرابع ، السنة التاسعة ، العدد 23 ،2004 .

6- د.حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972 .

7- د. حسن الهداوي ، د. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص _ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، ج2 ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،لا يوجد سنة طبع.

8- سيف الدين محمود المشهداني ، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، 1989 .

9- د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية _ دراسة مقارنة ،دار السنهوري ،بيروت ، لبنان ، 2015 .
10- د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ج 2 ، دار النهضة العربية ، ط 8 ، 1977 .
11- د.عكاشة عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000 .
12- د. عكاشة محمد عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1986.
13- د. عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص اللبناني ، ج1 تنازع القوانين ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1998 .
14- د.عكاشة محمد عبدالعال ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية الاجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000 .
15- علياء احمد مبارك ، دور الارادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي واثارها ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة الموصل ، 2006 .
16- د.عوني محمد الفخري ، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، بغداد ، 2007 .
17- قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992 .
18- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
19- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
20- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .
21- قانون المرافعات والمدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .
22- قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 .
23- كنار طاهر قادر ، الطلبات العارضة في الدعوى المدنية وتطبيقاتها القضائية ، ينظر الموقع الالكتروني : https://drive.google.com/file/d/1PyxqzBb_x_WzGfzdotqGDPn0QsP9-pOl/view .
24- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، 1977 .
25- د. محمد جلال الأتروشي ، د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، د. عبدالله فاضل ميراني ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية (الكتاب الثاني) ، مكتبة يادكار لطباعة ونشر الكتب القانونية ، السليمانية ، ط 1 ، 2020 .
26- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، القانون الدولي الخاص وفقا للقانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ،ط2 ، بغداد ،1977 .
27- الهام فاهم نغيش ، دور المادة (30) من القانون المدني العراقي في حل تنازع القوانين ، مقالة منشورة في مجلة اوروك للعلوم الانسانية ، كلية القانون ، جامعة القادسية ، العدد الأول ، مجلد الرابع عشر ، 2021 .
28- د.هشام خالد ، القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط 1 ، 2012، ص 112 .
29- د. وسام توفيق الكتبي ، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، 2011.
30- د.يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية) منشورات زين الحقوقية ، 2016 .