التحايلُ نحوُ الاختصاصِ القضائيّ الدوليّ

م. حسنين جبار شكير

كلية القانون/ جامعة واسط

تاريخ استلام البحث١٣/١٠/٢٠٢٢ تاريخ قبول البحث ٢٦/١١/٢٠٢٢ تاريخ نشر البحث ٣١/١٢/٢٠٢٢

https://doi.org/10.61353/ma.0110503

يعدّ التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي من أهم المشاكل التي تواجه القضاء في مرحلة الدعوى وفي مرحلة تنفيذ الحكم، لإنَّه قد يمنع المحكمة من النظر بالنزاع المعروض أمامها عندما يصطنع الاختصاص لها بينة التحايل، وقد يمنع تنفيذ الحكم الأجنبي الذي صدر من محكمة قام اختصاصها على أساس التحايل، وعلى الرغم من تكريس التحايل نحو الاختصاص من قبل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والفقه والقضاء المقارن وآثاره، , إلّا أنَّ الدراسات حول معنى التحايل نحو الاختصاص وشروطه لم تنل حظا كبيرا من البحث في إطار القانون الدولي الخاص حتى الآن, وتأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء في معنى التحايل وشروطه وآثاره.

Fraud towards international jurisdiction is one of the most prominent problems facing the judiciary at the stage of the lawsuit and at the stage of implementing the judgment, because it may prevent the court from considering the dispute before it when the jurisdiction fabricates evidence of fraud, and it may prevent the implementation of the foreign judgment issued by a court whose jurisdiction was based on fraud Despite the devotion of fraud towards jurisdiction by international conventions, national laws, jurisprudence, comparative jurisprudence and its effects, studies on the meaning of fraud towards jurisdiction and its conditions still have not achieved much success in private international law. This study comes to shed light on the meaning of fraud, its conditions and effects.

الكلمات المفتاحية: التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي، التحايل نحو القانون، شروط التحايل نحو الاختصاص، آثار التحايل نحو الاختصاص.

المقدمة

على الرغم من التطور الذي شهده العالم على المستويين القانوني والقضائي، إلّا أنَّه ما زال يفتقر لمحكمة دولية موحدة من شأنها فض نزاعات الأفراد ذات الطابع الدولي، وهذا الأمر منح المحاكم الوطنية بمختلف دول العالم دورا كبيرا في حل تلك النزاعات، فأصبح الخصوم يرفعون دعواهم أمام المحكمة التي يختارها أحدهما أو كلاهما، حتى أضحت المحاكم تستقبل الدعاوى التي تكون ضمن اختصاصها, وعلى الرغم من تدخل المشرّع –بكثير من الدول ومنها العراق– في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه الوطنية في المنازعات المشوبة بعنصر اجنبي، إلّا أنَّ كثيراً من الأحكام القضائية التي تصدرها تلك المحاكم يتعذر تنفيذها , وكان مصيرها رفض التنفيذ، وذلك لأسباب عدّة تختلف باختلاف شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية من دولة لأخرى، وأهم تلك الأسباب عدم اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم محل التنفيذ، فكثير من الدول – ومنها العراق– اليوم تعتمد " ثنائية معيارية " عند وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد من خلالها مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاعات المشوبة بعنصر اجنبي، ومدى اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم محل التنفيذ بالنظر فيها أيضا، فكان جزء من رقابة التنفيذ من قبل الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي رقابة على اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم, وتحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تنصّ عليها القوانين الوطنية في العادة، معايير عدة لانعقاد الاختصاص لمحاكمها الوطنية وللمحاكم الأجنبية، منها ما هو شخصي كالجنسية، ومنها ما هو مكاني كمكان وجود المال , ومحل وقوع الفعل الضار، ومنها ما هو مبني على اتفاق الأطراف , الذي يسمى بـ " الخضوع الاختياري "، وتثير معايير الاختصاص المبنية على ضابط جنسية الخصوم وكذلك الخضوع الاختياري مشاكل كثيرة في الواقع العملي، منها إنَّها قد تنشئ اختصاصا قلقا ومضطربا في بعض الأحيان، وقد تؤدي إلى اصطناع الاختصاص لمحكمة ما، فيؤدي هذا الأمر إلى قيام التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي.

أهمية البحث

للموضوع أهمية كبيرة على الصعيدين العملي والنظري، فعلى الصعيد العملي تترتب على قيام التحايل نحو الاختصاص آثار خطيرة على صعيد الاختصاص القضائي الدولي المباشر والاختصاص القضائي الدولي غير المباشر، فيمكن أن يلجأ الخصوم أو أحدهما إلى القيام بأمر ما من شأنه عقد الاختصاص لمحاكم إحدى الدول، فيكون ذلك سببا لسلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلا في دولة أخرى، وأنَّ منح الاختصاص للمحكمة الأولى بنية التحايل يترتب عليه البحث بمصير الحكم الذي تصدره ويراد تنفيذه في دولة أخرى، فمن المؤكد أنَّ الحكم الذي تم استصداره بنية التحايل نحو الاختصاص سيواجه برفض التنفيذ في البلد المطلوب

تنفيذه فيه, أما على الصعيد النظري فنلاحظ أنَّ مؤلفات القانون الدولي الخاص ومناهجه تزخر بالآراء والنظريات في موضوع التحايل نحو القانون , ولكنها تخلو من نظرية عامة أو تفصيلية عن التحايل نحو الاختصاص، وتأتي هذه الدراسة كمحاولة لتسليط الضوء على الموضوع.

فرضية البحث

تتمثل فرضية البحث بأنَّ التحايل نحو الاختصاص يعدّ أسلوباً يلجأ إليه الأفراد من أجل التهرب من اختصاص محكمة، وإنَّ هذا الأمر يعيب اختصاص المحكمة التي تنظر بالنزاع حال اكتشافه، ويجعل الحكم القضائي غير قابل للتنفيذ.

إشكالية البحث

يحذر فقه القانون الدولي الخاص من التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي دون أن يحدد معنى هذا التحايل وشروطه وآثاره، وجعلت بعض الأنظمة القانونية التحايل نحو الاختصاص سببا لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي تمّ استصداره، ومن هذه الأنظمة قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ النافذ في المادة (أ/٨) منه، واتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المسائل المدنية أو التجارية لعام ٢٠١٩ في المادة (٧/١) منها، وعلى الرغم من أنَّ القانون العراقي واتفاقية لاهاي كرسا التحايل نحو الاختصاص كسبب يؤدي لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، إلّا أنَّ هذا الأمر يكتنفه الغموض؛ لأنَّهما لم يبينا معنى التحايل نحو الاختصاص وشروطه أو معاييره، وفي ذلك تتجلى إشكالية البحث.

منهج البحث

يتحدد نطاق البحث ومنهجه بالتعريف بالتحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي وبيان شروطه وآثاره في التقاضي والتنفيذ، على وفق المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص القانون العراقي في هذا المجال مع الإشارة إلى بعض الاتفاقيات الدولية ذات الشأن في هذا المجال، كاتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المسائل المدنية أو التجارية لعام ٢٠١٩، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣, وسنقسم البحث على ثلاثة مباحث: نتطرق في المبحث الأول للتعريف بالتحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي، وفي المبحث الثاني لشروط التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي، وفي آثار التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي فكانت محور المبحث الثالث , ثمّ خاتمة تتضمن أهم النتائج التي تمّ التوصل إليها مع بعض الاقتراحات للمُشرّع العراقي.

المبحث الأول

التعريف بالتحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

يقتضي البحث أن نتطرق لمفهوم التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي, وبيان موقف الفقه والقضاء والتشريع من ذلك في المطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني فجاء لشروط التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي.

المطلب الأول

مفهوم التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

من المبادئ الثابتة فقها وقضاء أنَّ " الغش يفسد كل شيء " سواء كان ذلك في مجال علاقات القانون الداخلي أو في مجال العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي، وفي الغش بين المتعاقدين يكون الضحية هو أحد هؤلاء المتعاقدين، أما في التحايل نحو القانون أو نحو الاختصاص القضائي الدولي فأنَّ النظام القانوني لدولة ما يكون هو الضحية[١]، ويجد التحايل نحو القانون ونحو الاختصاص أساسه في "السماح أو القبول القانوني" الذي يتيحه نظام أيّ دولة للعلاقات المشوبة بعنصر اجنبي في الاختصاصين التشريعي والقضائي، إذ تسمح قواعد الاختصاص المرنة في كثير من دول العالم بانعقاد الاختصاص لمحاكمها على الرغم من عدم اختصاصها أصلا، وتسمح قواعد التنازع فيها أن يسري قانونها أو قانون دولة أخرى على النزاع[٢]، فقواعد الاختصاص القضائي الدولي اليوم في مختلف دول العالم تتيح تعددا للمحاكم وتداخلا في اختصاصاتها إلى الحد الذي تسمح للأفراد رفاهية قضائية في اختيار المحكمة المناسبة لهم[٣], ويلجأ الأفراد في الغالب إلى التحايل نحو القانون ونحو الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية , ولاسيما في موضوع الطلاق، ولنا في قضية السيدة " دو بوفرمون"[٤] الشهيرة خير مثال على ما نقول، وتعد هذه القضية الأساس التاريخي لنشأة التحايل نحو القانون أمام القضاء الفرنسي, وكي نعرف الغش أو التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي لا بد أن نفرق بين نوعين منه، الأول تحايل الأطراف نحو الاختصاص القضائي، والثاني تحايل المدعي نحوه.

أولا: تحايل الأطراف نحو الاختصاص: من المعلوم أنَّ الاختصاص القضائي الدولي قد ينعقد لصالح محكمة ما طبقا لمبدأ " الخضوع الاختياري " أو " الخضوع الإرادي, إذ يعد الأخير من المبادئ السائدة في القانون الدولي الخاص كأحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي[٥]، ومضمون هذا المبدأ أن ينعقد الاختصاص لمحكمة دولة ما بنظر النزاع المشوب بعنصر اجنبي بناءً على اتفاق أطراف النزاع على اختيارها حتى لو لم تكن مختصة بنظر

النزاع أصلا, وقد كرست المبدأ المذكور كثير من التشريعات و آمن به الفقه وطبّقه القضاء في كثير من دول العالم(٦).

وقد خلا القانون المدني العراقي من النص على مبدأ الخضوع الاختياري عندما وضع ضوابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في النزاعات المشوبة بعنصر اجنبي ، ولكن الفقه في العراق(٧) يستدل بالمادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ بتقرير المشرّع العراقي لمبدأ الخضوع الاختياري، إذ جاء في المادة المذكورة ما نصّه أن " تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط الاتية : هـ- كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه", إذ يستند هؤلاء على أنَّ المشرّع عندما عقد الاختصاص للمحكمة الاجنبية إذا خضع الأطراف اختيارا لقضائها, فيكون من باب أولى أن يعترف بهذا الضابط لعقد الاختصاص لمحاكمه الوطنية", وإنَّ المشرّع العراقي سمح لأطراف عقد الاستثمار أن يتفقوا على أن يخضعوا النزاع الناجم عن عقدهم إلى التحكيم طبقا لنص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار المرقم ١٣ لعام ٢٠٠٦ وتعديلاته, فضلا عما تقدم فأنَّ جمهورية العراق قد انضمت لاتفاقيات دولية تلزمه باحترام مبدأ الخضوع الاختياري في مجال الاختصاص القضائي الدولي ومن ابرز تلك الاتفاقيات اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣، إذ جاء في المادة (٢٨/هـ) منها أن تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة ... إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق.

نستنتج مما تقدم أنَّ المشرّع العراقي لم يتطرق لتعريف التحايل نحو الاختصاص في قواعد الاختصاص القضائي الدولي بشقيه المباشر وغير المباشر(٨)، وقد اكتفى في المادة (٨) من القانون المذكور بالنص على فكرة التدليس كسبب يسمح للمحكمة العراقية برفض تنفيذ الحكم الأجنبي، إذ جاء فيها " ترد المحكمة طلب إصدار قرار التنفيذ فيما إذا اثبت المحكوم عليه لديها أنَّ الحكم قد استحصل بطريق التدليس"، والسؤال الذي يثار في هذا الصدد، ما هو المقصود بالتدليس كسبب لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي في القانون المذكور؟ هذا ما سنراه في المبحث الثالث عندما نتطرق لأثـر التحايل على تنفيذ الحكم.

وتتجلى العلاقة بين مبدأ الخضوع الاختياري وبين التحايل نحو الاختصاص- محل البحث- من خلال معرفة أنَّ الأول هو أساس الثاني، فعند ممارسة الخصوم لمكنة اختيار محكمة ما في دولة ما ليرفعوا نزاعهم أمامها في الوقت الذي تكون محاكم العراق أو محاكم دولة أخرى مختصة بنظره، بهدف التهرب من قضاء تلك المحكمة، يكون ذلك تحايلا نحو الاختصاص، وهذا أحد فروض التحايل.

وفيما يخص القضاء نجد أنَّ محكمة النقض الفرنسية قد تطرقت لتعريف التحايل نحو الاختصاص عندما ذكرت مصطلح (تسوق الاختصاص- forum shopping), وقررت أنَّ التحايل يحدث عندما يقوم الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية بناءً على معايير مصطنعة[٩], وقد عرف بعض الفقهاء[١٠] هذا الفرض من التحايل نحو الاختصاص أنَّه " اتفاق الأطراف على عرض نزاعهما أمام محكمة صالحة بالنسبة لهما من اجل الحصول على حكم يحقق مصلحتهما "، وعرّفه جانب آخر من الفقه[١١] أنَّه " اتجاه الخصوم إلى اختيار المحكمة التي يعلمون انها ستطبق قانونها من تلقاء نفسها ... التي تلبي رغباتهم على خلاف القانون "، ويعرف أيضا[١٢] أنَّه " عرض الأطراف نزاعهم على المحكمة غير المختصة أصلا التي يعلمون انها ستطبق قاعدة التنازع التي تناسب مصالحهم تحايلا منهم على القانون ", وبناء على ما تقدم، نستطيع أن نعرّف التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي وفقا لهذه الصورة أنَّه (اتفاق مسبق بين الخصوم بعرض نزاعهم أمام محكمة غير مختصة أصلا بنظره، هروبا من اختصاص المحكمة المختصة، لكونها تحقق مصالحهم من خلال إصدار حكم قابل للتنفيذ في دولة المحكمة المرفوع أمامها النزاع أو في دولة أخرى).

ثانيا: تحايل المدعي نحو الاختصاص: قد يكون التحايل نتيجة تصرف المدعي فقط، أي دون أن يكون متفقا مع المدعى عليه، وذلك عندما يرفع الدعوى أمام محاكم دولة يستهدف أن تصدر حكما لصالحه، فيقبل المدعى عليه الخضوع لولاية تلك المحكمة أو قد يرفض الخضوع لولايتها ولكن رفضه لا يؤثر في اختصاص المحكمة، أو قد يكون غائبا وقت المحاكمة أصلا, ويجد هذا الفرض أساسه في المميزات التي تقدمها قواعد تنازع القوانين أو قواعد تنازع الاختصاص السائدة في الدولة المرفوع أمام محاكمها النزاع، ومن أهم الأمثلة على ذلك ما يكرسه الاتجاه السائد بشأن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية التي تنجم عن اصطدام سفينتين في عرض البحر، فقواعد الاسناد السائدة في معظم قوانين دول العالم لا تعطي حلا لمثل هكذا نزاع، لكونها تخضع المسؤولية لقانون محل وقوع الفعل الضار، فظهر اتجاه فقهي تعضده بعض أحكام القضاء يسند المسؤولية في هذا الفرض لقانون دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع، وهذا الأمر يقدم مزية للمدعي في رفع دعواه باختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية من خلال اختيار المحكمة[١٣].

وقد عرّف بعض الفقه[١٤] هذا النوع من التحايل على أنَّه " اختيار المحكمة أو السلطة القضائية التي لديها القواعد أو القوانين الأكثر ملائمة لمركز أحد أطراف النزاع عندما تعطي له مزية أو أفضلية على حساب الطرف الآخر ولا تكون تلك المحكمة المختارة الأكثر صلة بذلك النزاع"، ويعرّفه جانب آخر من الفقه[١٥] على أنَّه "اختيار الطرف الفاعل أو المتحرك في النزاع للمحكمة التي تنظر في نزاعه من بين عدة محاكم متصلة بذلك النزاع التي يعتقد انها ستحقق مصالحه أو أنَّ في اختيارها تحقيقا لراحته", وقد نصّت المادة (٧/١)

من اتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المسائل المدنية أو التجارية لعام ٢٠١٩[١٦] على أنّه "يجوز رفض الاعتراف أو التنفيذ: ب- إذا صدر الحكم عن طريق التحايل "، ولم تبين الاتفاقية معنى التحايل أو صوره، والنص جاء مطلقا في ذكر سبب التحايل سواء كان التحايل صادرا عن الطرفين أو طرف واحد فقط.

وهكذا يمكن أن نعرف التحايل نحو الاختصاص وفقا لهذه الصورة أنَّه (رفع المدعي دعواه أمام محكمة تكون غير مختصة، هروبا من اختصاص المحكمة المختصة، من اجل استحصال حكم يحقق مصلحته فقط), ويمكن القول إنَّ القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ينصّ على هذا النوع من التحايل، وقد نصت المادة (٢/٥) منه على أن " يكون اختيار القاضي المختار عديم الأثر إذا كان ينجم عنه حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي يكفلها له القاضي المختص وفقا للقانون السويسري"[١٧].

وبالرجوع للقانون العراقي نجد أنَّ هذا الفرض من التحايل نحو الاختصاص قد لا يحصل وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي السائدة فيه، وذلك في الحالة التي ينعقد فيها الاختصاص للمحكمة الأجنبية مع غياب المدعى عليه؛ لأنَّ المحكوم عليه إذا تغيب ولم يحضر المرافعات في الدعوى أو إذا رفض ولاية المحكمة الناظرة بالنزاع فأنَّ المحكمة تكون غير مختصة وفقا للمادة (٧/و-هـ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تتطلب حضور المحكوم عليه للدعوى باختياره , أو أنّه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه حتى ينعقد لها الاختصاص، وهكذا يكون الحكم غير قابل للتنفيذ.

ونلاحظ أنَّ المادة (١٥) من القانون المدني العراقي , التي جاء فيها أن " يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق... أ-إذا وجد في العراق " قد تفتح باب التحايل نحو الاختصاص؛ لأنَّها تسمح للمحاكم العراقية أن تنظر بالنزاع الذي يكون الأجنبي طرفا فيه لمجرد تواجده في العراق، ولو كان هذا التواجد عرضيا وغير مستند إلى سبب آخر كالإقامة أو العمل أو ما سواها من الأسباب، فكان حريا بالمشرّع العراقي التعويل على ضابط الإقامة بدلا عن ضابط التواجد في العراق لانعقاد الاختصاص للمحاكم العراقية منعا من استغلال هذا الأمر لممارسة التحايل نحو الاختصاص.

المطلب الثاني

خصوصية التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

يعرّف التحايل نحو القانون أنَّه "كلّ تغيير إرادي في ضابط الاسناد أو في طائفة الاسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، واحلال قانون آخر بدل عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها"(١٨)، وبهذا الوصف يتأثر التحايل نحو الاختصاص بالتحايل نحو القانون في بعض الأحيان، وبيان ذلك أنَّ الأول يكون مصحوبا بالأخير في بعض الأحيان، إذ يختار الأطراف محكمة ما لتطبق قانونا يحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما، لم يكن بالإمكان الوصول إليه وفقا للقانون الواجب التطبيق على النزاع أصلا، ثم يأتي المحكوم له للاحتجاج به في إقليم دولة أخرى طالبا الأمر بتنفيذه(١٩)، وهذا الأمر يكون نتيجة لاستغلال التلازم أو عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي(٢٠), في بعض أنواع النزاعات التي تعرض أمام قضاء أي دولة، ومضمون ذلك أنَّ أحد الأطراف أو كليهما عندما يعلمون أنَّ المحكمة المختارة سوف تطبق قانونها على النزاع، الذي يحقق مصلحتهم فأنَّ اختيارهم للمحكمة هو تحايل نحو الاختصاص مصحوبا بالتحايل نحو القانون، أو أنَّ قواعد الاسناد ترشد قاضي المحكمة المختارة إلى تطبيق قانون دولة ثالثة غير الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم فيلجؤون إلى قضاء تلك المحكمة من أجل الوصول لذلك الهدف، وقد يكون التحايل نحو الاختصاص موجودا من دون أن يكون مصحوبا بالتحايل نحو القانون، ونعتقد أنَّ الفرض الأخير يمكن أن يحصل عندما يتوقع الأطراف أنَّ المحكمة المختارة ستطبق ذات القانون الذي كانت ستطبقه المحكمة المختصة فيما لو عرض النزاع أمامها، ولكن تفسير الأولى لذلك القانون يختلف، أو أنَّ المعاملة لأحد الطرفين أو لكليهما ستختلف بين تلك الدولتين.

ويتشابه التحايل نحو القانون مع التحايل نحو الاختصاص في أوجه عدّة, ويختلف معه في وجوه أخرى، فكلاهما يبنى على أساس تصرف إرادي صادر عن الخصوم قوامه اتخاذ وسائل تحايلية، يستهدفان من خلالها التهرب من الاختصاصين التشريعي والقضائي الحقيقيين من أجل الوصول إلى حكم يصب في مصلحتهما، ويتشابهان أيضا من حيث الطبيعة، فكلاهما يعد دفعا يمكن للمحكمة أن تثيره في أيّ مرحلة من مراحل الدعوى.

ويختلف التحايل نحو القانون عن التحايل نحو الاختصاص في أنَّ هدف الخصوم في الأول يتمثل بالهروب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة القانونية، أما في الثاني فيتمثل الهدف بالهروب من ولاية المحكمة المختصة إلى ولاية محكمة أخرى غير مختصة, ومن جانب آخر فأنَّ إثارة دفع التحايل نحو القانون

من شأنه منع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص وتطبيق قانون آخر محله، أما في التحايل نحو الاختصاص فأنَّ إثارته كدفع يؤدي إلى رفض المحكمة النظر في الدعوى أو رفضها تنفيذ الحكم المبني على التحايل[٢١].

وإنَّ الدفع بالتحايل نحو القانون يثار قبل حسم النزاع أمام المحكمة التي تنظر به، بينما يثار الدفع نحو الاختصاص أثناء الدعوى وبعد حسم النزاع في مرحلة تنفيذ الحكم[٢٢]، إذ تتأكد المحكمة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي من شرط اختصاص المحكمة التي أصدرته.

المبحث الثاني

شروط التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

لا بد أن تتحقق بعض الشروط ليقوم التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي ، منها ما يتعلّق بالتغيير الإرادي للاختصاص، ومنها ما يتعلّق بنية التحايل لدى الطرفين أو أحدهما، ونسمي هذه الشروط بالشروط الذاتية للتحايل، ومنها ما يتعلّق بالنزاع من حيث كونه متصفا بالصفة الدولية، ومرتبطا بالمحكمة التي تنظر به برابطة جدية، ونطلق على هذه الشروط بالشروط الموضوعية للتحايل, وعليه، يتطلّب هذا المبحث تقسيمه على مطلبين، نتطرق في الأول منهما للشروط الذاتية للتحايل نحو الاختصاص, وفي الثاني لشروطه الموضوعية.

المطلب الأول

الشروط الذاتية للتحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

تتمثل هذه الشروط بالتغيير الإرادي للاختصاص ونية التحايل نحوه، وسنتناول هذه الشروط تباعا:

١ـ التغيير الإرادي للاختصاص:

ذكرنا سابقا أنَّ التحايل نحو الاختصاص يحصل عندما يتفق الأطراف على اختيار محكمة غير مختصة أصلا تحقق مصالحهم، أو أنَّ المدعي يمارس التحايل نحو الاختصاص عندما يختار لوحده المحكمة, التي تقدم له امتيازا قانونيا أو قضائيا. فاتجاه الإرادة نحو التحايل هو شرط أساسي لقيامه، ويحصل التغيير الإرادي بإرادة الطرفين عندما يتفقان على سلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ومنح الاختصاص لمحكمة أخرى، وهنا يثار التساؤل عن الصيغة التي يتخذها ذلك الاتفاق؟

بالرجوع لقواعد تنازع القوانين في العراق، نجد أنَّ المشرّع سمح للأطراف في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي أن يتفقوا على اختيار قانون ليحكم عقدهم , ولكنه لم يبين كيفية هذا الاختيار، كذلك في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لم يبين كيفية اتفاق الأطراف على الخضوع لقضاء محكمة ما، وهكذا فأنَّ ذلك يقتضي الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني العراقي لتطبيقها على ذلك الاتفاق[٢٣], وبناء على ذلك فأنَّ الاتفاق على اختيار محكمة لنظر النزاع يقتضي وجود تراضٍ بين الطرفين, وهذا يعني انصراف إرادة الطرفين إلى الفصل في منازعاتهما الناشئة, التي يمكن أن تنشأ عن علاقتهما القانونية من قبل قضاء دولة معينة أو محكمة مخصصة ضمن هذا القضاء[٢٤], وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا يستشف من ظروف ووقائع الحال، ويمكن أن يكون مكتوبا أو غير مكتوب تطبيقا للأصل العام في العقود , وهو الرضائية إذ ينعقد العقد بمجرد اتفاق الأطراف عليه , وتكون الكتابة وسيلة اثبات لا وسيلة انعقاد، وقد يأتي الاتفاق بصورة شرط في العقد أو بصورة عقد مستقل عن العقد الأصلي كاتفاق لاحق له.

ويمكن أن يحصل التحايل نحو الاختصاص باتجاه إرادة أحد طرفي النزاع وهو المدعي فقط، وذلك عندما تقدم له قواعد الاختصاص القضائي الدولي المباشر في دولة امتيازا قضائيا أو قانونيا، فتتيح له إمكانية التقاضي أمام محاكمها حتى لو كان الطرف الآخر رافضا، أو غير موافق صراحةً أو ضمناً على اختصاص تلك المحاكم، أو غير حاضر مثلا، ولا توجد صيغة يحصل بها هذا النوع من التحايل، إلّا أنَّه يقع في الغالب عندما يقوم المدعي برفع دعواه أمام محكمة غير مختصة بغية الوصول للحكم , الذي يحقق مصلحته فحسب, متهربا من قضاء المحكمة المختصة، وتطبيقا لذلك، توصلت محكمة استئناف فرساي الفرنسية[٢٥] إلى قيام التحايل نحو الاختصاص عندما طلب زوج جزائري الاعتراف بحكم المحاكم الجزائرية الخاص بإيقاع الطلاق بينه, وبين زوجته الجزائرية، إذ أنَّ الطلاق أمام قاضي محكمة الاسرة الفرنسي لا يقع من طرف واحد، وأنَّ الزوجين من الجنسية الجزائرية ولكنهما مقيمان باستمرار في منزل الزوجية في فرنسا , ولديهما ثلاثة أبناء ولدوا فرنسا, ويحملون الجنسية الفرنسية، وأنَّ الحكم الجزائري قد سمح بالطلاق بناءً على طلب الزوج فقط، لذلك قررت المحكمة أنَّ ما قام به الزوج هو بمثابة خطوة احتيالية تلغي أيّ أثر للحكم المطلوب تنفيذه.

والتغيير الإرادي كشرط لقيام التحايل يجب أن يحصل تجاه القواعد الآمرة في الاختصاص القضائي الدولي، وذلك لإنَّ الفقه والقضاء المقارن[٢٦] يفرقون بين الاختصاص الآمر والاختصاص غير الآمر أو الجوازي حسبما يطلق عليه بعضهم، وتجدر الإشارة إلى أنَّ هذه التفرقة لا تجد لها محلا عند القضاء العراقي، فقد قضت محكمة التمييز العراقية[٢٧] بأنَّ أحكام المادة (١٥) من القانون المدني آمرة، بمناسبة نزاع حصل بين شركة عراقية وأخرى لبنانية، وكان العقد قد تضمن شرطا فحواه أنَّ المحاكم اللبنانية تكون مختصة بنظر النزاعات

التي تنشأ بينهما وأنَّ القانون اللبناني هو الواجب التطبيق على النزاع, ويبدو لنا أنَّ هذا التوجه يجانب الصواب، فليس صحيحا أنَّ كلّ الضوابط التي نظمتها المادة (١٥) ذات طابع آمر أو متعلقة بالنظام العام، وتحديدا الفقرة الأولى منها، فقد عقدت الاختصاص للمحاكم العراقية التي يكون الأجنبي طرفا فيها لمجرد تواجده في العراق، وهذا الضابط يشجع على التحايل نحو الاختصاص من جهة، ويتصف بكونه غير حقيقي من جهة أخرى، فهو يشجع على التحايل ؛ لإنَّ الأجنبي سيسعى للحصول على حكم من محاكم العراق إذا أدرك أنَّ في ذلك مصلحته من خلال وجوده العابر فقط، وهو غير حقيقي لإنَّه يقوم على فكرة التواجد التي تختلف عن فكرة الإقامة، وهذا يشمل الوجود العرضي بنحو المرور، مما يستدعي القول إنَّ هذا الضابط لا يراعي اعتبارات الملاءمة وفاعلية الأحكام.

٢- نية التحايل

يمكن وصف هذا الشرط بالشرط المعنوي لقيام التحايل نحو الاختصاص، ونقصد به اتجاه نية كلا طرفي النزاع أو أحدهما نحو سلب الاختصاص من قضاء دولة – المختص أصلا – ومنحه لقضاء دولة أخرى، فيكون هدفهم من وراء التغيير الإرادي للاختصاص الهروب من المحكمة المختصة أصلا, ومن خلال هذا الشرط يمكن التمييز بين ممارسة الأفراد لحقهم بالاتفاق على الخضوع المشروع لقضاء محكمة وبين التحايل نحو الاختصاص القضائي, فمن دون سوء نية أحد الطرفين أو كلاهما يكون الإجراء الذي صدر عن الأفراد بالتغيير الإرادي للاختصاص صحيحا , ولا سبيل لإبطاله طالما أنَّ هذا التغيير قد تمّ بشكل قانوني سليم[٢٨]، فسوء النية الذي يتمثل بنية الهروب من المحكمة المختصة هو المعيار الفاصل بين التحايل وسواه .

وتعد مسألة وجود نية التحايل من عدمها من مسائل الواقع التي يستقل قاضي النزاع بتقديرها واستظهارها عبر الوقائع المطروحة ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه في ذلك[٢٩].

ويثار التساؤل حول مدى قيام التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي بتوفر نية ذلك التحايل مع عدم تحقق النتيجة غير المشروعة فيه؟ إذ يتجه معظم الفقه[٣٠] إلى عدم اشتراط تحقق النتيجة غير المشروعة لقيام التحايل في نطاق تنازع القوانين , ويكتفون باشتراط توفر نية التحايل لدى مرتكبه حتى ولو لم تتحقق بالفعل النتيجة غير المشروعة , التي يرمي إليها.

وهكذا نستطيع القول إنَّ التحايل نحو الاختصاص يمكن أن يقوم متى ما توفرت النية لدى أحد الأطراف بغض النظر عن النتيجة التي توخى تحقيقها، إذ يؤدي توفر النية إلى قيام التحايل سواء تحققت النتيجة المرجو تحققها ام لم تتحقق.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية للتحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

وتتمثل هذه الشروط بانتفاء الصفة الدولية عن العلاقة محل النزاع، وعدم وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة، وسنتناول تلك الشروط تباعا على النحو الآتي:

١- دولية النزاع

من المؤكد أنَّ النزاع إذا كان وطنيا بعناصره كافة (أطرافا ومحلا وسببا) فأنَّه لا يثير مشكلة التنازع أصلا، لا على الصعيد القضائي ولا على الصعيد التشريعي، وعليه فأنَّ المحاكم المختصة بنظر النزاع الوطني هي المحاكم الوطنية فقط، أيّ محاكم الدولة التي تنتسب لها تلك العلاقة بكافة عناصرها، وعلى العكس من ذلك، يثير النزاع مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي , إذا تطرقت له الصفة الأجنبية – من خلال أحد عناصره أو جميعها– ، ومن ثم يستدعي هذا الأمر البحث في مدى اختصاص المحكمة التي تنظر في ذلك النزاع من خلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي المباشر أو غير المباشر.

وعلى الرغم من أنَّ هذا الأمر يعد من المسلمات في فقه القانون الدولي الخاص، إلّا أنَّنا نجد جانبا من الفقه الفرنسي قد ذهب إلى أنَّه لا يلزم في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق يمنح الاختصاص لمحكمة دولة ما أن يكون نزاعا دوليا، أي: مشتملا على عنصر اجنبي مستندا في ذلك على حجج عـدّة[٣١]، لكننا نتفق مع جمهور فقهاء القانون الدولي الخاص في تطلب دولية النزاع شرطاً لصحة اتفاق الأطراف للخضوع لقضاء المحكمة المختارة، ومن ثمّ نرى أنَّ انتفاء هذا الشرط يؤدي إلى قيام التحايل نحو الاختصاص أمام القاضي الوطني، ويتحقق الفرض الأخير عندما يتفق الأطراف على سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لصالح محكمة اجنبية وتثار صحة هذا الاتفاق أمام القاضي الوطني — المسلوب منه الاختصاص–، فمن المؤكد أنَّ القاضي إذا اكتشف أنَّ النزاع ينتسب لدولته– أشخاصا ومحلا وسببا– فحينئذ سيجعل اتفاق الأطراف على سلب الاختصاص منه لصالح محكمة اجنبية اتفاقا تحايليا، وهذا ما يكرسه النظام القانوني اليوناني[٣٢], إلّا أنَّنا قد نواجه فرضا آخر يتمثل ببحث القاضي —الممنوح له الاختصاص– بمدى صحة اختصاصه, عندما يكون مبنيا على اتفاق الأطراف ويكون النزاع منتسبا بجميع عناصره لدولة أخرى — أطرافا ومحلا وسببا–، ففي هذا الفرض يواجه القاضي نزاعا وطنيا محضا بالنسبة لدولة أخرى, واجنبيا بالنسبة له, فهل يستطيع جعله نزاعا دوليا استنادا إلى محض اتفاق الأطراف, ومن ثمّ تنتفي معه فرضية التحايل؟ لا تسعفنا نصوص القانون العراقي في الإجابة عن هذا التساؤل، فقد قررت المادة (٧/و) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي صحة

اختصاص المحكمة الأجنبية بناءً على فكرة الخضوع الاختياري بشكل مطلق من دون اشتراط اتصاف النزاع بالصفة الدولية، وهذا الأمر قد يسمح بالتحايل نحو الاختصاص في واقع الحال, وعلى خلاف ذلك يقرر النظام القانوني التشيكي اشتراط وجود عنصر دولي "ذات أهمية قانونية" كي يتم الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية[٣٣]، وهذا الأمر في الواقع يمثل إجراء وقائيا يمنع التحايل نحو الاختصاص.

أما التحايل الذي ينبني على محض إرادة المدعي استغلالا لامتياز قضائي أو قانوني تقدمه محاكم دولة ما فأنَّ التحايل يقوم في هذا الفرض حتى لو قبلت المحكمة –التي رفع المدعي دعواه أمامها– ذلك الاختصاص؛ لأنَّ المفترض أن يكون ذلك النزاع وطنيا بجميع عناصره بالنسبة لدولة أخرى، أي أنَّه وثيق الصلة بدولة أخرى غير الدولة التي رفع النزاع أمام محاكمها.

وقد يقول قائل إنَّ قبول المحكمة لذلك الاختصاص يعني أنَّها بنت اختصاصها على ظروف تمنحها الصلاحية سواء كانت تلك الظروف شخصية أم موضوعية، ومن ثمّ لا يعد هذا المدعي متحايلا أمامها، وللرد على ذلك نقول: ربما تقبل المحكمة ذلك الاختصاص تحت أي ظرف كان، ولكن بالنهاية، فأنَّ ذلك الحكم سيتعرض للرفض عند طلب تنفيذه من قبل المدعي – المحكوم له– في الدولة التي ينتسب لها النزاع بجميع عناصره أو ارتباطه بالنظام العام فيها، أو لإنَّ استصداره مبني على التحايل, وخير شاهد على ذلك حكم محكمة استئناف فرساي الفرنسية سابق الإشارة إليه, وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنَّ الأنظمة القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية أصبحت تتطلب هذا الشرط صراحةً وأهم هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي بشأن اختيار القاضي لعام ٢٠٠٥[٣٤]، هذا بصدد الموقف القانوني، أما بصدد الموقف القضائي فنجد أنَّ محكمة النقض المصرية[٣٥] قضت "أنَّ قبول القضاء الوطني التخلي عن اختصاصه لصالح قضاء دولة أخرى بناءً على اتفاق الأطراف.. يفترض أن يتصف بالصفة الدولية وأن يكون تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها لا يمس بالسيادة المصرية أو النظام العام في مصر".

٢- عدم وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة

يتجه جانب كبير من الفقه[٣٦] إلى اشتراط وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة وبين النزاع الذي يعرض أمامها، ويرون أنَّ تخلف هذا الشرط دليل على وجود تحايل نحو الاختصاص من قبل الأطراف، وحكمة هذا الأمر تتجلى من خلال فهم فلسفة اعتماد ضابط الخضوع الإرادي من قبل المشرّع، وتخلص هذه الفلسفة في أنَّ المشرّع إذا كان قد اعتد بإرادة الأفراد , وجعلها ضابطا للاختصاص القضائي الدولي، إلّا أنَّه لم يترك لهم الحبل على الغارب بحيث يكون لهم تحديد المحكمة المختصة – وما يبنى عليه من تحديد للقانون المختص–

وفقا لأهوائهم، ولهذا السبب أوصى الاتجاه التقليدي في الفقه[٣٧] بضرورة ألّا تجيز الدولة مد اختصاص محاكمها بصورة مطلقة، بل يتوجب عليها أن تقيده بما يتوفر بين الدولة والمنازعة من صلة, ويؤكد جانبا من الفقه[٣٨] ضرورة توفر هذا الشرط في الاتفاق السالب للاختصاص للقضاء الوطني من دون أن يتطلبه في الاتفاق المانح، تحت ذريعة سد باب التحايل نحو الاختصاص, وتستشف هذه الرابطة بحسب هذا الاتجاه من عناصر العلاقة القانونية المطروحة سواء كانت موضوعية أم شخصية، كجنسية الأطراف, ومحل ابرام العقد, ومحل وجود المال ومحل تنفيذ العقد , ومحل وقوع الفعل الضار, ومحل إقامة المدعى عليه.

وبشأن ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية ولأكثر من مرة عند طلب تنفيذ حكم اجنبي، ومنها عندما طلب منها تنفيذ حكم صادر عن محكمة باماكو في مالي أنَّه يجب على القاضي الفرنسي المطلوب منه تنفيذ الحكم التأكد من استيفاء ثلاثة شروط، وهي الاختصاص غير المباشر للقاضي الأجنبي على أساس ارتباط النزاع بالقاضي المعروض عليه، والامتثال للنظام العام الدولي بشقيه الموضوعي والإجرائي، وعدم التحايل، وبشأن الاختصاص غير المباشر للقاضي الأجنبي، وبالنظر إلى أنَّه عندما لا ينصّ القانون الفرنسي لحل النزاعات على الاختصاص القضائي الحصري للمحاكم الفرنسية، يجب الاعتراف للمحكمة الأجنبية على أنَّها ذات اختصاص ، إذا كان النزاع مرتبطًا بالبلد الذي عرض عليه القاضي بوضوح [٣٩].

وعلى الرغم من اتجاه غالبية الفقه إلى اشتراط هذا الشرط إلّا أنَّ جانبا آخر من الفقه[٤٠] ذهب إلى استبدال شرط الرابطة الجدية بشرط المصلحة المشروعة للأفراد لنفي التحايل نحو الاختصاص، وذلك لأسباب عدّة أهمها صعوبة وضع معيار دقيق لتحديد مضمون هذه الرابطة ومدى قيامها، وانسجاما مع الغاية التي شرع من أجلها ضابط الخضوع الاختياري والهدف الذي أعد له، والسماح لإرادة الأفراد في اختيار المحكمة التي تحقق مصالحهم المشروعة، لذلك اقترح هذا الاتجاه استبدال فكرة الرابطة الجدية بفكرة المصلحة المشروعة, إلّا أنَّنا نؤيد بعض الفقه[٤١] فيما ذهب إليه من عدم اشتراط الرابطة الجدية أو المصلحة المشروعة لمنح الاختصاص لمحكمة وسلبه من أخرى، وذلك لأنَّه في حال افتئات اتفاق الأطراف على الاختصاص الأمر فهنا يتخلف , بشرط أن يكون محل الاتفاق ممكنا، وإذا ثبت أنَّ الباعث الدافع إلى الاتفاق هو التهرب من أحكام قانون معين, فهنا يتخلف شرط مشروعية السبب، وكلاهما يؤديان إلى بطلان الاتفاق برمته، من دون حاجة لاستلزام رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة، أما شرط المصلحة المشروعة فلا يمكن التعويل عليه أيضا, إذ لا يستطيع شخص تحديد أنَّ للأطراف مصلحة مشروعة يبغون تحقيقها باتفاق اختيار القاضي من عدمه, ولا إمكانية تقدير هذه المصلحة أكثر من الأطراف انفسهم، وأنَّ الأخذ به لا يمنع التحايل نحو

الاختصاص، إذ يمكن أن يكون للأطراف مصلحة في اتفاق اختيار المحكمة والباعث يكون غير مشروع، ومن ثم يبطل هذا الاتفاق لتخلف مشروعية السبب.

فضلا عمّا سبق نلاحظ أنَّ معظم الأنظمة القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية لا تتطلب عند النص على ضابط الخضوع الاختياري لا على شرط الرابطة الجدية, ولا على شرط المصلحة المشروعة لصحة اختصاص المحكمة, وبناءً على ذلك يكفي أن يكون اتفاق الأطراف على الخضوع لقضاء محكمة ما صحيحا, حتى لو لم توجد رابطة جدية بينها, وبين النزاع المعروض أمامها، ولا يشترط أن يكون هذا الخضوع مبنيا على مصلحة مشروعة للأطراف؛ لأنَّنا نفترض قيام هذه المصلحة بمجرد اتفاقهم على الخضوع لمحكمة ما دام نزاعهم موسوما بالصفة الدولية وغير متجاوز على الاختصاص الأمر لمحكمة ما , وإنَّ السبب في اختيارهم هذه المحكمة كان مشروعا، فمشروعية السبب هي المعيار الذي نستطيع من خلاله الكشف عن قيام التحايل نحو الاختصاص من عدمه, وما نقول به من اشتراط مشروعية السبب لرفع الدعوى أمام محكمة ما، ينسجم مع صورة التحايل نحو الاختصاص القائم على إرادة المدعي فقط، إذ أنَّ انعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة يعدّه الفقه والقضاء مؤشرا على التحايل نحو الاختصاص بصورته الشائعة، وهي اتفاق الأطراف على عرض النزاع لقضاء محكمة ما غير متصلة به.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة الاستئناف بتونس برفض طلب زوجة تونسية إيقاع الطلاق بينها وبين زوجها التونسي، التي كان لها منه طفل يحمل الجنسية التونسية، وكان عقد زواجهما قد ابرم في تونس، على أساس أنَّ المحكمة غير مختصة ؛ لإنَّ العلاقة لا تثير الصفة الدولية؛ لأنَّ الزوجين يقيمان في فرنسا على الدوام، ولإنَّ الزوج متواجد في فرنسا لحظة عرض النزاع[٤٢], ونعتقد أنَّ سبب إعلان المحكمة لعدم اختصاصها هو السبب غير المشروع, الذي دفع الزوجة لإقامة الدعوى أمام المحاكم التونسية، فالزوجة مقيمة مع زوجها وابنها في فرنسا، وتمثل فرنسا بالنسبة لهم محل الإقامة الدائم ومركز الأعمال، وكلّ الذي يربطهم بالدولة التونسية هو أنّهم يحملون جنسيتها، فيبدو أنَّها أرادت الوصول لحكم معين يحقق مصلحتها فحسب, من خلال عرض الدعوى أمام محاكم دولة تونس التي لا ترتبط بها فعليا، وعلى الرغم من أنَّ قوانين الدول ومنها القانون التونسي تعقد الاختصاص لمحاكمها على أساس الجنسية، لكن هذا الضابط يجب أن يعطل في بعض الأحيان، وذلك حين يؤدي الاستناد إليه إلى التحايل نحو الاختصاص.

المبحث الثالث

آثــار التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي

تتباين اتجاهات الفقه بشأن الأثر الذي يرتبه التحايل نحو القانون، فمعظم الفقه يرى أنَّ التحايل نحو القانون يؤدي إلى عدم ترتيب النتيجة, التي سعى الأطراف إليها وهي استبعاد تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص، ولكنهم يختلفون بشأن مصير الوسيلة المستعملة في ذلك, وإذا كان الأمر كذلك في نطاق تنازع القوانين فإنَّ الأمر لا يختلف في نطاق تنازع الاختصاص القضائي، فوسيلة المتحايل نحو الاختصاص هي التقاضي والنتيجة التي يطمح إليها تنفيذ الحكم الذي تصدره المحكمة التي اختارها، فعندئذ يثار التساؤل عن الآثار التي تترتب في قيام التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي فيما يتعلّق بالوسيلة والنتيجة، فأما ما يتعلّق بالوسيلة، فهل يؤدي إعمال فكرة التحايل نحو الاختصاص إلى رفض المحكمة التي يرفع أمامها النزاع إلى رفض النظر به ؟ وأمّا ما يتعلّق بالنتيجة فهل يؤدي التحايل نحو الاختصاص إلى رفض تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة المختارة؟ للإجابة عن ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين: نتطرق في المطلب الأول إلى أثر تحقق التحايل نحو الاختصاص في مرحلة التقاضي، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى أثر تحقق التحايل نحو الاختصاص القضائي في مرحلة تنفيذ الحكم.

المطلب الأول

أثــر التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة التقاضي

من الثابت في الاختصاص القضائي الدولي أنَّ أول خطوة يخطوها القاضي في النزاعات التي تعرض عليه التأكد من أنَّ ذلك النزاع خاضع لولايته وفقا لقواعد الاختصاص, التي يتضمنها قانونه الوطني، فإن لم يكن مختصا به رفض النظر بالدعوى بناءً على فكرة عدم الاختصاص, وإن كان مختصا به باشر النظر بها, فرفض النظر بالدعوى لعدم الاختصاص واحد من أهم الدفوع التي يستند عليها القضاء والخصوم معا للامتناع عن نظر الدعوى, وحسم نزاعها مراعاة لأوامر المشرّع الوطني، ومراعاة لاعتبارات الملاءمة، وتحقيقا للهدف العزيز عند الأطراف والقاضي , وهو إصدار حكم قابل للتنفيذ في دولة القاضي وخارجها, وقد ينعقد الاختصاص للقاضي بناءً على فكرة الخضوع الاختياري للأطراف أو بناءً على اختيار المدعي , ويكتشف القاضي الذي ينظر بالدعوى أنَّ الاختصاص الذي منح له مبني على التحايل، فما هو الإجراء الذي يتخذه القاضي إزاء ذلك؟.

للإجابة عن التساؤل أعلاه يجب التفريق بين فرضين: يتمثل الأول بإثارة التحايل نحو الاختصاص قبل الشروع بإجراءات الدعوى، ويتمثل الثاني بإثارة التحايل نحو الاختصاص بعد الشروع بإجراءات الدعوى وأثناء سير المرافعات.

ما يتعلّق بالفرض الأول فلا نجد موقفا واضحا في الاتفاقيات الدولية الخاصة بشأن اتفاقات اختيار المحاكم, وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ومنها اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ واتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥ واتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩، إلّا أنَّ اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥ بشأن اتفاقات اختيار القضاة نصّت في المادة (٥) منها على أنّه "٢- لا يجوز للمحكمة المختصة بموجب الفقرة أن ترفض ممارسة الولاية القضائية على أساس وجود محكمة أخرى مختصة بالنظر في النزاع "، وقد يفهم بعضهم من هذا النص أنَّ الاتفاقية يوجب على المحكمة المختارة أن تنظر بالنزاع حتى لو كان الاختيار مبنيا على التحايل، إلّا أنَّنا نرى عدم دقة هذا التفسير، وذلك لإنَّ الاتفاقية نفسها تسمح للمحكمة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن المحكمة المختارة، أن ترفض تنفيذ ذلك الحكم إذا كان استصداره مبنيا على التحايل في الإجراءات، وذلك في المادة (د/٩) منها, فضلا عما تقدم، فأنَّنا لا نجد إجابة عن سؤالنا في إطار القانون الدولي الخاص العراقي.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه[٤٣] إلى أنَّ المحكمة التي ترفع الدعوى أمامها بإمكانها أن ترفض النظر فيها – قبل بدء الإجراءات– من تلقاء نفسها في بعض الحالات، ولها أن ترفض النظر فيها بناءً على طلب الخصوم فحسب؛ فيمكن للمحكمة أن ترفض النظر في الدعوى من تلقاء نفسها إذا تعلّق الاختصاص بالنظام العام كما لو كان الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية الزاميا، أو إذا تعلّق النزاع بعقار كائن في الخارج، أو إذا غاب المدعى عليه عن الدعوى في حالة الخضوع الاختياري، أو إذا كانت المحكمة المعروض النزاع أمامها غير ملائمة للنظر فيه لعدم وجود رابطة جدية بينها وبين ذلك النزاع, ويمكن للمحكمة أن ترفض النظر في الدعوى بناءً على طلب الخصوم , عندما يكون الاختصاص مقررا للمحكمة بناءً على مصلحة الخصوم أنفسهم، كما في حال انعقاد الاختصاص للمحكمة بناءً على جنسية المدعى عليه , أو توطن الأجنبي في إقليم دولة المحكمة, أو الاتفاق على الخضوع الاختياري.

ومن ذلك نؤيد ما ذهب إليه اتجاه سائد في العراق[٤٤] في أنَّ للمحكمة أن ترفض من تلقاء نفسها النظر بالنزاع المعروض أمامها, إذا تبين أنَّ الاختصاص الذي منح لها قد بني على التحايل، وبغض النظر عن سبب انعقاد الاختصاص لها، سواء كان بناءً على إرادة المدعي أو بناءً على اتفاق الطرفين , أو بناءً على ضابط اختصاص مصطنع، وإنَّ للمدعى عليه أن يتمسك بدفع عدم اختصاص المحكمة عندما يكتشف التحايل نحو اختصاصها، وأساس هذا الأمر ليس النظام العام أو فكرة الملاءمة، وإنّما أساسه القاعدة الراسخة

في القانون وهي " أنَّ الغش يفسد كل شيء "، وتأكيدا لما نقول، يقرر جانب من الفقه الفرنسي(٤٥) إنَّ على المحكمة إذا ما علمت بالغش أو التحايل نحو الاختصاص عند رفع الدعوى أمامها، أن تعلن عدم اختصاصها عندما يثير المدعي معيارا موضوعيا لاختصاص المحكمة، ولكنه حوله أو حرفه عن دوره المعتاد.

أمّا الفرض الثاني فهو إثارة التحايل نحو الاختصاص بعد الشروع بإجراءات الدعوى، ويتحقق عندما يخلق أحد الخصوم أو كليهما، ظرفا من شأنه منحهم مكنة التمسك بالدفع بعدم الاختصاص بعد بدء المحاكمة، وفي ذلك نجد أنَّ القضاء الفرنسي قد تعرض للتحايل في مثل هكذا فرض، فقرر أنَّ التحايل يعد قائما وذلك عندما يتجنس فرنسي ملاحق من قبل أجنبي أمام محكمة فرنسية، بجنسية دولة أجنبية بهدف التهرب من اختصاص المحكمة الفرنسية , والنتائج المحتملة للدعوى المتوقع اقامتها، ويدلي بعد ذلك بالدفع بعدم الاختصاص الناتج عن أنَّ المتقاضين جميعاً من الجنسية الأجنبية، وأعلن القضاء الفرنسي أنَّ اختصاص المحكمة يتحدد بحسب حالة الأطراف وقت إقامة الدعوى، وكل تغيير للحالة الشخصية للمتقاضين لا أثر له في الاختصاص, وقد قضي في هذا المجال أنَّه "إذا كان المدعى عليه تمكن من اكتساب الجنسية الإيطالية وأصبح بالنتيجة أجنبياً، فليس من نص قانوني ينزع عن المحكمة، بالنظر لهذه الواقعة الجديدة، اختصاص النظر بالدعوى المقامة أصولا وبشكل قانوني يوم تقديمها", وعادت المحكمة العليا الفرنسية لتحدد بقرار لاحق وبشكل أدق هذا المبدأ , فقررت أنَّ من الخطأ القول إنَّ القاضي غير مختص إلا عندما تنعقد المحاكمة بين الطرفين من خلال ملاحظاتهم المتناقضة في الأساس؛ لإنَّ القاضي مختص بمجرد الادعاء الذي تفتتح به المحاكمة، ومن دون شك فأنَّ هذا العمل لا يثبت بصورة غير متبدلة عناصر النزاع التي يمكن أن تتغير يوم الحكم تبعاً لوقائع استجدت أثناء المحاكمة , وليست وقائع خارجة عن إرادة الأفراد فحسب؛ بل تغييرات ناتجة عن إرادتهم، ولكن الاختصاص لا يمكن أن يتحدد إلا بالرجوع إلى يوم إقامة الدعوى(٤٦).

المطلب الثاني

أثر التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة تنفيذ الحكم

يسعى الأطراف بعد استصدار حكم لصالحهم أو لصالح أحدهما من المحكمة التي منح لها الاختصاص بناءً على التحايل إلى تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى، فهل تقبل تلك الدولة تنفيذ الحكم؟ تدق المسألة كثيراً إذا علمنا بوجود التزام على الدولة بتنفيذ الأحكام الأجنبية يرد باتفاقية مع الدولة مصدرة الحكم.

وللإجابة عن التساؤل المتقدم نقول إنَّ الدول المطلوب منها تنفيذ أحكام قضائية اجنبية – ومنها العراق– تفرض رقابة على تلك الأحكام قبل أن تأمر بتنفيذها، إذ لا تعامل تلك الأحكام معاملة الأحكام الوطنية فيما يتعلّق بالاعتراف بها أو إضفاء القوة التنفيذية عليها، فصارت الدول تفرض تلك الرقابة على الأحكام القضائية الأجنبية للتأكد من احتوائها شروطاً موضوعية , وأخرى إجرائية وشكلية أثناء صدورها، وأهم تلك الشروط هو أنَّ المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه مختصة اختصاصا دوليا بالمسألة التي حسمها ذلك الحكم(٤٧)، ولا يقتصر الأمر على القوانين الوطنية فحسب، بل كرسته الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الشأن، ومنها اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣.

وعند الرجوع للاتفاقيات السائدة بهذا الشأن لا نجد اتفاقية تعرضت لهذا الأمر سوى اتفاقية لاهاي بشأن اتفاقات اختيار القاضي لعام ٢٠٠٥ واتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف , وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية لعام ٢٠١٩، وقد نصّت اتفاقية عام ٢٠٠٥ في المادة (٩) منها على أن " يتمّ رفض الاعتراف والتنفيذ إذا: د– تم استصدار الحكم عن طريق التحايل بمسألة إجرائية"، ونصّت المادة (٧/١) من اتفاقية عام ٢٠١٩ على أن " يجوز رفض الاعتراف أو التنفيذ للأسباب التالية ... ب– أنَّ الحكم قد تم استصداره بواسطة التحايل "، اما فيما يخص القوانين الوطنية فنجد أنَّ المادة (١٦٦/١) من القانون الدولي الخاص الروماني(٤٨) تنص على رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا كان قد صدر " الحكم نتيجة لغش ارتكب أثناء الإجراءات التي تمت في الخارج "، وتتواتر أحكام المحاكم الفرنسية على اشتراط عدم التحايل نحو الاختصاص للاعتراف بالحكم الأجنبي وقبول تنفيذه.

وفي القانون العراقي نجد أنَّ المادة (أ/٨) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ نصت على أن " ترد المحكمة طلب إصدار قرار التنفيذ فيما إذا اثبت المحكوم عليه لديها أنَّ الحكم قد استحصل بطريق التدليس أو أنَّ سير الدعوى في المحكمة الاجنبية جرى مخالفا للعدل والانصاف "، فالمشرّع

العراقي يسمح للمحكمة العراقية المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي أن ترفض التنفيذ إذا تبين لها أنَّ الحكم قد تمّ استصداره بطريق التدليس، ونتساءل بدورنا عن مقصود المشرّع بهذا النص؟.

يعرف فقه[٤٩] القانون المدني التدليس أنَّه " ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد " أو هو " ايقاع أحد العاقدين بطرق احتيالية في غلط يدفعه إلى ابرام العقد "[٥٠]، ويتمثل بهذه الصورة بالغبن مع التغرير الفاحش المنصوص عليه في المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي، ويختلف التدليس بهذه الصيغة عن التدليس المنصوص عليه في القوانين الجزائية بأنَّ الطرق الاحتيالية في هذا الأخير عنصر مستقل قائم بذاته، وتكون في الغالب أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستخدمة في التدليس المدني[٥١].

يتضح مما تقدم أنَّ التدليس في القانون المدني وسيلة يلجأ إليها أحد الأطراف من أجل إبرام العقد باعتماد الغلط الذي يقع فيه المتعاقد الآخر، أمّا في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية فأنَّ المشرّع العراقي لم يحدد المقصود بالتدليس، ولم نرصد حكما قضائيا يحدد موقف المحاكم العراقية من هذا السبب، وهكذا يمكننا القول إنَّ المقصود بالتدليس في هذا المجال هو استخدام المحكوم له (المدعي لحظة عرض النزاع) طرق تحايليه من شأنها ايهام الطرف الآخر في النزاع وهو المحكوم ضده (المدعى عليه لحظة عرض النزاع) في النزاع من أجل إقناعه بالخضوع لولاية المحكمة غير المختصة أصلا، أو أنَّ الإجراءات التي اتخذها كانت وفقا للأصول في تلك الدولة، وصولا لاستصدار حكم لصالحه، ونتفق مع جانب من الفقه العراقي[٥٢] في أنَّ المقصود بالتدليس في هذا المقام هو التدليس الإجرائي الذي يتصل بالدعوى وإجراءاتها لا التدليس المرتبط بالموضوع.

وعلى الرغم من أنَّ قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي معلوم في الوقوف على التحايل نحو الاختصاص ورصده لهذا الأمر قبل أكثر من ٩٠ عاما، فلم نلحظ تكريس أي قانون أو اتفاقية للتحايل نحو الاختصاص قبل هذا القانون، إلّا أنَّنا نلاحظ أنَّ المشرّع قد قصر التحايل نحو الاختصاص في هذا الفرض على التحايل الذي يقع من قبل طرف واحد في الخصومة وهو المدعي، ولم يتطرق للفرض الأهم وهو تحايل الخصوم نحو الاختصاص بناءً على اتفاقهم معا.

ونلاحظ أخيرا، أنَّ المشرّع العراقي لم يضع لنا معياراً للتدليس في القانون، وهكذا فإنَّ تحديد ما إذا كان الحكم الأجنبي قد صدر بناءً على التدليس من عدمه مسألة وقائع يستقل بتقديرها القاضي العراقي عندما يطلب منه تنفيذ حكم قضائي اجنبي.

وفضلاً عمّا تقدم فأنَّ نص المادة (أ/٨) لم يحدد نطاق التدليس من حيث المحكمة المتحايل عليها، فهل يشمل النص الفرض الذي يكون فيه الاختصاص مسلوبا من المحكمة العراقية المختصة وممنوحا لمحكمة

اجنبية غير مختصة؟ أم أنَّ النص يشمل الفرض الذي يكون فيه الاختصاص مسلوبا من محكمة اجنبية مختصة وممنوحا لمحكمة اجنبية أخرى غير مختصة؟

بالرجوع للنصوص التي تنظم الاختصاص القضائي الدولي في العراق، لا نجد إجابة للتساؤل الذي أثرناه انفا، ولا نجد نصا في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية النافذ يتعرض لهذا الموضوع، وأنَّ اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩، حينما جعلت التحايل نحو الاختصاص سببا لرفض التنفيذ لم تبين نطاق هذا التحايل, ويمكن لنا القول تطبيقا للأصل العام بإنَّ " الغش يفسد كل شيء " فإنَّ التحايل نحو الاختصاص يكون قائما سواء المحكمة المتحايل نحوها وطنية أم أجنبية، وذلك عندما يتبين عدم مشروعية السبب الذي قام عليه اختصاص التي أصدرت الحكم.

خاتمة

في نهاية بحثنا في موضوع التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي، نكون قد خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، هي:

أولا: النتائج

١- إنَّ التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي فكرة كرستها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والقضاء المقارن , ويحذر الفقه منها في الاختصاصين المباشر وغير المباشر للمحاكم، وعلى الرغم من هذا الاتفاق على وجود الفكرة , إلّا أنَّ الاختلاف سائد بشأن مضمونها وحدودها وشروطها ومعاييرها.

٢- تتداخل فكرة التحايل نحو الاختصاص وتتناقض مع أفكار ما زالت محل جدل واختلاف بين الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة والفقه المقارن وأهم هذه الأفكار هي فكرة دور الإرادة في اختيار القاضي, التي بدأت تتبلور وتظهر في عالمنا اليوم مجاراة لواقع التجارة الدولية، وهذا الأمر يجعل البحث بموضوع التحايل نحو الاختصاص ذا فائدة كبيرة.

٣- إنَّ موقف المشرّع العراقي من مسألة الخضوع الاختياري بوصفها من أسباب التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي يعد موقفا ضبابيا، فقد كرّس الخضوع الاختياري كضابط لاختصاص المحكمة الأجنبية عندما يطلب تنفيذ الحكم الذي أصدرته , أمّا القاضي العراقي فلم يتطرق لدور الإرادة في منح الاختصاص للمحاكم العراقية أو سلبه منها، وعندما يتفق الأطراف على ذلك مع وجود نية التحايل نحو الاختصاص أو عدم وجودها، وهذا يمثل نقصا تشريعيا يحتاج إلى تدخل المشرّع.

٤- كان موقف المشرّع العراقي في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ النافذ موقفا سباقا وفريدا في وقت صدوره، فلم نجد اتفاقية دولية أو قانونا وطنيا في ذلك الوقت, يشير إلى التحايل نحو الاختصاص القضائي الدولي، وعلى الرغم من هذه المزية لم يبين لنا المشرّع ما هي معايير ذلك التحايل وضوابطه.

٥- لأهمية الآثار التي تترتب على التحايل نحو الاختصاص , ومنها المتعلق بمصير تنفيذ الحكم الأجنبي، فإنَّ اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية، جعلت التحايل سببا من أسباب رفض تنفيذ الحكم، ولكنها لم تبين المقصود بذلك

, وما هي معاييره، وهذا الأمر يترك تقديره للقضاء الوطني في الدول المنضمة لها، فرصة تفسير ذلك بحسب ما يراه، وهذا ما سيؤدي إلى تضارب الأحكام.

ثانيا: التوصيات

١- نقترح على المشرّع العراقي الانضمام إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والتوقيع على اتفاقية اختيار القاضي لعام ٢٠٠٥ واتفاقية الاعتراف , وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية لعام ٢٠١٩.

٢- نوصي المشرّع العراقي بتعديل المادة (أ/٨) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨، فيشمل التدليس المنصوص عليه في هذه المادة اتفاق الخصوم معا على التحايل نحو الاختصاص.

٣- نوصي المشرّع العراقي بإضافة الخضوع الاختياري ضابطاً يؤدي إلى عقد الاختصاص للمحاكم العراقية وإلى سلبه منها في الأحوال غير المرتبطة بالنظام العام , أو التي تثير الاختصاص الدولي في المادة (١٥) من القانون المدني العراقي.

٤- لعدم وجود معايير وشروط واضحة ومتفق عليها للتحايل نحو الاختصاص، فأنّنا نوصي السادة القضاة عندما يرفع أمامهم نزاعاً لا يختصون بنظره من حيث الأصل، وأن يتأكدوا من سبب اختيار الطرفين أو الطرف الذي عرض النزاع أمامه، فإن كان السبب مشروعا كان الاختصاص صحيحا وإن كان السبب غير مشروع فإنَّ الاختصاص غير صحيح، مع مراعاة الصفة الدولية للعلاقة محل النزاع وعدم التجاوز على الاختصاص الأمر لمحاكم إحدى الدول.

الهوامش والمصادر:

(١) د. سيد احمد محمود احمد، الغش نحو القانون، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ٢٠٢٠، ص٥١.

(٢) انظر قرب ذلك: د. عبده غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠٠٨، ص٤٨٠.

(3) juoost pauwelyn and luiz eduardo salles, Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns (Im) Possible Solutions, Cornell International Law Journal, January, 2011, p80.

(٤) " وتخلص وقائع هذه الدعوى في أنَّ زوجة أحد الأمراء الفرنسيين – وهي سيدة بلجيكية الأصل تدعى دو بوفرمون – Affaire de la princesse de Bauffrement – اختلفت معه حتى حدث بينهما انفصال جسماني، ولكن الأميرة أرادت التحلل من رابطة الزوجية نهائيا بالحصول على التطليق لرغبتها في الزواج من آخر، ولذلك لجأت إلى القضاء بهدف إنهاء رابطة الزوجية نهائيا وقد كانت قاعدة الإسناد الفرنسية تقضي في ذلك الوقت بسريان قانون جنسية الزوج على دعوى التطليق أي القانون الفرنسي الذي كان يحظر التطليق آنذاك، فالوقائع المكونة للدعوى تقوم إذن على ثلاثة محاور: زوجة تريد التطليق, قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج – .قانون جنسية الزوج يحظر التطليق، وتلك النتيجة لا ترتضيها الزوجة .والذي يحقق للأميرة مرادها هو تغيير القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يكفل لها الهدف التي تسعى إليه، ولكن لن يتم الوصول إلى هذا الهدف إلا بتغيير ضابط الإسناد. وبالفعل لجأت الأميرة للتجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية الصغيرة التي يبيح قانونها التطليق ثم انفصلت عن زوجها الفرنسي وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، وبعد ذلك تزوجت من أمير روماني يدعى بيبسكو وأقامت معه بفرنسا. لم يرتض زوجها الأول هذه النتيجة، فأقام دعوى يطالب فيها ببطلان التطليق والزواج الثاني الذي تقرر استناداً إليه، وقد أسس الزوج دعواه على أن تغيير الزوجة لجنسيتها قد قصد به التحايل على أحكام القانون الفرنسي.– تداولت الدعوى في درجات التقاضي حتى وصلت إلى محكمة النقض الفرنسية التي قضت – في ١٨ مارس ١٨٧٨ – ببطلان كل من التطليق والزواج الذي استند إليه، وقد بنت المحكمة قضاءها على أنّ الجنسية الجديدة لم تكن مقصودة لذاتها وإنما من أجل التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي ترفض انفصام عرى الزوجية، وقد قررت المحكمة أيضاً أن الزواج الأول لا يزال قائما بعد أن استبعدت كل النتائج القانونية المترتبة على الجنسية الجديدة وهي بطلان التطليق والزواج الثاني ". أشار لهذه القضية د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، مصر، ٢٠١٥، ص١٨٤.

(٥) انظر تفصيلا حول هذا المبدأ على سبيل المثال: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٦، ص٧٣٤ وما بعدها، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون

الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٦٣٨، د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٥١ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص١٣١ وما بعدها. د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٣٤ وما بعدها، د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العملي، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٤٩ وما بعدها، د. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص١١ وما بعدها، د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص١١٣ وما بعدها، د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص٦٧١ وما بعدها، بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢٦٧ وما بعدها.

(٦) انظر تفصيلا : د. محمد الروبي ، المصدر السابق، ص١١ وما بعدها .

(٧) انظر: د. غالب الداودي ود. حسن الهداوي، المصدر السابق، ص٢٥٠، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص٣٨٦، د. عبد الرسول الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٧، ص٤٠٩، د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٩٠.

(٨) يفرق الفقه بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي المباشر وبين قواعد الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر، فالأولى هي التي تحدد صلاحية المحكمة الوطنية للنظر في النزاعات المشوبة بعنصر اجنبي من عدمها، والثانية هي التي تحدد مدى اختصاص المحكمة الاجنبية في النزاع الذي حسمته بحكم يراد تنفيذه في دولة أخرى عند طلب تنفيذ ذلك الحكم. انظر على سبيل المثال: بيار ماير وفانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣٤٦.

(٩) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم ١٠-١٣.٨٣٢ بتاريخ ٢٠١١/٢/١٥ منشور على موقع المحكمة الرسمي على الرابط الاتي : I٢٠u.pw/QN٢https://

(١٠) انظر: بيار ماير وفانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣٧٠

(١١) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص١٥١.

(١٢) انظر قرب ذلك: د. عبده غصوب، المصدر السابق، ص٤٨٠.

(١٣) انظر قرب ذلك د. محمد الروبي ، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٣، ص١٣٢.

(١٤) Jan-Peter Ewer David Weslow, Forum shopping in Europe and the United States,

(١٥) Arthur T. von Mehren, Adjudicatory Authority in Private International Law A Comparative Study, Martinus Nijhoff Publishers and vsp, Netherlands, 2007, p264.

(١٦) منشورة على الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي على الموقع الرسمي ضمن الرابط الاتي : https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=١٣٧

(١٧) د. محمد الروبي ، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، المصدر السابق، ص٥٥.

(١٨) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص٤٤٥ .

(١٩) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص٦٧٢.

(٢٠) انظر حول هذا المبدأ : د. حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص١٠ وما بعدها.

(٢١) بيار ماير، بيار ماير وفانسان هوزيه، المصدر السابق ص٣٧٠و ٣٧١ ، و د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص٦٧٣.

(٢٢) بيار ماير وفانسان هوزيه، المصدر السابق ، ص٣٤٩.

(٢٣) فاطمة ماجد محمد القصاب ، الاتفاق المحدد للاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٢٠، ص٤٣.

(٢٤) د. محمد الروبي ، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، المصدر السابق ، ص١٢٦.

(٢٥) قرار محكمة استئناف فرساي الفرنسية المرقم rg09/٠٠١٠٥ بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٥ منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض بتاريخ ٢٠٢٢/١١/١ على الرابط الاتي : https://vu.pw/TENW٢

(٢٦) انظر تفصيلا د. هشام خالد، المصدر السابق، ص١١٧ وما بعدها.

(٢٧) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٨ في ٢٠١٦/٥/١٦ ، غير منشور.

(٢٨) د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص٤٥٤

(٢٩) د. هشام خالد، المصدر السابق، ص٧٢٥.

(٣٠) انظر د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص٤٥٥ ، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣١٧، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٤٩.

(٣١) يذهب أصحاب الاتجاه إلى عدم اشتراط تمتع النزاع بالصفة الدولية استنادا إلى اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨ التي لم تتطلب دولية النزاع لصحة شرط التحكيم، ويستند إلى اتجاه فقهي وقضائي كان مطروحا في المانيا لا يتطلب الصفة الدولية في النزاع عند عرضه أمام المحكمة المختارة، ويستند أخيرا إلى صعوبة ايجاد معيار مقبول لتحديد الصفة الدولية للنزاع، وقد انتقد فقه القانون الدولي الخاص هذا الاتجاه بشدة. انظر تفصيلا: د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المصدر السابق، ص١٣١ وما بعدها، د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص١٥١.

(٣٢) Mary keyes, optional choice of court agreements in private international law, springer, Switzerland, 2020, p28.

(٣٣) Mary keyes, op.cit, p28.

(٣٤) انظر تفصيلا الأنظمة القانونية التي تشترط دولية النزاع لصحة اتفاق الخضوع الاختياري د. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، المصدر السابق، ص١١٣ وما بعدها.

(٣٥) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٥٨٠٧ و ١٥٨٠٨ بتاريخ ٢٠١٤/٣/٢٤ منشور على موقع محكمة النقض المصرية الرسمي بتاريخ ٢٠٢٠/١/١ على الرابط الاتي : محكمة النقض المصرية(cc.gov.eg) .

(٣٦) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص٩٣، وانظر في تأييد هذا الاتجاه د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص١٥٨ وما بعدها، د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص٢٨٩.

(٣٧) انظر في عرض هذا الرأي: د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص٧٤٦.

(٣٨) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص١٥٩.

(٣٩) قرار محكمة النقض الفرنسية رقم ١٤- 14.823 في ٢٣-٩-٢٠١٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة بتاريخ ٧-١١-٢٠٢٢ على الرابط الآتي : https://u.pw/YnUDm٢

(٤٠) انظر د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٦٨ وما بعدها، ود. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ، المصدر السابق، ص١٤٩ وما بعدها.

(٤١) د. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، المصدر السابق، ص١٥٩.

(٤٢) قرار محكمة استئناف تونس رقم ٣٦٩٤٦ في ٢٠٠٦/١١/٤ ، مجلة القانون الدولي الخاص، تعليق د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، بلا دار نشر، ٢٠٠٨، ص٩٧.

(٤٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص٣٠٩ وما بعدها.

(٤٤) عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق، في المسائل المدنية والتجارية، بلا دار نشر، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٧.

(٤٥) بيار ماير وفانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٢٨٧.

(٤٦) أشار لهذه القرارات د. بيار اميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣٢٠و ٣٢١.

(٤٧) انظر في القوانين التي تتطلب شرط الاختصاص للمحكمة مصدرة الحكم المطلوب تنفيذه ، د.احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق، ص٦٤٥.

(٤٨) أشار إليه د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص٦٧٣.

(٤٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، لبنان، بلا سنة نشر، ص٣١٩.

(٥٠) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٨٠، ص٢٣.

(٥١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص٣١٩.

(٥٢) عوني محمد الفخري، المصدر السابق، ص١٠١.