



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان / كلية القانون

الدراسات العليا / القانون الخاص

دور الإرادة في العلاقات الدولية الخاصة

رسالة تقدمت بها الطالبة

رونزا عبدالرضا انعيم الوحيلي

إلى

مجلس كلية القانون في جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ. د. صادق زغير محيسن

١٤٤٤هـ

٢٠٢٣م



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان / كلية القانون

الدراسات العليا / القانون الخاص

دور الإرادة في العلاقات الدولية الخاصة

رسالة تقدمت بها الطالبة

رونزا عبدالرضا انعيم الوحيلي

إلى

مجلس كلية القانون في جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ. د. صادق زغير محيسن

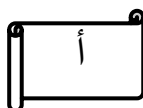
١٤٤٤هـ

٢٠٢٣م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ رَبُّ
الْعَالَمِينَ﴾

صدق الله العلي العظيم

(الآية ٢٩ / سورة التكويد)



الإهداء

- إلى شهداء العراق الابرار... من نعتز بأسمائهم تمجيداً وتخليداً
- إلى ابي العزيز... اطال الله في عمره، وأمدّه بالصحة والعافية
- إلى امي الحنونة... رمز التفاني والإخلاص، من علمتني العطاء، وغمرتني بحنانها وكرمها
- إلى زوجي العزيز واطفالي
- إلى اخوتي وأصدقائي
- إلى كل من يحبني بصدق وإخلاص

الباحثة

شكر و عرفان

بعد الإنتهاء من هذه الدراسة أجد نفسي ومن دواعي الوفاء والعرفان إن أتقدم بالشكر المقرون بالتقدير الكبير إلى عمادة كلية القانون جامعة ميسان المتمثلة بالدكتور الفاضل جعفر كاظم جبر، والسادة معأوني العميد في الكلية، ورئيس لجنة الدراسات العليا، لاحتضانهم لي في مدة الدراسة وعلى كل مساعدة قدموها لي فجزاهم الله عني خير الجزاء .

والشكر والامتنان الوافران إلى مشرفي الأستاذ الدكتور صادق زغير محيسن ليس لقبوله الإشراف على هذه الدراسة فحسب، وإنما لأخلاقه العالية وعلمه الغزير وسعة صدره فضلاً عن التوجيهات السديدة والجهد والمتابعة الحثيثة في إتمام هذه الدراسة فجزاهم الله عز وجل خير الجزاء .

ويشرفني أن اتقدم بفائق شكري وتقديري إلى السادة إعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة بحثي وصرفهم جزءاً من وقتهم الثمين لأجل قراءته وابداء ملاحظاتهم السديدة داعية من الله عز وجل إن يحفظهم ويرعاهم .

ومما يثقل كاهلي ويطوق عنقي ويجعلني لا أملك إلا الشكر والامتنان إلى اساتذتي الذين كان لهم البصمة الواضحة في خط مسيرتي أساتذتي في السنة التحضيرية لما سخروه لي من معلومات قيمة عمقت خبرات الباحثة العلمية والعملية، فلا أملك سوى أن أدعو من البارئ عز وجل إن يطيل بأعمارهم لخدمة الباحثين

ومهما نطق اللسان بأفضالهم ومهما خطت الأيدي بوصفهم لا أعلم كيف أقف شاكرة لهم لما قدموه لي اخواني وأساتذتي في قسم الحاسبات الذين تحملوا معي عناء العمل ومشقته وفقهم الله لما يحب ويرضى أنه سميع مجيب.

واتقدم بالشكر لجميع موظفي كلية القانون - جامعة ميسان وبالخصوص موظفي المكتبة لوقوفهم جنبي خلال الفترة الدراسية فجزاهم الله خير الجزاء .

الباحثة

المخلص

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية والجوهرية المستقرة في القانون الدولي الخاص، ويتضح الدور المهم للإرادة ضمن نطاق تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، فأغلب الفقه والتشريعات قد منحت إرادة الأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية وسواء كان هذا الاختيار للقانون اختياراً صريحاً أم ضمناً، و قد سمح لإرادة الأطراف أيضاً في الاختيار اللاحق للقانون وتغيير اختيارهم بقانون آخر وكذلك سمح لهم بتجزئة القانون الذي يحكم العقد، ولم تتوقف إرادة الأفراد في اختيار القانون هنا إنما اخترقت هذه الإرادة بعض العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي كمسائل الأحوال الشخصية مثل اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بالزوجين أو الطلاق أو اختيار القانون الواجب التطبيق على النفقات، مستندين الفقه المؤيد لهذا الدور للكثير من المبررات التي تسمح للأطراف باختيار القانون الواجب على مسائل الأحوال الشخصية ومنها احترام الحرية والمساواة بين الزوجين، واستقلالية الإرادة في مجال الأحوال الشخصية التي تعد مكملاً لمبدأ القرب مع القانون الذي له أوثق الروابط الموضوعية، ومن المبررات أيضاً هو تشبيه مسائل الأحوال الشخصية بالالتزامات التعاقدية، ومن المبررات التي استند عليها الفقه المؤيد لهذا الدور إلى إن اختيار القانون الواجب التطبيق ضمن مجال الأحوال الشخصية يؤدي إلى توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف وإقامة توازن عادل بين الزوجين، وأيضاً كان للإرادة دور ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية، إذ سمح البعض من الفقه والبعض من التشريعات والاتفاقيات في السماح للأفراد بعد حدوث الفعل الضار اختيار القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية، مستندين في ذلك كذلك إلى العديد من المبررات ومنها الصعوبات التي تواجه الأفراد عند تطبيق القانون المحلي أو أي قانون آخر عدا قانون الإرادة، وأيضاً من المبررات هو إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في نطاق المسؤولية التقصيرية يعد مظهراً من مظاهر الحرية الفردية التي يكون فيها تحقيق للعدالة و تحقيق مصالح الأفراد.

ويعترف أيضاً الكثير من الفقه والقوانين والاتفاقيات الدولية للإرادة بدور آخر وهو اختياري المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهذا ما يسمى بالخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، ويكون الخضوع الاختياري على نوعين وهو اختياراً صريحاً يتفق عليه الأطراف قبل حدوث النزاع أو اختياراً لاحقاً لحدوث النزاع، وأما النوع الآخر هو الاختيار الضمني الذي يمكن الاستدلال عليه من خلال سلوك الأطراف و دون الحاجة لوجود الشرط المانع للاختصاص القضائي الدولي، فمثلاً يعد حضور المدعى عليه لجلسات المرافعة في المحكمة التي تم تعيينها من قبل المدعي دون إن يطعن بعدم الاختصاص القضائي، ولا بد من توافر مجموعة من الشروط في اختيار الأطراف للمحكمة المختصة ومنها شرط الرابطة الجدية بين المحكمة المختصة والنزاع التي نادى جانب من الفقه بأنه من الضروري استبدال هذا الشرط بفكرة المصلحة المشروعة التي يقصد بها ترك الحرية لإرادة الأطراف كأساس لاختيار المحكمة التي تفصل في النزاع المطروح أمامها دون وجود شرط الرابطة الجدية، و شرط الصفة الدولية في النزاع المطروح أمام المحكمة، وأما عن الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري فالأغلبية من الفقه عد الخضوع الاختياري هو ذات طبيعة عقدية ويحكم صحة تكوين وشروط هذا الخضوع قانون القاضي.

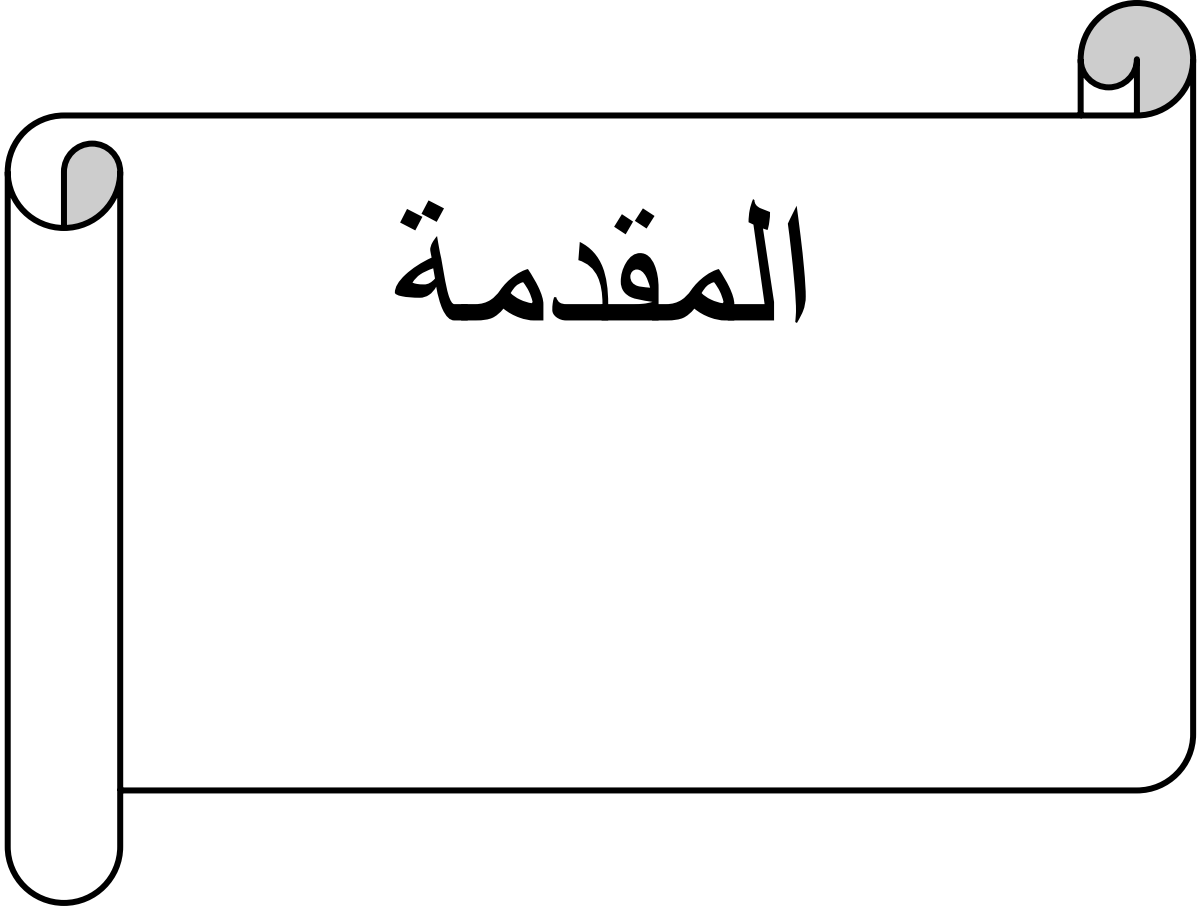
ويترتب على الاتفاق الحاصل بين الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي مجموعة من الآثار ومنها الآثار الشخصية وهو سرية اتفاق الأطراف في تعيين المحكمة المختصة التي تفصل نزاعاتهم على خلفائهما الخاص والعام، ولا يقتصر مدى سرية هذا الاتفاق على الخلف الخاص والعام فقط إنما في حالات معينة وأستثنائية يسري الاتفاق بين الأفراد بحق الغير، وأثار أخرى تتمثل في مجموعة من الآثار القانونية وهي أثراً مانحاً للاختصاص القضائي الدولي وأثر سالب للاختصاص القضائي الدولي، ولم يقتصر أثر الاتفاق بين الأطراف على هذه الآثار إنما كان لهذا الاتفاق أثراً حتى على المسائل الأولية والطبقات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية القائمة أمام المحكمة المختصة وأثار أخرى على الاجراءات الوقتية والتحفطية.

فهرست المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤-١	المقدمة
٢٠-٥	المبحث التمهيدي: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة
١١-٥	المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة
٨-٥	الفرع الأول: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة
١١-٨	الفرع الثاني: طرق اختيار الأطراف لقانون الإرادة
٢٠-١١	المطلب الثاني: موانع تطبيق قانون الإرادة
١٦-١١	الفرع الأول: النظام العام
٢٠-١٦	الفرع الثاني: الغش نحو القانون
٨٣-٢١	الفصل الأول: دور إرادة الأطراف في نطاق تنازع القوانين
٥٠-٢٢	المبحث الأول: دور قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية
٣٦-٢٣	المطلب الأول: أساس تطبيق قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية
٢٩-٢٣	الفرع الأول: النظرية الشخصية
٣٦-٢٩	الفرع الثاني: النظرية الموضوعية والنظرية الثنائية
٥٠-٣٧	المطلب الثاني: إشكاليات تعيين قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية
٤٣-٣٧	الفرع الأول: وقت اختيار قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية
٥٠-٤٣	الفرع الثاني: تغيير قانون الإرادة بقانون آخر وتجزئته في الالتزامات التعاقدية
٨٣-٥١	المبحث الثاني: دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية والالتزامات غير التعاقدية
٦٥-٥٢	المطلب الأول: دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية
٦٠-٥٢	الفرع الأول: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية

٦٥-٦٠	الفرع الثاني: مبررات قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية
٨٣-٦٥	المطلب الثاني: دور قانون الإرادة في الالتزامات غير التعاقدية
٧٦-٦٧	الفرع الأول: موقف الفقه والتشريعات الوطنية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية
٨٣-٧٧	الفرع الثاني: تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية في ظل الاتفاقيات الدولية والتطبيقات القضائية
١٤٠-٨٤	الفصل الثاني: دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي
١١٠-٨٥	المبحث الأول: ماهية الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي
١٠٠-٨٥	المطلب الأول: مفهوم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي وشروطه
٩٣-٨٦	الفرع الأول: التعريف بالخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي
١٠٠-٩٣	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي
١١٠-١٠٠	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي والقانون الذي يحكمه
١٠٤-١٠٠	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي
١١٠-١٠٤	الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي
١٤٠-١١١	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي
١٢٦-١١٢	المطلب الأول: الآثار الشخصية والقانونية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري
١١٩-١١٢	الفرع الأول: الآثار الشخصية لاتفاق الأطراف على الخضوع

	الاختياري
١٢٠-١٢٦	الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الخضوع الاختياري
١٢٦-١٤٠	المطلب الثاني: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية والمستعجلة
١٢٦-١٣٤	الفرع الأول: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية
١٣٤-١٤٠	الفرع الثاني: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الدعاوى المستعجلة
١٤١-١٤٦	الخاتمة
١٤٧-١٦٤	المصادر



المقدمة

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

تعد قاعدة خضوع العلاقات الدولية الخاصة لقانون الإرادة من القواعد التي تم إقرارها منذ زمن بعيد واستقر العمل فيها لدى الفقه والقوانين والقضاء على إن يتم السماح للأطراف بتحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية المستقلة على مستوى العلاقات الخاصة الدولية من دون العلاقات الداخلية، فيسمح قانون الإرادة للأطراف باختيار القانون الملائم لهم، فمن المعروف إن مبدأ سلطان الإرادة كان في بادئ الأمر مرتبطاً بالعقود الدولية إلا أنه في الوقت الحاضر اخترق هذا المبدأ العديد من العلاقات الدولية التي لا تتسم بالطابع العقدي وتكون منظمة بقواعد إسناد جامدة وقواعد أمره في القوانين الداخلية، فسمح لهذه الإرادة أيضاً بأختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كالنظام المالي للزوجين ومسائل الطلاق أو الانفصال وأيضاً في مسائل النفقات، أما العلاقات غير العقدية فقد ظلت تخضع لقانون محل وقوع الحدث الضار أو قانون تحقق نتيجة الضرر إلا أن هناك أيضاً جانب من الفقه والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية قد وسعت من نطاق دور إرادة الأطراف لتدخلها في نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية.

ولم يقف دور الإرادة عند تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية بل أمتد أيضاً هذا الدور أيضاً إلى تحديد المحكمة التي تفصل في النزاعات التي تحدث بين الأفراد وقد آقرت هذا الأمر الكثير من التشريعات والاتفاقيات الدولية وطبقته أحكام القضاء في هذا الشأن على الرغم من إن المسائل الخاصة في الاختصاص القضائي للمحاكم و تنفيذ الأحكام الأجنبية وثيقة الصلة بسيادة الدولة، فأختيار الأفراد للمحكمة المختصة قد يكون اختياراً صريحاً أو ضمناً وبطريقة شرط يدرج ضمن بنود العقد الأصلي أو بموجب اتفاق لاحق بعد حدوث النزاع بين الأفراد ولهذا الاتفاق طبيعة قانونية وأثارت هذه الطبيعة خلافاً لدى الفقهاء إلا إن كان الرأي الراجح أنها ذات طبيعة عقدية، وأما الاتفاق الحاصل بين الأطراف في تعيين المحكمة المختصة لابد من قانون يحكمه وكان الرأي الراجح هو قانون القاضي يحكم صحة هذا الاتفاق.

ويترتب على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي مجموعة من الآثار الشخصية والقانونية، وآثاراً حتى على الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية أو الدعاوى المستعجلة.

ثانياً: أهمية الموضوع البحث

تتمثل أهمية الموضوع في البحث عن تزايد الدور الأردني لأطراف العلاقات الدولية الخاصة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية ذات العنصر الأجنبي والعلاقات غير العقدية، وفي اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك نسلط الضوء على فرع آخر من فروع القانون الدولي الخاص إلا وهو دور الأرادة في اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاعات القائمة أو المستقبلية التي تحدث بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي على أساس انها ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي.

ثالثاً: مشكلة الموضوع البحث

تتمثل مشكلة البحث بمعرفة الآتي:-

- دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في المسائل العقدية وغير العقدية ومسائل الأحوال الشخصية؟
- المبررات التي تسمح لإرادة الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية في اختيار القانون الواجب التطبيق؟
- دور الإرادة في اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع؟
- الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي وماهو القانون الذي يحكم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي؟
- الآثار المترتبة على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي؟

رابعاً: نطاق البحث

يدور بحثنا بتحديد دور الإرادة في نطاق تنازع القوانين (الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية ومسائل الأحوال الشخصية)، في كل من القانون العراقي والقوانين المقارنة ومنها القانون المدني الفرنسي والقانون الدولي الخاص السويسري والبلجيكي وغيرها من القوانين الأخرى، والعديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية لاهاي الصادره في ١٤ مارس لعام ١٩٧٨ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجية، ولائحة روما الثالثة الصادرة عام ٢٠١٠ الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو أنتهاء الرابطة الزوجية، وبروتوكول لاهاي الصادر في ٢٠٠٧ والخاصة بأختيار القانون الواجب تطبيقه على المسائل الخاصه بالنفقات، واتفاقية روما الثانية الصادر في ١١ تموز سنة ٢٠٠٧ الخاصة بأختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وأما دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاموال العقارية والمنقوله فهي محسومة من الناحية التشريعية.

وبخصوص دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي، فيكون للإرادة كذلك دور في الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، وسوف يتم بيان هذا الدور للإرادة في اتفاقية بروكسيل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام ١٩٦٨ ولائحة بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام ٢٠٠١، واتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥.

خامساً: اهداف دراسة البحث

هو التوصل إلى موقف المشرع العراقي بصورة دقيقة من دور الأرادة في تنازع القوانين ودورها في الاختصاص القضائي الدولي.

سادساً: منهجية دراسة البحث

اعتمدنا في دراستنا في هذا الموضوع على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والاراء الفقهية والتوصل إلى معرفة الرأي الراجح، وكذلك أجرينا بعض المقارنات بين

تشريعات البعض من الدول كلما وردت مناسبة ذلك ومن هذه التشريعات التشريع المصري والاردني والمغربي والتشريع السويسري والبلجيكي، فضلاً عن لبعض الاتفاقيات الدولية.

سابعاً: خطة دراسة البحث

تناولنا هذه الدراسة على شكل فصلين وكالاتي:

الفصل الأول: دور إرادة الأطراف في نطاق تنازع القوانين.

المبحث الأول: دور قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية.

المبحث الثاني: دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية والالتزامات غير التعاقدية.

الفصل الثاني: دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الأول: ماهية الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

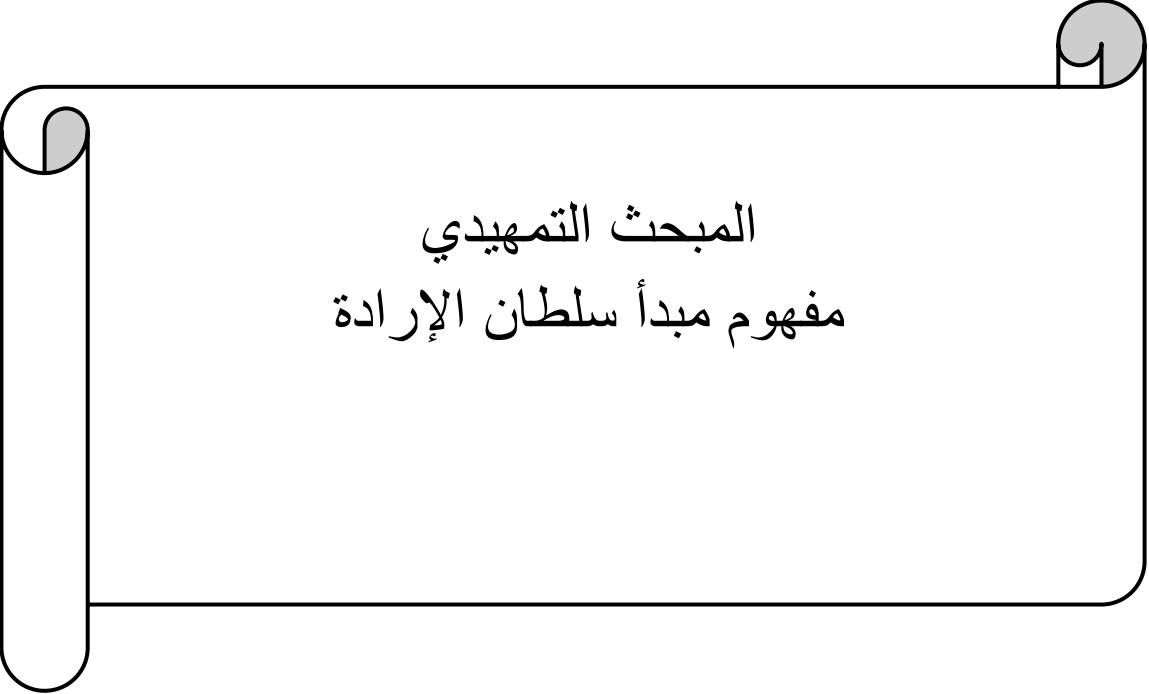
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي.

الخاتمة

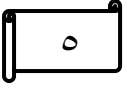
أولاً: النتائج

ثانياً: المقترحات

ولله ولي التوفيق



المبحث التمهيدي
مفهوم مبدأ سلطان الإرادة



المبحث التمهيدي

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية الراسخة في القوانين والاتفاقيات الدولية، لكونه يعبر عن إرادة الأطراف ورغبتهم في تطبيق قانون معين على عقودهم المالية والتجارية الدولية، لذلك سوف نبين من خلال هذا المبحث الدور الفعال لقانون الإرادة، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين وكالاتي:-

المطلب الأول:- ماهية مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني:- موانع قانون الإرادة.

المطلب الأول

ماهية مبدأ سلطان الإرادة

في مجال البحث عن مبدأ سلطان الإرادة ودورها في العلاقات الخاصة الدولية ينبغي علينا إن نبحث عن المقصود بسلطان الإرادة وطرق اختيار الأطراف لقانون الإرادة، واستناداً لما تقدم فأننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: طرق اختيار الأطراف لقانون الإرادة.

الفرع الأول

التعريف بمبدأ سلطان الإرادة

اختلف الفقه والقضاء في بيان معنى مبدأ سلطان الإرادة ونقسموا بشأن ذلك إلى عدة اتجاهات، فكان هناك اتجاه يأخذ بالمفهوم الضيق لمبدأ سلطان الإرادة واتجاه آخر يأخذ بالمفهوم الواسع لمبدأ سلطان الإرادة، وأما الاتجاه الثالث يأخذ في الجمع ما بين المفهوم الضيق والمفهوم الواسع لمبدأ سلطان الإرادة وكالاتي:-

أولاً/ الاتجاه الذي يأخذ بالمفهوم الضيق لمبدأ سلطان الإرادة، إذ جعل حرية الأطراف قاصرة على اختيار قوانين وطنية اي صادرة عن دولة معينة ومعتترف بها دولياً، فإذا أراد الأطراف اختيار القانون الذي يحكم النزاعات المستقبلية فيجب عليهم إن يختاروا قانون وطني أي صادراً من دوله معينه^(١).

وقد أقرّ جانب من الاتفاقيات الدولية هذا المفهوم الضيق لمبدأ سلطان الإرادة ومنها اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية لسنة ١٩٥٥ إذ نصت المادة الثانية منها على أن "البيع يكون منظماً بواسطة قانون الدولة المعينة بواسطة الأطراف المتعاقدة"^(٢).

ثانياً/ الاتجاه الثاني الذي أخذ بالمفهوم الواسع لمبدأ سلطان الإرادة إذ كان هذا الاتجاه يمنح إرادة الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم نزاعاتهم^(٣)، وأخذت بهذا الاتجاه المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وقد اتبع هذا النهج أيضاً قوانين التحكيم فنصت المادة (١/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ على إن "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع"^(٤).

(١) د. جبيرون بشير وخضراوي الهادي، اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عمار تليجي، الجزائر، المجلد الاول، العدد التاسع، ٢٠١٦، ص ١٣١.
(٢) ينظر الى نصوص اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية لسنة ١٩٥٥ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:-

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org>

تم زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/١/١٥.

(٣) د. صالح المنزولاي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٧٣.
(٤) ينظر: الى نصوص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في عام ١٩٨٥ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي:-

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org>

تم زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/١/٢٠.

ثالثاً/ أما الاتجاه الثالث فقد جعل هناك نوع من الموازنة وكان حلاً وسطاً ما بين الاتجاه الأول والاتجاه الثاني، وهو كذلك قد منح إرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون لكن بشرط إن لا يوجد ضمن هذا الاختيار للقانون استبعاد لقاعدة أمره أي لا يوجد هناك غش نحو القانون في اختيار القانون، وهذا الاتجاه أخذت به الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع إذ نصت على أن "عند تطبيق قانون بلد معين بموجب هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بهذه العلاقة المطروحة بصلة وثيقة وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بموجب قانون البلد الذي تنتمي إليه بغض النظر عن قانون العقد"^(١).

على الرغم من الاختلاف الذي حصل بين الفقه والقضاء حول المقصود بهذا المبدأ، إلا أن جانباً من الفقه قد عرف مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص بأنه "حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، فيما لو كان ذلك العقد يمكن إخضاعه إلى قوانين دولاً مختلفة"^(٢).

وعرف بعضهم مبدأ سلطان الإرادة بأنه "السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانوني معين لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة لما كان لتلك المراكز من وجود أو ما كانت لوجدت أصلاً ولكن بصور مختلفة"^(٣). وهناك من يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه "الاعتراف للأفراد بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم وإعطائهم حرية كاملة وعدم تقيدهم"^(٤).

(١) نصوص اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع يمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع الإلكتروني التالي <http://hech.net/f/conventions.index.html>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠/١/٢٠٢٢.

(٢) أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٧، العدد ١٢٥١، ١٩٩٣، ص ١٧٦.

(٣) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبيين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢١٢.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية_قانون الارادة وازمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥٦.

أما المقصود بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية فلم نجد تعريف تشريعي لا في القانون العراقي ولا في القوانين الوطنية الأخرى مثل القانون المصري والقانون الاردني ولا في القوانين الأجنبية مثل القانون الدولي الخاص السويسري والبلجيكي، وحسناً فعل المشرع لأنه ليس من مهام المشرع ذلك.

خلاصة ما تم ذكره نستنتج إن مبدأ سلطان الإرادة هو السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانوني معين بإنشاء مراكز قانونية معينة أو تعديلها أو الغائها، وهذا يكون راجعاً إلى أسباب عديدة في العلاقات الدولية الخاصة ومن هذه الأسباب هي تحديد القانون الأنسب للأطراف الذي يحكم الرابطة العقدية فيقوم الأطراف بتحديد القانون الذي يكون أكثر ملائمة لتحقيق مصالحهم الشخصية.

بدورنا نرى إن المقصود بمبدأ سلطان الإرادة هي السلطة التي تمنح للأفراد إمكانية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الخاصة الدولية، سواء كان اختياره بطريقة صريحة أو ضمنية.

الفرع الثاني

طرق اختيار الأطراف لقانون الإرادة

بعدما تم بيان المقصود بمبدأ سلطان الإرادة، وجب علينا بعد ذلك بيان طرق اختيار قانون الإرادة:-

أولاً- الاختيار الصريح: يكون الاختيار صريحاً عندما تكون إرادة الأطراف واضحة وصريحة في الإشارة لنظام قانوني معين أي لا يكون في الإرادة لبس ولا غموض^(١).

(١) د. فؤاد محمد محمد ابو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٩٩.

وليس هناك أي شك في إن الاختيار الصريح من قبل إرادة الأطراف يُعدُّ بمثابة ضمانات مهمة للأطراف، لأنهم يعلمون مقدماً القواعد القانوني، التي سيخضعون لها استناداً إلى الاختيار الصريح والتي سيطبق فيها القاضي الذي يفصل في النزاع^(١).

وقد أكدت أغلب التشريعات الوطنية العربية و الأجنبية على أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ومن تلك القوانين القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ نصت المادة (١/٢٥) على إن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانون آخر يراد تطبيقه"، فهذه دلالة واضحة على تأكيد المشرع العراقي على أهمية الاختيار الصريح والزام القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق قانون الإرادة.

ومن التشريعات المقارنة التي أشارت أيضاً إلى أهمية الاختيار الصريح المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨^(٢).

أما الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى تلك الأهمية للاختيار الصريح، المادة (١/٣) من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ إذ نصت المادة المشار إليها على إن "يحكم العقد بالقانون الذي اختاره الأطراف، وهذا الاختيار يجب إن يكون صريحاً أو يستخلص بصورة أكيدة من نصوص العقد أو ظروف القضية، وبموجب هذا الاختيار يكون للطرفين تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بأجمعه أو جزء منه فقط"^(٣).

(١) د. أشرف وفاء محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢١.

(٢) نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على إن "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فأن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه". والمنشورة على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.wipo.int>.

(٣) ينظر إلى نصوص اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ والمنشورة على الموقع الإلكتروني التالي: <https://eur-lex.europa.eu/legal-> زيارة الموقع بتاريخ ٢١/١/٢٠٢٢.

ثانياً- الاختيار الضمني: يكون الاختيار ضمناً للقانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، عندما لا يعبر الأطراف عن إرادتهما صراحة في اختيارهما للقانون وبهذا الصدد يكون من واجب المحكمة التي تفصل في النزاع إن تستببط هذا الاختيار للقانون من خلال مجموعة من العوامل المحيطة بالعقد إذ لا بد إن تكون هناك قرائن أو مؤشرات تدل على وجود الإرادة الضمنية، وذلك لوصفها إرادة حقيقية تنتبئ عن ميل واضح وإن كانت كامنه إلى اختيار نظام قانوني معين^(١).

إن الكشف والبحث عن الإرادة الضمنية من قبل القاضي أو المحكم قد يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج سلبية فلا بد إن تكون هنالك طريقه آمنه للبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، فمثلا الإشارة إلى نصوص قانون معين في العقد يعتبر هذا دلالة واضحة إن الأطراف اتجهت أردتهم الضمنية إلى هذا القانون لاعتباره القانون الواجب التطبيق^(٢)، ومن القرائن الأخرى التي تدل على الإرادة الضمنية هي اللغة التي حرر بها العقد، ويعد الاختيار الضمني للأطراف اختيار حقيقي حتى إن كان غير معلن عنه وتؤكد أغلب القوانين على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد^(٣).

وذهب البعض من الفقه إلى إن يعتبر أيضاً من القرائن الدالة على الاختيار الضمني للقانون هو الاتفاق بين الأطراف على إن يتم الفصل في النزاع من قبل محاكم دولة معينة أو يتم الفصل فيه من قبل هيئة تحكيم لدولة معينة، فهذا يعني اشارة ضمنية من قبل الأطراف إلى اختيار قانون هذه الدولة التي تم اختيار محاكمها أو هيئة تحكيم فيها لاعتبار قانونها هو القانون الواجب التطبيق^(٤).

(١) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٠٩.

(٢) د. ايناس محمد البهيجي ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٦٤.

(٣) د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٧٦.

(٤) د. سلطان عبدالله محمود الجوارى، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٠٥.

ومن التطبيقات القضائية للكشف عن الإرادة الضمنية، حكم محكمة الرباط لعام ١٩٢٠ إذ جاء في قرارها "لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في الوقت نفسه وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاماً لتنظيم هذا النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى، الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام، فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاماً لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة" (١).

المطلب الثاني

موانع تطبيق قانون الإرادة

من المبادئ السائدة في العقود الدولية هي منح الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الخاصة الدولية، لكن يرد على هذا المبدأ موانع (قيود) تؤدي إلى عدم تطبيق قانون الإرادة بسبب مخالفتها للمثل العليا والمبادئ الأساسية في دولة القاضي فلا بد من استبعاد هذا القانون ليحل محله قانون آخر، ومن هذه الموانع هي النظام العام والغش نحو القانون، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول/ النظام العام.

الفرع الثاني/ الغش نحو القانون.

الفرع الأول

النظام العام

إن دور النظام العام في الأساس هو لتثبيت الاختصاص الإقليمي، إلا أن في القرن التاسع عشر أصبح للنظام العام دور آخر وهو كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي تم اختياره من قبل الأطراف المتعاقدة أو الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، ولكي يعتبر النظام العام

(١) ينظر الى الحكم اعلاه والمنشور على الموقع الالكتروني التالي:

تمت زيارة الموقع بتاريخ http://www.grefe.courdecassation.ma/Index_Ref_Dos.html

مانع وقيد يرد على تطبيق القانون الأجنبي الذي تم اختياره من قبل الأطراف لابد من بيان في هذا الفرع من خلال ما يأتي:-

أولاً- تعريف النظام العام:- يختلف مفهوم النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي، فالنظام العام على المستوى الداخلي يرتبط بالقواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف مخالفتها ويقع اتفاقهم باطل في حالة مخالفة الأفراد لهذه القواعد التي تعتبر من النظام العام أي يكون دور النظام العام الداخلي هو للحد من إرادة الأفراد بينما يكون دور النظام العام الدولي هو لأستبعاد الدور الإرادي للأفراد^(١)، فيعرف النظام العام الداخلي على أنه "مجموعة من المصالح الأساسية التي يتأسس عليها كيان المجتمع سواء كانت مصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية فقواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أساسية للمجتمع ككل وترجع على مصالح الأفراد حتى إن كان في ذلك تضحية بالمصالح الخاصة"^(٢).

أما تعريف النظام العام على مستوى الدولي الخاص "سلاح للدفاع ضد أي قانون يكون تطبيقه لازماً في الاصل إذا ما ظهر تعارض في فحواه للمفاهيم الوطنية"، وعرفه البعض الآخر من الفقه أيضاً بأنه "الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية و معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام أفكار دينية أو عقائدية مذهبية كالأشترابية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب الأخرى"^(٣)، وفضل بعض الفقهاء عدم اعطاء تعريف للنظام العام تاركين المسألة لتقدير القاضي المختص لأن فكرة النظام العام ليست ثابتة بل متغيرة بحسب الزمان والمكان^(٤).

(١) د. أحمد الجبير ود. فايز النصير، مبادئ القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الاولى، مكتبة الجامعة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٥، ص ٣٦٦.

(٢) ليلي زروقي، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص، رسالة ماجستير، جامعة ام البواقي، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٥.

(٣) د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مكتبة كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٢، ص ١٨٢.

(٤) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، الطبعة الاولى، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٢٧.

أما تعريف النظام العام من الناحية التشريعية فقد عرفت بعض القوانين النظام العام وبعض الآخر سكنت عن تعريف النظام العام، ومن القوانين التي عرفت النظام العام المادة الثلاثون من القانون المدني الألماني إذ عرفته بأنه "القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصعيده"^(١).

أما المشرع العراقي فقد التزم السكوت في تعريف النظام العام الدولي واكتفى بالمادة (٣٢) من القانون المدني العراقي بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختار من قبل الأطراف إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام^(٢)، وحتى بالنسبة للنظام العام في القانون الداخلي فقد أوجبت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي إن يكون محل العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلاً.

ثانياً - شروط الدفع بالنظام العام: ويشترط للدفع بالنظام العام لا اعتباره مانع من موانع قانون الإرادة الشروط الآتية:

١- إن يكون قانون الإرادة قانوناً أجنبياً مختصاً: - إن دور النظام العام يبرز في استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد أو الذي تم اختياره من قبل الأطراف، فيجب إن يكون هذا القانون مختصاً، وإلا لا يتم إثارة الدفع بالنظام العام بوجود سبب آخر يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي وإحلال محله قانون آخر^(٣).

٢- إن يكون قانون الإرادة يتعارض مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي: - إن معارضة قانون الإرادة قد تكون واضحة وجلية، فقد يكون مضمون هذا القانون صادم للقاضي الوطني

(١) د. سالم ارجعية، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، الطبعة الرابعة، مطبعة نور الاسلام، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٧٧.

(٢) نصت المادة "٣٢" من القانون المدني العراقي على أن "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق".

(٣) د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الاولى، منشورات جامعة حلب، سوريا، ٢٠٠٨، ص ١٦٠.

الذي يفصل في النزاع بإذ من المستحيل يقبل إن يقوم بتطبيقه على النزاع القائم، كان يكون قانون الإرادة يسمح بتوريث القاتل أو يسمح زواج رجل من امرأة لا تحل له شرعا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية^(١).

ثالثاً- آثار الدفع بالنظام العام:- إذا توافرت شروط الدفع بالنظام العام فعلى القاضي الوطني أعمال الدفع بالنظام العام من تلقاء نفسه، ويترتب على هذا الدفع آثار وهي:.

١- **الأثر السلبي:-** يترتب على الدفع بالنظام العام أثر مهم وهو استبعاد أحكام قانون الإرادة المخالف للنظام العام في دولة القاضي، فالهدف الرئيسي لأعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لأحكام القانون المخالف للقواعد الامر في دولة القاضي عدم في الأندماج في النظام القانوني لدولة القاضي، غير انه السؤال الذي يثار هل يتم استبعاد قانون الإرادة بأكمله أو يتم استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي؟

ذهب جانب من الفقه إلى إن يتم استبعاد أحكام قانون الإرادة بأكمله وليس فقط الجزء المخالف، وحجة هذا الرأي في إن لو تم استبعاد الجزء المخالف والبقاء على الأجزاء الأخرى غير المخالفة، فهذا يؤدي إلى مسخ قانون الإرادة وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، وكذلك مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي التي تقصد تطبيقه كاملا ولا تريد تجزئته^(٢).

وذهب الجانب الآخر وهو الرأي الراجح بأن الأثر السلبي لفكرة الدفع بالنظام العام ليس من شأنها استبعاد أحكام قانون الإرادة الواجب تطبيقه كلياً وإنما ينحصر الأثر على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي^(٣).

(١) د. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٢٤.

(٢) د. محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٩٠.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٣٠٣.

وبدورنا نؤيد الاتجاه الذي ذهب إلى الاستبعاد الجزئي لأحكام قانون الإرادة، لأنه واضح إن ما إرادة المشرع هو الاستبعاد الجزئي لقانون الإرادة وليست غاية المشرع الاستبعاد الكامل لأحكام هذا القانون.

٢- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام:- ويقصد بالأثر الإيجابي هو إبدال قواعد القانون الأجنبي بقواعد قانون آخر تحكم النزاع و تصبح مختصة بدلاً من القانون السابق، لكن لأي قانون يعطي الاختصاص

يتجه الفقه إلى البقاء في دائرة قانون الإرادة وعدم الخروج من نطاق اختصاص هذا القانون كلياً لأن في الاصل الاختصاص له و ثم إن تم استبعاد أحكام قانون الإرادة لم يكن إلا بسبب تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، وإن هذا التعارض لا يبرر الاستبعاد كلياً لقانون الإرادة، بل يتم بقدر التعارض مع النظام العام في دولة القاضي^(١).

٣- الأثر المخفف للنظام العام:- إن هذا الأثر للنظام العام يكون مرتبطاً بالحقوق التي يكتسبها الشخص في دولة أجنبية، فعلى الرغم من إن هذه الحقوق لا تكون مخالفة للنظام العام إلا أنها تثار في دولة القاضي، فلا تمتد آثار الدفع بالنظام العام إلى أصل وجود المركز القانوني الذي نشأ في الخارج إنما تقتصر فقط آثاره على التي يراد الاعتراف بها داخل الإقليم الوطني، فمثلاً نجد إن القانون الفرنسي لا يسمح بالزواج بأكثر من زوجة داخل الإقليم الفرنسي لأنه يمس الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، لكن لو تزوج هذا الشخص الفرنسي خارج الإقليم الفرنسي أكثر من زوجة فلا يقضي القاضي الفرنسي ببطان هذا الزواج الذي تم في الخارج وتمتد آثار العلاقة إلى فرنسا^(٢)، إذ إن الغرض الاساسي من هذا الأثر هو للحد من صرامة الدفع بالنظام العام، والذي يؤدي إلى عدم إقرار القاضي الوطني للحقوق التي نشأت في بلد أجنبي و تتعارض مع أحكام النظام العام في دولته، ويتم الموافقة على امتداد القانون

(١) د. عبده جميل غصوب، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) د. عبدالمنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة العربية، مصر، ٢٠١٥، ص ١٧٨ و ص ١٧٩.

الأجنبي لبلد القاضي ويبرز ذلك من خلال الإقرار بالحقوق المكتسبة في ظل ماخذا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية للأفراد^(١).

٤- الأثر الانعكاسي للنظام العام:- إن الأثر الانعكاسي للنظام العام يتعلق في حالة نشوء حق وذلك عن طريق حلول قانون القاضي الوطني محل القانون الأجنبي المختص والذي تم استبعاده بسبب معارضته للنظام العام لدولة القاضي المختص في النظر في النزاع، إذ لا ينتج على هذا الحق أي أثر في البلد الأجنبي الذي تم استبعاد قانونه، غير إن في حالة الاحتجاج به أمام قضاء دولة أخرى فهنا يتوقف الأمر على مدى توافق مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي الوطني^(٢).

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

من القواعد الأساسية في القانون إن الغش يفسد كل شيء، وقد أدى الاختلاف بين الدول في الأنظمة القانونية إلى أن يقوم الأفراد بالتحايل والغش نحو القانون، لكن وجد القضاء فكرة الدفع بالغش نحو القانون وسيلة فعالة لإحباط هذه المحاولات للأفراد، لذلك يُعدّ الغش نحو القانون هو من موانع تطبيق قانون الإرادة^(٣).

أولاً- المقصود بالغش نحو القانون

ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي لأول مره في القضية الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص سميت بقضية "دي فرومون" وتتخلص وقائع هذه القضية في إن سيدة بلجيكية تزوجت الامير الفرنسي "دي فرومون" واكتسبت هذه السيدة الجنسية الفرنسية بناء على ذلك الزواج ثم أرادت بعدها الطلاق، لكن القانون الفرنسي لا يسمح بالطلاق في ذلك الوقت باعتباره القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد، وأمام هذا الوضع لجأت هذا الاميرة

(١) د. محمود مصيلحي، مصدر سابق، ص ١٩٦.

(٢) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الاولى، مطبعة هومة، ٢٠٠٢، الجزائر، ص ١٨٣.

(٣) د. حسن المحيي، القانون الدولي الخاص نظريات ومبادئ، ١٩٩٤، ص ١٣٥.

إلى التجنس بجنسية إحدى الولايات الألمانية "Duch Saxe Altenburg" الذي يسمح قانونها بالطلاق وأستطاعت بذلك إن تحصل على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي، وبعدها تزوجت بامير روماني يدعى "ببسكو" عام ١٨٧٥^(١) وعادت بعدها إلى فرنسا فرفع زوجها الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا بطلان الزواج الثاني، وبطلان التجنس مفيداً إن تجنس زوجته بمثابة تحايل منها على القانون، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام ١٨٧٦ بطلان الزواج الثاني نتيجة لطلب الزوج مع بقاء زواجها الأول من الأمير "دي فرمون" قائماً ومشروعاً مستندة في حكمها إلى فكرة التحايل على القانون^(٢).

وعرف جانب من الفقه الغش نحو القانون بأنه "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون دولة معينة، وبنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"^(٣) وعرفه آخرون بأنه "قيام أطراف العلاقة بتغيير إحدى الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة"^(٤).

وجد حول فكرة الغش نحو القانون مجادلات كثيرة على الأخذ بها من عدمه بين مؤيد ورافض من الفقه لهذه الفكرة، فذهب المؤيدون لها أنه لا يسمح للمحاكم الوطنية إن تقر الحيل التي ترمي إلى التهرب من تطبيق قواعد القانون الوطني الآمرة، لأن في ذلك إساءة لاستعمال لهذه القواعد فلا بد من إن يرد على هؤلاء الأشخاص مقاصدهم ويعود للقانون الوطني سلطانه، وقد ذهب الفقه الفرنسي إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق يجب إلا يكون

(١) د. عزيز طويان، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، مطبعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠١٧، ص ٥٤.

(٢) د. كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، المجلد التاسع، العدد الثامن، ٢٠٠٩، ص ٧٥.

(٣) د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤٥.

(٤) د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٩١.

صورياً و تحايلاً على القانون^(١)، أما الراضون لهذه الفكرة فذهبوا إلى إن من حق الشخص الذي يتواجد في إقليم دولة معينة اتباع الشكل المحلي لتلك الدولة، ومع ذلك كان الاتجاه السائد هو الاتجاه المؤيد لفكرة الغش نحو القانون^(٢).

أما موقف المشرع العراقي من نظرية الدفع بالغش نحو القانون فإنه لم ينص صراحة على الأخذ بهذه النظرية، لكن يمكننا إن نستنتج ضمناً أنه تم الأخذ بها، وذلك من خلال نص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي^(٣).

ثانياً - شروط الدفع بالغش نحو القانون: لا بد من توافر شروط للدفع بالغش نحو القانون وهما:

أ- الشرط المادي (إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد):- يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون إن يكون قد تم التغيير وفق إرادة الشخص ويشترط في هذه الإرادة إن تكون خالية من أي عيب من عيوب الإرادة وعوارضها، فيعمد الشخص إلى إجراء تغيير في ضابط الإسناد مثلاً تغيير جنسيته أو موطنه، ويجب إن يكون هذا التغيير إرادياً ومشروعاً أي إن الوسيلة المستخدمة تكون مشروعة في تغيير ضابط الإسناد^(٤)، ويجب إن يتم هذا التغيير في ضابط الإسناد فعلياً لا صورياً، إذ لو كان صورياً فيمكن الاحتجاج بأحكام الصورية دون الحاجة لأعمال الدفع بالغش نحو القانون^(٥).

(١) هذا المبدأ نفسه مقرر في القضاء الإنجليزي بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهما يجب أن يكون بحسن نية ومشروعاً ولا يكون فيه غش نحو القانون وتهريبه من القواعد الآمرة.

ينظر الى د. عبدالسند حسن يمامة، عقود نقل التكنولوجيا وفقاً لأحكام التشريع المصري، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ١٣١.

(٢) د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الأولى، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦، ص ٣٥٥ و ص ٣٥٦.

(٣) نصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي على أن "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

(٤) د. مهند احمد الصانوري، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص ١٢٣.

(٥) د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٤٩٨.

ب- الشرط المعنوي (نية التحايل أو الغش نحو القانون): لا يكفي إن يكون التغيير في ضابط الإسناد إرادياً وفعالياً ومشروعاً، بل يجب إن يكون اتجاه نية الأفراد إلى الإفلات من تطبيق القانون المختص أصلاً لحكم هذه العلاقة، بمعنى إن يكون قد قام الشخص بهذه الاعمال بنية سيئه وكان يهدف من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق^(١) فمن القرائن الدالة على نية الغش هو التلازم الزمني بين التغيير في ضابط الإسناد و بين قيام صاحب المصلحة بالعمل الذي أراد إخضاعه للقانون الجديد هارباً من أحكام القانون السابق المختص أصلاً، مثلاً في قضية (دي فرمون) كان من السهل الكشف عن نية الغش الذي قامت به الزوجة بسبب التلازم الزمني في الأحداث^(٢).

ثالثاً- آثار الدفع بالغش نحو القانون:- في الوقت الذي يكتشف فيه القاضي التحايل الذي وقع على القانون من قبل الأطراف في النزاع المعروض أمامه، والتأكد من قيام شروطه، فيجب عليه استبعاد القانون الذي أصبح مختصاً في الفصل في النزاع وتطبيق القانون الذي كان مختصاً أصلاً وكالاتي:

الفقرة الأولى:- استبعاد القانون الذي أصبح مختصاً في الفصل في النزاع بفضل التحايل

يرى أغلب الفقهاء إن الأثر الذي يترتب على الغش نحو القانون هو استبعاد القانون الذي أصبح مختصاً بمقتضى التحايل، ولكن هل يكون هذا الاستبعاد كلياً أي استبعاد للوسيلة والنتيجة أو الاستبعاد يكون فقط لنتيجة هذا التحايل؟

ذهب بعض الفقهاء إلى إن الاستبعاد يجب إن يكون كلياً، أي إن الاستبعاد يشمل الغاية والوسيلة التي لجأ إليها الشخص، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إن الاستبعاد يجب إن يشمل النتيجة فقط دون الوسيلة المستخدمة من قبل الشخص، أي استبعاد القانون الذي أصبح

(١) د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(٢) د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

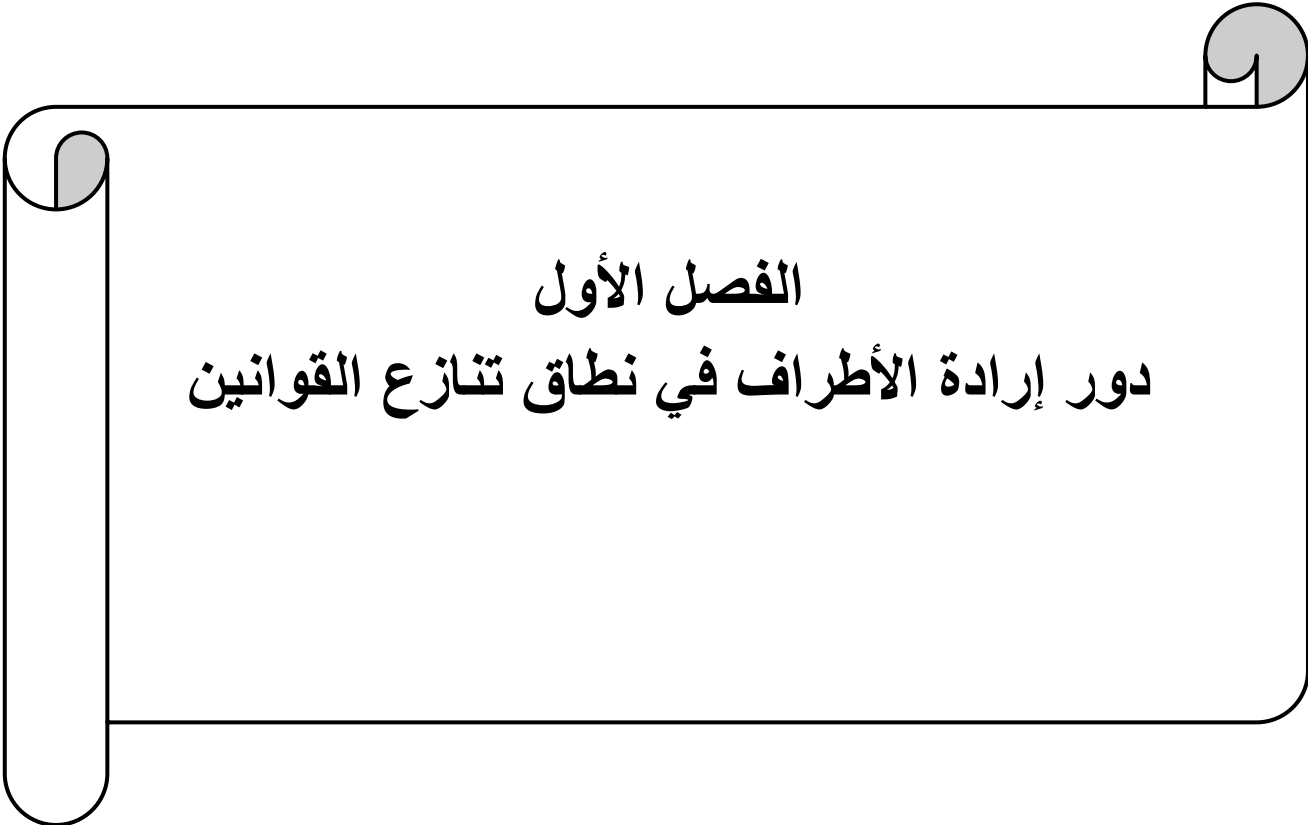
مختصاً باعتباره نتيجة للتحايل على القانون من غير وقف الأثر المترتب على التغير الذي لجأ إليه الأطراف بطرق مشروعة^(١).

الفقرة الثانية:- تطبيق القانون الذي كان مختصاً أصلاً

في الوقت الذي يتم فيه استبعاد قانون الإرادة الذي يحكم النزاع القائم بين الأفراد، فإن لا بد إن يعود الاختصاص إلى القانون الذي تم التحايل عليه وسحب الاختصاص منه، ففي قضية "دي فرومون" التي تم ذكرها سابقاً، فإن أثر الغش تمثل أولاً في استبعاد القضاء الفرنسي الذي كان مختصاً في النزاع، والذي أردت الاميره إن تنهّب من أحكامه، وبذلك يشكل الغش نحو القانون تعطيل لتطبيق ما تشير إليه قاعدة الإسناد، الأمر الذي يؤدي أنه لا بد من إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتحايل للتهرب من تطبيق أحكامه عليه، سواء كان قانوناً وطنياً أم قانوناً أجنبياً^(٢).

(١) د. عبدالرسول عبدالرضا، القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، التنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص ٣٦٨.

(٢) د. عزيز طويان، مصدر سابق، ص ٥٩.



الفصل الأول
دور إرادة الأطراف في نطاق تنازع القوانين

الفصل الأول

دور إرادة الأطراف في نطاق تنازع القوانين

تلعب الإرادة دوراً واضحاً في تنازع القوانين من خلال تعيين القانون الذي يحكم النزاعات التي تحصل بين الأفراد، إذ أدى دور الإرادة في الالتزامات التعاقدية الدولية إلى زيادة التجارة الدولية وتحقق النمو الاقتصادي، لذلك لم يعد دورها مقتصرًا على الالتزامات التعاقدية الدولية وإنما لعبت دوراً آخر في مجال الأحوال الشخصية وذلك من خلال تعيينها للقانون الذي يحكم مسائل طلاق الزوجين، أو تعيين القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بالزوجين، وكذلك منحت البعض من القوانين لإرادة الزوجين اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل النفقات، ولم يقف دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية والأحوال الشخصية بل امتد دور إرادة الأطراف لتعين القانون الذي يحكم الالتزامات غير العقدية (المسؤولية التقصيرية) بعد إن كان يطبق عليها قانون محدد تحديداً جامداً يعمل بطريقة صماء في جميع الظروف والأحوال، أما دور الإرادة في المواضيع الأخرى مثل تحديد القانون على الاموال العقارية والمنقولة فهي محسومة من الناحية التشريعية، وفي ضوء ما تقدم بيانه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وكالاتي:.

المبحث الأول:- دور قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية.

المبحث الثاني:- دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية و الالتزامات غير التعاقدية.

المبحث الأول

دور قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية

يعد قانون الإرادة لدى أغلب الفقه هو المرتكز الاساسي للكثير من الالتزامات التعاقدية، وفي مجال البحث عن أساس قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية ظهرت هناك ثلاث نظريات فقهيته هي النظرية الشخصية والموضوعية والثنائية، وأيضاً ثار جدلاً كبيراً و واسعاً عند الفقه حول الوقت الذي يتم عنده تعين قانون الإرادة من قبل الأطراف، فأنقسم الفقه والتشريعات بشأن ذلك إلى قسمين فمهم من أصر إن يكون تعين قانون الإرادة من قبل الأطراف لحظة إبرام العقد، أما القسم الآخر فقد منح الأطراف إمكانية الاختيار اللاحق لقانون الإرادة، وأيضاً اختلف الفقه والتشريعات حول مدى إمكانية الأطراف لتغيير وتجزئة قانون الإرادة وكذلك كان هناك اتجاهان من الفقه والتشريعات بين مؤيد ومعارض لتغيير قانون الإرادة وتجزئة، وترتيباً على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث كالأتي:-

المطلب الأول:- أساس تطبيق قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية.

المطلب الثاني:- إشكاليات تعيين قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية.

المطلب الأول

أساس تطبيق قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية

على الرغم من التداول الشائع لقانون الإرادة، إلا أن نقاشاً فقهياً أثار حول الأساس القانوني الذي استند عليه قانون الإرادة، فظهرت هناك ثلاث اتجاهات مختلفة للفقه كأساس لتطبيق قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:-

الفرع الأول:- النظرية الشخصية.

الفرع الثاني:- النظرية الموضوعية و النظرية الثنائية.

الفرع الأول

النظرية الشخصية

حولت النظرية الشخصية المفاهيم الخاصة بها فيما يخص إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إلى مبدأ سلطان الإرادة، فهذه النظرية تعتبر الالتزامات التعاقدية الدولية تصرفات قائمة بذاتها مستقلة عن أي نظام قانوني وطني أو اتفاقية دولية فالالتزام العقدي يكفي بذاته أن يبين الالتزامات المترتبة على الأطراف وحقوقهم بدون حاجة لتدخل أي نظام قانوني محدد، فإرادة الأطراف حرة في اختيار القانون وليس هناك حاجة للاستناد لقانون معين لكي يبرر وجودها، لذلك يذهب الفقه المؤيد لهذه النظرية إن الأطراف عند اختيارهم للقانون الذي يحكم التزاماتهم العقدية يكون اختياراً مادياً يندمج ضمن شروط العقد الأصلي لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية يمتلك الأطراف حرية الاتفاق على ما يخلافها حتى إن اتصفت بطابع الأمر، لذلك يبقى العقد الدولي طليقاً أي بدون قانون يتحكم فيه وهو بالتالي أخرج الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي من مجال تنازع القوانين^(١).

(١) أحمد حميد الانباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ٢٠١٧، ص ٥٣.

فوفقاً لهذه النظرية إن الالتزام العقدي القائم بين شخصين أحدهما فرنسي الجنسية والآخر هولندي الجنسية من أجل تصدير بضاعة من فرنسا لهولندا هو عقد ذات صفة دولية لا يؤدي إلى آثار مشكلة تنازع القوانين فكل من القانون الفرنسي والقانون الهولندي لا يدعان خضوع هذا العقد لسلطانها لذلك يفلت هذا الالتزام العقدي من أحكام القانون ليخضع إلى قانون إرادة الأطراف، ولكن مع ذلك ليس هناك عائق وفقاً لهذه النظرية أمام المتعاقدان يمنعهما من اختيار احد قوانين الدول التي ذكرت اعلاه، على إن يبقى معلوماً إن الاختيار لإحدى هذه القوانين لم يتم استناداً لقاعده من قواعد تنازع القوانين إنما تم الاختيار استناداً لقانون الإرادة^(١).

ومن اهم النتائج التي تترتب على هذه النظرية:-

١- انها لاتقيد إرادة الأطراف بضرورة توافر صلة بين قانون الإرادة والعقد المبرم بين الأطراف، فمن الممكن لأطراف الالتزام العقدي اختيار قانون معين قد اشتهر بوضع شروط عقدية نموذجية لنوع معين من الالتزامات التعاقدية، مثال على ذلك القانون الإنجليزي فهو يسمح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد حتى إن لم توجد هناك صلة بين قانون الإرادة والعقد المبرم بين الأطراف^(٢).

٢- إن قانون الإرادة وفقاً لهذه النظرية يندمج في العقد الأصلي ويكون شأنه كشأن البنود التعاقدية، وهذا الأمر الذي يمنح الأفراد إمكانية استبعاد قواعده الأمرة، وحتى في حالة حدوث تغيير في هذا القانون فهذا التغيير لا يخضع له الالتزام العقدي المبرم بين الأطراف وهذا ما يدعي بالتجميد الزمني في العقد أو شرط الثبات التشريعي^(٣)، حتى لو كانت هذه التغييرات

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٠٨.

(٢) د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(٣) د. ثامر داود الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص ٨٦.

يقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية والتشريعات الوطنية للأطراف المتعاقدة، يقتضي الالتزام بعدم إصدار قوانين جديدة وتشريعات تشريعية جوهرية تمس قانون العقد تعد نافذ في مواجهة المستثمر الأجنبي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي والإضرار بمصلحة المستثمرين اعتماد تاريخ إبرام العقد في تحديد قانون =

تتمتع بصفة الأمر فالمؤيدون لهذا الرأي ذهبوا إلى أن الأطراف قد اختاروا القانون الواجب التطبيق ووافقوا على هذا القانون وقت إبرام العقد لذلك ليس من العدالة إن يطبق عليهم قانون بعد تعديله، لأن لو كانت هذه التغييرات في قانون الإرادة تسري على الأطراف المتعاقدة سوف يؤدي إلى مفاجئة الأطراف بقوانين لم يطلع عليها من قبل وبالتالي إلحاق الضرر بهم^(١)، ويترتب على هذا الاندماج هو تجريد القواعد الامر من هذه الصفة واعتبارها كبنود تعاقدية ضمن بنود العقد الاصلي، ومن ثم يمنع بطلان الالتزام العقدي، فمن غير المنطق إن تؤدي إحدى بنود العقد اي (قانون الإرادة المدمج) إلى بطلانه فإرادة الأفراد لا يمكن إن تتناقض مع ذاتها، والقول بعكس ذلك مقتضاه إن إرادة الأطراف إرادت مقدما بإبطال العقد^(٢)، وأصحاب هذه النظرية يذهبون إن هذه النتيجة تترتب فقط في حالة اختيار القانون من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً فمن الصعب إن يتم اندماج قانون الإرادة في العقد عندما تتعدم الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف لأن القانون الذي يحكم العقد، هو ذات القانون الذي عينة القاضي الذي يفصل في النزاع وليس قانون الإرادة^(٣).

إن النتائج التي توصل إليها أصحاب النظرية الشخصية جعلها تتعرض للعديد من الانتقادات ومنها:-

١- مسألة منح الأفراد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم العقدية ليس من شأنها تجريد قانون الإرادة من الطبيعة القانونية الخاصة به، ليكون مجرد شرط من شروط العقد الاصلي، بل إن القانون يبقى محتفظاً بصفته القانونية فالقول إن العقد لا يخضع لاي قانون

=العقد في المشروعات تحقق التنمية الاقتصادية. ينظر الى: صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقد

الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١١، ص ٣٠.

وقد اخذ المشرع العراقي بشرط الثبات التشريعي حيث نصت (١٣) من قانون الاستثمار على أن "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والحقوق المقررة بموجبه".

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٩٥.

(٢) نفس المصدر أعلاه، ص ١٥٤.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨١.

ليس بصحيح، وإنما يستمد قوته من النصوص والبنود الخاصة به يؤدي بالتأكيد إلى عدم استقراره ثم ليس من الممكن إن يتصور بأن هناك التزاماً عقدياً غير خاضع لاي قانون^(١).

٢- أصحاب النظرية الشخصية أكدوا على اتفاق الأفراد على شرط الثبات التشريعي من حيث الزمان، لأنه يعد عنصر اساسي من أجل استقرار الروابط العقدية، فهو يؤدي إلى الأمان القانوني للالتزامات العقدية الدولية، إلا أن هذه النتيجة تعرضت للنقد الشديد من الفقه لأن اعطاء الأفراد إمكانية الاتفاق على شرط التجديد الزمني لقانون الإرادة يعد مساس بسيادة الدولة التي اتجهت إرادة الأطراف لاختيار قانونها ليطبق على التزاماتهم التعاقدية، فلا يمكن القول بأن الإرادة تمتلك سلطة اشتراط التجديد الزمني للقانون لأن هذا الحق يكون للدولة فقط فهي وحدها التي تحدد النطاق الزمني الخاص بقانونها، فضلاً عن ذلك إن اتفاق الأطراف على التجديد الزمني للقانون يجعل الالتزام العقدي غير خاضع لأي قانون وصيرورته طليفاً عن اي قانون يحكمه، فضلاً عن ذلك عدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على تمام العقد يؤدي إلى تطبيق قواعد لا وجود لها^(٢).

٣- إن فكرة اندماج قانون الإرادة في الالتزام العقدي الدولي التي تبناها أصحاب النظرية الشخصية ليس من الممكن تأييدها، لأن القول بذلك يؤدي إلى تجريد قانون الإرادة من طبيعته كقانون له قوة الالتزام، ثم كيف من الممكن إن يسمح للأفراد في عقد ما إن يقللوا من الصفة الإلزامية لقانون الإرادة الذي تم اختياره من قبلهم بذريعة الاندماج، في حين أنهم يتمسكون بتلك الصفة الإلزامية للقانون ويدعون بأعمال حكم قواعد ذلك القانون فيما لو تعلق الأمر بمصالحهم الخاصة^(٣)، لذلك فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لا يرتكز على مطلق سلطان الإرادة، بل تكون سيادة القانون هي الأساس له، فالإرادة تكون مجرد ضابط

(١) د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص ٨٣.

(٢) د. كريم مزعل شبي و ثامر داود الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، المجلد الثاني والثلاثون، ٢٠١٧، ص ٢٤٢.

(٣) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقادية)، مصدر سابق، ص ١٥٦.

من ظوابط الإسناد التي أشارت إليها قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي وهي التي ترشد إلى القانون الذي يحكم العقد، فقانون الإرادة لا يطبق بوصفه كبنود تعاقدية ضمن بنود العقد الأصلي كما ذهب إلى ذلك أصحاب النظرية الشخصية، وإنما يطبق عليه كقانون له الصفة الإلزامية وهذا يعني لايجوز لإرادة الأطراف إن تخالف القواعد الآمره في قانون الإرادة وإلا عدّ العقد باطلاً^(١).

وعلى الرغم من الانتقادات التي تعرضت لها النظرية الشخصية الا انها لم تكن كفكرة نظرية بحثه فقط بل وجدت لهذه النظرية العديد من التطبيقات القضائية المؤيدة لهذه النظرية ومن هذه التطبيقات:-

١- حكم محكمة النقض الفرنسية لعام ١٩١٠ بشأن الدعوى المعروفة بأسم "American Trading company" وتتلخص وقائع هذه الدعوى في عقد تأجير سفينة تم ابرامه في نيويورك بين تاجر كندي الجنسية وناقل امريكي الجنسية بخصوص نقل البضاعة من امريكا إلى فرنسا، وتضمن عقد المشاركة شرطا يفيد اعفاء الناقل الكندي الجنسية من المسؤولية المترتبة عليه، وبعد وصول البضاعة إلى ميناء (كواد لوب) في فرنسا اتضح وجود تلف في البضاعة، وعندما ثار النزاع بين الأطراف وتم عرضه أمام محكمة الموضوع قدم الناقل دفعا يقضي بعدم المسؤولية المترتبة عليه الوارد في عقد المشاركة، بينما قدم الناقل دفعا يقضي بأن العقد يخضع بشكل صريح للقانون الأمريكي الصادر سنة ١٨٩٣ الذي يقرر بطلان اي شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية، إلا إن المحكمة لم تستجيب لهذا الدفع وقررت صحة البند الوارد في العقد الذي يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية المترتبة عليه وجاء في حيثيات قرار المحكمة "١- إن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو الآثار المترتبة عليه أو شروطه، هو ذلك القانون الذي تبناه الأطراف. ٢- انه ينتج من روح ونصوص الاتفاق ذاته، ومن نية الأطراف المشتركة لم يقصدوا الخضوع للقانون الامريكي إلا بالنسبة لما لم يتفقوا عليه صراحة في عقد المشاركة لايجار السفينة"، بموجب قرار المحكمة الوارد اعلاه

(١) د. طارق عبدالله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٥٦.

يتضح امرين: الامر الأول انها تكلمت بشكل صريح عن قانون العقد وهو الذي اتجهت إرادة الأطراف لاختياره، والامر الثاني هو الإقرار بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية طالما اتفق الأطراف عليه صراحة في العقد "يلزم الأطراف بذاته، والرجوع إلى القانون الأمريكي، يجب إن يحمل على انه مضاف إلى البنود المكتوبة صراحة في العقد"، فتفاعل هذا الامرين يقضي إلى إن قانون الإرادة قد اندمج في العقد واصبح بندا من بنوده الأصلية حتى إن انطوا على الاعفاء من المسؤولية^(١).

٢- حكم محكمة النقض الفرنسية الذي صدر عام ١٩٣٥ بشأن نزاع يتعلق بعقد بيع تم ابرامه سنة ١٩١٤ بين مشتري فرنسي الجنسية وبائع شركة ألمانية مقرها الرئيسي في منطقة الالزاس التي كانت تابعة لالمانيا قبل حدوث الحرب العالمية الأولى، وقد تضمن عقد البيع بنداً بأن القانون الالمانى هو القانون الذي يحكم العقد، وبعد حدوث الحرب العالمية الأولى تمسكت الشركة الألمانية بالفوائد القانونية المترتبة على المشتري خلال الحرب العالمية الأولى بحسب القانون الألماني المختص، إلا أن المشتري قد دفع بأن الشركة الالمانية لم توجه له الأعذار وفق القانون الفرنسي الصادر عام ١٩١٩، ومن ثم فإن مطالبة البائع بهذه الفوائد ليس لها محل، لأن حق المطالبة بها قد سقط بعد انضمام (الالزاس) إلى فرنسا، وعندما تم رفع القضية إلى محكمة النقض الفرنسية ايدت قرار محكمة الاستئناف وجاء في قرارها "إن الفوائد المتعلقة بشأن هذا الدين الناتج عن توريد البعض من المهمات والخاضعة لحكم القانون الأجنبي بزمان ومكان العقد تحرير العقد عام ١٩١٤ بعيدا عن السقوط المنصوص عليه بقانون ١٩١٩ على أساس إن هذا القانون لاتخضع له الفوائد القانونية التي كانت خاضعة لقانون ١٩١٤، أما الفوائد موضوع الدعوى الخاضعة للقانون الأجنبي فانها تحمل طابع تعاقدى ولاتخضع للمرسوم الصادر عام ١٩١٩"، وأكدت المحكمة في قرارها بأن القانون الذي يسرى على العقد هو القانون الالمانى الذي كان سائدا عند إبرام العقد، وهو لم يستلزم الاعذار كشرط لاستحقاق الفوائد، وبهذا اخذت المحكمة بفكرة التجميد الزمني لقانون الإرادة على حالته القائمة عند إبرام العقد

(١) ينظر الى الحكم منشور على الموقع الالكتروني التالي:

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٨/١/٢٠٢٢. https://www.supremecourt.gov/ctrules/rules/Rules_1910.pdf

دون الاعتداد بالتغييرات التشريعية اللاحقة عليه على الاقل عندما لم يقرر المتعاقدون صراحة قبولهم المسبق للتغييرات التي عسى ان يدخلها مشرع القانون المختار على احكامه القائمة عند التعاقد^(١).

أما فيما يخص موقف المشرع العراقي فإنه بالتأكيد يرفض هذه النظرية لأنها لا تنظر لقانون الإرادة كقواعد قانونية ذات طبيعة الالزامية، فيمكن للأطراف مخالفة هذه القواعد الالزامية واعتبارها كبنود تعاقدية تندمج ضمن بنود العقد الأصلي، وما يؤكد رفض المشرع العراقي لهذه النظرية هي المادة الثانية والثلاثون من القانون المدني العراقي، إلا أن المشرع العراقي اخذ بشرط الثبات التشريعي فقط بموجب المادة ١٣ من قانون الأستثمار العراقي^(٢).

الفرع الثاني

النظرية الموضوعية والنظرية الثنائية

سوف نتناول في هذا الفرع الأساس القانوني الآخر لتطبيق قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية، لذلك سنقسمه إلى نقطيتين وكالاتي:-

أولاً/ النظرية الموضوعية

يعود أصل هذه النظرية إلى الفقيه الألماني "سافيني" إلا أنها تطورت ونمت على يد الاستاذ "باتيفول" فإرادة المتعاقدان وفق هذه النظرية تجد أساسها في القوة الملزمة للقانون الذي منح لهذه الإرادة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بموجب

(١) ينظر إلى الحكم مشار إليه لدى د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٢) نصت المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي على أن "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والحقوق المقررة بموجبها".

نصت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أن "لايجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الاداب العامة".
وتقابل نص هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (٢٨)، والمادة (٢٩) من القانون المدني الاردني.

قاعدة من قواعد التنازع في دولة القاضي الذي يفصل في النزاع، ومن ثم بطلان كل بند يدرج في العقد يخالف النصوص الامرة في هذا القانون^(١).

يترتب على النظرية الموضوعية العديد من النتائج ومن أهمها:-

١- عدم تسلط أطراف الالتزامات التعاقدية الدولية على قانون الإرادة وتحويله إلى مجرد بنود تعاقدية تندمج ضمن بنود العقد الاصلي فيبقى القانون محتفظاً بصفته القانونية، أي قانون الإرادة يحكم العقد الدولي بصفته قانوناً وليس بناداً من ضمن بنود العقد ويترتب على ذلك عدم مخالفة الأطراف للقواعد الامرة في دولة القاضي، لذلك على القاضي الذي يفصل في النزاع القائم أمامه أن يتعامل مع نصوص قانون الإرادة بوصفها نصوصاً قانونية لها صفة الالزام^(٢).

٢- الالتزامات التعاقدية الدولية تكون خاضعة لأي تغييرات تطراً على قانون الإرادة، إذ لا يتمكن الأطراف الاتفاق على شرط الثبات التشريعي أو مايسمى بالتجميد الزمني للقانون عندما تكون النصوص القانونية لقانون الإرادة تتصف بالصفة الأمرة، فوفقاً لهذه النظرية يكون للأطراف الحق بالاتفاق على شرط الثبات التشريعي في حالة واحدة وهي عندما تكون النصوص القانونية لقانون الإرادة ذات صفة مكملة أو مفسرة^(٣).

٣- يجب إن يكون قانون الإرادة ذات صلة وطيدة بالعقد الدولي، واختلف الفقه حول طبيعة هذه الصلة بين قانون الإرادة والعقد الدولي، فالبعض منهم قصد بهذه الصلة إن تكون صلة مادية بين قانون الإرادة والعقد وتستمد هذه الصلة من أحد عناصر الروابط العقدية مثل جنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد الدولي^(٤)، والبعض الآخر قصد بالصلة بين قانون الإرادة والعقد الدولي هو إن تكون للأطراف مصلحة مشروعة في اختيار هذا القانون،

(١) نجلاء عبد الحسن الاسدي، تدويل عقود المستهلكين وأثره في تنازع القوانين، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٧٨.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٢٧.

(٣) د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١٦٣.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٩٢.

وفي حالة انعدام هذه الصلة بين قانون الإرادة والعقد الدولي يعد هذا الاختيار للقانون من قبيل الغش نحو القانون^(١).

٤- وأهم ما يترتب على هذه النظرية إن إرادة أطراف الالتزام العقدي تعد مجرد أداة لتركيز العقد الدولي في دولة ما، وليس من شأنها اختيار القانون الذي يحكم العقد، فالطرفان لا يختاران قانوناً معيناً بذاته ملزم للقاضي الذي يفصل في النزاع، وإنما يركزان العقد المبروم بينهما في دولة معينة على اعتبار إن هذا التركيز للعقد يمثل مركز ثقله، فإرادة الأطراف وإن كانت قد حددت قانون معين بذاته فهي تعتبر مجرد إرادة لتوطين العقد أو إرادة كاشفة لمكان العقد استناداً إلى الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد، ومتى كان القانون المعين من قبل الأطراف صراحة لا يتطابق مع التركيز الفعلي للعقد، فالقاضي ملزم بأبطال هذا الاختيار للقانون والسعي للبحث عن التركيز الفعلي للعقد الذي يمثل مركز ثقله من خلال الظروف التي تحيط به لأجل العثور عن القانون الواجب التطبيق على العقد، أما إذا كان الأطراف لم يعينوا قانون الإرادة صراحةً فالقاضي يبحث عن إرادتهم الضمنية متجنباً تطبيق قانون يؤدي إلى إبطال العقد الدولي^(٢)، فإرادة أطراف الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً لهذه النظرية لا تستطيع اختيار القانون الذي يحكم العقد إنما فقط يكون دورها هو تركيز العقد الدولي في دولة معينة أي إنها تقوم بالكشف عن المكان الفعلي لمركز ثقل العقد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليه^(٣).

٥- من النتائج التي كذلك ترتب على نظرية التركيز أو ما تسمى بالنظرية الموضوعية إن الالتزامات التعاقدية الدولية تخضع لقانون واحد وهو القانون التي تشير إليه قاعدة التنازع سواء كان استناداً لضوابط شخصية وهي إرادة الأطراف أو ضوابط موضوعية وهي تركيز العقد الدولي في مكان معين عند غياب إرادة الأطراف الصريح وفي كلا الحالتين فإن العقد

(١) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية (دراسة تحليلية مقارنة)،

الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٠٠.

(٢) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة

الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٠٨.

(٣) د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ١٤٣.

الدولي لا ينفلت عن سلطة القانون، ولا يمكن للأفراد الاختيار أكثر من قانون ليطبق على التزاماتهم التعاقدية الدولية وبالتالي تنقيد اردتهم باختيار قانون واحد دون مخالفة النصوص القانونية الآمرة أو الأخذ بجزء منها واستبعاد الجزء الآخر، لأن هذا يعد شرطاً خطراً وبالأخص على حماية الطرف الضعيف باستبعاد النصوص القانونية التي خصصت لحماية مصالحه^(١).

٦- فرض فكرة الاحالة التي اتفق بها أصحاب النظرية الموضوعية مع أصحاب النظرية الشخصية، إلا أنهم اختلفوا في الأساس القانوني لرفضهم لفكرة الاحالة في الالتزامات التعاقدية الدولية، فأصحاب النظرية الشخصية يبررون رفضهم للإحالة بأنها تفترض بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يكون استناداً لقاعدة من قواعد تنازع القوانين وليس استناداً لمبدأ مطلق سلطان الإرادة، أما أصحاب النظرية الشخصية فيبررون رفضهم للإحالة بأنها تتعارض في حد ذاتها مع ضوابط الإسناد التي تضمنتها قاعدة التنازع في دولة قانون القاضي والتي منحت الأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية الدولية، فاستشارة قاعدة الإسناد في قانون الإرادة سيؤدي بالتأكيد لخضوع العقد الدولي لقانون آخر غير القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف إليه^(٢).

إلا إن هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات ومن أهمها:-

١- إن مطلع التركيز نفسه يتغلب عليه اللبس والغموض، فقد يقصد به ظرف فعلي وواقعي يستدعي إلى استعراض جميع العناصر التي لها ربط بالعقد الدولي بمختلف الدول لاختيار عنصر واحد منها يتحدد من خلاله قانون دولة معينة لحكم العلاقة العقدية، فالتركيز هنا يكون سبباً رئيسياً باختصاص قانون هذه الدولة، وقد يقصد به أيضاً الروابط القانونية التي ترتبط من خلالها دولة معينة بالالتزامات التعاقدية الدولية متمثلة في اختصاص قانونها لحكم العلاقة العقدية، ففكرة التركيز يمكن الكشف عنها بسهولة في نوع معين من العقود كما هو الحال في

(١) د. عبدالسند حسن يمامة، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية لاهاي ١٩٨٦، ٢٠٠٦، ص ٤٥٦.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص ١٢٥.

العقود المتعلقة بالعقارات، إلا أن هناك عقود دولية من الصعب الكشف عن تركيزها في مكان معين كما هو الحال في الحقوق التي تتعلق بالعلامات التجارية أو براءات الاختراع^(١).

٢- إن هذه النظرية تلغي كل دور لإرادة الأطراف في اختيار القانون، فالإرادة وفقاً لهذه النظرية لا تقوى على حق اختيار القانون إنما تقوم بتركيز الالتزام العقدي في مكان معين وبذلك يكون دور الإرادة مجرد دور احتياطي أو ثانوي أو أداة لتوطين الالتزامات العقدية لذلك لا عبء بالترقية ما بين الاختيار الصريح للقانون والاختيار الضمني، لكون الإرادة في الأساس ليس لها الحق في الاختيار، وإعطاء السلطة للقاضي في تعديل اختيار الأطراف للقانون عندما لا يكون اختيار الأطراف متلائم مع التركيز الفعلي للعقد الدولي، وهذا يؤدي إلى الإخلال بتنبؤات الأطراف وانعدام الأمان القانوني لأن أطراف الالتزام العقدي الدولي يصيبهم الحيرة والعجب عند معرفتهم بأن علاقاتهم العقدية الدولية عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق عليها ينحصر فقط بتركيز العقد الدولي في إقليم دولة معينة^(٢).

٣- تكون فكرة الإحالة وفقاً لنظرية التركيز مستبعدة كلياً في مبدأ قانون الإرادة، فلا يكون أي احترام لإرادة الأطراف إذا ما طبقت فكرة الإحالة، لأن ذلك سيؤدي دائماً إلى تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة الذي تم اختياره صراحة أو ضمناً من قبل الأطراف، فنظرية التركيز تتجاهل قاعدة أساسية محتواها إن قاعدة تنازع القوانين هي التي تعطي للأفراد إمكانية اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية الدولية، والقول بمنح القاضي سلطة اختيار قانون غير القانون الذي اختاره الأطراف يؤدي بالتأكيد إلى الانتقاص من حق منحه وأقره المشرع^(٣).

(١) د. طارق عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٣) د. نبيل زيد مقابلة، مصدر سابق، ص ١١٠.

وعلى الرغم من الانتقادات التي تعرضت لها النظرية الموضوعية إلا إن وجدت لهذه النظرية العديد من التطبيقات القضائية المؤيدة لهذه النظرية ومن هذه التطبيقات:-

١- حكم القضاء الفرنسي في عام ١٩٥٤ في قضية "the Assuzione"، فتتلخص وقائع هذه الدعوى بخصوص عقد نقل بحري عقد بفرنسا باللغة الانكليزية بين مستأجر يحمل الجنسية الفرنسية، ومالك للسفينة المؤجرة يحمل الجنسية الإيطالية، وتم الاتفاق بين مالك السفينة والمستأجر على إن يتم نقل كمية من القمح على ظهر السفينه من فرنسا إلى ايطاليا، وورد شرط في العقد إن يتم دفع بالعملة الإيطالية في إيطاليا، ولم يرد شرط في العقد يتضمن القانون الواجب التطبيق عليه، إلا أن عندما ثار النزاع بين الأطراف وتم عرضه أمام محكمة استئناف باريس طبقت المحكمة القانون الايطالي معتبرة الأخير اكثر القوانين ارتباطاً بعقد الايجار الدولي، وكذلك لأنه القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لتركيز العقد في نطاقه^(١).

٢- ومن الأحكام القضائية التي طبقت بها محكمة النقض الفرنسية النظرية الموضوعية في عام ١٩٦٠ بشأن قضية تتعلق بعقد تمثيل تجاري تم ابرامه في فرنسا بين شخصين أحدهما ممثل تجاري فرنسي الجنسية والآخر هو شركة تشيكوسلوفاكية، فتضمن عقد التمثيل التجاري شرطاً يقضي بأن يقوم الممثل التجاري الفرنسي بتمثيل الشركة وبيع المنتجات الخاصة بها في فرنسا، واتفق الأطراف بشكل صريح وواضح إن يكون القانون التشيكوسلوفاكي هو الذي يحكم عقد التمثيل التجاري، إلا إن عندما ثار النزاع بين الأطراف، وتم عرضه على القضاء الفرنسي طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي متجاهلة إرادة الأطراف الصريحة معللة بأن القانون الفرنسي هو مكان تنفيذ العقد والذي تركزت به العناصر الرئيسية للعقد^(٢).

٣- من التطبيقات القضائية الحديثة للنظرية الموضوعية هو حكم محكمة النقض الفرنسية المؤيد لحكم محكمة استئناف "Douai" الصادر عام ١٩٨٠ في النزاع المتعلق بقضية (ميركاتور)، عندما طبقت القانون الفرنسي بوصفه قانون المكان الذي نفذ به العقد وقانون

(١) مشار اليه لدى د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٢) مشار اليه لدى د. طارق عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ٧٥.

مواطن المندوب التجاري، إذ اكدت محكمة التميز الفرنسية في قرارها بأن (إذا كان تركيز العقد يستند إلى إرادة الأطراف، فإنه يعود للقاضي الذي يفصل في النزاع الحرية للكشف عن تفسير هذه الإرادة فيما يتعلق بتركيز العقد ليستخلص منها القانون الذي يحكم العقد المتنازع عليه)^(١).

أما موقف القانون المدني العراقي من هذه النظرية فإنه لم يأخذ بنظرية التركيز الموضوعي عند غياب إرادة الأطراف الصريحة إنما أكد على الأخذ بقاعدة الإسناد المسبقة لعملية التعاقد والتي تتمثل بالمواطن المشترك للمتعاقدين أو المكان الذي ابرم فيه العقد^(٢).

ثانياً/ النظرية الثنائية

ظهرت النظرية الثنائية أو كما تسمى بالنظرية الازدواجية على يد الفقيه "Deby Gerard" فترى هذه النظرية إن حق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية هو حق اختيار وليس حق تركيز العقد في إقليم معين، فعندما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف على عقدهم بشكل صريح وواضح في ويجب على القاضي الذي يفصل في النزاع احترام هذا التحديد للقانون لأن قاعدة قانون الإرادة تعد قاعدة موضوعية تختص بالالتزامات التعاقدية الدولية وجب على القاضي احترامها من أجل حماية توقعات الأطراف فيما يخص التزاماتهم التعاقدية، إذ إن أصحاب النظرية الثنائية يؤكدون بأن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية هو حق مطلق لا يمكن تقييد إرادة الأطراف بقانون معين حتى إن كان القانون الذي اختاره الأطراف لا يكون له أي صلة بالعقد^(٣).

(١) ينظر الى الحكم منشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://www-courdecassation-> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٦.

(٢) نصت المادة (١/٢٥) على ان "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه".

ويقابل نص هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (١٩ / ١)، والمادة (٢٠) من القانون المدني الاردني.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٧٢.

أما في الحالة التي تنعدم فيها الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية، فيذهب أصحاب هذا الاتجاه أنه يتم العمل بنظرية تركيز العقد في مكان معين فيقوم القاضي الذي ينظر في النزاع في استخلاص القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية الدولية، لذلك تعرضت هذه النظرية إلى انتقاد واحد فقط انها تتجاهل الاختيار الضمني للأطراف للقانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية فهي تعدم الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرغم من انها إرادة حقيقة وموجودة يمكن للقاضي أستخلاصها من الظروف والقرائن التي تدل عليها لذلك يجب على القاضي المعروض عليه النزاع احترام هذه الإرادة للأطراف والبحث عنها^(١).

ومن التطبيقات القضائية المؤيدة للنظرية الثنائية هو حكم محكمة استئناف باريس الصادر في عام ١٩٧٠ التي أكدت المحكمة في قرارها على إن "من القواعد القانونية السائدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو اخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فيكون للأطراف الحق في اختيار قانون دولة معينة اختياراً صريحاً ليطبق على علاقاتهم التعاقدية، وعندما يتعذر الاختيار الصريح للقانون فيجب على القاضي الذي يفصل في النزاع البحث في عناصر العقد التي تسمح بتركيز العلاقة القانونية في إقليم معين"^(٢).

أما فيما يخص موقف المشرع العراقي من النظرية الثنائية نجد أن المشرع العراقي قد اخذ بإرادة الأطراف الصريحة والضمنية، ولم يقيد الإرادة باختيار قانون له صلة بالعقد إنما أتاح للأطراف حرية الاختيار للقانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية على شرط إن لا يخالف القواعد الامر.

نلاحظ إن النظرية الثنائية تعد من أقرب النظريات للواقع القانوني فهي تعترف لإرادة الأطراف باختيار اي قانون حتى إن لم يكن بينه وبين العقد أي صلة، بشرط أن يكون الاختيار بإرادة صريحة وواضحة اي انها لم تعترف بالإرادة الضمنية للأطراف، فهي بذلك تعد سلبية واضحة ترد على النظرية الثنائية مقارنتها بالنظريات التي تم ذكرها.

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٢) مشار الية لدى د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ٨٣.

المطلب الثاني

إشكاليات تعيين قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية

من المتعارف عليه إن من حق أطراف العقد حرية الاختيار للقانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية الدولية، إلا أن هناك صعوبة تكمن في الزمن الذي يتم فيه تحديد ذلك القانون، لذلك فتدور جملة من التساؤلات وفي مقدمتها متى يتم اختيار قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية الدولية؟ فهل إن من حق الأطراف تغيير اختيارهم لقانون الإرادة بقانون آخر ليحكم علاقاتهم التعاقدية وتجزئة؟ لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:-

الفرع الأول: وقت اختيار قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية.

الفرع الثاني: تغيير قانون الإرادة بقانون آخر وتجزئته في الالتزامات التعاقدية.

الفرع الأول

وقت اختيار قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية

الأصل إن يقوم طرفا العلاقة العقدية عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال تضمين عقدهم بنداً يحددون فيه القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي من شأنه تحقيق اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات واستقرار الرابطة القانونية، لما يوفره للمتعاقدين من علم منذ البداية بالقانون الذي سيطبق على عقدهم^(١).

ومع ذلك قد لايقوم طرفي العلاقة بتحديد القانون الواجب التطبيق ويمكن إن يرجع ذلك إلى جملة من الأسباب والتي من أهمها ما يأتي:-

١- انعدام التفكير المسبق من جانب الأطراف حول حسم مسألة تحديد القانون الذي سيحكم العقد المبرم بينهما.

(١) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٢ و١٣.

٢- تخلف إرادة الأطراف عن التوصل إلى اتفاق مشترك حول تعيين القانون الواجب التطبيق قبل البدء بعملية إبرام العقد بصورة نهائية.

٣- إن أطراف العقد قد اختاروا القانون الواجب التطبيق قبل إبرام العقد بطريقة ضمنية على الرغم من أنه يتطلب في هذا التعبير عن الإرادة بطرق صريحة.

٤- إن المتعاقدين قد اختاروا قانون وقاموا بتغييره إلى قانون آخر قبل إبرام العقد ليحكم الرابطة العقدية، وذلك لتمتع الأطراف بحق التعديل في أي وقت^(١).

وفي الواقع قد يغفل أطراف العلاقة العقدية الاتفاق عن تحديد القانون لحظة إبرام العقد، فما مدى إمكانية وقوع الاتفاق اللاحق بين المتعاقدين بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق؟

إن قدرة الأطراف على الاختيار اللاحق للقانون كان محل خلاف لدى الفقه والتشريعات، ويرجع سبب هذا الخلاف إلى تضارب الآراء بين الفقهاء و سكوت بعض التشريعات عن النص عن قدرة الأطراف على هذا الاتفاق اللاحق، وإن الإمام بهذه المسألة يتطلب منا إن نستعرض موقف الفقه والتشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية والتطبيقات القضائية حول مكنة المتعاقدين من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد باتفاق لاحق لإبرامه، وفق النقاط الآتية:-

١- موقف الفقه

اختلف الفقه بصدد تحويل أطراف العقد حق الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، فانقسم الفقه إلى اتجاهين بين مؤيد ومعارض للاختيار اللاحق على النحو الآتي:-

(١) علي عبد الكريم جلال، القانون الواجب التطبيق على عقد الاحتراف الرياضي، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص١٠٧ و ص١٠٨.

أ- الاتجاه المؤيد لحق الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون:-

يذهب انصار هذا الاتجاه إن من حق أطراف العلاقة العقدية اختيار القانون الذي يحكم هذه العلاقة في أي وقت بعد إبرام العقد، وسواء كان هذا الاختيار لحظة إبرام العقد أو بعد إبرامه، معللين ذلك أنه ما دامت عملية تحديد القانون الواجب التطبيق هي من مهام أطراف العقد بشكل أساسي فإنه من المسلم به إن يتم الاعتراف لإرادة الأطراف بحق الاختيار اللاحق للقانون الذي سيطبق على عقدهم^(١).

ب- الاتجاه المعارض لحق الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون:-

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، يجب إن يتم وقت إبرام العقد ولا يجوز لهم تأجيل هذا الاختيار أو الاتفاق عليه مستقبلاً^(٢)، معللين ذلك إن الاختيار اللاحق للقانون يؤدي إلى إهدار لتوقعات المتعاقدين، وبالأخص لو تم هذا الاختيار بعد البدء في تنفيذ العقد بالفعل، إذ كيف يمكن للمتعاقد إن يراعي عند تنفيذ التزاماته قانوناً لم يتم اختياره إلا في مرحلة لاحقة^(٣).

٢- موقف التشريعات

إن موقف التشريعات من الوقت الذي يعتد به في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين أشخاص من دول مختلفة جاء متبايناً، فقد انقسمت التشريعات الوطنية بين مؤيد للأخذ بالوقت اللاحق للاختيار للقانون الواجب التطبيق، في حين سكت البعض الآخر عن النص على هذا التحديد للاختيار اللاحق للقانون على النحو الآتي:-

(١) عامر علي صاحب، تنازع الاختصاص القانوني في عقود الاستثمار الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١١، ص ٣٠.

(٢) حذيفة رعد علي الطائي، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٦، ص ٤١.

(٣) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

أ- التشريعات التي نصت على إمكانية الاختيار اللاحق للقانون

على صعيد موقف التشريعات الوطنية من إمكانية الاختيار اللاحق لقانون الإرادة، فقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري بالاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق، إذ ورد في المادة (١٦٦ / ٣) على إن "اختيار قانون العقد أو تعديل هذا الاختيار في أي وقت، فإن تم ذلك في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فإن تطبيق قانون الإرادة أو تعديل اللاحق، يسري بأثر رجعي يترد إلى وقت الإبرام مع التحفظ الخاص بحقوق الغير"، ومن التشريعات الأخرى التي نصت كذلك على إمكانية الاختيار اللاحق للقانون المادة (٢٧ / ٢) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ والتي ورد فيها "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً"^(١).

ب- التشريعات التي لم تنص على إمكانية الاختيار اللاحق للقانون

أما التشريعات الوطنية الأخرى فهي سكتت ولم تبين موقفها بشأن إمكانية الاختيار اللاحق للقانون، ومن هذه التشريعات هو القانون المدني العراقي إذ نصت المادة (٢٥ / ١) على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانون آخر يراد تطبيقه"، ومن التشريعات الأخرى التي لم تبين موقفها هو قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي إذ نصت المادة (٥٩) على إن "يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا

(١) ينظر الى نصوص القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٩ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.unine.ch>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٣/٣/٢٠٢٢.

وينظر ايضاً الى نصوص القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.vorpeil.de>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٧/٣/٢٠٢٢.

اتحداً موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه..^(١).

ويرجع سبب سكوت هذه التشريعات عن النص على إمكانية الاختيار اللاحق للقانون الواجب تطبيقه إلى سببين مهمين:-

السبب الأول/ إن المشرع في قوانين هذه الدول أرادت منح أطراف العقد الحرية التامة وفسح لهم المجال في تحديد الوقت الذي يرونه مناسباً لتحديد القانون الواجب التطبيق العقد المبرم ومن ثم فإن إرادة الأطراف طبقاً لذلك تستطيع تأخير تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت نشوء النزاع.

والسبب الثاني/ إن المشرع أراد إن يعبر أطراف العلاقة العقدية عن إرادتهم الصريحة أو التوغل واستخلاص الإرادة الضمنية في حالة عزوفهم عن الاختيار الصريح أثناء عملية إبرام العقد^(٢).

وبدورنا نؤيد الاتجاه الذي ذهب إلى إمكانية إعطاء أطراف العلاقة الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق، وذلك لأن أغلب التشريعات قد أعطت للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق وما دام لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق فإن من باب أولى يجوز لهم إن يكون الاتفاق عند إبرام العقد أو يكون الاتفاق لاحقاً بعد إبرام العقد.

٣- موقف الاتفاقيات الدولية:-

من خلال القراءة والبحث في حيثيات الاتفاقيات الدولية نجد إن أغلب الاتفاقيات قد أجازت الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة ١٩٨٠ فقد نصت الفقرة الثانية من

(١) ينظر الى المادة (٥٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://mesferlaw.com> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٣/١٨.

(٢) د. رعد مقداد الحمداني و ماجد عبدالواحد جدوع التميمي، دور ارادة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، المركز العربي، القاهرة، ٢٠٢١، ص ٤٣.

المادة الثالثة على إن "يجوز للطرفين في أي وقت التوافق على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يحكمه سواء كان هذا الاختيار نتاج اتفاق سابق بالاستناد إلى هذه المادة أم إلى أي من بنود الاتفاقيات الأخرى..."^(١)، وكذلك الفقرة الأولى من المادة السادسة من قرار مجمع القانون الدولي الصادر لسنة ١٩٩٢ والتي نصت على أن "يمكن للأطراف بعد إبرام العقد اختيار القانون الواجب التطبيق"^(٢).

ويبدو لنا واضحا إن النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية التي أشرنا إليها ليس فيها ما يمنع المتعاقدين من اختيار القانون الواجب التطبيق اختياراً لاحقاً بعد إبرام العقد.

٤ - موقف القضاء:-

اختلفت أحكام المحاكم بين مؤيد ورافض لإمكانية الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون، ومن المحاكم التي رفضت الاختيار اللاحق للقانون هي محكمة النقض الإيطالية ففي قرار صدر لها بتاريخ ٢٨ / ٦ / ١٩٦٦ أكدت فيه على ضرورة إن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع اختيار القانون المطبق على العقد المبرم بين الأطراف أو قبل ذلك في مرحلة المفاوضات، ولا يمكن منح المتعاقدين سلطة الاختيار بعد إبرام العقد، لأن القول بغير ذلك يعني الاعتراف للأطراف بسلطة غير مألوفة، وأضافت المحكمة حجة أخرى مفادها إن حق الأطراف في اختيار القانون لا يستند إلى قاعدة مادية في قانون دولة القاضي وإنما يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع في هذا القانون إذ تبدو إرادة الأطراف كما لو أنها ضابط إسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع سالف الذكر^(٣).

أما التطبيقات القضائية التي اجيز فيها الاختيار اللاحق للقانون في النزاع الذي ثار بين شركة "AAPL" وحكومة سيرلانكا فعندما ثار النزاع بين الطرفين وتم عرضه على المركز

(١) ينظر الى نصوص اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والمنشوره على الموقع الالكتروني التالي: <https://eur-lex-europa-eu.translate.goog/legal-> تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٢٠.

(٢) مشار إليه لدى د رعد مقداد الحمداني و ماجد عبدالواحد جدوع التميمي، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) حذيفة رعد علي الطائي، مصدر سابق، ص ٤١.

الدولي لتسوية منازعات العقود الدولية، وتبين إن الأطراف لم يتفقوا عند إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق، ولكنهم استندوا في تنفيذ العقد على الاتفاقية الثنائية للعقد الموقع بين المملكة المتحدة و سيرلانكا، وقد صرحت هيئة التحكيم عند النظر إلى مسألة القانون الواجب التطبيق بما يلي "في ظل هذه الظروف الخاصة سوف تجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع، وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك وتصرف الأطراف عبر وقائع التحكيم، وفي حالتنا هذه تصرف كل من الطرفين بشكل يظهر الموافقة المتبادلة على احترام ومراعاة بنود الاتفاقية السريلانكية البريطانية (ثنائية الأطراف) لتكون المصدر الأساسي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق وهذه القواعد الأساسية أستند عليها الطرف المدعي وقد قبلت بالموافقة التامة من قبل المدعى عليه"^(١).

ويتبين من ذلك إن المحكمة أخذت بالاتفاق اللاحق للقانون ليكون قانوناً ملزماً، وكان هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب وهو إمكانية الأطراف في اختيار اللاحق للقانون، بشرط إن لا يؤدي للمساس بالحقوق التي يكتسبها الطرف الآخر وفقاً للقانون السابق، معللين ذلك إن السلطة التي تتمتع فيها إرادة الأطراف تشمل إمكانية تعديل ما تم بإرادة الأطراف اختياره، وهذا بالضرورة يتضمن إمكانية تغيير القانون الذي كان مختصاً عند التعاقد، لكن دون إن يكون للقانون المعدل أثر رجعي على حقوق الغير، بل إن الأثر يكون فقط على المتعاقدين، وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في بعض أحكامه، إذ ذهب إلى تخويل المتعاقدين حق الاختيار اللاحق لقانون العقد في حين رفضت في أحكام أخرى الاعتراف بمبدأ الاختيار المتأخر للقانون العقد^(٢).

الفرع الثاني

تبديل قانون الإرادة بقانون آخر وتجزئته في الالتزامات التعاقدية

قد يتفق الأطراف في الالتزامات التعاقدية على اختيار قانون لدولة معينة إلا أن قد تظهر هناك ظروف معينة تغير نظرة الأطراف حول القانون الذي تم اختياره لحظة إبرام العقد لذلك

(١) د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٤٢.

(٢) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

تتجه أراقتهم إلى تبديله بقانون آخر أو اختيار عدة قوانين لتحكم كل عنصر من عناصر العقد، ترتيباً على ما تقدم سوف نقسم هذا الفرع كالآتي:-

أولاً/ تبديل قانون الإرادة بقانون آخر في الالتزامات التعاقدية

لقد بينا في بداية الكلام عن قدرة الإرادة بتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية عند إبرام العقد، أو حتى في بعض الاحيان يمكن إن يكون هذا التحديد في وقت لاحق على إبرام العقد وذلك من خلال اتفاق مستقل بين الأطراف، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الشأن مفاده هل بإمكان أطراف العقد تعديل اختيارهم للقانون بقانون آخر يحكم العلاقة التي تربطهما؟

قبل الإجابة على هذا السؤال قد تكون هنالك العديد من الأسباب التي تؤدي الأطراف إلى تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يحكم العقد المبرم بينهما، فلا بد من توضيح هذه الأسباب، ومن ثم بعدها نجيب على التساؤل أعلاه، وأهم هذه الأسباب:-

أ- إن القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف عند إبرام العقد قد يكون غير متلائم مع اقتصاديات الروابط العقدية مما يضطر الأطراف إلى تغييره بقانون يكون أكثر تماشياً وتسايراً لاقتصاديات الروابط العقدية.

ب- إن القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف العقد قد يكون لا يتلائم مع طبيعة العقد المبرم بينهما لأن أحكامه تضر بمصالح أطراف العقد عند مقارنته بالقانون الذي سيتم التغيير إليه.

ج- قد يكتشف أطراف العلاقة في وقت لاحق من الاختيار للقانون هو عدم وجود صلة بين هذا القانون وبين العقد المبرم بينهما من الناحية الفنية أو الناحية الموضوعية أو الشخصية فيقوم الأطراف إلى تعديل اختيارهم وتغييره بقانون آخر يكون له صلة وثيقة بالعقد^(١).

(١) بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧، ص ١٩٤.

بعد معرفة الأسباب التي تؤدي الأطراف إلى تعديل اختيار القانون، نجد الزاماً علينا إن نبين موقف الفقه والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من مسألة تبديل اختيار القانون الواجب التطبيق، وكما يأتي:-

١- موقف الفقه من تغيير قانون الإرادة:-

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لامكان أطراف العقد تغير أو تبديل قانون الإرادة إلى اتجاهين وكالاتي:

أ- الاتجاه المؤيد لإمكانية تغيير قانون الإرادة:- يرتب الفقه على حق الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون نتيجة هامة هي إن الأطراف كما لهم الحق في الاختيار اللاحق للقانون يكون لهم من باب أولى الحق في تغيير القانون الذي يحكم العلاقة التي بينهم، لذلك يتجه أغلب الفقهاء لإمكانية الأطراف لتغيير أو تبديل قانون الإرادة وسواء كان هذا التعديل أو التغيير أثناء إبرام العقد أو تم هذا التعديل بعد إبرام العقد أو أثناء عرض النزاع على المحكمة المختصة، وهذا يعتبر شيء طبيعي ومنطقي لمبدأ سلطان الإرادة، وقد علل الفقهاء اتجاههم بهذا النحو إن ما دام منح الأطراف الحرية في الاختيار للقانون، فلا يوجد هناك أي قيد على هذه الإرادة في تعديل أو تبديل قانون الإرادة^(١).

الاعتراف للمتعاقدين بحق الاختيار اللاحق للقانون هذا يعني يكون لهم الحق في تغييره بقانون آخر لكن بشرط إن يكون قبل إن تفصل المحكمة المختصة في النزاع، لأن بعد إن تفصل المحكمة في النزاع لا يمكن للأطراف تبديل قانون الإرادة، وكذلك يجب إلا يمس الحقوق التي اكتسبها الغير قبل إن يتم تبديل قانون الإرادة وهذا يعني القانون الذي يتم التعديل أو التبديل إليه يسرى على أطراف العقد فقط وتبقى الحقوق التي اكتسبها الغير بموجب القانون الذي تم تبديله ثابتة ولا يتم المساس بها^(٢).

(١) د. رعد مقداد محمود الحمداني و ماجد عبدالواحد جدوع التميمي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

ب- الاتجاه الرفض لإمكانية تغيير قانون الإرادة: إن الفقهاء الذين اتجهوا على هذا النحو يعارضون بشدة لإمكانية أطراف العقد لتغيير قانون الإرادة بقانون آخر إذ ذهبوا إلى إن أو التغيير للقانون في حالة حدوث نزاع بين أطراف العقد يؤدي إلى القضاء على قاعدة التنازع في هذه العلاقة، وإن السماح للأطراف بالتغيير أو التعديل لقانون الإرادة لأي سبب من الأسباب التي تم ذكرها قد يؤدي إلى اثاره تنازع القوانين مره أخرى وبالتالي أعمال قاعدة التنازع، وهذا سيؤدي إلى قيام تنازع جديد فضلا عن التنازع القائم^(١).

٢- موقف التشريعات الوطنية من تغيير قانون الإرادة:-

أشارت البعض من التشريعات الوطنية بصورة صريحة وواضحة إلى إمكانية التغيير أو تعديل قانون الإرادة بينما البعض الآخر سكت ولم يشر ولو بصورة ضمنية إلى إمكانية هذا التغيير، ومن التشريعات التي كانت واضحة حول تغيير قانون الإرادة هو القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ فنصت المادة (٢٧ / ٢) منه على أن "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد للقانون غير ذلك الذي كان يحكم به سابقاً".

ونصت المادة (١١٦ / ٣) من القانون الدولي الخاص السويسري أيضاً لعام ١٩٨٧ على إنه "يجوز اختيار القانون أو تغييره في أي وقت، إذا تم إجراؤه أو تغييره بعد إبرام العقد، كما يجب إن يكون بأثر رجعي ابتداء من إبرامه بشرط عدم المساس بحقوق الغير التي لها الأسبقية"

٣- موقف الاتفاقيات الدولية من تغيير قانون الإرادة:-

نصت المادة (٢/٣) من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ على أن "يجوز للطرفين في أي وقت التوافق على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يحكمه سواء كان هذا الاختيار ناتج عن اتفاق سابق بالاستناد إلى هذه المادة أو إلى أي من بنود الاتفاقيات الأخرى، وإن أي تغيير للقانون الواجب التطبيق

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ١٠٨٧.

من قبل الأطراف بعد إبرام العقد يجب إلا يخل بصلاحية العقد المحدد بموجب المادة التاسعة من الاتفاقية أو إن يؤثر في حقوق الغير".

إن نص المادة المشار إليها في أعلاه أعطت للأطراف الحق في تغيير الاختيار اللاحق للقانون، لكن يجب أن يكون القانون الذي تم اختياره بموجب إرادة صريحة وليست ضمنية لأن عندما يكون الاختيار بموجب إرادة ضمنية فإنه يصعب إثبات ادعاء أحد أطراف العقد أن تم الاتفاق ضمناً على تحديد القانون الواجب التطبيق، ويجب إن يحترم هذا التغيير أو التبديل في القانون وجود شروط وصحة الاختيار السابق، كذلك يجب عليه إن يراعي الضوابط التي اشارت إليها اتفاقية روما في المواد (٨، ٩، ١١)، كذلك يجب إن يدرك الأطراف مخاطر هذا التعديل في القانون المختار^(١).

ومن ملاحظة موقف الاتفاقيات الدولية الواردة أعلاه يتبين لنا إن الاتفاقيات الدولية التي تم ذكرها قد أجازت تغيير أو تبديل قانون الإرادة لكن وضعت نصوص صريحة، هي ألا يكون لهذا التعديل أو التغيير أثر على حقوق الغير أي يجب ألا يمس الحقوق التي اكتسبها الغير في ظل القانون السابق الذي تم تعديله بموجب اتفاق جديد من قبل الأطراف.

أما موقف المشرع العراقي فلم يرد هنالك نص في القانون المدني العراقي يعالج هذه المسألة. يتبين لنا إن القوانين التي اجازة تبديل قانون الإرادة قد اشارت بصورة صريحة إلى جملة من التحفظات في هذا التغيير وهو ألا يمس الحقوق التي اكتسبها الغير و ألا يؤدي هذا التعديل في القانون إلى إبطال العقد المبرم بين الأطراف.

ثانياً/ تجزئة قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية

إذا كان للأطراف في الالتزامات التعاقدية ذات الصفة الدولية الحق بأختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية، إلا إن التساؤل الذي يثار هنا هل من الممكن للأطراف اختيار أكثر من قانون ليحكم العلاقة العقدية الدولية، أي تجزئة العقد الدولي واخضاعه لأكثر من قانون؟

(١) د. عبد السند حسن يمامة، القانون الواجب التطبيق على علاقات العمل الدولية في ضوء اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣، ص ٤٦.

١- الاتجاه الرافض لتجزئة العقد:- ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إنه من أجل المحافظة على العقد باعتباره وحدة واحدة، فلا بد من إن يحكمه قانون واحد^(١)، معللين سبب رفضهم للتجزئة بأنها تؤدي إلى تقطيع وصال العملية التعاقدية، إذ إن اخضاع كل جزء من العقد لقانون ما مختلف عن القانون الذي يحكم الجزء الآخر يؤدي إلى الاخلال بالتوازن العقدي، فضلاً عن ذلك إن تجزئة القانون الذي يحكم العقد يتعارض مع روح القانون، لأن للمتعاقدين الحق باختيار قانون ليحكم العقد وليس الحق لهم باختيار قوانين متعددة لتحكم العقد، فالتجزئة تؤدي إلى بطلان العلاقة العقدية والنيل منها^(٢).

من التشريعات التي اخذت بهذا الاتجاه هو القانون الدولي الخاص المجري، إذ نصت المادة الثلاثون منه على أن "يسري قانون العقد على جميع عناصر رابطة الالتزام وفي الخصوص على ابرامه وصحته من ناحية الموضوع وشكل العقد، والآثار المتعلقة بقانون الالتزامات، كما يسري مالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف، ومالم يوجد نص مخالف في هذا القانون، على التأمينات الاتفاقية المتعلقة مثل الرهن والكفالة، وحوالة وقبول الديون التي تكون على صلة بالعقد"^(٣).

٢- الاتجاه المؤيد لتجزئة العقد:- ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إن الالتزامات التعاقدية ذات طبيعة متعددة الجوانب ومن الممكن إن يحكم كل جزء من العقد قانون يختلف عن القانون الذي يحكم الجزء الآخر، لذلك تكون هناك مجموعة من القوانين تخضع لها العلاقة العقدية مادام هناك رابطة وثيقة بين هذا الجزء والقانون الذي يحكمه، وأصحاب هذا الاتجاه معللين اتجاهم على هذا النحو بأن ما يؤدي فعلاً إلى هدم الانسجام المطلوب في العلاقة العقدية ليس تجزئتها

(١) د. صادق زغير محيسن الجيزاني، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٥٩٩.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

(٣) ينظر الى نصوص القانون الدولي الخاص المجري والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.researchgate.net>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٦/٣/٢٠٢٢.

فحسب إنما تقيد إرادة الأفراد وعدم مكنتها في اختيار قوانين متعددة لتحكم العلاقة العقدية هي التي تؤدي إلى هدم الانسجام بين عناصر العلاقة العقدية^(١).

لذلك فإن مبدأ وحدة القانون الذي يحكم العقود الدولية لا تعد قيدياً يرد على حرية الأطراف في اختيار قوانين متعددة لتحكم الرابطة العقدية، إنما تعد قيدياً يرد على سلطان القاضي الذي يفصل في النزاع، فهو يفترض إن إرادة أطراف العقد تتجه دائماً إلى إدراك هذه الوحدة في الاصل ما لم تتجه هذه الإرادة وتصرح بغير ذلك، وبالتالي فإن اختيار قوانين متعددة لتحكم العلاقة العقدية لا يمكن تصورها في عناصر العقد المرتبطة بعضها ببعض الآخر إنما هذه التجزئة ترد فقط على مسائل العقد التي يمكن فصل بعضها عن البعض^(٢).

تكون التجزئة بحسب هذا الاتجاه على نوعين:

النوع الأول (التجزئة الأفقية): - تعد هذه التجزئة للعقد هي النوع الشائع لدى الأغلبية من القوانين فهذه التجزئة تخضع مثلاً الأهلية الخاصة بالمتعاقدين إلى القانون الشخصي الخاص بهما، وتخضع شكل التصرفات القانونية إلى محل إبرام التصرف القانوني، وأما إجراءات التنفيذ فانها تخضع لقانون دولة القاضي الذي ينظر في النزاع.

النوع الثاني (التجزئة الرأسية): - هذا النوع من التجزئة يخضع للالتزامات التعاقدية الدولية فضلاً عن قانون الإرادة للعديد من القوانين الأخرى مثل قوانين البوليس أو قانون القاضي الذي ينظر في النزاع أو حتى قوانين أجنبية أخرى لها صلة بالعقد^(٣).

إن اختيار قوانين متعددة من قبل الأطراف لتحكم الالتزامات التعاقدية الدولية امر تفره وتعترف به البعض من القوانين والاتفاقيات الدولية، إذ نصت المادة (١/٢٧) من القانون الدولي

(١) د. عبدالسند حسن يمامة، عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ١٢٩.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مصدر سابق، ص ١٨٧.

الخاص الالمانى لعام ١٩٨٦ على أن "بمقتضى اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يمكن للأطراف تعيين قانون واحد أو عدة قوانين لتطبق على عقدهم".

كذلك اقرت تجزئة العقد واخضاعه لاكثر من قانون المادة (١/٣) من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ إذ نصت على أن "يمكن للأطراف الحق باختيار قوانين معينة لتحكم جانب من العقد أو جوانب متعددة".

أيضاً اقرت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع الصادرة في عام ١٩٨٦ تجزئة العقد الدولي، إذ نصت المادة (٧ / ١) من الاتفاقية على أن "للأطراف الإمكانية في تجزئة العقد واخضاع كل عنصر من عناصره لقانون يختلف عن الآخر".

نلاحظ أيضاً إن مجمع القانون الدولي المنعقد في أثينا لعام ١٩٧٩، قد أوصى بأن يكون لأطراف العقد الدولي الإمكانية في تعيين قانون واحد أو قوانين متعددة ليتم تطبيقها على العقد، وهذا يعد دليلاً واضحاً بأنه أعطى للأطراف الحرية في تجزئة العقد^(١).

من التطبيقات القضائية التي أجازت تجزئة العقد الدولي واخضاعه لأكثر من قانون ففي نزاع عرض أمام محكمة استئناف نيوزيلاند في عام ١٩٨٩ وسميت بقضية " Ciub Mediterrancu NZ.V wenopell"، وكانت وقائع هذه القضية تتعلق بشأن التزام تعاقدى دولي يتضمن شرطاً ينص بأن "جميع الخدمات المقدمة تحكمها قوانين البلد التي تتقدم فيه هذه الخدمات"، فقضت المحكمة بصحت هذا الشرط واعتبرت إن هذا الشرط هو اختيار جزئى لقانون معين وأما بقية أجزاء الالتزام العقد فهي تخضع لقانون دولة نيوزيلاندا^(٢).

(١) د. صادق زغير محيسن الجيزاني، مصدر سابق، ٥٩.

(٢) ينظر الى حكم منشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://www-courtsofnz-govt-> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٥/٣/٢٠٢٢.

أما موقف المشرع العراقي من اختيار قوانين متعددة لتحكم الالتزامات التعاقدية الدولية، جاء نص المادة (٢٥ / ١) من القانون المدني العراقي عاماً ومطلقاً^(١)، فالنص قد أجاز للأطراف إمكانية اختيار قانون معين ليطبق على الالتزامات التعاقدية الدولية ولم يرد فيه أي تقييد لإرادة الأطراف باختيار قانون واحد أو قوانين متعددة لتحكم الالتزامات التعاقدية، وهذه دلالة واضحة على إن القانون المدني العراقي قد أجاز للأطراف إمكانية تجزئة العقد الدولي.

بدورنا نرى إن ليس هناك مانع يقيد إرادة الأطراف باختيار قانون واحد ليحكم جميع عناصر العقد الموضوعية أو اختيار عدة قوانين لتحكم العلاقة العقدية الدولية، لكن بشرط أن لا تؤدي تجزئة العقد إلى هدم الانسجام بين الروابط العقدية.

المبحث الثاني

دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية والالتزامات غير التعاقدية

لم يعد دور الإرادة مقتصرًا على تعيين القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية الدولية، فبدأ العالم حديثاً يعترف بدور آخر للإرادة وهو اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية التي تكون خاضعة في أغلب الدول لقانون الجنسية أو قانون موطن الشخص، لكن بدأ العالم حديثاً يعترف لإرادة الأفراد في تحديد القانون الذي يخضع له النظام المالي الخاص بالزوجين وكذلك تحديد القانون الذي يحكم الطلاق الحاصل بين الزوجين، وكذلك تعيين القانون الذي يحكم مسائل النفقات، وتبنت بعض من التشريعات والاتفاقيات الدولية هذا الاتجاه، أما المسؤولية التقصيرية (الالتزامات غير التعاقدية) فهي في الأصل تكون خاضعة للقانون المحلي، لكن ظهر اتجاه حديث وهو خضوعها لقانون الإرادة وتبنت هذا الاتجاه البعض من القوانين والاتفاقيات الدولية، استناداً لما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكالاتي:

(١) نصت المادة (٢٥ / ١) من القانون المدني العراقي على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه".

المطلب الأول: دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: دور قانون الإرادة في الالتزامات غير التعاقدية.

المطلب الأول

دور قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية

تبنت العديد من تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية إعطاء إرادة الأطراف دوراً في تحديد القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، سواء ماتعلق منها بالنظام المالي الخاص بالزوجين أو مسائل الالتزام بالنفقة أو مسائل الطلاق، ووجدت العديد من المبررات لإعطاء الإرادة هذا الدور، وهذا ما سنتأوله في إطار الفرعيين الآتيين:-

الفرع الأول: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: مبررات قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية

تبنت البعض من التشريعات والاتفاقيات الدولية الدور الإرادي للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية وعلى النحو الآتي:-

أولاً/ موقف القوانين الوطنية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية

تبنت العديد من القوانين خيار تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية وكما يأتي:-

١- في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بالزوجين:

أعطت بعض القوانين لإرادة الزوجين إمكانية الاختيار للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بالزوجين، هو القانون المدني الفرنسي فنصت المادة (١٣٩٧ / ٢) منه على إن "يعين الزوجان القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بهما بموجب الاتفاقية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الزواج المعقودة في لاهاي بتاريخ ١٤/مارس/١٩٧٨".

يتبين إن تعين القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في القانون المدني الفرنسي يتم بموجب اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ والخاصة بشأن القانون الواجب تطبيقه على النظام المالي للزوجين، ويتم تطبيق نص المادة (٤/٣/١٣٩٧) من القانون المدني الفرنسي، والتي فحواها إن "٣- لإرادة الزوجين قبل تمام عقد الزواج، اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بهما، لكن بشرط إن يحررا سند يدون فيه القانون الذي تم اختياره من قبل الزوجيين و أن يتم تصديقه من قبل الموظف المختص بتوثيق السندات، ٤- للزوجين كذلك تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم النظام المالي الخاص بهما بعد إبرام عقد الزواج وبشرط إن يحررا سنداً، ويسرى هذا التحديد في مواجهة الغير بعد ثلاثة أشهر من تمام الاعلان عن القانون المختار"^(١).

نلاحظ إن نص المادة (٤/٣/١٣٩٧) من القانون المدني الفرنسي قد أعطت لإرادة الزوجين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بهما سواء كان هذا الاختيار للقانون قبل إبرام عقد الزواج أو بعد إبرام عقد الزواج لكن بشرط إن يدون هذا التعيين للقانون في سند ويصدق عليه من قبل الموظف المختص.

وبنفس المنحى اتجه القانون الدولي الخاص البلجيكي فمخ لإرادة الزوجين تعيين القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بهما، إذ نصت المادة (٤٩) منه على إن "١- النظام المالي للزوجين يحكمه قانون إرادة الزوجين. ٢- ولا يجوز للزوجين الاختيار إلا من بين

(١) ينظر الى نصوص القانون المدني الفرنسي المعدل بعد عام ٢٠١٦ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي: https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016. تمت زيارة الموقع بتاريخ

القوانين التالية: أ- قانون الدولة التي تم تعيينها من قبلهم، كقانون محل الإقامة المعتادة بعد اتمام الزواج. ب- قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة لأي من الزوجين وقت الاختيار. ج- قانون جنسية اي من الزوجين وقت الاختيار".

أما عن وقت اختيار القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص البلجيكي فقد نصت المادة الخمسون منه على أنه "١- يتم اختيار القانون الواجب التطبيق قبل أو أثناء الزواج ويمكن تعديل هذه الاختيارات لاحقاً. ٢- يجب إن يتم الاختيار مع مراعاة حكم المادة (١/٥٢) ويلزم إن ينصب على مجموع أموال الزوجين. ٣- لا يرتب تغير الاختيار أثراً إلا بالنسبة للمستقبل، ويجب إلا يمس هذا الاختيار بحقوق الغير"^(١).

مما تقدم نلاحظ إن القانون الدولي الخاص البلجيكي قد اعطى الحرية لإرادة الزوجين في اختيار القانون الذي تخضع له آثارهما المالية، سواء كان هذا الاختيار قبل أم أثناء الزواج بشرط أن لا يتعدى هذا الاختيار على حقوق الغير و لا تسري آثار هذا الاختيار إلا على المستقبل.

كذلك نجد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام ١٩٨٧ قد أقر دور الإرادة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، إذ نصت المادة (٥٢) على إن "١- يخضع نظام الملكية الزوجية للقانون الذي يختاره الزوجان. ٢- يجوز للزوجين اختيار قانون الولاية التي يسكنان فيها أو التي سيتم توطينهم فيها بعد اتمام مراسيم الزواج أو قانون الولاية التي يكون احد الزوجين من جنسيتها".

من ذلك نلاحظ إن المشرع السويسري على الرغم من إنه اعطى لإرادة الزوجين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على نظام الملكية الخاص بهما، إلا أنه قد قيد هذا الاختيار ببعض القوانين مثل قانون الموطن المشترك للزوجين أو قانون جنسية أحد الزوجين، ولم يجعل أرادتهما حرة طليقة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

(١) ينظر الى نص المادة (٤٩) من القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ٢٠٠٤/٧/١٦ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي <https://sociedip.files.wordpress.com> تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٥.

أما مشروع القانون المدني العراقي فلم يعط أي دور لإرادة الزوجين في اختيار القانون الذي تخضع له الآثار المالية الخاص بالزوجين وإنما جعلها مقيد بقانون جنسية الزوج، بدلالة نص المادة (٢ / ١٩) منه على إن "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال".

كان من الأجدر بالمشروع العراقي لو أنه نحى منحى المشروع الفرنسي والبلجيكي والسويسري ومنح لإرادة الزوجين الحرية بأختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بهما.

٢- في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على انتهاء الرابطة الزوجية

لم تعط أغلب التشريعات أي دور لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على انتهاء الرابطة الزوجية، عدا البعض من التشريعات قد نحت على غير ذلك وهو إعطاء الحرية لإرادة الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق على انتهاء الرابطة الزوجية^(١)، ومن التشريعات التي سمحت لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على انتهاء الرابطة الزوجية هو القانون الدولي الخاص البلجيكي، إذ نصت المادة (٢/٥٥) على إن "ومع ذلك يجوز للزوجين اختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو الانفصال الجسماني، ولا يمكنهم تعيين سوى احد القوانين التاليه: ١-قانون الدولة التي يحمل كلا الطرفين جنسيتها وقت تقديم الطلب. ٢- القانون البلجيكي. من الواجب التعبير عن هذا الاختيار في أول جلسة أمام المحكمة".

وبصدد موقف المشروع البلجيكي هذا يرى البعض من الفقه على الرغم من إن المشروع البلجيكي قد منح إرادة الزوجين اختيار القانون الواجب التطبيق علي الطلاق أو انتهاء الرابطة

(١) د. خير الدين الأمين، تراجع معيار جنسيه المدعى عليه في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، ٢٠١٩، ص ١٠٦.

الزوجية، لكن جعل استقلالية إرادة الزوجين محدودة، وفضل تطبيق القانون البلجيكي لضمان فعالية القرار البلجيكي في خارج البلاد^(١).

ومن القوانين الأخرى التي كذلك منحت للزوجين إمكانية اختيار القانون الذي يطبق على الطلاق وبالاتفاق المشترك بين الزوجين هو قانون الدولي الخاص الهولندي، إلا أنه قد قيد هذا الاختيار بأن يحملان الزوجين نفس الجنسية ويتفقا على اختيار قانون آخر بدلا عنه شريطه إن يكون قانون الموطن^(٢).

أما المشرع العراقي فأن القانون المدني العراقي فلم يعط كالعادة لإرادة الزوجين أي دور حيث نصت المادة (٣/١٩) منه على إن "ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى".

وكان من المستحسن بالمشرع العراقي لو أنه نحى منحى المشرع البلجيكي والهولندي وأعطى لإرادة الزوجين إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق بما لا يخالف احكام الشريعة الاسلامية.

٣- في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على النفقة:

اختلفت تشريعات الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة، فأغلب التشريعات تخضع النفقة إلى قانون محل الإقامة المعتادة للدائن، وقسم آخر من التشريعات يخضعها إلى قانون جنسية المدين أو الدائن، لكن هناك اتجاه حديث يخضع المسائل الخاصة بالنفقة للقانون الذي تختاره إرادة الأطراف^(٣)، ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص البلجيكي إذ نصت المادة "٧٥" على أن "١- الاتفاق المتعلق بالنفقات الناتجة عن العلاقات الأسرية، الزواج

(1) Marc Fallon et Johan erau, la nouvelle loi sur le droit international prive, lio du 16 jullet 2004, éditions kluwer, 2004, p135.

(٢) د. محمد حمدي بهنسي، دور الاراده الفردية في حل تنازع لقوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٥.

(3) Yves el hage, L'autonomie delà volonté dans les règles déconfit de lois sur lecouple, article, 2020, p50.

والمصاهرة يحكمه قانون الإرادة على أن يكون أما قانون دولة الجنسية المشتركة لهم، أو قانون الدولة التي يوجد على إقليمها محل إقامتهم المعتادة وقت الاتفاق. ٢- ما لم يوجد اختيار، فإن هذه المسائل تحكمها قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة الدائن بالنفقة وقت الاتفاق، ومع ذلك فإن هذا الاتفاق يحكمه قانون دولة الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة عندما يكون للأخير محل إقامة معتادة على إقليم هذه الدولة وقت الاتفاق. ٣- يكون الاتفاق صحيحاً من حيث الشكل إذا جاء متوافقاً مع القانون الواجب التطبيق بموجب الفقرة ١، ٢ أو قانون الدولة التي أبرم فيها".

وفي صدد بيان موقف القانون الدولي الخاص السويسري فقد نصت المادة (٤٩) منه على إن "تخضع التزامات النفقة بين الزوجين لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ والتي تم استبدالها ببروتوكل لاهاي لعام ٢٠٠٧ الخاصة بالقانون الذي يحكم الالتزام بالنفقة"، وهذا يعني أن القانون السويسري شأنه شأن القانون البلجيكي كذلك منح للزوجين مكنة اختيار القانون الذي يحكم المسائل الخاصة بالنفقات.

أما موقف المشرع العراقي لم يمنح أي دور لإرادة الأطراف في تعيين القانون الذي يحكم النزاعات الناشئة عن الالتزام بالنفقة، إذ نصت المادة (٢١) من القانون المدني العراقي على أن "الالتزام بالنفقة يسري عليها قانون المدين بها".

ثانياً/ موقف الأتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية:

بعدما بينا موقف تشريعات الدول المقارنة من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية، سنتناول في هذا القسم بيان موقف الأتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية وكما يأتي:-

١- موقف اتفاقية لاهاي الصادرة عام ١٩٧٨ و الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين:-

نصت المادة الثالثة من الاتفاقية على إن "يخضع النظام المالي للزوجين للقانون الداخلي الذي يختاره الزوجان قبل الزواج، ولا يمكنهما الاختيار إلا من بين القوانين التالية: ١- قانون الدولة التي ينتمي إليها احد الزوجين بجنسيته عند إجراء الاختيار. ٢- قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة لأحد الزوجين عند إجراء الاختيار. ٣- قانون الدولة الأولى التي يتخذ على إقليمها أحد الزوجين محل إقامة عادية جديدة بعد الزواج. ويطبق قانون الإرادة على مجموع أموال الزوجين، ومع ذلك إذا لم يجري الزوجان الاختيار المقرر بموجب الفقرات السابقة، فانه يمكنهم فيما يخص كل العقارات أو بعضها اختيار قانون المكان الذي توجد عليه هذه العقارات، ولهما إن يضمنوا اتفاقهم ما ينسحب على العقارات التي يكتسبونها في المستقبل لقانون موقعها"^(١).

يتضح لنا إن المادة المذكورة من الاتفاقية على الرغم من أنها منحت لإرادة الزوجين الحرية في الأختيار للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي الخاص بالزوجين، إلا انها قد قيدت هذا الاتفاق بقوانين معينة لا يجوز للأطراف إلا الاختيار من ضمنها، وهي قانون الجنسية أو قانون الإقامة المعتادة لأحد الزوجين، بشرط إن يكون هذا الاختيار قبل الزواج أو قانون الدولة التي يقيم عليها أحد الزوجين إقامة حديثة بعد الزواج، وكذلك ورد ضمن المادة المذكورة إن الزوجين يمكنهم اختيار القانون الذي تخضع له أموالهم العقارية لكن لايجوز لهم الاختيار إلا قانون موقع العقارات وهذه القاعدة هي السائدة في أغلب البلدان، وهي إن العقار يخضع إلى قانون موقعه.

٢- موقف اتفاقية روما الثالثة الصادرة عام ٢٠١٠ والخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو انتهاء الرابطة الزوجية:-

نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على إن "١- يجوز للزوجين الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على التطليق أو الانفصال الجسماني، شريطة إن يتم ذلك من بين القوانين التالية: أ_ قانون دولة محل الإقامة المعتادة للزوجين عند إبرام الاتفاق. ب- قانون

(١) انظر الى نص المادة ٣ من اتفاقية لاهاي الصادرة في عام ١٩٧٨ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، والمنشوره على الموقع الالكتروني التالي: <https://assets.hcch.net>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٤/٧.

الدولة التي يوجد بها آخر إقامة اعتيادية للزوجين، بشرط إن يكون احدهما لا يزال يقيم هناك وقت إبرام الاتفاق. ج- قانون دولة جنسية احد الزوجين وقت إبرام الاتفاق. د- قانون المحكمة التي تقام فيها الدعوى. ٢- مع عدم المساس بالفقرة (٣) يمكن تعديل الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق في أي وقت قبل اللجوء إلى القضاء. ٣- إذا كان قانون القاضي يجوز تحديد القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة أثناء سير الإجراءات، ففي هذه الحالة يمكن الاحتكام في اتفاق الاختيار إلى قانون القاضي^(١).

من خلال المادة المذكورة اعلاه نلاحظ إن اتفاقية روما الثالثة قد منحت الزوجان حرية اختيار للقانون الواجب التطبيق على الطلاق أو انتهاء الرابطة الزوجية، لكن قيدت هذا الاختيار بعدة قوانين وهي قانون إقامة الزوجين عند إبرام اتفاق الاختيار أو قانون آخر دولة أقام بها الزوجين أو قانون دولة جنسية احد الزوجين وقت إبرام اتفاق الاختيار، أو قانون المحكمة التي تفصل في النزاع، وكذلك أعطت المادة للزوجين إمكانية تعديل هذا الاختيار للقانون بقانون آخر لكن بشرط إن يتم قبل اللجوء للقضاء.

٣- موقف بروتوكول لاهاي الصادر في ٢٠٠٧ والخاصة بأختيار القانون الواجب تطبيقه على المسائل الخاصة بالنفقات:-

نصت المادة السابعة من هذا البروتوكول على إن "١- مع مراعاة المواد ٣، ٦ فإن للدائن والمدين بالنفقة إن يختارا في أي وقت إحدى القوانين الآتية لتحكم الالتزام بالنفقة: أ- قانون الدولة التي ينتمي اليها أحد الأطراف بجنسيته وقت الاختيار. ب- قانون محل الإقامة المعتادة لأحد الأطراف وقت الاختيار. ج- القانون الذي تم اختياره من جهة الأطراف لحكم العلاقات المالية الزوجية، أو ذلك الذي يجب تطبيقه فعلا لحكم هذه العلاقات. د- القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم نظام التطلق، أو الذي يتم تطبيقه فعلا في هذا الشأن. ٢- هذا الاتفاق يجب إن يكون مكتوبا على الورق، أو بأي طريقه تمكن من الاطلاع عليه لاحقاً، مع توقيعه

(١) ينظر الى نصوص الاتفاقية والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي: <https://eur-lex.europa.eu>.

تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٠/٤/٢٠٢٢.

من قبل الزوجين. ٣- لا تطبق الفقرة الأولى على الالتزامات بالنفقة المتعلقة بالأشخاص الذين يقل سنهم عن ثمانية عشرة سنة، أو البالغين الذين لا يستطيعون تقدير مصالحهم بسبب حالتهم الصحية، أو عدم توافر الكفاءة الشخصية لهم^(١).

يتبين لنا من نص المادة من البروتوكول انها أعطت لإرادة الدائن والمدين بالنفقة (الزوجين) اختيار القانون الذي يحكم النفقة، لكن قيدت هذا الاختيار بمجموعة من القوانين يستطع الأطراف الاختيار من ضمنها، وكذلك اشترطت المادة المذكورة في هذا الاختيار أن يكون مكتوباً سواء على ورق أم على أي وسيلة أخرى بشرط إن يبقى محفوظاً بالشكل الذي دون فيه من أجل تحقيق الأمان والاستقرار لهذا الاختيار.

الفرع الثاني

مبررات قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية

استند الاتجاه المؤيد لمنح إرادة الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، إلى جملة من الأسباب ومنها:-

أولاً/ احترام الحرية والمساواة بين الزوجين، التي تُعدّ من المبادئ الأساسية الشائعة والتي سادت في العصر الحديث وأثرت بقواعد القانون الدولي الخاص، وكان أثرها بصفة خاصة على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية، ويعتبر السبب الرئيسي للمساواة بين الزوج والزوجة هو بسبب الانتقال المتزايد للأفراد عبر الدول وحصول الزواج المختلط، فألّا اعتراف بالمساواة بين الجنسين قد نادى به الكثير من الاتفاقيات الدولية سواء كانت اتفاقيات مدنية أم اقتصادية أم ثقافية، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

(١) ينظر: نصوص بروتوكول لاهاي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على النفقات الصادر في عام

٢٣/١١/٢٠٠٧، والمنشوره على الموقع الالكتروني التالي:-

تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٢/٤/٢٠٢٢. file:///C:/Users/hp/Downloads/DS02147362AN.en_fr.pdf

الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨^(١)، فجميع هذه العوامل أثرت على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية^(٢).

ثانياً/ إن منح الإرادة الاستقلالية ضمن نطاق الأحوال الشخصية يعد مكماً لمبدأ القرب أو لمبدأ تطبيق القانون الذي لديه أوثق الروابط الموضوعية مع العقد، فبقدر ما يرغب الطرفان باختيار القانون من المنطقي احترام هذا الاختيار الذي يربط النظام القانوني بالحالة أكثر من ارتباطه بالتسمية، إلا أن جانب من الفقه إن القول بذلك يعد مشكوكاً فعندما تسمح البعض من القوانين للأطراف في اختيار قانون ليس له أي ارتباط بالحالة، لكن سمح للأطراف بهذا الاختيار لأنه يتوافق مع احتياجاتهم، فهذا يعني ليس المهم إن يكون قانون الإرادة مرتبطاً بالنزاع بقدر ما يكون مناسباً لاحتياجات الأطراف، وفي غياب الاختيار الصريح لقانون الإرادة يراعي القاضي الذي يفصل في النزاع توافر هذه الصلة مره أخرى^(٣).

ثالثاً/ ذهب جانب من الفقه إن السبب الرئيسي لإعطاء الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية بسبب تشبيهها بالالتزامات التعاقدية، لأن مسائل الأحوال الشخصية لم تعد مقتصرة على الزواج والاطفال فقط بل تدخل أمور أخرى من ضمنها، مثل الشركات المسجلة أو اقتسام التعايش بين الزوجين، تعتبر هذه من قبيل التعاقد ولا بد من إن تدخل إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها^(٤).

رابعاً/ يؤدي الدور الإرادي للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى الاتجاه نحو المرونة في القواعد الامرة التي تحكم تنازع القوانين ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية، فعندما تسمح البعض من التشريعات للإرادة باختيار قانون معين ليحكم منازعات الأحوال الشخصية التي تكون في أغلب التشريعات محسوم أمرها بقواعد امره صارمة يؤدي إلى

(١) د. خير الدين الامين، مصدر سابق، ص ١٠٢

(2) Gérald Goldstein, l'autonomie de la volonté dans le statut personnel, article, 2018, p204.

(3) Gérald Goldstein, op cit, P202.

(4) Yves el hage, op cit, p46_47.

التخفيف من صرامة هذه القواعد، لكن هذا لا يؤدي دائماً إلى إنكار طابع الأمر للقواعد الأمره وبالخصوص إن بعض القوانين حتى إن منحت الأفراد الحرية في الاختيار القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية جعلتها مقيدة باختيار قانون معين كقانون الموطن أو محل قانون الإقامة الاعتياديه أو قانون الجنسية، ومن تلك القوانين هو القانون المدني الاسباني الصادر في عام ١٩٩٠ فقد اعطى للأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم آثار الزواج لكن جعلها مقيدة في قانون الإقامة المعتادة لاحد الزوجين أو قانون الإقامة المشترك للزوجين أو قانون الجنسية^(١).

وبالخصوص إن البعض من القواعد الجامدة التي لم تعد تتناسب مع حرية الأفراد في مسائل الأحوال الشخصية، فمثلاً المادة الأولى من اتفاقية ميونخ لعام ١٩٨٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على الأسماء نصت على إن "الأسم أو الألقاب الشخصية يتم تحديدهما بواسطة قانون الدولة التي ينتمي إليها الفرد" ومعنى هذا إن يتم تحديد الأسم أو اللقب من خلال الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها وهذا يتنافى مع مبدأ الحرية للفرد، إذ إن قانون الإرادة يحقق التوازن من خلال البحث عن أفضل الحلول في مجال الأحوال الشخصية وبين وجود قواعد أمره، ولا ضير في اقتحام قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية لانه بالتالي يؤدي لتحقيق غايات موضوعية وخاصة في الجوانب الإجرائية في مسائل الزواج أو ما يتعلق بتحديد اسم الشخص والنظام الإجرائي المتبع في ذلك، ولن يؤدي ذلك إلى المساس بالقواعد ذات طابع الأمر طالما بعيدة عن المساس بالنظام الاساسي للدولة سواء كان اجتماعي أم سياسي و ديني^(٢).

لذلك يجب التخفيف من المبالغة في غلو القواعد الجامدة التي تحيط بالأطراف في مسائل الأحوال الشخصية، التي ترتكز أساساً على إعطاء قدر كبير من الحرية للأطراف، فمن خلال النظرة الفاحصة لقانون الأسرة تؤكد إن العديد من أحكامه تتسم بالمرونة الكافية وتترك مجالاً واسعاً لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بعيداً عن القيود التي تبتعد عن الغاية

(1) Bénédicte fauvarque, libre disponibilité des droits et conflits de lois, paris, 1996, p37.

(2) Jean Yves calier, autonomie de la volonté et statut personal, bruxelles, p309.

المرجوة، إذ يقف القانون المحدد بضوابط إسناد جامدة وعاجزة عن التعبير عن إرادة الأطراف ومواكبة التطورات الاجتماعية أو الاقتصادية أو الثقافية^(١).

خامساً/ إن اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية كالطلاق أو النفقة والنظام المالي الخاص بالزوجين، يؤدي إلى ميزة الضمان والاستقرار والقدرة على التنبؤ فيما يتعلق بالقانون المعمول به في الواقع، فيظل قانون الإرادة سارياً العمل به على الرغم من التغيرات التي قد تحدث في وضعهم الشخصي، وبغض النظر عن السلطة التي تفصل في النزاع على وجه الخصوص، فمثلاً لا يترتب على التغيير بمحل الإقامة المعتادة للدائن بالنفقة أي تعديل للقانون المعمول به، على عكس ما ينتج عند غياب هذا الاختيار من قبل الأطراف^(٢).

سادساً/ أثرت التطورات الاقتصادية والاجتماعية على الدور الإرادي للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في نطاق مسائل الأحوال الشخصية، لكونها من أكثر المواضيع المهمة في حياة الإنسان فقد اهتمت جميع الشرائع السماوية بالأحوال الشخصية وفي الخصوص نتناول الشريعة الاسلامية لانها تعامل الاسرة انها أساس بناء المجتمع وتطوره، فحدثت الكثير من التغيرات في التشريعات الداخلية أدت إلى التخلص من بعض الأفكار والاعتقادات في ما يتعلق بحياة الانسان الخاصة، وهذه التغيرات بدورها أثرت على الحياة الخاصة الدولية للفرد والاعتراف بأن للأطراف دور في اختيار القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بدلاً من قواعد الإسناد في تنازع القوانين وهذا التطورات لم تأتي من العدم وإنما بسبب ازدياد الهجرة من البلدان العربية إلى البلدان الأوروبية بسبب الانفتاح الاقتصادي والاجتماعي، إذ أدت هذه الهجرة إلى حدوث الزواج المختلط فكان لابد من إيجاد قواعد إسناد تناسب مع جميع هذه

(١) د. أحمد ابو المجد عفيفي، تعاضم دور الارادة في مجال الأحوال الشخصية، بحث منشور، كلية الحقوق، جامعة السيدات، مصر، ٢٠٢٠، ص ٣٧.

(2) Paul Lagarde, l'europeanisation du droit international privé – Conflits de loie, ، والمنشور على الموقع الالكتروني التالي:

تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٧/٤/٢٠٢٢. <https://www.ejtn.eu>

التطورات في المجتمعات، فذهب البعض من الفقه إن قاعدة الإسناد المناسبة في هذه الحالة هي منح الإرادة دوراً في اختيار القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية^(١).

سابعاً/ إن الاعتراف بدور الإرادة والإقرار بها في مسائل الأحوال الشخصية تؤدي إلى تركيز العلاقة محل النزاع كما هو الحال في الالتزامات العقدية الدولية، فاختيار الأطراف القانون الذي يحكم نزاعاتهم ضمن نطاق الأحوال الشخصية من أفضل الحلول، وفي حالة عدم وجود اختيار للأطراف يتم تطبيق قانون الإقامة المعتاد أو الجنسية المشتركة للزوجين، أي يتم تطبيق القانون الذي يعبر بشكل واضح عن تركيز العلاقة وتوثيقها وارتباطها بروابط وثيقة بدولة معينة، لكن انتقد هذا الرأي، لأنّ هذا يعني تارة قصور دور الإرادة في تركيز العلاقة محل النزاع، وتارة أخرى ينادى بتطبيق القانون الذي يعبر عن تركيز العلاقة في دولة معينة أو التركيز المكاني في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وعلى أي حال يمكن لإرادة الأطراف إن تؤدي دورها في تركيز العلاقة في قانون معين وذلك من خلال وجود عدة قوانين يختار أطراف النزاع من بينها^(٢).

ثامناً/ إن الدور الإرادي للأطراف في مجال الأحوال الشخصية يؤدي إلى التمتع الفعلي بالحقوق الأساسية في مجال الأحوال الشخصية، فمنح اختيار القانون الواجب التطبيق للإرادة يؤدي إلى توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف وإقامة توازن عادل بين الزوجين، ومنع ظهور حالة عدم الاختصاص القانوني في مجال الأحوال الشخصية، وهذا يتوافق مع الهدف الذي تسعى إليه الدول التي تعطي حقوقاً كاملة للأفراد^(٣).

تاسعاً/ تراجع ضوابط الإسناد التقليدية لصالح مبدأ سلطان الإرادة، فمنذ زمن قريب لم يكن الاعتماد على ضوابط أخرى غير تلك المتعارف عليها في مجال الأحوال الشخصية والتي تكون دائماً بتطبيق قانون الجنسية للزوج أو قانون محل الإقامة المعتادة للزوجين أو قانون الموطن، لكن الأمور اختلفت في زمن ليس بعيد و تطورت فكرة الاستعانة بملحقات بديلة وهي الاستعانة

(1) Gérald Goldstein, op cit, p204.

(٢) د. أحمد ابو المجد عفيفي، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٣) د. خير الدين الأمين، مصدر سابق، ص ١٠٢.

بإرادة الأطراف باعتبارها ضابط إسناد يخدم مصالح الأطراف أكثر من أي ضابط إسناد آخر^(١)، إذ إن قانون الإرادة يكون على قدم المساواة مع قانون الإقامة أو قانون الجنسية في فض منازعات الأحوال الشخصية و يتم المفاضلة بينهما حسب المعايير التي تعتبرها كل دولة من الدول مناسبة، ولا يجب إن يقيد اختيار الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بقانون الجنسية أو قانون الموطن، والسبب في ذلك هو إن منازعات الأحوال الشخصية لا بد فيها من الرجوع لضوابط مستمدة من إرادة الشخص نفسه^(٢).

وعلى الرغم من أن ضوابط الإسناد التقليدية لها ثقلها الخاص في مسائل الأحوال الشخصية مثل ضابط الجنسية لأنه يعبر عن سيادة الدولة، وله جاذبيته وجذورها العميقة في استقرار هذا النوع من الإسناد الذي يساهم في تحقيق الأمن القانوني بصفة دائمة ومستمرة، وإن كان تغير كثيرا في العصر الحديث، كما إن فكرة الإسناد إلى قانون الجنسية قد تواجه العديد من العراقيل خاصة عندما يفقد الشخص جنسيته أو يكتسب جنسية أخرى مع عدم الاحتفاظ بالجنسية القديمة، وهو بذلك ينتقص من فكرة الديمومة والاستقرار والأمان القانوني في حالة الاكتفاء بالرجوع إلى ضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية، فهذه جميعها عوامل قد ساعدت في تدخل إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات الأحوال الشخصية^(٣).

وعلى الرغم من المبررات التي ساقها الاتجاه المؤيد لدور الإرادة في منازعات الأحوال الشخصية، إلا أن انتقد جانب من الفقه استقلالية الإرادة في منازعات الأحوال الشخصية في أنه ينطوي على مخاطر، ومنها قد يختار الزوجان قانون لا علاقة له بوضعهما ويضر بمصالحهم فهو قانون تعسفي، أو قد يختار الزوجان قانون يتعارض مع القيم المحمية التي يحميها مجتمعنا

(1) H.muir watt, droit international privé, paris, 2001, p115

(2) Sabrine maya bouyahia, la proximité en droit international privé de la famille français et tunisien: actualité et perspectives (etude des conflits de lois), université panthéon_assas, 2012, p17.

(٣) د. أحمد ابو المجد عفيفي، مصدر سابق، ص ٤٦.

ومن ثم لا بد إن يتم استبعاد قانون إرادة الزوجين بقانون آخر تعينه المحكمة التي تفصل في النزاع^(١).

المطلب الثاني

دور قانون الإرادة في الالتزامات غير التعاقدية

تخضع اغلب من تشريعات الدول للالتزامات غير التعاقدية لقانون الدولة التي يقع فيها الفعل الضار، ولم يتدخل الدور الإرادي للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية إلا في وقت حديث، من خلال ما تبين سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:-

الفرع الأول:- موقف الفقه والتشريعات الوطنية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية.

الفرع الثاني:- تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية في ظل الاتفاقيات الدولية والتطبيقات القضائية.

الفرع الأول

موقف الفقه والتشريعات الوطنية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية

من خلال هذا الفرع سوف نبين موقف الفقه والتشريعات الوطنية من الدور الأراذي للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لذلك سوف نقسمه على وفق الآتي:-

أولاً/ موقف الفقه من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:-

(1) Fabien Cadet, l'ordre public en droit international de la famille, étude comparée France/Espagne, l'Harmattan, Paris, 2005, p230_231.

انقسم الفقه حول اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بين رافض ومؤيد وكما يأتي:-

١- الاتجاه الرافض لتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:-

تبنى هذا الاتجاه تطبيق القانون المحلي أو قوانين أخرى بدلاً من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية، معززين رفضهم هذا للأسباب الآتية:-

أ- الطابع الأمر لنظام الالتزامات غير التعاقدية:-

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى إن لا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، وذلك بسبب طبيعة القواعد الأمره التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، فهي قواعد لاتسمح لإرادة الأفراد اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، لذلك لابد من تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار لانه يعد دليلاً على ارتباط المسؤولية التقصيرية بمكان وقوع الفعل الضار، فمنح الحرية لإرادة الأطراف يؤدي إلى الابتعاد عن الغاية وتجرد القواعد الأمره من مضمونها، فأصحاب هذا الاتجاه يستندون في الدرجة الأولى على فكرة الإقليمية باعتبار إن قواعد المسؤولية التقصيرية تعد جزءاً من قواعد الأمن والبوليس، لأن فكره الإقليمية هي الأساس في تنازع القوانين وإن سيادة الدولة على إقليمها تقتضي خضوع الأفعال التي تقع على الإقليم إلى قوانين هذا الإقليم من أجل حماية مصالح الأفراد ومصالح الدولة وحماية سيادة الدولة من القانون الذي يعتدي على هذه السيادة^(٢).

(1) Pierre bourel, les conflicts de lois en matière d'obligations extra contractuelles, rennes, 1961, p5.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٩.

ب- إقامة نوع من التوازن بين مصالح الأطراف ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية:

لا يمكن إن يتحقق ذلك التوازن إلا من خلال تطبيق قانون مكان الفعل الضار، إذ إن لابد من تعويض الطرف المتضرر دون النقص بحقوقه ودون زيادة تؤدي بالضرر بالطرف المتسبب بالفعل الضار، وهذا لا يمكن تصوره في حال تطبيق قانون آخر مثل قانون الإرادة على هذه المسؤولية، لذلك لابد من تطبيق قانون الدولة التي حدثت على إقليمها الفعل الضار^(١).

ج - محاربة الغش نحو الاختصاص القضائي:

إن تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية يؤدي إلى الغش نحو الاختصاص القضائي، ولا يمكن محاربة هذا الغش إلا من خلال منع تطبيق قانون الإرادة وتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار أو القانون الأكثر صلة بالحادث بدلاً عنه، إذ إن هذه القوانين تكفل تناسق النظم القانونية المختلفة وتحترم توقعات الأطراف وتضمن الأمان القانوني عبر الحدود^(٢).

د - المعوقات التي تواجه تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية

من الصعب دخول الدور الإرادي للأطراف ضمن نطاق الالتزامات غير التعاقدية، لأنها تكون مبنية على ثوابت محددة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية^(٣)، فقد يؤدي قانون الإرادة الذي يحكم المسؤولية التقصيرية بتطبيق قانون دولة معينة أو اختيار محكمة دولة معينة من أجل الفصل في النزاع القائم بين الأطراف، لكن هناك صعوبة قد تواجه الطرف المتضرر لم يكن يتوقعها عند الاتفاق بينه وبين الطرف المسؤول عن الضرر الذي لحق به عند اختيار هذا القانون، ومن أجل التيسير على أطراف المسؤولية التقصيرية فيتم

(١) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ٢٠٠٨، ص ٤٠٥.

(٢) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣، ص ٥٨.

(3) Jeffrey a.talpis, l'accommodement raisonnable en droit international prive québécois, université de montréal imprime au canada, 2008, p56_57.

تطبيق القانون المحلي ورفض فكرة تطبيق قانون الإرادة، لأن تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار يؤدي الى سهولة حصول الطرف المتضرر على التعويض المناسب له، إذ في حالة ترك الاختيار لأطراف المسؤولية التقصيرية فقد يختار الأطراف قانون يؤدي إلى صعوبة في الإجراءات في سبيل حصول الطرف المتضرر على حقه في التعويض ومن أجل المحافظة على حق الطرف المتضرر في التعويض فإن لا يترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما يتم تطبيق القانون المحلي أو القانون الأكثر صلة بالحادث على المسؤولية التقصيرية وذلك للبساطة والوضوح والتيسير على أطراف المسؤولية التقصيرية^(١).

هـ- يتجه الأغلبية من الفقهاء إلى تغليب تطبيق قوانين أخرى غير قانون الإرادة على المسؤولية التقصيرية، فمثلاً يتم تطبيق القانون المحلي أو القانون الأكثر صلة بالحادث لأنه يتفق أكثر من قانون الإرادة مع مبدأ تركيز العلاقة القانونية التي أدت إلى نشوء الالتزام غير التعاقدية سواء بصورته النافعة أو الضارة، إذ إن مبدأ تركيز المسؤولية التقصيرية لا يمكن تحقيقه من خلال تطبيق قانون الإرادة وبالتالي فإن لا بد تطبيق قوانين أخرى بدلاً من ترك الحرية للأطراف^(٢).

و- كذلك برر الاتجاه الرافض لتطبيق قانون الإرادة على المسؤولية التقصيرية، بأن الالتزام بأصلح الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع يجد أساسه في القانون وليس في إرادة الأطراف، فهناك اختلاف واضح بين الالتزامات التعاقدية التي تقوم على مبدأ قانون الإرادة والالتزامات القانونية المفروضة من قبل المشرع، فلذلك فإنه لا يمكن إن يطبق قانون الإرادة المتعارف عليه في العلاقات العقدية في مجال العلاقات غير العقدية لأن ذلك يعد خطأً واضحاً بين هذه العلاقات^(٣).

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في الالتزامات غير التعاقدية، مصدر سابق، ص ٥٦ و ص ٥٧.

(٢) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٢٢.

(٣) د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٩٥.

٢- الاتجاه المؤيد لقانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:-

ذهب جانب من الفقه إلى تأييد قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية وطرح لتأييد وجهة نظره جملة من الحجج والمبررات:-

أ- إن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية قد أدى إلى تحقيق الازدهار في العلاقات الاقتصادية ونمو التجارة الدولية بين الدول المختلفة، فهذه الأسباب أدت إلى ادراك بعض مشرعي الدول إلى إعمال هذا المبدأ وإدخاله في نطاق ميادين أخرى مثل المسؤولية التقصيرية، فأصبح بإمكان الأفراد اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بعد حدوث الفعل الضار من أجل التعويض عن الأضرار نتيجة الإخلال بواجب قانوني غير تعاقدي^(١).

ب- الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون المحلي أو أي قانون آخر عدا قانون الإرادة، فعلى الرغم من وجود العديد من الدول التي اخذت بتطبيق القانون المحلي، إلا أن عملية تطبيق القانون المحلي قد تواجهها صعوبة في التطبيق، فمثلاً قد يحدث الفعل الضار في دولة ما ويتحقق الضرر في دولة أخرى، ومثال ذلك جرائم تزوير العلامات التجارية كما لو قلدت إحدى الشركات الإنجليزية في إنجلترا بعض المنتجات الصناعية الألمانية التي تحمل علامة المانية فهنا الفعل الضار قد حدث في إنجلترا والضرر ترتب في ألمانيا، ومن الصعوبات أيضاً هو إن يحدث الفعل الضار في أماكن لا تخضع لسيادة أي دولة كما لو حدث تصادم في عرض البحر بين باخرتين تابعتين لدولتين مختلفتين^(٢)، فهنا تكون لدينا صعوبة في التطبيق للقانون المحلي وليس هناك مجال لإعمال تطبيق أي قانون آخر مثل مكان حدوث النتيجة أو قانون القاضي الذي قد يأتي تطبيقه بدون أساس، أما في حال تطبيق قانون الإرادة وترك حرية الاختيار للأطراف فهنا يكون لدينا معالجة لهذه الحالة دون إن يكون لدينا فراغ قانوني، وذهب جانب من الفقه أيضاً إلى إن تطبيق قانون مكان حدوث الجريمة قد يحمل طابع مصطنع عندما يكون

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٨٣ و ص ٢٨٥.

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ١٩٦ و ص ١٩٧.

حصول الحادث في مكان عرضي لا يرتبط به بأي شكل من الأشكال بقانون مكان حدوث الجريمة وإنما قد يرتبط بقوانين أخرى، ومثال ذلك حوادث السيارات، ولا يمكن إن نتخلص من هذه المعوقات إلا من خلال تطبيق قانون يكون عادلاً بالنسبة لإرادة الأطراف وهو قانون الإرادة^(١).

ج- إن فسخ المجال لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى افضل الحلول، لأنه إذا ما اتفق الأطراف بملء إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية، وذلك اقتناعهم بأن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم ولا يمس بحقوق الغير فيجب في هذه الحالة على القاضي تطبيق هذا القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف بعد التأكد من إن هذا الاختيار لا يخالطه ولا يداخله التعسف والغش نحو القانون^(٢).

د- إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات غير التعاقدية هو مظهر من مظاهر الحرية الفردية التي يجب إن يضمنها المشرع للأفراد، والتي تعطي الدول وزناً كبيراً لحرية الأفراد ونواياهم وتضع قواعد تميل إلى مساعدتهم عندما يتعلق الأمر بتشكيل اتفاقهم أو تعديلته أو الامتثال له، فمنذ الوقت الذي يمكن لرعايا الدول التحرك فيه عبر الحدود الجغرافية، فذلك يتسبب في عدم تطبيق قوانين معينة وتطبيق قوانين أخرى بدلاً عنها، وهنا لا بد إن يتم فرض مبدأ استقلالية الإرادة للأطراف كنتيجة طبيعية لاختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية^(٣).

هـ- الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة بسبب وجود علاقة عقدية سابقة بين الأطراف: قد تكون هناك علاقة تعاقدية سابقة بين الأطراف وينفقون على اختيار تطبيق قانون معين من أجل تحديد حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية والآثار التي تنتج عن العقد المبرم بينهما، ويتوقع الأطراف تطبيق قانون الإرادة الذي يحكم العلاقة التعاقدية التي فيما بينهم

(1) Bénédicte fauvarque cosson, op cit, p.336.

(٢) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في الالتزامات غير التعاقدية، مصدر سابق، ص ٨٧.

(3) Marta requejolsidro, elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual, revista de derecho, 2013, p2013_215.

على مسؤوليتهم التقصيرية التي تتحقق نتيجة حدوث ضرر يترتب على العلاقة السابقة بينهما، فمثلاً أطراف عقد العمل فقد يتفق العامل مع رب العمل إن في حالة انتقاله من المكان الذي يسكن فيه إلى مقر العمل إن رب العمل هو الذي يتحمل مصاريف هذا الانتقال، وفي أثناء انتقال العامل يتعرض هذا العامل إلى ضرر يصيبه أثناء هذا الانتقال من المكان الذي يسكن فيه إلى مقر العمل، ففي هذه الحالة إن العامل يتوقع تطبيق نفس القانون الذي تم اختياره ليحكم عقد العمل بينة وبين رب العمل على الحادث الذي حصل له بسبب انتقاله لمقر العمل، فإن التعويض عن الفعل الضار والضرر الذي لحق بالعامل يخضع للقانون نفسه الذي تم اختياره ليحكم الرابطة العقدية بينه وبين رب العمل^(١).

و- عدم ملائمة القانون المحلي في بعض الاحيان بسبب عدم ارتباطه بروابط وثيقة الصلة بالمسؤولية التقصيرية^(٢).

ز- إن تطبيق قانون الإرادة يؤدي إلى تحقيق للعدالة لأنها تتحقق من خلاله مصالح الأطراف، فالطرف المتضرر تحقق مصلحته عندما يتم تعويضه عن الأضرار التي لحقت به، أو من خلال اختيار قانون يتضمن شروط تمنعهم من الإعفاء من المسؤولية، كذلك يحقق مصلحة الطرف المسؤول عن الفعل الضار عندما يتم اختيار قانون يحقق مصالحة من خلال تبسيط الإجراءات المتبعة من ناحية دفع التعويض، وهناك البعض من القوانين التي قد تسمح بالتعويض على أساس المخاطر التي تعرض لها الفرد ودون إن يكون هناك خطأ من جانب الشخص المسؤول عن الفعل الضار فتعد مسؤوليته مسؤوليه كاملة، وبذلك يستطيع الطرف المتضرر الحصول على التعويض عن الفعل الضار الذي لحق به^(٣).

(1) Olivera boskovic, la reparation du prejudice en droit international privé, paris, 2003, p217.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص ٢٨٥ و ص ٢٨٦.

(٣) د. ممدوح محمد خيرى، المسؤولية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة مجلة البحوث القانونية، دار المنظومة، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ٢١٥.

ح- يؤدي الاختيار للقانون من قبل الأطراف إلى اختيار قانون مناسب بدلاً من تطبيق قانون لا يتناسب مع ظروف القضية ولا يأخذ بعين الاعتبار بالحل الموضوعي للنزاع الذي يهتم له أطراف العلاقة، لذلك فإن تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية يكون متلافياً لتطبيق قاعدة إسناد جامدة تطبق بصفة مجردة على العلاقة دون إن تنظر إلى ظروف القضية^(١).

ثانياً/ موقف القوانين الوطنية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:

اختلفت القوانين الوطنية بشأن تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية، فالبعض من التشريعات منحت للإرادة مكنة الاختيار للقانون من خلال الاتفاق المباشر بين الأطراف بعد حدوث الفعل الضار أي دون إن يكون هناك التزام عقدي سابق بين الأطراف، بينما التشريعات الأخرى التي أعطت لإرادة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية قد اشترطت إن يكون هناك التزام عقدي سابق بين الأطراف ونفس هذا القانون الذي اختاره الأطراف ليتم تطبيقه على الالتزام العقدي هو بذاته يطبق أيضاً على العلاقة غير العقدية، وهذا ما سنوضحه وكالاتي:-

١- التشريعات التي سمحت بتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية دون إن تكون هناك علاقة عقدية سابقة بين الأطراف:-

تبنى القانون الدولي الخاص الألماني حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، ونصت المادة (٤٢) منه على إن "يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، ويستطيع أطراف المسؤولية التقصيرية، بموجب هذا الاتفاق تعيين القانون الملائم أو المناسب لتحديد المسؤولية عن الضرر لتحديد

(١) هند مهند عبد، التغيير الإرادي لظروف الإسناد اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١١، ص٢٠٨.

التعويض المستحق، وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على اللجوء للقضاء ولا حقا عليه، ولكن بعد حدوث الضرر ودون المساس بحقوق الغير^(١).

من ذلك يتضح إن القانون الدولي الخاص الألماني قد منح للإرادة إمكانية اختيار القانون الذي يطبق على الالتزامات غير التعاقدية، إذ يستطيع أطراف المسؤولية التقصيرية الاتفاق على تحديد القانون الذي يحكم التزامهم غير العقدي وسواء كان هذا الاتفاق بعد اللجوء للقضاء أم قبل أن يتم اللجوء إلى القضاء، لكن بشرط بعد وقوع الفعل الضار، ودون إن يمس هذا الاتفاق حقوق الغير.

كذلك نجد إن القانون الدولي الخاص السويسري قد أقر حرية الأطراف في الاختيار ونصت المادة (١٣٢) منه على إن "يجوز للأطراف بعد وقوع الفعل الضار الاتفاق في أي لحظة على تطبيق قانون القاضي"^(٢).

يتبين لنا إن الفرق بين القانون الدولي الألماني و السويسري هو إن القانون الدولي الخاص السويسري عندما منح الحرية للأفراد في الاختيار القانون الواجب التطبيق ضمن مجال المسؤولية التقصيرية وضع شروط معينة، ومنها إن يكون الاتفاق على القانون بعد حصول الفعل الضار، وجعل هذه الحرية الأطراف مقيدة بأختيار قانون القاضي ولا يجوز لهم اختيار قانون أجنبي آخر، بينما القانون الدولي الخاص الألماني لم يجعل اختيار الأطراف للقانون مقيد بقانون القاضي وإنما يستطيع الأطراف اختيار قانون آخر غير قانون القاضي الذي يفصل في النزاع، وبنفس هذا الاتجاه سار القانون الدولي الخاص المجري، فنصت المادة (٤١) منه على إن "لأطراف المسؤولية التقصيرية التنازل عن القانون الواجب التطبيق عادتاً، لمصلحة قانون القاضي، لملائمة هذا القانون لحل النزاع، ولا يجوز اختيار

(١) ينظر الى هامش صفحة ٤٠ من الرسالة.

(٢) انظر الى المادة (١٣٢) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر عام ١٩٨٧.

قانون أجنبي آخر، إلا إذا كان هذا الاستبعاد لمصلحة قانون دولة القاضي " وهي نفس القيود الذي وضعها المشرع السويسري^(١).

ومن القوانين العربية التي كذلك نحت هذا النحو هو القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨، حيث نصت المادة (٧١) على إن "يمكن للأطراف بعد حصول الفعل الضار، الاتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الابتدائي"^(٢).

يتضح لنا من نص المادة المذكوره إن المشرع التونسي قد أعطى أطراف المسؤولية التقصيرية كذلك حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، لكن جعلها مقيدة باختيار قانون دولة القاضي، شأنه شأن القانون الدولي الخاص المجري والقانون الدولي الخاص السويسري.

٢_ التشريعات التي سمحت بتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية بشرط إن تكون هناك علاقة عقدية سابقة بين الأطراف:-

أقرت البعض من التشريعات مبدأ تطبيق قانون الإرادة على المسؤولية التقصيرية بشرط إن يكون هناك عقد مبرم بين الأطراف سابقاً في وجوده للمسؤولية التقصيرية، أي قبل حصول الالتزام غير العقدي للمسؤولية التقصيرية أي قبل إن يحدث الفعل الضار هناك عقد مبرم بين الأطراف، وهو ما أخذ به القانون البلجيكي، إذا إن في الاصل في القانون البلجيكي تخضع المسؤولية التقصيرية في الأصل لقانون مكان إقامة المضرور وعندما لا يكون له مكان إقامة معروف فتخضع إلى قانون دولة الفعل الضار، أو قانون الدولة التي يرتبط بها الالتزام غير العقدي بروابط وثيقة وهو ما نصت عليه المادة (١/٩٩) من القانون الدولي الخاص البلجيكي "الالتزامات الناتجة عن الضرر يحكمها قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمضرور، وقت حدوث الضرر، وفي حالة عدم وجود مكان إقامة اعتيادية يطبق قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، وحدث الضرر في أراضيها، وفي غير جميع الحالات الأخرى، يطبق

(١) مشار إليها لدى د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع، العدد الثاني والثلاثون، ٢٠٠٧، ص ١٥٥.

(٢) ينظر الى نصوص من القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨، والمنشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://wrcati.cawtar.org/assets/documents/pdf/CodeDroitInternational.pdf>. تمت زيارة الموقع

قانون الدولة التي يرتبط بها الالتزام بصلة وثيقة"، إلا إن المادة (١٠٠) من نفس القانون نصت على إن "خلافاً لما ورد ذكره في المادة ٩٩، تخضع الالتزامات الناشئة عن الضرر التي لها صلة وثيقة بعلاقات قانونية قائمة بين الأطراف، للقانون الذي ينطبق على تلك العلاقة"^(١).

يتضح لنا من نص المادة المشار إليها أن لو كان هناك التزام عقدي بين الأطراف سابقاً في وجوده للمسؤولية التقصيرية، وتم تعين القانون الذي يحكم النزاعات الناشئة عن هذا الالتزام العقدي، وبعد فتره زمنية تسبب أحد الأطراف بحادث لآخر بعيداً عن العلاقة العقدية فإن نفس القانون الذي يحكم العلاقة تعاقدية يحكم كذلك العلاقة غير العقدية.

وكذلك ورد أيضاً في القانون الدولي الخاص البلجيكي في المادة (١٠١) إمكانية الأطراف القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية، حتى إن لم تكن بين الأطراف علاقة عقدية سابقة، فنصت المادة المشار إليها على إن "الأطراف يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم الالتزام الناشئ عن العمل الضار بعد نشوء العمل الضار"

وبذلك يتضح لنا إن القانون البلجيكي قد أورد أكثر من نص مادة، وهذا يعني انه قد منح لأطراف المسؤولية التقصيرية الحرية في القانون الذي يطبق على المسؤولية التقصيرية.

أما موقف القانون العراقي فقد أخذ بما هو سائد في معظم القوانين، إذ نصت المادة "٢٧" من القانون المدني العراقي على إن "١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. ٢- على أنه لا يسري حكم الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"، وهذا يعني إن المشرع العراقي قد رجح تطبيق القانون المحلي استجابة للاعتبارات التي يبني عليها ضابط الإسناد، والتي تنصب على تعلق قواعد المسؤولية التقصيرية بالأمن المدني وسيادة الدولة على كل ما يقع على إقليمها من أفعال^(٢). أي إن المشرع العراقي لم يمنح أي

(١) ينظر الى هامش صفحة ٥٤ من الرسالة.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٦٨.

دور للإرادة في تعين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، ونقترح على المشرع إن يحدوا حدوا المشرع البلجيكي ويمنح الأطراف إمكانية اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم غير التعاقدية.

الفرع الثاني

تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية في ظل الاتفاقيات الدولية والتطبيقات القضائية

سنبين في هذا الفرع موقف الاتفاقيات الدولية والتطبيقات القضائية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية وذلك في إطار النقطتين الأتيتين:-

أولا/ موقف الاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:

ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية شأنها شأن التشريعات الوطنية في منحها الحرية للأطراف في الاختيار للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، ومن تلك الاتفاقيات هي لائحة روما الثانية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧^(١).

تقسم هذه اللائحة بشأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية إلى قسمين وعلى التفصيل الآتي:-

١- اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية نظراً لوجود التزام تعاقدي سابق بين الأطراف

نصت المادة الرابعة بفقراتها الثلاثة من لائحة روما الثانية على إن "١- ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في هذه اللوائح، فإن القانون المطبق على الالتزامات غير التعاقدية

(١) ينظر الى نصوص اتفاقية روما الثانية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧ والمنشوره على الموقع الالكتروني التالي: <https://eur-lex.europa.eu>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٥.

الناجمة عن فعل ضار هو قانون البلد الذي وقع فيه الضرر، بغض النظر عن الدولة التي وقع فيها الفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر، وأياً كانت البلدان التي تحدث فيها عواقب غير مباشرة لهذا الفعل. ٢- ومع ذلك، عندما يكون الشخص الذي يتم الاحتجاج بمسؤوليته ويكون للشخص المتضرر محل إقامة في نفس البلد وقت حدوث الضرر، فإنه قانون ذلك البلد ينطبق. ٣- إذا نتج عن جميع الظروف إن فعل الضرر له صلة أوثق بشكل واضح مع دولة أخرى غير تلك المشار إليها في الفقرتين ١، ٢ فإن قانون ذلك البلد الآخر ينطبق، ويمكن تأسيس تلك الصلات الوثيقة على العلاقة السابقة بين الأطراف، مثل العقد الذي يرتبط بروابط وثيقة مع العمل الضار المعنى".

يتضح لنا من نص المادة المشار إليها من هذه اللائحة، إن الالتزامات غير التعاقدية يطبق عليها في الأصل قانون الإرادة، لكن في الحالة التي لا يوجد فيها هناك اتفاق بين الأطراف على اختيار قانون معين يطبق أما قانون دولة المكان الذي تكونت فيه نتيجة الضرر وبغض النظر عن مكان وقوع الفعل الضار أو قانون محل إقامة الشخص المتضرر في حالة كان له محل إقامة معين، أو يتم تطبيق قانون الدولة التي لها علاقة وثيقة بالحادث وتعتبر من العلاقات الوثيقة بالحادث هو وجود عقد سابق بين الأطراف وتم اختيار قانون دولة معينة من قبل الأطراف ليطبق على هذا العقد، كان يكون هناك عقد عمل وتم اختيار قانون دولة معينة يطبق على هذا العقد، وأثناء فترة العمل حدثت مشاجرة بين صاحب العمل والعامل وحدث ضرر للعامل نتيجة المشاجرة لم يكن لها صلة بعقد العمل، ففي هذه الحالة إن القانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على عقد العمل (الالتزام تعاقدي) يطبق كذلك على الالتزام غير التعاقدية، وهذا هو المقصود من وجود علاقة عقدية سابقة بين أطراف المسؤولية التقصيرية.

٢- اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية دون إن يكون هناك علاقة عقدية سابقة بين الأطراف:-

نصت المادة (١٤) بفقراتها الثلاثة من لائحة روما الثانية على إن "١- يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية: أ- بموجب اتفاق لاحق لوقوع الفعل الذي

ادى إلى حدوث الضرر. ب- عندما يمارس الأطراف نشاطا تجاريا، ويتم الاتفاق بينهما على اختيار قانوناً معيناً قبل وقوع الفعل الذي يؤدي إلى حدوث الضرر، وسواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا يمكن استنتاجه من ظروف معينه، ولا يخل بحقوق الغير. ٢- عندما تكون جميع عناصر المسألة مركزه وقت وقوع الفعل الضار، في بلد آخر غير الذي تم اختيار قانونه، لا يمكن إن يؤثر هذا الاختيار للقانون من قبل الأطراف بقانون هذا البلد، والتي لا يسمح قانون تلك الدولة مخالفتها بالاتفاق. ٣- عندما تكون جميع عناصر المسألة وقت حدوث الفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر، موجودة جميعا في بلد عضو أو أكثر فلا يمكن للأطراف اختيار قانون بلد آخر، ينال من تطبيق القوانين السارية والواجبة التطبيق في دولة القاضي العضو في المجموعه الأوروبية^(١).

يتضح لنا إن المادة المشار إليها من لائحة روما الثانية قد أعطت للأفراد الحرية في الاختيار للقانون الذي يطبق على المسؤولية التقصيرية ذات الطابع الدولي، وسواء كان تعبير الأطراف عن هذا الاختيار تعبيراً صريحاً أو ضمناً استنتجته القاضي من الظروف المحيطة بالدعوى، سواء كان وقت الاختيار للقانون قبل وقوع الحادث أو بعد وقوع الحادث.

إلا أن المادة المشار إليها قد وضعت عدة ضوابط أو قيود على هذه الحرية التي منحتها للأطراف وهي:-

أ- ألا يضر هذا الاختيار من قبل الأطراف بحقوق الغير، فمثلا لو كان المسؤولين عن الإصابة عن الفعل الضار متعددين وكذلك المتضررين متعددين وتم الاتفاق معهم على قانون معين ليحكم العلاقة غير العقدية، لكن تم القبول على القانون من قبل بعض المصابين وتم رفض هذا الاختيار للقانون من البعض الآخر، فهنا الأشخاص المتضررين الذين رفضوا هذا الاختيار غير ملزمين بقانون الإرادة^(٢).

(١) ينظر الى هامش صفحة ٧٧ من الرسالة.

(2) Marie dechamps, la La loi applicable a` la responsabilité Volume 2: Les regles spéciales applicables, aux obligations non contractuelles, 2012, p44.

Marta reguejo isidro, op ،cit, p 218.

كذلك ينظر إلى:

ب- إن لا يتعارض قانون الإرادة مع النصوص الآمرة للبلد الذي تتمركز فيه عناصر المسألة، ويتضح ذلك من الفقرة (٢، ٣) من نص المادة (١٤) المشار إليها إذ قيدت هذا الاختيار، بأن لا يتضمن الاختيار للقانون أي انتقاص أو تعطيل للنصوص الآمرة في البلد الذي ترتبط فيه عناصر المسألة الواقعة بروابط وثيقة عند وقوع الفعل الضار، فلا يجوز مخالفتها، ويعد هذا قيد مقبول ومعقول، وكذلك وضعت اللائحة شرطاً أو قيداً آخر وهو عدم التحايل والغش على النصوص الآمرة لقانون البلد الذي تتمركز فيه عناصر المسؤولية والذي كان يجب تطبيقه على المسألة لولا اتفاق الأطراف، ولا شك إن القصد من المادة (٣/١٤) هو لتفعيل لفكرة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي التي تكون منتمية لإحدى دول الاتحاد الأوروبي^(١).

أما عن أسس وشروط المسؤولية التقصيرية وأسباب الإعفاء منها، فيما لو كانت طبيعة الأضرار قابلة للتعويض أم لا، فإن المادة "١٥" من لائحة روما الثانية نصت على إن "يحكم القانون المطبق على الالتزامات غير التعاقدية بموجب هذه اللائحة على وجه الخصوص: أ- شروط ومدى المسؤولية، بما في ذلك تحديد الأشخاص الذي يمكن اعتبارهم مسئولين عن الأفعال التي يرتكبونها. ب- أسباب الإعفاء والقيود وتقاسم المسؤولية".

كذلك من الاتفاقيات الدولية الأخرى التي أشارت إلى إمكانية تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية هو مشروع المجموعة الأوروبية الذي أعد خلال لجنة اجتماعات الخبراء في دولة لكسمبرج في عام ١٩٩٨، إذ نصت المادة (٨) على إن "يستطيع الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وذلك باتفاق لاحق على نشأة النزاع، ويجب إن يكون هذا الاختيار صريحاً، ولا يضر بحقوق الغير"^(٢).

ثانياً/ موقف القضاء من تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية:-

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢) ينظر الى نصوص المشروع منشورة على الموقع الالكتروني التالي:- <https://www.europarl.europa.eu>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٠/٦/٢٠٢٢.

على الرغم من إن محاكم أغلب الدول ظلت متمسكة بتطبيق قانون محل حصول الفعل الضار أو تطبيق القانون الأكثر صلة بالحادث، فقد اتجهت البعض من المحاكم إلى اتجاه حديث وهو تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات غير التعاقدية، فمثلا الولايات المتحدة الأمريكية ظلت متمسكة بتطبيق قاعدة قانون محل وقوع الفعل الضار حتى صدور حكم بقضية الزوجين جاكسون والآنسة بابكوك لعام ١٩٦٣ في محكمة استئناف نيويورك، إذ تخلت المحكمة المذكورة عن تطبيق القاعدة السائدة أي (قاعدة خضوع الفعل الضار إلى مكان وقوعه) وتطبيق بدلاً عنه قانون إرادة الطرف المصاب، وتتخلص وقائع هذه القضية، عندما قرر الزوجين جاكسون السفر من نيويورك إلى كندا بسيارتهم الخاصة وكان الزوجين مصطحبين معهم بعض سكان المدينة، وفي اقليم أونتاريو وقع لهم حادث بسبب انحراف السيارة عن الطريق وأصيبت الآنسة بابكوك بجروح خطيرة، وقد طرحت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على القضاء وكذلك لتحديد مسؤولية سائق السيارة السيد جاكسون اتجاه الانسة بابكو، وآستبعدت المحكمة تطبيق قانون أونتاريو أي قانون محل حصول الفعل الضار الذي يعفى سائق السيارة من تعويض الأضرار التي تلحق الراكب بالمجان، وطبقت بدلاً عنه قانون ولاية نيويورك التي اختارت الانسة بابكوك، وهو يلزم السيد جاكسون بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها، وانتقد هذا الحكم قاعدة التنازع التي تعطي الاختصاص للقانون محل وقوع الفعل الضار وهو ما يسبب الأضرار بالآنسة بابكوك لأن قانون محل حصول الفعل الضار، يقضي بعدم التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتضرر بسبب الركوب مع السيد جاكسون بالمجان، فلا بد من الخروج عن هذه القاعدة لتخفيف جمودها الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية بغض النظر عن الحل الذي يعطي عند تطبيقها، فضلاً إن قاعد التنازع المذكورة تستند لقانون واحد أياً كانت العلاقة القانونية المعنية، كما أن المثير في هذه القضية إن نظام حكم التعويض عن الأضرار قد تتغير بسبب وقوع الحادث مصادفة في اقليم أونتاريو والذي في حال تطبيقه يؤدي إلى عدم تعويض الانسة بابكوك عن جروحها أي يلحق الضرر بها⁽¹⁾.

(1) David, Cavrs, Elliott. Cheatham, brainerd Currie, Albert, Robert, Leflar and Will, A

مما تقدم نجد إن المحكمة في هذه القضية قد وضعت معايير عدة لتحديد القانون الواجب التطبيق، بأن تسمح للطرف المتضرر بتجنب تطبيق القانون الذي يكون غير عادلاً، وتطبيق بدلاً عنه قانون إرادة الطرف المتضرر، وأن الحكم في قضية بابكوك والزوجين جاكسون وضع مبدأين: أولهما هو ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار هدف القواعد المادية المعنية، وثانيهما هو البحث عن القاعدة التي ترتبط بها العلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً كما أنه أخذ بإرادة الشخص المصاب بنظر الاعتبار، وإن احترام الإرادة في تطبيق القواعد الموضوعية يتفق والبحث عن القاعدة التي ترتبط بها العلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً، وإن الروابط التي تربط العلاقة القانونية بالنظام القانوني لا يجب إن تحدد بعدد الروابط وإنما بطبيعة هذه الروابط إذ العبرة بالكيف لا بالكم، بمعنى أنه عندما ترتبط وقائع القضية بعلاقات خاصة بنظام قانوني، يكون لقواعد هذا النظام مصلحة في التطبيق.

ومن التطبيقات القضائية الأخرى هو حكم للقضاء الفرنسي الحديث في قضية "Roho" لعام ١٩٨٨، إذ حدث نزاع بين شخصين من أفراد القوات المسلحة الفرنسية المرابطة في جيبوتي، تسبب أحدهما في حادث للآخر في تلك الدولة، وطبقاً لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطريق الصادر عام ١٩٧١ فإن قانون دولة جيبوتي هو الواجب التطبيق، إذ لم تتوفر شروط تطبيق القانون الفرنسي ومع ذلك تم تطبيق القانون الأخير من قبل المحكمة المختصة، وطبقاً للمادة (٥/١٢) من تقنين الإجراءات المدنية الجديد فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بأن للطرفين إن يقيدا القاضي باتفاق صريح ويحددا نطاق الحقوق فيما بينهما، وهو ما صرح لهما في القضية المنظورة باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون دولة جيبوتي أي قانون حصول الفعل الضار، وتم الاتفاق بين الأطراف على اختيار تطبيق القانون الفرنسي بدلاً عنه، فيلاحظ القرار الصادر في هذه القضية قد أعطى لإرادة الأطراف دوراً مؤكداً وملموساً، لكن هذا لا يعني أنه يتعين صياغة قاعدة التنازع مرة أخرى، إذ لا يعتبر إن هذا الحكم قد عدل قاعدة التنازع في مجال الفعل الضار، ولكن أجاز

للطرفين مخالفة قاعدة التنازع، وكذلك من الملاحظات على الحكم المشار اليه إن في حالة مخالفة الأطراف لقاعدة التنازع التي تشير إلى قانون معين واختيار قانون آخر من قبل الأطراف بدلاً عنه فلا يمكن لهذا القانون إن يطبق إلا إذا اجازت القواعد الإجرائية في قانون دولة القاضي بهذا الاتفاق الذي يجب إن يكون اتفاق صريح بين الأطراف، أما إذا لم تجز القواعد الإجرائية فلا يكون لاتفاق الأطراف أي أثر^(١).

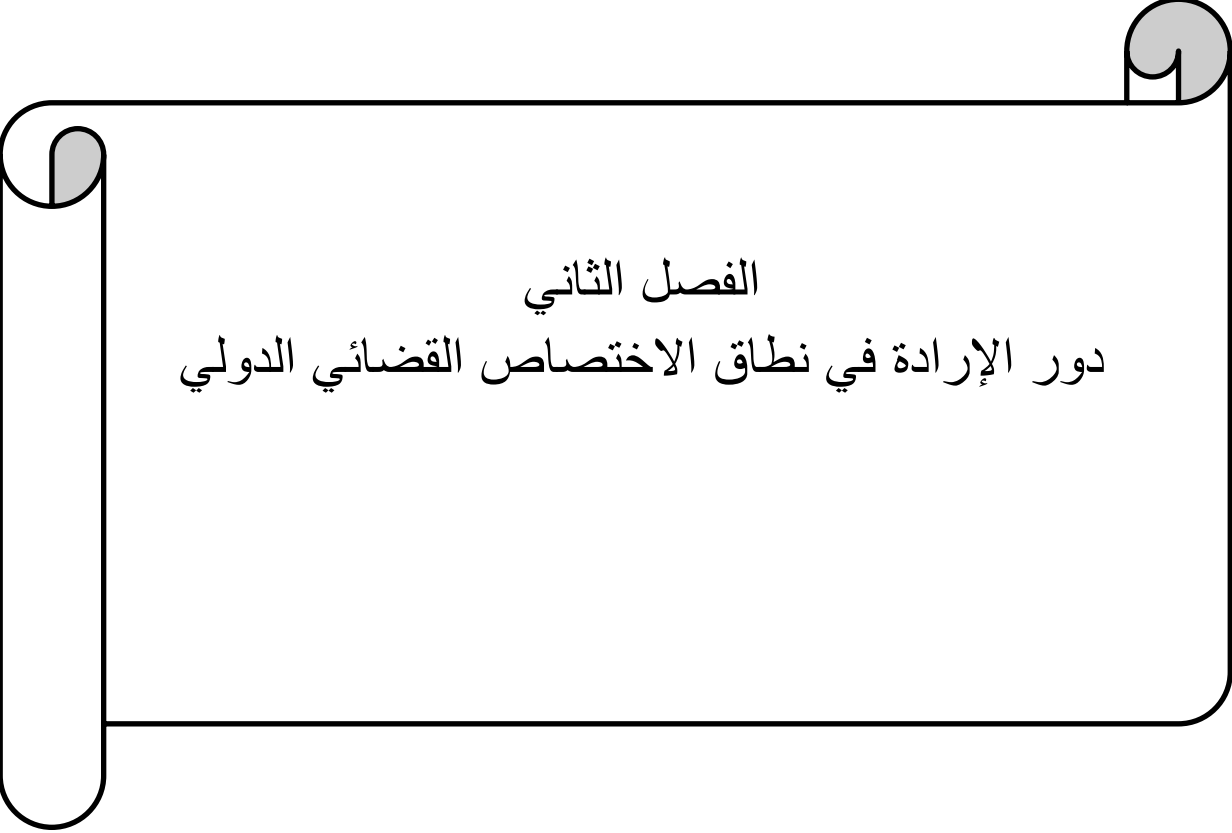
ومن المحاكم التي طبقت لائحة روما الثاني الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، هو حكم محكمة النقض الفرنسية لعام ٢٠١٤، وملخص وقائع القضية حصول نزاع بين شركة تابعة لدولة تشيلي وشركة فرنسية بسبب عقد تصدير مبرم سنة ١٩٩١ بين الشركتين، وبموجب العقد قامت شركة تشيلي مباشرة مهامها وذلك بتصدير المنتجات عن طريق إقليم دولة تشيلي، وفي سنة ١٩٩٩ تم تجديد الاتفاق بين الشركتين، إلا أن مدة العقد حددت بثلاث سنوات ويتم انهاءه بالاتفاق المشترك بين الشركتين، لكن قامت الشركة الفرنسية بفسخ عقد التصدير بالإرادة المنفردة، مبررة ذلك هو عدم اتقان أداء العمل من قبل شركة تشيلي، فرفعت الأخيرة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بها بسبب انهاء العقد من قبل الشركة الفرنسية بالإرادة المنفردة، كذلك طالبت شركة تشيلي بتطبيق قانون دولتها بوصفه قانون الدولة الذي حصل فيها الفعل الضار.

وحكمت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق المادة (٣/٤) من لائحة روما الثاني والذي نص على إن "إذا اتضح من مجموعة الظروف إن العمل الضار يرتبط بروابط أكثر وثوقاً مع بلد آخر غير البلدين المشار إليهما في الفقرتين (١، ٢) فيجب بتطبيق قانون هذا البلد، ويمكن تأسيس تلك الرابطة الوثيقة على العلاقة السابقة بين الأطراف، مثل العقد الذي يرتبط بروابط وثيقة مع العمل الضار في المسألة المطروحة"، كذلك ورد في قرار المحكمة إن لائحة روما

(١) ينظر الى الحكم منشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://hrlibrary-umn-edu>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٦/١٥.

الثانية قد أصبح نافذا في فرنسا سنة ٢٠٠٩، ويجب تطبيق القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق على عقد التصدير بسبب وجود رابطة وثيقة بين هذا العقد والمسؤولية غير التعاقدية^(١).

(١) ينظر الى الحكم منشور على الموقع الالكتروني التالي: <http://www.courdecassation.fr>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٧/١.



الفصل الثاني
دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي

الفصل الثاني

دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي

إن البحث في دور الإرادة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي يتطلب منا ابتداءً بيان معنى الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي ثم نتطرق إلى بيان الآثار المترتبة على إتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي وذلك في إطار المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول: ماهية الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الأول

ماهية الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

من المتعارف عليه إن إرادة الأطراف دوراً كبيراً في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال تنازع القوانين، فإنّ لهذه الإرادة كذلك الدور نفسه في نطاق تحديد المحكمة المختصة في نظر المنازعات الخاصة ذات الطبيعة الدولية، وهذا ما سنبحثه في إطار المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: مفهوم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي وشروطه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي والقانون الذي يحكمه.

المطلب الأول

مفهوم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي وشروطه

إن التوصل إلى معرفة المقصود بالخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي بشكل دقيق يتطلب منا إن نبين تعريف الخضوع الاختياري وصورة، والشروط الواجب توافرها عليه، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول: التعريف بالخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

الفرع الأول

التعريف بالخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

سنتناول في هذا الفرع تعريف الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، وكذلك نبين أنواعه وكالاتي:-

أولاً/ تعريف الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

أنبرى الفقه لبيان مفهوم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، إذ عرفه جانب من الفقه بأنه "هو حق الخصوم في الاتفاق على قبول ولاية القضاء للدولة حتى إن لم تكن محاكمها مختصة بالفصل في النزاع أصلاً وفقاً لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي الأخرى المقررة في قانونها"^(١).

وعرفه جانب آخر من الفقه "هو إن يتفق الطرفان المتنازعين اختيارهما على قبول سلطة محكمة دولة معينة حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة أصلاً للفصل في النزاع طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي"^(٢).

وكذلك عرفه قسم آخر من فقه القانون الدولي الخاص بأنه "اتفاق الأطراف على قبول ولاية محكمة دولة معينة والخضوع لها حتى إن لم تكن محاكمها مختصة أصلاً بنظر النزاع بموجب ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يحددها مشروع تلك الدولة"^(٣).

وبصدد تعريف القوانين الوطنية للخضوع الاختياري، نجد إن قوانين هذه الدول لم تعطينا تعريفاً واضحاً ومحددًا للخضوع الإرادي بل أكتفت بالإشارة الضمنية، فمثلاً نجد المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري نصت على إن "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو

(١) د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٥٢.

(٢) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٣) د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

ضمناً^(١)، كذلك نجد القانون الاردني لم يرد فيه تعريف للخضوع الاختياري الذي اكتفى أيضاً بالإشارة إليه من خلال الفقرة الثانية من المادة السابعة والعشرون من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي نصت على إن "تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"^(٢).

وعلى خلاف ذلك المنحى للتشريعات الوطنية، نجد إن بعض الاتفاقيات عرفت الخضوع الاختياري، ومنها المادة الثالثة لاتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة في المسائل التجارية والمدنية لعام ٢٠٠٥ بأنه "هو الاتفاق الحاصل بين طرفين أو أكثر، والذي بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المنضمه للاتفاقية أو محكمة محايدة من أجل النظر في النزاعات القائمة أو المستقبلية بسبب العقد المبرم بينهما، حتى إن كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة دولة معينة من الدول المتعاقد"^(٣).

كذلك عرفت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين الخضوع الاختياري من لائحة بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لسنة ٢٠٠١ بأنه "الاتفاق الحاصل بين طرفي العقد عندما يكون أحدهما أو كليهما مقيماً في إحدى دول الاتحاد الأوروبي، على اختيار محكمة من إحدى دول الاتحاد للنظر في النزاعات الحاصلة في الأطراف أو التي من الممكن إن تحصل في المستقبل، ويعد اختصاص المحكمة المختارة اختصاصاً حصرياً لا يجوز التنازل عنه لصالح محكمة أخرى"^(٤).

(١) ينظر الى نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ والمشورة على الموقع الالكتروني التالي: <http://www.lcrdye.org/7567>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٧/١٥.

(٢) ينظر الى نصوص قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي: <http://www.moj.gov.jo>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٧/١٥.

(٣) ينظر الى نصوص اتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة في المسائل التجارية لعام ٢٠٠٥: <https://www.hcch.net>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٧/٢٠.

(٤) ينظر الى نصوص لائحة بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لسنة ٢٠٠١ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي: <https://eurlex.europa.eu>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٧/٢٢.

نستنتج من نص المادة من الاتفاقية المشار إليها في أعلاه بأن الخضوع الاختياري قد يتفق عليه أطراف العقد أو من ينوب عنهما، والاتفاق بين هذين الطرفين أو من ينوب عنهما قد يكون عند إبرام العقد، أي قبل حدوث النزاع أو يتفق عليه عند حدوث النزاع بينهما بشرط إن يكون الطرفان أو نائبيهما مقيماً في إحدى دول الاتحاد وأن يختارا من محاكم دول الاتحاد حصراً.

خلاصة القول يمكننا تعريف الخضوع الاختياري بأنه هو اتفاق الأطراف على اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع الناشئ بينهما حتى إن لم تكن هذه المحكمة مختصة للنظر في هذه الدعوى، طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي.

ثانياً/ أنواع الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

هناك نوعان من الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، وهما الخضوع الاختياري الصريح والخضوع الاختياري الضمني، وهو ما سنحاول التطرق له تباعاً وكما يأتي:-

١- **الخضوع الاختياري الصريح:** هو اتفاق الأطراف الذي يكون بشكل واضح في العقد المبرم بينهما، ويكون دائماً بصورة شرط مانح للاختصاص القضائي، وذلك بتضمين التصرف العقدي المبرم بين الأطراف شرطاً ينعقد الاختصاص بمقتضاه لمحكمة دولة معينة، أي إن الخضوع الاختياري الصريح أما إن يكون في صورة بند يدرج ضمن بنود العقد الأصلي وفي هذه الحالة يكون الاتفاق على الخضوع لمحكمة دولة معينة قبل حدوث النزاع بين الأطراف، أو يكون في صورة عقد مستقل عن العقد الأصلي والذي يكون دائماً بعد حدوث النزاع بين الأطراف^(١).

(١) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٤٦٨.

وهناك جانب من الفقه^(١) يقسم الخضوع الاختياري الصريح إلى قسمين وهما الخضوع الاختياري الصريح الحصري والخضوع الاختياري الصريح غير الحصري، ويقصد بالخضوع الاختياري الصريح الحصري هو إن يعقد الاتفاق بين الأطراف على الخضوع لمحكمة دولة معينة واحدة، مثاله يتفق الأطراف على تخصيص محكمة بداءة بغداد في الفصل في النزاع الذي قد يحدث مستقبلاً أو الذي قد حدث، أما الخضوع الاختياري الصريح غير الحصري هو إن يتم الاتفاق بين أطراف النزاع على الخضوع لمحكمتين دولتين مختلفتين و بعد حصول النزاع يتم اختيار إحدى هذه المحكمتين، مثاله أن يتفق الأطراف على إن النزاعات التي قد تحصل في ما بينهم مستقبلاً تفصل فيها محكمة إبرام العقد أو محكمة تنفيذ العقد وبعد حصول النزاع يتم اختيار إحدى هذه المحكمتين^(٢).

وتجدر الإشارة بهذا الصدد أن العديد من التشريعات التي نصت على الخضوع الاختياري الصريح، ومنها قانون المرافعات المصري نص ضمن المادة الثانية والثلاثون على إن تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمناً^(٣)، وقانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (١) لعام ٢٠١٦ نص في المادة الثامنة منه على إن يجوز للمحكمة السورية إن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها دولياً طبقاً للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة أو ضمناً^(٤).

أما عن موقف المشرع العراقي من الخضوع الاختياري الصريح يمكننا إن نستنتج انه اشارة إلى الخضوع الاختياري الصريح ضمن الفقرتين (هـ، و) من المادة السابعة من قانون تنفيذ

(١) د. مراد صائب محمود و هلو محمد صالح، فاعلية الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية (دراسة تحليلية مقارنة)، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العدد الاول، المجلد العاشر، ٢٠١٩، ص ٥٣٥.

(٢) د. مراد صائب محمود و هلو محمد صالح، مصدر سابق، ص ٥٣٥.

(٣) ينظر الى هامش صفحة ٨٧ من الرسالة.

(٤) ينظر الى نص المادة (٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، والمنشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://www.syrian-lawyer.club/>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٧/٧/٢٠٢٢.

أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨ إذ نصت المادة المشار إليها بأن "هـ- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه".

ومن الاتفاقيات الدولية التي اشترطت إن يكون الخضوع الاختياري صريحاً هي اتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة لسنة ٢٠٠٥، إذ نصت المادة (٣/ ج) منها على إن "شرط الاتفاق بخصوص الخضوع الإرادي لمحكمة دولة معينة يجب إن يتفق عليه صراحة في العقد من خلال كتابته أو بأي وسيلة تخاطب أخرى يمكن من خلالها إثبات ذلك الاتفاق بين الأطراف".

يتبين لنا من نص المادة أعلاه قد اشترطت إن يكون الاختيار صريحاً سواء كان مكتوباً على الورق أم على أي وسيلة أخرى غير الوسائل التقليدية التي يمكن من خلالها اثبات اتفاق الحاصل بين الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

٢- **الخضوع الاختياري الضمني:** يمكن الاستدلال على هذا النوع من الخضوع من خلال سلوك الأطراف دون الحاجة لوجود الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي^(١).

مثلا حضور المدعى عليه لجلسات المرافعة في المحكمة التي تم تعيينها من قبل المدعي دون إن يطعن بعدم الاختصاص القضائي، أما فكرة الخضوع الاختياري الضمني من جانب المدعى فلا يمكن تصورها من الناحية المنطقية لأن الخضوع الاختياري الضمني لا يمكن إن يتصور إلا من قبل المدعى عليه وذلك من خلال حضوره لجلسات المرافعة دون الدفع بعدم الاختصاص القضائي^(٢).

لكن هل من الممكن اعتبار قيام المدعى عليه بتحديد دولة معينة موطناً مختاراً له من قبيل الخضوع الاختياري الضمني؟

(١) د. أحمد ابو الوفاء، التعلق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندري، ٢٠٠٠، ص ٢٢٧.

(٢) د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، جامعة الازهر، ٢٠٠٩، ص ٩٨ وص ٩٩.

أجاب جانب من الفقه ليس هناك مانع من حيث المبدأ إن يعتبر ذلك قبولاً اختيارياً ضمنياً من جانب المدعى عليه في حالة قيام القاضي الذي يفصل في النزاع استخلاص ذلك من قرائن وظروف الحال^(١).

وهو ما أخذ به القانون المرافعات المصري رقم (١٣) لعام ١٩٦٨، إذ نصت المادة الثلاثون منه على إن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: ١- إذا كان له في الجمهورية موطن مختار"، ويعتبر نص هذه المادة حكماً عاماً ينطبق على جميع منازعات الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية إلا في حالة تعلق النزاع بعقار يقع خارج الجمهوريه فلا يجوز للمحكمة إن تنظر في النزاع حتى إن قبل الخصوم الخضوع لمحاكم الجمهورية.

ومن الشريعات المقارنة التي نصت على الخضوع الاختياري الضمني، هو القانون الدولي الخاص الأمريكي لعام ١٩٦٩ والذي يلزم محاكم الولايات المتحدة على الفصل في النزاع المعروف أمامها في حالة اختيار محاكمها ضمناً من قبل الأطراف إذ نصت المادة (٣٤) منه على إن "محاكم الولايات المتحدة لها السلطة في ممارسة الاختصاص الاختياري على الأطراف الذين يلجأون إليها كمدعين بالحق، بشرط لجوء المدعى عليه أيضاً لولاية نفس المحكمة"، وبذلك يتبين إن محاكم الولايات المتحدة لا تقبل الفصل في النزاع إلا بعد التأكد من قبل المحكمة من قبول المدعي والمدعى عليه على اختيار هذه المحكمة، ولقد اشترط القانون الدولي الخاص الامريكي ضمن المادة (٨١) منه أنه من أجل قبول الخضوع الاختياري الضمني لمحاكم الولايات عدم الدفع من قبل المدعى عليه بعدم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الولايات المتحدة^(٢).

أما عن موقف المشرع العراقي من الخضوع الاختياري الضمني يمكننا إن نستنتج انه اشارة إلى الخضوع الاختياري الضمني كذلك في نفس المادة التي أشار اليها للخضوع

(١) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٥٢.

(٢) ينظر الى نصوص القانون الدولي الخاص الامريكي لعام ١٩٦٩ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي:

<https://legal.un.org>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٦/٨/٢٠٢٢.

الاختياري الصريح، لأن المادة تنطبق على كلاهما وهي المادة السابعة^(١) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨.

ومن الاتفاقيات الدولية التي أخذت بالخضوع الاختياري الضمني هي لائحة بروكسل لعام ٢٠٠١ إذ نصت المادة الرابعة والعشرين منها على إن "فيما عدا الحالات التي يمنح فيها الاختصاص لمحاكم الدول الأعضاء وبموجب هذه الاتفاقية، تكون محاكم الدول الأعضاء المختصة إذا قبل المدعى عليه لولايتها، شريطة عدم الطعن بعدم اختصاص المحكمة وشريطة عدم وجود شرط الخضوع الإرادي الصريح في العقد المبرم بين الطرفين".

يمكننا أن نستنتج إن اللائحة قد وضعت شرطين من أجل قبول الخضوع الاختياري الضمني وهما:-

١- لا يطعن المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة التي تفصل في النزاع، ٢- عدم وجود أي بند في العقد المبرم بين الطرفين بتعيين محكمة لدولة معينة تفصل في النزاع.

كذلك المادة (٢٨) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، والمادة (٢٩) من اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول مجلس التعاون العربي أشارتا إلى الأخذ بالخضوع الاختياري بصورة صريحة أو ضمنية^(٢).

(١) نصت المادة السابعة من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي في على ان "ه-كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه".

(٢) نصت المادة (٢٨) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي رقم (١) المصادق عليها في عام ١٩٨٤ على "في غير المسائل المنصوص عليها ضمن المادتين ١٦ و ٢٧ من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الاحالات الآتية: ج- اذا كان الالتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ او كان واجب التنفيذ لدى محاكم الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح او ضمني بين المدعى والمدعى عليه.

ه- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لإختصاص محاكم ذلك البلد المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الإتفاق على إختصاصها متى كان قانون ذلك البلد المتعاقد لا يحرم هذا الإتفاق.

و- إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم إختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع." ينظر الى نصوص الاتفاقية منشوره على الموقع الالكتروني التالي:-

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٢٢. https://www.tahkeem.ae/contents/files/rule_c.pdf

أما على مستوى القضاء فقد ذهب القضاء الفرنسي بأن حضور المدعى عليه إلى جلسات المرافعة دون الدفع بعدم الاختصاص القضائي أثناء جلسات المرافعة يعتبر من قبيل الخضوع الاختياري الضمني، ولا يجوز في هذه الحالة للمحكمة التي تنتظر في الدعوى الدفع بعدم اختصاصها القضائي من تلقاء نفسها، أما غياب المدعى عليه جلسات المرافعة فلا يمكن إن يفسر ذلك قبولاً ضمنياً على الخضوع الاختياري لهذه المحكمة إنما يجب على المحكمة إن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها القضائي في الدعوى المرفوعة أمامها^(١).

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

يمكن إن نعمل الشروط التي يجب توافرها في الخضوع الاختياري لمحكمة دولة ما بما يأتي:-

أولاً/ وجود رابطة بين النزاع القائم والمحكمة التي يتم اختيارها:-

يتشابه هذا الشرط مع المعمول فيه على مستوى الاختصاص التشريعي من ضرورة وجود صلة جدية بين العقد وقانون الإرادة، كذلك الحال في مجال الاختصاص القضائي الدولي، إذ

ونصت المادة (٢٩) من اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول مجلس التعاون العربي رقم (٥٨) لعام ١٩٨٩ على أن "تعتبر محاكم الطرف الذي صدر به الحكم مختصة في الحالات التالية:- ثالثاً-إذا كان الإلتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك البلد المتعاقد بموجب إتفاق صريح أو ضمني بين المدعى والمدعى عليه. خامساً-إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لإختصاص محاكم ذلك البلد المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الإتفاق على إختصاصها متى كان قانون ذلك البلد المتعاقد لا يحرم هذا الإتفاق.=سادساً - إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم إختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع."

ينظر الى نصوص الاتفاقية والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:- <http://wiki.dorar-aliraq.net> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٤/٨/٢٠٢٢.

انضم العراق الى اتفاقية الرياض للتعاون القضائي عام ١٩٨٤، وانضم الى من اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول مجلس التعاون العربي عام ١٩٨٩.

(١) مشار اليه لدى د. أشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٦٧٢ و ص ٦٧٣.

إنه من أجل إن يكون اختيار المحكمة المختصة منتجا لأثره لابد إن توجد هذه الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع القائم، وتستمد الرابطة الجدية من مجموعة من العناصر الشخصية للعقد الدولي كان يكون أحد أطراف العقد متجنس بجنسية دولة المحكمة المختارة، أو قد تستمد من مجموعة العناصر الموضوعية للعقد محل النزاع كان تكون دولة المحكمة المختارة هي الدولة التي يتم تنفيذ العقد بها أو مكان إبرام العقد بها^(١).

ويؤيد جانب من الفقه^(٢) فكرة الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة من قبل الأطراف وبين النزاع المطروح أمامها، معللين ذلك لجملة من الأسباب وهي:-

١- إذا كان المشرع قد منح للأطراف حرية اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع فإنه لابد إن يكون هذا الاختيار مبني على أسس ثابتة من أجل إن لا ينتهي الحال إلى انصياع القضاء لأهواء الأفراد على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق مع مبدأ سيادتها على إقليمها.

٢- إن انعدام فكرة الرابط الجدية يعني وفقا للنظرية الأنجلو أمريكية إن هذه المحكمة المختارة غير صالحة أو غير مختصة للفصل في النزاع القائم بين الأطراف ولا بد للمحكمة إن تتخلى عن نظر الدعوى القائمة أمامها، لأنها لا ترتبط بها ارتباطاً معقولاً ولا بد إن يعرض النزاع على محكمة دولة أخرى يكون بينها وبين النزاع رابطة جدية.

٣- وجود فكرة الرابطة الجدية تؤدي إلى احترام قوة النفاذ، فاختصاص محاكم الدولة بنظر نزاع ليس له صلة بها سوف يؤدي إلى صدور أحكام غير قابلة للنفاذ.

وفي صدد بيان موقف التشريعات المقارنة من هذا الشرط، فمن التشريعات التي اخذت بفكرة الرابطة الجدية هو القانون الدولي الخاص السويسري حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة

(١) علي عبد الستار ابو كطيفه، الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٦، ص ١١٤.

(٢) رحاوي أمنة، الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الخضوع الارادي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الاول، المجلد الخامس، ٢٠٢٢، ص ١٧٥٩.

الخامسة على أن "لايجوز للمحكمة المختارة رفض اختصاصها، إذا كان لأحد الطرفين محل إقامة أو متوطناً في سويسرا، أو إذا كان القانون السويسري واجب التطبيق على النزاع".

ومن الاتفاقيات الدولية التي اخذت بفكرة الرابطة الجدية هي اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨، فقد نصت المادة (١٧) منها على "إذا اتفق الطرفان، وكان أحدهما أو كلاهما من المقيمين في دولة متعاقدة، على إن يكون لمحكمة الدولة المتعاقدة اختصاص لتسوية أي نزاعات نشأت أو قد تنشأ فيما يتعلق بعلاقة قانونية معينة، يجب إن يكون لتلك المحكمة سلطة قضائية حصرية"^(١).

كذلك أخذت لائحة بروكسل بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لسنة ٢٠٠١ بهذا الشرط إذ نصت المادة (٢٣) منها على إن "إذا اتفق الطرفان، وكان أحدهما أو أكثر من المقيمين في دولة عضو، على إن يكون لمحكمة أو محاكم الدولة العضو الاختصاص القضائي لتسوية أي نزاعات نشأت أو قد تنشأ فيما يتعلق بعلاقة قانونية معينة، فيجب إن يكون لتلك المحكمة أو تلك المحاكم الاختصاص القضائي، ويكون هذا الاختصاص حصرياً ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"^(٢).

وعلى الرغم ما ورد من أسباب ومبررات تستلزم وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها، نجد إن البعض من الفقه^(٣) استبدلوا فكرة الرابطة الجدية بمفهوم المصلحة المشروعة، إذ يتحدد المعيار الذي تم البحث عنه بمدى ما يحققه الاختصاص القضائي لدولة معينة من تحقيق المصالح المشروعة للأطراف حتى إن كان هذا القضاء محايداً، أي لا يوجد بينه وبين النزاع القائم أمامه أي رابطة، والقيود الوحيد الذي لا بد من وضعه وهو عدم توافر حالة من حالات الغش حيال الاختصاص القضائي وهذا دائماً يكون منسجماً

(١) ينظر الى نصوص اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨ المتعلقة بشأن الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية منشوره على الموقع الالكتروني التالي: <https://curia.europa.eu> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٩/٣.

(٢) ينظر الى هامش صفحة ٨٧ من الرسالة.

(٣) د. فؤاد ديب ود. وفاء فلحوط، الاختصاص القضائي الدولي، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ٢٠١١، ص ٧٦.

مع معاملات التجارة الدولية، لأنه قد يتفق الأطراف على إخضاع العقد المبرم بينهما إلى شروط وعقد أنموذجي متعارف عليه في دولة معينة وفي نفس الوقت يختار الأطراف قضاء تلك الدولة للفصل في النزاعات القائمة بينهما أو المستقبلية.

وتتلخص فكرة المصلحة المشروعة في أن يترك لإرادة الأطراف الحرية كأساس لاختيار المحكمة التي تفصل في النزاع المطروح أمامها نظراً، لأنها حسب نظرهم الشخصي انها تحقق مصالحهم المشروعة اكثر من المحاكم الأخرى^(١)، فالمعيار إذا ليس هو مدى ارتباط النزاع بالمحكمة المختارة وإنما بمدى ما يحققه من مصالح مشروعة للأطراف حتى إن كان اختصاص هذه المحكمة محايداً اي لا يوجد بينه وبين النزاع القائم أمامه أي ارتباط سواء من خلال جنسية الأطراف أو محل إقامتهما أو غيرها من عناصر الارتباط، والقيود الوحيد الذي يجب إن يتوافر هو إن يكون الاتفاق على الخضوع أمام هذه المحكمة لتحقيق مصلحة مشروعة وإلا عد الاتفاق على الخضوع أمام هذه المحكمة باطلاً وكان الهدف منه هو التحايل والغش نحو الاختصاص^(٢).

وأصحاب هذا الاتجاه يبررون استبدالهم فكرة الرابطة الجديدة بمفهوم المصلحة المشروعة بسبب الصعوبة التي تواجههم عند وضع معيار واضح ومحدد يتم من خلاله الكشف عن فكرة الرابطة الجديدة، كذلك فإن القول بضرورة توافر هذه الرابطة الجديدة كشرط لصحة هذا الاختيار للمحكمة التي تفصل في النزاع فانه لا يعطي للأفراد مجالاً إلا اللجوء إلى التحكيم بدلاً من اللجوء إلى المحاكم واللجوء إلى التحكيم بدلاً من المحاكم المختصة قد لا يستطيع الأطراف عليه وبذلك قد يؤدي إلى عدم مطالبتهم بحقوقهم، ثم إن اشتراط الرابطة الجديدة لا يمكن إن يتم إثارته في حالة عرض النزاع على هيئة التحكيم التجاري الدولي على الرغم من أنه يتم أخراج النظر في النزاع من القضاء العادي إلى قضاء التحكيم^(٣).

(١) علي عبد الستار أبو كطفية، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) د. فؤاد ديب ود. وفاء فلحوط، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٣) د. محمد الحسنى، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢٣٧.

وختاماً يبدو إن الاخذ بفكرة المصلحة المشروعة في أخضاع النزاع لمحكمة معينة أقرب إلى الصواب من فكرة الرابطة الجدية وذلك لأن وجود الاخيرة سيكون عقبة أمام الأطراف في اختيار المحكمة المناسبة لهم للفصل في النزاع القائم، فقد تكون لدى الأطراف مصلحة مشروعة من عرض نزاعهم على محكمة دولة معينة لكن لا توجد بينها وبين النزاع القائم اي رابطة فيؤدي إلى ضياع فرصة عرض النزاع أمامها وتحقيق مصالح الأطراف المشروعة.

ثانياً/ ضرورة إن يكون النزاع المطروح أمام المحكمة المختارة نزاعاً ذي صفة دولية:-

تعدّ الدعوى المرفوعة أمام المحكمة المختارة من قبل الأطراف متصفة بالصفة الدولية عندما يكون أطراف النزاع ينتمي كلاهما إلى دولاً مختلفة أي لا يحملان نفس جنسية دولة واحدة، وبالتالي يكون النزاع خارج دائرة النزاعات الداخلية ويكون نزاعاً ذو صفة دولية^(١).

وفي هذا الصدد يرى البعض عدم ضرورة وجود شرط الصفة الدولية استند إلى ذلك لجملة من الأسباب ومنها:-

١- من المقبول إن يتم اختيار محكمة دولة معينة تفصل في نزاع داخلي وذلك لأن البعض من المعاهدات الدولية لم تضع شرط الصفة في النزاع القائم أمام المحكمة المختارة بل يعد هذا الاتفاق صحيحاً ومنتجاً لاثارة القانونية حتى إن كان نزاعاً داخلياً واختار أطرافه عرض نزاعهم على محكمة دولة أجنبية معينة.

٢- هناك صعوبة في إيجاد معيار معين يتحدد من خلاله الصفة الدولية للنزاع القائم، إلا إن هذه الصعوبة غير حقيقة بوجود المعيار الموضوعي المنضبط، فمن الممكن اعتبار النزاع ذا صفة دولية وذلك من خلال جنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو في حالة كان الشيء المتنازع عليه متصل بأكثر من دولة معينة، إذن فالصعوبة المتصورة بصدد إيجاد معيار معين ليست إلا صعوبة غير حقيقية^(٢).

(١) رحاوي امنة، مصدر سابق، ص ١٧٦١.

(٢) سعد شكوح، مصدر سابق، ص ٦.

ثالثاً/ يجب إن لا يكون الاتفاق على الخضوع الاختياري منطوياً على غش:-

يعد هذا الشرط هو في الحقيقة الوجه الآخر لشرط الصلة الجدية بين النزاع القائم والمحكمة المتفق عليها، ولا شك إن أعمال ضابط إرادة الأطراف في الاختصاص القضائي على غرار الاختصاص التشريعي، يفسح المجال أمام الأطراف للتحايل والغش نحو الاختصاص فقد يتجه الأطراف إلى إختيار محكمة دولة معينة يعلمون مقدما انها تطبق قانونها الوطني من تلقاء نفسها، فالأطراف هنا يختارون المحكمة التي تحقق رغباتهم ومصالحهم على خلاف القانون وهذا مايسمى بالغش نحو الاختصاص، فالأطراف في هذا الحالة يختارون محكمة ليست مختصة أصلاً للفصل في النزاع للحصول على حكم لصالحهم يحتجون به فيما بعد على إقليم دولة، وأما جزاء الحكم الصادر هنا هو رفض شموله بالأمر بالتنفيذ بناء على الغش الحاصل نحو الاختصاص^(١).

رابعاً/ ضرورة إن يكون الاتفاق على الخضوع الاختياري جالباً للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية:-

ذهب جانب من الفقه المصري^(٢) الى ضرورة إن يكون الاتفاق بين الأطراف على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع جالباً للاختصاص للمحاكم الوطنية، أما اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري لمحكمة دولة أجنبية اي سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية فلا يسلمون بجواز هذا الاتفاق، معللين ذلك أن أداء العدالة وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة محاكمها، فعندما تركت الدولة بيد الأطراف تحريك الدعوى فهذا لا يعني إن القضاء يؤدي فقط لتحقيق مصالحهم، كما يضيف أنصار هذا الرأي حجة أخرى وهي تعلق قواعد الاختصاص

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الاولى، العين، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٦٤.

(٢) د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري (الاختصاص القضائي) تنازع القوانين_ الآثار الدولية لأحكام التحكيم الدولي الخاص)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

القضائي بالنظام العام، لأن وظيفة تلك القواعد هي أداء العدالة والحفاظ على الأمن والسكينة وهذه بدورها تفسر النظام العام^(١).

انتقد هذا الرأي لأن منح الإرادة بجلب الاختصاص للمحاكم الوطنية فقط يحمل نزعة وطنية أنانية لا تتلائم مع ازدياد التجارة الدولية والحاجة لازدهارها وضرورة التعاون بين الدول، ومن ثم عندما يكون للأطراف مصلحة في عرض نزاعهم على محكمة دولة أجنبية فإنه يتعين على المحكمة الوطنية التخلي عن الاختصاص الثابت لها، متى كان حكمها معدوم القيمة وإن القضاء الأجنبي سيكون أقدر منها على الفصل في النزاع^(٢).

أما عن موقف المشرع العراقي فيمكن إن نستدل من نص المادة (٧/هـ) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لعام ١٩٢٨^(٣)، انه قد قبل سلب الاختصاص القضائي من المحاكم العراقية، أما جلب الاختصاص للمحاكم العراقية فهناك جانب من الفقه العراقي^(٤) يذهب في إن فيما يتعلق بجلب الاختصاص للمحاكم العراقية فمن الممكن قبوله من قبل المشرع العراقي لأنه مادام قد قبل سلب الاختصاص من محاكمة العراقية فإنه من باب أولى قد قبل جلب الاختصاص للمحاكم العراقية.

خامساً/ يجب إن يكون الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري مكتوباً:-

تنص أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية الحديثة إلى أنه من أجل صحة شرط الخضوع الاختياري لقضاء دولة معينة يجب إن يرد هذا الشرط مكتوباً ومن تلك الاتفاقيات التي نصت على ذلك هي اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لعام ٢٠٠١ إذ ورد فيها شرط إن يكون هذا الاختيار بصورة مكتوبة حتى إن كانت الكتابة بوسيلة

(١) د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، ١٩٨٨، ص ٨٣.

(٢) د. فؤاد ديب و د. وفاء فلحوط، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٣) نصت المادة (٧/هـ، و) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨ على أن "هـ- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه".

(٤) عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية (دراسة في القانون الدولي الخاص)، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٧.

الالكترونية لانها كما هو معروف إن للكتابة مكانة مهمة في الإثبات وتعود هذه المكانة المهمة هو لسهولة إعدادها منذ إبرام الاتفاق بين الأطراف، كذلك نصت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الخاصة بشرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية لسنة ٢٠٠٥ إذ اشترطت هذه المادة إن يكون الاتفاق على الخضوع الاختياري منصوصاً عليه صراحة في العقد سواء بواسطة الكتابة أو بأي وسيلة أخرى يمكن من خلالها سهولة إثبات الاتفاق على هذا الخضوع بين الأطراف^(١).

المطلب الثاني

الطبيعية القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي والقانون الذي يحكمه

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، هل هي طبيعة اجرائية ام عقدية ام مختلطة، واختلفوا أيضاً في تحديد القانون الذي يحكم صحة وأثار إتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، وهذا ما سوف نبخثه في إطار الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

أنقسم الفقه حول طبيعة الاتفاق على الخضوع الاختياري إلى ثلاثة اتجاهات وكما يأتي:-

الاتجاه الأول: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إن الاتفاق على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع هو ذو طبيعة إجرائية لأن محل هذا الاتفاق في الأساس هو سلب الاختصاص من قضاء دولة معينة مختصة أصلاً للفصل في النزاع ومنحه إلى قضاء دولة أخرى، أي إن هذا

(١) رافع أحمد بالعبيدي و الصادق عبد القادر، فاعليه ضابط الخضوع الاختياري تعالي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثالث، ٢٠٢١، ص ٣٠١.

الاتفاق على الخضوع الاختياري لقضاء دولة معينة لا يحتوي على أي جانب موضوعي، لأن هذا الاتفاق في الغالب يكون متعلق بأعمال إجرائية خاصة بالدعوى القائمة^(١).

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى النقد لأنه يتجاهل إرادة الأطراف التي تم من خلالها اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع، على الرغم من إن القاضي الذي يفصل في النزاع لا يمنع من وجود عقد يتم من خلاله تعيين المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع، لكن مع ذلك إن العمل الإجرائي يركز بالدرجة الأولى على وسائل التعبير عن الإرادة ولا يعبر أي أهمية لإرادة الأطراف في حد ذاتها^(٢).

ومن الانتقادات الأخرى التي وجهت إلى هذا الاتجاه، هي إن العمل الإجرائي والاتفاق بين الأطراف على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع باعتباره عقداً ينتمي إلى الاعمال القانونية إلا أنهما يختلفان من حيث المحل، فمحل العمل الإجرائي هو جعل القاضي الذي يفصل في الدعوى ينظر في طلبات الخصوم ودفعهم ولا يخلق التزامات متبادلة بين الأطراف، أما الاتفاق على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع، فمحلها تعيين المحكمة التي تنظر النزاع، وهذا الاتفاق يخلق التزامات متبادلة بين الأطراف، تتمثل في رفع الدعوى أمام المحكمة المختارة وعدم رفعها أمام أية محكمة أخرى^(٣).

وتجدر الملاحظة في هذا الصدد إلى أنه لا بد من وجود معيار يعتمد عليه للفرقة ما بين ما يعتبر من المسائل الموضوعية وما يعتبر من المسائل الإجرائية، إذ إن الفقه الذي ادعى إن

(1) Julien maire du poset, L'attribution de dommages et intérêts pour nonrespect d'une clause attributive de juridiction, article, 2012, p36.

<http://doc.smithdoria.com>

والمنشور على الموقع الإلكتروني التالي

(2) op cit, p37.

(٣) نور حمد الحجايا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي (دراسة في التشريع الاردني)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد الثاني، العدد الثالث والثلاثون، ٢٠٠٩، ص ٢٨٤. يقصد بالعمل الاجرائي "أنه ذلك العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثرا قانونيا في إنشاء الخصومة أو تعديلها أو انقضائها، فعندما يبدي المدعى عليه دفوعه فانه يهدف الى ترتيب اثرا قانونيا يتمثل في نفي طلبات المدعي"، ينظر الى د. عبد الحكيم فؤده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٩.

الخضوع الاختياري هو ذو طبيعة إجرائية فهو بالتأكيد قد ارتكز على المعيار الغائي، فالأخير يخصص للتفرقة بين ما يعتبر من المسائل الموضوعية وما يعتبر المسائل الإجرائية، فكلما كان الغرض هو تحقيق سير العدالة وحسن تنظيمها فهذه من المسائل الإجرائية، وبما إن الغرض من الاتفاق على الخضوع الاختياري هو تعديل الدعوى القضائية والتدخل فيها اعتبرت هذه من المسائل الإجرائية^(١).

إن فكرة العمل الاجرائي بمفهومها الواسع تشمل كل تصرف صادر من إرادة الفرد لكن هذه الإرادة ليس لها اي سلطة لأن القانون قد حدد مسبقاً الآثار القانونية التي تترتب على هذا التصرف^(٢)، فتقسم الاعمال الاجرائية إلى قسمين وهي أعمال إجرائية لا تدخل إرادة الخصوم فيها وأخرى تصرفات قانونية إجرائية تتدخل إرادة الخصوم بها إلا أن المشرع هو من يقوم بتنظيمها وترتيب اثارها، ومن خلال معرفة المصدر الرئيسي للعمل الاجرائي إذ يعد التشريع هو المصدر الأساسي للعمل الإجرائي لأن المشرع هو من وضع الاعمال الاجرائية وحدد انواعها وآثارها، فعند العودة إلى طبيعة الاتفاق على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع بين الأطراف نلاحظ إن هذا الاتفاق يتم بإرادة الأطراف ولم يكن أي دور لإرادة المشرع أو القاضي، وبذلك فلا يعد هذا الاتفاق ذا طبيعة اجرائية^(٣).

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه إن اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع ما هو إلا عقد، سواء كان بصورة عقد مستقل تابع للعقد الأصلي أم بصورة بند يدرج ضمن بنود العقد الأصلي، فهذا الاتفاق على اختيار المحكمة هو عقد مكتمل الأركان ومحلّه هو تعيين المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع^(٤).

(١) د. هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٥٤٥.

(٢) اسامه عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطلان في قانون الإجراءات الجزائرية الفلسطينية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ١٢.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات واثاره الإجرائية والموضوعية، ص ٤٤.

(4) Charalambos N fragistas، La compétence internationale en droit privé، la haya، vol 104، 1961، p15.

وبما أن هذا الاتفاق هو عقد فيكون الغرض منه هو حصول آثار قانونية وتنتج هذه الآثار من خلال التطابق بين إرادات الأطراف فعند إسقاط هذا المفهوم للعقد على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة فإنه بالتأكيد يدل على أن طبيعة هذا الخضوع هي عقدية، فحق الأطراف بتعيين واختيار المحكمة المختصة وتوافر الشروط المطلوبة في العقد ومنها تطابق ارادت الأطراف، والالتزامات المتبادلة بين الأطراف التي تتمثل من جهة في إن المدعي في الدعوى يلتزم بإقامة الدعوى أمام المحكمة المعنية في العقد فيكيف هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المدعي بأنه التزم بالقيام بعمل، ومن جهة أخرى فإن التزم المدعي عليه بعدم اللجوء إلى محكمة أخرى غير تلك المعنية في العقد فيكيف هذا الالتزام الذي يقع على عاتقه هو التزم امتناع عن القيام بعمل^(١).

الاتجاه الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن طبيعة اتفاق الأطراف حول اختيار المحكمة المختصة هو ذات طبيعة مختلطة، لأنه من جهة يعد عمل إجرائي ومن جهة أخرى يعد عقد، فهو يعد عملاً اجرائياً لأنه يحتوي على خصائص العمل الاجرائي وهو يعد عقداً لأنه يحتوي على خصائص العقد فيتضمن هذا الاتفاق بين الأطراف على جميع عناصر العقد من محل وسبب و أطراف هذا العقد، فهذا الاتجاه لا يعتبر الاتفاق الحاصل بين الأطراف ذات طبيعة عقدية خالصة ولا ذات طبيعة اجرائية خالصة^(٢)، وتعني الطبيعة المختلطة إن الاتفاق الحاصل بين الأطراف هو في الأساس عقد إلا أن محل هذا العقد مختلف تماماً إذ يكون محل هذا العقد في هذا الاتفاق هو العمل الإجرائي الذي ينصب على سلب الاختصاص من قضاء دولة معينة ومنحه إلى قضاء دولة أخرى^(٣).

ومع ذلك فقد تعرض هذا الاتجاه الى انتقادات كثيرة ومنها:-

١- إن التكييف المختلط لاتفاق الأفراد على اختيار المحكمة المختصة تتبين أهميته في حالة اعتبار هذا الاتفاق يعمل على خلق الاختصاص القضائي الدولي أو تعديلته، لكن في الحقيقة

(1) Julien maire du poset ،op cit ،p37.

(٢) د. عبد النور أحمد، مصدر سابق، ص ٤١٤.

(٣) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص لقضائي)، مصدر سابق، ص ١٦٣.

نجد إن اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة يجعل من إرادة الأطراف معياراً من معايير ثبوت الولاية لمحكمة دولة ما، وهذا الأمر في الحقيقة يتطلب فصل قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن الاتفاق الذي يعتبر شرطاً لتطبيقها.

٢- إن الأخذ بالتكليف المختلط لاتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة يؤدي إلى تشبيه قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالعقد الذي هو سبب هذا الاختصاص للمحكمة المختارة، فهذا التكليف المختلط يؤدي إلى الخلط ما بين محل العقد (الاتفاق) الذي هو اختيار المحكمة المختصة والعقد ذاته^(١).

ختاماً، لا بد من القول إن الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة هو ذو طبيعة عقدية وبعيد كل البعد عن الطبيعة الإجرائية والطبيعة المختلطة، ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي التي عرفت العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، وعند اسقاط تعريف العقد على الاتفاق على الخضوع الاختياري فإن الإيجاب والقبول الصادر من الطرفين حول الاتفاق على الخضوع الاختياري فهو تعبير عن إرادة الأطراف وهو يدعم اعتبار إن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة ما هو إلا عقد.

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي

إن القاضي الذي يفصل في النزاع المطروح أمامه يجب عليه التأكد من وجود الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي من عدمه وكذلك التأكد من صحة تكوين العقد وسلامة رضا الأطراف، ويتم ذلك من خلال تحديد القانون الذي يحكم كافة المسائل المتعلقة بتكوين هذا الاتفاق وشرعيته، ويجد القاضي نفسه أمام عدد من القوانين

(١) نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

قد تصلح لحكم هذا الاتفاق^(١) وهذا ما سنحاول التطرق اليه من خلال بيان موقف الفقه أولاً ثم بيان موقف القوانين الوطنية وكما يأتي:-

أولاً/ موقف الفقه

ذهب جانب من الفقه^(٢) الى أن الخضوع الاختياري يخضع لقانون الإرادة الذي يحكم الالتزامات التعاقدية المبرمة بين الأطراف، أما إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة وتعذر على القاضي أستخلاص إرادة الأطراف الضمنية في هذا الشأن، فإنه لا يسوغ للقاضي إن يمتنع عن أداء واجبه في الفصل في النزاع المعروض عليه وإلا عد منكراً للعدالة، ولا يجوز له إن يعض النظر عن القوانين التي تتنازع لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ويعمد على تطبيق قانونه الوطني، وإنما يتعين عليه إن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الذي كان يقصده المتعاقدان، وفي حالة تعذر الوصول لهذا القانون فإنه يطبق القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد^(٣).

ولقد تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد وهو أن أنصار هذا الاتجاه لم يفرقوا بين صحة الاتفاق و بين شرعيته، إذ إن شرعية الاتفاق تتعلق بالآثار المترتبة على الخضوع الاختياري وهي مسائل اجرائية لا تخضع لقانون الإرادة لأن الاخير يقتصر تطبيقه على الجانب الموضوعي للالتزام التعاقدية أي يتم تطبيقه على كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروطه، مثل رضا الأطراف و محله وسببه، ولكن يخرج من نطاق قانون الإرادة مسائل الأهلية لانها تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد، وشكل إبرام التصرف فهو أيضاً يخرج من نطاق قانون الإرادة لأنه يخضع للقانون البلد الذي تم إبرامه فيه^(٤).

(١) د. عكاشة محمد عبدالعال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٨٧.

(٢) د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٣٠٧.

(٣) د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، على عقود التجارة الدولي، مصدر سابق، ص ١٦.

وذهب جانب آخر من الفقه^(١) إن الاتفاق على الخضوع الاختياري يخضع لقانون القاضي الذي اختارة الأطراف برغبتهم للخضوع لاختصاصه الدولي، وذلك لأن السائد إن قواعد الاجراءات تخضع لقانون القاضي الذي يفصل في النزاع.

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً لأنه يؤدي إلى فصل الأثر الإيجابي (جلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية) المترتب على الاتفاق على الخضوع لاختصاص محاكم دولة معينة عن الأثر السلبي (سلب الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية) لهذا الاتفاق، وبالتالي يؤدي إلى الإفلات من ولاية محاكم الدولة الأخرى التي كانت مختصة أصلاً بالنزاع، وعلى هذا النحو يخضع كل من الأثر الإيجابي والأثر السلبي لقانونين مختلفين وفقاً لما إذا كان النزاع قد رفع أمام هذه المحكمة أو تلك، ومن ثم يؤدي هذا الوضع إلى إنكار العدالة وتجاهل إرادة أطراف الاتفاق في بعض الفروض، إلا أن الاتفاق بين الأطراف على الخضوع لولاية محاكم دولة معينة والإفلات من اختصاص محاكم دولة أخرى لا يعني دائماً بما يفيد رغبة الأطراف في التخلي عن إخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهم لعدالة القضاء بصفة عامة، ومن أجل تقادي هذه النتيجة يجب إن يتأكد الأطراف من إن المحكمة المختاره للفصل في النزاع تجيز مثل هذا الاتفاق^(٢).

إلا أن أنصار هذا الاتجاه من الفقه الحديث رد على هذا النقد الموجهة إليهم، في أنه لو كان قانون القاضي يجوز للأفراد الاتفاق على الخضوع الاختياري للاختصاص الدولي لمحكمة دولة ما في بعض الفروض، ويسمح لهم بالتالي بهذا الخضوع لقضاء دولة أجنبية، فإنه يتعين على القاضي مع ذلك إلا يسمح بهذا الاتفاق إلا بعد الرجوع إلى قانون الدولة التي تم الاتفاق

(١) د. حسام الدين فتحي ناصيف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٤٤.

(٢) د. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ١٥٧.

على الخضوع اختياريًا لمحاكمها للتيفن من مدى سلامة وصحة هذا الخضوع وفقا للقانون الأجنبي^(١).

وذهب آخرون في تحديد مسألة القانون الذي يحكم الاتفاق على الخضوع الاختياري، بأنه لا مفر من تطبيق قانونين على الاتفاق على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، إذ إن هذا الأخير وإن كان مصدره في اتحاد إرادة الأطراف في العقد إلا إن محله وأثره ينصب على سلب الاختصاص من محكمة وجلبه لمحكمة أخرى، ومعرفة هذه الحقيقة المتمثلة في الطبيعة المزدوجة لهذا الاتفاق تؤدي إلى استحالة تطبيق قانون واحد على هذا الاتفاق وبالتالي يحكمه قانونان، أحدهما يحكم مسأل صحة العقد والآخر يحكم الآثار التي يربتها هذا العقد، فيخضع هذا الاتفاق بوصفه عقدا لقانون الإرادة في كافة المسائل المتعلقة بتكوين العقد، مثل التيفن من وجود الاتفاق السابق على الخضوع الاختياري ومن صحة الرضا ولا يشترط بالضرورة إن يكون هذا القانون هو القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ولكن إذا اتفق الأطراف في العقد الأصلي على اختيار قانون معين ليحكمه، فهذا القانون يحكم أيضاً الاتفاق على الخضوع الاختياري هذا من ناحية صحة هذا الاتفاق وتكوينه^(٢)، أما من ناحية القانون الذي يحكم آثار هذا الاتفاق فالآثار قواعد إجرائية والقاعدة الراسخة هي خضوع الإجراءات لقانون الدولة المرفوعة أمامها الدعوى أي تخضع لقانون القاضي، وتجد هذه القاعدة أساسها هو إن قواعد المرافعات وإجراءاتها وثيقة الصلة بالقانون العام، إذ تتعلق بتنظيم وتسيير مرفق عام في الدولة هو مرفق القضاء فيها، ومن ثم يجب تطبيق قانون دولة القاضي على مسائل الإجراءات^(٣).

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد، لأن تطبيق قانونين مختلفين ليحكم الاتفاق على ضابط الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي يؤدي بالتأكيد إلى إنكار العدالة، لذلك

(١) د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٢) د. هشام خالد، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٣) د. أحمد قسمت الجداوي، مصدر سابق، ص ١٦٢.

نجد جانب من الفقه يلزم الأفراد للتأكد من إن قواعد الاختصاص السارية في محكمة الدولة الأخرى المطلوب جلب الاختصاص القضائي لها تجيز لمثل هذا الاتفاق^(١).

وترتيباً على ما تقدم فإن الاتجاه الغالب من الفقه^(٢) ذهب بتطبيق قانون الدولة التي يتبعها القاضي الذي يفصل في النزاع المطروح أمامه، وذلك لأن هذا الاتفاق على الخضوع الاختياري تغلب عليه فكرة الاختصاص أكثر من اتصالها بالعقد وإن تقدير مدى جواز الخضوع الاختياري لولاية المحكمة، يحكمها بالتالي قانون القاضي الذي تمسك الخصوم بمواجهته برغبتهم في الخضوع لاختصاصه الدولي، ومن الأسباب التي بينها أصحاب هذا الاتجاه إن محل الخضوع الاختياري قاعدة من قواعد المرافعات وليست قاعدة من القواعد الموضوعية وبالتالي خضوع قواعد الإجراءات لقانون دولة القاضي المرفوع أمامها النزاع لأن هذه القاعدة تتعلق بأداء وظيفة القضاء التي تعد من أهم وظائف الدولة، وبلا شك إن الاتفاق على الخضوع الاختياري يتعلق بمرفق القضاء في هذه الدولة.

ثانياً/ موقف القانون العراقي

في صدد موقف القانون العراقي فيمكننا أن نستنتج أنه يطبق أكثر من قانون ليحكم اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري، إذ يطبق على صحة الاتفاق بوصفه عقداً، قانون الإرادة في حالة تعينه من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، وعند غياب الاختيار قانون الموطن المشترك أو قانون الدولة التي ابرم فيها العقد^(٣)، وبعد إن يتأكد القاضي من صحة هذا الاتفاق ينتقل إلى

(١) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ١٦٣.

(٢) د. عبدالسند حسن يمامة، الإرادة ضابط للاختصاص القضائي الدولي في عقد العمل الدولي، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣، ص ١٨٣.

كذلك ينظر الى د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٩٥.
(٣) نصت المادة (٢٥ / ١) من القانون المدني العراقي على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه".

ونصت المادة (١٩ / ١) من القانون المدني المصري على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فان اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

القسم الآخر من الاتفاق وهو القسم الاجرائي للاتفاق إذ تخضع إلى قانون محكمة الدولة التي تقام الدعوى فيها، إذ نصت المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي على أن قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات^(١).

ثالثاً/ موقف القضاء من القانون الذي يحكم الاتفاق على الخضوع الاختياري للاختصاص

تميل أحكام القضاء إلى الأخذ بالرأي الذي يختار أكثر من قانون ليحكم اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري، ففي ألمانيا ذهبت المحكمة الفيدرالية الألمانية "B.G.H." إلى إخضاع اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري من إذ آثاره وقبوله لقانون القاضي بينما أخضعت صحته الموضوعية كعقد للقانون الإرادة وفي حالة عدم تحديد الأطراف للاخير فإن الاتفاق على الخضوع الاختياري يخضع للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد^(٢)، وأيضاً القضاء الفرنسي يميل إلى تطبيق أكثر من قانون ليحكم الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري^(٣)، ومن هذه الأحكام هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في عام ١٩٨٥ في قضية تتعلق بعقد نقل بضاعة مبرم بين شركة بلجيكية تعمل لصالح شركة تأمينات فرنسية وشركة نقل هندية، وتم إبرام عقد نقل البضاعة في بلجيكا واتفق الأطراف على إن يكون اختيار القانون الهندي هو الذي يفصل في النزاع الناشئ عن العقد، وأختار المحاكم الهندية للفصل في النزاعات المستقبلية، وبعد فقد البضاعة المنقولة قامت شركة التأمينات الفرنسية برفع دعوى لدى القضاء الفرنسية، إلا إن شركة النقل الهندية قدمت دفع أمام محكمة الموضوع الفرنسية بعدم اختصاصها للفصل في الدعوى، واستناداً للدفع المقدم ردت محكمة الموضوع الفرنسية الدعوى المطروحة أمامها، وقامت شركة التأمينات الفرنسية بالطعن تمييزاً بصحة الاتفاق على الخضوع الاختياري بين الأطراف لدى محكمة النقض الفرنسية، وطالبت تطبيق القانون الفرنسي لكونه القانون المؤهل للفصل في صحة هذا الاتفاق وأنه يجب إن يطبق القانون الفرنسي لأن

(١) تقابل المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي المادة (٢٢) من القانون المدني المصري والتي نصت على أن "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

(٢) د. حفيفة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(3) Philippe GUEZ. l'élection de for en droit international privé، université de paris، 1992، p228، p229.

الأخير وحده الذي يمكن إن يقرر هل من الممكن سلب الاختصاص منه من عدمه إضافة إلى إن الطرف المميز لقرار محكمة الموضوع أشار إلى أن الأخيرة لم تبين العناصر الأساسية لقبول الناقل في وقت تكوين العقد، وتم رفض النقض بسبب إن محكمة الموضوع لم يطلب منها الفصل في شرعية الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري ولكن طلب منها فقط الفصل في صحة قبول هذا الشرط وفي هذا الصدد إن القانون الفرنسي لم يكن له الأهلية الحصرية للفصل في صحة شكل الاتفاق وموضوعه باعتبار قانون القاضي، فهذا القرار الصادر من محكمة النقض يبين بشكل واضح مبدأ التفرقة بين شرعية لاتفاق وصحة الاتفاق على الخضوع الاختياري أي أن يطبق على الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري أكثر من قانون، ومع ذلك فقد بينت المحكمة في قرارها إن قانون القاضي لا يستبعد تماماً من التطبيق فيمكن تطبيقه عندما لا يتفق الأطراف صراحة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا غير الحال في هذه الدعوى لأن الأطراف قد اتفقا بشكل صريح إن القانون الهندي هو الواجب التطبيق على العقد^(١).

(١) ينظر إلى الحكم منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://eur-lex.europa.eu> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٩/١٧.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي

يترتب على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي مجموعة من الآثار، ومنها الآثار الشخصية والآثار القانونية، ويقصد بالآثار الشخصية هي سريان الآثار المترتبة على العقد بحق أطرافه وهذا هو الاصل ويسمى بمبدأ نسبية العقد ومع ذلك قد تسري هذه الآثار في مواجهة الغير، وأما الآثار القانونية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري فهي تتمثل بالآثار الجالب للاختصاص القضائي الدولي و الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي، وهناك آثار أخرى تترتب على هذا الاتفاق وهي تتعلق بمجموعة من الدعاوى تسمى الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية والدعاوى المستعجلة، وليبيان ما تم ذكره سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول: الآثار الشخصية والقانونية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري.

المطلب الثاني: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية والمستعجلة.

المطلب الأول

الآثار الشخصية والقانونية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري

إن الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة يترتب عليه مجموعة من الآثار الشخصية والقانونية، فالآثار الشخصية تتمثل في سريان آثار هذا الاتفاق إلى المتعاقدين وخلفهما الخاص والعام ولا تمتد هذه الآثار إلى الغير إلا في حالات استثنائية معينة، أما الآثار القانونية تتمثل في أثر الاتفاق الجالب للاختصاص القضائي الدولي و الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي، وهو ما سنتأوله تفصيلاً من خلال هذا المطلب بتقسيمه إلى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول: الآثار الشخصية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الخضوع الاختياري.

الفرع الأول

الآثار الشخصية لاتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري

من المعروف إن آثار الاتفاق على الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة تسري على العاقدين فقط فلا تسري هذه الآثار على غيرهما وهذا ما يسمى بنسبية أثر العقد، وبما إن الخضوع الاختياري هو ذو طبيعة عقدية اي يعد عقداً، فإن أطراف هذا العقد يستطيعون مباشرة بأنفسهم أو من خلال نائب يخوله الاصيل لإبرام هذا التصرف على إن تسري آثار العقد في ذمة الأصيل وهو ما يعرف النيابة في التعاقد، وعرف جانب من الفقه الإنابة في التعاقد بأنها (حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني على إن ينتج آثار هذا تصرف في ذمة الأصيل)، ومن أجل صحة النيابة في التعاقد فلا بد من توافر شروط معينة وهي: ١- احلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل. ٢- التزام النائب حدود نيابته. ٣- العلم بالنيابة^(١).

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٥٤ و ص ٥٦ =.

يتضح لنا إن الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي لا يلزم إلا أطرافه سواء تم هذا الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري بأنفسهم أو بواسطة وكلائيهما.

وإذا كان إتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري لقضاء محكمة دولة معينة يسري بحسب آثاره الشخصية على أطراف هذا الاتفاق، فهل تسري آثار هذا الاتفاق إلى غير العاقدين؟

اختلف الفقه في هذا الصدد وذهب في إتجاهين وكالاتي:-

الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه الى أن الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري لا ينتقل إلى غير المتعاقدين سواء كان الغير خلفاً عاماً أو خاصاً أو من غير هولاء أي أجنبي تماماً عن العقد، سواء عن طريق عقد حوالة الحق أي نقل الطرف المتعاقد الحقوق الناشئة له نتيجة هذا الاتفاق على الخضوع الاختياري إلى غيره، أو عن طريق عقد حوالة الدين (أي نقل الشخص المتعاقد الالتزامات المترتبة عليه نتيجة هذا الاتفاق إلى الغير)، معللين ذلك إن الدائن في العقد الأصلي، الذي اتجهت إرادته إلى تعيين محكمة معينة للنظر في النزاعات الناشئة عن هذا العقد فعند أنتقال العقد الأصلي إلى الغير أي إلى دائن آخر جديد قد لا تتجه اردت هذا الاخير إلى تعيين نفس المحكمة المختارة للفصل في النزاع^(١).

الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه بعكس الاتجاه السابق الى أن الاتفاق بين الأطراف على الخضوع الاختياري ينتقل إلى غير العاقدين ويتم ذلك عن طريق الخلافة أو بأي طريقة أخرى، لأن القول بعدم انتقال الاتفاق على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي إلى غير العاقدين يؤدي إلى حدوث أضرار جسيمة بالتجارة الدولية، لأن المدين الذي قد قبل اختيار محكمة دولة معينة للفصل في النزاع الناشئ عن العقد يفاجئ برفع دعوى ضده أمام محكمة

=لم ينظم القانون المدني العراقي النيابة في التعاقد بنصوص خاصة وإنما ورد فيه بعض النصوص المتفرقة وأهم ما ورد فيه هو تعرف عقد الوكالة التي تعد صورة من صور الإنابة حيث عرفت المادة (١٢٧) الوكالة في قانون مدني عراقي بأنها "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

(١) د. أشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٧٤.

دولة أخرى لم يتم تعيينها في العقد، والسبب في ذلك إن الدائن قد تنازل عن حقه لشخص آخر لا يريد إن يلتزم بهذا الاتفاق على الخضوع الاختياري، وهذا هو الاتجاه الراجح^(١) وترتيباً على ما ذكر سوف نتناول أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري على غير العاقدين في الآتي:-

أولاً/ أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري على الخلف العام

يعرف الخلف العام بأنه هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، وإن أثار الاتفاق تنصرف إلى الخلف العام سواء من حيث الحقوق الناشئة عن العقد أو الالتزامات التي تترتب على هذا العقد، لكن هذا الأمر مقيد بعدم الإخلال بقواعد الميراث أي إن الحقوق لا تنتقل إلا بعد سداد الديون و تنفيذ الوصايا وهذا يعني إن التزامات المورث تبقى في تركته وتحسب منها بحيث لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد تصفية جميع التزامات المورث^(٢).

إن القيد الذي تمت الإشارة إليه لا أثر له لانتقال آثار الاتفاق بين الأطراف على اختيار محكمة دولة معينة على الخلف العام لأنه اختيار المحكمة المختصة يرتب حقوقاً والتزامات إجرائية ولا يرتب حقوق والتزامات مالية حتى تدخل في مفهوم التركة، ومع ذلك إن أثار الاتفاق على الخضوع الاختياري قد لا تسري على الخلف العام مع بقاء اعتباره خلفاً عاماً وذلك في حالة اتفاق الأطراف على عدم انصراف أثر العقد إليه أو في حاله تبين من طبيعة التعاقد إن الحق الذي ينشأ عن هذا العقد لا ينتقل إلى الخلف العام لأنه شخصية السلف محل اعتبار أو في حالة نص القانون على عدم سريانه على الخلف العام لاعتبار الخلف من الغير حماية له^(٣).

وعليه فأن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة للنظر في النزاع الناشئ عن العقد الأصلي لا تنتقل آثاره إلى الخلف العام إذا تبين إن المتعاقدين قد اتفقا على عدم سريانه إلى خلفهم العام، أو إذا كانت طبيعة الحق محل النزاع لا تنتقل إلى الخلف العام، أو في حالة تصفية آثار العقد المنقضي، إلا إن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد

(١) د. أشرف وفاء محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٢٤.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٣١.

المنقضي ذاته ينتقل إلى الخلف العام ويلتزم ما دام الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة صحيحاً في حد ذاته، وهذا ما يؤكد ما سبق إن توصلنا إليه من إن اتفاق الأفراد على اختيار المحكمة المختصة هو اتفاق ذو طبيعة عقدية تابع للعقد الأصلي المبرم بين الطرفين^(١).

ثانياً/ أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري على الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين أو حق عيني على هذا الشيء، أو إن يتلقى حقاً شخصياً موجوداً من قبل في ذمة السلف، فمجرد إنشاء حقاً شخصياً ابتداءً فلا يعتبر خلافة وإنما علاقة بين دائن ومدين^(٢).

وفي هذا الصدد فإن آثار العقد تسري على الخلف الخاص بتوافر شروط معينة وهي ١- إن يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه. ٢- علم الخلف الخاص بالحق الذي يعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل، لذلك فإن اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري تسري آثاره إلى الخلف الخاص في حالة توافر الشرطين التي ذكرت، فبالنسبة إلى الشرط الأول وهو إن يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص فهو متحقق بالنسبة لاتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، لأن موضوع هذا الاتفاق هو اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاعات القائمة بين الأطراف الناشئة عن العقد الأصلي، أما فيما يخص الشرط الثاني وهو علم الخلف بهذه الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء فهو متحقق أيضاً بالنسبة لاتفاق الأطراف على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع مادام شرط اختيار المحكمة المختصة موجود ضمن بنود العقد الأصلي^(٣).

(١) نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(٢) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة، عمان، الاردن، ٢٠٠٢، ص ١٣٠.

نصت المادة (١٤٢/ ٢) من القانون المدني العراقي على أن "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

(٣) نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

ثالثاً/ أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري على الغير (غير الخلف العام والخاص)

إن قاعدة عدم سرعان آثار العقد على غير عاقدية ليست مطلقة، بل يمكن للغير إن يكتسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه وهو أجنبي عنه كما هو في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، كذلك قاعدة إن الغير لم تترتب عليه التزامات من عقد لم يكن طرفاً فيه ليست مطلقة فيمكن إن يرد على هذه القاعدة استثناءات كما هو في حالة التعهد عن الغير^(١).

وقدر تعلق الأمر باتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري تفصيلاً، فإننا سوف نتأوله في الفقرات الآتية:-

١- الاشتراط لمصلحة الغير والخضوع الاختياري للمحكمة

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير هو إن يبرم شخصان عقداً يشترط احدهما فيه على الآخر إن يكون هناك حقاً لشخص ثالث يتلقاه مباشرة من العقد، ومن أجل إن تتحقق صورة الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من توافر شروط معينة وهي:-

أ- إن يكون التعاقد بأسم الشخص المشتراط لمصلحة المنتفع (الغير).

ب- إن يتلقى الشخص المنتفع حق مباشرة من العقد يستطيع بموجب مطالبة الشخص المتعهد من دون إن يرجع على المشتري.

ج- إن يكون للمشتراط مصلحة شخصية من الاشتراط لمصلحة غيره.

د- إن يكون المنتفع (الغير) موجوداً وقت حدوث أثر الاشتراط^(٢).

(١) د. يوسف محمد عبيدات، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(٢) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ١٨٠.

ونصت المادة (١٥٢) بقفقاتها الاولى والثانية والثالثة من القانون المدني العراقي على أن "١- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او ادبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد. ٣- ويجوز كذلك للمشتراط ان =

فإذا توافرت الشروط السابقة فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد، وعندما يتم تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير على اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري، فإن يجب التفرقة فيما لو ادرج شرط الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة من ضمن بنود العقد الاصلي، أو جاء هذا الاتفاق بصورة اتفاق منفصل عن العقد الأصلي، ففي الحالة الأولى يستطيع المنتفع التمسك بالاتفاق مثله مثل المشتراط، كما يستطيع المتعهد التمسك بهذا الاتفاق قبل المنتفع والآخر عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند إلى العقد الذي أنشئ هذا الحق، فيكون من الواجب عليه إن يلتزم بما احتواه العقد من شروط ومن بينها شرط اختيار المحكمة المختصة، أما في الحالة الثانية فإنه يجب التفرقة بين أمرين، الأمر الأول يتمثل في أنه إذا كان الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة قد أبرمه المشتراط قبل قبول المنتفع فإنه يكون ملزماً للمنتفع بعد القبول بشرط إن يكون عالماً به قبل صدور القبول، أما الأمر الثاني فيتعلق بالحالة التي يأتي فيها الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة بعد القبول ففي هذه الحالة لا يكون المنتفع ملزماً بهذا الاتفاق^(١).

٢- التعهد عن الغير والخضوع الاختياري للمحكمة

يقصد بالتعهد عن الغير هو إن يتعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل وإلا عوضه عن ذلك^(٢)، وللغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد، ولا يترتب على هذا الرفض أية مسؤولية ولو على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق لأنه أجنبي عن عقد التعهد ويعتبر إقرار الغير للتعهد بمنزلة القبول للإيجاب المتضمنة للعقد المبرم بين المتعهد والمتعاقد الآخر فينقصد عقد جديد بين الغير و بين ذلك المتعاقد الآخر ولا يشترط إن يكون قبوله للتعهد على شكل معين إلا إذا نص القانون على ذلك^(٣).

=يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير الا اذا تبين من العقد ان الغير وحده الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط".

(١) د. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٣) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٨٥.

وبصدد أهمية التعهد عن الغير في مجال اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة عندما يتعذر موافقة صاحب الشأن على الاتفاق على اختيار المحكمة بسبب عدم وجوده، فمثلاً تعرض على أحد الشركاء على الشروع فرصة لإبرام صفقة بإسمه واسم شركائه في غيابهم ويصر الطرف الآخر على وضع شرط اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع ولا يكون لدى الطرف الأول توكيل خاص بالموافقة على إبرام الاتفاق على اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع فيقوم بإبرام العقد مع الطرف الآخر عن نفسه ويتعهد لهذا الأخير بأن يحصل على موافقة شركائه على الاتفاق على الخضوع الاختياري، فكما تم الذكر سابقاً إن الغير له مطلق الحرية في الموافقة أو الرفض على التعهد وذلك لأنه أجنبي عن عقد التعهد، فلا يلزم الغير اتفاق اختيار المحكمة المختصة إلا إذا قبل الالتزام بهذا العقد وما يتضمنه من شرط لاختيار المحكمة المختصة التي تنظر في النزاع الناشئ عن العقد الأصلي، أما في حالة رفض الغير التعهد فيجب على المتعهد إن يعرض من تعاقده معه^(١).

ومن الاتفاقيات الدولية التي نصت على انتقال أثر الاتفاق على الخضوع الاختياري على غير العاقدين هي لائحة بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في الشؤون المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١، إذ نصت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة والعشرون منها على إن "يجب إن يكون لمحكمة أو محاكم الدولة المنظمه للاتفاقية التي منحها الاختصاص بموجب صك الائتمان، الاختصاص الحصري للفصل في أي دعوى مرفوعة ضد المتعهد أو الواهب أو المستفيد، إذا كانت هناك العلاقة بين هؤلاء الأشخاص أو حقوقهم أو التزاماتهم بموجب الصك الائتماني"^(٢).

=نصت المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي على أن "١- إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فانه لا يلزم بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه ان يعرض من تعاقده معه اذا رفض الغير أن يلتزم، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالدائن. ٢- اما اذا اقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد".

(١) نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

(٢) ينظر الى هامش صفحة ٨٧ من الرسالة.

يلاحظ من نص المادة المشار إليها أعلاه أنها قد أكدت على انصراف أثر الاتفاق على الخضوع الاختياري إلى غير العاقدين عندما إشارة إن المحكمة المختارة تفصل في جميع الدعاوى المقامة ضد المتعهد أو الواهب أو المستفيد.

كذلك في هذا توجد بعض الأحكام القضائية التي أخذت بالاتجاه الذي يؤيد سريان أثر اتفاق الأطراف على الخضوع على غير العاقدين، ومن المحاكم التي أخذت بذلك هي محكمة العدل الأوروبية عندما رفع نزاع أمامها بشأن عقد تأمين تم الاتفاق فيه على شرط تحديد المحكمة المختصة لمصلحة المؤمن عليه الذي لم يكن طرفاً في عقد التأمين لأن هذا العقد قد أبرم بين المؤمن وشركة التأمين، فرجع النزاع أمام القضاء الإيطالي فطلبت الأخيرة الرأي من محكمة العدل الأوروبية حول مدى إمكانية سريان شرط تحديد المحكمة المختصة بالنسبة للمؤمن عليه وهو من الغير إذ لم يكن طرفاً في العقد، فقررت محكمة العدل الأوروبية الأخذ بنص المادة (١٧) من معاهدة بروكسل الذي يتطلب الكتابة لصحة الاتفاق على التحديد الاختياري للمحكمة المختصة، وعندما تأكدت المحكمة من وجود هذا الشرط مكتوباً صدرت حكماً بأن اشتراط الكتابة ليس أمراً لازماً لاستفادة الغير المقرر لمصلحته الشرط، بمعنى أنه طالما إن أطراف العقد الأساسي (عقد التأمين) قد ثبتوا الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع كتابة فإن حق الغير المقرر لمصلحته الشرط لا يشترط إن يكون ثابتاً بالكتابة، ومن ثم فقد اعتبرت المحكمة إن هذا الاتفاق يعد صحيحاً ويمتد أثره إلى الغير مستندة للقاعدة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل، فإذا كان العقد الأصلي قد انتقل إلى الغير فإن نفس الشيء يكون محفوظاً للفرع^(١).

خلاصة القول يتبين لنا إن أثر الاتفاق بين الأطراف على اختيار المحكمة المختصة لا يقتصر فقط على أطرافه بل انه يمتد كذلك ليسري على خلفاء الأطراف سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً لكن الزام العقد للخلف يختلف مداه فيما لو كان خلف عاماً أو خاصاً، وكذلك يمتد إلى غير الخلف العام أو الخاص في حالات التي ذكرت.

(١) مشار إليها لدى: أشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٦٧٩.

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على الخضوع الاختياري

يترتب على الخضوع الاختياري من الناحية القانونية أثران: الأول جالب للاختصاص القضائي الدولي والثاني سالب للاختصاص القضائي الدولي، ومن خلال هذا الفرع سوف نبين هذين الأثرين وكما يأتي:-

أولاً/ الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي

يعرف الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي بأنه سلب الاختصاص من محكمة دولة معينة كانت مختصة أصلاً للفصل في النزاع ومنحه إلى المحاكم الوطنية التي لم تكن مختصة في الأساس للفصل في النزاع^(١).

وإذا تم هذا الأمر واتفق أطراف النزاع على جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية، فهل بإمكان هذه المحاكم رفض هذا الاختصاص لأسباب تتعلق بمحل النزاع الذي يمكن إن يكون مال منقول أو عقار ومن ثم يكون قضاء ذلك المكان هو الأقرب، أو لأسباب أخرى تتعلق باحترام سيادة الدول؟

في مثل هذه الحالة يجوز رفض المحكمة المختارة الفصل في الدعوى المقامة أمامها نتيجة منطقية وطبيعية على حرية كل دولة في تنظيم قواعد الاختصاص لمحاكمها ما دام لا توجد قاعدة دولية ملزمة (خارج إطار المعاهدات) تتولى توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفة^(٢).

هذا ونجد الإشارة إلى إن المشرع العراقي قد اخذ بالأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي ويمكن إن نستدل على ذلك من خلال نص المادة (٣٠)^(٣) من القانون المدني العراقي،

(١) عبد الرزاق دريال، مصدر سابق، ص ٢١.

(٢) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣) نصت المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تتازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً".

لأنه الاتفاق الجالب للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً أي إن اغلب التشريعات الوطنية اقرت الأخذ به، وكذلك يمكن إن نستدل أيضاً من خلال مفهوم المخالفة لنص المادة (٧/ هـ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨ التي تنص على أن "تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق احد الشروط الاتية: هـ- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره".

وبما إن القانون العراقي قد وافق على جلب الاختصاص إلى المحاكم الأجنبية فمن باب أولى إن يمنح هذا الحق كذلك إلى المحاكم العراقية^(١).

كذلك نجد المشرع المصري في المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري نص على أن "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمناً"^(٢).

وأيضاً أشارت الفقرة الثانية من المادة السابعة والعشرون من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أن "تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"^(٣).

نلاحظ إن المشرع المصري والاردني قد أقر الأثر الجالب للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية دون الأثر السالب للمحاكم الوطنية.

كذلك قد أقر القانون الدولي الخاص للتركي الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي في حالات معينة، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة والاربعون على أن "عندما لا يتم تعيين المحاكم التركية من قبل الأطراف في الفصل في النزاع الناشئ عن علاقات تعاقدية وغيرها، ويتم تعيين محكمة أجنبية من قبل الأطراف فلا يكون الاختصاص للمحاكم التركية إلا

(١) عوني محمد الفخري، مصدر سابق، ص ٢٥ و ص ٢٧.

(٢) ينظر الى نصوص قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦.

(٣) ينظر الى نصوص أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لعام ١٩٨٨.

في حالة اعتبار المحكمة الأجنبية المختارة نفسها غير كفاء، أو إذا تم الفصل في النزاع من قبل المحاكم التركية ولم تقدم المحكمة الأجنبية المختصة أي اعتراض^(١).

نلاحظ إن المشرع التركي كذلك قد اقر الأثر الجالب للاختصاص للمحاكم الوطنية لكن بشرط إن تتخلى المحكمة الأجنبية المختصة عن اختصاصها في الفصل في الدعوى أو في حالة الفصل في الدعوى من قبل المحاكم التركية دون إن تعترض المحكمة الأجنبية على ذلك.

وفي شأن موقف الاتفاقيات الدولية نجد إن اتفاقية بروكسل الخاصة بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في الشؤون المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨، نصت في المادة (١٩) منها على أن "عندما ترفع دعوى أمام محكمة دولة منضمه إلى الاتفاقية وتتعلق هذه الدعوى بشكل أساسي بمسألة يكون لمحاكم دول أخرى منضمة كذلك إلى الاتفاقية اختصاص حصري بموجب المادة (١٦)، فإنها تعلن من تلقاء نفسها انها لا تتمتع بالولاية القضائية".

يتضح من إن المادة المشار إليها من الاتفاقية أنها قد اقرت الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي ولكنها في الوقت نفسه قد قيدت المحكمة المختارة من قبل الأطراف إن ترفض الفصل في الدعوى القائمة أمامها في حالة يعتبر الفصل في هذه الدعوى من قبيل الاختصاصات الحصرية لمحاكم دول أخرى غير المحكمة التي رفع أمامها النزاع، وأشارت الفقرة الأولى من المادة السادسة عشر من الاتفاقية إلى ما يعد من قبيل الاختصاصات الحصرية^(٢).

أما موقف اتفاقية لاهاي الخاصة بشأن اتفاقيات اختيار المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥، فيما يتعلق بالأثر الجالب للاختصاص القضائي إذ نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة منها

(١) ينظر الى نصوص القانون الدولي الخاص التركي لعام ٢٠٠٧ والمنشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.mevzuat.gov.tr> . تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٨/٩/٢٠٢٢.

(٢) نصت المادة (١/١٦) من اتفاقية بروكسل الخاصة بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في الشؤون المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨ على أن "يكون للمحاكم التالية للاختصاصات الحصرية بغض النظر عن الموطن ١- في الاجراءات التي لها حقوق موضوعها في الممتلكات غير المنقولة أو إيجارات الممتلكات غير المنقولة، محاكم الدولة يوجد فيها الممتلكات".

على أن "لايجوز للمحكمة المعينة من قبل الأطراف بموجب الفقرة (١) إن ترفض الفصل في الدعوى على أساس أنه ينبغي الفصل في النزاع من قبل محكمة دولة أخرى"، لكن المادة (٦) من نفس الاتفاقية قد منعت المحكمة المختارة من النظر في الدعوى المقامة أمامها في حالات معينة إذ ورد في نص المادة إن "١_الاتفاقية لاغية وباطلة بموجب قانون ولاية المحكمة المختارة. ٢- كان أحد الأطراف عديم الأهلية بموجب قانون دولة المحكمة المختارة. ٣- إن تفعيل الاتفاقية من شأنه إن يؤدي إلى ظلم واضح أو إن يكون مخالفاً بشكل واضح للسياسة العامة للدولة المحكمة المختارة. ٤- لأسباب استثنائية خارجة عن سيطرة الأطراف، لا يمكن إن يكون الاتفاق معقولاً. ٥- قررت المحكمة المختارة عدم سماع القضية".

يتبين لنا من نص المادتين المشار إليهما إن في الأساس المحكمة المختارة لا يجوز لها إن ترفض الفصل في الدعوى المقامة أمامها لكن المادة السادسة قد أوضحت هناك حالات معينة لا بد للمحكمة المختارة إن ترفض هذا الجلب للاختصاص القضائي.

ثانياً/ الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي

ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة إنكار الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي والخذ فقط بالأثر الجالب للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، لأن أداء العدالة وظيفية من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها فلو تركت الدولة بيد الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة، إلا وهي الدعوى فليس هذا يعني إن القضاء يؤدي أولاً واخيراً لصالح الأفراد بل إنه في الحقيقه يؤدي لتحقيق مصلحة عامة وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة منذ إن حلت الدولة محل الفرد في قرار حقه وحمايته^(١).

لذلك فقد اختلفت تشريعات الدول المقارنة والاتفاقيات الدولية اتجاه الأثر السالب من اختصاص القضاء الدولي بين جواز سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية على أساس الخضوع الاختياري وبين رافض لفكرة سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية ومنحه إلى محكمة دولة أجنبية، إلا أن حديثاً اتجهت أغلب التشريعات إلى جواز سلب الاختصاص من

(١) د. حفيظة السيد حداد و د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٤١١.

محاكمها من أجل حسن سير العدالة والملائمة القضائية ومن أجل التعاون القضائي بين الدول^(١).

أما موقف القوانين الوطنية، إذ أقر القانون الدولي الخاص التركي كذلك الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي والذي نص في المادة (٣١) على إن "عندما لا يكون الاختصاص الإقليمي محددًا بطريقة حصرية أو بناء على مقتضيات النظام العام، يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة أجنبية بالفصل في منازعات ناشئة عن علاقة تعاقدية تتضمن عنصرًا أجنبيًا، غير أنه إذا قررت هذه المحكمة الأجنبية عدم اختصاصها ترفع الدعوى أمام المحكمة التركية المختصة"^(٢).

نلاحظ إن المشرع التركي قد منح الأطراف قدرة سلب الاختصاص القضائي من محاكمة الوطنية ومنحه إلى محكمة أجنبية في حالة لم يكن هذا الاختصاص من قبيل الاختصاصات الحصرية والتي تعتبر قبيل النظام العام التركي، وفي نفس الوقت منح المشرع التركي للمحاكم الوطنية إمكانية الفصل في النزاع حتى إن كانت المحكمة معينة من قبل الأطراف وهي في حالة ادعاء المحكمة الأجنبية المختارة عدم اختصاصها للفصل في النزاع المعروض أمامها.

وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام ١٩٨٧ أقر الأثر السالب إذ نصت المادة الخامسة على إن "١- في مجال المعاملات المالية يجوز للأطراف إن يتفقوا بمناسبة نزاع قائم أو مستقبلي بشأن المطالبات المالية الناشئة عن علاقة قانونية معينة على تعيين محكمة أخرى للفصل فيها، ويجوز إن يكون الاتفاق ثابتًا بالكتابة، أو في صورة برقيات، أو رسائل متبادلة بين الطرفين، أو بالتكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي يمكن الاستناد إليها لإثبات النص، ويكون اختصاص المحكمة المختارة حصريًا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. ٢- يكون اختيار المحكمة المختارة عديم الأثر إذا كان ينجم عنه حرمان

(١) د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) ينظر إلى هامش صفحة ١٢٢ من الرسالة.

أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي يكفلها له القاضي المختص وفقاً للقانون السويسري^(١).

يلاحظ إن القانون الدولي الخاص السويسري منح للأطراف إمكانية سلب الاختصاص القضائي من المحاكم السويسرية ومنحة إلى محكمة أخرى أجنبية فيما يخص النزاعات الناشئة عن العلاقات العقدية بشرط إن يكون هذا الاتفاق الناشئ بين الأطراف يمكن إثباته بأي وسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة، لكن اشترط المشرع السويسري من أجل إن يكون هذا الاتفاق معتمد وصحيح فلا بد إن لا يكون هذا الاختيار للمحكمة الأجنبية يحرم أحد أطراف النزاع بطريقة تعسفية من الحماية القانونية التي منحها المشرع السويسري له.

أما موقف المشرع العراقي يمكن أستنتاجه أنه رفض فكرة سلب الاختصاص القضائي من المحاكم العراقية، وأيضاً المحاكم العراقية ترفض التخلي عن اختصاصها إذا ما ثبت لها الاختصاص في الحالات الواردة في المادة (١٤) والمادة (١٥) من القانون المدني العراقي لأن هذه المواد تعدّ من القواعد الآمرة التي لا يمكن مخالفتها^(٢).

ومن الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بالأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي، اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥ بشأن اختيار المحكمة المختصة إذ نصت المادة السادسة من الاتفاقية على إن "على المحكمة المختصة أصلاً للفصل في النزاع إن ترفض أو تعلق السير في الاجراءات في حالة اختيار محكمة دولة أجنبية معينه من قبل الأطراف ما لم تكن: ١- الاتفاقية لاغية أو باطلة بموجب قانون دولة المحكمة المختاره ٢- كان أحد الأطراف لم يكن له الاهليه أو القدرة على إبرام هذا الاتفاق بموجب قانون دولة المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى. ٣- في حالة تنفيذ الاتفاقية يكون هناك ظلم واضح أو تعارض بشكل واضح مع السياسة العامة لدولة

(١) ينظر الى هامش صفحة ٤٠ من الرسالة.

(٢) نصت المادة (١٤) من القانون المدني العراقي على أن "يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في نمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج".

ونصت المادة (١٥) على أن "يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الأحوال الاتية: أ- اذا وجد في العراق. ب- اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى. ج- اذا كان موضع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق".

المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى. ٤- لأسباب استثنائية خارجة عن قدرة الأطراف لا يمكن تنفيذ هذه الاتفاقية بشأن اختيار المحكمة. ٥- قررت المحكمة المختارة عدم سماع الدعوى".

المطلب الثاني

أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية والمستعجلة

إن الدعوى الأصلية القائمة أمام المحكمة المختارة من قبل الأطراف قد ترتبط بها مجموعة من الدعاوى تسمى بالدعاوى المرتبطة والمستعجلة، ومن خلال هذا المطلب سوف نبين أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي على هذه الدعاوى، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية .

الفرع الثاني: أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الدعاوى المستعجلة.

الفرع الأول

أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية

يتحقق الارتباط مع الدعوى الأصلية المرفوعة أمام المحكمة المختارة في ثلاث حالات وهما المسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة وعلى النحو الآتي:-

أولاً/ المسائل الأولية

يقصد بالمسائل الأولية هي تلك المسائل التي يتوقف الفصل في الدعوى الأصلية على الفصل فيها، حتى إن كانت المحكمة المختارة غير مختصة أصلاً بنظر هذه المسائل ومثالها

تحديد جنسية الخصوم وموطنهم أما من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على الدعوى أو من أجل التأكد من سلامة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى^(١).

فعندما تكون المحاكم المختارة المختصة بنظر الدعوى الأصلية فكذلك تكون مختصة بالفصل المسائل الأولية المرتبطة بالدعوى الأصلية حتى إن لم تكن غير مختصة للفصل في هذه المسائل لو رفعت أمامها بصورة مستقلة^(٢).

ويشترط من أجل صحة اختصاص المحاكم المختارة للفصل في المسائل الأولية إن تتوفر الشروط الآتية:-

١- يلزم إن تكون المحكمة المختارة مختصة أصلاً بالنظر في الدعوى الأصلية حتى إن لم تكون مختصة بنظر المسائل الأولية ما دام قد رفعت هذه المسائل بصورة متصلة بالدعوى الأصلية .

٢- إن يؤدي الحكم في المسائل الأولية إلى الحكم في الدعوى الأصلية و لا يمكن تحقيق ذلك إلا من خلال توافر درجة معينة من الارتباط بين الدعوتين سواء تحقق هذا الارتباط عن طريق وحدة الموضوع أو عنصر السبب أو أطراف الدعوى^(٣)، وقد ورد في المادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذلك الشرط، إذ نصت على إن "في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة إن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصم تعجيل الدعوى"^(٤)، وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٣٨.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامه، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٤٤ و ص ١٤٥.

(٤) ينظر الى نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي: <http://www.lcrdye.org/7567>.

والثمانون من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على إن "إذا رأت المحكمة إن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها، ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز".

يتضح من نصوص المواد المشار إليها إعلاء إن المشرع العراقي والمشرع المصري اشترطا إن يتم الفصل أولاً في مسائل الأولوية من أجل إن يتم الفصل في الدعوى الأصلية .

ثانياً/ الطلبات العارضة

ويقصد بها هي تلك الطلبات المكملة للطلب الأصلي أو المترتبة عليه أو المتصلة بالطلب الأصلي اتصالاً لا يقبل التجزئة عنه أو تلك التي يتم اضافتها للطلب الأصلي مع بقاء موضوع الدعوى الأصلي على حالته، فهو طلب يقدمه المدعي أو المدعى عليه أو يقوم بتقديمه من قبل شخص آخر فيؤدي إلى تغيير نطاق الدعوى أما بالزيادة أو النقص من إذ موضوع أو سبب أو أطراف الدعوى، ففي حالة تمت الاجابة من قبل المحكمة لهذه الطلبات العارضة المقدمة فهذا يعني الحكم بشيء معين لمقدم هذا الطلب، ومثال الطلبات العارضة الطلب المقدم بزيادة المبلغ المطلوب أدائه من قبل المدعى عليه فأجابت المحكمة على هذا الطلب بالزيادة وهذا يؤدي بالتالي إلى زيادة الطلب الأصلي^(١).

ونصت المادة (١٢٤) والمادة (١٢٥) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على أنواع الطلبات التي يجوز للمدعي أو المدعى عليه تقديمها^(٢).

(١) د. معوض عبدالنواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالمملكة السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٥، ص ٣٤٦.

(٢) نصت المادة (١٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن "للمدعى أن يقدم من الطلبات العارضة: ١- ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى. ٢- ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً يقبل التجزئة. ٣- ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالته. ٤- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي. ٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي".

وقد نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية على إمكانية تقديم الطلبات العارضة سواء من قبل المدعي أو المدعى عليه، إذ نصت المادة (٦٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي على إن "تعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعى تكملة للدعوى الأصلية أو ما يكون مترتباً عليها أو متصلاً بها بصلة لا تقبل التجزئة بإذ يكون الحكم الذي يقرر لاحدهما من شأنه إن يؤثر في الحكم الذي يجب إن يقرر للآخر"، ونصت المادة (٦٨) من نفس القانون على إن "للمدعى عليه إن يقدم من الطلبات المتقابلة ما يتضمن المقاصة أو اي طلب آخر يكون متصلاً بالدعوى الأصلية بصلة لا تقبل التجزئة".

يتضح لنا إن المحاكم العراقية تكون مختصة في الفصل في الطلبات العارضة المضافة للدعوى الأصلية حتى إن لم تكن من اختصاصها فيما لو رفعت إليها بصورة مستقلة.

ويشترط من أجل إن تكون المحاكم المختارة مختصة كذلك للفصل في الطلبات العارضة المرتبطة بالدعوى الأصلية إن تتوافر عدة شروط وهي:-

١- إن تكون المحاكم المختارة مختصة اختصاصاً أصيلاً بالدعوى الأصلية ، ويعد هذا الشرط أساسياً وجوهرياً من أجل تبرير عقد الاختصاص للفصل في الطلبات العارضة سواء كان الاختصاص الأصلي بنظر الدعوى لهذه المحاكم قد عقد عن طريق رابط الجنسية ل أحد الطرفين أو موطنهما أو محل اقامتهما أو عن طريق ضابط الخضوع الاختياري في المنازعات ذات العنصر الأجنبي^(١).

٢- إن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ويكون هذا الارتباط أما من خلال المحل أو السبب، ويكون سبب هذا الارتباط هو الذي أدى إلى الزيادة أو النقص في الدعوى

=نصت المادة (١٢٥) من نفس القانون على أن "للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: ١- طلب المقاصة القضائية وطلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها. ٢- أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها بعضها أو أن يحكم بها مقيدة بقيد المصلحة المدعى عليه. ٣- أي طلب يكون متصلاً بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة. ٤- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية".

(١) عبد الله بن محمد بن سعد، طرق تقديم الطلبات العارضة وشروط قبولها، مجلة العدل، العدد الخمسون، ٢٠١١، ص ٢٨٧.

الأصلية ومثال الطلبات العارضة المقدمة من قبل المدعى عليه طلب المقاصة القضائية وطلب تسليم العين المبيعة رداً على الدعوى المرفوعة عليه من قبل البائع بطلب ثمن المبيع، الطلبات العارضة المقدمة من قبل المدعي طلب تعديل موضوع الطلب الأصلي بسبب الظروف التي طرأت عليه بعد قيامه برفع الدعوى، أو أي طلب آخر يكون متصلاً بالدعوى الأصلية بصلة لا تقبل التجزئة عنه^(١).

ثالثاً/ الطلبات المرتبطة

يقصد بها هي تلك الطلبات التي تتصل بموضوع الدعوى اتصال وثيق ومن أجل حسن سير العدالة والمصلحة العامة يتم جمع بين هذه الطلبات والفصل فيها مع الدعوى الأصلية أمام محكمة واحدة من أجل عدم صدور أحكام متناقضة ومثالها طلب الموكل من وكيل رد السندات المسلمة إليه فرد الوكيل عليه الوكيل دعوى بأتعابه^(٢).

ويشترط لأختصاص المحاكم المختارة للفصل في الطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية عدة شروط وهي:-

١- إن تكون المحاكم المختارة مختصة بالدعوى الأصلية وفقاً لأي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، فإن ثبت الاختصاص للمحكمة المختارة بالدعوى الأصلية ثبت كذلك الاختصاص لها بالدعوى المرتبطة بهذه الدعوى حتى إن لم تكن من اختصاصها لو رفعت إليها بصورة مستقلة عن الدعوى الأصلية^(٣).

٢- يلزم في الطلبات المرتبطة مايلزم في المسائل الأولية والطلبات العارضة وهي إن تكون على صلة جدية مع الدعوى الأصلية وتكون هذه الصلة أما من خلال وحدة السبب أو موضوع الدعويين، أي يكون هناك ارتباط وثيق بين الدعويين، ومن المتعارف عليه إن مسألة الارتباط

(١) د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٧٥.

(٢) د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢٥١.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٢٢٦.

بين الدعويين تتصل أكثر بإجراءات الخصومة والحفاظ على وحدتها إذ أنه تقدير درجة الارتباط بين الدعوى الأصلية والطلبات المرتبطة بهذه الدعوى تخضع للمحكمة المختار التي تفصل في الدعوى الأصلية^(١).

وهناك جانب من الفقه ذهب للإقرار فقط الارتباط الجالب للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، فليس من شأن هذا الارتباط إن يسلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لصالح محكمة دولة أجنبية وبناء على ذلك لا يسمح بقبول الدفع أمام محاكم هذه الدول ومنها المحاكم مصرية بإحالة الدعوى إلى قضاء دولة أجنبية بسبب ارتباطها بدعوى أصلية قائمة أمام هذه المحكمة الأجنبية مادام إن هذا الطلب يخضع في الأساس للقضاء الوطني وفق أي ضابط من ضوابط الاختصاص، معللين ذلك إن من أجل قبول هذه الإحالة بسبب الارتباط يلزم إن تكون هناك سلطة أعلى من سلطة الدولة تقوم بمهمة توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول، لكن انتقد هذا الرأي، لأنه عدم إحالة الطلب المرتبط بالدعوى الأصلية للفصل فيهما أمام محكمة واحدة سيؤدي إلى صدور أحكام متناقضة ومتعارضة وبالنتيجة يؤدي إلى إن الحكم الصادر في الدعوى الأصلية من القضاء الأجنبي لا يكون قابلاً للتنفيذ أمام هذه الدول التي رفضت سلب الاختصاص بسبب الارتباط بين الدعويين^(٢).

ونؤيد ما ذهب إليه بعض الاتجاهات الحديثة بأن ليس هناك ما يمنع محاكم الدول الوطنية من التخلي عن اختصاصها للفصل في الطلبات المرتبطة بدعوى أصلية قائمة أمام قضاء أجنبي ولم يتم الفصل فيها بعد، ويجب على القضاء الوطني إذا دفع أمامه بقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية إن يقبل هذا الدفع بل حتى ولو لم يتم الدفع من قبل الأطراف يستطيع إن يحيل هذا الطلب إلى المحكمة الأجنبية المختارة إذا رأى إن هذه المحكمة اقدر للفصل في النزاع وكذلك كفالة أثار الأحكام الصادرة في هذا الشأن^(٣).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ١٥٠.
 (٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٧٣١.
 (٣) د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، ١٩٨٨، ص ١٣٨.

أما موقف القوانين المقارنة من أثر الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية نجد إن المشرع المصري نص في المادة (٣٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على إن "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة بالدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة إن ينظر معها".

يتبين لنا من تلك المادة إن المشرع المصري قد منح المحاكم المصريه سلطة الفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية في حالة اختيار المحاكم المصرية للفصل في النزاعات القائمة بين الأطراف ذات العنصر الأجنبي حتى إن كانت المحاكم المصرية غير مختصة للفصل بهذه الطلبات لو رفعت إليها بصورة مستقلة.

كذلك القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ قد بين موقفه من أثر الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية إذ نصت المادة الثامنة منه على أن "يجب إن تكون الدعوى الأصلية معلق الفصل فيها في المحكمة، كما يجب على المحكمة إن تقرر احالة اي دعوى مرتبطة، إذا كان هناك ارتباط واقعي بين الدعوى الأصلية والدعوى المرتبطة".

فيتضح من تلك المادة إن المشرع السويسري قد قرر ايقاف الفصل في الدعوى الأصلية القائمة لحين الفصل في الدعوى المرتبطة بشرط إن يكون هذا الارتباط حقيقي.

أما موقف المشرع العراقي فلم يوجد فيه نص يبين اختصاص القضاء العراقي بالفصل في الدعوى المرتبطة بالدعوى الأصلية في حالة اختيار المحاكم العراقية من قبل الأطراف للفصل في النزاعات الناشئة بينهما ذات العنصر الأجنبي إلا إن جانب من الفقه^(١) ذهب بأن حتى إن لم ينص القانون العراقي على هذه الحالة إلا إن يمكن الجزم بقبول هذا الاختصاص استناداً

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ٢، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٨٦.

إلى نص المادة (٣٠)^(١) من القانون المدني العراقي لأنه هذه الحالة تعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.

وكان الأجدر بالمشروع العراقي إن يضع نص صريح يتناول معالجة هذه المسألة شأنه شأن القوانين المقارنة، ونقترح عليه النص الآتي (عند إقامة دعوى جالبة للاختصاص للمحاكم العراقية تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية لتتلافى صدور أحكام متناقضة).

أما موقف الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (٢٢) من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ على إن "عندما يتم رفع دعاوى ذات صلة في محاكم دول متعاقدة مختلفة، يجوز لأي محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً إن توقف إجراءاتها أثناء انتظار الدعوى في الدرجة الأولى. ويجوز أيضاً لمحكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً، بناء على طلب أحد الطرفين إن ترفض الاختصاص إذا كان قانون تلك المحكمة يسمح بتوحيد الإجراءات ذات الصلة وكانت المحكمة التي رفعت أمامها المحكمة في البداية اختصاصاً على كلا الإجراءين. ولأغراض هذه المادة تعتبر الإجراءات ذات صلة عندما تكون مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإذ يكون من المناسب الاستماع إليها وتحديدها معاً لتجنب مخاطر الأحكام غير القابلة للتوفيق الناتجة من إجراءات منفصلة"^(٢).

وكذلك نصت المواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) من لائحة بروكسيل لعام ٢٠٠١ على منح المحكمة المختارة التي تفصل في الدعوى الأصلية سلطة الفصل في الدعوى المرتبطة بالدعوى الأصلية^(٣).

(١) نصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

(٢) ينظرالى نصوص الاتفاقية والمنشوره على الموقع الالكتروني التالي: <https://curia.europa.eu>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٢٢.

(٣) نصت المادة (٢٧) على ان "١- عندما يتم رفع الدعوى التي تنطوي على نفس سبب الدعوى وبين نفس الأطراف في محاكم دول أعضاء مختلفة، فإن أي محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً يجب أن توقف =

من خلال ما تقدم يتبين لنا إن المحكمة المختارة التي تفصل في الدعوى الأصلية تكون لها كذلك سلطة الفصل في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية لأغراض تتعلق بوحدة الخصومة ولتلافي صدور أحكام متعارضة في نفس موضوع الدعوى.

الفرع الثاني

أثر اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري في الدعوى المستعجلة

المتعارف عليه لدى الاغلبية من التشريعات إن محاكم الدولة تختص للفصل في الدعاوى المستعجلة اي تختص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، والغرض من اختصاص المحاكم للفصل بهذه الدعاوى هو للمحافظة على حقوق الأفراد لأنه قد يتأخر حسم الدعوى الأصلية لوقت طويل فلا بد من اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تحمي مصالح الأفراد، فتبرز حالة من الاستعجال لحين صدور الحكم النهائي في الدعوى الأصلية^(١)، وأما الإجراءات التي تتخذ على وجه الاستعجال من قبل المحكمة هي:-

١- الإجراءات الوقتية: ويقصد بها هي تلك الإجراءات التي تهدف إلى حماية حقوق عاجلة لا يمكن حمايتها بالإجراءات التقليدية العادية بسبب بطء السير في إجراءات التقاضي وتلافي التأخير في الفصل في الدعوى الأصلية، فهذه الإجراءات لا تهدف إلى الحصول على حكم

=إجراءاتها من تلقاء نفسها. ٢- عندما يتم تحديد اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها لأول مرة، فإن أي محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً يجب أن ترفض الاختصاص لصالح تلك المحكمة". ونصت المادة (٢٨) من نفس اللائحة على ان "١- عندما تكون الإجراءات ذات الصلة معلقة في محاكم الدول الأعضاء المختلفة، يجوز لأي محكمة غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً وقف إجراءاتها. ٢- عندما تكون هذه الإجراءات معلقة في الدرجة الأولى، يجوز أيضاً لأي محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى لأول مرة، بناءً على طلب أحد الأطراف، رفض الاختصاص إذا كانت المحكمة التي رفعت أمامها أولاً مختصة بالإجراءات المعنية ويسمح قانونها بدمجها. ٣- لأغراض هذه المادة، تُعتبر الإجراءات ذات صلة عندما تكون مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحيث يكون من المناسب الاستماع إليها وتحديدها معاً لتجنب مخاطر الأحكام غير القابلة للتوفيق الناتجة عن إجراءات منفصلة".

ونصت المادة (٢٩) على ان "حيث تأتي الإجراءات ضمن الاختصاص الحصري للعديد من المحاكم أي محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً يجب أن ترفض الاختصاص لصالح تلك المحكمة".

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٩١.

نهائي حاسم للدعوى الأصلية في موضوع النزاع إنما هو حماية مؤقتة تبقى قائمة ونافاذة إلى إن يتم إصدار حكم نهائي في الدعوى الأصلية^(١).

ومن الأمثلة على الإجراءات الوقائية هو طلب الزوجة للنفقة المؤقتة لحين حسم دعوى الطلاق الاصلية القائمة أمام القضاء، والسماح للزوجة بالسكن مؤقتاً في منزل يتفق عليه الزوجان^(٢).

٢- الإجراءات التحفظية:- تختص المحاكم باتخاذ الإجراءات التحفظية حتى إن كانت الدعوى الأصلية قائمة أمام محكمة دولة أجنبية أخرى، ويعتبر من قبيل الإجراءات التحفظية هو المحافظة على الاموال والاشياء التي يداهمها خطر فيخشى عليها من ضياع الوقت فيما لو تم الانتظار لحين حسم الدعوى الأصلية ، ومثالها أيضاً إجراءات فرض الحراسة على العين التي يكون حول ملكيتها نزاع وكذلك الأمر ببيع بضاعة سريعة التلف في دعوى الوفاء التي يثيرها العقد الدولي الذي كانت البضاعة محلا له^(٣).

ويشترط لانعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة حتى إن لم تكن مختصة بنظر هذه الإجراءات المستعجلة الشروط الآتية:-

١- إن تتوافر حالة الاستعجال: يعتبر هذا الشرط رئيسي من أجل ثبوت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية غير المختصة أصلاً للنظر في هذه الإجراءات الوقائية والتحفظية، فعلى المحكمة المقدم إليها طلب اتخاذ الإجراءات المستعجلة إن ترد هذا الطلب إن لم تتوافر حالة الاستعجال، ويقصد بالاستعجال بأنه هو الخطر المحدق بالحقوق والمصالح التي يراد المحافظة عليها وهو يتوافر كلما وجدت حاله يترتب على فوات الوقت حصول ضرر يتعذر تداركه أو أصلاًه^(٤).

(١) د. أبو العلا علي أبو انمر، ص ١٧.

(٢) د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الاولى، مطبعة أثراء، الشارقة، ٢٠٠٨، ص ٥١١.

(٣) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٤) د. هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، الطبعة الاولى، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢٠.

إذ إن حالة الاستعجال تتحقق كلما كان هناك أمر يدهمه خطرٌ أو ضررٌ لا يمكن تلافيه بأخذ إجراءات القضاء العادي ولو بعد تقصير المواعيد المقررة^(١)، فحالة الاستعجال تتغير من طلب إلى آخر لا يمكن حصرها فلكل حالة موضوعها وشروطها وأسبابها فلا يكون هناك معيار محدد لتقديرها، فيختص قاضي المسائل المستعجلة في قبول هذا الطلب أو رده لأن هو الجهة المكلفة قانوناً بوصف المسائل المستعجلة وله وحده التحقق من شروط الاستعجال من عدمها لكون حالة الاستعجال تستمد كيانها وشروطها وأسبابها وطبيعتها من الظروف التي تحيط به فلا يمكن للأفراد وصف الطلب بالاستعجال حتى إن اتفقوا على ذلك لأن وصف الاستعجال خلافاً لأحكامه يجعل قراره عرضه للنقض تمييزاً^(٢).

أما الوقت الذي يقدر فيه حالة الاستعجال هو وقت الحكم في الدعوى، فالخطر الذي يولد حالة الاستعجال هو خطر موصوف أي يجب إن يكون خطراً حقيقياً فإذا لم يكن كذلك فإن حالة الاستعجال لا توجد ولا تترتب آثارها، وكذلك لا بد إن يكون هذا الخطر حلاً فإذا كان الخطر على وشك الوقوع ثم زال فإنه ينتفي شرط الاستعجال، كما يجب إن يكون الخطر محدقاً أي مؤثراً و منتجاً وهو كذلك إذا كان استمراره يؤدي إلى الأضرار بالحق أو المركز القانوني المراد حمايته وكان دفعه أو درئه لا يتحمل الانتظار ولا تسعفه إجراءات التقاضي العادية^(٣).

٢- يجب إن يكون مضمون الدعوى المستعجلة هو اتخاذ إجراءات وقتية أو إجراءات تحفظية حتى يتم الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، لذلك فإن المحكمة التي تأمر باتخاذ هذه الإجراءات يجب عليها إن لا تمس أصل الحق المتنازع عليه فهذه الإجراءات لا تكون لها حجية الحكم فيما يتعلق بالدعوى الأصلية عند نظرها أمام المحكمة المختصة^(٤).

وشرط عدم المساس بأصل الحق المتنازع عليه هو نتيجة منطقية، وذلك لأن اتخاذ هذه الإجراءات من قبل المحكمة تعتبر من قبيل الأمور المستعجلة، ومن القوانين التي عبرت عن

(١) د. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٣١٧.

(٢) د. هادي عزيز، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مصدر سابق، ص ٤٩٤ و ص ٤٩٥.

(٤) د. أبو العلا علي أبو النمر، ص ٩٨.

عدم المساس بأصل الحق هو قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ إذ نصت المادة (١/١٤١) إذ نصت على إن "تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق".

وأيضاً من القوانين الأخرى التي نصت على عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة هي المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨^(١)، والمادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨^(٢).

٣- إن تكون الإجراءات الوقتية والتحفظية واجبة التنفيذ في دولة القاضي الذي أصدر هذا الحكم وهذا الشرط هو الذي يميز الاختصاص الدولي في دعاوى المستعجلة عن الدعاوى العادية ذات العنصر الأجنبي التي يتم صدور الحكم فيها عن طريق محكمة دولة معينة ومن الممكن تنفيذها في دولة أخرى^(٣).

ومن أجل تحقيق الحماية القضائية السريعة التي لا تتم عند عقد الاختصاص القضائي الدولي ما لم تمتد السرعة إلى تنفيذ الإجراءات الناتجة عن ذلك الاختصاص لذلك فإن التأخير في التنفيذ يضيع الغاية المقصودة للقضاء المستعجل، وهذا هو السبب الرئيسي في تنفيذ الإجراءات المستعجلة الصادرة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي داخل الإقليم لدولة المحكمة التي أمرت باتخاذها، وبما إن الهدف من اتخاذ الإجراءات المستعجلة هو تحقيق السلام الجماعي داخل الإقليم الوطني لدولة القاضي في ظل الوضع الحالي للمجتمع الدولي، فلا يلتزم إلا بالعمل على المحافظة على الأمن والسلام داخل دولته فهو لا يكون مختصاً في اتخاذ الإجراءات المستعجلة إذا كانت تنفذ خارج الإقليم لدولة القاضي^(٤).

(١) نصت المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

(٢) نصت المادة (٣٢) قانون أصول المحاكمات الأردني على أن "يحكم قاضي الامور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق بالامور التالية، على أن هذا لا يمنح من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل اذا رفعت اليه بطريق التبعية".

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الامور المستعجلة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٠٧.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مصدر سابق، ص ٤٩٥ و ص ٤٩٦.

ومن القوانين المقارنة التي عالجت مسألة الاختصاص القضائي الدولي بالدعوى المستعجلة قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، إذ نصت المادة (٣٤) منه على إن "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

كذلك نص قانون المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ في المادة (٢٧) على إن "تختص المحاكم الأردنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

وأيضاً نصت المادة العاشرة من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ على إن "يجوز للسلطات القضائية أو الإدارية السويسرية اتخاذ التدابير الوقتية حتى ولو يكن لها الاختصاص".

وأيضاً نصت المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ على إن "إذا رفعت للمحاكم الكويتية دعوى داخلية في اختصاصها، فإنها تكون مختصة أيضاً بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة إن ينظر معها. ما تختص المحاكم الكويتية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية. تختص أيضاً بإجراءات التنفيذ الجبري التي تتخذ في الكويت، وبالمنازعات المتعلقة به"^(١).

أما موقف المشرع العراقي فلم يوجد فيه نص صريح يقتضي باختصاص القضاء العراقي بالفصل في الدعوى المستعجلة التي تدخل ضمن الاختصاص الدولي ذات العنصر الأجنبي، لكن يمكن الجزم أنه استند إلى نص المادة (٣٠) القانون المدني العراقي على اعتبار إن الفصل بالدعوى المستعجلة ذات العنصر الأجنبي تعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر

(١) ينظر الى نصوص قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ والمنشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://mesferlaw.com/archives/1741>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٧/١٠/٢٠٢٢.

شيوياً^(١)، وهناك جانب من الفقه ذهب في انه يمكن إن يتم تطبيق النصوص المقررة للاختصاص الداخلي في قانون المرافعات المدنية على مجال الاختصاص القضائي الدولي، أي يتم تطبيق المواد (١٤٤ _ ١٥٣) الخاصة بالقضاء المستعجل من قانون المرافعات المدنية العراقي على الدعاوى المستعجلة ذات العنصر الأجنبي^(٢) وكان من الأجدر بالمشروع العراقي ايراد نص يخص الدعاوى المستعجلة في مجال الاختصاص القضائي الدولي و نقترح عليه إن يكون النص الآتي (تختص محاكم الجمهورية العراقية بالفصل في الدعاوى المستعجلة ذات العنصر الأجنبي ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية).

أما موقف الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (٢٤) من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ على إن "يجوز تقديم طلب إلى محكمة دولة منضمة لاتخاذ التدابير الوقائية، التي قد تكون متاحة بموجب قانون تلك الدولة، حتى إذا كان المحاكم دولة متعاقدة أخرى بموجب هذه الاتفاقية، اختصاص فيما يتعلق بجوهر المادة".

كذلك نصت المادة (٣١) من لائحة بروكسل لعام ٢٠٠١ على أن "تختص محاكم الدول المتعاقدة بالإجراءات الوقائية والتحفظية في حالة تقديم الطلب إليها مكتوباً باتخاذ هذه الإجراءات حتى إن كانت محكمة دولة أخرى مختصة بالدعوى الأصلية"^(٣).

كما نصت المادة السابعة من اتفاقية لاهاي بشأن اختيار المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥ على إن "لا تحكم هذه الاتفاقية تدابير الحماية المؤقتة. وهذه الاتفاقية لا تتطلب منح أو إنهاء تدابير الحماية المؤقتة من قبل محكمة المختارة، ويجوز اتخاذ هذه التدابير من قبل أي دولة متعاقدة بناء على طلب الأطراف أو بطلب من المحكمة المختارة"^(٤).

نستنتج مما تقدم إن القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية أقرت إن المحكمة المختارة من قبل الأطراف للفصل في الدعوى الأصلية لا تختص بالنظر في الدعاوى المستعجلة وإنما يتم

(١) عوني محمد الفخري، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٣) ينظر الى هامش صفحة ٨٧ من الرسالة.

(٤) ينظر الى هامش صفحة ٨٧ من الرسالة.

الفصل في هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية من قبل المحاكم الوطنية سواء كانت مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية أو غير مختصة مادام قد قدم إليها طلب اتخاذ هذه الإجراءات المستعجلة من أجل حماية الحق أو المركز القانوني وسواء كانت هذه الحقوق أو المراكز شخصية أو عينية.



الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة بفضل الله تعالى ومنه، توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والمقترحات وكما يأتي:-

أولاً: الاستنتاجات

١- الأغلبية من التشريعات والاتفاقيات الدولية قد اقرت للإرادة دور في اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، وكذلك منحت للأطراف إمكانية تغيير قانون الإرادة بقانون آخر ليحكم العقد المبرم بينهما، والبعض من التشريعات منحت كذلك الحق للأطراف في تجزئة القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما بشرط إلا تؤدي هذه التجزئة للقانون بهدم الانسجام القانوني بين روابط العقد.

٢- اتجه بعض الفقهاء في منح إرادة الأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم منازعات الأحوال الشخصية، مستندين في ذلك لعدة مبررات وأهمها احترام الحرية والمسأوة بين الزوجين، والاتجاه نحو المرونة في القواعد الامرة التي تحكم تنازع بين القوانين على مسائل الأحوال الشخصية، وتوفير الحماية القانونية للطرف الضعيف وإقامة توازن عادل بين الزوجين، ومنع ظهور حالة عدم الاختصاص القانوني في مجال الأحوال الشخصية، وكذلك من الأسباب هو التنقل المتزايد للأفراد عبر الدول، فاختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية يؤدي إلى الاستقرار والقدرة على التنبؤ فيما يتعلق بالقانون المعمول فيه على أرض الواقع.

٣- اتجهت بعض القوانين والاتفاقيات الدولية إلى اتجاه حديث وهو منح الأفراد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كالطلاق، والنظام المالي الخاص بالزوجين أو في مسائل النفقات، ومن هذه التشريعات هو القانون الدولي الخاص السويسري والبلجيكي وغيرهما من القوانين الأخرى، أما الاتفاقيات الدولية التي منحت هذا الحق للأفراد اتفاقية لاهاي الصادرة عام ١٩٧٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، واتفاقية روما الثالثة الصادرة عام ٢٠١٠ الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق

على الطلاق، وبيروتوكول لاهاي الصادر في ٢٠٠٧، والخاصة باختيار القانون الواجب تطبيقه على المسائل الخاصة بالنفقات، إلا أن الاغلبية من التشريعات والاتفاقيات الدولية ظلت متمسكة بالقاعدة السائدة وهي تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية للزوجين أو على الطلاق، وتطبق قانون جنسية المدين أو الدائن في المسائل الخاصة بالنفقات، ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري غيرهما من القوانين.

٤- امتد الدور الأراذي للأطراف ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية، مبررين الفقه ذلك لجملة من الأسباب ولعل أهمها الصعوبات التي تواجه الأطراف عند تطبيق القانون المحلي فيما لو حدث الفعل الضار في دولة معينة وتحققت نتيجة الضرر في دولة أخرى، وكذلك قد يكون قانون المحل غير ملائم بسبب عدم ارتباطه بروابط وثيقة بالمسؤولية التقصيرية، فيعد اختيار الأطراف للقانون في مجال المسؤولية التقصيرية مظهر من مظاهر الحرية الفردية.

٥- بسبب الانتقادات التي وجهت من قبل البعض من الفقه لتطبيق لقانون محل حصول الفعل الضار على المسؤولية التقصيرية، اتجهت البعض من التشريعات والاتفاقيات الدولية اتجاه حديث وغير معمول فيه لدى الاغلبية من القوانين وهو منح الحرية للأفراد لأختيار القانون الذي يطبق على التزاماتهم غير التعاقدية، ومن هذه القوانين القانون الدولي الخاص السويسري والألماني والمجري والتونسي، ومن الاتفاقيات الدولية هي اتفاقية روما الثانية الصادر في ١١ تموز سنة ٢٠٠٧.

٦- من المتعارف عليه إن للإرادة دور يعتد به في تنازع القوانين، ذلك فإن الاغلبية من الفقه والقوانين المقارنة مثل القانون المصري في المادة (٣٢)، وقانون أصول المحاكمات الاردني في المادة (٢٧) والقانون الدولي الخاص السويسري في المادة (٥) والعديد من الاتفاقيات الدولية في منح الإرادة دوراً آخر وهو اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع حتى إن لم تكن هذه المحكمة مختصة أصلاً للفصل في النزاع القائم أمامها وفقاً لأي ضابط ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي.

٧- قسم بعض الفقهاء الخضوع الاختياري الصريح إلى قسمين وهو الخضوع الاختياري الصريح الحصري والخضوع الاختياري الصريح غير الحصري، ويقصد بالخضوع الاختياري الصريح الحصري هو عقد الاتفاق بين الأطراف على الخضوع لمحكمة دولة معينة واحدة، أما الخضوع الاختياري الصريح غير الحصري هو عقد الاتفاق بين أطراف النزاع على الخضوع لمحكمتين دولتين مختلفتين و بعد حصول النزاع يتم اختيار إحدى هذه المحكمتين.

٨- من أجل صحة اتفاق الأطراف في تعيين محكمة دولة معينة للفصل في نزاعاتهم الناشئة أو المستقبلية، فلا بد من توافر مجموعة من الشروط، ومنها شرط الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع القائم، وشرط الصفة الدولية في النزاع وإن لا يكون اختيار الأطراف عند تعيين المحكمة المختارة منظوياً على غشاً نحو الاختصاص القضائي.

٩- الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي ذو طبيعة عقدية، والأغلبية من الفقه تذهب في تطبيق قانون دولة القاضي الذي يفصل في النزاع المطروح أمامه من أجل معرفة صحة هذا الاتفاق وصحة تكوينه، وذلك لأن الاتفاق على الخضوع الاختياري تغلب عليه فكرة الاختصاص أكثر من اتصالها بالعقد وإن تقدير مدى جواز الخضوع الاختياري لولاية المحكمة يحكمها بالتأكيد قانون دولة القاضي.

١٠- إن أثر الاتفاق بين الأطراف على اختيار المحكمة المختصة لا يقتصر فقط على الأطراف بل أنه يمتد ليسري على الخلف وسواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، لكن الزام العقد للخلف يختلف مداه فيما لو كان خلف عاماً أو خاصاً، وكذلك يمتد إلى غير الخلف العام أو الخاص أي إلى شخص أجنبي عن العقد كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير وحالة التعهد عن الغير، وهذه الآثار تسمى بالآثار الشخصية للخضوع الاختياري، وكذلك يترتب على الخضوع الاختياري أثر جالب للاختصاص للاختصاص القضائي الدولي و أثر سالب للاختصاص القضائي الدولي وتسمى هذه الآثار بالآثار القانونية للخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي.

١١- إن الدعوى الأصلية القائمة أمام المحكمة المختارة من قبل الأطراف قد ترتبط بها مجموعة من الدعاوى تسمى بالدعاوى المرتبطة والمستعجلة، وبالتالي فإن المحكمة المختارة

التي تفصل في الدعوى الأصلية تكون لها كذلك سلطة الفصل في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية لاغراض تتعلق بوحدة الخصومة ولتلافي صدور أحكام متعارضة في نفس موضوع الدعوى، أما الدعاوى المستعجلة فإن المحكمة المختارة من قبل الأطراف للفصل في الدعوى الأصلية لا تختص بالنظر في الدعاوى المستعجلة وإنما يتم الفصل فيها من قبل المحاكم الوطنية سواء كانت مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية أو غير مختصة مادام قد قدم إليها طلب اتخاذ هذه الإجراءات المستعجلة من أجل حماية الحق أو المركز القانوني وسواء كانت هذه الحقوق أو المراكز شخصية أو عينية.

ثانياً: المقترحات

١- نقتح على المشرع العراقي إن يبين موقفه بشكل صريح وواضح من إمكانية الأطراف للاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق من عدمه، ومدى إمكانية الأطراف من تغيير هذا الاختيار للقانون بقانون آخر يحل محله، فجاء نص المادة (٢٥ / ١) بشكل عام ولم يرد في النص ما يدل على إمكانية الاختيار اللاحق للقانون من عدمه، ونقتح عليه النص الآتي: (يمكن للأطراف في الالتزامات التعاقدية اختيار القانون الذي يحكم العقد وتبديله في اي وقت بعد تمام العقد، وفي حالة عدم الاختيار يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً).

٢- نقتح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٩ / ٢) من القانون المدني العراقي والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزوجين، والمادة (١٩ / ٣) والخاصة بالقانون الذي يطبق على مسائل الطلاق، ونقتح عليه إن يكون نص المادة (١٩ / ٢) كالتالي: (يطبق على الآثار المالية للزوجين قانون إرادة الزوجين بشرط الا لا يخل هذا الاختيار بأحكام الشريعة الاسلامية، وإن اختارا الزوجين من القوانين الآتية: أ- قانون الجنسية لأحد الزوجين. ب- قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين عند الاختيار أو بعد إكمال عقد الزواج. ج- عندما لا يعين الزوجين أي من القوانين التي ذكرت في النقطة أ، ب تخضع هذا الآثار لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج).

ونقترح عليه إن يكون نص المادة (٣ / ١٩) كالاتي (يسري على الطلاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق ومع ذلك يجوز للزوجان تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق، بشرط الا يتنافى مع أحكام الشريعة السلامية وإن يكون الاختيار من القوانين الاتية: أ- قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان اقامة معتادة وقت رفع الدعوى. ب- قانون دولة القاضي الذي ينظر في الدعوى. ج- القانون العراقي بشرط إن يكون هذا الاختيار في الجلسة الأولى للمحكمة لنظر الدعوى).

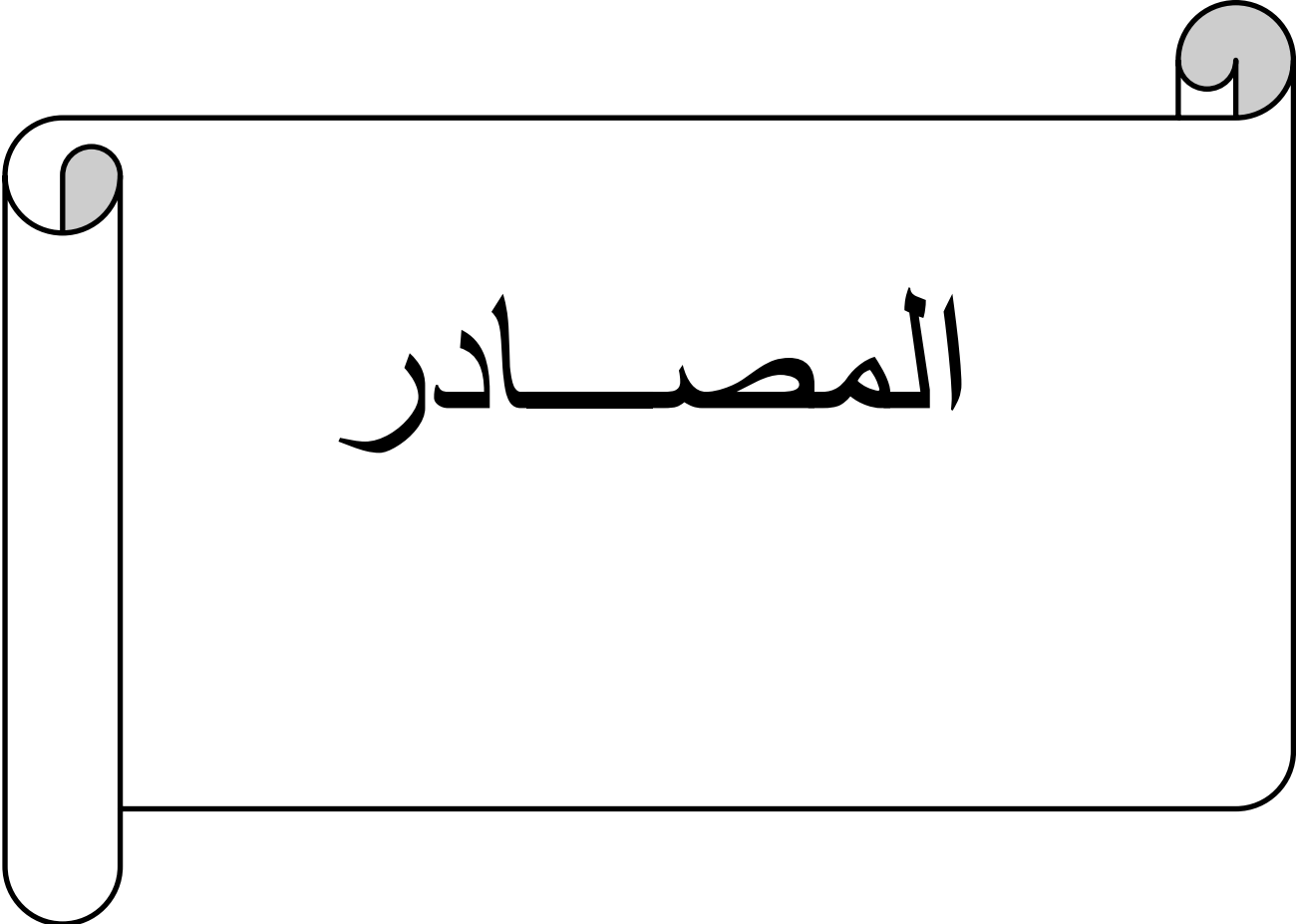
٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢١) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة، ونقترح عليه النص الآتي (الالتزام بالنفقة يسري عليها القانون المختار من قبل الأطراف، وبشرط الا يتنافى مع أحكام الشريعة السلامية وإن يكون الاختيار من القوانين الاتية: أ- قانون الجنسية المشتركة للطرفين وقت الاختيار. ب- قانون الإقامة المعتادة للطرفين. ج- في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف على الاختيار قانون دولة المدين بالنفقة).

٤- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية، ونقترح عليه النص الآتي (يمكن لأطراف العلاقة غير العقدية بعد حدوث الفعل الضار اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، بشرط قبل عرض النزاع على القضاء ودون المساس بحقوق الغير).

٥- نقترح على المشرع العراقي إن يسلك مسلك المشرع المصري وهو إن ينص بشكل واضح على الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي، ونقترح عليه النص الآتي (للأطراف الحرية في اختيار المحكمة التي تفصل في نزاعاتهم التعاقدية القائمة أو المستقبلية ويمكن إن يكون هذا الاتفاق مدون بطريقة الالكترونية).

٦- ضرورة النص من قبل المشرع العراقي بشكل صريح على إمكانية الفصل من قبل المحكمة المختارة في دعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية، ونقترح عليه النص الآتي: (عند إقامة دعوى جالبة للاختصاص للمحاكم العراقية تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية لتتلافى صدور أحكام متناقضة).

٧- ضرورة النص بشكل صريح من قبل المشرع العراقي، يقتضي باختصاص القضاء العراقي بالفصل في الدعاوى المستعجلة التي تدخل ضمن الاختصاص الدولي ذات العنصر الأجنبي، ونقترح عليه النص الآتي (تختص محاكم الجمهورية العراقية بالفصل في الدعاوى المستعجلة ذات العنصر الأجنبي ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية).



المصادر

المصادر

أولاً: الكتب

١. د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٢. د. أحمد ابو الوفاء، التعلق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٣. د. أحمد الجبير ود. فايز النصير، مبادئ القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط١، مكتبة الجامعة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٥.
٤. د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٥. د. أحمد عبد الكريم سلامه، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
٦. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
٨. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفأوضات العقود الدولية_قانون الإرادة وازمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
٩. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

١٠. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط١، العين، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٢.
١٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الامور المستعجلة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
١٣. د. أحمد قسمت الجدأوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، ١٩٨٨.
١٤. د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط١، مطبعة أثراء، الشارقة، ٢٠٠٨.
١٥. د. أشرف وفاء محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٦. د. أشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٧. د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط١، مطبعة هومة، الجزائر، ٢٠٠٢.
١٨. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، ط٤، دار الثقافة، عمان، الاردن، ٢٠١٠.
١٩. د. ايناس محمد البهيجي ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٠. د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٢١. د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
٢٢. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.
٢٣. د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ط١، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.
٢٤. د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٥. د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط١، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦.
٢٦. د. حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٢٧. د. حسن المحيي، القانون الدولي الخاص نظريات ومبادئ، ١٩٩٤.
٢٨. د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مكتبة كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٢.
٢٩. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.
٣٠. د. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
٣١. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٣٢. د. رعد مقداد محمود الحمداني و ماجد عبدالواحد جدوع التميمي، دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢١.
٣٣. د. رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
٣٤. د. سالم ارجعية، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ط٤، مطبعة نور الاسلام، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٣٥. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.
٣٦. د. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
٣٧. د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٣٨. د. صالح المنزولاي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٣٩. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون). ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٤٠. د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، جامعة الازهر، ٢٠٠٩.
٤١. د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
٤٢. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.

٤٣. د. عبد الحكيم فؤده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠.
٤٤. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
٤٥. د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة العربية، مصر، ٢٠١٥.
٤٦. د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.
٤٧. د. عبد السند حسن يمامة، القانون الواجب التطبيق على علاقات العمل الدولية في ضوء اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، ط١، ٢٠١٣.
٤٨. د. عبد السند حسن يمامة، عقود نقل التكنولوجيا وفقا لأحكام التشريع المصري، ط١، ٢٠٠١.
٤٩. د. عبد السند حسن يمامة، الإرادة ضابط للاختصاص القضائي الدولي في عقد العمل الدولي، ط١، ٢٠٠٣.
٥٠. د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة، عمان، الاردن، ٢٠٠٢.
٥١. د. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج١، ط٣، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١.
٥٢. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.

٥٣. د. عزيز طوبأ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط١، مطبعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠١٧.
٥٤. د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
٥٥. د. عكاشة محمد عبدالعال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٥٦. علي الكريم جلال، القانون الواجب التطبيق على عقد الاحتراف الرياضي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.
٥٧. د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، ٢٠٠٧.
٥٨. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية (دراسة في القانون الدولي الخاص)، بغداد، ٢٠٠٧.
٥٩. د. فؤاد ديب ود. وفاء فلحوط، الاختصاص القضائي الدولي، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ٢٠١١.
٦٠. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. ساميه راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٦١. د. فؤاد محمد محمد ابو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٦٢. د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط١، منشورات جامعة حلب، سوريا، ٢٠٠٨.

٦٣. د. محمد الحسنى، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢٣٧.
٦٤. د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط٢، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣.
٦٥. د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط١، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٦٦. د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع لقوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٦٧. د. محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥.
٦٨. د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
٦٩. د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧٠. د. محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠٠٠.
٧١. د. معوض عبد التواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالمملكة السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٥.
٧٢. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٧.
٧٣. د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩١.

٧٤. د. مهدي احمد الصانوري، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١.
٧٥. د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري (الاختصاص القضائي_ تنازع القوانين_ الآثار الدولية لأحكام التحكيم الدولي الخاص)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٧٦. د. نبيل اسماعيل عمر، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات واثاره الاجرائية والموضوعية.
٧٧. د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
٧٨. د. نبيل اسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٧٩. نجلاء عبد الحسن الاسدي، تدويل عقود المستهلكين وأثره في تنازع القوانين، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.
٨٠. د. هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، ط١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨.
٨١. د. هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٨٢. د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٨٣. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ٢٠٠٨.
٨٤. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٨٥. د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٨٦. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.

٨٧. د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٨٨. د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، مصدر سابق

٨٩. د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط١، دار المسيرة، عمان.

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية

١. أحمد حميد الانباري، سكوت سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ٢٠١٧.

٢. اسامه عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطأن في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.

٣. ثامر دأود الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، ٢٠١٥.

٤. حذيفة رعد علي الطائي، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعدده الجنسيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ٢٠١٦.

٥. صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١١.

٦. عامر علي صاحب، تنازع الاختصاص القانوني في عقود الاستثمار الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١١.
٧. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١١.
٨. علي عبد الستار ابو كطيفه، الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٦.
٩. ليلي زروقي، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص، رسالة ماجستير، جامعة ام البواقي، الجزائر، ٢٠١٦.
١٠. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
١١. صادق زغير محيسن الجيزاني، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
١٢. اسامه عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.

ثالثاً: البحوث والمقالات

١. أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٧، العدد ١٢٥١، ١٩٩٣.
٢. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في المسؤولية التصديرية الناجمة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٩، العدد ٣٢، ٢٠٠٧.

٣. د. أحمد ابو المجد عفيفي، تعاظم دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة السيادات، مصر، ٢٠٢٠.
٤. د. جعيرون بشير و خضرأوي الهادي، اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمتة لعقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عمار ثليجي، الجزائر، المجلد ١، العدد ٩، ٢٠١٦.
٥. د. خير الدين الامين، تراجع معيار جنسيه المدعى عليه في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، ٢٠١٩.
٦. د. كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، المجلد ٩، العدد ٨، ٢٠٠٩.
٧. د. مراد صائب محمود و هلو محمد صالح، فاعلية الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية (دراسة تحليلية مقارنة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العدد الأول، المجلد العاشر، ٢٠١٩.
٨. رافع أحمد بالعبيدي و الصادق عبد القادر، فاعليه ضابط الخضوع الاختياري تعالي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد ٥، العدد ٣، ٢٠٢١.
٩. رحأوي أمنة، الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الخضوع الارادي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ١، المجلد ٥، ٢٠٢٢.
١٠. عبد العزيز محمد الزغابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة البحث، ٢٠١٣.
١١. عبد الله بن محمد بن سعد، طرق تقديم الطلبات العارضة وشروط قبولها، مجلة العدل، العدد ٥٠، ٢٠١١.

١٢. نور حمد الحجايا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي (دراسة في التشريع الاردني)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٢، العدد ٣٣، ٢٠٠٩.
١٣. هند مهدي عبد، التغيير الإرادي لظروف الإسناد اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١١.
١٤. د. كريم مزعل شبي و ثامر داود الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، المجلد الثاني والثلاثون، ٢٠١٧.
١٥. د. أحمد ابو المجد عفيفي، تعاضد دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، بحث منشور، كلية الحقوق، جامعة السيدات، مصر، ٢٠٢٠.
١٦. د. ممدوح محمد خيرى، المسؤولية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، مجلة البحوث القانونية، دار المنظومة، القاهرة، ٢٠٢٠.

رابعاً: القوانين

١. قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقية رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨.
٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١.
٤. قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لعام ١٩٦١.
٥. قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩.
٦. القانون الدولي الخاص الأمريكي لعام ١٩٦٩.
٧. قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠.

٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦.
٩. القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦.
١٠. قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.
١١. القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٩.
١٢. القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨.
١٣. القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام ٢٠٠٤.
١٤. قانون الأستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦.
١٥. القانون الدولي الخاص التركي لعام ٢٠٠٧.
١٦. القانون المدني الألماني لعام ١٩٤٩ المعدل عام ٢٠١٢.
١٧. القانون المدني الفرنسي المعدل عام ٢٠١٦.
١٨. قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (١) لعام ٢٠١٦.
١٩. القانون الدولي الخاص المجري لعام ٢٠١٧.
٢٠. القانون المدني الفرنسي.

خامساً: الاتفاقيات الدولية

١. اتفاقية بروكسل المتعلقة بشأن الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨.
٢. اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين لعام ١٩٧٨.
٣. اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع لعام ١٩٨٠.

٤. اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠.
٥. اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٤.
٦. اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع الصادرة لعام ١٩٨٦.
٧. اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول مجلس التعاون العربي لعام ١٩٨٩.
٨. مشروع المجموعة الأوروبية الذي اعد خلال لجنة اجتماعات الخبراء في دولة لكسمبرج لعام ١٩٩٨.
٩. لائحة بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لعام ٢٠٠١.
١٠. اتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة في المسائل التجارية لعام ٢٠٠٥.
١١. اتفاقية روما الثانية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧.
١٢. بروتوكول لاهاي الخاص بأختيار القانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة بالنفقات لعام ٢٠٠٧.
١٣. اتفاقية روما الثالثة الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو انتهاء الرابطة الزوجية لعام ٢٠١٠.
- سادساً: المواقع الالكترونية

١- اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة ١٩٥٥.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org>

٢- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في عام ١٩٨٥.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org>

٣- اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع
<http://hech.net/f/conventions.index.html>

٤- نصوص اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠.
<https://eur-lex.europa.eu/legal->

٥- موقع القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ <https://www.wipo.int>

٦- محكمة الرباط http://www.greffe.courdecassation.ma/Index_Ref_Dos.html

٧- موقع محكمة النقض الفرنسية

https://www.supremecourt.gov/ctrules/rules/Rules_1910.pdf

٨- موقع محكمة التميز الفرنسية <https://www-courdecassation->

٩- القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٩ <https://www.unine.ch>

١٠- نصوص القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ <https://www.vorpeil.pdf>

١١- قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١.

<https://mesferlaw.com>

١٢- القانون الدولي الخاص المجري <https://www.researchgate.net>

١٣- نصوص القانون المدني الفرنسي المعدل بعد عام ٢٠١٦

https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016

١٤- القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ٢٠٠٤ <https://socioedip.files.wordpress.com>

١٥- اتفاقية لاهاي الصادرة في عام ١٩٧٨ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين <https://assets.hcch.net>

١٦- اتفاقية روما الثالثة الصادرة عام ٢٠١٠ والخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو انتهاء الرابطة الزوجية <https://eur-lex.europa.eu>

١٧- بروتوكول لاهاي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على النفقات الصادر في عام ٢٠٠٧/١١/٢٣، file:///C:/Users/hp/Downloads/DS02147362AN.en_fr.pdf

١٨- القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ <https://wrcati.cawtar.org>

١٩- اتفاقية روما الثانية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام ٢٠٠٧ <https://eur-lex.europa.eu>

٢٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦.

<http://www.lcrdye.org/7567>

٢١- قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ <http://www.moj.gov.jo>.

٢٢- اتفاقية لاهاي الخاصة باختيار المحكمة المختصة في المسائل التجارية لعام ٢٠٠٥ <https://www.hcch.net>.

٢٣- بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام لسنة ٢٠٠١ <https://eurlex.europa.eu>.

٢٤- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، <https://www.syrian-lawyer.club/>

٢٥- الدولي الخاص الامريكي لعام ١٩٦٩ <https://legal.un.org>.

٢٦- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي رقم (١) المصادق عليها في عام ١٩٨٤ https://www.tahkeem.ae/contents/files/rule_c.pdf

٢٧- اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول مجلس التعاون العربي رقم (٥٨) لعام ١٩٨٩ <http://wiki.dorar-aliraq.net>

٢٨- اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨ المتعلقة بشأن الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية <https://curia.europa.eu>

٢٩- القانون الدولي الخاص التركي لعام ٢٠٠٧ <https://www.mevzuat.gov.tr>

٣٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨
[/ http://www.lcrdye.org/7567](http://www.lcrdye.org/7567)

31- Julien maire du poset ،L'attribution de dommages et intérêts pour nonrespect d'une clause attributive de juridiction ،article ،2012،

<http://doc.smithdoria.com>

32- Paul Lagarde, l'europeanisation du droit international privé – Conflicts de loie, ., <https://www.ejtn.eu>

سابعاً: المصادر الأجنبية

1. Bénédicte fauvarque, libre disponibilité des droits et conflits de lois, paris,1996.
2. Charalambos N fragistas, La compétence internationale en droit privé, la haya, vol 104, 1961, p15.
3. David, Cavrs, Elliott. cheatham, brainerd Currie , Albert, Robert, Leflar and Will, A recent development in conflict of laws, vol 63, no 7, 1963.
4. Fabien Cadet, l'ordre public en droit international de la famille, étude comparée France/espagne, l'Harmattan, Paris, 2005.
5. Gérald Goldstein, l'autonomie de la volonté dans le statut personnel, article, 2018.
6. H.Muir watt, droit international privé, paris, 2001.
7. Jean Yves calier, autonomie de la volonté et statut personal, bruxelles.
8. Jeffrey a.talpis, l'accommodement raisonnable en droit international prive québécois,université de montréal imprime au canada, 2008.
9. Julien maire du poset, L'attribution de dommages et intérêts pour nonrespect d'une clause attributive de juridiction, article.

10. Marc Fallon et Johan erauw, la nouvelle loi sur le droit international privé, loi du 16 juillet 2004, éditions kluwer, 2004.
11. Marie dechamps, la La loi applicable a` la responsabilité Volume 2: Les regles spéciales applicables, aux obligations non contractuelles, 2012.
12. Marta requejo Isidro, elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual, revista de derecho, año 8, n.8, 2013.
13. Olivera boskovic, la reparation du prejudice en droit international privé, paris, 2003.
14. Paul Lagarde, l'europeanisation du droit international privé – Conflits de lois, article.
15. Philippe GUEZ. l'election de for en droit international privé, université de paris, 1992.
16. Pierre bourel ,les conflits de lois en matière d'obligations extra contractuelles, rennes, 1961.
17. Sabine maya bouyahia, la proximité en droit international privé de la famille français et tunisien: actualité et perspectives (étude des conflits de lois), université panthéon_assas, 2012.
18. Yves el hage, L'autonomie de la volonté dans les règles de conflit de lois sur le couple, article, 2020.

Abstract

Abstract

The principle of the authority of the will is one of the basic principles established in private international law, and the important role of the will is clear within the scope of conflict of laws and international jurisdiction, Most jurisprudence and legislation have granted the will of individuals the freedom to choose the law that governs their legal relationship, whether this choice of law is an explicit or implicit choice, Also, the will of the parties was allowed to choose the subsequent law and change their choice by another law, and even allowed them to divide the law that governs the contract, The will of individuals did not stop in choosing the law here, but this will penetrated some international private relations with a foreign element, such as personal status issues, such as choosing the law applicable to the financial system of spouses, divorce, or choosing the law applicable to expenses, Relying on the jurisprudence supporting this role for many justifications that allow the parties to choose the applicable law on matters of personal status, including respect for freedom and equality between spouses, And the independence of the will in the field of personal status, which is complementary to the principle of proximity with the law, which has the closest objective ties, Among the justifications is also the likening of personal status issues to contractual obligations, and among the justifications on which the jurisprudence supporting this role was based is that choosing the applicable law within the field of personal status leads to providing legal protection for the weak party and establishing a fair balance between the spouses, Also, the will had a role within the scope of tort liability, as some jurisprudence and some legislation and agreements allowed individuals to choose the law that governs tort liability after the occurrence of the harmful act, Basing that as well on many justifications, including the difficulties that individuals face when applying the local law or any other law except the law of will, Also,

Abstract

one of the justifications is that the selection of the parties to the applicable law within the scope of tort liability is considered a manifestation of individual freedom in which justice is achieved and the interests of individuals are achieved.

Many jurisprudence, laws, and international agreements also recognize another role for the will, which is choosing the competent court that decides the dispute in accordance with the rules of international jurisdiction, and this is what is called voluntary submission to international jurisdiction, Voluntary submission is of two types, which is an explicit choice agreed upon by the parties before the occurrence of the dispute or a choice subsequent to the occurrence of the dispute, and the other type is the implicit choice that can be inferred through the behavior of the parties and without the need for the existence of the condition conferring international jurisdiction, For example, the presence of the defendant in the hearings of the pleadings in the court that was appointed by the plaintiff without contesting the lack of jurisdiction, A set of conditions must be met in the parties' selection of the competent court, including the condition of the serious bond between the competent court and the dispute, which a part of jurisprudence has called for it is necessary to replace this condition with the idea of legitimate interest, which is intended to leave freedom to the will of the parties as a basis for choosing the court that decides on the dispute before it without the presence of a serious bond requirement, And the condition of international character in the dispute before the court, and as for the legal nature of voluntary submission, the majority of jurisprudence considered voluntary submission to be of a contractual nature, and the validity of the formation and conditions of this submission is governed by the law of the judge.

The agreement reached between the parties to voluntarily submit to international jurisdiction results in a set of effects, including personal effects,

Abstract

which is the application of the parties' agreement to appoint the competent court that settles their disputes over their private and public successors, The extent of this agreement's validity is not limited to private and general successors only, but in specific and exceptional cases this agreement may apply to third parties, and other effects are represented in a set of legal effects, which are a conferring effect on international jurisdiction and a negative effect on international judicial jurisdiction, he effect of the agreement between the parties was not limited to these effects, but this agreement had effects even on preliminary issues and incidental requests related to the original lawsuit before the competent court, and other effects on provisional and precautionary measures.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Maysan University/ College of Law

Graduate Studies/ Private Law



The role of will in private international relations

Letter submitted by the student

Ronza Abdul Reda Naeem Al-Wahili

to me

Council of the Faculty of Law at the University of Maysan

It is part of the requirements for a master's degree in private law

Supervised by

Prof. Dr. Sadiq Zughair Muheisen

2023 A.H

1444 A.D