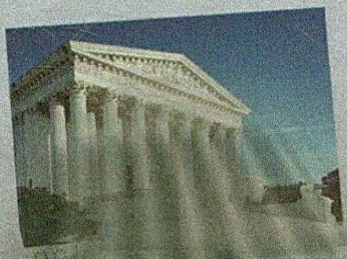
إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية

دراسة مقارنة فى نطاق القانون الدولى الخاص



الاستاذ الدكتور

هشام خالد

أستاذ القانون الدولى الخاص المتفرغ

كلية الحقوق - جامعة طنطا

كبير المستشارين القانونيين الشركة الكويتية لنفط الخليج سابقاً

دار الفكر الجامعى

أمام كلية الحقوق - الاسكندرية

ت : ٤٨٤٣١٣٢

إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية

دراسة مقارنة فى نطاق القانون الدولى الخاص

الاستاذ الدكتور

هشام خالد

أستاذ القانون الدولى الخاص المتفرغ

كلية الحقوق - جامعة طنطا

كبير المستشارين القانونيين الشركة الكويتية لنفط الخليج سابقا

2012

دار الفكر الجامعى

٣٠ ش سوتير - الاسكندرية

ت : ٤٨٤٣١٣٢

إسم الكتاب : إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية
المؤلف : الاستاذ الدكتور هشام خالد
الناشر : دار الفكر الجامعى
٣٠ شارع سوتير- الإسكندرية- ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)
E.Mail : Magdy_Kozman2010@yahoo.com
حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة، ولايجوز إعادة طبع أو إستخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
الطبعة : الأولى
سنة الطبع : 2012
رقم الإيداع : ٢٠١١/١٧٣٣١
ترقيم دولى : 978 - 977 - 379- 171 - 6

بسم الله الرحمن الرحيم (١) الحمد لله رب العالمين (٢) الرحمن الرحيم (٣) مالك يوم الدين (٤) إياك نعبد وإياك نستعين (٥) اهدنا الصراط المستقيم (٦) صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين (٧)

إهـــــداء

إلـــى المقام النبوي الشريف وقد جعل صاحبه العلم فوق مراتب الجهاد إذ قال:

(مداد العلماء خير عند الله من دماء الشهداء)

وكان فضل الله عليّ عظيماً

فصل تمهيدي

الولاية القضائية الدولية

"ولايـــة القضـــاء هي ما للمحاكم من سلطة الحكم بمقتضى القانون في المـــنازعات التـــي تـــرفع إلـــيها، وهي حق من حقوق الدولة ذاتها وفرع عن ســـيادتها، فهي تعتبر عنصرًا من عناصر سيادة الدولة".[1] والثابت أن المحاكم الوطنـــية إنما تقوم بالفصل في جميع المنازعات التي تطرح عليها، سواء أكانت الأخيـــرة وطنية بحتة وذلك من حيث أطرافها أو محلها أو سببها، أم كانت ذات عنصـــر أجنبـــي.[2] والمعروف أن الولاية القضائية الدولية لمحاكم الدولة، إنما تســـتند إلى المصادر الرسمية للقانون، مثل الاتفاقيات الدولية، الدستور، التشريع العـــادي، العرف الدولي، العرف الداخلي، فكل مصدر من المصادر السابقة إنما يساهم في تحديد مضمون الولاية القضائية المعنية.[3]

---

(1) د. أحمـــد مليجـــي، تحديـــد نطـــاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١١ وما بعدها، والمراجع المشار إليها في الهوامش ١، ٢، ٣.

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure in Italy, Martinus nijhoff, The Hague, Netherlands 1965, P.95

(2) د هشـــام صـــادق، تـــنازع الاختصـــاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢.

وفي الفقه الأجنبي راجع تفصيلاً:

Mayer (Pierre), Droit International Privé, Précis Domat, 1977, p. 215 et seq.

Cappelletti & Perillo, Op. Cit, P. 95

Loussouarn (Y.) et Bourel (P.) Droit International Privé, Précis, 1999, 6e éd, p. 523 et seq.

(3) د. هشام صادق، المرجع السابق، الموضع ذاته، ص ٢٤ وما بعدها.

Mayer, Op-cit, p. 241 et seq.

Loussouarn et Bourel, Op.cit, p. 561 et seq.

وراجع أيضًا:

- المادة ٦٨ من الدستور المصري الحالي لعام ١٩٧١.
- المادة ١٦٦ من الدستور الكويتي.
- المواد ٢٨ – ٣٥ من قانون المرافعات المصري.

  المواد ٢٩٦ – ٣٠١ من القانون المتقدم.
- المادتين ١٤ – ١٥ من القانون المدني الفرنسي.
- المواد ٣ – ١٠ من قانون أصول المحاكمات السوري.

امتداد الولاية القضائية الدولية:

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا". وقد سبق للمشرع المصري أن قرر الحكم السابق، في نص المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، حيث كان نصها يجري على النحو التالي: "يجوز للمحكمة المصرية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة".[4] وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأنه "رغم ورود هذا النص الأخير في الباب الرابع من القانون الملغي والخاص بمواد الأحوال الشخصية، إلا أننا قد أكدنا في ذلك الوقت وجوب امتداد تطبيق النص إلى مواد الأحوال العينية أيضًا لكونه يستجيب إلى قاعدة عامة لا تعد حكرًا على مسائل الأحوال الشخصية دون غيرها"[5] وعلى مستوى القانون المقارن، فإن مبدأ الخضوع الاختياري ثابت بنص تشريعي، أو دون نص. وتذهب الكثير من الدول إلى الأخذ به، ولكن القليل منها هو ما يرفض اعتناقه.[6]

المواد ٣٠٦ ، ٣٠٨، ٣١١ من القانون المتقدم.

- المواد ١، ٦، ٧، ٨، ١١ من القانون العراقي رقم ٣٠ لعام ١٩٢٨.
- المواد ٧ – ١٢ من قانون الإجراءات المدنية السوداني.

المواد ٣٠٦ – ٣٠٨ من القانون المتقدم.

(٤) د. صالح مصطفى أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية بالتعديلات الأخيرة، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، أكتوبر ١٩٥٣، ص ١٩٦.

(٥) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧١ وهامش ٢.

(6) Tallon, La Prorogation volontaire de Juridiction en droit international Privé, Dalloz, 1965, p. 1 et seq, 132 et seq.

ومـــن قبل الدول التي تأخذ بهذا المبدأ، ليبيا، حيث اعتمده نص المادة ١/٣ مـــن قانـــون المرافعات الليبي، شريطة عدم تعلق الأمر بعقار واقع خارج الـــديار الليبية. [7] كذلك، سلطنة عمان، حيث نص عليه المرسوم السلطاني رقم ١٩٨٤/٣٢، وذلك في مادته رقم ١١، والتي تجري على النحو التالي: "تختص الهيـــئة بالفصل في المنازعات التجارية ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا". وتجدر الإشارة إلى أن المرســـوم الســـلطاني ســـالف الذكر، إنما يتعلق "(بنظام نظر الدعاوى وطلبات التحكـــيم أمام هيئة حسم المنازعات التجارية). [8] ومن هذه الدول أيضًا، دولة الكـــويت، حـــيث تنص المادة ٢٦ من قانون المرافعات الكويتي الجديد على أنه "تختص المحاكم الكويتية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طـــبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا".[9] وفضلاً عما تقـــدم، تـــنص المادة ٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أنه

---

(7) د. محمـــد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، ١٣٩٨هـــ - ١٩٧٨، ص ١٨٧ - ١٨٨.

د. سالم الزوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ٢٠٠٢، ص ٣٣٠ - ٣٣١.

د. محمـــد مبـــروك اللافـــي، تـــنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ١٩٩٤، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(8) راجع في ذلك:

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الثالث ١٩٨٦ - ١٩٨٧، ص ٢٠٩.

(9) د. أحـــمد الســـعدان، القانـــون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الكويت، ٢٠٠١، ص ٤٠٩ وما بعدها.

ويـــذهب - ســـيادته - فضلاً عما تقدم، إلى إدخال الحالة التي يكون فيها المدعى عليه الأجنبي موطنًا مختـــارًا في الكويت في فكرة الخضوع الاختياري. ومثل هذا المسلك إنما يحتاج إلى إعادة نظر، حيث أن المشرع الكويتي قد جعل من هذه الحالة ضابطًا أصليًا وليس ضابطًا طارئًا.

د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، ط ٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٢١٨.

"يجوز للمحاكم السورية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها دوليًا طبقًا للمواد السابقة، إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة أو ضمنًا".[10] وتنص المادة ٥٩ من القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ بشأن المرافعات والتنفيذ المدني على أنه "تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمادة السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا. [11] وقد كان القانون الإجرائي اليمني القديم ينص على الحكم السابق ذاته، وذلك في المادة ٤٢ منه، بما يفيد أن النص الجديد هو مجرد ترديد للنص القديم. [12] والمبدأ محل العرض، معروف في القانون العراقي أيضًا، ولكن دون نص صريح يفيد مقتضاه. [13] وتنص المادة ٢٧ من

---

(10) راجع في ذلك:

د. عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، ج ١، مطبعة الجامعة السورية، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨م، ص ١٦٨. وراجع هامش ٢، حيث ينتقد - سيادته - مسلك المشرع المصري في المادة ٨٦٢ مرافعات لعام ١٩٤٩، حيث قصر الأخير الخضوع الاختياري على حالة القبول الصريح، وذلك دون القبول الضمني.

(11) راجع في ذلك:

مطبوعات وزارة الشئون القانونية، الجمهورية اليمنية، القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، ص ١٢.

د. محمد المؤيد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، أوان للخدمات الإعلامية، ط. أولى، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، اليمن، القسم الثاني من المؤلف المتقدم، ويحمل عنوان: الحلول المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، ص ٥٩ وما بعدها.

(12) حول القانون القديم، راجع:

د. عنايت ثابت، أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون اليمني، وهو الكتاب الثالث من المؤلف التالي:

د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، د. عنايت ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط٢، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م.

(13) د. ممدوح حسانين القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة - بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٨٦.

قانـــون أصـــول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "تختص المحاكم الأردنية بالفصـــل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً" [14]

فالثابت مما تقدم، أن مبدأ الخضوع الاختياري هو من المبادئ المقبولة فـــي العديـــد من النظم القانونية، ولكن ذلك، لا ينفي حقيقة مؤداها، أنه استثناءً علـــى ما تقدم فإن القليل من الدول ترفض اعتماد المبدأ السابق في تشريعاتها، ومن ذلك الأرجنتين وأسبانيا.[15]

---

[14] راجع حول ذلك تفصيلاً:

د. محمـــد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، عمّان، ط أولى ٢٠٠٢، ص ٣٤٢ وما بعدها.

د. ممـــدوح عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني المقارن، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولـــي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ١٩٩٨، ص ٢٥٧ وما بعدها.

د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط ٣، وائل للنشر، ٢٠٠١، ص ١٧٩.

د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٥، ص ٢٥٢ وما بعدها.

[15] Tallon, op – cit, p. 133 et seq.

وفي عرض هذا النظر في مصر، راجع:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢، هامش ١.

وتجـــدر الإشارة إلى أن الفقه اللبناني لا يشير إلى هذا المبدأ، بما يفيد أن ظاهر الحال هو عدم اعتراف القانون اللبناني بهذا المبدأ راجع الفقه اللبناني التالي:

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٥٠٤ وما بعدها.

ولم نجد ثم صدى للمبدأ المتقدم في نطاق القانون الدولي الخاص السعودي، راجع في ذلك:

د. أحمـــد ســـلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة، الرياض، ١٤١٨ هـــ، ص ٤٧١.

وتجـــدر الإشـــارة إلـــى أن امتداد الولاية القضائية للدولة، إنما يتم من خـــلال الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة المعنية، الأمر الـــذي يدفعـــنا لعـــرض مضـــمون هـــذا الشـــرط ولشروط صحته وذلك في الفقرات التالية.

الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي: [16]

د. بـــدر الـــدين شـــوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب الثالث، ١٣٩٣ هـــ ص ١٢٣ وما بعدها، خاصة ص ١٣٠ – ١٣١.

د. طلعـــت دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٧٤ وما بعدها، خاصة ص ٢٨١ – ٢٨٢.

د. محمـــد شتا أبو سعد، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، ط أولى، لم يذكر الناشر، ١٤٠٣ هـــ – يوليو ١٩٨٣، ص ٧٥.

وقـــارن: د. محمود هاشم، النظام القضائي الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٤٠٤ هـــ – ١٩٨٤، ص ٢٤٦.

[16] حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، دون ناشر، دون سنة نشر، ص ١٠٧ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات ...، بيروت، ١٩٨٦، ص ٧٥ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٦٦ وما بعدها.

د. هشام صادق، تنازع الاختصاص، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ١٧٧ وما بعدها، ص ١٨٧ وما بعدها.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد المزيد، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها.

د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤١١.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

د. حسن الهداوي، تنازع ...، الكويت، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. وليد المصري، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

الـثابت أن المحـاكم المختلطة كانت تأخذ بضابط الخضوع الاختياري أو الشرط المانع للاختصاص القضائي الدولي رغم عدم وجود نص قانوني يفيد ذلـك صـراحة، حـيث أن المادتـين ١٣، ١٤ من القانون المدني المصري المختلط لم يصرحا إطلاقًا بالمبدأ المتقدم. [17] وبناء على ذلك قضى في مواد الأحـوال العينـية باعتـبار رفـع الدعوى من جانب المدعي دليلاً على قبوله لاختصاص المحاكم المصرية... ومن ناحية أخرى حكم بأنه (إذا تمسك المدعى علـيه بالدفـع بعدم اختصاص المحاكم المصرية وجب على المحكمة أن تجيبه إلـى طلبه) مما مقاده – أخذًا بمفهوم المخالفة – أنه إذا لم يتمسك المدعى عليه بالدفع فليس هناك ما يمنع من السير في الدعوى على أساس أن سكوت المدعى

د. ممدوح حافظ الموضع السابق.
وفي الفقه الأجنبي، راجع تفصيلاً:

Mayer, loc- cit
Loussouarn et Bourel, loc – cit.
Cheshire, [9] Private international law, By North, 1974, P.635

[17] Article 13:
"Every Egyptian subject may be cited before the courts of the country in reference to obligations undertaken by him, even those undertaken abroad.
Article 14:
The same rule shall apply to foreigners who are within the country.
A foreigner who has left the country, may be cited befor the new courts only in the following cases:
(1) If the question in dispute has reference to obligations relating to movable or immovable property existing in the country.
(2) If the question in dispute has reference to obligations arising from contracts made or which ought to be performed within the country, or else to something done within the country.
This rule is without prejudice to the jurisdiction of the commercial courts in the cases determined by the law, whatever may be the defendant's place of residence.
The Egyptian Codes, London, 1892, p. 28.

عليه عن الدفع بعدم الاختصاص يفيد رضاءه بالخضوع لولاية القضاء المصري" [18] وبعد ذلك، صدر قانون المرافعات المصري لعام ١٩٤٩، وقد ورد فيه نص ٨٦٢، وقد رأينا من قبل انتصار الفقه الراجح آنذاك، للاتجاه القائل بالصفة العامة للمادة المتقدمة، وهو ما نرى تأكيده في المقام الماثل، مع الفقه الراجح. [19] وفي النهاية فقد جاء قانون المرافعات المصري الحالي، معتنقًا للمبدأ محل الدراسة. وإزاء ذلك يتعين علينا بيان شروط صحة الشرط المانح للاختصاص وذلك بالتفصيل المناسب، وذلك على النحو التالي:

شروط صحة الشرط المانح للاختصاص: [20]

---

[18] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧٢، هامش، حيث يشير إلى د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط٢، ص ٥٢٤ – ٥٢٥.

وراجع أيضًا:

د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط ٩، ١٩٨٦، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٧٣٥، ٧٣٦ حيث أورد سيادته رحمه الله، نص الحكمين المتقدمين.

[19] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧١

وراجع ما قبله، وراجع أيضًا: د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

– وراجع عكس ذلك:

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ٩، ص ٧٣٥ – ٧٣٦.

[20] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، ١٩٨٦، ص ٨٠

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٥.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. محمد الموید، الموضع السابق.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

د. عفاف ثابت، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، الموضع السابق.

هـــناك جـــدل شديد حول الشروط الواجب توافرها، لمنح الاختصاص القضائي الدولي، لمحاكم دولة معينة، حيث لم تكن هذه المحاكم مختصة أصلاً بنظر هذه المـــنازعة، لمـــا يترتب على ذلك سلب الاختصاص القضائي الدولي من محاكم دولـــة أخـــرى، حيث كانت الأخيرة هي المختصة أصلاً بنظر النزاع المعني.

وسوف نعرض لهذه الشروط تباعًا:

الشرط الأول: أن يكون النزاع محل الشرط دوليًا: [21]

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. وليد المصري، الموضع السابق.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، الموضع السابق.

د. ممدوح حافظ، الموضع السابق.

Mayer, loc. cit
Loussouarn – Bourel, loc. cit.
Cheshire's, Loc. Cit

[21] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٨.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٥ – ١٦٦.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٧

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

حسن الهداوي، القانون ...، الموضع السابق.

د. ممدوح حافظ الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

د. محمد المزيد، الموضع السابق.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

هـل يجـوز أن يكون النزاع محل الشرط المعني وطنيًا بحتًا أي غير متضـمن لأي عنصر أجنبي، لم يتعين وعلى عكس ما تقدم، أن يحوي مثل هذا النزاع عنصرًا أجنبيًا؛ أو بعبارة أخرى، هل يجوز لخصم معين أن يمنح محاكم الدولـة (أ) الاختصاص بنظر منازعة وطنية بحتة في الدولة (ب) أو في الدولة (ج) علـى سـبيل المـثال؟ فهل يعتد بهذا المنح أم أن الأخير لا يرتب أي أثر قانوني؟ الراجح هو وجوب أتصاف النزاع محل الشرط المعني بالصفة الدولية، حتـى يكـون الأخير منتجًا لآثاره القانونية، هذا بالرغم من أنه في وقت معين، كانـت هـناك آراء معاكسة للنظر المتقدم، حيث ذهب أصحابها إلى إمكان منح الاختصـاص القضائي الدولي لمحاكم دولة أجنبية، وذلك بخصوص المنازعات الوطنـية البحـتة. [22] ولكـن يثار التساؤل حول موقف القانون المصري من المسـألة محل التساؤل السابق. الثابت أنه في نطاق العلاقات الوطنية البحتة في مصـر، يجوز الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة معينة إعمالاً للمادة ١/٦٢ مـن قانـون المـرافعات المصري، وذلك شريطة أن تكون المحكمة المختصة أصـلاً بنظر النزاع والتي حددها القانون، هي محكمة موطن المدعى عليه. كل ذلـك بخصـوص المـنازعات المصـرية البحتة، أي التي تتصف عناصرها

د. حسن الهداوي، تنازع ...، الموضع السابق.

د. عليت ثابت، الموضع السابق.

Batiffol et le Galcher – Baron, Rep. Dalloz, Compétence civile et Commerciale, no 35.

Mayer, op.cit, no 301, p. 231

Jodlowski, Les Conventions relatives á la prorogation et ã la derogation ã la compétence internationale en matière civile, R.C.A.D.I., 1974, vol III, T. 143, p. 548 et seq.

(22) د. حفـيظة الحـداد، المـرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها، حيث تناقش – سيادتها – العديد من الحجـج المناهضـة لما ورد في المتن والتي تنادي بها الأستاذة Tallon، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

المختلفة بالصفة المصرية. [23] والمادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري، لم تستلزم أن يكون النزاع المعني والممنوح فيه الاختصاص الإضافي للمحاكم المصرية له الصفة الدولية، وذلك في ضوء عبارات المادة المتقدمة. ولكن بإمعان النظر، يمكن القول بأن المادة المعنية قد وردت في الباب المخصص للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، بما يفيد حتمًا وجوب تمتع النزاع المعني بالصفة الدولية. إزاء ذلك لا يتصور أن يكون قصد المشرع المصري، إفساح المجال المعني لمنازعات ذات صفة وطنية بحتة في الدولة أو في الدول المعنية. [24] ويبدو أن جانبًا من الفقه المصري يسلم بالشرط السابق، ولكن بطريقة ضمنية رغم رفض التسليم به صراحة، حيث يذهب هذا الجانب إلى القول بأن "هذا الشرط غير ذي مضمون، إذ عادة لا تثور مشكلة الاختصاص القضائي الدولي شأنها في ذلك شأن كافة مشكلات القانون الدولي الخاص إلا بصدد علاقة أو رابطة يثور بشأنها تنازعًا للقوانين بالمعنى الواسع، ومفترض هذا التنازع هو وجود علاقة ذات عنصر أجنبي". [25]

الشرط الثاني: وجود رابطة قوية بين النزاع والمحكمة المعنية: [26]

---

[23] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٠ – ١٢١.

[24] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢١.

[25] د. أحمد سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط أولى، دار النهضة العربية، ص ١٥٢.

[26] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٧.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ٨١.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٧.

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

تذهب بعض الاتجاهات إلى عدم استلزام وجود رابطة جدية بين الدولة التي منحت محاكمها ثم اختصاص إضافي، والنزاع المعروض عليها استثناء. [27] وتفصيلاً لما تقدم، نعرض لهذا الاتجاه بشيء من التفصيل: "لما كنا قد خلصنا فيما سلف لنا من قول إلى أن مجال إعمال المعيار محل الحديث إنما يتحدد بالغرض حيث تنتفي عن القضاء اليمني ولاية الفصل في النزاع، وكان اتصال النزاع باليمن عن طريق سببه أو موضوعه من شأنه إدخاله في مجال ولاية القضاء اليمني، وكان اتصاله بها عن طريق عنصر الأشخاص فيه من شأنه إدخاله في مجال ولايته متى كان المدعى عليه فيه أو المدعي – في أحوال معينة – متوطناً أو مقيماً بها أو كان منتسبًا إليها بجنسيته، كانت الفروض التي يكون فيها النزاع موصول الصلة باليمن دون أن يدخل في ولاية قضائها لا تعدو الأحوال التي يكون فيها متصلاً بها عن طريق المدعي فيه فحسب. وتتمثل هذه الأحوال – في القانون اليمني في بعض الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التي يكون المدعي فيها أجنبيًا مقيمًا في اليمن، كما

---

[27] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٤ – ٧٣٥.

مع ذلك قارن: ص ٧٤٦.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٩٢.

د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ٦٣ – ٦٤.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء لا يحددون موقفهم من الشرط الماثل، من هؤلاء:

د. ممدوح حافظ، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

د. حسن الهداوي، القانون، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

د. ممدوح عرموش، المرجع السابق، ص ٢٥٧

د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤١١.

د. حسن الهداوي، تنازع ...، المرجع السابق، ص ٢١٨.

د. عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص ١٦٨.

د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص ١٧٨ – ١٨٨.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

تتمـــثل في الدعاوى المتعلقة بمسائل المعاملات التي يكون المدعي فيها يمنيًا أو أجنبيًا متوطنًا أو مقيمًا في اليمن" [28]، "وعليه، فإن من شأن تقييد إعمال النص محـــل الحـــديث علـــى نحو ما يريد الشراح... قصرًا لمجال إعماله على هذه الأحـــوال، وفي ذلك تضييق لمجال إعماله (لا يمكننا) التسليم به، لاسيما – من ناحـــية – وأن القـــيد الذي يقولون به لا يرتكن إلى أساس من التشريع، كما أن الصـــلة التـــي يقضي إلى إقامتها بين النزاع ودولة القاضي، التسليم بذلك القيد الـــذي يقول به أولئك الشراح لا يمكن – من ناحية أخرى – أن تكون بحكم ما يفترضـــه إعمـــال المعيار محل الحديث عن انتفاء ولاية الفصل في النزاع عن دولـــة القاضـــي – صلة قوية أو حتى كافية – ناهيك عن أن القول بما يقول به أولئك الشراح ما يحول بين الأفراد والانتفاع بقضاء الدول الذي يشتهر بالنزاهة أو تعـــرف عنه سرعة البت في القضايا أو يتميز بيسر إجراءات التقاضي متى كانـــت نزاعاتهم مقطوعة الصلة بمثل هذه الدول وتلك نتيجة تتنافى ومقتضيات اضـــطراد وازدهـــار الـــتجارة الدولية، تلك المقتضيات التي يكمن فيها أساس المعيار محل الحديث" [29]

---

[28] د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٩٣.

د. عـــنايت ثابت، مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ١٤٠٨ هـــ – ١٩٨٨م، ص ٩٦ – ٩٨.

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري، ١٤٢٠ هـــ – ٢٠٠٠م، ص ١٦٨ وما بعدها.

[29] د. عنايت ثابت، أحكام المرجع السابق، ص ١٩٣.

د. عنايت ثابت، مستحدث...، الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات...، الموضع السابق.

وفي تأييد هذا النظر، راجع:

د. محمد المزيد، المرجع السابق، ص ٦٥.

وعلـــى عكس ما تقدم، تذهب اتجاهات أخرى، إلى استلزام وجود صلة قـــوية بين المنازعة المجلوبة والقضاء الوطني الذي ازدادت ولايته بموجب هذه المنازعة. ومفاد هذه الرابطة الجدية، أن يكون أحد الخصوم على صلة شخصية بالدولـــة المعنـــية، وذلك بأن يكون أحد رعاياها، أو أن يكون متوطنًا أو مقيمًا فـــيها، كذا تتحقق الرابطة الجدية في صورة موضوعية، بأن تكون العلاقة محل النـــزاع المجلـــوب، مرتبطة بالدولة المعنية، فتنفيذ العقد محل النزاع على إقليم الدولة المعنية، إنما يفيد وجود رابطة جدية بين المنازعة المجلوبة والدولة التي مـــنحت محاكمهـــا اختصاصاً إضافيًا. ويصدق النظر المتقدم أيضًا، في الفرض الـــذي يحدث فيها الإثراء أو الافتقار على إقليم هذه الدولة، أو أن يحدث الخطأ أو الضرر على إقليم هذه الدولة. ففي كل الأحوال المتقدمة، كانت الدولة المعنية علـــى صـــلة بالنـــزاع المجلوب إلى محاكمها، أو بعبارة أخرى "معنى ذلك هو ضـــرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة المعهود إليها بالاختصاص والنـــزاع المطروح أمامها. وهذه العلاقة الجدية قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم كأن يكون أحد الأطراف ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمـــة المختارة للفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي. وقد تتبلور فكرة الـــرابطة الجدية أيضًا في عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة القانونية محل النـــزاع كأن يتصل أحد عناصر تلك العلاقة (محل تنفيذ العقد مثلاً) بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة" [30] ويرى جانب من الفقه أن وجود مصلحة مشروعة للخصـــوم في اللجوء إلى المحاكم المعنية رغم عدم اختصاصها، هو أمر كاف لمنح الاختصاص القضائي الدولي الإضافي للمحاكم سالفة الذكر.[31]

---

[30] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

[31] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، ص ٨٣.

وعلى هذا الأساس، يمكن أن نفهم الاتجاه الأول الذي رفض فكرة الرابطة الجدية[32]، حيث تكفي فكرة المصلحة المشروعة هنا لصحة جلب الاختصاص للمحكمة المعنية، فكلما توافرت مثل هذه المصلحة كان الشرط المانع للاختصاص صحيحًا، وعلى العكس من ذلك، كلما انتفت مثل هذه المصلحة، أصبح الشرط المعني باطلاً وغير منتج لآثاره القانونية. ولا شك أن أنصار الاتجاه الأول، سوف يرحبون بالمعيار الماثل، حيث أنه يحقق الهدف المنشود من مبدأ الخضوع الاختياري، ألا وهو ازدهار التجارة العالمية [33]، وذلك في الفروض التي يكون فيها أصحابها حسني النية. أما إذا كان القائمون على هذه التجارة سيئي النية، أي يحرصون على تحصيل مصالح غير مشروعة، هنا لا تكون الأخيرة جديرة بالحماية القانونية من جانب المشرعين الوطنيين.

<u>أثر الاستخلاف الدولي على الشرط المانع للاختصاص:</u>

إذ اتفق المتعاقدان على عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة (أ)، وبعد ذلك اختفت هذه الدولة من الوجود، وذلك نتيجة الخلافة بين الدول "كأن تكون الدولة قد انضمت إلى دولة أخرى، فما هو تأثير هذه الخلافة بين الدول في هذه الحالة على معيار التحديد الإرادي للمحكمة المختصة".[34]

لا شك أن انصراف إرادة المتعاقدين إلى عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معنية، إنما يهدف إلى الوصول إلى نتائج محددة، وعليه لا يمكن التسليم، بأن محاكم الدولة الخلف يمكن أن تحقق مثل هذه النتائج، ومن ثم لا يمكن افتراض رضاء الخصوم بالخضوع لمحاكم الدولة السلف، لأنهم لم

---

(32) د. عنايت ثابت، الموضع السابق.

Tallon. Op-cit, p. 200 et seq.

(33) راجع ما قبله.

(34) د. أشرف وفا، أثر التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط أولى، ٢٠٠٥، ص ١٢٧.

يختاروها من البداية؛ أو بعبارة أخرى "من الملاحظ أن الاتفاق بين الأطراف على عقد الاختصاص لمحاكم دولة ما دون غيرها قد يكون عنصر شخصي بالنسبة لهم حيث يفضلون أن تختص هذه الدولة دون غيرها بنظر الدعوى. وبهذا يكون من الصعب إطلاق القول بعقد الاختصاص للدولة الخلف لأن الأطراف لم تتجه أرادتهم إلى لختيار هذه الدولة كي تختص بنظر النزاع".[35]

يذهب جانب من الفقه المصري، إلى تقرير حق المتعاقدين في الاتفاق على المحكمة الجديدة التي سوف تقوم بالفصل في منازعاتهم المعنية"؛ أو بعبارة أخرى "يمكن للأطراف في هذه الحالة تغيير شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إذا رأوا أنه ليس من الملائم ترك الاختصاص لمحاكم الدولة الخلف، فيمكن أن يتفق الأطراف على عقد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى".[36]

وقد يسكت المتعاقدان على الأمر، ولا يحركان ساكناً بغم علمهم بعملية الاستخلاف الدولي، في هذه الحالة سوف ينعقد الاختصاص، لمحاكم الدولة الخلف، بحسبان الرضاء الضمني للأطراف بالخضوع لمحاكم هذه الدولة، حيث لم يتفقا على محاكم دولة جديدة، أو بعبارة أخرى "إذا لم يقع اتفاق الأطراف على عقد الاختصاص القضائي لدولة أخرى بعد وقوع الخلافة بين الدول ولختفاء الدولة السلف، فإن الاختصاص بالدعوى يكون لمحاكم الدولة الخلف. وأساس هذا الاختصاص أن سكوت الأطراف بعد زوال الدولة السلف يعد بمثابة إرادة ضمنية من جانبهم لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة الخلف بحكم كونها الدولة التي ورثت الدولة المتفق على عقد الاختصاص لها".[37]

---

(35) د. أشرف وفاء، المرجع السابق. ص ١٢٧.

(36) د. أشرف وفاء، الموضع السابق.

(37) د. أشرف وفاء، الموضع السابق.

يبقى الفرض الأخير، حيث لا يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً على اختصاص محاكم الدولة الخلف أو أية دولة أخرى، فهنا سوف يزول الشرط المانح للاختصاص، نظراً لاستحالة تنفيذه، لزوال الدولة السلف من ناحية أولى، ولرفض الخضوع لقضاء الدولة الخلف من ناحية ثانية. وفي هذا الفرض يتعين الخضوع لمحاكم الدولة التي يقر قانونها انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لها، وذلك بنظر المنازعة المعنية.

في ضوء ما تقدم، نكون قد انتهينا من بيان حدود الولاية القضائية الدولية، سواء في نطاقها الأصلي، الذي حدده المشرع المعني، أو في نطاقها الممتد، بعد أن قام الخصوم بالاتفاق على زيادة نطاق ولايتها الأصلية، وذلك بمنحها ولاية إضافية بموجب الشرط المانح للاختصاص. ويتعين علينا الآن، التصدي لبيان مدى جواز إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية.

ومن البداية نطرح التساؤلات التالية:

هل يجوز سلب الولاية القضائية الدولية من المحاكم الوطنية وذلك بموجب الشرط السالب للاختصاص، أم أن ذلك أمر غير جائز حيث أن هذه الولاية ثابتة بموجب العديد من المصادر الرسمية للقانون، وإذا كان من الجائز للخصوم مد نطاق الولاية القضائية الدولية للمحاكم الوطنية، فليس من حقهم – وعلى عكس ما تقدم – سلب هذه الولاية، مع إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية هل يجوز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟ أم أن ذلك أمر غير جائز نظرًا لتمتع كل دولة بسيادة مستقلة عن سيادة الدولة الأجنبية المعنية؟ هذه هي المسائل التي سنقوم بمناقشتها الآن تفصيلاً وذلك من خلال الفصلين التاليين:

تقسيم:

سوف نقسم هذه الدراسة وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية والشرط السالب للاختصاص.

الفصل الثاني: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

الفصل الأول

إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية والشرط السالب للاختصاص

قلـنا مـن قبل أن هناك إجماعًا على صحة الشرط المانع للاختصاص القضـائي الدولـي للمحاكم الوطنية، وذلك على التفصيل الذي رأيناه من قبل. والسـؤال المطروح الآن، هو مدى صحة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. لا شك أن الإجابة على التساؤل السابق، إنما تستوجب علينـا تحديد طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وعما إذا كانت متعلقة بالنظام العام من عدمه.

<u>تقسيم:</u>

سوف نقسم الفصل الماثل وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام.

المبحث الثاني: الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي.

المبحث الثالث: فكرة الرابطة الوثيقة.

المبحث الأول

تعلق قواعد الاختصاص

القضائي الدولي بالنظام العام

فقه هذا الاتجاه: [38]

يشـــير بعض أنصار هذا الاتجاه إلى أن المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي تنص على أنه "لا يجوز بالاتفاق تنحية القضاء الإيطالي لصالح قضاء أجنبـــي أو محكمـــين يباشرون وظيفتهم في الخارج، ما لم تكن الدعوى متعلقة بالتزامات فيما بين أجانب، أو فيما بين أجنبي وإيطالي غير متوطن وغير مقيم فـــي إيطالـــيا، وبشـــرط أن يكون الخروج من ولاية القضاء ثابتًا بالكتابة" [39]

---

[38] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٧٣٨.

د. هشـــام صـــادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، ١٩٧٢، ص ١٥٥.

د. محمـــد عـــبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، ١٩٧٨، ص ١٧٧.

د. إبـــراهيم أحمـــد إبـــراهيم، القانـــون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي، والآثار الدولية للأحكام، ١٩٩١، ص ٣٩ وما بعدها.

د. أحـــد قسمت الجداوي، دراسات في القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والجنسية، ١٩٨٦، ص ١٤٧ وما بعدها.

د. أحمـــد حشيش، أثر الصفة الأجنبية لعناصر الدعوى المدنية، مجلة روح القوانين، مجلة علمية تصدر عـــن أعضـــاء هيئة التدريس، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد الخامس، يوليو ١٩٩١، مطبعة جامعة طنطا، ١٩٩٢، ص ٣٧ وما بعدها.

د. أحمـــد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٤، ص ٢٠٨ وما بعدها.

د. أحمـــد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط١٠، ١٩٩١، بند ١٠٠، ص ٢٢١، والمراجع المشار إليها فيه.

د. هشـــام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة لاتجاهـــات الفقـــه والقضاء، مركز الإسكندرية للكتاب، ١٩٩٧، ص ٩ وما بعدها. وقد تم نشر البحث الســـابق ذاتـــه فـــي مجلة القوانين، وهي مجلة علمية محكمة تصدر عن أعضاء هيئة التدريس – كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد رقم ١٤، ١٩٩٨.

د. هشـــام خالـــد، الشـــرط الغالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠، ص ٨١ وما بعدها.

[39] معروضة في د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٨.

فظاهـر الحـال مـن المـادة المتقدمة، أن القاعدة العامة التي اعتنقها القانون الإيطالـي، هي عدم جواز الخروج عن الاختصاص الدولي للمحاكم الإيطالية، مـع وجـود استثنائين على هذه القاعدة، وذلك، حال تعلق الأمر بالتزامات فيما بـين أجانـب، وبـين أجنبـي وإيطالـي، وذلك في الفرض الذي لا يكون فيه للإيطالـي، موطن أو محل إقامة داخل إيطاليا. [40] والحجة الأساسية التي يقوم عليها الرأي المائل، هي أن "أداء العدالة هو وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسـطة سلطة من سلطاتها هي محاكمها. وإذا كانت الدولة تركت بيد الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة، ألا وهي وسيلة الدعوى، فليس معنى هذا أن القضاء يؤدى أولاً وآخرًا لصالح الأفراد، بل أنه في الحقيقة يؤدى لتحقـيق مصلحة عامة وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة منذ أن حلت الدولـة محـل الفـرد في إقرار حقه وحمايته. وإذا كانت الدولة، تركت للفرد اختـيار الظـروف التي يحرك فيها السلطة القضائية، أي الظروف التي يباشر فـيها الدعوى، فما ذلك إلا حملاً على التقاء المصلحة الخاصة، مصلحة الفرد، مـع المصـلحة العامة. ولكن ليس للفرد أن يذهب إلى أبعد من هذا فيمتنع عن تحـريك هـذه السلطة ويحرك بدلها سلطة قضائية في دولة أجنبية أو محكمين يباشـرون وظيفتهم في دولة أجنبية. والدولة هي التي ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة في رسمها ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة الهامة وهي أداء العدالة. وهـي لا ترى أية سلطة أخرى أجنبية تصلح لأدائها" [41] وفي ضوء ما تقدم، ينتهـي أصـحاب الاتجـاه المائـل، إلى القول بعدم إمكان الخروج عن قواعد الاختصـاص الدولـي للمحـاكم المصـرية، ومنح الاختصاص لمحاكم دولة

---

[40] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٩.

[41] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٩ – ٧٤٠.

أخرى.[42] ويدعم بعض أصحاب الاتجاه المعروض رأيهم الماثل، مقررين، أن المحاكم المختلطة، قد توارثت على اعتناق الاتجاه الماثل، وذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها، وذلك في ظل المادتين ١٣، ١٤ مدني مختلط [43] كما أن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة قد تبنت النظر المعروض في العديد من الأحكام الصادرة عنها. [44]

ولا شك أن الأحكام القضائية السابقة، قد صدرت في ظل اتجاهات فقهية، تقيد – عمومًا – تعلق المادة ١٤ مدني مختلط بالنظام العام. [45] ففي ظل المادة السابقة، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن "اختصاص المحاكم

---

(42) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١.

(43) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١، حيث يشير إلى العديد من الأحكام.

(44) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١، وهوامشها.

د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ١٩٢٤، ص ٣٧٤ – ٣٧٤.

وقد أكد القضاء الكويتي النظر السابق، راجع في ذلك:

د. أحمد السمدان، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الكويتي، ج ٢، لم يذكر الناشر، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٣٠٩ كما أكد القضاء السوداني، النظر المتقدم أيضًا.

راجع في ذلك:

د. محمد شتا أبو سعد، قانون الإجراءات المدنية السوداني، معلقًا عليه، الجزء الأول، الدعوى والدعاوى الخاصة، مطبعة جامعة القاهرة، مايو ١٩٨٥م، رمضان ١٤٠٥ هـ ص ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ بالهامش.

مع ذلك فالملاحظ من الأحكام الصادرة عن المحاكم المختلطة، أنها أجازت للخصوم التداعي أمام المحاكم الأجنبية، إذا كان المدعى عليه متوطنًا في الخارج ولم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر؛ أو بعبارة أخرى، فإن الضوابط الإقليمية هي التي تتعلق بالنظام العام، بما يفيد أن الضوابط الشخصية ليست متعلقة بالنظام العام في مصر. ومثل هذه التفرقة بين الضوابط الدولية أو الإقليمية للاختصاص، والضوابط الشخصية، والقول بتعلق الأولى فقط بالنظام العام، دون الثانية، إنما هي مسألة إيجابية وتحسب للأحكام المتقدمة، لأنها تحد من غلواء الاتجاه القائل بتعلق كافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، إقليمية كانت أم شخصية.

راجع ما بعده، الفصل المخصص لفكرة الرابطة الوثيقة.

(45) د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٤، ص ٣٧٤.

المختلطة المبينة في المادة ١٤ يقوم على أسباب إقليمية، ويعتبر على ذلك، متعلقًا بالنظام العام، فكل اتفاق يقضي بجعل الاختصاص في هذه الأحوال لمحكمة أجنبية، هو اتفاق باطل، فإذا رفع النزاع أمام المحكمة المختلطة، مع وجود هذا الاتفاق، فإنها تكون مختصة بنظره، وهذا لا يمنع طبعًا من اختصاص المحكمة الأجنبية، وفقًا لتشريعها إذا رفع المدعي النزاع إليها" [46]

ويرى بعض أنصار الاتجاه المعروض [47]، أن أحكام الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، لم تتغير طبيعتها بصدور قانون المرافعات الجديد عام ١٩٤٩. ويؤكد الفريق المائل، أن أحكام قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في قانون المرافعات المصري الجديد لعام ١٩٦٨ تتعلق أيضًا بالنظام العام [48]. ويناشد هذا الفريق، الفقه والقضاء بعدم التأثر البتة بأحكام المادتين ١٤، ١٥ من القانون المدني الفرنسي، لاختلاف فلسفتها عن تلك التي تقوم عليها أحكام الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المصري الجديد، سيما وأن صياغة أحكام الأخيرة، قد "صدرت بكلمة "تختص" المحاكم المصرية بالدعاوى الواردة بها" [49]. وعلى العكس من ذلك: فمن الواجب علينا – وفقًا للفقه المعروض – أن نتوجه صوب الفقه الإيطالي، نظرًا للتشابه الكبير بين الأحكام الواردة في قانون المرافعات المصري الجديد، وأحكام المادة ٤ من قانون المرافعات الإيطالي [50]. فإذا كانت المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي صريحة وقاطعة في عدم جواز الخروج عن ولاية المحاكم الإيطالية

---

(46) د. عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط ٢، ١٩٤٣، ص ٥٢١.

(47) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٢.

(48) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(49) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(50) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

عدا في أحوال استثنائية أشرنا إليها آنفًا، فإن وجود النص السابق، لم يزد الأمر شيئًا، فالحكم الوارد في المادة ٢، كان ثابتًا لدى الفقه والقضاء الإيطالي، قبل وجود هذا النص [51] . ويؤكد الفريق المائل، أنه لا مجال للقول، بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بعضها ذو طبيعة استثنارية، والبعض الآخر منها ذو طبيعة مشتركة، ذلك أن محاكم الدولة إما أن تكون مختصة، وإما أن تكون غير مختصة، أو بعبارة أخرى "فهناك بالنسبة لمحاكم دولة معينة اختصاص وعدم اختصاص، ولكن لا يوجد اختصاص قاصر عليها واختصاص غير قاصر عليها، وذلك لأن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها، ولا توجد سلطة عليا فوق الدول ترسم حدود ولاية القضاء لكل منها. وكل دولة وهي تحدد اختصاص محاكمها لا تسلم بأن محاكم أية دولة أجنبية يمكن أن تعادل محاكمها في أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها، أو أن لها أن تزاحمها في هذا الاختصاص" [52].

ويؤكد الفريق المائل صحة الرأي المعروض والرافض كلية لتقسيم قواعد الاختصاص لاستثاري ومشترك – بقولهم أن فكرة الدفع بالإحالة من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبية، هي فكرة مرفوضة في فقه القانون الدولي الخاص، فضلاً عن القانون الوضعي [53]. ويشير الفقيه المائل، إلى أن قانون المرافعات المصري لعام ١٩٤٩، كان يجيز للمحاكم المصرية أن تقوم بالتخلي

---

(51) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ذات الموضع.

(52) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣ – ٧٤٤ والمراجع المشار إليها.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(53) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٤ حيث يشير إلى كولدري.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٣

وراجع ما بعده، الفصل المخصص لدراسة الدفع بالإحالة.

عـن اختصاصـها الوارد في القانون المتقدم في أحوال معينة [54]. فقد نصت المـادة ٨٦٥ مـن القانون المتقدم، على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في المادتـين ٨٦١ فقرة ٢، ٨٦٢ وحيث يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها جميع الخصوم بجنسيتهم، يجوز للمحكمة، مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعي برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزًا". وأساس الحكم المتقدم، رغبة المشرع المصري، في تحقيق العدالة، وعـدم إرهاق المحاكم المصرية بمنازعات ليست على صلة بالإقليم المصري، فـي حين أنه توجد محكمة دولية أخرى، ذات صلة قوية بالنزاع المعني، وهي الأقدر على حسمه من المحاكم المصرية، وفي النهاية، فإن التخلي، إنما يكشف عـن التعاون الذي يجب أن يسود بين الدول المختلفة، في هذا الخصوص [55].

ويـرى الفقـه المائل، أن "الاعتبارات المتقدمة، لم ترق في نظر المشرع وهو يضـع قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٨، فلم يورد به نصًا يقابل نص المـادة ٨٦٥ المشـار إليها، وكان واعيًا بما يفعل، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية لهـذا القانـون ما نصه: "لم يشأ المشروع أن يأخذ بحكم المادة ٨٦٥ من قانون المـرافعات الحالي، والتي تجيز لمحاكم الجمهورية التخلي عن الدعوى الداخلة فـي اختصاصـها فـي الحـالات وبالشروط المبينة بها، ذلك أن حالات عقد الاختصـاص لمحاكم الجمهورية الواردة في المادة ٢/٨٦١ من القانون الحالي، هـي حـالات روعـي فيها حماية الجانب الضعيف في الدعوى وكونه متوطنًا أو مقيمًا في الجمهورية أو سبق تمتعه بجنسية الجمهورية، على حسب الأحوال، ولا شـك أن التخلي في الدعوى يذهب بهذه الرعاية، كما أن إجازة التخلي عن

---

(54) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

(55) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧، حيث يعرض للمعنى الوارد في المتن.

حالـــة عقـــد الاختصـــاص لـــتلك المحاكم على أساس القبول، من شأنه إمكان مصادرة هذا القبول" [56].

فكـــل مـــا تقـــدم، يؤكد الاعتقاد الراسخ لدى صاحب الفقه المعروض، بالطبـــيعة الآمـــرة المطلقة، لكافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي. ويوضح الفـــريق المائل، أنه لا ينال مما تقدم سماح الدولة أحيانًا بتنفيذ الأحكام الأجنبية فـــيها، لأن ذلـــك، إنما يرجع إلى عدم اختصاص محاكم الدولة التي سيتم فيها التنفـــيذ، بنظـــر النـــزاع المحســـوم، أمـــا إذا كان النزاع المحسوم، داخلاً في اختصـــاص محاكم الدولة التي سيتم التنفيذ على أرضها، فمرجع السماح بالتنفيذ – وفقًا للفقه المعروض – هو مراعاة اعتبار علم، مفاده، أن محاكم الدولة التي صـــدر عنها الحكم المراد تنفيذه، هي أيضًا مختصة بنظر النزاع المحكوم فيه، وفقًـــا لضـــابط اختصـــاص دولي، معترف به في الدولة التي سيتم التنفيذ على تـــرابها. فالسماح بتنفيذ الحكم هنا ليس مبناه الاعتراف بأن قضاء آخر يشارك القضاء الوطني في الاختصاص بنظر النزاع، وإنما مبنى الأمر، هو اعتبارات الملاءمـــة؛ فما دام أن النزاع قد عرض في الخارج أمام محكمة مختصة دوليًا، وصدر فيه حكم نهائي، فمن الملائم السماح بتنفيذ هذا الحكم لداعي "التعاون بين الدول والتعامل بالمثل ومنع المحكوم عليهم سيئي النية من الإفلات من العدالة. إذن فهـــذه هـــي الاعتـــبارات التـــي تسمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية على التراب الوطني، وكلها لا تفيد إطلاقًا "أن الدولة ترى أن المحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكـــم تعـــادل أو تشـــارك محاكمهـــا فـــي أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها من منازعات" [57].

---

[56] راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٨.

[57] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٤، والمراجع الواردة فيها.

ويـرى صـاحب الفقه المعروض أن القاعدة العامة التي أرساها آنفًا، يمكـن الخـروج عـنها، حال تعلق الأمر بضابط الجنسية، نظرًا لضعف هذا الأخيـر فـي مجـال الاختصـاص القضائي الدولي. فإذا تعلق الأمر بمواطن مصـري، غير مقيم في مصر أو متوطن فيها، هنا، يمكن اختصام الأخير أمام المحاكم الأجنبية، ولا يتصور إلزام المدعي في مثل هذه الفروض برفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، نظرًا لعدم توطن المدعى عليه أو إقامته في مصر. وقد رأيـنا من قبل أن المشرع الإيطالي قد اعتنق هذا النظر في المادة ٢ من قانون المـرافعات الإيطالـي؛ أو بعبارة أخرى، "إذا كان ضابط الاختصاص شخصيًا غيـر إقليمي، وهو ضابط الجنسية المصرية وحدها لدى المدعى عليه، بأن كان المدعـى عليه متمتعًا بهذه الجنسية غير متوطن وغير مقيم في مصر وليس له مـال فيها، كان من الصعب في هذه الصورة القول بأن تحقق المصلحة العامة بـأداء العدالة في إقليم الدولة يستلزم رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، وكان مـن السـهل قـبول الخـروج من اختصاص هذه المحاكم، خاصة وأن ضابط الجنسـية وحـده ضـابط ضعيف في ميدان الاختصاص القضائي، وها هو ذا القانـون الإيطالي يجيز الخروج من ولاية المحاكم الإيطالية إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزامات فيما بين أجانب أو فيما بين أجنبي وإيطالي غير متوطن وغير مقيم في إيطاليا (م٢ مرافعات). لكل ذلك نرى، أنه إذا كانت الدعوى داخلة في اختصاص المحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه وحدها (أي كونه متمـتعًا بالجنسـية المصرية)، ولم يتوافر في الدعوى ضابط آخر من ضوابط الاختصـاص، جـاز إخراج الدعوى من اختصاصها لصالح محكمة أجنبية أو محكمـين يـؤدون وظيفتهم في دولة أجنبية وفقًا لقانونها. ويكون هذا الخروج اسـتثناء يرد على القاعدة المتقدمة" [58]. تلك هي الأسس التي يقول بها الفريق

---

[58] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

الأول من الاتجاه القائل بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام في مصر.

ويذهب فريق ثان

مـــن أنصار الاتجاه المائل إلى القول بأنه إذا كانت قواعد الاختصاص الوظيفـــي والتـــي تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل الدولة تتسم بالصفة الآمـــرة، فإن القواعد التي تحدد لختصاص القضاء الوطني في مواجهة المحاكم الأجنبـــية تـــتعلق هـــي الأخرى – ومن باب أولى – بالنظام العام".[59] وتجدر الإشارة إلى أن الوضع المتقدم لا يحول بين المحكمة وبين حقها في التخلي "عن اختصاصـــها، إذا مـــا تبيـــنت أن حكمها في الدعوى سوف يكون معدوم القيمة الفعلـــية. ويحدث ذلك بصفة خاصة بالنسبة للدعاوى المرتبطة بنزاع قائم بالفعل أمـــام محكمة أجنبية، أو الدعاوى التي سبق رفعها أمام هذه المحاكم، ما دام أن القضـــاء الأجنبـــي في الحالتين هو الأقدر على الفصل في الدعوى وكفالة آثار الحكـــم الصادر في شأنها" [60] ومن ناحية أخرى، يميل الفقيه المائل، "إلى قبول الدفـــع بقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية إذا كانت هذه الدولة أقدر على الفصـــل فـــي النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه، ففي هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية في تقديرنا قبول الدفع، بل ولها – فوق ذلك – أن تقضي بإحالـــة الخصـــوم إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها" [61]. ولا ينال الوضع السابق، حسب نظر الفقيه المائل، من الطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي

ويرفض بعض أنصار هذا الاتجاه وجود أي استثناء على القاعدة المتقدمة: راجع في ذلك:
د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

[59] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٥.

[60] راجع د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧.
د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

[61] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢.

للمحـاكم المصـرية. وبـيان ذلك، أنه "لو كان صحيحًا أو قواعد الاختصاص الدولـي تـتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها إلا أن الحـل الـذي نقول به يجد هو الآخر أساسه في فكرة النظام العام ذاتها. إذ أن تصدي المحاكم الوطنية لنزاع تعرف مقدمًا أن حكمها في شأنه ليس له أية قيمة فعلـية، هـو أمـر يمس فاعلية القضاء الوطني وهيبته، ويتعارض بالتالي مع اعتـبارات النظام العام. ويبدو أن القضاء المصري المختلط، قد أحسن فهم هذه الحقـيقة، فقـد حكمـت محكمة الإسكندرية المختلطة، بإحالة النزاع المطروح أمامهـا مـن تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي رفعت إليها نفس الدعوى، وبـررت المحكمة حكمها السالف بكون مقتضيات النظام العام، تحتم الأخذ بهذا الحل منعًا لتضارب الأحكام" [62].

ويذهب فريق ثالث

من أنصار الاتجاه المعروض، إلى أن الملاحظ من البداية أن "فكرة النظام العام هـي مـن أعقـد الأفكار في مجال الدراسات القانونية، فتعريفها يشق وتحديد مضـمونها يكاد يستحيل" [63]. وقد تنوعت نظرة الفقه لفكرة النظام العام، فهناك مـن يـرى أن فكرة النظام العام واحدة، لكن رغم ذلك، فلها تطبيقات متنوعة، وعلـى العكـس من ذلك فالراجح، هو أن هناك نظامًا عامًا داخليًا ونظامًا عامًا دوليًا [64]. ويرى صاحب الفقه المعروض، أن فهم فكرة النظام العام الدولي في نطـاق نظـرية الاختصـاص القضائي الدولي، إنما يجب أن تكون في ضوء المعطـيات التالية: "إن نقطة البداية في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي على مسـتوى الجماعة الدولية هي تحقيق تناسق في توزيع الاختصاص بالمنازعات

---

(62) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٣، حيث يشير إلى الحكم الصادر من المحكمة المتقدمة، بجلسة ١٩٢٢/١/٩، والمنشور في: Clunet, 1922, p. 1043.

(63) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(64) راجع في ذلك: د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

الدولية بين الدول المختلفة. ونظرًا لافتقاد الجماعة الدولية إلى هيئة أو سلطة متميزة تتولى هذا التوزيع المتناسق أو تضع تنظيمًا موحدًا للاختصاص الدولي، تقوم كل دولة بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية، دون أن يعني ذلك الاحتكار، لأن الاحتكار يؤدي إلى التوقع، وإنما يبدو ذلك التحديد الذاتي في كل دولة كضرورة تمليها تلك الحالة الواقعية في عجز الجماعة الدولية" [65]. والتشريع المصري، قد حدد دوره في سد العجز المتقدم، حيث "يبين حالات الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وهو بذلك جعل في تقديره من هذه الحالات حدًا أو مستوى عامًا معقولاً لاختصاص المحاكم المصرية في المنازعات الدولية، حيث تمثل الجزء أو الجانب الذي تشارك به الدولة المصرية في الاختصاص القضائي على نطاق الجماعة الدولية، ولا غرو أن تتمسك به بحسب الأصل، ومقتضيات ذلك ألا تسمح للخصوم بأن يسلبوا أو يقتطعوا من هذا الجزء" [66]

ويذهب فريق رابع

من أنصار الاتجاه المعروض، إلى القول بأن "قاعدة وجوب رفع الدعوى ذات العنصر الأجنبي أمام محكمة مصرية، تمثل القاعدة التي تسري على كل الدعاوى ذات العناصر الوطنية الخالصة، فالقانون المصري يوجب رفع الدعاوى الأخيرة أمام محكمة مصرية" [67] وأساس هذا التماثل، كما يرى الفقيه الماثل، هو "غلبة العنصر الوطني على العنصر الأجنبي في هذه الدعاوى، بحيث اقتربت هذه الدعاوى من الدعاوى ذات العناصر الوطنية الخالصة، لدرجة استوجبت إخضاع هذه الدعاوى وتلك لحكم واحد، ينظم مدى

---

[65] د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

[66] د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

[67] د. أحمد حشيش، المقال السابق، ص ٣٧ – ٣٨.

وجـوب رفعها أمام محكمة مصرية" [68]" ومبنى تعلق هذه القاعدة بالنظام العام الإجرائـي فـي مصـر، هي بعض الاعتبارات التي علقت بالنظام العام قاعدة وجوب رفع الدعوى ذات العناصر الوطنية الخالصة أمام محكمة مصرية. فلئن كانت هذه القاعدة وتلك تتعلقان بنظام النطاق المكاني والشخصي لسريان قانون المـرافعات، لكـن مبنى قاعدة وجوب رفع الدعاوى ذات العنصر الأجنبي أمام محكمـة مصرية، هو مبدأ إقليمية قانون المرافعات وما يترتب عليه من إقليمية ولايـة القضـاء المصـري. ومؤدى ذلك أن هذه القاعدة الأخيرة تندرج ضمن القـواعد المـتعلقة بالـنظام العام الإجرائي في مصر، وتخضع لنظام القواعد الأخيرة" [69]. ويرتب صاحب الرأي المعروض، على ما تقدم النتائج التالية:

أ- لا يحـق للخصوم مخالفة قاعدة الاختصاص المعنية، وإذا ما حدث مـثل هذه الاتفاق، فهو باطل، "سواء كان سابقًا أو لاحقًا على رفع الدعوى ذات العنصـر الأجنبـي أمام محكمة مصرية" [70]. ويوضح الفقيه المماثل، أن هناك مخالفـة للقاعـدة المقـررة للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حينما يتفق الخصوم على رفع النزاع إلى محكمة أجنبية، وعلى العكس من ذلك، فلا توجد ثمـة مخالفـة، حـال الاتفـاق على عرض النزاع المعني على محكم وطني أو أجنبي. [71]

ب- ويـرى صاحب الرأي المعروض، عدم جواز الإحالة من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية [72]

---

[68] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٨.

[69] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٨.

[70] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٩.

[71] د. أحمد حشيش، الموضع السابق.

[72] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها.

تقدير الاتجاه السابق:

نـــود أن نشـــير، إلـــى أن أنصار الاتجاه المعروض، قد تأثروا كثيرًا بأمرين في هذا الصدد:

فمن ناحية أولى، تأثر أنصار الاتجاه الماثل جميعًا بالمادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي والتي تضع قاعدة عامة مقتضاها، عدم جواز مخالفة قواعد الاختصـــاص الدولي للمحاكم الإيطالية [73]. ومن ناحية ثانية، فقد تأثر أنصار الاتجاه الماثل أيضًا، بما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري لعـــام ١٩٦٨، حـــول قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، من ذلك ما قررته الأخيرة: "وتقوم أحكام هذه المواد على المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولـــي الخاص وهو أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية، وأن رســـم حـــدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة وولاية القضـــاء مع الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنـــيًا بصـــرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، ويبنى الاختصاص في هذه الحالـــة علـــى اعتـــبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيـــين والأجانـــب، إلا أنهـــا شخصـــية بالنسبة للأولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم، كذلك راعى المشرع اعتبار أن الأصل هو أن تؤدي الدولة العدالة في إقليمها وأن الأصل هو رعاية المدعى عليه...". وظاهـــر الحال من كل ما عرضنا آنفًا، أن أصحاب الاتجاه الماثل، إنما يهدفون

---

(73) حول المادة ٢ مرافعات إيطالي راجع:

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure In Italy, Martinus Nijhoff, The Hague Netherlands, 1965, p.95, as he says:

"Italian Giurisdizione may usually not be avoided by private agreement... Article 2 of the Code of Civil Procedure provides".

Italian Giurisdizione may not be derogated by agreement in favour of a foreign Giurisdizione or Arbitrators who function abroad, unless it is respect to a case relating to obligations between aliens, or an alien and a Citizen who neither resides nor is a domiciliary of the Republic...".

إلـــى هدف محدد، هو حظر قيام الخصوم بإرادتهم، بسلب الاختصاص المقرر للمحـــاكم المصـــرية، وفقًا لأحكام الاختصاص الدولي؛ أو بعبارة أخرى فالذي يلوح من هذه الكتابات، وعلى ضوء ما يطرحها أصحابها من رأي في مواضع أخـــرى متفرقة عندهم، أن جلّ اهتمام أصحابها من وراء قولهم باعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد متعلقة برمتها بالنظام العام، هو منع الخصوم فـــي المـــنازعات ذات الطبيعة الدولية، من أين يسلبوا بإرادتهم لختصاصًا ثابتًا للمحـــاكم المصـــرية، بمقتضى النصوص التشريعية المنظمة لهذا الاختصاص، وهـــذا هـــو المعنى الذي قصدوه وحسب" [74]. وفضلاً عما تقدم، فالبيّن لنا من الفقـــه المعـــروض، أن أصـــحابه جميعًا يربطون ربطًا وثيقًا بين سيادة الدولة وتنظـــيم الســـلطة القضائية من ناحية، وبين الطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص القضـــائي الدولـــي من ناحية أخرى؛ فما "لا تخطئه عين، هو أن أصحاب هذا الاتجـــاه يـــربطون بين فكرة سيادة الدولة وتنظيمها لمرفق القضاء وبين تعلق قـــواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام. فهم ينظرون إلى أداء العدالة بوصـــفها وظيفة من وظائف الدولة، ويقدرون أن الدولة التي ترسم حدود ولاية القضـــاء فـــيها بحســـبان كل ذلك تجسيدًا لفكرة المصلحة العامة وإقراراً للنظام والسكينة في إقليم الدولة" [75]

والملاحظ أن أصحاب الرأي المعروض، لا تتطابق آراؤهم على نحو مطلق:

فمـــن ناحـــية أولى، هناك من يرى عدم جواز سلب الاختصاص من المحـــاكم المصرية، على نحو مطلق، مع عدم جواز قيام المحكمة بالتخلي عن اختصاصها، كذا عدم جواز قيام الأخيرة بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية [76].

---

[74] د. عكاشـــة عـــبد العـــال، تنفـــيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك، مجلة الحقوق، ع٢، ١٩٩٢، ص ١٩٠.

[75] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

[76] راجع ما قبله، د. إبراهيم أحمد إبراهيم.

ومـــن ناحـــية ثانية، فبعض أصحاب الاتجاه المعروض يرى، تعلق كل قواعد الاختصـــاص الدولـــي للمحاكم المصرية بالنظام العام مع إمكان وجود استثناء علـــى ذلـــك، حال تعلق الأمر بضابط الجنسية نظرًا لضعفه في النطاق الماثل، حـــيث يجـــوز مخاصمة المصري أمام المحاكم الأجنبية، إذا لم يكن متوطنًا في مصـــر أو مقـــيمًا فـــيها. ويرى صاحب الرأي الماثل أيضًا، عدم جواز تخلي المحـــاكم المصـــرية عـــن اختصاصها الدولي، كذا عدم جواز إحالة النزاع من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية [77].

ومن ناحية ثالثة، فالثابت أن بعض أصحاب هذا الرأي يذهب إلى عدم جـــواز سلب الخصوم للاختصاص المقرر للمحاكم المصرية، مع حق الأخيرة في التخلي عن اختصاصها، إذا لم يكن النزاع على صلة بمصر [78].

ومـــن ناحـــية رابعة: يذهب بعض أنصار هذه الاتجاه إلى عدم أحقية الخصوم في سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية مع تقرير حق القاضي في إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية [79].

وظاهـــر الحال مما تقدم، أن هناك اتفاقًا بين جميع أنصار الاتجاه محل التقديـــر، علـــى عـــدم أحقـــية الخصوم في سلب الاختصاص المقرر للمحاكم المصـــرية، بمـــوجب أحكام الاختصاص القضائي الدولي. ولا يخفى على أحد مـــنهم – دون شـــك –، أنـــه في وسع الخصوم الاتفاق على سلب الاختصاص المقـــرر للمحاكم المصرية، والتداعي أمام محكمة أجنبية، بالرغم من اختصاص القضـــاء المصـــري، بنظر هذا النزاع لدخوله في حالة من حالات الاختصاص الدولـــي للمحاكم المصرية، ولن توجد ثمة مشكلة أمام الخصوم هنا، ما دام أن

---

(77) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

(78) راجع ما قبله، د. أحمد السيد الجداوي.

(79) راجع ما قبله، د. هشام صادق.

تنفيذ هذا الحكم سوف يتم خارج الإقليم المصري؛ أو بعبارة أخرى أن "ما يثير التساؤل الآن، هو هل من شأن موقف المشرع في هذا الشأن، بعدم إجازة سلب الاختصاص من المحاكم المصرية، منع أطراف المنازعات ذات الطابع الدولي – بالفعل – من سلب لختصاص المحاكم المصرية. ونحن نرى أن المشرع لن يستطيع فرض هذا الحظر على أطراف المنازعات ذات الطابع الدولي، إلا إذا كان الحكم الذي سيصدر في نزاعهم يحتاج إلى تنفيذه في مصر. أما في غير ذلك من حالات، فإن المشرع المصري لن يحرم الأطراف من القدرة على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية، سواء عن طريق الاتفاق على ذلك، هو يعتبر رضاءً صريحًا أو عن طريق قيام أحد الأطراف برفع النزاع أمام محاكم دولة أجنبية، وعدم اعتراض الطرف الآخر على ذلك، وهو ما يسمى الرضاء الضمني" [80] وأصحاب الرأي محل التقدير، مدعون من جانب الفقه الحديث، إلى إعادة النظر فيما يرونه من عدم جواز مخالفة أحكام الاختصاص الدولي، في ضوء الاعتبارات التالية [81].

أولاً: أن مادة المنازعة، هي علاقة خاصة دولية.

ثانيًا: أن المنازعات محل الاعتبار، إنما تتصل – بحكم طبيعتها – بأكثر من دولة، الأمر الذي يجعل محاكم أكثر من دولة على صلة بهذه المنازعات.

ثالثاً: لا يجوز لأية دولة أن "تحتكر وحدها حالات الاختصاص بنظر هذا النوع من العلاقات".

رابعًا: وجوب مراعاة مصالح التجارة الدولية.

---

[80] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٨ – ٥٩.

[81] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١، حيث يشير للاعتبارات المعروضة في المتن.

خامسًا: وجوب مراعاة "فكرة الملاءمة، وما للاختصاص القضائي من دور وظيفي قد يتباين من حالة لأخرى دون التقيد بأفكار جامدة تتأبى على التحديد والتعيين".

سادسًا: وجوب قيام الفقه بتوجيه كل عنايته إلى تحديد المحكمة الأوثق بالنزاع ومن ثم الأقدر على الفصل فيه [82].

ومقتضى ما تقدم، أن أحكام الاختصاص القضائي الدولي، لا تعتبر بمثابة وسيلة وطنية، لتأكيد السيادة في مواجهة السيادات الأخرى، كما أن هذه الأحكام ليست وسيلة دفاع ضد التعديات التي يمكن أن تحدث من المحاكم التابعة للدول الأخرى؛ أو بعبارة أخرى، فإن "المشرع المصري، حين صاغ حالات الاختصاص القضائي الدولي عنده، لم يقصد من وراء ذلك، إلى تأكيد سيادته في مواجهة الدول الأخرى، أو بناء أكثر من خط دفاعي لعمليات هجوم متصور من محاكم الدول الأجنبية التي قد تكون على اتصال بالنزاع، إن كل ما فعله، هو إيمان منه بأنه بهذا التنظيم إنما يقنن قدرته على الفصل في المنازعات التي يتوافر في شأنها ضابط من ضوابط الاختصاص التي عينها، وهي قدرة ليست مطلقة، ولا مانعة على طول الخط، لقضاء الدول الأخرى من الفصل في المنازعات التي تدخل أيضًا في نطاق اختصاصه" [83]. وقد سبق للبعض أن عبر عن ذات المعنى المتقدم، مصرحًا بأن الدولة "لا تضع قواعد الاختصاص القضائي لتأكيد سيادتها في مواجهة الدول الأخرى، فجهازها القضائي لا يستخدم كوسيلة دفاع ضد اعتداءات السيادات الأجنبية التي يتصل بها النزاع من قرب أو بعيد. فقواعد الاختصاص الدولي، كقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، إن وضعت لحسن إدارة القضاء، فهي في الحقيقة قد وضعت أيضًا لمصلحة المتقاضين وللتسهيل عليهم" [84].

---

[82] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

[83] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١ – ١٩٢.

[84] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

والمستفاد مما تقدم، أن النظر لأحكام الاختصاص القضائي الدولي، بوصفها مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، يجب ألا يمنعنا من النظر إلى الوظيفة التي يرجى أن تؤديها هذه القواعد، ألا وهي توفير الحماية القضائية للمتعاملين على المستوى الدولي [85]. ولا شك أن التغاضي عن الاعتبار الأخير، من شأنه إهدار الهدف الذي وجد القانون الدولي الخاص، من أجل تحقيقه، والذي يتمثل في تعايش النظم القانونية جنبًا إلى جنب؛ أو بعبارة أخرى "لا شبهة في أن إغفال هذا الجانب الأخير، يترتب عليه قطع، للمجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية، وإجهاض هدف القانون الدولي الخاص، المتمثل في تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية" [86].

ويذهب البعض إلى القول بوجود تناقض منطقي بين إعطاء الإرادة حق جلب الاختصاص الإضافي لولاية القضاء الوطني، وبين حرمان ذات الإرادة، من حق سلب الاختصاص الممنوح للقضاء الوطني بداءة، بموجب نصوص التشريع [87]. "فمنطق التمسك بأن الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام، يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال تقرير هذا الاختصاص جلبًا له أو سلبًا إياه، ولذلك كان الفقه الرافض لتلك الإرادة الفردية في كل من الوجهين السلبي والإيجابي منطقيًا مع نفسه. وإذا كان رأي هذا الفقه لم تكتب له الغلبة وساد الرأي القائل بالاعتداد بالخضوع الاختياري

---

(85) في هذا المعنى:

Holleaux (D), Compétence du juge étranger et reconnaissances des jugements, Paris, 1970, no. 401, p. 379;

وراجع أيضًا: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(86) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(87) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

في وجهه الجالب ورفضه في وجهه السالب، فلعل الصحيح أن يقال بأن السبب في هذا الوضع هو وجود النزعة الوطنية في كل دولة..."[88].

ويضيف البعض إلى ما تقدم، قولهم بعدم إمكان القول بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام مع القول في ذات الوقت، بإمكان الإحالة من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية حسبما يرى البعض من أنصار الرأي المعروض؛ أو بعبارة أخرى "لا يسوغ الجمع بين القول بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام والقول بإمكانية قبول مبدأ الدفع بالإحالة أمام المحاكم المصرية لرفع دعوى عن ذات المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية كما يذهب بعض أنصار هذا الاتجاه"[89].

هذا إلى أن القول، بأن المشرع الوطني، في كل دولة إنما يقوم، برسم النطاق الذي يقدم فيه الحماية القضائية الدولية، بحيث لا يجوز لأي قضاء آخر، تقديم مثل هذه الحماية إعمالاً لقانون دولته، مثل هذه المقولة إنما تتسم بالأحادية في الرؤية، وتعوزها الشمولية، تلك التي تمكنا من سد حاجة المعاملات الدولية، وما تحتاج إليه من حماية قضائية؛ أو بعبارة أخرى، فإن "القول بأن الدولة وهي تحدد لختصاص محاكمها بمنازعات معينة إنما تجري هذا التحديد بالقدر الذي تراه لازمًا لأداء العدالة في إقليمها دون أن يكون لمحاكم أي دولة أخرى أن تحل محل محاكمها في أداء هذه العدالة، هو قول ينظر للأمور من زاوية واحدة

---

[88] د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ٩٤ – ١٩٥.

د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٤٥ – ٤٤٦، حيث يقولان: "إن القول بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال تقرر هذا الاختصاص جليًا له أو سلبًا إياه".

[89] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢ – ١٩٣. والثابت أن من القائلين بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مع جواز الإحالة: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣٤، وراجع ما قبله.

فيفتقـر بـذلك إلـى الشمول في الرؤية الذي تفرضه حاجة المعاملات الدولية والتعاون الواجب بين الدول"[90].

ومـن هذا المنطلق، فمن الواجب على المشرعين في الدول المختلفة، حيـنما يتصدون لتقرير نطاق الحماية القضائية الدولية التي يقدمها كل منهم، أن يحققـوا التناسـق المطلوب في هذا الصدد، دون احتكار، وما يترتب عليه من تقوقع؛ أو بعبارة أخرى أن "نقطة البداية في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي علـى مسـتوى الجماعـة الدولـية، هي تحقيق تناسق في توزيع الاختصاص بالمنازعات الدولية بين الدول المختلفة، ونظرًا لافتقاد الجماعة الدولية إلى هيئة أو سـلطة متميـزة تتولـى هـذا الـتوزيع المتناسـق أو تضع تنظيمًا موحدًا للاختصاص الدولي، تقوم كل دولة بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنـية، دون أن يعني ذلك الاحتكار، لأن الاحتكار يؤدي إلى التقوقع، وإنما يـبدو ذلـك التحديد الذاتي في كل دولة كضرورة تمليها تلك الحالة الواقعية في عجـز الجماعـة الدولية"[91]. والمنطق الاحتكاري – إن جاز لنا استعمال هذا التعبيـر في المقام الماثل – إنما يناهض الحقيقة التي يسلم الجميع بها، ألا وهي أن كل دولة لا تعيش في الكون بمفردها، بل هي فرد في الجماعة الدولية. كما أن المـنطق السـابق، ينطوي بالضرورة على مساس بسيادات الدولة الأخرى، بحرمانها من تقديم الحماية القضائية الدولية على إقليمها. وفي النهاية فمن شأن المـنطق السـابق إهـدار القيمة الدولية للأحكام، بجعلها عديمة الفعالية، خارج نطـاق الدولـة التي صدرت عنها في الكثير من الأحوال، على أساس مخالفتها لأحكـام الاختصـاص القضائي الدولي في دولة التنفيذ؛ أو بعبارة أخرى "فإذا كانـت الدولة حرة في تحديد حالات الاختصاص لمحاكمها الوطنية، إلا أن ذلك

---

(90) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٣.

(91) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

لا يعني – كما أشار البعض بحق – أنها تحتكر الاختصاص بكل المنازعات الدولية التي تطرح عليها، لأن الاحتكار فوق كونه مخالفًا لمعطيات وجود الدولة في الجماعة الدولية، ينطوي على مساس بحقوق الدول الأخرى في المشاركة بنصيب في الاختصاص بالمنازعات الدولية التي تطرح أمام محاكمها، وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الاحتكار يحمل في طياته خطر تجريد الأحكام التي تصدرها الدول من كل أثر لها في أية دولة أجنبية تكون على صلة بالنزاع بحسبان أنها أحكام صادرة بالمخالفة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في هذه الدول"[92].

وإذا كان بعض أنصار الاتجاه المعروض، إنما يعولون على صياغة النصوص المقررة للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حيث يبدأ كل نص معني بمكلمة "تختص محاكم الجمهورية"، فالثابت بحق "أن تحديد مدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، يجب أن ينبع من طبيعة الاختصاص الدولي ذاته، ومقتضيات العلاقة القانونية الدولية محل النزاع، لا من الدلالة اللغوية أو الاصطلاحية لألفاظ النصوص"[93].

ومما يعاب على بعض أنصار الاتجاه الأول، أنهم قاسوا أحكام الاختصاص القضائي الدولي، على أحكام الاختصاص الوظيفي الداخلي، الأمر الذي دفعهم إلى تعدية حكم الاختصاص الوظيفي الداخلي، إلى الاختصاص الدولي؛ بمعنى، أنه ما دامت أحكام الاختصاص الوظيفي تتعلق بالنظام العام، فإن هذا الوضع يوجب لديهم القول بأن أحكام الاختصاص القضائي الدولي، هي أيضًا متعلقة بالنظام العام، على أساس القياس[94]. وقد ذهب البعض – وبحق –

---

(92) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(93) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(94) راجع ما قبله، د. هشام صادق.

إلـــى القـــول بأنه "لا ينبغي أن يعتد لدى الإجابة على السؤال المطروح بمفهوم الـــنظام العـــام فـــي القانون الداخلي. وذلك لأن للنظام العام في نطاق المراكز القانونـــية ذات الطابـــع الدولي مفهومًا آخر يختلف اختلافًا بيّنًا عن مفهومه في القانـــون الداخلـــي، الأمـــر الذي يجعل ما صدقه في نطاق هذه المراكز أضيق بكثير مما صدقه في نطاق القانون الداخلي، فكم من قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العـــام في نطاق القانون الداخلي، يجوز الخروج عن حكمها في نطاق المراكز القانونية ذات الطابع الدولي، وسواء كان مصدر الخروج حكم قانوني أجنبي أم كـــان اتفاق الأفراد، وذلك نزولاً على مقتضيات اطراد وازدهار ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود"[95].

وفضـــلاً عمـــا تقدم، فقد لاحظ البعض أن بعض أنصار الاتجاه القائل بـــتعلق قـــواعد الاختصاص بالنظام العام، لم يلتزم بمنطق قوله هذا على طول خـــط ترتيب النتائج التي تنبني على تعلق إحدى قواعد توزيع ولاية القضاء بين محـــاكم الدولـــة الـــواحدة بالنظام العام. فهو إن كان قد قال بعدم جواز إخراج النزاع من مجال ولاية القضاء المصري، وهو ما يتفق ونتائج تعلق قاعدة تعيين المحكمـــة المختصـــة بالـــنظام العام، فقد سلم بما يناقض هذه النتائج من القول بوجـــوب إيـــداء الدفـــع بانتفاء الولاية في بدء الخصومة كيفما يتسنى للقاضي المصـــري.. أن يقضـــي به، وهو القول الذي يعني أن الحق في إبداء هذا الدفع يسقط إن لم يدفع به في ذلك الوقت"[96]. ومفاد ما تقدم، أن سقوط الدفع المعني، بعـــدم إبدائه عند بدء الخصومة، إنما يقطع بعدم تعلقه بالنظام العام، لأنه لو كان متعلقًا بالنظام العام – كما يرى أصحاب الرأي المعروض – لجاز إبداته في أية حالة كانت عليها الدعوى، وهذا عكس ما انتهى إليه المعنيون.

---

(95) د. عـنايت ثابت، مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٩٩.

(96) د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٠.

وعلى أي حال، فإن الاستثناء الذي أورده بعض أنصار الاتجاه المعروض، والذي بمقتضاه، يجوز سلب الاختصاص من المحاكم المصرية، إذا ما تعلق الأمر بضابط الجنسية نظراً لضعفه[97]، فمثل هذا الاستثناء إنما يفيد أمران: الأمر الأول، هو أن صاحب هذا الاستثناء قد جعل من الخضوع الاختياري في وجهيه الإيجابي والسلبي أمراً تقديريًا، بحيث ينضوي تحت "المفهوم الشامل لفكرة الملاءمة كأساس في توزيع الاختصاص القضائي الدولي"[98]. أما الأمر الثاني، فهو أن قبول مبدأ الاستثناء على الطبيعة الآمرة والمطلقة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، حال تعلق الأمر بضابط الجنسية، إنما يسمح بإدخال استثناءات جديدة في هذا الصدد، إذا ما توافرت حكمة ذلك. كما أن تسليم صاحب الرأي السابق، بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، رغم صدورها في مادة تدخل في حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية[99] – على سبيل الاستثناء – إنما ينال دون شك على نحو أو آخر من القاعدة الصارمة التي أرساها صاحب الرأي المتقدم، من عدم جواز سلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصرية. وبعد أن فرغنا من تقدير الاتجاه الأول، تعين علينا عرض الاتجاه الثاني، ثم تقديره بعد ذلك، وهذا ما سنخصص له المبحث الثاني.

---

(97) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

(98) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ٩٦.

(99) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

المبحث الثاني

الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي

فقه هذا الاتجاه: [100]

يذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى تقسيم حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية إلى طائفتين: الطائفة الأولى، وتشتمل حالات الاختصاص الأصلي، أما الطائفة الثانية، فتشتمل حالات الاختصاص الجوازي. والملاحظ لدى أصحاب هذا الاتجاه، أن التفرقة المتقدمة، لها أهميتها، حيث أن حالات الاختصاص الأصلي تعتبر من النظام العام في مصر، في حين أن حالات الاختصاص الجوازي، ليست من النظام العام[101]. ومقتضى ما تقدم، أنه إذا تعلق الأمر بحالة اختصاص دولي، وكانت الأخيرة من حالات الاختصاص الأصلي، فهي إذاً متعلقة بالنظام العام، فمعني ذلك عدم جواز الاتفاق بين الخصوم على مخالفتها، بسلب الولاية التي منحها المشرع للمحاكم المصرية في هذه الحالة. وعلى العكس من ذلك،إذا كانت الحالة المعنية من حالات الاختصاص الجوازي، فهي ليست متعلقة بالنظام العام، ومعنى ذلك، حق الأفراد في الاتفاق على ما يخالفها وسلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصرية في هذا الخصوص[102]. والمستفاد مما تقدم، أنه إذا اتفق الخصوم على سلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصرية، بموجب حالة من حالات الاختصاص الأصلي، ورغم ذلك، قام أحد الخصوم بمخالفة هذا الاتفاق واللجوء إلى المحاكم المصرية بطلب الحكم بإلغاء الشرط السالب للاختصاص، وباختصاص المحكمة المصرية بحسم المنازعة المعنية، هنا يحق للمحكمة

---

(100) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧ وما بعدها.
د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها.
د. هشام خالد، الشرط السالب، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.
(101) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ١٩٩٢، ص ٦١٧.
(102) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧.

المصرية الحكم ببطلان هذا الشرط السالب لاختصاصها، نظراً لتعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الأصلي. وعلى العكس مما تقدم، فإذا اتفق الخصوم على سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، بموجب حالة من حالات الاختصاص الجوازي، وقام أحد الخصوم بمخالفة هذا الاتفاق واللجوء إلى المحاكم المصرية بطلب إلغاء هذا الشرط السالب للاختصاص، وباختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع المعني، هنا يحق للمحكمة المصرية رفض هذا الطلب، والحكم بعد اختصاصها بنظر النزاع، نظراً لتعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الجوازي. ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن التفرقة بين حالات الاختصاص الوجوبي وحالات الاختصاص الجوازي لمحاكم المصرية، كانت ظاهرة في ظل النصوص التشريعية التي أوردها قانون المرافعات الملغي رقم ١٩٤٩/٧٧، "حيث كان نص المادة ٣ قد استهل بكلمة "تختص"، أما المواد ٨٦٠ إلى ٨٦٧ الواردة بالكتاب الرابع من القانون فمنها ما كان يبدأ بكلمة "تختص" و منها ما كان يستهل بعبارة " يجوز رفع الدعوى..."[103]. ويستند صاحب الرأي المعروض على ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر عام ١٩٥١، والذي بمقتضاه تمت إضافة الباب الربع إلى قانون المرافعات ١٩٤٩/٧٧، وقد جاء في المذكرة، "بأن المشروع قد رأى إبراز الأحوال التي يكون فيها اختصاصه جوازياً، فجعل اختصاص القضاء الوطني أصلياً في الأحوال المنصوص عليها في المواد ٨٦١، ٨٦٣، ٨٦٦ وجوازياً في الأحوال المنصوص عليها في المواد ٨٦١/٢، ٨٦٢، ٨٦٤"[104].

والملاحظ، أن النصوص المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية في قانون المرافعات الحالي، قد استهلت جميعها بعبارة "تختص

---

[103] د. محمد كمال فهمي، الموضع السابق.

[104] مشار لها في: د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٨.

محاكم الجمهورية...". وإزاء ما تقدم، ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول برفض التفرقة بين الاختصاص القاصر والمشترك قائلاً "أن محاكم الدولة تكون مختصة أو غير مختصة. فهناك بالنسبة لمحاكم دولة معينة اختصاص وعدم اختصاص، ولكن لا يوجد اختصاص قاصر عليها واختصاص غير قاصر عليها، وذلك لأن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها ولا توجد سلطة عليا فوق الدولة ترسم حدود ولاية القضاء لكل منها، وكل دولة وهي تحدد اختصاص محاكمها لا تسلم بأن محاكم أي دولة أجنبية يمكن أن تعادل محاكمها في أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها، أو أن تزاحمها في هذا الاختصاص"، "وليس أدل على عدم وجود اختصاص مشترك، من أن "الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محاكم دولة أخرى مجحود في فقه القانون الدولي الخاص وفي القانون الوضعي"[105]. وقد أجيب على ذلك، بأن "المشرع إذا استعمل في تقنين واحد اصطلاح "تختص المحاكم المصرية" في موضع وعبارة "يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية" في موضع آخر، فهذا أمر يقطع في الدلالة على اتجاه نية المشرع إلى التفرقة بين الحالتين من حيث طبيعة الاختصاص، وهذا ما فعله المشرع في قانون ١٩٤٩، وهو ما أفصح عنه فعلاً في مذكرته الإيضاحية، أما إذا استعمل المشرع اصطلاح "تختص" المحاكم المصرية استعمالاً مطلقاً في جميع النصوص المتعلقة بالاختصاص العام، كما فعل في تقنين المرافعات الحالي، فإن هذا الأمر لا يقطع في الدلالة على اتجاه نية المشرع إلى هدم التفرقة المشار إليها وإلى التسوية بين جميع الحالات من حيث طبيعة الاختصاص، لأن كلمة "تختص" المحاكم إذا استعملت استعمالا مطلقاً عاماً، لا تعني أكثر من ثبوت ولاية القضاء لتلك المحاكم، دون أن تفصح عن طبيعة الاختصاص في الحالة التي نحن بصددها، ومن المألوف أن يستعمل المشرع اصطلاحا عاما تاركاً أمر التفصيل لاجتهاد الفقه والقضاء"[106].

---

[105] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط٩، ص ٧٤٣.

[106] د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٩.

ويستند صاحب الرأي المعروض إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي، بخصوص نص المادة ٢٩٨ والمتعلقة بشروط تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في مصر، فقد صرحت الأخيرة بأنه "قد أخذ المشروع بحكم القانون القائم في أن الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية يتحدد وفقاً لقانونها، ولكنه أورد عليه قيداً مؤداه أنه يتعين ألا تكون المنازعة التي صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه داخلة في اختصاص محاكم الجمهورية، وذلك لكفالة عدم الانتقاص من هذا الاختصاص ... ولم يشأ المشرع أن يعالج في هذا النص مسألة الاختصاص القاصر على محاكم دولة التنفيذ والاختصاص المشترك فيما بينها وبين المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، لأنها مسألة فقهية يحسن تركها لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهان بها تطور المعاملات الخاصة الدولية ...". ويرى صاحب الرأي المعروض، أن التعليق السابق، والذي أوردته المذكرة الإيضاحية، بخصوص المادة ٢٩٨ مرافعات حالي، صريح وقاطع في عدم اتجاه نية المشرع المصري في القانون الجديد، إلى هدم التفرقة بين الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي، والتي كانت قائمة في ظل قانون المرافعات القديم لعام ١٩٤٩[107]. وفضلاً عما تقدم، يؤكد الفقيه المماثل، "عدم إمكان هدم التفرقة بين الاختصاص الأصلي والاختصاص الجوازي، لأن مثل هذه التفرقة إنما تفرض نفسها بالضرورة، لأن من حالات الاختصاص العام ما لا تحتمل إلا أن تكون من حالات الاختصاص الجوازي"[108]. وتوضيحاً لوجهة النظر السابقة، يقول الفقيه المماثل، أن المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات الحالي، تنص على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي تُرفع على الأجنبي الذي ليس له

---

(107) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٩.

(108) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٠.

موطن أو محل إقامة في مصر إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الإقليم المصري". وتنص المادة ٢٨ مرافعات حالي، على انه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي تُرفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج". "ففي الحالتين، استعمل المشرع المصري عبارة "تختص محاكم الجمهورية". ولكن هل يعني هذا أن طبيعة الاختصاص واحدة في الحالتين؟ من الواضح أن الاختصاص في الحالة الأولى وجوبي أو إلزامي، لأنه يقوم على واقعة إقليمية وهي وجود المال محل النزاع بالإقليم المصري، ولكن الاختصاص في الحالة الثانية، لا يمكن أن يكون إلا جوازياً، لأن المبدأ هو جواز اختصام أي شخص أمام محاكم دولته نتيجة لسيادة الدولة الشخصية على رعاياها، ولأن وجوب اختصام الشخص أمام محاكم دولته أمر لا يمكن التسليم به لا قانوناً ولا عقلا، لأن معناه أنه لا يجوز رفع الدعوى على الأجنبي بأية حال وبناء على ذلك، فإن مجرد كون المدعى عليه مصري الجنسية – الذي يعتبر سببا لثبوت ولاية القضاء للمحاكم المصرية – لا يحول دون قبول المصري المدعى عليه لولاية محكمة أجنبية في منازعة معينة ولا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، طالما لم يتحقق للمحاكم المصرية أي سبب من أسباب الاختصاص الأصلي بالمنازعة"[109].

وفي ضوء ما تقدم، ينتهي الفقيه المائل إلي القول بأنه لا يزال متمسكاً بوجهة نظره في ظل قواعد قانون المرافعات الجديد والتي توجب التفرقة بين حالات الاختصاص الإلزامي وحالات الاختصاص الجوازي، حيث أن النصوص التي أوردها قانون المرافعات الجديد، لا تحول دون الأخذ بها؛ "وراءنا في تلك التفرقة ما تكشف عنه طبيعة الحالة بوضوح، ومرجعنا كذلك

---

[109] د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٠ – ٦٢١.

الأصـــل التاريخـــي للنص، وعلى الأخص بالنسبة لحالات الاختصاص المبنية علـــى نوعـــية الدعـــوى[110]. على أثر ما تقدم، يعرض الفقيه المائل، لحالات الاختصاص الوجوبي ولحالات الاختصاص الجوازي وذلك على النحو التالي:

أولاً: يشمل الاختصاص الإلزامي أو الوجوبي الحالات التالية:

أ- إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته في مصر[111].

ب- إذا كان للأجنبي المدعي عليه موطن مختار في مصر[112].

ج- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في مصر[113].

د- حال وجود مال في مصر[114].

هـــ- حـــال نشأة الالتزام في مصر أو تنفيذه على ترابها أو وجوب تنفيذه فيها[115].

و- إذا تعلق الأمر بإفلاس أشهر في مصر[116].

ز- مسائل الولاية على المال[117].

ح- مسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة[118].

---

(110) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢١.

(111) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢١

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٣.

(112) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٦.

(113) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٧.

(114) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٧ – ٥٩.

(115) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٩ – ٦٣٠.

(116) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٩ – ٦٠.

(117) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣١.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٠.

(118) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٢.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦١.

ط- الإجراءات الوقتية والتحفظية[119].

ثانياً: ويشمل الاختصاص الجوازي الحالات التالية:

أ- إذا كان المدعى عليه مصري الجنسية[120].

ب- الخضوع الاختياري[121].

ج- المسائل الأولية والطلبات العارضة والدعوى المرتبطة[122].

د- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يُراد إبرامه لدى موثق مصري[123].

هـ- طلب فسخ الزواج أو التطليق أو التفريق البدني[124].

و- طلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير[125].

ز- الدعوى المتعلقة بنسب صغير يقيم في مصر، أو بالولاية عليه[126].

---

(119) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٢ - ٦٣

راجع د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٤٠ - ٤١ حيث يعرض لفكرة السريان الشخصي والسريان الإقليمي لقانون المرافعات المصري، كذا لفكرة غلبة العنصر الوطني على العنصر الأجنبي في الخصومة، كذلك للفكرة المعاكسة وهي غلبة العنصر الأجنبي على العنصر الوطني في الخصومة. فما تقدم يشكل أساس الفقه المعروض لسيادته. وهي مسألة جديرة بالتنويه.

(120) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٥ - ٦٩.

(121) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٨.

(122) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٠.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٤.

(123) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٣.

(124) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٩.

(125) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٣.

ح- الدعـــوى المـــتعلقة بمســـألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعـــي وطنـــياً، أو أجنبـــياً متوطنا في مصر، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى[127].

هـــذه هي حالات الاختصاص الجوازي التي قال بها جانب من أنصار الاتجاه القائل، بوجوب تقسيم حالات الاختصاص القضائي الدولي، إلى وجوبي أو إلزامي وجوازي.

ويذهب فريق آخر

مـــن أنصار هذا الاتجاه، إلى تأييد الرأي السابق، على أساس اتفاقه مع "روح النصـــوص المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي"، مع الانطلاق من "نقطة بداية مختلفة"[128]. وإيضاحا لرأيه، يذهب الفقيه المتقدم إلى القول بأن تحديـــد "مـــدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، يجب أن ينبع من طبيعة الاختصاص الدولي ذاته ومقتضيات العلاقة القانونية الدولية محل النزاع، لا مـــن الدلالـــة اللغـــوية أو الاصطلاحية لألفاظ النصوص"[129]. ووفقاً للرأي المعـــروض، فمـــن الملائـــم، العـــودة بقواعد الاختصاص إلى حظيرة القانون الخـــاص، وحتـــى إذا سلمنا بالطبيعة المختلطة لقواعد الاختصاص، حيث أنها تحقـــق أغـــراض عامة وأغراض خاصة في نفس الوقت، وكانت هذه الطبيعة

---

(126) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٢ – ٧٣.

(127) د. محمد كمال فهمي، الموضع السابق.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

راجع ما قبله، حيث بينا الأساس الذي يستند إليه الفقيه القائل في الحلول المعروضة الآن.

(128) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١.

(129) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

المختلطة مبررة في نطاق القانون الداخلي، فإن القانون الدولي الخاص أولى بها؛ أو بعبارة أخرى "وحتى إذا قلنا أن الاختصاص القضائي ذو طبيعة مختلطة تفرضها من ناحية أغراض عامة متصلة بقواعد العدل وحسن إدارة القضاء، ومن ناحية أخرى مقتضيات حماية المصالح الخاصة للأفراد، وكانت هذه الطبيعة تجد تبريراً في نطاق القانون الداخلي، فإن بقاؤها في مجال القانون الدولي الخاص أولى، فلا شك أن من أهداف هذا القانون هو العمل على تنظيم الروابط الخاصة الدولية، وتأمين العلاقات القانونية التي تنشأ عبر الحدود الوطنية، وكما يرى الفقه الراجح، أن توفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية هو مرمى القانون الدولي الخاص، فيجب دائما لذلك حماية توقعات الأفراد"[130].

ويستمر الفقيه المائل، عارضاً رأيه، حيث يسلم بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد آمرة، ولكنها لا تتعلق بالنظام العام بدرجة واحدة. وبيان ذلك، أنه "لا يوجد تطابق .. بين الصفة الآمرة لقاعدة قانونية ما واعتبارها من النظام العام، فإذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، هي دائماً قواعد آمرة، إلا أن العكس لا يكون صحيحاً في جميع الأحوال، فقد توجد قاعدة قانونية آمرة ولكنها لا تتعلق بالنظام العام. فالقاعدة التي تفرض إجراء تصرف معين في شكل خاص هب قاعدة آمرة لا يمكن الخروج عليها ولكنها لا تعتبر بالضرورة من قواعد النظام العام، فالنظام العام لا يتعلق إلا بكل ما هو ضروري ولازم لحسن إدارة وسير النظم الأساسية في المجتمع وبكل ما يسمى المبادئ العليا التي يقوم عليها مجتمع الدولة"[131]. وانطلاقاً من المقدمة السابقة، ومقتضاها تفاوت درجة تعلق قواعد الاختصاص القضائي

---

(130) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(131) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٤ – ٢١٥، والمراجع المشار إليها فيه.

الدولي بالنظام العام، يرى الفقيه المائل، وجوب تقسيم قواعد الأخير على النحو التالي: "فالقواعد التي يقصد من ورائها حسن إدارة القضاء وحماية السلام العام فهي تتعلق بالنظام بدرجة وثيقة ويبطل كل اتفاق يتم بين الأطراف بقصد الخروج عن تلك القواعد، و نذكر منها القاعدة التي تعقد الاختصاص لمحاكم المصرية بنظر الدعاوى المتعلقة بمال موجود في مصر أو المتعلقة بمسائل الإفلاس وكذلك الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية، فهنا توجد رابطة قوية بين النزاع والإقليم المصري وتبرر اختصاص المحاكم الوطنية وتجعل الحكم الصادر منها مكفول النتائج والآثار التنفيذية، وهذا على عكس الحال في خصوص القواعد الأخرى المنظمة للاختصاص القضائي والتي ترمي أساساً إلى التيسير على المتقاضين ورفع الحرج عنهم، وهي عادة تكون الرابطة فيها بالإقليم المصري ليست من القوة التي تبرر قصر الاختصاص على المحاكم المصرية ومنع الأطراف من الخروج عنها ونذكر من تلك القواعد ما يبني فيها الاختصاص على أساس الجنسية المصرية للمدعى عليه أو على أساس قبول أطراف الدعوى، وكذلك ضابط الاختصاص في المسائل الأولية والدعاوى المرتبطة عموماً وضابط موطن أو محل المدعى عليه..." [132].

ويؤكد الفقيه المائل أن المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري يمكن أن تؤدي دوراً مزدوجاً: فمن ناحية أولى، تعتبر المادة السابقة جالبة للاختصاص. ومن ناحية أخرى، تعتبر سالبة الاختصاص المقرر للمحاكم المصرية ولا يوجد في نصوص التشريع المعني ما يحول دون ذلك، ولو أراد المشرع المصري منع الخصوم من سلب الاختصاص المقرر للمحاكم المصرية لنص على ذلك صراحة وعلى نحو قاطع؛ أو بعبارة أخرى "إذا كان المشرع قد جعل من إرادة الخصوم ضابطاً لعقد الاختصاص في المحاكم المصرية في المادة ٣٢ من

---

[132] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٥ – ٢١٦.

قانون المرافعات، أي من شأنها جلب الاختصاص للقضاء الوطني، فإننا لا نتفق مع الفقه المصري الذي يؤيد الصياغة المفردة لتلك المادة، وجعلها فقط سبباً لجلب الاختصاص للقضاء المصري دون أن تسلبه مستنداً في ذلك إلى الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية. ونحن نرى أن المادة ٣٢ مرافعات يمكن أن تلعب دوراً مزدوجاً، فهي إن أجازت للأفراد الخضوع الإرادي للقضاء المصري، فهي في ذات الوقت لم تمنع الخضوع الإرادي لقضاء دولة أجنبية، ولو أراد المشرع منع الدور السالب لإرادة الأطراف، أي الخروج عن اختصاص المحاكم المصرية لنص على ذلك دون تردد"[133].

وتفريعاً على ما تقدم، يرى الفقيه المائل بإمكان سلب الاختصاص الدولي المقرر للمحاكم المصرية، إذا ما تعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الجوازي، حيث يجوز للخصوم الاتفاق على تقرير الاختصاص لمحكمة أجنبية معينة[134].

والرأي المعروض – في نظر صاحبه – "لا يتعارض مع روح النصوص المنظمة للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية، فمن شأنه ملاءمة ظروف ومصالح التجارة الدولية طالما أن هذا لا يتعارض مع قاعدة من قواعد الاختصاص متعلقة مباشرة بالنظام العام أو تفرضها قاعدة من قواعد البوليس والأمن المدني"[135]. وفي النهاية، فإنه مما يدعم الرأي المعروض – حسبما يرى صاحبه – إجازة المشرع للتحكيم، سواء كان ذلك في نطاق نصوص قانون المرافعات أو قانون استثمار رأس المال العربي و الأجنبي، استجابة لمقتضيات الحياة الخاصة الدولية. [136]

---

[133] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

[134] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٧.

[135] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٨ – ٢١٩.

[136] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٩.

تقدير هذا الاتجاه:

يـذهب جانـب مـن الفقه إلى القول بأن الاتجاه الذي يتزعمه د.محمد كمال فهمي، له فضل "إبراز أهمية الربط بين طبيعة الاختصاص المباشر الذي يكـون للمحاكم المصرية وبين الاختصاص غير المباشر الذي يثور في الفرض الذي يراد فيه تنفيذ حكم أجنبي في مصر". ذلك أن المعروف أنه "يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بالفصل في النزاع الـذي صدر فيه هذا الحكم وطبيعي أن يكون اختصاص المحاكم المصرية الذي يحـول دون تنفـيذ الحكم الأجنبي اختصاصا أصليا أو وجوبياً، أما اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع جوازا فليس من شأنه أن يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبـي في مصر"[137]. وقد لاحظ البعض، أن الرأي المتقدم "يعبر عن حقيقة قائمـة مـن ناحـية، ويفصـح عن وجود ما يمكن تسميته بالأزمة من ناحية أخرى"[138].

فمن ناحية أولى، الرأي محل الدراسة، إنما يكشف بصدق، عن وجود حـالات اختصـاص، تـربط ارتباطا وثيقا بالإقليم المصري، على نحو يبرر اسـتئثار المحـاكم المصرية بنظر كافة المنازعات المتعلقة بها. وهناك حالات اختصـاص أخرى، يختص القضاء المصري والأجنبي بنظرها على حد سواء، إعمـالاً لقـواعد الاختصـاص الدولي في القانون المصري والقوانين الأجنبية المعنية. ويتصور في هذه الحالة أن يكون القضاء الأجنبي أقدر على الفصل في النـزاع مـن القضاء المصري، "بحيث يوجب مبدأ الاقتصاد في الخصومة من جانب، وحماية المصالح الخاصة الدولية من جانب آخر أن يعترف قضاؤنا بهذا الاختصاص مع ما يترتب على ذلك من آثار"[139].

---

(137) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨، ٢٥٠.

(138) د. عكاشة عبد العال، الموضع السابق.

(139) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٩، ٢٥٢، ٢٥٣.

ومن ناحية ثانية، فهناك أزمة في المصطلح المستعمل للدلالة على هذا المضمون، فهناك ترادف بين الاختصاص الأصلي، والوجوبي، الإلزامي، المتعلق بالنظام العام، والقاصر، وبالمثل فهناك ترادف بين الاختصاص الجوازي، الممكن غير المتعلق بالنظام العام، المشترك"[140]. وخروجا من هذه الأزمة، يقترح البعض التعبير عن الفكرة المعنية "بما يعني قدرة المحكمة الوطنية على الفصل بالمنازعة على ضوء قدرة المحكمة الأجنبية المتصلة هي الأخرى بذات المنازعة والمنعقد لها الاختصاص وفقا لقانون هذه الدولة الأجنبية"[141].

ويُعاب على الرأي المعروض، عدم تسليمه بإمكان اتفاق الخصوم على اختصاص محكمة أجنبية، في أية حال من حالات الاختصاص الجوازي، بالرغم من سبق تسليم صاحب هذا الاتجاه ذاته، بعدم تعلق حالات الاختصاص الجوازي بالنظام العام، وبما يفيد إمكان قيام الخصوم بالاتفاق على ما يخالفها، وما يستتبعه ذلك من إمكان عقد الاختصاص – في حالات الاختصاص الجوازي – لمحكمة أجنبية مختصة دوليا وفقا لقانونها[142]. وإزاء ذلك، ذهب

---

(140) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٠،
وراجع أيضا: د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٦ وما بعدها، ص ٦٧٢ وما بعدها.
(141) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٠.
(142) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧، حيث يقول "القواعد الاختصاص الأصلي... وهي متعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها باتفاقهم، فإذا تحقق للمحاكم المصرية سبب من أسباب الاختصاص الأصلي، ليس للأفراد أن ينزعوا عنها هذا الاختصاص بالاتفاق، أما حالات الاختصاص الجوازي ففيها تثبت للمحاكم المصرية ولاية الفصل في النزاع، ولكنها ليست متعلقة بالنظام العام بالمعنى المشار إليه".
"والمعنى الجليّ الذي يتسلب من هذه العبارة، أنه متى تعلق الأمر بحالات الاختصاص الجوازي، فإنه يكون للأفراد أن يخرجوا عن هذه الحالات باتفاقهم، وإذا كان الحال كذلك، وإذا كان صاحب هذا الرأي يعتبر حالة الخضوع الاختياري للقضاء المصري من قبيل حالات الاختصاص الجوازي، فإن منطق قوله كان يستتبع بالضرورة إمكانية اتفاق الأطراف على سلب الاختصاص من القضاء المصري

جانب من الفقه إلي القول بأنه "يبدو تحت ناظرينا مثل هذا القول منطويا على تعارض وتناقض يتعذر رفعه"[143]. ويضاف إلى ما تقدم، أن فكرة الاختصاص المشترك والقاصر، يجب ألا تتحول إلى معيار، يتم بموجبه تصنيف حالات الاختصاص، وإدخال بعضها في طائفة الاختصاص القاصر، وإدخال البعض الآخر منها في طائفة الاختصاص الجوازي المشترك. والممكن في هذا الخصوص، استخدام أي من المصطلحين السابقين، لوصف حالة واقعية معينة، والقول بأن الاختصاص في الحالة (أ) على سبيل المثال، إنما هو اختصاص قاصر، وأن الاختصاص في الحالة (ب) على سبيل المثال، هو اختصاص مشترك، وهكذا[144]. وعلى العكس من ذلك، فصاحب الرأي المعروض، إنما يصنف حالات الاختصاص ويوزعها على الطائفتين سالفتي الذكر، وهذا التصنيف نهائي ولا يقبل إعادة النظر، وفقا لرأيه، في أي حال. فإذا تعلق الأمر بمدعى عليه متوطن في مصر أو مقيم فيها، فهنا يعتبر الأمر متعلقا باختصاص استئثاري للمحاكم المصرية، مهما كانت ظروف النزاع وملابساته، حتى لو كانت المحكمة الأجنبية أكثر صلة بالنزاع وأقدر على الفصل فيه، فرغم هذه الاعتبارات، يرى الفقيه المماثل، وجوب استئثار القضاء المصري بنظر هذا النزاع، وعدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبي المعني في هذه الحالة. وعلى نقيض ذلك، فإذا تعلق الأمر بالمسائل الأولية والمرتبطة والعارضة، فإن ذلك يعني دخول الحالة المعنية في حالات الاختصاص الجوازي أو المشترك للمحاكم

والمعهدة به لمحاكم دولة أخرى أجنبية على اتصال هي الأخرى بالمنازعة" (د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٧ – ١٩٨)، مع ذلك يعود د. محمد كمال فهمي، ص ٦٣٩ إلى تقرير ما يلي: "ولكن قبول اختصاص محكمة أجنبية لا يسلب المحاكم المصرية اختصاصها في أية حالة يثبت لها فيها سبب من أسباب الاختصاص"

(143) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(144) في هذا المعنى: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١.

المصـــرية، مهمـــا كانـــت ظـــروف النزاع وملابساته، حتى لو كانت المحكمة المصرية أكثر صلة بالنزاع وأقدر على الفصل فيه، فرغم هذه الاعتبارات، فإن مـــنطق الفقه المعروض إنما يعني جواز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في إحدى حـــالات الاختصاص الجوازي، وعدم رفض تنفيذ هذا الحكم بدعوى اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع.

فكـــأن "صاحب هذا الرأي يرى أن الحالات التي حددها (بوصفها من الاختصاص الأصلي وتلك المعتبرة من الاختصاص الجوازي) هي حالات ثابتة لا تتغيـــر طبيعتها من منازعة لأخرى، فصاحب هذا الرأي ينكر فكرة الملاءمة فـــي هذا الميدان، وينكر من ثم كل تطور قد يصيب الحياة الدولية. ونكران هذه المعانـــي منه نقرأ مسجلا في انتقاده لحكم محكمة النقض المصرية لسنة ١٩٦٤ – والـــذي سيأتي ذكره – حين عاب عليها استخدام (عبارات على درجة كبيرة من المرونة) مثل مقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية، وتلك العبارات المرنة لا تتسق مع ما يجب أن تصفه به قواعد الاختصاص القضائي من ضبط وتحديـــد"[145]. وقد لاقت النظرة المتقدمة نقدا من البعض، لأن التسليم بها إنما يعنـــي إغـــلاق باب الاجتهاد من الآن، ومصادرة حق كل مجتهد في المستقبل، علـــى نحـــو يســـاير حـــركة التطور، ويكفل ازدهار العلاقات الخاصة الدولية واضـــطرادها، وهـــو الهـــدف الذي يقوم القانون الدولي الخاص علي تحقيقه، بأقصـــى درجـــة ممكـــنة[146]. ويضيف البعض الآخر، إلى ما تقدم، أن مجال الاختصـــاص القضـــائي، هـــو مجـــال قائم أساسا على الملاءمة العملية ومدى

---

[145] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١؛

ود. محمـــد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٨٠ – ٦٨١، حيث أن العبارات الأخيرة صادرة عنه، رحمه الله

[146] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١.

الـرابطة الفعلـية بـين النزاع ومحاكم الدولة[147]، ومقتضى ما تقدم، وجوب معالجـة الأمـر بدرجة كبيرة من المرونة والملاءمة، والبعد قدر الإمكان عن التقسيمات الحادة الجامدة المجردة من كل اعتبار واقعي وعملي.

وقد رأينا من قبل، أن هناك من يعتنق الاتجاه السابق، ولكن على أسس مختلفة[148]. ويبيان ذلك، أن هناك تفاوتا في درجة تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، بالرغم من أن كافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، هي قواعد آمرة[149]. ويُعاب على الرأي المتقدم، إقحامه فكرة النظام العام، في مجال المعروض، بالرغم مما تتصف به هذه الأخيرة من مرونة وعدم دقة، وبالرغم من عدم ملاءمتها في مجال الاختصاص القضائي الدولي، باعتباره مجالا مبنيا على اعتبارات الملاءمة العملية؛ أو بعبارة أخرى فمن الواجب "عدم إقحام فكرة النظام العام في مجال تحديد الاختصاص القضائي. فمن المعلوم أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة وعدم الدقة مما يجعل إعمالها في مجال الاختصاص القضائي – وهو مجال قائم أساسا على اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة – أمرا محفوفا بالمحاذير"[150]. ومن ناحية أخرى، فلا يوجد إجماع بين القائلين بالاتجاه المعروض، حول حالات الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، وتلك التي لا تتعلق بالنظام العام. ونعطي مثالا لما تقدم، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القاعدة المقررة لاختصاص المحاكم المصرية إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل

---

(147) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

(148) راجع ما قبله.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١.

(149) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(150) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، ١٩٩٤، ص ٤٤٥ – ٤٤٦؛ وراجع أيضا ص ٤٦٥.

إقامـــة فـــي مصر، هي من حالات الاختصاص الأصلي[151] بينما ذهب جانب آخـــر من الفقه – والذي يعتنق ذات الرأي المعروض – إلى القول بعدم دخول الحالة السابقة في حالات الاختصاص الإلزامي[152].

وإعمـــال فكـــرة النظام العام في المجال الماثل، إنما يؤدي إلى التحكم، نظراً لما تتمتع به الفكرة المتقدمة من غموض ومرونة ونسبية. فمن المتصور، أن يقـــدر البعض أن حالة من حالات الاختصاص الدولي، تعتبر متعلقة بالنظام العام، في حين أن فقيه آخر، يقدر عدم تعلقها بالنظام العام، وقد مثلنا لذلك فيما تقـــدم. "ولا شبهة في أن مثل هذا التباين في النظر بالنسبة للمسألة الواحدة أمر يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة بالنسبة لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر"[153].

وقـــد رأيـــنا من قبل، أن المجال الماثل، مبني على اعتبارات الملاءمة العمليـــة والفعاليـــة، ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا، "عدم وضع قواعد جامدة تضيف تعقيداً لمسألة لا ينقصها التعقيد والغموض، ففي العنت الذي تثيره فكرة النظام العام في مجال التنازع الكفاية، بما لا تبقي معه حاجة للاستعانة بها في ميدان الاختصاص القضائي الدولي"[154].

---

(151) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ١٦٢١.
أيضاً د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٣ – ٥٧.
(152) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦ والمراجع المشار إليها.
(153) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٢.
(154) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

المبحث الثالث

فكرة الرابطة الوثيقة

استعرضـــنا في المبحث الأول من هذا المبحث، الاتجاه القائل بالطبيعة الآمـــرة، لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وقد رأينا تفصيلا فيما تقدم، أن أصـــحاب هـــذا الاتجـــاه، لا تتطابق آرائهم. فمنهم من يذهب إلى عدم جواز مخالفـــة قـــواعد الاختصـــاص القضائي الدولي إطلاقا، مع عدم جواز التخلي أو الإحالـــة. ومنهم من يذهب، إلى عدم جواز مخالفة أحكام الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية إلا حال تعلق الأمر بضابط الجنسية بالنسبة للمدعى عليه، مع عـــدم جواز التخلي أو الإحالة. وذهب اتجاه ثالث، إلى القول بعدم جواز مخالفة الخصـــوم لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، مع جواز التخلي أو الإحالة من جانـــب القاضـــي المصري. وقد عرضنا لأوجه النقد العديدة الموجهة إلى هذا الاتجاه. وعلى أثر ذلك، قمنا بعرض الاتجاه الثاني والذي يقسم أصحابه ضوابط الاختصـــاص الدولي للمحاكم المصرية، إلى ضوابط للاختصاص الاستئثاري، وضـــوابط للاختصاص المشترك. وقد عرضنا لأوجه النقد العديدة الموجهة إلى هـــذا الاتجـــاه، كمـــا عرضـــنا أيضا. ويحق لنا الآن أن نتساءل، عن الطريق الصـــحيح الـــذي يتعين علينا السير فيه، حتى نصل إلى الهدف المطلوب. حتى نضـــع المســـألة المـــثارة موضـــعها الصـــحيح، فمن الواجب علينا أن نراعي الاعتبارات التالية: [155]

الاعتـــبار الأول: أن قـــواعد الاختصـــاص القضائي الدولي، هي ذات طبـــيعة خاصـــة، وأن الهـــدف منها، هو حماية الحقوق الخاصة، للخصوم في المنازعات ذات العنصر الأجنبي[156].

---

[155] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١ وما بعدها.
د. هشام خالد، طبيعة...، المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها.
د. هشام خالد، الشرط السالب...، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.
[156] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢ – ٢١٣ والمراجع المشار إليها.

الاعتبار الثاني: أن القواعد محل الدراسة، إنما يجب أن تؤدي دورها، في تحقيق الحماية القضائية الفعالة للعاملين في مجال التجارة الدولية[157].

الاعتبار الثالث: أن إجازة جلب الاختصاص للمحاكم المصرية، إنما يقتضي أيضا، القول بجواز سلب الاختصاص من هذه المحاكم، نظرا لعدم وجود نص قانوني صريح وقاطع، يحظر مثل هذا الوضع[158].

الاعتبار الرابع: أن المسألة المطروحة، "هي واحدة من المسائل التي انسكب معها المداد غزيراً على أقلام الكاتبين، الغموض يلفها والعنت يقابل الباحثين فيها والمرونة من خصائصها" – ومن الواجب علينا "هجر الاصطلاحات غير المحددة التي تضيف للموضوع تعقيدا على تعقيد فلا يصح نعت قواعد الاختصاص القضائي الدولي المباشر بأنها من النظام العام، أو بأن منها ما هو أصلي وما هو جوازي وغير ذلك من الاصطلاحات"، وانه "ليس ثمة معيار حاسم يمكن بمقتضاه تعيين الحالات التي تدخل في نطاق الاختصاص الانفرادي أو الملزم للمحاكم الوطنية وإنما توجد ثمة وحسب بعض تطبيقات متناثرة"[159].

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

[157] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٣.

د. عليت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠١.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٠٧.

[158] د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

د. عليت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٩ – ١٨٠.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٥، ٢٠٥.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص١٣٦.

[159] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣١٥، ٢٩٢.

الاعتبار الخامس: وجوب توفير الحماية القضائية للطرف الضعيف اجتماعيا، أو اقتصاديا[160]، وعدم إنكار العدالة في أي حال.

الاعتبار السادس: وجوب عدم التلاعب والغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية

الاعتبار السابع: أن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، وإن وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨، إلا أنها مبحث أصيل من مباحث القانون الدولي الخاص، وأن الأخير هو موطنها العلمي[161].

الاعتبار الثامن: لا جدوى من إثارة مبدأ إقليمية وشخصية قواعد قانون المرافعات، حال الحديث، عن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، استنادا إلى مبدأ إقليمية القانون، والذي يراه البعض بمثابة مبدأ عام على مستوى النظرية العامة[162] ذلك الثابت أن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية – برغم وروده في تقنين المرافعات – جزء من القانون الدولي الخاص، ولا تمت لقانون المرافعات بصلة البتة. ومن ثم لا مجال لإقحامها في مباحث هذا القانون، وإخضاعها لأحكامه العامة كما يرى البعض دون وجه حق.

---

(160) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٩٥، ٢٩٧.

د. عليت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(161) وبيان ذلك، أن جانبًا من الفقه المصري، قد ذهب إلى أن "الموطن العلمي لهذه القواعد هو قانون المرافعات، وقد أوردها المشرع المقارن (الألماني والإيطالي والمصري والسوري مثلاً) ضمن مجموعة المرافعات المدنية والتجارية. ومبنى هذا الاتجاه أن القواعد المعنية هي – وبلا خلاف – قواعد إجرائية".

(162) د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١٤٣ – ١٤٤.

الاعتـبار التاسع: أن المشرع إنما يجيز للخصوم تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم[163] داخل البلاد أو خارجها ولا يضع ثمة قيد على حرية الأفراد فـي عقـد جلسات التحكيم وحسم الخصومة التحكمية خارج مصر. ومثل هذا النظـر يمكـن أن يسـاعدنا في فهم طبيعة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

في ضوء الاعتبارات السابقة

يمكـن لنا القول، بأنه في وسع الخصوم التداعي أمام المحاكم الأجنبية، فـي إحـدى الحـالات المقـررة، بموجب قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصـرية، ولـن يستطيع المشرع المصري أن يمنعهم من ذلك، ما دام هناك تراضي بينهم على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية والعهدة بالنزاع إلي محكمة أجنبية[164]. ولكن من المتصور، أن يقوم أحد الخصوم برفع دعوى أمام المحـاكم المصـرية بطلـب الحكم ببطلان الشرط السالب لاختصاص المحاكم المصرية، والوارد في العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر. هنا يُثار التساؤل، حـول الموقـف الـذي يتعين على المحكمة المصرية أن تتخذه في هذا المقام، وإزاء هـذا الطلب؟ منطق القائلين بالطبيعة الأمرة المطلقة لقواعد الاختصاص القضـائي الدولي للمحاكم المصرية، وإنما يؤدي إلي القول ببطلان هذا الشرط مطلقـا وفـي كل الأحوال مهما كانت الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى المعنـية، وبالرغم من أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع والأكثر صلة به والأقدر على نظره والأجدر بالفصل فيه[165].

---

(163) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٩.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٩.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٦ والمراجع المشار إليها.

(164) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٨، ٥٩.

(165) راجـع فقـه: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها، ص ٥٥ وما بعدها على وجه الخصوص.

ويـــذهب الـــبعض إلي القول بالصفة الآمرة للقواعد محل الدراسة، مع إجـــازة ســـلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حال تعلق الأمر بضابط الاختصـــاص المبنـــي على الجنسية المصرية للمدعى عليه، مع عدم توافر أي ضـــابط آخـــر فـــي النزاع المعني[166]. ومقتضى ما تقدم، بطلان الشرط محل الدراســـة، مـــا لم يكن الأمر داخلا في نطاق الاستثناء السابق، بأن كان النزاع مـــرفوعا ضد. مواطن مصري الجنسية مع عدم توافر ثمة ضابط آخر في هذا المقـــام. هـــنا يتعين على القاضي المصري- إعمالا للرأي المعروض – الحكم بصحة الشرط السالب لاختصاص المحاكم المصرية.

ويـــذهب فـــريق ثالث، إلي القول بالطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بما يحول دون الأفراد وحق سلب الاختصاص الدولي المقـــرر للمحـــاكم المصرية[167]. مع ذلك فإن أنصار الاتجاه السابق، يجيزون للقاضـــي حق التخلي عن نظر النزاع[168]، أو إحالته إلي محكمة أجنبية، سبق رفعـــه إليها[169]، حسب مقتضى الحال. وبيان ذلك، أن جانبا من الفقه السابق، يرى أن الفقه المصري القائل بتعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، قد أوجـــد العديـــد من الاستثناءات، والتي بموجبها يجوز تقييد الاختصاص الدولي للمحـــاكم المصـــرية لدواعـــي واعتـــبارات معيـــنة، رغم أن عموم النصوص التشـــريعية المنظمة لمسألة الاختصاص الدولي، إنما تشمل – دون شك – مثل هذه الاستثناءات[170]. ومن هذا المنطلق، يرى صاحب الرأي المعروض (سلامة

---

(166) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

(167) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٥.

د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

(168) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(169) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧، ١٤٥.

(170) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٧.

كثيـر مـن الاعتبارات التي تقوم عليها تلك الاستثناءات المقول بها، إلى جانب غيرها مما قد يكشف عنه التطبيق العلمي لنصوص الاختصاص الدولي للمحاكم المصـرية. ولكنه تفاديا للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق خلق اسـتثناءات وغيـرها يصـح أن يـدخل فـي نطاق نظرية عامة للتخلي عن الاختصـاص، بمقتضـاها يحـق للقاضي المصري أن يتخلى عن اختصاصه الدولـي الثابت طبقا لعموم المرفوعة إليه، ويمكن لهذا القاضي في تقديره لتلك الظـروف وفـي قـوله بالتخلي أساسا في القيمة الفعلية على المستوى الداخلي والدولـي للحكـم الذي سوف يصدره لو لم يوافق على هذا التخلي، وبشرط أن يمتنع التخلي في كل الأحوال إذا كان من شأنه إنكار العدالة... وعلى أن يكون مفهـوما أن تقديـر ملاءمة التخلي.. يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض... وهـو (التخلـي) بذلك يدرأ العبث عن التشريع المصري وعن السلطة القضائية المصرية، إذا لا يخفي أن تصديه لمنازعة يختص بها بحسب شمول النصوص، ولكنه يبدو سلفا أو مقدما أن حكمه فيها سوف يظل باديا كمجرد قصاصات من الـورق لا جدوى منها، من شأنه أن يصم التنظيم القانوني الوطني بالعبث، مع أن الأصل في التشريع والقضاء الوطنيين هو تجنب العبث[171].

وفضلا عن ذلك، يرى جانب من الفقه المتقدم، جواز إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية لسبق طرحها عليه، "إذ كانت محاكم هذه الدولة أقدر على الفصل فـي النـزاع وكفالـة آثار الحكم الصادر في شانه، ففي هذه الحالة يتعين على المحـاكم الوطنـية فـي تقديرنا قبول الدفع، بل ولها – فوق ذلك – أن تقضي بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها"[172].

---

[171] د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٨ – ١٥٩؛
د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧.

[172] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢.

إذا عدنا إلي الفرض محل الدراسة، ومقتضاه ما هو الحكم الذي عسى أن تصدره المحكمة المصرية في خصوص الشرط السالب لاختصاصها، وذلك في ضوء الفقه المعروض؟ إن الفقيهين السابقين، يمنعان الخصوم من الاتفاق على سلب الاختصاص الدولي المقرر للمحاكم المصرية. مع ذلك يجيزان للقاضي التخلي عن اختصاصه أو إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، إذا كانت الصلة القائمة بين المحاكم المصرية والنزاع المعنى ضعيفة، بما يحمل على الاعتقاد بأن الحكم الذي عسى أن تصدره الأخيرة سوف يكون عديم القيمة الفعلية. ومقتضى ما تقدم، إمكان الحكم بصحة الشروط السالب للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، لصالح محكمة أجنبية معينة، إذا تحقق الفرض السابق، وكان النزاع المعنى على غير صلة بالقضاء المصري وأن الحكم المرتقب سوف يكون عديم القيمة الفعلية حال صدوره، في حين أن المحكمة الأجنبية التي منح لها الاختصاص ، كانت على صلة وثيقة بالنزاع، وكانت أقدر على نظره، وأجدر بالفصل فيه. إذن فالمنطق الإجمالي للفقه السابق، مفاده جواز سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، عن غير طريق الخصوم، بالشروط السابقة.

أما الفقه القائل بتقسيم قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، إلى حالات اختصاص وجوبي وجوازي، فإن منطقه يفيد عدم إمكان سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية حال تعلق الأمر بحالات الاختصاص الوجوبي، مع إمكان سلب هذا الاختصاص، حال تعلق الأمر بحالات الاختصاص الجوازي. مع ذلك نرى أن صاحب التقسيم السابق قد نفى حق الخصوم في سلب الاختصاص الدولي المقرر للمحاكم المصرية في كل الأحوال[173]. ومن هذا المنطق، فإن صاحب الرأي السابق، يرى عدم جواز

---

[173] د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧.

سـلب الاختصـاص مـن المحـاكم المصرية، في أي حال وتحت أية ظروف أو ملابسات، ومثل هذه النتيجة تتعارض دون شك مع المقدمات التي قام عليها هـذا الرأي من حيث وجود حالات للاختصاص الوجوبي وأخرى للاختصاص الجوازي[174].

ومـن جانبنا، نرى صحة الشرط العقدي السالب للاختصاص، شريطة تحقق الشروط التالية:

<u>شروط صحة الشرط السالب للاختصاص:</u>

١- يجب أن يتحقق القاضي المصري من توافر شروط صحة هذا الشرط، من حيث توافر الرضا والمحل والسبب[175].

٢- أن يثبت للقاضي المصري، صدور هذا الشرط من شخص ذي أهلية[176].

٣- أن يـتحقق القاضي المصري، من عدم وجود إذعان من أحد أطراف هـذا الاتفـاق[177] فإذا كان هناك إذعان من طرف لآخر، تعين على القاضي المصري، إهدار هذا الشرط[178].

٤- أن يتحقق القاضي المصري من عدم إنكاره للعدالة.

٥- أن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصري.

٦- أن تكـون المحكمـة الأجنبـية المشـترطة، أقـدر على الفصل في النزاع المعنى.

---

(174) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(175) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

(176) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ذات الموضع.

(177) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ذات الموضع.

(178) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، الموضع السابق.

فـإذا توافـرت هـذه الشروط جميعا حق للمحكمة المصرية أن تحيل الخصـوم إلـى المحكمة المختارة من جانبهم وعلى العكس من ذلك، إذا تخلف أحـد الشروط السابقة، حكمت المحكمة المصرية بانعقاد الاختصاص الدولي لها بما يفيد بطلان الشرط السالب للاختصاص.

فـي ضـوء مـا تقدم: يحق لنا أن نقترح تعديل المادة ٣٢ مرافعات بإضـافة الفقـرة التالية إليها وهذه الإضافة من شأنها في رأينا أن تحل المشكلة المثارة، وتضع الحل المناسب والذي يرعى كافة الاعتبارات السابقة. والإضافة المقترحة، يجرى نصها على النحو التالي:

"يكون الشرط السالب للاختصاص صحيحا، إذا كانت المحكمة الأجنبية المعنـية، أقـدر على الفصل في النزاع المعنى. ويكون هذا الشرط باطلا، إذا كانت المحاكم المصرية أقدر على الفصل فيه.

كـل ذلـك، مع عدم المساس بالمصلحة المشروعة للشخص الضعيف اقتصـاديا أو اجتماعـيا في التداعي أمام المحاكم المصرية، مع التزام القاضي المصـري بعدم إنكار العدالة إطلاقاً." ولا شك أن الرأي الذي انتهينا إليه الآن، يرعى كافة الاعتبارات السابقة. وقد قضت المحكمة العليا الليبية الغرفة المدنية، في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٦٦/٥/٢٨، "باختصاص القضاء الليبي بنظر دعوى التعويض عن الفصل غير المشروع التي رفعها عامل كان يشغل وظيفة حفار لدى شركة بترول على الرغم من أن عقد العمل عقد في كاليفورنيا وينص على اختصاص محاكم كاليفورنيا بالمنازعات المتعلقة بالعقد"[179]. وقد استندت المحكمة في قضائها السابق إلى حجتين:

---

[179] د. محمـد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨٠، حيث يشير إلى الحكم المتقدم، والمنشور في مجلة المحكمة العليا، ص ٢، ع٤، ص ٢٩.

الحجـــة الأولى، أنه "لا يتصور تنازع الاختصاص المحلي بين محاكم كاليفورنـــيا ومحـــاكم ليبـــيا. إذ بداهة أن مثل هذه المسألة لا تثور إلا في دائرة القضاء الواحد، فهو متصور بين المحاكم الليبية، كما يتصور في نطاق القضاء الأمريكـــي، ممـــا لا يجـــوز الاتفاق على الخروج على القواعد المنظمة لولاية القضاء الليبي في حدود النصوص الواردة في القانون"[180].

الحجـــة الثانية: "أن قانون العمل هو الذي ينظم العلاقات التعاقدية بين العامـــل ورب العمل، وجميع قواعد قانون العمل آمرة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها إلا إذا كان ذلك في مصلحة العامل. وبديهي جدا أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي إذا كانت الواقعة تمس النظام العام. وإذن ففي هذه الحالة تبقى ولاية الاختصاص منعقدة للمحاكم الليبية"[181].

وقـــد عقـــب البعض على القضاء السابق، مقررا أن "الحجة الثانية هي القاطعـــة، فـــي رفض الاتفاق على عقد الاختصاص لمحاكم أجنبية، وهي حجة معقولة لها ما يبررها من طبيعة المنازعة ذاتها المتعلقة بالنظام العام"[182]. ولا شـــك أن رفـــض الشرط السالب للاختصاص في النزاع السابق، أساسه أن هذا الشـــرط قـــد أكره العامل على قبوله رغما عنه، وهو طرف ضعيف في علاقة العمـــل، ومـــن الواجب حمايته، وتقرير حقه في التقاضي أمام المحاكم الليبية، الأمـــر الـــذي دفـــع المحكمـــة إلـــى إلغاء الشرط السالب للاختصاص، وتأكيد اختصـــاص المحـــاكم الليبية بنظر النزاع المعنى. ولا شك أن القضاء السابق، جديـــر بالتأيـــيد نظرا لقيامة على أساس سليم. وقد عرض على القضاء الليبي نـــزاع حاصـــلة، "أن إيطالـــيا، رفع دعوى ضد إيطالي آخر مقيم في طرابلس

---

(180) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق، حيث يشير إلى نص الحكم المعروض.

(181) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

(182) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

للمطالبة بثمن توريدات المدعى عليه لم يقم بتسديدها وكانت الفواتير المرسلة إلي المدعى عليه تتضمن في ذيلها بنداً باختصاص محكمة نابولي"[183].

واستنادا إلى البند السابق، دفع المدعى عليه بعدم اختصاص القضاء الليبي بنظر النزاع المتقدم، استنادا إلي المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي، والذي كان ساريا في ليبيا آنذاك ، وذلك بموجب الإعلان العسكري رقم ١٠٠ المؤرخ ١٩٤٥/١٢/١[184]. "وقد ردت المحكمة العليا بموجب حكمها الصادر بجلسة ٦ /١٩٥٦/٦ على هذا الدفع، بأن هذه المادة لم توضع لمصلحته في ليبيا (فهو ليس ليبيا) كما أنه باعتباره ايطاليا، لا يستطيع أن يستفيد من المادة الثانية من قانون المرافعات الإيطالي، الأن نص هذه المادة (لا يرتفع بالقاعدة التي يتضمنها إلى مرتبة النظام العام في ظل سيادة أجنبية أو لا يسلب القضاء الأجنبي اختصاص تضفيه عليه تشريعاته)"[185]. وقد اقتنعت المحكمة بأن قبول المدعي عليه للفواتير لا يعني بحال رضائه ولا نزوله عن الخضوع لقضائه الطبيعي، أي القضاء الليبي، هذا إلى أنه لا مصلحة له في التمسك بهذا الدفع، سوى تعطيل سير الدعوى[186]. ومن هذا المنطق رفضت المحكمة الشرط السالب لاختصاصها، نظرا لاذعان المدعى عليه لشرط جائر فرض عليه في الفواتير الخاصة بالبضاعة المرسلة إليه، وهذا قضاء جدير بالتأييد، نظره لقيامه على أساس سليم، ويتفق ما مع سبق أن انتهينا إليه آنفا. وعلى القاضي، أن يقوم بتحليل النزاع المعروض عليه من كافة جوانبه وأن يراعى جميع ملابساته، حتى يستطيع أن يقدر مدى صحة الشرط السالب للاختصاص من عدمه. فقد يتراءى للقاضي المصري، أن النزاع المعنى على صلة وثيقة بالإقليم المصري،

---

(183) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١، هامش ١٦.

(184) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

(185) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١، هامش ١٦.

(186) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

هـنا سوف يحكم الأخير ببطلان الشرط السالب لاختصاص القضاء المصري، وسـوف يتصـدى لحكم النزاع المعنى[187]. وعلى العكس من ذلك، قد يتراءى للقاضـي المصـري، أن النـزاع المعـروض عليه وما يحيط به من ظروف وملابسات، ضعيف الصلة بالإقليم المصري، وأن الحكم الذي عسى أن يصدره – حال تصديه للفصل في النزاع المعني – سوف يكون عديم القيمة الفعلية. هنا سوف يحكم القاضي المصري بصحة الشرط السالب للاختصاص، ويتخلى عن نظره، أو يحيل الخصوم إلى المحكمة الأجنبية التي سبق رفع النزاع إليها[188]. ولـيس فـي الإمكـان تحديـد الحالات أو المنازعات التي ترتبط حتما بالإقليم المصـري، وتلك التي لا ترتبط حتما به، لأن واقع وظروف كل منازعة، هي التـي سـتقرر في النهاية، ما إذا كانت الأخيرة مرتبطة بمصر من عدمه[189]. وبعـد أن تأكدنا من صحة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنـية، يتعـين علينا الآن التصدي لدراسة الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وهذا ما سنخصص له الفصل التالي.

---

(187) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(188) في هذا المعنى: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(189) قارب: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

الفصل الثاني

الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

المقصـــود بالدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين[190] "الدفع الـــذي يهـــدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها ذات النزاع"[191]

---

[190] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. محمـــد روبـــي، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، رسالة دكتوراة، من كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٠م، ص ٩ وما بعدها.

د. أبـــو العـــلا النمـــر، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، ط أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٥ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ٢٠٠٢، ص ٥٠ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

د. أحمد سلامة، فقه، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

وتجـــدر الإشارة إلى وجود حالة نظيرة يتم فيها سلب الولاية القضائية الدولية من المحاكم الوطنية، وهـــي حالـــة الارتـــباط، كذا فإن الحصانة القضائية تعتبر إحدى حالات سلب الولاية القضائية الدولية، راجع في ذلك تفصيلاً:

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات، المرجع السابق، ص ١٨٤ وما بعدها.

د. عنايت ثابت، مستحدث...، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال و سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

وفي الفقه غير المصري، راجع أيضاً ما قبله:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

Loussouarn et Bourel, op.cit, p. 548.

وتجـــدر الإشارة إلى أن الإحالة المقصودة هنا هي الإحالة الإجرائية، وتختلف الأخيرة عن الإحالة الموضوعية اختلافاً كبيراً. حول الإحالة الموضوعية، راجع:

د. حفـــيظة الحـــداد، نظـــرية الإحالـــة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، دراسة تحليلية وانتقادية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٨٩.

[191] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦.

Solus et Perrot, Droit Judiciaire Privé, II, Sirey, 1973, no 818, p. 843 et seq.

تمييـز الدفـع بالإحالـة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين عن غيره من أسباب الإحالة إلى محكمة أخرى [192]

أ- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة لعدم الاختصاص: [193]

وفقًـا للمادة ١١٠ مرافعات "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها، أن تأمـر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة..." فالنص المتقدم إنما يـوجب علـى المحكمة التي حكمت بعدم اختصاصها، أن تقوم بإحالة الدعوى المعنـية إلـى المحكمـة المختصة بنظرها وفقًا لتقدير المحكمة المحيلة. [194] والإحالة لعدم الاختصاص، إنما تفترض أن المحكمة المحيلة غير مختصة بنظر النـزاع المحـال، فـي حين أنه في حالة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبـية، هـنا تكـون المحكمة المحيلة مختصة بنظر النزاع المعني كذا تكون المحكمـة المحـال إليها مختصة أيضًا بنظر الدعوى، وهنا يكمن وجه الخلاف بين الحالتين المعنيتين؛ أو بعبارة أخرى "إن... الإحالة التي تتم بعد الحكم بعدم الاختصـاص لا تختلط بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى، وذلك لأن الإحالـة التي تتم استنادًا إلى هذا السبب الأخير تفترض قيام ذات الدعوى أمام محكمتـين مختصتين بالفصل فيها، في حين أن الإحالة استنادًا إلى السبب الأول تفتـرض رفع الدعوى إلى محكمة معينة، ثم يتبين لتلك المحكمة عدم اختصاصها بالفصـل فـي الدعـوى فتحـيلها نتيجة لذلك إلى المحكمة المختصة أي أنه لا يتصور بصددها أن تكون المحكمتان مختصتين بالفصل في النزاع، أو قيام ذات النزاع أمام كلتيهما في آن واحد"[195]

---

(192) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧.

(193) د. محمد روبي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

(194) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧. وراجع أيضًا:
د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، ج١، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢، ص ٦٣٣.

(195) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٨.

ب- الإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للارتباط:

الارتباط هو "صلة بين دعويين وتلك الصلة تتضح من الاشتراك الجزئي لعناصر الدعوى الموضوعية بالمحل أو بالسبب الذي تنشأ عنه، بحيث أن الفصل في أحدهما يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى"[196] فالثابت مما تقدم، أن مناط الارتباط هو وجود عنصر مشترك بين القضيتين المرتبطتين، في حين أنه حال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لا يكفي مثل هذا الاشتراك، بل يتعين وجود تطابق كامل بين عناصر الدعويين المعنيتين، أي مجال الأشخاص، المحل، السبب[197].

ج- الإحالة لقيام ذات النزاع والشرط السالب للاختصاص:

عرضنا في الفصل المتقدم لماهية الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية[198] وقد بينا من قبل، أن الشرط المتقدم إنما يستند إلى إرادة الخصوم[199]، في حين أنه في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، هنا لا يكون ثم مجال للإرادة، حيث تقوم المحكمة المعنية بإحالة النزاع إلى المحكمة الأخرى، حتى ولو لم يوافق الخصوم على ذلك؛ أو بعبارة أخرى "الإحالة بسبب اتفاق الخصوم تختلف عن الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى في أنها تستند في الحالة الأولى إلى إرادة الأطراف، بينما في الحالة الثانية لا مجال لإرادة الأطراف بشأنها، وتستند الإحالة بصددها إلى سبق رفع ذات الدعوى إلى محكمة أخرى"[200]، وسوف نقوم بمقارنة النظامين الماثلين في كل موضع من مواضع الفصل الماثل.

---

[196] د. أحمد هندي، الارتباط في قانون المرافعات، دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية لكل من مصر وفرنسا وإيطاليا، رسالة من كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٤٧.

[197] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٩.

[198] راجع ما قبله، الفصل الأول من هذه الدراسة.

[199] د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بمنازعات الأفراد ذات الطابع الدولي، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ١٩٦ وما بعدها.

[200] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٠ ويضيف الفقيه الماثل ما نصه "ومن ناحية أخرى، فإنه يشترط للإحالة لقيام ذات النزاع أن تكون كلتا المحكمتين مختصتين بالفصل في النزاع، في حين أن

د- الإحالة لقيام ذات النزاع والتخلي: [201]

ويقصد بالتخلي امتناع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عن الفصل فيه ومطالبة الخصوم برفع دعواهم أمام محكمة أجنبية معينة، بحسبان أن الحكم المرتقب صدوره من هذه الأخيرة سوف يكون أكثر فعالية [202]. فهنا توجد محكمة واحدة عرض النزاع عليها، في حين أنه في حالة الدفع بالإحالة، توجد محكمة أجنبية معروض عليها ذات النزاع من قبل، إذاً، فهناك محكمتان معروض عليهما ذات النزاع. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن التصدي لدراسة مضمون الدفع الماثل والشروط اللازمة لإعماله، وذلك بالتفصيل المناسب.

تقسيم:

سوف نقسم الفصل الماثل على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية.

المبحث الثاني: النظام القانوني للدفع بالإحالة.

المحكمة المطلوب الإحالة إليها استنادًا إلى اتفاق الخصوم قد لا تكون مختصة أصلاً بالفصل في الدعوى". (د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢١).

والنظر المتقدم، لا يمكننا أن نسلم به إطلاقًا، وقد أشرنا في موضع متقدم من هذه الدراسة، إلى وجوب أن تكون المحكمة المعنية مختصة دوليًا بنظر الدعوى المعنية. إذاً، فإنه في حالة الشرط السالب للاختصاص، كذا في حالة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، يجب أن تكون المحكمتان المحال إليهما الاختصاص مختصتين دوليًا بنظر النزاع المعني. راجع ما قبله.

[201] حول التخلي، راجع:

د. أحمد قسمت الجداوي، المواضع السابقة.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٥ – ٦٦.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٠، هامش ١.

[202] قارب: د. عكاشة عبد العال، الموضع السابق – مع ملاحظة المعنى الموسع للتخلي والذي يقول به سيادته في الهامش السابق. وسوف نعود لعرض ومناقشة المفهوم المتقدم في موضع لاحق من هذه الدراسة. راجع ما بعده.

المبحث الأول

مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية

أولاً: في نطاق القانون الفرنسي: [203]

كـــان الدفـــع بالإحالـــة، لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية مرفوضًا رفضًـــا مطلقًا في فرنسا، منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى بداية الستينات من القـــرن العشـــرين. وذلك على أساس مبدأ السيادة وما يرتبه من آثار، كذا على أســـاس عدم الثقة في القضاء الأجنبي، وفي النهاية على أساس وجود العديد من العقـــبات العملـــية التي تحول دون إعمال الدفع المعني[204]. فالثابت أنه طوال

---

[203] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٥.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤ وما بعدها.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها.

د. أحمد هندي، رسالته، المرجع السابق، ص ١٨١.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٦٣٣.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

[204] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٥ – ١٥٨.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٦ – ٣٤.

د. عكاشة عبد العال د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٦ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها.

د. أمينة النمر، الموضع السابق.

د. أحمد هندي، الموضع السابق.

د. هشام صادق، الموضع السابق.

د. أحمد سلامة، الموضع السابق.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

الفتـرة المـتقدمة ظـل القضاء الفرنسي "وفيًا للمبدأ القاضي بعدم جواز الدفع بالإحالـة أمام محكمة فرنسية بسبب قيام ذات الدعوى أمام محكمة أجنبية، ولم يشـأ مخالفـته فـي أي مـن أحكامه التي تصدى من خلالها لهذا الدفع"[205].

وفي مرحلة لاحقة، وبالذات ابتداء من عام ١٩٦٢ وحتى عام ١٩٧٤، فقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بمبدأ الإحالة، حيث تنازعه عاملان، الأول هـو الرغبة في الاستقرار بما يوجب الحفاظ على التراث التقليدي سالف الذكر، أمـا العامـل الثانـي، فهـو الرغبة في التطور، بما يوجب الأخذ بالمبدأ محل العـرض[206]. وأخيرًا، ففي ١٩٧٤/١١/٢٦ أصدرت محكمة النقض الفرنسية

Bartin (E), Principes de droit International privé, Paris, 1930, I, no 119 et seq, p.304 et seq.
Francescakis, Compétence étrangère et Jugement étranger, R. Crit dr. int. pr., 1953, p. 1 et seq.
Mayer, Droit International Privé, Montchrestien, 1994, no 68 et seq.
Niboyet, Traité de droit International Privé, Sirey, 1949, Tome 6, no 1724 et seq.
Tallon, Op.cit, no 207 et seq.
Lagarde (P.), Le Principe de proximité dans le droit international privé, Contemporain, R.C.A.D.I., 1986, I, no 152 et seq.
Lousouarn et Bourel, op. cit, no 459 et seq.

(205) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٦١.

Loussouarn et Bourel, Loc.cit.

(206) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٨.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، الموضع السابق، ص ٣٩.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549 et seq.
Batiffol, R. Crit dr. int. pr., 1963, Note, p. 101 et seq.

حكمًا قاطع الدلالة على قبول الأخيرة، لمبدأ الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية[207]. كل ما تقدم، كان بخصوص وضع الدفع بالإحالة في نطاق القانون الفرنسي، والآن يجب علينا، التصدي لبيان موقف النظام القانوني المصري، من الدفع المتقدم.

ثانياً: في نطاق القانون المصري:

ذهب الفقه المصري التقليدي إلى تأييد نظيره الفرنسي لفترة زمنية طويلة، وعلى هذا، رفض الأول الأخذ بالإحالة لتعارضها مع السيادة المصرية[208]. وحتى الآن، فإن بعض فقهاء القانون الدولي الخاص المصري يرفضون الدفع بالإحالة[209]. وعلى عكس ما تقدم، فالثابت أن الغالبية الساحقة

Tallon, op. cit, p. 248.

[207] Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549.
Povsard, Clunet, 1975, Note, p. 108.
Holleaux (D), R. Crit. Dr. int. pr., 1975, Note, p. 491.

[208] راجع في ذلك:

د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ١٩٣٣، ص ٢٣٨.

د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٤٠، ص ٤٢٤.

د. جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، ج ٤، ص ٤٦.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٢٩، حيث يشير - رحمه الله - إلى بعض الفقهاء الإيطاليين، منهم: Morelli - Quradri (R.)

د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، ط ٢، ١٩٢٧، ص ٣٧٦.

د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص ٣٥٧.

د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ١٩٩٢، ص ٦٤٣.

[209] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم المرجع السابق ٧٧ وما بعدها:

"فرض إحالة الاختصاص في مصر ليست محل شك، وذلك لاستحالة الأخذ بها وفقًا للقانون المصري". وقد استند الفقيه السالف، إلى عدة أسباب تدعيمًا لوجهة نظره المعروضة، من ذلك:

أولاً: أن الأخذ بنظرية الإحالة في المقام السالف، هو أمر متعارض مع أحكام القانون المصري، فالإحالة الاختصاص تفترض بداءة دخول نزاع معين في اختصاص محاكم دولتين، فتحيل المحكمة التي عرض عليها النزاع مؤخرًا إلى محكمة الدولة التي اختصت بداءة. والمادة ٢٩٨ من

قانون المرافعات المصري تنص على أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم..." فكيف تحول المحاكم المصرية نزاعًا تختص به إلى محاكم دولة أجنبية، في حين أن المشرع لا يجيز تنفيذ الحكم الذي يتصور أن تصدره هذه المحاكم الأجنبية؟".

"لا شك أن هذا الأمر غير جائز، لذلك اشترط القضاء الفرنسي، للأخذ بإحالة الاختصاص، أن يكون الحكم الذي سيصدر من القضاء الأجنبي قابلاً لتنفيذه في فرنسا. فلو طبقنا هذا الشرط على أي نزاع يطلب إحالة الاختصاص به سيترتب على ذلك تخلف شروط الإحالة. ويضاف إلى ذلك أن المشرع المصري قد عبر عن رأيه في المفاضلة بين الحكم الذي يصدر من المحاكم المصرية وذلك الذي يصدر من محاكم أجنبية في نفس النزاع، مفضلاً الحكم الذي تصدره المحاكم المصرية، ورافضًا تنفيذ الحكم الأجنبي، وذلك وفقًا للفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨...".

ثانيًا: أن نصوص القانون المصري تتعارض تعارضًا مطلقًا مع فكرة إحالة الاختصاص، ولن ينال من ذلك، الاعتبارات التي ساقها أنصار الإحالة في مصر؛ أو بعبارة أخرى "فلا يكفي أن تكون هناك فكرة تستهوي البعض، لكي ينادي القضاء بالأخذ بها، برغم اصطدامها بالنصوص التشريعية الصريحة، وهو ما يبدو جليًا بخصوص الدفع بإحالة الاختصاص، إذ لن يجدي في المطالبة بالأخذ به تحقيق بعض الاعتبارات المقول بها مثل (تشجيع التعاون المتبادل في نطاق القانون القضائي الدولي) أو (تفادي الانغلاق والانعزالية القانونية)، فكافة هذه الألفاظ الرنانة وغيرها ستنهار أمام صراحة النصوص التي تحكم عمل القاضي، كما أنها يجب ألا تنسى الفقه التأصيل القانوني السليم للمشكلة المطروحة".

ثالثًا: لا يمكن لنا في مصر الإفادة من التجربة الفرنسية في هذا الخصوص، نظرًا لاختلاف النظامين القانونيين المصري والفرنسي في هذا الخصوص. فلا توجد في فرنسا ثمة قواعد تحكم الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، بل هناك المادتين ١٤، ١٥ مدني واللتان تقرران امتيازًا للمواطن الفرنسي في التقاضي، أما باقي أحكام الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، فهي من خلق القضاء، وعلى العكس من ذلك، فقد تناولت النصوص التشريعية، المسائل المختلفة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا "استبعاد الدفوع التي لم ينظمها المشرع بنص تشريعي".

وفضلاً عما تقدم فالثابت أن نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري، يجافي فكرة إحالة الاختصاص، ولو كان هناك نصًا نظيرًا في القانون الفرنسي، لما اعتنق القضاء الفرنسي إحالة الاختصاص؛ "إذ أنه يشترط – كما قدمنا – قابلية الحكم الذي سيصدر في الخارج للتنفيذ في فرنسا، فأي حكم يحال الاختصاص به من القاضي المصري لأية محكمة أجنبية لن يكون قابلاً للتنفيذ في مصر، لسبب بسيط هو أنه يدخل في اختصاص المحاكم المصرية".

رابعًا: أن القواعد المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، ليست من قبيل القواعد الموزعة للاختصاص، على خلاف الحال بالنسبة لأحكام الاختصاص الداخلي "حيث يوزع المشرع

الاختصاص بالمنازعات على مختلف محاكم الدولة ومن الطبيعي، أن يحل مشكلة إثارة النزاع ذاته على أكثر من محكمة في الدولة الواحدة، فيلزم إحدى المحكمتين بإحالة الاختصاص بالنزاع إلى المحكمة الثانية، ويلزم هذه المحكمة الثانية بنظر النزاع، وهذا ما فعله المشرع المصري في المادة ١١٢ مرافعات مصري وهو الأمر غير المتصور على الصعيد الدولي". وعلى هذا النحو، تتأكد الطبيعة الآمرة المطلقة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وذلك على النحو التالي:

فمن ناحية أولى، لا يجوز للخصوم إطلاقًا سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية المقرر للأخيرة بموجب نصوص قانون المرافعات المصري. وهذه القاعدة مطلقة، لا يرد عليها ثمة استثناء في أي حال، وتحت أي ظرف.

ومن ناحية ثانية، لا يجوز للقاضي تحت أي ظرف، التخلي عن الاختصاص المقرر للمحاكم المصرية.

ومن ناحية ثالثة، لا يجوز للقاضي المصري، إحالة الاختصاص إلى محكمة أجنبية في أي حال، لتعارض ذلك مع مقتضى نص المادة ٢٩٨ مرافعات مصري.

راجع أيضًا في ذات الاتجاه السابق، د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥.

فمن ناحية أولى، إن "المقصود بالإحالة هذه هي الإحالة بين محكمتين مصريتين، فالأصل أن الإحالة للاتفاق أو للارتباط أو لقيام ذات النزاع، هذه الإحالة بين محكمتين وطنيتين تتبعان جهة قضائية واحدة، ومن طبقة واحدة، من محاكم أول درجة. ومبنى ذلك أن هذه الإحالة المجردة عن عدم الاختصاص، لا تعمل إلا في نطاق الاختصاص المحلي لمحاكم أول درجة من طبقة واحدة".

ومن ناحية ثانية: لقد تضمن قانون المرافعات الإيطالي لعام ١٩٤٠، نصًا تشريعيًا، "يحظر إحالة الدعوى المرفوعة أمام محكمة إيطالية إلى قضاء أجنبي، إذ نصت المادة ٣ مرافعات إيطالي على أن "ولاية المحاكم الإيطالية بالدعوى لا تنتفي لمجرد قيام ذات الدعوى أو دعوى أخرى مرتبطة بها أمام قضاء أجنبي"، ولئن كان حكم هذا النص يقصر عن الإحالة الاتفاقية، ولكن هذا الحكم يمتد – بطريق القياس – إلى الإحالة الاتفاقية سواء كان الاتفاق عليها سابقًا أو لاحقًا على رفع الدعوى أمام المحكمة الوطنية. فلا تجوز إحالة الدعوى الوطنية إلى قضاء أجنبي لمجرد الاتفاق على هذه الإحالة".

ومن ناحية ثالثة، وإذا كان الثابت أن التشريع المصري لا يتضمن ثمة نص نظير النص الذي أورده المشرع الإيطالي في قانون المرافعات، والسالف بيانه، لكن حكم هذا النص يستخلص – بطريق القياس الجلي – من القواعد العامة في قانون المرافعات. فالمقرر بالنسبة لهذه الإحالة بصورها الثلاث، هو عدم جوازها بين محكمتين وطنيتين تتبعان جهتي قضاء مختلفتين، وعدم جوازها بين محكمتين وطنيتين تتبعان جهة قضاء واحدة، ولكنهما مختلفتين في الدرجة أو الطبقة، وإن كان ذلك كذلك، فإن هذه الإحالة تكون – من باب أولى – غير جائزة بين محكمة وطنية وأخرى أجنبية".

فحاصل الرأي المعروض إذن، أن الأصل هو "عدم جواز إحالة الدعوى الوطنية إلى محكمة أجنبية، ولو وجد اتفاق، أو ارتباط، أو قام ذات النزاع أمام المحكمة الأخيرة، وأيضًا ولو كانت الدعوى الوطنية، ذات عنصر أجنبي خالصة أو ذات عنصر أجنبي".

من فقه القانون الدولي الخاص المصري الحديث إنما تعتنق مبدأ الإحالة، وذلك

"ولا يـنال من هذا الأصل، ما يدعو إليه بعض الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص، من ضـرورة الخـروج عـليه. فالملاحظ أن هذا الفقه قد حصر أمر هذا الخروج في نطاق الدعوى ذات العنصر الأجنبي وحدها وفي حالة قيام ذات النزاع أمام قضاء أجنبي وحدها، وأجاز إحالة هذه الدعوى وفي هذه الحالة إلى القضاء الأخير".

"أمـا من المنظور الإجرائي إلى الدعوى ذات العنصر الأجنبي باعتبارها صورة من صور ثـلاث الدعـوى الوطنـية، وأيضًا إلى حالة قيام ذات النزاع باعتبارها مجرد صورة من صور ثلاث لأسـباب الإحالـة، فلا مسوغ فني هناك لتقرير مثل هذا الحكم الاستثنائي في وجهيه، ومن هنا كان هذا الحكم مجحودًا ومنكورًا في القانون الوضعي".

وينتهي الفقيه المقابل، إلى القول بأن الفقه القائل بجواز الإحالة من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبـية، "لا يعـتمد في تثبيت هذا الاستثناء المقترح على أي اعتبار فني من الوجهة الإجرائية فهو لا يعـتمد فـي ذلـك إلا على إثبات وهن التبريرات التقليدية السائدة في فقه قانونه لمناهضة قيام مثل هذا الاسـتثناء. ولكـن مسـألة مدى وهن تلك التبريرات شيء، ومسألة مدى وجود أساس فني لهذا الحكم الاستثنائي في وجهيه شيء آخر". راجع أيضًا في ذات الاتجاه السابق:

د. أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، ط أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ١٢٤ وما بعدها. عكس ذلك:

د. أبو العلا النمر، الدفع بالإحالة، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

ويـبدو أن جانبًا كبيرًا من الفقه العربي، يرفض الأخذ بالإحالة، حيث لم يعرض هذا الفقه لهذه النظرية على الإطلاق. من هذا الفقه:

د. محمـد عـبد الخالـق عمر، المرجع السابق، الموضع السابق، علمًا بأن – سيادته – يعرض للشرط السالب للاختصاص فقط.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق، علمًا بأن – سيادته – يعرض للشرط السالب للاختصاص فقط.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، تنازع..، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، القانون..، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. ممدوح حافظ الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، أحكام قض..، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد المزيد، الموضع السابق.

لوجـــود العديد من الفوائد التي يحققها الأخير، وذلك حال الأخذ به[210]. بل أن جانبًا حديثًا من فقه المرافعات المصري، قد ذهب للانتصار لمبدأ الإحالة[211].

فالاعتـــبارات التـــي دفعـــت فقهاء قانون المرافعات إلى الأخذ بالدفع بالإحالـــة فـــي المجال الداخلي، هي ذاتها الاعتبارات التي دفعت فقهاء القانون الدولـــي الخاص للأخذ بالدفع المعني، ولكن في نطاق القانون الأخير؛ أو بعبارة أخرى "يرى الفقه المصري المؤيد لأعمال الدفع بالإحالة في الإطار الدولي، أن جمـــيع المبـــررات التي تقف وراء تقرير هذا الدفع في القانون الداخلي تتوافر أيضًا في الإطار الدولي"[212]، "فإذا كان قبول الدفع بالإحالة في القانون الداخلي يهدف إلى تجنب التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية، وهو أمر نـــادر الحـــدوث، حيث أنها تصدر من محاكم تابعة لدولة واحدة وتطبق قانونًا واحدًا، فإن فرص تعارض الأحكام الصادرة من محكمة وطنية ومحكمة أجنبية تكون أكبر من الناحية العملية مما يستتبع قبول الدفع من باب أولى[213]" كما أن

---

(210) د. هشام صادق، المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها.
د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.
د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨١.
د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٢.
د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٣٨.
د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٢، ١٦٥.
وفي الفقه غير المصري، راجع:
د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٠.
Tallon, op. cit, no 405 et seq.
Loussoum et Bourel, loc. Cit.

(211) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٨٨.
راجع عكس ذلك:
د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٦٣٣.

(212) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦٥.
د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٥٠.

(213) د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٩.

الأخـــذ بالدفـــع الماثل من شأنه توفير الوقت والجهد والنفقات، والأمور السابقة يفتـــرض أن تكون أكثر رعاية في المجال الدولي عنه في المجال الداخلي[214]. كمـــا أن الأخـــذ بهذا الدفع من شأنه زيادة ضمانات فعالية الأحكام الوطنية في الخـــارج، حيث سيرفض القاضي الأجنبي في الغالب تنفيذ الحكم الوطني الذي صـــدر مـــن محكمـــة كان من واجبها التنازل عن نظر الدعوى، لأن القاضي الأجنبـــي كـــان الأسبق في نظر هذه الأخيرة[215]. وفضلاً عما تقدم، فإن الأخذ بالدفـــع بالإحالة إنما يظهر مدى تطور القانون الدولي الخاص في الدولة الآخذة به ومدى تكريسه لروح التعاون مع الدول الأخرى تحقيقًا لمصالح الأفراد على المســـتوى الدولـــي، الأمر الذي يكسب الثقة بالقانون المتقدم والدولة التي صدر عـــنها، بمـــا يشـــجع على التعامل مع مواطني هذه الدولة ومؤسساتها التجارية والصناعية[216]. والثابت أنه لا يوجد نص صريح في التشريع المصري يحول دون الأخذ بالدفع الماثل، كما هو في بعض الدول الأخرى والتي تمنع قضاءها صـــراحة من إعمال هذا الدفع[217]. والدفع بالإحالة لم يكن غريبًا على القضاء المصـــري، فقـــد أخذ به في ظل القضاء المصري المختلط[218]. والأخذ بالدفع بالإحالـــة أمـــر واجـــب فـــي ضوء التطورات الحديثة في فقه القانون الدولي

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

وفي الفقه غير المصري، راجع: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(214) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦١.

(215) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(216) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(217) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٥٩.

(218) د. هشـــام صـــادق، تـــنازع الاختصاص القضائي دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٢، ص ١٥٣، هامش

أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٦١.

الخـــاص[219]. وإذا كان الثابت أن قاعدة الاختصاص الدولي، هي قاعدة مفردة الجانـــب، فإن علاج مثل هذا العيب إنما يكون من خلال اعتناق نظرية الإحالة[220]. ويضـــاف إلى ما تقدم، أن مقاومة الغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي، إنما يمكن أن تتم من خلال نظرية الإحالة[221]. وفي نهاية المطاف فإن الدفـــع بالإحالـــة يمكن أن يحول دون صدور أحكام مصرية عديمة القيمة، أي أحكـــام هـــي "وقصاصات الورق" سواء[222]. فلكل هذه الأسباب ولغيرها[223]، فمـــن واجب القضاء المصري، أن يحيل الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية كلما توافرت شروط الإحالة، وذلك على النحو الذي سنراه الآن تفصيلاً.

---

(219) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(220) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(221) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(222) د. أحمـــد قســـمت الجـــداوي، المرجع السابق، ١٥٨ – ١٥٩. علمًا بأن سيادته يتحدث هنا عن (التخلي).

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

(223) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧١ – ١٩٢.

د. أبو العلا النمر، الدفع بالإحالة، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

المبحث الثاني

النظام القانوني للدفع بالإحالة

ما هي الشروط الواجب توافرها، حتى يقوم القاضي المصري بإعمال مـــثل هـــذا الدفـــع؟ ما هي المعاملة الإجرائية لهذا الأخير؟ سوف نحاول الآن الإجابة على التساؤلين السابقين، وذلك بالترتيب السابق. [224]

أولاً: شروط الدفع بالإحالة:

حتـــى يقـــوم القاضي المصري بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية، فلابد أن يتأكد هذا القاضي من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: وجود دعوى قائمة أمام القضاء الأجنبي:[225]

---

[224] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً.

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١ وما بعدها.

Deby – Gerard, Clunet, 1973, p. 371, Note: Paris, 18 Octobre 1972.
Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549.

[225] حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٦٩ هامش.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٧٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, Conflits de Juridictions, Juris Classeur, Droit International, Fasc. 581, no 113.
Colmar, 9 Decembre 1960, J.C.P., 1961, II, no 12257, Note.

الشـــرط الأول لقبول الدفع بالإحالة، هو وجود دعوى أخرى ماثلة أمام محكمـــة تابعـــة لدولـــة أجنبية. ومن هذا المنطلق لا يجوز إعمال الدفع الماثل، وذلـــك حـــال عـــدم سبق رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية المعنية، حيث لا يتصور أن تكون هناك ثمة إحالة في مثل هذا الفرض. كذا لا يمكن إعمال هذا الدفع، وذلك حال شطب الدعوى التي كانت قائمة أمام القضاء الأجنبي، أو حال وقفهـــا، كذا حال صدور حكم نهائي فيها من المحكمة الأجنبية المعنية، ففي كل الفروض المتقدمة، لا يمكن إعمال الدفع بالإحالة[226].

Poul Lagarde, R. Crit. Dr. int., pr., 1967, p. 734: Paris, 3 Juin 1966. clunet, 1961, no. 1096, note

(226) المراجع المذكورة في الهامش السابق.

وقـــد قلـــنا في دراسة سابقة لنا أنه لا يلزم "وجود دعوى أخرى مطروحة أمام القضاء الأجنبي لإمكان إعمـــال الدفع الماثل، فيكفي أن تكون هناك محكمة أجنبية أكثر قدرة على الفصل في النزاع المعني من المحكمة المصرية". راجع في ذلك:

د. هشـــام خالد، مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي ومركز الأجانب، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، ص ١٥١ ومـــا بعـــدها. وقد لقي النظر السابق نقدًا من جانب الفقه المصري الحديث "ذلك أن القول بها يتنافى مع طبـــيعة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين الذي يقتضي بداهة أن يكون النزاع ذاته مطروحًا وقائمًا أمام كلتا المحكمتين وقت إثارة الدفع، كما أن هذا الشرط مقرر من قبل كافة القوانين والمعاهدات الدولـــية التـــي عالجت الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ولا نعلم أحدًا خالف في ذلك ســـوى أصحاب هذه الوجهة من النظر، حقًا قد يصح هذا النظر في إطار نظام آخر غير الدفع بالإحالة، كنظـــرية المحكمـــة غيـــر الملائمة، بيد أنه يظل في إطار الدفع بالإحالة أمرًا يفتقر إلى أدنى سند من التشـــريع الوطنـــي والمقارن. كما أن هذا القول لا يقتضيه مواصلة تحدية أعمال هذا الدفع إلى الصعيد الدولـــي، بل لعل الأفضل التقيد بالشرط محل الدارسة دفعًا لكل شبهة نحو التحايل وحرصًا على مصالح الأفراد" راجع في ذلك النقد:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٦ - ٣٧٧.

ومـــن جانبـــنا نرى سلامة النقد السابق، وقد أفدنا من هذا النقد، وعليه عدنا عن رأينا السابق، وسايرنا الفقـــه الـــراجح فـــي هذا الخصوص، وذلك في الطبعة اللاحقة لمؤلفنا سالف الذكر، والتي صدرت بعد مناقشة الرسالة المتقدمة. راجع في ذلك:

د. هشام خالد، مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثالثة، طنطا، ٢٠٠٥.

غاية الأمر، أننا قد حاولنا توسيع نطاق نظرية الدفع بالإحالة عن طريق الاستفادة من نظرية التخلـــي، خاصـــة أن هـــناك ثم غموض حول موقف الفقه الآخذ بالإحالة من نظرية التخلي، والسؤال

ومـــن جانبـــنا نؤيد الاتجاه الحديث في الفقه المصري[227] والذي يرى أنه حال شطب الدعوى أمام المحكمة الأجنبية، فعلى المحكمة المصرية أن تمنح الخصـــم أجـــلاً لتجديدها من الشطب، وفي حالة وقف الدعوى، فعلى المحكمة المصـــرية أيضـــا منح الخصم المعني أجلاً لتعجيلها من الوقف. وبعد أن يقوم الخصـــم المعنـــي بالـــتجديد أو التعجيل حسب مقتضى الحال، هنا سوف تكون القضـــية معروضة على محكمة مصرية ومحكمة أجنبية في ذات الوقت، بحيث يمكـــن الدفـــع بالإحالة، بما يحقق أهداف هذا الدفع على نحو أوفى. ولكن هناك فـــروض أخـــرى لا يســـتجيب فـــيها الخصـــم المعني لطلب المحكمة بالتجديد أو التعجـــيل، هـــنا يتعـــين على المحكمة المصرية المعنية رفض إعمال الدفع الماثـــل، لعـــدم استجابة الخصم المعني لطلب المحكمة سالف الذكر. وعلى هذا الـــنحو، نرى عدم سلامة الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي، والتي رفضت إعمال الدفع بالإحالة، على أساس أن الدعوى المعروضة على المحكمة الأجنبية المعنية، قد شطبت، أو أنها موقوفة، أو انقطع سير الخصومة فيها[228]. ففي كل الأحـــوال الســـابقة، كـــان من المتعين على المحكمة الفرنسية المعنية أن تمنح الخصـــوم الأجـــل المناسب لعودة الدعوى المعنية إلى المحكمة المختصة بحيث يكـــون الأمر متعلقًا بدعويين منظورتين أمام محكمتين مختلفتين. مع تقرير حق المحكمـــة الفرنسية في عدم إعمال الدفع المعني، إذا لم يستجيب الخصوم لطلب المحكمة المتقدمة، عن طريق التجديد أو التعجيل حسب مقتضى الحال.

المطـــروح مـــا هو مركز نظرية التخلي من نظرية الدفع بالإحالة؟ وتسلم بفشل محاولتنا السابقة، الأمر الـــذي دفعنا إلى العدول عنها والتسليم بذاتية نظرية الدفع بالإحالة مع إفساح المجال لعمل نظرية التخلي بوصفها إداة احتياطية ومساعدة لنظرية الدفع بالإحالة.

[227] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٤ – ٣٧٦.

[228] راجع ما قبله.

الشرط الماثل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الـثابت أن الشرط الماثل لا يلزم توافره في خصوص الشرط السالب للاختصـاص القضـائي الدولـي، وذلـك على النحو الذي رأيناه سابقًا. فمن المتصـور أن يتم الدفع بالشرط السابق، حال وجود النزاع المعني أمام المحكمة الأجنبـية، التـي منحت الاختصاص بموجب الشرط المعني. وعلى العكس من ذلـك، فمن المتصور ألا يكون النزاع المعنى قد عرض على المحكمة الأجنبية التي منحت مثل هذا الاختصاص. وفي كل حال يجوز التمسك بالشرط السابق، ومطالبة المحكمة بإعماله، حرصًا على تنفيذ إرادة المتعاقدين بسلب الاختصاص القضائي الدولي من محكمة معينة، ومنحه لأخرى أجنبية[229].

وتجـدر الإشـارة إلى تعلق الأمر بدعويين مطروحتين على محكمتين، تابعتين لدولتـين مختلفتـين، وعلى هذا الأساس، فإن التساؤل سوف يثار حول مفهوم الدعويـين المعنيتـين، كذا حول مفهوم المحكمة الأجنبية ومتى تتحقق مثل هذه الصـفة لهـذه الأخيـرة، وما هو القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص؟ سوف نحاول الإجابة على التساؤل السابق بشيء من التفصيل:

أولاً: وجود دعويين:

"تقـوم المحـاكم بأوجـه نشـاط مختلفة، لا تعتبر كلها قضاء بالمعنى الصـحيح، فالمحكمـة قـد تصـدق على صلح أو تأذن لقاصر بإبرام تصرف قانونـي. وهذه الأعمال تعرف في الاصطلاح العربي بالأعمال الولائية"[230].

والسـؤال المطـروح الآن هـو الآتي: ما هو نطاق الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟ فهل ينصب الأخير على الأعمال القضائية للمحاكم، أم ينصـرف للأعمـال الولائية أيضًا؟ ظاهر الحال يفيد أن الإحالة إنما تنصب

---

[229] راجع ما قبله الفصل السابق، والخاص بالشرط السالب للاختصاص.

[230] د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط ٢، ١٩٨١، ص ٣٧.

علـى الأعمـال القضائية للمحاكم، ولا تتصرف للأعمال الولائية لهذه الأخيرة بحال[231]. فإذا كانت المحكمة المصرية تمارس عملاً قضائيًا، وتم الدفع أمامها بالإحالـة لوجـود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، هنا سوف تقوم هذه المحكمة بإجابـة الدافـع، إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإعمال مثل هذا الدفع. وعلى العكس من ذلك، فإذا كانت المحكمة المصرية تمارس عملاً ولائيًا حتى ولو قدم إليها الطلب في شكل صحيفة دعوى عادية، وبعد ذلك تم الدفع أمامها بالإحالة، هنا سوف تقوم المحكمة المصرية المتقدمة، برفض مثل هذا الطلب، نظرًا لعدم تعلق الأمر بعمل قضائي، الأمر الذي ينتفي معه مبرر الإحالة.

<u>تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي:</u>

"بما أن العمل الولائي يدخل في نطاق الوظيفة القضائية. فيتعين تمييزه عـن العمـل القضـائي، خاصـة أنه يصدر من نفس القاضي وقد يتخذ نفس الشكل"[232]. "ولأن العمل الولائي ليس عملاً قضائيًا، كما أنه ليس عملاً إداريًا، فإنه لا يكفي لتمييزه تطبيق معيار التفرقة بين هذين العملين والسابق بيانه"[233]. وقـد تنوعت المعايير المستخدمة في تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي، ونعرض هنا لأهمها:

---

(231) د. عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط ٢، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص ٥٤، هامش ٥٠. والقاضي المختص بإصدار الأوامر على عرائض عندما يرفض إصدارها إذا ما تبين لـه أنـه غير مختص قانوناً بإصدارها ... لا يستطيع في مثل هذه الحالات أن يحيل طلبات استصدار الأوامر على عرائض إلى جهة الاختصاص لأنه لا يصدر بمناسبتها أحكاماً قضائية وإنما أوامر ولائية.

(232) د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١١٥.

وراجع أيضًا: د. هشام خالد، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٩٠ وما بعدها، والمراجع العديدة المذكورة في الصفحات المعنية.

د. هشـام خالـد، مفهـوم العمـل القضـائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دراسات في القانون المرافعات، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٨٣ وما بعدها.

د. هشام خالد، مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع ٣ – ٤، ١٩٨٧، ص ٥٤ وما بعدها.

(233) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٣٩. وراجع ما قبله.

(أولاً) المعيار الشكلي:

وبموجب هذا المعيار يكون العمل ولائيًا إذا ما تم إصداره بناء على عريضة مقدمة من صاحب الشأن، دون تكليف الخصم المعني بالحضور، في جلسة غير علنية، ويتخذ العمل شكل الأمر وليس شكل الحكم[234]، ويعاب على هذا المعيار أنه غير جامع. وبيان ذلك أنه "ينصب في الواقع على نوع معين من الأعمال الولائية هو الأوامر على عرائض. ولكن الأوامر على عرائض إنما هي صورة فقط من صور النشاط كحكم إيقاع البيع ورغم ذلك لا يمكن اعتبارها أعمال قضائية"[235]. هذا إلى أن المشرع قد يستلزم لإصدار العمل الولائي أن يتم إعلان الطرف الآخر، كما هو الحال بالنسبة لطلب المعونة القضائية. وبهذه المثابة فإن فكرة التكليف بالحضور لا تعتبر فيصلاً لتحديد طبيعة العمل محل البحث[236]. ويعاب على المعيار المتقدم، أنه يغفل جوهر العمل عند تعريفه، ويستعين في ذلك بأمور خارجة عنه، وهي اللجوء للقاضي بواسطة عريضة وعدم إعلان الخصم[237]. فمراعاة هذه الأوضاع هي أمر لاحق على التحقق من وجودنا بصدد عمل ولائي، ومن ثم لا يمكن الاستعانة بها للوقوف على طبيعة العمل محل البحث[238]. وفضلاً عن ذلك، فقد قيل بأن

---

(234) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٥.

د. عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ١١، ع ٢، يوليو ١٩٦٩، ص ٦٣٦.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(235) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٥ - ١١٦.

(236) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(237) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦ والمراجع المشار إليها فيه.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(238) قارب: د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ج١، المبادئ العامة، ط أولى، ١٩٧٦، ص ١٧.

"الالتجاء إلى المعايير الإجرائية لا يجدي في هذا المقام، لأن تنظيم المشرع للسلطة الولائية يختلف من حالة لأخرى"[239]. وفي النهاية، فثمة أعمال قضائية تتم في غرفة المشورة، كما هو الحال بالنسبة للتظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير إعمالاً للمادة ١٦١ من قانون الإثبات. والأحكام قد تصدر في جلسة غير علنية حفاظاً على النظام العام والآداب أو صيانة لحرمة الأسرة إعمالاً للمادة ١٠١ من قانون المرافعات. هذا إلى أن بعض الأعمال الولائية تصدر في جلسة علنية، وآية ذلك حكم إيقاع البيع الجبري[240].

(ثانيًا) معيار سلطة القاضي[241]:

ووفقًا لهذا المعيار نكون بصدد عمل ولائي إذا كان للقاضي سلطة تقديرية عند إصداره، فسلطته هنا تمثل سلطة الموظف العام، فكلاهما يتمتع بسلطة تقديرية عند مباشرة عمله. وعلى العكس من ذلك نكون بصدد عمل قضائي إذا كانت سلطة القاضي مقيدة عند مباشرته. ويدللون على ذلك بأن القاضي عند مباشرة العمل الولائي لا يلتزم بإجراء تحقيق وذلك على خلاف الحال بالنسبة للعمل القضائي، حيث يلتزم بإجراء تحقيق للوقائع المقدمة من الخصوم إليه[242]. ويعاب على الرأي المتقدم أنه يعول في تحديده على أمور خارجة عنه هي سلطة القاضي عند مباشرته، والمفروض أن يتم تعريف الشيء وفقًا لجوهره ومضمونه[243]. ومن ناحية أخرى، فالثابت أن المعيار المتقدم

---

(239) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

(240) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(241) راجع في عرض هذا المعيار: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤١.
د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧ – ٦٣٩.
د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦ وما بعدها.

(242) راجع: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤١.
د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧ – ٦٣٩.
د. إبراهيم سعد، الموضع السابق.

(243) د. فتحي والي، الوسيط...، المرجع السابق، ص ٤١.

غير مانع، حيث تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند مباشرة بعض الأعمال القضائية، ومثال ذلك، سلطته في فرض غرامة تهديدية أو منح مهلة للمدين للوفاء[244]. ومن ناحية ثالثة، فالمعيار المتقدم يتسم بعدم السلامة، حيث يلتزم القاضي في بعض الأحيان بإجراء ثمة تحقيق عند مباشرة سلطته الولائية. وقد تنعدم سلطته التقديرية عند مباشرته لأعمال التوثيق البحت[245].

(ثالثاً) معيرا انتفاء النزاع[246]:

بموجب هذا المعيار نكون بصدد عمل ولائي إذا ما انتفت المنازعة أمام القاضي. وعلى العكس من ذلك نكون بصدد عمل قضائي إذا ما تعلق الأمر بحسم منازعة. ويرى البعض أن المقصود بانتفاء المنازعة هو انتفاء النزاع بمفهومه الحقيقي حتى لو كان مفترضًا أو محتملاً. والعبرة بوقت مباشرة العمل لا بعده[247]. ومفاد ما تقدم أن "الأعمال الولائية تصدر في غير خصومة

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(244) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(245) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(246) راجع في عرضها: د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١١٦ وما بعدها.

د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ وما بعدها.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١ – ٤٢.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

د. محمود هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني، المحاماة، ع ٥ – ٦، س ٦١، مايو ١٩٨١، ص ٦٥

(247) راجع في ذلك: د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١١٧.

د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ – ٦٣٣.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٢ والمراجع المشار إليها.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٢٣/٦/١٩ إلى أن:

ولا تتضمن حسمًا لنزاع قائم، لأنها إما أن تصدر قبل أن تثور المنازعة أو بعد انتهاء المنازعة، وحتى إذا صدرت أثناء منازعة قائمة فإنها تصدر في نطاق آخر، مستقل عن نطاق المنازعة نفسها، ولا تؤدي إلى إنهاء المنازعة ولا تقضي على الخصومة ولا تسفر عن تقرير الحق وإسناده لصاحبه، وإنما هي وسيلة إلى اتخاذ تدابير وقتية للمحافظة على الحق أو للكشف عنه أو لحفظ الأمن المدني، دون مساس بأصل الحق ودون أن تؤثر في جوهره"[248]. ولكن يثور التساؤل عن حكم الحالة التي تثار فيها منازعة صورية بين المدعي والمدعى عليه بأن يكونا قد اتفقا على ذلك، بهدف الحصول على حكم قضائي يثبت لهما حقوقهما وفقًا لاتفاقهما. فهل نعتبر هنا بصدد عمل قضائي أو ولائي. يرى أصحاب النظر السابق أنه من المتعذر إعطاء إجابة واحدة على التساؤل السابق، والأمر في النهاية يتوقف على موقف المدعى عليه: فإذا ما نازع المدعي في طلباته أصبحنا بصدد عمل قضائي رغم صورية المنازعة، أما إذا لم ينازعه، فالأمر يتعلق بعمل ولائي[249]. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الصادر في ١٩٤٤/٧/١٥ والخاص بتنظيم غرفة المشورة قد أخذ بالمعيار المتقدم، حيث تنص المادة الثانية منه على أنه "تفصل غرفة المشورة الولائية في كل الطلبات التي تفترض عدم وجود خصم ولا يمكن أن تؤدي إلى

Il n'y à lieu à jurdiction gracieuse que dans le cas Où la mesure réclamée ne constitue pas une véritable demande et n'appelle pas de contradiction. Civ 19 Juin 1923, D.P. 1926. I. 8. en: Jurisprudence générale Dalloz, Quatrieme table alphabetique de cinq années du R. Dalloz, 1922-1926, Par Griolet et Vergé, op. cit, p. 415.

[248] د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ والمراجع المشار إليها.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٣ والمراجع المشار إليها.

[249] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢ والمراجع المشار إليها.

منازعة من الغير أو الطلبات التي يشترط فيها – رغم انتفاء الخصوم – صدور قرار من المحكمة بسبب طبيعة العمل أو صفة هؤلاء الخصوم"[250].

وقد لقي الاتجاه السابق قبولاً حسناً لدى جانب من الفقه المصري، حيث ذهب إلى أن الأمر هنا لا يتعلق بنزاع بين طرفين يبرر تدخل القاضي لحسمه. وعلى خلاف ذلك فإن مهمة هذا الأخير هنا هي إزالة عقبة من نوع آخر[251]. فمهمة الجهاز القضائي هي إزالة العوارض التي تعوق الحياة القانونية وتحول دون الأفراد وممارسة حقوقهم المقررة قانوناً. ولا شك أن البحث عن معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي يجب أن يتم في ضوء تحديد طبيعة العقبة المعنية والمراد إزالتها[252]. والعقبة التي تعوق الحياة القانونية يمكن أن تتخذ صورة المنازعة أو النزاع والذي ينشأ بين شخصين حول إعمال قاعدة معينة على حالة محددة. وعلى العكس من ذلك، فإن القانون ذاته قد يوجه عقبة معينة بصدد مباشرة حق أو مركز قانوني، ويوجب تدخل القضاء لإزالتها. فهنا لا توجد إرادات متعارضة، بل عقبة قانونية إن جاز استعمال هذا التعبير[253]. ففي الحالة الأولى نكون بصدد عمل قضائي، وفي الحالة الثانية نكون بصدد عمل ولائي. إذن، فمعيار التمييز بين العمل القضائي والولائي يكمن في فكرة حسم النزاع حتى لو كان ضمنيًا أو صوريًا بإرادة المشرع أو باتفاق الخصوم. وبهذه المثابة، فإذا تعلق الأمر بحسم منازعة فنكون

---

(250) راجع: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠، هامش ٢.

راجع أيضًا: د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

د. محمود هاشم، المرجع السابق، حيث يشير إلى المادة ٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٩٧٥ والتي تنص صراحة على أنه:

"le juge statue en matière gracieuse lorequ en 'absance de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige".

(251) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(252) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢١.

(253) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢١.

بصدد عمل قضائي، وعلى العكس من ذلك إذا لم يفض العمل إلى حسم منازعة كنا بصدد عمل ولائي[254].

وقد لقي المعيار المتقدم نقدًا جارحًا من الفقه:

فمن ناحية أولى: قيل بأن الحكم الغيابي يصدر دون منازعة من خصوم، ورغم ذلك نكون بصدد عمل قضائي[255]. ولجيب على ذلك، بأن الأمر هنا يتعلق "بمعارضة سلبية جعلت المدعي يلجأ إلى القضاء"، "كما يتأكد النزاع الضمني بعدم مثول المدعى عليه أمام القضاء[256]". ولا شك أن وجه النقد المتقدم لا يرتفع بموجب الإجابة السابقة. فقد تنتفي معارضة المدعى عليه على وجه الإطلاق. ويمكن أن نمثل لذلك بالحالة التي يلجأ فيها المدعي إلى رفع دعواه إلى القضاء دون أن يطالب المدعى عليه بحقه. فهنا لا يمكن القول بوجود معارضة سلبية لحق المدعي. كذا فإن عدم مثول المدعى عليه أمام القضاء قد يكون مرجعه عدم سلامة إعلانه بصحيفة الدعوى أو عدم تواجده في المكان الذي تم إعلانه فيه أو لغير ذلك من الأسباب. وفي كل هذه الحالات وخلافها لا يمكن أن يحمل عدم الحضور على أنه معارضة لحق المدعي، نظرًا لما ينطوي عليه هذا النظر من اعتساف في التأويل.

ومن ناحية ثانية: قيل بأن المدعى عليه قد يسلم بطلبات المدعي في دعواه. فهنا ينتفي النزاع، الأمر الذي يفيد أن معيار النزاع ليس حاسمًا في هذا الصدد[257]. وقد أجيب على ذلك، بأن التسليم بطلبات معينة تماثل حالة اتفاق الأخصام على نتيجة الدعوى المتداولة بينهما وتأخذ ذات حكمها، سيما إذا سلمنا

---

(254) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦.
د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦.

(255) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.
وفي الأخذ بذات النظر د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦.

(256) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(257) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

بـأن صـورية المـنازعة هنا لا تعارض النظام العام[258]. ومع ذلك نرى أن صـورية النـزاع تعنـي انعدامه، ومن ثم لا يرتفع وجه النقد المتقدم بالإجابة سالفة الذكر.

ومـن ناحية ثالثة: قيل بأن المعيار المتقدم لا يعول في تعريف العمل على مضمونه بل على أمر خارج عنه "وليس من المقبول قانوناً اختلاف طبيعة عمـل القاضـي ذي المضمون الواحد باختلاف موقف الخصم. وإذا كان معيار النـزاع لا يصـلح. لتمييـز العمل القضائي، فإن معيار انعدام النزاع لا يصلح لنفس الأسباب لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي"[259].

ومن ناحية رابعة: فإن مفهوم فكرة "انتفاء المنازعة" ليست من الأفكار البسيطة، باعتراف صاحبها ومروجها في مصر[260] – كذا فإن تحديد مضمونها يثيـر جـدلاً[261]. ولبيان ما تقدم يمكن لنا أن نطرح السؤال الآتي: "متى يكون العمل مثاراً للنزاع ومتى يكون من غير المحتمل أن يثير العمل أي نزاع.. من الصـعوبة بمكان أن تجيب على هذا التساؤل"[262]. ذهب البعض إلى أن الأمر يـتعلق بمـنازعة إذا كان من شأن القرار محل البحث الإضرار بحق لشخص معين. وعلى العكس من ذلك لا نكون بصدد منازعة إذا لم يكن من شأن القرار

---

(258) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(259) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

ويذهب د. عبد الباسط جميعي إلى أن "معيار عدم وجود نزاع هو معيار سلبي يثير المقابلة ما بينه وبـين المعيار المقترح في تحديد العمل القضائي على أساس من سببه وهو معيار النزاع... فهو الوجه الآخر من نفس المعيار"، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

(260) يـذهب الأستاذ الدكتور إبراهيم سعد إلى أنه "وقد يبدو هذا المعيار سهلاً وبسيطاً، إلا أن تطبيقه – كمـا قـيل بحـق – يثيـر صعوبات عديدة وقد يصعب في كثير من الأحيان تحديد طبيعة القرار الذي يصدره القاضي" المرجع السابق، ص ١٢١.

(261) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١١٨.

(262) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

المعنـــي الإضـــرار بحق فردي. ففي الحالة الأولى نكون بصدد عمل قضائي، وفي الحالة الثانية نكون بصدد عمل ولائي[263]. والأخذ بالنظر السابق من شأنه تحجـيم فكـــرة العمـــل الولائي "إلى حد أنه لا يبقى فيها إلا الأعمال التنظيمية للقضاء وأعمال التوثيق وبعض أعمال التصديق، وهو ما يخالف طبيعة الأعمال الولائـــية ونطـــاق السلطة الولائية" والتي تنطوي على حالات متعددة وصورًا متباينة[264].

(رابعًا) نظرية الدور المنشئ للعمل الولائي[265]:

ويـــرجع الفضل في هذه النظرية لفقيه الألماني "وانتش" وقد تلقفها الفقه الإيطالـــي عـــن طـــريق كيوفـــندا وغيره من الفقهاء الإيطاليين. وبموجب هذه النظرية نكون بصدد عمل ولائي إذا ما تعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني جديد، وعلـــى العكـــس مـــن ذلك نكون بصدد عمل قضائي إذا ما تعلق الأمر برابطة قانونـــية قديمة، "فالعمل القضائي يفترض وجود خصمين يطلب أحدهما حماية فـــي مـــواجهة الآخـــر، لذا يتدخل القضاء.. لتحقيق هذه الحماية. أما في العمل الولائـــي فلا يوجد خصمان، كما لا يوجد مال معين تجب حمايته من الآخرين، ولا تـــوجد قاعـــدة يجب تطبيقها على الطرف الأخر، ولكن توجد حالة قانونية أو مركـــز قانونـــي، لا يمكن أن ينشأ أو يسير أو يتطور بفاعلية إلا بعد تدخل الدولـــة"[266]. ويمتاز هذا الاتجاه بأنه يبرز لنا الدور الذي يلعبه القاضي بصدد

---

(263) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

(264) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٥ – ٦٣٦.

(265) في عرض هذه النظرية: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.
د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.
د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١٢١ – ١٢٢.
د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

(266) في كل ما تقدم راجع:
د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦ – ٦٧.

العمل الولائي، فالقضاء يتدخل هنا لإزالة عقبة وضعها القانون نفسه، ومن شأن ذلك كفالة سير الحياة القانونية وتدفقها[267].

ومع ذلك، فالثابت أن الاتجاه المتقدم لم يسلم من النقد:

فمـــن ناحية أولى: "أن التفرقة بين الأعمال المنشئة والأعمال المقررة مسألة خلافية وشائكة في الفقه والقضاء، وهناك على سبيل المثال حكم الطلاق أو بطـــلان الزواج، فالفقه والقضاء منقسمان على نفسهما في هذا الصدد، فهناك من يذهب لإسباغ الصفة المنشئة عليهما، وعلى النعكس من ذلك هناك من يذهب لإســباغ الصـــفة المقررة عليهما"[268]. ولا شك أن نقل هذه التفرقة السابقة من مجال العمل القضائي للمجال المائل، من شأنه أن يثير ذات الصعوبات السابقة. وقد أجيب على ذلك بأن "صعوبة التفرقة على فرض وجودها لا تنفي وجود ما يعد منشئًا وما يعد مقررًا وهذا ما تقوم عليه هذه النظرية"[269]. ونرى أن الدفاع السابق ليس من شأنه رفع النقد المتقدم، والموجه للمعيار المعني، فصاحبه يسلم بطـــريق غير ظاهر بوجود الصعوبة ويقرر أن النظرية المتقدمة تتكفل بتذليلها، ولكنه مع ذلك لا يبين لنا كيفية ذلك.

ومـــن ناحية ثانية: فهناك بعض الأعمال الولائية التي تعتبر ذات أثر مقـــرر، حيث تنصب على تأكيد مراكز قانونية سابقة ومثالها إثبات الوفاة[270]. "فـــالإعلام الشرعي" لا يفعل شيئًا سوى إعلان أو تقرير مركز قانوني موجود

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(267) في هذا المعنى: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(268) في هذا المعنى: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨ – ١١٩.

(269) د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٧.

(270) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٩.

مـــن قـــبل وهو مركز الوارث"[271]. وقد أجيب على ذلك، بأن الأمر في الحالة الســـابقة إنمـــا يتعلق بعمل منشأ لحالة قانونية جديدة، وإن كان ذا أثر تقريري بالنسبة لوقائع مادية قديمة، "ومن ناحية أخرى فإن هذه الأعمال على فرض أنها تقريرية فإنها تمثل مجرد حالات قليلة لا تنال من القاعدة العامة في أن الأعمال الولائية ذات أثر منشئ دائمًا"[272]. ولا شك أن الإجابة السابقة تؤكد سلامة النقد سالف الذكر.

ومـــن ناحية ثالثة: فقد قيل بأن النظرية السابقة تخلط بين ماهية العمل وآثـــاره فـــتحديد آثار العمل الولائي وتحديد نظامه القانوني يتوقفان على ما إذا كان العمل محل البحث يعتبر عملاً ولائيًا وليس العكس[273].

(خامسًا) نظرية الوسيلة والنتيجة:

وفقًـــا لهـــذه النظـــرية فإن معيار التفرقة بين العمل القضائي والولائي تتحصـــر في التمييز بين الوسيلة والنتيجة. فإذا كان عمل القاضي يتمخض عن نتـــيجة قررها على أساس بحثه للمنازعة المطروحة عليه وقام بتطبيق القانون علـــى مـــا يثبت لديه من وقائع، فإن عمله في هذا المقام يعتبر قضاءًا.. أما إذا كـــان عمـــل القاضي مجرد وسيلة للكشف عن الحق، أو لحفظ الحق أو ضمان مطابقـــة تصرف معين أو مركز قانوني معين للقانون، فإن عمله في هذا المقام لا يعـــدوا أن يكون عملاً ولائيًا..."[274]. ونظراً لسلامة هذا المعيار نرى تأييده فـــي هـــذا المقـــام، فمن شأن الأخذ به إمكان تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي في يسر وسهولة.

---

(271) د. محمد عبد الخالق عمر، النظام...، المرجع السابق، ص ١٨ – ١٩.

(272) د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٨.

(273) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧.

(274) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٤٥.

وإعمالاً للمعيار المتقدم، إذا وجدت المحكمة المصرية، أنها بصدد عمل قضـــائي، وأن الشروط اللازمة لإعمال الدفع بالإحالة متوافرة، هنا سوف تقوم هـــذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية، ولكن وعلى عكس ما تقدم، إذا ما وجدت المحكمة المتقدمة أنها بصدد عمل ولائي، حتى ولو رفع إلـــيها الأمـــر في شكل صحيفة دعوى عادية هنا من حق المحكمة المصرية أن تـــرفض إعمال الدفع السابق، لانعدام محله. وعلى أثر ما تقدم يتعين علينا الآن التصدي، للإجابة على التساؤل الثاني، رأى تحديد ماهية المحكمتين المعنيتين.

ثانيًا: طرح الدعويين على محكمتين:

ما هو المقصود بالشرط الماثل؟ تسهل الإجابة على التساؤل السابق، لو طرحت الدعوى الأولى على محكمة مصرية بالمعنى الدقيق للكلمة، كأن تكون محكمـــة الإسكندرية الابتدائية، في حين طرحت الدعوى الأخرى على محكمة بـــاريس الابتدائية. ففي الحالة المتقدمة نحن بصدد محكمتين قضائيتين بالمعنى الدقـــيق للكلمـــة وذلـــك وفقًا لقانون السلطة القضائية في مصر وقانون السلطة القضـــائية الفرنسي. والفرض المتقدم، لا يثير أية صعوبة. ولكن هناك فروض أخـــرى، يكـــون فـــيها النزاع المعني معروضًا على هيئة إدارية مصرية ذات اختصـــاص قضائي، للنزاع ذاته معروضًا على محكمة فرنسية بالمعنى الدقيق للكلمـــة، وهـــناك فـــرض ثالث يكون فيه النزاع الواحد معروض على هيئتين إداريتـــين ذات اختصـــاص قضـــائي: إحداهما مصرية والأخرى فرنسية، فهل تجـــوز الإحالـــة هـــنا من عدمه؟ تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه العام هو ازدياد أهمية الدور الذي تلعبه الأجهزة غير القضائية في حسم المنازعات المختلفة في الـــدول المختلفة. وبيان ذلك أنه "إلى جانب الهيئات القضائية المعتادة التي تقوم بالوظيفة القضائية، توجد هيئات أخرى تقوم أيضًا بالوظيفة القضائية، وهي التي يطلـــق علـــيها عـــادة، وخاصـــة في مصر، اللجان الإدارية ذات الاختصاص

القضـــائي. ولكنا نفضل عليها اصطلاح "المحاكم الخاصة"، لأن هذا الاصطلاح يشمل الهيئات الأخرى التي ليست إدارية. فمجلس الشعب كهيئة تشريعية، يقوم ببعض الوظائف القضائية... وإنشاء المحاكم الخاصة... ليس أمرًا مرغوبًا من ناحـــية المـــبدأ لأنـــه يخـــل بوحدة التنظيم القضائي، ولأن... ولكن رغم هذه الاعتـــبارات النظـــرية، فإنه توجد ظاهرة عامة تتمثل في ازدياد عدد المحاكم الخاصـــة والاعتـــبارات العملـــية هي التي أدت إلى هذه الظاهرة العامة[275]". "فالدولـــة أصـــبحت تقـــوم بواجبات متعددة في جميع المجالات، من اقتصادية وثقافـــية واجتماعـــية، وهـــي وظائـــف لم تكن تقوم بها في ظل سيادة المذهب الفـــردي. وقـــد أدى ذلك إلى إعطاء المواطن مزايا كثيرة ومتعددة لا ترقى إلى مـــرتبة الحقوق بمعناه الدقيق. ولأصبح من الواضح أن ضمان حصول المواطن علـــى هـــذه المـــزايا يحتاج إلى رقابة فعلية من هيئات محايدة قدر الإمكان... بالطـــبع لـــم تكن المحاكم العادية، بحكم تشكيلها وإجراءاتها قادرة على أن تفي بـــواجب حمايـــة المصـــالح الجديدة بطريقة فعالة وسريعة، ولذلك كان لابد من إنشـــاء العديـــد مـــن اللجان ذات الاختصاص القضائي أو المحاكم الخاصة في مختلف المجالات[276]". فازدياد أهمية الدور الذي تلعبه "المحاكم الخاصة" – إن جـــاز لـــنا استعمال هذا التعبير – في حسم المنازعات في الدول المختلفة، إنما يعني إمكان طرح نزاع واحد أمام محكمتين خاصتين تابعتين لدولتين مختلفتين، وهـــنا يـــثار التساؤل حول إمكانية الأخذ بالدفع بالإحالة من عدمه؟ إن الإجابة علـــى التســـاؤل الســـابق، تـــوجب علينا تحديد طبيعة العمل الذي تمارسه هذه الهيئات، كذا طبيعة القرارات المتقدمة الصادرة عن الهيئات المتقدمة، وعما إذا

---

[275] د. محمد عبد الخالق عمر، النظام....، المرجع السابق، ص ١١.

[276] د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

كانت أعمالها، أعمال قضائية من عدمه، وعما إذا كانت قراراتها قضائية أم هي قرارات إدارية؟

للثابت أن العمل القضائي هو العمل الذي يحسم مركزاً خلافياً ناتجاً عن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة[277]. فإذا ما صدق الوصف السابق على الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي (المحاكم الخاصة)، فإن أعمال هذه الأخيرة سوف تعتبر أعمالاً قضائية، والقرارات الصادرة عنها، سوف تعتبر قرارات قضائية أي أحكام. وبهذه المثابة سوف تعتبر الجهات المستقدمة، محاكماً خاصة كما يحلو للبعض أن يطلقه عليها. وإذا ما وصلنا إلى هذه النتيجة، فلماذا لا نتيح للخصوم حق الدفع بالإحالة أمامها، لقيام ذات النزاع أمام جهة نظيرة في دولة أجنبية، أو لقيام النزاع ذاته، أمام محكمة أجنبية وفقاً للمعنى الدقيق للكلمة. نحن نطرح اجتهادنا المتواضع على الفقه المصري، بهدف مناقشته ونقده، الأمر الذي سوف ينتج عنه أفضل الثمرات دون مراء.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد ماهية المحكمة الأجنبية التي يتعين إحالة النزاع إليها، هو أمر يحدده قانون السلطة القضائية في الدولة التي تتبعها هذه المحكمة. وبعد أن فرغنا مما تقدم، يتعين علينا الآن الإجابة على التساؤل الثالث والسابق لنا طرحه، ألا وهو تبعية المحكمتين المعنيتين لدولتين مختلفتين.

ثالثاً: تبعية المحكمتين المعنيتين لدولتين مختلفتين:

يجب أن تكون المحكمة الأولى تابعة لدولة معينة، ويجب أن تكون المحكمة الثانية تابعة لدولة أخرى. وتوجد الدولة في اللحظة التي تتوافر فيها العناصر التالية مجتمعة:

---

(277) راجع في ذلك تفصيلاً: د. هشام خالد، ماهية الحكم القضائي، المرجع السابق، ص ٢٩٠ والمراجع العديدة المذكورة في هامش ٤٠١.

أ- مـن الـواجب أن يكـون هناك سكان أو شعب والمقصود بالأخير "مجمـوعة من الأفراد من الذكور والإناث والذين يعيشون سويًا كمجتمع ورغم الحقـيقة الثابتة أنهم قد ينتمون إلى أعراق متعددة أو يعتنقون أديان متعددة، كذا رغم احتمال تعدد ألوان بشراتهم"[278].

ب- ومـن الـواجب أن يكـون هناك إقليم بحيث يتوطن فيه الشعب المعنـي، ومن هذا المنطلق، فإن القبائل المتنقلة لا يشكلون دولة معينة. ولا يهم بعد ذلك، ما إذا كان حجم الإقليم المعني كبيرًا أم صغيرًا. وقد يكون هذا الإقليم في حجم مدينة واحدة[279]. فمثل هذا الإقليم يصلح كعنصر من عناصر الدولة.

ج- مـن الـواجب أن تكـون هناك حكومة، والتي تتكون من شخص أو أكثـر. والـذين يمثلون الشعب. وتقوم هذه الحكومة بتطبيق القانون المعني. فالمجتمع الفوضوي لا يمكن أن يساهم في تشكيل دولة[280].

د- مـن الـواجب أن تتمتع الحكومة المعنية بالسيادة. والمقصود بهذه الأخيـرة أنها السلطة العليا أو تلك السلطة المستقلة عن كافة السلطات الأخرى الموجودة على ظهر البسيطة. [281]

والدولة المعنية قد تكون دولة بسيطة[282]، وقد تكون دولة مركبة[283]، وهناك أربع صور للدولة المركبة[284].

١- الاتحـاد الشخصـي، وهنا نكون بصدد دولتين تتمتعان بالشخصية الدولية، وتقومان بالاتحاد معًا، وذلك على أساس واقعة عارضة، وهي أن لهما رئيس / ملك أو إمبراطور واحد[285].

---

[278] Oppenheim (L.), International law, A Treatise., VI, Peace, By Lauterpacht, 1955, p. 118.

[279] Oppenheim, loc cit.

[280] Oppenheim, loc. Cit:

[281] Oppenheim, loc. Cit, p. 118-9.

[282] Oppenheim, op. Cit, p. 170.

[283] Oppenheim, loc. Cit, p. 171.

[284] Oppenheim, op. Cit, p. 171

٢- الاتحاد الكونفدرالي، وهنا نكون بصدد مجموعة من الدول المستقلة التي تدخل في الاتحاد الماثل مع استمرار تمتع كل واحدة منها باستقلالها وشخصيتها الدولية[286].

٣- الاتحاد الحقيقي، وهنا نكون بصدد دولتين تتخلان معًا في اتفاقية دولية، بحيث يكونان هذا الاتحاد، ويصبح هذا الاتحاد بمثابة شخص من أشخاص القانون الدولي، وتفقد الدولتان المعنيتان شخصيتهما الدولية. ويقوم الاتحاد بإبرام الاتفاقيات الدولية لصالح الدولتين، كذا يقوم بعملية التمثيل الدبلوماسي، ويكون لهذا الاتحاد رئيس أو ملك واحد. ولكن على المستوى الداخلي تتمتع كل دولة بنظام قانوني مستقل عن الدولة الأخرى[287].

٤- الاتحاد الفدرالي، وهنا نكون بصدد مجموعة من الدول المتمتعة بالسيادة والتي تقوم بإبرام معاهدة دولية، بموجبها يتم تكوين دولة اتحادية ودستور اتحادي. وهذا الاتحاد تكون له سلطات على الدول الأعضاء وعلى رعايا هذه الدول. والدولة الاتحادية هي دولة حقيقية. والسيادة هنا تكون مقسمة بين الدولة الاتحادية والدول الأعضاء، كذا الاختصاص بسلطة التشريع. وتتمتع الدولة الاتحادية بالشخصية الدولية[288].

وإعمالاً لما تقدم، وحتى يمكن إعمال الشرط الماثل إعمالاً صحيحًا، فمن الواجب أن تكون المحكمة الأولى موجودة في كيان يصدق عليه وصف الدولة بالمعيار المتقدم. ويجب أن يخلع قانون السلطة القضائية في هذه الدولة الوصف المتقدم على هذه المحكمة. وبالمثل يجب أن تكون المحكمة الثانية

---

[285] Oppenheim, loc. Cit.

[286] Oppenheim, op. Cit, p. 173 – 174.

[287] Oppenheim, op. Cit, p. 171- 172.

[288] Oppenheim, loc. Cit, p. 175 – 176.

موجـــودة في دولة أخرى خلافًا للدولة الأولى. فإذا كانت المحكمتان موجودتان فـــي دولـــة واحـــدة ذات شخصية دولية واحدة، هنا لا نكون بصدد إحالة دولية ولكـــن بصـــدد إحالـــة داخلية أو وطنية. ففي حالة الاتحاد الفدرالي، كالولايات المـــتحدة الأمـــريكية، فإن الإحالة من محكمة نيوجرسي إلى محكمة نيويورك، تعتبـــر إحالة داخلية، وليست إحالة دولية، لأن الولايات المتحدة الأمريكية دولة فدرالـــية أو اتحادية ولها شخصية دولية واحدة ولها سيادة واحدة. وعلى العكس مـــن ذلك، فإذا كان هناك اتحاد كونفدرالي بين ٣ دول هي على سبيل المثال أ، ب، ج، وتمت الإحالة من محكمة تابعة للدولة (أ) إلى محكمة تابعة للدولة (ج) هـــنا نكون بصدد إحالة دولية وليست إحالة داخلية أو وطنية. لأن كل دولة من الـــدول المـــتقدمة لها شخصيتها الدولية الخاصة. أما الإحالة التي تتم في نطاق محـــاكم دولتـــين اتحـــدتا اتحـــادًا حقيقيًا، فمثل هذه الإحالة، تعتبر إحالة داخلية وليســـت من قبيل الإحالة الدولية. حيث انصهرت الدولتان وكونتا دولة واحدة، ذات شخصية قانونية واحدة.

<u>أثر الاستخلاف الدولي على طبيعة الإحالة:</u>

تجدر الإشارة إلى أن الإحالة الدولية يمكن أن تتحول إلى إحالة وطنية أو داخلـــية، وذلك في الفرض الذي تندمج فيه الدولتان المعنيتان بحيث تتحولان إلى دولة واحدة. ويمكن أن نعطي مثالاً على ذلك: تم الدفع بالإحالة أمام محاكم الدولة (أ) وذلك بهدف نقل القضية إلى محاكم الدولة (ب) وذلك بوصفها الأقدر علـــى الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم المرتقب. وفي هذا الوقت تم اندماج الدولتين أ، ب بحيث كونتا معًا الدولة (ج). هنا تحولت الإحالة الدولية إلى إحالة وطنـــية، حيث أصبحت المحكمتان تابعتين لسيادة واحدة[289]. وعلى العكس من ذلـــك، فقـــد تتحول الإحالة الداخلية إلى إحالة دولية، وذلك في الفرض التالي تم

---

[289] راجع بوجه عام: Oppenheim, op. cit, p. 156 ss

الاتفـــاق بـــين المـــتعاقدين على اختصاص محكمة معنية في الدولة (أ) قام أحد الخصـــوم بمخالفـــة هذا الشرط حيث رفع دعواه أمام محكمة أخرى، في الدولة المـــتقدمة ذاتها. على أثر ذلك، قام الخصم الآخر، بالدفع أمام هذه المحكمة بعدم الاختصـــاص وطلب إحالة النزاع إلى المحكمة المتفق على منحها الاختصاص المعنـــي. هـــنا تـــم انقســـام الدولة (أ) إلى دولتين (ب)، (ج)، وكان الثابت أن المحكمـــة الأولـــى كانت واقعة في إقليم الدولة (ب) والمحكمة الثانية واقعة في إقلـــيم الدولـــة (ج)، هـــنا تحولت الإحالة الداخلية إلى إحالة دولية، حيث كانت المحكمـــتان خاضـــعتان لسيادة واحدة، فأصبحت المحكمتان خاضعتان لسيادتين مختلفتين[290].

الشرط الثاني: وحدة الأطراف في الدعويين[291]:

بمـــوجب الشـــرط الماثـــل، يجب أن يتحد الخصوم في الدعويين وهذا الشرط لم نذكره عند الحديث عن الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي،

---

(290) راجع بوجه عام: Oppenhim, loc. cit.

(291) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٨.

د. أبو العلا النمر، المراجع السابق، ص ٧٨.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المراجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 102.
Tallon, op. cit. op. cit, p. 132.
Huet, op. cit, no 6. Instance.
Tribunal de Grande Instane, Seine, 5 Mai 1959, Juris – Cla Dr. int., 1960, p. 166. paris, Com., 4 Jan, 1968, Gaz. Palais 1968, I, p. 247, Note par R.S.

وذلك لعدم اشتراط وجود نزاع آخر أمام المحكمة الأجنبية المراد أن نعهد بالاختصاص إليها[292]. وعلى خلاف الحال هنا، فمن اللازم أن نتأكد من وحدة الأطراف في الخصومتين المعنيتين، والمطروحة إحداهما أمام محكمة وطنية، والأخرى أمام محكمة أجنبية. وإذا كان الخصوم متحدين في الدعويين المعنيتين، هنا يكون الشرط الماثل متحققًا. وعلى خلاف ذلك، فإذا كان هناك خلاف في الخصوم فمن الواجب علينا القول، بعدم تحقق الشرط محل العرض. ويمكن أن نمثل لذلك بالآتي: قام (أ) برفع دعواه أمام المحكمة المصرية ضد (ب) و(ج)، وقام (ب) برفع دعواه أمام المحاكم الليبية ضد (أ) و(د). ففي هذا الفرض لا يكون هناك ثم تطابق بين الخصوم في الدعويين المعنيتين، حيث أن (د) مختصم أمام المحاكم الليبية، في حين أنه غير مختصم أمام المحاكم المصرية، كما أن (ج) مختصم أمام المحاكم المصرية، ولم يتم اختصامه أمام المحاكم الليبية. ولا يهم وحدة الصفات بالنسبة للخصوم المعنيين. فقد يكون الخصم (أ) مدعيًا في الدعوى الأولى، ومدعى عليه في الدعوى الثانية، وقد يكون الخصم (ب) مدعى عليه في الدعوى الأولى ومدعيًا في الدعوى الثانية. وقد يكون الخصم (ج) مدخلاً في الدعوى الأولى، في حين أنه متدخل هجوميًا أو انضماميًا في الدعوى الثانية. وهكذا، فالمهم هنا هو وجود ذات الخصوم في الدعويين المعنيتين[293].

ويثار التساؤل حول حكم الحالة التي تحتوي فيها دعوى معنية الدعوى الأخرى[294]، فهل يكون هنا ثم حاجة للاتحاد المطلق في الخصوم من عدمه. لا مانع إطلاقًا من القول بتوافر الشرط الماثل، في الحالة التي يتحقق فيها

---

[292] راجع ما قبله.

[293] Tallon, Loc. cit.
Huet, loc. cit.

[294] حول فكرة الاحتواء راجع: د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

الاحتواء، حيث توجد ثمة وحدة وتطابق شخصي بين أطراف الخصومة الأولى، وبعض أطراف الخصومة الثانية، ومثل هذا التطابق يكفي للقول بتوافر الشرط محل الدراسة، فالتطابق الجزئي شأنه في ذلك شأن التطابق الكلي كاف لتوافر الشرط محل العرض، شريطة اتحاد المحل والسبب في الدعويين المعنيتين، فمثل هذا الاتحاد، هو الذي يؤكد وحدة الأطراف رغم أن هذه الوحدة جزئية وليست كاملة. وعلى العكس مما تقدم، فإن اختلاف السبب أو المحل في الدعويين يؤدي إلى القول بعدم توافر الشرط محل العرض، وذلك رغم التطابق الجزئي بين أطراف الدعويين[295]. فما دعانا إلى قبول التطابق الجزئي للخصوم، هو وحدة السبب والمحل، أما حال زوالهما أو زوال أحدهما، فلا يبقى للتطابق الجزئي الشخصي أية قيمة، ويتعين القول بعدم توافره إطلاقًا. ولكن هل يلزم وحدة الصفة في الخصوم من عدمه؟[296] فإذا كان الخصوم قد رفعوا دعواهم أمام محكمة الدولة (أ) بأشخاصهم وضد المدعى عليهم بأشخاصهم أيضًا، وكان الخصوم ذاتهم قد رفعوا دعوى نظيرة أمام محاكم الدولة (ب) ليس بأشخاصهم ولكن بصفاتهم كأولياء أو كأوصياء[297]، في مثل هذا الفرض لا يكون هناك ثم تطابق في عنصر الأشخاص في الدعويين المعنيتين. إذن فالتطابق في الصفة، هو أمر ضروري للغاية لأن اختلاف الصفات، جعل كل دعوى متميزة عن الدعوى الأخرى.

الشرط الثالث: وحدة المحل في الدعويين: [298]

---

[295] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

Tallon, R. Crit dr. int pr., 1984, p. 512ss: Paris, 23 Nov. 1983.

[296] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٤.

[297] د. فتحي والي، الموضع السابق.

[298] حول هذا الشرط راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٩.

نشـير مـن الـبداية إلى أن "محل الدعوى هو ما ترمي إليه الدعوى ويـتكون محـل الدعـوى من ثلاثة عناصر يمكن التمييز بينها أ- القرار الذي يطلـب من القاضي... ب- الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار... ج- محل هذا الحق أو المركز القانوني".. والمعيار الذي يجـب الأخذ به لمعرفة ما إذا كانت الدعوى واحدة أم لا، هو النظر لما إذا كان المحـل في أحد عناصره الثلاثة مختلفًا، فاختلاف عنصر واحد في المحل يؤدي إلى اختلاف الدعوى"[299] وبموجب الشرط الماثل يجب أن يكون المطلوب في الدعويين واحدًا. فإذا كان المطلوب في دعوى يختلف اختلافًا كليًا عن المطلوب فـي الدعـوى الأخرى، لكان محل كل دعوى مختلفًا عن محل الأخرى. كذلك يجـب أن يكـون الحـق الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار واحدًا في الدعويين. وفي النهاية يجب أن يكون محل هذا الحق، واحدًا في الدعويين. فكل الأمور السابقة يلزم تحققها مجتمعة حتى يتحقق الشرط الماثل[300]. ويشير الفقه إلى العديد من الأمثلة التي يتحقق أو ينتفي فيها التطابق محل العرض[301].

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, op. cit, no 7.
Paris, 18 Octobre 1972, Clunet, 1973, 371, Note par. Deby – Gerard.
Coppelletti & Perillo, op. cit, p. 102.

(299) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٥ – ٨٦.

(300) د. فتحي والي، الموضع السابق. حيث يشير – ميلادته – للقواعد محل التطبيق هنا.

(301) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق ص ١٦٩.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٨ وما بعدها.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١ – ٨٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, op. cit, p. no 7.

وحدة المحل واحتواء الدعاوى: [302]

"يـذهب الفقه الإيطالي في تعريفه لفكرة احتواء الدعاوى إلى القول بأن العلاقـة بـين عناصـر دعوى وعناصر دعوى أخرى ليست فقط علاقة كيفية عـندما يكـون سبب إحدى الدعاوى متقابلاً مع سبب الأخرى، أو حيث يتقابل المحل، ولكن يمكن أن تكون كذلك علاقة كمية، بمعنى أن يكون سبب أو محل إحداها أكثر اتساعًا من سبب أو محل الأخرى، كما يحدث في طلب شيء بسيط وطلـب شيء مركب، أو طلب أحد الأموال في دعوى، وطلب مجموع الأموال في دعوى أخرى، أو إذا طلب أحد الخصوم تقسيم شيء في دعوى، وطلب في دعـوى أخـرى تقسيم ذمة مالية أكبر اتساعًا، في كل تلك الأحوال يكون هناك احـتواء دعـاوى لأن محل إحداها يكون أكبر كميًا من محل الأخرى"[303] إذن "فالاحـتواء هـو فـي حقيقة الأمر رابطة أو علاقة كمية أو تدريجية بين عدة دعـاوى، أو هـو.. قـيام ذات النـزاع بصورة جزئية، لأن الدعويين تكونان متطابقتـين في السبب والأشخاص بصورة كاملة، وفي المحل بصورة جزئية، حيث أن جزء فقط من الدعاوى المحتوية (الكبرى) يكون مماثلاً ومساويًا تمامًا لمحل الدعوى المحتواة (الصغرى)" [304]

"ويمكن القول بأن الفقه الإيطالي ينظر إلى الاحتواء على أنه (قيام ذات النـزاع) بصـورة جزئية. فالاحتواء يفترض العرض المتعاصر للدعويين أمام قاضـيين مختلفين، فالدعويان متطابقتان في كل العناصر مع اختلاف وحيد هو

Paris 23 Decembre 1960, R. Crit dr. int. pr. 1962. Note par Bellet. Paris, 16 Février, 1979, Gazzette du palais, 1979, II, p. 385, Note par S.R. Cass. Soc. 7 Mai 1996, R. Crit dr. int 1997, p. 77, 83, Note par Droz. Tribunal de Grande Instance Créteil, 16 Mai, 1974, Gazzette du Palais, 1975, I, p. 140.

(302) حول احتواء الدعاوى، راجع: د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

(303) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٠.

(304) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١١.

أن المطلـوب في أحدهما أوسع من المطلوب في الأخرى، فالدعوى الصغرى تكـون محـتواة ليس جزئيًا وإنما كميًا في الدعوى الأخرى الكبرى فالاحتواء يستلزم صلة موضوعية كمية خالصة، حيث أن إحدى الدعويين يجب أن تدخل فـي دائرة محتواة في دائرة أخرى ذات قطر أكبر، فالاحتواء ليس إلا نوعًا أو ضـربًا مـن (قيام ذات النزاع)" [305] وهناك بعض الأمثلة للاحتواء مستقاة من القضاء الإيطالي، من ذلك: "الدعوى التي محلها طلب الحكم على صاحب العمل بالـوفاء بتعويض أقدمية ومكافآت بسبب العمل الإضافي – الدعوى المبداة أمام قاضي آخر من صاحب العمل من أجل استرداد مبلغ الاستدانة القائم على أساس مكافـآت في مدة الغياب بسبب المرض (من ذلك أيضًا):... الدعوى المرفوعة بتخفيض الثمن لعيوب في الشيء المبيع والأضرار الناجمة عن ذلك – الدعوى المـرفوعة مـن البائع التي تقتصر على طلب الوفاء بباقي الثمن. (كذلك) بين طلب التقرير السلبي الذي يطالب بمقتضاه المدعي أن يحقق في أنه لا تقوم بينه وبـين المدعى عليه أي رابطة وظيفية – والطلب المبدى من هذا الأخير الذي يطلب فيه حكمًا آمرًا بالوفاء لأداء خدمة وظيفية" [306].

إذن، فكلمـا تحقق الاحتواء بين الدعاوى المنظورة أمام قضاء دولتين، فمن حق الخصوم التمسك بالدفع بالإحالة، لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية. وهـذا النظر إنما يكشف عن الفهم العميق لفكرة وحدة المحل في الدعويين. أما الفهـم غيـر العمـيق للفكـرة المتقدمة، فيعني، وجوب التطابق التام بين محل الدعويـين، بمـا يفـيد رفض الإحالة، وذلك حال احتواء الدعاوى، الأمر الذي تضيع معه العديد من الفوائد التي عسى أن يفيد منها الخصوم، وذلك حال الأخذ بفكـرة احـتواء الـدعاوى. كما أن رفض الفكرة المتقدمة، يمكن أن يؤدي إلى

---

(305) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٢.

(306) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٣، هامش ٢.

إرهاق المحكمة المدفوع أمامها بالإحالة دون مقتضى. والثابت أن ما انتهينا إليه تعتمده بعض أحكام القضاء الفرنسي[307]، ويؤيده جانب من الفقه المصري. وإذا تم عرض الصورة الإيجابية للنزاع أمام محاكم دولة معينة، وتم طرح الصورة السلبية للنزاع أمام محاكم دولة أخرى، هنا يكون محل الدعويين واحدًا، بما يبرر الأخذ بالإحالة[308]. ونؤكد مع البعض، أنه من الواجب عدم التوسع في تحديد نطاق فكرة وحدة المحل، بحيث تشمل حالات أخرى خلافًا لما تقدم، وذلك حفاظًا على ذاتية هذه الفكرة وتميزها عما سواها من الأفكار التي تؤدي دورًا مماثلاً، ألا وهو سلب الولاية من القضاء الوطني والعهدة به إلى قضاء أجنبي[309]. والثابت أنه من يريدون توسيع المدرك السابق، بهدف تحقيق أغراض معتبرة في هذا المقام، في وسعهم الوصول لمثل هذه الأغراض، عن طريق أدوات أخرى، مثل الدفع بالارتباط على سبيل المثال. [310]

وحدة المحل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الثابت أن الشرط الماثل، لا وجود له في حالة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي، حيث لا توجد دعوى أخرى منظورة أمام القضاء الأجنبي في غالب الحالات. ولكن من المتصور وجود مثل هذه الدعوى أحيانًا، وحتى في هذه الحالة، لا يلزم وحدة المحل في الدعويين، إعمالاً لمبدأ سلطان

---

[307] Cass. Soc., 7 Mai, 1996, R. Crit dr. int pr., 1997, p. 77, Note par Droz, p. 83.

[308] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٦.

د. عبد الحكيم مصطفى، الدفع بالإحالة في الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٩ – ٣٨٠.

[309] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨١.

[310] راجع تفصيلاً:

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure in Italy, The Hague, 1965, p. 88 – 89 – 102 – 103, 106 – 154 – 155 – 171.

الإرادة. وحتـــى إذا – استلزمنا – جدلاً – مثل هذا الشرط، وهذا ما لا نسلم به، ففي وسع الخصوم تغيير مثل هذا المحل في مرحلة لاحقة من الخصومة. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن، التصدي للشرط الرابع، ألا وهو وحدة السبب.

الشرط الرابع: وحدة السبب: [311]

"ترمـــي فكرة السبب – بالتعاون مع المحل – إلى تحديد معالم الشيء المطلـــوب القضاء به من الناحية الموضوعية. فهذا الشيء لا يتحدد فقط بتحديد مـــاذا يطلـــب المدعـــي مـــن القضاء (أي المحل) وإنما أيضًا بتحديد سبب هذه الحمايـــة القضائية، فإذا اختلف السبب كنا بصدد دعويين لا دعوى واحدة. وقد تعـــددت الآراء حـــول تحديد السبب، ولكنها تدور حول فكرتين فالبعض يرى.. (ب) ولكـــن الراجح، هو أنه يجب النظر لا إلى القاعدة القانونية المجردة وإنما إلـــى مجمـــوعة الوقائع القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية، أي التي تـــؤدي إلـــى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضي. فالسبب الذي يحدد معالم دعـــوى معيـــنة لـــيس هو النص القانوني المجرد، ولكن العناصر أو الظروف الواقعية أساس الدعوى" [312].

---

[311] حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، الموضع السابق.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، الموضع السابق.

د. حفيظة الحداد، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٢.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، الموضع نفسه.

Cappelletti & Perillo, op, cit, p. 102.

[312] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٨. وراجع أيضًا الدراسة القيمة التالية:

وفـــي ضوء ما تقدم، فمن الواجب أن تتحد الدعويان في السبب مفهومًا علـــى الوجه السابق. وقد قام القضاء الفرنسي بإعمال الشرط المائل في بعض الأحكـــام الصادرة عنه[313]. ويدعو جانب من الفقه الفرنسي إلى توسيع مفهوم الســـبب حرصًـــا علـــى زيادة حالات الإحالة، وما يترتب على ذلك من عدالة واســـعة للخصـــوم علـــى المستوى الدولي[314] وقد اعتمد القضاء الفرنسي في بعـــض أحكامـــه، الاتجاه السابق[315]. وعلى العكس من ذلك، نرى – مع الفقه الـــراجح – وجـــوب الاحـــتفاظ للدفع بالإحالة بذاتيته وتميزه، كما أن الوصول للأهـــداف المرجوة من جانب أصحاب الاتجاه المنتقد، يمكن أن يتم عن طريق نظرية الارتباط، وبذلك نكون قد وفقنا في الحالين[316].

وحدة السبب بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الشرط المائل غير موجود في نطاق الشرط السالب للاختصاص، على الـــنحو الـــذي عرضناه آنفًا. حيث أن الأصل هو عدم وجود دعوى أخرى أمام محكمـــة دولة أجنبية حتى يمكن القول بتطابق أو عدم تطابق سببها مع الدعوى

د. عزمـــي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دراسة تأصيلية متعمقة ومقارنة للاصطلاح الشـــائع سبب الدعوى في القانون الفرنسي والمصري والكويتي، ط أولى ١٩٨٧ الكويت، ص ٤٨ وما بعدها.

(313) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

R Crit dr. int, pr., 1978, p. 527.
Clunet, 1978, p. 306.
R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 764.

(314) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

Fadlallah (I.), Note, R. Crit. Dr. int. pr.1977, p. 725, sous: Trib. G. Inst. Paris, 7 Juillet 1976.
Huet, Clunet, 1990, p. 127. et seq.

(315) د. محمد روبي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

R. Crit. Dr. int, pr., 1977, p. 725, Note par Fadlallah.

(316) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 102.

المطروحة على المحكمة الوطنية المعنية. وفي فروض استثنائية قد تكون هناك دعوى أخرى أمام المحكمة الأجنبية، وحتى في هذا الفرض لا تلزم وحدة السبب في الدعويين، فالشرط السالب واجب الإعمال في كل حال، ما دامت شروطه متوافرة. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن التصدي للشرط التالي.

الشرط الخامس: اختصاص المحكمتين المعنيتين: [317]

تجدر الإشارة إلى أن جانبًا من الفقه الفرنسي قد ذهب إلى عدم استلزام مثل هذا الشرط، وذلك على أساس كفاية وجود النزاع أمام المحكمة الأجنبية المعنية، حتى ولو كانت الأخيرة غير مختصة بنظير النزاع المعني، وذلك بهدف منع التعارض في الأحكام، وهو الأمر الذي قام الدفع بالإحالة من أجل تحقيقه. ولكن الثابت أن قضاء النقض الفرنسي متواتر على وجوب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمتين معًا لإمكان الأخذ بالدفع المعروض[318]. بموجب هذا الشرط، يجب أن ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمتين المعنيتين. فإذا لم يتوافر مثل هذا الأمر، لم يكن من الجائز إعمال الدفع محل الدراسة. ولكن ما هو القانون الذي يحدد اختصاص المحكمة الأجنبية المعنية، وهل هو قانون القاضي أم قانون المحكمة الأجنبية المعنية؟

---

[317] حول هذا الشرط راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٥.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٩.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٤.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨٠.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Cappelletti & Perrilo, p. 80.

[318] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

Lucas, R. Crit dr. int. pr., 1972, p. 84. Cass. Civ 1/12/1969.
Huet, Clunet, 1975, 102.

ذهب اتجاه أول في الفقه الفرنسي إلى عقد الاختصاص بالمسألة المستقدمة لقانون القاضي الذي تم الدفع أمامه بالإحالة إلى محكمة أجنبية لقيام ذات النزاع أمامها[319].

ويذهب القانون العراقي نفس المذهب السابق، حيث تنص المادة ٧ من القانون رقم ١٩٢٨/٣٠ على أنه "تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط الآتية: أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.

ب- كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسماً منه يتعلق به الحكم. ج- كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية. د- كون المحكوم عليه مقيماً في البلاد الأجنبية أو كان مشتغلاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى. هـ- كون المحكوم عليه قد حضر في الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه"[320]. ويذهب القانون

---

[319] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨ – ٣٤٩.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٧ – ٨٨.

وفي نقد هذا الاتجاه:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٤ – ٧٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً عرضاً لهذا الاتجاه.

Huet, Clunet, 1970, p. 707: Cass- Civ, Decembre 1969.

Bellet, La Jurisprudence du Tribunal de la seine en matière d'exequatur des Jugements estranges, Comité Fr. dr. int pr., 1962 – 1964, p. 251, Spec. p. 277ss.

[320] راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمدوح عرموش، المرجع السابق، ص ٣١٩.

د. ممدوح حافظ المرجع السابق، ص ٤١٢ – ٤١٣

د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

الأردنـــي المـــذهب الســـابق ذاته[321]، حيث نصت المادة ٧/ب من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني على حق المحكمة الأردنية في رفض طلب التنفيذ "إذا كان المحكوم عليه لم يتعاطى أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصـــدرت الحكـــم أو لـــم يكـــن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختياره أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحيتها" فالثابت مما تقدم، أن القانون الأردني هو الذي يحـــدد الحالات التي تكون فيها المحكمة الأجنبية المعنية مختصة دولياً بإصدار الحكـــم المراد تنفيذه في الأردن. وعلى العكس مما تقدم يذهب الاتجاه في الفقه إلـــى أن قانـــون المحكمـــة الأجنبية المعنية هو المسئول عن تحديد اختصاصها الدولـــي[322]. وقـــد اعتـــنق القضـــاء الفرنسي الاتجاه محل العرض في بعض الأحكـــام الصـــادرة عـــنه[323]. ويذهب اتجاه ثالث إلى التوسط بين الاتجاهين

---

(321) د. غالب الداودي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

د. ممدوح موش، المرجع السابق، ص ٣١٨ وما بعدها.

د. حسن الهداوي، القانون ....، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

مع ذلك قارن:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢:

"أن تكـــون المحكمـــة الأجنبية التي رفعت الدعوى أمامها أولاً مختصة، وهذا يفترض عدم تمتع المحاكم الأردنية باختصاص حصري.." وسوف نعود إلى مناقشة هذه المسألة لاحقاً.، راجع ما بعده.

(322) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٥.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ٣٤٩.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٥ – ٨٦.

د. محمد روبي، المرجع السابق – ص ٣٩٦ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع

Tallon, op. cit., p. 120 et seq.

Goldman, Clunet, 1964, p. 306.

(323) Batiffol (H.), R. crit dr. int, pr. Note, 1958, p. 389.

Ponsard, Clunet, 1958, p. 1016.

Tallon, op. cit, p. 116ss.

السابقين، حيث يتم الرجوع إلى قانون المحكمة الأجنبية المعنية كذا يتم الرجوع إلـــى القانون الوطني للقاضي في آن واحد[324]. ومفاد هذا الاتجاه وجوهره، أن "مـــناط الاعتراف بالاختصاص الأجنبي، هو مدى ما يتوافر بين النزاع والدولة التـــي فصـــلت فيه محاكمها فيه من روابط كافية لتبرير هذا الاختصاص... إن اختيار المحكمة الأجنبية لم يكن تعسفيًا ولا مصطنعًا ولا مبنيًا على غش"[325].

ويذهب جانب من الفقه المصري، إلى انتقاد الاتجاه السابق لنا عرضه الآن، وذلـــك علـــى أساس أن "فكرة الرابطة المميزة أو الوثيقة هي فكرة مرنة، وبالتالي فإن تقدير مدى توافر هذه الرابطة في القضية الواحدة قد تختلف بصدده

وفي مصر، راجع:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٧ – ٣٩٨. وفي نقد هذا الاتجاه، راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

Bellet, op. cit, p. 287.

(324) راجع في ذلك تفصيلاً:

Jacquet, Clunet, Note: Cour d'Appel de Paris: 25 Fév 1987, p. 435.
Huet, Clunet, Note:
Cour d'Appel de Paris 10 Novembre 1971, 1973, p. 239.
Loussouarn, R. Trims. Dr. Com., 1972, p. 239.

وفي مصر راجع تفصيلاً:

د. عكاشة عبد العال، المراجع السابق، ص ١٨٥.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٦ – ٨٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٧.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها.

(325) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

راجع أيضًا في تأييد هذا النظر:

د. حفيظة الحداد، الموضع السابق.

د. أحمد سلامة، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

Huet, Clunet, 1985, Note, Cass. Civ, 6 Fév, 1985, p. 460.

الأنظـــار مـــن محكمة إلى أخرى.. مما يترتب عليه أن هذه الفكرة لا تقدم حلاً فعـــالاً يلبي مصالح الأفراد ويواكب تطورات المعاملات الدولية الخاصة"[326].

وفضـــلاً عمـــا تقدم، يرى الفقيه صاحب النقد السابق أن "هذا المعيار يتنافى مع المـــنطق القانونـــي، فتقرير القاضي الفرنسي أن القاضي الأجنبي غير مختص اختصاصـــاً مباشـــرًا، بحجـــة عدم توافر رابطة مميزة تبرر هذا الاختصاص، بالـــرغم مـــن أنه قد قرر أنه مختص بالفصل في النزاع... أو لازالت الدعوى قائمـــة أمامه إذا تعلق الأمر بالدفع بالإحالة يجعل القاضي الفرنسي بمنزلة جهة طعن لما يقرره القاضي الأجنبي بصدد اختصاصه، وهو ما لا يجوز"[327].

والـــثابت أن المـــادة ١/٢٩٨ مرافعات مصري، تذهب إلى جعل مناط تقديـــر الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المعنية، هو قانون هذه المحكمة.[328] وقـــد ذهـــب بعض المشرعين العرب نفس المذهب السابق، من ذلك المادة ١/٤٠٧ من قانون المرافعات الليبي والتي تنص على "أن الحكم ... صادر من هيـــئة قضـــائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه"[329] كما تنص المادة ٣٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، على "أن الحكم صادر عن هيـــئة قضائية وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه..."[330] والقانون اليمني بدوره، يـــذهب فـــي ذات الاتجـــاه الســـابق[331]، حـــيث تنص المادة ٢٨٤ من قانون

---

(326) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

(327) د. محمد روبي، الموضع السابق.

(328) حـــول المـــادة ٢٩٨ مـــرافعات مصـــري، راجع تفصيلاً: د. عنايت ثابت، خواطر وسوانح في معرض بيان مدى الاعتراف لحكم القضاء الأجنبي بآثاره في مصر، دار النهضة العربية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥م، ص ١٠١ وما بعدها.

(329) د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(330) د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(331) د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ١١٣.

المـرافعات والتنفـيذ اليمني على أن "الحكم أو الأمر الصادر من هيئة قضائية مختصـة"[332] كما أن القانون الكويتي يعتنق الاتجاه السابق ذاته، إعمالاً للمادة ٢٧٦ مـن قانون المرافعات الكويتي[333]. ومسلك المشرع المصري كان محلاً للتـرحيب مـن جانب فريق كبير من الفقه المصري، وذلك بخصوص الجزئية محـل الدراسة فقط[334]. وهذا ما يعنينا في المقام الماثل. ونعود ونذكر إلى ما ذهـب إلـيه الفقـه المصري، والذي عرضنا له من قبل، من إعطاء القاضي المصـري سلطة رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المعني، رغم صدوره من محكمة مختصـة دولـياً وفقـا لقانون هذه الأخيرة، وذلك حال وجود غش نحو قواعد الاختصاص القضائي في الدولة المعنية[335].

اختصاص المحكمة الأجنبية بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة:

قلـنا فـي موضع متقدم من هذه الدراسة[336]، أنه حتى يقوم القاضي بإجابـة الخصـوم إلى طلبهم بسلب الاختصاص القضائي الدولي من المحكمة

---

(332) راجع مجموعة نصوص القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٧٣.

(333) د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

د. حسن الهداوي، تنازع...، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(334) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٥٥ وما بعدها.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٧ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧١.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٤ – ٧٥

مع ذلك قارن:

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٠٠.

راجع أوجه النقد الموجه لهذه السادة، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٦١

(335) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٥.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٧.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(336) راجع ما قبله.

الوطنـية المعنـية، وذلـك لصالح محكمة أجنبية معنية، يراد عقد الاختصاص القضائي الدولي لها، فمن واجب هذا القاضي أن يتأكد من أن المحكمة الأجنبية المعنية مختصة دولياً بنظر المنازعة المعنية والمطروحة أمامه. فإذا كانت هذه المحكمـة غيـر مختصة دوليا بنظر هذه المنازعة، فمن واجب هذا القاضي أن يـرفض إعمـال الشـرط السالب للاختصاص، لأنه لو قام هذا القاضي جدلاً بأعمالـه، لانطـوى سـلوكه على إنكار واضح للعدالة؛ أو بعبارة أخرى، فإن إعمـال الشـرط السالب إنما يعني أن المحكمة الوطنية المدفوع أمامها بالشرط الماثـل، سـوف تصـبح غير مختصة، كما أن المحكمة الأجنبية والمراد عقد الاختصـاص لهـا، غير مختصة أيضاً، فكيف يتأتى للخصوم إزاء ذلك – أن يقومـوا بحسم منازعاتهم المعنية. كما قررنا في موضع متقدم من هذه الدراسة، أنـه فـي نطاق الشرط السالب للاختصاص، فمن الواجب أن تكون الصلة بين المحكمة المدفوع أمامها بهذا الشرط والنزاع المعني صلة ضعيفة، وعلى العكس مـن ذلك، يجب أن تكون الصلة بين المحكمة المراد إحالة النزاع إليها والنزاع، قـوية بمـا يبرر منحها هذا الاختصاص، فحيث تكون هذه المحكمة أقدر على الفصـل فـي هـذا النزاع، فهي أجدر بنظره وحسمه. وهذا يعني انه لا يجوز إعمـال الشـرط السالب للاختصاص، كلما كانت الصلة بين المحكمة الأجنبية والنـزاع، ضـعيفة حيث تكون إحالة النزاع إلى مثل هذه المحكمة غير مبررة على الإطلاق، رغم أنها مختصة دولياً بنظر النزاع المعني. فالاختصاص، أمر غير كاف لإتمام عملية الإحالة المعنية، بل يجب أن تكون مصحوبة بأمر آخر، هو الرابطة الوثيقة بين المحكمة الأجنبية المعنية والنزاع محل الاعتبار. وعلى نحـو مـا تقـدم، نخلـص إلـى أننا بصدد شرط مشترك بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة.

الشرط السادس: إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي: [337]

والشـرط الماثـل، محـل للخلاف، حيث يذهب اتجاه أول القول بعد الحاجـة إليه، مع عدم إمكان التحقق من توفره من الناحية العملية[338]. وعلى خلاف ما تقدم، يرى الاتجاه الراجح في مصر، وجوب الأخذ بهذا الشرط[339]، حـيث لا يتصـور أن تقوم المحكمة والوطنية المعنية بالتخلي عن اختصاصها وإحالة الخصوم إلى محكمة أجنبية معنية، وبعد صدور الحكم المرتقب من هذه

---

(337) حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٦ – ١٨٧.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٠٣.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Lagarde (P.), R., Crit dr. int. pr., Note: Cour d'Appel de Paris, 3 Juin 1966., 1967, p. 734.

Cass. Civ, 26 Novembre 1974, R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 491 et seq, 495 et seq.

Ancel, R. Crit. Dr. int. pr 1996, p. 127 Note, Cass. Civ, 15 Juin, 1994.

(338) من هذا الاتجاه:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٦.

د. أحد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٧.

Fadlallah, R. Crit. Dr. int. pr., 1977, Note, p. 734.

(339) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٢.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤١٣ وما بعدها، ٤١٥ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

Batiffol. R. Crit dr. int. pr., Note, 1963, p. 103.

Level, Clunet, 1964, Note, p. 82.

المحكمـــة، يعجز الخصم المحكوم له عن تنفيذ الحكم الأجنبي المعني، وذلك في دولة القاضي المحيل[340].

ومـــن جانبـــنا، نسلم بأوجه النقد التي قال بها الفريق الأول وذلك على الـــنحو السابق عرضه، نظراً لسلامتها. ومن جانب آخر، نرى سلامة مضمون الاتجـــاه الثانـــي. ولا يمكن التوفيق بين الأمور المتقدمة، إلا عن طريق إعادة صـــياغة الشرط محل العرض. وعلى هذا الأساس نرى أن عدم توفيق البعض فـــي صياغة الشرط الماثل، هي التي أدت إلى النقد سالف الذكر، وهو نقد محق وفـــي محله. ويمكن أن نتلافى أوجه النقد المتقدمة عن طريق القول بأن الشرط محـــل العـــرض، يجـــب أن يكون على النحو التالي [ألا يكون الحكم الأجنبي مستحيل التنفيذ في دولة القاضي المحيل. ومن جانبنا نرى أن مثل هذه الصياغة يمكـــن أن تحقق الفائدة التي يدافع عنها أنصار الاتجاه الثاني. وفي نفس الوقت نتلافـــى أوجـــه النقد الموجهة من أنصار الاتجاه الأول. وتجدر الإشارة إلى أن الحكـــم الأجنبـــي المـــرتقب يكون مستحيلاً تنفيذه في دولة القاضي (مصر) في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا كان الحكم متعلقاً بعقار موجود في مصر.

ب- إذا كـــان الحكـــم مـــتعلقاً بإجـــراء وقتـــي أو تحفظي يراد تنفيذه في مصر.

ففـــي الحالتـــين المتقدمتـــين سوف يكون النزاع المعني شديد الاتصال بالإقلـــيم المصري، ومن ثم سوف تكون المحكمة المصرية هي الأقرب للنزاع، ومن ثم الأقدر على الفصل فيه، ولا تتصور ثمة إحالة في الفرضين المتقدمين، أمـــا في غير الحالتين المتقدمتين، فلا يمكن القول باستحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المعني في مصر. وسوف يقوم القاضي المصري بالتفرقة بين فرضين: الفرض

---

(340) د. محمد رويي، المرجع السابق، ص ٤١٤ - ٤١٥.
Holleaux, R. Crit. Dr. int. pr., Note, 1975, p. 500.

الأول وفيه يكون النزاع المعني شديد الصلة بالإقليم المصري، وهنا لن يقوم هذا القاضي بالإحالة، رغم وجود النزاع أمام محكمة أجنبية معنية، لأنه لو أحال هذا النزاع جدلاً، وبعد صدور الحكم المعني، أراد المحكوم له تنفيذ هذا الحكم في مصر، فلن يستطيع الأخير ذلك إطلاقاً لأن المحاكم المصرية كانت أجدر بالفصل فيه. ومن ثم فلا يكون هناك ثمة محل للإحالة، نظراً لاستحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب. أما الفرض الثاني، فيتعلق الأمر فيه بنزاع شديد الصلة بالمحاكم الأجنبية المعنية، هنا سوف يقوم القاضي المصري بالإحالة، فإذا عاد المحكوم له وطلب تنفيذ الحكم المعني في مصر، هنا لن يكون هناك ثم مانع من التنفيذ، لأن النزاع المعني كان عديم الصلة بالإقليم المصري، وقت الإحالة. إذن، ففكرة الرابطة الوثيقة، هي التي قامت بحل المشكلة الماثلة، وهذه الفكرة كان قد سبق لنا استخدامها عند الحديث عن الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي[341].

<u>إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي بين الشرط السالب والدفع بالإحالة:</u>

عندما عرضنا للشرط السالب للاختصاص، قلنا أن القاضي المصري، لا يحق له إعمال الشرط السابق، إلا بعد التأكد من عدة شروط، من بينها الشرط الذي يفيد، وجوب قيام رابطة وثيقة بين النزاع المعني من ناحية أولى، والمحكمة الأجنبية المراد إحالة النزاع إليها من ناحية ثانية. مع انعدام أو ضعف الصلة بين الإقليم المصري والمنازعة المعنية[342]. والهدف المرجو من هذا الشرط، هو التحقق من عدم استحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في مصر، لأن انعدام أو ضعف الصلة بين النزاع المعني والمحكمة الأجنبية، المراد إحالة النزاع إليها، مع قوة هذه الصلة بالإقليم المصري، إنما يعني

---

(341) راجع ما قبله، الفصل الأول من هذه الدراسة.

(342) راجع ما قبله.

استحالة تنفيذ هذا الحكم في مصر، نظراً لمخالفة هذا الحكم للمادة ٢٩٨ مرافعات مصري. وقلنا أنه لا يتصور بحال، أن يقوم القاضي المصري بإعمال الشرط السالب للاختصاص، في فرض، يتيقن فيه هذا القاضي، من استحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في الإقليم المصري. والثابت مما تقدم، أن فكرة الرابطة الوثيقة، هي التي حددت لنا الحالات التي يجوز فيها إعمال الشرط السالب للاختصاص، وتلك التي لا يجوز فيها إعمال مثل هذا الشرط. وبالمثل فقد عدنا في المقام الماثل، إلى استخدام فكرة الرابطة الوثيقة من جديد، وذلك لتحديد مناط إعمال الدفع بالإحالة. فكلما كان النزاع المعني شديد الصلة بالإقليم المصري، كان إعمال الدفع بالإحالة غير ممكن إطلاقاً، نظرا لاستحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في مصر. وعلى العكس من ذلك، كلما كان النزاع المعني شديد الصلة بالمحكمة الأجنبية المعنية، كلما كان إعمال الدفع بالإحالة ممكناً، نظراً لعد استحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في الإقليم المصري. خلاصة ما تقدم، أن فكرة الرابطة الوثيقة هي أداة مشتركة وفعالة في مجالي: الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث مكنتنا هذه الفكرة من تحديد نطاق أعمال كل من الشرط والدفع المعنيين وذلك على التفصيل السابق[343]. أشرنا في مواضع مختلفة من هذا

---

[343] ويذهب جانب من الفقه المصري – متأثراً في ذلك بالفقه الفرنسي – إلى إلزام القاضي المصري بالتأكد من صحة الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الأجنبية، كذا من بعض الشروط الأخرى والتي يلزم توافرها حتى يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في مصر د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٢٤، ومع احترامنا للجهد الكبير الذي بذله الفقيه المتقدم لتبرير مثل هذا الوضع، فإنه يستحيل إلزام القاضي المصري بمثل هذه الأوجه من الرقابة قبل الإحالة، وعلينا الانتظار لحين صدور الحكم الأجنبي المعني والمتقدم بطلب تنفيذه، وهنا سوف يمارس القاضي المصري المعني الرقابة المعنية وفقاً للمادة ٢٩٨ مرافعات. مع ذلك قارن:

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٨ فيما يتعلق بمسألة التأكد من صحة الإجراءات القضائية التي تتم أمام القاضي الأجنبي، فإن مراقبتها لا تمضي دون إثارة بعض الحناء

البحث إلى أوجه الشبة والخلاف بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة. يبقي علينا أن نشير إلى أوجه الخلاف التي لم نشر إليها من قبل.

بعض أوجه الخلاف بين الشرط السالب والدفع بالإحالة:

عند الحديث عن الشرط السالب، قلنا أنه يجب على القاضي المصري، وقبل إعمال هذا الشرط، أن يتحقق من توافر شروط صحة هذا الشرط من حيث توافر الرضا والمحل والسبب. كما قلنا أنه من الواجب على هذا القاضي أيضاً، أن يتثبت من انعدام الإذعان، فإذا كان أحد أطراف العقد المعني مذعناً للطرف الآخر، هنا لا يكون هذا الشرط صحيحاً، ومن ثم لا يجوز للقاضي المصري إعماله. وفي النهاية يجب أن يكون الخصوم متمتعين بالأهلية المناسبة[344]. والثابت أن هذه الشروط غير موجودة في نطاق الدفع بالإحالة. ومرجع الأمر، هو أن الشرط السالب هو اتفاق عقدي، وبهذه المثابة يجب أن يكون أطراف هذا العقد متمتعين بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد المعني، كما يجب أن تكون العناصر المختلفة لهذا العقد صحيحة، أي الرضا والمحل

بالنسبة للقاضي الوطني. وترجع هذه الصعوبة إلى أن الأمر يتعلق بمجرد إجراءات جارية لم تنته بعد ولا يمكن للقاضي في هذه اللحظة أن يراقب – وهذا بديهي – ما لم يتم بعد الإجراءات فما دوره في هذا الخصوص؟ نعتقد أنه ينبغي في هذه الحالة ترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو يستطيع بالنظر إلى كل حالة على حدة أن يقرر ما إذا كان ينبغي قبول الدفع بالإحالة من عدمه. فله أن يرفض الأخذ بالمبدأ مثلاً ان عن له أن الإجراءات تتم بطريقة تثير شكاً من الشك حول مشروعيتها أو أن الحكم الذي سيصدر ان يكون ميسور النفاذ أو أن هناك تحايلاً على الاختصاص". ومن جانبنا – ومن احترامنا الكامل لما ذكره الفقيه المتقدم، نرى صعوبة التسليم بحق القاضي في المراقبة المعنية، لأن الأمور لم تنته بعد، والرأي المتقدم ذاته، يؤكد على هذا المعنى. ولا يسعنا تأييد الرأي السابق سوى في جزئية واحدة، وفيها يتعلق الأمر بعدم انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية على أساس سليم. هنا، وهنا فقط يحق للقاضي المصري رفض الإحالة، وذلك نظراً لعدم توافر أحد شروطها.

(344) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

وراجع ما قبله، الفصل الأول من الباب الماثل.

والسبب. وعدم توافر أي عنصر من العناصر المتقدمة أو عدم صحته، إنما يجعل هذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب مقتضى الحال، ومن ثم لا يكون هذا الأخير قادراً على إنتاج آثاره القانونية بوجه عام، والشرط السالب على وجه الخصوص، أي أن الشرط السالب للاختصاص بوصفه شرطاً عقدياً، لا ينتج آثاره إلا حال صحة العقد الذي ورد فيه مثل هذا الشرط[345]. وعلى خلاف ما تقدم، فإن الدفع بالإحالة هو إجراء من إجراءات الخصومة القضائية، والإجراء القضائي يختلف عن العقد. وشروط صحة العقد، لا تنطبق على الإجراء القضائي. لأن العقد هو تصرف موضوعي، في حين أن الخصومة القضائية، هي مجموعة من التصرفات الإجرائية. فالدفع بالإحالة هو تصرف إجرائي، صحته وبطلانه، يخضعان لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي يحكم التصرفات الموضوعية ومنها الشرط السالب للاختصاص[346]. وبعد أن فرغنا من تحديد شروط الدفع بالإحالة، يتعين علينا الآن بيان معاملته الإجرائية.

المعاملة الإجرائية للدفع بالإحالة: [347]

---

[345] Certoma, The Italian Legal System, London, Butterworths 1985, p. 355 – 6.
Freund (O.), Lévy (C.), Rudden (B.) A Source Book on French Law, Outlines of Contract, Second Ed., Oxford, 1979, p. 320.
Paris 5 Fév. 1910 Welter C. Michelin, Dalloz, 1913 – 2 – 1, Note par Valéry.

[346] حول الحل الإجرائي، راجع:

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 154

[347] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٨.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٣.

يتعين علينا الآن الفصل في عدة أمور خلافية، ومنها الخصم الذي يحق له التمسك بهذا الدفع، المحكمة المختصة بتلقي هذا الدفع وقت إبداء الدفع، سلطة القاضي عند الفصل في الدفع. وسوف نعرض الآن لما تقدم، بشيء من التفصيل:

أولاً: الخصم الذي يحق له التمسك بالدفع:

هل يحق للمدعي[348] في الدعوى المطروحة أمام القضاء المصري أن يتمسك بالدفع بالإحالة، أم أن ذلك أمر قاصر على المدعى عليه؟[349]، هل يحق للمحكمة أن تقوم بعملية الإحالة دون أن يتمسك أي خصم بالدفع محل العرض؟

يذهب جانب من الفقه المصري، إلى تخويل المدعي والمدعى عليه، حق التمسك بالدفع بالإحالة؛ أو بعبارة أخرى " يجوز .. لكل من المدعي والمدعى عليه أن يتمسك بالدفع بالإحالة في مجال العلاقات الدولية على خلاف الوضع في مجال القانون الداخلي وفقاً لما يراه جانب من شراح المرافعات"[350] ويرى جانب من الفقه المصري تأييد الاتجاه السابق، مادام الثابت وجود مصلحة مشروعة لأي الخصمين في التمسك بالدفع السابق "إذ قد يكتشف بعد رفع دعواه أن القاضي أمام قضاء الدولة التي رفع إليه دعواه سيستغرق وقتاً طويلاً أو قد يكلفه مصاريف باهظة"، كما أنه قد لا يتمكن من ترك الدعوى أمام

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٠٧.

د. محمد رويي، المرجع السابق، ص ٤٤٦ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Holleaux, Comité Française de droit int. pr., 1971 – 1973, p. 216.
Holleaux, R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 501, Note.
Huet, Juris classeur, Fasc. 581 – 43, no 36 et seq.

[348] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 123.

[349] Cappelletti & Perillo, loc. Cit.

[350] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣.

تلـك المحكمة بسبب توقف قبول المحكمة لهذا الترك على موافقة المدعى عليه، ومـن ثم فلا يكون أمامه من وسيلة سوى التمسك بقيام ذات النزاع أمام القضاء الأجنبي، مما يبرر تخويله مكنة التمسك بهذا الدفع"[351].

فإننا نتفق مع المبدأ الذي أرساه الفقيه المتقدم في هذا الخصوص، ألا وهو وجود مصلحة مشروعة للخصم الذي يتمسك بالدفع بالإحالة، حتى يستطيع أن يتمسك به. ولكن كل التطبيقات التي أوردها الفقيه المتقدم لا تعتبر بأي حال، مـن صور المصلحة المشروعة المعتبرة في خصوص الدفع بالإحالة في نطاق القانـون الدولـي الخـاص. لأن الاعتبار الذي يقوم عليه مثل هذا الدفع هو أن المحكمة الأجنبية اقرب لعناصر النزاع، ومن ثم سوف تكون أقدر على الفصل فـيه، ومن هذا المنطلق فهي الأجدر بحيازته وحسمه. فطول مدة التقاضي أمام المحكمـة الوطنـية والـذي اكتشـفه المدعي بعد أن رفع دعواه أمام المحكمة الوطنـية، ليس من الأمور المبررة للدفع بالإحالة هنا، حيث أن هذا العيب ليس له أي أثر إيجابي على قدرة وفعالية المحكمة الأجنبية المراد إحالة النزاع إليها. فقد تكون المحكمة الأخيرة أكثر بطأ من المحكمة الوطنية المعنية، حيث يترتب علـى ذلـك زيـادة العبء الملقى على المدعي، فقد ترك محكمة وطنية بطيئة وذهـب إلـى محكمـة أجنبـية اكثر بطأ. فبطء المحكمة الوطنية لا يفيد عقلاً وضـرورة أن المحكمـة الأجنبية ليست بطيئة أو سريعة في الفصل في النزاع المعنـي. وعلـى خـلاف ذلك تتحقق المصلحة المشروعة إذا كانت المحكمة الأجنبية سريعة في الفصل في الخصومة المعنية، في حين أن المحكمة الوطنية بطيـئة فـي حسمها. كذلك فإن المصاريف الباهظة التي سوف يتحملها الخصم المعنـي أمام المحكمة الوطنية، لا يعني على الإطلاق، حقه في الدفع بالإحالة، حـيث قد تكون المصاريف التي سيتحملها هذا الخصم في الدولة الأجنبية أكثر،

---

(351) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

وحتى إذا افترضنا أن المصاريف المقررة لدى هذه المحكمة اقل، فهذا لا يعني على الإطلاق أن المحكمة الأجنبية هي الأجدر بالاختصاص. فالاعتبار المتقدم ليس مبرراً للإحالة الماثلة، حيث أنه ليس من الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع محل الدراسة. وكل ما تقدم من ملاحظات، لا ينفي سلامة نقطة البداية لدى الفقه الماثل، وهو مدعو الآن إلى إعادة النظر في الأمثلة السابقة، ووضع أخرى أكثر اتفاقاً مع طبيعة الدفع محل الدراسة.

وإذا كان الثابت أن الفقهاء المتقدمين قد ذهبوا إلى تحويل المدعي والمدعى عليه حق الدفع بالإحالة، فإننا نؤكد سلامة الاتجاه المتقدم، ونضيف إليه حق الخصم المدخل[352]، وحق المتدخل[353]، في التمسك بالدفع الماثل. فالمحكمة التي دفعت الفقه المتقدم لتقرير الحق الماثل للمدعي والمدعى عليه، توجب علينا أيضاً تعدية هذا الحق إلى باقي أطراف الخصومة وهم الخصم المدخل والخصم المتدخل، ولا يجوز بحال حرمان المتقدمين من مثل هذا الحق. فقد لا يتمسك المدعي بالدفع الماثل، وقد لا يتمسك المدعى عليه بالدفع ذاته، هنا يحق للخصم المدخل أن يتمسك بهذا الدفع. وإذا سكت الثلاثة المتقدمون عن إبداء الدفع محل الاعتبار، يجوز للخصم المتدخل التمسك بهذا الدفع. ففي تقديرنا المتواضع، أن أطراف الخصومة السابقة هم على قدم المساواة إزاء حق التمسك بهذا الدفع، ولا يجوز تقرير هذا الحق للبعض، وحرمان البعض الآخر منه. ومن المتصور أن يتعدد المدعون، ومن المتصور أن يتعدد المدعى عليهم، كذا في بعض الفروض يتعدد المدخلون كذا المتدخلون. في كل هذه الفروض، يحق لمجموع المدعين أو لبعضهم التمسك بالدفع الماثل. وإذا لم يحدث ذلك، فمن المتصور أن يتمسك بعض المدعين بالدفع الماثل، في حين يتقاعس البعض الآخر عن التمسك به. في مثل هذه الحالة الأخيرة يجب على

---

[352] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125 ss.

[353] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125 – 6.

المحكمة الوطنية المعنية بحث هذا الدفع بناء على تمسك البعض المعني، وعدم استلزام تمسك كافة المدعين به حتى تتصدى لبحثه وحسمه. وما صدق على المدعين يصدق أيضاً على باقي أطراف الخصومة من مدعى عليهم ومدخلين و متدخلين. فيستوي أن يتمسك بهذا الدفع البعض أو الكل.

حق القاضي في الإحالة من تلقاء نفسه:

يذهب جانب من الفقه المصري، إلى القول بعدم أحقية القاضي في الإحالة من تلقاء نفسه، بل يتعين عليه انتظار تمسك أحد الخصوم به حتى يقوم ببحثه والفصل فيه، وذلك رعاية لمصلحة الخصوم؛ أو بعبارة أخرى "إذا كان من الملائم تخويل طرفي النزاع حق التمسك بالدفع بالإحالة في الإطار الدولي، فإنه يبدو (لنا) من غير الملائم تخويل القاضي سلطة الأمر بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك أحد الطرفين بهذا الدفع. وهذا الرأي مجمع عليه في جميع النظم القانونية التي أقرت إعمال الدفع بالإحالة في الإطار الدولي. ولعل السبب وراء ذلك، فضلاً عن الصعوبات العملية التي تحول دون علم القاضي بقيام النزاع أمام محكمة أجنبية في حالة صمت الأطراف هو عدم توافر مساواة قانونية بين المحكمتين المرفوع إليهما النزاع، كما أن قبول هذا الدفع في الإطار الدولي تتغلب فيه اعتبارات حماية مصلحة الفرد. ومن ثم فلا يعقل أن يكون القاضي أحرص على هذه المصالح من أصحابها، الأمر الذي يوجب عدم إجازة إثارة القاضي لهذا الدفع من تلقاء نفسه"[354]. وعلى خلاف ما تقدم، يذهب الاتجاه الراجح في الفقه المصري – حسب تقديرنا المتواضع – إلى إعطاء القاضي المصري سلطة الإحالة دون حاجة لقيام الخصم بالتمسك بالدفع الماثل[355]. وقد ذهبت محكمة الإسكندرية

---

[354] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

[355] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣.

د. أحمد قسمت الجداوي، الموضع السابق، ص

وحول التخلي بوجه عام، راجع:

التجارية المختلطة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٢٢/١/٩ إلى الأخذ بنظرية الإحالة، وذلك إعمالاً لفكرة النظام العام[356]. ومن جانبنا نؤكد سلامة القضاء السابق، رغم العوار في التأسيس، والذي دفع جانباً من الفقه المصري - وبحق - إلى انتقاد حيثيات الحكم السابق؛ أو بعبارة أخرى "ومسلك هذا القضاء لم يكن يخلو بدوره من التناقض، فقد كان يعتبر قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية من النظام العام، ويرى في الوقت نفسه أن الإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية تمثل التزاماً على عاتق القاضي"[357] ومن جانبنا نسلم بسلامة النتيجة التي توصلت إليها المحكمة المتقدمة، وسلامة الحكم الصادر عنها، ولكن يمكن حمل هذا الحكم على فكرة الرابطة الوثيقة[358]، فقد رأت هذه المحكمة أن النزاع الماثل أمامها يرتبط بالإقليم المصري برابطة واهنة وضعيفة، في حين أن هذا النزاع إنما تربطه بالمحكمة الأجنبية المعنية رابطة وثيقة. وفضلاً عما تقدم، فإن اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ والخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكم دول الجامعة الأوروبية وتنفيذ الأحكام فيما بينها، هذه الاتفاقية قد ألزمت المحكمة بالإحالة من تلقاء نفسها، ودونما حاجة لتمسك أحد الخصوم بالدفع المعني؛ وبيان ذلك أن المادة ٢١ من الاتفاقية السابقة، توجب على المحكمة التي تم رفع الدعوى أمامها في المرة الثانية أن تحكم تلقائيا بالتخلي عن نظر هذه الأخيرة (الدعوى الثانية) وذلك بحيث تستأثر المحكمة الأولى بنظر الدعوى المعنية. وقد حكمت محكمة استئناف باريس بتطبيق المادة المتقدمة في النزاع الماثل أمامها[359].

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(356) راجع ما قبله.

(357) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(358) راجع ما قبله.

(359) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

Cour d'Appel de Paris 16 Juin 1976, R. Crit dr. int. pr. 1978, p. 374, Note par Lagarde.

ومـــن جانبنا، نرى أن الاتجاه الأخير هو الجدير بالتأييد، حيث الثابت أن الأمـــر يـــتعلق بمصلحة عامة، هي الحفاظ على هيبة القضاء المصري وما يصدر عنه من أحكام، وحتى لا تتحول الأخيرة إلى "قصاصات من الورق" كما يرى جانب من الفقه المصري، وفي بصيرة نافذة[360]. ولا حجية لإجماع النظم القانونـــية المختلفة على الأخذ بالاتجاه الأول، كما يرى صاحب الاتجاه الأول، خاصـــة أن – ســـيادته – لم يبين لنا ماهية هذا الإجماع أي الدول المختلفة التي اعتنقت مثل هذا الاتجاه. وحتى إذا افترضنا جدلاً وجود مثل هذا الإجماع، فإن ذلـــك لا يحول دون توجيه النقد الجارح لمثل هذا الاتجاه حال وجوده. وأساس هذا النقد أن الأخذ به يؤدي إلى ضياع الحكمة الكاملة للدفع بالإحالة ذاته، فكيف نـــنادي بهـــذا الدفع، بمثل هذا الحماس المنقطع النظير، ثم نعود بعد ذلك ونعلق إعمال هذا الدفع على إرادة الخصوم ونمنع القاضي الوطني من إعماله بدعوى أن الأمر يتعلق بالمصالح الخاصة بالخصوم وهم أدرى بها من القاضي المعني. فالقاضـــي هو الأحرص على المصلحة العامة من الخصوم، ومن ثم فيجب أن نخـــوله حقـــاً كـــاملاً غير منقوص في الحكم بالإحالة تلقائياً، ودون توقف على إرادة الخصـــوم، بحسبان أن المصلحة العامة تعلو على المصلحة الخاصة دون مـــراء. ومن هذا المنطلق نرفض وبشدة، الاتجاهات الفقهية التي تروج للاتجاه الأول فـــي مصر، وتدعو للأخذ به، وذلك على أساس أن القاضي المصري لا يستطيع أن يعمل مثل هذا الدفع في النطاق الداخلي من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلـــى تمســـك الخصـــوم به، وأنه من باب أولى لا يستطيع أن يعمله تلقائياً في المجـــال الدولـــي؛ أو بعـــبارة أخرى "هذا الحل هو الذي يجب أن يؤخذ به في القانون المصري، لاسيما أن القاضي المصري لا يملك هذا الأمر على الصعيد الداخلـــي، فليس له إثارة الدفع بالإحالة من تلقاء نفسه لصالح قاضي آخر داخل

---

(360) د. أحمد قسمت الجداوي، راجع ما قبله.

النظام القانوني في حالة صمت الأطراف مما يجعل القول بذلك على الصعيد الدولي يأتي من باب أولى"[361].

ومن جانبنا نرى أن القول المتقدم يمكن إجابته، بأن عدم الإحالة في المجال الداخلي ليس من شأنه إهدار مصلحة عامة نظراً لانتماء المحكمتين لدولة واحدة، وسوف يتم في نهاية المطاف ترجيح أحد الحكمين بواسطة المحكمة العليا في الدولة المعنية. في حين أن عدم الأخذ بالإحالة في المجال الدولي إنما يؤدي إلى إهدار مصلحة عامة دون مراء، حيث سيكون الحكمان المعنيان عديمي القيمة من الناحية الفعلية، وذلك نظراً لعدم إمكان تنفيذ أي منهما. ومن ثم لا يمكن إعمال قاعدة قياس الأولى في هذا المقام. بقي علينا أن نشير إلى أن عدم علم القاضي الوطني بوجود نزاع نظير لدى المحكمة الأجنبية المعنية سوف يحول دون قيام هذا القاضي بأعمال الإحالة[362]. وهذا ما نسلم به. ونفس الأمر قد يحدث في المنازعات الوطنية، كذا في المنازعات الدولية. ولكن في ظروف أخرى، يكون القاضي عالماً بوجود منازعة أخرى نظيرة مطروحة أمام قضاء أجنبي، هنا لا نستطيع حرمانه من حق إحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية المعنية بدعوى عدم قيام ذات القاضي بالإحالة في الحالات التي كان يجهل فيها وجود النزاع النظير في الخارج. فهذا القول غير مقبول. ففي الحالة التي يجهل فيها القاضي وجود النزاع النظير أمام محكمة أجنبية، فهو معذور حينما لم يقم بالإحالة، وكيف يتأتى له العلم بالنزاع الأجنبي. أما في الحالة التي يعلم فيها بوجود مثل هذا النزاع والماثل أمام محكمة أجنبية، فهو غير معذور حال عدم قيامه بالإحالة، وذلك نظراً لعلمه اليقيني بوجود نزاع نظير أمام محكمة أجنبية. إذن لا يمكن قياس الحالة الأخيرة على الحالة الأولى بحال،

---

(361) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(362) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

نظـراً لعدم تطابق المقيس والمقيس عليه. فلكل ما تقدم، ندعو أصحاب الاتجاه السابق إلى إعادة النظر في رأيهم المتقدم حتى يحققوا الأهداف الكاملة من الدفع بالإحالـة. فأصحاب الرأي المنتقد هم من أنصار الإحالة وليسوا من خصومها، فكـيف يتأتـى لهم بعد ذلك، الدعوة إلى منع نظرية الإحالة من تحقيق أهدافها كاملة غير منقوصة.

<u>حق الخصوم و سلطة القاضي بين الدفع بالإحالة والشرط للاختصاص</u>

فـي نطـاق الشـرط السالب للاختصاص يحق لكل من المدعي[363]، والمدعي عليه[364]، التمسك بالشرط السالب للاختصاص، باعتبار أنهما أطراف العقـد الـذي حـوى مثل هذا الشرط. أما في نطاق الدفع بالإحالة، فقد قلنا أن للمتقدمين الحق السابق، وفضلا عن ذلك، فقد انتهينا إلى مد الحق المعنى كذلك إلـى الخصـم المـدخل[365]، والمـتدخل[366]، وذلك باعتبارهما من أطراف الخصـومة وذلك حال وجودها وعلى هذا الأساس، يبين لنا الفارق بين الأمرين السـابقين. مرجع هذا الخلاف، كما بينا في موضوع سابق من هذه الدراسة، أن الشـرط السـالب هو تصرف موضوعي، في حين أن الدفع بالإحالة هي عمل إجرائي[367]. فالشرط السالب يستفيد منه أطرافه أي المدعي والمدعى عليه وهم أيضا أطراف العقد الذي حوى مثل هذا الشرط في غالب الأحوال. في حين، أن الدفع بالإحالة هو عمل إجرائي، يحق لكل أطراف الخصومة الإفادة منه، بحيث لا يقتصـر الأمـر على المدعي والمدعى عليه فقط. وهكذا يبين لنا الفارق بين الأمـرين المتقدمين. وفي نطاق الشرط السالب للاختصاص من واجب القاضي

---

[363] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 123.

[364] Cappelletti & Perillo, loc. cit.

[365] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125.

[366] Cappelletti & Perillo, loc. cit.

[367] راجع ما قبله.

إعمـــال هـــذا الشرط، وذلك إذا ما تحققت كافة شروطه، على النحو الذي بيناه آنفـــا[368]، متى تمسك أحد الخصوم به، وهذا ما يحدث في غالب الأحوال، أما إذا لـــم يتمســـك أي خصـــم بمثل هذا الشرط، هنا لا يحق لهذا القاضي إعمال الأخير تلقائيا، لأن أطرافه قد قاموا بالتنازل عنه ضمنا، كما هو حال في شرط التحكيم. فالقاضي لا يستطيع أعمال شرط التحكيم من تلقاء نفسه، إذا لم يتمسك الخصـــوم، بل يتعين على الخصم صاحب المصلحة التمسك بهذا الشرط، حتى يقـــوم القاضـــي بأعمالـــه، أمـــا في حالة سكوت الخصمين عن التمسك بشرط التحكـــيم، فـــإن القاضي لا يستطيع أن يعمله من تلقاء نفسه. نفس الأمر هنا، لا يســـتطيع القـــاضـــي أعمـــال الشرط السالب للاختصاص تلقائيا، بل يتعين عليه انـــتظار تمسك أحد الخصوم به، وفي حال انتفاء ذلك، فيجب على هذا القاضي المضـــي فـــي نظر الدعوى الماثلة أمامه. لأن عدم تمسك الخصم بالشرط، إنما يفـــيد ذلـــك التنازل عن مثل هذا الشرط، بما يعني زواله. كل ذلك عن الشرط السالب للاختصاص. أما في نطاق الدفع بالإحالة فقد انتهينا منذ قليل إلى تقرير حق القاضي في الإحالة تلقائيا، دون انتظار لطلب الخصوم.

المحكمة التي يجب إبداء الدفع أمامها: [369]

---

[368] راجع ما قبله.

[369] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.
د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٠.
د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.
د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٣ – ١٧٤.
د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.
د. أبو الملا النمر، المرجع السابق، ص ١١٢.
وفي الفقه غير المصري، راجع:
د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.
Huet, Juris Class. Op. cit, no 29.

يـذهب اتجـاه أول إلى أن الدفع بالإحالة، يجب أن يتم التمسك به أمام المحكمـة التي رفع إليها النزاع أخيرا. وهذا الحل اعتنقته المادة ٢١ من اتفاقية بروكسـل علـى النحو السالف بيانه. وهذا الحل يجد أساسه في النظم القانونية الداخلـية والتي قامت قواعدها باعتماده. وقانون المحكمة المعنية هو الذي يحدد لـنا الـوقت الـذي تعتبـر فـيه الدعوى المعنية مرفوعة[370]. ويقدر البعض موضـوعية الضـابط الماثـل وسهولة أعماله[371]. ويعيب الاتجاه المتقدم، أنه يـؤدي إلى الغش، حيث يستفيد من سارع إلى رفع الدعوى المعنية أمام محكمة معيـنة، حيث يترتب على ذلك عقد الاختصاص لها، لأن الدعوى الثانية سوف تحـال إلـيها، أعمـالاً للمعيار المتقدم[372]. وعلى العكس ما تقدم، فإن الاتجاه الأصـح هـو عـدم التقـيد بالمعيار السابق، فمن المتصور أن تتم الإحالة من المحكمـة التـي رفع إليها النزاع ثانيا إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أولا. كـذلك مـن المتصور أن يحدث العكس وان تتم الإحالة من المحكمة التي رفع إلـيها النـزاع أولا إلـى المحكمـة التي رفع إليها النزاع ثانيا[373]. ولكن ثار التسـاؤل إزاء ذلـك – عن تحديد المحكمة التي يجب أن تقوم بالإحالة. فيذهب اتجـاه أول، إلـى المناداة بإبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي قطعت شوطاً قصـيراً فـي تجهيز عناصر الدعوى، وعلى هذا لا يجوز التمسك بالدفع أمام المحكمة التي قطعت شوطا طويلا في تجهيز الدعوى المعينة[374]. ويرى جانب

---

(370) راجع المراجع الواردة في الهامش السابق جميعًا.

(371) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١ والمراجع المشار إليها في الهامش.

(372) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٤.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(373) راجع المراجع المذكورة في الهامش السابق، جميعًا.

(374) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١ – ٣٦٢.

مـــن الفقه المصري "أنه بالرغم من وجاهة الاعتبارات التي يسعى إلى تحقيقها إلا أنه يؤخذ على هذا المعيار.. أن مقدر ما قطعته المحكمة في تحقيق الدعوى يصلح معياراً للتفاضل بين محكمتين داخل النظام القانوني الواحد، حيث تتوافر مســـاواة قانونية بينهما أو في إطار معاهدة دولية تقرر تلك المساواة بين محاكم الـــدول المـــتعاقدة، أما بصدد أعمال الدفع في الإطار الدولي بمقتضى القواعد العامـــة فـــيجب أن تغلب فيه اعتبارات الملائمة ودواعي المرونة ومبدأ الفعالية الدولـــية للأحكـــام علـــى مقدار ما قطعته المحكمة في تحقيق الدعوى، ذلك أن اعـــتماد هذا المعيار يمكن أن يجعل قبول الدفع متوقفا على مقدار نشاط الخصم أو مهـــارة محامـــيه"[375]. وإزاء ما تقدم، يذهب جانب من الفقه المصري، إلى اقتراح معيار أو ضابط آخر، ومقتضى هذا الضابط هو مدى إمكان تنفيذ الحكم الصـــادر مـــن المحكمـــة الأجنبـــية أمام القاضي الوطني، فإذا كان تنفيذ الحكم الأجنبـــي المرتقب وارداً، هنا تتم الإحالة، وعلى العكس من ذلك، إذا كان تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب غير وارد، هنا لن تتم الإحالة، أو بعبارة أخرى "تفضل أن يكون المعيار.. هو نفس المعيار الذي أيدنا الأخذ به بصدد الشرط الرابع من شـــروط الدفـــع بالإحالة، أي مدى قابلية الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية للاعتـــراف بـــه وتنفيذه في دولة القاضي الوطني، فإذا ما رجح هذا الأمر لدى القاضـــي الوطني كان له قبول الدفع بالإحالة حتى ولو كانت الدعوى قد رفعت إلـــيه أولاً وبـــناء على ذلك يجوز للمحكمة التي قطعت شوطا كبيرا في تحقيق الدعـــوى أن تتخلـــى لصـــالح المحكمـــة الأجنبية متى رجح لديها أن حكم هذه الأخيـــرة سيكون قابلا لأن يعترف به، كما يجب على المحكمة التي يثار أمامها هـــذا الدفـــع أن تقرر عدم قبوله متى رجح لديها أن الحكم المحتمل صدوره من

راجع أيضاً: د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٦.

(375) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥١. راجع أيضاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٨.

المحكمـــة الأجنبـــية لن يكون قابلاً للاعتراف به في دولتها، حتى لو كانت تلك المحكمـــة الأخيـــرة قـــد قطعت شوطا كبيرا في تحقيق الدعوى وشارفت على الانتهاء منها[376].

ومن جانبنا، نرى أن الفقيه المعروض رأيه، يعود إلى استعمال الشرط الـــرابع من شروط الإحالة في الموضوع المماثل الجديد، أي أنه يكرر استعماله. ونحـــن نســـلم بأن الشرط المتقدم لازم الإعمال، ولكن في موضعه المتقدم. أما العودة إلى استعماله هنا، فإنما يوضح أن صاحبه لم يأت بأي جديد في الموضع المماثـــل، ولا يجـــوز بحال استعمال الضابط السابق مرتين، وعلى هذا الأساس، ننتهـــي مع الفقه الراجح إلى القول بوجوب الإحالة إلى المحكمة الأقرب للنزاع ومـــن ثـــم الأقـــدر على الفصل فيه، حتى لو تم رفع الدعوى إلى هذه المحكمة أخيـــراً، لأن القاعـــدة المعمـــول بها في نطاق القانون الداخلي والتي توجب أن تكـــون الإحالة إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً غير ملزمة لنا في مجال العلاقات الدولية[377].

<u>المحكمـــة التـــي يجـــب إبداء الدفع أمامها بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:</u>

الـــثابت أنه في نطاق الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي، يتم التمســـك بالشرط السابق وذلك أمام المحكمة المراد سلب اختصاصها. ولا يثير

---

(376) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥١.

(377) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٩.
د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.
د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٦.
د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.
وفي الفقه غير المصري، راجع:
Lagarde, Le Principe de Proximité, op. cit, p. 155.
Bellet, Comité, 1971 – 1973, p. 224.

الأمـــر، أيـــة مشكلة في هذا الخصوص أما في نطاق الدفع بالإحالة، فقد رأينا الاتجاهـــات الفقهـــية المختلفة، التي تحاول أن تحدد المحكمة التي يكون التمسك بالدفـــع بالإحالة أمامها. واختلاف الأمر في الحالتين المتقدمتين، إنما يرجع إلى اخـــتلاف طبـــيعة وهـــدف كـــل من الدفع بالإحالة من ناحية والشرط السالب للاختصـــاص مـــن ناحية أخرى. فالشرط إنما يهدف إلى سلب الاختصاص من محكمة معينة، ومنحه إلى محكمة أخرى. في حين أنه في نطاق الدفع بالإحالة، فـــإن الهدف هو تحديد المحكمة الأجدر بحيازة النزاع تمهيداً لحسمه. ومن هذا المـــنطلق، لـــم يثـــر أي خلاف حول تحديد المحكمة المعنية بخصوص الشرط الســـالب للا ختصـــاص، وعلـــى العكس من ذلك، ثارت مشكلة تحديد المحكمة المعنية، وذلك بخصوص الدفع بالإحالة، حيث توجد محكمتان معروض عليهما ذات النـــزاع، فـــي حين أنه في نطاق الشرط السالب، توجد محكمة وحيدة في غالب الأحوال.

وقت إبداء الدفع بالإحالة:

يذهب اتجاه أول في الفقه المصري إلى وجوب التمسك بالدفع بالإحالة قـــبل التكلم في الموضوع كما هو الحال في القانون الداخلي، وذلك منعاً للتحايل والإضرار بالخصم الآخر؛ أو بعبارة أخرى "تحبذ التمسك بهذا الدفع قبل الكلام فـــي الموضـــوع باعتباره مقرراً في الأساس مراعاة لمصلحة خاصة، ومن ثم يتعـــين على صاحب الشأن التمسك به قبل التكلم في الموضوع، وفي الواقع أن حســـن النية في مجال التقاضي يفرض على الخصم ضرورة التمسك بهذا الدفع في وقت مبكر إذا كانت النية متوافرة للتمسك به توفيراً للوقت والجهد والنفقات وباعتـــبار أنه لا يتعلق بالنظام العام"[378]. ويذهب اتجاه ثاني في الفقه المصري

---

[378] د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٠ – ١١١.

د. ماهـــر الســـداوي، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، البحث رقم ١٥، ١٩٨٣، ص ٢٩١.

إلـــى إمكان إبداء الدفع المتقدم في وقت، أثناء سير الخصومة، حتى بعد التمسك بالدفـــع بعدم القبول لأي سبب من الأسباب[379]. وعلى هذا النحو يختلف الحكم هـــنا عـــن النطاق الداخلي في بعض النظم والذي يوجب أن يتم التمسك بالدفع المعنـــي قـــبل الكـــلام في الموضوع، وقبل إبداء الدفع بعدم القبول. فمقتضيات الحـــياة الدولـــية الخاصة، إنما توجب علينا الإفادة من هذا الدفع بطريقة أوفى. ومـــن شان ذلك تحقيق مصلحة عامة وليست مصلحة خاصة كما اعتقد البعض[380]، وبـــيان ذلـــك أن الـــتعارض الدولي للأحكام هو ظاهرة جد خطيرة، لعدم وجـــود محكمـــة علـــيا تقوم بمهمة فض مثل هذا التعارض، وذلك على خلاف الحـــال في النطاق الداخلي، حيث توجد مثل هذه المحكمة الأمر الذي يؤدي إلى القضـــاء علـــى مضـــار هـــذه الظاهرة إلى حد كبير. ويذهب جانب من الفقه المصري إلى تأييد الاتجاه الأخير "إذ لما كانت طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تخـــتلف فـــي معطياتها وأهدافها ونتائجها عن تلك التي تقع داخل نظام قانوني واحد، فإن الحل المقرر في القانون الداخلي لا يكون ملائما في جميع الأحوال. وبصـــدد الفرض المثار قد تبدو لأحد الخصوم مصلحة مشروعة في إثارة هذا الدفع بعد تعرض المحكمة لموضوع الدعوى – خاصة وأن الرأي المستقر عليه فقها وقضاء وتشريعا يحظر على القاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه – مما يعنـــي أن عـــدم إعطاء الأطراف مكنة إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى سيكون من شأنه الإفضاء إلى حدوث تنازع في الإجراءات وتناقض في الأحكام، وهي المضار التي يسعى هذا الدفع إلى تلافيها"[381].

وفي الفقه الأردني راجع: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

(379) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(380) د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

(381) د. محمد روبي، الموضع السابق.

ومن جانبنا فقد رفضنا الجزئية الواردة في الاتجاه المتقدم والتي تمنع القاضي من الإحالة من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلى تمسك الخصوم بذلك[382]. وفضلاً عما تقدم، فإننا نتحفظ على ما أورده البعض من أنه "إذا تمسك أحد الخصوم بالدفع بالإحالة بعد التعرض للموضوع، وتبين للقاضي أن هذا الخصم قد أخر التمسك بهذا الدفع بقصد الإضرار بخصمه وإطالة أمد النزاع وجب عليه أن يقضي بعدم قبول الدفع بالإحالة"[383]. ونحن نرى عدم سلامة الاتجاه المتقدم، فمسألة حسن النية أو سوء النية يجب ألا تكون محلاً للاعتبار هنا، وإنما يجب حسم الموضوع، في ضوء مدى قدرة المحكمة الوطنية أو الأجنبية على حسم النزاع المعني. ونوضح ذلك بالآتي: نفترض أن الخصم المعني كان سيئ النية ولجل التمسك بهذا الدفع إلى ما بعد الكلام في الموضوع بهدف الإضرار بخصمه، وبعد ذلك تمسك بهذا الدفع، هنا يتعين على المحكمة المصرية الفصل في هذا الدفع، فإذا وجدت أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع وهي الأقدر على الفصل فيه، هنا يتعين على المحكمة المتقدمة أن تحيل النزاع إلى المحكمة الأجنبية، رغم تيقن هذه المحكمة من أن الخصم المتمسك بالدفع المائل، كان سيئ النية حيث تأخر في التمسك بالدفع إضراراً بخصمه، ولا يجوز بحال أن تقوم هذه المحكمة برفض إجابة الدافع، وذلك على أساس سوء نيته، كما ذهب إلى ذلك صاحب الرأي المنتقد، لأن الجزاء المفروض توقيعه على هذا الخصم، ليس هو رفض الدفع، بل يكون هذا الجزاء هو التزامه بتعويض خصمه عن الأضرار التي أصابته من جراء التأخر في التمسك بالدفع، ويكون ذلك من خلال القواعد المنظمة لإساءة استعمال حق التقاضي. فالحل الذي نقول به هو الحل الأفضل، حيث يقر العقوبة المناسبة للخطأ المائل.

---

(382) راجع ما قبله.

(383) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

فجزاء التأخر في التمسك بالدفع بالإحالة هو حق التعويض عن الضرر المعنوي، وليس الحرمان من الإحالة، كما ذهب إلى ذلك صاحب الرأي المنتقد. لأن مثل هذا الحرمان إنما يؤدي إلى تضييع مصلحة عامة مرعية، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة اقل شأناً من المصلحة العامة دون مراء.

ويجوز التمسك بالدفع الماثل أمام محكمة أول درجة، وهذا الأمر مسلم بـه لـدى الجميع[384]. ونضيف إلى ما تقدم، إمكان التمسك بالدفع المتقدم، أمام المحكمة المتقدمة، وذلك في حال المعارضة. لأن المعارضة إنما هي طريق من طـرق طعـن يؤدي إلى إعادة نظر الدعوى أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكـم المعني[385]. وفضلاً عما تقدم، يجوز التمسك بالدفع الماثل، وذلك أمام المحكمة التي تنظر اعتراض "الخارج عن الخصومة" وذلك في الدول التي تأخذ بهذا الطريق من طرق الطعن[386]. ففي جميع الأحوال المتقدمة، نحن أمام دفع يـبدى أمـام محكمـة أول درجة، والدعوى مطروحة عليها. ولكن في بعض الفـروض قـد تكـون الدعوى مشطوبة[387]، هنا انتهينا إلى تأييد الرأي القائل بوجـوب تمكـين الخصـم المعني من تجديد الدعوى من الشطب حتى تتاح له فرصـة التمسك بهذا الدفع[388]. ومن المتصور أيضاً أن تكون الدعوى المعنية موقـوفة[389]، وقـد انتهينا في موضع متقدم من هذه الدراسة إلى تأييد الاتجاه القائـل بوجـوب مـنح الخصـم المعني فرصة تعجيل الدعوى المتقدمة، حتى

---

(384) راجع ما قبله، جميع المراجع الواردة في الهوامش سالفة الذكر.

(385) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 285.

(386) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 293.

(387) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 297 ss.

(388) راجـع مـا قبله، وراجع أيضًا الاتجاهات المعاكسة لما انتهينا إليه مع الفقه الراجح وفقًا لتقديرنا المتواضع.

(389) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 304 ss.

يستطيع أن يبدي الدفع المعني بعد تمام عملية التعجيل[390]. وفي فروض أخرى قد تكون الدعوى المعنية في حالة انقطاع[391]، هنا أيضاً، أكدنا سلامة الرأي الراجح في الفقه المصري، والذي ذهب إلى وجوب منح الخصم المعني حق استئناف سير الخصومة، حتى يتمكن من التمسك بالدفع الماثل[392]. أما في حالة ترك الخصومة[393]، فإن محكمة أول درجة تنقطع صلتها بالنزاع ولا يجوز بحال استئناف سير الخصومة أمامها، الأمر الذي يحول دون التمسك بالدفع المعني[394]. يبقى التساؤل حول مدى إمكان التمسك بالدفع الماثل أمام محكمة الاستئناف؟ في نطاق القانون الفرنسي الداخلي، لا يجوز التمسك بالإحالة أمام محكمة الاستئناف لأول مرة وذلك حال الحضور أمام محكمة أول درجة، ولكن يجوز التمسك بالإحالة أمام محكمة الاستئناف، حال عدم الحضور أمام محكمة أول درجة، ولا تجوز إثارة الدفع، أمام محكمة النقض، لأول مرة[395]. ويذهب جانب من الفقه المصري، إلى عدم جواز التمسك بالدفع الماثل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كذا الحال بالنسبة لمحكمة النقض[396].

ومن جانبنا، نرى وعلى عكس ما تقدم، إمكان التمسك بالإحالة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية المصرية، سواء أكانت هذه المحكمة هي المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية[397]، أو كانت هذه المحكمة هي محكمة

---

(390) راجع ما قبله، وراجع كذلك الاتجاهات المعاكسة.

(391) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 308 ss.

(392) راجع ما قبله، وراجع أيضاً الاتجاهات المعاكسة.

(393) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 312.

(394) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٢ – ٣٧٣.

(395) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(396) د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١١.

(397) حول خصومة الاستئناف، راجع بوجه علم:

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 263 ss.

الاستئناف العالي. كذا يجوز التمسك بالإحالة لأول مرة أمام محكمة النقض المصرية[398]. ومن شأن النظر المتقدم، تحقيق أهداف وغايات الدفع بالإحالة لأقصى درجة ممكنة. ولا توجد ثمة نصوص في القانون المصري، تحول دون الأخذ بالنظر المتقدم، والاعتبارات التي يقوم عليها الحظر المعنى في القانون الداخلي، غير متوافر في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

مقارنة بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص

الثابت أن الدفع بالإحالة يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، على النحو الذي انتهينا إليه آنفاً. ونفس الأمر بالنسبة للشرط السالب للاختصاص، حيث لا يوجد ما يمنع من التمسك بهذا الشرط في أي وقت من الأوقات، ما دام الثابت أن الخصومة قائمة أمام المحكمة الوطنية المعنية. ومن هذا المنطلق؛ يجوز التمسك بهذا الشرط أمام محكمة أول درجة[399]، ويكون ذلك جائزاً قبل الكلام في الموضوع، كذا بعد الكلام في الموضوع وبعد التمسك بالدفع بعدم القبول. كما يجوز أيضاً التمسك بهذا الشرط أمام ذات المحكمة، وهي تنظر المعارضة في الحكم الغيابي، ويكون ذلك جائزاً قبل الكلام في الموضوع، كذا بعد الكلام في الموضوع[400]. كما يجوز التمسك بهذا الشرط لأول مرة أمام المحاكم الاستئنافية[401]، أيا ما كانت هذه المحكمة. فقد تكون الأخيرة هي المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية، وقد تكون، هي محكمة الاستئناف العالي. ولكن لا يجوز التمسك بالشرط الماثل لأول مرة أمام محكمة النقض[402]، وذلك باعتبارها محكمة قانون. ومن هذا المنطلق، يلزم تمسك

---

(398) حول خصومة النقض، راجع بوجه عام:

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 270 ss.

(399) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 154ss.

(400) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 285.

(401) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 263.

(402) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 270.

الخصم المعني بالشرط الماثل أمام محكمة الاستئناف، وذلك حتى يستطيع أن يتمسك به أمام محكمة النقض. أما في الحالة التي لا تكون فيها الدعوى قائمة أمام المحكمة المعنية، فعلى الخصم صاحب المصلحة أن يعيد طرح الدعوى على هذه المحكمة، وذلك حتى يتمكن من التمسك بالشرط الماثل. وعلى هذا الأساس، فإذا كانت الدعوى مشطوبة[403]، هنا يتعين على الخصم أن يقوم بتجديدها من الشطب، حتى يستطيع أن يتمسك بهذا الشرط. وإذا كانت الدعوى موقوفة[404]، هنا يتعين على الخصم صاحب المصلحة، أن يقوم بتعجيل هذه الدعوى، وبعد إعادة طرح الدعوى على المحكمة المعنية، ففي وسعه التمسك بهذا الشرط. وإذا كانت الخصومة منقطعة[405] لأي سبب من الأسباب، فعلى الخصم صاحب المصلحة، القيام باستئناف سير الخصومة، وعلى أثر ذلك يكون في مكنة هذا الأخير التمسك بالشرط المعني. أما في حالة ترك الخصومة[406]، فهنا سوف يستحيل التمسك بالشرط السالب، نظراً لعدم إمكان العودة إليها من جديد، وفقا لبعض النظم القانونية. وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول بوجود أوجه شبة عديدة بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص، وذلك في نطاق الجزئية محل العرض. يتبقى علينا الآن تحديد سلطة القاضي عند الفصل في الدفع بالإحالة، وعما إذا كان الأمر يتعلق بالتزام أم رخصة[407].

<u>سلطة القاضي في الإحالة بين الالتزام والرخصة:</u> [408]

---

[403] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 297.

[404] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 304.

[405] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 308.

[406] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 312.

[407] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٩ حيث استعمل – سيادته – هذا التعبير.

[408] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٠.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

الاتجاه الأول:

يـذهب الاتجـاه الأول إلى القول، بعدم التزام القاضي بالإحالة إذا ما توافـرت الشروط الخاصة بالدفع الماثل، بل يتعلق الأمر برخصة فقط، ويجوز أن يسـتعملها وعلـى العكـس من ذلك، في وسعه عدم استعمالها وفقاً للسلطة التقديـرية الواسـعة، التـي يتمتع بها في هذا الخصوص؛ أو بعبارة أخرى "أن الأمر لا يتعلق بالتزام.. بالنسبة للقاضي الذي يدفع أمامه بالإحالة، وإنما يقتصر الأمـر علـى مجـرد رخصة.. فيجوز له أن يقضي بتخليه عن نظر الدعوى، وإحالتها إلى المحكمة الأجنبية المختصة التي تنظر ذات الدعوى، وله أن يقضي بعـدم قبول الدفع بالإحالة ويستمر في نظر الدعوى لحين الفصل فيها، وفقاً لما تمليـه مقتضيات حسن سير العدالة وحماية مصالح المتقاضين. وهذا الحل هو الأولـى بالاتـباع فـي ظل الوضع الحالي لنظام الاختصاص الدولي للمحاكم المصـرية، وذلك لعدة أسباب: أولها انعدام النص التشريعي حيث يصعب معه إلـزام القاضـي بالخروج عن قواعد الاختصاص الوطنية لصالح دولة أجنبية والقـول بغيـر ذلـك يفتح باباً أمامه قد يقود إلى نتائج غير ملائمة. ثانيها: أن فـرض أي التـزام علـى القاضـي، سيشجع الخصم الذي يتوقع أي نزاع في المسـتقبل، على المبادرة برفع الدعوى أمام قضاء دولة أجنبية، يقدر أنه أكثر تمشـيا مـع مصالحه، متحايلاً بذلك على القضاء الوطني، الذي قد يلتزم بإحالة الدعـوى إلـى القضاء الذي اختص أولاً. ثالثها، أنه كيف يلتزم القاضي بإحالة

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Laussouarn & Bourel, op. cit, 1980, p. 579.
Laussouarn et Bourel, op. cit, 1999, p. 548-9.
Mayer, op. cit, p. 316 et seq.

النزاع إلى قضاء دولة أجنبية، في حين أنه لا يوجد أمام ذلك القضاء الأخير إلا مجـرد إجـراءات قضائية، لا يعلم ماذا ستسفر عنه ومدى م بها من ضمانات لحقوق الدفاع. ولعل هذا السبب الأخير هو الذي يفسر، فيما يلوح لنا، صياغة نصـوص التشـريعات المقارنة ... فجميعها، كالقانون المجري واليوجوسلافي والبيروئـي والسويسري والإيطالي، لا تتكلم مباشرة عن تخلي القاضي .. عن نظـر الدعـوى والإحالة إلى القضاء الأجنبي، بل عن قطع الإجراءات ووقف الفصـل في الدعوى، لمدة معينة يراها مناسبة، يترقب خلالها وينظر ما سيسفر عـنه الدعـوى المنظورة أمام القضاء الأجنبي. فإن لم يطمئن إلى النتيجة التي سـينتهي إليها هذا الأخير، عاد إلى متابعة السير في الدعوى التي كان ينظرها. وهـذا لا يتأتى تحقيقه إذا كان القاضي ملتزماً بقبول الدفع، وتخلى عن القضية وأحالهـا عندما يتمسك أحد الخصوم بالدفع بالإحالة أمامه. أضف إلى ذلك، أن نظام وقف الفصل في الدعوى لفترة معينة قد يصدر خلالها حكم في القضية من جانـب القضـاء الأجنبي، يمكن أن يقدم أساساً آخر لتخلي القاضي الوطني عن القضية، وهو احترام حجية الأمر المقضي للحكم الأجنبي الصادر، وهي حجية يـتجه الرأي إلى التسليم بها للأحكام الأجنبية"[409]. ومن أنصار هذا الاتجاه من

---

(409) حول هذا الاتجاه راجع:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، الموضع نفسه.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٥.

د. ماهر السداوي، المرجع السابق، ص ٣٢١.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

Huet, Clunet, 1988, p. 446, Note: Cass. Civ, 20 Octobre, 1987.
Droz, R. Crit dr. int. pr., 1997, p. 77, Note: 7 Mai 1996.
Mayer, loc. cit.
Loussouarn et Bourel, op. cit, 1980, 579.

يـــرون أن الإحالـــة تكـــون إلزامية حال وجود اتفاقية دولية، أما في غير هذه الحالـــة، فـــإن الوضع الحالي للمجتمع الدولي لا يسمح بإلزام القاضي بالإحالة المعنـــية. والـــرأي المتقدم، إنما يتفق مع مسلك الفقيه المائل، عندما اشترط في موضع متقدم من هذه الدراسة[410]، أن يكون للقاضي سلطة تقديرية بخصوص مســـألة مدى إمكان الاعتراف بالحكم الأجنبي في دولة القاضي المحيل. ويؤكد هـــذا الفقـــيه أنه كلما تمتع القاضي بسلطة تقديرية بخصوص المسألة المتقدمة، فمـــن الـــواجب أن تكون الإحالة رخصة وليست التزاماً. وعلى العكس من ذلك كلمـــا انعدمت السلطة التقديرية للقاضي بخصوص المسألة المتقدمة، فإنه يلتزم بالإحالة وتنعدم سلطته التقديرية في هذا الخصوص[411]. ويضيف الفقيه المائل إلى ما تقدم، أنه قد يتبين للقاضي أنه بالرغم من توافر شروط هذا الدفع إلا أن التقاضـــي أمام المحكمة الأجنبية قد يستغرق وقتاً طويلاً أو يتطلب نفقات باهظة قـــد لا تكـــون في طاقة الطرف المثار ضده الدفع ... إن الخصم قد يتباطأ في التمســـك بهذا الدفع حتى تقترب الإجراءات من نهايتها، ثم يتمسك به بغية الكيد وإطالـــة أمـــد النـــزاع، إذ في تخويل القاضي هذه السلطة ما يكفي لمعاملة هذا الخصم بنقيض مقصوده وذلك بعدم قبول الدفع بالإحالة"[412]

<u>تقدير الإتجاه المتقدم</u>

<u>أولاً:</u> إن انعـــدام النص التشريعي الذي يقرر الإحالة، لا يفيد إطلاقاً، عدم التزام القاضـــي بالإحالـــة إلى محكمة أجنبية، حال توافر الشروط اللازمة لصحة هذا الدفـــع. فكثير من الأحكام القانونية في مجال القانون الدولي الخاص، غير قائمة

Loussouarn et Bourel, op. cit, 1999, p. 548.
Huet, Juris Class., op. cit, no 36.

(410) راجع ما قبله.

(411) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

(412) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

علـــى نص تشريعي، حيث فرضتها حاجات الحياة الخاصة الدولية ومقتضياتها. إذاً، ففـــي الإمكـــان إجابـــة الحاجات المتقدمة، حتى ولو انعدم النص التشريعي المجيز. ونعتقد أن الشروط اللازمة للدفع بالإحالة كافية، وتوفر قدراً كبيراً من الضمانات لكل الأطراف، سواء تعلق الأمر بمصالح الخصوم أو بمصالح دولة القاضي أو الدول الغير.

ثانـــياً: أن مـــبادرة الخصم سيئ النية إلى رفع دعواه بداءة أمام محكمة أجنبية لجلـــب الاختصاص الدولي لها إضراراً بخصمه الآخر، مثل هذا الوضع يمكن مواجهته بالشروط اللازم توافرها للدفع المماثل، فهذه الشروط من شأنها مواجهة الخصـــوم سيئ النية ولا شك، وهكذا يتم رد القصد السيئ على صاحبه. وعلى أثـــر مـــا تقـــدم يحق لنا إلزام القاضي الوطني بالإحالة كلما توافرت شروطها. ونؤكد أن فرض مثل هذا الالتزام على القاضي، لا يؤدي بحال إلى قيام الخصم السيئ، بتحقيق مآربه غير المشروعة.

ثالـــثاً: مـــن غيـــر المتصور افتراض سوء نية القضاء الأجنبي وتدني مستواه المهنـــي، قـــبل أن يصدر أي حكم نهائي من هذا القضاء بحيث يمكن التأكد من وجود مثل هذه الأمور. فلا يصح إطلاقاً أن تقوم مثل هذه الاعتقادات والظنون غير الثابتة، بمنع القاضي الوطني من الإحالة. بل يتعين الانتظار لحين صدور الحكـــم النهائـــي من المحكمة الأجنبية وما قد يكشفه ذلك من عوار في الجهاز القضـــائي الأجنبـــي،هنا يحـــق للقضاء الوطني أن يستأنف سير الخصومة من جديـــد، علماً بأن الحكم الأجنبي لن يتمتع بأية حجية، بحيث تحول هذه الأخيرة، دون معاودته النظر في الخصومة. ويمكن لنا الإفادة من القانون المقارن والذي يـــوجب وقف سير الخصومة لفترة زمنية معينة وذلك لإتاحة الفرصة للمحكمة الأجنبية أن تصدر حكمها المرتقب، مع حفظ حق المحكمة الوطنية المحيلة، في استئناف سير الخصومة، وذلك، إذا ما جاء الحكم الأجنبي مخيباً للآمال، أو إذا

لانقضـــى الأجـــل دون صدور حكم[413]، وموقف القانون المقارن على المنوال الســـابق، لا يفـــيد إطلاقاً أن سلطة القاضي الوطني هي سلطة تقديرية. بل من المتصور أن تكون هذه السلطة إلزامية. فكلا الاحتمالين واردان. فمن المتصور أن نلـــزم القاضـــي بوقف الدعوى المطروحة عليه، لفترة زمنية معينة، انتظاراً لصدور الحكم الأجنبي المرتقب.

رابعاً: إن القول بأن احترام حجية الحكم الأجنبي هي احترام أحد أسس التخلي، هـــو قـــول مقـــبول، شريطة أن تكون الشروط اللازمة لتوافر مثل هذه الحجية متوافـــرة. ولكن على عكس ما تقدم، فإذا ما انتفت مثل هذه الشروط، فلن تكون للحكـــم الأجنبـــي المعنـــي أية حجية ومن ثم سوف يعاود القضاء الوطني نظر الدعوى المعنية من جديد.

خامســـاً: لا نسلم إطلاقاً بما رآه البعض، من أن حالة المجتمع الدولي، لا تسمح بإلـــزام القاضي بالإحالة، وأنه يلزم وجود اتفاقية دولية لإمكان فرض مثل هذا الالتـــزام. فنحن نرى. وعلى عكس ما تقدم، أن حالة المجتمع الدولي المعاصر، لـــيس فيها ما يحول دون فرض الالتزام السابق على القاضي المصري، بل أن مـــثل هذا المسلك هو الذي سيشجع الدول الأخرى على زيادة مقدار تعاونها مع الغيـــر، فـــي حين أن الأخذ بالمسلك المنتقد، من شأنه زيادة درجة عدم التعاون بـــين الـــدول. ومـــن ثم لا يكون ثمة حاجة لتطلب مثل هذه الاتفاقيات، لإمكان فـــرض الالتزام المعني على القاضي الوطني، فمثل هذا الأمر جائز، حتى ولو تخلفت هذه الاتفاقيات.

سادســـاً: لا مجـــال للربط بين السلطة التقديرية للقاضي بخصوص مدى إمكان الاعتـــراف بـــالحكم الأجنبي في دولة القاضي المحيل، والسلطة التقديرية محل الحـــديث هنا، فليس هناك ارتباط لازم ووجوبي بين السلطتين المتقدمتين. فمنح

---

[413] راجع ما بعده.

القاضـــي الســـلطة التقديرية في الحالة الأولى، لا يوجب منحه مثل هذه السلطة وبالضـــرورة فـــي حالتنا الماثلة. إزاء ذلك، يمكن منح القاضي الوطني سلطة تقديرية في الحالة الأولى، مع فرض التزام عليه بالإحالة في الموضوع الماثل. وهذا ما نؤكده في هذا المقام.

سابعاً: أن توقع استغراق الخصومة الأجنبية لفترة زمنية طويلة، أو توقع حاجة مـــثل هـــذه الخصـــومة لنفقات باهظة، كل هذه الأمور، يجب ألا تثني القاضي الوطنـــي، عن التزام بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية المعنية، فالإحالة هنا واجبة، رغم كل المخاوف والظنون المتقدمة، بحسبان أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع، والأقدر على الفصل فيه، ومن ثم الأجدر بحيازته.

الاتجاه الثاني: [414]

ويـــرى أنصار هذا الاتجاه ، وجوب إلزام القاضي بالإحالة وذلك حال توافـــر شـــروطها، وعدم إعطائه سلطة تقديرية في هذا الخصوص على وجه الإطـــلاق. وأســـاس هـــذا الاتجاه هو رعاية مصلحة الجماعة الدولية في عدم صـــدور أحكـــام قضائية متضاربة، الأمر الذي يفيد تحقيق الأمان القانوني على مســـتوى هـــذه الجماعة. ولن نستطيع الوصول إلى مثل هذه النتائج، دون إلزام

---

[414] حول هذا الاتجاه راجع:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٩٢.

وفي عرض هذا الاتجاه ورفضه، راجع:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، نفس الموضع.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٢.

Mayer, loc. cit.

Loussouarn & Bourel, op. cit, 1999, p. 548 – 9.

Loussouarn et Bourel, op. cit, 1980, p. 579.

القاضـــي بإعمـــال الدفـــع بالإحالـــة، وعـــدم منحه أية سلطة تقديرية في هذا الخصـــوص[415]. وقـــد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه السابق في أحد الأحكـــام الصـــادرة عنها[416]. وقد لقي الحكم المتقدم نقداً من الفقيهين الفرنسي والمصـــري علـــى حد سواء[417]، وقد انتهى المتقدمان إلى أنه "لا يمكن.. أن يستنتج من هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية قد خرجت بذلك عما استقرت علـــيه فـــي هذا الصدد، وذلك لأن هذا الحكم قد صدر بصدد دعوى لا تربطها أدنـــى صلة بالنظام القانوني الفرنسي، فالزوجان كانا جزائريين ويتوطن كلاهما الجزائـــر، وهـــو ما يجعلنا نتساءل مع المعلق لـــ (...) عن الضابط الذي انعقد علـــى أساســـه اختصـــاص القضاء الفرنسي بالفصل في هذه الدعوى حيث لم يوضح الحكم هذه النقطة، ثم نؤيده فيما وجهه من انتقادات لموقف المحكمة في هـــذا الحكـــم. ومـــن ثم يتضح أن هذا الحكم لا يمثل عدولاً عما استقرت عليه المحكمـــة فـــي هذا الشأن، من أن قبول الدفع حال توافر كافة شروطه، هو في النهاية أمراً جوازياً للقاضي الفرنسي وليس التزاماً عليه"[418] وحتى نستطيع أن نقوم بتقدير المقولات السابقة، فيتعين علينا بيان مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني.

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني: [419]

---

[415] راجع المراجع الواردة في الهامش السابق جميعًا.

[416] Ancel, R. Crit. Dr. int. pr., 1998, p. 452: Cass. Civ 17 Juin 1997.

[417] Ancel, op. cit, p. 457 – 8.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٤، هامش ٦.

[418] د. محمد روبي، الموضع السابق.

[419] د. أحمـــد ســـعد، مفهـــوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، ١٤٠٨ هـــ – ١٩٨٨م، ص ١٠

د. نبـــيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١١ وما بعدها.

يذهب اتجاه فقهي أول، إلى القول بعدم تمتع القاضي بأية سلطة تقديرية وذلك عندما يقوم بممارسة وظيفته القضائية؛ فالمشرع يعطي للقاضي سلطة مقيدة يستعملها لأداء دوره في الخصومة المعنية، مدنية كانت أم جنائية؛ أو بعبارة أخرى "يذهب جانب من إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة على المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي إبان مباشرته لولاية القضاء من قبيل العفو الذي لا أساس له. فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد أو لا يريد وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية، وقد حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، كما أن الهدف من منح القاضي تلك السلطة هو ممارسة الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح طبقاً لطرق ومسائل فنية معينة ومبادئ محددة لا يتمتع حيالها بأي نوع من التقدير"[420]. وعلى خلاف ما تقدم، يذهب اتجاه آخر في الفقه، إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية مقيدة، بمعني أن من حق القاضي مباشرة السلطة المتقدمة في النطاق الذي حدده القانون، ولا يجوز له مباشرة هذه السلطة خارج النطاق المتقدم[421]، أو بعبارة أخرى "إذا كان العمل القضائي عملاً مقيداً، إلا أنه يتخلله سلطة تقديرية استثنائية، وإذا كان العمل القضائي يقتصر على تطبيق القانون، إلا أن القاضي في هذا العمل ليس مجرد

د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٣٢ وما بعدها.

د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط أولى ١٩٨٣، ص ١٨٩.

[420] د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٣.

[421] د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٠.

د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٨، حيث يقومون جميعًا بعرض الاتجاه السابق.

آلـــة، بل هو صاحب نشاط يصاحبه دائماً جانب تقديري، بحيث يمكن القول بأن القاضـــي لا يتمـــتع بسلطة تقديرية بحتة، ولا بسلطة تقديرية مقيدة تقييداً كاملاً، فكـــل عمل قضائي، وإن كان مقيداً أصلاً إلا أن القاضي يتمتع في أدائه بسلطة تقديرية"[422].

ويـــذهب اتجـــاه ثالث إلى انتقاد الاتجاهات المتقدمة، وذلك على أساس الفهـــم الخاطئ لأصحابها لمفهوم السلطة التقديرية، الأمر الذي دفعهم إلى اتخاذ المواقـــف الســـابقة ومـــا اتســـمت به من عدم سلامة، فالسلطة التقديرية ليست مـــرادف للتحكم، أو بعبارة أخرى "ذهب غالبية الفقهاء بمناقشة أصحاب الاتجاه الســـابق، والذي ينادي باستبعاد أعمال السلطة التقديرية في النشاط القضائي، أو على أحسن تقدير التضييق من مجالات استعمالها، فقرروا أن هذه النظرة.. إنما تعكـــس مفهومهم وتصورهم الخاطئ للسلطة التقديرية.. والذي يؤدي إلى تماثل بينها وبين التحكم، وأن الخلط بينهما هو الذي أدى بهم إلى وجوب استبعاد قيام القاضـــي بنشاط تقديري من قاموس النشاط القضائي.. فالتحكم هو صفة تطلق علـــى الســـلوك الذي يكون الباعث عليه غير مطابق للقاعدة التي تحكمه وإنما يـــتطابق والقواعد التي يختارها العضو أو الشخص تبعاً لرغباته وأهوائه ولذلك فإن التحكم... يكمن جوهره في حرية اختيار البواعث ومن هنا كان الخوف من تحكـــم القضـــاة فالســـلطة الواســـعة التي يتمتع بها القضاة عند تطبيق الضابط القانونـــي قـــد تـــؤدي بهم في لنهاية إلى تطبيق نظرياتهم الشخصية... حرية التقديـــر تعني القدرة على الاختيار بين عدة قرارات... فالقاعدة القانونية ليست هـــي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبـــيقها.. ولهـــذا فـــلا مـــناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في

---

[422] د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٩.

ممارســته لنشاطه القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في إعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون"[423].

ومــن جانبنا نرى أن شروط الإحالة هي شروط مرنة وليست جامدة، بحــيث تعطي للقاضي سلطة التقدير على نحو واسع. وفي ضوء ما تقدم، يمكن القــول، بأنــه في الحالة التي يرفض فيها القاضي المختص الإحالة إلى محاكم دول أجنبــية، فــإن هذا يعني عدم توافر شروط الدفع بالإحالة حسب تقدير هذا القاضــي أما في الحالة التي يقوم فيها القاضي بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، فإن هذا يعني أن شروط الإحالة متوافرة وذلك حسب تقدير الأخير. ولا يستطيع القاضــي الوطني أن يقرر في أسباب حكمه أن كافة شروط الإحالة متوافرة، ثم يعــود بعــد ذلــك ويقرر رفضه الإحالة لما ينطوي عليه ذلك من تناقض بين مــنطوق الحكــم وأسبابه. وعلى هذا الأساس نرى مع الفقه الراجح "أن أهمية الخــلاف بين الرأيين المتقدمين لا تبدو من الواجهة العملية إلا من زاوية رقابة محكمــة الــنقض... إن الملاحــظ أن النظر في مدى ملاءمة المحكمة الأجنبية للفصــل فــي النزاع وكونها أكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر منها هي مســألة نسبية يتمتع القاضي إزائها بحرية واسعة في التقدير في كل حالة على حدة وهو لن يعدم الوسيلة في ممارسة سلطته التقديرية على نحو يستطيع به أن يــرفض الإحالة بدعوى أن القضاء المصري أكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصــادر منه. كل ما في الأمر أنه سوف يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة الــنقض وفقــاً للرأي الذي انتصرنا له، ومادام ملزم بالتخلي عن اختصاصه إذا توافرت شروط الدفع بالإحالة، بينما هو لن يخضع لهذه الرقابة بداهة فيما لو لم يكــن ملــزماً مــن الأصل بقبول الإحالة رغم توافر شروطها. وهكذا تكاد أن تنحصر أهمية الخلاف بين الرأيين المتقدمين في مدى رقابة محكمة النقض على

---

[423] د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٣٤ – ٣٦.

سلطة القاضي في قبول الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية من عدمه"[424].

نخلص مما تقدم، إلى أن القاضي ملزم بأن يبين في أسباب حكمه مدى توافر شروط الإحالة من عدمه، وأن يترتب الأثر القانوني على ذلك. فإذا ورد في أسباب الحكم ما يفيد توافر جميع شروط الإحالة، هنا يتعين على القاضي أن يحيل النزاع إلى المحكمة الأجنبية، ولا تكون له هنا أية سلطة تقديرية. وعلى العكس من ذلك، إذا جاء في أسباب الحكم ما يفيد عدم توافر شروط الإحالة، فعلى القاضي أن يرفض طلب الإحالة، ولا يستطيع أن يقبلها بحال، لأنه هنا أيضاً ليست له أية سلطة تقديرية. ونؤكد مع الفقيه المتقدم وجوب إخضاع القاضي لرقابة محكمة النقض.

ويبقى علينا أن نشير إلى أنه انه حال قيام القاضي المصري بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، فإن هذه الإحالة، يجب أن تكون مصحوبة بوقف الدعوى الماثلة أمامه، وذلك لحين صدور حكم نهائي من محاكم الدول المعنية. ويتعين على القاضي المصري أن يحدد الأجل الذي يتعين على الخصوم الحصول فيه على الحكم الأجنبي المعني. وسوف يستأنف الخصم صاحب المصلحة سير الخصومة من جديد أمام هذا القاضي، وذلك إذا ما انقضى الأجل المعني، دون صدور حكم أجنبي نهائي، من محاكم الجولة التي أحيل النزاع إليها. وما نقول به هو تطبيق لما قرره مشرعو العديد من الدول، التي نظمت الدفع بالإحالة بموجب نصوص تشريعية[425]. على هذا النحو نكون قد انتهينا من دراسة الدفع بالإحالة مقارناً بالشرط السالب للاختصاص.

---

[424] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٢.

[425] د. أحمد سلامة، الموضع السابق، حيث يعرض – سيادته – للعديد من النصوص السعنية.

تصويب لأهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣	١٩	السلف	الخلف
٢٤	١٢	يفم	برغم
٦٠	٩	لمحاكم	للمحاكم
١٠١	هـ٢٠٧	Povsard	Ponsard
١١٢	هـ	Poul	Paul
١٣٢	هـ٢٩١	Instane	Instance
		Clcas	Classeur
		paris	Paris
١٣٦	هامش	palais	Palais
١٤٢	هـ٣١٩	estranges	étrangers
١٤٣	٧	الاتجاه في الفقه	الاتجاه السائد في الفقه
١٥٢	هامش	بعد الإجراءات	يعد من الإجراءات
١٦١	١٣	موضوع	موضع

الفهرس

	الصفحة
سورة الفاتحة	٣
الإهداء	٥
فصل تمهيدي	
الولاية القضائية الدولية	٧
مضمون الولاية القضائية الدولية	٩
امتداد الولاية القضائية الدولية	١٠
الشرط المانع للاختصاص القضائي الدولي	١٤
شروط صحة الشرط المانع للاختصاص	١٦
الشرط الأول: أن يكون النزاع محل الشرط دولياً	١٧
الشرط الثاني: وجود رابطة قوية بين النزاع والمحكمة المعنية	١٩
أثر الاستخلاف الدولي على الشرط المانع للاختصاص	٢٣
تقسيم	٢٦
الفصل الأول إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية والشرط السالب للاختصاص	٢٧
تقسيم	٢٩
المبحث الأول: تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام	
فقه هذا الاتجاه	٣٣
الفريق الأول	٣٣
الفريق الثاني	٤١
الفريق الثالث	٤٢
الفريق الرابع	٤٣
تقدير الاتجاه السابق	٤٥

المبحث الثاني: الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي	
فقه هذا الاتجاه	٥٩
الفريق الأول	٥٩
حالات الاختصاص الوجوبي	٦٤
حالات الاختصاص الجوازي	٦٥
الفريق الثاني	٦٦
تقدير الاتجاه السابق	٧٠
المبحث الثالث: فكرة الرابطة الوثيقة	٧٧
فقه هذا الاتجاه	٧٩
شروط صحة الشرط السالب للاختصاص	٨٦
الفصل الثاني	
الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	٩١
المقصود بالدفع الماثل	٩٣
أ- تمييز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة لعدم الاختصاص.	٩٤
ب- الإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للارتباط.	٩٥
ج- الإحالة لقيام ذات النزاع والشرط السالب للاختصاص.	
د- الإحالة لقيام ذات النزاع والتخلي	٩٦
تقسيم	
المبحث الأول: مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية	٩٧
أولاً: في نطاق القانون الفرنسي	٩٩
ثانياً: في نطاق القانون المصري	١٠١
المبحث الثاني: النظام القانوني للدفع بالإحالة	١٠٩
أولاً: شروط الدفع بالإحالة	١١١
الشرط الأول: وجود دعوى قائمة أمام القضاء الأجنبي	

الشرط الماثل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص	١١٤
أولاً: وجود دعويين	
تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي	١١٥
(أولاً) المعيار الشكلي	١١٦
(ثانياً) معيار سلطة القاضي	١١٧
(ثالثاً) معيار انتفاء النزاع	١١٨
(رابعاً) معيار الدور المنشئ للعمل الولائي	١٢٣
(خامساً) نظرية الوسيلة والنتيجة	١٢٥
ثانياً: طرح الدعويين على محكمتين	١٢٦
ثالثاً: تبعية المحكمتين المعنيتين لدولتين مختلفتين	١٢٨
أثر الاستخلاف الدولي على طبيعة الإحالة	١٣١
الشرط الثاني: وحدة الأطراف في الدعويين	١٣٢
الشرط الثالث: وحدة المحل في الدعويين	١٣٤
وحدة المحل واحتواء الدعاوى	١٣٦
وحدة المحل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص	١٣٨
الشرط الرابع: وحدة السبب	١٣٩
وحدة السبب بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص	١٤٠
الشرط الخامس: اختصاص المحكمتين المعنيتين	١٤١
اختصاص المحكمة الأجنبية بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص	١٤٦
الشرط السادس: إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي	١٤٨
إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي بين الدفع بالإحالة والشرط السالب	١٥٠
بعض أوجه الخلاف بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص	١٥٢
المبحث الثالث: المعاملة الإجرائية للدفع بالإحالة	١٥٣

أولاً: الخصم الذي يحق له التمسك بالدفع	١٥٤
حق القاضي في الإحالة من تلقاء نفسه	١٥٧
حق الخصوم وسلطة القاضي بين الدفع بالإحالة والشرط السالب	١٦١
ثانياً: المحكمة التي يجب إبداء الدفع أمامها	١٦٢
المحكمة التي يجب إبداء الدفع أمامها بين الدفع بالإحالة والشرط السالب	١٦٥
ثالثاً: وقت إبداء الدفع بالإحالة	١٦٦
مقارنة بين الدفع بالإحالة والشرط السالب	١٧١
رابعاً: سلطة القاضي في الإحالة بين الالتزام والرخصة	١٧٢
الاتجاه الأول	١٧٣
تقدير الاتجاه المتقدم	١٧٥
الاتجاه الثاني	١٧٨
مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني	١٧٩
تصويب لأهم الأخطاء	١٨٥
الفهرس	١٨٧
مؤلفات الدكتور/ هشام خالد	

مؤلفات الدكتور هشام خالد

أولاً: المؤلفات والأبحاث المنشورة

١- عقد ضمان الاستثمار: القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة للدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، تمت مناقشتها علنا في ٨ نوفمبر ١٩٨٦. (٥٠٢ صحيفة من القطع الكبير)، وقد تم نشر بعض فصول هذه الرسالة تحت العناوين التالية:

أ- الحماية القانونية للاستثمارات العربية، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٨. (١٥١ صحيفة من القطع العادي)

ب- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية. الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٧٢ صحيفة من القطع العادي)

ج- خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٦٠ صحيفة من القطع العادي)

د- شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار. الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٧٩ صحيفة من القطع العادي)

هـ- الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة المحاماة المصرية، يناير- فبراير ١٩٩٠، ص١٢٨ - ١٧٣. (٤٦ صحيفة من القطع الكبير)

و- القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الاستثمار، المحاماة المصرية، ١٩٩١ - يناير - فبراير (٣٠ صحيفة من القطع الكبير)

وقد تم طبع الرسالة عام ٢٠٠٠، بذات الشكل الذي ظهرت فيه وقت تقديمها للمناقشة دون أية تعديلات على الإطلاق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٦٦٦ صحيفة من القطع العادي)

٢- تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية، العدد ٣- ٤، مارس وأبريل ١٩٨٨. (١٥ صحيفة قطع كبير)

٣- الاختصاص الدولي لمحاكم المصرية، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية العدد ٧- ٨، سبتمبر أكتوبر ١٩٨٧.(١٥ صحيفة - قطع كبير)

٤- نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في:
أ- مجلة مصر المعاصرة، عدد ٣٧٩، يناير ١٩٨٠. (٢٧ صحيفة قطع عادي)
ب- مجلة المحاماة المصرية، يناير - فبراير ١٩٨١. (٢٦ صحيفة - قطع كبير)

٥- أسباب كسب الجنسية في القانون المصري، بحث منشور في:
أ- مجلة المحاماة المصرية، العدد الخامس والسادس، مايو - يونيو ١٩٨٩.
ب- المجلة العربية للفقه القضاء، والتي تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، الرباط، المملكة المغربية، العدد العاشر (ص ٨١-١٠٧) (٢٧ صحيفة من القطع الكبير)

٦- مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٩٠ (١٨٣ صحيفة من القطع العادي) وقد سبق نشر ملخص هذا الكتاب تحت عنوان: مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة المصرية، ع ٣-٤، ١٩٨٧، ص ٣٠-٦٠ (٣٠ صحيفة - قطع كبير)

٧- إثبات الجنسية، مجلة المحاماة المصرية، ع٧-٨، سبتمبر وأكتوبر، ١٩٩٠. (١٨ صحيفة من القطع الكبير).

٨- بعض مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، مجلة روح القوانين، والصادرة عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٨، ١٩٩١، ١٩٩٠. وقد تمت إعادة طبع البحث المتقدم تحت ذات العنوان السابق، عام ١٩٩٨ - مطبعة جامعة طنطا - الكتاب الجامعي. (٢٢٨ صحيفة من القاطع العادي)

٩- الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة، مجلة المحاماة المصرية، ١٩٩٢، يناير - فبراير. (١٢ صحيفة من القطع الكبير)

١٠- التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مجلة روح القوانين، عدد عام ١٩٩٦. (٢١٧ صحيفة من القطع العادي). وقد تمت إعادة طبع الدراسة المتقدمة تحت ذات العنوان السابق، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠١م.

١١- طبيعة قواعد الاختصاص وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، ١٩٩٧. (٢٠٣ صحيفة من القطع العادي) أعيد نشر هذا البحث في مجلة روح القوانين والصادرة عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، في العدد رقم ١٤ الصادر في أول يناير سنة ١٩٩٨، ص ٨٠-٢٧٩.

١٢- التحديات القانونية التي تواجه الأقليات المسلمة، بحث مقدم إلى ندوة التحديات القانونية التي توجه الأمة الإسلامية فى القرن المقبل - رابطة الجامعات الإسلامية القاهرة ٢١-٢٣ أبريل ١٩٩٩. (٢٥ صحيفة من القطع الكبير) وقد تم طبع أبحاث هذه الندوة تحت عنوان:
رابطة الجامعات الإسلامية، حلقات نقاشية حول التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل، حلقة التحديات القانونية التي عقدت بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر فى الفترة من ٥-٧ محرم ١٤٠٢هـ ٢١-٢٣ إبريل١٩٩٩ ويقع المطبوع فى جزئين، يراجع الجزء الثاني ص٧-٣٣ حيث تم نشر البحث المنوه عنه أعلاه.

١٣- منهج القواعد الموضوعية فى تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، تعليق على رسالة السيد/ محمد عبد الله محمد المؤيد. (٣٠ صحيفة من القطع العادي). مجلة الدراسات القانونية، والتي تصدر عن كلية الحقوق-جامعة بيروت العربية، مجلة محكمة، قسم التعليقات.

١٤- الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م (٣٠٣ صحيفة من القطع العادي)

١٥- جنسية الشركة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٥٨ صحيفة من القطع العادي). وقد سبق نشر هذا المؤلف في مجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، وذلك في الأعداد التالية:
أ- العدد (١٨)، إصدار أبريل ١٩٩٩، ص ٣٥٥ -٦٠٤.
ب- العدد (١٨)، إصدار أغسطس ١٩٩٩، ص ٣٤٩- ٥٥٨.

١٦- إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، موسوعة قضائية. (١٠٠ صحيفة من القطع العادي)

١٧- أحكام الزواج للمصريين من الأجانب - موسوعة قضائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٤٠ صحيفة من القطع العادي)

١٨- اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة فى قانون الجنسية العربي، الإسكندرية، دارا لفكر الجامعي، ٢٠٠٠م (٢٥٤ صحيفة من القطع العادي)

١٩- إثبات القانون الأجنبي فى القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠١. (١٠١ صحيفة من القطع العادي)

٢٠- اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني - دراسة مقارنة فى قانون الجنسية العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١، طبعة ثانية. (٢٦٠ صحيفة من القطع العادي)

٢١- العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة أولى، ٢٠٠١. (٦٤ صحيفة من القطع العادي)

٢٢- الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية في القوانين العربية - الأوروبية - الانجلوسكسونية، واتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨-ضابط جنسية الخصوم-موقع المال-المنازعات المتولدة عن العقود الدولية-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-دار الفكر الجامعي الإسكندرية-٢٠٠٢. (٦١٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٣- دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي، والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دراسة فقهية قضائية مقارنة فى القانون المصري -القوانين العربية-الأوروبية-الأنجلوسكسونية، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، ٢٠٠٢. (٣٣٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٤- عقد ضمان الاستثمار، الطبعة الثانية، (صحيفة من القطع العادي)

٢٥- المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، ٢٠٠٢، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي).

٢٦- نشأة القانون الدولي الخاص ومباحثه، دراسة مقارنة فى الفقه المصري والعربي والإنجليزي، (١٠٠ صحيفة من القطع العادي) (تحت النشر).

٢٧- قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام - دراسة مقارنة في قوانين مصر والإمارات والبحرين - منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٠٦ صحيفة من القطع العادي)

٢٨- الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم القطرية دراسة مقارنة (تحت النشر)

٢٩- المركز القانوني لمتعدد الجنسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م (٤٣٠ صحيفة من القطع العادي) وقد سبق نشر موجز هذا المؤلف تحت ذات العنوان السابق، في مجلة روح القوانين، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة طنطا، ع ٢٣، إصدار أبريل ٢٠٠١، ص ١١٣ - ٣٢١. (٢٠٨ صحيفة من القطع العادي).

٣٠- نظرة على بعض البنوك الدولية وعقودها، مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق جامعة بيروت العربية، والذي يحمل عنوان: الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، بيروت ٢٨/٢٦ إبريل ٢٠٠١. (٤٣ صحيفة من القطع الكبير)

٣١- البنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، (٢٣٠ صحيفة من القطع العادي)

٣٢- القانون الواجب التطبيق على مشارطات إيجار السفن، بحث مقدم فى الدورة العملية للتحكيم التجاري والبحري الدولي، مركز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم، فندق رمادا، الإسكندرية من ٢٠٠٢/٨/٣١ حتى ٢٠٠٢/٩/٢ (١٧ صحيفة من القطع الكبير)

٣٣- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، الجزء الأول، دراسة فقهية قضائية متعمقة في القانون المصري في ضوء المادة ٢٠ مدني - القانون ١٩٧٦/١٠٣، ٢٠٠٠/١ مع ملحق شامل لجميع الأحكام القضائية المصرية محل الدراسة. منشأة المعارف بالإسكندرية (٥٥٥ صحيفة من القطع العادي) ٢٠٠٥.

٣٤- الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، (٤٠٨ صحيفة - قطع عادي)

٣٥- توطن المدعي عليه الأجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، (٣٩٧ صحيفة من القطع العادي)

٣٦- أوليات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة فى النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، (٢٣٠ صحيفة قطع عادي).

٣٧- ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة فى الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية – اللاتينية – العربية والاتفاقيات الدولية، (٣٢٠ صحيفة قطع عادي)

٣٨- معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، (٧٢٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٩- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، الجزء الثاني، دراسة مقارنة فى الدولة التالية: ليبيا – الجزائر – سوريا – المغرب – العراق – الأردن – الكويت – الإمارات – اليمن – لبنان – السودان – فلسطين – إنجلترا – فرنسا، منشأة المعارف بالإسكندرية، (٧٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٤٠- جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، (٧١٥ صحيفة من القطع العادي)

٤١- أهم مشكلات قانون الجنسية العربي، مشكلة دم الأم العربية – مشكلة قضاء الجنسية العربي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦ (٧١٥ صحيفة من القطع العادي)

٤٢- التنازع الانتقالي، في تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠٦، (٢٢٧ صحيفة من القطع العادي).

٤٣- الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠٦، (٣٠٣ صحيفة من القطع العادي)

٤٤- جنسية الشركة، دراسة مقارنة، طبعة ثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦ (٤٥٨ صحيفة من القطع العادي)

٤٥- جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، (٧١٥ صحيفة من القطع العادي) (طبعة ثانية)

٤٦- البنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، (٢٣٠ صحيفة من القطع العادي) طبعة ثانية ٢٠٠٧.

٤٧- المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي)، طبعة ثانية، ٢٠٠٧.

٤٨- ماهية الحكم القضائي الأجنبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، (٤٨٠ صحيفة من القطع العادي)

٤٩- موقع المال كضابط للاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٨، (٢٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٥٠- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام قضاء الدولة وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٨، (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي)

٥١- تكوين المحكمة التحكيمية، في نطاق منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، (٥٦٠ صحيفة من القطع العادي) منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨

٥٢- تكوين المحكمة التحكيمية، في نطاق منازعات التجارة الدولية، المجلد الثاني، (٥٣٠ صحيفة من القطع العادي) منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨

٥٣- المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي)، طبعة ثالثة، ٢٠٠٨.

٥٤- إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، (٢٠٠ صحيفة من القطع العادي)

٥٥- محل الالتزام كضابط للاختصاص القضائي الدولي، (٥٣١ صحيفة من القطع العادي)

٥٦- جنسية الشركة في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي (٢٦٠ صحيفة – قطع عادي) منشأة المعارف بالإسكندرية،

٥٧- تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية الأجنبية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي (٥٠٠ صحيفة – قطع عادي) منشأة المعارف بالإسكندرية

ثانياً: المؤلفات العامة

١- دروس فـــى القانون القضائي الدولي، ١٩٨٨ – ١٩٨٩. (٢١٩ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٢- مذكـــرات فى القانون القضائي الدولي، ١٩٩٠. (٢٧١ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٣- دروس فى الجنسية ومركز الأجانب: ١٩٩٠

أ- الجزء الأول، الجنسية. (١٧٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

ب- الجزء الثاني، مركز الأجانب (٢٢٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٤- دروس فى تنازع القوانين، ١٩٩٠ (٢٨٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٥- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، ١٩٩٨-١٩٩٩ (٢٧٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٦- مبادئ مركز الأجانب، ١٩٩٨ – ١٩٩٩. (٢٨٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٧- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، ١٩٩٩- طبعة أولى (١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٨- مبادئ قانون الجنسية، ١٩٩٩ (٢٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٩- محاضرات فى الموطن الدولي، ١٩٩٩-٢٠٠٠ (١٦٧ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٠- مبادئ تنازع القوانين، ١٩٩٩ (٤٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١١- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٠(١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٢- الـــنظرية العامـــة لتـــنازع القوانين، طبعة أولى، ٢٠٠١، مطبعة جامعة طنطا – طنطا. (٢٢٢ صحيفة من القطع العادي)

١٣- النظرية العامة للجنسية، طبعة أولى، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠١ (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٤- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة طنطا، طبعة ثالثة ٢٠٠٢. (١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٥- النظرية العامة للجنسية، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٢. (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي)

١٦- النظرية العامة لتنازع القوانين، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٢. (٢٢٢ صحيفة من القطع العادي)

١٧- محاضرات في القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية - الموطن الدولي - مركز الأجانب - الحلول الوضعية لتنازع القوانين - التنازع الانتقالي) مطبعة جامعة طنطا - الكتاب الجامعي ٢٠٠١ (٨٥٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٨- القانون القضائي الخاص الدولي-دراسة مقارنة في القانون المصري والعربي مع إشارة خاصة للتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١. (٦١٠ صفحة من القطع العادي)

١٩- الجنسية المصرية، طبعة ثانية، مطبعة جامعة طنطا، (٢٠٠٢، ٢٢٢ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٢٠- مركز الأجانب، طبعة ثانية، طنطا، ٢٠٠٢ (٣٠٧ صحيفة من القطع العادي)

٢١- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثانية، ٢٠٠٣، طنطا، (٢٣٥ صحيفة من القطع العادي).

٢٢- محاضرات في تشريعات الإعلام، الجزء الأول، المدخل لدراسة القانون وتشريعات الصحافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، طنطا، (٣٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٣- النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، طبعة رابعة، (١٣٠ صحيفة - قطع عادي) ٢٠٠٤ - مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٤- النظرية العامة للجنسية، طبعة ثالثة، (٤٠٠ صحيفة - قطع عادي) ٢٠٠٤- مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٥- النظرية العامة لتنازع القوانين، طبعة ثالثة (٢٢٠ صحيفة - قطع عادي) - ٢٠٠٤، مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٦- الحلول الوضعية لتنازع القوانين، طبعة ثانية (٣١٠ صحيفة - قطع عادي) ٢٠٠٤ - مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٧- محاضـــرات في تشريعات الإعلام، طبعة ثانية، ٢٠٠٤ طنطا (٣٢٠ صحيفة من القطع العادي).

٢٨- محاضـــرات في تشريعات الإعلام، طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (٣٢٠صحيفة من القطع العادي)

٢٩- الجنسية المصرية، طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (١٥٧ صحيفة من القطع العادي)

٣٠- مركز الأجانب – طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (٩٥ صحيفة من القطع العادي)

٣١- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثالثة، طنطا، ٢٠٠٥ (١٩٠ صحيفة من القطع العادي)

٣٢- القانـــون القضـــائي الخـــاص الدولـــي، طبعة ثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، (٦١٠ صحيفة من القطع الكبير)

٣٣- موجـــز النظـــرية العامة للقانون الدولي الخاص، ط. أولى، طنطا، ٢٠٠٦، (٦٨ صحيفة من القطع العادي)

٣٤- موجز تنازع القوانين، ط ثانية، طنطا ٢٠٠٦ (٢٨٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٥- الجنسية المصرية، طبعة ثانية، طنطا ٢٠٠٧.

٣٦- مركز الأجانب، طبعة رابعة، طنطا ٢٠٠٧ (٩٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٧- تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط أولى، طنطا ٢٠٠٧، (٣٣ صحيفة من القطع العادي)

٣٨- موجـــز تـــنازع القوانين، ط ٣، ٢٠٠٨، مطبعة جامعة طنطا، (٢٨٥ صحيفة من القطع عادي)

دار الفكر الجامعى

Bibliotheca Alexandrina
1132784
Al-Rowad .. 03-4844623

ISBN 978-977-379-171-6
9 789773 791711