الرقابة الموضوعية على صحة اختصاص المحكمة الاجنبية عند الامر بالتنفيذ
(دراسة مقارنة)

أ.د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي
كلية القانون /جامعة بابل– قسم الخاص
عبد الرضا الاسدي
rasol1970@yahoo.com

الباحثة نجاة كريم جابر عباس الشمري
كلية القانون /جامعة بابل
قسم الخاص
najatshammar@gmail.com

الكلمات المفتاحية: الرقابة الموضوعية– محكمة اجنبية –دعوى الامر بالتنفيذ.

كيفية اقتباس البحث
الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا ، نجاة كريم جابر عباس الشمري، الرقابة الموضوعية على صحة اختصاص المحكمة الاجنبية عند الامر بالتنفيذ(دراسة مقارنة)، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، كانون الثاني ٢٠٢٤،المجلد:١٤ ،العدد:١ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

Objective control over the validity of the jurisdiction of the foreign court when ordering implementation (A comparative study)

A.P.D.AbdulRasul AbduLRedda
College of Law / University of Babylon - Private Department

Najat Karim Jaber Abbas Al-Shammar
College of Law / University of Babylon - Private Department

Keywords : objective control - a foreign court - a lawsuit ordering execution.

How To Cite This Article
AbduLRedda, AbdulRasul, Najat Karim Jaber Abbas Al-Shammar, Objective control over the validity of the jurisdiction of the foreign court when ordering implementation(A comparative study), January 2024,Volume:14,Issue 1.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

When the foreign judgment is submitted to the judge who is required to issue an order for its implementation, he begins with an audit procedure aimed at ensuring that the objective conditions for the validity of the foreign judgment are met, including the validity of the jurisdiction of the foreign court that issued the judgment requested to be ordered to be executed.

he control over the validity of the foreign court's jurisdiction takes place on two levels, the first level is the control of the international jurisdiction, i.e. the jurisdiction of the state's courts in disputes with a foreign element vis-à-vis the courts of other countries, which is called direct general jurisdiction, and the second level is the control of internal jurisdiction, i.e. determining the competent court from among the courts of the issued state. Among them is that ruling, and it is called special

jurisdiction, and in some cases this system may reach the extent of the intervention of a court competent to implement in reforming or amending the foreign ruling after reviewing it objectively in preparation for its implementation within the region.

In order to stand on the objective control over the condition of the jurisdiction of the court that issued the judgment to be implemented, we have divided this research into two sections. In it, we showed the most important findings of this research.

الملخص

عندما يقدم الحكم الأجنبي للقاضي المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذه ، فإنه يبدأ بإجراء رقابة تستهدف التأكد من توافر الشروط الموضوعية لصحة الحكم الأجنبي ، ومنها رقابة صحة اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم ، ورقابة صحة اختصاص المحكمة الأجنبية تكون على مستوين:- الأول رقابة محل الاختصاص الدولي أي اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي إزاء محاكم الدول الأخرى وهو ما يطلق عليه الاختصاص العام المباشر ، والمستوى الثاني رقابة الاختصاص الداخلي ، أي تحديد المحكمة المختصة من بين محاكم الدولة الصادر منها ذلك الحكم ويطلق عليه الاختصاص الخاص ، وفي بعض الاحيان قد يصل هذا النظام الى حد تدخل المحكمة المختصة بالتنفيذ في اصلاح الحكم الاجنبي او تعديله بعد مراجعته موضوعيا تمهيد لتنفيذه داخل الاقليم

ومن أجل الوقوف على موضوع الرقابة الموضوعية على صحة اختصاص المحكمة الاجنبية عند الامر بالتنفيذ الحكم ، فقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين الأول : يتعلق الرقابة على محل الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، والثاني يتعلق بتعديل محل الاختصاص القضائي لتلك المحكمة، وقد أعقبنا هذين المبحثين بخاتمة بينا فيها أهم ما توصلنا إليه في هذا البحث من نتائج.

المقدمة :-

ان القوانين بعض الدول الانكلوسكسونية اخذت بمبدأ مراجعة وفحص مضمون الحكم الاجنبي قبل تنفيذه بهدف تدقيق توافر شروط الموضوعية فيه ، لان أي حكم قضائي كان شكله يتطلب اجراءات شكلية واخرى موضوعية وبما ان الاجراءات الصادرة في دولة اصدار الحكم تعد اجراءات سابقة توثر عليه لاحق في دولة التنفيذ على اعتبار ان نجاح أي نظام قانوني يتوقف على فعالية صدوره من جهة قضائية مختص بإصداره لما له من دور في تنفيذ احكامه ، فاذا لم

يصدر الحكم من محكمة مختصة لا يعتبر موجود بنظر دولة التنفيذ مما يعكس التأثير المتبادل بين الدولتين .

وفي بعض الاحيان قد يصل هذا النظام الى حد تدخل المحكمة المختصة بالتنفيذ في اصلاح الحكم الاجنبي او تعديله بعد مراجعته موضوعيا تمهيد لتنفيذه داخل الاقليم ، الا ان الفقه الدولي الغالب حصر نطاق مبدا المراجعة على الاوجه الرئيسية في التقاضي لتأكد من صحة اصدار الحكم الاجنبي من محكمة مختصة ولم يتجاوز حدود سلطته ضمن القانون الاجرائي ، ومن اجل الالمام بموضوع مراجعة محكمة التنفيذ بموضوع الدعوى ، ارتئينا تقسيمه البحث على مبحثين سنتناول في المبحث الاول دور القضاء في فحص محل الاختصاص القضائي الدولي ، في حين عقدنا المبحث الثاني لبحث دور القضاء في تعديل محل الاختصاص القضائي وكما سياتي بيانه.

أهمية البحث :-

من الطبيعي أن يراقب قاضي التنفيذ قواعد الاختصاصين التشريعي والاختصاص القضائي للمحكمة الاجنبية التي أصدرت الحكم موضوعيا للنظر في النزاع الماثل أمامها، وذلك حتى يتحقق من وجود رابطة وثيقة بين النزاع والمحكمة التي حسمت بشأنه هذا الحكم، كما ان هذه الرقابة من شأنها أن تكبح جماح اطراف النزاع الذين يحاولون استخدام وسائل احتيالية بهدف التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي بهدف ارتكاب ما يسمى بالغش نحو الاختصاص القضائي .

وبالنظر لأهمية موضوع الرقابة الموضوعية على صحة الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وخصوصاً ما يطرح من مشاكل تصل الى حد تصحيح الحكم الاجنبي المراد التنفيذ ، آثرنا دراسته هذا الموضوع بشكل تفصيلي في هذا البحث .

مشكلة البحث :-

لما كانت مسالة النزاع تتداخل ضمن قانون اكثر من دولة للنظر في الواقعة ، تارةً ضمن المحاكم الاجنبية. ومرةً أخرى ضمن المحاكم الوطنية ، وعليه فهل تستمر المحكمتان في نظر المنازعة من الناحية الموضوعية على الرغم من اختصاص الاجنبية في اصدار حكمها وما يستتبع ذلك من إمكان صدور أحكام متناقضة يصعب التوفيق بينها!..

لذا نجد أن التشريعات المقارنة تباينت بسبب كثرة الاتجاهات الفقهية التي تصدت لموضوع الرقابة الموضوعية لوضع مقياس أو معيار يمكن الوقوف المحكمة الوطنية عنده

ولأيمكن ان تتعدى لتصدي النظر في الاختصاص داخليا لأنه يدخل ضمن اختصاص المحكمة الاجنبية .

منهجية البحث :-

لقد اعتمدنا في دراستنا لموضوع البحث منهج بحثيا وصفيا لتحليل النصوص التشريعية المعنية والمواقف الفقهية للوقوف على الاتجاهات القضائية ، ونظرًا لاختلاف الوضع بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بين الدول ولعدم إمكانية التوسع في مجال هذا البحث، فسنقتصر في بحثنا على دراسة علاقة قواعد موضوع بحثنا في القانون العراقي مع محاولتنا الرجوع الى أسلوب البحث القانوني المقارن والاشارة إلى ما هو معمول به في القانون والقضاء الانكليزي والفرنسي والمصري. -كلما دعت الدراسة اليه -

خطة البحث :- قمنا بتقسيم موضوع الدراسة الى مبحثين، المبحث الاول نتناول فيه مراجعة قاضي التنفيذ محل الاختصاص القضائي الدولي ، أما في المبحث الثاني فسنبحث تصحيح محل تنفيذ الحكم الاجنبي .

المبحث الاول

مراجعة قاضي التنفيذ محل الاختصاص القضائي الدولي

ان نظام الرقابة الموضوعية على تنفيذ الحكم الاجنبي واسع الافق يضعه المشرع بين يدي قاضي التنفيذ ، وهو يشابه رقابة محكمة الطعن على الحكم الابتدائي المطعون فيه كما لو كان محكمة موضوعية في فحص الحكم الاجنبي المراد التنفيذ ولا يكتفي بمراجعته شكليا بل للمحكمة التنفيذ الحق في ان تعرض للوقائع الدعوى من جديد وتقوم بتفسير الحكم الاجنبي وفقا لمنهجها في التفسير ولها مناقشة موضوع النزاع او قبول طلبات جديدة ، ومن ثم بناء قناعتها في إصدار الاعتراف بطلب الحكم المراد تنفيذه بالرغم من عدم اختصاصها ابتداء .

وبناء على ذلك ، اغلب الانظمة القانونية تشترط للاعتراف بتنفيذ الحكم الاجنبي داخل البلد ان يكون صادر عن قضاءً دولي مختص ، الا ان الاختلاف التشريعي والقضائي جاء في مدى تحديد حدود الرقابة الموضوعية التي سيجريها قاضي التنفيذ على اختصاص الهيئة القضائية في اصدار الحكم هل تتسع لتشمل قواعد الاختصاصين الدولي و الداخلي معا ام لا ، وعليه سوف نقسم المبحث لبيان محل الرقابة على قواعد الاختصاص القضائي من خلال مطلبين الاول سنتناول فيه مراقبة قواعد الاختصاص الداخلي ، واما الثاني سنخصصه لبحث الرقابة الدولية على قواعد الاختصاص المحكمة التي اصدرت الحكم .

المطلب الاول

مراجعة قاضي التنفيذ الاختصاص القضائي الداخلي المحكمة الأجنبية

اجمع الفقه الدولي في مصر حول تفسير الشرط القاضي بأن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم الاجنبي مختصة اختصاصاً خاصاً من الناحية (النوعي والقيمي) وفق نص المادة (١/٤٩٣) من قانون المرافعات المصري التي تشترط تنفيذ الحكم الاجنبي بان يكون :((١ – الحكم أو الامر صادر من هيئة مختصة وفق لقانون البلد الذي صدر فيه)) هو التحقق من قواعد الاختصاص الدولي وليس الداخلي للمحكمة الاجنبية في دولة الاصدار السبب في ذلك يعزو إلى أنها مسألة تختص بها المحكمة الاجنبية مما يجعل القاضي الاجنبي يلقن القاضي التنفيذ درساً في كيفية التطبيق السليم لقانونه الوطني وهو أمر لا يليق ، كما أنه مهما كانت درجه المام ومعرفته القاضي الوطني بالقوانين الأجنبية لا يتصور حرصه في التطبيق السليم للقواعد الاجراءات الداخلية للقوانين الأجنبية بذات القدر المتحقق بالنسبة للقاضي الأجنبي نفسه لان القانون الاجنبي يظل محتفظ بطبيعته القانونية خارج حدود الدولة التي صدر عنها ، ويركز بإلحاح على صفته الأجنبية ولا يعتبره عنصرا من عناصر الواقع بل إنه قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا على أمر مشرعه الذي أودعه قاعدة الإسناد الوطنية ، وبما أنه قانون ولكنه أجنبي فأمر طبيعي بأن يلقى معاملة إجرائية تختلف عن تلك التي يتلقاها القانون الوطني ، وعلى خلاف ذلك كان موقف القانون الانكليزي يهدف إلى الاعتراف بالحكم الذي نشأ وفق هذا القانون بعد تدخل قاضي التنفيذ عن طريق الرقابة الموضوعية بمراجعة وفحص مضمون الحكم من جديد عند تقديم الحكم الاجنبي كدليل اثبات في الدعوى غير قطعي يجوز اثبات عكس الوقائع الدعوى ، إذ أن القانون الأجنبي لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر هذا الحق (الذي نشأ في الخارج) أو الواقعة المكسبة للحق وكل من يريد التمسك بنشأة هذا الحق في الخارج يقع عليه عبء الإثبات باعتبار تدخله ضروري للفصل في حقوق الاطراف الاصلية ، من دون ان تكون ملزمة" بالأخذ به في تقدير الحكم استنادا لنص المادة (٢٤) من قانون القواعد الاتحادية للإجراءات المدنية[١] .

اما بالنسبة لموقف القانون العراقي لابد من تحليل النص المادة (٦) فقرة (ب) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ التي تنص على (كون المحكمة الاجنبية ذات صلاحية بالمعنى الوارد في المادة (٧) من هذا القانون) فقد وردت بشكل مطلقة لم تحدد بوضوح محل الرقابة ، وبما ان المطلق يسري على اطلاقه مما نستطيع القول ان المشرع سلك مسلكا مختلف فجمع من خلال صياغته في النص اعلاه ، مخالف بذلك الفقه في

القانون الدولي الخاص لان المادة جاءت بصياغة مرنة تمتد بطريقة افقية لتحمل طابع الاتساع في شمول الاختصاصين معا ، مما يتوجب على قاضي التنفيذ ان يراقب قواعد الاختصاص المحكمة الاجنبية دوليا ومن ثم ينتقل الى المرحلة الثانية للتأكد من اختصاصها الداخلي من وجهتين (نوعيا – محليا) ، ويوكد ذلك بالمقارنة مع نص المادة (١١) من القانون نفسه التي جاء فيها (يطبق هذا القانون على الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية تعين بأنظمة خاصة تصدر من وقت لأخر كلما صارت احكام المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الاجنبية بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية او بمقتضى القوانين المرعية في تلك البلاد سواء كان ذلك بإصدار قرار التنفيذ او بإجراءات اخرى تماثله من حيث النتيجة.) ، وباعتقادي النصوص ما هي إلا اقرار من المشرع لأجل التوسع من سلطة المحكمة ضمنا فقد تبنى بموجب شرط (المعاملة بالمثل) تخويل القاضي التنفيذ مراجعة الانظمة الخاصة للأحكام الأجنبية الصادرة بنفس المعاملة المماثلة للأحكام الوطنية كما لو كان محكمة موضوعيا ولكن حصر نطاقها على الاوجه الرئيسية في التقاضي القوانين المدعية في تلك البلاد [٢].

ويراد من منطلق النص المشرع العراقي صدر اكثر من نظام لتطبيق المادة (١١) السالفة اعلاه بالإضافة الى الاخذ بالمعاملة بالمثل على اساس تشرعي في تلك البلاد[٣] ، الا انه اشارة المادة صراحة الى التبادل الدبلوماسي بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية"....لما جاءت بمصطلح تتعدد فيها اسماء الدولً وتتمثل حسب الترتب الزمني الاحكام الصادرة من محاكم المملكة المتحدة البريطانية، سوريا ولبنان، مصر، ايطاليا، الهند، جماكا و هونغ كونغ ومالطة ونيوزلندية وقبرص، والمملكة الاردنية الهاشمة، وعليه فما تبرمه دولة العراق من اتفاقات من ذلك اتفاقية نيويورك تخول قاضي التنفيذ مراجعة الاعتراف بتنفيذ الاحكام التحكيمية المصادقة عليه سنة٢٠٢١ حيث نصت المادة (١/٣) منه (اقرت لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية او التصديق بامتداد تطبيقها ، عملا بنص المادة العاشرة ان تصرح على اساس المعاملة بالمثل انها ستقتصر على الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الصادرة على اقليم دولة اخرى ..) ، اما الفقه المصري فقد طرح رؤيته والمتمثلة بلزوم تفسير ما ورد في المادة (٢٩٦) على مجرد الاساس الواقعي لنظام المعاملة المثل ، في حين القانون الفرنسي فقد استقر على عدم اقحام مبدأ المعاملة المثل في مسالة الامر بالتنفيذ ، مما تبادر في الذهن ان قاضي التنفيذ يقتضي معاملة تنفيذ الاحكام بنفس الوسيلة الفنية التي تأخذ بها الدولة المقابلة في قانونها الداخلي في تنظيم مسألة تنفيذ الاحكام الاجنبية ، وان حمل بين طياته معنى تبادلا دوليا على اساسها ما عقدته الدولة مع غيرها من اتفاقيات بين الدول المتعاقدة في شأن تنفيذ

الاحكام ؛ فالتبادل الدبلوماسي هو قوام الدائم والوحيد للاتفاقات التي تبرمها الدولة في شأن مسألة تنفيذ الاحكام الاجنبية، مقتضاها تقيد الدولة في مواجهة الدول الاخرى المتعاقدة بما جاء في الاتفاقية من مراجعة قواعد تنفيذ الاحكام بينها، والا ترتبت مسؤوليتها الدولية في حال تعارض الاتفاقية مع القانون الوطني[٤] .

وبناء على ذلك يمكن القول ان مفهوم الاختصاص الوارد ضمن نص المادة السادسة فقرة (ب) و المادة (٧) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ لا يتعلق بالاختصاص المحلي للمحكمة التي اصدرت الحكم الاجنبي متى صدر بشكل نهائيا حاسما للنزاع وليس مؤقتا كما هو في القرارات الوقتية ومن قبل محكمة مختصة مشكلة تشكيل صحيحا وفقا للقانون المرافعات المدنية العراقي[٥] ، ولم يطعن به خلال مدة الطعن او تم الطعن وصدق من قبل المحاكم العليا ، يصبح حجة مقضي فيها حائز لصفة النفاذ في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها بدليل نص المادة(٦/هـ) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق اعلاه ، التي اعتبرت الحكم قضية امام المحكمة المطلوب تنفيذ الحكم فيها [٦] ، ومن ثم لا جدوى من الرقابة على قواعد الاختصاص المحلي للمحكمة الاجنبية في دولة الاصدار، ففي كل الاحوال لا يوثر عدم مراعاة قواعد الاختصاص من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم على الاعتراف بالحكم في دولة أخر، وذلك لان عدم تحقق أي شرعية للحكم المراد التنفيذ يكون مراقبا مسبقا من قبل محاكمها الداخلية عن طريق مبدأ قوة الامر المقضي التي تشمل الى جانب قرينة الحقيقة في صحة الاجراءات المتبعة في اصدار الحكم، هذه القرينة التي يتمتع فيها الحكم تجعل اختصاص المحكمة التي اصدرت الحكم صاحبة اختصاص سواء كان هذا الاختصاص نوعيا او قيميا او مكانيا لم يكن كذلك فلا تكون له هذه الحجية [٧].

كما ان تمتع الحكم الاجنبي بقوة الامر المقضي فيه تعلو على تلك التي تقوم عليها قواعد الاختصاص(النوعي أو المحلي) ، فيجعل قاضي التنفيذ يصدر الاعتراف بتنفيذ الحكم الاجنبي حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم غير مختصة نوعياً ومحلياً بالفصل في النزاع طالما صدر الحكم وحاز حجية الامر المقضي فيه لأنه يبقى من اختصاص المحكمة المحلي تحديد نهاية الحكم من المسائل الاجراءات التي تخضع لقانونه الوطني وهي قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص، فإن الحكم الأجنبي الذي لم يكتسب الدرجة القطعية لا يجوز تنفيذه بدليل نص المادة(٨ / ب) من القانون ذاته تنص على أنه " (ا) ترد المحكمة طلب قرار التنفيذ فيما اذا اقنع المحكوم عليه المحكمة بشان الحكم بأنه لم يكتسب بعد الصورة

القطعية وبان له حق مراجعة محكمة اعلى وقد راجعها او انه يريد مراجعتها وفقا للأصول ان توجل الدعوى الى حين انتهاء المعاملة في تلك المحكمة..))[٨] .

وقد نصت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في الفقرة (ب) من المادة (٢٥) على ما يلي ((يعترف كل من الاطراف المتعاقدة بالأحكام ... الحائزة لقوة الامر المقضي فيه)) كما جاء في المادة (٣٤) من الاتفاقية ذاتها على انه " يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم لدى أي من الاطراف المتعاقدة الاخرى تقديم ما يلي ... شهادة تثبت بان الحكم الاجنبي اصبح نهائيا وحائزا للقوة الامر المقضي فيه مالم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته " ، يتضح من النص قاضي التنفيذ من حيث المبدأ لا يراقب قواعد الاختصاص المحلي للمحكمة التي أصدرت الحكم تاركا ذلك لقانون المحكمة التي اصدرته[٩] ، فيما لو حصل العكس أي تحدد نهائية الحكم من قبل المحكمة المراد الاعتراف به لكانت الاخيرة وفق لقانونها تثبت نهائية الحكم من تلقاء نفسها دون حاجة طلب شهادة الاعتراف من جهة الدولة طالبة الاعتراف به ، وفي المقابل قد ينص على الحكم نفسه في الاتفاقية ذاتها ، وبالتالي لا جدوى من طلب شهادة تثبت نهائية الحكم القضائي من قبل دولة اصدار الحكم اذ كانت الاتفاقية متضمنه ذلك[١٠] .

ويستثنى من القاعدة المتقدمة ، وهي حالة ما اذا ترتب على مخالفة قواعد الاختصاص الداخلي في بلد المحكمة التي أصدرت الحكم الاجنبي، هو بطلان هذا الحكم أو هدر قيمته ، في هذه الحالة تكون مخالفة قاعدة الاختصاص الداخلي المقررة في قانون المحكمة التي أصدرت الحكم توثر في وجود الحكم دوليا وتمنع ترتيب اثاره ، اذ من البديهي الا نسمح بتنفيذ حكم اجنبي اذا كان قد صدر غير صحيح في دولة المحكمة الاصدار للاعتراف بتنفيذ حكم قد صار في بلد اصداره باطل وفاقد القيمة وفق الفقرة (١/٨) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق لعام ١٩٢٨ التي تنص على انه " ترد المحكمة طلب اصدار قرار التنفيذ فيما اذا اثبت المحكوم عليه لديها بان الحكم قد استحصل بطريق التدليس او ان سير الدعوى في المحكمة الاجنبية جرى مخالفا للعدل والانصاف، او اذا وجدت المحكمة بان الحكم لم تتوفر فيه شروط المادة (٦) بأجمعها"[١١] ، مما يعني اتخذ المشرع العراقي اسلوب اخر وهو مراجعة قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة الاجنبية وهذا يتفق مع مادة ٦ /د فقد جاءت الفقرة (د) بالنص على " ان لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام " ، فلا يكفي اختصاص المحكمة الاجنبية دوليا اذ يستلزم مراعاة تحقق القاضي التنفيذ من عدم مخالفته لقواعد نظامه الوطني من خلال حصر فكرة النظام العام وجعل الاختصاص قاصرا على المحاكم العراقية، وهذا النص يسعى لتقليل تنفيذ الاحكام الاجنبية مما يهدر مصالح التجارة الدولية في

ظل شرط المعاملة بالمثل مما يجب حصر فكرة النظام العام وجعل الاختصاص قاصرا على المحاكم العراقية في الاختصاص الوجوبي، ومن ثم لا يمكن للأطراف الدعوى الخروج عليها بوصف ولاية المحاكم في هذه الحالة تعد من النظام العام ، تطبيقا إلى نص المادة 77 /من قانون المرافعات العراقي التي تنص على أن ((الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى))[١٢] .

كما جاء في المادة (٥٣/ ٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ بالنص " على بطلان حكم التحكيم في حال مخالفته للنظام العام في مصر بصرف النظر كان دوليا ام داخليا" ، كما ان المادة ١٥١٨ – ١٥٢٠ من قانون التحكيم الفرنسي (حصر مراجعة حكم التحكيم الدولي فقط بدعوى البطلان) ، ومما يجدر ذكره أن المشرع الفرنسي بموجب المادة ١٤ مدني، قد تجاوز هذا الاختصاص إلى منح القضاء الفرنسي حق نظر الحكم المراد التنفيذ موضوعيا متى كان المدعي فرنسيًا [١٣] ، ويعتبر أن تطبيق الحكم الأجنبي من طرف القاضي التنفيذ ما هو إلا عنصرا من عناصر الواقع لان كل قاعدة قانونية لها عنصر عقلي وهي عامة ومجردة وعنصر الإلزام الذي يضفي على القاعدة قوتها الملزمة وتظل القاعدة تتمتع بهذين العنصرين متى طبقت داخل الدولة التي سنتها، ومتى طرحت هذه القاعدة أمام قاض آخر بوصفها قانونا أجنبيا فإنها تفقد عنصر الإلزام وتطبق بوصفها واقعة ثبت وجودها أمام القاضي دولة التنفيذ مما يتعين على الخصوم إثبات هذا القانون وكل خطأ في تفسير هذا الحكم الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة واقع.

وعلى خلاف ذلك موقف القانون الانكليزي فلا يكفي لمراقبة القضاء التنفيذ الاختصاص الداخلي بكون احد الاطراف الدعوى انكليزي بلً يشترط ان يجتمع معه معيار الموطن او محل الاقامة، اما القانون الامريكي فمنح القاضي في الفصل النزاع حتى ولو كانوا متوطنين في الخارج [١٤]، وهذا التفسير اعتمدته محكمة تمييز دبي حيث (اوجبت ان تكون المحكمة مصدرة الحكم مختصة بنظر النزاع طبقا لقواعد الاختصاص الدولي في قانونها ، فضلا عن اختصاصها وفقا لقانونها الوطني وبخلافه لا يمنح الامر بالتنفيذ)[١٥] .

في حين يرى البعض الاخر من الفقه التقليل من حالة ابطال او عدم تنفيذ الاحكام الاجنبية للقول ان مخالفته للنظام العام الداخلي ليس بالضرورة ان يودي الى النتيجة نفسها في تنفيذ الاحكام الدولية مادام الحكم القضائي لا يخالف النظام العام الدولي ، وعلى اية حال لا يجوز للقاضي الامر ان يبطل تنفيذ الحكم الاجنبي لمجرد مخالفته لنظامه الوطني ، وعليه نتفق

مع الراي الفقهي المستحدث في حصر تطبيق النظام العام ضمن الاختصاص الداخلي تميزا غير محبذا لأنه يقضي بتطبيق احكام متناقضة واشكال تميزا لصالح العلاقات التجارية الدولية على حسب العلاقات الوطنية مخالف لمبدا المساواة امام القانون مما نخلص الى التقيد مراجعة قاضي التنفيذ النظام العام موضوعيا سواء كان القانون عن النزاع داخليا ام دوليا[١٦] .

وبالنسبة للقوانين الاجرائية في قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق من خلال المادة اعلاه وفيما يخص موضوع دراستنا، فلم تنص صراحة على ان عيب ما يعد مخالف النظام العام يسمح لقاضي التنفيذ بمراجعة الحكم موضوعيا وهو الموقف نفسه الذي تبناه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، خلافاً لقانون الاجراءات المدنية الفرنسي[١٧] ، ومن خلال الرجوع الى المادة (٨) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية يتبين لنا أن المشرع العراقي استخدم لفظا يفيد جواز رفض المحكمة طلب قرار التنفيذ فيما اذا اثبت المحكوم عليه بان الحكم معيب كما لو استحصل بطريق التدليس او ان سير الدعوى في المحكمة الاجنبية جرى مخالفا للعدل والانصاف او اذا وجدت المحكمة بان الحكم لم تتوفر فيه شروط المادة (٦) بأجمعها ، الذي حدده القانون لممارسة الاجراء القضائي الذي ينتج عنه تخلف الغاية من الاجراء القضائي الذي لحقه ذلك العيب[١٨]، أي منح تخويل للقاضي وعلى وفق ما يستنتجهُ عند دراسة أوراق الدعوى في تحديد ما يُعد عيباً جوهرياً اعترى الإجراء القضائي لممارسة هذا الإجراء فأن القاضي لا يُنشئ العيب وإنما يقوم بتطبيق القانون ، فنلاحظ أن عمل القاضي هنا يتمثل بكونهِ كاشفاً ومقررا [١٩]

وهذا ما دلت عليه المادة (١١٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والتي نصت على أنهُ " لا يجوز اعلان بطلان اي إجراء لعيب في الشكل ما لم ينص القانون على ذلك صراحة، الا في حالة خرق الإجراء من حيث شكلهِ الجوهري او في قاعدة متعلقة بالنظام العام، ولا يتم النطق بالبطلان الا اذا أثبت الخصم الضرر الذي اصابهُ من المخالفة، حتى في حالة مخالفة الشكل الجوهري للإجراء وقواعد النظام العام"[٢٠]

وهذا ينطبق على النصوص التيُ عد النص القانوني من النظام العام إذا كانت قواعده القانونية قَواعد آمرة ، وهو الحال بالنسبة لقواعد الاختصاص الداخلي المتمثلة باختصاص للمحاكم العراقية النوعي او المكاني كما في معيار الموطن حيث نصت المادة (٣) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية على ان يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مقام المدعى عليه مالم ينص القانون خلاف ذلك، فالإجراء المتمثل بعدم صحة اي من هذهِ الاختصاصات النوعي او المكاني هو مخالف القانون الوطني [٢١] ، ويمكن الرجوع إلى ضابط النظام العام للحكم بعدم صحة الاختصاص القضائي الداخلي لمخالفتهِ الشروط القانونية الوطنية

في اي مرحلة تكون عليه الدعوى ، بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة او للارتباط ذات النزاع امام محكمتين او اكثر وفق لاتفاقية دولية[٢٢].

وبناء على ذلك يتبين لنا ان معيار النظام العام لتحديد الرقابة الموضوعية على قواعد الاختصاص القضائي معيار مقبول يتميز بإمكانية الاعتماد عليه سواء كان الاجراء القضائي شكلياً ام موضوعياً، إلا انه يسجل عليه صعوبات يواجها القضاء تتمثل في عدم استيعابهِ للإجراءات كافة لان ضابطاً عاماً لتحديدها خاصة لعدم وجود معيار يمكن الركون إليهِ لتحديد في ضوء ذلك، وهذا ما سارت عليه للتطبيقات القضائية قضت محكمة التميز الفرنسية برفض التعويل على معيار جسامة المخالفة لتحديد العيب الجوهري الموضوعي لإحدى محاكم الاستئناف في فرنسا التي قررت أن عدم توقيع القائم بالتبليغ على ورقة التبليغ يُعد عيباً موضوعياً نتيجة لجسامة المخالفة، ولكن قرار محكمة النقض الفرنسية جاء مناقضاً لقرار محكمة الاستئناف، وعُدَّ العيب شكلياً وليس موضوعياً وذلك بسبب عدم جواز الحكم بهِ إلا إذا ثبت حدوث ضرر ، كما قضت المحكمة الولايات المتحدة الأمريكية في قضية misubich بصحة شرط التحكيم كونه تم بين اطراف في ميدان العلاقات التجارية الدولية رغم خضوع العقد لقواعد المنافسة التي تعد من قوانين البوليس والنظام العام ، في حين ابطلت الحكم كليا محكمة النقض المصرية في قرارها رقم ١٥ لسنة ١١٧ ق بتاريخ ٢٠١١/٧/٣٠ على اعتبار ان الفوائد التاخيرية من النظام العام في مصر ولا يجوز الحكم بما يزيد عن الحدود المقررة بموجب المواد ٢٢٦-٢٢٧ مدني مصري[٢٣] .

ومن خلال ما تقدم تبين ان المشرع عالج الاختصاص الداخلي وفق نظامه الخاص دون محاولة التقريب بينه وبين النظام الاختصاص الدولي ، وكذلك دون حاجة الى الاستعانة بقواعده لاختلاف الاختصاصين تقوم على اساس وجوب توافر ضابط في المنازعة يجعلها تقع تحت سيادة الدولة وبالنتيجة تدخل في ولاية قضائها[٢٤] ، على الرغم من مرونة الاجراءات وحق الافراد في اختيار القواعد الاجرائية والموضوعية ولكن لا تمتد الى التدخل بجوهر النظام القانوني لاختصاص محكمة اصدار الحكم ، ومن هنا فلا بد من التمييز بين موضوع الاختصاص الدولي وولاية القضاء لان القول عبارة الاختصاص الدولي للمحاكم هي عبارة مرادفة لكلمة ولاية القضاء للمحكمة كلام غير صائبا كون الاختلاف بينهما يتمثل في الجزاء وبيان الدفع الذي تواجه به المحاكم الوطنية ، فاذا ما خرقت قواعد اختصاصها الدولي فان الجزاء المترتب يتمثل في "عدم الاختصاص" وفقا للقواعد المقررة في الدفع بعدم الاختصاص، اما في حالة تجاوز حدود ولاية القضاء فهو تجاوز للسلطة يواجه بالدفع بـ "تجاوز السلطة"، اما الجانب الاخر للتميز

فهو من الناحية العملية تتبلور وتتضح في ان الفقه المناصر للتفرقة بين ولاية القضاء والاختصاص الدولي يستبعد من مجالات الاختصاص الدولي مسالة الحصانات القضائية بوصفها تمس ولاية القضاء لا الاختصاص تاركا تنظيمها لقواعد القانون الدولي العام[٢٥] .

المطلب الثاني

مراجعة قاضي التنفيذ الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية

ذهب الراي الغالب في الفقه الى ان قواعد الاختصاص الوارد في النص (٧) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ هو قواعد الاختصاص الدولي وليس الداخلي للمحكمة التي أصدرت الحكم ، وهذا يتفق مع فقرة (ب/ المادة ٣٠) من اتفاقية الرياض للتعاون التي تقضي باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة[٢٦] .

وفي الحقيقة قام المشرع العراقي بتنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المادة(٧) المذكور آنفاً تحت مسمى التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي وحصرها بتحديد ثلاثة ضوابط يؤسس عليها قاضي التنفيذ الاختصاص هي: الإقامة، وتعاطي الأعمال، والخضوع الإرادي ، ويلاحظ باستخدام مشرعنا هذا المصطلح قد جانب الصواب ، لأنه اذ كان قاضي التنفيذ ليس من صلاحيته الرقابة على قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة الاجنبية لكن في الوقت نفسه ليس من مقدرته تحديد حالات الاختصاص الدولي للمحاكم في جميع العالم، فمن الاجدر إلحاق بقواعد الاختصاص كلمة المحاكم العراقية في النظر بالنزاع ذات العنصر الأجنبي فقط لاختلافها عن قواعد الاختصاص المحاكم الداخلي باعتبار ان قواعد الاختصاص الدولي مفردة الجانب ، في حين قواعد الاختصاص الداخلي مزدوجة يحدد المشرع المحكمة المختصة في جميع حالات أي يتبين من خلالها سلطان القانون الوطني والحالات التي يسمح فيه المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي في دولته[٢٧].

فكما نعلم جيدا ان بعض الضوابط الاقليمية كموطن المدعى عليه او محل اقامته تخضع لولاية القضاء المستقل لان هذا الاختصاص يحتاج الى ركيزة تشريعية ليتمسك القاضي مما يقتضي في حال توافر هذه الضوابط المذكورة آنفاً ان يمنح القاضي الحق تنفيذ الحكم الأجنبي وفق لقواعد الاختصاص الغير مباشر للمحكمة الاجنبية[٢٨] ، بموجب المادة(٩) من قانون التنفيذ العراقي لعام ١٩٨٠ المعدل وفق التعديل السادس برقم ١٣ لسنة ٢٠١٩ ، ولا يملك قاضي التنفيذ مراقبته داخليا او وقف تنفيذ الا في الحالات المنصوص عليها في المادة (٥٣) من القانون المذكور[٢٩] ، يقابلها المادة ١١٦ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣لسنة ١٩٦٨ ،

بينما القانون الفرنسي اعتبر حجية الاحكام المقررة للمصلحة الخاصة وليست متعلقة بالنظام العام باستثناء المادة ١٣٥١ مرافعات فرنسي اكتسب الحكم حجية الامر بين نفس الموضوع وذات الاطراف[٣٠] ، وفي المقابل اتخذت الدول الأنجلو سكسونية تدخل قاضي التنفيذ بمراجعة مضمون الحكم من جديد بهدف التحقق من وجود الرابطة الجدية بين القضاء والنزاع المطروح عن طريق عناصر موضوعية او شخصية كجنسية[٣١] فلا يكتفي توافر احدهما بلً يشترط ان يجتمعان (معيار الموطن او محل الاقامة)[٣٢] ، والحكم الصادر هو وحده القابل للتنفيذ ، ولكن اختلفت النظرة فيما بعد فلم يعد يعامل الحكم الاجنبي مجرد قرينة بسيطة بل اصبح دليل قاطعا وحاسما على صحة ما قضى به في الخارج حتى ولو كان معيب لأصول القانون الاجرائي[٣٣].

واذ كان مراجعة القضاء تقتصر على قواعد الاختصاص الدولي الا انه يبدو لنا نص المادة (٧)بفقراتها المذكور سلفا لم يعد يتسع ليشمل الحالات والامور المستحدثة كافة الذي تشهده العلاقات الخاصة الدولية، فانه من الممكن على الاقل التأثير بينهما عن طريق اعمال قواعد الاختصاص الداخلي تلافياً لأي نقص ، كما في الاحكام التمهيدية كالحجز الاحتياطي حيث يعد من القرارات التمهيدية ذات الصلة بالنظر للأثر المهم الذي يتركه الحكم الاجنبي ضمن الاقليم الوطني لما يترتب التزامات متبادلة بين الخصوم مع وجود ضمانات تنفيذ الالتزامات ، وهذا ما سار اليه القضاء الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٧ ابريل ٢٠١٧[٣٤] .

وفي المقابل نجد التأثير العكسي بين القواعد الاختصاص الدولي على قواعد الاختصاص الداخلي ، كما في حماية خصوصية البيانات الشخصية عبر الانترنيت التي تعد من اكبر التحديات التي تواجه الدول فلن نجد نموذجا لتدخل قواعد الاختصاص الداخلي بنفسه مما يفرض اللجوء الى ضوابط الاختصاص الدولي التدخل لحمايتها كما اتجاه كثير من البلدان كما في التشريع الامريكي المسمى (باتريوت) الذي تم اقراره في اعقاب الهجمات ١١سبتمبر / ايلول ٢٠١٤ واثار جدلا قانونيا وقضائيا في الولايات المتحدة الامريكية تجاه انتقاد اللجنة المعنية بحماية الحقوق التي عبرت عن قلقها ازاء الاختصاص الداخلي كونه لا يوفر حماية للأشخاص المتضررين في حال انتهاك حقوقهم بموجب المواد (٢-١٥ ، ١٧/١٠) داخل الولايات المتحدة كما ان التفسيرات القضائية لمراقبة القانون الداخلي ظلت حتى وقت قريب سرية وهو ما يمنع الخصوم معرفة القانون بشكل دقيق ، مما يستبعد تحقق فكرة التوقع المشروع التي تعد من الافكار الحديثة في القوانين الاوربية من جانب الافراد[٣٥] ، كما انه لا يوفر حماية مبدأ الثقة المشروعة وترتبط هذه الفكرة بالأمان القانوني يعبر عنه واجب تطبيق للقوانين المطبقة يوم تقديم الطلب واحترام حجية الشيء المقضي به ، واستبعاد خطر تدخل قاضي التنفيذ في موضوع

الاختصاص الداخلي للمحكمة الاجنبية وانعكاسات التغير المفاجئ للقاعدة القانونية على أمن المراكز القانونية واستقرار المعاملات في حسن سير العدالة[٣٦] ، وهذا ما شارت اليه اللجنة المعنية بحقوق الانسان رقم ١٦ ويمكن القول التدخل بموجب القواعد الوطنية (غير قانوني) اذ تضارب مع قواعد الاختصاص الدولي ومنها احكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واوضحت اللجنة على (ان أي تدخل بموجب الاختصاص الداخلي يجب ان يتناسب مع الخصوصية الغرض المنشود وان يكون ضروريا مناسب مع أي قضية معنية)[٣٧] ، وبهذا المعنى اشار اليه النظام الاساسي لاتفاقية روما في المادة الاولى فقرة العاشرة منه التي تنص (تأثير الاختصاص الدولي على قواعد الاختصاص المحاكم الوطنية ...) ، ويتبين من النص الاولوية للمحاكم الوطنية في الفصل بموضوع معين بالنسبة للمحاكم الدولية واصدار الحكم في الدعوى ، الا انه في حال عدم قدرة المحاكم الوطنية على القيام بإجراءات التحقيق او المحاكمة ، او في حال عدم التزام المحاكم الوطنية او قصورها في تنفيذ واجباتها ، ينهض الاختصاص الدولي وبذلك لا يعد الاختصاص الدولي كيان فوق كيان بل يعتبر مكمل لاختصاص المحاكم الوطنية وليست بديلا عنها ، بهدف تأكيد التوازن بين المصلحة المجتمع واحترام سيادته[٣٨] .

ومن ناحية الثانية نلاحظ التأثير المتبادل بين الاختصاصين على حجية تنفيذ الحكم الاجنبي على الرغم من اختلاف نطاق كل منهما لان قواعد الاسناد تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاجنبية ولكن لا تحدد حكم القانون فيها ، اما قواعد الاختصاص الدولي فتحدد حالات اختصاص محاكم دولة ما دون تحديد المحكمة المختصة [٣٩] ، والذي اصبح حقيقة توكدها المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ، يتعين على القضاء اعمالها على الرغم من تقدم قواعد التطبيق الضروري بالتدرج القانوني كقواعد مفردة الجانب تقع ضمن المرتبة الاولى للهرم التشريعي في مواجهة قواعد الاسناد التي تكون في المرتبة التالية ، الا انه في حال مخالفة الحكم الاجنبي قانون قاضي النزاع يكون الدفع وفقا لفكرة النظام العام المعمول بها ضمن قواعد الاسناد ، ومن هنا نكون امام التأثير المتبادل للاختصاصين معا في تنفيذ الاحكام الاجنبية ، وهذا الحل كرسته اتفاقية روما ١٩٨٠ بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (٧ /٢) منه[٤٠] ، ولكن إذا أسست المحكمة الأجنبية في دولة الاصدار اختصاصها على معايير أخرى غير تلك التي أشار إليها المشرع العراقي في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية فلا ينفذ حكمها في داخل البلد[٤١].

أما فيما يتعلق بالحكم الصادر عن محاكم إحدى الدول المرتبطة مع العراق باتفاقية فيطبق بشأن الاعتراف بالتنفيذ الحكم الاجنبي نصوص الاتفاقية السارية المفعول بين البلدين[٤٢]

، ومنها فقد نصت المادة (٢٨) فقرة (٣) من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي على أنه : " لا يجوز للسلطة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في أساس الدعوى ولا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية .. إذا كانت الجهة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بمقتضى أحكام القانون النافذ في دولتها " ، كما حددت المادة (٢٩) من نفس الاتفاقية الحالات التي تكون محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر به الحكم مختصة[٤٣] .

حيث تعد اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية لجميع اعضاء هيئة الامم المتحدة واجهزته وكذلك الدول الاعضاء في محكمة العدل الدولية الانضمام اليها ، غاية في الاهمية ومقدمة على التشريعات الوطنية عند التطبيق بين الدول الاعضاء ضمن الاتفاقية اذ نصت المادة الاولى منه على انه " تطبيق الاتفاقية على الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة عن اقليم دولة غير الدولة المطلوب التنفيذ فيها ، كما تطبق الاتفاقية على القرارات التي لاتعد وطنية في الدولة المطلوب منها التنفيذ والاعتراف بالقرار " .

يتبين لنا من خلال النص توسعت في تحديد محل القرار التحكيمية من خلال منح المعيار لكل دولة تحديده وفق لقانونها الوطني ، وهذا المعيار هو بديل عن المعيار الاول الذي يتمثل بالمعيار الجغرافي وليس استثناء عنه ، الذي يفرض صدور حكم في دولة غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، في حين اتفاقية الرياض للتعاون القضائي ١٩٨٣ جعلت محل تنفيذ الحكم الاجنبي يتمثل في مسائل المدنية والتجارية ومسائل الاحوال الشخصية في حين اخرجت من محل رقابة الاختصاص الدولي القرارات الصادرة ضد حكومة الدولة المطلوب التنفيذ فيها او ضد احد موظفيها عن الاعمال اثناء تأدية الوظيفة او بمناسبتها حسب نص المادة (٢٥) من الاتفاقية المذكورة[٤٤] .

ويتضح من خلال ما تقدم ان حدود الرقابة على اختصاص المحكمة الاجنبية تتمثل بمراجعة القاضي قواعد الاختصاص الدولي وذلك لأن الاختصاص الداخلي مسألة تخص المحكمة التي اصدرته ، فانه متى صدر الحكم من محكمة مختصة دوليا اصبح حائزا قوة الشي المحكوم به ويتوجب تنفيذه ولا مبرر لتعينه من الناحية الداخلية، إلا انه لا يمنع من الرجوع لقواعد الاختصاص الداخلي بالاستناد الفقرات (ب/د) من المادة (٦) لان الضوابط المعتمدة في تحديد العلاقة القانونية الدولية هي نفسها التي تعتمد عند تحديد الاختصاص الداخلي ومنها موقع المال والموطن مثلا ، ومن جهة اخرى نلاحظ الضوابط الدولية وفق م /٧ لم تتسع لتشمل الحالات والامور المستحدثة كافة والتطور الذي تشهده العلاقات الخاصة الدولية، مما يجب على

قاضي التنفيذ بدل رفض الاعتراف الرجوع لقواعد اختصاص الداخلي تلافياً لأي نقص والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق اعمالا بالمادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي تنص على انه (لا يجوز لأيً محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموضه النص او فقدانه او نقصه ، والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق وعد التأخير غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق) ، مما يعكس التأثير المتبادل للاختصاصين معا في الاعتراف بتنفيذ الحكم الاجنبي وهذا الاتجاه هو السائد في فرنسا والنمسا والبرتغال [٤٥].

المبحث الثاني

تصحيح محل تنفيذ الحكم الاجنبي

مما لاشك فيه أن مراجعة الأحكام الاجنبية تثير الكثير من الصعوبات ولاسيما امام محكمة البداءة في العراق والمطلوب الاعتراف بالتنفيذ امامها ، وبالذات من ناحية التصدي تعديل موضوع الحكم الاجنبي وإمكانية إعادة الفصل به مرة ثانية ، لأنه بالأصل يكون من اختصاص المحكمة التي أصدرته لوقوفها على موضوع الحكم، ولكن نتيجة لا سلوب المراجعة يقوم قاضي التنفيذ بفحص مضمون القرار كما لو كان محكمة موضوعية للوصول الى حد تقرير رفض طلب تنفيذ أو قبوله مع ضرورة تعديله ، ولكن هل يتسع منهج المراجعة للأفاق ويصل الى حد تعدل المبادئ والقواعد الاساسية التي ترى ان مخالفتها او اهمالها يرتب الخطأ الجوهري على تنفيذ الحكم الاجنبي بعد مراجعته موضوعيا هذا ما سنتناول في هذا المبحث مع محاولة استعراض تطبيقات الاحكام القضائية او التحكيمية ، في ضوء تصحيح الحكم الاجنبي المعيب بإزالة العيب منه على وفق طريقتين، الاولى تتمثل بتكملة الحكم القضائي المعيب وذلك عن طريقة إنتقاض الجزء المعيب منهُ وابداله باخر صحيح ، أما الثانية فتتمثل بطريقة التصحيح الكلي للحكم الاجنبي ، ولهاتين الطريقتين من أهمية سنتناول دراسة هذا المبحث من خلال تقسيمهِ على مطلبين نتناول في كل مطلب منهما احدى الطريقتين أعلاه.

المطلب الاول

اثر التصحيح الجزئي على محل تنفيذ الحكم الاجنبي

من حيث الاصل يترتب على صدور الحكم الاجنبي استنفاذ ولايته محكمة دولة الاصدار بالنظر في الحكم ، ويكتسب حجية الامر المقضي فيه بحيث لا يعود ثانية لنظر فيه تجنبا لتضارب الاحكام الاجنبية ، الا اذ تبين عدم صحته اذ يقتضي تعديل الاخطاء المادية التي تسبب مشاكل في تنفيذ الحكم الاجنبي[٤٦] ، عندما لا يوجد مبرر لرفع دعوى البطلان لان الامر

يتم معالجته بالتصحيح كونه خطا يتعلق بالتعبير وليس خطا في التفكير وذلك في اي وقت قبل التنفيذ [٤٧] .

وفي الحقيقة يجوز بموجب شرط المعاملة بالمثل تخويل القاضي التنفيذ مراجعة الحكم الاجنبي كما لو كان محكمة موضوعيا ولكن حصر نطاقها على الاوجه الرئيسية في التقاضي دون ان يصل الى تعديل جوهر موضوع الحكم لان دعوى الامر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة وانما ينحصر موضوعها في طلب التنفيذ الحكم او رفضه [٤٨] ، وهذا ما سارت عليه التشريعات العربية ومنها المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري والمادة (١١) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق لعام ١٩٢٨ التي تنص على انه (يطبق هذا القانون على الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية تعين بأنظمة خاصة تصدر من وقت لأخر كلما صارت احكام المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الاجنبية بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية او بمقتضى القوانين المرعية في تلك البلاد سواء كان ذلك بإصدار قرار التنفيذ او بإجراءات اخرى تماثله من حيث النتيجة) ، وبذلك لا يجوز للمحكمة الوطنية التي رفع اليها طلب الصيغة التنفيذية ان تعيد النظر في اساس الحكم الاجنبي او تعديل الحكم بناء على طلب المدعى عليه الا في احدى الحالات المنصوص عليها في المادة المذكورة اعلاه اذا ثبت ان قوانين الدولة التي صدر باسمها الحكم الاجنبي توجب اعادة النظر في اساس الاحكام العراقية قبل اعطائها الصيغة التنفيذية " . في حين تبنت بعض التشريعات التبادل كشرط موضوعي للفصل في وقائع الدعوى ومسائل القانون ، ومما يلحظ أعاده النظر في نزاع فصل فيه مسبقاً يشكل عقبة أمام استقرار الأحكام ، فيكون عرضة للتعديل أو الإلغاء اذا ما تمت مراجعته لأسباب عدة اولا: اغلب الفقه الاجرائي عد طبيعة الحكم الاجنبي قاعدة قانونية موضوعية لا يحوز حجية الحكم المقضي الا من تاريخ اكتساب الحكم القوة التنفيذية، وهذا هو أتجاه الفقه الفرنسي الحديث فلا يجوز للمنفذ العدل الامتناع عن تنفيذ الحكم الاجنبي مادام اكتسب الدرجة القطعية واستنفدت مواعيد الطعن احتراما لقاعدة حجية الأمر المقضي فيه تجنبا لبطلان الاحكام مما يودي لضياع حقوق الافراد المكتسبة[٤٩] ، وبخلاف ذلك عدم تحصن الحكم الاجنبي ضد مواعيد الطعن في حال اثبت المدعى عليه بطلان قاعدة الاسناد ضمن الحكم الاجنبي لكونها قاصرة عن معالج فروض معينة غير متلائمة مع طبيعتها[٥٠] ، وفي هذا المقام استبعدت اللائحة روما ٣ لسنة ٢٠١٠ فكرة احالة النزاع لمحكمة الاصدار واللجوء بتطبيق قواعد الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي سبق وان انضمت اليها تلك الدول ، بدلا من القواعد الجديدة وقت اعتماد اللائحة في المادة(١٩ / ١) وفي حال عدم وجود اتفاقية بين الدولتين تلتزم المحكمة بتطبيق المباشر

للمبادئ القانون الدولي الخاص ذات الصلة وفق المادة(٤٢) من معاهدة واشنطن لعام ١٩٦٥ بوصفها منظم للقانون الوطني بالنص (وفق الجملة الثانية من الفقرة الأولى التي جاء فيها: " إذ أنطوى القانون الوطني على نقص أو تضمن تطبيق القانون الوطني خرق للقانون الدولي، فإن المحكمة ملزمة بموجب المادة ٤٢ من معاهدة واشنطن بالتطبيق المباشر لمبادئ وقواعد القانون الدولي ذات الصلة)، فإن هذه العملية تتضمن إنكار الاعتراف بالتصرف الصادر بموجب قانون ينتهك القانون الدولي وإضافة بعض الاعتبارات التي تدخل في اطار تطبيق احكام قانون اخر باسم هذه المبادئ بشكل ودون ادنى شك تربة صالحة الاحتضان العلاقات القائمة بين الدول[٥١].

والى هذا الحال ذهبت بعض القوانين كالقانون الامريكي والانكليزي اذ لا تلزم قاضي التنفيذ بالتشريع المكتوب وانما تأخذ بنظام السوابق القضائية وضع امر ضبط قواعدها لاجتهادٍ والتي تسمح للقاضي الامر مراجعة الحكم و تعطيه سلطة في أتخاذ أيٍ الإجراء قضائي يتعلق بوسائل الإثبات التي يضعها فضلاً عن طرائق التنفيذ التي يقررها بناءً على ذلك منح القاضي سلطة مطلقة تصل الى الحد الذي يجعله يخلق قاعدةً قانونيةً و اذ تبين للمحكمة عدم التماثل في المعاملة يحق لها رفض الاعتراف بالتنفيذ[٥٢] .

الا انه عد الفقه الدولي في بعض الدول الاخرى كما في العراق ومصر وفرنسا شرط تعديل الحكم الاجنبي ذو طبيعة سياسية متعلق بسيادة اقليم الدولة في حين انه لا يجوز تعليق تنفيذ الحكم او رفضه على تلك الاعتبارات السياسية لا نه يضر بمصالح وحقوق الافراد المكتسبة على الصعيد الدولي ، ولا غرو ان هذا المدلول السياسي لا يلتفت الى حاجةً صاحب المصلحة المعاملات الدولة، التي تقتضي السماح بتنفيذ الاحكام الاجنبية تمكنا الوصول الى اقتضاء حقه بغض النظر عن موقف الدولة التي صدرت عنها هذه الاحكام[٥٣] .

وهنا اننا نعتقد وفقا لراي جمهور الفقه ان رجاحة مضمون الانتقادات التي وجهت لنظام المعاملة المثل لأنه قد لا يمنح قاضي التنفيذ تعديل الحكم الاجنبي مما يحرم الافراد من تنفيذ حقوقهم المكتسبة دوليا حتى وان جاز التنفيذ داخليا مما يدفعنا الى اعادة النظر بنص المادة (١١) المذكورة اعلاه اذ لا حاجة لإقحام فكرة ذات مدلول ساسي في المصالح الخاصة علاقات الافراد ذات الطابع الدولي، فهو اذا كان مرغوبا به دوليا الا انه لا محل له اذا تعلق الامر حقوق الافراد ومصالحهم التي يجب ان تكون بعيدة عن الاعتبارات السياسة وان يتم البت فيها لمقتضيات العدالة وحاجة المراكز القانونية[٥٤] ، والقول بتحقق شرط المعاملة بالمثل متحققا دون الاعتداد بالوسيلة التي يلجا اليها القاضي التنفيذ الحكم الاجنبي بل يجب ان يكون التقدير على اساس القيمة التنفيذية الفعلية التي تعطيها المحاكم الاجنبية للحكم الوطني

بغض النظر عن الوسيلة المعتمدة ، بمعنى حتى في حال عدم اتباع الدولة الاجنبية الاسلوب المتبع في الدولة الوطنية على الاخيرة ان تنفذ الحكم وفق الحد الادنى من الشروط الواردة في التشريع الوطني وان اختلف اسلوب التنفيذ لان النتيجة واحدة[٥٥] ، بالمقارنة مع نص المادة (٨) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق التي منحت قاضي التنفيذ كما لو كان محكمة موضوعية تراجع فحص الحكم بموجب طرق الطعن في قانون المرافعات العراقي وفق المادة (٢١٤) لنقض الحكم لمخالفته للقانون او الخطأ في تطبيقه[٥٦] ، ومن خلال الجمع بين المادتين والدمج المادة الاولى بالثانية نصل الى حل بما انه القاضي الوطني يعدل الاخطاء المشوبة للحكم الوطني لا مانعا من تطبيق الامر ذاته على الحكم الاجنبي عندما لا يوجد مبرر لرفع دعوى البطلان عند النظر طلب الاعتراف بالتنفيذ لان الامر يتم معالجته بالتصحيح كونه خطا يتعلق بالتعبير وليس خطا في التفكير، وفي المقابل لا مانعا من اصلاح العيوب بمضمون الحكم الاجنبي أعمالا لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات لأنه تقرر لحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية الخاصة الدولة ، ولا غرو المدلول السياسي بحيث تقتضي السماح بتنفيذ الاحكام الاجنبية تمكنا الوصول الى اقتضاء حقه بغض النظر عن موقف الدولة التي صدرت عنها هذه الاحكام ويتم خلال الوقت المحدد او في اي وقت قبل التنفيذ الحكم ، وهذا ما اخذ به المشرع الفرنسي في المادة ١٤٧٥ من قانون المرافعات " اذ منح للمحكم صلاحية واسعة في تصحيح الاخطاء او السهو الذي وقع فيه واكماله في حال اغفل النظر بأحد الطلبات " والمادة (١/٤٨) من قانون التحكيم المصري ١٩٩٤ ، السبب في ذلك يكون لقضاة الموضوع في عملية التكييف السلطة المطلقة في تقدير الوقائع وهذه تخرج عن رقابة المحكمة العليا، أما إضفاء الوصف السليم على الوقائع فلا بد وأن يخضع للرقابة باعتبار ذلك عملية قانونية ، مما يجب أن يعطي حلا مماثلا للحل المعمول به فعلا في الدولة الأجنبية المصدرة له لانه يعتبر حالة قانونية فقد يخطا القاضي ويطبق على المسالة ضابط مخالف للفكرة المسندة كان يطبق ضابط الموطن على الجنسية فيكون حكمه معرضا للنقض وإن المذهب المعتمد في كل من فرنسا ولبنان أنه لا رقابة على تفسير القانون الأجنبي وهذا المبدأ مكرس أيضا في ألمانيا وإسبانيا وهولندا ورومانيا وبعض البلاد العربية مثل تونس والمغرب وذلك لان القانون الأجنبي هو واقعة مادية يجب إقامة الدليل عليها وما دام هو كذلك فلا يخضع لرقابة المحكمة العليا التي تتبعها محكمة الموضوع ، بينما قبول المذهب المعتمد في بعض التشريعات العربية والأجنبية إن الخطأ الحاصل من قضاة الموضوع عند تفسيرهم للقانون الأجنبي يخضع لرقابة المحكمة العليا وهذا ما هو معتمد في إيطاليا وتركيا واليونان ومصر والكويت والأردن والإمارات العربية المتحدة ويستند الى ان عملية

إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا يتفق مع ما يلزم من أن يكون القانون الأجنبي قانونا بمعنى الكلمة فهو ليس واقعة مادية ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره ، ونعتقد ان التلطيف من الرفض المطلق للرقابة بأن المحكمة العليا تمارس رقابة فعلية على تفسير القانون الأجنبي بالآليات مراقبة التسبيب ، ومدى احترام مبدا الوجاهية فضلا عن مراقبة تفسير القانون الأجنبي من خلال فكرة التشويه أو المسخ إن فكرة تشويه القانون الأجنبي أو مسخه ابتدعتها محكمة التمييز الفرنسية من أجل مراقبة إساءة تفسير القانون الأجنبي وفكرة التشويه مستعارة من ميدان العقود والمستندات في الدعوى ، ففي العقود فقضاء النقض يتواتر على أن تفسيرها يخرج من نطاق رقابة هذه المحكمة متى كانت شروطها لا تتصف بصفة العموم كما هو الحال بالنسبة للعقود النموذجية ووثائق التأمين فتفسير العقد يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لكن التشويه يخضع لرقابة المحكمة العليا عند خروج قضاة الموضوع عن شرط واضح في العقد.

وثانيا: أن ضوابط الاختصاص قابلة للتغيير فقد يحصل تغيير جوهري في الظروف عند تنفيذ الأحكام الاجنبية يستلزم تعديل الحكم بما يتلاءم مع التغير الحاصل لأنه ليست كل الأحكام القضائية ذات طبيعة واحدة ، حيث ذهب الفقه عدم تأثر تغير ضابط الاختصاص على حجية الحكم في انكلترا مادام صادر من محكمة مختصة يقتضي الاعتراف به دوليا قبل اصدار الامر بالتنفيذ [٥٧] ، اما في فرنسا وهو ما نؤيده يفرق بين الحكم التقريري الذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره مما يحقق اليقين القانوني[٥٨] ، كما في مسائل الاحكام المستعجلة لان يوفر حماية قضائية ولكنها مؤقتة إلى حين الفصل بموضوع النزاع بشكل نهائي[٥٩] ، وبهذا اذا لم تتغير الظروف التي صدر فيها الحكم فلا يجوز أثارة النزاع من جديد فيكون الحكم قابلا لتنفيذ مباشرة كونها تواجه خطر عارض يهدد الحقوق والمراكز للأفراد يتعذر تداركها ، وهذا ما أكدته المادة (٢٥٣) مدني العراقي ، من هنا نجد أن هنالك حصانة قضائية تتمتع بها الأحكام سالفة الذكر تمنع القاضي من المساس بها بعد صدورها بشكل نهائي، وذلك الاستنفاذ والية القاضي وكذلك لاكتسابها حجية الأمر المقضي فيه[٦٠].

بينما الاحكام المنشئة التي تقتصر على انشاء حق او مركز قانوني سيكون مجرد سند واقعة غير قائما الا من تاريخ منحه الامر بالتنفيذ فاذا حصل التغير في ضوابط الاختصاص اذ كان المبدأ يعتمد ضابط الاختصاص وقت رفع الدعوى انما يرد عليه استثناء يتعلق بضابط الخضوع الإرادي، اذ لاحظ القضاء وقت تنفيذ الحكم ان تراجع معيار الجنسية المدعى عليه وبروز ضابط الارادة يعد تغير جوهري حصل في ضوابط الاختصاص مما يوثر على محل تنفيذ

الحكم وهذا ما ترجمته الفقرة١ من المادة ٥ اللائحة روما ٣ رقم /١٢٥٩ لعام ٢٠١٠ المتعلقة بتوحيد مسائل الطلاق والانفصال القانوني[٦١] ، كما نلاحظ أن المادة (٧) فقرة(و ، هـ) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق تنص على أن :- " تختص المحاكم الوطنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً " ، ولا يشترط في ذلك قبول الخصم الاختصاص المحكمة وقت رفع الدعوى بل من الممكن أن يكون سابقاً لرفع الدعوى أو لاحقاً لها فإذا لم يقبل الخصم اختصاص المحكمة صراحة أو ضمناً فلا تعتبر المحاكم الوطنية مختصة[٦٢] ، وهو نفس المبدأ الذي تبنته المادة (٦) اللائحة الثانية من القانون الامريكي فأنها جاءت بحكم مضمونه يجوز للمحكمة من أجل التوصل إلى حل أكثر عدالة التركيز عن طريق المعايير البديلة أو التراكمية في المنازعة التي من الممكن أن تكون اكثر اتصالا في القضية من غيرها في أي وقت شريطة ان لا يكون وقت انتهاء المرافعات ووصول المحكمة الى مرحلة التهيؤ الى اصدار القرار وهذا الحق مكفول في جميع الدول الأعضاء بموجب المادة(٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[٦٣] ، وهذا حال محكمة النقض محكمة الفرنسية[٦٤] ، وقد اثر هذا التوجه القضائي على ارادة المشرع في مختلف الدول وعلى وجه الخصوص في بريطانيا ، مما دعاه الى تطوع فئة الزواج الواردة في القانون البريطاني وجعلها قادرة على استيعاب الروابط الزوجية المتعددة[٦٥] .

ومن جهة ثانية تتدخل محكمة التنفيذ باستبعاد محل الحكم اذا كانت المنازعة المعروضة امامه لها علاقة وارتباط وثيق بقانون دولة اخرى او كان القانون الارادة المنظم لقواعد الاختصاص بموجب المادة (٥ أو ٨) من اللائحة اعلاه يتضمن نصوص غير متلائمة مع مصالح الخصوم ، يجوز للمطلوب التنفيذ ضده ان يدفع بعدم صحة اتفاق لسبب اخر كاقترانه بالغلط او التدليس وانعدام الرضا وفقا لقانون الارادة[٦٦] ، وهذا الحل الذي ذهبت اليه بعض القوانين الوطنية والمقارنة من مثل القانون الكندي والسويسري والبلجيكي كونه يلبي توقعات الأطراف دون انتهاك منهج قواعد الاسناد، ومما يتضح لنا من بعض الفقه ونحن نؤيده ان الاتفاقية وضعت بابا لتدخل المحكمة التنفيذ استثناءا في تعديل قواعد الاختصاص الجوازي لتصحيح الحكم متى تعلق الامر بمجال الملائمة المبني على العدالة وحاجة المعاملات الدولية، فانه يكون من المتعذر وضع اسس علمية صرفة فتقوم المحكمة الوطنية مشاركة نظيرتها الاجنبية في الاختصاص بنظر النزاع وثانيا : يمتنع على محكمة التنفيذ مشاركة المحكمة الاجنبية بإصلاح او تعديل القواعد التي تتعلق بالاختصاص الوجوبي لأنها تدخل تحت فكرة النظام العام التي يكون الاختصاص حصرا في نظر النزاع للمحكمة الاجنبية ولا تجيز الخروج

عن اختصاصها فلا سبيل امام محكمة التنفيذ الا باستبعاد تنفيذ الحكم الاجنبي داخل اقليمها[٦٧] ، و بهذا نجد ان الاتفاقية استبعدت فكرة الاحالة الى محكمة الاصدار الحكم في مسائل الاختصاص المشترك وفق المادة(١١) منه عندما اشارت الى القواعد الموضوعية المعمول بها في تلك الدولة ، لا يمكن بأي حال من الأحوال استبعاد تطبيق أحكام القانون المختار من قبل الأطراف بموجب اللائحة إلا إذا كان ذلك التطبيق يتعارض بشكل واضح مع النظام والسياسة العام لقانون القاضي وفق المادة(١٢) من اللائحة ، والمثال بالنسبة للتشريعات الوطنية ومنه القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام ٢٠٠٤ ومجموعة اخرى من قوانين دول امريكا الشمالية وكذلك القانون الألماني[٦٨].

وبناء على ذلك ، ان مسالة تصحيح الحكم الاجنبي يجب ان تقدرها الدولة وفق لما تراه مثالا للعدالة ولما يحقق حاجة المعاملات الدولية بغض النظر عما تجري الدول الاخرى ، مادامت تجعل هذا النظام يكفل تحقيق الحكم المراد تنفيذه هو عنوان للحقيقة والعدالة[٦٩] ، إلا أن هذه السلطات ليست مطلقة انما يفصل القاضي في المنازعات طبقاً لأحكام القواعد القانونية التي يرى امكانية تطبيقها على النزاع تطبيقا المادة (٣/١٧) من قانون اثبات عراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تنص على انه (للمحكمة الا تأخذ بنتيجة أي اجراء من اجراءات الاثبات، بشرط أن تبين اسباب ذلك في حكمها.) يقابلها المادة (٩) من قانون اثبات المصري ، والمادة ١٢ /١من القانون المرافعات الفرنسي الذي يشير الى عدم جواز استناد الحكم الى دليل او ورقة لم يطرح للمناقشة وعدم جواز الحكم بناءً على العلم الشخصي للقاضي ومثل هذه المادة تشكل قيدا على المحكمة وتتيح امام محكمة التمييز الطعن بكافة الطرق القانونية [٧٠].

وعلى اية حال ، تختلف طرق التصحيح حسب طبيعة الخطأ في الحكم الاجنبي فقد يكون خطا ثانوية وبين الاجراءات الجوهرية يوثر على صحة الحكم الاجنبي ، وفيما يتعلق بالإجراءات العامة التي اثارتها المادة ٢٦٥ مرافعات عراقي فان وقع الخطأ جوهري في هذا الاجراءات لا يودي الى البطلان اذ تضمن الحكم اعفاء المحكمين من هذه الاجراءات صراحة او تضمنت اجراءات يسير عليها المحكمون ، اما الاثار القانونية عند اقامة دعوى البطلان فالمحكمة عند النظر طلب الاعتراف تقرر تصحيح الحكم كليا ام جزئيا وذلك وفق الاحوال الدعوى ، وللمحكمة ان ترجع القرار لمحكمة دولة الاصدار لا صلاح ما شاب الحكم من اخطاء او تقوم بتعديل من تلقاء نفسها، وهذا ما ستناول بيان الطرق مع بيان كيفية معالجة وفق كل حالة على حدا مما يلي :-

اولا/ تصحيح الحكم الاجنبي بانتقاصه او اكماله :- عندما يعتري الحكم الاجنبي المُركب من عدة أجزاء وكان أحد هذه الأجزاء مَعيباً ومتعارضا مع النظام العام لدولة قاضي التنفيذ او كان الإجراء بسيطاً من حيث تركيبهِ ولكنهُ مُتعَدّد الآثار فيتحقق الانتقاص من حيث آثارهِ [٧١] ، ولم تجرِي عملية تصحيح الإجراء من محكمة دولة الاصدار على المعطيات المادية التي قدّمها الخصوم أمامها ، فقد يترتب قاضي التنفيذ التخلص من الإجراء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح طالما احتمل هذا الإجراء التجزئة وإعطائها تكييفاً قانونياً صالحاً لأحداث أثر قانوني مُنتج في الخصومة وذلك للاستفادة من العناصر الصحيحة الموجودة فإذا لم يحتملها لم يكن هنالك محل للانتقاص[٧٢] ، وقد نصت مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٦ بموجب المادة ٣٦ على الاستبعاد الجزئي بقوله((... لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي ...))، وهو توجه محمود غفلت عنه معظم التشريعات العربية بما فيها القانون العراقي وحبذا لو ينص المشرع على هذه الإضافة حسبما ألي جدل قد يثار بخصوصها ، في حين جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (٢٤) منهُ التي نصت " ..... إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل، ولا يترتب علي بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبينة عليه "[٧٣] .

في حين الفقه الالماني ينتقد ذلك بالقول بعدم إمكانية تطبيق نظرية الانتقاص الجزئي في القانون المدني على الحكم الاجنبي المَعيبة وذلك لأنهُ يشترط الإرادة لكي يتم الانتقاص نحو التصرف القانونية المطلوب تعديله وهذا غير موجود بالنسبة لاستبعاد الجزئي للحكم الاجنبي، فلا يُعتد بالإرادة من الخصوم بل يتم بقرار من القاضي[٧٤] ، وقد نص القانون الدولي الخاص الفرنسي صراحة بهذا التوجه وفق المادة (٤٠٢) بقوله في الشق الثاني منه[٧٥] ((إذ لم يتطرق معرض تنظيمها الاستبعاد الجزئي القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص الفرنسي إلى مصطلح النظام العام الفرنسي ..)) ، فيصار الى الابقاء على الحكم الاجنبي والقيام بتكملة عن طريق قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الاصلية وما يوكد ذلك المادة ٥ لائحة روما ٣ لسنة ٢٠١٠ التي اعتمد على ضابط الارادة لتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الطرفين على المسائل الاحوال الشخصية الطلاق والانفصال الجسماني محل جنسية المدعى عليه[٧٦] .

وخلافا لذلك لم تحدد المادة (٦/د) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق صراحة استبعاده الحكم جزئيا وابقاء الجزء الصحيح لان القانون يمثل كتلة واحدة لا يتجزأ فلا يصح استبعاد جزء منه وتطبيق الجزء الاخر غير المخالف للنظام العام لان في ذلك تشويهاً لهذا

القانون وتقطيعاً لا وصاله ، وهذا المنطلق يوكد موقف اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف بتنفيذ احكام التحكيمية الاجنبية وفق المادة (٢/٥) منه " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف تنفيذ حكم المحكمين ان ترفض التنفيذ اذ تبين بموجب فقرة ب ان الاعتراف بالحكم يخالف النظام العام في البلد " ، ومما نلاحظ من النص يجوز قاضي التنفيذ بالتصدي لتنفيذ الحكم التحكيمي اذ خالف النظام العام في دولة التنفيذ وهذا يوسع سلطة القاضي الامر رفض الاعتراف بدلا من تطبيق ، في حين لم تنص الاتفاقية صراحة على تجزئة حكم التحكيم وقصر رفض التنفيذ على الجزء المخالف ، هنا مما يقتضي تقيد فكرة النظام العام بمفهومها (الاختصاص الاصلي) هو الاختصاص المانع او الانفرادي للمحاكم العراقية ، اي في الحالة التي يكون فيها المحاكم الوطنية مختصة بالنظر في النزاع وارتباط المخالفة بالنظام العام في دولة القاضي ارتباطا وثيقا وضرورة أن تكون المخالفة جوهرية patently ، هذا وقد فسرت المادة مصطلح المبادئ الجوهرية بأنها المتعلقة بالعدالة justice of ، اما اذا كانت المحاكم الاجنبية مختصة بنظر النزاع اختصاص قاصرا تطبيقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة في قانونها الى جانب اختصاص المحاكم الوطنية وفق لما يعرف بالاختصاص المشترك فلا يحول الامر دون تنفيذ الحكم الاجنبي طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية[٧٧] ، فيما عدا ذلك يحق للقاضي التدخل في الحكم وجعله ملائما لتنفيذ واستبعاد الجزء المخالف لقواعده الاساسية التي تعد انتهاكا للحقوق الأساسية المضمونة بموجب القانون[٧٨] .

ولا يتعارض هذا مع انضمام العراق لاتفاقية نيويورك طالما امكن فصل الجزء المخالف للنظام العام عن باقي اجزاء الحكم الاجنبي، وهذا يتضح من مضمون مادة(٢/٥ /ب) من اتفاقية ، ومن جهة ثانية نستنتج من المادة (٨) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية التي حددت الحالات رد طلب الاعتراف فقد ينص القانون صراحةً على عبارة بطلان الاعتراف بالحكم الاجنبي أو ما يدل على معناه للنصوص الناهية كعبارة (لا يجوز) أو (لا يصح) أو (لا يقبل) أو (لا يجب) فقد عدّها الفقه من النصوص الدالة على معنى الاستبعاد الحكم صراحةً، بينما جانب اخر ذهب الى عدم اعتبار النهي من دلالات البطلان الكلي الصريح إلا أنها بالوقت نفسه عبارات تبين للقاضي مدى عدّ النص من النظام العام وعدم جواز ممارسة الإجراء بخلافهِ في حين ذهب جانب فقهي[٧٩] ، آخر الى عدَّ عبارات النهي من دلالات البطلان في حالة ممارسة الإجراء بخلافها في دولة الاصدار[٨٠]، ونحن نتفق مع القول الأخير بأن العبارات النهي من دلالات البطلان في حال مخالفتها، ولكن يتبادر الى الذهن المشرع استخدم عبارات تدل على وقف طلب الاعتراف وليس بطلانه اذا توفر سبب من الاسباب التي ينص عليها القانون في

م(٨/ب) لأنه استخدم عبارة (تؤجل الدعوى) بمعنى لم يستبعد طلب الاعتراف بالحكم الاجنبي كليا ، وانما علق ذلك بشكل موقتا الى حين انتهاء المعاملة في تلك المحكمة ، وما يوكد كلامنا المشرع اتاح للقاضي التنفيذ الجزئي اذا اقتضت الضرورة للمحكمة تامر بوضع الحجز الاحتياطي بعد اخذ الكفالة من المحكوم له اذا لم يكن ثمة اعتراض على الحكم مما نص عليه في (فقرة ا) من هذه المادة[٨١] ، والحال معمول على صعيد القوانين المقارنة [٨٢] ، وفي المقابل اذا ما وجدت المحكمة ان هناك دعوى مقامة فعليها ان تقرر جلب الدعوى للتحقق من ان الفصل في موضوع الدعوى الاستئنافية يتوقف على الفصل في موضوع تلك الدعوى ، وعندئذٍ لا بد ان تجعل الدعوى المنظورة امامها مستأخرة وتسمى تلك المسألة التي يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها مسألة أولية بقرار من المحكمة (الوقف القضائي) لذا اجاز قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ[٨٣] ، وهذا ما ستقر عليه الاجتهاد القضائي[٨٤] .

ولكن الأمر يشتد صعوبة في حال قضت الهيئة بعدم اختصاصها بشق من الدعوى أو بأحد الادعاءين وهذا مناط الحالتين أعلاه مع توافر باقي الشروط تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية الواردة في مادة(٦) بفقراتها على الرغم من عدم وجود نص صريح في قانون تنفيذ الحكم يقضي بالاستبعاد الجزئي ، وإنما وفق لمقتضيات التنظيم الاجرائي لا تلتزم هيئة القضائية بتنفيذ نزاع غير مختصة فيه مما يستلزم رفض طلب الاعتراف ، وبالاستناد الى اتفاقية نيويورك التي تجيز تجزئة الحكم في المادة ٢/ب منه عندها حيث للقاضي التنفيذ أستبعد الحكم جزئيا وبطلان حكم التحكيم لعدم اختصاص منعدماً لان تأثير الاختصاص القضائي على تنفيذ الحكم الاجنبي يعد الأثر الفاعل في نجاح أي نظام قانوني يتوقف على صدوره من جهة قضائية مختص لما له من دور في تنفيذ وبخلاف ذلك يعد معدوم ، على الرغم يعد شرط التحكيم صحيحا لكن لا تلحقه الاجازة بالتنفيذ لان ما بنى على باطل يبطل تنفيذ الحكم [٨٥].

واذ كان ما ذكرنا يشير التزام القضاء بقواعد اختصاصه الوطني وعدم منح الحق في تعديل الحكم الاجنبي باعتباره تابع لسيادة دولة اخر ، الا ان عدم خضوع المحكم للقانون مما يقضي احترام النظام العام الدولي في مجال العلاقات التجارية الدولية وتفضيله على النظام الوطني من خلال اعطى مجال في إمكانية تطويع محل تنفيذ الحكم التحكمي الناقص او المعيب واصلاح القواعد الموضوعية ذات الطابع الوطني لان هذه القواعد أنشئت بإرادة واحدة وغالبا ما توضع الدولة قواعدها لتحقيق مصالح وطنيها[٨٦] ، الا انها لا تنسجم دائما مع ارادات الدول الاخرى هنا فيتدخل في تطوير هذه القواعد من خلال سحبها الى الوسط الاجتماعي الدولي ، وذلك اما بمؤامتها عالميا او تكييفيها لكي تكون على درجة عالية من الانسجام العالمي، اما

القواعد الدولية يتراجع دور المحكم في استحداث قواعد موضوعية ذات الاصل الدولي المختارة او تعديلها ليكون ضيقا فيها ، وذلك لكونها وليدة اتفاقات وارادات دوليه وعليه سينسحب الامر على تنفيذ الحكم مباشرة [٨٧] .

وأيا كانت طريقة اصلاح العيب من خلال قواعد الإسناد في مكان إجراء التحكيم، أو وفق قواعد العدالة ، والإنصاف إذا كان مفوضا بالصلح من قبل الأطراف ومعفيا من التحكيم بالقانون [٨٨]، وعدم اللجوء لفكرة النظام العام إلا في أضيق الحدود ضمانا لهدف التحكيم من السرعة والبعد عن التعقيد والتي أصبحت – ذاتها نظاما عاما يجب مراعاته وتحديدا في النزاعات التجارية خوف طغيان النظام العام على النمو الاقتصادي والاستثماري[٨٩] ، ومما يؤكد هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من تقرير صحة شرط التحكيم الوارد في عقد تجاري دولي رغم بطلان هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي، وكذلك تقريره صحة شروط حماية العملة النقدية في حال تغير سعر العملة المشفرة [٩٠].

ومن الجديرٌ بالذكر نلاحظ أن تصحيح الحكم الاجنبي المعيب بهذه الطريقة يختلف عن باقي الطرق الأخرى من حيث أمكانية تصحيح كافة انواع العيوب سواء كانت شكليةً أم موضوعية[٩١] كما إن تصحيح القاضي الإجراء المعيب بالتكملة او انتقاص لا ينتج أثره إلا منذ تأريخ تصحيحهِ، فعند القيام الخصم بالطعن بقرار المحكمة التنفيذ ولم يدفع الرسم القانوني إلا انهُ تدارك هذا العيب ضمن المدة القانونية للطعن وقام بدفع الرسم فتأريخ الطعن يعد هنا هو نفسهُ تأريخ دفع الرسم القانوني[٩٢] .

ثانيا– تصحيح الحكم الاجنبي بالواقعة القانونية :– يقصد بالواقعة القانونية المصححة هي تلك الإجراء الذي يُتخذ من شأنهِ تصحيح الحكم الاجنبي المعيب لان الإجراء القضائي بطبيعتهِ هو واقعة قانونية[٩٣] ، وبالنسبة إلى الموقف القانون العراقي فلم تنص القوانين الإجرائية ومنها قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية لسنة ١٩٢٨ صراحةً على التصحيح بموجب هذه الطريقة إلا إنَّ نستنتج من النصوص القانونية قد بين لأيمكن الدفع بالبطلان للعيب الاجرائي الذي يعتري عريضة الدعوى الا اذ إبداءَهُ قبل الدخول في موضوع الحكم[٩٤] ، والا يودي الى سقوط حق المطالبة ببطلان طلب الاعتراف بالتنفيذ ويُعد الإجراء الذي كان مَعيباً صحيحاً في نظر القانون ومُنتجاً لآثارهِ ، وهذا نستوضحه من خلال مضمون فقرة(أ) من مادة (٨) من قانون اعلاه لأنها مسالة تتعلق بتجاوز النظام القانوني لاختصاص القضاء فلابد لقاضي التنفيذ التحقق منها اولا عند عرض طلب التنفيذ امامه من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم اذا اثبت المحكوم عليه بان له حق مراجعة محكمة اعلى وقد راجعها او انه يريد مراجعتها ، ويبدو لنا جلياً من

استقراء هذه النصوص انه اذا ترتبت على الواقعة القانونية مسؤولية وانه يريد مراجعتها وفقا للأصول الطعن القضائية فان للمحكمة التنفيذ ان تؤجل النظر بالاعتراف الى حين انتهاء المعاملة المدنية في تلك المحكمة اعلى درجة سواء – تم قبل رفع الدعوى المدنية ام اثناء السير فيها من شأنه الى ان يتم الفصل نهائياً في الدعوى المرفوعة بشرط ان ترتبط بموضوع النزاع ارتباط مؤثرا فيها [٩٥]، واذا ما وجدت المحكمة التنفيذ ان هناك دعوى مقامة فعليها ان تقرر جلب الدعوى للتحقق من ان الفصل في موضوع الدعوى الاستئنافية يتوقف على الفصل في موضوع تلك الدعوى ، وعندئذٍ لا بد ان تجعل الدعوى المنظورة امامها مستأخرة وهذا ما اجازه قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ[٩٦] وكذلك الحال موقف القوانين المقارنة بشأن هذا الطريقة فكان مماثلاً لموقف المشرع العراقي[٩٧] ، اما في شان قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم ينص على حالة التصحيح بالواقعة القانونية صراحةً، الا انه يتضح من نصوص القانون ذات الصلة فقد بين امكانية تصحيح العيب في الاختصاص الحكم ضمن الموعد المقرر قانوناً حتى لو كان ذلك بعد التمسك بالبطلان[٩٨] ، والحال ذاته بالنسبة لموقف قانون الإجراءات المدنية الفرنسي عند تناولهِ للأحكام العامة بينت امكانية تصحيح الإجراءات المَعيبة من خلال نص المادة (٧٤) منهُ على أن الدفع بالعيب الشكلي يجب ان يتم قبل التعرض لموضوع الدعوى او الدفع المتمثل بعدم القبول حتى لو كانت تلك العيوب متعلقةً بالنظام العام وإلا سقط الحق في تقديم هذه الدفوع وهذا خلاف للقانون العراقي فيما يتعلق بالدفوع المتعلقة بالنظام العام[٩٩] .

ومن هذا المنطلق فقد اجازت اتفاقية واشنطن لأي من الاطراف النزاع تقديم طلب الى سكرتير لا عادة النظر في موضوع الحكم الاجنبي ومراجعته وفق المادة ١/٥١ الا انها اشترطت لقبول الطلب شروط منها :-

١.ان يكون من شان الوقائع التأثير بشكل جوهري على القرار فلو كانت معلومة ابتداء لدئ المحكمة التحكيم لصدر القرار بشكل مغاير لما هو عليه الحال .

٢.ان تكون معلومة غائبة عن علم هيئة التحكيم ومجهولة في اثناء سير الاجراءات وقبل اصدار الحكم ومجهولة من الطرف المتقدم بطلب المراجعة ، والا يكون عدم العلم يرجع الى خطا او اهمال الطرف صاحب المصلحة وتقدم الوقائع المؤثرة على الحكم الاجنبي خلال ٩٠ يوما من تاريخ اكتشاف الوقائع ، وفي حال عدم مراعاة الوقت يسقط حق المطالبة بإعادة النظر[١٠٠].

ومن خلال ما تقدم نستنتج ان الواقعة القانونية التي يسقط معها الحق في الدفع بالبطلان الحكم الاجنبي أقرها القانون لا تعتد بالإرادة في توجيه تصحيح الإجراءات القضائية المَعيبة فهيَ تَستمد قوتها وآثارها من النصوص القانونية ذات الصلة، فالمشرع هوَ الذي يُحدد هذهِ الوقائع في

الخصومة، وإن الغاية منها اذ حدثت هي أن يُعد الحكم الاجنبي المَعيب قد صدر بإجراءً صحيحاً يُعتد بهِ قانوناً ومرتباً لآثارهِ لذا يسقط معها الحق في الدفع ببطلان الحكم الاجنبي ، ومن ثم يُعد صحيحاً ومنتجاً لآثارهِ على الرغم من وجود العيب فيهِ[١٠١] ، طالما امكن استبعاد الجزء المخالف جزئيا فلا يوثر على طلب الاعتراف بالتنفيذ لان الاخير يمكن تجزئة دون ان يتعلق بالأجزاء جوهرية يمتنع تنفيذها عن ترتيب اثاره الحكم فهنا الابطال يطال الحكم بأكمله وهذا ما نستوضحه من الفرع الثاني .

المطلب الثاني

اثر التصحيح الكلي على محل تنفيذ الحكم الأجنبي

بعد ان انتهينا في الفرع السابق الى انه يمكن تصحيح العيب الثانوي للحكم الاجنبي الذي يحتمل إجراءات قابلة التجزئة بموجب طابع الاثر المخفف للتقليل من مسالة بطلان الاحكام وضياع حقوق الافراد المكتسبة دوليا ، حيث ان المسالة لا تتعلق بأنشاء حق وانما ينجرد الاعتراف بأثار حق ترتب في الخارج ، يا ترى ينطبق ذات الامر على العيب الجوهري الذي يصيب الحكم الاجنبي كليا[١٠٢] ، من خلال الأثر المتمثل بتحول الإجراء القضائي المعيب وذلك للاستفادة من العناصر الصحيحة الموجودة في الإجراء المَعيب ، وبما انها في النهاية تعد فكرة عامة تسري على الوقائع القانونية كافة [١٠٣]، حيث ذهب الفقه الالماني بتحويل القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام من خلال الرجوع إلى حيثيات ذلك الحكم للتعرف على إرادة القاضي النزاع وكذلك المبادئ التي طبقت على الدعوى ، واذ كانت قواعد لا تحتمل التحويل يصار الى اعتماد قواعد تقترب في الحكم الا انه انتقد هذا الراي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة مشرع القانون الاجنبي ويمارس سلطة تحكيمية ، في حين الاخر يذهب الى الاعتماد على قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الاصلية كما في حال عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية وعدم تحديد قانون دولة معينة فلا نحتاج الى تفويض بل نطبق قواعد الاسناد الاحتياطية وهما الموطن المشترك او محل ابرام ، في حين يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى تفويض من المشرع الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد إلى مشرعي الدول الأجنبية ، كما في حال عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية وتم تحديد قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا او اقليميا مثل القانون الامريكي او البريطاني او في دولة تتعدد فيه الشرائع تعددا شخصيا وذلك في قوانين الدول التي تتعدد فيها الطوائف مثل القانون اللبناني والمصري من دون تحديد ولاية فضروري تطبيق قاعدة التفويض واستشارة القوانين الداخلية من اجل اعطاء الحكم المناسب ، ويظهر من هذه الفكرة أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته وهيئته بالصورة التي تكون

له في دولة إصداره ويلتزم القاضي الوطني بتطبيق هذا القانون[١٠٤] ، وفي حال عدم استجابة قواعد الأسناد لتطوير تدفع اللجوء ما هو يحقق نفس وظيفتها وأكثر انسجاما مع توقعات الاطراف وملاءمة وتكون هذه القواعد من نفس الموضوع ومثال ذلك يمكن للمحكم ان يطبق قانون الوسط الاجتماعي في المسؤولية التقصيرية، كما اتجه القضاء في المانيا وسويسرا تبنى فكرة الاثر التجاري وهي فكرة مشابهة للأداء المميز التي كانت من ضمن توصيات المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشان حماية العلامات التجارية الالكترونية ، وتوكد الهدف ليس وضع قانون خاص وانما تتبيها قوانين الوطنية الى معالجة مشاكل تنفيذ الاحكام ناجم عن الاستخدام الالكتروني للعلامة التجارية في قانون كل دولة وفق لمعاير الارشادية لتوصيات اللجنة ، هذه العوامل اوردتها الويبو (wipo) المنظمة العالمية للملكية الفكرية بهدف مساعدة الدولة في ما اذ استخدام العلامة التجارية احداث اثر تجاريا في حدودها الاقليمية[١٠٥] .

وقد يتبادر الى الذهن أن قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق لا يعنى إلا بالأحكام القضائية الصحيحة المستوفية شروط تنفيذها[١٠٦] ، ألا أن هذا لا يعني عدم تنظيم هذا القانون أحكاما ومحررا قضائية أخرى غير صحيحة سواء من حيث عدم توافر أركانها أو من حيث وجود عيوب في إجراءاتها وفق المادة (٨) بفقراتها من القانون المذكور اعلاه التي حددت اسباب البطلان على سبيل الحصر ومنع الحكم من أن يحوز حجية الأمر المقضي فيه [١٠٧]، وبالتالي لا يتحصن ضد رفض طلب الاعتراف فيمكن رفع دعوى بطلان أصلية، اذ يصبح مجرد واقعة قانونية بحته تجردت عنه صفة العمل القضائي فقد يكون حكم منعدم ، الا انه الفقه انتقد نظرية العدم كونها غير منطقية لأنه عدم وجود سند تشريعي لها فلم يتضمن قانون التنفيذ سواء في فرنسا أو في مصر أو العراق نصا ينظم به حالة انعدام الحكم القضائي ، وطبقا لهذا الراي يمكن القول أن نصوص البطلان التي نظمها القانون تغني عن الحاجة إلى تقرير حالة الانعدام ، ويوكد ذلك تصريح المادة(٧ / ٢) من اتفاقية روما ٣ لسنة ٢٠١٠ المتعلقة بتوحيد القواعد في مسائل الطلاق والانفصال القانوني يقابلها المادة ٥٣ تحكيم عماني ١٩٩٧ يفترض صدور حكم غير مخالفا للنظام وليس متعلقا بمسالة تمس النظام وانما يتضمن الحكم فعلا ما يخالف النظام وهي صياغة موفقة للنص حيث تعتبر مخالفة النظام العام بما يضمن الطابع الوطني لفكرة النظام العام ولأيمكن منع القاضي الوطني من بطلان الحكم لو كان متفق مع القانون الدولي ، لاتساق الحكم مع فكرة النظام الدولي تكون الغلبة للقانون الدولي على القانون الوطني ، وهذا يظهر من اتفاقية نيويورك فالأخيرة تسمو على القانون الداخلي الا انه بموجب التحفظ الذي ابداه القانون العراقي بعد المصادقة على اتفاقية المذكورة في المادة (٢/٥) منه تشير الى عدم التزام

قاضي الوطني بتنفيذ حكم تحكيمي مخالف لنظام العام لما للقضاء سلطة مستقلة عما تلتزم به الدولة على الصعيد الدولي من اتفاقيات، فأننا نجدها تعبر عن حالات تخلف الشروط التي تستلزمها التشريعات الداخلية عادة توافرها حتى تصدر امر بتنفيذه[١٠٨] ، وهو ما أكدته واضعوا لجنة قواعد الامم المتحدة وفق المادة الاولى منه حيث (لم تلجا الامم الى استخدام تعبير النظام العام ، واستخدمت عبارة اكثر افصاح توجب قواعد لا يجوز الخروج عنها وتكون الغلبة لها تسمو على الاتفاقية وما في حكمها ، ومخالفته سبب لبطلان مما يوجب اعادة المشرع صياغة المادة وحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان ولو كان بطلان لسبب غير مخالف للنظام في مادة ٥٣ /٢ اتفاقية عمان) ليجعل النص كالاتي(تقضي المحكمة ببطلان حكم تحكيم من تلقاء نفسها اذ تضمنت ما يخالف النظام في عمان) ، ويعد باطلا مما يحق للمحكمة من تلقاء نفسها البطلان ، فهنا نكون بصدد حكم باطل باطلا بطلانا مطلقا او منعدما اذا نتساءل عن أن هل للقرار المعدوم حصانة قضائية تمنع من مراجعته أمام المحكمة البداءة المتخصصة بالتنفيذ، نجيب بالاكتفاء الرجوع للقواعد العامة بما هو مقرر من طرق الطعن المعروفة في قانون المرافعات الوطني[١٠٩] .

ومن جهة اخرى لا نتفق مع صياغة الواردة للتحفظ القانون العراقي ضمن المادة (٥) من اتفاقية المذكورة ، ويمكننا أن نوجز عيوب هذا النص في نقاط محددة، هي : أولا– هذا النص يتجه نحو الإقليمية المتشددة والتشبث باعتبارات السيادة، والبين من صياغة النص أن المشرع يقول: بأنه كلما الحكم مخالف لنظام العام في المحاكم العراقية ، فيمكن رفض الاعتراف بحكم أجنبي صدر في الخارج بالمخالفة لقواعد الاختصاص الوطني، وثانيا: جاءت صياغة النص مطلقة بغض النظر عن مدى ارتباط النزاع بالاختصاص الجوازي الذي يسمح القاضي التنفيذ بتجزئة احكامه وتطبيق الحكم الصحيح منه[١١٠]، فالمشرع هنا يبدو كأنه يحتكر تحديد الاختصاص القضائي الدولي مع أن الأولى أن تعمل قواعد القانون الدولي الخاص بصفة خاصة ، كما ان هذا النص يقلل من فرص تنفيذ الأحكام الأجنبية، بل إنه يكاد يعدمها؛ إذ مع اختلاف معايير الاختصاص القضائي الدولي الواردة في القانون العراقي وهو ما يؤدي إلى إهدار مصالح التجارة الدولية وإلى عزوف الاستثمار الأجنبي عن دخول الدولة، بل إنه قد يؤدي في النهاية إلى عدم مراجعة تنفيذ الأحكام العراقية في الخارج في ظل انتشار مبدأ شرط التبادل ، إذ ستمتنع المحاكم الأجنبية عن فحص مضمون الحكم العراقي موضوعيا او التدخل بإصلاحه سيما اذ لم يتعلق النزاع بالاختصاص الوجوبي مما سيكون مصير الحكم العدم ؛ نتيجة لعدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم في العراق[١١١] .

اما الحالة الثاني الذي ابداه القانون العراقي للتحفظ يتعلق بموضوع الحكم الاجنبي بموجب اتفاقية نيويورك بجعل مخالفة موضوع الحكم التحكيمي للنظام الوطني مبرر لاقتناع قاضي التنفيذ بمنع اعطاء امر التنفيذ من تلقاء نفسه في مسائل لا يجوز التحكيم فيها لان المشرع اشترط عدم تطبيق احكام الاتفاقية الا على الخلافات الناشئة عن علاقات قانونية تجارية وفق م (٢/٥) من الاتفاقية وبالتالي ان لمخالفة الحكم الاجنبي الصادر بالخارج للقواعد الوطنية تعد مانعا من منحه امر التنفيذ ، يقابلها مادة(٣٥٣) من قانون الاجراءات المدنية عماني (تسري حكم المادة على احكام المحكمين الاجنبية بالنص ويجب ان يكون الحكم صادرا في حالة يجوز التحكيم فيها طبقا لقانون العماني وقابلا للتنفيذ) ، وهذا يتماشى مع المادة (٨١٩) قانون اصول محاكمات اللبناني ، بالرغم انه حكما قائما وحائز حجية لا ينفذ في العراق كما لأيمكن للمحكوم له رفع دعوى جديدة امام القضاء العراقي ، لان النزاع حكم فيه واكتسب حجية دون اعادة النظر مما يعني غياب حق المحكوم وان جاز التنفيذ بالخارج [١١٢] .

وهذا ما اشار اليه المشرع الاردني بموجب التعديلات على المادة(١٠) من قانون التحكيم رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ في الفقرة (د) التي تنص " على الرغم مما ورد في أي تشريع اخر ومع عدم المس بالأوضاع القانونية السالفة لسريان هذا القانون يقع باطلا أي اتفاق على التحكيم في حالتين اولا – عقود المستهلكين على نماذج مطبوعة مسبقا ثانيا–عقود العمل " ، كما اكدته جميع التطبيقات القضائية على عدم دستورية التحكيم الاجباري ومخالفته للنظام العام اصدرت محكمة استئناف قاهرة قرارها رقم ٩٦سنة ١٣٢ تاريخ ٢٠١٦/٣/٦ وقف نظر دعوى بطلان حكم تحكيم لحين بت محكمة عدم دستورية التحكيم الاجباري في قانون رقم ٩٧ سنة ١٩٨٣ [١١٣] ، والحال ذاته قضت محكمة لاهاي بتاريخ ٢٠١٦/٤/٢ تضمنت بطلان حكم تحكيم ضد روسيا لان الحكومة الوطنية وقعت اتفاقية تضمن عدم مخالفته لنظامه الوطني[١١٤] .

وقد ترك المشرع العراقي مسالة تحديد موضوع مخالفة الحكم الاجنبي لقانون بلد التنفيذ فيجوز للقاضي الوطني رفض التنفيذ اذ كان قانونه لا يجيز تسوية النزاع في غير موضوعات القانون الخاص[١١٥]، ومما نرى القابلية للتسوية النزاع ليست شرط الحكم التحكمي او القضائي الأجنبي، وانما تعد شرط للاعتراف والتنفيذ ولأيمكن الفصل بين الامرين ، وبخلافه يمكن استبعاد الحكم الاجنبي من التنفيذ ، كما يجوز للخصم المطلوب التنفيذ ضده طلب الرفض الاعتراف في موضوع الحكم الاجنبي بموجب المادة ٥ فقرة أ بند (هـ) بالإضافة للخصم له طلب رفض التنفيذ بموجب المادة ٥ ف١ بند (١) من اتفاقية نيويورك لعدم صحة اتفاق التحكيم اذ كان النزاع غير قابل للتحكيم وفقا لقانون الارادة او قانون مكان صدور حكم التحكيم في أي مرحلة كانت عليها

الدعوى[١١٦] لان العيوب الموضوعية هي من النظام العام فيجوز التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى على وفق القاعدة المذكورة[١١٧] ، وافراد هذه الحالة بنص المادة(٥/ف٢) بند (أ) من اتفاقية نيويورك لتعلقها بمسالة النظام العام ، في حين ذهب البعض من الفقه الى ضرورة دمج المادة (٥/ف٢) بند (أ) من الاتفاقية المذكورة والمتعلقة برفض قابلية موضوع النزاع للتحكيم بالمادة (٥/٢/) بند (ب) المتعلقة برفض تنفيذ الحكم التحكيمي لتعارضه مع النظام العام ، واننا نعتقد صواب موقف الاتفاقية في افراد نص كل منهما ، لأنه لأيمكن القول بعدم صحة كل القرارات الغير قابلة للتسوية بطريق التحكيم مخالفة للنظام العام فقد يكون الحكم معارض للنظام العام ولكن قابل للتسوية بموجب التحكيم ، ومن جهة ثانية تتفاوت الدول بشان حصر المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في نطاق ضيق نتيجة لانتشار التحكيم وذيوعه ، الامر الذي دفع الفقه جاهدا الى فصل الصلة بين اثر شرط النظام العام وقابلية موضوع الحكم للتحكيم على تنفيذ الحكم الاجنبي رغم تعلقه بالنظام العام ما دام لا تشكل خرقا للنظام العام الدولي[١١٨] .

وهذا يعني اذ فصلت المحكمة الاجنبية في دولة اصدار الحكم بدون مراعاة اتفاقية دولية او بناء على اتفاقية باطلة ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة دولة التنفيذ رفض الاعتراف بطلب الحكم الاجنبي ، وذلك لان وجود اتفاقية الدولية بشان الاعتراف بالأحكام التحكيمية الاجنبية تعد من الشروط الجوهرية الواجبة التطبيق بين الدولتين مالم تشترط الدولة التحفظ او انقضاء مدة الاتفاقية وهذا ما نصت عليه المادة الاولى القانون الاجراءات المدني الفرنسي ولم يرد في القانون الدولي الخاص السويسري ذلك ، ويمكن دمج الحالة الاولى بالثانية نجد هنالك ارتباط بين مسالة الاختصاص للمحكمة التحكيم بشان اصدار الحكم الاجنبي في ظل وجود اتفاقية دولية باطلة والبطلان في هذه الحالة يتعلق بنقص اهلية احد الاطراف او ان اتفاقية التحكيم باطلة لعدم صحتها من حيث الشكل والاجراءات التي حددها القانون ، فاذا تمسكت المحكمة باختصاصها القضائي في اصدار الحكم الاجنبي مع انه مخالف للاتفاقية الدولية فهذا يعني انها تمسكت باختصاصها خطا وبالتالي يمكن رفض الحكم [١١٩]التحكيم[١٢٠] ، وفي كل الحالات يمكن للمحكمة التنفيذ الرجوع الى القانون المطبق على الاتفاقية التحكيم من حيث شكل صحتها واطرافها لتتأكد من إجراءاته المطلوبة[١٢١] ، فضلا عن الرجوع لقانون التنفيذ لمعالجة مضمون الحكم[١٢٢]، وفي رأينا أن ما نصت عليه التشريعات المقارنة بمنح صلاحية المحكمة في دولة التنفيذ الاخذ بالحكم المعيب الثانوي اذ كان بالإمكان اصلاحه من عدمهِ قبل حالة الدخول في موضوع الدعوى فمتى كان العيب مؤثراً في الإجراءات التنفيذية الأجدر أن ترفض الاعتراف بالحكم الاجنبي داخل

اقليمها[١٢٣]، مع مراعاة شرط التبادل لأنه اذ قلنا بعدم تمتع الحكم الاجنبي بحجية الامر المقضي فيه رغم تحقق شرط التبادل يقف حائلا امام القضاء الوطني لإنكار للعدالة[١٢٤] ، وهذا يعني ان كل تعديل قانوني لا يؤثر على تنفيذ الاحكام الاجنبية طالما مبعثها الظروف الاقتصادية او الاجتماعية . [١٢٥]

الخاتمة

الآن وقد فرغنا من استقصاء موضوعات هذا البحث نخلص إلى القول بأن الرقابة على الاختصاص القضائي يجب أن تنصب فقط على الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية استنادا للمادة ٧ من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق لكن استثناءً من هذا الإطلاق نتمنى أن يكون هناك رقابة موضوعية على الاختصاص القضائي الداخلي للمحكمة في دولة اصدار الحكم ، بهدف التحقق من وجود رابطة وثيقة بين المحكمة المختصة والنزاع التي حسمت بشأنه ، هذه الرقابة من شانها ان تكبح جماح الاطراف الذين يحاولون استخدام وسائل احتيالية بهدف التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي .

بحيث تمتنع المحكمة من تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي والقيمي او المكاني المقررة في قانون دولة المحكمة اصدار الحكم، لأنه من البديهي ألا نسمح بتنفيذ حكم أجنبي صدر غير صحيح في دولة المحكمة التي أصدرته ، ويمكن الرجوع إلى ضابط النظام العام للتحديد الرقابة الموضوعية للحكم بعدم صحة الاختصاص القضائي الداخلي لمخالفتهِ الشروط القانونية الوطنية في اي مرحلة تكون عليه الدعوى، بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة او للارتباط ذات النزاع امام محكمتين او اكثر وفق لاتفاقية دولية.

وفي الحقيقة يجوز بموجب شرط التبادل تخويل القاضي الوطني مراجعة الحكم الاجنبي كما لو كان محكمة موضوعيا وربما يصل الامر الى الاستعانة بعدة طرق متنوعة امام القضاء بشان تصحيح قواعد الاختصاص الجوازي للحكم الاجنبي تختلف حسب طبيعة واقعة النزاع المعروضة امامه في استبعاد الجزء المخالف جزئيا طالما لا يوثر على طلب الاعتراف بالتنفيذ لان الاخير امكن تجزئة متى تعلق الامر بمجال الملائمة المبني على العدالة وحاجة المعاملات الدولية، فانه يكون من المتعذر وضع اسس علمية صرفة فتقوم للمحكمة الوطنية مشاركة نظيرتها الاجنبية في الاختصاص بنظر النزاع وثانيا : يمتنع على محكمة التنفيذ مشاركة المحكمة الاجنبية بإصلاح او تعديل القواعد التي تتعلق بالاختصاص الوجوبي لأنها تدخل تحت فكرة النظام العام التي يكون الاختصاص حصرا في نظر النزاع للمحكمة الاجنبية ولا تجيز

الخروج عن اختصاصها فلا سبيل امام محكمة التنفيذ الا باستبعاد تنفيذ الحكم الاجنبي داخل اقليمها لان الابطال يطال الحكم بأكمله .

الهوامش

[١] – انظر د. جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة النفيض ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ص١٢٨ .

[٢] – انظر نص المادة (١١) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق لعام ١٩٢٨ " اذ تصرح هي الاخرى " طبق هذا القانون على الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية تعين انظمة خاصة تصدر من وقت لأخر لما صارت احكام المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الاجنبية مقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية او مقتضى القوانين المدعية في تلك البلاد سواء كان ذلك صدار قرار التنفيذ والإجراءات اخرى تماثله من حيث النتيجة " .

[٣] – انظر د. محمد عبد المنعم رياض . مبادئ القانون الدولي الخاص . الطبعة الثانية . مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر . (القاهرة ، ١٩٤٣)، ص٢١٤ .

[٤] – انظر د. مصطفى محمد الجمّال ، و د. عكاشة محمد عبدالعال، الجمّال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٨، ص١٢٨ .

[٥] – انظر د. عبده جميل ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ – دار المؤسسة الجامعية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٨ ،ص٣٢

[٦] – انظر د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، الطبعة الثانية ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٨٧ .

[٧] – انظر د. حسن علي كاظم ، وضع الإحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق ، بحث منشور في كلية الحقوق العلمية – المجلد الأول ، العدد الأول. سنة ٢٠٠٩ ، ص٤٥ .

[٨] – انظر نص المادة ٧ / ١ يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الاردن بالأحوال الآتية : هـ– إذا أقنع المحكوم عليه المحكمة بشأن الحكم بأنه لم يكتسب بعد الصورة القطعية" وقد طبقت محكمة التمييز الأردنية هذا النص في القضية رقم ٩٩/٦٤٨، إذا حكمت أن "للمحكمة التي تنظر في طلب إكساء الحكم الأجنبي صيغة النفاذ رفض الطلب إذا قدم المحكوم عليه ما يثبت أن الحكم الأجنبي لم يكتسب الدرجة القطعية، ولم يقدم المحكوم عليه بعدها ما يثبت عدم اكتساب الحكم الدرجة القطعية فيكون رد طلب المحكوم له في غير محله ومخالفاً للقانون" ، انظر د. رزق الله أنطاكي : أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الخامسة ، بدون سنة طبع ، ص٩٧ .

[٩] – انظر محمد عايد فاضل الخزاعلة ، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، مصدر سابق ، ص٢٧ .

[١٠] –انظر د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف ،ط١،الإسكندرية، مصر، ١٩٧٣ ، ص٤٦ .

[١١] – انظر نص المادة (٨) بفقراتها من قانون تنفيذ احكام المحاكم الأجنبية في العراق ١٩٢٨ .

[١٢] – انظر نص المادة 77من قانون المرافعات العراقي .

[١٣] – حيث نصت المادة 14 من القانون المدني الفرنسي (على جواز المدعي الفرنسي أن يقيم الدعوى على المدعى عليه الأجنبي أمام المحاكم الفرنسية لتنفيذ الالتزامات التي عقدها معه في فرنسا أو في الخارج) .

[١٤] – فقضت المادة (١٨٦) من القانون الاجراءات الانكليزي بفقرتيها على ان المحكمة الاجنبية تكون مختص وفقا للاتي (١–قواعد القانون الانكليزي (١٨١–١٨٤) ٢–بحسب قواعد تنازع القوانين الانكليزية النافذة ٣–قواعد القانون الوطني لدولة المحكمة التي اصدرت الحكم) .

[١٥] – انظر د. مصطفى محمد الجمّال ، و د. عكاشة محمد عبدالعال، الجمّال ، مصدر سابق ، ص١٨٤ .

[١٦] – انظر د. احمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص٥٨ .

[١٧] – انظر المادة (١١٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

[١٨] – انظر نص المادة(٦ / أ) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق لعام ١٩٢٨ .

[١٩] – أنظر د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، ص٣٣٢.

[٢٠] – المادة (١١٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي نصت : –

– "Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. "

[٢١] – انظر نص المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، تقابلها المادة (١٠٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٩٢) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

[٢٢] – انظر د. محمد خير كصير ، حالات تطبيق القاضي في نطاق تنازع القوانين ، ط١– منشورات الحلبي ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٢ ، ص٩٧ .

[٢٣] – قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها ٢٢٦٧٥– ١٥ بتاريخ ٢٠١٠/٧/٨ منهجا يقضي بصحة الشرط التحكمي ورفض دعاوي البطلان من وكيل فرنسي ضد موكله السويدي المؤسسة على مخالف للاختصاص الولائي للقضاء النظامي كونه من قوانين البوليس وورد فيه رغم اختصاص المحاكم الفرنسية بتعويض عن فسخ العقد التجاري من القواعد الامرة لا تمانع فصلها تحكميا ولو تعلقت بالفعل الضار ، انظر احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، ج١، ط١، بدون ذكر المطبعة ولا مكان الطبع، ٢٠٠٨ ، ص١٤٣ .

[٢٤] – انظر نصوص المواد (١٤–١٥) مدني عراقي .

[٢٥] – انظر د. فؤاد عبدالمنعم رياض ، د. سامية راشد ، مصدر سبق ، ص٢١٧ .

[٢٦] – انظر نص المادة (ب/٣٠) من الاتفاقية المذكورة على انه (تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقضى فيها الاتفاقية بغير ذلك) .

[٢٧] – انظر د. أحمد منير فهمي : فكرة النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور ضمن نشرات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي ، الإصدار الثامن ، على موقع المركز على الشبكة : تاريخ الدخول – ٢٠٢٢/٧/١٨
http:\\ www. gccarbitration.com

[٢٨] – وهذا الحال ينص في المادة (١٤–١٥)مدني فرنسي .

[٢٩] – راجع قانون التنفيذ العراقي لعام ١٩٨٠ المعدل بموجب العدد ٤٥٥٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية وتاريخ ٩/٢/ الذي جاء برقم ١٣ لسنة ٢٠١٩ .

[٣٠] – كما نص قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة ١٠٥ ، وانعكاسا لمضمون نص ٣٠٣ من قانون اصول المحاكمات اللبناني .

[٣١] – انظر د. حسن محمد الهداوي ، مصدر السابق، ص٢١٢–٢١٧

[٣٢] – فقضت المادة (١٨٦) بفقرتين على ان المحكمة الاجنبية تكون مختص وفقا للاتي (١–قواعد القانون الانكليزي (١٨١–١٨٤) ٢–بحسب قواعد تنازع القوانين الانكليزية" النافذة" ٣–قواعد القانون الوطني لدولة المحكمة التي اصدرت الحكم) .

[٣٣] – انظر نجاة كريم جابر ، ، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات ذات العنصر الاجنبي ، رسالة ماجستير – كلية القانون ، بابل ، ٢٠١٧ ، ص١٨ .

[٣٤] – حيث نقضت محكمة النقض الفرنسية (القرار الصادر من محكمة رين الفرنسية وكيفت الحكم بانه تمهيدي ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين يتضمن التزامات متبادلة يلتزم البائع في مقابل وديعة الضمان ان يحجز على عقار المشتري او جزء منه ولا يتعلق بالوعد بالبيع المنصوص عليه في المادة ١٨٤ من قانون الضرائب العامة) انظر صادق زغير محسن حسين ، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩٦ ، ص٨٩ .

[٣٥] – انظر د. هشام خالد : طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية– مصدر سابق ، ص٢١٧ .

[٣٦] – انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : أحكام المحكمين وتنفيذها – دراسة مقارنة في التحكيم التجاري ، الطبعة الأولى ، الكويت ، ١٩٨٦ ، ص١٨٧ .

[٣٧] – انظر د .عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، في تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة السابعة . دار النهضة العربية . (مصر، ١٩٧٢) ، ص١٥٢ .

[٣٨] – انظر مهدي صلاح مهدي الموسوي ، التدرج في القانون الدولي العام ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص٤٦ .

[٣٩] – انظر جداوي خليل ، الاطار المفاهيمي للتكامل في العلاقات الدولية ، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والادارية ، الجلفة ، العدد العاشر ، بدون سنة طبع ،ص٣٥ .

[٤٠] – انظر ليلى عيسى ابو القاسم ، تدرج القواعد القانونية وقوتها الالزامية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ، المجلد ٤ ، العدد ٢٩ ، السنة ٢٠١٦ ،ص٢٤ .

[٤١] – أنظر د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مصدر سابق ، ص٣٣٢.

[٤٢] – انظر د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الثانية ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٧، ص٢١٩ .

[٤٣] – انظر مصطفى كامل ياسين . كيف يطبق القانون الأجنبي بحث منشور في مجلة القضاء . السنة الأولى . العدد الثاني . نيسان ، ١٩٥٧ ، ص٩٦ .

[٤٤] – انظر د .سامية راشد ، قاعدة الاسناد امام القضاء ، بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية ، السنة الرابعة عشر ، العدد الثاني ، بغداد ،١٩٧٢ ، ص١٥ .

[٤٥] – انظر د .سامية راشد ، مصدر سابق ، ص١٩ .

[٤٦] – انظر مصطفى كامل ياسين ، مصدر سابق ، ص٣٧ .

[٤٧] – انظر بدر الدين عبد المنعم ، القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة والعشرون ، العدد الثالث ، بدون سنة طبع ، ص٢٩ .

[٤٨] – انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٢١٨ .

[٤٩] انظر د. أحمد عبدالكريم سلامة : المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٩٣ .

[٥٠] – انظر نص المادة ١/٤٢ من اتفاقية التحكيم الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥ " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع، واذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فضال عن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع "، والحال ذاته نصت المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في اثينا باليونان لسنة ١٩٧٩ .

[٥١] – انظر المادة (٣/٣٩) من قانون تحكيم مصري ، والمادة ١٥١١،٢ من قانون الفرنسي الصادر عام ٢٠١٦

[٥٢] – انظر د. يعقوب يوسف صرخوه ، مصدر سابق ، ص٦٤ .

[٥٣] – انظر د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص٢١٧ .

[٥٤] – انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٢٩٨

[٥٥] – انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٢٤١ .

[٥٦] – انظر نصوص الفقرة ١ من المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ. وكذلك المادة٢٤٩ من ذات القانون سالف الذكر بقولها ((للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في حكم انتهائي– أيا كانت المحكمة التي أصدرته – لحكم فصل في نزاع خالفا أخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضي)) ، أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية ثير جدالً فالمسائلة ت واسعا بين الفقهاء حولً إمكانية هذه المحكمة من التصدي لموضوع النزاع ،هي محكمة قانون في الأصل، فبعد أن تحكم بنقض الحكم في الدعوى المعروض أمامها، عليها أن تحيلها إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، دون أن تتصدى إلى موضوع النزاع .وهذا المنع من التصدي من نظر الموضوع، نصت عليه كل قوانين محكمة النقض الفرنسية ومنذ أنشائها

ومنها المادة ٧ من القانون الصادر في) ١٨١٠/٤/٢٠ ، انظر د. فؤاد عبدالمنعم رياض ، د. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص١٣٢ .

[٥٧] – انظر د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص٣٠٣ .

[٥٨] – انظر د. عبد الله فاضل حامد ، مبدا اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة العربية ، الاسكندرية ، ٢٠١٩ ، ص٤٥ .

[٥٩] – انظر د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص٣١٧ .

[٦٠] – انظر كرار معد عظيم برق ، مصدر سابق ، ص٤٩ وما بعدها .

[٦١] – انظر د. خير الدين كاظم الامين ، ، نظرة انتقادية في تطور منهاج قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، كلية الحقوق – المجلد ٢٦ العدد ٨ سنة ٢٠١٨ ، ص١٠٣ .

[٦٢] – انظر د. خير الدين كاظم الامين ، المصدر السابق ، ص١٠٣ .

[٦٣] – انظر د .خير الدين الأمين ، تراجع معيار جنسية المدعى عليه في مسائل الاحوال الشخصية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون – جامعة بغداد ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " للمدة ٦-٧/١١/ ٢٠١٩ ص١٠٨ وما بعدها .

[٦٤] – تنص المادة٧ من القانون الصادر في ١٨١٠/٤/٢٠ على وجوب إحالة الدعاوي إلى محكمة الموضوع في جميع الأحوال، وحرمان محكمة النقض من التصدي في الفصل في موضوع الدعوى .وقد تم تعديل سلطة محكمة النقض الفرنسية بموجب المادة ١٥، ١٦ من القانون الصادر في ١٩٦٧/٧/٣ وذلك بهدف الإسراع في حسم النزاع أمام النقض ، أما بخصوص محكمة النقض المصرية فقد نصت الفقرة ٤ من المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية النافذ قد تتصدى لموضوع الدعوى في حالتين :الحالة الأولى اذا كان صالحا لنظر ولا يشترط في حالة نقض الحكم أن يكون الموضوع صالحاً لما فصل فيه بأكمله بل يكفي أن يكون صالحا في شق منه وهذا الشق تفصل فيه المحكمة وتحيل الشق الأخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ويجب أن يكون بسب نقض الحكم هو مخالفة القانون انظر د. حامد زكي ، مصدر سابق ، ص١٩٤ .

[٦٥] – انظر د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص١٨٢ .

[٦٦] – انظر نص المادة ١/٥ اتفاقية نيويورك " لا يجوز رفض الاعتراف تنفيذ الحكم بناء على طلب المطلوب ضده الا اذ قدم للمحكمة في بلد التنفيذ الدليل على ان الاتفاق منصوص في مادة ٢ كانوا بالاستناد للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الاهلية او اذ الاتفاق غير صحيح وفق للقانون او عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون بلد صدور الحكم ، كما اضف الاتفاقية بند _(ج) ان المحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم او عقد التحكيم او تجاوز حدودهما فيما قضى به ..." .

[٦٧] – انظر د .محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

[٦٨] – انظر د. خير الدين كاظم الامين ، تطور قاعدة الاسناد ، بحث منشور في – مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٦ ،العدد ٨ :٢٠١٨ ، ص١٠٧ .

[٦٩] – انظر د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص٢٦ .

[70] Art (12 -1) "Le judge tranche le litigant conform emend aux regales de droit - mikulski: la cause la demanded dams la delimitation de lo office du judge D 1964 P23 ".

[٧١] – انظر د. رزق الله أنطاكي : أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الخامسة ، بدون سنة طبع ، ص٦٥ .

[٧٢] – انظر نص المادة (٢٤) من قانون الاجراءات المدنية مصري منهُ التي نصت على أنهُ (وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه هذا الشق وحده هو الذي يبطل) .

[٧٣] – انظر عادل عجيل عاشور ، الدفع بعدم الاختصاص في قانون المرافعات المدنية ، رسالة ماجستير – كلية القانون – بابل –٢٠١٥ ، ص٦٥ .

[٧٤] –انظر د. عبد الرسول الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ٣١٤ .

[75] - … consideration of public policy, which comes fully into play where the case would lead to the creation of a right in French territory, can be more flexible if it is only a question of giving effect in France to rights lawfully acquired abroad”

[٧٦] – انظر نص المادة ٥ من الاتفاقية روما ٢٠١٠ بالنص " يجوز للزوجين الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني ، بشرط أن يكون أحد القوانين التالية : أ –(قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو(قانون دولة آخر إقامة اعتيادية للزوجين ؛ أو (قانون دولة جنسية أحد الزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو(قانون المحكمة الذي تقام فيها الدعوى " يقابلها المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٢٣) مرافعات مصري ، والمادة (٥٠٥/ف٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ، المادة (١٢٣/ف٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ، في حين عدّ هذا السبب من الاسباب التي تؤدي الى وقف الدعوى وليس انقطاعها في قانون اصول المحاكمات الاردني أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بينت المادة (١١٥– ١٢١) أنَّ التمسك بالبطلان يزول في حالة تصحيح لاحق للإجراء .

[٧٧] – انظر د. غالب علي الداودي : القانون الدولي الخاص الأردني، كتاب ١– مصدر سابق ، ص٨٧ .

[٧٨] – انظر د. عز الدين عبدالله : محاضرات في اتفاقية تنفيذ الأحكام ، مصدر سابق ، ص١٨٢ .

[٧٩] – أنظر محمد وليد هاشم، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار قنديل للنشر والتوزيع، ط١، عمان ، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٢٦٧.

[٨٠] – وقد عرف النهي في القانون بأنهً (الجزاء المترتب عن الفعل المنهي عنهُ من البطلان) ، أنظر في هذا د. مصطفى ابراهيم الزاملي، اصول الفقه في نسيجهِ الجديد،ج٢، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط١٠، بغداد، العراق، بدون ذكر السنة، ص ٣٠٨ الهامش رقم (١٢).

[٨١] – يقابلها نص المادة كما نصت المادة (١٠٧) من قانون الاثبات العراقي ذي الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا .

[٨٢] – يقابلها لمادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ ؛ والمادة (١٢٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ ؛ والمادة (٥٠٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ ؛ والمادة (٣٧٩) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي النافذ .

[٨٣] – المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

[٨٤] – أن الفوائد ومدة التقادم تعد من النظام العام فلا يجوز تعديلها الذي نظمه المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية ٣سنة ٢٠١٧ في المادة "١٥١ "واشترط أن يقدم بطلب مستقل خلال المدد المحددة في المواد ٥١ ،٦٥ ، كما صدرت قرارات لمحكمة النقض الفرنسية للمحكمة السويسرية في حكمين حديثين قضيا بإبطال حكم التحكيم لقضائه بالشرط الجزائي رغم الدفع بأنه لا يمثل الضرر الفعلي ، وتجاوز الهيئة لمهمتها باستبعادها للقانون المتحدة لا تقبل بالتعويض وفقاً للشرط الجزئي ، كما وصدر قرار للمحكمة العليا في روسيا يتضمن أن قاضي التنفيذ يراقب فيما إذا كان حكم التحكيم يقضي بتعويض مجحف يتجاوز قيمة الضرر بشكل فادح وله أن يتحقق من مبدأ التناسب فإذا كان التعويض مجحفاً له أن يرفض منحه الصيغة التنفيذية ، انظر د. – عبدالحميد عمر الوشاحي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص١٩٤ .

[٨٥] – انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

[٨٦] – انظر د. حسن علي كاظم ، وضع الإحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق ، مصدر سابق ، ص٤٩ .

[٨٧] – انظر د. عبد الفتاح مراد ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

[٨٨] – انظر د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الناشر دار الفكر العربي ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، ١٩٨١ ،ص٨٧ .

[٨٩] – انظر د. أحمد أبو الوفا : عقد التحكيم وإجراءاته، مصدر سابق ، ص١٥٩ .

[٩٠] – انظر د. حسام محمد عيسى : نقل التكنولوجيا – دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، الطبعة الأولى ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ،ص٩١

[٩١] – انظر عادل عجيل عاشور، الدفع بعدم الاختصاص ، مصدر سابق ،ص٤٩ .

[٩٢] – انظر علي سعود داخل ثويني ، العيب الجوهري في الإجراء القضائي المدني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – بابل– ٢٠١٣ ، ص٣٢ .

[٩٣] – انظر د. جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الرابع ، معهد الدراسات العربية العالية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ،ص٢١٨ .

[٩٤] – انظر المادة (١/٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أن " ١– الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى أو الأوراق الأخرى يجب ابداؤه قبل أي دفع أو طلب آخر والا سقط الحق فيه . وتفصل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى . "

[٩٥] – انظر عبد الرحمن العلام ، نظرية الاختصاص ، مصدر سابق ، ص١٨٣ .

[٩٦] – انظر نص المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

[٩٧] – يقابلها لمادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ ؛ والمادة (١٢٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ ؛ والمادة (٥٠٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ ؛ والمادة (٣٧٩) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي النافذ .

[٩٨] – ينظر المادة (٢٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي نصت على أنهُ " يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان علي أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه " .

[٩٩] – أنظر المادة (١٢١– ١١٥) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[١٠٠] – انظر د. أحمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص٤٩ .

[١٠١] – انظر د. حامد زكي ، أصول القانون الدولي الخاص المصري ، مصدر سابق ، ص٣٢.

[١٠٢] – ونقصد هنا بالعيب الجوهري يكون مصدر التعارض الذي يُخالف النظام العام دائماً، نابعا من الاجراءات التي اتبعت في اصداره وانتهاك هذه الاجراءات لحقوق الدفاع في دولة القاضي التنفيذ إذ تتسع دائرة النطاق للدفع بالبطلان الحكم الاجنبي في هذه الحالة ، انظر علي سعود داخل ثويني ، مصدر سابق ، ص٣٩.

[١٠٣] – أنظر المواد (١٤٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٤) من القانون المدني المصري.

[١٠٤] – انظر د. عبد الرسول الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٣١٣ .

[١٠٥] – انظر د. حسام محمد عيسى : نقل التكنولوجيا – دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية – ، الطبعة الأولى ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٩١ .

[١٠٦] – انظر شروط تنفيذ الحكم الاجنبي وفق م /٦ من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق لعام ١٩٢٨

[١٠٧] – ولم ينص فقانون المرافعات المدنية العراقي قد أورد بعض النصوص الخاصة بصورة غير مباشرة، ففي النصوص القانونية التي تناولت الدفوع(٧٧– ٨٠) من القانون المذكور ، أما بالنسبة لقانون المرافعات المصري جاء م(٢١–/٤) بين امكانية بطلان تنفيذ الحكم للعيب المتعلق بالنظام العام حتى لو كان الشخص المتقدم بالدفع بالبطلان هو المتسبب بالعيب الذي يجوز الدفع بالبطلان بموجبهِ وحتى لو لم يكن الدفع بهِ من مصلحتهِ.

[١٠٨] – انظر شروط تنفيذ الحكم الاجنبي في العراق في المادة (٦) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية ١٩٢٨

[١٠٩] – انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

[١١٠] – انظر د. حسن علي كاظم ازهار حميد مهدي ، اثار الاعتراف بالحكم الاجنبي خارج اطار التنفيذ ، مصدر سابق، ص١٨ .

[١١١] – انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٢٧٤ .

[١١٢] – انظر د. عبدالرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص٢٤١ .

[١١٣] – انظر مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٨ العدد٣٨ – ص٨٧ .

[114] – يقابلها قضية محكمة استئناف بروكسل تاريخ ٢٠١٨//٢٩ لمخالفتها شرط المادة ٦ من اتفاقية حقوق الانسان مما رفضت طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي على اعتبار ان ورود شرط في تشريع ما يلزم الاطراف بحل نزاعتهم بالتحكيم باطل لمخالفته للنظام العام وتناقضها مع حرية الاختيار ، انظر د. صباح لطيف الكربولي ، المعاهدات الدولية الزامية تنفيذها في الفقه الاسلامي والقانون الدولي ، مصدر سابق ، ص٨١ .

[115] – انظر نص المادة ٦/ج من قانون تنفيذ الاجانب في العراق ١٩٢٨ .

[116] – أنظر المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يقابلها (م/ ٥)من اتفاقية روما (٣) ٢٠١٠

[117] – ولم يتطرق المشرع العراقي في مرافعات صراحة وهو ما عليهِ الحال في قانونين المرافعات والمصري أيضاً، الا ان موقف القانون المصري من خلال صياغة مرنة (٤/٢١) مرافعات فبالإمكان الإفادة من هذا النص لأنه أكثر إيجابية من القانون العراقي وذلك عندما بين أمكانية رد طلب الاعتراف بالحكم للعيوب التي تتعلق بالنظام العام في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، انظر د. أحمد مسلم : موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص٨٦

[118] – انظر د. أحمد أبو الوفا : عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص١٩٤ .

[119]

[120] – انظر د. عبد الحميد عمر الوشاحي ، مصدر سابق ، ص٥٩ .

[121] – انظر د. مصطفى كامل ياسين ، مصدر سابق ، ص١٢٩ .

[122] – انظر د .فؤاد عبد المنعم ، د. محمد خالد الترجمان ، مصدر سابق ، ص٩٦ .

[123] – وقد يقوم القضاء برفض الحكم لمخالفته لنظام العام وتطبيق قانونه الوطني لأنه لا يجوز ان يظل النزاع معلقا الا اننا نعتقد حتى يطبق قاضي قانونه يشترط وجود رابطة وثيقة بين محكمة والنزاع وهذا غير متحقق ، في حين سكتت بعض التشريعات ومنها السوري والاردني، انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص٧٦ .

[124] – وهذا ما اشار اليه القانون الفلسطيني من خلال مادة ٣٦ بتطبيق مبادى القانون الدولي الخاص ، انظر د. محمود السيد التحيوي ، مصدر سابق ، ص٢٨٥ .

المصادر

اولا : المصادر باللغة العربية

١- القرآن الكريم

٢- الكتب القانونية

١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا،ط١، المنصورة ، ١٩٩٦ .

٢) د. أحمد مسلم : موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٦ .

٣) د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الناشر دار الفكر العربي ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، ١٩٨١

٤) د. عبد الرسول الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، بغداد ، السنهوري ، ٢٠١٣ .

٥)د. عبد الحميد وشاحي– القانون الدولي الخاص في العراق– ج١– مطبعة التفيض– الاهلية– بغداد– ١٩٤١.
٦)د. عبد الواحد كرم الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ .
٧)د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص،ط١، دار المؤسسة الجامعية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨.
٨)د. عبده جميل غصوب ،القانون الدولي الخاص ،تنازع الاختصاص التشريعي ج١،ط١، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٩ .
٩)د. عز الدين عبدالله . القانون الدولي الخاص . الجزء الثاني . في تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة السابعة . دار النهضة العربية . (مصر، ١٩٧٢) .
١٠). عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧ .
١١)د. علي الزيني ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، ج١، مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٨ .
١٢)د. عوض الله شيبة الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧ .
١٣)د. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،ط١، دار الثقافة ،عمان ،٢٠١١ .
١٤)د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، الكتاب الأول في تنازع القوانين ، مطبعة نوري ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٦ .
١٥) د. حسام محمد عيسى : نقل التكنولوجيا – دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية – ، الطبعة الأولى ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
١٦)د. جمال محمود الكردي ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٥–١٩٩٦ .
١٧)د. جابر جاد عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الرابع ، معهد الدراسات العربية العالية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
١٨)د. فؤاد عبد المنعم رياض ، ودكتورة سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٤ .
١٩). د. محمد عبد الغريب ، النظام العام الاجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، ١٩٩٩–٢٠٠٠ .
٢٠)محمد وليد هاشم، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار قنديل للنشر والتوزيع، ط١، عمان ، الأردن، ٢٠٠٣،
٢١)د. محمد خير كصير ،*حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين ،ط١–منشورات الحلبي بيروت، لبنان* ، ٢٠١٢ .
٢٢)د. مصطفى احمد فؤاد ، دراسات في النظام القضائي ،منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧
٢٣)د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الثانية ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٧.
٢٤)د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش . القانون الدولي الخاص وفق القانونيين العراقي والمقارن . (الجنسية ، المواطن ، حالة الأجانب ، تنازع القوانين ، الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام المدنية الأجنبية)ـ الطبعة الأولى . دار الحرية للطباعة . (بغداد،١٩٧٣).
٢٥)هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني . منشأة المعارف . (الإسكندرية ،١٩٦٨).
٢٦)د. هشام علي صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، مطبعة أطلس ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

٣– الرسائل و الاطاريح الجامعية

١.عبد الرسول الاسدي ، تغير ضوابط الاسناد ، رسالة ماجستير ، القانون ، بابل ، –١٩٩٩.
٢.علي سعود داخل ثويني ، العيب الجوهري في الإجراء القضائي المدني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – بابل– ٢٠١٣ .
٣.عادل عجيل عاشور ، الدفع بعدم الاختصاص في قانون المرافعات المدنية ، رسالة ماجستير – كلية القانون – بابل –٢٠١٥ .
٤.مريم سعد جاسم ، الرقابة القضائية على الدعوى ذات الطبيعة الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير – ٢٠٢٢ .
٥.محمد عايد فاضل الخزاعلة ، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، رسالة الماجستير ، كلية القانون – جامعة الشرق الاوسط – ٢٠١٧ .
٦.نجاة كريم جابر ، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالأشخاص ذات العنصر الاجنبي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ٢٠١٦ .

٤–المقالات والبحوث والمجلات العربية المنشورة

١– د. *خير الدين الامين* ، خير الدين الامين ، السلطة القاضي التقديرية *في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، المجلد ١٥، العدد٢، ٢٠٠٨* .
٢– د. جعفر جواد الفضلي ، امتداد الاختصاص القضائي الدولي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق /٤ السنة التاسعة ،عد٢٣سنة ٢٠٠٤
٣– عبد الرسول كريم ابو صبيع ، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة كلية القانون –جامعة الكوفة ، العدد الثاني ، ٢٠٠٢
٤– طلال العيسى ، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد الاول المجلد –٢٥– ٢٠٠٩ .
٥– د .سامية راشد ، قاعدة الاسناد امام القضاء ، بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية ، السنة الرابعة عشر ، العدد الثاني ، بغداد، ١٩٧٢
٦– مصطفى كامل ياسين . كيف يطبق القانون الأجنبي بحث منشور في مجلة القضاء . السنة الأولى . العدد الثاني . نيسان ، ١٩٥٧ .

٥– القوانين

القوانين العراقية

١–القانون المدني العراقي ذو الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل .
٢–قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣–قانون الاثبات العراقي ذو الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ م وتعديلاته لغاية ٢٠٠٠ .
٤–قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠)لسنة ١٩٧٩ المعدل .

القوانين العربية والاجنبية

١–القانون المدني المصري ذو الرقم (١٣) لسنة ١٩٤٨م.
٢–القانون المدني السوري ذو الرقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩م المعدل .
٣–قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل .
٤–القانون المدني الأردني ذو الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م .
٥–القانون المدني الفرنسي رقم (١١٢٣) لعام ١٩٧٥المعدل.
٦–قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ .
٧–قانون المرافعات الانكليزي لعام ١٩٧٦ .

مواقع الانترنيت :

١.كافي زغير شنون البدري ، انعدام الإحكام ، بحث منشور عبر الموقع الالكتروني file:///C:/Users/hp/Downloads/Telegram%20Desktop/de36605d92fa7ef5.pdf

٢..د. فراس كريم شيعان و د. خير الدين كاظم عبيد ، حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه ، بحث منشور عبر شبكة الانترنيت على الموقع : file:///C:/Users/hp/Downloads/Telegram%20Desktop
٣.هشام علي صادق ، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية ، عبر الموقع الاتي file:///C:/Users/hp/Desktop/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%88%D8%B1%20
٤.الموقع الالكتروني : file:///C:/Users/hp/Desktop/%D9%85%D9%84%D9%81%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AB%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%B5/%D8%A7%D8%AD%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%B5%20%D9%86%D9%88%D8%B9%D9%8A.pdf

ثانيا ـ المصادر الاجنبية

1.Martin wolf , private international law ,second edition , oxford ,London ,1950.
2.Pierre Bourel, Les conflites de lois en matiere D obligation extea contractuelles,preface de-1 y.loussouarn,paris ,1961 .
3.Martin wolf , private international law ,second edition , oxford ,London ,1950.
4.. Saleillas (de l'abus dde droit. Raport. Présenté á la commission de revision du code civil) Bulletin de la societe d''etudes legislations, quativieme annee 1905,.

Arabic sources

- **The Holy Quran**
- **Legal books**

1) D. Ahmed Abdel Karim Salama, The Science of the Rule of Conflict and Choice between Laws in Principles and Methodology, 1st edition, Mansoura, 1996.
2) D. Ahmed Muslim: Summary of Comparative International Private Law (in Egypt and Lebanon), Arab Renaissance House for Printing and Publishing, Beirut, 1966.
3) D. Abu Zaid Radwan: General foundations in international commercial arbitration, published by Dar Al-Fikr Al-Arabi, Al-Istiqlal Al-Kubra Press, Cairo, 1981.
4) D. Abdul Rasul Al-Asadi, Private International Law, Baghdad, Al-Sanhouri, 2013.
5) D. Abdul Hamid Washahi - Private International Law in Iraq - Part 1 - Al-Tafidh Press - Al-Ahliyya - Baghdad - 1941.
6) D. Abdul Wahid Karam, Personal Status in Iraqi Private International Law, Al Maaref Press, Baghdad, 1979.
7) D. Abdo Jamil Ghoussoub, Lessons in Private International Law, 1st edition, University Foundation House, Beirut, Lebanon, 2008.
8) D. Abdo Jamil Ghoussoub, Private International Law, Conflict of Legislative Jurisdiction, Part 1, 1st Edition, University Foundation, Beirut, Lebanon, 2009.
9) D. Izz al-Din Abdullah - Private International Law - Part Two - On Conflict of Laws and International Jurisdiction, Seventh Edition - Dar Al-Nahda Al-Arabiya - (Egypt, 1972).
10). Okasha Muhammad Abdel-Al, Conflict of Laws, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2007.
11) D. Ali Al-Zayni, Egyptian Private and Comparative International Law, vol. 1, Al-Itimad Press, 1928.
12) D. Awadallah Shaybah Al-Hamad Al-Sayyid, Al-Wajeez in Private International Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, second edition, 1997.
13) D. Ghaleb Al-Daoudi, Private International Law, Conflict of Laws, 1st edition, House of Culture, Amman, 2011. 15) Dr. Hossam Muhammad Issa:

Transfer of Technology - A Study in the Legal Mechanisms of International Dependency -, first edition, Dar Al-Mustaqbal Al-Arabi, Cairo, 1987.
14) D. Hamid Zaki, Egyptian Private International Law, The First Book on Conflict of Laws, Nouri Press, Cairo, first edition, 1936.
15) D. Hossam Muhammad Issa: Transfer of Technology - A Study in the Legal Mechanisms of International Dependency -, first edition, Dar Al-Mustaqbal Al-Arabi, Cairo, 1987.
16) D. Jamal Mahmoud Al-Kurdi, Lectures on Private International Law, first edition, 1995-1996.
17) D. Jaber Jad Abdel Rahman, Arab Private International Law, Part Four, Institute of Higher Arab Studies, International Press, Cairo, 1964.
18) D. Fouad Abdel Moneim Riad, and Dr. Samia Rashid, Conflict of Laws, International Jurisdiction, and the Effects of Foreign Judgments, Arab Nahda House, Cairo, 1994.
19). Dr.. Muhammad Abdel Gharib, the procedural public system and the extent of protection afforded to it by the Criminal Law, 1999-2000.
20) Muhammad Walid Hashem, Explanation of the Code of Civil Procedure, Dar Qandil for Publishing and Distribution, 1st edition, Amman, Jordan, 2003,
21) D. Muhammad Khair Kasir, Cases of Application of the Judge's Law in the Conflict of Laws, 1st edition - Al-Halabi Publications, Beirut, Lebanon, 2012.
22) D. Mustafa Ahmed Fouad, Studies in the Judicial System, Manshaet Al Maaref, Alexandria, 2007.
23) D. Mamdouh Abdel Karim Hafez, Private International Law According to Iraqi and Comparative Law, second edition, Freedom Printing House, 1977.
24) D. Mamdouh Abdul Karim Hafez Armoush - Private international law according to Iraqi and comparative law - (nationality, citizen, foreigner status, conflict of laws, international jurisdiction, implementation of foreign civil judgments) - first edition - Al-Hurriya Printing House - (Baghdad, 1973).
25) Hisham Ali Sadiq, Foreign Law Center before the National Judge - Mansha'at Al-Maaref - (Alexandria, 1968).
26) D. Hisham Ali Sadiq: Conflict of International Jurisdiction, Publisher: Alexandria Knowledge Establishment, Atlas Press, Cairo, 1972.

3- University theses and dissertations

1. Abd al-Rasoul al-Asadi, Changing the Controls of Attribution, Master's Thesis, Law, Babylon, -1999.
2. Ali Saud Dakhel Thuwaini, The fundamental flaw in the civil judicial procedure, Master's thesis, College of Law - Babylon - 2013.
3. Adel Ajeel Ashour, the defense of lack of jurisdiction in the Civil Procedure Law, Master's thesis - College of Law - Babylon - 2015.
4. Maryam Saad Jassim, Judicial Oversight of Cases of a Private International Nature, Master's Thesis - 2022.
5. Muhammad Ayed Fadel Al-Khaza'leh, Obstacles to implementing a foreign arbitration award, Master's thesis, College of Law - Middle East University - 2017.
6. Najat Karim Jaber, The discretionary power of the judge in relations related to persons of foreign origin, Master's thesis, University of Babylon, 2016.

4- Published Arab articles, research and magazines

1 d. Khair al-Din al-Amin, Khair al-Din al-Amin, the judge's discretionary power in private international law, published research, Babylon University Journal, Human Sciences, Volume 15, Issue 2, 2008.
2 d. Jaafar Jawad Al-Fadhli, Extension of International Judicial Jurisdiction, research published in Al-Rafidain Law Journal 4/9th Year, Issue 23, 2004

3 Abdul Rasoul Karim Abu Sabie, The Impact of International Jurisdiction on Conflict of Laws, research published in the Journal of the College of Law - University of Kufa, second issue, 2002
4 Talal Al-Issa, a legal study on the relationship of international judicial jurisdiction to the rules of public order, research published in the Damascus University Journal of Economic and Legal Sciences, first issue, volume -25- 2009.
5 Dr. Samia Rashid, The rule of attribution before the judiciary, research in Egyptian private and comparative international law, Journal of Economic Legal Sciences, fourteenth year, second issue, Baghdad, 1972.
6 Mustafa Kamel Yassin - How is foreign law applied? Research published in the Judicial Journal - First Year - Second Issue - April, 1957.

5- Laws

Iraqi laws

1- The amended Iraqi Civil Law No. (40) of 1951 AD.
2- The Iraqi Civil Procedure Law No. (83) of 1969, as amended.
3- Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979 AD and its amendments until 2000.
5-The Iraqi Judicial Organization Law No. (160) of 1979, as amended.

Arab and foreign laws

1- Egyptian Civil Law No. (13) of 1948 AD.
2-The amended Syrian Civil Law No. (84) of 1949 AD.
3- Egyptian Procedures Law No. (13) of 1968, as amended.
4- Jordanian Civil Law No. (43) of 1976 AD.
5-French Civil Code No. (1123) of 1975, amended.
6- The French Procedure Code of 1975.
7- The English Procedure Code of 1976.