



جامعة ابن خلدون - تيارت-

كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الحقوق

تخصص قانون دولي خاص

تحت إشراف

إعداد الطالب

أ.د قايد ليلى

أورير البشير

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ مقني بن عمار
مشرفا ومقررا	جامعة تيارت	أستاذة التعليم العالي	أ.د/ قايد ليلى
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بوسماحة الشيخ
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بلاق محمد
ممتحنا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	د. /حميدة فتح الدين محمد
ممتحنا	المركز الجامعي البيض	أستاذ محاضر "أ"	د./ عيساوي عبد النور

السنة الجامعية: 2023/2022

رسالة الرحمن الرحيم

## شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين حمدا يليق بجلاله وعظمة سلطانه، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، أما بعد فمن لا يشكر الناس لا يشكر الله، فإني أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذة الكريمة أ.د. قايد ليلي على قبولها الإشراف على هذه الأطروحة، إذ لم تبخل عليا بإرشاداتها وتوجيهاتها القيمة التي أثرت وساهمت في إنجاح هذا العمل، فلها مني وافر الشكر والتقدير.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كافة أساتذتي من كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة ابن خلدون تيارت على دعمهم لي ومساندتي لإتمام هذا العمل.

لكل هؤلاء خالص شكري وجميل عرفاني.

# إهداء

إلى روح أبي الغالي رحمه الله .....

إلى أمي الغالية.....

إلى أخي و أختي.....

إلى خالتي العزيزة حسينة

إلى من كانت معرفتهم رزق.....

## قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج: جزء

ج.ر: جريدة رسمية

ص: صفحة

ط: طبعة

مج : مجلد

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

### TABLE DES ABREVIATIONS :

باللغة الأجنبية:

Ibid. : ibidem : même ouvrage précité

Op.cit. : Opere citato : Ouvrage précité

N° : numéro

Vol : Volume

P : Page

Bull : bulletin des arrêts de la cour de Cassation.

Cass.civ : arrêt de la cour de cassation (chambre civile).

Cass.Com : arrêt de la cour de cassation (chambre commerciale).

TCFDIP : Travaux du comité français de droit international privé

DIP : Droit international privé.

RCDIP : revue critique de droit international privé

مقدمة

## مقدمة

إثر التوسع الاقتصادي وتعدد المعاملات ذات الطابع التجاري، التي تتجاوز في أغلب الأحيان حدود الدولة الواحدة بين الأفراد في كافة المجالات، جعلت من العالم شبيها بقرية صغيرة تبدو فيه العلاقات بين أشخاص يحملون جنسيات مختلفة أمرا مألوفا وطبيعيا، خاصة وأنه في ظل العولمة تعد كافة المتطلبات التي تقتضيها هذه المعاملات متوفرة في وقتنا الحالي على نطاق واسع، وفي شتى الميادين نظيرا لتسهيلات العديدة التي قد تساهم الدولة في تقديمها بهدف دفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية وترقية التجارة الدولية في نفس الوقت، ولذلك ليس من المستغرب أن تقوم الدول بإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية مع الدول الأخرى في سبيل تنظيم هذه المسائل.

على أن الذي لا شك فيه، أن في تعدد هذه المعاملات وتنوعها على الصعيد الدولي من شأنه أن يؤدي إلى فرضية التضارب بين مصالح الأفراد، ومن ثم قيام نزاع بينهم يندرج حسب الفقه تحت غطاء القانون الدولي الخاص، وتحديدًا في نطاق إطار العلاقات المدنية والتجارية الدولية، وطالما أنه لا توجد سلطة عليا في العالم تتولى مهام فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، والقيام على وجه التحديد باسناد اختصاص جهة قضائية معينة لدولة ما بنظر النزاع، ومن هذا المنطلق صار حتميا أن يختص قضاء الدولة وحده دون غيره في نظر المنازعات التي تنشأ داخل إقليمه بغض النظر عن طبيعة النزاع، خاصة إذا ما كان يتعلق بطرف وطني أو أجنبي أو إذا ما رتب آثاره في الداخل أو الخارج، تكريسا بذلك فكرة مطلق سيادة الدولة على إقليمها.

ويتفرع على هذا الفهم، أن مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي تعتبر من بين الحالات التي تبت فيها الجهات القضائية الوطنية بمناسبة المنازعات التي تنشأ عن العلاقات الخاصة الدولية، بناء على عدة ضوابط تستحدثها التشريعات في كل دولة بهدف تنظيم الاختصاص القضائي لمحاكمها للفصل في هذا النوع من المنازعات. طالما أن وظيفة العدالة في الدولة تشكل أحد مظاهر السيادة فيها عبر تحقيق العدالة لمواطنيها بدرجة أولى، ولدفع هذه الأضرار المترتبة عن المنازعات العابرة للحدود والمتضمنة لعنصر أجنبي والتي قد تشكل من جهتها تنازعا في الاختصاص القضائي الدولي، حيث يلجأ قضاء كل دولة إلى تحديد جملة من الاعتبارات التي ترسم حدود اختصاصه في مقابل اختصاص الجهات القضائية الأخرى التابعة للدولة الأجنبية، ومعيار التمييز بين كلا الاختصاصين يكمن في الرابطة الجديدة بين النزاع المطروح ومحكمة الدولة، لضمان صدور أحكام مضمونة التنفيذ في إقليم الدولة الأجنبية ومنه تحقيق العدالة لأطراف الدعوى وحماية حقوقهم.

وفوق ما تقدم، فإنه من المتصور أيضا أن تختص الجهات القضائية بالبت في المنازعات دون أن يتوفر فيها أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها، كالضوابط الشخصية المتمثلة في موطن المدعى عليه أو جنسية الأطراف أو الاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس الاعتبارات الموضوعية المادية، كالضوابط المتعلقة بمكان نشوء محل الالتزام أو محل التنفيذ، ولعل الحكمة من ولاية المحاكم الوطنية بمثل هذا النوع من الحالات تفرضه اعتبارات العدالة من خلال توحيد الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام على الصعيد الدولي وتنظيم حسن سير الدعاوى بناء على معيار الملائمة.

فمن المسلم به أن اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، لها دور مهم جعل من النظم القانونية المقارنة تسعى إلى تحقيق حسن سير العدالة وضمان وحدة الخصومة القضائية عن طريق إسناد الاختصاص للجهات القضائية الوطنية بنظر الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المقامة أمامها حتى ولو لم تدخل في نطاق اختصاصها أو في حالة تعدد المدعى عليهم والذي تقع مواطنهم في أقاليم محاكم دول أجنبية، كما يمتد اختصاص المحاكم الوطنية ليشمل كذلك نظر كافة المسائل الأولية والطلبات العارضة حتى وإن لم تدخل ضمن نطاق اختصاصها، ومن هذا المنطلق جاءت فكرة الاختصاص المبني على اعتبارات العدالة لتكريس فكرة الاقتصاد في الإجراءات وضمان وحدة الخصومة القضائية.

وتماشيا مع ما تم ذكره، ومن أجل تحقيق حماية قضائية سريعة خاصة في ما يتعلق الأمر بالمنازعات الدولية الخاصة والتي يخشى فيها فوات الوقت، ذهبت أغلب النظم القانونية إلى جعل من جهاتها القضائية تختص بناء على ضابط تميزه صفة الاستعجال، ألا وهو الإجراءات الوقتية والتحفظية لحماية الحقوق والأموال المتنازع فيها إلى حين الفصل في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة الأجنبية.

والحق أن الحل المتقدم يجد تأصيله في التوفيق بين اعتبارين جوهريين: سيادة كل دولة من الدول على إقليمها، وتحقيق التعاون المشترك بين مختلف النظم القانونية باعتبار أن هذا الهدف هو الأسى في نطاق القانون الدولي الخاص، ومن أجل إدراك هذه الغاية حاول الفقه والاجتهاد القضائي مراعاة اعتبارات العدالة وتوحيد الخصومة القضائية، عبر استحداث إجراء من شأنه أن يفض تنازع الإجراءات القضائية بين الدول المختلفة، من خلال التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي إذا ما كان النزاع قائما بين جهتين قضائيتين تابعتين لدولتين، أو إذا ما تعلق الأمر بالارتباط القائم لدعوى أخرى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي أو إذا ما تعلق الأمر بالاختصاص القائم على فكرة الخضوع الاختياري أو في حالة وجود محكمة أجنبية أكثر ملائمة للفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، ورغم أن فكرة التخلي عن



الاختصاص تعد من أكثر الوسائل الإجرائية ذات الفاعلية من الناحية العملية إلا أن مسألة قبولها مرت بعدت مراحل، بداية برفضها إطلاقاً من قبل الفقه التقليدي بحجة أنها تنقص من السيادة الإقليمية للدولة، كما أنها تتعارض مع مبدأ استقلال الدول، إلا أنه وفي المقابل كان للفقه الحديث رأي آخره أيده فيه أغلب التشريعات مفاده أن قبول الدفع بالإحالة والتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي من شأنه أن يحقق التناسق والتعاون القضائي على مستوى الجماعة الدولية وبالتالي ضمان وحدة الخصومة القضائية وتلافي تعارض الأحكام القضائي على النطاق الدولي.

وبناء على ما تقدم يسلم القضاء والفقه المعتمد بأن التعاون القضائي الدولي، يعد من أبرز صور اعتبارات العدالة في تحقيق الاختصاص القضائي الدولي، فالناظر في عمق المسألة يلحظ أن هذا التعاون صار ضرورة ملحة تقتضيها طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ويتجزأ من هذا الأخير فكرة الإنابة القضائية الدولية بوصفها مظهراً مميزاً من مظاهر التعاون القضائي الدولي، والتي تقوم على أساس المجاملة الدولية، من خلال اتخاذ الإجراءات التي قد يراها القاضي ضرورية بغية تسهيل الفصل في الدعوى المعروضة أمامه كالقيام بالتحقيق، سماع الشهود، أو جمع أدلة الإثبات.

يبقى أن نشير بأن مسألة تحديد موضوع اعتبارات في تحديد الاختصاص القضائي الدولي تتمتع بأهمية عملية متزايدة خاصة في نطاق القانون الجزائري على وجه التحديد، حيث تكمن هذه الأخيرة في المنازعات التي تثور في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، وبالتالي كفالة حق الأجنبي في اللجوء إلى المحاكم شأنه شأن الوطني، وتمكينه من الحصول على حكم قضائي مضمون التنفيذ، فوحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام على الصعيد الدولي تستوجب قبول فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي من أجل ضمان حسن سير العدالة والاقتصاد في الإجراءات واستقرار المعاملات الدولية، كما أن متطلبات التعاون القضائي الدولي، كرسست من جهتها أيضاً هذا المبدأ خاصة أنه وفي تخلي القاضي عن اختصاصه القضائي لفائدة المحكمة الأكثر ملائمة لنظر النزاع، من شأنه أن يضمن صدور حكم قضائي مكفول التنفيذ طالما أن المحكمة التي أصدرته هي الأقرب إلى النزاع من حيث الوقائع المادية والأدلة.

كما تصدرت أيضاً فكرة اعتبارات العدالة القائمة على أساس التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، قائمة اهتمامات النظم القانونية والتشريعات المقارنة على غرار اتفاقية بروكسل المتضمنة الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية من خلال تكريس هذه القواعد ضمن تشريعاتها وتبيان طرق ومجالات تطبيقها بين كل من دول الأعضاء التابعة للاتحاد الأوروبي

والدول الأخرى، ولم تتوانى أيضا بعض الاتفاقيات العربية على غرار اتفاقية راس لانوف لدول اتحاد المغرب العربي واتفاقية الرياض للتعاون القانوني والقضائي، من قبول هذا الطرح والعمل به في سبيل توحيد الخصومة القضائية وتحقيق العدالة لأطراف النزاع.

ولعل الأهمية البالغة لموضوع الدراسة وما تفرزه من إشكالات قيمة تستدعي المعالجة وهو الدافع الرئيسي وراء اختيارنا له، حيث تكمن هذه الأسباب في عدم توفر دراسة دقيقة في القانون الدولي الخاص بشكل عام وفي الاختصاص القضائي بشكل خاص تبحث في مسألة اعتبارات العدالة بوصفها أحد أهم الضوابط في تحديد الاختصاص القضائي الدولي وبالتالي معرفة هذه الاعتبارات ودورها في تحقيق وحدة الخصومة القضائية ومنع تضارب الأحكام على الصعيد الدولي، من خلال استعراض فكرة التخلي عن الاختصاص التي شكلت جدلا فقهيا بين كل من الفقه التقليدي والفقه الحديث، والتطرق إلى المبادئ القائلة بضرورة تكريس حاجة المعاملات الدولية وحماية المصالح المشروعة للأفراد.

وهو ما يقوم عليه هدف هذه الدراسة، عن طريق الإلمام بكافة الحالات التي من شأنها أن تساهم في توحيد الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام بقبول فكرة التخلي عن الاختصاص، والسعي نحو التعاون القضائي الدولي بوصفه أحد أبرز الأسباب في تلبية حاجة المعاملات الدولية وتحقيق العدالة بالنسبة لأطراف النزاع وحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية، وعلى هذا الأساس سوف تشمل الدراسة كافة الصور المرتبطة باعتبارات العدالة من خلال قيام القاضي بالتخلي عن اختصاصه حفاظا منه على توحيد الخصومة القضائية ومنع تشتتها، واحترام مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد ولاية المحاكم بنظر النزاع، مع مراعاة حاجة المعاملات الدولية باعتبارها اعتبارات واقعية بوصفها من أشكال التعاون القضائي بين الدول.

وبالعودة إلى أهم الدراسات التي اهتمت بموضوع اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، نخص بالذكر منها:

دراسة تمثلت في رسالة ماجستير للباحث وسام توفيق عبد الله الكتبي والموسومة بـ: "اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة) عن جامعة الموصل العراق، والمناقشة بتاريخ 20/10/2002، وهي من بين أهم الدراسات كونها قريبة جدا من دراستنا، حيث ساهمت هذه الأخيرة بشكل كبير في إحاطتنا بموضوع البحث بالنظر للنقص الفادح في المراجع القانونية في هذا المجال، حيث تطرقت هذه الدراسة للإشكالات التي تثيرها وحدة الخصومة القضائية والتعاون القضائي، وهنا

تكمن نقطة التشابه بين الدراستين، وجدير بالإشارة أن دراستنا اختلفت عن هذه الأخيرة من حيث التوسع في فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي باعتبارها أحد أبرز اعتبارات توحيد الخصومة القضائية وتلافي إصدار أحكام متعارضة في نفس النزاع وحفاظا على استقرار المعاملات الدولية، وكذلك التوسع في فكرة الاختصاص المبني على الخضوع الاختياري ومعيار المحكمة الغير ملائمة بنظر النزاع.

ولم يقتصر بحثنا في الدراسات الأجنبية دون أن نتطرق إلى بعض الدراسات السابقة في الجزائر والتي نذكر منها:

أطروحة دكتوراه للباحث عبد النور أحمد المعنونة بـ: " الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري ( دراسة مقارنة)"، حيث تناول الباحث في هذه الدراسة أحد أبرز ضوابط الاختصاص في وقتنا الحالي والمتمثل في " ضابط الخضوع الإرادي"، الذي يقوم على أساس اتفاق الأطراف بمنح الاختصاص إلى جهة قضائية معينة بهدف النظر في النزاع، ومن هذا المنطلق تطرقنا في دراستنا إلى فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي القائم على الخضوع الاختياري، فالفكرة القائلة بالخضوع لجهة قضائية أجنبية تستدعي ضرورة أن يتخلى القاضي الوطني عن اختصاصه لفائدة الجهة الأجنبية احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة مع مراعاة جملة من الشروط التي تكمن في عدم ارتباط النزاع ارتباط وثيقاً بالنظام القانوني للمحكمة الوطنية وعدم مخالفة هذا الإجراء لاعتبارات النظام العام.

ومن خلال استقراءنا لكافة الدراسات السابقة تبين لنا أن موضوع الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام لم ينل حظه من بين الدراسات الوطنية، وبشكل خاص اعتبارات العدالة بوصفها أحد أبرز الضوابط في النظم القانونية المقارنة، والمتمعن في عمق المسألة قد يلاحظ انعدام الدراسات المتخصصة في هذا النطاق رغم بعض الاجتهادات القليلة التي تطرقت بصورة عامة لضوابط الاختصاص القضائي الدولي، وتماشيا مع ما تم ذكره لاح لنا عبر الدراسة المتقدمة أهمية " اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي"، وفي إطار تحليلنا لهذا لموضوع حاولنا الإلمام بكافة الجوانب المرتبطة بالاعتبارات القائمة على أساس وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام، من خلال الإحاطة بمفهوم فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي، مستعينين في ذلك بما ورد في أغلب التشريعات المقارنة والمواقف الفقهية، ومن ثم التطرق إلى الكافة الاعتبارات القائمة على أساس حاجة المعاملات الدولية وعرض الإشكاليات التي تطرحها محاولين على هذا الأساس بإيجاد حلول لها.

ومن خلال ما تم ذكره اهتدينا بدافع قوي قصد دراسة هذا الموضوع بطرح الإشكالية الآتية:

ما مدى تأثير اعتبارات حسن سير العدالة في تحديد ولاية المحاكم الوطنية بنظر المنازعات الدولية الخاصة؟

كما تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- مدى جواز تخلي الجهات القضائية الوطنية عن اختصاصها القضائي الدولي بمناسبة نظر المنازعات في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية؟.
- هل يجوز للقاضي الجزائري أن يتخلى عن اختصاصه في حالة قيام ذات النزاع أمام محكمتين وفي حالة الارتباط عملاً بتمديد القواعد الداخلية؟. كما هل يمكن تمديد مثل هذا الحل إلى نطاق المنازعات الخاصة الدولية؟. وما هو موقف القاضي الوطني إذا تبين له أن المحكمة الأجنبية أكثر ملائمة وأقدر منه للفصل في النزاع؟.
- مدى فاعلية ضابط الاستعجال في توفير الأمان القانوني وتفادي بطئ الحماية القضائية العادية، ومدى مساهمة التعاون القضائي الدولي في تحقيق العدالة بالنسبة لأطراف النزاع؟.

وفي سبيل الإجابة عن هذه الإشكاليات والإمام بموضوع " اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي"، تجدر الإشارة خاصة من ناحية ندرة البحوث والدراسات السابقة المرتبطة بهذا الموضوع في نطاق القانون الجزائري من جهة، كما أن المواد التي تتضمن معالجة هذا الطرح وحالاته في القانون الجزائري تقتصر فقط على المواد (41) و (42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة أخرى، في حين أن بعض التشريعات المقارنة تشهد تطوراً كبيراً من حيث التحكم في موضوع الاختصاص القضائي الدولي وفكرة اعتبارات العدالة باعتبارها جزءاً منه، ومن جانب آخر يلاحظ بأن قرارات المحكمة العليا الجزائرية قليلة جداً فيما يتعلق الأمر بالدعاوى المشوبة بعنصر أجنبي وفي ما يخص تحديد ولاية المحاكم الوطنية بنظر النزاع.

ومن أجل الإجابة عن الإشكال المطروح اعتمدنا المنهج الوصفي من خلال التطرق لحالات اختصاص القضائي القائم على أساس فكرة وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام على الصعيد الدولي، والمنهج التحليلي لتحليل كافة المعلومات والنصوص القانونية ذات الصلة، وفي نفس الإطار تحليل فكرة التخلي عن الاختصاص، مع الاستعانة بالمنهج المقارن الذي كان له نصيب وافر حيث تطلبت طبيعة الدراسة التطرق إلى اعتبارات تحديد الولاية القضائية الدولية على أساس فكرة التخلي في ظل النظم

والتشريعات المقارنة العربية والأجنبية منها، ومناقشتها على ضوء ما أخذ به المشرع الجزائري ومحاولة منا في تقديم حلول و اقتراحات من شأنها أن تساعد في مواجهة مثل هذه الحالات أمام المحاكم الوطنية.

وعلى ضوء ما تقدم سنحاول الإلمام بموضوع " اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي" من زوايا نراها مهمة على النحو الآتي بيانه:

**الباب الأول: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لاعتبارات وحدة الخصومة ومنع تعارض الأحكام،** والذي قسمناه بدوره إلى فصلين أساسيين: خصصنا الأول لدراسة: إنعقاد الاختصاص القضائي حسب حالة الدعوى، في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري والمحكمة الغير ملائمة.

**أما الباب الثاني فيعالج: الاعتبارات القائمة على حاجة المعاملات الدولية والذي قسمناه بدوره إلى فصلين :** حيث خصصنا الأول لدراسة: الاعتبارات التي يفرضها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة و التعايش المشترك بين النظم القانونية، في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة: تأثير مبدأ التعاون القضائي الدولي في تحقيق العدالة.

وأنهينا دراستنا بخاتمة ضمناها أهم النتائج والتوصيات المقترحة.

# الباب الأول

التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لإعتبرات وحدة الخصومة ومنع تعارض الأحكام

## الباب الأول: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لإعتبرات وحدة الخصومة ومنع تعارض الأحكام

يهدف الحفاظ على وحدة الخصومة القضائية سنحت التشريعات بأن يتم البت في عدة دعاوى مرة واحدة وأمام جهة قضائية واحدة، مراعاة بذلك لإعتبرات حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام على الصعيد الدولي، خاصة وأن المسألة هنا تتعلق بمنازعة دولية خاصة مشوبة بعنصر أجنبي، وعلى هذا الأساس حاول الفقه استحداث إجراءات من شأنها أن تضع حد للتنافس الإجرائي والاختصاص القضائي الدولي بين مختلف محاكم هذه الدول، وذلك من خلال تخلي القاضي الوطني عن اختصاصه الدولي بنظر الدعوى في حالة قيام النزاع أمام محكمتين أحدهما وطنية والأخرى أجنبية، أو في حالة قيامه على أساس الارتباط أو إذا ما كان اختيار الجهة القضائية مبنياً على إرادة الأطراف، وأخيراً إذا ما تبين أن المحكمة الأجنبية أكثر ملائمة لنظر النزاع، إلا أن فكرة التخلي لم تكن في بداياتها مقبولة من طرف الفقه التقليدي كونها تشكل انتقاصاً من السيادة الوطنية للدولة وتمس بالنظام العام في إقليمها، إلا أنه وبناء على تطور العلاقات المدنية والتجارية الدولية خاصة جعلت من فكرة التخلي عن الاختصاص حتمية ولا مجال لتجنبها، في ذات السياق يؤيد الفقه الحديث هذا التوجه باعتبار أن إعتبرات العدالة على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي على حد سواء يفترض فيها توحيد الخصومة القضائية وتلافي التعارض بين الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الوطنية وتلك الصادرة عن القضاء الأجنبي وكذا الاقتصاد في النفقات والإجراءات بالنسبة لأطراف النزاع وفي نفس الوقت احترام مبدأ سلطان الإرادة.

يبقى أن نشير أن موضوع التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على أساس إعتبرات وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام من الموضوعات التي اهتمت بها العديد من النظم القانونية المقارنة، ولدراسة هذا الموضوع دراسة تفصيلية، فإننا نبهته في فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة انعقاد الاختصاص القضائي الدولي حسب حالة الدعوى، في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري والمحكمة الغير ملائمة.

## الفصل الأول: انعقاد الاختصاص القضائي الدولي حسب حالة الدعوى

قد يصادف لما نكون بصدد تحديد الاختصاص القضائي الدولي أن تكون عدة جهات قضائية مختصة بنظر ذات النزاع، وعلى هذا الأساس قد يبادر أحد أطراف النزاع إلى رفع دعواه بصورة لاحقة أمام القضاء الوطني في حين أن الدعوى قائمة أمام جهة قضائية تابعة لدولة أجنبية، وهذا ما سوف ينتج عنه بالضرورة صدور حكمين متعارضين في خصومة قضائية واحدة بشكل يتنافى مع اعتبارات حسن سير العدالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، فلذات الاعتبارات وحسب حالة الدعوى القائمة أمام الجهات القضائية، يفترض أن يراعى مبدأ وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام على الصعيد الدولي.

ولهذه الأسباب تمنع أغلب النظم القانونية من عهد الاختصاص القضائي الدولي بمناسبة منازعة واحدة لأكثر من جهة قضائية وهذا نظرا للطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية، وتماشيا مع ما تم ذكره بادرت التشريعات المقارنة إلى استحداث بما يعرف بفكرة الدفع بالإحالة، والتي تقتضي بدورها تخلي القاضي الوطني عن اختصاصه في حال قيام النزاع أمام محكمتين أو إذا ما كان ارتباط بين دعويين منظورتين أمام جهتين قضائيتين لدولتين مختلفتين، أو ما إذا ما تحقق تعدد في المدعي عليهم والذي ينبغي إبرازه أن فقه القانون الدولي الخاص قد تباينت آراءه بخصوص قبول مسألة الدفع بالإحالة من عدمها، حث يذهب أنصار الفقه التقليدي إلى رفض هذه الفكرة بحجة سيادة الدولة على إقليمها، أما الاتجاه الفقهي الحديث فيؤيد وبشدة تخلي القاضي الوطني عن اختصاصه طالما أن اعتبارات حسن سير العدالة تقتضي ذلك خاصة ما إذا كانت المحكمة الأجنبية أكثر ملائمة للفصل فيه وضمان تنفيذ الحكم الصادر بشأنه، وهكذا وعلى ضوء ما تقدم يثور التساؤل حول مدى حق القاضي في التخلي عن اختصاصه القضائي الدولي بمناسبة الفصل في الحالات المذكورة آنفا؟ وما هو موقف الفقه منها؟

للإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا معالجة هذا الفصل من خلال مبحثين رئيسيين: خصصنا الأول لدراسة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، في حين خصصنا الثاني لدراسة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الارتباط وتعدد المدعي عليهم.



## المبحث الأول: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

تكريسا لمبدأ حسن سير العدالة ووحدة الخصومة القضائية و منع تعارض الأحكام، ووفقا لموضوع دراستنا و المتمثل في قيام تصور وجود حالات في تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم خاصة منها الدعاوى المرفوعة أمام محكمتين لكل من دولتين مختلفتين، مما استدعت الحاجة لتنظيم هذه الفكرة من خلال مدى قبول القاضي الوطني لتخليه عن الاختصاص لفائدة محكمة أجنبية إعمالا بذلك فكرة الحماية المشروعة لمصالح الأفراد في ميدان العلاقات الخاصة الدولية، وما تستلزمه مضمون فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي (المطلب الأول)، وصولا إلى الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مضمون فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

يعبر عن التخلي بأنه الحق في اللجوء إلى محكمة مغايرة للمحكمة التي تم الإسناد الاختصاص إليها وفقا لقواعد القانون الإجرائي المعمول به لتحديد الاختصاص ، وعليه فإن التخلي يعد بمثابة تقنية أو وسيلة إجرائية جعلت بيد المحاكم ومن اختصاصها، أو في حالات محصورة للأفراد المتقاضين لسلب أو نزع الاختصاص بنظر دعوى و منحها للمحكمة الأكثر ملائمة واختصاصا للفصل في نزاع محدد<sup>1</sup>، و تتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بما يعرف بمفهوم السيادة الإقليمية للدولة ممثلة بمحاكمها الوطنية، وهذا ما ساهم في إضفاء طابع النظام العام على هذه القواعد و التي من خلالها تم حرمان أفراد الخصومة من الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي حرمان القاضي الوطني من التخلي عن اختصاصه الدولي بشأن البت في النزاع بناء على نصوص أمره وفقا لتشريع الداخلي أو إلا إذا كانت دولته عضوا في اتفاقية دولية تتولى توزيع و تقسيم الاختصاص القضائي الدولي بين محاكم الدول الأعضاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلى، التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنية كوسيلة لفض تنازع الإجراءات القضائية، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، ع 08، مج 07، الربيع 2020، ص 315.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية ( شروط التخلي و معياره في حالة اتفاق الخصوم على الخضوع الاختياري، التعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 2014/03/24)، مكتبة الوفاء القانونية، 2015، ص 08.

إلا أنه وفقا للتطور الذي مس الأساس الفلسفي للفكرة الرئيسية لتنازع الاختصاص القضائي الدولي منذ مدة من الزمن بشكل أدى إلى التضييق من فكرة السيادة كمعيار لحل هذا التنازع القائم بهذا الشأن، وما يلزمه هذا الطرح من انسجام بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية باعتبار النظام العام في الدولة لترك المجال لاحتواء أفكار أخرى تستند على فكرة العولمة المعاصرة و تكريس فكرة التعاون القضائي الدولي بين الدول المختلفة و بناءا على أنظمتها القانونية، وما تستوجبه هذه الفكرة من ضرورة تخلي المحاكم الوطنية لجزء من المنازعات الدولية الخاصة تفاديا لتضارب الأحكام و كضمان لحسن سير العدالة<sup>1</sup>.

و عليه فإن ثبوت حق القضاء في تخليه عن اختصاصه بنظر قيام نزاع أمام محكمتين وللارتباط لم يكن بالأمر اليسير كما قلنا لمدى تعلق مفهوم التخلي بمبدأ السيادة الإقليمية، إلا أن تجاوز فكرة السيادة خاصة في مرحلة العقد الأخير من القرن الماضي أظهرت توجه جديد لما يعرف بالتخلي عن الاختصاص في ظل مرحلة التنسيق بين النظم القانونية المستقلة، حيث سطعت هذه المرحلة في ستينات القرن الماضي<sup>2</sup> للإلزامية البت في تنازع إجراءات التقاضي بين الأنظمة القانونية للدول، حيث أدى تشبث كل دولة بسيادتها في مجال الاختصاص القضائي الدولي إلى التقصير في حماية الحقوق و المراكز القانونية للخصوم بالنظر لتصادم وتعارض الأحكام على الصعيد الدولي، و بناءا على ما تم ذكره سعى الفقه إلى التصدي لهذه الظاهرة من خلال استحداث فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي كوسيلة لتنسيق و الانسجام بين النظم و المفاهيم القانونية<sup>3</sup>.

كما يضيف الفقه الفرنسي أن جوهر التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي هو عبارة عن نقل للاختصاص لصالح محكمة أجنبية، حيث تتشارك المحاكم الفرنسية مع هذه الأخيرة نفس فكرة الاختصاص القائم على فكرة التخلي للفصل في الدعوى، حيث يتبين مما سبق أن القاضي الفرنسي غير

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 09.

<sup>2</sup> - « Pourtant, la cour de cassation énonce de nouveau ce principe en 1969, mais la portée de l'arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1969 ne se mesure pas exactement si on le situait uniquement dans une courte période, qui commencerait en 1962, au contraire du point de vue de l'évolution d'ensemble de la jurisprudence, cet arrêt ne paraît que répéter une solution constante depuis le début du siècle dernier bien et avec un tempérament également bien reconnu, puisque la cour de cassation admet que le juge français pourrait se dessaisir ... » : Dominique HOLLEAUX, la litispendance internationale, T.C.F.D.I.P, 32-34<sup>e</sup> année 1974, p 209.

<sup>3</sup> - حسام أسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة في التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2014/12/23، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، ع 03، 2017، ص 04.

مضطر على التخلي عن نظر الدعوى، وعليه فهو يملك كافة الصلاحية في إصدار حكم منوط بالتخلي أو رفضه، و من زاوية أخرى يرى الفقه الفرنسي أن التخلي يعتبر بمثابة وسيلة فعالة في تفادي و منع تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، بالإضافة لذلك الدور الذي يلعبه قبول التخلي في ظل النطاق الدولي للمنازعة الدولية الخاصة وبالموازاة مع الصياغة القانونية ذات الجانب الأحادي للاختصاص القضائي الدولي و التي تعبر عن فكرة مدى حرية مشرع كل دولة في تحديد حدود اختصاص محاكمه للنظر في هذه المنازعات<sup>1</sup>.

وانطلاقاً مما سلف صار التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي وسيلة فعالة في الفصل في تنازع الإجراءات القضائية أمام محكمتي دولتين مختلفتين، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال توضيح المقصود بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ( الفرع الأول)، واختلاف المواقف الفقهية بشأن الإجازة و الرفض ( الفرع الثاني)، ثم التطرق للشروط لقبول الدفع بالإحالة ( الفرع الثالث).

### الفرع الأول: المقصود بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

تعد الإحالة من بين الدفوع الإجرائية المدرجة ضمن الاختصاص القضائي الدولي، تظهر حينما يتم رفع الدعوى بصفة أولية أمام محكمة مختصة، ثم يعاد رفعها أمام محكمة (أجنبية) أخرى يؤول أيضاً لها الاختصاص بنفس النزاع، إلا أن إحدى هاتين المحكمتين تتميز بكونها أكثر ملائمة لأطراف النزاع من المحكمة الأولى فيتم بموجبه الدفع بالإحالة إلى المحكمة الأكثر ملائمة و الأقدر للفصل فيه، كما أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يساهم في صدور أحكام مكفولة التنفيذ على الصعيد الدولي و يكون مشمولاً بقوة النفاذ طالما أن المحكمة التي أصدرته هي الأكثر صلاحية للفصل في النزاع<sup>2</sup>.

ومن المتوقع أن إسناد الاختصاص لأكثر من محكمة للفصل في منازعة واحدة قد يشكل مجموعة من المخاطر التي تتعارض مع حسن إدارة القضاء و إدراك العدالة، خاصة مع فرضية صدور أحكام متعارضة و متناقضة مما تؤدي إلى إنقاص من هيبة العدالة، كما قد تكون سبب رئيسي في طول أمد الخصومة، وعليه فإن ولاية محكمتين بنظر خصومة واحدة أمر تزول معه فكرة طلب الحماية القضائية

<sup>1</sup> أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 388-389.

<sup>2</sup> عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، مجلة أهل البيت، كربلاء، ع 20،

ديسمبر 2016، ص 177-178.

وتطبيق القانون في حالة معينة يجب أن تكون مرة واحدة، و لتفادي حدوث مثل هذه الحالات و لهذه الأسباب تتصدى القوانين الداخلية لقيام دعوى أمام محكمتين<sup>1</sup>.

كما يراد بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين أحدهما أجنبية، و يقابله في اللغة الفرنسية ( Litispendance internationale )<sup>2</sup>، « هو الدفع الذي يهدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى و إحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها ذات النزاع<sup>3</sup>. » و تفسيرا لذلك فإنه إذا كانت الدعوى مطروحة أمام محكمتين لدولتين مختلفتين في نفس الوقت، فهنا يستوجب على المحكمة أقل ارتباطا بالنزاع أن تقوم بإحالته إلى محكمة الدولة الأكثر ارتباطا به أو الأكثر ملائمة لضمان آثار الحكم الصادر بشأنه<sup>4</sup>.

هذا وقد ذهب جانب كبير من الفقه<sup>5</sup>، إلى ضرورة القبول والاعتراف بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأجنبية و حتمية تخلي المحاكم الوطنية بموجب هذه الحالة عن ولايتها بنظر النزاع الذي يحتوي على عنصر أجنبي و ذلك إعمالا لفكرة الملائمة الدولية و تكريس مبدأ التعاون القضائي الدولي<sup>6</sup>، ولعله من المفيد أن نؤكد أن الدفع بالإحالة على صعيد المنازعات الخاصة الدولية يختلف عن

<sup>1</sup> عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 31.

<sup>2</sup> La litispendance internationale « situation a l'occasion de laquelle un système judiciaire accepte spontanément de s'effacer devant une justice étrangère parce que celle-ci a été saisie en premier- n'est-elle pas en effet le modèle le plus parfait d'une coordination internationale des systèmes juridictionnels » : Marie Laure NIBOYET, les conflits de procédures, TCFDIP, 1995, 1996, p 71.

-En se sens, l'exception de litispendance internationale « a pour l'objet de solliciter d'un tribunal, internationalement compétent, qu'il renonce a exercer cette compétence en raison de l'existence d'une procédure pendante, dans la même affaire, devant un tribunal étranger. » : Sandrine CLAVEL, Droit international privé, 5eme éd, Dalloz, 2018. P 322.

<sup>3</sup> هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية ( دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص )، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 93.

<sup>4</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 405.

<sup>5</sup> -يعد الأستاذ هشام علي صادق من أوائل المؤيدين في الفقه الحديث لفكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية سنة 1969 و دعا من خلاله إلى ضرورة إجازة هذا المبدأ لتفادي لتضارب الأحكام على الصعيد الدولي، هذا وقد أيدت في وقت لاحق محكمة النقض المصرية مبدأ التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي من خلال قرارها الصادر بتاريخ 03/24/20214 و هذا ما سنتناوله لاحقا عند التطرق لموقف الفقه الحديث الذي يجيز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، راجع في هذا المعنى: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص ص 67-68.

<sup>6</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 438.

الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع على الصعيد الداخلي، حيث أن هذا الأخير يكون الدفع فيه بالإحالة غير مقبول إذا كانت إحدى المحكمتين غير مختصة، يكفي فقط أن تقرر الجهة الاختصاص من أعلى الهرم و التي تتميز بسلطة الرقابة و الإشراف على المحاكم الأدنى درجة، وعليه يقدم الدفع بالإحالة لدى المحكمة الوطنية لكي تتخلى عن اختصاصها لمحكمة وطنية أخرى علما أن هاتين الأخيرين ينتميان إلى نظام قضائي موحد والحكم الصادر عنهما تحت سيادة الدولة الواحدة، ومن خلاله لا تنتج أي صعوبة حقيقية في قبول هذا الدفع لأنه وفقا لهذا الطرح لن يحرم القاضي الوطني من البت في الدعوى<sup>1</sup>، ومن هذا المنطلق لا تثير مسألة تحديد مركز الدفع بالإحالة في نطاق القانون القضائي الخاص الدولي أي صعوبة، إذا كان النزاع قد رفع أمام محكمة الدولة الأجنبية أولا و الدولة التي طرح أمام محاكمها النزاع ثانيا و التي من خلاله توجد اتفاقية دولية ثنائية أو جماعية تربط بين الدولتين ففي هذه الحالة سوف تتكفل نصوص مواد هذه الاتفاقية بإسناد الاختصاص للمحكمة الأكثر قدرة على الفصل في النزاع، وفي نفس الطرح لا يكون من الصعب تحديد مركز الدفع بالإحالة أيضا إذا كان التشريع الداخلي للدولة يؤيد و يدعم موقف فكرة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة دولة أجنبية أخرى، حيث تتجسد الصعوبة الحقيقية في مثل هذه الحالات عندما لا تقوم الدولة بتنظيم هذه المسائل من الناحية القانونية<sup>2</sup>، وتماشيا مع ذلك و على الصعيد الدولي وبالنظر للتنوع في النظم القانونية المتعلقة بتحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها، قد يصادف أن تنشأ فرضيات عدة من بينها أن يقوم المدعي باختيار أو تفضيل بين المحاكم وفقا لعدة ضوابط الاختصاص المخولة له في هذا الشأن، مما يمكن أن تتضاعف فرضية قيام نفس النزاع أمام محكمتين لدولتين مختلفتين على عكس النزاع القائم على الصعيد الداخلي<sup>3</sup>.

كما قد يقوم المدعي أيضا برفع دعوى في دولة محل وجود المال المتنازع عليه ضد المدعي عليه، و في دولة أخرى بسبب حمل المدعى عليه لجنسيتها، أو في دولة أخرى يتخذ منها المدعى عليه موطنها فيها و ذلك حسب ما تملبه قواعد الاختصاص في هذه الدول، إلا أن الصعوبات المطروحة وفقا لهذه الحالات هي أن قواعد حل مثل هذه الوضعيات حسب الأحكام الصادرة بهذا الشأن لن تكون بمثابة حل كافي مثل ما هو

<sup>1</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، مج 04، ع 12، 2015، ص 111.

<sup>2</sup> - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 178، راجع أيضا:

- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي (دراسة مقارنة)، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 435.

<sup>3</sup> C.c.a VOSKUIL, la litispendance en droit international privé Néerlandais, Netherlands international review, V9, issue 04, Octobre 1962, P 504.

عليه في الاختصاص الداخلي، و عليه لم تلقى هذه الحالة حسب نظر الفقه أهمية بالغة رغم دورها الكبير في نطاق الاختصاص القضائي الدولي<sup>1</sup>.

## أولاً: تمييز الدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمة أجنبية عن غيره من أسباب الإحالة لمحكمة أخرى

ليتين لنا تميز الدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمة أجنبية عن غيره من الدفوع الأخرى و التي سوف نحاول توضيحها بشكل موجز:

### 1- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة لعدم الاختصاص

يعد من الضروري على المحكمة التي أصدرت حكماً بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى المعنية إلى المحكمة المختصة بشأنها حسب تقدير المحكمة المبادرة بالإحالة، أما في حالة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وحسب هذه الحالة يسند الاختصاص للمحكمة المحيلة بنظر النزاع المعني علماً أن المحكمة المحال إليها تكون هي أيضاً معنية بالفصل في الدعوى، ويستخلص من ذلك أن الإحالة تتم بعد الحكم بعدم الاختصاص<sup>2</sup>. كما يعد الدفع بعدم الاختصاص بمثابة وسيلة دفاع تخول للمدعى عليه تقوم على أساس طلب من المحكمة أن تمتنع عن البت في الدعوى نظراً لعدم اختصاصها حسب القواعد المحددة و المنظمة للاختصاص، ففي نطاق هذه الحالة يستوجب على المحكمة قبل نظر النزاع أن تتأكد من اختصاصها أو من عدمه قبل مباشرة أي إجراء لارتباطها بفكرة النظام العام<sup>3</sup>، إلا أن هذا الاختلاف يقتصر في المجال الداخلي كون في نطاق الاختصاص القضائي الدولي يستبعد وجود فكرة الإحالة لعدم الاختصاص القضائي الدولي، وذلك راجع إلى الصفة الوطنية والصفة المفردة التي تتميز بها قواعد الاختصاص القضائي الدولي، حيث أن هاتان الصفتان بمثابة حاجز أمام قبول الدفع بالإحالة بسبب عدم الاختصاص وذلك على عكس الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين<sup>4</sup>.

### 2- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للاتفاق

<sup>1</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص ص 38-39.

<sup>2</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 94.

<sup>3</sup> - أحمد سمير محمد ياسين، إشكالية الدفع بعدم الاختصاص في قانون المرافعات المدنية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة لارك للفلسفة و اللسانيات و العلوم الاجتماعية، جامعة واسط، مج 02، ع 33، 2019، ص 495.

<sup>4</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 24.

يعد الخضوع الاختياري بمثابة اتفاق الأطراف على التقاضي وطرح نزاعهم أمام محكمة دولة أخرى إلا أن هذا الاتفاق يتسم بوجود أثران، فهو من ناحية يسند الاختصاص لجهة قضائية معينة ومن جهة أخرى يسلب الاختصاص من محكمة ثانية هي أيضا مختصة وفقا لقواعد الاختصاص العادية، علما أن هذان الأثران لا يمكن أن يتجسدان بشكل مستقل، بل هما مرتبطان بعضهما البعض، وعليه عندما يعين الأطراف محكمة محددة فهم في هذه الحالة يقومون بسلب الاختصاص من قضاء دولة أو عدة دول يجوز لها أن تتمسك باختصاصها<sup>1</sup>، وفي هذا الصدد يعد الاتفاق بمثابة الخروج عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، إلا أن التشريعات المقارنة اختلفت في مدى قبول الاتفاق من عدمه رغم أن الخضوع الاختياري يعد من الضوابط المعترف بها في تحديد ولاية المحاكم بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ومن هذا المنطلق تأخذ معظم قوانين الدول الأخرى بالأثر المانع للاختصاص وتستبعد أثره السالب<sup>2</sup>.

وبما لا يدع مجالاً للشك، أن الاعتراف بدور الإرادة في جلب الاختصاص دون أثرها في سلبه من المحاكم الوطنية هو النتيجة الحتمية التي تركز على فكرة حرية كل دولة في تنظيم القواعد المتعلقة باختصاص محاكمها بنظر المنازعات الدولية الخاصة نظرا لعدم وجود قواعد دولية ملزمة (بغض النظر عن الاتفاقيات) تتكفل بتوزيع الاختصاص بين محاكم الدول المختلفة<sup>3</sup>.

### 3- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والشرط السالب للاختصاص

تقوم فكرة الشرط السالب بالأساس على إرادة الخصوم، أما في نظرية الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فلا مجال لوجود لما يسمى بالإرادة، حيث تقوم المحكمة بإحالة النزاع إلى محكمة أخرى حتى لو لم يوافق الخصوم، ونتيجة لذلك يوجد اختلاف بين الإحالة الواردة عن اتفاق الخصوم عن الإحالة لقيام ذات النزاع، كون الحالة الأولى تستند على إرادة الأطراف<sup>4</sup>، في حين أن الحالة الثانية تكون الإرادة مستبعدة، طالما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي مرتبطة بفكرة النظام العام<sup>5</sup>، علما أن الاعتراف بالأثر السالب للاتفاق المانع للاختصاص في جميع الحالات التي لا تكون فيها

<sup>1</sup> عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 32-34.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 157.

<sup>4</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 95.

<sup>5</sup> - يذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأن جل قواعد الاختصاص القضائي الدولي متعلقة بالنظام العام، فهي تعد بمثابة القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها و العدول عنها، حيث يدعم هؤلاء الفقهاء موقفهم من خلال تقديس فكرة مهمة أداء العدالة و الربط بين



العلاقة القانونية محل النزاع مرتبطة ارتباط وثيق بالمحكمة المختارة ووفقاً لنظامها القانوني، ومن خلاله فإن اتفاق الأطراف على عقد الاختصاص لمحكمة دولة أجنبية لا ينتج أثره أمام محاكم تلك الدولة<sup>1</sup>، و بالتالي فإن اتفاق الأطراف بتعيين محكمة محددة فهم من هذه الناحية يقومون باستبعاد محكمة دولة أو عدة دول التي من شأنها أن تتمسك باختصاصها، حيث يرد هنا الاستبعاد كحتمية التعيين أي تطبيقاً لقاعدة لا يوجد استبعاد إلا إذا كان هناك تعيين<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: موقف الفقه من مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع

### أمام محكمة أجنبية .

كنتيجة لعدم تكفل الأنظمة القانونية الوطنية للدول بإنشاء نظام قانوني لحل مشكلة الإحالة القضائية في نطاق القانون الدولي الخاص، ورد تباين في المواقف و تعارض في الآراء بين الفقهاء بالإضافة لتصادم في الأحكام القضائية، وبناء على ذلك اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بفكرة الإحالة في النزاعات المشمولة بعنصر أجنبي أو رفضها لكونها مسألة تمس من السيادة<sup>3</sup>، وعليه سوف نتطرق إلى موقف الاتجاه الفقهي التقليدي الرافض للأخذ بالإحالة (أولاً)، ثم عرض موقف الاتجاه الفقهي الحديث الذي يجيز الأخذ بالإحالة (ثانياً).

### أولاً: الاتجاه الفقهي التقليدي الرافض للأخذ بالإحالة.

عبر كل من الفقه التقليدي والقضاء في فرنسا عن موقفهم الرافض من الدفع بالإحالة في الاختصاص القضائي الدولي لفترة ليست بالقصيرة تقترب من القرن ونصف<sup>4</sup>، ويرون أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية لا يمكن قبوله أمام المحاكم الفرنسية<sup>5</sup>، وكان مبرر هذا الرفض هو

تنظيم القضاء في الدولة و فكرة السيادة، و عليه فإذا كانت قواعد الاختصاص الوظيفي و التي تحدد اختصاص المحاكم داخل الدولة تتسم بالصفة الأمرة، في المقابل القواعد التي تسند الاختصاص للقضاء الوطني في مواجهة الأحكام الأجنبية مرتبطة هي الأخرى بمفهوم النظام العام. راجع في هذا المعنى: طلال ياسين العيسى، في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، جامعة دمشق، مج 25، ع 01، 2009، ص ص 328-329.

<sup>1</sup> - مصطفى محمد مصطفى الباز، مشكلات منح الاختصاص للمحكمة المختارة في المنازعات الدولية الخاصة، مجلة العدل، السودان، مج 17، ع 44، 2015، ص ص 38-39.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 119.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

<sup>5</sup> - En droit international privé français commun « l'exception de litispendance a eu du mal a s'imposer, pendant longtemps le tribunal français, second saisi alors qu'un tribunal étranger



فكرة السيادة وما ترتبه من آثار، بالإضافة لعدم منحهم الثقة في القضاء الأجنبي، ونظرا لوجود عدة صعوبات تعيق أعمال هذا الدفع على أرض الواقع<sup>1</sup>، كما قد تأثر أيضا الفقه المصري التقليدي أيضا بهذا الموقف، ورفض هو الآخر قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وعلى هذا الأساس استند الفقه التقليدي عامة لرفضه لهذا الدفع إلى جملة من الحجج أهمها<sup>2</sup>:

**الحجة الأولى:** أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية يستوجب « سلطة عليا » تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة، وهو ما لا يتحقق على المستوى الدولي، حيث لا توجد أي جهة في فرنسا تتمتع بهذه الصلاحية في مواجهة القضاء الأجنبي<sup>3</sup>، وعليه فإنه لا يمكن الأخذ بالمبدأ السابق في حال إذا كانت الدعويين المرتبطين قائمة أمام القضاء الوطني والأخرى تم رفعها أمام محكمة أجنبية<sup>4</sup>، حيث تعد هذه الحجة مستوحاة من نصوص مواد القانون الداخلي الفرنسي التي مفادها أن محكمة الاستئناف لها صلاحية مطلقة في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في الدعوى المتنازع عليها بين محكمتين، وذلك في حالة الطعن في الحكم الصادر بشأن الإحالة، إلا أن هذا الإجراء المعمول به وفقا للقوانين الداخلية لا يمكن تمديده إلى نطاق العلاقات القانونية التي ينظمها القانون الدولي الخاص والتي تتميز بالصفة الدولية، لأنه من المتعارف عليه في إطار القانون الداخلي أن القواعد المسلم بها في حل النزاع بين المحاكم المختصة، يستوجب أن تكون سلطة عليا للمحاكم المختصة للبت في النزاع مع المحاكم الدنيا باعتبارها خاضعة لها<sup>5</sup>.

**الحجة الثانية:** يرى جانب من الفقهاء المؤيدين لفكرة رفض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية أن هذا الدفع يتعارض مع إعتبرات السيادة القائمة بشأنها قواعد الاختصاص القضائي

---

compétent avait été saisi d'une demande identique ( identité de parties, d'objet et de cause), refusait de se dessaisir au profit d'un tribunal étranger, pourtant vivement encourager par la doctrine. » : H.GAUDEMET-TALLON, les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civil et commerciale (forum Conveniens, Lis Pendens), RIDC, Vol 42, N°02, 1994, P 429.

<sup>1</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، (الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 183. راجع في هذا المعنى أيضا: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 34.

<sup>5</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 54.

الدولي، لأنه لطالما اختصت محاكم الدول بنظر المنازعات الدولية المشتملة على عنصر أجنبي، فإن قبول الدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمتين ينقص ويمس بسيادة الدولة المثار أمامها الدفع<sup>1</sup>.

رغم أن فكرة السيادة كرسها الفقه المصري التقليدي<sup>2</sup> في رفضه للإحالة، ففي المقابل نجد أن الدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمتين يجوز على الصعيد الداخلي طالما أنه لا يمس بالسيادة الوطنية باعتبار أن المحكمتين المختصتين بنظر نفس النزاع يتقاسمان سيادة دولة واحدة<sup>3</sup>، أما على الصعيد الدولي فيعد هذا الطرح مستبعد، وتأكيدا لذلك هذا ما أخذت به المحاكم الفرنسية في ذلك الوقت متبوعة بتصور الفقه التقليدي الفرنسي الراض للإحالة<sup>4</sup>، ومن هذا المنطلق فإن المعيار السائد في فرنسا هو جواز مباشرة دعوى بصورة أولية أمام القضاء الفرنسي وقد تتمثل في: المطالبة بحق، سبق الفصل فيه من طرف المحكمة الأجنبية لطالما أن هذا الأخير لم يصبح نافذا في فرنسا، ويلاحظ من خلال هذه الفكرة « عدم الاعتداد بالخصومة الماثلة أمام القضاء الأجنبي »، وعدم جواز منحها الأفضلية على تلك القائمة أمام المحاكم الوطنية<sup>5</sup>.

ومن المفروض حسب مبررات الفقه الراض بشدة لفكرة الإحالة، أن القانون الدولي الخاص يهدف إلى فض منازعات المشتملة على عنصر أجنبي، والتي قد تؤدي بشكل غير مباشر إلى تصادم محتمل بين سيادات الدول المختلفة، وبناء على ذلك يعد من غير المتوقع أن تتخلى أي دولة عن جزء من سيادتها لدولة أخرى للممارسة صلاحيتها القضائية، وبالخصوص للفصل في دعوى تدخل ضمن اختصاصها دون أن يكون هنالك اعتداء على السيادة<sup>6</sup>، الفقه المصري التقليدي بدوره ذهب إلى تأييد الموقف الفرنسي،

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54-55.

<sup>2</sup> - يذهب بعض الفقهاء المصريين الراضين لهذا الدفع من خلال حججهم القائمة على فكرة أن قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية « يتعارض مع فكرة استقلال الدول »، وذلك من خلال ربط فكرة استقلال الدول بفكرة السيادة سواء من خلال مواضع تنازع الاختصاص التشريعي، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 34.

- راجع أيضا في نفس المعنى: هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 121.

<sup>3</sup> - محمد زيلبيجي، الدفع بالإحالة في المجال الدولي (تنازعه، شروطه و فوائده)، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، وجدة، عدد مزدوج 4-3، ديسمبر 2005، ص 93.

<sup>4</sup> - jusqu'à une époque récente nos tribunaux se refusaient a accueillir l'exception de litispendance internationale « au motif qu'un règlement de juges n'était point possible entre les juridictions françaises et étrangères les unes et les autres dépendant d'autorités différentes. » En se sens voir : Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, droit international privé, 4<sup>e</sup> édition, DALLOZ, PARIS, 1993. P 487.

<sup>5</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 438.

<sup>6</sup> - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 189.

بحجة أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية يمس من السيادة المصرية، لاعتبارهم أن القواعد المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية لا تعتبر من قبيل « القواعد الموزعة للاختصاص » وذلك على عكس الأحكام المتعلقة بالاختصاص الداخلي، حيث يتجلى دور المشرع من خلاله إلى توزيع الاختصاص على محاكمه الوطنية في المنازعات القائمة أمام محكمتين، وفي هذا المقام تكون إحدى المحكمتين مجبورة على التخلي عن الاختصاص، في المقابل المحكمة الأخرى ملزمة بالفصل في النزاع، كما أنه من الثابت لدى الفقه المصري<sup>1</sup> الراض لهذا الطرح أنه يستحيل إعمال هذه الفرضية على الصعيد الدولي من ناحيتين، فمن الناحية الأولى عدم جواز تحت أي ظرف تخلي القاضي عن الاختصاص القضائي الثابت للمحاكم المصرية، ومن ناحية ثانية عدم جواز سلب الاختصاص للمحاكم المصرية تحت أي ظرف وغير ذلك يعد إنقاص من السيادة المصرية، ويرر هذا الاتجاه الفقهي موقفه باعتبار تعارض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مع أحكام القانون المصري<sup>2</sup>.

**الحجة الثالثة:** يذهب الفقه التقليدي الرافض بالقول، أن الغرض والغاية من إعمال الإحالة على الصعيد الداخلي لا تتوفر على الصعيد الدولي وتحديدًا في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، كما أنه لا محل لضرورة القول بوجوب تناقض بين الأحكام، لأن الحكم الأجنبي الصادر في الخصومة نفسها يتراجع أمام الحكم الصادر عن المحاكم المصرية، ما يعني أن الحكم الأجنبي الصادر في النزاع والذي يتنافى مع الحكم المصري الصادر لذات النزاع لن يلقي تنفيذه في مصر، وبالتالي لن يكون التعارض بين الحكمين قد حال دون تحقيقه، وتماشيا مع ذلك فإن من الشروط الواجب توافرها في تنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا و مصر أن لا يتعارض مع حكم وطني صادر فيه<sup>3</sup>، وذلك ما إن وجد إتحاد الحكمين في: الخصوم، الموضوع، والسبب<sup>4</sup>، وبالتالي فإن الحكم الأجنبي الصادر والذي يتعارض مع الحكم الصادر عن القضاء الوطني،

<sup>1</sup> - على رأس الفقه المصري الرافض لفكرة الإحالة نجد الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، حيث يعلل رفضه لهذا الطرح كون القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي في مصر قواعد ذات طبيعة أمرّة ومطلقة ولا يجوز بأي حال الخروج عليها، وبناء على ذلك يعد مستحيل الأخذ بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، و في الاتجاه الثاني الرافض لهذا الدفع نجد الدكتور عز الدين عبد الله الذي يرى بأن فكرة الإحالة والتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي فكرة غير مقبولة في فقه القانون الدولي الخاص و القانون الوضعي كون هذه الأخيرة مرتبطة بضابط الجنسية و الذي هو في تقديره ضابط ضعيف في مجال الاختصاص القضائي الدولي. أنظر: يحي أحمد زكرياء الشامي، إحالة الاختصاص القضائي الدولي بين القبول و الرفض (دراسة نقدية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث الفقهية و القانونية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة و القانون، مج 36، ع 02، أكتوبر 2021، ص ص 2644-2645.

<sup>2</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص ص 102-103.

<sup>3</sup> - أنظر هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ص 55.

- راجع أيضا في نفس المعنى: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 184، و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup> - يحي أحمد زكرياء، المرجع السابق، ص 2652.

سوف يكون معدوم من أي قيمة قانونية و في المقابل سوف تقوم المحاكم الوطنية برفض الاعتراف بوجوده<sup>1</sup>.

**الحجة الرابعة:** اعتبر أنصار الفقه التقليدي في فرنسا أن الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية تؤدي إلى إهدار الضمانات القضائية من طرف المحاكم الأجنبية، وذلك من خلال عدم كفالة الحقوق الجوهرية: كمبدأ الوجاهية، الحق في الدفاع، وغيرها من الضمانات التي يكفلها الدستور والتي تهدف إلى تحقيق العدالة وحماية المراكز القانونية لأطراف النزاع<sup>2</sup>، وتعتبر هذه الحجة مأخوذة من فكرة المعاملة الإجرائية للحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني، علما أن تقبل فكرة الدفع بالإحالة للقضاء الأجنبي يعد مغاير لما هو معمول به في فرنسا في ما يتعلق « برفض الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية قبل صدور الأمر بتنفيذها<sup>3</sup> ». وهذا من خلال السماح للأطراف أن يباشروا دعوى من جديد أمام القضاء الفرنسي على الرغم من وجود حكم أجنبي تتوافر فيه شروط صحيحة صادر عن المحاكم الأجنبية بصدد منازعة بينهم ولا يكون مشمولاً بالتنفيذ<sup>4</sup>، واستنادا إلى ما سبق فإن الخوف من عدم توفير الحكم الأجنبي للضمانات اللازمة التي غالبا ما توفرها المحاكم الفرنسية، يبرر التوجه الراض قبول الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية<sup>5</sup>.

وهذه المثابة يؤكد الفقه التقليدي أن المحاكم الوطنية هي الأكثر قدرة و كفالة لتحقيق العدالة أكثر من قضاء الدولة الأجنبية، وذلك لكون المحاكم الوطنية تعد هي الأمثل في تكريس مبادئ الحياد و النزاهة عن طريق مدى صحة الإجراءات ومدى كفالة الأحكام الصادرة عنها<sup>6</sup>، كما يضيف أيضا الفقهاء المصريين بأن الإحالة تتعارض مع أحكام القانون في مصر، وهذا ما يتضح حسب نص المادة 298 من قانون المرافعات المدنية والتجارية « لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم... » هنا يطرح التساؤل كيف تحيل المحاكم المصرية نزاعا تكون مختصة به إلى قضاء دولة أجنبية، طالما أن المشرع المصري لا يسمح بتنفيذ الحكم الأجنبي؟، وبناء على ما تم ذكره اشترط القضاء الفرنسي بإحالة الاختصاص أن يكون الحكم الصادر عن المحاكم الأجنبية

<sup>1</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup> - يحي أحمد زكرياء، المرجع السابق، ص 2652.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 55.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 184.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 35.

<sup>6</sup> - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 189.

قابلا للتنفيذ في فرنسا، كما يرى البعض من أصحاب هذا الاتجاه أن الأحكام المستخلصة من نص المادة 298 من قانون المرافعات لا تجيز الأخذ بالإحالة بشكل صريح<sup>1</sup>.

**الحجة الخامسة:** بالإضافة للحجج السابقة يضيف بعض الفقهاء في فرنسا حجة أخرى مفادها إلزامية توفر الحكم الأجنبي على الأمر بالتنفيذ، حتى يتسنى له أن يرتب آثاره في فرنسا، وبعبارة أخرى فإن الحكم الذي سيصدر في نفس النزاع بالدعوى القائمة أمام المحاكم الأجنبية لا يكون متمتعاً بحجية الأمر المقضي به<sup>2</sup> (L'autorité de la chose jugée) إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ<sup>3</sup>، كما قد ربط الفقه الرافض لفكرة الإحالة لأنها تؤدي إلى مجموعة من الآثار التي من شأنها أن تعزز فكرة الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي (Forum Shopping)<sup>4</sup>، حيث ترد هذه الحالة خاصة في ما يعرف بالخضوع الاختياري للمحاكم الأجنبية<sup>5</sup>، ومن هذا المنطلق فإن رفض الإحالة سوف يفوت الفرصة على

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 36.

<sup>2</sup> - على خلاف "قوة الأمر المقضي به"، فحجية الأمر المقضي به، تعني أن صفة الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره سواء كان قابلاً للطعن فيه أو لا، فهي تثبت للحكم من وقت صدوره، وتثبت حجية الأمر المقضي به لكل حكم قطعي يحسم النزاع كله أو بعضه، و تماشياً مع ذلك نجد المشرع الجزائري قد اشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي وفقاً لنص المادة 605 من ق.إ.م. أن يكون متمتعاً بقوة الأمر المقضي به، حيث أن هذه الصفة لا تثبت إلا في الأحكام النهائية أي التي استوفت جميع طرق الطعن العادية، ويتضح من ذلك أن قوة الأمر المقضي به أوسع مجالاً من حجية الأمر المقضي به « فكل حكم حائز على لقوة الأمر المقضي به يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي به و لكن العكس لا يمكن أن يكون صحيحاً. » أنظر: عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقاً للقانون الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، مج 01، ع 02، جويلية 2014، ص ص 193-194.

<sup>3</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 124، راجع أيضاً في نفس المعنى: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> - عرف الاجتهاد القضائي الإيطالي الغش نحو الاختصاص من خلال حكم محكمة "Di Rimini" بتاريخ 26 نوفمبر 2002 بأنه « عبارة عن ممارسة (غير مشروعة) و التحايل عن القانون، حيث تتمثل في اختيار المحكمة الأكثر ملائمة من طرف المدعي » فيتضح هنا مفهوم الغش كالتالي: فهو يظهر بطريقة انتهازية و التي من شأنها أن تجعل من الحكم الصادر بمنح امتياز بشكل أو بآخر لصالح المدعي على عكس المدعي عليه. أنظر:

-Franco FERRARI, « forum shopping pour une définition ample dénuée de jugements des valeurs » RCDIP, Vol 01, N° 01,2016, P 94.

<sup>4</sup> - ظهرت فكرة الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي، بعد ظهور نظرية المحكمة الغير الملائمة، حيث أن هذه الأخيرة برزت في دولة اسكتلندا في القرن السابع عشر – حيث يكمن دورها كوسيلة وقائية للحد من التعسف في استعمال حق التقاضي و محاربة الغش نحو الاختصاص على صعيد المنازعات الدولية الخاصة، و سعى من خلاله الفقه الأنجلوسكسوني لتطوير هذه النظرية لتفادي التحايل عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي. راجع في هذا المعنى بالتفصيل: ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة الغير ملائمة و أثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج 10، ع 01، مارس 2020، ص 1009.

<sup>5</sup> - يهدف تفادي الوقوع في الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي دعا الدكتور هشام علي صادق، إلى وجوب توافر شروط في الخضوع الاختياري لمحاكم الدولة الأجنبية، و من بين هذه الشروط: أن تكون رابطة جديده بين النزاع و الدولة الأجنبية المتفق لخضوع لولاية محاكمها

الخصوم في اللجوء لمثل هذه الممارسات، ففرض الإحالة سيجنب المحاكم من الغش نحو القانون والاختصاص<sup>1</sup>.

### ثانياً: التلطيف من حدة الاتجاه الرافض للإحالة (الرفض مع تقرير استثناءات)

لم يشأ الفقه التقليدي في فرنسا أن يعمم الرفض المطلق لفكرة الدفع بالإحالة، بل أورد استثناءين: أولهما: أن الدفع بالإحالة يكون مقبولاً متى كان ذلك مقرراً بمقتضى اتفاقية دولية، و على الغالب فإن هذا الاستثناء يعد بدون جدوى بمجرد وجود اتفاقية دولية تنص على الأخذ بالإحالة<sup>2</sup>، وقد انتقد البعض هذا الطرح بقول أنه لا وجود لاستثناء وفقاً لهذه الحالة، بحكم أن الاتفاقية تسمو على أحكام التشريع<sup>3</sup>.

**الاستثناء الثاني:** مرتبط بقيام الفرنسي برفع دعواه أمام القضاء الأجنبي أو قبول الخضوع لولاية المحاكم الأجنبية<sup>4</sup> متنازلاً بذلك عن الامتياز الممنوح له بموجب نص المادة 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي<sup>5</sup>، حيث أن هذا المعيار يقوم على أساس امتياز ضابط الجنسية<sup>6</sup> الفرنسية، والذي استقر عليه التشريع الفرنسي منذ 1804، رغم أن هذا المعيار القائم على أساسه الامتياز تم انتقاده، بوصفه غير

علماً أن هذا ما أخذ به المشرع المصري في شروط قبول الاتفاق على الخضوع الاختياري. أنظر: هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 52.

<sup>1</sup> - هلو محمد صالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص 123-124.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص ص 184-185، راجع أيضاً: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 439.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>5</sup> - L'article 14 du code civil français « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français ».

- l'article 15 du code civil français « Un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

<sup>6</sup> - ضابط الجنسية هو عبارة عن ضابط اختصاص القضاء الوطني، يربط أشخاص النزاع بدولة القاضي المختص، ولها دور مهم على صعيد القانون الدولي الخاص، فهي على خلاف الموطن تمنح صفة الطابع الدولي لقواعد الاختصاص القضائي لكونها رابطة سياسية وقانونية وتختلف أيضاً على الموطن كونه يتمتع فقط بالصفة القانونية دون السياسية، أنظر: كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،

شامل لجميع المنازعات الدولية الخاصة، إلا أن القانون الفرنسي حاول سد النقص والثغرات عليه من خلال دمج هذا المعيار مع مبادئ أخرى<sup>1</sup>.

يفهم أيضا من نص المادة 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي، بأنهما تقرران بشكل واضح وصريح الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية بناء على اعتبار شخصي هو جنسية أحد الخصوم، فطالما أن أحد الخصوم في الدعوى فرنسيا، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، ثبت الاختصاص في هذه الحالة للجهات الفرنسية، ومن هذا المنطلق تجسدت فكرة منح الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية بموجب هذا الامتياز<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس يعد منح الاختصاص القضائي الدولي بناء على جنسية المدعي تكريسا لجوهر العدالة المتمثل في لجوء الشخص لقضاء دولته من أجل الحفاظ على حقوقه في مواجهة الخصم الأجنبي، وجدير بالإشارة أن جنسية المدعي لها دور في تعليل إسناد الاختصاص القضائي الدولي، لأن لكل من يحمل صفة المواطن يريد أن يستفيد من عدالة دولته و يتفادى قضاء الدول الأجنبية، بعبارة أخرى فإن التوجس و الخوف من عدم توفير أحكام القضاء الأجنبي للضمانات الكافية التي غالبا ما يوفرها القضاء الوطني هو السبب الرئيسي في ترجيح المحاكم الوطنية للفصل في النزاع، ولعل أهم ما يلفت النظر وفقا للمادة 15 من ق م ف، فهي تجيز اختصاص المحاكم الفرنسية للأجانب بوصفهم طرف في النزاع مع فرنسيين، طالما أنهم لا يخضعون للقضاء الفرنسي إلا بصفتهم " كمدعى عليهم"، و فوق من المتقدم فإنه من المتصور حسب (نص المادة 14 ق م) فهي تنصف الطرف الفرنسي، أما (المادة 15) فهي تنصف الأجنبي<sup>3</sup>.

المشرع الجزائري بدوره، وعلى خطى القانون الفرنسي خاصة في ما يتعلق بالامتياز الممنوح وفق ضابط الجنسية، يلاحظ أنه حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ومن خلال نص المادة 41 منه « يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز تكليفه أيضا بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين»، كما

<sup>1</sup> - زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و علما، مطبعة الفسيحة، الجزائر، ط01، 2010، ص 32.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط 09، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 617.

<sup>3</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 64 و ما يليها.



تنص أيضا المادة 42 من نفس القانون « يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي»<sup>1</sup>.

من حيث طبيعة الاختصاص المبني على الجنسية، وهو الجزء الأهم في نطاق بحثنا عن الاستثناء الثاني في قبول الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، نجد أن الامتياز الممنوح وفق المواد 14 و 15 من ق.م.ف أو 41 و 42 ق.إ.م.إ. بأنه ذو طبيعة جوازية، وذلك بورود مصطلح " يجوز " في المادتين السابقتين، و بموجبهما تمنح هاتين الأخيرتين للطرف الجزائري أو الفرنسي امتياز إن شاء استعمله أو إن شاء تنازل عنه، حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها، كما قد يكون هنا التنازل بصورة ضمنية أو كتابية على شكل بند في عقد أي تعلن صراحة، حيث يرتب هذا الامتياز ذو الطابع الجوازي منع القاضي من إثارة تطبيقهما من تلقاء نفسه، فهنا حسب المواد 14، 15، من ق.م.ف نجد أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ذات طبيعة احتياطية بالمقارنة مع القواعد العادية للاختصاص الدولي<sup>2</sup>.

إلا أن الفقه الفرنسي اعترض على تمكين المدعي الفرنسي من النزول عن الامتياز الممنوح له بموجب نص المادة 14 من ق.م.ف، بحجة أن هذا الاختصاص ممنوح "لحماية المدعي الفرنسي"، وبناء على ذلك لا يجوز له أ يتنازل عن تلك الحماية الممنوحة له والتي قررها له القانون، وفي نفس السياق بخصوص نص المادة 15 ق.م.ف، يبرر الفقه الفرنسي أنه يجوز للمدعي عليه الفرنسي أن يقوم بالاتفاق مع المدعي الأجنبي على التنازل عن الاختصاص الممنوح للمحاكم الفرنسية، لأن ولاية القضاء الفرنسي تهدف لحماية المدعي عليه الفرنسي تحت غطاء أن الدولة من واجبها أداء العدالة لمواطنيها و كفالة حقوقهم<sup>3</sup>.

وبالنظر إلى ما تقدم، ووفقا للاستثناء الثاني المتعلق في شقه بالتنازل عن الامتياز المخول بموجب المادتين 14 و 15 ق.م.ف، ترى الدكتورة حفيظة السيد الحداد، أن الاستثناء المتعلق برفض الإحالة مع تقرير استثناءات يعد غير حقيقيا، طالما أنه من شروط التمسك بالدفع بالإحالة أن تكون كلا المحكمتين المطروح أمامهما النزاع مختصين بنظرها، إلا أن هذا الفرض لم يتحقق في الطرح الذي قام الفقه الفرنسي بتفسير بعض أحكام القضاء هناك ويفهم من هذا عدم توافر أي شرط من شروط الدفع بالإحالة لأنه حسب تلك الفروض كانت المحكمة الأجنبية هي المختصة لوحدها فقط<sup>4</sup>، وعلى هذا الأساس لا توجد وفقا

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك تفصيلا: كمال سمية، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة مج 03، ع 01، جانفي 2016، ص 76.

<sup>4</sup> - نقلا عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 185.



لهذه الحالة سوى دعوة واحدة مرفوعة أمام القضاء الأجنبي، ولا مجال في ذلك لإعمال قاعدة الدفع بالإحالة<sup>1</sup>، كما يضيف أيضا البعض من الفقه بأن الاستثناء القائم على فكرة التخلي عن الامتياز الممنوح غير مرتبط بعناصر الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، فالإحالة تفترض قيام نزاع تعلق به دعوى مرفوعة أمام قضاء أجنبي، ثم رفعت لنفس النزاع دعوى أخرى أمام محكمة وطنية و أن الاختصاص حسب هذه الحالة تم إسناده إلى كلا المحكمتين<sup>2</sup>.

### ثالثا: تقدير موقف الفقه التقليدي من الدفع بالإحالة

ارتبط موقف الفقه الرفض لقبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي بفكرة اعتبارات السيادة في الدولة التي تم طرح الدفع أمام محاكمها، حيث أن هذه الحجج كانت لها صدى كبير في المرحلة التي كان فيها الفقه يربط بين مطلق قواعد سيادة الدولة مع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، ويستند هذا الرأي على أساس مسألة قبول الدفع بالإحالة إلى قضاء دولة أجنبية تنظر لذات النزاع يتضمن فكرة تخلي القضاء الوطني عن البت في خصومة تدخل ضمن اختصاصه، وتعلق بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بسيادة دولته، حيث يذهب الدكتور "هشام علي صادق" صاحب فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي إلى القول أن أساس هذه الحجة (السيادة) لم يعد يتماشى مع الاتجاهات الفقهية الحديثة في القانون الدولي الخاص، والتي أتاحت مجالا شاسعا لتعميم فكرة التعاون القضائي الدولي باعتباره أساس لتنظيم قواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالمنازعات الخاصة الدولية<sup>3</sup>، و يتضح فساد هذه الحجة و بطلانها إذا أدركنا أن فكرة سيادة الدولة لم تعد هي المعيار الأساسي في رسم حدود الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الوطني، بل أصبحت الفكرة السائدة هو مدى ارتباط النزاع بالدولة و مدى قدرة محاكمها بكفالة آثار الحكم الصادر فيها<sup>4</sup>، وتماشيا مع ما تم ذكره تعتبر الإحالة بمثابة وسيلة لتحقيق فاعلية أكثر و مصداقية لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية و ذلك بهدف تحقيق مصالح الأفراد و المساهمة في التعاون القضائي الدولي، ومن هذا المنطلق فإن الارتكان لفكرة السيادة سوف يؤدي لا محالة إلى تكريس أفكار باتت مهجورة في فقه القانون الدولي الخاص ومتطلبات المعاملات التجارية الدولية لأنها تقوم على أساس « الذاتية الإقليمية و الأناية الوطنية »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 440.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 56.

<sup>4</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، ص 407.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 38.

ومن هذا المنطلق، يصر الفقه الحديث على القول بأن قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية هو أصح تعبير عن التعاون القضائي الدولي في مجال الاختصاص القضائي الدولي، خاصة إذا ما كان القضاء الأجنبي هو الأكثر ملائمة للفصل في النزاع المطروح، والأقدر على كفالة آثار الحكم الصادر في هذا الشأن، وهذا ما يتضح في النهائية من خلال تكريس اعتبارات الملائمة الدولية و ما تتطلبه، بهدف السعي لحماية مصالح الأطراف<sup>1</sup>.

وإلى ضمیمة ما سلف يضيف الدكتور "عكاشة محمد عبد العال" بأن الحجج السابقة تبدو غير مقنعة، فهي تعد بمثابة سبب في تعكر العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في ظرف يستوجب تكثيف التعاون القضائي الدولي، حيث يبرز هذا الضرر من خلال مدى تأثير مسألة الدفع بالإحالة على تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، كما أن الإفراط في تجاهل هذا الدفع سوف يؤدي لا محالة إلى تضرر العلاقات الخاصة الدولية وذلك من خلال التوقع<sup>2</sup> وعدم مواكبة مجريات العولمة، والحال كذلك أنه لا حجة برفض الدفع بالإحالة بهذا الصدد تحت ذريعة أن الحكمة و الغاية من أعمال هذا المبدأ لا تتوافر على الصعيد الدولي وفي المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، يجيب الأستاذ عكاشة محمد عبد العال بهذا الخصوص، أنه لا مانع من استحداث لقضاء الدولة والتشريعات الدول المقارنة عامة نظرية أو نظاما عاما مستقل لما هو متعارف عليه في القانون الداخلي، بشرط أن يكون هذا النظام متوافق ومتلائم مع طبيعة المنازعات الخاصة الدولية<sup>3</sup>.

## 1) مقارنة بين محاولة وضع نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص مع تقدير موقف الفقه

### التقليدي من الدفع بالإحالة

يعتبر فقيه القانون الدولي الخاص الدكتور "هشام علي صادق"، من الأوائل الذين طالبو بإعادة النظر في موقف الفقه التقليدي المصري وذلك منذ سنة 1969، رغم أنه الوضع في فرنسا آنذاك لم يكن قد أخذ بعد بالإحالة لقيام ذات النزاع، ومن هذا المنطلق وبناء على أفكار الفقه الحديث تم إجازة الأخذ بالتخلي عن الاختصاص في الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية تفاديا لتضارب الأحكام في

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> - الانعزالية القانونية ( isolationnisme juridique )، أنظر: حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 189.

<sup>3</sup> - راجع في ذلك تفصيلا: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 37-38.

إطار العلاقات الخاصة الدولية، كما أنه أيضا لا يمكن إنكار فرضية وجود تناقض بين الأحكام القضائية بين حكمتين مختلفين صادرين عن محكمتين أحدهما أجنبية<sup>1</sup>.

بناء على الاعترافات السابقة، وفي محاولة لوضع نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص، حاول بعض من الفقه الحديث إلى « إقرار تخلي القضاء الوطني عن الاختصاص القضائي الدولي » في عدة حالات مختلفة، ومن بينها حالة قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث أن القضاء الإنجليزي ذهب إلى إعمال مبدأ التخلي عن الاختصاص عن طريق التخلي عن الدعوى رغم اختصاصه بها وإحالة الخصوم إلى القضاء الأجنبي، الذي يعتبر الأقدر على البت في موضوع النزاع حتى ولو لم تكن الخصومة مرفوعة أمامه، و بناء على ذلك تم تأسيس "نظرية المحكمة الغير ملائمة"، التي كان القضاء الإنجليزي السبب في إنشائها<sup>2</sup>.

وتفريعا على ما تقدم، تتخلى المحاكم الوطنية عن اختصاصها بالنزاع المطروح أمامها لصالح قضاء الدولة الأجنبية المطروح عليه نفس النزاع، إذا كان هذا الأخير أكثر تمركزا والأكثر ملائمة للفصل فيه، أي أن أدلة الإثبات للحق المدعى به تكون أقرب له و أسهل على عكس محاكم الدولة الأخرى، أو إذا كان التنفيذ على أموال المدعى عليه في إقليم الدولة الأكثر كفاءة لتنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا بغض النظر عن معيار الأسبقية في طرح النزاع أولا، سوى المحاكم الأجنبية أو القضاء الوطني، وهذا مما لا شك فيه هو جوهر فكرة الدكتور هشام علي صادق بضرورة قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأجنبية الأكثر قدرة على الفصل في النزاع<sup>3</sup>.

والواقع أن التغير الحاصل في المواقف الفقهية قد اقتضته اعتبارات الملائمة الدولية القائمة على أساس التعاون القضائي الدولي بخصوص مشكلة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث أتاح الصمت التشريعي عن تنظيم هذه المسألة الفرصة، مما أدى لبروز و تنوع في المواقف الفقهية و القضائية لمسايرة التطور في القانون الدولي الخاص و إقرار مبدأ التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأكثر ملائمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يحي أحمد زكرياء الشامي، المرجع السابق، ص ص 2656-2657.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 57.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 11.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بحلول عام 1973 التقط الدكتور "أحمد قسمت الجداوي" الفكرة من الدكتور هشام علي صادق وخطا بعدها خطوة في وضع نظرية عامة في التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، يحق بموجبها للمحاكم الوطنية أن تحيل اختصاصها إلى المحاكم الأجنبية متى كانت هذه الأخيرة هي الأجدر والأكثر ملائمة للفصل في النزاع وبناء على تقدير القاضي في تحديد القيمة الفعلية للحكم الصادر، حسب مدى فاعلية هذا الحكم لبت في النزاع و أي جهة التي يراها أنسب لإصدار هذا الحكم و وفقا لذلك يتم إحالة اختصاص المحاكم المصرية إلى المحاكم الأجنبية<sup>1</sup>، وإلى ما تقدم أيد الدكتور عكاشة محمد عبد العال هذا الطرح من خلال دعم فكرة وضع نظرية عامة للتخلي عن البت في النزاع، وذلك بالنظر للأثار المترتبة عنه في ما يتعلق بالانعكاس الإيجابي لفكرة التخلي على مبدأ تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر<sup>2</sup>.

### رابعاً: الاتجاه الحديث نحو إجازة الدفع بالإحالة

تميزت هذه المرحلة بقبول الدفع بالإحالة كمبدأ عام، بعد أن كان الاتجاه السائد في تلك المرحلة هو الرفض المطلق لهذا الدفع، ثم تلاه القبول مع استثناءات كمرحلة ثانية، إلا أن التدرج الزمني الذي سائر مرحلة القبول بالإحالة هو أمر منطقي، حيث صادف العديد من الأفكار القانونية الجديدة، لأنه من المنطقي أن يتم رفض أي مبادرة جديد بطريقة غير مباشرة في البداية ثم يقتنع القلة بالفائدة منها في بعض الأمور، ثم ينتهي الأمر باستمراريتها كقاعدة مستقرة تسلم بها الغالبية الكبرى<sup>3</sup>، كان القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص القائلة بوجود تمكين القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي إعمالاً لمبدأ الملائمة و تفعيل التعاون القضائي الدولي، وكانت استجابة القضاء هنا رغم سكوت كل من المشرع الفرنسي والمصري على تنظيم مسألة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، كما أنه لطالما أن المشرع قد سكت عن تنظيم هذه المسألة في الدولتين السابقتين، إلا أنه لم يضع نص صريح يرفض فيه الدفع بالإحالة إلى محكمة أجنبية كمنظيره الإيطالي الذي أعلنها صراحة من خلال نص المادة الثالثة من قانون المرافعات لسنة 1942 والتي تنص على أنه " لا تنتفي ولاية القضاء الإيطالي لمجرد قيام ذات النزاع أو خصومة أخرى

<sup>1</sup> - يحي أحمد زكرياء الشامي، المرجع السابق، ص 2657.

<sup>2</sup> - أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 440.

مرتبطة بها أمام محاكم دولة أجنبية، و عليه فإن السكوت من طرف المشرع الفرنسي والمصري يفهم منه إتاحة الفرصة لكل من الفقه و القضاء في مواكبة التطور الحاصل في فقه القانون الدولي الخاص<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ما سبق، فإن قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية كمبدأ ينظر إليه من ناحيتين:

**الناحية الأولى:** تم قبول فيها الدفع بالإحالة من طرف محكمة النقض الفرنسية، إلا أن هذا القبول كان بشكل ضمني ولم يكن بشكل صريح، وهذا ما ورد في تفسير الفقه للحكم الصادر في 5 ماي 1962، وفقا لهذا الحكم قامت محكمة النقض الفرنسية برفض بمبدأ الاعتراف بمبدأ الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية مؤسسة حكمها في ذلك على أمرين، حاصل أولهما: يتعلق بأن الدعوى قد رفعت أولا أمام المحاكم الفرنسية، أي تم الاستناد هنا إلى المعيار الزممي المتمثل في الأسبقية، و حاصل ثانيهما: مفاده أن ولاية المحاكم الفرنسية وفقا لتلك الدعوى كان اختصاصا قاصرا، حيث أن منطوق الحكم لم يتضمن قبول الدفع بالإحالة صراحة، إلا أن الفقه فسر منطوق الحكم على أساس مفهوم المخالفة، طالما أن المحكمة ما كانت لترفض هذا الدفع بالإحالة لو أن الخصومة قد رفعت أولا أمام القضاء الأجنبي ولم يكن اختصاص القضاء الفرنسي بهذا الصدد اختصاصا قاصرا<sup>2</sup>، إلا أن التأييد الذي خص حكم محكمة النقض سابق الذكر هو الذي جعل من المحكمة تؤكد بقبول الدفع بالإحالة في أحكامها اللاحقة، ففي حكم صادر عنها بتاريخ 09 ديسمبر 1964، قررت هذه الأخيرة أن ترفض الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية معللة رفضها لعدم توافر شروط هذا الدفع كون أن اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر الدعوى اختصاصا قاصرا عليها وحدها، وهنا يصبح القضاء الأجنبي الذي تم إحالة إليه الدعوى غير مختصا بنظرها، فهنا فسر الفقه<sup>3</sup> أن العلة من رفض الإحالة هو عدم توافر أحد الشروط اللازمة للتمسك بهذا الدفع، و ليس الرفض لعدم قناعة المحكمة بهذا الأخير<sup>4</sup>.

**أما الناحية الثانية:** فهي عبارة عن المرحلة التي تم فيها قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بشكل صريح، يعد هنا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 26 نوفمبر

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 60-61.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 186.

<sup>3</sup> - حيث يستفاد من منطوق قرار محكمة النقض أنها قبلت الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بشكل ضمني، أنظر: هشام خالد القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 442.

<sup>4</sup> - راجع: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 63.

1974<sup>1</sup>، بمثابة نقطة البداية في قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام القضاء الفرنسي وذلك بتوافر شرطين مهمين<sup>2</sup>، وبناء على ما تم ذكره يلاحظ أن المحكمة العليا الفرنسية رست على موقف الفقه الحديث الذي يجيز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية<sup>3</sup>، الذي لا شك فيه أنه منذ هذا التاريخ اعتمد القضاء الفرنسي بشكل نهائي على مبدأ جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث يتجلى ذلك من خلال الحكمين الصادرين عن محكمة باريس في 7 جويلية 1976 و 12 فيفري 1980، يبرز من خلال الحكم الأخير، أن محكمة باريس بعد أن تحققت من توافر الشروط الخاصة للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، قضت بإحالة الدعوى إلى المحكمة البرتغالية<sup>4</sup>، وانطلاقاً من الأحكام السابقة التي كانت شكلت تكليلاً للجهود الكبيرة التي بذلها الفقه الفرنسي الحديث في وضع نظرية عامة للإحالة التي دعا إليها لفترة ليست بالقصيرة<sup>5</sup>، ويضيف أنصار هذا الرأي بأن هذا التحول الذي شهده القضاء الفرنسي ما هو إلا علامة من علامات زوال الفكر التقليدي الذي كان يسيطر على المحاكم الفرنسية، والذي ينظر إلى فكرة الإحالة من زاوية ضيقة على عكس الفقه الحديث الذي تبني المفهوم الواسع للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية<sup>6</sup>.

بدوره الفقه المصري بعد أن كان يرفض وبشدة فكرة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية تأثراً بفكر الفقه التقليدي والقضاء الفرنسي لمدة طويلة تميزت بتغليب فكرة السيادة الإقليمية، حيث كان من المنتظر أن تتغير هذه الأفكار، من منطلق التطور الذي طال الأساس الفلسفي للقانون الدولي الخاص الحديث، وعليه فإن القضاء المصري المختلط كان أول من استشعر التطور المرتقب في مجال إجازة الأخذ بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين تفادياً لتضارب الأحكام على المستوى الدولي وتفعيلاً لمتطلبات التعاون القضائي الدولي، وتماشياً مع ذلك أصدرت محكمة الإسكندرية المختلطة بتاريخ 09

<sup>1</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ, 26 novembre 1974, société Miniéra di fragne, n° 73-13555, Bull. civ. N°. 314

<sup>2</sup> - depuis cet arrêt, « il est acquis que l'exception de litispendance internationale est recevable devant les tribunaux français l'arrêt pose aussi le principe très important que lorsqu'il y a une situation de litispendance internationale (identité de litige, tribunal français compétent selon les règles de droit français et tribunal étranger compétent d'après ses propres règles de compétences), le juge français peut accueillir cette exception » Voir : H.GAUDEMET-TALLON, Op.cit, p 429.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 187.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ص 66.

<sup>5</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 442.

<sup>6</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 136.

جانفي 1922 بإحالة النزاع و من تلقاء نفسها إلى القضاء الأجنبي الذي رفعت إليه نفس الدعوى، حيث كان تأسيس هذا الحكم راجع لمقتضيات النظام العام الذي يلزم الأخذ بهذا الحل تلافيا لتضارب الأحكام<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق، وعلى رأس الفقه المصري الحديث أكد الدكتور هشام علي صادق على ضرورة إجازة الأخذ بمبدأ الإحالة تفاديا لتضارب الأحكام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، وفوق ذلك يرى بأنه إذا كان القضاء الوطني يملك القدرة الفعلية على البت في النزاع الذي يختص بنظره و كفالة الحكم الصادر بشأنه، فليس هنالك ما يمنع المحاكم الوطنية من رفض الدفع، أما إذا كان قضاء الدولة الأجنبية هو الأنسب على البت في الخصومة و كفالة آثار الحكم الصادر بشأنها، فهنا لم يعد يوجد مبرر لرفض الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة هذه الدولة، لأنه من المؤكد أن الحكم الصادر عن المحكمة الوطنية سوف يكون عديم الفعلية و لن ينفذ خارج الوطن<sup>2</sup>.

إلى ضميمة ما تقدم يذهب غالبية الفقه الحديث خاصة في كل من فرنسا و مصر إلى وجوب هجر ما استقر عليه الاتجاه الفكري التقليدي، و الذهاب إلى ضرورة إجازة الدفع بالإحالة، و يدعمون وجهة نظرهم بعدة حجج أهمها:

**الحجة الأولى:** طالما أن قانون الإجراءات المدنية أو كما يسمى المرافعات يعرف الإحالة، فتأسيسا على ذلك يجوز للقانون القضائي الخاص الدولي أن يعتد أيضا بهذا الدفع، خاصة إذا كان في الاعتماد على ذلك تحقيق المصلحة المرجوة و الهادفة لتلافي تعارض الأحكام لاسيما في مجال العلاقات الخاصة الدولية التي تعد كثيرة الحدوث على غرار الأحكام الصادرة على الصعيد الداخلي و أمام المحاكم الخاضعة لسيادة الدولة الواحدة، مما يعني أن الأمر لا يقل أهمية، بل أن الداعي في القانون الدولي الخاص يعد أقوى<sup>3</sup>.

في نفس السياق يذهب الأستاذ " دومينيك هولو" ( Dominique Holleaux ) إلى القول بضرورة تخلي المحكمة الثانية المرفوع أمامها النزاع، وذلك راجع لعدة أسباب هدفها الرئيسي الاقتصاد وتوفير الوقت والنفقات في الإجراءات القضائية لطرفي الدعوى أمام محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع لاحقا « des raisons d'économie procédurale » ، لأنه وحسب نظره، لا جدوى من الإجراء الثاني المرفوع أمام القاضي لذات النزاع، بل هو مجرد هدر للوقت بل و يضاعف من فرص حدوث تعارض

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ( الجزء الثاني المبادئ العامة في تنازع الاختصاص القضائي )، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص 67.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 442-443.



للأحكام، و لن يستفيد أي من أطراف الخصومة من هذا التعارض إلا سلباً، وعلى الذي لا شبهة فيه أن الفكر المتقدم يقلل من فرص الاعتراف وتنفيذ الحكم في الدولة الأجنبية<sup>1</sup>.

**الحجة الثانية:** نظيراً لتطور العلاقات الدولية، أنه من غير المعقول بأن ينظر إلى الإجراءات المقامة أمام المحاكم الأجنبية بعين الريبة والشك وعدم الثقة الارتياح التي كانت تسيطر على الفكر التقليدي في الفترات الزمنية السابقة<sup>2</sup>، حيث أن مثل هذا الفكر أكل عليه الدهر وشرب وأصبح مهجوراً، خاصة لما قاربت الدول الأوروبية إلى أن تتحول إلى دولة واحدة، تاركة في ذلك الفكر السيادي الإقليمي القديم، والواقع من الأمر أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا على أساس الثقة المتبادلة بين كل الدول في محاكم الدول الأخرى<sup>3</sup>.

**الحجة الثالثة:** ثم إن الأخذ بالإحالة يهدف إلى الحد من حالات الغش نحو الاختصاص، فقد يصادف أن يقوم المدعي باللجوء إلى محاكم دولة ما دون وجود أي صلة حقيقية بينها وبين النزاع، بهدف الاستفادة من حكم لصالحه، متجاوزاً بذلك قضاء الدولة الأكثر ارتباطاً وصلة والأكثر ملائمة للفصل في النزاع، حيث يستنتج مما سبق أن في الأخذ بالإحالة رد الأمور إلى نصابها من ناحية و سد الطريق أمام المدعي سيئ النية في التلاعب بقواعد الاختصاص من ناحية أخرى<sup>4</sup>، كما تكمن أهمية هذا الدفع أيضاً في تفادي حالات التي أطلق عليها الفقه مصطلح «التنازع بين الأحكام»<sup>5</sup>.

**الحجة الرابعة:** إن القول بعدم وجود سلطة عليا تتولى توزيع القضايا على محاكم الدول المختلفة، فهو ليس معياراً أو سبب لرفض الأخذ بالإحالة في القانون الدولي الخاص، فالمعمول به في فرنسا يقضي بجواز تخلي المحكمة الدنيا عن اختصاصها بمجرد قيامه أمام محكمة أخرى تعتبر في نظرها أولى بالاختصاص من الأولى<sup>6</sup>، ورغم أن استقلال النظم القانونية الأجنبية والوطنية لا يمنح الحق لمحكمة الاستئناف الفرنسية في حلها للخصومة بين القضاء الأجنبي والمحكمة الفرنسية الراجع لهما الاختصاص للبت في الدعوى، علماً أن هذا الاستقلال لا يمنع محكمة الاستئناف أن تجبر القضاء الفرنسي الذي رفع

<sup>1</sup>- Dominique HOLLEAUX, Op.cit, P 212.

<sup>2</sup>- حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 188. راجع أيضاً في نفس المعنى: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 42.

<sup>3</sup>- أنظر هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 443.

<sup>4</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 408. أنظر أيضاً: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 59.

<sup>5</sup>- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 46.

<sup>6</sup>- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 444.



إليه النزاع بصورة لاحقة، بأن يتخلى عن نظر الدعوى إذا تبين أن القضاء الأجنبي هو الأقدر والأكثر ملائمة للبت في الخصومة<sup>1</sup>.

بل أن في قبول الدفع بالإحالة وتخلي القضاء الذي تم رفع أمامه هذا الدفع عن اختصاصه لفائدة المحكمة الأجنبية، هنا سوف ينهى الجدل القائم على تنازع الاختصاص بين المحكمتين، ونتيجة لذلك تنتفي الحاجة لضرورة وجود سلطة عليا تتولى توزيع القضايا، وعلى هذا النحو تسقط هذه الحجة، كما أن انعدام وجود سلطة عليا لا يقف عائقا أمام قضاء الدول المرتبطة بالنزاع من التعاون في مثل هذه الوضعيات ضمانا لحسن سير العدالة وتنظيم الخصومة القضائية على الصعيد الدولي، ومن هذا المنطلق فإن التأخذ بالإحالة هو حل تلميه اعتبارات العدالة واعتبارات الملائمة الدولية والتعاون الدولي المشترك<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لقيام ذات النزاع في ظل

#### التشريع الأوروبي

عرفت نظرية التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية على الصعيد الأوروبي مرحلتين مهمتين، تجسدت المرحلة الأولى في قيام المشرع الأوروبي من خلال اتفاقية بروكسل لسنة 2001<sup>3</sup> « Bruxelles I » بوضع قاعدة تخول التخلي عن الاختصاص القضائي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، إلا أن هذه الفكرة كانت تقتصر فقط على محاكم دول الأعضاء للإتحاد الأوروبي، أما المرحلة الثانية تبرز أهميتها من خلال سعيها إلى تطوير فكرة التنسيق بين النظم القانونية لتشمل أكثر عدد ممكن من الدول، إلا أن النتيجة التي بلغها هذا التطور شهدت تنقيح تشريع بروكسل 12/15 في سنة 2012، المتعلق بالاختصاص الدولي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية<sup>4</sup> « Bruxelles I bis »، ليتيح بذلك الفرصة لقضاء الدول الأوروبية في أن يتخلى عن اختصاصه لقيام

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 190.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 58.

<sup>3</sup> - Règlement (CE) N° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (JO) L 12, 16 janvier. 2001

<sup>4</sup> - Règlement (UE) N° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 Décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO) 20 décembre 2012.

ذات النزاع لفائدة أي محكمة أجنبية على الصعيد العالمي<sup>1</sup>، مس هذا التغيير بالأساس نص المادة 73 من تشريع بروكسل<sup>2</sup> 2001/44، إلا أن هذا التنقيح جاء بعد طلب كل من اللجنة المختصة والمذكورة في نص المادة 73 من خلال إعداد دراستين في شكل تقارير حول مدى التطبيق العملي للاتفاقية الأولى في الدول الأعضاء، وحول قاعدة الاختصاص القضائية الوطنية المطبقة على المدعى عليهم الذين تعد دولهم غير منتمية إلى الإتحاد الأوروبي<sup>3</sup> (Les états tiers)، إلا أن قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع من طرف الدول الغير منضمة للإتحاد الأوروبي يعد ثانوي بالنسبة لقضاء الدول الأوروبية، ويفترض قبول هذا الدفع وجود شرطين مهمين: يتمثل الأول في صدور حكم من قضاء الدولة الغير أوروبية كما يفترض الاعتراف به، وبأن يكون قابل للتنفيذ في أحد الدول الأعضاء، و الثاني يستوجب في وقف الإجراءات يكون ظاهر لمحاكم الدول الأعضاء<sup>4</sup>، وهذا ما تناولته الفقرة الثالثة (03) نص المادة 33 من اتفاقية بروكسل<sup>5</sup>.

إلا أن اتفاقية بروكسل بتبنيها للفكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، قد أزاحت حالة تنازع الإجراءات القضائية، وفي نفس الوقت عالجت معضلة تعارض الأحكام، إلا أن المشرع في القانون الاتفاقي الأوروبي (بروكسل) أدرج مجموعة من الشروط لقبول التخلي عن الاختصاص لقيام ذات النزاع في نص المادة 29<sup>6</sup> منه، أولها وحدة الدعويين، وحدة الموضوع (Même objet)، ووحدة السبب (même cause)، كما أن تتخلى المحكمة الثانية التي رفع أمامها النزاع بصورة لاحقة عن اختصاصها

<sup>1</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 05، أنظر أيضا في نفس المعنى: أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 439.

<sup>2</sup> - Art 73 du règlement Bruxelles I « Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le règlement ».

- Art 73 (3) du règlement Bruxelles I Bis « le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions et accords bilatéraux conclus entre un état tiers et un état membre avant la date d'entrée en vigueur du règlement(CE) n°44/2001 qui porte sur des matières régis par le présent règlement ».

<sup>3</sup> - Nuyts Arnaud « La refonte du règlement Bruxelles I », *RCDIP*, vol. 1, no. 1, 2013, p 02.

<sup>4</sup> - Sandrine CLAVEL, op.cit, p p 325- 326.

<sup>5</sup> - Art 33 (03) règlement Bruxelles « la juridiction de l'état membre met fin a l'instance si la procédure devant la juridiction de l'état tiers est conclue et a donné lieu a une décision qui est susceptible d'être reconnue et le cas échéant, d'être exécuté dans ledit état membre ».

<sup>6</sup> - Art 29 règlement Bruxelles I Bis « sans préjudice de l'article 31, paragraphe 2, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'états membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie ».

لصالح المحكمة الأولى التي رفعت أمامها الدعوى، وعليه يفهم هنا بأنه تم إعمال قاعدة الأسبقية الزمنية (Prior tempore)<sup>1</sup>، في اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع أولاً، إلا أن التشريع الأوروبي عند وضعه لهذا المعيار، فرض على محاكم الدولة التي ستتخلى عن نظر النزاع لصالح قضاء الدولة الأجنبية المرفوع أمامه الدعوى أولاً، بأن توقف النظر الخصومة بصورة مؤقتة إلى غاية صدور حكم بالاختصاص من طرف هذا الأخير<sup>2</sup>، تجنباً في ذلك لمنع إنكار العدالة<sup>3</sup>.

ومن نفس المنطلق ترى الأستاذة " ماري لور نيبويه " Marie-Laure Niboyet " أنه في الأخذ بقاعدة الأسبقية الزمنية (Prior tempore) أربع فوائد يفترض فيها أنها تمثل المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، أولهما احترام التوقعات المشروعة لأطراف الدعوى، ثانيها: مبدأ الفاعلية، من خلال إصدار أحكام قضائية غير قابلة للتشكيك، و تتميز بالفاعلية وقوة النفاذ، ثالثها: تجسيد التعاون الدولي (harmonie internationale)، لمعالجة تضارب الأحكام القضائية الصادرة عن الدول المختلفة، رابعهم: الانسجام و التناسق بين النظم القانونية المقارنة، إلا أنه و على الرغم من الإيجابيات الكثيرة الناجمة عن الأخذ بهذا المعيار، إلا أنه من سلبياته يمكن أن يؤدي إلى الغش نحو الاختصاص (forum shopping)<sup>4</sup> و ذلك لكونه يتضح للطرف الأسرع (la partie la plus diligente) بأن الحكم الذي سيصدر من هذا القضاء لن يكون في صالحه، فيسارع برفع دعواه أمام المحاكم الوطنية متحايلاً بذلك عن قواعد الاختصاص<sup>5</sup>.

ويغيب بعض الفقهاء الفرنسيين موقف المشرع الأوروبي في اعتماده معيار الأسبقية الزمنية في تخلي المحكمة الثانية التي رفعت أمامها الدعوى، حيث أن في اعتماد مقياس أفضلية الزمن (priorité chronologique) في تحديد اختصاص المحكمة، من شأنه أن لن يؤدي إلى اختيار المحكمة الأكثر ملائمة<sup>6</sup>، وفي نفس السياق ذهب البعض من الفقه إلى القول بضرورة تعديل موقف المشرع الأوروبي من خلال اتفاقية بروكسل، والعمل على الأخذ "بمعيار المحكمة الأكثر ملائمة" كبديل أكثر واقعية "لمعيار

<sup>1</sup> - la règle prior tempore « conduit a faire prévaloir la procédure commencée la première : c'est le moment de la première saisine qui marque l'antériorité d'une procédure et son titre a prévaloir sur toute les autres » ; Marie Laure NIBOYET, op.cit, p 78.

<sup>2</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 05.

<sup>3</sup> - « avant le dessaisissement du second juge, la compétence du premier soit établie, ce qui évite tout risque de déni de justice » en se sens : H.GAUDEMET-TALLON, Op. cit, p 430.

<sup>4</sup> - « la règle pourrait en revanche être considéré comme une incitation au forum-shopping... »

<sup>5</sup> - Marie Laure NIBOYET, op.cit, p p 78- 79

<sup>6</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 440.

الأسبقية الزمنية"، مما سيجعل فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، تصبح أكثر ارتباطا بمدى ملائمة القضاء المتخلي على النزاع لصالحه، وعلى هذا النحو فإن تقدير مسألة الملائمة أيضا في حد ذاتها سوف تطرح إشكال و اختلاف من طرف المحكمتين، معنى ذلك بوضوح تمسك كل محكمة باختصاصها مما سينتج عليه صدور حكمتين متعارضتين في نفس موضوع النزاع، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إهدار الجهود التي سعى إليها القانون الاتفاقي الأوروبي من خلال وضع نظرية للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، وضيق الغاية المرجوة والرامية لمنع تضارب الأحكام على الصعيد الدولي<sup>1</sup>، إلا أن الدور الكبير والمهم الذي يلعبه التخلي عن الاختصاص لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في السعي إلى التنسيق بين مختلف النظم القضائية العالمية وضمان وحدة الأحكام وتفاذي تضاربها، بحيث يتخلى القضاء الوطني عن اختصاصه لصالح محكمة أخرى بنفس الدعوى ليس على أساس معيار الأسبقية في الفصل في النزاع المطروح، بل استنادا لوجود قضاء آخر أكثر تمركزا وملائمة من ناحية مدى الارتباط الجدي بالخصومة، مما سوف يجعل من الحكم الصادر عنه يتمتع بالفعالية و يكون مضمون النفاذ في أي دولة من الدول الأخرى<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: شروط الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة وموقف المشرع الجزائري

لا يثير مركز الدفع بالإحالة في مجال القانون القضائي الخاص الدولي أي صعوبة، في حالة ما إذا كانت الدولة الأجنبية التي رفعت أمام قضاءها النزاع أولا، والدولة التي رفع أمام محاكمها الوطنية النزاع بصور لاحقة (ثانيا) والتي يراد طرح هذا الدفع أمام قضاء كل منهما مرتبط باتفاق دولي سواء كان جماعي أو ثنائي يتضمن نصوص تنظيمية دقيقة لمسألة التخلي القائمة على أساس الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، فهنا الأمر سوف يكون سهل الفصل فيه ولا يطرح أي لبس أو صعوبة، كذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الوطنية لكل دولة و التي قامت بتبني موقف واضح و صريح من شأن المسألة محل الدراسة، حيث أن الصعوبة الحقيقية تكمن لدى الدول التي لم تضع تنظيما تشريعيًا يحسم بالأخذ أو رفض هذا الطرح<sup>3</sup>، ومما سبق سوف نحاول عرض شروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع (الفرع الأول) و التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة التخلي عن الاختصاص القائم على الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 06.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 442.

<sup>3</sup> - عبد الرسول عبر الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 188-189.

## الفرع الأول: شروط الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة

أول ما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، تعلق العديد من قواعد الاختصاص القضائي الدولي وارتباطها بالنظام العام، وهذا ما يفهم من مدى تأثير الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع بطريقة مباشرة على قواعد المتعلقة بالاختصاص سواء الأجنبية أو الوطنية منها<sup>1</sup>، وتفرعاً على ما تقدم أن النظام العام يتدخل على مستوى نشوء الحق في داخل إقليم دولة القاضي المطروح أمامه النزاع أو على صعيد الاعتراف بآثاره كلها أو بعضها، إذا ما نشأ هذا الحق في الخارج، إلا أنه من الصعب حصر مفهومه و نطاقه لأنه من الصعب وضع معيار محدد يبين الحد الفاصل بين مختلف الحالات.<sup>2</sup>

إلا أنه تم منح القاضي السلطة التقديرية في نظر الشروط المتعلقة في الدفع بالإحالة و ذلك تجنباً لأي سبب قد يؤدي إلى إنكار العدالة، فالقاضي الوطني يخول له نظر كل حالة على حدة، إذ يعود له القرار في قبول و الأخذ بالدفع بالإحالة من عدمه، فيمكنه أن يرفض الأخذ بهذا الدفع إذا اتضح له أن الإجراءات لم تسير بالطريقة الصحيحة، كما قد تثير الشكوك حول مشروعيتها ومدى صحتها من الناحية القانونية، أو الحكم الذي سوف يصدره لن يتم تنفيذه ولن يكون متمتعاً بالفاعلية اللازمة، أو في حالة وجود غش أو تحايل عن قواعد المنظمة للاختصاص.<sup>3</sup>

ويشترط لقبول التخلي عن نظر النزاع لصالح دولة أجنبية نتيجة للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي (أولاً)، و وحدة الأطراف في الدعويين (ثانياً)، و وحدة المحل والسبب في الدعويين (ثالثاً)، توافر الاختصاص لكل من المحكمتين (رابعاً)، قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية قابلاً للتنفيذ (خامساً).

### أولاً: وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي

يشترط لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام القضاء الوطني، وجود دعوى أخرى « ماثلة » أمام القضاء التابع لدولة أجنبية، ومن هذا المنطلق يرى الفقه في فرنسا أنه لا يمكن إعمال الدفع بالإحالة بمجرد تخلف هذا الشرط إذا كانت الدعوى بصدد النظر أمام المحاكم الفرنسية ولم تكن قد رفعت بعد أمام القضاء الأجنبي، حيث يستبعد قيام الإحالة وفق هذا التصور، وعليه لا

<sup>1</sup> - محمد زلايحي، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 203.

<sup>3</sup> - سهى خلف عبد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، ط 01، دار البادية ناشرون و موزعون، عمان، 2013، ص 181.

يمكن إعمال هذا الدفع إذا كانت الدعوى المحركة أمام القضاء الفرنسي كانت قد انتهت إما في حال شطبها أو وقفها للترك أو بصدور حكم نهائي فاصل فيها، إلا أنه ثار تساؤل لدى فقهاء القانون الدولي الخاص المصري مفاده: ما إذا كان يتعين لقبول هذا الدفع أمام المحاكم الوطنية، في حالة رفع الدعوى ابتداءً أمام القضاء الأجنبي، بحيث إذا كانت الخصومة قد رفعت أمام المحكمة الوطنية قبل رفعها أمام المحاكم الأجنبية، لما تمت إجازة وموافقة على الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع إلى القضاء الأجنبي؟<sup>1</sup>.

مما لا يدعو لشك إن في الأخذ بمعيار الأسبقية الزمنية في رفع الدعوى، لأمكن القول بفضية عدم إمكان الأخذ بالدفع بالإحالة إلى قضاء الدولة الأجنبية، إلا في حالة إذا كان الدعوى قد رفعت بداءة أمام القضاء الأجنبي، إلا أنه في الحالة العكسية أي القبول والأخذ بالدفع رغم رفع الدعوى أولاً أمام القضاء الوطني من شأنه أن يؤدي إلى حالة الغش نحو الاختصاص من طرف المتقاضى سيئ النية بالتهرب من اختصاص المحاكم الوطنية من خلال قيامه برفع الدعوى في زمن لاحق أمام القضاء الأجنبي، إلا أن الفقه على عكس معيار الأسبقية يفضل غالباً في الاعتداد بمبدأ المحكمة الأجنبية الأقدر والأكثر ملائمة للفصل في النزاع و كفالة آثار الحكم الصادر بشأنها، وهذا دون الأخذ بعين الاعتبار إذا ما تم رفعها أمامها النزاع أولاً، أم أنه رفع أمام القضاء الوطني<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى قد يطرح تساؤل في الحالة التي يصادف فيها أن تتساوى كلتا المحكمتين من ناحية كونهما أكثر ملائمة وقدرة على كفالة آثار الحكم الصادر بشأن النزاع، فهل يتم قبول الدفع بالإحالة وفقاً لهذه الحالة؟، يرى بعض من فقه القانون الدولي الخاص الحديث أنه يجب منح الأفضلية في إبداء الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة التي لم تقطع شوطاً كبيراً في تحقيق و نظر الدعوى من حيث الإجراءات المعتمدة، وإحالة النزاع أمام القضاء الذي شارف على الانتهاء من البت في الخصومة و ذلك دون الأخذ بقاعدة الأسبقية في رفع الدعوى، يفهم من هذا الدفع ترك المسألة للسلطة التقديرية والحرية للقاضي في تقدير قبول أو رفض هذا الطرح<sup>3</sup>، وفوق ما تقدم و بالنظر لاختلاف القوانين المنظمة لدولتين مختلفتين وفي حالة إذا ما تخلف هذا الشرط لا يجوز قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع في هذا المعنى: هشام خالد، إحالة الدعوى أمام محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 112، أنظر أيضاً: حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 189-190.

<sup>2</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 411.

<sup>3</sup> - أنظر فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> - محمد زلايحي، المرجع السابق، ص 101.

والذي نلفت النظر إليه، لكي يصح إعمال هذا الشرط إعمالاً صحيحاً و دقيقاً يستوجب أن تكون المحكمة الأولى محل الإحالة تتواجد في كيان يصلح أن يطبق عليه وصف دولة بشكل حقيقي، وكذلك نفس الأمر بالنسبة للمحكمة الثانية، في ضرورة وجودها في دولة ثانية خلافاً للدولة الأولى، إلا أنه في حالة تواجد المحكمتان في إقليم دولة ذات شخصية دولية واحدة هنا لا نكون أمام فرضية إحالة دولية (litispendance internationale)، بل إحالة داخلية (litispendance interne) أو وطنية، وخير مثال حالة الإتحاد الفيدرالي<sup>1</sup> المعتمد في الولايات المتحدة الأمريكية، فلا يتصور مثلاً قيام إحالة دولية لقيام ذات النزاع بين محكمة "نيو يورك" و محكمة "نيو جرسي"، ويحسن في هذا المقام أن نميز بالنسبة للإتحاد الكونفدرالي<sup>2</sup>، هنا نكون بصدد إحالة دولية لتمتع كل دولة من دول الإتحاد بالشخصية الدولية<sup>3</sup>.

### ثانياً: وحدة الأطراف الموضوع والسبب في الدعويين

يفهم من هذا الشرط وجود نزاع مرفوع أمام إحدى المحكمتين هي نفسها القائمة أمام المحكمة الأخرى، حيث القانون الاتفاقي الأوروبي " بروكسل" كان سابقاً في تناول هذه الشروط، فيستوجب هنا توافر الخصومة القضائية على وحدة الأطراف والموضوع والسبب<sup>4</sup>، وعليه سوف نعرضهم كما يلي:

#### 1- وحدة الأطراف:

يعد هذا الشرط أساسياً و يتجسد في اتحاد الخصوم في الدعويين، حيث من الضروري التأكد من وحدة الأطراف في الخصومتين القائميتين و المعنيتين بالنزاع، و التي تكون إحداها قائمة أمام المحكمة الوطنية و الأخرى مطروحة أمام المحكمة الأجنبية، نظيراً لأهمية هذا الشرط، حيث تم رفع دعوى أمام

<sup>1</sup> - تعرف الفيدرالية بأنها الإتحاد الفيدرالي أو المركزي باعتبار أنه أقوى صور الاتحادات في نطاق الدولة المركبة، فيه يتخذ الإتحاد صورة دائمة و تفقد الدول المنظمة إليه شخصيتها الخارجية و تخضع كلها لحكومة مركزية، و لا يتعدى دور الدويلات سوى ممارسة بعض الاختصاصات الداخلية فقط و احترام الدستور الفيدرالي، أنظر: سامر حميد سفر، النظرية العامة للإتحاد الفيدرالي، مجلة جامعة بابل، الجامعة التقنية الجنوبية، المعهد التقني الناصرية، مج 24، ع 02، 2016، ص 1038 و مبعدها.

<sup>2</sup> - الكونفدرالية « يقصد بها اتحاد دولتين أو أكثر تحتفظ كل منهما بسيادتها في الداخل و في الخارج، و لكنها تنشأ في ما بينها نوعاً من الارتباط و الإتحاد بقصد تحقيق أغراض و أهداف معينة يتم الاتفاق عليها في معاهدة ترممها هذه الدول فكل دولة تتمتع بسيادتها الكاملة و تحتفظ بشخصيتها الدولية »، راجع في هذا المعنى تفصيلاً: سامي الخزندار، مفهوم الكونفدرالية بين النظر و التطبيق، النهضة مجلة كلية الاقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة، مصر، مج 2004، ع 18، ص 41 و مبعدها.

<sup>3</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 130-131.

<sup>4</sup> - triple identité d'objet, de causes et de parties. En se sens : Kastanidis, Athanasios T, La litispendance internationale au regard du règlement (UE) 1215/2012, RCDIP, vol. 3, no. 3, 2015, p 583.



محكمة السين الجزئية بفرنسا تتلخص وقائعها في قيام شخص أجنبي برفع قضية مطالباً فيها بالتعويض عن ضرر حاصل لنتيجة عرض أحد الأفلام (حقوق النشر)، بالمقابل قامت الشركة المنتجة للفيلم بالدفع بإحالة الدعوى لقيام ذات النزاع، إلا أنه و بتاريخ 05 ماي 1959 حكمت المحكمة الأخيرة برفض الدفع المقدم من الشركة المعنية، مسببة في حكمها أنه لا يمكن قبوله طالما أن المدعي الأجنبي الذي قام برفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية كان قد رفعها على أطراف آخرين، وليس الأطراف الحاليين<sup>1</sup>.

## 2- وحدة الموضوع (المحل) والسبب:

يفترض وفق هذا الشرط، أن تكون للدعوى موضوع واحد و سبب واحد، أي بوجود تطابق بين الموضوع و السبب<sup>2</sup>، و الواقع أن الأمر يتعلق بدعوى واحدة مرتبطة بخصومة قائمة أمام المحاكم الوطنية و المحاكم الأجنبية، حيث تتمثل صفة "واحدة" إذا ما تعلق الأمر بإتحاد المحل و السبب و الأطراف فيها، و بمجرد تخلف أحد هذه العناصر سوف يؤدي إلى رفض الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لعدم توفر أحد شروطه<sup>3</sup>.

ومن نفس هذا المنطلق، تم رفض الأخذ بالدفع بالإحالة في ما يتعلق بنزاع قائم على طلب طلاق و الذي تم رفع في الخارج، و الخصومة المرفوعة بتحويل الانفصال الجسماني إلى تطبيق المرفوعة أمام القضاء الفرنسي، حيث تعتبر هذين الدعويين متضمنتين لكل منهما محل و سبب مغاير عن الآخر بشكل مختلف كلياً<sup>4</sup>، إلى أنه و في المقابل أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار<sup>5</sup> يقضي بقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع و منه تخلي المحكمة الفرنسية على النزاع لصالح القضاء التونسي بتاريخ 06 ديسمبر 2005 في قضية تتلخص وقائعها في طلاق بين زوجين تونسيين بموجب عقد زواج مؤرخ في 13 سبتمبر 1974 حيث قام الزوج بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الفرنسية تأسيساً على معيار الأسبقية كونه قام برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 02 ماي 2002، على أن الزوجة رفعت النزاع بموجب عريضة لاحقاً بتاريخ 06 ماي 2002 أمام محكمة " نانتر " Nanterre" و بمجرد توافر الشروط القانونية اللازمة من ( وحدة الموضوع، الأطراف، السبب) مع توافر الاختصاص لكلا

<sup>1</sup>- راجع في هذا المعنى: هشام خالد، إحالة الدعوى أمام محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص ص 449-450، أنظر أيضاً في نفس المعنى:

حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص ص 192-194.

<sup>2</sup>- هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 116.

<sup>3</sup>- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 48.

<sup>4</sup>- أنظر حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 196.

<sup>5</sup>- Cass.1<sup>er</sup> Civ, 6 Décembre 2005, n° 03-17542, Bull.Civ. n°466.



المحكمتين مع الأخذ بعين الاعتبار بمعيار الأسبقية الزمنية، وبعد التأكد من عدم وجود غش نحو الاختصاص تخلى القاضي الفرنسي عن اختصاصه لفائدة الجهة القضائية التونسية<sup>1</sup>، كما يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بوجوب توسيع من نطاق السبب حرصا على تنامي و تزايد حالات الدفع بالإحالة، وما يستتبع ذلك من ضرورة التوسع في مفهوم العدالة على صعيد القانون الدولي الخاص، و في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي<sup>2</sup>.

### ثالثا- توفر الاختصاص لكل من المحكمتين

بالنسبة للمحاكم الوطنية تتحدد ولاية محاكمها وفقا لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في القانون الوطني، إلا أنه قد يطرح هنا تساؤل، بخصوص المعيار المعمول به في تحديد ما إذا كان القضاء الأجنبي مختص أو غير مختص بنظر النزاع<sup>3</sup>؟ كما هل يتم الرجوع إلى ضوابط الاختصاص المعتمدة في دولة القاضي الأجنبي، أو قواعد الاختصاص الوطنية في دولة القاضي الذي تم طرح الدفع أمامه<sup>4</sup>.

ذهب الاتجاه الأول من الفقه إلى القول بوجوب العودة إلى ضوابط الاختصاص القضائي حسب قانون القاضي، لأن هذا الحل يعد بمثابة أداة ضمان في الدفاع و عدم الانتقاص من اختصاص قضاء المحكمة التي أثير أمامها الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع و بالنظر إلى أنها سوف تتخلى عن اختصاصها بنظر الدعوى، و لكون هذا الشرط ارتباط وثيق بمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية<sup>5</sup>، الاتجاه الثاني دعا إلى تطبيق ضوابط الاختصاص التي تخضع لها المحكمة الأجنبية التي رفعت إليها الدعوى بصورة أولية ( أي معيار الأسبقية)، لتحديد ما إذا كانت مشمولة بالاختصاص أولا، و يلاحظ أن المشرع المصري اتفق مع هذا الحل وذلك من خلال نص المادة 1/298 من قانون المرافعات<sup>6</sup> والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، والتي تنص على أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التثبت من « أن محاكم الجمهورية

<sup>1</sup> - «... qu'ensuite, ayant constaté que les deux instances opposant les mêmes parties avaient le même objet et étaient fondées sur la même cause... la cour d'appel a exactement retenu que les conditions de la litispendance internationale étaient réunies et a pu décider qu'elle devait se dessaisir au profit de la juridiction tunisienne ». Cass. I<sup>er</sup> Civ, 6 Déc 2005, n° 03-17542, préc.

<sup>2</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 140.

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> - عبد الرسول عبر الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 180.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 49.

<sup>6</sup> - قانون رقم 13 لسنة، 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري.

غير مختصة بالمنازعات التي صدر الحكم أو الأمر بصدها و أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي المقررة في قانونها<sup>1</sup>.

وحرى بنا التطرق إلى موقف المشرع الجزائري في ما يتعلق بشروط مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، خاصة في ما يتعلق بجزئية قواعد الاختصاص مقارنة بما ورد في نص المادة 1/298 من القانون المصري المذكور أعلاه، حيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 1/605 ينص على أنه « لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

1- أن لا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص<sup>2</sup>».

حيث يفهم من نص المادة 1/605 أن المشرع الجزائري و النظام القانوني المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر عامة، قد ترك هذا الشرط بشكل عام و غامض، على عكس الموقف المصري الذي جاء بشكل واضح و دقيق، أم أن المشرع الوطني بذلك قد ترك السلطة التقديرية للقاضي في أخذ أو رفض هذا الطرح، ثم يبقى أن نتساءل حول مدلول صياغة الشرط " أن لا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص"، هل المشرع هنا قصد بذلك قواعد الاختصاص التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية (الجزائرية)، أم قواعد الاختصاص الخاصة بالقضاء الأجنبي الصادر عنه الحكم؟، و نحن من جانبنا نرى هل من المنطقي أن نقوم بتحديد مدى اختصاص المحاكم الأجنبية بناء على الضوابط المعمول بها في القانون الداخلي (الوطني)؟، علما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ذات طبيعة مفردة<sup>3</sup> الجانب.

وفي نفس السياق يذهب فريق ثالث من الفقه إلى الأخذ بالاتجاه التوسطي بين الفريقين السابقين، ويسلم أنصار هذا الرأي بفكرة العودة إلى قانون المحكمة الأجنبية و قانون المحكمة الوطنية في نفس الوقت، أي تفادي معيار الأسبقية الزمنية، وترتكز هذه الفكرة على أساس الرابطة الوثيقة بين النزاع المطروح و الدولة المختصة بنظر النزاع، إلا أن الفقه المصري وجه سهام نقده إلى أنصار هذا الاتجاه على أساس أن فكرة الرابطة و الوثيقة و المميّزة تتسم بالمرونة، و بالتالي فإن بيان مدى توافر هذه الرابطة في نفس القضية قد يختلف في تقديره من محكمة إلى محكمة أخرى، و بالتالي فإن هذا الطرح لا يقدم حلول

<sup>1</sup>- راجع في هذا المعنى: حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup>- القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 74.

كافية للأطراف و لا يواكب مقتضيات العمولة، ويضيف نقاد هذه الفكرة أن هذا المعيار يفتقد للمنطق القانوني<sup>1</sup>.

إلى ضميمة ما تقدم وبالنسبة لشرط الاختصاص الدولي للقضاء الأجنبي المرفوع أمامه ذات النزاع، تواترت غالبية أحكام القضاء الفرنسي إلى السعي في التفرقة بين الحالات التي يكون فيها النزاع مشمولاً بالاختصاص القاصر (المانع)، أو إذا كان متعلقاً بالاختصاص الجوازي أو المشترك، فبناء على هذا الأخير يسمح بقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لكون ولاية المحاكم الوطنية بالنزاع تعد بمثابة الاختصاص المشترك بينها وبين القضاء الأجنبي، أما في حالة اختصاص المحاكم الوطنية الذي يكون مقصوراً عليها، فلا يقبل هنا الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمة أجنبية رغم اختصاص هذه الأخيرة دولياً بالنزاع<sup>2</sup>، وذلك بسبب وجود صلة وثيقة بين الاختصاص القاصر و النظام الوطني، ولشدة تعلقه بفكرة النظام العام في الدولة<sup>3</sup>.

هذا الشرط وعلى الرغم من أهميته البارزة في مجال الدفع بالإحالة، إلا أن بعض الفقه الفرنسي أشبعه نقداً من خلال ما محل وجوده كشرط من أجل الأخذ بالإحالة لقيام؟، معللين فكرتهم على أساس أن الغاية من قبول هذا الدفع هو تلافي تعارض الأحكام على الصعيد الدولي، علماً أن هذا الشرط في حد ذاته، و المتجسد في وجود دعويين مرتبطتين إحداهما مرفوعة أمام المحاكم الفرنسية و الأخرى أمام القضاء الأجنبي، من المحتمل أن يضاعف بطريقة أو بأخرى من خطورة تضارب الأحكام بطريقة غير مباشرة، و بالتالي الخروج عن الهدف الرئيسي من فكرة الأخذ بالإحالة<sup>4</sup>، إلا أن مسألة البحث عن اختصاص المحكمة الأجنبية بنظر النزاع شرط ضروري لكنه ليس كاف، بل يستوجب على القاضي المطروح أمامه هذا الدفع التأكد من أمرين مهمين وهما:

- عدم وجود غش نحو الاختصاص الأجنبي، و هي مسألة تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي المطروح أمامه الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، و من نفس المنطلق يجب على القاضي المعروض عليه هذا الدفع التأكد من مدى توافر ضمان حسن سير المحاكمة العادلة و احترام المبادئ القضائية من طرف القاضي الأجنبي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 144-145.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 197.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 52.

• أن لا يكون اختصاص القاضي الأجنبي منطويا على افتتات ولاية المحاكم الوطنية، إن تبادي تضارب الأحكام في المنازعات الدولية الخاصة يتطلب تخلي محكمة عن اختصاصها لفائدة محكمة أخرى، فإن المعيار هنا الذي يقود فكرة التخلي هو مبدأ قوة النفاذ، وعليه تتخلى المحكمة التي تملك قدرة أقل عن كفالة أثر الخصومة عن اختصاصها لصالح القاضي الأجنبي الذي يستحوذ على قدرة أكبر، وخير مثال على ذلك وجود منقولات المدعى عليه في دولة القاضي الأجنبي أو لقرب هذا الأخير من الأدلة على عكس القاضي الوطني، و على هذا الأساس تتجسد فكرة النفاذ كمعيار للأخذ بالإحالة لقيام ذات النزاع تقوم على مدى ضمان المتطلب لعدم الافتتات على قواعد الاختصاص الوطني و في نفس الوقت تبادي حالات الغش نحو الاختصاص<sup>1</sup>.

#### رابعا: قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية للتنفيذ:

يعد هذا الشرط من الناحية العملية صعب التحقيق، لأنه حسب هذه الحالة لم يصدر حكم بعد حتى يتم التطرق لمدى قابليته للتنفيذ<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس يستوجب على المحكمة الوطنية مراقبة الإجراءات المتخذة في الخارج حتى يتسنى لها معرفة مدى صلاحية الحكم الأجنبي الذي سيصدر عن القضاء الأجنبي و هل سيكون قابلا للتنفيذ من عدمه؟، ورغم صعوبة هاته المهمة إلا أن الأمر المتعلق بالمراقبة يعد ضروريا، لأنه بتخلي المحكمة عن نظر الدعوى وهي مختصة بها لفائدة محكمة أجنبية، وفي الأخير يكون مآل الحكم الصادر غير قابل للتنفيذ فهذا الأمر يتعارض مع حسن سير العدالة<sup>3</sup>، هذا الشرط تم الأخذ به من طرف القانون الألماني والنمساوي والقانون السويسري والعديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لفكرة الإحالة، علما أن هذا ما أكدته أحكام القضاء الفرنسي في عدة مناسبات<sup>4</sup>.

والواقع من الأمر حسب البعض، بأن عملية التقييم لا تشمل الحكم الذي سوف يتم إصداره بل الإجراءات الخاصة بالدعوى، فلا يجب على القاضي المثار أمامه الدفع أن يتوسع بل يقتصر على البحث عن الضمانات الكافية في الإجراءات المتخذة لحماية الخصوم، ومدى جدية الاختصاص المتعلق بالدعوى

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 75-76.

<sup>2</sup> - « cette condition soulève une difficulté évidente puisqu'il s'agit d'envisager une décision qui n'a pas encore été rendue ... » en se sens : François Mélin, Droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois), Casbah éditions, Alger, 2004, p 55.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 199.

<sup>4</sup> - أنظر: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 413.

المرفوعة، « أو على وجه يؤدي إلى الانتقاص من حقوق الدفاع »<sup>1</sup>، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 فيفري 2011<sup>2</sup>، و في نفس السياق ذهب بعض من الفقه المصري<sup>3</sup> إلى القول بضرورة إدراج تغيير على تسمية هذا الشرط استجابة في ذلك للنقد الذي تعرض له و تم اقتراح عليه صياغة: « ألا يكون الحكم الأجنبي مستحيل التنفيذ في دولة القاضي المحيل»، حيث في وجهة نظرهم أن هذه الصياغة تحقق الفائدة المرجوة التي سعى إليها نقاد هذا الشرط.

تأكد لنا عبر ما تقدم مدى تعلق الشرط القائم على قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية للتنفيذ بفكرة النظام العام في الدولة ( l'ordre public )، و أول ما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري و من خلال ق إ م إ و في ما يخص تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهة أجنبية قد أخذ بعين الاعتبار مسألة النظام العام عند تنفيذ الحكم الأجنبي، حيث تنص المادة 4/605 من نفس القانون على أنه « لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

(4 - ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر»<sup>4</sup>.

إلا أن المشرع و بصدد صياغة فكرة النظام العام عند تطبيق الحكم الأجنبي لم يحم بتحديد نطاقه، و من هذا المنطلق تجدر الإشارة إلى مسألة هامة تقضي بعدم التوسع في تطبيق هذه الفكرة، بل وجعل من نطاق أعمالها محدود و ضيق، لأنه وفق لهذه الحالة ليس الأمر متعلقا بحق نشئ في الجزائر، بل إعطاء أثر لحق نشأ خارج الجزائر بطريقة صحيحة، و استنفذ كامل إجراءات و مراحل تكوينه وفقا لقانون مختص، تجسيدا بذلك لمبدأ احترام حقوق الأفراد و الحقوق المكتسبة، و على سبيل المثال في فرنسا أو بعض الدول الأوروبية يعتبر تعدد الزوجات المعترف به في الشريعة الإسلامية مخالف للنظام العام، إلا أنها

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 février 2011, n° 10-14.101, Bull. Civ. n° 33.

- « ... La décision à intervenir, heurtant les principes d'égalité entre époux et de respect des droits de la défense, n'était pas susceptible d'être reconnue en France, de sorte que l'exception de litispendance internationale devait être écartée ... »

<sup>3</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 149.

<sup>4</sup> - القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقا.

في المقابل تعترف ببعض من آثاره كثبوت النسب، إعمالا بذلك لمفهوم النظام العام المخفف ( l'effet atténué de l'ordre public )<sup>1</sup>.

قام الفقه و القضاء في فرنسا بتقسيم مفهوم النظام العام إلى نوعين، النوع الأول يشمل النظام العام المتعلق بالموضوع، و النوع الثاني من النظام العام الذي يخص الإجراءات، ويشترط على الحكم الأجنبي توافر النوعين معا حتى يمكن الأمر بتنفيذه، ورد هذا التقسيم من خلال القرار الشهير و المسمى (Bachir) لمحكمة النقض الفرنسية، حيث بعد إن كانت الشروط المقدرة للقيام بالتنفيذ عددها خمسة، بموجبه تم إلغاء شرط التأكد من سلامة الإجراءات المتخذة في الخارج، حيث ورد في قرارها أنه « إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر للنظام العام الفرنسي فقط، واحترام حقوق الدفاع»<sup>2</sup>.

الأصل العام أنه من آثار التعارض مع النظام العام والآداب العامة هو الرفض الكلي للتنفيذ، إلا أنه ليس هنالك ما يمنع من فرضية التنفيذ الجزئي في الشق المحكوم به و الذي لا يتعارض مع النظام العام مع رفض المسائل الأخرى التي تشكل تعارضا مع هذا الأخير، إلا أن هذا الحل يستوجب توفر شرط أساسي يتجلى في حتمية توفر في المسائل التي فصل فيها الحكم محل التنفيذ لها قابلية في التجزئة حتى يتسنى الفصل في ما بينها، ودون ذلك من الشروط سوف يتم رفض الحكم الأجنبي بشكل كلي، وبناء على ما سبق فإن القاضي الجزائري المختص بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يتأكد من عدم مخالفة هذا الأخير لقواعد النظام العام من ناحيتين الأولى المتعلقة بالموضوع والثانية المتعلقة بالإجراءات و يمتنع بدوره عن التنفيذ إذا كان في ذلك مساسا بالأسس الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية في الدولة أو عدم توفر الضمانات القانونية المتعلقة بالدفاع و كل المبادئ الجوهرية المكفولة<sup>3</sup>.

ومن البديهي أن ثمة حالات يعتبرها الفقه من ضمن الاختصاص المانع للمحاكم الوطنية، لمدى تعلق هذه الأخيرة بالنظام العام في الدولة، ومما يجعل من المحاكم لا تقبل الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع في مثل هذه الوضعيات، إلا أنه كما رأينا سابقا في عدم وجوب التوسع في مثل هذه الحالات بل

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص ص 80-81.

<sup>2</sup> - جمال بن عصمان، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، مج 11، ع 02، 2012، ص ص 14-15.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 14 ومبعدها.

حصرها على حالة واحدة و التي أجمع عليها الفقه و التي تتمثل في النزاع المتعلق بعقار موجود بإقليم دولة القاضي، لكون هذه الحالة يميزها الارتباط الوثيق بكيان الدولة و نظامها الاقتصادي، أما عن الحالات الأخرى فهي لا تصنف من ضمن حالات الاختصاص المانع، و يجوز من خلالها الأخذ بالدفع بالإحالة إذا كانت المنازعة مشمولة بولاية المحاكم الأجنبية وفقا لنظامها القانوني<sup>1</sup>.

ومن أهم الاعترافات التي يعود الاختصاص لمحكمة موقع العقار وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، هو مدى قدرة محاكم موقع العقار من البت في الدعوى عملا بمبدأ قوة النفاذ ، فهذا الأخير مرتبط بشكل جدي مع كفالة اثر الحكم الصادر في مثل هذا النوع من الدعاوى، و ترجع ميزة قوة النفاذ إلى سيادة الدولة على إقليمها من خلال ولاية محاكمها بنظر هذا النوع من النزاعات، حيث أن معظم الدول لا تجيز تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بعقار موجود على أراضيها لمدى تعلقه بالنظام العام، حيث أن احترام السيادة الإقليمية الخاصة بكل دولة تفرض تمتع فكرة الإقليمية بتأثير أكبر في تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي على عكس الضوابط الشخصية<sup>2</sup>.

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة (1/40) من ق إ م إ، التي تنص على أنه « ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها، في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، و الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار ، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال».

يفهم من هذه القاعدة رغم أنها داخلية لكنها تمدد إلى المجال الدولي لتطبيق على صعيد المنازعات الدولية الخاصة، حيث أن أبرز الأسباب التي يبررها النطاق الداخلي لإعمالها، هو معيار القرب من المحكمة المختصة و التيسير من ناحية إجراءات التحقيق أو الخبرة القضائية، حيث من حسن سير العدالة أن يكون القاضي المختص في نفس مكان وجود إقليم العقار ، فهنا يلعب الموقع دور هام كصلة للارتباط الحاصل بين النزاع المطروح و المحكمة المختصة، مما يجعل القاضي الوطني هو الأكثر قدرة على الفصل في النزاع، وعلى هذا الأساس يبرر « الاختصاص المانع لمحكمة تواجد العقار بالتدخل النظامي لسلطات الدولة لتنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالعقارات»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> - أنظر: كمال سمية، المرجع السابق، ص 82.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 81 و مبعدها.



وتماشيا مع ما تم ذكره، فالفقه المصري عملا بمبدأ الرابطة الوثيقة، حدد مدى جوازية أعمال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، فكلما كان النزاع مرتبطا ارتباطا شديدا بالإقليم المصري كان الأخذ بفكرة الدفع بالإحالة مستحيلا، مما يترتب عنه عدم إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي الذي سوف يتم إصداره والمرتبب التنفيذ في مصر، و في الحالة العكسية يكون من الممكن الأخذ بالدفع بالإحالة إذا كان النزاع متصل بشدة مع المحكمة الأجنبية المختصة، وهذا بالنظر لعدم إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في الإقليم المصري، ويستخلص مما تقدم أن الميزة التي يتميز بها مبدأ الرابطة الوثيقة يكمن في أنه آلية فعالة ومشاركة بين الشرط السالب و الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث يسعى هذا الأخير في تحديد نطاق أعمال كل من الشرط السالب و الدفع<sup>1</sup>.

### خامسا: وجوب إبداء الدفع أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع ثانيا

يعد هذا الشرط شكليا، حيث يرى الفقه الراجح في كل من فرنسا و مصر بأنه من المستحسن أن يتوفر من أجل قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، و يظهر هذا الشرط من خلال تطبيق قاعدة " المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا هي أولى المحكمتين بالفصل فيها"، حيث أن هذا المعيار عمل به المشرع الفرنسي و المصري في القانون الداخلي، إلا أن هذا القيد يعد من بين الشروط التي اختلف الفقه المصري على الأخذ بها، فيرى البعض بحتمية الأخذ به تماشيا مع ما هو معمول به على الصعيد الداخلي ، وفي المقابل يرى البعض الآخر و على رأسهم الدكتور "هشام علي صادق" بأنه لا فائدة من التمسك به، فمعيار الأسبقية الزمنية وهو فحوى هذا الشرط لن يكون بنفس درجة الفعالية و الواقعية التي تتسم بها المحكمة الأكثر ملائمة للفصل في النزاع و الأكثر قدرة على كفالة الأثر الصادر بشأنه، خاصة أنه قد يصادف أن تكون المحكمة التي أثير الدفع أمامها أولا هي الأقل قدرة على الفصل في النزاع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التخلي عن الاختصاص لقيام ذات النزاع

#### أمام محكمة أجنبية.

على الصعيد الداخلي ومن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نرى أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة التخلي بصورة عامة في القسم الثاني من الباب الثالث المتعلق بوحدة الخصومة القضائية و الارتباط، حيث وفي ما يهم مسألتنا محل الدراسة والتي تتجسد في قيام ذات النزاع أمام محكمتين، نرى أن

<sup>1</sup> - أنظر: هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> - أنظر: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 87-88.



المشروع قد نص عليها في المادتين 53 و 54 ق إ م إ، حيث تنص المادة 53 على أنه « تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين و من نفس الدرجة »، في حين أن المادة 54 تنص على أنه « يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك، ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائياً إذا تبين له وحدة الموضوع»<sup>1</sup>، وإذا كان المشروع الجزائري هنا قد أخذ بهذا المبدأ على نطاق القانون الداخلي أسوة بالتشريعات المقارنة كمصر<sup>2</sup>، فرنسا<sup>3</sup>، ولبنان<sup>4</sup>، قد يطرح تساؤل حول موقفه من هذه المسألة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وبالتالي هل يخول له أن يقبل التخلي عن اختصاصه في حالة الدفع بالإحالة الذي قد يثار أمامه، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه قد سبق وإن تم رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية أخرى قياساً على ما هو معمول به في القانون الداخلي أم لا ؟.

موقف المشروع الوطني في ما يتعلق سوى بقبول أو رفض الدفع بالإحالة في المنازعات الخاصة الدولية لا يزال غامضاً، إلا أنه و في قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1997/02/17<sup>5</sup>، و المعلق عليه من طرف الأستاذة " ياقوت عكرون" (YAKOUT Aknoun) في مقالها<sup>6</sup>. حيث تتلخص وقائع القضية في زواج جزائرية مقيمة في الخارج بتاريخ 16 أكتوبر 1989 من أجنبي يحمل الجنسية الإيطالية، وبعد مدة من الزمن بادر هذا الأخير برفع دعوى أمام المحاكم الإيطالية يطالب فيها بالانفصال الجسماني، إلا أنه وبالموازاة مع ذلك أقام دعوى ثانية أمام محكمة بئر مراد رابيس بالجزائر بتاريخ 1996/02/25 يطالب فيها بالطلاق، وهذا ما أدى إلى إصدار حكم يقضي بالطلاق في 14 جويلية 1997، وبناء على ذلك قامت الزوجة بنقض الحكم الذي يقضي بطلاق الزوجين، وعليه يعد هذا القرار مهم من

<sup>1</sup> - القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - المادة 112 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري « إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة للارتباط جاز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين، و تلتزم المحال إليها الدعوى بنظرها ».

<sup>3</sup> - Article 100 du code procédure civil français « Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office ».

<sup>4</sup> - المادة 54 من قانون أصول المرافعات المدنية اللبنانية « يتوافر الدفع بسبق الإدعاء عندما تقام الدعوى نفسها أمام محكمتين مختلفتين كليهما مختصتان بنظرها»

- المادة 56 من نفس القانون «على المحكمة التي أدلى أمامها سبق الإدعاء أو بالتلازم مع دعوى مقامة سابقاً لدى محكمة أخرى أن ترفع يدها عن الدعوى و تحيلها إلى هذه المحكمة».

<sup>5</sup> - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082 الصادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، ع 01، 2001، ص 167.

<sup>6</sup> - Akroun Yakout, observation de l'arrêt rendu par la cour suprême le 17 février 1998 relatif au divorce d'un couple mixte, revue Idara, Vol 01, N° 02, 2001.

الناحية النظرية أكثر لما هو عليه من الناحية التطبيقية، حيث كان من الممكن أن يمثل هذا القرار فرضية تطبيق القوانين الداخلية على منازعة دولية خاصة، رغم أن المحكمة العليا كانت متحفظة بهذا الشأن و لم تتبنى هذا التصور (تمديد قواعد الاختصاص)<sup>1</sup>، إلا أن الزوجة ومن خلال طعنها بوجه وحيد لم تبين على أي أرضية تستند، هل بغرض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أم من أجل الإحالة للارتباط؟.

يفهم مما سبق بأن الزوجة ( الطاعنة) على مستوى المحكمة الابتدائية أرادت تأسيس طلباتها على أساس الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، إلا أنها غيرت إستراتيجيتها على مستوى المحكمة العليا و حاولت الاستناد على أساس الدفع المتعلق بشأن الارتباط<sup>2</sup>، المحكمة العليا وفي ردها عن الوجه الوحيد للطعن المقدم والمؤسس على فكرة الارتباط، قامت برفضه لكونه في غير محله<sup>3</sup>، إلا أنه وفي حقيقة الأمر يتضح أن الدفع المثار هنا يتمثل في الإحالة لقيام ذات النزاع لما تبين في رد المحكمة العليا: " يتبين من أوراق الطعن أن المطعون ضده رفع دعوى ثانية أمام محكمة بئر مراد رابيس"، فالذي لا شبهة فيه أن هذه الصياغة تنطبق على مبدأ الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية عملا بمعيار الأسبقية الزمنية في رفع الدعوى، مما سوف يؤدي إلى تخلي القاضي الجزائري عن اختصاصه لصالح المحكمة الأجنبية، مقتضى ما تقدم أن المحكمة العليا بمجرد قبولها لمناقشة هذه المسألة، فأنها ربما أتاحت الفرصة ولو ضمنيا لمناقشة قبول الدفع بالإحالة<sup>4</sup>.

ولكن لا يفوتنا أن ننوه بشأن اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا) التي صادقت عليها الجزائر<sup>5</sup>، حيث تكمن أهمية هذه الاتفاقية بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وما يتنج عنها من فوائد بالنسبة للأشخاص و الأموال تحديدا في

<sup>1</sup> - «...ce passage de l'arrêt est intéressant, tant du point de vue théorique que pratique, Au plan théorique nous sommes la en présence d'un cas d'application d'une règle de droit interne a un litige international, mais il faut regretter que la haute juridiction algérienne ait été peu prolix et n'aie pas fondé cette extension... » voir : Akroun Yakout, Op.cit, P 194.

2- : Akroun Yakout, Op.cit, P 199.

<sup>3</sup> - «... و حيث أن هذا الفرع في غير محله ذلك أنه يتبين من أوراق الطعن أن المطعون ضده رفع دعوى ثانية أمام محكمة بئر مراد رابيس طلب فيها الطلاق، و صدر بتاريخ 1996/07/14 يقضي بالطلاق و لما كان ذلك فانه لا وجود أي ارتباط بمفهوم المادة 92 من قانون الاجراءات المدنية لاختلاف دعوى الانفصال الجسماني عن دعوى الطلاق و من ثم يكون هذا النعي غير منتج...» ، قرار المحكمة العليا رقم 170082 الصادر بتاريخ 1998/02/17، المشار إليه سابقا، ص ص 168 – 167.

<sup>4</sup> - Akroun Yakout, Op.cit, P 197-198.

<sup>5</sup> - مرسوم رئاسي رقم 181-94 مؤرخ في 17 محرم عام 1415 هـ الموافق ل 27 يونيو 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 09 و 10 مارس سنة 1991 ج.ر.ع، 43، سنة 1994، ص 06.

ميدان التجارة الدولية، وسعيها في توحيد القواعد المطبقة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، و توحيد قواعد القانون الدولي الخاص عموماً<sup>1</sup>، ومن زاوية أخرى وحرصاً منها على تغطية كافة مسائل الاختصاص الدولي نظمت هذه الاتفاقية مسألة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في القسم الرابع المتعلق بالاختصاص و الاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها، وذلك من خلال نص المادة 36 و التي تنص على ما يلي « إذا رفعت دعاوى متحدة في الأشخاص و الموضوع و السبب أمام عدة محاكم مختصة طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية انعقد الاختصاص للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً وذلك دون الإخلال بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 33 من هذه الاتفاقية. »

وتماشياً مع ما سبق يتضح من خلال نص المادة 36، أن الاتفاقية أخذت بالشروط المعمول بها و المعترف بها دولياً وهي ( وحدة الموضوع، و حدة السبب، وحدة الأطراف) و أن يتوافر الاختصاص لكلتا المحكمتين المنتميتين إلى دول الإتحاد، وعلى هذا الأساس جاز للمحكمة المرفوع أمامها النزاع لاحقاً أن تتخلى عن اختصاصها عملاً بمبدأ الأسبقية الزمنية للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً، إلا أن المادة 36 وضعت شرط صريح و الذي يتمثل في عدم الإخلال بقواعد الاختصاص الحصري، فالمسائل التي تعتبرها الدولة تدخل ضمن نطاق الاختصاص الحصري، فبالضرورة ترى بأنه من الواجب أن يطبق عليها قانونها، فصفة الحصرية هنا تتجسد في بعض المسائل التي من شأنها عدم قبول الدولة لأي دولة أخرى في أن تزاحمها فيما لأنها مرتبطة بجملة من الأعتبرات تهتم بطبيعة النزاع وحساسيته من ناحية النظام العام و سيادة الدولة<sup>2</sup>، وبموجب الاتفاقية تم التطرق إلى هذا الاختصاص ( الحصري) في المادة 33 و التي تنص على «تختص محاكم كل طرف متعاقد بالفصل دون سواها في الأمور التالية:

(أ) الحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن ببلده .

(ب) صحة أو بطلان أو حل الشركات أو الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها ببلده و كذلك

في صحة أو بطلان قراراتها.

(ت) صحة القيد بالسجلات العامة الموجودة ببلده

<sup>1</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقاً لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، مجلة دفاتر المتوسط، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، ع 07، ص 391.

<sup>2</sup> - أيوب دينوري، تلازم الاختصاص القضائي و القانوني في المنازعات الدولية الخاصة، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد صديق بن يحيى، جيجل، مج 05، ع 02، 2020، ص 49.

ث) إذا تعلق الدعوى بالأهلية أو الأحوال الشخصية لمواطني الطرف المتعاقد المنتسبين إليهم بجنسيتهم وقت رفع الدعوى

ج) صحة تسجيل براءات الاختراع و علامات الصنع و الرسوم و النماذج و نحوها من الحقوق المماثلة الواقع تسجيلها أو إيداعها ببلده  
ح) تنفيذ الأحكام إذا كان مكان التنفيذ ببلده<sup>1</sup>.

ففي الدعاوى العينية العقارية –أ- يعد هذا الاستثناء مبدأ شائع دوليا و لعل الحكمة من تقريره تتجلى في أمرين: أحدهما عمليا، نظرا لقرب العقار من محكمة الدولة، حيث تبرز هنا فكرة الرابطة الجدية من حيث سهولة الإجراءات القانونية كالمعاينة والخبرة القضائية، أما الأمر الثاني فهو قانوني لكونه يستند على مبدأ قوة نفاذ الأحكام القانونية<sup>2</sup>، في نفس السياق المشعر الجزائري ومن خلال المادة 1/40 ق إ م إ « ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها، في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال<sup>3</sup> »، ومن هذا المنطلق أيضا نص المشعر التونسي في مثل هذا النوع من الدعاوى في الفقرة الثانية من الفصل الثامن (2/08) لمجلة القانون الدولي الخاص على أنه « تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر... إذا تعلق الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية<sup>4</sup> ».

أما في ما يتعلق بالتصرفات الواردة على الشركات –ب- يعود وفقا لهذه الحالة حسب القواعد العامة المعمول بها، و هي المحكمة المختصة إقليميا للمقر الرئيسي للشركة في المنازعات المرتبطة ببطلان أو حل الشركة، و بالنسبة للاختصاص بصحة القيود – ت- يؤول هنا الاختصاص لمحاكم البلد المتعاقد التي تتواجد به هذه السجلات، وترجع الحكمة هنا من صياغة قواعد الاختصاص لمدى قرب قضاء الدولة من الإطلاع على هذه السجلات، و التأكد من مدى سلامتها و مراقبة كافة الإجراءات المتخذة بشأنها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 402، أنظر أيضا: كمال سمية، المرجع السابق، ص 81-82.

<sup>3</sup> - القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقا.

<sup>4</sup> - قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية (الجريدة الرسمية)، س 141، ع 96، 01 ديسمبر 1998 ص 2392.

<sup>5</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقا لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق، ص 402.

وفي نفس السياق تبنت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي و المصادق عليها من طرف الجزائر<sup>1</sup>، فكرة الإحالة لقيام ذات النزاع و ذلك من خلال المادة 30/ 05 المتعلقة بحالات رفض الاعتراف بالحكم و التي تنص على ما يلي « يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الآتية... -ه- إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بين الخصوم أنفسهم و يتعلق بذات الحق محلا و سببا، و كانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم هذا الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار إليه، وللجهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقا لنص المادة أن تراعي القواعد القانونية في بلدها<sup>2</sup>».

وبناء على ما سبق، يلاحظ بأن الاتفاقيتين في معالجهما لمسألة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية لدول الإتحاد ( بالنسبة لدول المغرب العربي) أو الدول الأعضاء ( بالنسبة للدول العربية المصادقة) قد تبينتا في الشروط المدرجة في نصوص المواد من أجل إعمال هذا الدفع هو معيار الأسبقية الزمنية، أسوة بالمشعر الأوروبي ( اتفاقية بروكسل) و هو ما عمل به أيضا المشعر الجزائري في قواعد القانون الداخلي في نص المادة 54 من ق إ م إ، إلا أنه كما قلنا سابقا بأن هذا المعيار الأخير تم نقده، وذلك نظرا لأن هذا المبدأ يرتكز على الأسبقية في طرح النزاع على المحكمة التي ستتم إحالة الدعوى إليها قياسا على الوضع في المرافعات الداخلية ولعدم صلاحيته على الصعيد الدولي القائم على المنازعات التي تتضمن عنصر أجنبي، و ذلك لاختلاف في التركيبات ولما قد يخلفه من اختصاص محكمة غير ملائمة لنظر النزاع<sup>3</sup>، كما أن مسألة سبق رفع الدعوى كوسيلة لتحديد ولاية المحكمة في حالة ما إذا تم رفع النزاع أمام عدة محاكم يعود لها الاختصاص وفقا للقانون الداخلي لا يرقى إلى التطبيق بصورة مطلقة و إنما بطريقة نسبية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق ل11 فيفراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق ل06 أبريل سنة 1983، و كذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج.ر، ع 11، سنة 2001.

<sup>2</sup> - أنظر البند -ه- من المادة 30 من نفس الاتفاقية.

<sup>3</sup> - أنظر في نقد معيار الأسبقية: هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، ص 11، راجع أيضا: أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، 440.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 54.

وهكذا ننتهي إلى سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم مسألة الدفع بالإحالة في ميدان الاختصاص القضائي الدولي، على خلاف موقفه الصريح في مجال القانون الداخلي، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة رفضه الأخذ بهذا الدفع في ما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية، إلا أن البعض من الفقه الجزائري يرى بأن المشرع الجزائري أخذ بموقف الفقه التقليدي لكل من مصر وفرنسا في رفضه للدفع بالإحالة و التثبيت بفكرة السيادة<sup>1</sup>، فالواقع أن المشرع الوطني بسكوته ربما أتاح الفرصة للقضاء والفقه من أجل الاجتهاد و البحث في هذا الموضوع، كما أنه من المعلوم أيضا في القانون الجزائري لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الدفع صراحة، كما هو الحال في بعض التشريعات المقارنة<sup>2</sup>، التي تمنع قضاءها بصورة صريحة على الأخذ بهذه الفكرة، ونحن من جانبنا نؤيد مبدأ قبول الدفع بالإحالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، وأنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ به في القانون الجزائري متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المواد 53 و 54 من ق إ م إ مع صرف النظر عن الطرح القائل بمعيار الأسبقية الزمنية الذي يفقد أهميته على الصعيد الدولي و تعويضه بمبدأ المحكمة الأكثر ملائمة للفصل في النزاع أو الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنه أسوة بما أخذ به الفقه المصري الحديث، وتجدر الإشارة بأنه يقاس مدى ملائمة المحكمة للبت في الدعوى من خلال قدرتها على إصدار أحكام مضمونة النفاذ، و بالضمانات الموفرة للخصوم، و الزمن المقطوع في نظر الدعوى<sup>3</sup>.

ففكرة التعاون القضائي الدولي و انحصار فكرة السيادة الإقليمية في مجال القانون الدولي الخاص أفسحت المجال لإرساء منظومة قانونية هدفها اعتبارات حسن سير العدالة الهادفة لمنع تضارب الأحكام و حماية المصالح المشروعة للأفراد في القانون الدولي الخاص<sup>4</sup>، المشرع الجزائري مدعو إلى مواكبة الغالبية العظمى من الأنظمة القانونية المعاصرة و التي تقر قبول الدفع بالإحالة، و ترك الانعزالية القانونية الناجمة عن المبالغة في الأخذ بفكرة السيادة، و من هذا المنطلق فإذا تبين للقاضي الجزائري المختص بالنزاع أن المحكمة الأجنبية هي الأكثر ملائمة و الأكثر قرب من أدلة المرتبطة بالدعوى و كفالة آثار الحكم بشأنها، كان له أن يتخلى عن نظرها بمجرد توافر الشروط اللازمة مع مراعاة الاختصاص الحصري (المانع) للمحاكم الجزائرية.

<sup>1</sup> - موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، ( القواعد المادية)، ترجمة فانز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 30.

<sup>2</sup> - أنظر: هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 106.

<sup>3</sup> - راجع في موقف الفقه المصري: هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، ص 11، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 193، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 45.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 84.

وعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع الجزائري لمسألة الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، إلا أنه لا يفوتنا أن ننوه بأن التشريع الوطني متجاوب إلى حد بعيد مع متطلبات التعاون القضائي الدولي في عدة جوانب أهمها:

- التزام الجزائر بعدة اتفاقيات دولية تتضمن التعاون القضائي الدولي، من خلال المصادقة على كل من اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي (راس لانوف)<sup>1</sup> و اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي<sup>2</sup>.
- نظام الاعتراف بالأحكام و السندات الأجنبية في الجزائر، و لطالما أن الاعتراف بالأحكام الأجنبية يكون مرتبطا بالاعتراف بالإجراءات القائمة أمام محاكم الدول الأخرى و بما أن الإحالة القضائية لها صلة بمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية مما سوف يترتب ذلك فرضية قبول هذا الدفع<sup>3</sup>، و في هذا الشأن نظم المشرع الوطني اعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال نص المادة 605 من ق إ م !.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>3</sup> - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 192.

## المبحث الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الارتباط وتعدد

## المدعى عليهم

قد تؤدي الطلبات إلى بعض من الصعوبات في الدعوى، سوى من خلال البطء في الإجراءات أو من ناحية مشاكل الاختصاص، إلا أنها في نفس الوقت تؤدي إلى تحقيق العدالة و حماية مصالح الأفراد من خلال عدم اضطرابهم لرفع دعوى إضافية، فالارتباط غايته تهدف إلى تحقيق حسن سير العدالة من حيث ضم الدعاوى المتصلة بعضها البعض أمام نفس القاضي للفصل فيهما معاً، عملاً بمبدأ الاقتصاد في الإجراءات القضائية وتوفير النفقات و الاختصار في الوقت، إلا أن الهدف الأسى هو ضمان وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام<sup>1</sup>، ومن زاوية أخرى قد نكون بصدد وضع عادي لأي دعوى عندما تباشر أمام مدعى عليه واحد إلا أنه قد يصادف أن يتعدد المدعى عليهم و تقع مواطنهم في عدة دول أجنبية، فإذا تم هنا إتباع القاعدة العامة في وجوب منول كل واحد منهم أمام محكمة المختصة إقليمياً حسب موطنه، سوف نكون بهذا الصدد أمام ضرورة تجزئة الدعوى، وتحميل الخصوم عبئ مضاعفة النفقات و فرص أكثر لصدور أحكام متضاربة<sup>2</sup>، فإذا ما كانت القوانين الداخلية سعت إلى إيجاد حل لمثل هذه الوضعية فإن الأمر في مجال الاختصاص القضائي الدولي يعتبر أكثر تعقيداً مما يظهر عليه، خاصة أن مثل هذه النزاعات تشتمل على عنصر أجنبي و تتجاوز الحدود الوطنية وخاصة ما إذا كان المدعى عليهم أجنبياً، من هذا المنطلق ظهرت فكرة تعدد الخصوم و الطلبات في الدعوى ودورها في تحقيق اعتبارات العدالة و وحدة الخصومة القضائية على الصعيد الدولي، وفي هذا المبحث سوف نحاول في مرحلة أولى دراسة مضمون فكرة التخلي عن الاختصاص في حالة الدفع بالارتباط وامتداد الاختصاص القضائي الدولي (المطلب الأول)، ثم في مرحلة ثانية الاختصاص في حالة تعدد المدعى عليهم (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: التخلي عن الاختصاص للارتباط وامتداد ولاية المحكمة بالدعاوى

## المرتبطة

من القواعد المتفق عليها في فقه القانون الدولي الخاص و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ولاية المحكمة بالدعاوى المرتبطة بالدعاوى الأصلية المرفوعة أمامها حتى وإذا كانت الدعوى المرتبطة غير

<sup>1</sup> - طارق عواد عبد القادر عودة، الارتباط بين الدعاوى والطلبات في ضوء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2019، ص ص 01-02.

<sup>2</sup> - ياسر سبهان حمد، تعدد المدعى عليهم و الطلبات و أثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، مجلة كلية القانون و العلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، مج 01، ع 09، 2021، ص 02.



مختصة بها فيما لو رفعت أمامها صورة مستقلة عن الدعوى القائمة أمام محكمة الموضوع الأصلي<sup>1</sup>، هذا ما يجعل القاضي الوطني قد يتخلى عن الاختصاص القضائي الدولي الثابت لمحاكمه أيضا في حالة الارتباط و ذلك بهدف تحقيق لمصلحة الخصوم و ضمان البت في النزاع المطروح وتنفيذ الحكم الصادر بشأنه، كما أنه من حسن سير العدالة قد يتسع نطاق الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية ليشمل بذلك الدعوى المرتبطة بالدعوى المقامة أمامها والتي لم تدخل في الأصل في دائرة اختصاصها وتمثل هذه الحالات في الاختصاص بالمسائل الأولية والطلبات العارضة<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس سوف نحاول توضيح كل من المقصود بالتخلي عن الاختصاص للارتباط (الفرع الأول)، وتبيان الحالات التي يمتد فيها الاختصاص لنظر مثل هذه الحالات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المقصود بالتخلي عن الاختصاص للارتباط

يعرف الارتباط (connexité) بأنه « صلة وثيقة بين دعويين تجعل من اللازم جمعهما أمام محكمة واحدة، وإلا فقد يصدر فيهما حكمان يصعب تنفيذهما أو قد يستحيل هذا التنفيذ»، إلا أن هذا التعريف تم انتقاده لعدم شمله كافة حالات الارتباط، بل أن هذا التعريف يميل إلى حالة عدم التجزئة ولا يشمل الارتباط، فلم يكن المغزى هنا من الارتباط بوصفه إجراء يؤدي إلى تفاذي عدم إمكانية أو صعوبة تنفيذ الأحكام، بل قصد به أيضا حسن سير مرفق العدالة و توفير النفقات والجهد، حيث أنه من المعلوم أن دمج القضايا المرتبطة أمام محكمة واحدة يسهل من فرضية الفصل فيها في وقت قصير مع نفقات أقل<sup>3</sup>.

كما عرف آخرون الارتباط بأنه « صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب و من حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقهما و التحكم فيهما معا، منعا من صدور أحكام لا توافق بينهما»، وتظهر هذه الصلة في الاشتراك الجزئي لعناصر الدعوى الموضوعية بالمحل فقط أو بالسبب الذي تنشأ عنه، بحيث يكون هنا عامل تأثير في فصل دعوى عن أخرى، فإذا كان " الارتباط بين دعويين يعني وجود صلة بينهما إلا أن الذي يساعد على كشف هذه الصلة وتوضيحها هو اشتراك الدعويين في المحل و

<sup>1</sup> - سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - أنظر: وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات (القسم الأول)، ط 06، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 249.

السبب"، ومن هذا المنطلق يمكن أن يتحقق الارتباط حتى ولو لم يكن الموضوع والسبب متحدين، كما لا يعد من الضروري أيضا توافر نفس الخصوم في الدعويين<sup>1</sup>.

كما يستند الارتباط على أساس وحدة موضوع الدعوى أو سببها أو أطرافها، إلا أنه مع ذلك قد ينشأ الارتباط في غير هذه الفرضيات، كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الفصل فيهما معا، وهي عبارة عن مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وهذا حسب ما جرت عليه العادة لدى القضاء و النظام القانوني لكل من فرنسا و مصر<sup>2</sup>.

ومن أمثلة الارتباط دعوى استرداد الحيازة ودعوى الضمان و الدعوى المترتب عليها الالتزام بالضمان، ودعوى الفسخ اللتان يرفعهما كل من المتعاقدين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته، ودعوى الموكل على وكيله برد ما سلمه إليه من مستندات بمناسبة التوكيل، دعوى الوكيل على الموكل بطلب مصاريفه وأتعابه، و كذلك الدعوى التي يرفعها متعاقد بتنفيذ العقد و الدعوى التي يباشرها المتعاقد الآخر ببطان العقد<sup>3</sup>.

المشرع الفرنسي عرف الارتباط من خلال نص المادة 101<sup>4</sup> من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث جاء في صدها « إذا وجدت صلة بين قضيتين مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين من شأنهما أن تجعل من حسن سير العدالة تحقيقهما و الفصل فيهما معا فإنه يمكن أن يطلب إلى إحدى هاتين المحكمتين التخلي وإحالة القضية إلى المحكمة الأخرى»، ويفهم من ما تضمنه النص أن المشرع الفرنسي لم يعرف الارتباط في مجال قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعدم شمله كل صور الارتباط في نطاق الأعمال الإجرائية، حيث أن التعريف تم التطرق إليه في إطار دعاوى على وجه التحديد وحصره في دائرة الإحالة للارتباط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى للطباعة و النشر، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 143.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 251. أنظر أيضا، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 178-179.

<sup>4</sup> - Article 101 : « S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction. »

<sup>5</sup> - هادي حسين الكعبي، الارتباط في إجراءات التقاضي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، ع 01، 2019، ص 180.

إلى أن الفقه الفرنسي أعطى تعريف شاملاً لهذا الدفع بأنه "صلة بين قضيتين يحقق البت فيهما سوية فائدة للعدالة"، وتظهر شمولية هذا التعريف من خلال فائدة جمع الدعاوى على أساس الارتباط لا تستند فقط على منع تضارب الأحكام، بل يتعدى ذلك إلى وحدة الخصومة والاقتصاد في الجهد و النفقات لطرفي الدعوى<sup>1</sup>.

وعلى الصعيد الداخلي تتجلى أهمية الارتباط في إمكان الدفع بالإحالة من محكمة إلى محكمة أخرى حتى تنظر الدعويين المرتبطين محكمة واحدة، والهدف من ذلك الصلة الوثيقة بينهما بالإضافة لمنع صدور أحكام متعارضة في هذا الشأن، ويرتب الارتباط هنا عدة آثار، لعل أبرزها جواز لكل من المدعي و المدعى عليه تقديم طلب عارض، وفي نفس السياق قد يؤدي إلى لعب دور مهم في امتداد اختصاص المحكمة للفصل في الطلبات العارضة والتوسيع من نطاق الطعن في الحكم إلى الأجزاء التي لم يطعن فيها<sup>2</sup>، كما أن الدعويين قد يصلوا إلى حد من الارتباط يخشى بموجبه صدور حكمين متناقضين لا يصلح تنفيذهما معا إذا لم تنظر و تفصل فيهما محكمة واحدة، ووفقا لهذه الحالة نكون أمام وضعية عدم التجزئة<sup>3</sup>.

وفي المنازعات الدولية الخاصة يكون الارتباط (connexité internationale) بمثابة الوضعية التي تنشأ عن إجراءين يتعلقان بنزاعين متصلين ومرتبطين أمام كل من المحاكم الوطنية و المحاكم الأجنبية<sup>4</sup>، وللارتباط على الصعيد الدولي دورين مهمين الأول إيجابي و الثاني سلبي في تحديد الاختصاص، وتكمن الصفة الإيجابية هنا في جلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية و تصبح بذلك ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المباشر، أما عن الدور السلبي في هذه الحالة يظهر بالنسبة لولاية المحاكم الوطنية، والتي من شأنها أن تؤدي إلى تخلي القاضي الوطني عن نظر النزاع لفائدة المحاكم الأجنبية، حيث يقوم هذا الدور وفقا لهذه الحالة، بسلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 144.

<sup>3</sup> - راجع في هذا المعنى، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 251.

<sup>4</sup> - la connexité internationale « est la situation qui se réalise lorsque deux procédures portant sur deux litiges liés ou connexes sont pendantes devant les tribunaux nationaux et devant les tribunaux étrangers » en ce sens : Ben Achour Souhayma, les conflits de procédures et de décisions en droit international privé Tunisien, R.I.D.C, vol 65, n° 2, 2013, p 297.

<sup>5</sup> - « ... En matière internationale, la connexité peut jouer de deux façons différentes, soit de façon positive, en faveur des tribunaux du for, et être a ce titre un chef de compétence internationale direct, soit de façon négative, au détriment au juridictions nationales et

ومما لا يدعو لشك، أن اعتبارات حسن سير العدالة وتفادي تضارب الأحكام هي التي دعت إلى ضرورة الأخذ بقاعدة الارتباط في مجال القانون الداخلي، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص دعا إلى اعتناق هذا المبدأ على النطاق الدولي ليصبح شاملاً للمنازعات التي تتضمن عنصر أجنبي و تتعدى الحدود الوطنية ووضع نظرية خاصة بها<sup>1</sup>.

المشرع المصري ومن خلال نص المادة 33 التي تنص على أنه « إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل... كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها»، حيث أن هذا النص جاء بشكل عام، كما يمتد حكمه إلى منازعات الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية، وهو ما يفسر أن الارتباط غير مقيد بنوع الدعوى، وعليه يتحدد مفهوم الارتباط وفقاً للمشرع المصري بوصفه قانون القاضي، حيث يرى الفقه والقضاء على وجوب السعي في التوسع في مدلول الارتباط، حتى أصبحت صفة الرابطة الوثيقة فيه بين كل من الدعويين تجعل من الأجدر و من حسن سير القضاء جمعهما والفصل فيهما معاً أمام محكمة واحدة.

ولا يعد من الضروري لتوافر الارتباط وحدة السبب أو الموضوع أو الخصوم في الدعويين، وان كانت وحدة الموضوع و السبب هي أسى درجات الارتباط<sup>2</sup>، وعلى ضوء ما تقدم سوف نحاول دراسة موقف الفقه من مدى جواز التخلي عن الاختصاص للارتباط (أولاً) ثم عرض موقف التشريع الأوروبي من مسألة التخلي للارتباط (ثانياً)، بيان موقف المشرع الجزائري من التخلي للارتباط في مجال الاختصاص القضائي الدولي (ثالثاً).

### أولاً: الموقف الفقهي من مدى جواز التخلي عن الاختصاص للارتباط

مثلاً اختلف الفقه في تقدير مدى جواز الأخذ بمسألة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، ومدى حق القاضي في التخلي عن اختصاصه لفائدة المحكمة الأجنبية، وقع تباين أيضاً في تقدير حالة الارتباط وما تقتضيه لحسن سير العدالة من حتمية التخلي لمنع تضارب الأحكام على الصعيد الدولي، حيث ثار في هذا الصدد خلاف فقهي بين كل من موقف الفقه التقليدي الراض بتاتا لهذا الطرح،

constituer dans ce cas une exception aboutissant dessaisissement du juge du for au profit du juge étranger... » Ibid., p. 297.

<sup>1</sup> - أنظر هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 179.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 730-731.

وموقف الفقه الحديث الذي يرى بضرورة جواز الأخذ بهذا الدفع أسوة بما هو معمول به على مستوى القوانين الداخلية.

### 1) موقف الفقه التقليدي الرافض لفكرة التخلي عن الاختصاص للارتباط

يرى الفقه التقليدي وعلى رأسه الدكتور عز الدين عبد الله، أنه إذا كان من شأن الارتباط جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية المصرية فليس من حقه في المقابل سلب هذا الاختصاص لفائدة المحكمة الأجنبية، ومن هذا المنطلق عدم جواز أبداء هذا الدفع أمام القضاء الوطني بطلب إحالة الدعوى المرفوعة لصالحها إلى محكمة أجنبية أخرى على أساس ارتباطها بدعوى أخرى أو لقيام ذات النزاع<sup>1</sup>، ويعلل فقهاء هذا الاتجاه رفضهم لمسألة الإحالة للارتباط بحجة عدم جواز تمديد قواعد الاختصاص الداخلي التي تتضمن التخلي عن الاختصاص للارتباط وإعماله في مجال العلاقات الخاصة الدولية و المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي<sup>2</sup>، كما أن القواعد المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية ليست من قبيل "القواعد الموزعة للاختصاص" على خلاف المعايير المتعلقة بالاختصاص الداخلي، حيث أن المشرع الوطني يقوم بتوزيع الاختصاص بنظر المنازعات على مختلف الهياكل القضائية في الدولة و يحل على إثرها المشاكل المتعلقة بالاختصاص ذاته على أكثر من محكمة في إقليم نفس الدولة، وهذا ما أخذ به المشرع حسب الفقه التقليدي من خلال نص المادة 112 من المرافعات المدنية و التجارية و هو الأمر صعب التصور من الناحية العملية في مجال الاختصاص القضائي الدولي، ومن هذا المنطلق تتأكد طبيعة القواعد الآمرة المطلقة المنظمة لقواعد الاختصاص الدولي من ناحيتين حيث تتمثل في :

- الناحية الأولى: لا يخول للقاضي تحت أي ظرف التخلي عن الاختصاص للمحاكم

المصرية.

- الناحية الثانية: عدم جواز إحالة القاضي المصري الاختصاص المقرر له إلى أي محكمة

أجنبية، و عكس ذلك يؤدي إلى التعارض مع أحكام القانون المصري خاصة المادة 298 منه<sup>3</sup>.

وبالإضافة للحجج السابقة يضيف الفقه التقليدي الرافض لفكرة التخلي للارتباط حجة عدم

وجود سلطة فوقية، وذلك لأنه من متطلبات إحالة الاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنية إلى

<sup>1</sup>- راجع في هذا المعنى، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 731.

<sup>2</sup>- صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 156.

<sup>3</sup>- أنظر، هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 103.

القضاء الأجنبي يلزم من خلاله وجود سلطة عليا فوق الدول تتولى مسألة توزيع الاختصاص القضائي بين مختلف هياكل قضاء الدولة الواحدة، علما أن هذا الشرط غير متوفر في مجال المجتمع الدولي لتنظيم هذا النوع من المسائل، وعليه فتجسيد فكرة التخلي على هذا الأساس يصبح غير ممكن لعدم وجود محكمة عليا ذات اختصاص عام في هذا النطاق الذي يخول لها تحديد الاختصاص القضائي الدولي و البت في مثل هذا النوع من المنازعات<sup>1</sup>.

## (2) موقف الفقه الحديث المؤيد للتخلي عن الاختصاص للارتباط

الفقه الحديث وفي مقدمتهم الدكتور هشام علي صادق، يرى بأن متطلبات التعاون القضائي الدولي في ميدان القانون الدولي الخاص تستلزم قبول الدفع بالإحالة للارتباط إذا ظهر للمحاكم الوطنية أن القضاء الأجنبي المختص بنظر الدعوى الأصلية أكثر ملائمة و الأكثر قدرة و تمركزا خاصة من ناحية كفاءة أثار الأحكام الصادرة بشأنها، و المسعى الرئيسي من ذلك تلافي تناقض الأحكام القضائية و ضرورة الحفاظ على استقرار المعاملات الدولية<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق استقر الفقه الحديث على كبح فكرة السيادة الإقليمية وحصرتها في مجالات محددة، لا تؤثر بشكل كبير على مقتضيات العلاقات الخاصة الدولية و ذلك من خلال محاولة التقليل من التأثير الكبير للفقه التقليدي الذي كرس ربط فكرة النظام العام بكافة مواضيع الاختصاص القضائي الدولي، والدعوة إلى انضمامه إلى مصاف العولمة المعاصرة التي ترتكز على اعتبارات التعاون القضائي الدولي بين مختلف الأنظمة القضائية، والسعي إلى تقريب المحاكم الوطنية و الأجنبية من بعضها البعض، تلبية بذلك لاعتبارات العدالة والإنصاف والحماية الضرورية لحقوق الأفراد ومراكزهم في المنازعات الدولية الخاصة، ولا يتحقق هذا كله إلى من منطلق تقبل فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي بشأن نوع معين من المنازعات، وإحالاته إلى المحاكم الأجنبية المصنفة أكثر قدرة على الفصل فيه<sup>3</sup>.

على هذا الأساس شاطر أغلبية الفقه المصري هذا الموقف، الذي يرى بأنه ليس هناك ما يمنع المحاكم المصرية من قبول الدفع بالإحالة للارتباط، و متى تبين للقاضي الوطني أن المحاكم الأجنبية التي

<sup>1</sup> - يعي أحمد زكرياء الشامي، المرجع السابق، ص 2651، أنظر أيضا، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 180.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك تفصيلا، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 432.

تنظر الدعوى هي الأكثر قدرة على الفصل فيها، و إذا كان نص المادة 33 من قانون المرافعات يسعى إلى ضمان حسن سير العدالة فلماذا لا تتخلى المحاكم المصرية عن نظر هذه المسألة؟<sup>1</sup>.

### ثانياً: موقف التشريع الأوروبي (بروكسل) من مسألة التخلي للارتباط

نظم التشريع الأوروبي، " تشريع بروكسل " ( Règlement Bruxelles I ) مسألة التخلي عن الاختصاص للارتباط من خلال نص المادة 28<sup>2</sup> منه، و كذلك من خلال المادة 30 من (Règlement Bruxelles I Bis)<sup>3</sup>، إلا أن التشريع الأخير انتهج نظام خاص في تحديد فكرة الارتباط عند رفع هذه المسألة أمام إحدى دول الإتحاد في مقابل دولة غير منتمية إليه، بحيث أن اختصاصها قائم وفق الضوابط التي تناولتها المادة 34 من نفس التشريع<sup>4</sup>، ومن المنطلق ذاته اشترط هذا التشريع لإعمال هذه القاعدة توافر ارتباط بين الطلبات المقدمة لأكثر من محكمة مختصة من دولتين أو أكثر، حيث يقوم الدفع للارتباط بناء على طلب أحد أطراف النزاع و يتم تقديمه أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع بصورة لاحقة، و بالإضافة لما سبق ومن ضمن الشروط الأخرى الواجب توافرها أيضاً أن يكون القانون الإجرائي للمحكمة المستفيدة من التخلي أن يجيز مسألة الضم للارتباط بين الدعويين المقامين، وعلى هذا الأساس سوف يلعب قاضي المحكمة التي ستنزل عن اختصاصها بالبحث في ولاية المحكمة التي سوف يؤول لها التخلي بالبت في الطلب المرتبط، حيث أن هذه القاعدة جاءت مغايرة لما ورد بهذا الغرض في تنظيم مسألة التخلي لقيام ذات النزاع أمام محكمتين و التي انتهجت " مبدأ الاختصاص بالاختصاص"، أو بما يعبر عنه بالدور الفردي الذي تقوم به المحكمة بالنظر في مسألة اختصاصها بنفسها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 156.

<sup>2</sup> - Article 28 Règlement (CE) N° 44/2001 : (1) « Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant les juridictions d'états membre différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir a statuer ».

- Article 28 : (2) « lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, a la demande de l'une des parties, a condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaitre des demandes en question et que sa loi permette leur jonction ».

- Article 28 : (3) « Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elle par rapport si étroit qu'il ya intérêt à les instruire et a les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »  
Règlement (CE) N° 44/2001, préc.

<sup>3</sup> -Règlement (UE) N° 1215/2012, préc.

<sup>4</sup> - En ce sens : Sandrine Clavel, Op.cit, P 326.

<sup>5</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 6-7. أنظر أيضاً، أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 443.



القانون الفرنسي عبر نص المادة 101 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية المتضمنة مسألة الارتباط في المنازعات الوطنية اشترط أن يكون بين الدعويين رابط، حيث من حسن سير العدالة جمعهما و الفصل فيهما معا، إلا أن في نطاق المنازعات الدولية الخاصة اعتمد الاجتهاد القضائي الفرنسي شرط أكثر صرامة في مثل هذا النوع من المنازعات، حيث يظهر هذا الأخير في الحكم الصادر بتاريخ 22 جوان 1999، و الذي تم فيه اشتراط أن يكون الارتباط بين الدعويين من شأنه أن يؤدي إلى تعارض في الأحكام. « Un lien de nature a crée une contrariété des décisions »<sup>1</sup> و تماشيا مع ما سبق و بناء على الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أولا في 20 أكتوبر 1987 والثاني الصادر بتاريخ 22 جوان 1999، تبنى النظام القضائي الفرنسي هذا الطرح بعد أن أخذ وقت طويل في دراسة فكرة الارتباط و مدى تأثيرها على سيادة الدولة في حالة تطبيقه مبدأ تخلي المحاكم الفرنسية عن الاختصاص في حالة قيام الارتباط وعلى هذا الشكل استجاب لأفكار الفقه الحديث الذي ينادي بهذا الطرح.<sup>2</sup>

وكنوع من المواكبة أضفى المشرع الأوروبي في التعديل الأخير لسنة 2012 مسألة مهمة من حالات الارتباط بعد أن تناول مفهومها موضوعيا موسعا لهذا الأخير، حيث تناولت هذه المسألة في ما يتعلق بحالات الانفصال بين الزوجيين حيث اعتمد المشرع في هذا التعديل وجود ارتباط بين كل الطلبات التي من شأنها أن تخص مسألة الانفصال بين الزوجين، علما أن لا يكون أي تأثير عن اختلاف كل مفهوم وآثاره عن العنصر الآخر، وعلى هذا المنوال يصبح الارتباط موجودا بين كل من طلب الطلاق فسخ الزواج على حد سوى علما أن هذا الطرح ينطوي على اختلاف في كل من الموضوع و أثره، وعلى هذا الأساس إنتهج المشرع الأوروبي منهج جديد في تفصيل بعض حالات الارتباط عوض الاكتفاء بالمعيار الموسع في حالة الارتباط من ناحية السلطة التقديرية التي تستمد بموجبها المحكمة المرفوع أمامها النزاع بصورة ثانية في عملية تقدير وجود الارتباط من عدمه، مع العلم أن المعيار السابق (الموضوعي) كان يسلب هذه الخاصية التقديرية.<sup>3</sup>

رغم أن القانون الفرنسي والتشريع الأوروبي في محاولة منه لضمان حسن سير العدالة على الصعيد الدولي وتلافي تضارب الأحكام اعتمد فكرة التخلي عن الاختصاص للارتباط مثل ما هو الشأن بالنسبة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين كحل لتنازع الإجراءات بين الدول أعضاء الإتحاد الأوروبي و الدول الأخرى، إلا أن فكرة التخلي للارتباط بالذات تم انتقادها من طرف الفقه وتم وصفها بمثابة أنها حل ليس في محله، حيث أن هذا الفرض من شأنه أن يؤدي إلى مشكلة إنكار العدالة على النطاق الدولي، علما أنه

<sup>1</sup> - Sandrine Clavel, op.cit, p 326.

<sup>2</sup> - Ben Achour Souhayma, Op.cit, P P 298-299.

<sup>3</sup> - أنظر، حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 07.



من الناحية التطبيقية أن القاضي المطروح أمامه النزاع المتضمن عنصر أجنبي والذي سوف يتخلى عن اختصاصه لفائدة نظيره الأجنبي كيف له أن يضمن و يتأكد من أن هذا الأخير سوف يقوم بالفصل و التحقق بصورة فعلية في الطلبات المقدمة علما أنها ذات طبيعة مستقلة و منفصلة عن بعضها البعض و تشتمل على عدة عناصر مطروحة أمام أكثر من محكمة واحدة، و علاوة على ذلك فإن التعاون القضائي الدولي لم يرقى بعد إلى ذلك المستوى لوضع نظرية شاملة تحول دون قيام مشكلة إنكار العدالة<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ما سبق، و كبديل لنظرية التخلي عن الاختصاص أيد الفقه في مسألة الارتباط مبدأ " وقف الإجراءات " أو " وقف النظر " ( sursis a statuer ) و تم اعتبار أن هذا الطرح هو الحل الأنسب في مثل هذا النوع من المنازعات، و هذا ما عملت به جمعية القانون الدولي في اجتماعها الدوري المنعقد في لندن سنة 2000 ، و لذات الاعترافات تعد هذه الطريقة هي الأنسب و التي بموجبها تكون الأحكام القضائية متناسقة، فهنا يقوم القاضي بوقف الإجراءات بصورة مؤقتة إلى حين تحقق المحكمة الأخرى من مسألة اختصاصها، والهدف من ذلك هو منع حدوث تضارب في الأحكام<sup>2</sup>، وعلاوة على ذلك فإن أعمال مبدأ وقف الإجراءات في حالة الارتباط يتطلب الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الشروط الواجب توافرها .

### (1) شروط أعمال مبدأ "وقف النظر" Sursis a statuer في حالة الارتباط

القانون الفرنسي منح سلطة مطلقة في الأخذ بهذا المبدأ، وهذا ما أيدته محكمة النقض الفرنسية بمنحها مطلق السلطة التقديرية للقضاة في الأخذ أو رفض هذه الفكرة، و تماشيا مع ذلك عمل التشريع الأوروبي على إباحة التعامل مع هذا الطرح بصفة استثنائية و هذا ما ورد في نص المادة 28 من اتفاقية بروكسل ( Bruxelles I ) واكتفى بالنص على وقف استكمال الإجراءات حيث تضمن النص عبارات ذات طابع جوازي: « lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'Etats Membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut sursoir a statuer »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - « Dans la logique des développements précédents, le dessaisissement n'apparaît pas comme la solution pertinente en cas de connexité internationale, en effet s'agissant de deux litiges différents, le dessaisissement inscrit au cœur du contentieux un risque important de déni de justice ... », en ce sens : Lemaire Sophie, la connexité internationale, TCFDI, 19<sup>e</sup> année, 2008-2010, 2011, P 104.

<sup>2</sup> - Ibid., P P 104-105.

<sup>3</sup> - Ibid., P 105.

وفي مقام موالي من الناحية الإجرائية، يشترط على القاضي المعني بوقف النظر في الإجراءات التحقق و التأكد من نظيره الأجنبي هل هو أيضا مطروح أمامه نزاع يتضمن حالة الارتباط؟، و التأكد هل هو مختص فعليا للنظر فيه؟، و في المقابل أيضا يستوجب توافر مجموعة من الضمانات الجوهرية و الأساسية، مثل الحق في "المحاكمة العادلة" التي وردت في نص المادة 06 الفقرة الأولى من اتفاقية «حماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية».

«Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales».

والتي تنص على " الحق في الانتصاف الفعال و الوصول إلى محكمة محايدة "، و في السياق نفسه تناول أيضا « ميثاق الحقوق الأساسية » في المادة 47 منه شرط يلزم بموجبه القاضي قبل وقف النظر في الإجراءات أن يثبت من أن المحكمة الأجنبية ستفصل في المسألة محل النزاع في مدة زمنية معقولة و تفادي تبذير الوقت<sup>1</sup>.

كما أضاف بعض من الفقه أن معيار الترتيب الزمني « critère chronologique » المعمول به من قبل التشريع الأوروبي لا يتناسق مع فكرة التخلي عن الاختصاص للارتباط، و التي تعد هي الأكثر قربا من نظرية المحكمة الملائمة كون أن هذه الأخيرة تستمد أساسها من فكرة ضم الدعاوى المرتبطة أمام قاضي واحد، وذلك لكون أن الفصل في كل واحدة منها على حدا تتنافى بشكل صريح مع اعتبارات الملائمة<sup>2</sup>، رغم أن معيار الأسبقية الزمنية قد يكون بمثابة حل لتفادي صدور أحكام متعارضة لنفس النزاع في مجال الاختصاص القضائي الدولي فتتخلى بموجبه المحكمة ( الثانية) المرفوع أمامها بصورة لاحقة لفائدة المحكمة الأولى دون أن يتمتع قاضي المحكمة الثانية بأي سلطة تقديرية في التمسك باختصاصه في مقابل المحكمة الأخرى، إذا فمعيار الأسبقية الزمنية له دور إيجابي يكمن في تحقيق مصالح الأفراد في إطار القانون الدولي الخاص وحماية أهدافهم المشروعة و دور سلبي يتجسد في فرضية استغلاله في الغش نحو الاختصاص ( Forum Shopping ) عند قيام أحد الخصوم برفع دعواه أمام محكمة يرغب في منحها الاختصاص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- Lemaire Sophie, Op.cit, P 105.

<sup>2</sup>- حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 07.

<sup>3</sup>- أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 444.

و انطلاقا مما سلف، ترى الأستاذة ( Sophie Lemaire ) بأنه من الأجدر التخلي عن معيار الأسبقية الزمنية، و على هذا الأساس طرح مجموعة من الفقه فكرة تغييره بالقاضي الأقرب و الأنسب للفصل في النزاع « Le Juge le plus approprié pour trancher le litige » ، أو القاضي الأكثر اختصاصا للفصل فيه « Le Juge le Plus compétent » ، كما أن مبدأ وقف النظر الوارد في المادة 28 من اتفاقية بروكسل بصورة جوازية تخلو من أي إلزامية تجبر بموجها القاضي على العمل بها ، بل وصفها الفقه الفرنسي بالمسألة الثانوية « une simple faculté »<sup>1</sup> .

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري من مسألة التخلي للارتباط

المشرع الوطني ومن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، تناول مسألة التخلي عن الاختصاص في حالة الارتباط في ما يتعلق بالمنازعات الداخلية التي لا تتجاوز الحدود الوطنية والتي لا تتضمن عنصر أجنبي، بموجب المادة 55 ، حيث نصت على أنه « تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر و يفصل فيهما معا »، أما المادة 56 فنصت على ما يلي « التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا، يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا.<sup>2</sup> »

وفي إطار اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي<sup>3</sup> ، قررت هذه الأخيرة تنظيم مسألة الارتباط عند رفع نزاع متعدد بين محاكم دول المغرب العربي مختصة حسب الضوابط المنصوص عليها بموجب هذه الاتفاقية، وبهدف تلافي التعدد في صدور الأحكام التي بدورها سوف تكون متعارضة و تتعلق بمسألة واحدة، ارتأت الاتفاقية إلى إحالتها عن طريق دفع يتم تقديمه من أحد الخصوم أو بصورة تلقائية من طرف القاضي إلى جهة قضائية واحدة، ومن هذا المنطلق تم الاعتماد على معيار الأسبقية الزمنية في رفع الدعاوى، لما هو معمول به في القوانين الدولية الخاصة و القوانين الداخلية و المشرع الجزائري كأحسن دليل، إلا أن هذا الاختصاص يستثنى منه ولاية المحاكم بنظر حالات الاختصاص الحصري ( المانع) المنصوص عليه في المادة 33 ، رغم أن الفقه على الصعيد الدولي تباينت

<sup>1</sup> - Sophie Lemaire, Op.cit, P 106.

<sup>2</sup> - القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 181-94 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

مواقفه في رفض أو قبول سلب اختصاص المحاكم الوطنية بنظر هذه المسائل على ، إلا أن الاتفاقية حسمت الأمر بمسألة جوازه وعلى إثره أجازت التخلي لفائدة محاكم دول الاتحاد<sup>1</sup>.

والذي نلفت إليه النظر أن الفقه الجزائري يرى لطالما أنه إذا كان القاضي الجزائري يختص بنظر في قضية رئيسية فإن اختصاصه يمتد إلى القضايا المرتبطة بها، وأيضا إلى جميع القضايا المسبقة اللازمة لإصدار حكم في القضية الأساسية، ومادام الأمر كذلك لا يوجد ما يمنع القاضي الجزائري من إرجاء النظر بصفة وقتية في مسألة مرتبطة بقضية رئيسية محل النظر أمام قاضي أجنبي، وهذا من أجل تفادي صدور أحكام متضاربة<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق قد يكون القاضي الجزائري مختص بدعوى داخلية ضمن اختصاصه، وفي نفس الوقت تكون دعوى أخرى خارجة عن نطاق ولايته ومرفوعة أمام محكمة أجنبية، علما أنه يوجد بين الدعويين ارتباط، وعليه قد يطرح تساؤلا وفقا لهذه الحالة هل يجوز ضم الدعويين أمام محكمة واحدة؟، يرى الفقه من خلال هذه الفرضية أن المشرع الوطني بصدد المنازعات التي ينظمها القانون الوضعي وذات الطابع المحلي البحت، أنه قد أجاز بناء على نص المادة 55 ضم الدعويين أمام محكمة واحدة، لكن يبقى التساؤل مطروح هل يمكن تمديد مثل هذا الحل إلى نطاق المنازعات الخاصة الدولية؟، يرى الفقه الجزائري أنه طالما يمكن تمديد بعض القواعد الداخلية المنظمة للاختصاص وتطبيقها في المجال الدولي، فإنه لا يوجد ما يمنع أن تكون المحاكم الجزائرية مختصة بنظر الدعويين معا، حيث يعود تجسيد هذه الفكرة تفعيلا لحسن سير العدالة<sup>3</sup>.

على ضوء ما تقدم فإنه على الصعيد الدولي و بنظر المنازعات الدولية الخاصة المشرع الجزائر لم يفصل في مسألة الارتباط بأي نص قانوني، إلا أن الفقه يرى بجواز تمديد القواعد الداخلية إلى المجال الدولي، إلا أن الإشكال المطروح هل يجوز للقاضي الجزائري أن يتخلى عن اختصاصه لفائدة قاضي أجنبي؟<sup>4</sup>، إلى حد هذه الساعة لم يصدر في هذه المسألة أي حكم من المحاكم الوطنية، ربما أن هذا

<sup>1</sup> - زروتي الطيب، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري (دراسة مقارنة بقوانين دول المغرب العربي)، دار الفسيلة للطبع، الجزائر، 2017، ص 110-111.

<sup>2</sup> - موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 30.

<sup>3</sup> - راجع في ذلك تفصيلا، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، ج 02، ط 05، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 30. أنظر أيضا، حسايد حمزة العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، مج 07، ع 01، مارس 2020، ص 108.

<sup>4</sup> - « ... Mais peut-on admettre, sans faire plier la souveraineté de la loi Algérienne au profit d'une règle de compétence étrangère, que le juge Algérien peut se dessaisir d'une question

السكوت قد يفسر برفض المشرع الوطني لهذا الطرح لمدى تأثيره بفكرة السيادة خاصة في مثل هذه المواضيع<sup>1</sup> « On sait la position très chauvine de l'Algérie sur ces Questions »

في رأينا الشخصي "نرى بأنه ليس هناك ما يمنع المحاكم الجزائرية من أن تقبل الدفع بالإحالة للارتباط إذا تبين لها أن المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى الأصلية أكثر ملائمة و قدرة للفصل في الدعوى المرتبطة، وخاصة ما إذا توافرت كل الوقائع التي تجعلها قريبة من النزاع والتي من شأنها أن تكفل الأحكام الصادرة بشأنها"، تجسيدا بذلك لاعتبارات حسن سير العدالة و التعاون القضائي الدولي، وأيضا لتفادي التضارب المحتمل الحدوث بين الأحكام و حفاظا على استقرار المعاملات الدولية، و السير على ما دعا إليه الفقه الحديث<sup>2</sup>، في فقه الاختصاص القضائي الدولي بنظر هذا النوع من المنازعات.

### الفرع الثاني: امتداد ولاية المحكمة لنظر في المسائل الأولية والطلبات العارضة

يلعب الارتباط دور مهم في امتداد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي تختص بالفصل في الدعوى الأصلية إلى دعاوى و الخصومات الخارجة عن نطاق اختصاصها بصفة عامة، و من هذا المنطلق يتحقق الارتباط بين دعوى أصلية ينظرها القاضي الوطني و بين مسألة أولية لازمة للفصل فيها أو دعوى عارضة تقام أمامها أيضا، إلا أنها لا تدخل ضمن اختصاصها في الأصل، والذي ينبغي إبرازه بادئ ذي بدء تصور ظهور وفقا لهذه الدراسة حالتين يمتد بموجبهما الاختصاص، حيث تظهر الحالة الأولى عندما يكون الحكم في الدعوى الأصلية متوقفا على البت في مسألة معينة، حيث نكون هنا أمام وضعية الاختصاص بالمسائل الأولية، أما عن الحالة الثانية فهي أن يتم عرض أمام القاضي الوطني أثناء نظره في الدعوى الأصلية طلبات عارضة مرتبطة بها إلا أنها لا تدخل في نطاق ولاية هذه المحكمة إذا تم رفعها أمامها بوصفها دعوى أصلية مستقلة<sup>3</sup>، والأصل أن تقرير ولاية المحاكم بهذا النوع من الدعاوى هدفه تحقيق اعتبارات ضمان وحدة الخصومة القضائية و حسن سير العدالة و هذا ما يدفعنا أولا إلى البحث في الاختصاص بالمسائل الأولية (أولا)، ثم بيان اختصاص المحاكم بنظر الطلبات العارضة (ثانيا).

connexe a une demande principale devant un juge étranger?... », Akroun Yakout, op.cit., P 197.

<sup>1</sup> - Ibid., P 197.

<sup>2</sup> - أنظر في موقف الفقه الحديث الذي ينادي بفكرة التخلي، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه القضائي الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 14. أنظر أيضا، محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنزع الدولي للاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، مصر، ط 01، 2031، ص 117.

<sup>3</sup> - نقلا عن وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 70.

## أولاً: الاختصاص بالمسائل الأولية

المسائل الأولية ( Question Préalable ) هي " تلك التي يستوجب الفصل فيها أولاً حتى يتجلى الفصل في موضوع الدعوى الأصلية التي يكون القاضي الوطني مختص بالنظر فيها"، كما يمكن اعتبارها مسألة مبدئية يتعين الفصل فيها أولاً حتى يصبح من الممكن البت في الدعوى الأصلية لاحقاً، فإذا كانت المسألة الأولية تستدعي و بصفة ضرورية للنظر في الدعوى الأصلية هنا تكون المحكمة المختصة بالفصل في الدعوى أن تبت في المسألة التي تعد من ضمن نطاق اختصاصها، أو إرجاء النظر في الدعوى إلى غاية الانتهاء من نظر المسألة الأولية من قبل القاضي الذي تعود له ولاية النظر في مضمون النزاع<sup>1</sup>.

وتكمن الغاية المرجوة من الاختصاص المشمول بالمسائل الأولية و الطلبات العارضة بالأساس في الدور الذي تلعبه في تسهيل مهمة القضاء في أداء وظيفته و مراعاة لحسن سير العدالة، و عليه يرى الفقه و القضاء الفرنسي أنه و بمجرد ثبوت الاختصاص القضائي بالدعوى لمحاكم الدولة تختص هذه الأخيرة بالنظر في المسائل الأولية<sup>2</sup>، و في مجال القانون الداخلي يعد الاختصاص بالمسائل الأولية مبدأ معترف به في مختلف الأنظمة القانونية، ففي كل حالة يعتبر الفصل في المسائل الأولية ضرورياً للفصل في الدعوى الأصلية، و في هذا الإطار تعد المحكمة المختصة بنظر الدعوى مقيدة بشرط أن تفصل في تلك المسألة إن كانت تدخل ضمن نطاق اختصاصها أو أن تقوم كما ذكرنا بوقف البت في الدعوى إلى غاية إتمام الفصل في المسألة الأولية محل النزاع، و الواقع أنه يعتبر اختصاص المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية بالمسائل الأولية التي يستند عليه الحكم في الدعوى في واقع الأمر ما هو إلى إعمالاً للمبدأ المتعارف عليه في القوانين الإجرائية الوضعية هو " أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفع" ( Le Juge de L'action est le juge de l'exception )<sup>3</sup>.

من جانب آخر يرى الفقه المصري أن اختصاص المحاكم بنظر المسائل الأولية يعد بمثابة الخروج عن المبادئ العامة المقررة في الاختصاص الداخلي، و عليه يعتبر كشرط من شروط الاختصاص بالمسائل الأولية ألا تكون المسألة محل النظر تدخل ضمن ولاية جهة قضائية أخرى على سبيل المثال جهة القضاء الإداري، و بناءً على ذلك يتعين على المحكمة تأجيل نظر الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية التي

<sup>1</sup> - خالد عرفة الأحمد، مدى كفاية قواعد الاختصاص القضائي الدولي لفض منازعات التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة القانون، قانون خاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2013، ص 178.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 732.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 164.

يستند عليه الحكم من الجهة القضائية المختصة<sup>1</sup>، أو إذا ما كان الأمر يتطلب البت في الدعوى المقامة أمام المحكمة يتطلب الفصل في مسألة مصنفة جنائية تخرج عن اختصاص المحكمة، هنا يتعين على القاضي وقف نظر الدعوى إلى غاية صدور حكم جنائي يفصل في المسألة الجنائية من المحكمة المختصة<sup>2</sup>.

والمسألة الأولية تعد مستقلة عن المسألة الأصلية، بحيث أن إجراءات رفع الدعوى هي التي جعلت منها مسألة أولية، ومن خلاله فوجودها ضروريا فقط للنظر في المسألة الأصلية، في المقابل اعتبر غالبية الفقه أن هذا الاصطلاح غير دقيق كون هذه التسمية تجعل من الدعوى المرفوعة أمام المحكمة تمر بعدة مراحل في نفس الوقت من مرحلة تمهيدية إلى مرحلة نهائية، إلا أن الواقع يعد مغايرا لذلك و يثبت العكس، حيث أنه واقعا يظهر أن المسألة الأصلية قضية مستقلة و غير معنية بهذه المراحل<sup>3</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره يذهب جانب من الفقه الأنجلوسكسوني على تسمية هذه المسائل بالمسائل العرضية « incidental Question » ، و فضلا عن ذلك يوجد تنوع في المصطلحات المتعلقة بهذا الشأن ففي فقه الدول الناطقة باللغة الإنجليزية تطلق تسميات مثل المسائل الجزئية « Partial Question » ، المسائل اللاحقة أو التابعة « Subsistent Question » ، المسائل الفرعية « Subsidiary Question » ، إلا أنه ووفقا للفقه السائد في أوروبا فتعد التسميات الأكثر شيوعا و استعمالا هي المسائل الأولية « Preliminary Question » ، ويقابلها في الفرنسية « Question Préalable » ، ويلاحظ أن المصطلحين الأخيرين هم الأكثر شهرة و استعمالا في الأنظمة القانونية المقارنة، حيث تم تعميم الأعمال بهذين الأخيرين في مجال الاختصاص القضائي الدولي و تنازع القوانين<sup>4</sup>.

ومن جانب آخر يرى الفقيه " Lagarde " أن نظرية المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص عامة و في الاختصاص القضائي الدولي خاصة لم تحظى بالاهتمام الكافي خاصة في فرنسا<sup>5</sup> على عكس الفقه

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup> - محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 112.

<sup>3</sup> - هند مهند علي، القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، مجلة كلية القانون، جامعة نهرين، العراق، مج 19، ع 19، 2017، ص 143.

<sup>4</sup> - A.E. Gotlieb, The Incidental Question Revisited: Theory and Practice in the Conflict of Laws, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris 1977, p741.

<sup>5</sup> - « Consacré par la doctrine Allemande, le problème des questions préalables a représenté un certain intérêt pour la doctrine Française dans les années cinquante et soixante. De nos jours en revanche la doctrine Allemande présente une attitude constante en s'intéressant toujours aux Questions Préalables, alors que la doctrine française semble leur prêter moins attention », Monica-Elena V. BURUIAN, l'application de la loi étrangère en droit international privé, thèse de doctorat, en droit privé, université de Bordeaux, 2016, p 430.



الألماني<sup>1</sup> ، وعلى رأسه الفقيه "Wilhem Wengler" ، الذي يعد من مؤسسي و مطوري فكرة المسائل الأولية وهذا من خلال ما كتبه في « nouvelles réflexions sur les questions préalables » ، سنة 1962<sup>2</sup> ، إلا أن أغلب الدراسات التي اهتم بها رواد الفقه الألماني كانت تقتصر مجمل نظريتها في مسألة تنازع القوانين، في المقابل يعد الفقيه الإيطالي "Anzelotti" هو من حاول دراسة موضوع المسائل الأولية في الاختصاص القضائي الدولي<sup>3</sup> .

يلاحظ في ما يخص الاختصاص القضائي الدولي، أن المحكمة الوطنية المختصة بنظر الدعوى الأصلية هي نفسها التي تختص بالفصل في المسائل الأولية، وينعقد الاختصاص في هذه الحالة حتى ولو لم يكن قائم وفق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأخرى و المتعارف عليها، و من هذا المنطلق يتحدد مفهوم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع القائم بشأن الدعوى الأصلية مما ينتج عنه «اتساع في نطاق الدعوى الأصلية»، كما يعتبر كاستثناء من الأصل العام امتداد الاختصاص القضائي الدولي بنظر المسائل الأولية بحيث يتمركز الاختصاص في النزاع على النطاق الأصلي، وعليه فهذا الاستثناء يتجسد في حسن سير أداء العدالة بالإضافة لكفالة حقوق الأفراد مع الحفاظ وضمنان مراكزهم القانونية<sup>4</sup> .

المشرع المصري عقد الاختصاص بالمسائل الأولية في نص المادة 33 من قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>5</sup> ، وذلك إلى حين الفصل فيها أولاً حتى ولو لم تكن هذه المسائل داخلية في نطاق اختصاصها<sup>6</sup> ، و بناء على ذلك فإن اختصاص المحاكم المصرية بنظر المسائل الأولية هو مبدأ معترف به وفقاً للقانون الداخلي، حيث يلزم نص المادة 129<sup>7</sup> من نفس القانون على المحكمة المختصة بنظر الدعوى أن توقف الفصل فيها في الحالات الضرورية عند عرض مسألة يجب الفصل فيها مسبقاً قبل الحكم في الدعوى

<sup>1</sup> - M. H. van Hoogstraten, Le Droit international Privé Néerlandais et la Question Préalable, Netherlands International Law Review, Volume 9, Issue 04, 1962, p 212.

<sup>2</sup> - A.E. Gotileb, op.cit, p 140, 141.

<sup>3</sup> - هند مهند علي، المرجع السابق، ص 145.

<sup>4</sup> - أنظر، وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص ص 76-78.

<sup>5</sup> - نص المادة 33 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري « إذا رفعت لمحكمة الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية و الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها. »

<sup>6</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 164.

<sup>7</sup> - نص المادة 129 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري «في غير الأحوال التي نص عليها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم...»



الأصلية<sup>1</sup>، حتى ولو لم تدخل هذه المسألة الأولية في نطاق اختصاصها أو إذا ما تم رفعها أمامها بصورة مستقلة، و مثال ذلك في حالة رفع نزاع يتعلق بعقد زواج في الجمهورية واعتبار جنسية أطراف الدعوى كمحل للنزاع، ففي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بنظر المسائل الأولية المتمثلة في تحديد جنسية الخصوم حتى يتبين لها القانون الواجب التطبيق على الموضوع (عقد الزواج)<sup>2</sup>.

فضلا عن ذلك تعد ولاية القضاء المصري بالمسائل الأولية بمثابة الخروج عن المبادئ العامة للاختصاص الداخلي، ويعتبر عدم اختصاص جهة قضائية أخرى كشرط لاختصاص المحكمة بالمسائل الأولية مثال ذلك جهة القضاء الإداري، إذا لو كانت كذلك ففي هذه الحالة يتوجب على المحكمة المشمولة بنظر النزاع توقيف الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في المسألة الأولية التي يتوقف عليها الحكم من طرف القاضي المختص بالنزاع<sup>3</sup>، المشرع المصري و من خلال نص المادة 846 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم الصادر سنة 1949 ينص «إذا رفعت للمحاكم المصرية دعوى مدنية أو تجارية فإنها كذلك تكون مختصة بالفصل في المسائل الفرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية» حسب نص هذه المادة يرى جانب من الفقه المصري أن المشرع وقع في الخلط بين مصطلح المسائل الأولية و المسائل الفرعية حيث يفهم من النص أن المقصود هنا هي المسائل الأولية، وبناءا على ذلك اعتمد الفقه معيار لتفرقة بين المسائل الفرعية و المسائل الأولية يقوم على أساس "معيار الاستقلال عن النزاع الأصلي" مع ضرورة صدور الحكم بصفة مستقلة عن النزاع الأصلي و أن يكون حائز لحجية الشيء المقضي فيه<sup>4</sup>.

وفي هذا الإطار إذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر النزاع الأصلي و كانت المسألة الأولية تندرج ضمن اختصاص القضاء الأجنبي، هنا يؤول الاختصاص للقضاء المصري بنظر هذه المسائل، ذلك أن الفصل في النزاع الأصلي يبرز إلا إذا تم الانتهاء من الحكم في موضوع المسألة الأولية أولا، يكمن هذا التصور في تسهيل مهمة القضاء في الفصل في الموضوع الأصلي لما يتعلق الأمر بالمسألة الأولية المنظورة من طرف محكمة أجنبية لا تخضع لنفس السيادة وليس لها ارتباط بالمحكمة التي عرض عليها النزاع الأصلي، أي التي تندرج ضمن أعمال القواعد المنضمة لتوزيع الاختصاص<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 447.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 188.

<sup>4</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 49-50.

<sup>5</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 150.

يرى الفقه التقليدي أنه رغم امتداد الاختصاص القضائي المصري بنظر المسائل الأولية، فإنه من جهة أخرى لا يجوز سلب اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى لفائدة محكمة أجنبية بناء على فكرة أن هذه المحكمة تختص بالفصل فيها وفقا لقانونها كونها مسألة أولية في دعوى أصلية قائمة بشأنها تفاديا لما يعرف "بعدم انتقاص اختصاص القضاء المصري"<sup>1</sup>، ومن جانب آخر يرى البعض من الفقه في ما يتعلق برفض جانب من الفقه المصري امتداد الاختصاص بالمسائل الأولية على أساس سلب اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى الأصلية لصالح محكمة أجنبية، بأن هذا التصور غير منطقي كون مؤيدي هذا الموقف و المشرع المصري يقرون بأن هذا الاختصاص مبني على فكرة حسن أداء العدالة وتلافي تعارض الأحكام، و لهذه الأسباب يستوجب من القاضي المختص بالنزاع أن يتخلى عن النزاع المعروض عليه و إحالته للمحكمة الأجنبية<sup>2</sup>.

ومن شروط الاختصاص بالمسائل الأولية نصت المادة 33 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يلزم لانعقاد اختصاص المحاكم المصرية بنظر المسائل الأولية توفر شرطين أساسين أولهما: أن تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى الأصلية، وبناء على هذا الشرط يمكن انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المتعارف عليها، وعليه لا يشترط القضاء المصري أن يكون مختص بنظر المسائل الأولية إذا ما رفعت أمامه دعوى أصلية بصورة مستقلة، ويمكن أيضا أن تكون المسألة الأولية مرتبطة بإحدى مسائل الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية ذلك خلافا لما كانت تنص عليه المادة 864 من القانون القديم في هذا الشأن، والتي كانت تخص الاختصاص بالمسائل الأولية المتعلقة فقط بنطاق الأحوال الشخصية دون العينية<sup>3</sup>، فقد اعتبر الفقه المصري أن إشارة المشرع إلى مسائل الأحوال الشخصية لا يعني إغفال غيرها من المسائل (الأحوال العينية)، كون هذا الطرح يتعلق بقاعدة عامة يجب أن يتم إتباعها في كافة الأحوال وبالتالي عدم التخلي على هذا النوع من المسائل حسب الفقه المصري وعليه ربط فكرة مسائل الأحوال الشخصية بصفة إلزامية<sup>4</sup>.

أما الشرط الثاني يتمثل في أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى الأصلية يراد بهذا الشرط بضرورة وجود صلة وثيقة بين الدعوى الأصلية و المسألة الأولية، و تتحقق هذه الصلة

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 733.

<sup>2</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 165-166.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

لتوفر وحدة الموضوع أو السبب أو الأطراف في ما بين الدعويين<sup>1</sup>، ويفهم من هذا الشرط أيضا وجوب توافر صلة ومستوى معين من الارتباط بين الخصوم، علما أن هذا الارتباط يبرز عن طريق توفر أحد العناصر الآتية: أطراف النزاع، أو موضوع أو سبب النزاع القائم<sup>2</sup>، وعليه فتحديد جنسية أحد الخصوم يعد من نظير المسائل الأولية التي يعتبر من الضروري الفصل فيها لتحديد ولاية القضاء المصري بنظر الدعوى<sup>3</sup>.

المشرع الأردني تناول المسائل الأولية في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية<sup>4</sup>، ومن هذا المنطلق ربط المشرع الأردني موضوع المسائل الأولية بما يعرف بانعقاد "الاختصاص القضائي الدولي الطارئ"<sup>5</sup>، حيث أن الدعاوى المرفوعة أمامها على أجنبي تعتبر من ضمن نطاق اختصاصها مما يستدعي الفصل فيها حتى ولو لم تندرج ضمن ولايتها القضائية، كما لو رفعت أمامها بدعوى ابتداء، ومن صور هذه المسائل: تحديد جنسية الخصوم، أو الموطن، مثلا لو قام نزاع بشأن ميراث وادعا الخصم بأن المدعي أجنبي والقانون المختص لا يورث الأجنبي، فهنا النظر في النزاع يستوجب الحكم موضوع الجنسية أولا<sup>6</sup>.

المشرع اللبناني ومن خلال نص المادة 68 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تنص على أنه « للمحكمة أن تفصل الدفوع وأسباب الدفاع المدلى بها أمامها باستثناء تلك التي تثير مسألة تدخل في

<sup>1</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> - اعتمد المشرع الإماراتي تقريبا نفس موقف القضاء المصري في ما يتعلق بموضوع المسائل الأولية وشروط اختصاص محاكمه بنظر هذا النوع من المسائل حيث تنص المادة 22 من ق.إ.م.إ « تختص المحاكم بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية الداخلة في اختصاصها كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها... ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية» راجع في هذا المعنى: سعيد سيف السبوسي، الاختصاص الدولي لمحاكم دولة الإمارات وفقا للتشريعات الوطنية، (دراسة وصفية تحليلية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع 01، (مج 04)، مارس 2019، ص 28.

<sup>3</sup> - حفيفة السيد الحداد النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 166.

<sup>4</sup> - تنص الفقرة الثالثة من المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني «إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها كل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها».

<sup>5</sup> - الاختصاص القضائي الدولي الطارئ « هو الاختصاص الذي يطراً في الدعوى لظرف طارئ رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي في مسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاص محكمة الموضوع المقامة لديها الدعوى الأصلية وقد عقد المشرع الأردني الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الأردنية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي بالخضوع الإرادي، الارتباط، والإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن». راجع في هذا المعنى غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر، عمان، 2013، ص 297.

<sup>6</sup> - أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار قنديل، عمان، ط1، 2003، ص 187. راجع أيضا، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر، ط2، عمان، 1997، ص 253.

اختصاص مرجع قضائي آخر دون سواه»، يلاحظ من خلال هذا النص إدراج المشرع لمبدأ و استثناء في نفس الوقت، حيث يتجلى هذا المبدأ في أعمال قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الدفع، ويقصد هنا مصطلح الدفع بمعناه الموسع ليشمل جميع وسائل الدفاع ( من أسباب الدفاع في الموضوع، الدفع الإجرائية، و الدفع بعدم القبول)، وبناء على ذلك يجب على المحكمة التي يشمل اختصاصها نظر الطلب الأصلي أن تبت في كافة أسباب الدفاع والدفع المتعلقة بالإجراءات والدفع بعدم القبول المقدمة أمامها، ولعل الهدف من ذلك هو حصر مناقشة جميع المسائل المرتبطة بنفس الدعوى أمام مرجع قضائي واحد مما يضمن حسن سير العدالة ووحدة القرارات القضائية وتكريس مبدأ وحدة النزاع وعدم تجزئته « indivisibilité du litige »<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ذلك و في نطاق الاختصاص الحصري لا يجوز لمحكمة الأصل النظر في المسألة الأولية بل يجب أن تؤجل الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور قرار للفصل في المسألة الأولية من طرف المحكمة المتمتعة بالاختصاص الحصري، و يكون هنا إجراء الفصل بناء على قرار من محكمة الأصل إلا أنه و في حالة الاستعجال يجوز للخصم أن يرفع المسألة الأولية إلى المحكمة الأخرى التي يعود لها الاختصاص بصفة حصرية، ويعتبر قرار الإجراء المتخذ من محكمة الأصل طارئاً من طوارئ إجراءات سير الدعوى حيث يؤدي إلى وقف المحاكمة إلى حين الفصل في المسألة الأولية و عليه يكون للخصوم متابعة المحاكمة، أما من حيث الشروط و لكي تعتبر المسألة الأولية والتي من شأنها أن تؤدي إلى استخار المحكمة الأصلية يجب أولاً أن يتم التصريح بهذه المسألة على شكل وسيلة دفاع وليس بشكل طارئ في النزاع القائم، كما يستلزم ثانياً أن يكون الفصل في المسألة الأولية حتمياً بمعنى لا يصلح أن تسير المحاكمة الأصلية من دونه بحيث تكون نتيجة الدعوى الأصلية لها ارتباط بنتيجة الفصل في المسألة الأولية<sup>2</sup>.

وفي نطاق الاتفاقيات الدولية، ورغم أهمية هذا النوع من المسائل إلا أنه فات على واضعي اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي<sup>3</sup> مد الاختصاص القضائي لنفس المحكمة المختصة بالنسبة للمسائل الأولية التي تثار عند البت في الدعوى الأصلية و التي تعد مرتبطة بها و يتوقف النظر في الدعوى الأصلية عليها، مثال ذلك تحديد جنسية الخصم أو تعيين موطنه الذي يتوقف عليهما

<sup>1</sup> سامي بديع منصور/ عبده جمال غصوب/ نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية في لبنان)، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، 2009، ص 109.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 110.

<sup>3</sup> مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقاً.

بيان القانون المختص، إلا أنه ورغم عدم تطرق الاتفاقية لمثل هذا النوع من المسائل، ولكن طالما ارتبطت بالدعوى الأصلية فسوف تكون مختصة بها المحكمة التي تعود لها ولاية النظر في الدعوى الأصلية<sup>1</sup>، فالدور الذي يلعبه امتداد الاختصاص القضائي الدولي بشأن المسائل الأولية يعتبر بمثابة الاستثناء من الأصل العام، حيث يهدف هذا الأخير إلى تحقيق اعتبارات العدالة وحماية حقوق الأفراد وضمان وصولها إليهم، فيؤدي هنا عدم امتداد الاختصاص القضائي في مثل هذا النوع من المسائل إلى العجز عن النظر في الدعوى الأصلية ومما ينتج عنه ضياع حقوق الأفراد، ومن هذا المنطلق يعد الامتداد هو استثناء من الأصل<sup>2</sup>.

### ثانياً: الاختصاص بنظر الطلبات العارضة

الطلبات العارضة « هي التي تقدم إلى المحكمة أثناء سير الدعوى و تتناول طلبات إضافية للنزاع الحاصل من جهة الموضوع أو السبب أو الأطراف، كما تم تعريفها أيضاً بأنها توسع في الدعوى الأصلية بشكل قد يلحق الطلبات الواردة فيها فيضيف طلبات جديدة لم تتضمنها عريضة الدعوى، كما قد يلحق ذلك توسع من حيث نطاق خصوم الدعوى، أي أشخاص و أطراف الدعوى فيتدخل فيها أو يتم إدخال شخص أو أشخاص لم يكونوا من أطرافها حينما يتم رفعها. »<sup>3</sup>

كما عرفها أيضاً جانب من الفقه بأنها « الطلب الجديد الذي يقدم أثناء سير الخصومة، أي بعد رفع الدعوى و قبل صدور الحكم في موضوعها، ويتناول بالتعديل نطاق الخصومة من حيث الموضوع أو السبب أو الأطراف. »<sup>4</sup>، كما تم تعريفها أيضاً بأنها « تلك الدعوى الفرعية التي تطرح بصدد دعوى أصلية متميزة عنها و مرتبطة بها في أن واحد من حيث أطرافها سواء كان المدعي أو المدعى عليه أو من غيرهما سواء بالإدخال أو التدخل من قاضي الدعوى بشرط أن تتناول الدعوى الفرعية بالتعديل الموضوع أو السبب أو الخصوم في الدعوى الأصلية. »<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - زروقي الطيب، الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 76.

<sup>3</sup> - نيا محمد عبد، الدعوى الحادثة في الاستئناف، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، مج 06، ع 22، 2017، ص 133.

<sup>4</sup> - عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية ( التنظيم القضائي- الاختصاص- التقاضي- الأحكام و طرق الطعن)، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول ( التنظيم القضائي-الاختصاص)، دار وائل للنشر، ط 01، 2003، ص 244.

<sup>5</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 86.

ويصطلح على الطلبات العارضة التي يتم تقديمها من طرف المدعي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة (الطلبات الإضافية)<sup>1</sup>، والتي يصلح تعريفها بأنها «الطلبات التي يضيفها المدعي إلى طلبه الأصلي معدلا بذلك هذا الأخير في أي عنصر من عناصره»<sup>2</sup>، أو من المدعى عليه في مواجهة المدعي ويصطلح عليها طلبات المدعي العارضة أو دعاوى المدعى عليه أو الدعوى المقابلة<sup>3</sup>.

وتماشيا مع ما سبق يفهم بأن الطلبات العارضة كما رأينا بأنها عبارة عن تلك الطلبات التي يتم تقديمها من طرف المدعي أو المدعى عليه و تكون مرتبطة بالطلب الأصلي في الدعوى و قد ترد عند تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه أو تكملته من قبل المدعي، حيث تظهر في شكل طلب المقاصة المقدم من طرف المدعى عليه، أو قد تكون على شكل طلب مضاد يتم تقديمه من طرف المدعى عليه في الدعوى ضد كل من الطلب الأصلي الذي يباشره المدعي<sup>4</sup>، كما يمكن أن يقدم على نحو تدخل الغير الخارج عن الخصومة ضد الخصوم أو يقدم من أحد أطراف الخصومة إلى شخص خارج الخصومة وهو ما يعرف "باختصاص الغير"، وعلى هذا الأساس فإن الطلب العارض يؤدي إلى التغير بالزيادة و النقصان في نطاق الخصومة من حيث الأطراف و السبب و الموضوع، ومن هذا المنطلق يكون اختصاص المحاكم بهذا النوع من الطلبات التي ترفع أمامها تواليا لاختصاصها القائم بنظر الدعوى الأصلية على نفس المعيار الذي يقوم عليه الاختصاص بالمسائل الأولية، و الهدف المرجو من ذلك تمكين العدالة من أداء وظيفتها على أكمل وجه ومنع تضارب الأحكام على الصعيد الدولي<sup>5</sup>.

وتتجسد فكرة الطلب العارض على اعتبارين مهمين: أولهما مبدأ عدم جواز تغيير نطاق الخصومة القضائية، وعلى هذا الأساس يتم تحديد نطاق الخصومة وفقا للطلب الأصلي، و لا يصلح تغيير هذا النطاق حتى يتسنى البت في النزاع الأصلي عملا بمبدأ "تركيز الخصومة" أو بما يعرف بعدم "جواز تغيير محل الخصومة" و ثبات النزاع، ثانيهما، اعتبارات حسن سير العدالة من خلال توفير وقت القضاء وتيسير التقاضي بالنسبة لأطراف الدعوى والسماح بتقديم طلبات جديدة في الغرض ودمج المنازعات المرتبطة بالخصومة الأصلية في نزاع واحد، تفاديا بذلك تعدد الخصومات القضائية التي من شأنها أن

<sup>1</sup> - المشرع الجزائري و من خلال المادة 03/25 من ق.إ.م. نص على أن «الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية.»

<sup>2</sup> - محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه فلسفة، تخصص القانون، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان، 2005، ص 71.

<sup>3</sup> - عوض أحمد الزعي، المرجع السابق، ص 245.

<sup>4</sup> - محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 114.

<sup>5</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 153.

تؤدي إلى صدور أحكام متعارضة في نفس الدعوى و إرهاب الخصوم، و للربط بين هذين الاعتبارين تخول أغلب التشريعات المقارنة الحديثة بتقديم الطلبات العارضة أمام المحكمة بموجب هاذين شرطين أساسين<sup>1</sup>.

المشرع الجزائري تناول فكرة الطلبات العارضة من خلال نص المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي تنص « يتحدد موضوع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى و مذكرات الرد، غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية.<sup>2</sup> »، حيث أن الأصل العام يكمن من حيث الإجراءات التي تتمثل في عدم جواز إجراء تعديل في موضوع النزاع بعد تحديده عملاً بمبدأ " ثبات النزاع" و عدم قابليته للتغيير، إلا أنه قد ينشأ استثناء بخصوص هذه القاعدة يتجلى في إتاحة الفرصة للخصوم من أجل القيام ببعض التعديلات الضرورية وتصحيح طلباتهم بشكل يتوافق مع أدلة الإثبات المعروضة في نفس الصدد، و من ثم السماح للخصوم بتقديم الطلبات العارضة التي تمس التعديل الذي يشمل موضوع الخصومة، و هذا ما أقره المشرع الوطني من خلال الفقرة الثانية من المادة 2/25 « غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة. إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية »، و لا بد من الإشارة أن المشرع الجزائري استلهم هذا النص من الفقرة الثانية للمادة الرابعة 02/04 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ومع ذلك يجب الأخذ في الحسبان بأن المشرع الجزائري قد خول للخصوم إمكانية تعديل موضوع النزاع عملاً بالطلبات العارضة متى كان لهذه الأخيرة صلة بالإدعاءات السابقة المقدمة من طرف الخصوم<sup>3</sup>.

ومن الشروط الواجب توافرها في الطلب العارض هو أن يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي، و عليه فإن الحل الذي يقرر لأحدهما سوف يكون له تأثير في الحل الذي يجب أن يقرر للآخر، كما يجب أيضاً أن يتضمن شرط الارتباط في جميع عناصر الطلبات العارضة، إلا باستثناء المقاصة القضائية، عندما يتم تقديمها على شكل طلب مقابل، حيث تسيطر فكرة الارتباط على كافة الطلبات العارضة، وبالتالي يكون الإجراء المتضمن الدفع بالإحالة أو بالضم أو بتقديم عدة طلبات مرهون بتوافر إجراء واحد سليم من

<sup>1</sup> - أنظر: عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص ص 244-246-247، أنظر أيضاً في نفس المعنى: نبيل صقر، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup> - المادة 25 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - أنظر: عن طاهي محمد الطيب، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، مج 35، ع 01، 2021، ص ص 217-219.



الناحية القانونية إلا إذا كان قائما على ما يعرف بفكرة الارتباط<sup>1</sup>، وحسب ما ورد في أحكام المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>2</sup>، يترتب بطلان الإجراءات في حالة ما لم يتم تقديم مجمل الطلبات بموجب إجراء واحد، وما لم تكن صلة الارتباط ظاهرة، من هذا المنطلق يكون القاضي ملزما بالحكم تلقائيا ببطلان الإجراءات متى ظهر له أن تقديم عدة طلبات بناء على إجراء واحد يمس من حسن سير العدالة<sup>3</sup>.

في نطاق الاختصاص القضائي الدولي، تناولت اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي الاختصاص القائم بالطلبات العارضة وذلك من خلال الفقرة "و" من نص المادة 34 و التي تنص على ما يلي " في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: "و" « إذا تعلق الأمر بدعوى مقابلة أو بطلبات عارضة و كانت هذه المحاكم مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية بموجب أحكام هذه الاتفاقية .»<sup>4</sup>، يستخلص من مفهوم هذه المادة أن الاتفاقية المغربية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي تناولت شرط مهم لانعقاد الاختصاص لدول الإتحاد بنظر الطلبات العارضة التي تثار أمام محاكم هذه الدول، حيث يظهر هذا الأخير في حتمية أن يكون قاضي أحد الدول الأعضاء مختص أولا بنظر الدعوى الأصلية حسب ما ورد في أحكام هذه الاتفاقية، والدافع القانوني المستوحى من هذا الاختصاص يمثل هذا النوع من الحالات هو حسن تحقيق العدالة و تفادي تضارب الأحكام، نظرا للارتباط الموجود بين كل من الدعوى الأصلية و المسائل المتعلقة بها<sup>5</sup>.

في نفس السياق، تناولت اتفاقية الرياض للتعاون مسألة الاختصاص بالنظر في الطلبات العارضة من خلال الفقرة "ز" من نص المادة 28 و التي تنص على أنه " في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية، تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: "ز" إذا « تعلق الأمر بطلبات عارضة و كانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي

<sup>1</sup> - عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، encyclopedia edition، الجزائر ط 02، 2015، ص 345.

<sup>2</sup> - تنص المادة 207 من ق.إ.م.إ على « إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي، جاز له و لحسن سير العدالة، ضمهما من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم و الفصل فيهما بحكم واحد.»

<sup>3</sup> - عمر زودة المرجع السابق، ص 345.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>5</sup> - زروتى الطيب، الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 109.



بموجب نص هذه المادة<sup>1</sup>، ويلاحظ من خلال القراءة الأولية لكل من اتفاقية التعاون القانوني و القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، واتفاقية الرياض للتعاون في مجل الاختصاص القضائي، بأنهما يشتركان في شرط واحد والمتمثل في أن تكون محاكم الدول الأعضاء مختصة بنظر الدعوى الأصلية.

تعود ولاية محاكم الدول الأعضاء بنظر هذا النوع من المسائل بموجب الاتفاقيتين المذكورتين أعلاه، نظيرا لوجود عدة حالات لا يكون فيهما النزاع من ضمن نطاق اختصاص محاكم الدولة لعدم توافر أي معيار من المعايير المنظمة للاختصاص، ومع ذلك فإن محاكم هذه الدولة تختص بنظرها تكريسا في ذلك لحسن سير العدالة، و حماية المراكز القانونية للأفراد<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الاختصاص في حالة تعدد المدعى عليهم

نكون أمام حالة عادية عند مباشرة الدعوى على مدعى عليه واحد فقط، و بناء على ذلك يقوم القاضي المختص بنظر الطلب المقدم إليه من قبل أحد المعنيين بالخصومة القضائية المتضمنة لعنصر أجنبي إعمالا بذلك لأحد أهم المبادئ الأساسية في فقه القانون الدولي الخاص، و من هذا المنطلق يتم تحديد نطاق الخصومة القضائية من حيث الموضوع والسبب والأطراف، وعليه تكون المحكمة مقيدة بما تضمنته عريضة الدعوى تكريسا في ذلك لمبدأ " وحدة عريضة الدعوى"، إلا أنه في سبيل تيسير إجراءات التقاضي أجازت جل التشريعات المقارنة التخفيف من حدة هذا المبدأ و تعديله، ليصبح من المشروع تعديل نطاق الدعوى لعدة اعتبارات أبرزها: اعتبارات العدالة ووحدة الخصومة القضائية، و على هذا الأساس ظهرت فكرة تعدد المدعى عليهم<sup>3</sup>.

وناهيك عن ذلك وفي إطار المنازعات الخاصة الدولية التي يكون القاضي مختصا بنظرها، قد يصادف أن يكون أمام مشكلة تعدد المدعى عليهم، وتبرز هذه الحالة عندما يكون أحد المدعى عليهم أجنبيا ولا يدخل ضمن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الوطنية بصفته لا يملك موطننا فيها، وفي حالة ما إذا كان هذا الأخير غير معني بتطبيق الإجراءات المعمول بها على الصعيد الداخلي، سوف نكون أمام حالة إنكار للاختصاص القضائي الدولي و إهدار اعتبارات حسن سير العدالة وضياع حقوق أطراف النزاع، ولعلاجة هذا الأمر تم اعتماد فكرة مد الاختصاص القضائي ليشمل بذلك المدعى عليهم بناء على

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقا لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق، ص 400.

<sup>3</sup> - ياسر سبهان حمد، المرجع السابق، ص 04.

مجموعة من الشروط الواجب توافرها من أجل تطبيق هذا الحكم بشأن انعقاد الاختصاص للمحاكم في حالة تعدد المدعى عليهم<sup>1</sup>.

يرى فقه القانون الدولي الخاص في كل من مصر وفرنسا على أن اختصاص المحاكم الوطنية في هذا الشأن هو ضمان حسن سير العدالة و تكريس وحدة الخصومة القضائية و عدم تجزئتها، وتلافي صدور أحكام متضاربة و متعارضة خاصة أننا بصدد منازعة ذات طابع دولي بحت<sup>2</sup>، وطالما أن التشريعات المقارنة على مستوى القوانين الداخلية استحدثت مجموعة من الحلول للحد من مسألة تعدد المدعى عليهم، نرى أن كل من المشرع الجزائري و الفرنسي قد اعتمدا تمديد قواعد الإجراءات الداخلية على الصعيد الدولي بشكل يتناسب و يتلاءم مع طبيعة هذا النوع من المنازعات<sup>3</sup>، لهذا ينبغي علينا التطرق إلى مناط الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم ( الفرع الأول) قبل التعرض لشروط انعقاد الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم ( الفرع الثاني)

### الفرع الأول: مناط الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم وموقف المشرع الجزائري

#### منه

تخول غالبية التشريعات المقارنة للمدعي فرضية جمع ما بين أكثر من مدعى عليه واحد بموجب عريضة دعوى واحدة تلافيا لتعارض الأحكام الممكن مصادفته في حال ما تمت إقامة دعوى واحدة خاصة بكل مدعى عليه بشكل منفرد، بالإضافة إلى مراعاة جملة من المبادئ نذكر أهمها: مبدأ الاقتصاد في الإجراءات<sup>4</sup> و النفقات الواقعة على كهل المدعي حينما يباشر الدعوى على عدة مدعى عليهم بصورة متفرقة، حيث تتطلب اعتبارات حسن سير العدالة تمكين من يمتلك صفة المدعي من جمع المدعى عليهم في عريضة دعوى واحدة أمام محكمة واحدة للبت في النزاع في حالة ما توفرت مجموعة من الشروط في

<sup>1</sup> - راجع وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 92.

<sup>2</sup> - حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> - بن شاب نعيمة، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، مج 34، ع 01، 2020، ص 357.

<sup>4</sup> - مبدأ اقتصاد الإجراءات ( L'économie judiciaire ) يعد من ضمن المبادئ الداخلة ضمن القواعد المقررة لضمان حسن سير العدالة، و يعد هذا الأخير من أكثر العوامل التي تساهم في تأثير على سير المحاكمة بشكل عام، كما يمكن تصنيف هذا المبدأ ضمن نطاق المتعلقة بسير الإجراءات القانونية الضرورية التي تسعى إلى تيسير إجراءات التقاضي و تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالقضاء، و تقوية الاهتمام بتكريس التعاون بين القاضي و أطراف الدعوى و تفادي إطالة أمد التقاضي، راجع في هذا المعنى، مصطفى أحمد الدراجي، مبدأ الاقتصاد في إجراءات الخصومة ( دراسة في قانون المرافعات الليبي)، مجلة البحوث القانونية، ع 12، 2021، ص 05.

حالة التعدد، أهمهما وحدة السبب و الارتباط وإذا ما كان التعدد حقيقياً<sup>1</sup>، كما قد يريد المدعي أن يرفع دعوى على عدة مدعى عليهم حيث يقع موطن كل منهم في دائر اختصاص محلي مغاير عن الآخر، و على هذا الأساس هل يقوم برفع دعاوى متعدد بتعدد المدعى عليهم كل أمام محكمة موطن المدعى عليه، أم أنه قد يقوم برفع دعوى واحدة أمام محكمة أحدهم و أن يباشر الخصومة ضد الآخرين أمام المحكمة التي رفعت عليها الدعوى؟، ومثال عن ذلك في أن يقوم أحد الأشخاص بشراء سيارة من مجموعة من البائعين تعود لهم الملكية عن طريق الشيوخ علما أن لهم عدة مواطن إقامة مختلفة، فإنه عند القيام برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة لموطن كل بائع سوف نكون أمام حالة إهدار في الإجراءات و النفقات و تزايد فرضيات صدور أحكام متعارضة في موضوع النزاع<sup>2</sup>.

هذا في حالة النزاع ذو طابع وطني، أما إذا كنا بصدد نزاع يدخل ضمن إطار القانون الدولي الخاص وقواعد الاختصاص القضائي الدولي و يكون مشمولاً بعنصر أجنبي، فهنا نكون أمام فرضية أن يكون أحد المدعى عليهم خاضع لاختصاص المحاكم الوطنية علما أن المدعى عليهم الآخرون لا يدخلون ضمن ولاية هذه الأخيرة، إلا أنه تجدر الإشارة في عدم وجوب قيام المدعي برفع أكثر من دعوى واحدة ضد المدعى عليهم أمام أكثر من دولة لأنه وفقاً لهذه الفرضية نكون أمام حالة (قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية)، بل يجب على المدعي أن يباشر دعوى واحدة فقط<sup>3</sup>، و من الناحية العملية فإن هذا المبدأ يعد من المبادئ المستوحاة من القواعد العامة في الاختصاص المحلي، علما أن الاختصاص المبني على فكرة تعدد المدعى عليهم ما هو إلى صورة حقيقية من صور الارتباط المعمول بها وفقاً لقواعد المعتمدة في الإجراءات الداخلية<sup>4</sup>.

وفي نفس الإطار المشرع الإماراتي تناول مسألة تعدد المدعى عليهم من خلال الفقرة السابعة من المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على « تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الدولة في الحالات الآتية: ... إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الدولة»، يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الإماراتي منح الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بشكل صريح لمثل هذا النوع من المنازعات متى ظهر تعدد المدعى عليهم الأجانب في الدعوى و متى كان لأحدهم فقط موطن أو محل إقامة في إقليم الدولة، وتماشياً مع ذلك و في حالة تعدد المدعى عليهم

<sup>1</sup> - ياسر سهان حمد، ندى خير الدين سعيد، المرجع السابق، ص 05

<sup>2</sup> - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 94.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، 182.

تعود ولاية المحكمة بنظر الدعاوى المرفوعة ضدهم جميعا حتى ولو لم يكن بقيتهم من غير المقيمين في إقليم الدولة، و الحكمة من إعمال هذا المبدأ في اختصاص محاكم الدولة بهذا النوع من المنازعات هو ضمان حسن سير العدالة و تلافي تضارب الأحكام القضائية على الصعيد الدولي في نفس الخصومة القضائية ذات الطابع الأجنبي حتى ولو تعدد المدعى عليهم فيها<sup>1</sup>.

المشرع المصري من جهته أيضا أخذ بفكرة تعدد المدعى عليهم من خلال قانون المرافعات المادة 30 فقرة 9 والتي تنص على أنه تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك في الأحوال الآتية: ... 9- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية<sup>2</sup>، حيث ورد بالملذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون « يقرر البند التاسع من تلك المادة ( أي المادة 30) قاعدة منح الاختصاص لمحاكم الجمهورية بناء على تعدد المدعى عليهم، وهو ضابط مسلم في فقه القانون الدولي الخاص ...»، حيث أن هذا الاختصاص حسب القواعد الإجرائية في قانون المرافعات المصري معمول به في مواد الأحوال العينية و الأحوال الشخصية، وبالتالي فهو غير مقيد بنوع الدعوى<sup>3</sup>.

وفي نطاق آخر لا يثير اختصاص المحاكم المصرية بنظر فكرة تعدد المدعى عليهم أي إشكال في ما لو كان أحدهم يتخذ من الدولة المصرية موطنًا أو محل للإقامة، إلا أن الصعوبة في ذلك قد تظهر في حالة إذا كانت ولاية المحاكم المصرية مؤسسة على ضوابط آخر من ضوابط الاختصاص القضائي المعمول بها في قانون المرافعات، و في المقابل يشترط البعض من الفقه أن يتأكد القاضي المصري المختص بنظر مسألة تعدد المدعى عليهم من ثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية من حيث توفر موطن أو سكن لأحد المدعى عليهم في مصر، فلو عاد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على قاعدة أخرى، فإنه لا يمكن أن يجعل من ذلك اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لسائر المدعى عليهم<sup>4</sup>، أما إذا كان المدعى عليهم أجنب و لا يحوزون على موطن أو محل إقامة في الجمهورية المصرية، و إذا كانت أيضا محاكم هذه الأخيرة تعود لها ولاية نظر الدعوى وفقا لأحد ضوابط الاختصاص الأخرى، مثلما لو كان العقد محل الخصومة قد تم إبرامه في مصر أو كانت الأموال محل النزاع تتواجد فيها، فإنه من الصعب حسب هذه الوضعية أن يكون القاضي المصري مختص بالدعوى بالنسبة لأحد المدعى عليهم دون الآخرين ( بقية المدعى عليهم)، طالما أن

<sup>1</sup> - سعيد سيف السيوسي، المرجع السابق، ص ص 12-13.

<sup>2</sup> - قانون رقم 13 لسنة، 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 727.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 184.

تعدد المدعى عليهم يستوجب وحدة موضوع الدعوى، ومادامت ضوابط الاختصاص في هذا الفرض تعد من نظير الضوابط الموضوعية المشتقة من العلاقة القانونية، إما عن طريق موضوعها أو عن طريق سببها<sup>1</sup>، والذي لا شبهة فيه أن أساس الاختصاص القائم على تعدد المدعى عليهم ناتج عن فكرة الارتباط، بما أن الدعوى المقامة على أحد المدعى عليهم وفقا لضوابط الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها مرتبطة بالدعاوى الموجهة إلى الآخرين، وعلى هذا الأساس لم يعد يوجد ما يقف أمام القضاء المصري من البت في هذه الدعاوى الأخيرة بناء على ارتباطها بالدعوى الأولى لما جرت عليه القواعد العامة<sup>2</sup>.

كما يرى الفقه المصري أن في حالة جلب الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس تعدد المدعى عليهم فهو لا يكون معنيا في ما يتعلق بالاختصاص الحضري بما فيه الدعاوى العقارية المتعلقة بوجود عقار في الخارج، كون الاختصاص المحاكم الوطنية يمثل هذا النوع من الدعاوى يعد بمثابة الاختصاص الأصلي<sup>3</sup>، كما يعتقد الفقه المصري أنه طالما كان القاضي الوطني مختصا بالنسبة لأحد المدعى عليهم حسب أحد معايير الاختصاص المعمول بها في قانون المرافعات، فليس هناك مانع حسب القواعد العامة من اختصاصه أيضا في هذا النوع من الخصومات في ما يتعلق بالنسبة لسائر المدعى عليهم، وفي الإطار نفسه يذهب الفقه التقليدي إلى القول إذا كان من شأن تعدد المدعى عليهم جلب الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة و كونه يطبق من جانب واحد، فإنه لا يصلح لسلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لفائدة القضاء الأجنبي<sup>4</sup>.

وإذا ما كان الفقه التقليدي قد اعتمد أن فكرة توطن أحد المدعى عليهم في مصر وسيلة لجلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، فإن هذا الاتجاه الفقهي لم يرحب بفكرة سلب الاختصاص القضائي لصالح محكمة دولة أجنبية متى كان أحد المدعى عليهم مقيما بها، و في المقابل يذهب الاتجاه الفقهي الحديث و الذي سبق أن أبرزنا مواقف في مواضع مماثلة إلى القول بتخلي المحاكم الوطنية عن نظر الدعوى في حال ما ظهرت لها أن القضاء الأجنبي أكثر ملائمة و قدرة على الفصل في النزاع و كفالة آثار الحكم الصادر فلي شأنه، و تكريسا بذلك للمبدأ القائل باستقرار المعاملات الخاصة الدولية و تفادي تضارب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 184.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 185.

<sup>3</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 729.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 184.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، ص ص 15-16.

المشرع الفرنسي وبموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تناول مسألة تعدد المدعى عليهم من خلال نص المادة 02/42 الفقرة الأولى<sup>1</sup>، بالرغم من أن هذه المادة جاءت لتنظيم الاختصاص ذو الطابع المحلي للمحاكم الفرنسية، إلا أن هذا المبدأ تم تمديده و العمل به في الاختصاص القضائي الدولي من طرف محكمة النقض، علما أن غالبية القواعد المنظمة للاختصاص المحلي تم تمديدها إلى مجال الدولي كون فرنسا لم تنظم الاختصاص القضائي الدولي بشكل منفصل، وعلى هذا الأساس يعود الاختصاص للمحاكم الفرنسية إذا ما كان أحد المدعى عليهم مقيما أو يتخذ من فرنسا موطناً له، حيث يرجع ذلك بالنسبة للدعاوى المرفوعة ضد المدعى عليه و المدعى عليهم الآخرين حتى ولو تم اعتبارهم أجانب مقيمين خارج دولة فرنسا، وتأسيساً على ذلك أدرجت محكمة النقض الفرنسية نص المادة 42 فقرة 02 ضمن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي بصفتها تندرج ضمن الضوابط المحددة لولاية المحاكم<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس يذهب غالبية الفقه في كل من مصر و فرنسا و عدة تشريعات عربية مقارنة<sup>3</sup> على اعتبار أن الاختصاص المعقود للمحاكم الوطنية في مثل هذا النوع من المنازعات ما هو إلا ضمان لحسن سير العدالة، و حماية وحدة الخصومة القضائية، وعدم تقطيع أوصالها و تفادي صدور في الخصومة

<sup>1</sup> - Article 42/2 du code procédure civil français « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu ou demeure le défendeur : 1/... Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger. »

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> - من التشريعات العربية المقارنة التي تناولت مسألة تعدد المدعى عليهم نجد القانون البحريني من خلال الفقرة التاسعة من المادة 9/10 و التي تمنح اختصاص المحاكم المعنية، حال تعدد المدعى عليهم، إذا كان لأحدهم موطن أو محل إقامة في البحرين، و على هذا الأساس لا يلزم توطن أو إقامة كافة المدعى عليهم فيها لعقد الاختصاص لمحكمة، نجد أيضاً المشرع السوري قد ساير التشريعات السابقة من خلال المادة 04 بند (د)، كما تنص أيضاً المادة 10 من القانون الكويتي، على أنه « تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو سكن في الكويت، إذا كان أحد المختصين معه كويتياً، أو كان أجنبياً له موطن أو سكن أو موطن مختار في الكويت. »، و على خلاف التشريعات الأخرى فإن المشرع الكويتي سمح برفع الدعوى على مجموع الأشخاص الأجانب غير مقيمين أو متوطنين في الكويت، إذا ما كان أحد الخصوم في الدعوى كويتياً، إلا أن هذا النص تم انتقاده لكونه يشكل ضرر بالنسبة للمدعى عليه الأجنبي الذي لا يملك إقامة في الكويت و ما إذا كان الخصم الكويتي بمثابة " خصماً سورياً " أي لم توجه إليه أي طلبات. أنظر، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 107.

الواحدة عدة أحكام متضاربة و متعارضة و التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم تحقيق العدالة و ضياع حقوق الأفراد.<sup>1</sup>

المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ في مجال الاختصاص المحلي الداخلي، حيث تنص المادة 38 من ق إ م إ على « في حال تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم»، فحسب هذا النص، إذا تعدد المدعى عليهم في نفس الخصومة و كان موطن كل منهم يقع في إقليم محكمة مختلف عن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، كما يعود وفق هذه الحالة الخيار للمدعي بين هذه المحاكم<sup>2</sup>، و ترجع الغاية من إعمال هذه القاعدة، هو تشجيع المدعي على جمع طلباته ضد المدعى عليهم المتعددين في نزاع واحد و أمام محكمة واحدة، وحتى يتفادى رفع عدة دعاوى أمام كل محكمة من محاكم المدعى عليهم، بشكل قد يضاعف في طول الإجراءات و زيادة النفقات ويزيد من فرص أحكام متعارضة في نفس النزاع، فاعتبارات حسن سير العدالة هي من عجلت بتقرير هذا المبدأ، علما أن تعدد المدعى عليهم في نفس الخصومة وإذا ما كان موطن كل واحد منهم يقع في موقع محكمة مغاير عن المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الآخرين، يصبح من الجائز مباشرة الدعوى عليهم جميعا أمام المحكمة الموجودة بموطن أحدهم، حيث يعود هنا الخيار للمدعي بين هذه المحاكم، و انطلاقا من الإجراءات المعمول بها في نطاق المنازعات الداخلية يستحسن العمل بهذا الحل ومدته إلى الاختصاص القضائي الدولي<sup>3</sup>.

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، نجد اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، حيث نجد أن هذه الأخيرة قد اهتمت بمسألة الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم، وهذا من خلال نص المادة 34 الفقرة (أ)، حيث تنص هذه المادة على « في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: أ) إذا كان موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعددوا، وقت افتتاح الدعوى، موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله.<sup>4</sup>»، ويستخلص من هذه المادة أنه و في حال تعدد المدعى عليهم، فإنه

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص

57، راجع أيضا في نفس المعنى، حفيظة السيد الحداد النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - بن شاب نعيمة، المرجع السابق، ص 357.

<sup>3</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 48.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.



حسب القواعد العامة يكفي فقط لأن يكون لأحدهم موطناً<sup>1</sup> أو محل إقامة في الدولة التي أصدرت الحكم، لتعود بذلك الولاية لمحاكمها، وتلافياً أيضاً رفع عدة دعاوى وإمكانية تعارض الأحكام بين الدول الإتحاد، و على هذا الأساس يمتد اختصاص محكمة إقامة المدعى عليهم أو بعضهم إلى باقي المدعى عليهم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط انعقاد الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم

يشترط غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص من أجل انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في حال تعدد المدعى عليهم في الخصومة المشوبة بعنصر أجنبي توافر مجموعة من الشروط و التي تتجسد في تحقق الارتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم (أولاً)، أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً (ثانياً)، أن يكون أحد المدعى عليهم متوطناً في إقليم الدولة إما عن طريق موطن أصلي أو مختار (ثالثاً)، وأخيراً أن يكون أحد المدعى عليهم متوطناً في إقليم الدولة (رابعاً).

#### أولاً: تحقق الارتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم

يرى الفقه بكل من مصر وفرنسا بوجود توافر صفة الارتباط بين كل الطلبات الموجهة ضد المدعى عليهم، حيث يستند الفقه حسب هذا التوجه في تحقق وحدة الطلبات بالنسبة لكافة المدعى عليهم<sup>3</sup>، ويظهر الارتباط هنا متى اعتبرنا أن موضوع هذه الطلبات واحداً، مثل أن يتعلق الأمر بعقد واحد أو بفعل ضار واحد<sup>4</sup>، و العلة من الارتباط هي تواجد صلة بين الطرفين، حيث من حسن سير العدالة توحيدهما و جمعهما أمام نفس الجهة القضائية، خاصة ما إذا كان الحكم الصادر بشأنهما يؤثر في الحكم الآخر<sup>5</sup>.

إلا أنه قد تباينت الآراء الفقهية بشأن مسألة تحديد الارتباط الواجب توافره في حال تعدد المدعى عليهم، حيث يرى جانب من الفقه بتوافر الحد الأدنى فقط من الارتباط، أي دون الحاجة لوحدة الموضوع

<sup>1</sup> - عرفت اتفاقية التعاون القانوني و القضائي لدول إتحاد المغرب العربي الموطن من خلال الفقرة (أ) من المادة 34/أ بأنه « يقصد بالموطن بالنسبة للشخص الطبيعي محل إقامته المعتاد أو محل نشاطه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بذلك النشاط أو موطنه المختار أو آخر موطن معلوم إذا غادره، و أصبح مجهول الموطن، و بالنسبة للشخص الاعتباري، مقره أو مكان مركزه أو فرعه إذا تعلق الدعوى باستغلال هذا المركز أو الفرع و تم استدعاؤه به. »

<sup>2</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقاً لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق، ص 394.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 98.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 58. أنظر أيضاً، كمال سمية، المرجع السابق، ص 49.

<sup>5</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 98.



والسبب، وفي المقابل هنالك من يرى فقط بضرورة وحدة الموضوع دون اللجوء لوحدة السبب<sup>1</sup>، وعلى العكس من ذلك يرى آخرون بأن وحدة السبب تعد كافية، و إذا كان ما تقدم فإن جانباً من الفقه يرى بوجود توفر دعوى واحدة يتحقق فيها تعدد المدعى عليهم، مثال ذلك الدعوى على المدينين المتعددين<sup>2</sup>.

فالذي لا شبهة فيه أن الغاية المرجوة من أغلب الأنظمة القانونية المقارنة في هذا الصدد، تهدف إلى جمع الطلبين المرتبطين معاً أمام نفس المحكمة رغبة منها في اقتصاد النفقات والإجراءات و ضمان حسن سير العدالة و توحيد الخصومة القضائية والسعي إلى تفادي أي احتمال من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة في نفس القضية، ومن هذا المنطلق يرى الفقه بأن اعتماد ولاية محكمة موطن أحد المدعى عليهم المتعددين يشكل صورة من صور الارتباط في حال ما تحققت وحدة الطلبات في الدعوى المقامة عليهم<sup>3</sup>، وهذا ما أكدته اتفاقية بروكسل (Bruxelles I bis) من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 1/08<sup>4</sup>.

وفي مقام موالى، أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الشرط من خلال حكمها الصادر بتاريخ 8 فيفري 1983، و ذهبت إلى الاعتراف بالاختصاص القضائي لمحكمة باريس، باعتبار أن باريس تعد بمثابة مقر العديد من الشركات المدعى عليها بخصوص الدعوى من طرف المدعية ضد العديد من شركات الطيران الفرنسية و الأجنبية، حيث كان مضمون هذه الدعوى بسبب الضوضاء التي تسببت فيها الطائرات التابعة لهاته الشركات، وعلى هذا الأساس يظهر الارتباط في الطلبات الموجهة إلى كافة المدعى عليهم في ما يتعلق بمسؤولياتهم عن ما نتج من الضرر الحاصل لشركات التابعة لهم، وعليه فإن الارتباط في الطلبات الموجهة هنا تقتضي أن ينظر فيها قاضي واحد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 98-99.

<sup>4</sup> - Article 08 ( 1 ) règlement Bruxelles I bis « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être atraite : ( 1 / S'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, a condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt a les instruire et a les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. »

<sup>5</sup> - مشار إليه: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 99.

## ثانياً: أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً وليس صورياً

بمعنى أن يكون أولاً الطلب المقدم ضد أحد المدعى عليهم في الدعوى المقيم أو المتوطن في إقليم الدولة التي يكون قاضياً مختصاً بنظر النزاع، حقيقياً و جدياً في مواجهته<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس يجب أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً وليس صورياً<sup>2</sup>، ويرجع الهدف الرئيسي من أعمال هذا الشرط هو تلافي الغش نحو قواعد الاختصاص، حيث إذا كانت الغاية تكمن في التحايل على معايير الاختصاص من خلال إثبات ولاية المحاكم الوطنية التي هي في الأصل لم تكن مختصة منذ البداية، و جلب المدعى عليهم أمام هذه المحاكم علماً أنهم لا يملكون فيها موطناً أو محل إقامة، ففي هذه الحالة لا تختص المحاكم الوطنية بنظر هذا النزاع<sup>3</sup>، و تفادياً لحدوث مثل هذه الحالات قامت محكمة النقض الفرنسية بإضافة هذا الشرط و ذلك من خلال حكمها الصادر بتاريخ 13 أبريل 2010<sup>4</sup>، حيث أضفت على هذا الشرط معيار الجدية ( Caractère sérieux )<sup>5</sup>، ويذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يستوجب إلغاء هذا الامتياز في حال ما لم يتم توجيه أية طلبات حقيقية للمدعى عليه، الذي بموجب توطنه وإقامته تم إسناد الاختصاص للمحاكم الفرنسية<sup>6</sup>.

وبالعودة إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي في وقت سابق، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت في حكمها بتاريخ 16 جويلية 1970 بأنه لا يعتبر بمثابة مدعى عليه حقيقي « متى كان الفرد الذي يقع عليه الالتزام بمساعدة القضاء إعمالاً لنص المادة 10 من القانون المدني»، كما أضافت المحكمة أيضاً في نفس الغرض وبصفة عامة، لا يعتبر الشخص مدعياً عليه حقيقياً متى كان هذا الأخير مجرد شخص وهمي أو صوري، بل و أكدت محكمة النقض الفرنسية إلى إلزامية أن يكون المدعى عليه المتوطن

<sup>1</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 728.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 58.

<sup>4</sup> - Cass. Com., 13 Avril 2010, pourvoi n° 09-11.885, Bull. IV. N° 77.

<sup>5</sup> - « La prorogation de compétence prévue par l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile, applicable dans l'ordre international, ne permet pas d'attirer devant une juridiction française un défendeur demeurant à l'étranger lorsque la demande formée contre lui et un codéfendeur domicilié en France ne présente pas, à l'égard de ce dernier, un caractère sérieux, fût-elle connexe à une autre demande dirigée contre les mêmes défendeurs. », Cass. Com., 13 Avril.2010, préc, voir :

[https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022109158?init=true&page=1&query=09-11.885&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022109158?init=true&page=1&query=09-11.885&searchField=ALL&tab_selection=all) . Consulté le 02-10-2022.

<sup>6</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 103.

في فرنسا أن يكون دوره في النزاع بشكل يتصف بالجدية و بشكل حقيقي<sup>1</sup>، وتماشيا مع ذلك تواترت أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن وبخصوص هذا الشرط حيث أصدرت محكمة استئناف (Rouen) حكما بتاريخ 18 ماي 1989، و سببت حكمها باعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية تعد غير معنية بالتطبيق متى كان المدعى عليه وهميا وغير مرتبط بالنزاع بصفة مباشرة، وتماشيا مع ما تم ذكره قضت محكمة (Aix en Provence) في حكمها الصادر بتاريخ 22 فيفري 1994، في قضية اختصاص أمين السفينة رغم أنه مجرد وكيل عنها دون أن تكون له أي مسؤولية في هذا الشأن، طالما أن هذا الاختصاص قائم على الاصطناع، لأن الغاية منه هو حرمان مجهزة السفينة من المثول أمام قاضيه الطبيعي<sup>2</sup>، وبناء على ذلك لا يصلح مد ولاية القضاء الوطني إلى أشخاص في الخصومة القضائية لا يخضعون له<sup>3</sup>، ومع ذلك فإن ثمة حالات تنتفي فيها شرط التعدد الحقيقي للمدعى عليهم، و من أبرزها:

- أن يتجسد تعدد المدعى عليهم في شخص واحد من الناحية القانونية، مثل الوضع الذي يفرض شركة واحدة مع عدة فروع تابعة لها.
- فرضية تخلي المدعي على المدعى عليه الأول الذي يكون مركزه في الخصومة قد شكل امتداد لبقية المدعى عليهم في الدعوى.
- إذا التزم المدعى عليه بتقديم مستندات من شأنها أن تكون مفيدة في الدعوى وفي سبيل مساعدة القضاء<sup>4</sup>.

### ثالثا: اختصاص المدعى عليهم في الدعوى بصفة أصلية

يفهم من هذا الشرط أنه في حال ما تم اختصاص بعض المدعى عليهم في الدعوى بصفة أصلية و البعض الآخر بصفة احتياطية، ومتى عادت ولاية المحكمة بالآخرين دون الأولين فهنا تكون غير مختصة بنظر الدعوى<sup>5</sup>، وهذا ما أخذ به الفقه المصري وهي نفس النتيجة التي اعتمدها قانون المرافعات المدنية و التجارية القديم عبر المادة 2/55، أما قانون المرافعات الجديد فتناولها من خلال نص المادة 02/49، وفي هذا الإطار يشترط عند تطبيق هذا النص ألا يكون المدعى عليه الذي رفعت الدعوى أمام دائرة

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 103-104.

<sup>3</sup> - محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 119.

<sup>4</sup> - أنظر: وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص ص 74-75.

<sup>5</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 50.

الاختصاص محكمة محل توطنه قد اختصم بصفة تبعية، كما لو تم اعتباره مجرد كفيل أو ضامن، و على هذا الأساس لا يجوز اختصاص بقية المدعى عليهم أمام محكمة مقر موطنه<sup>1</sup>.

### رابعاً: أن يكون أحد المدعى عليهم متوطناً في إقليم الدولة

حسب هذا الشرط نكون أمام فرضيتين، تتمثل الأولى في اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع بصفتها محكمة موطن أو محل إقامة أحد المدعى عليهم في الدعوى، و في نفس الوقت يعود لها الاختصاص بالبت في الطلبات الأصلية المرتبطة ضد المدعى عليهم متى توفر أحدهم على موطن فيها، إلا أن هذه الفرضية تعد بديهية و لا تطرح أي صعوبة كون فكرة تعدد المدعى عليهم حسب الاختصاص القضائي في هذا الصدد يعود لمحكمة موطن المدعى عليه، أما الفرضية الثانية تظهر عندما يكون الاختصاص هنا قائم بناء على ضابط آخر من الضوابط المتعارف عليها و ليس مبني على ضابط محكمة موطن المدعى عليه، ومن هذا المنطلق يشترط لولاية محاكم الدولة بنظر حالة تعدد المدعى عليهم، هو حتمية توفر موطن أو محل إقامة أحدهم في الدولة<sup>2</sup>، ومتى كان الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم لا يثير أي صعوبة في حالة ما إذا اعتبر أحد المدعى عليهم مقيم أو متوطن في إقليم الدولة، إلا أن الفقه تباينت مواقفه في مسألة مدى جواز منح الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان أحد المدعى عليهم يخضع لضابط آخر دون ضابط الموطن أو محل إقامة<sup>3</sup>.

يرى البعض من الفقه المصري ، بأنه يشترط لاختصاص القضاء المصري بنظر مسألة تعدد المدعى عليهم، أن يكون قد انعقد بناء على توفر محل إقامة أو موطن أحد المدعى عليهم في مصر ، أما إذا ما اختصت المحاكم المصرية بناء على القواعد الأخرى المنظمة للاختصاص، فهنا يكون القاضي المصري غير مختص بنظر النزاع بالنسبة لسائر المدعى عليهم، إلا أن حقهم يبقى قائماً ومكفولاً في تقديم الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية<sup>4</sup>، أما اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه ليس هناك ما يمنع المحكمة المصرية من تمديد اختصاصها بالنسبة لسائر المدعى عليهم متى كانت مختصة بالنسبة لأحد المدعى عليهم وفقاً

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 183، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 102، أنظر أيضاً، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - أنظر، كمال سمية، المرجع السابق، ص ص 51-52.

<sup>3</sup> - محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 120.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 59.

لضوابط الأخرى المعمول بها في مجال الاختصاص القضائي الدولي حسب قانون المرافعات<sup>1</sup>، وطالما أن الاختصاص المبني على تعدد المدعى عليهم راجع لفكرة الارتباط، ومتى كانت الدعوى المقامة على أحد المدعى عليهم حسب أحد معايير الاختصاص التي تناولها معظم قوانين الإجراءات المدنية و الإدارية تعد مرتبطة بالدعاوى الموجة للبقية، وعلى المستوى العملي لا يوجد ما يمنع القاضي من البت في الدعاوى الأخيرة المرتبطة بالدعوى الأولى وذلك حسب القواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن<sup>2</sup>.

ومن زاوية أخرى، ومتى كانت الدعوى المرفوعة على أحد المدعى عليهم بالعودة إلى أحد ضوابط الاختصاص، ومتى كانت هذه الدعوى مرتبطة بالطلبات الموجهة إلى بقية المدعى عليهم، ففي هذه الحالة يرى الفقه بأنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار أمرين مهمين لاختصاص الدولي للمحاكم في مواجهة بقية المدعى عليهم:

• الأمر الأول: إذا ما تعلق الأمر بالاختصاص المبني على فكرة تعدد المدعى عليهم، فهنا يرى الفقه بأن المحاكم المصرية لا يعود لها الاختصاص في مواجهة الباقيين، فحسب هذا الضابط ( الخضوع الاختياري) المبني على القبول لا يكون نافذاً إلى في من صدر منه القبول ولا يقبل افتراض قبول الباقيين.

• الأمر الثاني: يتمثل في فرضية جلب الاختصاص للمحاكم المصرية في حال تعدد المدعى عليهم، لا يطبق في حالة ما إذا تعلق بدعوى عقارية تتضمن عقار موجود بالخارج أو بما يعرف بالاختصاص الحصري<sup>3</sup>.

و لعل من المفيد أن نؤكد بأن الفقه التقليدي، يرى بضرورة وحدة الاختصاص عند تعدد المدعى عليهم كما يؤكدون على أنه يصلح من جانب واحد فقط وهو جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية وعدم جواز سلبه منها، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الانتقاص من سيادة الدولة و حرمانها من أداء عدالتها على إقليمها<sup>4</sup>، أما الفقه الحديث فقد فضل تخلي المحاكم الوطنية عن اختصاصها بنظر الدعوى في هذا الفرض متى تبين أن القضاء الأجنبي هو الأكثر ملائمة و قدرة على البت في النزاع، و كفالة آثار الحكم

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 184.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 184-185.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 60.

<sup>4</sup> - راجع في موقف الفقه التقليدي من تخلي القضاء الوطني عن اختصاصه: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 729.

الصادر بشأنه و تنفيذه<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس تم انتقاد الفقه التقليدي بأن تصوره غير مقنع ومن شأنه أن يؤدي إلى الانعزالية القانونية و تجاهل طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ومن زاوية أخرى يرى الفقه الحديث بأنه يجوز للقاضي الوطني أن يتخلى عن اختصاصه متى توفرت مجموعة من الشروط أهمها:

- وجود رابطة جدية بين النزاع و محكمة الدولة الأجنبية
- إذا كانت المحكمة الأجنبية هي الأكثر ملائمة للفصل في النزاع و كفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنه
- تلبية متطلبات حسن سير العدالة و تحقيق مصلحة الخصوم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- راجع أيضا في موقف الفقه الحديث في التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص ص 15-16.

<sup>2</sup>- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 60-61.

## الفصل الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع

### الاختياري والمحكمة الغير ملائمة

يعبر عن التخلي عن الاختصاص المبني على فكرة الخضوع الاختياري بالاتفاق المانع للاختصاص القضائي الدولي، حيث تشكل هذه الفكرة أحد أبرز ضوابط الاختصاص القضائي المعترف بها في أغلب النظم القانونية المقارنة في وقتنا الحالي، حيث تلعب الإرادة هنا دور مهم في إسناد الاختصاص للجهة القضائية التي يتفق أطراف النزاع بالخضوع لسلطتها، وجدير بالإشارة أن هذا الضابط ينتج عنه أثريين أحدهما جالب للاختصاص لفائدة الجهة القضائية الوطنية، أما الثاني فيكمن في نزع أو سلب ولاية محكمة أخرى التي تنظر النزاع غير الجهة القضائية المتفق على الخضوع إليها، علما أن الأثر الثاني يشكل موضوع التخلي عن الاختصاص لفائدة القضاء المتفق للخضوع إليه.<sup>1</sup>

ولذات الاعترافات ذهبت النظم القضائية الأنجلوسكسونية على تحويل الجهات القضائية الوطنية من حق التنازل عن اختصاصها القضائي الدولي بنظر المنازعة المشوبة بعنصر أجنبي المرفوعة أمامها عملا بفكرة " المحكمة الغير ملائمة "، ويكون القضاء الوطني حسب هذه النظرية غير مختصا بالبت في الخصومة طالما أن المحكمة الأجنبية أكثر قدرة منه على الفصل فيه وكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنه، كما قد يكون أحد أبرز أسباب هذا التخلي هو مدى قرب الجهة القضائية الأجنبية المتنازل لصالحها من الأدلة التي من شأنها أن تثبت الحق المدعى به.<sup>2</sup>

عديدة هي الأسئلة التي تطرح نفسها بخصوص كيفية تخلي القاضي عن اختصاصه بمناسبة نظر نزاع ناتج عن علاقة خاصة دولية تكون إما مبنية على إرادة أطراف النزاع أو إذا ما تبين له وجود محكمة أجنبية أكثر ملائمة منه للفصل في الدعوى؟ وعليه يعد كل سؤال يستحق البحث والتقصي، وبالنظر لأهمية هذا الإسناد يجدر بنا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول ونبحث فيه مفهوم الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، والثاني نعالج فيه التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على نظرية المحكمة الغير ملائمة للفصل في النزاع.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الموجود فرغلي، المرجع السابق، ص 346.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 23.

## المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري

تتجسد فكرة الخضوع الاختياري في التصرف القانوني الذي عن طريقه يقوم أطراف الدعوى بمنح الاختصاص القضائي إلى محكمة لا تعد في الأصل مختصة بالبت في النزاع عند الرجوع إلى قواعد الاختصاص المتعارف عليها حسب القانون التي تخضع له، كما يقوم الأطراف إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في إبعاد ولاية المحكمة الأخرى التي لو كانت في الحالة الأصلية هي المختصة بالفصل في نزاعهم، وعليه لا يجوز للاتفاق وحده بصفته مانح للاختصاص في هذا الفرض بتعيين محكمة مختصة، بل يستوجب في المقابل أن يتوفر على قاعدة اختصاص، و إلا فلن يكون له أي أثر طالما لم يسمح قانون محكمة الدولة التي تم الاتفاق على إسناد الاختصاص لمحاكمها<sup>1</sup>.

ويعد مبدأ الخضوع الاختياري من ضمن المبادئ المتعارف عليها حسب القواعد العامة في نطاق الاختصاص المحلي، وهذا ما أقره الفيلسوف الإغريقي " أفلاطون" لما تبين له أن « أغلب المحاكم اختصاصا بالنظر في الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها. » ومن هذا المنطلق يجوز لأطراف النزاع أن يتفقوا بشكل صريح على منح اختصاص لمحكمة معينة بالبت في النزاع القائم بينهما<sup>2</sup>، كما عرفت اتفاقية " لاهاي" في نص المادة الثالثة ضابط الخضوع الاختياري في ما يتعلق بالمسائل التجارية بأنه « الاتفاق الحصري بين طرفين أو أكثر والذي بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المتعاقدة أو محكمة أو محاكم محددة لإحدى الدول المتعاقدة من أجل النظر في الدعاوى التي أنشأت أو التي قد تنشأ بخصوص علاقة تعاقدية معينة، حتى وإن كانت الدعوى أصلا من اختصاص محاكم دولية معينة من الدول المتعاقدة<sup>3</sup> »، ويفهم من خلال هذا النص أن الاتفاقية لم تتضمن الشرط الذي يستلزم توافر رابطة بين المحاكم المختارة و بين النزاع، ولذلك لعدم تناولها شرط أن تكون الجهة القضائية التي ينتهي إليها أحد أطراف العقد بجنسيته أو أن تكون محاكم تلك الدولة قد تم إبرام فيها العقد أو تنفيذه،

<sup>1</sup> - أنظر، عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 200، ص 300، حفيظة السيد الحداد، الوجيز في

القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 153.

<sup>3</sup> - رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، فاعلية ضابط الخضوع الاختياري كألية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مج 05، ع 03، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر،

ديسمبر 2021، ص ص 295-296.



إلا أن هذا الشرط محل جدل فقهي، خاصة من طرف الفقه الذي يرى بضرورة توافر رابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة<sup>1</sup>.

وتعددت تسميات مبدأ الخضوع الاختياري فهناك من أطلق عليها " الاختصاص القضائي الدولي الطارئ"، و منهم من أطلق عليه " اتفاق اختيار القاضي" وفئة أخرى أدرجت مصطلح " التحديد الإرادي"، أما البعض الآخر وصفه " بالشرط السالب"<sup>2</sup> لما ينزع الاختصاص من المحكمة التي تكون في الأصل مختصة بنظر النزاع، ويطلق عليه مصطلح " الشرط المانع" لما يتعلق الأمر بجلب الاختصاص للمحكمة التي يتفق أطراف الدعوى الخضوع لها بصورة إرادية، حيث تظهر فكرة الجلب في منح الاختصاص لمحكمة لا تعود لها ولاية النظر في النزاع، حيث ساهمت الإرادة هنا في تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر الخصومة<sup>3</sup>.

كما تجدر الإشارة بأن فكرة الخضوع الاختياري مستوحاة من القوانين الداخلية لأغلب التشريعات المقارنة و المعمول بها على النطاق المحلي، حيث يخول للخصوم أن يتفقوا على تحديد محكمة لنظر النزاع حتى ولو لم تكن مختصة في المنازعات ذات الطابع الوطني<sup>4</sup>، ويتفرع على هذا الفهم أن فكرة الخضوع الاختياري في مجال الاختصاص الداخلي لا ترتبط كقاعدة عامة بفكرة النظام العام، ومن خلاله يجوز لأطراف الخصومة القضائية الاتفاق على مخالفتها، إلا أنه قد يطرح تساؤل في مدى صحة تطبيق هذا الفرض ( فكرة الخضوع الاختياري) في نطاق الاختصاص القضائي الدولي علما أن المنازعات المرتبطة به تتميز بكونها مشوبة بعنصر أجنبي<sup>5</sup>.

رغم أن قواعد الاختصاص المحلي كأصل عام لا تخضع للنظام العام في الدولة، إلا أن الأمر يعد مختلفا نسبيا في مجال المنازعات الدولية الخاصة و التي قد تميزها الصفة الآمرة في عدة حالات، حيث تسعى الضوابط التي تحددها كل دولة في إقليمها إلى تحديد مدى اختصاص محاكمها بنظر نزاع ذو طابع دولي خاص، ويعود هذا المبدأ إلى أداء العدالة لوظيفتها الرئيسية التي تمارسها السلطة العامة في حماية الحقوق و المراكز القانونية للأفراد، وعكس ذلك قد يؤدي إلى المساس بالنظام العام في بعض الحالات التي

<sup>1</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، فاعلية مبدأ الخضوع الإرادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، مجلة

القادسية للقانون و العلوم السياسية، مج 10، ع 01، جامعة القادسية، العراق، جوان 2019، ص 525.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> - رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 296.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 16.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155.

كيفها بعض الفقه، أن من شأن فكرة الخضوع الاختياري في بعض الحالات قد تؤدي إلى سلب ولاية المحاكم الوطنية<sup>1</sup>.

ومن مبررات قبول فكرة الخضوع الاختياري في إطار القانون الدولي الخاص، هو تكريس التعاون القضائي الدولي من جهة و تفعيلاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف من ناحية أخرى، والذي من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق المصلحة المشروعة، كما يهدف إلى تسهيل الغاية المرجوة من طرف المدعي في الحصول على الحماية القضائية و السعي للحفاظ على حقوقه المكتسبة، كما يتيح لأطراف الخصومة القضائية الخروج عن القواعد العامة المتعارف عليها من الناحية الإجرائية و إسناد الاختصاص لمحكمة مغايرة لمحكمة توطن المدعى عليه، ومن المتعارف عليه في نطاق القانون الدولي الخاص بأنه يرجع الحق لأطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه ولاسيما من ناحية الشروط الموضوعية التي يتضمنها هذا الأخير، وأثاره التي تكون مرتبطة بإرادة المتعاقدين و دورها في امتداد تحديد قواعد الاختصاص<sup>2</sup>.

وقد يكون التعبير عن الخضوع الاختياري بشكل صريح في حال ما تم الاتفاق في ما بين المتعاقدين على اختصاص محكمة دولة معينة للبت في المنازعات التي تقوم عند تنفيذ العقد<sup>3</sup>، و ذلك عن طريق بند خاص يطلق عليه " شرط المحكمة المختصة " أو " حل النزاعات"، وعليه يعبر عن هذه الحالة بالخضوع الاختياري الصريح، وقد يصادف أن يكون العقد خالي من أي دلالة صريحة لهذا الشرط، بل يفهم من نية المتعاقدين بأنها قد اتجهت إلى إسناد النزاع إلى محكمة دولة معينة<sup>4</sup>، أو قد يتصور أن يتراعى الخصم في الدعوى المرفوعة ضده دون أن يقدم الدفع بعدم الاختصاص، مما يفيد قبوله بطريقة غير مباشرة بالخضوع اختياريًا لولاية هذه المحكمة، وعلى هذا الأساس نكون أمام حالة الخضوع الإرادي الضمني<sup>5</sup>،

انطلاق مما سلف يتوجب علينا عرض صور التعبير عن الخضوع الاختياري و أثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية ( المطلب الأول)، ثم التطرق إلى شروط صحة قبول الخضوع الاختياري ( المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> - حسنين ضياء نوري الموسوي، الإرادة و دورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي (دراسة في القانون العراقي و المصري)، مجلة أبحاث ميسان، مج 08، ع 16، 2012، ص 395.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152.

<sup>4</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 530.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152.

## المطلب الأول: صور التعبير عن الخضوع الاختياري وأثره المزدوج في الاختصاص

### القضائي الدولي

قد يرد اختلاف في التعبير عن الإرادة في نطاق الخضوع الاختياري، فقد يعبر عن هذه الأخيرة من قبل الأطراف في الدعوى بشكل صريح كأن يتم تناوله بصورة صريحة في العقد، أو أن تكون الإرادة ضمنية (الفرع الأول) يستخلصها القاضي وهو بصدد نظر النزاع، و بعد بيان صور التعبير عن الخضوع الاختياري، نجد أن هذا الأخير قد يمتد أثره إلى جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية أو سلبه (الفرع الثاني) منها بشكل يؤدي إلى التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي طالما أن المحكمة التي سلبت منها الولاية أقل قدرة على الفصل في النزاع.

### الفرع الأول: اتفاقات الخضوع الإرادي الصريحة والضمنية

يسعى الفقه إلى ضرورة التمييز بين طرق التعبير عن الإرادة في مسائل الخضوع الاختياري خاصة لما يتعلق الأمر بمنازعات دولية خاصة، نظرا لكون هذا النوع من الخصومات يتعدى حدود الدولة الواحدة، وعلمنا أن كل دولة تفرض شروطها الخاصة حسب قواعدها المنظمة للاختصاص، فيصح أن يكون هذا التعبير صريحا (أولا)، أو أن يكون ضمنيا (ثانيا).

### أولا: الخضوع الإرادي الصريح

يعد الخضوع الاختياري سليم من الناحية الإجرائية عندما يتم النص عليه بشكل صريح في العقد المبرم بين أطراف العلاقة القانونية، و عليه يسعى الأطراف بناء على اتفاقهم إما بشكل سابق أو لاحق من أجل إخضاع نزاعهم لمحاكم دولة من خلال وثيقة مكتوبة تتضمن بند في العقد<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس فقد منح الفقه للخضوع الاختياري صفة العقد أو "التكليف العقدي" بحيث "يأخذ صورة اتفاق مستقل تابع للعقد الأصلي"، ويكون بمثابة شرط مدرج ضمن شروط العقد الأخرى المتعارف عليها، ويكمن محله في تحديد ولاية المحكمة المختصة بنظر النزاع، وناهيك عن ذلك فإن من آثار العقد الصحيح هو أن يترتب التزامات يستوجب تنفيذها من طرف المتعاقدين، وفي حالة الإخلال بهذه الالتزامات يترتب قيام المسؤولية التعاقدية التي بدورها تستوجب التعويض لطالما أنها لم تنفذ بشكل المطلوب.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 531.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 17.

و تماشيا مع ما سبق تضمنت اتفاقية "لاهاي" لسنة 2005، المتعلقة " باتفاقات اختيار المحكمة"<sup>1</sup>، مسألة الخضوع الاختياري الصريح من خلال نص المادة، 03 بأنه من الواجب أن تكون إرادة الأطراف منصوص عليها بشكل صريح سواء من خلال الكتابة أو بأي وسيلة تخاطب من شأنها أن تجعل المعلومات عن قبول الأطراف متاحة<sup>2</sup>، و بالرجوع إلى صياغة هذا النص يلاحظ بأن الاتفاقية قد وفقت إلى حد بعيد في تنظيم مسألة القبول الصريح للخضوع الاختياري وذلك من خلال الصياغة المرنة التي تتضمن شروط الخضوع الاختياري في كلتا الحالتين إذا ما تم بالطريقة التقليدية من خلال الكتابة الورقية أو بالطرق الحديثة المعبر عنها بالطرق الإلكترونية<sup>3</sup>.

اتفاقية بروكسل أيضا سايرت تقريبا نفس المنهج الذي اتخذته اتفاقية لاهاي، حيث تناول تشريع بروكسل 12/15 في سنة 2012، المتعلق بالاختصاص الدولي و الاعتراف و تنفيذ الأحكام في المواد المدنية و التجارية<sup>4</sup>. عبر نص المادة 25 الفقرة (a) منه و استوجب توفر شرط الكتابة لكي يتم اعتبار الخضوع الاختياري صريحا، أو شفويا من خلال تأكيد الاتفاق بشكل مكتوب<sup>5</sup>، أما الفقرة الثانية من هذا النص 02/25، تضمنت أن أي إرسال بالوسائل الإلكترونية من شأنه أن يجعل من الاتفاق مسجل بشكل صريح و دائم يعد بمثابة الاتفاق المكتوب<sup>6</sup>، ويلاحظ مما سبق بأن كلتا الاتفاقيتين أخذتا بعين الاعتبار مسألة التعاقد الإلكتروني و اعتباره بمثابة الخضوع الإرادي الصريح، مثله مثل التعاقد المكتوب (الورقي)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - La convention de La HAYE du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, disponible sur le site d'internet de la conférence de la Haye de droit international privé, voir : [www.hcch.net](http://www.hcch.net) . <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>, consulter le 22/02/2022.

<sup>2</sup> - Article 03 de La convention de La HAYE du 30 juin 2005 : (...C) « un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement... »

<sup>3</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 531.

<sup>4</sup> - Règlement (UE) N° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 Décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO) 20 décembre 2012. Préc.

<sup>5</sup> - Article 25(a) du Règlement (UE) N° 1215/2012 : «... a) par écrit ou verbalement par confirmation écrite. »

<sup>6</sup> - Article 25(2) du Règlement (UE) N° 1215/2012 : « ... toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considéré comme revêtant une forme écrite.»

<sup>7</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 531.

وفي نفس الإطار تطرقت اتفاقية التعاون القضائي لدول اتحاد المغرب العربي لمسألة الخضوع الاختياري من خلال نص المادة 34 الفقرة (د) و التي نصت على ما يلي: « في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: ... (د) إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها.<sup>1</sup>، ويستخلص من هذا بشكل واضح الطابع التعاقدية للخضوع الاختياري<sup>2</sup>، كما قد استوجب النص في أن يكون قبول المدعى عليه بشكل صريح، وعليه فإن هذه الاتفاقية قد ميزت بين حالتين من الخضوع الإرادي:

- **الحالة الأولى:** قبول المدعى عليه بشكل صريح، وذلك عملاً بالمبدأ الذي يقضي " بأن المدعى يتبع المدعى عليه"، وهذا ما يدل على القاعدة العامة المعمول بها في نطاق الاختصاص القضائي باختصاص محكمة موطن المدعى عليه، ويتجسد قبول المدعى عليه الخضوع لاختصاص المحكمة إما عن طريق اتخاذ موطن مختار في إقليم الدولة، علماً أن هذه الحالة لا تعد بمثابة الخضوع الصريح، أو عن طريق منح الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة من قبل أحد طرفي النزاع.
- **الحالة الثانية:** ما إذا ما لم يتمسك المدعى عليه بدفعه المتعلق بعدم الاختصاص ومواصلة دفاعه في الدعوى<sup>3</sup>.

وفي نفس المجال تناولت اتفاقية الرياض للتعاون العربي فكرة الخضوع الاختياري و طبيعته التعاقدية، عبر نص المادة 28 الفقرة (هـ) في حالات اختصاص محاكم الطرف الآخر الصادر فيه الحكم و التي تنص على ما يلي: « في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: ...هـ)- « إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق.<sup>4</sup>»

الاجتهاد القضائي الجزائري ساير أغلب الاتفاقيات في الأخذ بفكرة الطابع التعاقدية لمسألة الخضوع الاختياري و ذلك من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/02/17، حيث تتلخص وقائع

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> - بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقاً لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق، ص 398.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقاً.

القضية في اتفاق الطرفان على تعيين محكمة الجزائر العاصمة و إسناد الاختصاص إليها في حالة قيام النزاع، إلى أن أحد الأطراف بادر برفع نزاعه أمام محكمة وهران، مما أجبر الطرف الثاني بالدفع بعدم اختصاص محكمة وهران، و هذا ما أدى إلى استجابة المحكمة إلى طلبه، إلا أنه و بعد استئناف الحكم قضى مجلس قضاء وهران بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، وعليه قام الطرف الأخر بالطعن بالنقض للقرار الصادر عن المجلس القضائي أمام المحكمة العليا التي بدورها قبلت هذا الطعن وأقرت بأن العقد شريعة المتعاقدين عملاً بأحكام نص المادة 106 من القانون المدني " ولا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون".<sup>1</sup>

المشرع المصري أيضاً تناول مسألة الخضوع الاختياري من خلال نص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تنص على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً»<sup>2</sup>، ويستخلص من النص بأنه قد كيف الخضوع الاختياري على أساس أنه عقد، وذلك من خلال الصياغة التي تضمنت التراضي الناتج عن تطابق إرادتي الأطراف، بالإضافة إلى الصياغة التي تناولت مصطلحي "الإيجاب" و "القبول"، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل بشكل جلي إلى التعبير عن الإرادة و التكليف العقدي الذي عمل به المشرع المصري<sup>3</sup>، كما تجدر الإشارة بأن تناول مسألة إسناد ولاية المحاكم المصرية بناء على فكرة الخضوع الاختياري ليست حديثة النشأة، بل تم تناولها بموجب المادة 862 من قانون المرافعات المدنية و التجارية القديم التي تضمنت هي أيضاً مبدأ اختصاص المحاكم المصرية عن طريق الخضوع الاختياري<sup>4</sup>.

النظام القضائي الأمريكي أيضاً كرس فكرة التكليف العقدي لمسألة الخضوع الاختياري وذلك بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا و الذي تضمن عدم تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة على اتفاق الخضوع الاختياري، حيث تقوم هذه النظرية عن تخلي المحكمة المختصة بنظر النزاع عن التخلي عن اختصاصها القضائي دولي لصالح محكمة أخرى أكثر ملائمة و قدرة على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه<sup>5</sup>، وتماشياً مع ذلك وبالرغم من عدم تناول القانون الأمريكي لأي تعريف لفكرة الخضوع الاختياري، إلا أن النهج الرئيسي الذي سار عليه النظام القضائي الأمريكي يقوم بالأساس على

<sup>1</sup> - مشار إليه: عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - قانون رقم 13 لسنة، 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 20.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 131.

<sup>5</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 22.

فكرة اعتبارات حسن سير العدالة و ضمان التقاضي الخالي من الغش نحو الاختصاص و التحايل على القواعد العامة المتعارف عليها، وعليه فإن الاتجاه الذي سلكه القانون الأمريكي لا يختلف بشكل كبير عن كل من اتفاقية لاهاي وبروكسل، إلا أن النظام القانوني الأمريكي قد اختلف في مدى تطبيق هذا المبدأ، و ترك الأمر إلى السلطة التقديرية التي ترجع إلى المحكمة التي اختارها أطراف النزاع، و بالرغم من الاختلاف الذي تعرفه الولايات المتحدة الأمريكية نظرا للخلفية الفيدرالية لمحاكمها، إلا أنها تسعى إلى التفرقة بين كل من " الخضوع الإرادي الملزم " والخضوع الإرادي الغير ملزم<sup>1</sup>، وعليه يجب التمييز بين هذين الحالتين:

● في حالة الخضوع الإرادي الملزم: وفق هذه الحالة يتم تحديد شرط الخضوع الاختياري بشكل صريح من خلال تعيين المحكمة التي تعود لها ولاية النظر في النزاع المطروح أمامها، وتكون هذه الأخير في نفس الوقت ملزمة بالفصل فيه.

● في حالة الخضوع الاختياري الغير ملزم: حسب هذا الوضع لا تكون المحكمة ملزمة بشرط الخضوع الاختياري طالما لم يتم الإشارة للمحكمة المختصة بالفصل في النزاع بشكل صريح (ضمنيا)

ولابد من الإشارة أن المقياس الذي اعتمده القضاء الأمريكي لتمييز بين كل من الخضوع الإرادي الملزم و الغير ملزم هو " الكتابة"، حيث تعد هذه الأخيرة بمثابة المعيار الرئيسي لمدى إلزامية المحكمة لقبول شرط الخضوع الاختياري من عدمه، وبناء عليه يظهر الاختلاف في هذه الجزئية بين كل من المحاكم الأمريكية و اتفاقية لاهاي و بروكسل<sup>2</sup>.

أما فقه القانون الدولي الخاص الانجليزي دعا إلى ضرورة التمييز بين نوعين من الخضوع الإرادي فميز بين هذين النوعين من خلال:

- الخضوع الإرادي الحصري: و الذي يقوم على فكرة اتفاق الأطراف من أجل خضوعهم لولاية المحكمة والتي يتم تعيينها بشكل محدد (دقيق).

<sup>1</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 533.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.



- الخضوع الإرادي الغير حصري: ويقوم بالأساس على فكرة التخيير الراجع بالأساس لاتفاق أطراف الخصومة في إسناد الاختصاص لجهات قضائية لدولتين مختلفتين على أساس "التخيير"<sup>1</sup>.

وناهيك عن ذلك، أعطت اتفاقية "واشنطن" المتعلقة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار الحرية لأطراف العقد في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وذلك حسب نص المادة 42 منها و التي نصت على ما يلي « تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافق عليها الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع، بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين، كما أنه ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على سكوت أو غموض القانون. »، ويستخلص من هذا النص بأن المحكمة قد سمحت للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع، علما أنه لا يمكن للمحكمة رفض البت في النزاع في حال ما إذا لم تكن مختصة حسب القواعد المنظمة للاختصاص في دولتها وحسب قانونها المعمول به في هذا المجال<sup>2</sup>.

ومن زاوية أخرى فإذا كان الاتفاق بشكل صريح مستقل، أو إذا كان منصوص عليه في بنود العقد أو ما إذا كان سابق أو لاحق للنزاع، فعلى هذا الأساس حسب هاذين الحالتين يجب الاعتداد بإرادة الأطراف، عملا بمبدأ القائم على أساس حرية التعاقد الراجع لأحد أبرز الأسباب القائمة على اتفاق تحديد الاختصاص القضائي الدولي<sup>3</sup>.

## ثانيا: الخضوع الإرادي الضمني

على النقيض من الخضوع الإرادي الصريح، والذي يقتضي بالضرورة توفر جملة من الشروط أبرزها الكتابة، يكون الخضوع الاختياري ضمنيا لما يستخلص بشكل ضمني من اتجاه نية أطراف الخصومة القضائية وذلك دون توفر شرط " مانح " منصوص عليه في الاتفاق بين أفراد العقد<sup>4</sup>، ويتحقق أيضا لما يتفق الخصوم على اختيار موطن محدد في دولة معينة<sup>5</sup>، كما يتحقق الخضوع الاختياري الضمني

<sup>1</sup> - مراد صائب محمود، هلو مجد الصالح، المرجع السابق، ص 533.

<sup>2</sup> - صدام فيصل المحمدي، فاطمة مجد القصاب، حرية المتعاقدين بالاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي ( دراسة قانونية مقارنة)، حوليات كلية الحقوق و العلوم السياسية، مج 10، ع 01، جامعة وهران 2، الجزائر، 2018، ص 80.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص ص 79-80.

<sup>4</sup> - مراد صائب محمود، هلو مجد الصالح، المرجع السابق، ص 536.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152.



أيضا لما يستمر المدعى عليه في الدعوى دون أن يقوم بالدفع بعدم الاختصاص قبل بداية الخصومة القضائية فيعتبر سكوت المدعى عليه هنا بمثابة قبول اختصاص المحكمة بنظر النزاع، ومنه يكيف هذا القبول على أنه " ضمني"، إلا أنه و في حال عدم مثلول الأجنبي بعد تبليغه في الدعوى المقامة عليه أمام المحكمة الغير مختصة، وعليه فإن امتناع الأجنبي هنا لا يعد بمثابة خضوع اختياري، ومن قبيل القبول الضمني ولا يؤدي إلى محاكمته غيابيا، بل يجب على المحكمة هنا أن تقضي بعدم اختصاصها، وتأكيدا لذلك نص المشرع الأردني في نص المادة 29 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه « إذا لم يحضر المدعى عليه و كانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.»<sup>1</sup>.

وفي تكييف الخضوع الاختياري الضمني يرى الفقه بأنه أكثر تعقيدا نسبيا من الخضوع الاختياري الصريح، حيث أنه و بموجب الاتفاق الضمني تعتبر ولاية المحكمة التي هي لا تعد في الأصل مختصة ببناء على عقد، بل إن القانون هو الذي خول للمدعى عليه مواصلة مثوله في الدعوى دون أن يقدم دفعه بعدم اختصاصها، و تقوم هذه الفكرة بشكل رئيسي في إن إرادة المدعى عليه لا تلعب دور في منح الاختصاص بعد نشوء النزاع، بل هي عبارة عن امتداد آثار منحها القانون ولا ترقى إلى درجة الاتفاق من قبل الأطراف.<sup>2</sup>

سعى الفقه إلى التفرقة بين كل من الخضوع الاختياري من جانب المدعي و الخضوع الاختياري من طرف المدعى عليه، ومن هذا المنطلق يكون الخضوع الإرادي من طرف المدعي عند إقامة دعوى أمام محكمة لا يعود لها في الأصل الاختصاص حسب قانونها<sup>3</sup>، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص يرى بأن الخضوع الاختياري من قبل المدعي غير متصور من الناحية المنطقية و الإجرائية لأنه هو (المدعي) الذي يبشّر رفع الدعوى، على عكس الخضوع الصادر عن المدعى عليه الذي يتحقق لما يكمل السير في إجراءات الدعوى دون أن يدفع بعدم الاختصاص قبل السير في الخصومة القضائية و قبل الخوض في الموضوع ( in limine litis )<sup>4</sup>، ومثال ذلك قد يصادف أن يتفق الأطراف بشكل مكتوب في تحديد اختصاص المحكمة لنظر في منازعة دولية خاصة، إلا أن أحد الخصوم قد أقام دعوى أمام محكمة لم يتم الاتفاق

<sup>1</sup> - غالب علي داودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، 179.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص ص 536-537.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 78.

عليها في العقد، وبالمقابل يستمر الطرف الآخر في السير الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع، فهنا يعد استمراره بالخضوع لهذه الجهة القضائية خضوعاً ضمناً<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق تناولت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي مسألة حضور المدعى عليه لجلسات الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع القائم بينهم<sup>2</sup>، وذلك من خلال نص المادة 28 فقرة (و)، التي نصت على: « في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: ... (و): إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.»<sup>3</sup>، وفي نفس الصدد تضمنت اتفاقية " بروكسل 2012/1215 مسألة الخضوع الاختياري الضمني وذلك من خلال نص المادة 26 منها<sup>4</sup>، و عليه يستخلص من أحكام هذه الاتفاقية ثلاثة شروط لكي يتم اعتبار الخضوع الاختياري ضمناً، و تتمثل هذه الشروط في:

- الشرط الأول: وجوب رفع دعوى من قبل المدعي ضد المدعى عليه، كما أخضعت الاتفاقية شروط رفع الدعوى لقانون الدولة المرفوع أمام محاكمها النزاع و حسب قواعد الاختصاص المعمول بها.<sup>5</sup>

- الشرط الثاني: مواصلة سير المدعى عليه في إجراءات الخصومة القضائية، مع شرط عدم دفعه بعدم اختصاص المحكمة المنظور أمامها النزاع، وهذا ما أخذت به " محكمة العدل الأوروبية " في قرارها الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1981<sup>6</sup>، وذلك من خلال تفسير نص المادة 18 من " اتفاقية بروكسل " المؤرخة في

<sup>1</sup> - صدام فيصل المحمدي، فاطمة محمد القصاب، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> - « La compétence du tribunal d'un état membre résulte de la comparution du défendeur jointe a son absence de contestation de la compétence. » voir : Pierre MAYER, Vincent HEUZE, droit international privé, 10<sup>e</sup> édition, éditions Montchrestien, PARIS, 2010, p 262.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 47-01 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقاً

<sup>4</sup> - Article 26 du Règlement (UE) N° 1215/2012 : « Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 24. »

<sup>5</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 538.

<sup>6</sup> - CJUE, Cour, 22 oct. 1981, Rohr, C-27/81. Lire en ligne :

<https://www.doctrine.fr/d/CJUE/1981/CJUE61981CJ0027>, consulté le 17/10/2022.

27 سبتمبر 1968 المتعلقة بالاختصاص الضمني من طرف المدعى عليه و الذي لا يدفع بعدم الاختصاص قبل الخوض في موضوع النزاع<sup>1</sup>.

القانون الأمريكي أيضا أخذ بفكرة الخضوع الضمني المزدوج ( من طرف المدعي و المدعى عليه)، وعليه تعد محاكم الولايات المتحدة الأمريكية ملزمة بالفصل في المنازعات التي بموجبها اتفق الأطراف بصورة ضمنية على الخضوع لمحاكمها، وهذا ما أكدته نص المادة 34 من القانون الدولي الخاص الذي تناول شرط تطابق إرادة المدعى و المدعى عليه في اختيار المحكمة من أجل اختصاص المحاكم الأمريكية، ومن زاوية أخرى و على غرار اتفاقية " بروكسل " ألزم القانون الدولي الخاص الأمريكي عدم تقديم المدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص ضد المحكمة المختارة من طرف المدعي عند سير الخصومة و إلا تم اعتبار اتفاق الخضوع الاختياري غير سليم من الناحية الإجرائية.<sup>2</sup>

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة "بعقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1968"، تناولت بدورها فكرة الخضوع الاختياري الضمني من خلال نص المادة 128 منها و التي تنص على أنه « في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات و التصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف متراكمات الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهل به»، ويفهم من طيات هذا النص بأن تناول تصرفات الصادرة عن أحد الطرفين مع اشتراط موافقة الطرف الآخر ( المدعى عليه) ولو بصورة ضمنية تدل على قبول خضوعه لولاية المحكمة.<sup>3</sup>

كما يرى الفقه بأن عملية تفسير الصفة الضمنية المرتبطة بالاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي يمكن أن تستنبط من خلال عدة مؤشرات مرتبطة بإرادة الأطراف الضمنية، ولعل أبرز هذه المؤشرات تتمثل في ما يلي:

• موقع محكمة الدولة المرفوع أمامها النزاع، حتى ولو لم تكن مختصة في الأصل حسب

قانونها وقواعد اختصاصها في هذا الشأن

<sup>1</sup> - « L'article 18 de la convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens qu'il permet au défendeur de contester non seulement la compétence, mais de présenter en même temps, a titre subsidiaire, une défense au fond, sans pour autant perdre le droit de soulever l'exception d'incompétence. », CJUE, Cour, 22 oct. 1981, Rohr, C-27/81, préc.

<sup>2</sup> - مشار إليه مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 538.

<sup>3</sup> - صدام فيصل المحمدي، فاطمة محمد القصاب، المرجع السابق، ص 84.

- محكمة الدولة محل إبرام الاتفاق بين المتعاقدين.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: الأثر المزدوج للخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي وموقف

### المشعر الجزائري منه

بعد أن تناولنا الصور التي قد يتخذها الخضوع الاختياري إما من خلال التعبير الصريح الذي يكون بمثابة اتفاق مكتوب بين أطراف العلاقة التعاقدية، أو قد يكون التعبير عن الخضوع الاختياري بشكل ضمني متى استنبط ذلك القاضي واستخلصه من نية المتعاقدين، أو عند قيام الدعوى ضد المدعى عليه إلا أنه يمتنع عن الدفع بعدم الاختصاص المحكمة المثار أمامها النزاع ومن هذا المنطلق تعتبر إرادة الأطراف بمثابة وسيلة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، إلا أن هذه الإرادة قد يمتد أثرها أيضا في منح الاختصاص الدولي لجهة قضائية معينة دون سواها وما ينتج عنه من سلب الاختصاص لقضاء دولة أخرى<sup>2</sup>، ويطلق على اتفاق الخضوع الاختياري "الشرط المانع" للاختصاص القضائي، عندما نكون بصدد الطبيعة القانونية التي يتمتع بها، حيث يعتبر شرطا جالبا للاختصاص لقضاء الدولة التي يتفق الأطراف للخضوع له، وفي المقابل يعد شرطا سالبا للاختصاص للقضاء الذي يعد مختصا بصورة أصلية للبت في النزاع<sup>3</sup>، كما تجدر الإشارة إلى التباين الحاصل في المواقف الفقهية في مدى الاعتراف بأثر الإرادة الإيجابية فقط و الذي يتمحور حول جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية، وعدم الأخذ بعين الاعتبار بالإرادة التي تسلب الاختصاص من القاضي الوطني، وحجتهم في ذلك الانتقاص من السيادة الوطنية و المساس بالنظام العام<sup>4</sup>، وعلى المستوى الإجرائي ذهبت غالبية الأنظمة القانونية إلى الميل لتأييد فكرة الأثر المانع (أو جالب) للاختصاص المحاكم (أولا) بنظر المنازعات المتضمنة عنصر أجنبي و هذا ما أيده فقه القانون الدولي الخاص<sup>5</sup>، وعلى العكس من ذلك تردد جانب آخر من الاعتراف بأثر الخضوع الاختياري السالب (ثانيا)، وعلى هذا الأساس يطرح تساؤل، هل لإرادة الأطراف الجالبة للاختصاص القاضي تستطيع أن تسلب بدورها الولاية الثابتة للقضاء و ستندة إلى محاكم الدولة الأجنبية؟، و ما هو موقف المشعر الجزائري من هذه المسألة؟ (ثالثا)

<sup>1</sup> - صدام فيصل المحمدي، فاطمة محمد القصاب، المرجع السابق، ص 85-86.

<sup>2</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 538.

<sup>3</sup> - عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2014، ص 229.

<sup>4</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 445.

<sup>5</sup> - أنظر هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 17.

## أولاً: الأثر المانح لاتفاق الخضوع الاختياري في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

إن مسألة اتفاقات الخضوع الاختياري في نطاق العلاقات الخاصة الدولية طالتها جملة من الانتقادات من قبل الفقه و من الاجتهاد القضائي المقارن، تحت غطاء أن العدالة الوطنية هي العدالة الأجدر و الأمثل و التي لا نظير لها في تكريس العدالة<sup>1</sup>، و ناهيك عن ذلك يرى الاتجاه الفقهي بضرورة رفض مسألة سلب الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بناء على فكرة الخضوع الاختياري، علماً أن هذا التوجه يؤكد على دور العدالة في أداء وظيفتها باعتبارها سلطة من سلطات الدولة، وطالما أن الدولة سنحت للأفراد ممارسة صلاحية تحريك هذه السلطة مباشرة هذه الوظيفة وإقامة الدعوى، فليس بالضرورة تحقيق مصالح الأفراد، بل من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي تتجلى في إقرار النظام و السكينة في إقليم الدولة<sup>2</sup>، ومع هاته الامتيازات التي منحها الدولة للأطراف لمباشرة الدعوى، لا يعني بالمقابل التعسف في استعمال هذا الحق و الامتناع عن تحريك هذه السلطة وتحريك بدلها اختصاص محاكم دولة أجنبية، علماً أن الدولة من صلاحيتها أن تحدد حدود اختصاص المحاكم فيها والآليات الضرورية لإعلاء المصلحة العامة وتكريس العدالة، وهي التي لا تقبل أن تزاخمها بذلك أي سلطة أخرى أجنبية ولا تقبل أن تقوم مقامها<sup>3</sup>.

وهذا ما أيده جانب الفقه المصري من خلال الأخذ بفكرة علاقة قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها و الخروج عن حكمها، ذلك حسب قولهم بأن المشرع الوطني يحدد نطاق اختصاص محاكمه الوطنية بالنظر في المنازعات الدولية الخاصة المقامة فوق إقليم دولته، فالقائلون بفكرة النظام العام يؤكدون ضرورة إنكار الأثر السالب للخضوع الاختياري<sup>4</sup>، حيث أن المواقف الفقهية التي من شأنها أن تنكر دور الإرادة في مسائل الاختصاص القضائي الدولي لها خلفيات قديمة مرتبطة أساسها بأن تنازع القوانين و تنازع الاختصاص ما هو إلا "تنازع بين السیادات"، و حسب معتقدتهم بأن مبدأ السيادة في خضم العلاقات الدولية الخاصة يفترض فيها خضوع الأشخاص لقوانين وولاية محاكم دولتهم، وهذا ما أكده بعض من الفقه الإيطالي لرفضهم لفكرة الخضوع الاختياري

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 44-45.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 739.

<sup>3</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 166.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 159.

طالما أنه لا يخول للأفراد الخضوع لغير السلطة التشريعية و الإدارية في دولته، فلا يجوز له أيضا أن يرفض الخضوع لمحاكم دولته و الامتثال أمامها و الخضوع لسلطة قضائية لدولة أخرى.<sup>1</sup>

ويضيف مؤيدي هذا التوجه بأن الاعتراف بالأثر الجالب للاختصاص دون الأثر السالب يعد بمثابة النتيجة المتوقعة والمنطقية والأقرب للواقع، فهي راجعة لحرية الدولة في تفعيل قواعدها المنظمة للاختصاص القضائي الدولي لجهاتها القضائية، حيث استغل أنصار هذا الموقف عدم وجود أي قواعد ملزمة تمنعهم من تطبيق هذا المبدأ كقاعدة عامة، إلا ما إذا وجدت اتفاقية دولية ثنائية كانت أو جماعية تتولى توزيع الاختصاص القضائي على عكس ما تقدم.<sup>2</sup>

يرى جانب من الفقه المصري بمدى تعلق معايير الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، فإنه و مع ذلك حسب معتقدتهم لا ينفي أن يكون المشرع المصري قد أتاح بمقتضى نص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية و التجارية إمكانية إسناد الاختصاص للمحاكم المصرية طالما اتفق أطراف النزاع على الخضوع لولاية المحاكم الأجنبية، حسب حالة من الحالات التي يعود بموجها الاختصاص للقضاء المصري، فبناء على ذلك سوف نكون أمام حالة تعارض للمبدأ الذي يسير عليه المشرع المصري بكون محاكمه هي الأقدر والأمثل دون غيرها بالبت في هذه الخصومة و كفالة الأمن و النظام العام في إقليمها، ومن زاوية أخرى و ما إذا كان اتفاق الخصوم بالخضوع للمحاكم الوطنية في غير الحالات التي يرجع فيها الاختصاص لقضاء الدولة حسب معايير الاختصاص الأخرى، فإنه حسب القاعدة العامة لا يوجد هنا ما يمس بسيادة الدولة و نظامها العام<sup>3</sup>، وعلى ذلك يرى الفقه بأن القانون المصري حسب نص المادة 32 اشترط توفر مجموعة من الشروط من أجل تخلي قضائه عن نظر النزاع لصالح محكمة أجنبية أخرى في حال سلب الاختصاص منه<sup>4</sup>، ويرجع البعض من الفقه المصري أن تعرض المحاكم الوطنية لهذه المسألة ليس بالجديد، ففي العودة لقانون المرافعات المدنية و الإدارية الصادر عام 1949 و عبر نص المادة الثالثة منه، والمتحكمة في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتي أوردت « بأنه متى اختصت المحاكم المصرية بدعوى وفقا لهذه المادة لما جاز الاختصاص بها لمحكمة أجنبية لأن أحكامها متعلقة بالنظام العام. »، و في المقابل يذهب الفقه المصري المؤيد لهذا الرأي إلى عدم مقارنة هذا المسألة ( المادة 03) مع ما هو معمول به

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 167.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 160، أنظر أيضا هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 108.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 367.

في التشريع الفرنسي من خلال نص المادة 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي، واللذان تمنحان الامتياز لطرف الفرنسي في الدعوى، ويبرران موقفهم بكون النظام العام نسي ويختلف من دولة إلى دولة أخرى هو غير موحد، وليس بالضرورة كل ما يتم اعتباره نظام عام في الإقليم الفرنسي يمكن اعتباره من قبيل النظام العام في مصر، و على هذا الأساس يميل الفقه التقليدي إلى استمرارية الأخذ بهذا التوجه حتى بعد قانون المرافعات الصادرة سنة 1968 و السير على خطى القانون القديم.<sup>1</sup>

كما يؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على أساس المادة الثانية (2) من قانون المرافعات الإيطالي و التي تنص « لا يجوز الاتفاق على تنحية القضاء الإيطالي لصالح القضاء الأجنبي أو محكمين يباشرون وظيفتهم في الخارج، ما لم تكن الدعوى متعلقة بالتزامات في ما بين أجنب، أو في ما بين أجنبي و إيطالي غير متوطن و غير مقيم في إيطاليا، وبشرط أن يكون الخروج من ولاية القضاء ثابتا بالكتابة»، ويفهم من سياق هذا النص، بأن المشرع الإيطالي كأصل عام لا يجيز الخروج عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإيطالية، وكاستثناء من الأصل العام يخول عكس ما تقدم إلا بموجب استثنائين:

- الاستثناء الأول: إذا ما تعلق الأمر بالتزامات في ما بين الأجنب.
- الاستثناء الثاني: إذا ما تعلق الأمر بالتزامات بين أجنبي و إيطالي، و بشرط عدم امتلاك الطرف الإيطالي موطن أو محل إقامة في دولة إيطاليا.<sup>2</sup>

تناولت اتفاقية لاهاي المتعلقة بشرط المحكمة المختصة مسألة الأثر الجالب للخضوع الإرادي انطلاقا من الفقرة الثانية من نص المادة الخامسة 02/05، حيث أخضعت هذه الأخيرة اختيار أطراف الخصومة القضائية للمحكمة المختصة بنظر نزاعهم بشرط أن لا يتم رد اختصاص هذه الأخيرة بسبب اختصاص محكمة أخرى تنتمي إلى أحد الدول المتعاقدة، كما ذهبت هذه الاتفاقية بدورها إلى منع محاكم الدول الأخر من مواصلة السير في الدعوى طالما أن إرادة الأطراف اتجهت على الخضوع لمحكمة أخرى إلا حسب حالات معينة تناولتها هذه لاهاي بموجب نص المادة 06، والتي تتضمن مسألة الأثر الجالب للاختصاص القضائي الدولي في مسائل اتفاق الخضوع الاختياري وتكمن هذه الحالات في:

- الحالة الأول: أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري باطلا، وذلك حسب القانون المعمول به من قبل المحكمة المختارة.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص 742-743.

<sup>2</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 144.



- الحالة الثانية: انعدام أهلية أحد أطراف النزاع، حسب قانون المحكمة المختارة.
- الحالة الثالثة: تعارض المحكمة المختارة من قبل الأطراف مع النظام العام والقواعد الآمرة لقانون المحكمة المختصة بصفة أصلية للنظر في النزاع.<sup>1</sup>

اتفاقية " بروكسل " أيضا تبنت فكرة الأثر الجالب (المانح) للاختصاص القضائي الدولي، والذي يعد جالبا للاختصاص القضائي الدولي لفائدة الجهة القضائية التابعة لأحد محاكم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، وعلى هذا الأساس أقر التشريع الأوروبي الآثار الناتجة عن اتفاقات الخضوع الاختياري، وبمقتضى هذا الطريق أقرت اتفاقية بروكسل بدرجة أولى صلاحية جلب الاختصاص لصالح محكمة أحد دول الإتحاد الأوروبي، وبدرجة ثانية منعت أي جهة قضائية لأي دولة من دول الأعضاء صلاحية البت في النزاع الناتج عن اتفاق أطراف الخصومة من خلاله إلى الخضوع إلى قضاء دولة أخرى<sup>2</sup>، ولعل من أبرز المبادئ التي انتهجها تشريع بروكسل يتمثل بالأساس في تفعيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المسائل المتضمنة لاتفاق المانح للاختصاص، ويرد هذا المبدأ لما يكون قانون القاضي الذي من خلاله اتفق الأطراف على منحه سلطة الفصل في النزاع هو نفسه القانون الذي يخضع له الاتفاق من حيث الموضوع، إلا أنه وحسب هذا الوضع قد يرد تساؤل في حال ما إذا تم رفع النزاع أمام جهة قضائية أخرى الغير متفق عليها من قبل الأطراف، و هل يجوز لهذه المحكمة النظر في هذا النزاع؟، بموجب نصوص مواد الاتفاقية لا يجوز للقاضي الغير متفق عليه من قبل الأطراف أن يبت في النزاع، ومن هذا المنطلق دعا كل من الفقه الفرنسي و أيدته في ذلك محكمة العدل الأوروبية إلى ضرورة وقف النظر في النزاع ( Sursis a statuer )، من قبل القاضي الغير مختار حسب إرادة الأطراف، حتى يتسنى للقاضي الأول ( المختار ) الفصل في مسألة الاتفاق المانح للاختصاص مما تعود له الولاية، و عليه يقوم القاضي الثاني (الغير مختار من قبل الأطراف) بالتخلي عن النزاع لفائدة الأول.<sup>3</sup>

ويجمع فقه القانون الدولي الخاص الأوروبي، بأن تشريع بروكسل وفق إلى حد بعيد في تجنب بروز حالات إنكار العدالة<sup>4</sup> (Déni de justice)، حيث تفادى المشرع الأوروبي هذا النوع من الحالات عن

<sup>1</sup> - مشار إليه مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 541-542.

<sup>2</sup> - أنظر حسام أسامة شعيبان، المرجع السابق، ص 10.

<sup>3</sup> - حسام أسامة شعيبان، المرجع السابق، ص 10..

<sup>4</sup> - تتحقق معضلة إنكار العدالة لما لا تكون المحاكم الأجنبية مختصة بالفصل في نزاع المتضمن عنصر أجنبي وعدم توافر أي رابط جدي بين النزاع و هذه الجهة القضائية مما سوف يؤدي إلى وجود علاقة قانونية بلا قاضي مختص للبت في النزاع، و من أجل تلافي قيام مثل هذه الحالات التي من شأنها أن تؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد و عدم وجود أي حماية قضائية لهم على الصعيد الدولي، بادرت أغلب التشريعات



طريق جعل الاتفاق المانع للاختصاص القضائي سببا مباشرا للوقوع في حالة إنكار العدالة، والتي قد تظهر لما يتخلى القاضي الغير مختار من قبل الأطراف عن النزاع، ويحكم في المقابل القاضي المخير بعدم صحة شرط الاتفاق المانع و عدم اختصاصه، وعلى هذا الأساس ألزمت الاتفاقية كل من القاضي الغير متفق عليه بأن يوقف النظر في الخصومة بشرط أن لا يتنازل عن اختصاصه إلى غاية أن يفصل القاضي المتفق عليه في مسألة ولايته و في مدى صحة الشرط المانع<sup>1</sup>، وفي نفس السياق قدرت الفقرة الرابعة من نص المادة 4/25 لاتفاقية بروكسل بأن ولاية المحكمة المختارة و الناضرة للنزاع تعد من قبيل الاختصاص الجوازي، أي غير ملزم وهذا ما أيدته محكمة النقض الانجليزية في قضية (Re Harrods Buenos Aires Ltd) برفضها البت في النزاع رغم اتجاه إرادة أطراف النزاع إلى اختيار المحاكم الإنجليزية، وتواجد المدعى عليه في إقليمها<sup>2</sup>.

المشرع التركي ومن خلال قانونه الدولي الخاص رقم 5718 الصادر عام 2007 تبني موقف مغاير مقارنة بالتشريعات الأخرى، حيث وضع قاعدة عامة تمنع المحاكم التركية من صلاحية البت في النزاع بناء على شرط الخضوع الاختياري المانع للاختصاص، إلا أنه أورد على هذه القاعدة استثناء وحيد يتمثل في تخلي المحكمة الأجنبية التي يعود لها الاختصاص بصفة أصلية لفائدة الجهة القضائية التركية، مع ضرورة توفر شرط عدم اختصاص المحكمة الأجنبية لكي يتسنى للمحكمة التركية ولاية النظر في النزاع<sup>3</sup>.

كما تجدر الإشارة في ما يتعلق الأمر بحكم الشرط المانع للاختصاص الذي تم إدراجه كبند من بنود عقد يندرج عقود الإذعان، وعليه هل يتم اعتبار هذا الشرط ملزما للطرف المدعن؟، يذهب جانب من فقه و القضاء الفرنسي إلى اعتبار هذا الشرط ملزما للمدعن حتى وإن لم يكن على دراية به، إلا أن اتجاه فقهي آخر يرى بوجود علم المدعن بهذا القيد و إلا تخلى عن قبوله للخضوع الاختياري للمحاكم الوطنية، لأن أساس المعاملات التجارية الدولية و مصلحة التجارة تقوم على أساس احترام وتكريس هذا المبدأ<sup>4</sup>.

---

المقارنة للاعتراف بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها عملا بضابط تلافي إنكار العدالة وهذا ما أخذ به المشرع المصري من خلال الفقرة السابعة من نص المادة 07/30 منه، راجع في هذا المعنى، حفيظة السيد الحداد النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص ص 59-60.

<sup>1</sup> - مشار إليه حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - مشار إليه مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 542.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 544.

<sup>4</sup> - عاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 69.

## ثانياً: الاتفاق السالب للخضوع الاختياري ودوره في تحديد الاختصاص القضائي

## الدولي

يفضل أنصار هذا الاتجاه القول بأن مسألة قبول الأثر السالب للاتفاق المانع للاختصاص تعد من ضمن السلطة التقديرية القائمة على مبدأ "الملائمة"، كمعيار "توزيع حالات الاختصاص القضائي الدولي"، ويضيف الفقه الحديث طالما أن قواعد الاختصاص الدولية من قبيل النظام العام مما يستدعي في الحقيقة إنكار كل دور تلعبه الإرادة إما من خلال جلب الاختصاص القضائي الدولية أو سلبه، أما في حال الانحياز للدور الإيجابي (جلب) فقط فإن ذلك سيعتبر بمثابة "الترعة الوطنية الأنانية" الغاية منها إضفاء و توسيع حالات ولاية المحاكم الوطنية، وهذا ما لا يتماشى مع مبادئ و قيم القانون الدولي الخاص الذي يحمل تحت طياته التحكيم التجاري الدولي والدور الذي يلعبه في مجال العلاقات الخاصة وحاجات التجارة الدولية التي تولد المنازعات متضمنة عنصر أجنبي، وعليه فإن تشديد في فكرة النظام العام مآلها الانعزالية القانونية.<sup>1</sup>

كما تجدر الإشارة بأن الأحكام المتعلقة بقواعد الاختصاص القضائي الدولي تلعب دورين أساسيين، فهي تجسد مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، ومن زاوية أخرى فإن المهام التي تؤديها هذه القواعد تهدف بالأساس لضمان الحماية القضائية للأطراف على الصعيد الدولي، و في حالة إخلال هذه القواعد لمهامها و أهدافها المرجوة والتي من شأنها أن تؤثر على الهدف الرئيسي الذي أنشأ من أجله القانون الدولي الخاص، لاسيما التعايش المشترك للنظم القانونية و قطع أوصال العلاقات الخاصة الدولية<sup>2</sup>، ونتيجة ذلك أن الاستجابة و الأخذ بعين الاعتبار الاتفاق الناتج عن إرادة الأطراف في الخضوع الاختياري للمحاكم الأجنبية في هذا الصدد ما هو إلا "التعبير عن مقتضيات التعاون الدولي" من جهة، واحترام إرادة الأطراف من جهة أخرى، والذي بدوره يستجيب إلى المصلحة المشروعة المكفولة لهم.<sup>3</sup>

وخلافا لما يراه الفقه التقليدي الذي يصر على تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بفكرة النظام العام، يرى الفقه الحديث بأن هذا المعتقد ما هو إلا "سد الذرائع" أمام كل دور للإرادة في سلب الاختصاص الدولي من المحاكم الوطنية، وهذا ما أدى إلى سعي كل من الفقه المصري إلى ضرورة توافر

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 161.

<sup>2</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 174.

<sup>3</sup> - راجع في ذلك هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق،

رابطة جدية حقيقية بين النزاع و المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع إليها، فهنا سيخول للمحاكم الوطنية التخلي عن الاختصاص المعقود لها، كما يضيف الفقه على أنه و في حالة عدم قيام هذه الرابطة سيعد اتفاقهم باطلا ومنه لا يجوز تخلي المحكمة عن البت في الخصومة القضائية المعروضة أمامها.<sup>1</sup>

وبهذه المثابة، أن مسألة قبول " شرعية اتفاق الخضوع الاختياري " صارت ضرورية اليوم، فمن المعلوم أن معايير الاختصاص المحلي غير معنية كأصل عام بقواعد النظام العام، حيث تركز فكرة الاختصاص المحلي على قدر المساواة بين أطراف الخصومة القضائية والسعي إلى تخفيف العبء على المدعى عليه، ولهذا السبب أرجعت أغلبية التشريعات المقارنة عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية عن طريق موطنه ( موطن المدعى عليه)، ومن الناحية الإجرائية وطالما لا تتعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام جاز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وهذا ما جعل عدة دول تضم فكرة الخضوع الاختياري كضابط للاختصاص القضائي الدولي في قوانينها.<sup>2</sup>

ولذات الأعتبرات يعود للدولة إذا ما أرادت الصلاحية المطلقة في إجازة الخروج قواعد اختصاص القضائي الدولي لجهااتها القضائية، كان لها أن تسمح الأفراد بالاتفاق للخضوع اختياريًا لمحاكم دولة أخرى، و هذا ما أيده دعاة فقه القانون الدولي الخاص الحديث معللين رأيهم بأن هذا التوجه أساسه متطلبات التعاون القضائي الدولي بين الأنظمة القانونية العالمية و التي تشترك في رعاية مصالح الأفراد و حماية مراكزهم القانونية، وضمن حسن سير العدالة و احترام إرادة الأطراف في اتفاقات الخضوع الاختياري.<sup>3</sup>

مؤدى ما يراه أنصار هذا الاتجاه بأن الأثر السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية ما هو إلا نتيجة حتمية يفرضها المنطق لشرط الخضوع الإرادي المانح للاختصاص، فبمجرد اتفاق أطراف النزاع على إسناد الاختصاص لفائدة محكمة معينة سوف نكون بالضرورة أمام حالة سلب الولاية الأصلية للمحكمة الأخرى التي تكون في الغالب قائمة على الضوابط المتعارف عليها الإقليمية منها كالموطن أو الشخصية كالجنسية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 338.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 49.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 157، أنظر أيضا حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 161.

<sup>4</sup> - مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، المرجع السابق، ص 547.

فقه القانون الدولي الخاص المصري الحديث يرى بأن المشرع من خلال نص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري لم يتضمن الأثر السالب للاتفاق المانع للاختصاص، حيث تناول فقط مسألة ولاية المحاكم المصرية في وجود اتفاق بين الأطراف في الخضوع لها، وعلى هذا الأساس يجمع أنصار هذا الاتجاه في ظل هذا الفراغ التشريعي، بأن الأثر السالب المترتب عن الاختصاص المانع في مواجهة المحاكم المصرية يظهر لما يقوم أحد أطراف الدعوى بإثارة دفع أساسه سبق اتفاق الخصوم على الخضوع اختياريًا أمام محاكم دولة أجنبية على رغم من ولاية القضاء المصري بالبت في هذا النزاع، ومن هذا المنطلق سوف تتخلى هذه المحاكم المختصة بصفة أصلية عن الفصل في النزاع حسب هذه الحالة<sup>1</sup>، وإلى ضميمته ما تقدم يرى الفقه طالما أن من حق أفراد الخصومة في نزاع دولي خاص مشوب بعنصر أجنبي أن يخضعوا إلى القضاء المصري متى كانت غايتهم في ذلك مشروعة، لم تكن إرادتهم مبنية على أساس الغش نحو الاختصاص الراجع للقضاء الأجنبي<sup>2</sup>، وبناء على ما تقدم يسلم الاتجاه الفقهي الحديث و على رأسه الدكتور "هشام علي صادق" بضرورة تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها في هذه الحالة لفائدة القضاء الأجنبي الذي اتفق من خلاله الأطراف بالخضوع لولايتها احترامًا بذلك لإرادتهم المشروعة، وعملاً بفكرة تكريس التعاون القضائي الدولي الذي يقتضي قبول هذا المبدأ، إلا أن الفقه المصري الحديث أدرج شرطين لكي يصح تخلي المحاكم الوطنية في هذا النوع من المنازعات، وهما:

• **الشرط الأول:** الأخذ بعين الاعتبار أن القانون الأجنبي يأخذ بسلامة فكرة اتفاق الخضوع الاختياري المانع للاختصاص القضائي الدولي، و العلة من هذا الشرط تعود بالأساس للتفادي حالات إنكار العدالة و استقرار المعاملات الدولية<sup>3</sup>، وتماشياً مع ذلك يرى أنصار هذا الفقه بأنه يجب على القاضي المختص بنظر النزاع أن لا يجيز الخروج الناتج عن اتفاق الخضوع الإرادي عن أحكام الاختصاص المعمول بها وفق قانونه، إلا بعد التأكد من قانون الدولة التي اتفق الأطراف على الخضوع لمحاكمها، للتأكد من مدى صحة هذا الاتفاق من الناحية الإجرائية والقانونية حسب القانون الأجنبي<sup>4</sup>.

• **الشرط الثاني:** أن لا يكون موضوع النزاع مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني المصري، حفاظاً بذلك على سيادة الدولة مع الأخذ بعين الاعتبار فكرة النظام العام، و عليه لا يرتب

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 158.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 162.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 446.

الاتفاق المانع للاختصاص أثره السالب في مواجهة المحاكم المصرية إذا ما تبين أن العلاقة القانونية محل النزاع القائم مرتبطة ارتباط وثيق بالنظام القانوني المصري ، أما في حالة رفع النزاع أمام المحاكم الأجنبية و صدور حكم في هذا الشأن يقضي تطبيق الخضوع الاختياري، قد يكون للقضاء المصري رأي آخر ويحكم بعدم تنفيذ هذا الحكم إذا ما اتضح له بأن جهاته القضائية هي الأكثر ملائمة من خلال الارتباط الوثيق بنظامها القانوني، وانتفاء المصلحة المشروعة لأطراف النزاع برفع دعواهم أمام القضاء الأجنبي.<sup>1</sup>

بالعودة إلى التشريعات العربية المقارنة، نجد بأن المشرع التونسي هو الوحيد الذي انفرد بشكل صريح في بيان موقفه من مسألة قبول مبدأ الخضوع الاختياري في كلتا الحالتين جالب أو سالب لاختصاص للجهات القضائية التونسية<sup>2</sup>، حيث تناول القانون الدولي الخاص التونسي فكرة الخضوع الاختياري من خلال نص المادة الرابعة منه و التي تنص على ما يلي « تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية .»<sup>3</sup>، ويلاحظ من خلال القراءة الأولية لهذا النص بأن المشرع التونسي قد استبعد اختصاص الجهات القضائية التونسية بنظر النزاعات المترتبة عن الخضوع الاختياري في حال ما ارتبط النزاع بعقار موجود بالخارج، إلا أن هذا الاستبعاد يعد منطوقا و تفرضه طبيعة الإجراءات القضائية، ويفسر استثناء التشريع التونسي لنزاع المتضمن حق عيني متعلق بعقار لسببين رئيسيين يكمنان في :

- السبب الأول: الاختصاص الحصري للجهات القضائية الأجنبية في ما يتعلق بالنزاع المتعلق بعقار و المتواجد بإقليم دولتها، حيث و من المتعارف عليه لدى غالبية الأنظمة التشريعية المقارنة بأنه يعود الاختصاص لمحكمة الدولة المتواجد بإقليمها العقار، وعلى هذا الأساس يرى الفقه التونسي، بأنه لا فائدة من اختصاص المحاكم التونسية بمثل هذا النوع من المسائل، طالما أن الأحكام التي ستصدر عن جهاتها القضائية ستقابل بالرفض في الدول الأجنبية و لن تنفذ.
- السبب الثاني: أن هذا الاستبعاد راجع لأسباب عملية، كون محكمة موقع العقار تعتبر هي الأفضل و الأنسب للبت في الدعوى محل النزاع، لما تتسم به هذا النوع من المنازعات من أجل انجاز خبرات قضائية، ومدى قربها من القاضي المختص بالنزاع من العقار المتواجد في نفس دائرة

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 162

<sup>2</sup> - أنظر عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> - قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، تم الإشارة إليه سابقا

اختصاصه و هذا ما يجعل استبعاده عملي بحت<sup>1</sup> (proximité territoriale entre l'immeuble et le juge).

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الاعتراف بآثار اتفاقات الخضوع الاختياري

بما أنه من المعلوم أن القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، هي امتداد للقواعد المعمول بها محليا ولا تشملها فكرة النظام العام، وعلى هذا الأساس جاز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، حيث يرى بعض من الفقه الجزائري بأنه يعد من الممكن سلب الاختصاص من المحاكم الجزائرية رغم ولايتها بهذه النزاعات، أو في الحالة العكسية جلب (منح) الاختصاص لها على الرغم من عدم ولايتها بصفة أصلية بالبت في مثل هذا النوع من الخصومات المقترنة بعنصر أجنبي<sup>2</sup>، فبالرجوع إلى "اتفاقية نيويورك" لسنة 1958 و المتضمنة "اعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها" والتي انضمت إليها الجزائر، نجد بأنها تقر مبدأ سلب الاختصاص القضائي الدولي من الجهات القضائية الجزائرية بناء إرادة الأطراف، كما منحت هذه الاتفاقية أيضا لإرادة الأطراف بالمقابل صلاحية منح الاختصاص لجهات قضائية أخرى، و من هذا المنطلق يمكن اعتبار أن اتفاقات التحكيم والخضوع الاختياري وجهان لعملة واحدة، فوفقا لهذه الحالة تلعب الإرادة نفس الدور في كلا الاتفاقين، فالأسس المعمول بها في تحديد "مشروعية اتفاق التحكيم" و اتفاق إسناد الاختصاص للقضائي المختص هي في الحقيقة نفسها<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق المانح المؤدي للتخلي عن الاختصاص القضائي

#### الدولي والقانون الواجب التطبيق عليه

تباينت المواقف الفقهية في تحديد الشروط الواجب توافرها في الاتفاق المانح للاختصاص، ولكي يتم اعتبار أن هذا الاتفاق مرتب لآثاره، أي سلب الاختصاص من المحاكم ذات الاختصاص الأصيل بنظر النزاع أو بما يعرف بالأثر السالب، وفي المقابل منح الاختصاص لمحاكم أجنبية أخرى لم تكن مختصة وذلك حسب إرادة أطراف الخصومة القضائية أو بما يعرف بالأثر الجالب<sup>4</sup>، ولعل أبرز هذه الشروط هي ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص بالصفة الدولية، وإلزامية بروز رابطة جديدة بين

<sup>1</sup>-Ben Achour Souhayma, l'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien, RIDC, Vol 69, n°2, 2017, p 372.

<sup>2</sup>- أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup>- مشار إليه عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup>- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 132.

النزاع و الدولة التي اتفق الأطراف الخضوع إراديا لاختصاص محاكمها بنظر النزاع القائم بينهم<sup>1</sup>، وانطلاقا من ذلك سوف نحاول توضيح أهم الشروط المعمول بها ( الفرع الأول)، لنخلص بعد ذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقات الخضوع الاختياري ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: شروط صحة الاتفاق المانح المؤدي للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي

يرى الفقه بأنه من الشروط الأساسية الواجب توافرها، لكي يصح الاتفاق المانح للخضوع الاختياري توفر جملة من الشروط والتي تظهر، في ألا يكون النزاع داخليا محض، أي وجوب توفر شرط الصفة الدولية للنزاع ( أولا)، كما يجب أن يتضمن هذا النزاع رابطة جدية بينه وبين دولة المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولايتها ( ثانيا).

### أولا: الصفة الدولية للنزاع

يجمع جانب من الفقه بضرورة أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري مرتبطا بنزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، وأن يكون مترتبا عن نزاع يتسم بالصفة الدولية، أي مشوب بعنصر أجنبي، وذلك لكي يتم قبول مبدأ الخضوع الاختياري<sup>2</sup>، كما يعد هذا الشرط من بين أكثر الشروط التي اختلف فيها فقهاء القانون الدولي الخاص، إلا أنه وفي حالة ما إذا كان الاتفاق مرتبطا بنزاع وطني بحث فإنه لا ينتج آثاره القانونية في مواجهة الجهات القضائية لدولة الأخرى غير تلك التي يكون مرتبطا بها<sup>3</sup>، وبالرغم من أن هذا الشرط يعتبر من الناحية الإجرائية منطوقيا و مقبولا إلى حد بعيد إلا أن جانب من الفقه الفرنسي و على رأسه الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon) لم تتفق مع فكرة ضرورة اتصاف النزاع المرتب للاتفاق المانح للاختصاص " بالصفة الدولية "، ومن هذا المنطلق حاولت الأستاذة دعم موقفها المناهض لهذا الشرط عبر جملة من الحجج و التي تتمثل في :

**الحجة الأولى:** يرى أنصار هذا الاتجاه بأن العامل الرئيسي وراء رفض اشتراط الصفة الدولية في النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص يرتكز بالأساس على ما هو معمول به حسب الاتفاقيات الدولية، أهمها اتفاقية " نيويورك لعام 1958 " المتضمنة الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وكذلك اتفاقية " لاهاي " المبرمة بتاريخ 25 نوفمبر 1965 والمتعلقة بالاتفاقات المانحة للاختصاص، حيث قدرت

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 133.



الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon) بأن اتفاقية نيويورك جاءت خالية من أي شرط يفيد بوجود توفر عنصر دولي لاعتبار شرط التحكيم الذي يقضي ببت هيئة تحكيم أجنبية في النزاع، فحسب قولها بأن ذلك هو نفس الأمر الذي جعل من اللجنة المسند إليها صلاحية تنظيم الخضوع الاختياري بأن تتخذ موقفا رافضا لوجوب توفر النزاع المشوب بعنصر أجنبي للاتفاق المانح للاختصاص بناء على الخضوع الإرادي.<sup>1</sup>

**الحجة الثانية:** لعل هذه الحجة تعد من أبرز الحجج التي يراها رواد هذا الاتجاه بأنها مستوحاة من القانون والفقهاء الألماني الذي أيده في ذلك أيضا جانب من الفقهاء الفرنسيين، بأنه لا يتطلب لصحة الاتفاق المانح للاختصاص بأن يكون أساس هذا الاتفاق مشوبا بعنصر أجنبي و بأن يكون متمتعا بالصفة الدولية<sup>2</sup>، كما تضيف الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon) بأن الطابع العملي والإجرائي يتطلب التفريق والفصل بين كل من مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري والصفة الدولية ( الطابع الدولي) للنزاع، كما تجدر الإشارة بأنه رغم الصعوبات الجمة والعديدة في تكييف وتحديد صفة دولية النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص إلى أنها تبقى ممكنة<sup>3</sup>.

**الحجة الثالثة:** صعوبة إحداث معيار متفق عليه بهدف تحديد الصفة الدولية للنزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص القضائي الدولي، فتعين الصفة الدولية بالرجوع إلى المعيار الشخصي القائم على إرادة الأطراف لمنح الصفة الدولية على العقد المبرم بينهما يعد أمرا غير مستحب، فحسب تقدير هذا الاتجاه الفقهي بأن إرادة الأطراف تتسم بكونها عنصر " شخصي " بحت، وعليه لا يمكن الاعتداد بها من أجل إبراز هذه الصفة ( دولية النزاع)<sup>4</sup>، ولكي يتم اعتبار العلاقة القانونية ذات صفة دولية لا يكفي إعلان إرادة الأطراف التي يمكن أن تحدث تغيرا في طبيعة تلك الصفة، وتماشيا مع ذلك فإن المعيار الموضوعي ( le critère objectif ) المعمول به بهدف بيان الصفة الدولية للعلاقة القانونية يستوجب أن يكون حقيقيا، وهذا ما أدى إلى تباين الأحكام القضائية الفرنسية بصدد هذه المسألة ( إضفاء الصفة الدولية)، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه من الكافي أن تكون العقود المبرمة بخصوص النقل البحري ذات صفة دولية و لتي تستلزم أعمال اتفاقية بروكسل لسنة 1924 بشرط أن يكون النقل محل البحث

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 134-135.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 135.

<sup>3</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 86.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 380.



قد تم بين ميناءين متواجدين كل منهما بدولة مختلفة، إلا أنه و في المقابل أضافت محكمة استئناف باريس على ما تقدم شرط يتضمن عدم امتلاك أطراف عقد النقل نفس جنسية الدولة الواحدة.<sup>1</sup>

الحجة الرابعة: أساس هذه الحجة هو فكرة النظام العام في الدولة، حيث أنه و من المتعارف عليه أن قواعد الاختصاص المحلي يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد بمثابة امتداد لقواعد الاختصاص المحلي وبالتالي فإن اتفاق الأطراف للخضوع اختياريا لقضاء أجنبي يعد صحيحا ولا يمكن في أي حال من الأحوال منعهم من ذلك حتى ولو تعلق الأمر بنزاع ذو طابع وطني بحت<sup>2</sup>، و تماشيا مع ما سبق و رغم تأييد الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon) فرضية اختيار قضاء أجنبي في ما يخص نزاع داخلي بحت، إلا أن اتجاه فقهي آخر دعم هذا المبدأ و أضفى عليه شرط آخر مفاده متى كانت الصفة الدولية ضرورية فإنها حسيهم يجب أن تكون مرتبطة بالأساس باتفاق الخضوع الإرادي وليس بالعقد المدرج فيه، وتفسيرا لهذا الشرط الإضافي يكون من الكافي إدراج الشرط المانح للاختصاص لفائدة جهة قضائية أجنبية في عقد يتسم بالصفة الوطنية ليضفي بذلك الطابع الدولي للعلاقة القانونية.<sup>3</sup>

والذي نلفت النظر إليه أن الحجج التي أخذت بها الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon) و القائمة على فكرة عدم اتصاف النزاع محل لاتفق المانح للاختصاص بالصفة الدولية تم انتقادها و معارضتها من طرف الفقه و ذلك لكون هذه الحجج لم توفق إلى حد بعيد بل و قد جانبت الصواب لسبب رئيسي أهمه:

• كون هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به، خاصة لما عرفه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي من تطور و تعديل، بالإضافة لما سبق شهد الاجتهاد القضائي الفرنسي تواتر عدة أحكام في نفس الصدد.<sup>4</sup>

وتماشيا مع ما سبق يذهب جانب من الفقه إلى ضرورة هجر ما استقر عليه أنصار الاتجاه المعارض لشرط الصفة الدولية للنزاع والعمل على أن تكون الخصومة ذات طابع دولي، و يؤيدون وجهة نظرهم بالإجابة على الحجج السابقة، حيث وبالعودة إلى الحجة الأولى، القائلة بأن المعاهدات الدولية و على

<sup>1</sup> - مشار إليه حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 136-137.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 87.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 137.

رأسها " اتفاقية نيويورك 1958" لا تستلزم أن يكون النزاع المبني على اتفاق التحكيم بأن يكون مستمرا بالصفة الدولية، فهي غير منطقية و ليس لها أي أساس من الصحة، حيث يجمع أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص بأن نص المادة الثانية من الاتفاقية سابقة الذكر قد تناولت اتفاقات التحكيم المرتبطة بالنزاع ذو طابع دولي، كما عاجلت هذه الأخيرة مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية دون التطرق إلا لتنفيذ أحكام المحكمين<sup>1</sup>، وهذا ما ورد في تعريف الاتفاقية ذاتها « الأحكام الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما أنها تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذا الأحكام»، وتجدر الإشارة رغم أن اتفاقية نيويورك تناولت تحديد معيار الصفة الدولية المتعلقة بالحكم الصادر عن المحكمين، إلا أنها قد سهت عن بيان المعيار الذي يساهم بدوره في تحديد الصفة التي يظهر بها اتفاق التحكيم بغض النظر عن الصورة التي قد يتخذها من خلال إما شرط التحكيم أو مشاركة<sup>2</sup>، أما عن الاتفاقية الثانية التي اعتمدها أنصار الاتجاه المعارض لشرط صفة الدولية، ونخص بالذكر اتفاقية " لاهاي المبرمة في 25 نوفمبر سنة 1965 " والمتضمنة لاتفاقات المانحة للاختصاص القضائي الدولي، إلا أن من منظور الاتجاه الفقهي المؤيد تبدا بأنها حجة غير دقيقة، حيث في حقيقة الأمر نص المادة الثانية من هذه الأخيرة ذكر بصريح العبارة على أنها تطبق على مسائل الاتفاقات المانحة للاختصاص المبرمة تحت غطاء العلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، والتي بدورها تنظم كل من المسائل ذات الطابع المدني و التجاري لأفراد القانون الدولي الخاص.<sup>3</sup>

كذلك أيضا تم انتقاد الحجة التي مفادها صعوبة إيجاد معيار واضح يتيح من خلاله إمكانية تحديد طبيعة النزاع، هل هو ذو طابع دولي أم ذو طابع وطني محض؟، يرى أنصار الاتجاه المؤيد بأن مسألة تقدير مدى صعوبة هذه المهمة ما هو إلا في الحقيقة أمر بسيط يقتضي فقط البحث عن " معيار موضوعي منضبط"، فمسألة تقدير الصفة الدولية للنزاع يظهر بصدد الضوابط المحددة للعلاقة القانونية لما تتصل بأكثر من دولة واحدة، أو لما تكون مرتبطة بأحد المعايير المحددة للاختصاص القضائي الدولي والتي تتجلى غالبا في الضوابط المانحة للاختصاص للمحاكم الوطنية والمتعارف عليها في القوانين المقارنة و التي تشكل من :

#### ● جنسية أطراف الخصومة القضائية

<sup>1</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 381

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص ص 138 - 139.

• موطن الأفراد

• مكان إبرام أو تنفيذ العقد.<sup>1</sup>

أما عن الحجة المستوحاة من القانون الألماني فهي محل جدل فقهي، حيث يرى أنصار الاتجاه المؤيد لفكرة شرط الصفة الدولية للنزاع، بأن الطرح الذي أخذت به الأستاذة (Helène Gaudemet-Tallon)، يبدو غير مقنع لأن ما أخذ به الفقيه الألماني (RIZLER) لم يتناول بالضرورة اشتراط الصفة الدولية في الخصومة محل الاتفاق المانح للاختصاص من أجل صحته، وتماشيا مع ما سبق فإن ما كتبه الفقيه (Batiffol) والذي من خلاله أسس أصحاب الاتجاه الرافض لفكرة الصفة الدولية موقفهم، لا يستفاد منه بتاتا عدم اشتراط الصفة الدولية في المنازعات محل الاتفاق المانح للاختصاص متسما بالصفة الدولية.<sup>2</sup>

وبالعودة إلى الحجة الرابعة، تم انتقادها من طرف الفقه، كونها لا تأخذ بعين الاعتبار لمعيار التفرقة بين الاختصاص القضائي الدولي و الاختصاص القضائي الداخلي، حيث يكمن الدور الأساسي لقواعد الاختصاص المحلي في توزيع النزاعات بين محاكم الدولة الواحدة، وفي المقابل قواعد الاختصاص القضائي الدولي تختلف مهامها عن الاختصاص الداخلي من حيث الربط بين النزاع و القضاء الأجنبي وبيان أي محكمة مختصة بنظر النزاع المشوب بعنصر أجنبي، ومن هذا المنطلق فإن التفرقة السابقة بين الاختصاصين الداخلي و الدولي سوف تؤدي بكل تأكيد إلى:

• تلازم المنازعات المحلية مع قواعد الاختصاص الداخلي.

• تلازم قواعد الاختصاص الدولية مع النزاعات ذات الطابع الدولي.<sup>3</sup>

بالرجوع إلى القانون الفرنسي المعروف عنه بأنه لم ينظم مسألة قواعد الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام، إلا من خلال كل من نصي المادة 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي، حيث تم منح بموجب هاتين المادتين الامتياز لصالح الطرف الفرنسي، وعليه اختصاص المحاكم الفرنسية متى كان المدعي فرنسيا، بينما تمنح المادة الأخرى (15) الاختصاص طالما أن المدعى عليه في الدعوى يتمتع بالجنسية الفرنسية<sup>4</sup>، معنى ذلك بوضوح أن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية المبني على نص المادة

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص ص 88-89.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 140.

<sup>3</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 141.

14 و 15 يمكن اعتباره احتياطي في مقابل القواعد العادية للاختصاص الدولي، وهذا ما ورد في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 نوفمبر 1985 « المادة 14 التي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية بسبب الجنسية الفرنسية للمدعي لا تطبق إلا إذا لم يتحقق أي معيار اختصاص إقليمي في فرنسا. » ومن هذا المنطلق أنهى هذا القرار الجدل القائم حول إلزامية التمسك بالنصيبين السابقين (14-15) في حال عدم تحقق الاختصاص الدولي للمحاكم من خلال أعمال قاعدة عادية للاختصاص<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس و من أجل وضع حل لسد الفراغ القانوني في ميدان الاختصاص القضائي الدولي، ذهب القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى العمل على تمديد قواعد الاختصاص المحلي إلى المجال الدولي مع إضفاء بعض التغيرات الضرورية<sup>2</sup>.

وعليه فإن امتداد قواعد الاختصاص القضائي المحلي إلى المجال الدولي لا يفهم منه بالضرورة بأنه دور مزدوج الذي تلعبه هذا القواعد، سوى على الصعيد الداخلي أو الدولي، وعلى هذا الأساس فإن القواعد المحلية تعد بمثابة القواعد الإقليمية، مهمتها فقط توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية، حيث تعود غالبا للولاية لأحد المحاكم المختصة، أما القواعد المتعلقة بتنظيم الاختصاص القضائي الدولي يكمن دورها بالأساس في تطبيق نفس المعايير المعمول بها وفق القانون الإجرائي الداخلي و بيان ما إذا كان النظام المقصود مختصا أو غير مختص بنظر النزاع<sup>3</sup>، ومن وجهة نظر تاريخية وعلى الرغم من المطالبة الفقهية الواسعة لسد هذا النقص من خلال وضع قواعد تحدد الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الفرنسي، وفي مقام موالي فإن القانون الفرنسي ومن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1975 لم يأتي بالجديد بخصوص هذه المسألة ولم يبادر إلى وضع حل قطعي و فاصل في هذا الموضوع، إلا أنه و في المقابل أحدث نص على قدر كبير من الأهمية يعالج مبدأ الخضوع الاختياري وذلك عبر نص المادة 48 منه والتي اعتبرت أن كل شرط يخالف إما بشكل مباشر أو غير مباشر قواعد الاختصاص المحلي يعد من الناحية القانونية عديم الأثر، إلى في حالة واحدة تكمن في اتفاق الأطراف المتمتعين بصفة التاجر، و على هذا الأساس فإن هذا النص يجعل كل اتفاق خارج على ما هو معمول به حسب قواعد الاختصاص المحلية باطلا، ومنه بطلان اتفاقات الخضوع الاختياري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 74-75.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> - موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 141.

وبما أن نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي يعتبر كل شرط غير مطابق لقواعد الاختصاص المحلي دون أي أثر، إلا في حال توفر صفة التاجر لدى الأطراف، وفي المجال نفسه يذهب غالبية من فقه القانون الدولي الخاص الفرنسي إلى القول بعدم وجوب سريان ومد هذا الحظر إلى مجال المنازعات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، لأن الفكرة الجوهرية التي استدعت تفعيل هذا الحظر لا تجد لها أي مبرر في نطاق المعاملات الدولية، على عكس ما هو معمول به في خضم العلاقات الفرنسية ذات الطابع الوطني البحث.<sup>1</sup>

رغم إجماع الغالبية الفقهية في فرنسا على ضرورة الفصل بين كل من النزاعات الوطنية البحتة والنزاعات المشوبة بعنصر أجنبي من خلال عدم تقرير نفس المبدأ القائم على الحظر المستمد من قواعد الاختصاص المحلية، إلا أن توجهها جديد قاده الفقيه الفرنسي (Huet) حاول من خلاله أخذ نفس المبدأ المعمول به والمتمثل في سريان ذلك الحظر المطبق على الصعيد الداخلي وتمديده ليشمل بذلك العلاقات الدولية الخاصة، وتماشيا مع ما تم ذكره فإن القيد الذي تضمنته نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي بهدف دحض الحظر لا مجال لإعماله في ما يخص المنازعات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، علما أن حتى ولو كان الاتفاق المانع مبرما بين التجار فإن هذا الاتفاق يعد مشروعاً و صحيحاً من الناحية القانونية متى كان النزاع القائم بين هؤلاء الأطراف ذو طبيعة دولية.<sup>2</sup>

وعلاوة على ذلك، سنحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لتبت في مسألة مدى تطبيق نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على اتفاقات الخضوع الاختياري وذلك بناء على حكمها الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1985، والقاضي بعدم شرعية الشروط التي من شأنها أن تعدل الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام، وهذا متى كان الشرط قائماً على نزاع ذو طابع دولي، ولم ينتج عنه أي تعدي على القواعد المنظمة للاختصاص المحلي ذو الطبيعة الأمرة للجهات القضائية الفرنسية، كما فسرت محكمة النقض المادة سالفه الذكر، بأنها يجب أن يستبعد من مجال إعمالها الحظر المنصوص عليه بموجب الشروط المعدلة للاختصاص المحلي ما عدى نتيجة التغيير الحاصل في ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص ص 142-143.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 143.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 144.

هكذا يتبين من خلال ما سبق بأن ما أعتدت به محكمة النقض الفرنسية في تفسيرها للمادة 48 في قضية " سورلك " Sorolec " حيث أكدت بأنه طالما كان النزاع القائم مشوب بعنصر أجنبي ذو وطابع دولي، فإن الشرط المانح للاختصاص يمكن اعتباره صحيحا، وتأييدا لذلك هذا ما ذهبت إليه نص المادة 25 من اتفاقية بروكسل بتناولها الصفة الدولية للنزاع.<sup>1</sup>

وحرصا على التأكيد على أهمية هذا الشرط في اتفاقات الخضوع الاختياري، نجد أن الاتفاقيات الدولية ومن أجل صحة الاتفاق المانح للخضوع الإرادي اشتطت بأن يكون موضوع النزاع قائما على أساس الصفة الدولية، فجاء نص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لسنة 1958 بشكل صريح ونص على أنها واجبة التطبيق على كل من البيوع المتعلقة بمنقولات والتي تتسم بالصفة الدولية، ولعل أحسن دليل على مدى أهمية هذا الشرط بالنسبة للمعاهدات الدولية، نجد أن اتفاقية لاهاي لسنة 1968 المتعلقة باتفاقات المحكمة المختارة نصت عبر نص المادة الثانية منها، على أنها تنفذ على كل من العلاقات القانونية الناتجة عن اتفاق الخضوع الاختياري والموسومة بالصفة الدولية في كل من المجال الدولي أو المقتضيات التي تفرضها التعاملات التجارية، اتفاقية لاهاي لسنة 2005 لم تخلوا هي أيضا من هذا الشرط، فقد ورد في نص المادة الأولى منها والتي تطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الدولية المترتبة عن الاتفاقات الحصرية للاختصاص القضائي الدولي والمتعلقة بالمجالين التجاري والمدني.<sup>2</sup>

المشرع المصري أيضا تناول هذا الشرط و ذلك عبر الفقرة الأولى من نص المادة 1/62 من قانون المرافعات المدنية و التجارية و التي نصت على أنه « إذا اتفق على اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. » و يستخلص من هذه المادة إجازة اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري لجهة قضائية محددة، مع استثناء بعض الحالات التي خول بموجبها المشرع إسناد الاختصاص لمحكمة معينة على خلاف ما جاء في المادة 49 من قانون المرافعات و التي تمنح الاختصاص حسب القواعد العامة المعمول بها في الاختصاص المحلي و هي محكمة موطن المدعى عليه.<sup>3</sup>

وبالعودة إلى نص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري والذي ينص على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 92.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 93.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص ص 146-147.

قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً...<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس يرى الفقه المصري بأن نص هذه المادة لم يتناول بشكل صريح بضرورة اتسام النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص بالصفة الدولية، إلا أنه وحسب رأيهم فإنه من الضروري أن يتصف النزاع بهذه الصفة، ويرون أن نص المادة 32 مثلها مثل بقية المواد الأخرى تضمنت فقط حالات الاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية المصرية، وعليه فإن المعيار المعمول به في تحديد ما إذا كان النزاع متسماً بالصفة الدولية من عدمه هو مجرد معيار موضوعي، ومن هذا المنطلق يذهب غالبية الفقه المصري إلى القول بأن مسألة اشتراط الصفة الدولية في النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص يعتبر أمراً طبيعياً تفرضه طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي والقانون الدولي الخاص، كما اعتبر الفقه المصري أن المشرع قد أغفل معالجة هذا الطرح عبر نص المادة 32 منه.<sup>2</sup>

ثانياً: الرابطة الجدية بين النزاع المطروح ودولة المحكمة التي اتفق الأطراف على

### الخضوع لولايتها

مثل ما هو معمول به في مجال تنازع القوانين لإلزامية توفر صلة بين العقد والقانون الذي اختاره أطراف العقد لحكمه، يرى غالبية الفقه بضرورة توفر مثل هذه الصلة طالما تعلق الأمر أيضاً باتفاقات الخضوع الاختياري<sup>3</sup>، وعلى هذا الأساس فإن توافر الرابط الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها، ويمكن أن تتجسد هذه الرابطة الجدية في عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم، أو عناصر موضوعية تستفاد من العلاقة محل النزاع مثل أن يكون محل تنفيذ العقد في الدولة التي تتبعها الجهة القضائية المختارة، كما يرى الفقه الحديث بمدى ضرورة توافر هذا الشرط خاصة من الناحية العملية، علماً أن هذا ما اعتبره ملزماً النظام القضائي الأنجلوسكسوني بصفة عامة والانجليزي بصفة خاصة، ويقوم هذا المبدأ على إمكانية تخلي القاضي في حال عدم توافر الرابطة الجدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة عن النظر في الدعوى تطبيقاً في ذلك لنظرية المحكمة الغير ملائمة<sup>4</sup>، وعلى ضوء ما تقدم، اقترح بعض من الفقه المصري تعديل نص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية والتجارية بإضافة فقرة فيها من شأنها في رأيهم أن ترعى كافة الاعتبارات السابقة وصياغتها على النحو الآتي بيانه « يكون الشرط السالب للاختصاص صحيحاً، إذا كانت المحكمة الأجنبية المعنية، أقدر على الفصل في النزاع

<sup>1</sup> - قانون رقم 13 لسنة 1986، المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - أنظر حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 147.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 70.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 166.



المعني، ويكون هذا الشرط باطلاً، إذا كانت المحاكم المصرية أقدر على الفصل فيه.<sup>1</sup>»، ويتفرع على هذا الفهم، إذا ما ظهر للمحاكم المصرية أن الخصومة ليس لها أي صلة بمصر فلا يمكن لها أن تأخذ بهذا الشرط وأن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص.<sup>2</sup>

ومن زاوية أخرى تباينت المواقف الفقهية بخصوص إعمال هذا الشرط في حالة اتفاق الخضوع الاختياري المانع للاختصاص القضائي الدولي، كما رتب هذا الانقسام بين الآراء الفقهية إلى ظهور اتجاهين حيث أيد الأول فكرة ضرورة وجود رابطة جدية (Lien Sérieux) بين كل من المحكمة المختارة و النزاع المطروح أمامها، أما الاتجاه الثاني يرى بوجود استبدال الرابطة بالمصلحة المشروعة لأطراف الخصومة.<sup>3</sup>

### (1) الاتجاه المؤيد لفكرة وجود الرابطة الجدية

يرى أصحاب هذا الرأي، بأنه طالما أخذت أغلب التشريعات بإرادة الأطراف كميّار من معايير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، فيستوجب أن يكون هذا الضابط ثابتاً وغير قابل للتغيير أو التعديل، حتى لا يؤدي ذلك إلى التأثير على مرفق القضاء في أداء مهامه وإتباع إرادة الأطراف بشكل كلي أو لمجرد تهرّبهم من أحكام قانون معين، حيث تظهر هذه المعضلة بشكل عام لما يتعلق الأمر في مواد الأحوال الشخصية و بشكل خاص في مسائل الطلاق<sup>4</sup>، ويكمن الإشكال لما يتعمد الخصوم إلى اللجوء إلى المحاكم الأجنبية التي سوف تضمن إصدار حكم لفائدتهم وبشكل يتماشى مع مصالحهم الخاصة، وتفادياً لمثل هذا النوع من المسائل ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بضرورة رفض فكرة الخضوع الاختياري في مسائل الأحوال الشخصية بشكل قطعي من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب على المحكمة الفرنسية أن تحكم في هذا الصدد بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، مما سوف يؤدي بالضرورة إلى الإخلال بحق الدولة في تنظيم ولاية محاكمها<sup>5</sup>، وتأييداً لما تم ذكره استقر كل من القضاء الإيطالي و الإنجليزي على الأخذ بضرورة توفر شرط الرابطة الجدية بين النزاع الذي اتفق من خلاله الأطراف على عرضه أمام قضاء الدولة من ناحية و بين إقليم هذه الدولة من ناحية أخرى.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 70

<sup>3</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 375.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 148-149.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 168.

<sup>6</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 44.



الحجة الثانية التي اعتمدها أنصار هذا الاتجاه لدعم موقفهم في تأييد مبدأ الرابطة الجديدة، هو احترام قوة النفاذ، فالدولة التي تنظر نزاع لا يشكل أي رابط مادي بينها وبين إقليمها فعلى الأرجح سوف تصدر حكماً غير قابل للنفاذ، وهذا ما يتنافى مع اعتبارات حسن سير العدالة و المبادئ التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، إذا فطري الدعوى لن يكون في صالحهما أي حكم غير مضمون النفاذ وبدون قيمة فعلية، وعلى هذا الأساس يعتبر الفقه الحديث أن شرط الرابطة الجديدة مرتبط بشكل كبير مع مبدأ النفاذ وذلك من خلال كفالة آثار الحكم الصادر على الصعيد الدولي و ضمان تنفيذه في الدولة الأخرى.<sup>1</sup>

الحجة الثالثة التي ساقها رواد هذا الاتجاه تتمحور حول المبدأ القائم على المحكمة الأكثر ملائمة لفصل في النزاع ( Forum Conveniens )، حيث وبمجرد عدم توفر الرابطة الجديدة بين النزاع والجهة القضائية المختارة والمسند لها الاختصاص، فإنه وحسب النظرية الأنجلو- أمريكية السابقة فإن هذه المحكمة غير ملائمة و ليست الأقدر على الفصل في النزاع مما سوف يجعلها تتخلى عن اختصاصها، ولعل من المفيد أن نؤكد بأن هاته النظرية تخول للقاضي المطروح أمامه النزاع بالتخلي عن نظر الدعوى إذا ما تبين له عدم ارتباط هذه الأخيرة بالمحكمة المختارة ارتباطاً صريحاً وأنه من الأكثر ملائمة أن يتم عرض النزاع أمام جهة قضائية لدولة أخرى.<sup>2</sup>

الفقه المصري بدوره شدد على ضرورة توافر الصلة الجديدة بين النزاع و محكمة الدولة الأجنبية المختارة وذلك ما تفرضه متطلبات السيادة المصرية واعتبارات النظام العام الوطني فيها، واشترط الفقه الغالب وجود هذه الصلة الجديدة بين النزاع والجهة القضائية المختارة راجع لما درج عليه فقه القانون الدولي الخاص المعاصر في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، حيث أورد البعض من الفقه جملة من الشروط أهمها "أن يكون قانون الإرادة المتفق عليه من قبل الأطراف على صلة بهذا العقد".<sup>3</sup>

## (2) الاتجاه المؤيد لفكرة المصلحة المشروعة

على عكس الاتجاه الفقهي الأول الذي يذهب إلى ضرورة توافر رابطة جديدة بين الجهة القضائية المختارة والنزاع المطروح أمامها، فإن الاتجاه الثاني دعا إلى ترك التوجه الأول واستبداله بفكرة المصلحة المشروعة و ذلك بناء على الأسباب الآتية:

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 43.

السبب الأول: كون الرابطة الجديدة لها مفهوم موسع وغير محدد، وعليه يصعب وضع معيار دقيق يمكن من خلاله إبراز فكرة الرابطة الجديدة بين النزاع والجهة القضائية المختارة على أرض الواقع، كما طرح الفقه أيضا تساؤلا مفاده حول مدى توافر صلة الرابطة الجديدة في ما يتعلق بالعقود النموذجية (Contrat type) المبرمة بين الأطراف والمتعارف على استعمالها في دولة الجهة القضائية المختارة للبت في المنازعات المترتبة عن هذا العقد (النموذجي) المبرم بين الأطراف أو لا.<sup>1</sup>

السبب الثاني: "خطورة الانصياع وراء رغبات الخصوم الغير مشروعة" والتي يمكن أن تؤدي إلى الغش في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهذا في حالة ما تمتعوا بالحرية المطلقة في اتفاق الخضوع الاختياري بغية اللجوء إلى جهة قضائية محايدة لا تربطها بالخصومة أي رابطة جديدة، ولعل هذا هو السبب الأبرز في تقييد إرادة الأطراف نسبيًا في الخضوع لولاية جهة قضائية محددة بالذات في اتفاق الخضوع الاختياري من خلال إحداث مبدأ "فكرة المصلحة المشروعة" والتي يمكن أن تحل محل "الرابطة الجديدة"، ومن هذا المنطلق يعتبر الاتفاق المانع للاختصاص باطلا إذا ما كانت الغاية من جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية مبنيا على:

• الغش نحو الاختصاص، أو تسويق (الاختصاص)، لأنه وحسب هذا الفرض لا تتحقق المصلحة المشروعة.<sup>2</sup>

السبب الثالث: من أجل صحة شرط التحكيم الذي يمنح سلطة البت في النزاع للمحكم الأجنبي، لا يشترط فيه أن تتوفر رابطة جديدة بين هذا المحكم و الخصومة المعروضة أمامه، كما لا يستوجب بالضرورة أيضا أن لا تكون موجودة أي رابطة بين النزاع و الدولة التي سوف يباشر التحكيم مهامه على أراضيها<sup>3</sup>، فعدم اشتراط هنا توفر الرابطة الجديدة للقول بصحة شرط التحكيم ينتج عنه بالضرورة غش الطرف عن مثل هذا الشرط في ما يتعلق بالاتفاقات المانحة للاختصاص، و هذا كله يهدف إلى إزالة التعارض الحاصل في المواقف الفقهية عندما لا يشترط توافر هذا الشرط بالنسبة لاتفاق التحكيم في

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص ص 44-

.45

<sup>3</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 378.

حين يمليه ذلك بصدد الاتفاق المانع للاختصاص، و عليه فإن التفاوضي عن توفر الرابطة الجديدة بخصوص الشرط التحكيم يقتضي بالضرورة الإغفال عن هذا الأخير في الاتفاقات المانحة.<sup>1</sup>

السبب الرابع: ولعل أن فكرة تعويض شرط الرابطة الجديدة و استحداث فكرة المصلحة المشروعة لم تأتي من فراغ، بل السبب الرئيسي في ذلك هو الاتفاقيات الدولية، فاتفاقية لاهاي لسنة 1965 المتعلقة بالاتفاقات المانحة للاختصاص، لم تجعل صحة الاتفاق المانع للاختصاص مرهون بشرط ضرورة توافر الرابطة الجديدة بين الجهة القضائية المختارة و النزاع المعروض أمهامها، وعلى الرغم أن المادة 15 من هذه الاتفاقية قد نصت بتحفظ، بأنه من حق الدول المتعاقدة في عدم الاعتراف بالاتفاق المانع للاختصاص في حال عدم توفر أي رابطة بين المحكمة المختارة و النزاع، إلا أن إعمال هذا التحفظ يؤكد الفكرة الأساسية التي قامت عليها هذه المعاهدة، ألا وهو مبدأ عدم اشتراط توفر الصلة المشروعة.<sup>2</sup>

اتفاقية بروكسل أيضا المعدلة في سنة 2012 استبعدت الشروط الموضوعية المتعلقة بالرابطة الجديدة والارتباط مع المحكمة المختارة، استجابة في ذلك لمتطلبات التي فرضتها الاتجاهات الحديثة في فقه القانون الدولي الخاص الأوروبي من إبراز وإعلاء لمبدأ سلطان الإرادة وحق اختيار الأطراف للمحكمة الأكثر ملائمة للفصل في نزاعهم، فقد اعتمدت اتفاقية بروكسل المبدأ القائم على حرية الأطراف في اختيار محكمة من محاكم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي دون أن يشترط في ذلك توفر أي رابطة جديدة بين الجهة القضائية المختارة و النزاع، وهذا ما أدى إلى تأييد غالبية الفقه لموقف المشرع الأوروبي.<sup>3</sup>

و انطلاقا مما سلف فإن فكرة المصلحة المشروعة، تعد بمثابة البديل الأكثر إقناعا و منطقية من شرط الرابطة الجديدة، وتتجلى أهمية هذه الفكرة القائمة على المصلحة في احترام إرادة الأطراف في تحقيق مصالحهم عن طريق إسناد الاختصاص لمحكمة معينة، بشكل يلبي طلباتهم من ناحيتين مهمتين و رئيسيتين:

• الناحية الأولى: الاستفادة من جهة القضائية يشهد لها بالكفاءة و النزاهة و سرعة

إصدار الأحكام.

• الناحية الثانية: ذات طبيعة فنية، في أن تكون الجهة القضائية المختارة أكثر كفاءة من

الناحية الفنية من محكمة الدولة الأخرى في الفصل في النزاع ذو طابع خاص حسب الأصول التي

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 150-151،

<sup>3</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 11.

عول عليها الأطراف لما قاموا بإبرام اتفاقهم، و الأصل في ذلك يرجع لخبرة تلك الجهة القضائية بالبت في مثل هذا النوع من النزاعات المشابهة.<sup>1</sup>

ومن الناحية العملية، يفهم بأن المعيار المعمول به ليس هو مدى ارتباط النزاع بجهة قضائية معينة، بل من حيث النتائج المحققة في حال ولاية قضاء معين، حتى ولو كان محايدا من مصالح للأفراد وبالفائدة التي تعود عليهم، حيث ذهب الفقه إلى وضع قيد وحيد يستحسن توافره في هذه المصلحة لكي يتم اعتبار الاتفاق المانع للاختصاص صحيحا، هو أن " تكون المصلحة مشروعة"، وتأكيدا لما تم ذكره، فيستبعد الاتفاق المانع للاختصاص و يعتبر باطلا إذا ما كان ناتجا عن جلب ولاية المحاكم الوطنية بطريقة غير مشروعة، إما عن طريق:

- الغش نحو الاختصاص ( Fraude a la compétence )

- تسوق الاختصاص ( Forum Shopping ).<sup>2</sup>

مثل ما تم توجيهه وابل من الانتقادات لفكرة الرابطة الجديدة، لم يتوانى الفقه أيضا في إبراز انتقادات تخص مسألة الشرط القائم على أساس المصلحة المشروعة، حيث يعد من الصعب عمليا تحديد الأساس المعمول به في تحديد مشروعية المصلحة كفكرة عامة كونها تمثل الشرط المانع للاختصاص، ثم أيضا لا يوجد من له السلطة التقديرية في تحديد غاية الأطراف وبيان مدى توفر هذه المصلحة من عدمها، كما أنه من الناحية المنطقية فإن صلاحية تعيين المحكمة المختارة مرهون بإرادة الأطراف وذلك حسب المصلحة القائمة بينهم فهم الأكثر دراية و قدرة على الاستفادة من هذه الصلاحية عبر تحديد الجهة القضائية الأنسب للبت في نزاعهم و ضمان الحصول على حكم مضمون النفاذ<sup>3</sup>، وبالإضافة إلى ما سبق فوفقا لهذا الشرط يعد من الصعب إثبات نية الغش نحو الاختصاص في أغلب الحالات، و في المقابل أيضا يسهل على القاضي المطروح أمامه النزاع أن يتأكد من توافر تلك الرابطة الجديدة بين النزاع القائم و الجهة القضائية التي اتفق من خلالها الأطراف بالخضوع لاختصاصها.<sup>4</sup>

وتماشيا مع ما سبق، تباينت المواقف الصادرة عن القضاء الأجنبي من مسألة الرابطة الجديدة وفكرة المصلحة المشروعة، فذهب جانب من الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى وجوب اشتراط توافر الرابطة

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 72.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

<sup>3</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 249.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 45.

الجديّة بين الجهة القضائيّة الفرنسيّة التي تعود إليها ولاية النظر في النزاع القائم على أساس ضابط الخضوع الاختياري وبين الخصومة المرفوعة أمامها، وعلى نفس المنهج سايرت بعض الأحكام القضائيّة الصادرة عن المحاكم الهولنديّة نظيرتها الفرنسيّة في اعتماد نفس الشروط، بل وأكثر من ذلك عمدت المحاكم الإنجليزيّة إلى استحداث منهجاً جديداً يقوم على أساس " المحكمة الأكثر ملائمة" للفصل في مثل هذا النوع من المنازعات<sup>1</sup>، وتخول هذه النظريّة الجهة القضائيّة المختصّة بالبت في النزاع من إمكانيّة أن تتخلى عن النزاع القائم في المنازعة ذات الطابع الدولي الخاص لفائدة جهة قضائيّة أخرى أكثر ملائمة منها وأقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، وتتحقق فكرة الملائمة لما يتوفر من ارتباط فعلي بين النزاع والمحكمة، ولعل أن اعتبارات العدالة و حسن سير مرفق القضاء هو السبب الرئيسي في استحداث هذه النظريّة<sup>2</sup>.

وعلى النقيض من ذلك، ارتأت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبيّة إلى عدم الأخذ بعين الاعتبار بضرورة توافر تلك الشروط، وحكمت بصحة الشرط المانع للاختصاص حتى وإن كانت ولاية المحكمة النازرة للنزاع لا تربطها أي علاقة بالمنازعة المعروضة أمامها وتتميز بكونها ذات طبيعة محايدة، ومن الجدير بالملاحظة أن المحاكم الإنجليزيّة حكمت بصحة الشرط المانع للاختصاص المنصوص عليها في عقد النقل البحري بين الشركة الأمريكيّة " Zapata " والشركة الألمانيّة " Unterwensen " و الذي يسند الاختصاص للقضاء الإنجليزي على المنازعات المترتبة عن هذا العقد، و ذلك رغم عدم وجود أي رابطة حقيقيّة بين النزاع و إنجلترا، بل أن النزاع مقتصرًا فقط على بضائع محل النقل بين دولتين: الولايات المتحدّة الأمريكيّة وإيطاليا<sup>3</sup>.

اتفاقية بروكسل لسنة 2012 من جهتها أيضاً، تخطت الشروط القائمة على الرابطة الجديّة والمصلحة المشروعة و لم تعتد بها، حيث منحت الحق للأطراف لاختيار أي جهة قضائيّة تابعة لدول الإتحاد الأوروبي للبت في نزاعهم حتى وإن كان هذا النزاع لم تتوفر فيه أي من الشروط السابقة، و في الرأى الفقهي للقانون الدولي الخاص الأوروبي يعتبر التشريع الأوروبي قد وفق إلى حد بعيد في عدم الاعتماد على هذين الشرطين، خاصة لما أعطى الدور الكبير للإرادة في إسناد الاختصاص للمحكمة الأكثر

<sup>1</sup> - مشار إليه: حفيظة السيد الحداد، النظريّة العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

<sup>2</sup> - انظر: عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 247، أنظر أيضاً هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنيّة والتجاريّة، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - مشار إليه، حفيظة السيد الحداد، النظريّة العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

ملائمة لنظر النزاع، ولما اعترف أيضا بالمعيار الشخصي لضابط الخضوع الاختياري الذي يقوم بالأساس على مبدأ سلطان الإرادة، ودون حتمية توفر فيه أي شروط موضوعية أخرى.<sup>1</sup>

وفي القانون الدولي الخاص الجزائري لم يتطرق الفقه إلى مسألة الرابطة الجديدة وفكرة المصلحة المشروعة لاتفاقات الخضوع الإرادي، إلا أنه ومن الأنسب من الناحية العملية و من منظور الاتجاهات الحديثة للقانون الدولي الخاص، كما يستحسن في هذا المقام عدم اشتراط توافر الرابطة الجديدة بين المحكمة الوطنية والنزاع المعروض أمامها ولا فائدة من اللجوء أيضا لفكرة المصلحة المشروعة، ولعل الحجة الرئيسية المعتمدة في هذا الصدد تقوم على أساس أنه من الأسباب الرئيسية للاعتراف باتفاقات الخضوع الإرادي راجعة بالأساس للدور الكبير التي تلعبه الإرادة والتي أصبحت بدورها ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المعترف بها، وأخيرا ليس من مصلحة التعاون القضائي الدولي و تطوير التجارة الدولية إدراج مثل هذا النوع من الشروط.<sup>2</sup>

**ثالثا: أن يتضمن القانون الأجنبي اعترافا يقضي باختصاص محاكمه بالنزاع**

### **المعروض أمامها تلافيا لإنكار العدالة**

اشترط جانب من الفقه المصري اعتراف القانون الأجنبي باختصاص محاكمه بالنزاع المطروح أمامه تفاديا لحالات إنكار العدالة، و هذا ما أقرته محكمة النقض المصرية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 2014/03/24 والذي أدى من خلاله إلى الاعتراف بالتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي بشكل غير مسبق، و أرسى هذا الحكم بشكل حصري مبدأ جواز تخلي القضاء الوطني عن اختصاصه بنظر بعض من المنازعات المدنية و التجارية المشمولة بعنصر أجنبي، حيث شكل هذا الحكم استجابة للتطور الفقهي الحاصل في القانون الدولي الخاص، ويرى أنصار الاتجاه الفقهي المصري الحديث وعلى رأسهم الدكتور " هشام علي صادق " بأن هذا الحكم يعد بمثابة انتصار للأفكار التي دافعوا عنها من خلال التأكيد على حق المحاكم المصرية في التخلي عن اختصاصها في المنازعات المعروضة أمام المحاكم الأجنبية التي اتفق من خلالها الخصوم بالخضوع لولاية محاكمها، وأيضا إذا ما تم اعتبار أن هذه الجهات القضائية هي أكثر

<sup>1</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - راجع في الموقف الرافض لفكرة الرابطة الجديدة و المصلحة المشروعة في الجزائر عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 252 و ما بعدها.

ملائمة للبت في النزاع والأقدر على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، إلا أن صحة هذا التخلي في نظر محكمة النقض المصرية يقتضي توافر مجموعة من الشروط.<sup>1</sup>

وحرى بنا التطرق إلى أن أساس هذا الشرط المبني على تلافي إنكار العدالة والذي تناولته بدورها محكمة النقض المصرية للتخلي بموجبه عن اختصاص المحاكم الوطنية، يقوم على فكرة أنه لو تخلت الجهة القضائية على النزاع المعروض أمامها حسب قانونها لصالح جهة قضائية تابعة لدولة أجنبية والتي اتجهت إرادة الأطراف للخضوع إلى محاكمها، واتضح بعد ذلك عدم اعتراف قانون تلك الدولة باختصاص محاكمه بالبت في هذا النزاع بغض النظر عن السبب الذي في أغلب الحالات يمكن أن يكون في عدم توفر الرابطة الوثيقة بين النزاع و بين إقليم الدولة الأجنبية، وعلى هذا الأساس قد يقع الأطراف في هذه الحالة لمعضلة إنكار العدالة، ولتفادي حدوث مثل هذه الأمور التي من شأنها أن تعطل حسن سير العدالة، يستوجب على الجهة القضائية أن لا تتخلى عن اختصاصها من الأول حتى تتأكد من اعتراف قانون الدولة الأجنبية بولاية محاكمها بالنزاع المطروح.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاقات الخضوع الاختياري

حسب الرأي الفقهي الغالب فإن مسألة تحديد مدى صحة اتفاق الخضوع الاختياري للمحاكم الوطنية تخضع لقانون القاضي " الذي تمسك الأطراف في مواجهته برغبتهم في الخضوع لاختصاصه الدولي"، أو على العكس من ذلك لاتفاق الأطراف بالخضوع اختياريًا لجهة قضائية أجنبية والدفع بعدم الاختصاص لوجود الشرط المانع<sup>3</sup>، وبناء على ذلك فإن هذا التطبيق الحصري لقانون القاضي راجع بالأساس للطبيعة الإجرائية التي تفرضها اتفاقات الخضوع الاختياري، وهذا لأنه يشكل اتفاق يتعين بموجبه الأثر الجالب للاختصاص لفائدة المحكمة المعروض أمامها النزاع، وطالما أن هذه الإجراءات تخضع لقانون القاضي فإنه من الطبيعي أيضا أن تسري على اتفاق الخضوع الاختياري<sup>4</sup>، وبالإضافة لما سبق تظهر حالة أخرى من حالات مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض والتي تتمثل في طلب استصدار الصيغة التنفيذية من القاضي الوطني من أجل تنفيذ حكم أجنبي صادر عن جهة قضائية لدولة أخرى قصد إعمال الشرط المانع للاختصاص أو مخالفة وعدم الأخذ بعين الاعتبار لشرط محل

<sup>1</sup> - راجع في ذلك تفصيلا هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 5-6.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 160.

<sup>4</sup> - أنظر عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 179.



اتفاق الأطراف على إسناد الاختصاص لجهة قضائية أخرى غير تلك التي نظرت في النزاع محل طلب استصدار رخصة التنفيذ، وعلى هذا الأساس تم الاختلاف حول ما هو القانون الواجب التطبيق الذي تعدد به المحكمة المطلوب منها استصدار الصيغة التنفيذية.<sup>1</sup>

واستنادا إلى ما سبق فقد تباينت الآراء الفقهية بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقات الخضوع الاختياري، حيث يرى الفقه بأنه يستوجب أولا تحديد طبيعة الاتفاق المانع للاختصاص، ولتوضيح ذلك ورد تباين في المواقف الفقهية فيذهب اتجاه إلى القول بأن الاتفاق المانع للاختصاص ذو طبيعة إجرائية لكونه يسعى بالأساس إلى تنظيم أثر معين يتجسد في عملية جلب الاختصاص إلى الجهة القضائية التي عرض أمامها النزاع، علما أن هذه المسألة خاضعة للإجراءات لدى تعلقها بالاختصاص بشكل أكثر اتصالا من فكرة العقد وبالتالي فهي تندرج ضمن القواعد المنظمة للاختصاص حسب قانون دولة القاضي، و تماشيا مع ما سبق وفي المقابل كيف اتجاه فقهي ثاني مسألة الاتفاق المانع للاختصاص بأنه ذو طبيعة عقدية وعليه فهو يخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية.<sup>2</sup>

وفي مقام موالي يرى اتجاه فقهي آخر بأن الأساس الذي تقوم عليه مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بخصوص الاتفاق المانع للاختصاص لا تستخلص لا من الطبيعة الإجرائية أو العقدية للشرط المانع، حيث أن مصدر العقد يتمثل في اتحاد الإرادتين أما محله يكمن في سلب الاختصاص من قضاء معين و جلبه إلى جهة قضائية أخرى، و تماشيا مع ذلك فأن القول بالطبيعة المزدوجة التي يلعبها هذا الاتفاق ( Double nature ) من شأنها أن تؤدي إلى تعذر تطبيق قانون واحد بهذا الخصوص و نتيجة ذلك يرى جانب من الفقه بأنه من الأحسن تطبيق قانونين، بحيث يختص الأول بالفصل في مدى صحة الاتفاق المانع للاختصاص، أما الثاني فينظر في الآثار التي يترتبها هذا الاتفاق.<sup>3</sup>

وتماشيا مع ما سبق فإن التفرقة الحاصلة لدى غالبية الدول بين الأثر الإيجابي والسلبي المترتبة على اتفاق الخضوع الاختياري لاختصاص جهة قضائية لدولة معينة كانت لا بد منها واقتضتها الحقيقة العملية التي تكمن غايتها في تفادي الإفلات والتهرب المبني على غش نحو الاختصاص من المحاكم التي يعود

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.



لها في الأصل ولاية نظر ذلك النزاع، ومن هذا المنطلق تم إخضاع كل من الأثرين المترتبين " الإيجابي و السلبي " لقانون مغاير وفقا لما إذا كان النزاع قد تم عرضه أمام تلك الجهة القضائية أو الجهة الأخرى.<sup>1</sup>

إذا كان ما تقدم، فإن غالبية الفقه قد اتفقت على تطبيق قانون الدولة التي تنتهي إليه المحكمة المعروض أمامها النزاع في ما يتعلق الأمر بالأثار التي يرتبها الاتفاق المبرم بين الأطراف من ناحية قواعد الاختصاص القضائي الدولي حسب هذا القانون، إلا أنه تجدر الإشارة تبقى بعض الحالات مرهونة بالعودة إلى القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي الأجنبية تفديا بذلك بعض حالات إنكار العدالة<sup>2</sup>، وعلى ضوء ما تقدم فإن مسألة تحديد مدى جواز الاتفاق على الخضوع الاختياري لاختصاص المحاكم و شروطه يعود بالأساس من ضمن صلاحيات قانون دولة القاضي المطروح أمامه النزاع.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على نظرية المحكمة

#### الغير ملائمة للفصل في النزاع

ابتكر النظام القضائي " الأنجلوسكسوني " فكرة تتيح بموجبها للقضاء الوطني إمكانية التخلي عن اختصاصه القضائي الدولي بصدد المنازعات المطروحة أمامه عملا بالمبدأ الشهير المعمول به في كل من دولة " اسكتلندا، الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا و حتى كندا " والذي يطلق عليه " المحكمة الغير ملائمة " ( Forum non Conveniens )، ومن هذا المنطلق تعد من قبيل المحاكم الغير ملائمة كل جهة قضائية تابعة لدولة أجنبية أقدر وأكثر تمركزا للبت في النزاع على العكس من نظيرتها الوطنية، خاصة من ناحية القرب أكثر من الأدلة وكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأن النزاع المتضمن عنصر أجنبي، وانطلاقا مما سلف ذهب القضاء " الأنجلو-سكسوني " إلى التخلي عن اختصاصه في مثل هذه الحالات وإحالة

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 162.

<sup>2</sup> - يستوجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أن لا يجيز " الخروج الإرادي " عن القواعد الاختصاص المنصوص عليها حسب قانونه إلا بعد العودة إلى قانون الدولة محل اتفاق الأطراف للخضوع اختياريًا لجهات القضائية والتأكد من صحة هذا الخضوع حسب القانون الأجنبي، علما أن هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في الشروط التي تضمنتها في حكمها الصادر بتاريخ 2014/03/24 للتخلي عن اختصاصها لفائدة المحكمة الأجنبية، راجع في هذا المعنى: هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 48-49.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 164.

الاختصاص لجهة القضائية الأجنبية الأكثر ملائمة وقدرة على الفصل في النزاع وكفالة الحكم الصادر بشأنه<sup>1</sup>.

وعلاوة على ذلك أيضا فإن التوجه الفقهي والقضائي "الأنجلو-سكسوني" بإعمالهم لهذه النظرية حاولوا من خلالها وضع جملة من الإجراءات التي من شأنها أن تقف ضد كل من الغش نحو الاختصاص (forum Shopping) والتعسف الذي يسود الإجراءات بالإضافة للفرص الغير المشروعة التي قد ينتهجها المدعيين من أجل مصالحهم<sup>2</sup>، وتماشيا مع ما سبق ذكره تم تعريف هذه النظرية من قبل الفقه على أنها " استثناء على قواعد الاختصاص القضائي تجيز للقاضي أن يغلق بابه على المتقاضين رغم كونه مختص، وذلك في حال وجود محكمة أخرى ملائمة لنظر ذات النزاع." ولعل الحكمة المستخلصة من هذا التعريف أساسها مبدأ تقريب العدالة من الأطراف (Principe de proximité) وهذا ما يجعل من القاضي المختص بالبت في الخصومة يبحث عن المحكمة الأقدر منه للبت في النزاع.<sup>3</sup>

بما أن فكرة المحكمة الغير الملائمة في مجال الاختصاص القضائي الدولي المستحدثة من الدول الأنجلوسكسونية تهدف إلى وضع نظرية تجعل من المحاكم تتخلى عن اختصاصها لفائدة جهة قضائية أجنبية أكثر ملائمة للفصل في النزاع، وعليه سوف نحاول في هذا المقام تحديد الإطار العام لنظرية المحكمة الغير ملائمة، وذلك من خلال نشأتها التاريخية الأنجلوسكسونية (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى موقف الأنظمة القانونية الأخرى من نظرية المحكمة الغير ملائمة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: النشأة التاريخية لنظرية المحكمة الغير ملائمة في رحاب النظام

### القضائي الانجلوسكسوني

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 23، أنظر أيضا حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 14.

<sup>2</sup> - « ... un moyen de remédier dans une certaine mesure aux abus et aux excès du régime juridictionnel, en particulier pour lutter contre le Forum Shopping et les occasions de chantage des demandeurs, se moyen s'appelle selon les cas, forum conveniens ou forum conveniens . » en se sens Schneider Bernard, Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain), RIDC, Vol, 27 N°3, Juillet-septembre 1975. p 602.

<sup>3</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1031.

إن الأصل التاريخي لنظرية المحكمة الغير ملائمة يبدو غامضا نسبيا (Obscure)، مما أدى إلى تباين في الآراء الفقهية لعدة دول التي ادعت بأنها سبقة في ابتكار و وضع أحكام تخص هذه النظرية<sup>1</sup>، إلا أنه حسب غالبية فقه القانون الدولي الخاص الأنجلوسكسوني، فإن القواعد الأساسية التي تحكم هذه النظرية والحجر الأساس الذي من خلاله تم اعتماد هذه الأخيرة تعود جذوره في الأصل إلى دولة " اسكتلندا"

« Les traces les plus anciennes du forum non conveniens se situent en ECOSSE »

وجدير بالملاحظة أنه في وقت لاحق، تم تعميم الأخذ بهذه النظرية وتطويرها تدريجيا في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل مغاير نوعا ما عن ما هو معمول في البلد الأصلي " اسكتلندا"، إلا أنه وفي المقابل حاول الفقه و القضاء " الإنجليزي" الرجوع إلى بعض الأحكام القضائية الاسكتلندية و الأمريكية كمرجع للعمل بنظرية المحكمة الغير الملائمة، وفي واقع الأمر فإن هذه النظرية اعتمدها وعملت بها هذه الثلاث النظم القضائية<sup>2</sup>، ولتوضيح ذلك سوف نحاول تناول فكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة في اسكتلندا ( الفرع الأول)، ثم سوف نتطرق إلى التطور الذي مسها في كل من النظام القضائي الأمريكي و الانجليزي ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإطار العام لنظرية المحكمة الغير ملائمة في اسكتلندا

يرى جانب كبير من فقه الأنجلوسكسوني بأن القانون الاسكتلندي بأنه هو صاحب الفكرة الأصلية ومؤسس نظرية المحكمة الغير ملائمة كما قد ساهم بشكل كبير في تعميمها، و بالعودة إلى مجال قواعد الاختصاص القضائي الدولي وعلى خطى القانون الفرنسي عمد قانون الإجراءات الاسكتلندي إلى الأخذ بالقاعدة العامة في القانون الروماني والتي تقوم على مبدأ " اختصاص محكمة موطن المدعى عليه" Le « défendeur doit être poursuivi devant le tribunal de son domicile »

إلى في حالات الاختصاص الحصري (compétence exclusive) التي تعود بموجبها ولاية محكمة موقع تواجد العقار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - « ... plusieurs ordres juridiques se disputent la paternité de la doctrine... », Guillemard, Sylvette, Prujiner Alain et Sabourin Frédérique, Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois, *Les Cahiers de droit* 36, n° 4, 1995. p p 915-916.

<sup>2</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 606.

<sup>3</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 916.

ومن الناحية التاريخية كان المصطلح الشائع في القرن الثامن عشر (XVII Siècle) والذي كان يسري في ذلك الوقت لدى المحاكم الاسكتلندية هو "عدم الاختصاص" «forum non competens»<sup>1</sup> ، إلا أنه و تحديدا في سنة 1873 تم اعتماد مصطلح المحكمة الغير ملائمة ذلك بشكل يتناسب مع مضمون الإجراء المعمول به<sup>2</sup>، حيث ورد هذا التصحيح بشكل لاحق لتلافي الخلط القائم بين فكرة عدم الاختصاص وفكرة الملائمة في الدعاوى المشمولة بعنصر أجنبي والتي لا تتوفر على رابطة حقيقية بين الجهة القضائية و النزاع المطروح، بشكل يبرر ولاية المحاكم الاسكتلندية بهذا النوع من الخصومات ذات الطابع الدولي.<sup>3</sup>

في بادئ الأمر سعت المحاكم الاسكتلندية لتضييق نطاق أعمال نظرية المحكمة الغير ملائمة بشكل أدى إلى عدم تعميم الأخذ بهذه الفكرة وقصرها في مجالين محددين فقط، ويتعلق الأمر هنا حسب هذه الحالة في :

• الإجراءات المتعلقة بـ«التست» في الخارج « les actions contre un trustee a l'étranger »

• النزاعات المتعلقة بالشركات الأجنبية « dans les litiges relatif aux sociétés étrangères »

و بمجرد حلول القرن التاسع عشر (XIXe siècle)، تم توسيع نطاق العمل بنظرية المحكمة الغير ملائمة من قبل الجهات القضائية الاسكتلندية وتمديدها لتشمل بذلك الالتزامات التعاقدية و الأفعال الناشئة عن المسؤولية التقصيرية.<sup>4</sup>

أصدر القضاء الاسكتلندي حكم شهير في قضية " Clement v. Macaulary " في سنة 1866، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في نزاع قام بين طرفين يحملان الجنسية الأمريكية حول مشروع تجاري مشترك بين كل منهما ( Joint adventure ) يتضمن عقد نقل بضائع عسكرية بين مجموعة من الدول المجاورة، حيث يقيم المدعي غالبا بين ولاية " تكساس " الأمريكية و بين "لندن"، أما المدعى عليه فمحل

<sup>1</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 916.

- « ... Même si a l'origine cette théorie apparaissait sous le nom forum non competens... », Laurent Martinet, Ozan Akyurek, la théorie du forum non conveniens dans les pays de Common Law, Petite Affiche, N° 186, 18 septembre 2006, p 05.

<sup>2</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 608.

<sup>3</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1035.

<sup>4</sup> - Shneider Bernard, et autres, Op.cit, p 609.

إقامته " لويزيانا" ( New Orléans ) الأمريكية، يكمن موضوع العقد في عملية نقل تلك البضائع بين دولة " كوبا" والأقاليم الكونفدرالية التابعة للولايات المتحدة الأمريكية، وبناء على ذلك قام المدعي برفع دعوى ضد المدعى عليه أمام المحكمة الاسكتلندية. والتي بدورها حكمت بحجز منقولات المدعى عليه رغم عدم توفر أي رابطة حقيقية بين النزاع والجهة القضائية الاسكتلندية المعروض أمامها النزاع. L'affaire « n'ayant pas le moindre rapport avec L'ECOSSE » الصادر عن المحكمة الابتدائية، صدر قرار عن محكمة الاستئناف الاسكتلندية (Court Of Session)، يقضي بتعليق العمل بالحكم الابتدائي ورفض الأخذ بمبدأ المحكمة الغير ملائمة<sup>1</sup>، « Mais en Appel la court of session infirme énergiquement cette décision, en rejetant même le principe du forum non conveniens ».

وعلى هذا الأساس مثلت القضية السابقة Clement v. Macaulary " ، نقطة الانطلاق لبداية التفكير في فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لوجود محكمة أجنبية أكثر ملائمة للبت في النزاع<sup>2</sup>، تماشياً مع ما تم ذكره وفي قضية أخرى " Sim V. Robinow " تم رفعها أمام الجهات القضائية الاسكتلندية تعود وقائعها لمشروع مشترك ( joint adventure ) مبرم في إفريقيا الجنوبية متعلق بأشغال مرتبطة بالمناجم في نفس الدولة، حيث قام المدعي برفع دعواه أمام الجهة القضائية الاسكتلندية ضد المدعى عليه المقيم بدوره في اسكتلندا، وأثناء سير الدعوى دفع المدعى عليه الجهة القضائية بتطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة لكونه ينوي هو والمدعى العودة إلى إفريقيا الجنوبية، كما يضيف بأن هذه الدولة الأخيرة تحتوي على مجموعة من الأدلة التي تتوفر على ( الشهود، وثائق المحاسبة) التي من شأنها أن تفيد في سير إجراءات المحاكمة، إلا أن المدعي من وجهة نظر المحكمة لم يتمكن من دعم إدعاءاته بصورة كافية، قاضي أول درجة رأى بأن الدفع المتعلق بالمحكمة الغير ملائمة يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، « Le premier juge déclare que l'exception du forum non conveniens peut être invoquée dans toute action, de quelque nature soit cette dernière »

إلا أنه وبعد ذلك تم رفض الدفع المثار من طرف المدعى عليه من طرف المحكمة الابتدائية، و هذا ما أيدته محكمة الاستئناف الاسكتلندية (court of Session)، حيث أشارت في قرارها إلى المبدأ الرئيسي الواجب توافره بهدف إعمال نظرية المحكمة الغير ملائمة، حيث يستوجب هذا المبدأ أولاً على المحكمة

<sup>1</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 916.

<sup>2</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1031.

المطلوب منها التخلي عن اختصاصها لفائدة جهة قضائية أجنبية أن تتأكد من سلامة اختصاص المحكمة الأخرى، كما يتطلب أيضا من هذه الأخيرة أن تضمن الفصل في النزاع بطريقة أكثر ملائمة و بشكل يتماشى ومصالح جميع أطراف الدعوى و أن تضمن أيضا حسن سير العدالة<sup>1</sup>، « Par conséquent l'exception aboutit seulement que la cour soit convaincue qu'un autre tribunal ( c'est-à-dire un tribunal d'un autre pays) dument compétent susceptible de traiter l'affaire de manière plus convenable tant pour les intérêts de toutes les parties que pour les exigence de la justice. »

استخلاصا لما سلف، فإن المدعى عليه الذي من مصلحته إعمال الدفع المتعلق بنظرية المحكمة الغير ملائمة أمام الجهات القضائية الاسكتلندية في المنازعات المتضمنة عنصر أجنبي وفي إطار العلاقات الدولية الخاصة، يستوجب عليه أولا:

- أن يثبت وجود محكمة مختصة للنظر في النزاع القائم.
- أن تضمن الجهة القضائية المختارة، حسن سير العدالة<sup>2</sup>.

وفي مقام موالى، ذهب مجلس اللوردات الاسكتلندي إلى إقرار مبدأ جواز تخلي الجهات القضائية الاسكتلندية عن اختصاصها بنظر القضايا التي تدخل ضمن إطار الاختصاص القضائي الدولي في قضية شهيرة هي الأخرى " Société du gaz de PARIS v. SA de navigation les Armateurs Français"<sup>3</sup>

وتعود وقائع هذه القضية إلى نزاع قام بين المدعي الفرنسي الذي رفع دعواه ضد المدعى عليه الذي يحمل هو أيضا الجنسية الفرنسية حول مدى صلاحية السفينة التابعة للشركة المدعى عليها التابعة للملاحة البحرية "unseaworthiness" لنقل شحنة من الفحم، وهذا ما جعل المدعى يقيم دعواه أمام الجهة القضائية الاسكتلندية نظرا لتواجد السفينة التابعة لشركة المدعى عليها في موانئ هذه الدولة، رغم أن كافة الروابط المتعلقة بالنزاع ترتبط بفرنسا خاصة من ناحية ( جنسية أطراف الدعوى، موضوع

<sup>1</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 609-610.

<sup>2</sup> - « Le défendeur qui excipe du forum non conveniens doit donc commencer par prouver que quelque part dans le monde un tribunal aurait juridiction pour traiter l'affaire en cause ... et que ce tribunal semble offrir suffisamment de garantie pour l'administration d'une saine justice... » Ibid, p 610.

<sup>3</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1031.

العقد، اللغة المستعملة، نوع السفينة)<sup>1</sup>، وفي نفس الإطار و تماشياً مع ما سبق، ذهب مجلس اللوردات الاسكتلندي ( Lord Summer ) إلى القول بأن فكرة المحكمة الغير ملائمة تهدف إلى البحث عن المحكمة الأكثر ملائمة للفصل في النزاع، وهذا ما تقتضيه اعتبارات العدالة وحماية مصالح جميع أطراف الدعوى.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني: الإطار العام لنظرية العامة للمحكمة الغير ملائمة في كل من إنجلترا و

### الولايات المتحدة الأمريكية

رغم الدور الكبير الذي لعبه القضاء الاسكتلندي في استحداث نظرية المحكمة الغير ملائمة من خلال التصدي لمجموعة من القضايا المرتبطة بها، إلا أن هذه دراسة الأخيرة لم تبقى حبيسة القانون الاسكتلندي فقط، بل في المقابل سعت مجموعة من النظم القانونية المقارنة الأخرى لتصدي لها والبحث فيها، ولعل أبرز هذه الدول نجد كل من ( كندا، اليابان، و حتى أستراليا)، إلا أن هذه النظرية شهدت تطوراً كبيراً في كل من " إنجلترا" (أولاً) والولايات المتحدة الأمريكية (ثانياً) من خلال عدة اجتهادات قضائية ساهمت في دعم وضع نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي والتي تهدف بدورها إلى تحقيق اعتبارات العدالة في المنازعات المتضمنة عنصر أجنبي، وضمان وحدة الخصومة القضائية.

### أولاً: موقف القضاء الانجليزي من نظرية المحكمة الغير ملائمة

تتكون المعايير المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الانجليزية في القانون العام (Common law) من قاعدة ومبدأ، القاعدة العامة تتجلى في اختصاص الجهات القضائية الانجليزية بكافة المنازعات المتعلقة بالأطراف بغض النظر عن جنسياتهم و مواطنهم، أي سواء أكانوا من الأجانب أو من الوطنيين ومهما كان محل إقامتهم سواء في الإقليم الانجليزي أو في خارجه، وبصرف النظر عن السبب الذي أقيمت من أجله الدعوى في إنجلترا أو في خارجها أو إذا ما كان مرتبطاً بدولة أجنبية، إلا أن القاعدة التي تحكم اختصاص المحاكم الانجليزية يترتب عنها استثناءان:

- الاستثناء الأول: قائم على فكرة النظام العام، ويرد هذا الاستثناء على الأشخاص الذين لا يخول لهم اللجوء إلى الجهات القضائية الانجليزية ووصفهم القانون الانجليزي " بالأجانب

<sup>1</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص ص 1031-1032

<sup>2</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 918.

الأعداء، إلا أنه و في الحالة العكسية ترفع الدعوى عليهم وذلك للامتياز المعمول به للدعوى لصالح الطرف الانجليزي.

• الاستثناء الثاني: يتمثل في إعفاء الأشخاص المتمتعين بالحصانة القضائية من نطاق اختصاص المحاكم.<sup>1</sup>

أما عن المبدأ الذي تقوم عليه ولاية المحاكم الانجليزية فهو " مبدأ قوة النفاذ" ( Effectivnes ) وبناء عليه يتحدد اختصاص القضاء الانجليزي، يقوم على فكرة وجوب تمتع الحكم الصادر عن المحاكم بقوة النفاذ وأن تكفل هذه الجهات آثار تنفيذه، وبالإضافة لهذا المبدأ تعود ولاية المحاكم الانجليزية على القوة المادية ( Physical powery )، والمعمول بها في حال وجود المدعى عليه في الإقليم الانجليزي أو لوجود الشيء محل النزاع فيها.<sup>2</sup>

وبالعودة إلى القواعد المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي المعمول بها في رحاب النظام الأنجلوسكسوني، نجدتها تعتمد بشكل رئيسي على " الولاية الشخصية " لعقد الاختصاص لمحاكمها<sup>3</sup>، كما يعقد الاختصاص للمحاكم الانجليزية في حال تواجد المدعى عليه في إقليم الدولة حتى وإن كان الوجود لفترة قصيرة الأمد (éphémère)، وهذا ما يفسر انتهاج المحاكم الانجليزية لنظام التصحيحي لقواعد الاختصاص الشاسعة المعمول بها والتي من شأنها أن تشكل ضرر بالنسبة للمدعى عليه خاصة من ناحية التعسف في الإجراءات والحيل التي قد يمارسها في حقه المدعي<sup>4</sup>، وعلى العكس من ذلك تعتمد الأنظمة اللاتينية إلى تنظيم ولاية محاكمها بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بطريقة أكثر دقة وذلك عبر نصوص قانونية دقيقة تكون ملزمة للقاضي وأطراف النزاع، غايتها حسن سير العدالة.<sup>5</sup>

وتفسيرا لذلك ويهدف سد النقائص التي وقع فيها النظام القضائي الأنجلوسكسوني عامة والانجليزي خاصة، ذهبت الجهات القضائية التابعة لهذه الأخيرة إلى البحث على حلول بديلة من شأنها أن تحد من الآثار المترتبة عن أعمال المعايير الشخصية في تحديد ولاية المحاكم الوطنية بشكل مبالغ فيه، ولم يكن حسب الفقه أفضل من نظرية المحكمة الغير ملائمة للتصدي لمثل هذه المنازعات خاصة في ظل عدم

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 636-637.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 637.

<sup>3</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1033.

<sup>4</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 918.

<sup>5</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1033.



توفر روابط كافية بين النزاع والجهة القضائية الموكلة لها مهمة البت في الخصومة القضائية، فهذه النظرية تمنح للمحكمة الحرية في التخلي عن اختصاصها في حال وجود جهة قضية أجنبية أكثر صلاحية وملائمة للبت في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه.<sup>1</sup>

وبحلول منتصف القرن التاسع عشر، سلمت الجهات القضائية الانجليزية بضرورة عقد اختصاصها بنظر الدعاوى الشخصية على اعتبار وجود المدعى عليه في الإقليم الانجليزي وقت إعلانه بالدعوى، وقضت باستبعاد اختصاصها في مجموعة من الحالات التي تستوجب العدالة ومبدأ الملائمة أن تباشر اختصاصها فيها، ولعل أبرز هذه الحالات:

- الحالة الأولى: أن تكون الدعوى ناشئة عن فعل ضار أو عن عقد أبرم فيها.
- الحالة الثانية: الدعوى الناشئة عن فعل ضار أو مترتبة عقد أبرم فيها.<sup>2</sup>

ناقش الفقه مسألة اعتراف القانون الانجليزي بنظرية المحكمة الغير ملائمة، فيرى البعض بأن قانونهم أيد هذه النظرية فعلا، أما الجانب الآخر فاعترض عن هذا الاعتراف معللين موقفهم من هذه المسألة بأن الاجتهادات القضائية التي عرفتها الجهات القضائية الانجليزية في هذا الصدد لم ترق بعد إلى مستوى تأسيس نظرية المحكمة الغير ملائمة، كون الأحكام التي صدرت بخصوص هذه المسألة في تقديرهم راجعة لعدة ظروف استثنائية (Circonstances exceptionnelles) عرفتها العدالة في هذا الميدان، إذا فإن تلك الأحكام تعد غير كافية حسب نظرهم لوضع نظرية عامة للمحكمة الغير ملائمة ومنه عدم الاعتراف بأساسياتها، ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن مجلس اللوردات (Chambre des Lords) بقضاته الخمس قد رفض بالإجماع الاعتراف بهذه المسألة في إطار القانون الانجليزي على نفس منوال نظريه الاسكتلندي<sup>3</sup>، « Pour sa part la chambre des Lords vient de rejeter, a l'unanimité des cinq juges a se prononcer sur cette question, le principe de l'introduction en droit anglais d'un forum non conveniens ( a l'Ecosaise ) . »

كما ذهب الفقه إلى القول بأن القضاء الانجليزي قد أخذ وقت أطول للعمل بنظرية المحكمة الغير ملائمة على عكس القضاء الاسكتلندي، حيث عرفت مسألة الاعتراف بهذه النظرية عدت مراحل<sup>4</sup> فحسب الفقيه "ماير" (Meyer)، فإن الجهات القضائية الانجليزية اقتصرت تطبيق فكرة المحكمة الغير ملائمة

<sup>1</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1034.

<sup>2</sup> - أنظر عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 640.

<sup>3</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 618.

<sup>4</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1036.

في المنازعات المرتبطة بالقانون المدني، أبرزها قضايا الطلاق والمسائل المتعلقة بالأميرالية البحرية<sup>1</sup>، ومثل ما تم الإشارة إليه سابقا فإن الجهات القضائية الانجليزية في البداية كانت لها صلاحية رفض البت في المنازعات في حال كانت قائمة على تعسف في الإجراءات (Oppressive)، أو ما إذا ثبت اكتساء هذه الدعاوى بالطابع الكيدي (Vexations)، أو لفرضية قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية أخرى (litispendance)<sup>2</sup>، أو إذا ما أثبت المدعى عليه بأن المحكمة الأجنبية قد توفر له عدالة أمثل وأكثر ملائمة، أو ما إذا برهن المدعى عليه بأنه يصعب عليه التقاضي أما الجهات القضائية المحلية.<sup>3</sup>

وفي مقابل ذلك تنازل القضاء الانجليزي عن بعض الشروط بهدف إعمال نظرية المحكمة الغير ملائمة، ولعل أبرزها قيام ذلت النزاع أمام محكمة أجنبية، حيث تم تمكين القاضي المعروض أمامه الخصومة من خاصية التخلي عن الفصل في الدعاوى الكيدية أو القائمة عن تعسف في الإجراءات دون اشتراط توفر دعوى أخرى قائمة أمام جهة قضائية أخرى (قيام ذات النزاع أمام المحكمة الأجنبية، وهذا ما ورد في قضية (Logan v. bank of Scotland)<sup>4</sup>، التي تعود وقائعها لسنة 1905 حيث قام المدعي السيد "لوقان" Logan المقيم بدولة "اسكتلندا" برفع الدعوى ضد بنك اسكتلندي واثنان من المدعى عليهم بالإضافة لمدعى عليه آخر من جنسية انجليزية، حيث تم تبليغ البنك من خلال مقره المتواجد "بلندن" الإنجليزية، حيث حكمت الجهة القضائية الابتدائية الانجليزية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لأن الاختصاص حسب هذه الحالة يعود للمحاكم الاسكتلندية<sup>5</sup>، «... le Jugement est purement écossais, infirmant le jugement de la juridiction inférieure ...»

وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الانجليزية (Court of Appeal)، بعدم تمكين المدعي من مباشرة دعواه أمام القضاء الانجليزي وذلك لعدة أسباب أهمها: التعسف في الإجراءات « Si l'action est abusive »، أو إذا ما اعتبرت الدعوى كيدية « Vexatoire » في حق المدعى عليه، وهذا ما يستدعي بالضرورة إلى عدم النظر في الدعوى والتخلي عنها، يستخلص من قضية الحال و حسب القاضي المطروح أمامه النزاع بأن كافة الأدلة و العناصر الرئيسية التي أقيمت من أجلها الدعوى تعد خارج الإقليم

<sup>1</sup> - « ... Selon Meyer, la doctrine du forum non conveniens innommée a cette époque a été appliqué en Angleterre ... principalement dans les matières subissant l'influence du droit civil, soit le divorce et l'amirauté. » en se sens Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 918.

<sup>2</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1036.

<sup>3</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 918.

<sup>4</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1036.

<sup>5</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 621.

الانجليزي، حيث أن المدعى عليهم الثلاثة، الشهود، وبالإضافة لوثائق المحاسبة كلهم خارج إنجلترا، كما أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الاسكتلندي، وفي نفس الصدد قدرت المحكمة الانجليزية بأن المدعي لجأ إلى الأساليب الكيدية ضد المدعى عليهم. «... En l' l'occurrence elle est en tout cas abusive, puisque le demandeur, trois des quatre défendeurs, tous les témoins, les livres comptables et les autres documents importants sont hors d'Angleterre, est la loi applicable est la loi écossaise .L'action est aussi vexatoire...»<sup>1</sup>

وبحلول سنة 1973، ذهب مجلس اللوردات (House Of Lord) إلى الأخذ بفكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة بشكل ضمني من خلال قضية (The Atlantic Star)، التي شكلت نقطة انطلاق لأول مرة منذ قضية (Norton v. Norton) في إعادة صياغة مسألة قبول هذه النظرية أمام الجهات القضائية الانجليزية من خلال منح حرية أكبر للقاضي في تقدير مسألة الضرر الحاصل في حق المدعى عليه من خلال الدعوى الكيدية والغش نحو الاختصاص<sup>2</sup>، حيث في السابق كان على عاتق المدعى عليه تحديد الفعل الغير مشروع وبيان المصلحة المشروعة بشكل دقيق لكي يتم اعتبار بأن الدعوى كيدية ومنه رفض الفصل فيها، أما من خلال هذه القضية يكفي اقتناع المحكمة من خلال النزاع المعروض أمامها بأنه لن يمثل أي مزايا و مصالح غير مشروعة للمدعي وفي نفس الوقت لن يشكل ذلك أي ضرر بالنسبة للمدعى عليه، «...Alors qu'auparavant il fallait des faits précis et particulièrement grave pour que l'action intenté par le demandeur paraisse « vexatoire ou oppressive » , et donc justifiable d'un rejet, on se contentera maintenant de montrer que l'action ne confère pas d'avantages sérieux au demandeur et, en revanche, entraine des inconvénients sensibles pour le défendeur...»<sup>3</sup>

وتعود وقائع قضية (The Atlantic Star)، إلى حادث تصادم في المياه الإقليمية البلجيكية بين سفينة هولندية (Atlantic Star) وناقلة مائية بلجيكية وأخرى هولندية، رغم رفع عدة دعاوى أمام الجهات القضائية البلجيكية، إلا أنه وفي نفس الوقت قام أحد المدعين بمباشرة دعوى أمام محكمة انجليزية (قبل بدئها أمام القضاء البلجيكي)، وتماشيا مع ما سبق تم إثارة الدفع بنظرية المحكمة الغير

<sup>1</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 621.

<sup>2</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1037.

<sup>3</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 623.

ملائمة من طرف المدعى عليه، وهذا ما أخذت به المحكمة وتخلت بموجبه عن النزاع لصالح المحكمة البلجيكية لعدم توفر أي رابطة حقيقية بين النزاع و المحاكم الانجليزية.<sup>1</sup>

ومنذ سنة 1984 تخلى مجلس اللوردات الانجليزي بصورة نهائية عن اشتراط توفر " الطابع الكيدي في الدعوى" لقبول الدفع المتعلق " بالمحكمة الغير ملائمة"، ويمكن بذلك الجهات القضائية الانجليزية المعروض أمامها النزاع حرصا على حسن سير العدالة في أن تتخلى عن اختصاصها إذا ما تبين وجود محكمة أجنبية أكثر ملائمة وقدرة على الفصل في الدعوى وكفالة آثار تنفيذ الحكم الصادر بشأنها<sup>2</sup>، و هذا ما تأكد عمليا بحلول سنة 1986، حيث تم رسميا الاعتراف بنظرية المحكمة الغير ملائمة من خلال القضية الشهيرة ( Spiliada Maritime Corp. V Cansulex Ltd )، حيث أن الحكم المتعلق بهذه القضية وضح بشكل كبير توجه موقف المحاكم الانجليزية من مسألة تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، واشترط من خلاله شرطين أساسيين لكي تتخلى بموجهما الجهة القضائية الانجليزية عن اختصاصها بنظر النزاع، وهما:

• الشرط الأول: يستوجب على المدعى عليه أن يثبت وجود محكمة أجنبية أقدر و أكثر ملائمة للفصل في النزاع.

• الشرط الثاني: أن لا ينتج عن عدم قبول الدعوى، ضياع مصلحة المدعي المشروعة إذا ما كان النزاع مطروحا أمام المحاكم الانجليزية.<sup>3</sup>

من زاوية أخرى، ولا بد من التنويه أنه من وجهة نظر تاريخية وبعد القضية الشهيرة (Spilida) فقد كان للتوجه القضائي الانجليزي في إرساء نظرية المحكمة الغير ملائمة تأثير كبير على عدة أنظمة قضائية انجلوسكسونية أخرى كأستراليا<sup>4</sup> و نيوزلندا التي لم تتوانى محكمة استئناف هذه الأخيرة (New Zeland Court of Appeal) في السير على خطى الاجتهاد القضائي الانجليزي من خلال القضية المعروضة أمام الجهات القضائية النيوزلندية (Club Méditerranée).<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- Shneider Bernard, Op.cit.,p 623.

<sup>2</sup>-Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 919.

<sup>3</sup>- مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1039-1040.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>5</sup>- Scott Gallacher, after the Spiliadada- Forum Non Conveniens in New Zealand and Australia, Otago Law Review , Vol 8, No 4, Joshua Wiliams Memorial Eassy Prize winners, ( 1996), p 606.

عرف الاجتهاد القضائي الاسترالي أول مرة تطبيق فكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة من خلال الحكم الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 ديسمبر 1990 عن قضية (Voth Manildra Flour Milis) والتي تعود وقائعها إلى نزاع قائم بين كل من شركة أسترالية (Manildra Flour) و محاسب أمريكي الجنسية ناتج عن عقد يتضمن استشارات محاسبية ومالية، حيث طالبت الشركة أمام الجهة القضائية الأسترالية بتعويض وجبر الضرر الحاصل عن الإهمال من طرف المدعى عليه (المحاسب المستشار) عند القيام بالأعمال الموكلة إليه في عمله مع الشركة، حيث أن المدعية ادعت بأن السيد (Voth)، قد تسبب بإهماله و تقصيره في تحميل الشركة خسائر كبيرة لخطأ في التصريح بالضرائب في الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا، أيدت محكمة الاستئناف الأسترالية الحكم الصادر عن الجهة القضائية الابتدائية وقضت بقبول الفصل في الدعوى كما سببت حكمها بأن مسألة تقدير التعويضات تمثل بالنسبة للمدعي مصلحة مشروعة وهي ليست متاحة لدى نظيرتها ( المحكمة الأمريكية)، وتجدر الإشارة أن المحاكم الأسترالية كانت متشددة في إعمال نظرية المحكمة الغير الملائمة أسوة بنظيرتها الانجليزية، حيث أنها في وقت سابق كانت تشترط على المدعى عليه إثبات وجود محكمة أجنبية أخرى تعود لها ولاية البت في الخصومة و "بتكلفة أقل" عن المحاكم الوطنية، إلا أن المحكمة العليا الأسترالية رأيت ذلك ونقضت القرار الصادر محكمة الاستئناف، وعمدت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة وأجازت للمحكمة الحق في التخلي عن اختصاص قضائها الدولي لفائدة المحكمة الأجنبية الأكثر ملائمة لنظر النزاع القائم، ومن هذا المنطلق قضت، بأن طلب التعويض الناتج عن التقصير في العمل الاستشاري المحاسبي قد وقع في محافظة " ميسوري الأمريكية" ومنه فإن محكمتها هي الأقدر على نظر النزاع لقربها منه، خاصة من ناحية الوثائق والمعطيات المرتبطة بالدعوى، على العكس من محكمة " نيو ساوث ويلز" الأسترالية التي تعد غير ملائمة للبت فيها رغم أن بعض الضرر الذي مس الشركة قد وقع في إقليمها، وعلى هذا الأساس ذهبت المحكمة العليا إلى الحكم بالتخلي عن الاختصاص لفائدة المحكمة الأمريكية للبت في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، و خلاصة القول شكل هذا الاجتهاد القضائي نقطة الانطلاق في تنبي نظرية المحكمة الغير ملائمة.<sup>1</sup>

### ثانيا: موقف القضاء الأمريكي من نظرية المحكمة الغير ملائمة

كانت الجهات القضائية الأمريكية تقتصر تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة بصفة أولية في منازعات الاختصاص الداخلية البحتة بين كل من محاكم الولايات الأمريكية المختلفة، ومن نفس المنطلق

<sup>1</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص ص 1037-1038.

ذهبت بعد ذلك إلى إعمالها في مجال " توزيع الاختصاص " القضائي الدولي بين كل من القضاء الأمريكي من جهة و محاكم الأجنبية من جهة أخرى، تكريسا في ذلك لفكرة التعاون القضائي الدولي "لعدم وجود سلطة عليا تفرض هذا التوزيع خارج نطاق المعاهدات الدولية"، تحت غطاء أن هذا ما تتطلبه مقتضيات حسن سير العدالة.<sup>1</sup>

كما تجدر الإشارة بأن القضاء الأمريكي في أول الأمر كان أقل تحمسا لاستقطاب نظرية المحكمة الغير الملائمة والقضايا المرتبطة بها، رغم أن ظهور هذه النظرية كان مقتصرًا فقط على صعيد المنازعات البحرية، إلا أن الجهات القضائية الأمريكية كانت مترددة في تطبيقها و توسيع العمل بها في بقية الدعاوى المرفوعة<sup>2</sup>، ويضيف الفقه بأن مسألة إعمال نظرية المحكمة الغير ملائمة يعد بمثابة معيار لسلب أو منح الاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية الأمريكية و تعد في نفس الوقت من قبيل المعايير الموضوعية وليس الشخصية، ففي واقع الأمر إن مسألة تحديد مدى ملائمة المحكمة الأمريكية بنظر النزاع من عدمها يقوم في الأصل على جملة من " المؤشرات الموضوعية " التي تساهم في مدى توافر الرابطة الجدية بين النزاع ومحكمة الدولة المعروض أمامها، وقد تكون هذه المؤشرات على شكل أدلة ووثائق تسهل بطريقة أو بأخرى على القاضي للفصل في النزاع، شهود، وجود الأموال المتنازع فيها فوق إقليمها.<sup>3</sup>

ومثل ما جرت عليه العادة في اسكتلندا، فإن نظرية المحكمة الغير ملائمة في الولايات المتحدة الأمريكية أيضا تعد بمثابة وسيلة لتصحيح قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهي في نفس الوقت عبارة عن ضابط " منطقي وعادل"، « Au Etats Unis l'instrument curieusement appelé « doctrine of forum non conveniens » sert, comme en Ecosse, de correctif aux règles de compétence juridictionnelle, un chef de juridiction considéré comme « raisonnable et équitable... »<sup>4</sup>

وبحلول سنة 1947، اعتمد النظام القضائي الأمريكي فكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة بشكل رسمي وصريح في المنازعات المتضمنة عنصر أجنبي، هذا ما قضت به المحكمة العليا الأمريكية في قرارها

<sup>1</sup> - أنظر: هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1051.

<sup>3</sup> - حسام شعبان، المرجع السابق، ص 14.

<sup>4</sup> - Shneider Bernard, Op.cit, p 632.

الشهير عن قضية (Gulf Oil Corp V. Gilbert)<sup>1</sup>، حيث تعود وقائع هذه القضية إلى قيام شخص أمريكي من ولاية " فرجينيا " إلى مباشرة دعوى عن المسؤولية التقصيرية ضد شركة (Pennsylvania corporation) أمام المحكمة الفيدرالية الجزئية بنيويورك، علما أن المدعى عليها تحوز ترخيصا من أجل مزاولة نشاطها في كل من ولاية نيويورك و بنسلفانيا، وأسس المدعي دعواه للمطالبة بتعويض عن الإهمال من طرف الشركة المدعى عليها و التي بسببها نشأ حريق الذي طال كافة المخازن المتواجدة " بفرجينيا " مما أدى إلى هلاك البضاعة وتلفها، وتماشيا مع ذلك فصلت في هذا الصدد المحكمة القضائية الجزئية بعدم قبول الفصل في الدعوى المعروضة أمامها وعمدت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، وأسست رفضها على أساس أن القانون الساري في نيويورك قد منح السلطة التقديرية للجهات القضائية المعروض أمامها النزاع الحرية في تحديد مدى حقيقة النشاط التجاري الممارس من طرف الشركة بالولاية من عدمه، إلا أن المحكمة ارتأت بأن ذلك لا يتوفر في قضية الحال ومنه اعتبار أن محكمة ولاية فرجينيا هي الأقدر و الأكثر ملائمة لبت في الخصومة، محكمة الاستئناف رأت عكس ذلك وخالفت توجه المحكمة الجزئية التي في نظرها أساءت التقدير في تطبيق القانون، وأسست قرارها بأن الجهة القضائية الابتدائية قد خالفت الصواب، وكان من الأجدر لها تطبيق قانون الفيدرالي وتجنب تطبيق قانون نيويورك، لكون النزاع يتضمن أطراف من غير مواطني الولاية التي يعود لها الاختصاص وهذا ما لا يتيح فرضية تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، المحكمة العليا الأمريكية نقضت القرار المستأنف وقضت من جهة أولى بوجوب تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة في " الدعاوى الفيدرالية " تفاديا بذلك لحالات " التعسف الإجرائي والدعاوى الكيدية " من قبل المدعي، وذهبت أيضا هذه الأخيرة إلى رفض الاختصاص بنظر الدعوى القائمة على المصلحة الخاصة.

حيث لمحت المحكمة العليا إلى الاعتداد بالمصلحة العامة و ضمان حسن سير العدالة عند تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، كما قدرت صحة الحكم الصادر عن الجهة القضائية الابتدائية لتوفر جميع العناصر المرتبطة بالدعوى والتي تسهل من مهام القاضي الفاصل في النزاع، خاصة لقربه من الأدلة، الشهود، الخبرة القضائية، وبالتالي فإن كافة هذه المعطيات كلها تؤيد صحة ملائمة محكمة فرجينيا لنظر الخصومة القضائية وبالتالي، اعتبار بأن نظيرتها أقل قدرة وملائمة للفصل في النزاع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - « C'est en 1947, il ya donc moins de 50 ans, dans l'arrêt Gulf Oil Corp. V. Gilbert, que la cour suprême des Etats-Unis consacre et accepte définitivement la doctrine du forum non conveniens... » en ce sens Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 921.

<sup>2</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، ص 1055 و مبعدها.



وبالعودة إلى بعض النقائص التي تداركها الكونغرس الأمريكي سنة 1948 والتي تكمن خاصة في عدم جواز التخلي عن الاختصاص بين كل من المحاكم الفيدرالية، ولهذا السبب أضاف الكونغرس مادة جديدة في قانون إجراءات التقاضي (Judicial code) والتي تتضمن " إمكانية إحالة الدعوى بين مختلف المحاكم الفيدرالية على صعيد كل الولايات الأمريكية، ضمانا بذلك لحماية مصلحة أطراف الدعوى و الشهود، وتكريسا لاعتبارات حسن سير العدالة<sup>1</sup>، ويستخلص أيضا من هذا النص بأنه لم يعتمد إلى " تقنين " نظرية المحكمة الغير ملائمة بشكل صريح، بل هو في الحقيقة لم يمنع الجهات القضائية من اعتماد هذه النظرية خاصة من الناحية الإجرائية.<sup>2</sup>

وفي سنة 1981 قضت لأول مرة المحكمة العليا الأمريكية في قضية تتضمن مدعي أجنبي، وأيدت بذلك الحكم الصادر عن المحكمة الجزئية التي حكمت بدورها بالتخلي عن اختصاصها في قضية تعود وقائعها إلى حادث سقوط طائرة أدى إلى وفاة مواطن اسكتلندي، حيث قام خلف الضحية برفع دعوى قضائية ضد الشركة الأمريكية المالكة للطائرة أمام محكمة " بنسلفانيا " التي قضت هذه الأخيرة برفض النظر في الدعوى ودعت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، و قامت بتأسيس حكمها على أساس أن ملكية الطائرة عند وقوع الحادث كانت تعود لشركة " اسكتلندية "، الضحايا اسكتلنديين، وأن التحقيق في الحادث كان تباشره السلطات الاسكتلندية، كما أضافت محكمة " بنسلفانيا " أن السبب الرئيسي والراجع لاختيار المدعين للمحكمة الأمريكية بالذات من أجل الفصل في دعواهم دون غيرها الهدف منه هو الحصول على تعويضات أكبر من التي كانوا سيحصلون عليها لو تم رفع النزاع أمام محكمة دولة أجنبية<sup>3</sup>، وعلى هذا الأساس شكل هذا الحكم تطور قضائي غير مسبوق في الولايات المتحدة الأمريكية خاصة في النزاعات الدولية الخاصة، كما يستخلص من هذا الحكم مجموعة من النقاط المهمة و التي تكمن في :

• أن المحكمة العليا الأمريكية قد طبقت لأول مرة نظرية المحكمة الغير ملائمة في نزاع

يتكون من مدعي أجنبي.

<sup>1</sup> - « ... Mais le congrès a rapidement comblé cette lacune ; une disposition ajoutée en 1948 au Judicial code dit en substance que, pour la commodité des parties et des témoins, et dans l'intérêt de la justice, un tribunal fédéral peut transféré une action civile au tribunal fédéral du district celle-ci aurait du être intentée... » en ce sens Shneider Bernard, Op.cit, p 638.

<sup>2</sup> - أنظر ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1060.

<sup>3</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 922.



- المحكمة العليا الأمريكية لمحت إلى عدم ضرورة إعطاء أهمية لتفرقة بين ضوابط الاختصاص المعمول بها مثل محل الإقامة أو الموطن.
- المحكمة العليا بتطبيقها لنظرية المحكمة الغير ملائمة تفادت التعسف في الإجراءات والغش نحو الاختصاص.<sup>1</sup>

وفي حادثة أخرى أكثر مأساوية عرفتھا المحاكم الأمريكية ورفضت من خلالها النظر في الدعوى كما ذهبت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، وهي قضية " بوبال" (Bohpal) وهي عبارة عن مدينة هندية، حيث تعود وقائع هذه القضية إلى تاريخ 02 ديسمبر 1982 حيث وقعت أحد أكبر الكوارث الصناعية في العالم تمثلت في تسرب غازات جد سامة يطلق عليها " ميثينيل الإيزوسيانيت" (MIC) (Méthyle iso- cyanate) من مصنع لفرع تابع لشركة أمريكية المسماة (Union Carbride Corporation) مقرها الرئيسي في " نيويورك"، حيث تسببت الرياح في انتقال تلك الغازات السامة إلى أكبر الأحياء السكنية الموجودة في مدينة " بوبال" الهندية مما أدى إلى هلاك قرابة ألفي (2000) شخص وإصابات عديدة طالمة مائتان ألف شخص آخر، ونتيجة ذلك تهاطلت العديد من الدعاوى بشكل متفرق ضد ملاك الشركة الأم في العديد من الولايات الأمريكية على غرار كل من ولاية " كاليفورنيا"، " فلوريدا"، " لوإيانا"، " ماريلاند"، " نيوجرسي"، " نيويورك"، " بنسلفينيا"، " تكساس"، و " واشنطن"، إلا أنه ولحسن الحظ أن القانون الأمريكي يخول جمع تلك الدعاوى على شكل دعوى واحدة و أمام محكمة واحدة، «Heureusement en droit Américain ces très nombreux procès venant des différents états peuvent être jugés ensemble devant un même tribunal ».

إلا أنه و في نهاية الأمر استقرت الدعوى على أن يتم رفعها أمام المحكمة الفيدرالية الابتدائية " بنيويورك"، كما تولى الفصل فيها القاضي " جون كينان" (Jhon F. KENAN)، وقبل تحميل المسؤولية المتعلقة بالشركة المدعى عليها تم طرح العديد من المسائل الأولية المهمة المرتبطة بشكل مباشر مع وقائع قضية الحال من قبل المحكمة المعنية مثل: مكان رفع الدعوى، هل هي الهند؟، مكان إقامة الضحايا هل في الهند أو في الولايات المتحدة الأمريكية؟ المقر الرئيسي لتواجد شركة الأم (Union Carbrid Corporation)، «...Avant de déterminer la responsabilité du défendeur, Le

<sup>1</sup> - Guillemard Sylvette, et autres, Op.cit, p 922.

tribunal se charge d'une question préliminaire : ou porter l'affaire ? En Inde, ou demeurent les victimes, aux Etats Unis, Siège de Union Carbride... »<sup>1</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره فإن المسألة محل الدراسة حسب حجج المدعين الذي يسعون من خلالها إلى إثبات اختصاص محكمة "نيويورك" بنظر النزاع فإن الأمر يتعلق بحادث خطير ناتج عن مسؤولية الشركة التي تتخذ من الولايات المتحدة الأمريكية مقرا لها وبالإضافة لذلك فإن أصل التكنولوجيا المستعملة في مصنع الفرع المتواجد "ببوبال" (Bohpal) هي تكنولوجيا أمريكية بحتة، إلا أنه و في المقابل ترى المدعى عليها ( الشركة الأمريكية) بأنها كانت تخضع للوائح التنظيمية والقوانين المعمول بها في "ببوبال" (Bohpal)، كما أن الحادث كان ناتج عن أخطاء في الهند وأن المتسببين فيها هم في الأصل "الهنديين"، وهذا ما أدى إلى دفع المدعى عليها بتطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة من طرف الجهة القضائية الأمريكية ومنه التخلي عن الاختصاص وإحالته إلى المحكمة الهندية المختصة، وعلى هذا الأساس رأت محكمة "نيويورك" أنها لكي تختص بنظر النزاع أوجب على المدعي وعلى الدولة الهندية إثبات "عدم ملائمة" القضاء الهندي بالنظر في النزاع، وهذا ما جاء في رد الحكومة الهندية بخصوص هذه الحجج، حيث ذهبت إلى القول: بأن محاكمها في قضية الحال ليس لها القدرة على تحقيق العدالة لمواطنيها المتضررين من الحادث، كما أن الهند تبقى من الدول الغير متطورة من ناحية القانون وتحت نير الاحتلال الانجليزي، «...Selon l'état indien, les tribunaux indiens n'ont pas la capacité de rendre justice a leurs citoyens. En ce qui concerne le droit, l'inde reste un pays sous développé, toujours sous le joug du colonialisme anglo-saxon, allègue l'état demandeur... »

وفي سبيل إثبات عدم ملائمة الجهات القضائية الهندية بنظر النزاع تم تقديم مجموعة من البراهين أمام القاضي الأمريكي أهمها:

- أن النظام القضائي الهندي بطيء مما سيشكل عائقا في تحقيق العدالة بالنسبة لمتضررين.
- عدم وجود في النظام القضائي الهندي ما يسمح بمباشرة الإجراءات القانونية اللازمة المتعلقة بحوادث المترتبة عن التكنولوجيا.

<sup>1</sup> -Joseph L. Sax. L'affaire Bhopal devant les tribunaux américains. Forum non conveniens . In: *Revue Juridique de l'Environnement*, n°4, 1986. P 413. Article Disponible sur le site d'internet : [https://www.persee.fr/doc/rjenv\\_0397-0299\\_1986\\_num\\_11\\_4\\_2159](https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_1986_num_11_4_2159). consulté le 12-12-2022.

• على عكس النظام القضائي الأمريكي الذي يعتمد على نظام المسائلة القضائية في مثل هذا النوع من المنازعات المعقدة، فإن الهند لا تمتلك هذه الوسيلة وبالتالي فهي غير قادرة عن الفصل فيه.

• أن المحامين الهنود، لا يمتلكون أي خبرة في المنازعات الصناعية المعقدة ذات الطابع الدولي مثل قضية (Union Carbide Corporation.)<sup>1</sup>

وبالإضافة لما سبق طالب المدعين من الجهة القضائية الأمريكية تحقيق العدالة بالنسبة للهنود المتضررين على حد سوى مثل ما هو معمول به وفق القانون الأمريكي في الحالات المتعلقة بالحوادث الصناعية التي يكون ضحاياها المواطنين الأمريكيين، إلا أنه والمقابل رفضت المحكمة الأمريكية هذه الحجة لسبب رئيسي مفاده من حق كل دولة تحمل مسؤولية هذه الأخطار، ومن هذا المنطلق رأت المحكمة بأن الدولة الهندية بمجرد قبولها فتح مصنع لشركة الأمريكية بإقليمها فإنها بذلك تحملت مسؤولية الأخطار الناجمة عن التكنولوجيا من جهة، ومن ناحية أخرى الاستفادة من النشاط الاقتصادي الذي يعود بالفائدة للهند عامة و منطقة " بوبال " خاصة وهذا ما أثبتته التقارير الإحصائية الهندية بأن مدينة " بوبال " (Bhopal) أصبحت أولاً بفضل شركة ( Union Carbide Corporation ) وشركات متعددة الجنسية الأخرى، مركز مهم للمعاملات التجارية و النشاطات الاقتصادية وكل ما يتعلق بالبحث العلمي، « ... les documents officiels de l'état expliquent que Bhopal est devenue un centre important de commerce, d'industrie et de recherche grâce a la présence des entreprises internationale, Union Carbide étant la première d'entre elles »<sup>2</sup>

محكمة "نيويورك" وعلى لسان القاضي المختص بالفصل في الدعوى "Jhon. F. Kennan" رأت بأن الجهة القضائية الهندية هي الأكثر ملائمة للفصل في النزاع وأن لضحايا الكارثة الناتجة عن المصنع مطلق الحق في التعويض عن الضرر ولكن أمام القضاء الهندي، كما أضاف في رده عن الحجج المقدمة من المدعين بأنه ليس من صلاحية القضاء الأجنبي بحث مسائل تنظيم القوانين الهندية وحماية مواطنيها في مثل هذا النوع من المنازعات، وعلى هذا الأساس قضت محكمة "نيويورك" في قضية الحال بعدم اختصاصها للفصل في النزاع وذهبت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، وعليه تخلت عن اختصاصها لفائدة المحكمة الهندية، وسببت حكمها عن طريق مجموعة من الحجج التي تتمثل في:

<sup>1</sup> - Joseph L. Sax, Op.cit, p 415.

<sup>2</sup> - Ibid, p 416.

- أن القضاء الهندي يعتبر مختص بنظر النزاع في قضية " بوبال" (Bohpal)
- المحكمة المختصة إقليميا في الهند بالبت في قضية « بوبال" (Bohpal) هي الأكثر ملائمة لنظر النزاع لدى قريها منه من الناحية الإدارية وخاصة في المسائل المرتبطة بشهادة الشهود، «Bhopal est un endroit convenable au procès du point de vue administratif parce que presque tous les témoins et témoignages y'sont réunis »
- تعود المسؤولية للجهات القضائية الهندية لتحديد حقوق المتضررين من الحادث.
- أن مهمة تطوير النظام القضائي للنظر في المسائل المرتبطة بعقود التكنولوجيا ومخاطرها يكون على عاتق الدولة الهندية لكونها تبنت بالأساس مثل هذا النوع من المشاريع II ... »  
incombe a l'Inde de développer un système de droit qui convient au  
niveau de technologie dont elle a permis l'entrée...<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: نظرية المحكمة الغير ملائمة حسب الأنظمة القانونية الأخرى

على خلاف النظام القضائي الأنجلوسكسوني، تعتبر نظرية المحكمة الغير ملائمة لدى الأنظمة القانونية اللاتينية مجهولة نسبيا، حيث تعد من وجهة نظر هذه الأنظمة أن نظرية المحكمة الغير ملائمة لا توفر " الأمن القانوني" من ناحية، كما لا تعتمد الأنظمة القانونية اللاتينية من ناحية أخرى على فكرة " التوقع " أو " اليقين " عند نظر الجهة القضائية المختصة للنزاع، حيث تم نقد هذه النظرية من طرف الفقه اللاتيني لتأثيرها بشكل أو بآخر على حقوق التقاضي والحق المكرس لكل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي<sup>2</sup>.

كما تم نقد هذه النظرية أيضا من زاوية أخرى لكونها قائمة بالأساس على السلطة التقديرية للقاضي المعروض أمامه النزاع والتي قد لا تتماشى مع المصالح الخاصة للأطراف، كما يرى البعض أن نظرية المحكمة الغير ملائمة يمكن أن تؤدي إلى ظهور بعض حالات إنكار العدالة لما تعلن المحكمة المعروض أمامها النزاع عدم اختصاصها، لأن الجهة القضائية الأجنبية أكثر ملائمة للفصل في الخصومة، إلا أن هذه الأخيرة قد تقضي بعد ذلك بعدم اختصاصها، النظام القضائي الأمريكي عند تطبيقه لنظرية المحكمة الغير ملائمة لا يشترط بالضرورة اختصاص الجهة القضائية الأخرى التي يقدر فقط بأنها أكثر

<sup>1</sup> - Joseph L. Sax, Op.cit, p 418.

<sup>2</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1062.

ملائمة منها، فالدور التي تلعبه المحاكم الأمريكية تقديري و لا يرقى إلى البحث في مسألة اختصاص نظيرتها الأجنبية.<sup>1</sup>

فبالرجوع إلى فكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة، فنجد أن نشأتها كانت لدى الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، إلا أن ذلك لم يمنع من انتشار هذه النظرية وأخذها لصدى واسع خاصة في القارة الأوروبية، ورغم أن هذا التطور الكبير قد مس العديد من الدول في العالم إلا أن الأنظمة القضائية المقارنة لازالت متحفظة بشأنها<sup>2</sup> و اكتفت بإعمالها في نوع معين من المنازعات و هذا ما تبنته اتفاقية بروكسل، حيث ذهبت إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة إلا في المنازعات المرتبطة بالمسؤوليات الأبوية<sup>3</sup>، كما لم يتوانى أيضا مشروع اتفاقية مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في الأخذ بهذه النظرية (الفرع الأول)، أما على الصعيد العربي وكما وكبة للتطور الحاصل في فقه القانون الدولي الخاص، استجاب من خلاله القضاء المصري عن طريق محكمة النقض في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 2014/03/24 منتصرا بذلك للتوجه الفقهي الحديث<sup>4</sup> الذي يقوده الدكتور هشام علي صادق، والمناادي بالتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حال وجود محكمة أجنبية أكثر ملائمة لنظر النزاع ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية المحكمة الغير ملائمة

لم تبقى نظرية المحكمة الغير ملائمة حبيسة النظام القضائي الأنجلوسكسوني فقط، فقد حاولت عدة أنظمة قانونية أخرى و معاهدات دولية التطرق إليها ، إلا أن مسألة تطبيقها تختلف من اتفاقية إلى أخرى فبعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية بروكسل (أولا) طبقها بشكل استثنائي يقتصر على المنازعات المرتبطة بالمسائل الأبوية، أما مشروع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص (ثانيا) فقد حاول إجراء بعض التعديلات على هذه النظرية في سبيل تطويرها.

### أولا: التطبيق الاستثنائي لنظرية المحكمة الغير ملائمة في رحاب اتفاقية بروكسل

2003

<sup>1</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1061.

<sup>3</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 16.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 26.

بعد أن رفضت في وقت سابق محكمة العدل الأوروبية (Cour de Justice des Communautés Européennes)، الأخذ بالعديد من الإجراءات ذات المرجعية الأنجلوسكسونية لم تتوانى مرة أخرى في رفض أكثر النظريات شهرة، ألا وهي فكرة نظرية المحكمة الغير ملائمة<sup>1</sup>، من خلال حكمها الصادر بتاريخ 01 مارس 2005 في القضية الشهيرة (Owusu c/ N.B Jackson)<sup>2</sup>، وتتلخص وقائع هذه القضية لتعرض شخص يحمل الجنسية الإنجليزية إلى شلل إثر حادث في البحر أثناء قضاء عطلة في فندق بدولة "جمايكا"، وعلى هذا الأساس باشر المتضرر السيد "Owusu" دعوى قضائية أمام الجهات القضائية الإنجليزية، طالب من خلالها التعويض عن الضرر ضد المدعو "Jackson" علما أنه هو أيضا مقيم بإنجلترا، وضد القائمين على تسيير المنتج السياحي، كما تجدر الإشارة بأنه يجمع بين المدعي والمدعى عليه (Jackson) عقدا يتضمن تنظيم جولة سياحية "بجمايكا"، حيث أشار المدعى المرفوعة إلى التقصير الحاصل من قبل المدعى عليه في توفير شاطئ مضمون وخال من أي "مخاطر خفية"، وتماشيا مع ما تم ذكره دفع المدعى عليهم بتطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة ومنه تخلي محكمة "شيفيلد" (Sheffield) الإنجليزية عن اختصاصها لفائدة نظيرتها الجامايكية لكونها الأكثر ملائمة والأقدر على الفصل في النزاع طالما أن الحادث وقع فوق إقليمها وهي بذلك الأقرب للبت في فيه، وفي مقام موالي رفضت الجهة القضائية البريطانية الدفع المثار من قبل المدعى عليهم مؤسسة حكمها بذلك توطن المدعى عليه بالإقليم الإنجليزي ولاعتباره ضابط كافي لعقد الاختصاص للجهات الإنجليزية، وذهبت إلى إعمال نص المادة 02 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية.<sup>3</sup>

واستنادا إلى ما سبق، وبعد استئناف الحكم الابتدائي أصدرت محكمة الاستئناف الإنجليزية حكم يقضي برفض التخلي عن الاختصاص لفائدة المحاكم الجامايكية وعليه قامت بإحالة النزاع أمام محكمة العدل الأوروبية لكون الأمر يتعلق بمسألة أولية التي تدخل ضمن صلاحية الجهات القضائية للدول أعضاء الإتحاد الأوروبي التي تعود لهم ولاية النظر في النزاع في أن يحيلوا الاختصاص لمحكمة أجنبية، وذلك حسب قانونها المحلي طالما أنها أكثر ملائمة للفصل في النزاع، إلا أن محكمة العدل الأوروبية رفضت بدورها تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة كونها لا تتماشى ومتطلبات اتفاقية بروكسل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - Laurent Martinet, Ozan Akyurek, Op.cit, p 08.

<sup>2</sup> - CJCE, 1er Mars 2005, Owusu c. Jackson, aff. C-281/02. Disponible sur le site d'internet <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-281/02>, consulté le 15/03/2022.

<sup>3</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص ص 1109-1110.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 1110.

ويرجع رفض محكمة العدل الأوروبية لتطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة في قضية الحال إلى

سببين رئيسيين وهما:

• القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي المعتمدة حسب اتفاقية بروكسل هي قواعد أمرّة و بالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لاعتبارها من النظام العام في التشريع الأوروبي المعمول به.

• إن اتفاقية بروكسل مطالبة بضمان حماية " مبدأ الأمن القانوني"<sup>1</sup> وعليه فإن إعمال نظرية المحكمة الغير ملائمة لا يتماشى مع توجه الاتفاقية من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه في حال تطبيق هذه النظرية سوف يؤدي إلى فرضية « عدم توقع قواعد الاختصاص القضائي الدولي »، وهذا ما لا يتماشى مع اعتبارات العدالة، خاصة من ناحية البطء في نظر الدعوى وتعطيل مصلحة الأطراف.<sup>2</sup>

محكمة العدل الأوروبية خلصت في قضية الحال بعدم جواز تطبيق هذه النظرية كونها لا تتناسب مع نصوص تشريع بروكسل خاصة من ناحية توحيد قواعد الاختصاص بين الدول الأعضاء.<sup>3</sup>

استنادا إلى ما سبق وبعد حكم محكمة العدل الأوروبية في قضية ( Owusu c/ N.B Jackson )، كان فقه القانون الدولي الخاص الأوروبي يرى بأن المحكمة الأوروبية قد صدت الباب الأخير لقبول نظرية المحكمة الغير ملائمة في رحاب نظام القانون الدولي الخاص المعمول به في أوروبا، إلا أنه وفي المقابل و من غير المتوقع خرجت اتفاقية بروكسل لسنة 2003 لتشير بشكل غير مباشر إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة<sup>4</sup>، لتتبعها في ذلك اتفاقية روما (ROMA VI) من خلال المادة 06 والتي طبقت من خلالها نظرية المحكمة الغير ملائمة في المسائل المتعلقة بالتركة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - « ... Deux raisons sont avancées par la cour de justice des Communautés Européennes pour rejeter l'introduction de la théorie du Forum non Conveniens : i) d'une part, les chefs des compétences énuméré par la convention de Bruxelles ont un caractère impératif auxquels il ne saurait être déroger ; ii) d'autre par ladite convention doit assurer le principe de la sécurité juridique et de la prévisibilité que sont en droit d'attendre des justiciables... » en ce sens, Laurent Martinet, Ozan Akyurek, Op.cit, p 08.

<sup>2</sup> - أنظر ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1114.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - Laurent Martinet, Ozan Akyurek, Op.cit, p p 08-09.

<sup>5</sup> - Caroline COHEN, les normes permissives en droit international privé (étude critique), thèse de doctorat, université Panthéon Assas, 2015, p 180.



أجازت اتفاقية بروكسل لسنة 2003<sup>1</sup> و المعدلة لاتفاقية 2000/1347 من خلال نص المادة 15 منها و بشكل استثنائي، ( a titre exceptionnel )، تخلي الجهة القضائية لدولة عضو في الاتفاقية والمختصة بنظر النزاع إلى محاكم الدولة الأخرى إذا ما قدرت بأن محاكمها أكثر ملائمة وقدرة على نظر النزاع، إلا أن عملية التخلي عن الاختصاص هنا ولصحة الإحالة اشترطت اتفاقية بروكسل بأنها تخص فقط النزاعات التي تنشأ عن المسائل الأبوية والتي تكون لمصلحة الطفل وأن محاكم الدولة المتخلى لفائدتها يستوجب أن تكون من بين الدول الأعضاء.<sup>2</sup>

المادة 15 من اتفاقية بروكسل 2000/1347 اشترطت مجموعة من الشروط لكي تتحقق عملية التخلي عن الاختصاص من طرف القاضي الذي تقع في دائرة اختصاصه مقر الإقامة المعتادة للطفل (La résidence habituelle de l'enfant)، لفائدة المحكمة الأخرى الأكثر ملائمة و تمركزا لنظر النزاع، و تتمثل هذه الشروط أولا على ضرورة توفر "رابط خاص" (Lien Particulier)، بين الطفل و الدولة العضو التي سوف يتم التخلي عن الاختصاص و إحالة النزاع لصالحها، و من ناحية ثانية يستوجب على محاكم الدولة التي سوف تنظر النزاع يجب أن تكون أكثر ملائمة للفصل في النزاعات المتعلقة بالمسائل الأبوية، و أخيرا فإن مسألة تقدير الاختصاص ونظر النزاع من قبل هاته المحاكم يجب أن تكون لفائدة المصلحة العليا للطفل، كما تجدر الإشارة بأنه وفي حال الإخلال بشرط من هذه الشروط المذكورة في الفقرة الثالثة المادة 15 سوف يؤدي إلى بطلان إجراء التخلي عن الاختصاص<sup>3</sup>، « ces trois conditions de l'article 15§ 3 sont cumulative, la défaillance d'une seule d'entre elles faisant échouer le renvoi »

وتماشيا مع ذكره في إجراءات التخلي المعمول بها، نجد أن تشريع بروكسل اشترط أيضا أن يقوم طرف الخصومة بالدفع بالتخلي عن الاختصاص أو أن يتخلى القاضي المختص من تلقاء نفسه لصالح

<sup>1</sup> - Règlement (CE) N° 2201/2003 du conseil du 27 Novembre 2003, relatif a la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parental abrogent le règlement (CE) n° 1347/2000.

<sup>2</sup> - Art 15 du règlement (CE) N° 2201/2003 : « Renvoi a une juridiction mieux placée pour reconnaître de l'affaire ... 1) a titre d'exception, les juridictions d'un état membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre état membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant ... »

<sup>3</sup> - Gallant Estelle, Le *forum non conveniens* de l'article 15 du règlement Bruxelles II *bis*. Cour de justice de l'Union européenne (3<sup>e</sup> ch.), 27 octobre 2016, aff. C-428/15, *RCDI*, vol. 3, no. 3, 2017, p 468. Article disponible en ligne sur le site d'internet : <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2017-3-page-464.htm>.



المحكمة التي تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 15 من نفس التشريع، كما أضافت الاتفاقية بأن للمحكمة المستفيدة من إجراء التخلي أن تقدم طلبا للمحكمة صاحبة الاختصاص الأصلي بالبت في الخصومة بوجوب تخليها عن النزاع لفائدتها ولكي تمكنها من استكمال نظر الدعوى.<sup>1</sup>

واستخلاصا لما سلف، ورغم رفض محكمة العدل الأوروبية في عدت مرات النظريات الأنجلوسكسونية إلا أن هذه المرة كان للمشروع الأوروبي بروكسل رأي آخر حيث تم قبول نظرية المحكمة الغير ملائمة بشكل مقيد على عكس ما هو معمول به في دول الأنجلوسكسونية التي تعطي حرية أكبر للقاضي.<sup>2</sup>

ثانيا: دور مشروع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في تنقيح نظرية المحكمة الغير

#### ملائمة

تناول مشروع اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتضمنة " الاختصاص القضائي و الأحكام الأجنبية في المسائل التجارية نظرية المحكمة الغير ملائمة من خلال الفقرة (1)، (2)، (3)، (4) من نص المادة 22، حيث تضمنت تقريبا نفس المعايير التي اعتمدها الجهات القضائية الانجليزية في الدعوى التي رفعت أمام محكمها في وقت سابق و المعروفة بقضية " سبيلادا" (Spiliada)، والتي عرفت تحديد مجموعة من المعايير لكي يتسنى تقدير مدى ملائمة المحكمة لنظر النزاع، يجب على المحكمة المختصة بنظر النزاع، ولكي تقدر مدى ملائمة المحكمة الأخرى يجب عليها أن تأخذ بعين الاعتبار توفر مجموع المعايير التالية والتي وردت في الفقرة الثانية (2) من المادة 22 :

- الأعباء التي تثقل كاهل أطراف الدعوى، مع الأخذ بعين الاعتبار مقر إقامتهم.
- طبيعة ومكان تواجد كافة وسائل الإثبات من وثائق والشهود، مع الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات المعمول بها في سبيل الحصول عليها.
- الأجال القانونية للتقدم.
- مدى إمكانية الحصول على الاعتراف وتنفيذ الأحكام في الموضوع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مشار إليه حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> - Laurent Martinet, Ozan Akyurek, Op.cit, p 09.

<sup>3</sup> - أنظر ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1116-1117.

وفي مقام موالي، وفي سبيل تطوير نظرية المحكمة الغير ملائمة عمل مشروع اتفاقية لاهاي على تفادي بعض النقائص و العيوب التي مست كل من نظرية التخلي عن الاختصاص لوجود محكمة أكثر ملائمة، والتخلي في حال قيام ذات النزاع خاصة في ما يتعلق " بمعيار الأسبقية الزمنية، من خلال عدم جعل هذا المعيار ملزما للجهة القضائية التي تعود لها ولاية النزاع ثانيا، بل أجازت لهذه الأخيرة مسألة فحص وتقدير مدى ملائمة المحكمة عن طريق تحديد مدى قرب هذه المحكمة من مقر إقامة الأطراف، مكان وجود المال المتنازع عليه، وكل ما يتعلق بوسائل الإثبات<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق ولتفادي حالات إنكار العدالة<sup>2</sup> التي تظهر حين يتخلى القاضي لفائدة جهة قضائية أجنبية أخرى عن اختصاصه ثم يتبين عدم ولاية هذه الأخيرة بنظر النزاع، وعليه و لتفادي هذا النوع من المسائل عمد مشروع اتفاقية لاهاي إلى تلافي العيوب الناشئة عن معيار الأسبقية الزمنية المعمول به وفق التشريع الأوروبي " بروكسل" في النزول عن الاختصاص القضائي الدولي، ومنح بذلك القاضي المتخلي نوع من السلطة التقديرية لبحث مسألة الملائمة قبل أن يصدر حكمه (بالتخلي عن الاختصاص)<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: موقف محكمة النقض المصرية من نظرية المحكمة الغير ملائمة

استجابة منها للتطور الفقهي الحاصل في مسائل تنازع الاختصاص القضائي الدولي على الصعيد الدولي، لم تتوانى محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 2014/03/24، في التأكيد على حق الجهات القضائية المصرية في التخلي عن اختصاصها القضائي الدولي، تكريسا بذلك لفكرة التعاون القضائي الدولي بعيدا عن الاتفاقيات الدولية التي قد تنظم هذا النوع من المسائل على شكل نصوص بين دولتين أو أكثر<sup>4</sup>، بل أن محكمة النقض المصرية وعلى عكس ما استقر عليه الفقه التقليدي والقضاء في السابق من عدم جواز تخلي المحاكم المصرية عن نظر النزاع لفائدة الجهات القضائية الأجنبية متأثرين في ذلك بفكرة السيادة الإقليمية، ولعل قبول محكمة النقض المصرية لفكرة التخلي عن الاختصاص في حالات معينة ما هو إلا استجابة للضغط الفقهي الحديث الحاصل منذ ستينيات القرن الماضي والذي يقوده الدكتور "هشام علي صادق" حيث ناد بضرورة تبني اتجاه جديد مفاده تخلي القاضي المصري عن

<sup>1</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 473.

<sup>3</sup> - أنظر حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 15.

<sup>4</sup> - مشار إليه هشام علي صادق، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية،

المرجع السابق، ص 26.

النزاع، إذا ما وجدت محكمة أجنبية أكثر ملائمة للفصل فيه وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه<sup>1</sup>، المحكمة العليا المصرية بقرارها هذا تناولت عدة مسائل مهمة ترتبط بفكرة التخلي عن الاختصاص القضائي، حيث ورد في مستهل حكمها التمهيد لقبول التخلي عن الاختصاص، ثم حددت شروط "تطبيق آثار اتفاق الخضوع الاختياري لمحكمة دولة أجنبية"، إلا أنه وفي الأخير حكمت بأن محكمة "جيرسي" أكثر ملائمة للفصل في النزاع، وهذا ما جعل الفقه المصري يطرح عدة تساؤلات أهمها، هل محكمة النقض المصرية فصلت في مسألة التخلي عن الاختصاص تطبيقاً بذلك لنظرية المحكمة الغير ملائمة؟<sup>2</sup>

وتعود وقائع القضية إلى قيام السيد "شارل حنا شوفاتي" حامل للجنسية المصرية والمقيم فيها، نيابة عن شقيقته السيدة "جاكلين حنا شوفاتي" المقيمة هي أيضا بمصر و تحمل جنسيتها، بعقد اتفاق مع بنك أمريكي "مورغن تشيس" (JPMorgan chase Bank)، يخول بموجبه للشقيقتين الاستثمار الآجل في العملات الأجنبية بمبلغ يقدر بمائتي مليون دولار أمريكي عبر فرع البنك المتواجد بجزيرة "جيرسي" التابعة للمملكة المتحدة والتي تعد جنة ضريبية بالنسبة لرجال الأعمال والمستثمرين، وكذلك من خلال الغرفة التجارية للبنك المذكور أعلاه المتواجدة بمدينة "نيويورك" الأمريكية من جهة وغرفته التجارية الكائنة بدولة سنغافورة من جهة أخرى، حيث أبرم البنك الأمريكي والشقيقتين "شارل و جاكلين" عقد يقضي باتفاق الخضوع اختياريًا لمحكمة "جيرسي" في حالة قيام نزاع في ما يتعلق بتنفيذ العقد، أوكل ما يتعلق بالعمليات المصرفية التي يستلزمها تنفيذ العقد بين الأطراف.<sup>3</sup>

وبمرور مدة من الزمن، وأثناء تنفيذ العقد وبعد فترة من التداول على العملات الأجنبية والتي حقق من خلالها الأطراف نسبة معتبرة من الأرباح، ثار خلاف بين الشقيقتين مما جعل البنك يفسخ التعاقد معهما، حيث بادر البنك برد مبلغ قيمته مليون و ستمائة ألف دولار إلى الشقيق السيد "شارل"، وهذا ما دفع شقيقته "جاكلين" لرفع دعوى قضائية "دعوى موضوعية أصلية" أمام محكمة "القاهرة الاقتصادية المصرية"، حيث رفعتها على كل من البنك الأمريكي من جهة وشقيقها من جهة أخرى مطالبة في ذلك بإلزامهما بالتضامن لرد المبالغ المذكورة في عريضة الدعوى والتي تشمل كافة الأرباح المصرفية التي قام بها شقيقها عندما تم توكيله من طرفها و بالإضافة إلى فوائد العمليات البنكية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 459-460.

<sup>2</sup>- راجع أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 462.

<sup>3</sup>- مشار إليه هشام علي صادق، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه، ص 28.

تماشيا مع تم ذكره، قام شقيق المدعية السيد " شارل " بطلب عارض أمام محكمة القاهرة الاقتصادية التي رفعت أمامها الدعوى الأصلية، يلتمس من خلاله الحكم على المدعى عليه " البنك الأمريكي " « بما عسى أن يقضي به عليه في الدعوى الأصلية» ، كما قام السيد " شارل " أيضا بتوجيه دعوى فرعية ضد البنك مطالبا بنصيبه من الأرباح المترتبة على العمليات المصرفية، وبذلك بعد أن تم خصم تلك المبالغ من حسابه.<sup>1</sup>

إلا أنه وتحديدا بتاريخ 11/07/2010 قضت محكمة القاهرة الاقتصادية بعدم اختصاص الجهات القضائية المصرية و بالتالي عدم نظر كل من " الدعوى الأصلية " الفرعية " و " دعوى الضمان "، وأسست المحكمة المصرية عدم اختصاصها بنظر هذه الدعاوى لمجموعة من الأسباب أهمها:

- بالنسبة للدعوى الأصلية: عدم توفر البنك الأمريكي على فرع أو وكيل بدولة مصر و بالتالي لا يخول له ممارسة أي نشاط مصرفي أو تجاري، كما ذكر في الاتفاق الحاصل بين أطراف النزاع بموجب العقد المبرم بين الشقيقين و البنك على الخضوع لمحكمة جزيرة " جيرسي " في كافة المسائل المتعلقة بالعقد و تنفيذه، و هذا ما يجعل المحكمة المصرية غير مختصة بنظر النزاع القائم.

- بالنسبة لدعوى الضمان: المرفوعة من قبل شقيق المدعية " السيد شارل " في الدعوى الأصلية على البنك الأمريكي بصفته مدعى عليه و بالإضافة أيضا للدعوى الفرعية المقامة ضد البنك أمام محكمة القاهرة الاقتصادية التي قضت بدورها بعدم اختصاصها لكون " الارتباط المتوفر بينهما و بين الدعوى الأصلية يجعل نظرها للمحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية " و التي هي محكمة جزيرة " جيرسي " .<sup>2</sup>

وبعد صدور الحكم القاضي بعدم اختصاص محكمة القاهرة الاقتصادية، تم بتاريخ 07/09/2010 الطعن بالنقض بموجب طعنين، الأول مقدم من السيدة " جاكلين " ضد السيد " شارل و البنك الأمريكي "، و الطعن الثاني من طرف السيد " شارل " ضد كل من السيدة " جاكلين و البنك "، ومن هذا المنطلق قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 24/03/2014، بقبول الطعنين شكلا ورفضهما في الموضوع، حيث ارتكز الطعنين المقدمين إلى سببين رئيسيين يمثل الأول في الخطأ في تطبيق القانون من حيث عدم اختصاص

<sup>1</sup> - مشار إليه ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1089.

<sup>2</sup> - مشار إليه هشام علي صادق ، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق،

المحكمة الاقتصادية بنظر النزاع لعدم وجود فرع أو وكيل للبنك المدعى عليه في مصر، إلا أن هذا الأخير تم تبليغه قانوناً أمام مكتب تمثيله بمصر وعليه يعد بمثابة الموطن له، مما يعيب الحكم ويتطلب نقضه، أما السبب الثاني لاعتبار أن شقيق المدعية ( السيد ) شارل بصفته مدعى عليه ليس خصماً حقيقياً في الدعوى رغم إقامته في مصر وأن مسألة اختصاصه كان الغاية منها جلب الاختصاص للجهات القضائية المصرية.<sup>1</sup>

ومن هذا المنطلق ورغم ثبوت ولاية المحكمة المصرية بنظر الدعاوى الثلاث " الدعوى " الأصلية، "الدعوى الفرعية، ودعوى الضمان" لم يشكل أي عائق أمام محكمة النقض المصرية بالرفض الطعنين من حيث الموضوع لخطأ في تطبيق القانون لما حكمت المحكمة الاقتصادية بالقاهرة بعدم اختصاصها لنظر النزاع وذهبت إلى تأييده، حيث كان رفض محكمة النقض حسب الفقه المصري لأسباب حديثة مفادها " حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه"، حيث رأت المحكمة العليا المصرية " أن ثبوت الاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية المصرية بالفصل في تلك الدعاوى المطروحة، لا يمنع هذه المحاكم الوطنية من التخلي عن اختصاصها القضائي الدولي لفائدة المحاكم الأجنبية، من ناحية أولى لاتفاق الأطراف بالخضوع اختيارياً للخضوع للقضاء الأجنبي، ومن ناحية ثانية وهي الأهم « لكون تلك المحاكم الأجنبية أكثر ملائمة للفصل في النزاع وأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنه »<sup>2</sup>، كما يضيف الدكتور هشام علي صادق في تعليقه عن هذا الحكم بأن توجه محكمة النقض المصرية في تعليقها عن صحة اختصاص " محكمة جزيرة جيرسي " بأن المعيار المعتمد في تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة هو معيار " موضوعي مستقل " و يمكن اعتباره كضمان لاعتبارات حسن سير العدالة، و بالإضافة لعدم توفر أي رابطة جدية أو وثيقة بين النزاع المطروح و الإقليم المصري.<sup>3</sup>

يرى الفقه المصري بأن حكم محكمة النقض المصرية في قضية الحال يتقارب بشكل كبير مع موقف القضاء الأمريكي، حيث يقدر هذا الأخير بأن الخضوع الاختياري لجهات القضائية للدولة الأجنبية لا يعتبر بمثابة ذلك السبب الرئيسي للتخلي عن الاختصاص لفائدة هذه المحكمة، بل أن هذا التقدير يدخل ضمن نطاق أحد عناصر "الملائمة الموضوعية"، والمتعلقة بأحد العناصر الأخرى المهمة والتي تتمثل في " الارتباط الوثيق " بين النزاع ومحاكم الدولة، مما سوف يجعل القاضي يقتنع و يقدر بأن تلك الجهة

<sup>1</sup> - مشار إليه هشام علي صادق، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 34-35.

<sup>3</sup> - ياسين الشاذلي، المرجع السابق، ص 1100، راجع أيضاً حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 28.

القضائية هي الأكثر ملائمة و بالتالي يتخلى عن اختصاصه لفائدتها، و هذا ما قدرته محكمة النقض المصرية<sup>1</sup>.

وفي رأينا الشخصي، "نثني على موقف محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 2014/03/24 والتي ذهبت من خلاله إلى تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة، وإجازة تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها في حال توفر جهة قضائية أجنبية أقدر وأكثر ملائمة لنظر النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم موقف المحكمة العليا المصرية من نظرية التخلي إلى مسألتين مهمتين:

• فمن الناحية الأولى: حماية منها على اعتبارات السيادة الإقليمية والنظام العام للدولة المصرية، بسطت مراقبتها على القاضي ولم تمنح له "السلطة المطلقة" في تقدير مسألة التخلي عن الاختصاص، بل ذهبت إلى إدراج مجموعة من الشروط الرئيسة التي تتمثل في ضرورة (توفر الصفة الدولية للنزاع، انتفاء الرابطة الوثيقة بين النزاع والإقليم المصري، الرابطة الجدية بين النزاع و محاكم الدولة الأجنبية، اعتراف القانون الأجنبي باختصاص محاكمه تفاديا بذلك لحالات إنكار العدالة)<sup>2</sup>.

• أما من الناحية الثانية: استجابة محكمة النقض المصري لضرورة التعاون القضائي الدولي ولإدراك حسن سير العدالة، وضمان تنفيذ مثل هذا النوع من الأحكام على الصعيد الدولي<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق، نرى بأنه ليس هنالك ما يمنع الجهات القضائية الجزائرية من تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة وبالتالي التخلي عن اختصاصها إذا ما توفرت محكمة أجنبية أخرى أكثر ملائمة للبت في النزاع وكفالة تنفيذ الحكم الصادر عنها، أسوة بذلك للتوجه الحديث للنظام القانوني المصري، وبالتالي تحرر القاضي الوطني وقبول التنازل عن اختصاصه القضائي لفائدة محكمة أجنبية أقدر وأكثر ملائمة، خاصة إذا لم يشكل النزاع أي مساس بالسيادة الوطنية والنظام العام في الدولة<sup>4</sup>، ففي تطبيق نظرية المحكمة الغير ملائمة سيؤدي من دون شك إلى تحقيق اعتبارات العدالة وحماية مصالح أطراف الدعوى

<sup>1</sup> - أنظر حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> - سماح هادي محمد، التنازل عن الاختصاص القضائي الدولي (دراسة تطبيقية في القضاء العربي)، مجلة رسالة الحقوق، ع03، 2012، ص 389.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 84.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الموجود فرغلي، المرجع السابق، 510.

من خلال تفادي تضارب الأحكام على الصعيد الدولي والاقتصاد في الإجراءات وتقليل النفقات، وخاصة مواكبة للتطور الذي عرفه القانون الدولي الخاص في مجال الاختصاص القضائي الدولي بغض النظر عن الاتفاقيات الدولية الثنائية منها أو الجماعية التي تنظم هذا النوع من المسائل.

# الباب الثاني

الاعتبارات القائمة على حاجة المعاملات  
الدولية



## الباب الثاني: الاعتبارات القائمة على حاجة المعاملات الدولية

يمكن أن يلعب التعاون القضائي الدولي دورا مهما في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي خاصة، في ما يتعلق بتحديد ولاية محكمة معينة للنظر في منازعة ذات طابع دولي خاص، وعليه فغالما أن النزاع ذو الطابع الدولي والعاير للحدود الوطنية يمتد ليشمل اختصاص أكثر من جهة قضائية واحدة فإنه من الضروري أن تلتزم كل دولة بتسهيل الفكرة القائمة على أساس حاجة المعاملات الدولية وأن تلي بذلك هدف من أهداف القانون الدولي الخاص، وذلك أن المسألة تندرج ضمن نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الخصومة المدنية الدولية.

وتتجلى الاعتبارات القائمة على أساس حاجة المعاملات الدولية لما يتدخل قضاء الدولة بصفة استعجالية لتحقيق حماية قضائية من شأنها أن تكون سريعة ووقتية وبغية الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع، حيث تتدخل الجهات القضائية للدولة من خلال إصدار تدابير وقتية وتحفظية مع وجوب عدم مساسها بأصل الحق تفاديا بذلك الإجراءات البطيئة المترتبة عن القضاء العادي، كما قد تتحقق هذه الاعتبارات من خلال الإنابة القضائية بوصفها أحد أبر صور التعاون القضائي الدولي عبر القيام بإجراءات التحقيق أو الإثبات أو جمع الأدلة الضرورية من أجل الفصل في الدعوى، وجدير بالإشارة أن التعاون القضائي الدولي ساهم بشكل كبير في محاربة الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي، من خلال التعاون القائم بين الأجهزة القضائية للدول المختلفة بين بعضها البعض، والذي ينبغي إبرازه أيضا أن هذا التعاون ساهم بشكل كبير في منع إنكار العدالة، عبر استحداث ضابط استثنائي مبني على أساس محكمة الضرورة.

ويهدف الإحاطة بالجوانب القانونية التي يحتويها هذا الموضوع في نطاق القانون الدولي الخاص وما يرتبه من آثار في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ارتأينا معالجة هذا الباب وفق فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة الاعتبارات التي يفرضها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة و التعايش المشترك بين النظم القانونية، وسنخصص الفصل الثاني لدراسة تأثير مبدأ التعاون القضائي الدولي في تحقيق العدالة.

## الفصل الأول: الاعتبارات التي يفرضها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة والتعاضد المشترك بين النظم القانونية

تذهب أغلب التشريعات المقارنة إلى القول بضرورة توفر جهات قضائية مختصة لنظر المنازعات ذات الطابع الاستعجالي، والتي لا ينفع فيها اللجوء إلى القضاء الموضوعي وإجراءاته العادية التي تتطلب وقتاً طويلاً، وعلى هذا الأساس حرصت معظم الأنظمة القانونية للدول على التوفيق بين اعتبارات حسن سير العدالة وما تقتضيه من التمهّل للبت في الدعوى وإصدار الحكم بشأنها، وهذا ما قد يسبب ضرراً للخصوم بسبب تأخير الفصل فيها خاصة لما تعرفه الجهات القضائية من عدد هائل للقضايا المعروضة أمامها، ولهذا السبب ارتأت التشريعات المقارنة ومن بينها المشرع الجزائري إلى حتمية استحداث القضاء المستعجل الذي يمنح حماية مؤقتة للحق إلى غاية الفصل في النزاع من طرف المحكمة المختصة وخاصة لما يتعلق الأمر بمنازعة مندرجة ضمن نطاق العلاقات الخاصة الدولية التي تحتوي على عنصر أجنبي.<sup>1</sup>

والذي نلفت النظر إليه أن النظم القانونية المقارنة قد قطعت شوطاً كبيراً في ميدان العلاقات الخاصة الدولية من خلال تحقيق العدالة لأطراف النزاع، ولعل من أبرز هذه الغايات هو الإنابة القضائية الدولية التي تشكل أحد أهم صور التعاون الدولي التي تتم على صعيد الاختصاص القضائي الدولي، فهي تشكل تعاوناً في ميدان الإجراءات المدنية والتجارية الدولية بين مختلف الأجهزة القضائية للدول والذي ينتج عنه تمكين الخصوم للاستفادة من ثمرة هذا التعاون الناتج بين الدولة المناوبة والدولة المنيبة، وتجدر الإشارة بأن الإنابة التي نعني بدراستها هنا هي تلك التي تظهر في ميدان الإجراءات المدنية والتجارية الدولية والتي تكون قاصرة على الإجراء المراد اتخاذه بمناسبة علاقة من علاقات الأفراد الخاصة الدولية.<sup>2</sup>

ولدراسة هذا الموضوع دراسة تفصيلية، ارتأينا معالجة هذا الفصل من خلال مبحثين رئيسيين خصصنا الأول لدراسة الإجراءات الوقتية والتحفظية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، في حين خصصنا الثاني لدراسة الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

<sup>1</sup> - مصلح أحمد الطراونة، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مج 15، ع 04، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2000، ص 224.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 8 ومبعدها.

## المبحث الأول: الإجراءات الوقتية و التحفظية كضابط للاختصاص القضائي الدولي

تكمن الفكرة الرئيسية في الاختصاص بمثل هذا النوع من الإجراءات بالأساس في الاعتماد على طابع السرعة في تحقيق العدالة، فالغاية منها الحفاظ على حقوق معينة تخص أطراف النزاع والتي تلزم محاكم الدولة المختصة بهذه المسائل اتخاذ كافة التدابير الضرورية لوقف الاعتداء على هذه الحقوق<sup>1</sup>، حيث في حال تراخي أو رفض الجهات القضائية الاختصاص بنظرها سوف يؤدي إلى ضياع مصالح الأفراد وإهدار اعتبارات العدالة<sup>2</sup>، وتماشيا مع ما تم ذكره فإن الاعتماد على الطرق العادية في سير الإجراءات القضائية من شأنه أن يستغرق وقت أطولا و هذا ما لا يلي متطلبات الخصوم من ناحية، خاصة ما تفرضه طبيعة المنازعات الدولية الخاصة التي تتميز بطابع السرعة و تجاوز الحدود الوطنية لتشمل بذلك أكثر من قضاء لدولة واحدة، ومن ناحية أخرى تزايد فرضيات ضياع أدلة الإثبات المرتبطة بالدعوى أو فرضية تعديلها و "تحريفها" من قبل أحد الأطراف أو قيام المدين بإخفاء أمواله المتنازع فيها، حيث يرى الفقه بأن هذا النوع من الممارسات من شأنه أن يطيل أمد النزاع ويعطل مصالح الأطراف في تحصيل حقوقهم و مستحقاتهم، و عليه سعت أغلب الأنظمة القانونية المقارنة إلى اتخاذ كافة التدابير الوقتية و التحفظية في مثل هذا النوع من المنازعات لضمان حسن سير العدالة من جهة و تكريس فكرة التعاون القضائي الدولي بين مختلف الجهات القضائية الدولية.<sup>3</sup>

وعلى هذا الأساس يعود الاختصاص لمحكمة كل دولة بمثل هذه المسائل المستعجلة والمتضمنة كافة التدابير الوقتية و التحفظية، رغم أنها لا تعود لها ولاية نظر الدعوى الأصلية<sup>4</sup>، ويرى فقه القانون الدولي الخاص بأن الغاية المرجوة من مثل هذا النوع من المسائل هو « تعلق هذه الإجراءات بالسلام العام أو الأمن المدني في الدولة »<sup>5</sup>، وبالتالي فإن اختصاص الجهة القضائية بنظر كافة الإجراءات الوقتية و التحفظية المبتغى تنفيذها أمام محكمة دولة القاضي " لا يؤثر على سير الخصومة المتعلقة بالدعوى

<sup>1</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup> - راجع فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 448.

<sup>3</sup> - أنظر وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 108.

<sup>4</sup> - غالب علي الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 180.

<sup>5</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 725.

الأصلية"<sup>1</sup>، و يرى الفقه بأن اختصاص المحاكم بمسائل الإجراءات الوقتية و التحفظية لا يشمل فقط نطاق الأحوال الشخصية بل تختص أيضا بكافة مسائل الأحوال العينية.<sup>2</sup>

ففي الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، يثبت الاختصاص للجهات القضائية بطلب النفقة الوقتية الذي تقدمه الزوجة الأجنبية خلال البت في الدعوى التطليق المقامة أمام الجهة القضائية المختصة والتابعة لدولة أخرى حتى و لو لم تكن المحاكم الوطنية ذات ولاية بالنزاع الأصلي والمتمثل في " دعوى التطليق"، أما في المسائل المتعلقة بالأحوال العينية تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية والتحفظية في دعاوى المرتبطة بالأموال المتنازع عليها، كطلب تعيين حارس عليها، فيما لو كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام الجهة القضائية الأجنبية.<sup>3</sup>

كما رأينا أن الغاية من إسناد الاختصاص المحاكم الوطنية بنظر مسائل الإجراءات الوقتية والتحفظية الهدف منها تفادي الإضرار بمصالح الأطراف و إهدار حقوقهم<sup>4</sup>، وهذا ما أدى إلى إدراج هذا النوع من المسائل من ضمن معايير الاختصاص المبنية على حسن العدالة<sup>5</sup>، وبالنظر لأهمية هذا النوع من الإجراءات و جب التطرق إلى الإجراءات الوقتية و التحفظية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية (المطلب الأول)، و بعد ذلك سوف نحاول التطرق إلى خصائص هذه التدابير وموقف التشريعات المقارنة والمشرع الجزائري منها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: الإجراءات الوقتية و التحفظية في نطاق العلاقات الخاصة

### الدولية

بالرجوع للأهمية البالغة التي تلعبها هذه التدابير في حفظ حقوق الأطراف و ضمان حسن سير العدالة، سوف نحاول تحديد المقصود بالاختصاص بالإجراءات الوقتية و التحفظية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى المستعجلة أمام محكمة أجنبية (الفرع الثاني) خاصة في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.

### الفرع الأول: الاختصاص بالإجراءات الوقتية و التحفظية

<sup>1</sup> - سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص 79.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 168.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 188.

<sup>4</sup> - خالد عرفة أحمد، المرجع السابق، ص 181.

<sup>5</sup> - عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، 2014، ص 296.

أرثتينا إلى الدور الكبير الذي تلعبه الإجراءات الوقتية و التحفظية في حفظ الحقوق المتنازع فيها وحماية مصالح أطراف الدعوى على عكس القضاء العادي الذي يأخذ وقت أطول للبت في النزاع المعروض أمامه، وعليه إن الإلمام بهذا الموضوع يتطلب منا التطرق إلى المقصود بالإجراءات الوقتية والتحفظية (أولاً)، ثم الشروط الواجب التوفر فيها للجوء إليها (ثانياً).

### أولاً: المقصود بالإجراءات الوقتية والتحفظية

في واقع الأمر تعتبر مسألة وضع تعريف شامل ودقيق للتدابير الوقتية والتحفظية صعبة من الناحية العملية، وذلك لتنوع سبل الحماية التي توفرها هذه الإجراءات على أرض الواقع، حيث يرى الفقه بأن الإجراءات التحفظية يمكن اعتبارها كنوع ثالث من الإجراءات تأتي بعد كل من إجراءات التقاضي وإجراءات التنفيذ، وعلى هذا الأساس حاول الفقه دمج كافة هذه الإجراءات وتفصيلها عوضاً عن وضع تعريف دقيق و محدد لها.<sup>1</sup>

على الرغم من تباين المواقف الفقهية بشأن هذه التدابير عرف الفقه الإجراءات الوقتية والتحفظية بأنها « الإجراءات التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال، بناء على طلب مقدم من طرف الأطراف المتنازعة، أو من تلقاء نفسها بغية الحفاظ على الحقوق المتنازع فيها، وعدم الإضرار بالمراكز القانونية للمتنازعين إلى غاية الفصل في النزاع<sup>2</sup> » ، كما عرفها البعض الآخر من الفقه بأنها « إجراءات مؤقتة ترد بصفة مستعجلة دون أن تمس بأصل الحق، كما ترد على شكل طلب تحفظي من أجل ضمان إمكانية تنفيذ هذا الحق لاحقاً، أو على شكل طلب مستعجل لهدف إثبات مصلحة فورية أو حمايتها<sup>3</sup>، ومن هذا المنطلق حاول الفقه تقسيم الإجراءات الوقتية و التحفظية إلى ثلاث عناصر رئيسية:

- **العنصر الأول:** حيث ترمي هذه الإجراءات إلى تحقيق التوازن في العلاقات القانونية بين أطراف النزاع.
- **العنصر الثاني:** تسعى هذه الإجراءات إلى " إحداث حالة واقعية أو قانونية"، لكفالة تنفيذ الحكم متوقع الصدور.

<sup>1</sup> - يوسف حسني الحر، صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية في حكم التحكيم، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014-2015، ص 14.

<sup>2</sup> - غنية موسود، إجراءات طلب التدابير الوقتية و التحفظية في القضاء الدولي، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الواد، الجزائر، مج 09، ع 02، 2018، ص 840.

<sup>3</sup> - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 15.

• العنصر الثالث: تعود الغاية من هذه التدابير إلى حفظ الأدلة المرتبطة بالدعوى، إلى حين

### الفصل في النزاع.<sup>1</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن الإجراءات الوقائية و التحفظية تتضمن من ناحية، مفهوم موسع يتجلى في جملة من الإجراءات التي تسعى إلى ضمان السير العادي لإجراءات الخصومة القضائية، ومن ناحية أخرى مفهوم ضيق يركز بالأساس على التدابير الضرورية التي تسبق تنفيذ الحكم و تسهر على مدى تطبيقه.<sup>2</sup>

من خلال التعريفات السابقة يتبين بأنه لم تتم الإشارة إلى أي فرق بين كل من الإجراءات الوقائية والإجراءات التحفظية رغم أن بعض من الفقه<sup>3</sup> يرى بأن كلا المصطلحين يختلفان في المدلول، وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار أن الإجراءات الوقائية و لتحفظية هي عبارة عن إجراء الغاية منه ضمان توفير الحماية الوقائية التي من شأنها الحفاظ على المراكز القانونية لأطراف النزاع وعدم المساس بحقوقهم المكتسبة، أما عن البعض الآخر الذي ينادي بالترقية بين الاصطلاحين يرى بأن الإجراءات الوقائية ما هي إلى حماية ثانوية ( بديلة) وتنشأ في محل الحماية القضائية الموضوعية، ومن أمثلة التدابير الوقائية نجد "التعويض المؤقت" المترتب عن الحكم الفاصل في دعوى المسؤولية أو الحكم بدفع الغرامة التهديدية "الوقائية".<sup>4</sup>

ومن الجدير بالملاحظة أن للتدابير التحفظية أثر مؤقت ينتهي بمجرد صدور حكم يحسم النزاع بشكل نهائي، ولعل أبرز مثال عن ذلك الحكم الأمر بالحراسة القضائية على المال المتنازع فيه، علما أن هذا الأخير ينتهي أثره بمجرد الفصل في النزاع و الحكم بالملكية لأحد الأطراف<sup>5</sup>، و في نفس الصدد يمكن اعتبار أن الإجراءات الوقائية تظهر غالبا في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالدعاوى المرتبطة

<sup>1</sup> - أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقائية و التحفظية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2005، ص 21.

<sup>2</sup> - أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> - راجع حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 180.

<sup>4</sup> - بشرى عمور، هارون أروان، تنفيذ التدابير الوقائية و التحفظية الصادرة عن حكم التحكيم، مجلة القانون و المجتمع، مج 10، ع 01، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر، 2022، ص 301-302.

<sup>5</sup> - أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 20.

بالتعويض المؤقت عن الإصابة في حادث إلى حين البت في الدعوى المدنية المترتبة عن الفعل الضار أو في المسائل المتعلقة بالنفقة الوقتية.<sup>1</sup>

وفضلا عن ذلك يذهب البعض بخصوص التفرقة بين كل من التدابير الوقتية و التحفظية إلى القول بأن " الإجراء الوقتي " أوسع نطاقا من الإجراء التحفظي، حيث أن " كل إجراء تحفظي هو إجراء وقتي، إلا أنه ليس كل إجراء وقتي هو إجراء تحفظي "، فصفة الوقتية هنا يتسم بها كل إجراء قضائي غير فاصل في الدعوى و لا يمس من أصل الحق، وهذا ما هو معمول به في ما يخص الإجراءات التحفظية لأنه يفترض فيه أن يكون وقتيا<sup>2</sup>، وتماشيا مع ما سبق يشترك كل من الإجراءات الوقتية و التحفظية في هدف واحد يتجلى في ضرورة توفير الحماية الوقتية و عدم المساس بالمراكز القانونية لأطراف النزاع خاصة في الوضعيات التي لا يفترض فيها التأخير إلى حين صدور حكم نهائي يفصل في الموضوع.<sup>3</sup>

رغم اختلاف أنواع و أشكال التدابير الوقتية و التحفظية في عدة جوانب، إلا أنهم يتقاسمون بعض المعايير المشتركة و التي تتجسد في:

- كون هذه الإجراءات لا تسعى إلى فض النزاع بطريقة مباشرة، بل تهدف إلى التيسير في تحقيق الغاية المرجوة من الخصومة الأصلية خاصة من ناحية إصدار الحكم و كفالة تنفيذه، وبالإضافة إلى ما سبق تختلف هذه الإجراءات الاستعجالية من حيث الموضوع عن الدعوى الأصلية، رغم ارتباط هذه التدابير بالدعوى الأصلية.

- تعد الإجراءات الوقتية و التحفظية غير قطعية و لا تحوز على الحجية عند البت في موضوع النزاع، و عليه فإن استمرار هذه الإجراءات مرهون ببقاء الخصومة الأصلية و البت فيها.

- و تتحد الإجراءات الوقتية و التحفظية في الطابع التبعية الذي تتمتع به، حيث أنها لا تظهر إلا في حالة توفر نزاع.<sup>4</sup>

وفي سياق آخر يضيف الفقه بأن أساس الاختصاص القضائي بالإجراءات الوقتية و التحفظية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية هو قوانين البوليس<sup>5</sup> و الأمن المدني و التي تخضع لتطبيق قانون

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1099.

<sup>2</sup> - مشار إليه وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 112.

<sup>3</sup> - بشرى عمور، هارون أوران، المرجع السابق، ص 303.

<sup>4</sup> - أنظر أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 22.

<sup>5</sup> - أورد التشريع الفرنسي من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة 1/3 من القانون المدني اصطلاح " قانون البوليس و الأمن "، حيث حاول هذا الأخير إبراز فكرة مبدأ الإقليمية في المسائل المتعلقة بتطبيق قوانين البوليس، إلا أن المشرع الفرنسي حاول تسليط فكرة " القوانين و

القاضي، وهذا ما يبين مدى تلازم الاختصاص التشريعي و الاختصاص القضائي في مثل هذا النوع من الإجراءات<sup>1</sup>، و على هذا الأساس يمكن اعتبار أن قواعد البوليس في هذا الشأن قواعد موضوعية تتدخل في تنظيم مسألة محددة قائم بشأنها نزاع دون الحاجة إلى اللجوء إلى قواعد الإسناد، وعليه فهي عبارة عن حلول آنية تساهم في البت في النزاع القائم أمام الجهات القضائية بشكل يحدد القوانين المعنية بشكل أكثر وضوحاً.<sup>2</sup>

وتعود أسباب نشأة فكرة " قوانين البوليس " في نطاق القانون الدولي الخاص إلى اعتبارين مهمين يتمثلان في:

• الاعتبار الأول: " المجال التعاقدي "، حيث يتميز هذا الأخير بكثرة الأحكام الآمرة التي تحد من نطاق إرادة الأطراف المتعاقدين.

• الاعتبار الثاني: في " المسائل المرتبطة " بالأحوال الشخصية"، وفي كل المسائل المتعلقة بالأهلية، خاصة في ما يتعلق بتأمين حماية القصر و عديمي الأهلية بناء على تطبيق القوانين الشخصية وهذا ما أورده نص المادة 15 من القانون المدني، حيث أوكل المشرع الجزائري للجهات القضائية و الإدارية مهمة توفير هذه الحماية عن طريق اتخاذ كافة التدابير الاستعجالية الضرورية، وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 2/15 و التي تنص على تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي على كافة الإجراءات المستعجلة على كل من عديمي الأهلية و القصر المتوطنين بالجزائر وقت تنفيذ هذه الإجراءات عملاً بما نصت عليه اتفاقية لاهاي سنة 1969 و التي أسندت اختصاص محاكم الدولة التي يتواجد فوق إقليمها القاصر بتوفير كافة الحماية الضرورية له و ذلك حسب حالة الاستعجال.<sup>3</sup>

**ثانياً: العناصر الأساسية لثبوت الاختصاص القضائي بالتدابير الوقائية والتحفظية**

الأمن" على مواضيع تنازع القوانين، إلا أنه و في و في المقابل المشرع الجزائري تناول تقريبا نفس الفكرة عبر نص المادة 05 من القانون المدني، حيث أخضع " كل السكان و أو المتوطنين في الإقليم الجزائري لقواعد البوليس و الأمن إلا أن المشرع في تطبيقه لهذا المبدأ استبعد نظرية تنازع القوانين على عكس القانون الفرنسي، مشار إليه كمال سمية، المرجع السابق، ص 326.

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 109.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 114.

<sup>3</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 331.



يقتضي تطبيق التدابير الوقائية و التحفظية من طرف الجهات القضائية المختصة توافر مجموعة من العناصر الضرورية، حيث تتمثل هي الأخيرة في، الاستعجال، وأن يكون المطلوب تديرا وقتيا لا يمس موضوع الحق ثم أن تكون هذه الإجراءات واجبة التنفيذ في الإقليم الوطني .

### 1) الاستعجال

يعد الاستعجال بمثابة الشرط الرئيسي وعنصر مهم من عناصر الواجب توافرها لكي يختص قاضي المسائل المستعجلة للبت في النزاع، بل تمتد أهمية صفة الاستعجال إلى إمكانية تصنيفها كركن من أركان الاختصاص، حيث يعتبر هذا الأخير شرطا جوهريا مختلفا عن الشروط الأخرى خاصة في مسألة تحديد مدى اختصاص القاضي الوطني بنظر المنازعات الناشئة والتي تدخل ضمن إطار التدابير الوقائية و التحفظية.<sup>1</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن الفقه الفرنسي عرف الاستعجال على « أنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه، والذي يستوجب دحضه بسرعة، حيث قد لا ينشأ إذا ما لجأ المدعي إلى القضاء العادي، حيث يستمد عنصر الاستعجال من طبيعة الحق والظروف المحيطة بهذا الأخير، وليس من عمل و اتفاق الخصوم.»<sup>2</sup>

كما يسعى عنصر الاستعجال إلى تلافي وقوع الضرر في الحق الموضوعي إذا لم يستفيد المدعي من التدابير الوقائية الضرورية لرفع الضرر عنه، و عليه فإن الاستعجال عبارة عن حماية زمنية محددة حيث و في حال فوات الأوان قد تسبب الضرر للمدعي وتضيع حقوقه، أو أن يتم الانتقاص منها و هذا ما يستدعي تدخل مستعجل، و من هذا المنطلق فإن مسألة " خشية فوات الوقت"، يستوجب فيها أن تكون بصفة آنية و ليس بصفة محتملة، كما يتم تقدير هذه المسألة بصفة موضوعية و ليس بصفة شخصية.<sup>3</sup>

وفي مقام موالي يستوجب أن تبقى صفة الاستعجال سارية من وقت نشوء الدعوى إلى غاية صدور الحكم بالاستعجال، كما يضيف الفقه بأنه في حال تخلف شرط الاستعجال لأي سبب من الأسباب قبل البت في الخصومة، يفترض على القاضي المختص بنظر النزاع أن يحكم بعدم اختصاصه لأن الدعوى

<sup>1</sup> - دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 35.

<sup>2</sup> - بشرى عمور، هارون أوران، المرجع السابق، ص 315-316.

<sup>3</sup> - أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 97.

وفق هذه الحالة تفتقد لعنصر جوهرى ألا وهو الاستعجال<sup>1</sup>، كما تجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التعريف بأحوال الاستعجال، إلا أنه يمكن حصر أبرز حالات هذا الأخير شيوعاً مثل "دعوى وقف الأشغال"، وبالتالي فتوفر صفة الاستعجال لا تعني بالضرورة التقدم بدفع الضرر الحاصل من خلال الوسائل التي تخرج عن المبادئ القانونية المتعارف عليها، كما تسعى القواعد الإجرائية في هذا الصدد إلى توفير أدنى الضمانات "للحيلولة" دون أن تمس بحقوق الخصوم و مركزهم القانونية في الدعوى.<sup>2</sup>

ومن زاوية أخرى فإن الاستعجال يتصف بكونه مرناً ويمنح مطلق السلطة التقديرية للقاضي، فمن شروط الأساسية للاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الإجراءات الوقتية والتحفظية توفر صفة الاستعجال، حيث تبرز أهمية السلطة التقديرية للقاضي في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي في مسألة تحديد اختصاصه من عدمه، فعلى عكس بقية الضوابط الأخرى والمعايير المحددة لاختصاص القاضي الوطني التي يتم تحديدها بموجب نصوص تشريعية تبين حالات التي تعود فيها الولاية للجهة القضائية المختصة، فيتميز الاختصاص بالتدابير الوقتية و التحفظية بكونه لا يقتصر على حالات محددة و لا يقيد من حرية القاضي المطروح أمامه النزاع.<sup>3</sup>

## (2) أن يكون المطلوب تديراً وقتياً لا يمس موضوع الحق

رغم أن الفقه الغالب يرى بأن عنصر الاستعجال يمثل ركن الاختصاص القضائي بالدعوى المستعجلة أو "شرطه الوحيد" أي بمثابة ذلك الشرط الجوهرى الذي لا يجوز تخلفه مقارنة بالشروط الأخرى، إلا أنه و من وجهة نظر جانب آخر من الفقه الذي يرى بأن هذا الطرح غير سليم من الناحية القانونية، فطالما أن الاستعجال يعد بمثابة شرط خارجي فإن الإجراءات الوقتية المراد تنفيذها هي عبارة عن شرط داخلي، و عليه يرى الفقه بأن صفة الاستعجال « هي شرط ابتداء الاختصاص أما وقتية التدابير هي شرط اكتمال و انتهائه»، و إذا فإن القاضي المعروض أمامه النزاع يستوجب عليه من ناحية

<sup>1</sup> - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط 02، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص 218-219.

<sup>3</sup> - مشار إليه وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 120.

أولية أن يقدر " مبدئياً" عند البت في الطلب هل سوف يؤدي إلى اتخاذ إجراء نهائي أم إجراء وقفي، فإذا ما اتخذ الإجراء الأول وجب عليه الحكم بعدم اختصاصه.<sup>1</sup>

ويعبر عن الشرط المتعلق بعدم الأساس بأصل الحق بأنه لما يختص قاضي المسائل المستعجلة عند قيام حالة الاستعجال من خلال إصدار الأمر لتوفير كافة الإجراءات لحماية الحق ودحض جميع المخاطر المحدقة به، وفي المقابل انتظار الفصل في هذا الإجراء من كافة جوانبه الشكلية ( مدى صحته، مدته، و الطرف المعني به)، ومن هذا المنطلق فإن دور القاضي المسند إليه اختصاص نظر هذا النوع من التداير ليس البت في " أصل الحق"، حيث يمثل هذا الأخير السبب القانوني الذي يحدد بدوره جميع الحقوق والالتزامات المرتبطة بأطراف الدعوى، واستناداً على ما تم ذكره يتعذر على القاضي الفصل في هذه المسائل التي من شأنها المساس بأصل الحق.<sup>2</sup>

ويكمن أساس أصل الحق الذي يمنع على القاضي المساس به في ذلك السبب القانوني الذي تنشأ من خلاله حقوق و التزامات الأطراف « أو كل ما يتعلق بتلك الحقوق و الالتزامات وجوداً و عدماً»، وكل ما يمكن اعتباره يدخل ضمن نطاقها أو أن يحدث فيها تغييراً من ناحية الآثار القانونية أو إرادة أطراف الخصومة، ولعل بعض الأمثلة عن المسائل التي تعد من قبيل المساس بموضوع الحق كل الأفعال التي تؤدي إلى " التعرض لصحة العقود، أو بطلانها"، أو " الحكم بوجود الخطأ في المسؤولية التقصيرية".<sup>3</sup>

المشعر الجزائري تناول شرط عدم المساس بأصل الحق وذلك من خلال نص المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>4</sup>، لتوضيح ذلك يعد هذا الشرط المذكور في النص بمثابة قيد مفروض على السلطة الممنوحة للقاضي المختص بالمسائل المستعجلة ولا يخول له أن يتجنبه، فلو تم اعتبار الحكم ماساً بموضوع الحق سوف يتم اعتبار المسألة المطروحة خارجة عن نطاق القضاء الاستعجالي، و ن زاوية أخرى وفي حالة تطرق القاضي في قراره إلى موضوع الدعوى وبالبت فيه سيكون بذلك قد خالف شرط جوهرى وتجاوز حدود السلطة المخولة له وبالتالي يعد مخالفاً لشرط أساسي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 139.

<sup>2</sup> - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 141-142.

<sup>4</sup> - تنص المادة 303 من ق إ م ج على أنه « لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق...»

<sup>5</sup> - أنظر نبيل صقر، المرجع السابق، ص 284.

ولكن لا يفوتنا أن ننوه في مسألة الشروط الواجب توافرها للاختصاص بالتدابير الوقتية والتحفظية بأن الفقه الجزائري قد ساير الفقه المقارن من ناحيتين مهمتين:

- من ناحية أولى: أن الشرط المتمثل في "عدم المساس بموضوع الحق" هو شرط موجه للمحكمة بصفة أصلية.
- أما من ناحية ثانية: إن شرط الاستعجال فهو موجه بوجه الخصوص إلى أطراف الخصومة.

إلا أن رأي فقهي آخر يرى بأن إبراز مفهوم عدم المساس بموضوع الحق يقتضي بالضرورة التطرق إلى المقصود بالحق المحدد لموضوع النزاع الذي أثرت من أجله الدعوى من أحد الأطراف أمام المحكمة بهدف توفير حماية موضوعية.<sup>1</sup>

ونتيجة ذلك تقتصر سلطة قاضي المسائل المستعجلة في هذا الصدد بالطلبات المتعلقة بالإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أن عدم تطرق هذا الأخير لأصل الحق يمنع عليه أيضا بحث كافة المستندات المرتبطة به وتأسيس حكمه بناء على الأسباب التي لها ارتباط وثيق بأصل الحق، فأى مساس بأصل الحق بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حتى ولو توفر عنصر الاستعجال يعد مخالفا للقانون.<sup>2</sup>

وفي نفس الصدد لا بد من الإشارة على أن الشرط المتمثل في الوقتية وعدم المساس بموضوع الحق لم يغيب على فقه القانون الدولي الخاص كشرط للاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية الوطنية، فعلى الرغم من صعوبة تحديد الشرط في نطاق الاختصاص القضائي الدولي إلى أن الفقه اعتبره بمثابة « الشرط الجوهرى » لولاية القضاء المستعجل في مثل هذا النوع من المسائل وأكد من خلاله على وقتية هذه الإجراءات وعدم مساسها بأصل الحق، حيث ذهب فقه القانون الدولي الخاص الفرنسي إلى القول « بأنه في حالة تعلق الأمر بالإجراءات المستعجلة، فإن قرارات الجهات القضائية الفرنسية لا يكون لها غير الصفة الوقتية، و انتظر أبدا في المسألة من حيث الموضوع، وبالإضافة لذلك يستوجب أن تتوقف لحين أن يصبح تطبيق القانون المعمول به عادة ممكنا.»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مشار إليه زيدان محمد، الإجراءات الاستعجالية في ظل أحكام قانون إجراءات المدنية و الإدارية 09/08، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016-2017، ص 17.

<sup>2</sup> - نبيل صقر، المرجع السابق، 285-286.

<sup>3</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،

وتأكيدا لما تم ذكره، وللإعتراف بالصفة الوقتية وعنصر عدم المساس بأصل الحق، فإنه يستوجب الإقرار بوصف الإجراءات الاستعجالية بأنها ذات طابع وقتي خاصة من ناحية « جوهرها وليس وصفها، و لا يحكم بها إلى في الدعاوى المستعجلة»، و ما يميزها بأنها وقتية بالنظر للحل النهائي الذي سوف يتم إصداره بخصوص الدعوى الأصلية، وفي نفس الإطار قد يتم التساؤل حول مدى اعتبار الإجراءات المستعجل بأنه يتمتع بالصفة الوقتية خاصة في فرضية عدم إمكانية مباشرة الدعوى الموضوعية أمام الجهات القضائية الأجنبية؟، فمن المتعارف عليه بأن الإجراءات المستعجل مقترن بزمن محدد، إلا أنه وفي المقبل إذا لم يتسنى قيام القضاء بدوره في البت في الموضوع فإنه وفق هذا الفرض سوف تنتفي الصفة الوقتية، و إذا ما تم اعتبار أن حالة الاستعجال طويلة الأمد ولفترة طويلة فيستحسن « اتخاذ تدبير غير وقتي طويل الأمد، حيث ببقاء هذا الإجراء الوقتي لمدة زمنية غير معلومة يتعين إلغاءه»<sup>1</sup>.

### 3) أن تكون الإجراءات الوقتية والتحفظية واجبة التنفيذ في الإقليم الوطني

من مميزات ضابط الاستعجال أنه يساهم في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية خاصة في ما يتعلق بالمسائل التي لا يختص فيها بنظر « الدعاوى الموضوعية»، كما تكتسب هذه الميزة بشكل رئيسي من خلال كافة الظروف المحيطة بالدعوى والتي تستوجب توفير حماية قضائية مستعجلة لمنع المساس بالمراكز القانونية للأطراف وحماية حقوقهم من كافة الأخطار المحيطة بهم، حيث أن عملية توفير الحماية السريعة لا تكون مبنية فقط على مسألة تحديد الاختصاص بل يتجاوز ذلك إلى تمديد السرعة في تنفيذ أو إعمال هذه الإجراءات المترتبة عن ذلك الاختصاص، فكل تأخير أو مماطلة في التنفيذ سوف يؤدي لا محالة إلى ضياع وإهدار الغاية من القضاء المستعجل في هذا الخصوص.<sup>2</sup>

وفي واقع الأمر فإن تطبيق الإجراءات الوقتية في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي الغاية منها تحقيق « السلم الاجتماعي» في نطاق الإقليم الوطني لدولة القاضي، وطالما أن دور القاضي في إقليم دولته الحفاظ على النظام العام والسلم الاجتماعي، فالقاضي الوطني لا تعود له ولاية إذا ما كانت الإجراءات الوقتية و التحفظية مطلوبة التنفيذ في الخارج، وناهيك عن ذلك فإن الإجراءات المستعجلة تتمتع بأثر إقليمي فقط، ففي نطاق " الوصاية الوقتية" وحماية القصر يذهب الفقه الغالب إلى القول بأن « التنظيم

<sup>1</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،

ص 156.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 156-157.

الوقتي للوصاية لا يجب أن يكون له من حيث المبدأ إلا أثرا إقليميا، حيث يركز بالأساس على الحفاظ على النظام العام في كل دولة.<sup>1</sup>

ويرى الفقه المصري بشأن مسألة تنفيذ التدابير الوقئية والتحفظية أن عملية البت في النزاع الأصلي المعروض أمام الجهات القضائية الأجنبية قد يستغرق وقتا طويلا وهذا ما سوف يؤدي دون أدنى شك إلى الإضرار والمساس بمصالح وحقوق أطراف النزاع خاصة في ما يتعلق الأمر بالحالات التي تستدعي توفير إجراءات سريعة وذات طبيعة عاجلة و فورية لتلافي فوات الأوان، ولذلك تم إقرار الاختصاص القضائي للجهات القضائية المصرية بنظر الإجراءات الوقئية والتحفظية للحفاظ على تلك الحقوق إلى حين الفصل في النزاع الأصلي من طرف المحاكم الأجنبية وبالتالي ضمان حسن سير العدالة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى المستعجلة أمام

#### محكمة أجنبية

كما رأينا سابقا بأن غالبية فقه القانون الدولي الخاص يذهب إلى القول بأنه لنفس الاعتبارات التي أجازت الأخذ بالدفع بالإحالة في المجال الداخلي هي ذاتها التي استمد منها الفقه فكرة العمل بها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، وبناء على هذه الفكرة ذهب الفقه المصري الحديث المؤيد لفكرة الإحالة إلى اعتبار أن كافة المبررات المعتمدة في أعمال هذا المبدأ في مجال الاختصاص القضائي الدولي مستمدة من القانون الداخلي، حيث تتحد الغاية هنا في تطبيق هذا الدفع على الصعيدين الداخلي والدولي من خلال:

- تلافي التعارض بين الأحكام الصادرة في الدولة الواحدة و الأحكام بين محكمة و محكمة أجنبية أخرى من جهة.
- كما تهدف أيضا إلى الاقتصاد في الإجراءات من خلال توفير الجهد، الوقت والنفقات .
- ضمان كفالة تنفيذ الأحكام القضائية الوطنية في الخارج.
- تكريس مبدأ حاجة المعاملات الدولية وتفعيل التعاون القضائي الدولي، وضمان حسن سير العدالة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 157-158.

<sup>2</sup> - محمود لطفي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 122.

<sup>3</sup> - أنظر هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص ص 105-106.

وجدير بالذكر، أن النظرية العامة للأخذ بالدفع بالإحالة في المنازعات التي تدخل ضمن نطاق الاختصاص القضائي الدولي تستلزم توفر ثلاثة شروط رئيسية و التي تكن في :

**الشرط الأول:** وحدة الأطراف، الخصوم والسبب وذلك من خلال أن تكون الدعوى المقامة أمام المحكمة الأجنبية هي نفسها التي تم مباشرتها أمام الجهة القضائية الوطنية بتوفر كافة العناصر المذكورة.<sup>1</sup>

**الشرط الثاني:** أن تكون الدعوى قائمة فعليا أمام محكمتين، وعليه لا يصلح إبداء الدفع بالإحالة إذا ما تم الفصل في أحد الخصومتين أو سقوطها أو الحكم بعدم الاختصاص بنظرها، وعلى هذا الأساس فبمجرد الفصل في أحدهما لا يجوز التمسك بالإحالة.<sup>2</sup>

**الشرط الثالث:** اختصاص المحكمتين المعنيتين: رغم الخلاف الفقهي الفرنسي الذي ثار بخصوص عدم استلزام توفر هذا الشرط طالما يكفي وجود النزاع أمام الجهة القضائية الأجنبية، حتى ولو كانت تلك الجهات غير مختصة بنظر النزاع، إلا أنه و في المقابل الاجتهاد القضائي الفرنسي رأى عكس ذلك من خلال الأحكام المتواترة في هذا الشأن والتي تضمنت إلزامية توفر مثل هذا الشرط ومنه الاختصاص القضائي الدولي لكلتا المحكمتين، و في حال عدم توفر هذا الشرط تعد مسألة الدفع بالإحالة باطلة ومستبعدة التطبيق.<sup>3</sup>

هكذا يتبين من خلال ما سبق ذكره، وخاصة إذا ما توافرت كافة الشروط الأساسية المذكورة أعلاه، كما إذا ما تعلق الأمر باتخاذ تدابير وقائية وتحفظية أو دعوى ذات طابع استعجالي، فهل وفق هذا الفرض يجوز الدفع بالإحالة أمام المحكمة الوطنية خاصة إذا ما « قطعت هذه الدعوى شوطا كبيرا أمام القضاء الوطني بالمقارنة مع الجهة القضائية الأجنبية التي تنظر نفس النزاع » وعليه إحالتها إلى المحكمة الأجنبية، أم سوف هل تحكم المحكمة الوطنية بعدم قبول الدفع و تتشبهت باختصاصها إلى حين البت فيها.<sup>4</sup>

من الناحية العملية قد يصادف أن تباشر زوجة دعوى تطليق أمام الجهات القضائية الوطنية كما أن تقوم بنفس الوقت بتقديم طلب مستعجل، تابع للدعوى الموضوعية وأن تطلب من خلاله الحكم

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> - هلو محمد الصالح عبد الصمد، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> - أنظر هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 141.

<sup>4</sup> - راجع أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 204-205.

لفائدتها بالنفقة الوقتية أو تمكينها أيضا من الحضانة الوقتية للأطفال القصر إلى غاية الفصل في دعوى التطلاق، ثم تباشر بعد ذلك رفع دعوى استعجاليه أخرى أمام القضاء الأجنبي مطالبة باستصدار نفس هاذين الإجراءين الوقتيين، فهل وفق هذا الفرض يجوز إبداء الدفع بالإحالة لفائدة الجهة القضائية الأجنبية؟<sup>1</sup>

بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية والفقهية في نطاق الاختصاص القضائي الدولي في حالة الأخذ بفكرة الدفع بالإحالة في هذا المجال، نجد أن هذه المسألة تم التطرق إليها فقط في الحالة التي تكون فيها الدعوى المستعجلة مرفوعة أمام الجهة القضائية للدولة والدعوى الموضوعية المتضمنة أصل الحق أو المركز القانوني مرفوعة أمام محكمة أجنبية، وعلى هذا الأساس يجمع الفقه برفض الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة أمام الجهة القضائية التي تنظر هنا الدعوى المستعجلة و ذلك لفائدة المحكمة الأخرى.<sup>2</sup>

و تماشيا مع ما تم ذكره ذهب الفقيه " موتلسكي " « Motulsky » أن وجود دعوى موضوعية لا ينفى في حد ذاته تدخل قاضي الأمور المستعجلة بحيث يمكن تطبيق من باب أولى حينما يكون القضاء الاستعجالي مختصا بنظر النزاع، خاصة لما تكون الدعوى الموضوعية قد أقيمت فعلا أمام الجهات القضائية الأجنبية « وفي نفس الإطار تجدر الإشارة أن هذا المبدأ قد سارت عليه أحكام المحاكم الفرنسية، و أيده أغلب الفقه المصري.<sup>3</sup>

رغم أن الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص لا يرفض فكرة الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة في المنازعات الخاصة الدولية، إلا أن أغلبه يرفض الأخذ بنظرية الإحالة وتطبيقها على دعاوى المستعجلة، وذلك كاستثناء لمدى تعلق هذه الأخيرة بفكرة النظام العام، ولتوضيح ذلك درج الفقه على التفرقة بين فكرة النظام العام الإجرائي وقواعد الاختصاص، فمعايير الاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية الوطنية مرتبطة بشكل أو بآخر النظام العام، إلا أن تقدير مسألة هذا الارتباط تختلف من وضعية إلى أخرى، فأساس « التمييز » هنا بين نوعي معايير الاختصاص يشمل مدى علاقتها بحماية النظام العام في الدولة، ففي دعاوى المستعجلة المتعلقة بالأسرة يؤول الاختصاص للقضاء الوطني، ولا يجوز التنازل

<sup>1</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 205.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 206 .



عنه أو إسناده إلى الجهات القضائية الأجنبية، و إلا قد يؤدي ذلك إلى هدر الاعتبارات التي وضعها المشرع الوطني بخصوص مثل هذا النوع من المسائل.<sup>1</sup>

وانطلاقاً مما سلف يرى الدكتور "أحمد عبد الكريم سلامة" رغم تأييده لمبدأ الأخذ بالدفع بالإحالة في الدعوى العادية التي تدخل ضمن إطار المنازعات الخاصة الدولية، أن مسألة استثناء الدعوى المستعجلة من نطاق الدفع بالإحالة في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي تقوم بالأساس على عدة اعتبارات أهمها:

- أن الدعوى المستعجلة تعتبر من قبيل الاختصاص الوجوبي أو الإلزامي للقضاء الوطني، معنى ذلك أنها تدخل ضمن نطاق «الاختصاص الأمر المتعلق بالنظام العام».
- كما يذهب الفقه الفرنسي المؤيد بهذا الخصوص إلى التمييز بين حالتين لقبول الدفع بالإحالة في الدعوى المستعجلة، ففي الحالة الأولى لقبول الإحالة يستوجب أن تكون الدعوى المدفوع بشأنها الإحالة تدخل ضمن نطاق الاختصاص المشترك للجهات القضائية الوطنية، أما في الحالة الثانية ومتى تعلق الأمر بدعوى تدخل ضمن الاختصاص الحصري أو المانع «Competence Exclusive»، للمحاكم الوطنية فلا سبيل هنا لقبول الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة<sup>2</sup>، حيث يرجع السبب في رفض قبول هذا الدفع لعدم جواز تخلي الجهات القضائية الوطنية عن نظر الدعوى الاستعجالية القائمة أمام المحكمة الأجنبية حتى و ان كانت الأخرى تتمتع نفس الاختصاص، كون طبيعة الاستعجال هنا تدخل في نطاق الاختصاص الحصري للمحاكم الوطنية.<sup>3</sup>

- إن أسباب قبول مبدأ الدفع بالإحالة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة و المنازعات العادية والتي تهدف بالأساس إلى ضمان وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام، لا يمكن إسقاطها و إعمالها في نطاق القضاء المستعجل، فمن جهة يسعى هذا الأخير إلى « توفير الحماية القضائية العاجلة لا الحماية القضائية الكاملة»، فعلى خلاف التعارض الحاصل عن الأحكام العادية التي تقرر أوضاعاً نهائية وباتة يكون لها تأثير كبير في استقرار المعاملات في المجال

<sup>1</sup> - محمد زلايحي، الدفع بالإحالة في المجال الدولي تنازعه، شروطه و فوائده، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 3-4-2005 ص 103.

<sup>2</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 207.

<sup>3</sup> - محمد زلايحي، المرجع السابق، ص 106.

الدولي<sup>1</sup>، أما في ما يخص الأحكام الاستعجالية فهي تحكم بإجراءات وقتية و تحفظية إلى حين البت في النزاع الأصلي، فهي بذلك لا تمس ولا تؤثر بشكل أو بآخر في الحقوق و مراكز الأطراف القانونية و لا تشكل أي قيد على قضاء الموضوع، ومن جهة أخرى فإن الأحكام الصادرة بشأن الدعاوى المستعجلة والمشملة على عنصر أجنبي « تصدر لكي يتم تنفيذها في نطاق الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي أصدرته»، كما أنها تنفذ مباشرة وقت صدورها والحكم بها.<sup>2</sup>

واستخلاصا لما سلف ذهب فقه القانون الدولي الخاص المصري إلى القول بأن الطبيعة الخاصة لضابط الاستعجال تدرج ضمن نطاق الاختصاص الحصري للجهات القضائية الوطنية، وعلى هذا الأساس لا يجوز أن يتخلى القاضي الوطني عن نظر هذه الدعوى المستعجلة لفائدة محكمة أجنبية.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: ثبات الاختصاص الدولي للمحاكم بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية

#### وموقف المشرع الجزائري منه

من القواعد المسلم بها في فقه القانون الدولي الخاص المقارن اختصاص الجهات القضائية للدول بالإجراءات الوقتية والتحفظية المراد تنفيذها في إقليم الدولة لما تتميز هذه التدابير من خصائص تتمثل في الحفاظ على حقوق أطراف النزاع وتحقيق حسن سير العدالة إلى حين الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة أمام الجهات القضائية الأجنبية، حتى وإن لم يكن قضاء هذه الأخيرة مختص بنظرها، وتجدر الإشارة أن اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لا يؤثر على سير الدعوى الأصلية المطروحة أمام محاكم الدولة الأجنبية.<sup>4</sup>

من هذا المنطلق عمدت غالبية التشريعات العربية المقارنة كمصر<sup>5</sup> و الأردن<sup>1</sup> إلى عقد اختصاص محاكمها بنظر كافة التدابير الوقتية و التحفظية حتى ولو لم تكن مختصة بنظر الدعوى الأصلية، وعلى

<sup>1</sup> - بيار ميار/ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ترجمة علي محمود مقلد، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008، ص 330.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 207.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها

<sup>4</sup> - سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص 79.

<sup>5</sup> - تناول المشرع المصري بشكل صريح اختصاص الجهات القضائية المصرية بنظر التدابير الوقتية و التحفظية من خلال نص المادة 34 من قانون المرافعات المدنية و التجارية و التي تنص على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.» أنظر فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 447.

هذا الأساس يجدر بنا التطرق إلى موقف التشريعات العربية المقارنة (الفرع الأول) من هذه المسألة ثم البحث في موقف المشرع الوطني الجزائري (الفرع الثاني) من ثبات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بالإجراءات الوقتية و التحفظية

### الفرع الأول: موقف التشريعات العربية المقارنة

كما رأينا سابقا حسب نص المادة 34 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري بأنه يختص القضاء المصري بالبث في جميع الطلبات المقدمة له في ما يتعلق باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي في إقليم الدولة، ويذهب الفقه المصري إلى القول أن أساس هذا الاختصاص هو طابع السرعة، فالهدف من اتخاذ هذه التدابير هو القيام بإجراءات سريعة للحفاظ على حقوق الأطراف، كما أن رفض الاختصاص بمثل هذه المسائل من شأنه أن يؤدي إلى تفويت على صاحب الحق مصلحة كبيرة<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذا النص أنه يستوجب على القاضي المصري اتخاذ كافة التدابير الوقتية والتحفظية الضرورية الواجب تنفيذها في الإقليم المصري حتى وإن تبين له عدم اختصاصه بالدعوى الأصلية، لأنه وفي حال عدم اتخاذ هذه التدابير في الوقت المناسب انتظار الفصل في الدعوى الأصلية من شأنه أن يضر بمراكز الخصوم وضياع حقوقهم<sup>3</sup>.

كما يضيف الفقه المصري أن المشرع بتبنيه لنص هذه المادة يعود إلى سبب رئيسي يكمن في كون إجراءات الدعوى العادية بطيئة وتستغرق وقت أطول بما قد يعيق أطراف النزاع وخاصة في الحالات التي تستدعي البت فيها بسرعة ويخشى بشأنها فوات الوقت، ومن هذا المنطلق يخول للجهات القضائية المصرية الأمر باتخاذ تدابير وقتية و التحفظية إلى غاية الفصل في الدعوى الأصلية، كما يتخذ القضاء المصري هذه التدابير سواء كانت لها ولاية نظر الدعوى الأصلية أم لا كما يمكن أن يكون التدبير مرتبطا بمواد الأحوال الشخصية أو العينية أو المدنية<sup>4</sup>، وتماشيا مع ما تم ذكره فإن الجهات القضائية المصرية تختص أيضا بالأمر بالحراسة، واختصاص الدائن بعقار مدين تأمينا للدين أو بوضع الأختام أو بيع

<sup>1</sup> - أورد البند الأخير من الفقرة الثالثة عن المادة 27 من قانون أصول المحاكمات الأردني رقم 24 لسنة 1988 اختصاص بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تنفذ في الأردن حتى ولو كانت المحكمة الأردنية غير مختصة بالدعوى الأصلية، أنظر حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص المرجع السابق، ص 254.

<sup>2</sup> - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 447-448.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 108.

الشيء محل النزاع خشية التلف، كما تعود لها أيضا ولاية نظر المسائل المرتبطة بالنفقة الوقتية واتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية حقوق عديبي الأهلية أو الغائبين، وعليه فإن اختصاصها لا يقتصر فقط على مواد الأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

من زاوية أخرى، وطالما أن يختص القضاء المصري حسب نص المادة 34 بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية المراد تنفيذها في مصر حتى ولو لم يكن مختص بنظر الدعوى الأصلية، فإن هذه المادة أيضا تنطبق من باب أولى « إذا ما كانت الدعوى الأصلية تدخل ضمن اختصاص الجهات القضائية المصرية»، وعلى هذا الأساس فإن التدبير الوقتي المراد اتخاذه يعد بمثابة تمهيدا للدعوى المترقب رفعها أمام المحاكم المصرية.<sup>2</sup>

كما يتبين من خلال نص المادة 34 من قانون المرافعات المصري أنه لكي تختص الجهات القضائية المصرية بنظر التدابير الوقتية و التحفظية، حتى ولو لم تكن هذه المحاكم مختصة بالدعوى الأصلية يستوجب توافر شرطان رئيسان وهما:

الشرط الأول: أن يكون موضوع الدعوى اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي: طالما أن التدابير الوقتية والتحفظية تدخل ضمن نطاق الدعوى المستعجلة، فإن مسألة تحديد عنصر الاستعجال وأن قبول الدعوى يعد بمثابة قيد لقيام حالة الاستعجال، كما يستوجب أن تكون التدابير المراد اتخاذاها بمثابة إجراء وقتي فقط لا يرقى إلى البت بصورة نهائية في موضوع النزاع، وعليه فإن هذه الإجراءات تخضع للقانون المصري باعتباره قانون القاضي.<sup>3</sup>

حيث يرى الفقه المصري بأن المشرع قدر مسألة النظر في النزاع الأصلي المعروض أمام الجهات القضائية الأجنبية قد يستغرق وقت أطول وهذا قد ما يضر بمصالح الأطراف وضياع حقوقهم، خاصة أنه في مثل هذه الوضعيات يستلزم اتخاذ تدابير مستعجلة لتفادي مرور الوقت، ولتلافي حدوث مثل هذه الوضعيات قرر المشرع المصري عقد الاختصاص لمحاكمه بنظر الإجراءات الوقتية و التحفظية بغية الحفاظ على حقوق ومراكز الخصوم إلى حين البت في الدعوى الأصلية من قبل المحاكم الأجنبية، حيث يعد هذا الإجراء بمثابة التمهيد للدعوى الأصلية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 190 - 191.

<sup>3</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 158.

<sup>4</sup> - محمود لطفي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 122.

الشرط الثاني: ضرورة تنفيذ الإجراء الوقي أو التحفظي في مصر: قد يصادف أن تكون الجهات القضائية المصرية أمام حالة من الحالات التي تكون فيها العلاقة خارجة عن نطاق اختصاصها، وعلى هذا الأساس يبرر الاختصاص للقاضي المصري إذا ما كان محل تنفيذ الإجراء في الإقليم المصري<sup>1</sup>، كما أن هذا الشرط فرضته نص المادة 34 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، فهو يشكل رابطة وثيقة لولاية الجهات القضائية المصرية بنظر الإجراءات الوقتية و التحفظية<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى فإذا لو كان التدبير المراد تنفيذه في الخارج لانعدم اختصاص القضاء المصري و منه عدم كفالة تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى المستعجلة.<sup>3</sup>

وفي نفس الصدد يضيف جانب من الفقه شرط ثالث لولاية الجهات القضائية المصرية بنظر الإجراءات الوقتية و التحفظية حيث يكمن هذا الأخير في ضرورة تنفيذ الإجراء في مصر قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة، بمقتضى هذا الشرط « لا تقبل الدعوى المستعجلة التي يطلب من خلالها الحكم بنفقة وقتية إذا ما تعلق الحكم الموضوعي في النزاع الأصلي من الجهة القضائية الأجنبية، لأنه بذلك قد فصلت هذه الأخيرة في أصل الحق وعليه لن تكون هنالك حاجة للنزاع وقتي.»<sup>4</sup>

ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأن المشرع المصري بالإضافة إلى الحالات التي وضعها بموجب نصوص صريحة لاختصاص قضاءه لنظر الإجراءات الوقتية و التحفظية، يضيف بعض الفقه المصري أسوة بالفقه الفرنسي، بعض الحالات الأخرى التي يعود فيها الاختصاص للجهات القضائية المصرية و التي تتمثل بالأساس في:

• الاختصاص بنظر كافة المنازعات التي تطبق عليها قوانين البوليس و الأمن المدني

باعتبارها من النظام العام.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 725.

<sup>2</sup> - صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 1092

<sup>4</sup> - أنظر صالح جاد المتزلاوي، المرجع السابق، ص 159.

• الاختصاص بنظر كافة المنازعات التي يفترض أن يطبق عليها القانون الوطني على اثر استبعاد القانون الأجنبي خاصة في حال تعارضه مع قواعد النظام العام المعمول بها في الإقليم المصري.<sup>1</sup>

بالإضافة لما تم ذكره و اختصاص الجهات القضائية المصرية بنظر التدابير الوقائية والتحفظية فإنها تختص أيضا ولنفس الغاية بإجراءات التنفيذ الجبري المراد اتخاذها في مصر ويرى الفقه المصري بأن ولاية المحاكم المصرية بمثل هذا النوع من المسائل تفرضه اعتبارات العدالة و لملائمة والسكينة في الإقليم المصري، وتماشيا مع ما سبق يذهب الفقه المصري إلى القول باختصاص القضاء المصري بنظر الدعوى المبتدئة المرفوعة من قبل من صدر حكم لفائدته فيما لو لم تقبل الجهات القضائية المصرية تنفيذ الحكم الأجنبي في الإقليم المصري، هذا وحتى ولو لم تكن المحاكم المصرية غير مختصة بالبت في الدعوى حسب مختلف معايير و ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في مصر.<sup>2</sup>

أورد نص المادة 27/3 الفقرة الثالثة من قانون أصول المرافعات المدنية الأردني بأنه «... تختص المحاكم الأردنية بالإجراءات الوقائية و التحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.» وقد ورد هذا النص بشكل عام يشمل كافة الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية أو المدنية أو التجارية، وبناء على ذلك تختص الجهات القضائية الأردنية بنظر المسائل المتعلقة بالإجراءات الوقائية و التحفظية المراد تنفيذها في الإقليم الأردني حتى و إن لم تكن هذه المحاكم غير مختصة بنظر الدعاوى الأصلية، ويفهم من خلال هذا النص أن المشرع الأردني سار على نفس خطى القانون المصري، حيث أن الغاية من تقرير الاختصاص للقضاء الأردني بمثل هذا النوع من التدابير تفرضه اعتبارات حسن سير العدالة، لكون أي تأخير في اتخاذ الإجراءات الضرورية من شأنه أن يضر بمصالح أطراف النزاع.<sup>3</sup>

المشرع الإماراتي أيضا ساير كل من المشرع المصري و الأردني في الاختصاص بنظر الإجراءات الوقائية والتحفظية، حيث نصت المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على « أنه تختص المحاكم بالفصل... وكذلك تختص بالأمر بالإجراءات المستعجلة و التحفظية المنفذة في الدولة ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.» وبذلك استجاب المشرع الإماراتي أيضا للمتطلبات التي تفرضها منطق

<sup>1</sup> - راجع في هذا المعنى: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 109.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> - ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي و التشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة ماجستير في

القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، 2000، ص 21.

الخصومة القضائية و مراعاة مصالح الخصوم، فإن مسألة رفع الدعوى و تقديم الأدلة والقيام بإجراءات الإنابة القضائية تستغرق مدة زمنية قد تكون طويلة إلى غاية صدور حكم نهائي يفصل في النزاع الأصلي.<sup>1</sup>

المشرع اللبناني تناول الاختصاص بالتدابير الوقائية و التحفظية من خلال المادة 02/78 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تنص على أنه « تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكن في لبنان . . . إذا كان موضوع الطلب تدبيراً مؤقتاً أو احتياطياً يتم في لبنان.»، ومن خلال هذا النص يخول لصاحب المصلحة إلى طلب اتخاذ إجراءات وقائية أو احتياطية في إقليم دولة لبنان مثل طلب وضع أختام أو تعيين حراسة قضائية، ومن هذا المنطلق تختص الجهات القضائية اللبنانية إذا ما رفعت هذه الإجراءات الوقائية والتحفظية أمام محاكمها أو كان محل تنفيذها في لبنان.<sup>2</sup>

المشرع التونسي وعلى عكس التشريعات العربية الأخرى، أدرج اختصاص الجهات القضائية التونسية بنظر الإجراءات الوقائية والتحفظية ضمن الاختصاص الحصري أو القاصر، وذلك من خلال نص المادة الثامنة الفقرة الرابعة 04/8 من مجلة القانون الدولي الخاص و التي تنص على ما يلي : « تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر : . . . /4 إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها.» وبناء على ذلك تختص الجهات القضائية التونسية بنظر هذه التدابير بصورة حصرية.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

على الصعيد المحلي ساير المشرع الوطني الجزائري غالبية التشريعات المقارنة من حيث الاختصاص بالدعاوى المستعجلة، حيث نصت المادة 9/40 الفقرة التاسعة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه « في المواد الاستعجالية تختص بها المحكمة الواقع في دائرتها مكان وقوع الإشكال أو التدبير المطلوب دون سواها من المحاكم.»، ولنفس الاعتبارات المذكورة سابقا قدر المشرع الوطني بأن الدعوى العادية قد تستغرق الكثير من الوقت لصدور حكم يفصل في النزاع مما يضر بمصالح أطراف النزاع، علماً أن بعض

<sup>1</sup> - سعيد سيف السبوسي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 385.

<sup>3</sup> - قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، المشار إليه سابقاً.

الحالات تستدعي تدخل سريع ومستعجل من خلال اتخاذ الإجراءات الوقتية الضرورية ومثل هذه الحالات تبنى المشرع الوطني فكرة القضاء المستعجل مراعاة بذلك لاعتبارات حسن سير العدالة.<sup>1</sup>

ومن الجدير بالملاحظة بأن التشريعات المقارنة اختلفت في مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر الدعاوى المستعجلة، فعلى سبيل المثال أسند التشريع الفرنسي الاختصاص لفائدة رئيس المحكمة المدنية، أما في النظام القضائي المصري فيختص بذلك قضاة المحكمة المدنية، أما في نطاق التشريع الجزائري تجدر الإشارة بأنه وحسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الملغى كان الاختصاص بمثل هذا النوع من المسائل يدخل ضمن نطاق صلاحيات رئيس المحكمة الابتدائية وذلك حسب نص المادة 1/183، أما بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أدرج المشرع الوطني الجزائري بما يعرف « بقاضي الاستعجال» وذلك وفق لنصوص المواد من 299 إلى 305 من نفس القانون يختص بنظر كافة المسائل المستعجلة، مع استمرار اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بنظر المسائل المتعلقة بإشكالات التنفيذ.<sup>2</sup>

أما على الصعيد الدولي فإن المشرع الوطني لم يتناول اختصاص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية بنص صريح على غرار التشريعات العربية الأخرى (المصري، الأردني، الإماراتي و التونسي)، كما أن مسألة إعمال مبدأ تمديد قواعد الاختصاص الداخلي إلى المجال الدولي ثار فيها اختلاف وتباين فقهي في فرنسا، فإن عملية إسناد الاختصاص في ما يخص الإجراءات التحفظية مرتبط بعدة ضوابط إقليمية بحيث يكون الاختصاص هنا مبني على عنصر الاستعجال، إلا أن الفقه الفرنسي قد أجمع بخصوص الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ إلى جواز تمديد القواعد الداخلية طالما أن الإجراء المراد تنفيذه يتم فوق إقليم دولة القاضي، وبالرجوع إلى الاختصاص القضائي في المجال الدولي فيستوجب على القاضي المعروض أمامه النزاع الرجوع إلى مكان تنفيذ هذا الإجراء على إقليم دولته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر كمال سمية، المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> - زيدان محمد، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> - أنظر كمال سمية، المرجع السابق، ص 103-104.



## المبحث الثاني: الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية

حسب القواعد العامة تعود للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى صلاحية دراستها والبت فيها إلى حين صدور حكم يفصل في النزاع، إلا أنه قد يصادف في بعض الحالات « نشوء موانع أو عقبات تصعب من مهام هذه المحاكم من استقصاء الدليل والحصول على كافة البيانات الضرورية التي من شأنها أن تيسر عملية النظر في النزاع القائم»، ولعل أبرز هذه البيانات المراد البلوغ إليها تكمن في كأن يكون الشاهد أو المال المبتغى معاينته أو أحد أطراف الخصومة المراد استجوابه بعيدا عن إقليم اختصاص المحكمة<sup>1</sup>، ولتلافي حدوث مثل هذا النوع من الصعوبات سعت أغلب التشريعات المقارنة وبما فيها المشرع الوطني الجزائري إلى تمكين قاضي آخر باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية وهذا ما نصت عليه نص المادة 108<sup>2</sup> من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري من القسم السادس المتعلق بالانابات القضائية الداخلية.

وفي نفس الصدد قد يصادف أن تقام دعوى مشوبة بعنصر أجنبي أمام أحد المحاكم الوطنية، ومن أجل نظر هذه الأخيرة يتطلب اتخاذ بعض الإجراءات الضرورية المتعلقة بالمرافعات والتي لا بد أن تكون في الخارج كالإجراءات المتعلقة بالتحقيق أو أداء اليمين أو إنجاز خبرة من أجل تيسير النظر و الفصل في الخصومة وهذا ما سوف يصعب من مأمورية الجهة القضائية الجزائرية، وهذا ما أدى إلى البحث عن وسائل قانونية ذات فعالية من شأنها أن تسهل من عمل الجهاز القضائي وتكرس التعاون القضائي الدولي وهي ما يعرف ب " الإنابة القضائية الدولية" التي غالبا تنظمها الاتفاقيات الثنائية و الدولية وتمارسها كل من " السلطات القضائية الأجنبية من خلال البعثات الدبلوماسية و القنصلية للجهة القضائية الأمرة بالإنابة"<sup>3</sup>.

وتأسيسا على ذلك تشكل الإنابة القضائية روح التعاون القضائي الدولي والتي تكمن ضمن نطاق الاختصاص القضائي الدولي، وليس على نطاق الاختصاص التشريعي، فهي عبارة عن صور من صور التعاون في ميدان الإجراءات المدنية والتجارية الدولية بين مختلف الجهات القضائية للدول بين بعضها البعض، فهي تهدف بالأساس إلى تجسيد التعاون الدولي بين القضاء وليس "معاونة الخصوم" أي بين كل

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> - تنص المادة 108 من ق ا م ج على أنه « إذا تعذر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى، للقيام بالإجراءات المأمور بها».

<sup>3</sup> - العيساوي حسين، الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 06، ع

02، جامعة المسيلة، ديسمبر 2021.

من " الدولة المنابة" والدولة المنبوبة"، كما يتطلع هذا التعاون أيضا إلى تحقيق اعتبارات العدالة والحفاظ على مصالح ومراكز الخصوم في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.<sup>1</sup>

ولعل من المفيد أن نؤكد بأن الإنابة القضائية تعد من أهم المواضيع التي تبنتها الاتفاقيات الدولية، حيث سعت الجزائر إلى إبرام عدة اتفاقيات ثنائية وجماعية في إطار التعاون القضائي الدولي والتي تدخل ضمن نطاقها الإنابة القضائية مراعاة منها لمتطلبات حسن سير العدالة وحماية حقوق الأفراد الخاصة الدولية، وإذا أردنا تفصيل ما تقدم تعين علينا أن نحدد تنظيم الإنابة القضائية الدولية وأساسها القانوني (المطلب الأول)، ثم سوف نحاول البحث في نطاقها وما تجوز فيه وما لا تجوز (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التنظيم الدولي للإنابة القضائية

من أجل دراسة النظام القانوني للإنابة القضائية الدولية يقتضي منا في البداية أن نبين المراد بها (الفرع الأول)، ثم نعرض بعد ذلك على بحث على موضوعها وإجراءات تنفيذها على الصعيدين الداخلي والدولي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المراد بالإنابة القضائية الدولية وأساسها القانوني

يعبر عن الإنابة القضائية بأنها « انتداب جهة قضائية تنظر دعوى مرفوعة أمامها لمحكمة أخرى يقع في دائرة اختصاصها موطن الشاهد المبتغى سماعه أو الوثيقة المطلوب التحقيق منها أو العقار المراد معاينته وتفويضها مباشرة لإجراء المطلوب وبناء عليه يتم تحرير محضر في الغرض ويتم إرساله بعد ذلك بعد إتمامه».<sup>2</sup>

كما تم تعريفها أيضا بأنها « عمل بمقتضاه تفوض المحكمة جهة قضائية أخرى للقيام مكانها، وفي دائرة اختصاصها، بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها فصل الدعوى المرفوعة أمامها، والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر».<sup>3</sup>

ويضيف جانب آخر من الفقه بأن الإنابة القضائية الدولية تعد بمثابة تفويض « Une delegation » تنيب بموجبه جهة قضائية بصدد دعوى مطروحة أمام قضائها، جهة قضائية أخرى أو

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 08.

<sup>2</sup> - كمال سمية، الإنابة القضائية مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مج 01، ع 02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، جوان 2015.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 15.

دبلوماسية، بغرض بحث عن الأدلة الضرورية، أو القيام بتحقيق يقتضيه البت في النزاع المطروح أمام جهاتها، ويتعذر عليها أن تمارسه بنفسها في نطاق دائرة اختصاصها.<sup>1</sup>

تجدد الإشارة بأن جانب من الفقه انتقد الرأي القائل بأن الإنابة القضائية "هي عملاً" وذهب للقول بأنها "طلب" موضوعه القيام بعمل الذي يتمثل في اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو أي نوع من الإجراءات القضائية الأخرى، كما أنه لا يمكن اعتبار الإنابة القضائية وكالة أو تفويض أو انتداب، وبالتالي فالقاضي المناب ليس وكيلًا ولا مفوضًا ولا منتدبًا، وبناء على ذلك «يصح استخدام اصطلاح "انتداب" على الصعيد الداخلي، فاستعمال هذا الأخير في المجال الدولي يعد أمرًا مكروها».<sup>2</sup>

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية، فنذكر ما جاء في بعض هذه الاتفاقيات بخصوص الإنابة القضائية، ففي اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض التي تناولت هي أيضا الإنابة القضائية الدولية وعرفت من خلال الباب الثالث نص المادة 14 منها والتي تنص على «لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم، وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين».<sup>3</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره تناولت أيضا اتفاقية الثنائية الموقعة بين الجزائر والمملكة الأردنية الموقعة بالجزائر سنة 2001 المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي مسألة "الإنابة القضائية" من خلال نص المادة 10 منها والتي تنص على «يجوز لكل طرف من أطراف هذه الاتفاقية أن يطلب من الطرف الآخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتها وإجراء المعاينة»<sup>4</sup>، تضمنت كذلك الاتفاقية الجزائرية السورية الموقعة بدمشق سنة 1981 "الإنابة القضائية" من خلال نص المادة 09 و التي نصت «لكل من الدولتين المتعاقدتين أن تطلب

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 16.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 03-139 مؤرخ في 22 محرم عام 1424 الموافق 25 مارس سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، الموقعة بالجزائر في 3 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 25 يونيو سنة 2001، م.ج، ع 22، ص 04.

إلى الدولة الأخرى أن تباشر في أرضها نيابة عنها أي إجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر وفق لأحكام هذا الباب»<sup>1</sup>.

وبما أن غالبية الفقه يرى بأن الإنابة القضائية الدولية تجسد أبرز صور التعاون القضائي الدولي بين مختلف الجهات القضائية، إلا أن عملية تقدير أساسها القانوني (أولا) كانت محل اختلاف بين فقهاء القانون الدولي بشكل عام، وعليه هل يمكن اعتبار مسألة تنفيذ الإنابة القضائية أمرا ملزما؟.

### أولا: أساس الإنابة القضائية الدولية

تباينت مواقف فقه القانون الدولي الخاص من مسألة مدى إلزامية تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، حيث ذهب الاتجاه الفقهي التقليدي إلى القول بأن أساس الإنابة القضائية الدولية هو " فكرة المجاملة الدولية " ، بحيث أن مسألة تنفيذها غير إلزامية وأنها اختيارية بالنسبة للدولة المطلوب منها تنفيذها عملا بفكرة تقديس سيادة الدولة على إقليمها، أما جانب آخر من الفقه الحديث يرى بأن تنفيذ الإنابة القضائية هو أمرا ملزما معللين موقفهم بضرورة تكريس فكرة التعاون القضائي الدولي وتحقيق حسن سير العدالة.

#### 1) فكرة المجاملة الدولية كأساس للإنابة القضائية

يرى الفقه التقليدي بعدم إلزامية الجهات القضائية للدولة بتنفيذ الإنابة القضائية الدولية الصادرة عن الدولة الأجنبية خارج نطاق المعاهدات الدولية وذلك تحت غطاء " السيادة الإقليمية للدولة "، إلا أنه يبقى لها مطلق السلطة التقديرية في تقدير قبول التنفيذ من عدمه مرتكزة بالأساس فكرة المجاملة الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل<sup>2</sup>.

ويذكر أنصار الفقه الرافض لمبدأ إلزامية تنفيذ الإنابة القضائية الدولية بالإضافة لكون سيادة كل دولة على إقليمها والاعتراف القاضي بمبدأ استقلال الدول، يخول للدولة المستقبلية لتنفيذ الإنابة رفضها، وجدير بالذكر أن العدالة في كل دولة ترمي إلى النظر في كافة المنازعات القائمة أمام جهاتها القضائية كلها بمثابة « مبادئ يصعب معها القول بأن يكون تنفيذ الإنابة القضائية ملزما»، وتماشيا مع ما تم ذكره

<sup>1</sup> - مرسوم رقم 38- 130 مؤرخ في 6 جمادى الأولى عام 1403 الموافق 19 فبراير 1983 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية سوريا العربية الموقعة بدمشق في 23 جمادى الثانية عام 1401 الموافق 27 أبريل سنة 1981، ج.ر، ع08.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 233.

يضيف أنصار هذا الاتجاه بأن مقتضيات التعاون القضائي الدولي في ميدان الإجراءات المدنية والتجارية الدولية كلها ضعيفة وبدون قيمة عملية ثابتة خاصة إذا كانت خارج دائرة الاتفاقيات الدولية طالما أن الجهات القضائية لكل دولة وجدت لغاية وحيدة وهي تحقيق العدالة وضمان حقوق مواطنيها داخل إقليم الدولة فقط وبالتالي هي ليست مؤهلة بتقديم أي خدمات لفائدة دولة أجنبية أخرى ذات سيادة، ومن هذا المنطلق فإن محاكم الدولة ليست مجبرة على قبول تنفيذ ما تطلبه منها جهة قضائية لدولة أجنبية من تنفيذ أو اتخاذ التدابير المناسبة ما لم يوجد اتفاق ثنائي أو جماعي يلزمها.<sup>1</sup>

ونافلة القول تعد مسألة تنفيذ الإنابة القضائية أمراً غير إلزامياً، ومن هذا المنطلق يرى أنصار الفقه التقليدي الذي ينادي بوجوب إعلاء فكرة السيادة الإقليمية على حساب ضرورة التعاون القضائي الدولي، بأن الإجراء المتعلق بقبول التنفيذ ما هو إلا هو تدبير يتميز كونه ذو طابع الاختياري " Caractère Facultative"، بحيث يعتمد التنفيذ من عدمه على السلطة التقديرية للدولة المطلوب منها التنفيذ.<sup>2</sup>

إلا أنه وفي المقابل يرى الاتجاه الفقهي الحديث بأن الفكرة التي انطلق منها أصحاب الرأي السابق (الفقه التقليدي) غير سليمة، حيث سعى هذا الاتجاه الفقهي إلى إلزام الجهة القضائية للدولة الأخرى المنابة بتنفيذ ما طلبته منها محاكم الدولة الأخرى كون مسألة تنفيذ الإنابة القضائية تندرج ضمن فكرة " التعايش المشترك بين مختلف النظم القانونية " وتكريس فكرة " التعاون القضائي الدولي " وترك الأفكار التي تشبث بفكرة " السيادة الإقليمية "، مواكبين في ذلك التطور الفقهي الحاصل في فلسفة القانون الدولي الخاص الحديث « وضمان سيادة العدالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية».<sup>3</sup>

## (2) التعاون القضائي الدولي كأساس للإنابة القضائية الدولية

يذهب الدكتور عكاشة محمد عبد العال وهو أحد أبرز رواد الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص المصري إلى ضرورة هجر ما استقر عليه رأي الفقه التقليدي في ربط تنفيذ الإنابة القضائية على أساس فكرة المجاملة الدولية والسيادة الإقليمية للدولة، حيث يرى الأستاذ بأن هذه الأفكار أصبحت أفكار

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 18-19.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 19.

<sup>3</sup> - أنظر هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 233-234.

قديمة وتجاوزها الزمن، وعليه يستحب عدم الاعتداد بها خاصة في نطاق القانون الدولي الخاص كون هذه الأفكار ذات مرجعية سياسية ولا يستحسن إقحامها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.<sup>1</sup>

### (3) مدى التزام الجهات القضائية الجزائرية بتنفيذ الإنابة القضائية الخارجة عن

#### نطاق الاتفاقيات الدولية

طلما أن المشرع الجزائري خول للقاضي الوطني الأخذ بالإنابة القضائية الدولية من خلال نصوص المواد من 112-124 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بهدف استكمال بعض الإجراءات المرتبطة بالدعوى وتمكنه من تكملة هذه المسائل خارج نطاق اختصاصه الإقليمي، وهذا ما ورد في نص المادة 112 والتي تنص على أنه «يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم، أن يطلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر يراه ضروريا في دولة أجنبية، بإصدار إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية»<sup>2</sup>، وبناء على ما تم ذكره ما هو الأساس القانوني الذي من خلاله تنفذ المحاكم الوطنية الجزائرية الإنابة القضائية الدولية المرسلة إليها قصد تنفيذها؟.

في نطاق الاتفاقيات الدولية (الجماعية أو الثنائية) التي صادقت عليها الجزائر على الصعيد القاري أو العربي أو الدولي، والتي تتناول المسائل المرتبطة بتنفيذ الإنابة القضائية الدولية والتي تعد ملزمة بالنسبة للجهات القضائية الوطنية بتنفيذها إلا في بعض الحالات التي تنص عليها الاتفاقية بشكل صريح ونذكر على سبيل المثال نص المادة 17 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي والتي تنص على أنه «تلتزم الجهة المطلوب إليها بتنفيذ طلبات الإنابة القضائية التي ترد إليها وفقا لأحكام هذه الاتفاقية و لا يجوز لها رفض تنفيذها إلا في الحالات الآتية:

أ- إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

ب- إذا كان من شأن التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك، أو بالنظام العام فيه.

<sup>1</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم الإشارة إليه سابقا.

ج- إذا كان الطلب متعلقا بجريمة يعتبرها الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ جريمة ذات صبغة سياسية.

وفي حالة رفض تنفيذ طلب الإنابة القضائية أو تعذر تنفيذه، تقوم الجهة المطلوب إليها تنفيذ الطلب بإخطار الجهة الطالبة بذلك فورا مع إعادة الأوراق وبيان الأسباب التي دعت إلى رفض أو تعذر تنفيذ الطلب»<sup>1</sup>.

إلا أنه وفي المقابل قد يصادف أن يطلب من القاضي الوطني الجزائري تنفيذ إنابة قضائية دولية من طرف جهة قضائية تابعة لدولة أجنبية لا تربطها أي اتفاقية بالجزائر، فهل تعتبر المحاكم الجزائرية هنا ملزمة بتنفيذ هذه الإنابة القضائية؟.

على الصعيد الفقهي لم يتناول الفقه الجزائري مسألة مدى إلزامية المحاكم الوطنية بتنفيذ الإنابة القضائية الدولية، أما على الصعيد التشريعي أيضا المشرع الوطني الجزائري لم يضع نصوص قانونية تمنع الجهات القضائية الوطنية من تنفيذ الإنابة القضائية الدولية إلا حسب حالتين المذكورتين في نص المادة 121 من ق ا م ج و التي تنص على أنه « يجوز للقاضي المناب أن يرفض تلقائيا أو بطلب من أي شخص يهمة الأمر تنفيذ الإنابة القضائية إذا رأى أنها لا تدخل ضمن صلاحياته».

أما الفقرة الثانية من نص المادة 02/121 نصت على أنه « يجب على القاضي رفض تنفيذ الإنابة القضائية، إذا كان من شأنها المساس بالسيادة أو بأمن الدولة أو بالنظام العام»<sup>2</sup>.

وتأسيسا على ما تم ذكره وفي رأينا الشخصي نذهب إلى تأييد ما ذهب إليه الفقه الحديث الذي ينتصر للطبيعة الملزمة لتنفيذ الإنابة القضائية الدولية على عاتق دولة القاضي المناب تكريسا لفكرة التعاون القضائي الدولي وعليه التزام الجهات القضائية الجزائرية بأن تنفذ الإنابة القضائية عملا بمبدأ المعاملة بالمثل، فطالما يوجد سند تشريعي يقضي بإرسال الإنابة القضائية ( المادة 112 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، يجدر بالمقابل على المحاكم الوطنية بأن تعامل الدول الأجنبية المرسلة للإنابات القضائية معاملة بالمثل، فإذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية خول للقاضي الوطني بأن ينيب فمناطقيا يسمح له بأن ينيب وذلك تحت غطاء التعاون القضائي الدولي ومراعاة حسن سير العدالة، ومن هذا المنطلق فإن مسألة تنفيذ الإنابة القضائية تعد بمثابة واجب يقع على عاتق المحاكم

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم الإشارة إليه سابقا.

الجزائية متى تحقق شرط المعاملة بالمثل وفي إطار التعاون القضائي الدولي وتحقيقا للعدالة ومصالح الأفراد الخاصة، إلا أنه تجدر الإشارة بتمتع المحاكم الجزائرية بخالص السلطة التقديرية في قبول أو رفض الإنابة القضائية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موضوع الإنابة القضائية الدولية

يراد بموضوع الإنابة القضائية الدولية بالمحل الذي يتطلبه تنفيذ هذه الإنابة، وعلى هذا الأساس قد يطرح تساؤل حول مدى جواز الأخذ بالإنابة القضائية في كافة الإجراءات المتعلقة بالدعوى أمام الجهة القضائية للدولة الأجنبية المنبئية؟ ونظرا لأهمية هذا الموضوع كان من الضروري أن نبين بوضوح محل الإنابة القضائية الدولية (أولا) من خلال المسائل التي تجوز فيها، ومن ثم التطرق إلى المسائل التي لا تجوز فيها (ثانيا).

#### أولا: محل الإنابة القضائية والمسائل التي تجوز فيها

يذهب الفقه إلى القول بأن موضوع الإنابة القضائية الدولية يجب أن يكون متعلق بمسائل ذات طبيعة خاصة أي مسائل مدنية أو تجارية ذات علاقة بنطاق القانون الدولي الخاص، حيث يقدر البعض بعدم جواز اتخاذ الإنابة القضائية كإجراء في المسائل المتعلقة بالقانون العام وخاصة المسائل ذات صلة بالقانون المالي، إلا إذا كانت هذه المسائل ناتجة عن اتفاقيات دولية جماعية أو ثنائية بين الدولة المنابة والمنبئية.<sup>2</sup>

وفي واقع الأمر أن الحالات والمسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى الإنابة القضائية حسب الفقه مسائل متنوعة وكثيرة، إلا أن أغلبها على المستوى العملي والإجرائي ترتبط بإجراءات والتدابير المتعلقة بالتحقيق والبحث عن الدليل في إقليم الدولة المنابة خاصة لم يكون هذا الإجراء ذو أهمية بالغة للبت في الدعوى المعروضة أمام المحكمة الأجنبية المنبئية، ومن هذا المنطلق فإن الإجراء المتعلق بالإنابة القضائية حسب نص المادة 733 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وما سارت عليه أغلب الاتفاقيات الدولية في هذا

<sup>1</sup> - راجع في هذه الفكرة عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> - خليل إبراهيم محمد، زينة حازم الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في مسائل الإنابة القضائية الدولية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة، ص 18، ع 63، جامعة الموصل، العراق، 2020، ص 16.



الصدد يرتكز على « اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر تراه الجهة القضائية المنبئة لأزما في الفصل في الدعوى المقامة أمامها»<sup>1</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره يرى الفقه من خلال التعريف السابق بأن الإنابة القضائية ترد على أي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر بهدف الحصول على أدلة الإثبات الموجودة خارج إقليم دولة القاضي، وهذا ما يجعل الإنابة القضائية ذات نطاق واسع تخول القيام بأي إجراء قضائي آخر يكون مهم للبت في المسألة المعروضة أمام الجهة القضائية، ولتوضيح ذلك قد تمتد الإنابة القضائية إلى درجة أن تكون إجراء تحقيق ( Procédé une enquête ) من خلال السعي إلى جمع الأدلة والحصول على المعلومات الضرورية التي من شأنها أن تيسر عمل القاضي المعروض أمامه النزاع، كما تجدر الإشارة بأنه يمكن طلب توجيه انابتين قضائيتين مختلفتين عن بعضهما البعض بشأن موضوع واحد مثل ما ذهبت إليه محكمة باريس في حكمها الشهير في قضية " Alexandra " بتاريخ 1983/11/03.<sup>2</sup>

وبالنظر إلى ما تقدم يرى الدكتور عكاشة عبد العال بأن موضوع الإنابة القضائية قد يكون أساسه أمرين مهمين يتمثلان في :

( أ ) أن يتمثل محل الإنابة القضائية على اتخاذ إجراءات التحقيق أو الإثبات أو جمع الأدلة التي لا يتمكن القاضي المنيب من القيام بها بنفسه، ومن هذا المنطلق قد يكون موضوع الإنابة القضائية أحد الحالات الآتية :

- إلزام أي شخص له علاقة بالدعوى بتقديم ما لديه من وثائق ومستندات ذات صلة بالخصومة والتي من شأنها أن تيسر من عمل القضاء في إظهار الحقيقة.
- طلب سماع شهادة شهود متوطنين بالخارج .
- الأمر بتعيين خبير بهدف إنجاز خبرة تخص موضوع النزاع.
- الأمر بالقيام بإجراء معاينة للمال ( منقولا كان أو عقار ) المتواجد بالخارج أو لمكان وقوع الحادث إذا ما تعلق الأمر بنزاع خاص بعقود التأمين.
- الأمر بفحص الدفاتر التجارية المتواجدة خارج إقليم دولة القاضي و كذلك الحصول على نسخة منها.

<sup>1</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 67-68.

<sup>2</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2349.

- توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة، غير أنه يبقى أن نشير بأن اليمين الحاسمة يطلبها الخصم من القاضي المنيب لكونها توجه من الخصم إلى الخصم ولا توجه من القاضي.
- الأمر بإجراء تحقيق لجمع الأدلة الضرورية والحصول على المعلومات الكافية.<sup>1</sup>
- ب) قد أن يكون موضوع الإنابة القضائية أي إجراء يقدر القاضي أهميته في حسم النزاع المعروض أمامه

وانطلاقاً مما سلف ذهب الفقه في هذا الصدد إلى التفريق بين كل من " العمل الإجرائي" (l'acte de procédure) وبين " الإجراء القضائي" (l'acte judiciaire)، حيث يعد كل إجراء قضائي بمثابة عمل إجرائي والعكس غير صحيح، وعليه يجمع غالبية الفقه على أن العمل الإجرائي يشكل " المسلك الإيجابي" الذي يمثل عنصراً من عناصر الإجراءات ويرتب أثراً إجرائياً مباشراً فيه ويتمتع بوصف العمل القانوني، وعلى هذا الأساس يرى الفقه بأنه لا يعد من قبيل الأعمال الإجرائية أي مسلك إيجابي يصدر من غير أشخاص الخصومة القضائية، كما لا يتصور أن ترد على الإنابة القضائية ولا تصلح أن تكون لها كل من الأعمال التي تتم خارج نطاق الخصومة القضائية كإعذار الخصم أو توكيل المحامي أو الإقرار الغير قضائي أو الصلح.<sup>2</sup>

وتماشياً مع ما سبق يرى الفقه أيضاً بأنه يدخل ضمن نطاق الإنابة القضائية كافة الأعمال القضائية من جهة والأعمال الولائية الصادرة عن القضاء من جهة أخرى، مادامت هذه الأخيرة الغاية منها مراعاة حسن سير العدالة وتفعيل التعاون القضائي الدولي وحماية حقوق الأطراف ومراكزهم القانونية.<sup>3</sup>

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي تناولت بعض الحالات التي تجيز الأخذ بالإنابة القضائية وذلك من خلال نص المادة 14 " في مجالات الإنابة القضائية" والتي تنص على « لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة " سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم، وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين.»<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 69-70.

<sup>3</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2350.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقاً.

كما تجدر الإشارة بأن اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي تناولت نفس المادة سابقة الذكر.<sup>1</sup>

المشرع الوطني الجزائري من خلال نص المادة 112 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ما يتعلق بالإنايات القضائية الدولية الصادرة لم يقيد المحكمة الجزائرية بنوع معين من الإجراءات في ما يخص الإنابة القضائية، بل ذهب إلى ترك السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الإجراءات المناسبة والضرورية التي من شأنها تنوير العدالة من خلال قوله «... أو أي إجراء قضائي أخيراه ضروريا في الدولة الأجنبية...»<sup>2</sup>

لكن يبقى التساؤل مطروح ما هو الإجراء القضائي الذي يمكن اعتباره صالحا لأن يكون موضوع الإنابة القضائية الدولية ومتى كان اتخاذه ضروريا للبت في النزاع المعروض أمام الجهات القضائية الوطنية؟، وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل يذهب الفقه إلى القول بوجود توفر شرطين أساسيين في الإجراء القضائي، حيث يكمن الشرط الأول في ضرورة أن يكون الإجراء قضائيا بمعنى أن يكون هذا الأخير صادرا عن جهة قضائية ومن طرف قاضي بمناسبة القيام بوظيفته ويهدف الفصل في المنازعة المعروضة أمامه، وعلى هذا الأساس فإن كل تدبير تتوافر فيه هذه السمات يجوز أن يكون محلا للإنابة القضائية متى قدر للقاضي المعروض أمامه النزاع، وفي المقابل يكمن الشرط الثاني في أن يقدر القاضي المنيب مدى أهمية القيام بهذا الإجراء القضائي، يرى الفقه في هذا الصدد بأن مسألة تقدير القاضي تكون مبنية إما على طلب أحد أطراف النزاع أو تكون من تلقاء نفسه، بحيث أن عملية التقدير ترتبط بشكل مباشر مع قواعد القانون الأجنبي المعمول بها في قانون الإجراءات في دولة القاضي المنيب.<sup>3</sup>

واستخلاصا لما سبق يرى الفقه بصعوبة تحديد وضبط هذه الإجراءات بطريقة محددة، إلا أن القضاء الفرنسي تطرق منذ مدة بعيدة إلى بعض الحالات الإجرائية المتعارف عليها والتي تخول اللجوء إلى الإنابة القضائية، حيث تتمثل هذه الأخيرة في:

- طلب استلام الكفالة المرتبطة بالدعوى.
- طلب استجواب السفية في المسائل المتعلقة بالوصاية أو القوامة.
- تنصيب مديرة بصفة مؤقتة خلال دعوى الحجز.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 19 من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا).

<sup>2</sup> - أنظر العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2349.

<sup>3</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 76 - 77.

- طلب نشر الأحكام القضائية الصادرة عن الجهات القضائية النابعة للدول الأجنبية من خلال الصحف و الإعلان عنها.
- طلب سماع الزوج خلال الصلح في الدعاوى المتعلقة بالطلاق.
- طلب اتخاذ الإجراءات الضرورية لإدارة المال الشائع أو الجزء منه الموجود بالخارج.
- طلب تعيين مصف للتركة وتعيين مدير للمال الشائع.<sup>1</sup>

### ثانيا: ما لا تجوز فيه الإنابة القضائية

رغم أن الهدف الرئيسي للإنابة القضائية الدولية يكمن في تحقيق حسن سير العدالة وتكريس التعاون القضائي الدولي بين مختلف الأنظمة القانونية والتسهيل في عملية جلب الدليل من خارج إقليم الدولة المعروض أمام جهاتها القضائية النزاع، إلا أن تنفيذ هذه الإجراءات المتعلقة بطلب الإنابة القضائية ليست بالمطلقة، ولا يجوز لها أن تكون محلا لهذه الأخير لعدة عوامل أبرزها المساس بالسيادة الإقليمية للدولة المطلوب منها تنفيذ الإنابة القضائية<sup>2</sup>، ومتى كان موضوع الإنابة القضائية يتمثل في تأدية إجراءات التحقيق أو الإثبات فهذا لا يعني أنه يمكن مد هذا الإجراء إلى الأمر بالقيام بالأعمال التنفيذية والتدابير التحفظية، ومن هذا المنطلق لا يصلح أن يكون محل الإنابة القضائية إجراء توقيع حجز الأموال ووضع الأختام عليها أو في تسليم الطفل إلى من تجب حضنته، وتجدر الإشارة إن رفض قبول الإجراءات الوقتية والتحفظية كمحل للإنابة القضائية يعود إلى سبب رئيس كما رأينا من شأنه أن يمس بسيادة الدولة المطلوب منها تنفيذ هذا الإجراء.<sup>3</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره تناول الفقه الحالات التي لا يجوز اللجوء فيها إلى الإنابة القضائية، حيث تتمثل هذه الأخيرة في:

- لا يصلح أن يكون محل الإنابة القضائية اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي، حيث أن مسألة تنفيذ تحكمها قواعد مستقلة بذاتها ينظمها تشريع كل دولة بناء على مبدأ السيادة الإقليمية للدولة<sup>4</sup>، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أفرد لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية تنظيما خاصا من خلال نص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن طلب إجراء إنابة قضائية دولية بشأن تنفيذ

<sup>1</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 77-78.

<sup>2</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2351.

<sup>3</sup> - أنظر خليل إبراهيم محمد، زينة حازم خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ص 19-20.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 97.

حكم أجنبي من شأنه أن يمس من سيادة الدولة المطلوب منها اتخاذ مثل هذا النوع من الإجراءات وهذا ما تناوله المشرع الوطني في الفصل الثاني " في السندات التنفيذية الأجنبية " من خلال الفقرة الرابعة من المادة 04/605 من نفس القانون والتي تنص على « لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: 4.../ تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.»<sup>1</sup>

محكمة النقض الفرنسية بدورها رفضت بأن يكون موضوع الإنابة القضائية تنفيذ الأحكام الأجنبية ومن خلال حكمها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1973 و سببت حكمها كون موضوع الإنابة القضائية من خلال المادة الثامنة من إتفاقية لاهاي لسنة 1954 المتضمنة القواعد الخاصة بالإجراءات المدنية بأن نطاق الإنابة القضائية يقتصر فقط على القيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو أي من الإجراءات الأخرى دون أن يتعدى ذلك إلى طلب القيام بإجراءات التنفيذ.<sup>2</sup>

- لا يصلح أن يكون موضوع الإنابة القضائية كل إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء آخر للفصل في النزاع متى لم يتعلق الأمر بحق من الحقوق الخاصة للأفراد، وعلى هذا الأساس لا يمكن تجوز الإنابة القضائية ما لم يرتبط موضوعها بأي حق من الحقوق الخاصة للأطراف للقيام بأي إجراء مرتبط بمسألة من مسائل القانون المالي أو الجنائي أو الإداري.<sup>3</sup>

- لا يصلح أن يكون أيضا موضوع الإنابة القضائية تخلي القاضي الوطني عن مطلق اختصاصه وتفويضه بشكل كلي لنظيره الأجنبي للفصل في النزاع محل الإنابة القضائية، حيث أن القاعدة العامة في الإنابة القضائية أنها لا ترتب نزع الاختصاص من الجهة القضائية المنبئة وإحلال محكمة أخرى بدلا عنها، و جدير بالذكر في هذا الصدد بأنه يوجد اختلاف شاسع بين الإنابة القضائية والدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية<sup>4</sup>، وعلى هذا الأساس يكمن الاختلاف بينهما في كون الإحالة لقيام ذات النزاع أمام جهة قضائية أجنبية تستوجب أن تكون الخصومة معروضة أمام المحاكم الوطنية مع توافر الشروط اللازمة لصحة التخلي وهي ( وحدة الأطراف والسبب والموضوع) في النزاع القائم أمام الجهات القضائية الأجنبية، وفي المقابل الإنابة القضائية كما رأينا تعد بمثابة طلب القيام بإجراءات قضائية

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - مشار إليه عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 101.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 102.

معينة من سلطة قضائية أجنبية، وبالتالي فإن الإنابة لا تستدعي التخلي عن الاختصاص بنظر الدعوى الأصلية بشكل مطلق لفائدة القاضي الأجنبي المنيب، بل هي فقط تفويض جزء من هذا الاختصاص بهدف تسهيل البت في النزاع وتحقيق التعاون القضائي الدولي بين مختلف الأنظمة القانونية.<sup>1</sup>

- لا يصلح أن يكون موضوع الإنابة القضائية أي إجراء من الإجراءات التي تقع على عاتق أطراف الدعوى القيام بها.

### المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية

بما أن الإنابة القضائية تعد بمثابة طلب يتم تقديمه من طرف سلطة قضائية منيعة إلى سلطة قضائية أخرى منابة أو دبلوماسية بهدف القيام بالإجراءات القضائية الضرورية كالتحقيق والبحث عن الأدلة المتعلقة بالنزاع الأصلي، على الصعيد الإجرائي لا تثير مسألة تنفيذ الإنابة القضائية الداخلية أي صعوبة كونها تخضع لسيادة الدولة كما وتخضع لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>، وفي المقابل تخضع الإنابة القضائية الدولية لنصوص تنظيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية أو الثنائية، وإذا أردنا تفصيل ما تقدم تعين علينا أن نحدد المسائل الآتية: ما هي طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؟ (الفرع الأول) ثم نبحت أخيراً موقف الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي انضمت إليها الجزائر أو أبرمتها بخصوص إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية على ضوء قانون الإجراءات

#### المدنية والإدارية الجزائري

عالج المشرع الجزائري من خلال القسم السابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " الإنابات القضائية الدولية"، حيث تناولت نصوص المواد 112-114 الإنابات القضائية " الصادرة" في حين تناولت المواد 115-116 الإنابات القضائية " الواردة"، ويحسن في هذا المقام أن نميز بين كل من إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية الصادرة (أولاً)، وإجراءات تنفيذ الإنابة القضائية الواردة (ثانياً) حسب ق إ م إ الجزائري.

#### أولاً: الإنابة القضائية الصادرة

<sup>1</sup> - إيمان طارق المكي، عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الإنابة القضائية الدولية في تحقيق التعايش بين النظم القانونية، مجلة العلوم الإنسانية، مج 01، ع 14، جامعة بابل، العراق، 2013، ص 85.

<sup>2</sup> - كمال سمية، الإنابة القضائية، المرجع السابق، ص 288.

متى سلم القاضي الجزائري بوجوب اللجوء إلى الإنابة القضائية من أجل طلب اتخاذ الإجراءات الضرورية وبحث الأدلة أو أي إجراء قضائي آخر يراه مناسب في دولة أجنبية ومن أجل تسهيل عملية الفصل في الدعوى يستوجب عليه أولاً القيام بمجموعة من الإجراءات وذلك حسب ما ورد في نصوص المواد 112-114 من ق إ م إ ج كون هذه الإنابة تتعدى حدود الإقليم الوطني كما أن مسألة قبولها من عدمها تخضع لسلطة الدولة الأجنبية ، إذا فهنا التساؤل يثار حول كيفية إرسال هذه الإنابة ؟ ومن هي الجهة المختصة بإرسال هذه الأخيرة ؟.

### 1) من خلال السلطات القضائية الأجنبية

على المستوى العملي والإجرائي وحسب القواعد العامة المتعارف عليها في الإنابة القضائية الدولية حسب الفقه بأنه في حالة إذا كان النزاع قائماً أمام الجهات القضائية الجزائرية للنظر فيه ويتطلب هذا الأخير تحصيل مجموعة من الأدلة موجودة فوق إقليم دولة أجنبية، فحسب هذه الحالة كان على القاضي الوطني الرجوع إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية منها أو الجماعية كاتفاقية " لاهاي " المتعلقة بجلب الأدلة من الخارج وبناء على ذلك يخول له الحصول على هذه الأدلة بمعية السلطات القضائية الأجنبية، إلا أنه وفي المقابل يبقى التساؤل مطروح حول كيفية طلب تنفيذ إنابة قضائية من قبل الجهات القضائية الجزائرية لدى دولة أجنبية لا تربطها بها أي اتفاقية دولية في الغرض وذلك بهدف نظر النزاع المعروض أمامها<sup>1</sup>؟.

يبقى أن نشير بأن الإجراء المتعلق بطلب اتخاذ إجراء الإنابة القضائية وتوجيهها إلى الجهة القضائية للدولة الأجنبية يطلق عليه الفقه مصطلح " الإنابة الحقيقية " كون هذه الأخيرة توجه من سلطة قضائية إلى سلطة قضائية أخرى، وبالتالي فإن هذه الطريقة تعد من أكثر الطرق اتفاقاً مع طبيعة الإنابة القضائية، فالهدف الذي يكمن من وراء هذا الإجراء هو القيام بكافة إجراءات التحقيق والإثبات، وبالتالي فإن الجهة القضائية المنابة للدولة الأجنبية هي الأكثر قدرة على تنفيذها والقيام بالإجراءات المناسبة في شأنها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2352-2353.

<sup>2</sup> - زينة حازم خلف الجبوري، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مج 06، ع 22، جامعة كركوك، العراق، 2017، ص ص 42-43.

و إلى ضميمة ما تقدم يلاحظ من خلال القراءة الأولية لنصوص مواد 112- 113- 114 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع الجزائري لم يمنع<sup>1</sup> القاضي الوطني من طلب إجراء تنفيذ إنابة قضائية لدى جهة قضائية أجنبية لدى دولة لا تربطها مع الجزائر أي اتفاقية دولية، حيث ورد في نص المادة 114 من نفس القانون على أنه « يقوم النائب العام بإرسال الإنابة القضائية حالاً إلى وزير العدل، حافظ الأختام قصد إرسالها، ما لم توجد اتفاقية قضائية تسمح لإرسالها مباشرة إلى السلطة القضائية الأجنبية».<sup>2</sup>

وتماشياً مع ما تم ذكره يضيف الفقه بأن الإنابة القضائية يستوجب أن يتوفر فيها مجموعة من المعايير والتي تتجسد في ما يلي:

- أن يتوفر في الإنابة القضائية مجموعة من البيانات الشكلية كتحديد المحكمة التي أصدرتها وأطراف موضوع النزاع .
- أن يتم تحرير الوثائق والمستندات المرتبطة بالإنابة القضائية " بلغة الدولة المناهبة أو تكون مرفقة بترجمة رسمية".
- يرى الفقه بضرورة صدور الإنابة القضائية " بصيغة عامة" وأن يلتزم بتنفيذها من قبل الجهة القضائية المختصة.<sup>3</sup>

ينبغي أن نذكر أنه في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي تتم خارج إقليم الدولة عند طلب تنفيذ الإنابة القضائية كالقيام بإجراءات التحقيق أو جمع الأدلة أو القيام بأحد الإجراءات القضائية الأخرى، ففي هذا الصدد يذهب الفقه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو "قانون دولة القاضي" أي قانون الدولة التي أقيمت فيها هذه الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الإنابة القضائية المرسله إليها من الخارج، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري من خلال نص المادة

<sup>1</sup> - نص المادة 112 من ق إ م إ ج « يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب الخصوم، أن يطلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر يراه ضرورياً في دولة أجنبية، بإصدار إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة الدولية المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية».

<sup>2</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - أنظر كمال سمية، الإنابة القضائية، المرجع السابق، ص ص 289-290.



22 منه والتي تنص على « يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات»<sup>1</sup>.

من زاوية أخرى قد يطرح تساؤل حول مدى التزام الجهة القضائية الأجنبية المناوبة بمدة زمنية محددة من أجل تنفيذ الإنابة القضائية؟ وما هي الآثار المترتبة عن عدم إنجاز الإنابة القضائية من المحكمة الأجنبية في الوقت المحدد؟. بما أن الإنابة القضائية تجسد روح التعاون القضائي الدولي وأساسها فكرة المجاملة الدولية ومن هذا المنطلق يجمع الفقه الفرنسي بأن مسألة تنفيذ الإنابة القضائية لا يعد أمراً ملزماً، فبالتالي ليس للجهة القضائية الأجنبية أن تنفذ الإنابة القضائية في وقت محدد ولا يمكن إلزامها بذلك كونها تابعة لدولة تتمتع بالسيادة<sup>2</sup>، المشرع الجزائري لم يتطرق لمثل هذه الحالات في نصوص المواد المتعلقة بالإنابة الدولية، إلا أنه وفي المقابل يرى القضاء الإسباني غير ذلك من حيث الطبيعة الإلزامية للإنابة القضائية والتي تستوجب تنفيذها في وقت محدد كونها تدرج ضمن النظام العام في الدولة.<sup>3</sup>

لا يعد طلب تنفيذ الإنابة القضائية من طرف السلطات القضائية الأجنبية هو الحل الوحيد المتوفر<sup>4</sup>، بل يوجد أيضاً حل آخر متعارف عليه في القانون المقارن وهو عن طريق رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي المعتمدين للدولة في الخارج، حيث تجدر الإشارة أن هذا ما سار عليه القضاء الفرنسي منذ مدة طويلة حتى في الحالات التي تشمل اتفاقيات دولية بين فرنسا والدولة الأخرى المراد تنفيذ فيها الإنابة القضائية، وهذا ما تناولته نص المادة 733 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على أنه « يمكن للقاضي المنيب (الفرنسي)، إن بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه، أن يطلب اتخاذ إجراءات التحقيق في دولة أجنبية، وكذا الإجراءات القضائية الأخرى التي يقدر ضرورتها، وذلك بمقتضى إنابة قضائية لكل سلطة قضائية مختصة في هذه الدولة أو للسلطات الدبلوماسية أو القنصلية الفرنسية المعتمدة فيها»<sup>5</sup>.

## (2) من خلال البعثات الدبلوماسية أو القنصلية

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 173.

<sup>2</sup> - كمال سمية، الإنابة القضائية، المرجع السابق، ص 290.

<sup>3</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2354.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 159.

تعرف البعثة الدبلوماسية بأنها « عبارة عن ثلثة من الممثلين الدبلوماسيين ترسلهم دولة ذات سيادة أو إحدى المنظمات الدولية أو الإقليمية بغرض تمثيلها لدى دولة أخرى، ويتمثل هذا المصطلح في البعثة المقيمة والتي تشغل السفارات أو القنصليات التابعة للدولة في غيرها من الدول الأخرى، كما تجدر الإشارة أن التمثيل الدبلوماسي ينقسم بدوره إلى تمثيل دبلوماسي إيجابي ويتمثل في قيام الدولة ذات السيادة بإيفاد وقبول البعثات الدبلوماسية من وإلى غيرها من الدول، أما التمثيل السلبي فيكمن في قبول الدول المنقوصة السيادة بالبعثات الدبلوماسية لغيرها من الدول دون أن يكون لها الحق في إرسال بعثات إلى لخارج»<sup>1</sup>.

يخول للجهات القضائية الجزائرية بمقتضى نص المادة 112 من ق إ م إ أن تعهد بتنفيذ الإنابة القضائية من قبل رجال السلكيين القنصلي والدبلوماسي المعتمدين من طرف الدولة الجزائرية في الخارج، حيث ورد في نص المادة 112 في الفرع الأول المتعلق بالإنابات القضائية الصادرة « يجوز للقاضي . . . بإصدار إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية»<sup>2</sup>.

ويصلح أن تلجئ الجهات القضائية الجزائرية إلى هذا الطريق دون أن تربطها مع الدولة الأجنبية أي اتفاقية دولية مثل ما هو معمول به في القانون الفرنسي في نص المادة 733<sup>3</sup> من قانون الإجراءات المدنية<sup>4</sup>، وعلى هذا الأساس يخول للجهات القضائية الوطنية اللجوء إلى الإنابة القضائية الدولية من خلال من خلال البعثات الدبلوماسية والقنصلية بالخارج عملاً بفكرة المجاملة الدولية، إلا أن البعثات الدبلوماسية والقنصلية لا تتمتع بالحرية المطلقة في ممارسة مهامها حيث تعد هذه الأخير مقيدة بالقوانين الدولية الاتفاقيات والأعراف وخاصة القوانين الداخلية للدولة المضيفة، وبالتالي فإن هذه البعثة لا تتمتع بصلاحيحة إجبار الأطراف المطلوب سماعهم في تحقيق أو شهادة من الحضور تنفيذاً للإنابة القضائية الصادرة عن دولتهم سواء كانوا من مواطني تلك الدولة ( المضيفة) أو من المقيمين على إقليمها<sup>5</sup>، وفي هذا المقام يجدر بنا التطرق إلى مسألة تنفيذ الإنابة القضائية الدولية في مواجهة رعايا الأجنبية.

<sup>1</sup> - زناتي مصطفى، البعثات الدبلوماسية فاعل رئيس للتمثيل الدبلوماسي (الأنواع، الحصانات)، مجلة البحوث والدراسات العلمية، مج 12، ع 01، جامعة يحي فارس، المدينة، 2018، ص 02.

<sup>2</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - يقابله نص المادة 112 من ق إ م إ ج.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 163.

<sup>5</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص ص 2355-2356.

## أ) تنفيذ الإنابة القضائية في مواجهة رعايا الدولة الأجنبية

مثل ما رأينا سابقاً أن مسألة تنفيذ الإنابة القضائية من خلال البعثات الدبلوماسية والقنصلية كأصل عام تنفذ في مواجهة رعايا الدولة الوطنية إلا أنه وكاستثناء من الأصل العام قد يلجأ رؤساء هذه البعثات إلى القيام بأحد الإجراءات التي قد تتطلبها الإنابة القضائية في مواجهة رعايا الدولة الأجنبية إلا أن هذا النوع من الإجراءات مقيد بشروط فرضتها الاتفاقيات الدولية تقلص من مهام هذه البعثات في مواجهة الأطراف التي لا تحمل نفس جنسيتها، وبالتالي قد يكون رعايا دول الأجنبية كل من مواطني الدولة التي يمارس بها البعثات مهامهم أو المقيمين بتلك الدولة<sup>1</sup>، ومن الجدير بالملاحظة أن إتفاقية لاهاي المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية المؤرخة ب 18 مارس 1970 في إطار التعاون القضائي الأوروبي ( La coopération judiciaire en Europe)<sup>2</sup> من خلال نص المادة 16 منها تناولت فرضية تنفيذ الإنابة القضائية في مواجهة رعايا الدولة الأجنبية وفقاً لمجموعة من الشروط والتي تتمثل في ما يلي :

- عدم تنفيذ الإنابة القضائية من خلال استعمال القوة الجبرية.
- أن لا يتعدى المبعوث القنصلي أو الدبلوماسي حدود صلاحياته واختصاص وظيفته في تنفيذ الإنابة القضائية.
- أن يكون الإجراء المبتغى تنفيذه مرتبطاً بدعوى قائمة أمام الجهة القضائية التابعة لدولته التي يحمل جنسيتها.
- أن يتحصل المبعوث الدبلوماسي أو القنصلي عن رخصة من قبل سلطات الدولة التي يباشر فيها مهامه.<sup>3</sup>

وجدير بالذكر أنه من مزايا تنفيذ الإنابة القضائية الدولية عن طريق السلك الدبلوماسي والقنصلي هو العمل بمبدأ "الاقتصاد في الإجراءات القانونية" وتكريس حسن سير اعتبارات العدالة، ولعل هذه المزايا تلبي طلبات أطراف النزاع بالموازاة مع تسهيل مهمة القاضي المختص للفصل في النزاع، وعلى هذا الأساس تكمن هذه المزايا في:

<sup>1</sup>- زينة حازم خلف الجبوري، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> - Audrey Damiens, La procédure en droit international privé (recherche en droit de l'Union européenne), thèse de doctorat, droit privé, université d'Orléans, 2015, p 339.

<sup>3</sup>- زينة حازم خلف الجبوري، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، المرجع السابق، ص 67-68.

• عدم وجوب ترجمة طلب تنفيذ الإنابة القضائية وكافة الوثائق والمستندات المرسله والمرفقات المتعلقة به.<sup>1</sup>

• تعد البعثات الدبلوماسية والقنصلية ملزمة بتنفيذ الإنابة القضائية الدولية المرسله لهم كونها تعد صادرة عن جهة قضائية وطنية، كما أنهم يمثلون دولتهم في الخارج بموجب أحكام القانون الدولية العام.<sup>2</sup>

واستخلاصا لما سلف تجدر الإشارة إن بعض النظم القانونية " الأنجلوسكسونية" تخول لبعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الخارج القيام بكافة الإجراءات الضرورية في مواجهة مواطنها المقيمين بتلك الدولة أو الأفراد الذين لا يحملون جنسيتها بهدف تنفيذ الإنابة القضائية، بالإضافة لمنحهم حرية اللجوء إلى قضاء تلك الدولة المضيفة من أجل تسهيل مأمورية الإجراءات المرتبط بالتنفيذ.<sup>3</sup>

رغم أن المشرع الجزائري قد أجاز على غرار التشريعات المقارنة الأخر طلب تنفيذ إجراء الإنابة القضائية الدولية عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي<sup>4</sup> لما فيها من مزايا تسهل من حسن سير العدالة ويهدف البت في النزاع في أقل وقت أو جهد ممكن، إلا أن بعض من فقهاء القانون الدولي الخاص وعلى رأسهم الدكتور عكاشة محمد عبد العال قد عارض هذه الفكرة من خلال مجموعة من الحجج التي تتجسد في كون الإجراءات القضائية التي تمثل موضوع الإنابة القضائية هي بمثابة " إجراءات ذات طبيعة قضائية بحتة " وبالتالي يعد من العصي على هذه البعثات بالنظر إلى طبيعة عملهم والتي تندرج ضمن العمل الدبلوماسي دون أن تمتد بشكل مباشر إلى العمل القضائي، وعلى هذا الأساس يرى مؤيدي هذا الاتجاه بأنه في حالة اللجوء إلى البعثات الدبلوماسية والقنصلية بغية تنفيذ الإنابة القضائية في الدولة التي يمارسون بها وظائفهم ففي هذه الحالة يستوجب على الجهة القضائية المنيبة تحديد كافة الإجراءات المبتغي طلب تنفيذها بدقة ووضوح لتسهيل مهمة المبعوث الدبلوماسي أو القنصلي.<sup>5</sup>

### ثانيا: الإنابة القضائية الواردة

<sup>1</sup> - إيمان طارق المكي، عبد الرسول عبد الرضا جابر، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> - كمال سمية، الإنابة القضائية، المرجع السابق، ص 292.

<sup>3</sup> - راجع عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 176-177.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 112 من ق إ م ج.

<sup>5</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 166-167.

عملا بفكرة التعاون القضائي الدولي والمبدأ القائل بالمعاملة بالمثل الذي يستمد أساسه من فكرة المجاملة الدولية، الذي بدوره يمكن من ورود إلى الجهات القضائية الجزائرية حسب نص المادة 115 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن طريق وزير العدل حافظ الأختام<sup>1</sup> طلب تنفيذ إنابة قضائية كإجراء تم اتخاذه من طرف جهة قضائية لدولة أجنبية بهدف البت في النزاع، كمثال تواجد الشاهد المراد سماعه فوق الإقليم الوطني الجزائري أو أي إجراء آخر من شأنه أن يساعد المحكمة الأجنبية كالتحقيق.

وإذا أردنا تفصيل ما تقدم تعين علينا أن نحدد المسائل الآتية: ماهي السلطة المخول لها تنفيذ الإنابة القضائية الدولية في الجزائر؟ وهل يمكن للجهات القضائية الجزائرية رفض تنفيذ هذه الإنابة؟ وإذا كان لها ذلك فما هي هذه الحالات؟ لبلوغ هذه الغاية يستوجب منا البحث في الجهة المختصة بنظر الإنابة القضائية ثم الحالات التي تؤدي إلى رفض الإنابة القضائية من قبل القاضي الجزائري المختص ، وأخيرا مصاريف تنفيذ الإنابة القضائية.

### (1) الجهة المختصة بنظر الإنابة القضائية الدولية

نصت المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، على أنه « فور تلقي الإنابة القضائية، تنفذ المهمة المطلوبة بسعي من الجهة القضائية المنابة أو من قبل قاض يعينه رئيس هذه الجهة القضائية»، ومن خلال القراءة الأولية لهذه المادة يفهم بأن المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة أنه أولى أهمية قصوى بضرورة تنفيذ الإنابة القضائية على " وجه السرعة" إما عن طريق رئيس المحكمة الابتدائية العادية أو الإدارية أو من خلال رئيس المجلس القضائي كل حسب اختصاصه، ومن هذا المنطلق راعى المشرع الوطني الجزائري اعتبارات حسن سير العدالة لتمكين الجهة القضائية الأجنبية من الفصل في النزاع المعروض أمامها وعدم التأخر في الرد عليها وتنفيذه حيث تتجلى هذه الأهمية في مصطلح المدرج في المادة 117 " فور تلقي الإنابة القضائية "، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تناول تقريبا نفس الصيغة الواردة في نص المادة 09 من اتفاقية جلب الأدلة من الخارج (doit être exécuté d'urgence)<sup>2</sup>.

وعلى المستوى الإجرائي ويهدف تنفيذ الإنابة القضائية كما رأينا حسب نص المادة 115 من ق إ م ج يقوم وزير العدل بإرسال الإنابة القضائية الواردة إلى النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا

<sup>1</sup> - المادة 115 من ق إ م ج « يرسل وزير العدل، حافظ الأختام الإنابات القضائية، الواردة إليه من دول أجنبية، إلى النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا بتنفيذها».

<sup>2</sup> - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2358.

الذي يرسلها بدوره إلى الجهة القضائية المختصة من أجل تنفيذها<sup>1</sup>، إلا أنه وفي القانون الواجب التطبيق نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 118 من نفس القانون على أنه كقاعدة عامة تنفذ طبقا للقانون الجزائري، واستثناء إذا طلبت الجهة القضائية الأجنبية تنفيذها في شكل خاص، بشرط أن لا يتعارض التنفيذ مع التشريع الوطني.<sup>2</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره حول المشرع الجزائري للخصوم ومحامهم طرح الأسئلة بخصوص الإنابة القضائية بناء على شرطين أساسيين يتمثلان في :

- أن تطرح الأسئلة بترخيص من القاضي المختص.
- وجوب صياغة الأسئلة والأجوبة باللغة العربية أو أن يتم ترجمتها إليها.<sup>3</sup>

ومن زاوية أخرى أجبر المشرع الجزائري القاضي المختص المناب بإشعار الجهة القضائية المنيبة بمكان وتاريخ وساعة تنفيذ الإنابة القضائية إذا طلبت منه ذلك، كما أجاز للقاضي الأجنبي المنيب بأن يحضر إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية، إذا وجدت اتفاقيات قضائية تتيح ذلك.<sup>4</sup>

## (2) حالات رفض الإنابة القضائية الدولية من قبل الجهات القضائية الجزائرية

رغم أن أغلب الآراء الفقهية تذهب إلى القول بإلزام الجهات القضائية بقبول تنفيذ الإنابة القضائية الواردة من المحاكم التابعة لدول الأجنبية تحت غطاء التعاون القضائي الدولي وعملا بفكرة المجاملة الدولية، إلا أن هذا الإلزام الفقهي معلق على شرط مبدأ المعاملة بالمثل بغض النظر عن الصفة التي تعامل بها الجهات القضائية الأجنبية الإنابات الصادرة عن المحاكم الجزائرية، وفي النفس السياق يذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي ألزم القاضي بتنفيذ الإنابة القضائية الدولية المرسله إليه حتى في حال عدم توافر اتفاقية دولية في هذا الشأن بين فرنسا والدولة المنيبة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - المادة 116 من ق إ م ج.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 118 من ق إ م ج.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 119 من ق إ م ج.

<sup>4</sup> - نص المادة 120 من ق إ م ج.

<sup>5</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 255-256.

وفي المقابل قد ترد بعض الحالات التي يرفض فيها تنفيذ الإنابة القضائية الدولية الواردة إلى الجهات القضائية الجزائرية، حيث منح المشرع الوطني من خلال نص المادة 121 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي المختص مطلق السلطة التقديرية في رفض تنفيذ الإنابة القضائية أو بناء على طلب أي شخص يهيمه الأمر، حيث ورد في نص هذه المادة أنه « يجوز للقاضي المناب أن يرفض تلقائياً أو يطلب من أي شخص يهيمه الأمر تنفيذ الإنابة القضائية إذا رأى أنها لا تدخل ضمن صلاحياته»، كما حدد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 01/121 حالات أخرى لا تنفذ فيها الإنابة القضائية وهي:

- إذا كان تنفيذ الإنابة القضائية من شأنه أن يمس بالسيادة الوطنية.
- إذا كان تنفيذ الإنابة القضائية من شأنه أن يمس بأمن الدولة.
- إذا كان تنفيذ الإنابة القضائية يمس بالنظام العام.<sup>1</sup>

إلا أنه وفي المقابل ألزم المشرع الجزائري القاضي المختص بتسيب الحكم القاضي برفض التنفيذ، أو إبطال العقود التي قام بتحريرها تنفيذاً للإنابة القضائية، أو التراجع عن الإجراءات المتخذة، أو رفض التراجع.<sup>2</sup>

ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأن المشرع قد أجاز للخصوم و النيابة العامة استئناف الحكم في أجل قدره (15) يوماً، ولا يمدد هذا الأجل بسبب المسافات<sup>3</sup>، كما نص على إرسال العقود المحررة تنفيذاً للإنابة القضائية أو الحكم الرامي برفض تنفيذها إلى الجهة القضائية المنيبة بنفس الطرق التي استعملت في إرسالها إلى الجهة القضائية المنابة<sup>4</sup>.

### (3) في مصاريف تنفيذ الإنابة القضائية

جعل المشرع الوطني الجزائري تنفيذ الإنابة القضائية دون دفع أي رسوم أو مصاريف، إلا في إحدى الحالات الآتية:

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 122 من ق إ م إ ج.

<sup>3</sup> - أنظر الفقرة 2 من نص المادة 02/122 من ق إ م إ ج.

<sup>4</sup> - المادة 123 من ق إ م إ ج .

«إذا كانت المبالغ المستحقة للشهود أو الخبراء والمترجمين ولأي شخص ساهم في إنجاز الإنابة القضائية، تكون على عاتق السلطة الأجنبية...»، إلا أنه ومن زاوية أخرى استبعد المشرع هذا النص في حال وجود اتفاقية بين الجزائر ودولة الجهة القضائية المنبئة.<sup>1</sup>

وجدير بالذكر أن اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بخصوص مصاريف تنفيذ الإنابة القضائية بين الدول الأعضاء نصت بأنه « لا يرتب تنفيذ الإنابة القضائية الحق في اقتضاء أي رسوم أو مصروفات فيما عدا أتعاب الخبراء، إن كان لها مقتضى ونفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها ويرسل بها بيان مع ملف الإنابة وللطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ الإنابة القضائية أن يتقاضى لحسابه ووفقا لقوانينه الرسوم المقررة على الأوراق التي تقدم أثناء الإنابة».<sup>2</sup>

وبدورها اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي نصت من خلال نص المادة 25 منها على أنه « لا يترتب عن تنفيذ الإنابة القضائية دفع أية مصاريف من الطرف المتعاقد الطالب ماعدا أجور الخبراء، وكذلك نفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها ويرسل بها بيانات مع ملف الإنابة».<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: طرق تنفيذ الإنابة القضائية في الاتفاقات الدولية

كسائر الدول الأخرى يحتل التعاون القانوني والقضائي لدى الجزائر مكانة هامة على الصعيد الدولي، حيث بادرت الجزائر بالانضمام إلى اتفاقات جماعية وأخرى ثانوية من شأنها أن تيسر من أداء العدالة وضمان تحقيقها للأطراف بخصوص بعض مسائل التعاون القضائي خاصة في المسائل المدنية والتجارية مواكبة منها للتطور الحاصل لدى القوانين والأنظمة القانونية المقارنة، وهذا ما أدى إلى تطوير هذا التعاون على المستويات الثانوية والمتعددة الأطراف وإبرام العديد من الاتفاقيات ذات الطابع القضائي مع سائر الدول المختلفة<sup>4</sup>، ومن بين المسائل التي تحتل المراتب الأولى في نطاق التعاون القضائي الدولي هي " الإنابة القضائية "، وفي هذا المقام سوف نحاول بيان طرق تنفيذ الإنابات القضائية في نطاق الاتفاقات الجماعية (أولا)، ثم نبحت أخيرا في طرق تنفيذ الإنابة في الاتفاقات الثنائية (ثانيا).

### أولا: طرق تنفيذ الإنابة في الاتفاقات الجماعية التي وقعت عليها الجزائر

<sup>1</sup> - راجع نص المادة 124 من ق إ م إ ج.

<sup>2</sup> - راجع العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 2360.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>4</sup> - أنظر في التعاون الدولي موقع وزارة العدل الجزائرية، <https://www.mjjustice.dz/ar/conventions-internationaux-2-2>.



وقعت الجزائر على اتفاقيتين من ضمن الاتفاقات الجماعية المتعلقة خاصة بالمسائل المدنية والتجارية ذات الطابع الدولي الخاص والتي تضمنتا كل منهما نصوص مواد تنظم مسألة الإنابة القضائية الدولية بين مختلف الدول الأعضاء، حيث تتمثل الأولى في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض<sup>1</sup> بتاريخ 06 أفريل 1983، أما الثانية فتتمثل في اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة رأس لانوف الليبية 09-10 مارس 1991، ومن هذا المنطلق يبقى التساؤل مطروح حول ما هي طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية وفقا لهاتين الاتفاقيتين؟

## 1) طرق تنفيذ الإنابة القضائية وفقا لاتفاقية الرياض العربية للتعاون

### القضائي

تطرقت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي إلى مسألة تنفيذ الإنابة القضائية من خلال نص المادة 18 منها على أنه « يتم تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب منه ذلك»، إلا أن الفقرة الثانية من نص المادة 02/18 أوردت استثناء مفاده طلب تنفيذ الإنابة وفق شكل خاص حيث ورد في النص « وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب - بناء على طلب صريح منه - في تنفيذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص، يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك إجابة رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه أو أنظمته»، أما الفقرة الثالثة من المادة 03/18 فنصت على أنه « يجب إذا أبدت الجهة الطالبة رغبته صراحة، إخطارها في وقت مناسب بمكان وتاريخ تنفيذ الإنابة القضائية حتى يتسنى للأطراف المعنية أو وكلائهم حضور التنفيذ وذلك وفقا للحدود المسموح بها في قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ»<sup>2</sup>.

يلاحظ من خلال القراءة الأولية لنص المادة 18 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي أن المشرع الوطني الجزائري قد استوحى نفس المبدأ من خلال نص المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص المشرع بأن تنفذ الإنابة القضائية كأصل عام وفق القانوني الجزائري واستثناء في شكل خاص معلق بشرط طلب الجهة القضائية الأجنبية تنفيذها في شكل خاص على أن لا يتعارض ذلك مع التشريع الوطني.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 47-01 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 18، مرسوم رئاسي رقم 47-01 يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>1</sup> - راجع نص المادة 118 من ق إ م إ ج.

وبالعودة إلى نص المادة 15 من نفس الاتفاقية نجد بأنها نصت في مجال القضايا المدنية التجارية الإدارية الجزائية وقضايا الأحوال الشخصية على أنه « أ - ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف متعاقد آخر... »<sup>1</sup>

تبقى الإشارة فيما يخص الأطراف المطلوب سماع شهادتهم عند تنفيذ الإنابة القضائية، فإنه حسب الاتفاقية سالفه الذكر يتم تكليفهم بالحضور بالطرق المتبعة لدى الطرف المتعاقد المطلوب أداء الشهادة لديه<sup>2</sup>، وناهيك من ذلك تطرقت الاتفاقية للأثر القانوني للإنابة القضائي حيث جعلت من الإجراء الذي يتم بطريق الإنابة القضائية أن يكون له نفس الأثر القانوني كما لو تم أمام الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب<sup>3</sup>.

هكذا يتبين من خلال ما سبق أن اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بخصوص تنفيذ الإنابة القضائي لاسيما في نص المواد 15- 18 أنها عالجت هذه المسألة عن طريق السلطة القضائية في الدولة المراد اتخاذ الإجراء موضوع الإنابة القضائية فيه، غير أن الاتفاقية أتاحت فرضية اللجوء إلى البعثات الدبلوماسية والقنصلية في قولها من خلال الفقرة الثانية من المادة 15/ 02 والتي تنص على أنه « ولا يحول ما تقدم دون السماح لكل من الأطراف المتعاقدة بسماع شهادة مواطنيها في القضايا، المشار إليها أنفاً، عن طريق ممثلها القنصليين أو الدبلوماسيين... » إلا أنه وفي حال قيام خلاف بين الدول الأعضاء المعنيين بتنفيذ الإنابة القضائية حول جنسية أحد الأطراف خولت الاتفاقية تحديدها وفق قانون الطرف المتعاقد المطلوب تنفيذ الإنابة القضائية لديه<sup>4</sup>.

أما عن مصاريف ورسوم تنفيذ الإنابة القضائية نصت الاتفاقية على أنه لا يرتب تنفيذ الإنابة القضائية الحق في اقتضاء أي رسوم أو مصروفات باستثناء :

- أتعاب الخبراء إن كان لها مقتضى
- نفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 15 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 19 من نفس الاتفاقية.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 20 من نفس الاتفاقية.

<sup>4</sup> - راجع نص المادة 15 من نفس الاتفاقية.

على أن يبقى للطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ الإنابة القضائية أن يتقاضى حسب قانونه على الرسوم المقررة على الأوراق التي تقدم أثناء تنفيذ الإنابة القضائية.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة على أن اللغة المعتمدة في إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية في إطار اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لا تثير أي مشكلة طالما أن اللغة واحدة بين كافة الدول الأعضاء وهي اللغة العربية، ولهذا السبب يعد من المنطقي أن لا تتطرق الاتفاقية السالفة الذكر إلى اللغة التي تحرر بموجبها الإنابة القضائية، حيث أن هذه المسألة تثار عادة لما يتعلق الأمر باختلاف اللغة تنفيذ الإنابة القضائية بين الدولة المنيبة والدولة المنابة الأمر الذي يتطلب ترجمة لكافة الوثائق والمستندات التي لها علاقة بالإنابة القضائية، وبالتالي تترجم إلى لغة الدولة المطلوب إليها تنفيذ هذه الإنابة وذلك حسب القواعد العامة المتعارف عليها.<sup>2</sup>

ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأن الاتفاقية قد خولت للجهة القضائية التابعة للدولة المطلوب منها تنفيذ الإنابة القضائية أن ترفض تنفيذها في الحالات الآتية:

- إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ .
- إذا كان من شأن التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك، أو بالنظام العام فيه.

كما نصت الاتفاقية على أنه وفي حال رفض تنفيذ الإنابة القضائية حسب الأسباب المذكورة أعلاه، يتعين على الجهة القضائية المطلوب إليها التنفيذ أن تبرر أسباب الرفض مع إخطار الجهة الطالبة بهذا القرار وإعادة الأوراق المرتبطة بالإنابة.<sup>3</sup>

## 2) طرق تنفيذ الإنابة القضائية وفقاً لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين

### دول اتحاد المغرب العربي

في تنفيذ الإنابة القضائية بين دول اتحاد المغرب العربي نصت الاتفاقية من خلال نص المادة 20 على « ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية

<sup>1</sup> - أنظر المادة 21 اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 222.

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 17 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف من تلقاء نفسها إلى الجهة المختصة وإذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة أو أمانة العدل وتعلم فوراً الجهة الطالبة بما تم في الحالين»<sup>1</sup>.

أما في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تنفيذ الإنابة القضائية نصت الاتفاقية على أنه تنفذ حسب القوانين المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب منه التنفيذ، كما يستوجب على الجهة المراد منها تنفيذ الإنابة بناء على طلب صريح من الجهة الطالبة ما يلي :

- أن تنفذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص إذا لم يكن هذا الشكل مخالف للتشريع الوطني.

- أن تعلم في الوقت المناسب الجهة الطالبة بالتاريخ والمكان الذي سيقع فهما تنفيذ الإنابة القضائية، ليتمكن الطرف المعني من الحضور إن شاء أو توكيل من ينوب عنه وذلك طبقاً للتشريع الجاري به العمل في البلاد المطلوب إليها.<sup>2</sup>

أما بخصوص النفقات المتعلقة بتنفيذ الإنابة القضائية نصت الاتفاقية على أنه لا يترتب عند تنفيذ الإنابات القضائية دفع أية مصاريف من الطرف المتعاقد الطالب ماعدا أجور الخبراء، والنفقات المتعلقة بالشهود، التي يلتزم طالب تنفيذ الإنابة القضائية بأدائها ويرسل بها بياناً مع ملف الإنابة المنجزة.<sup>3</sup>

### ثانياً: طرق تنفيذ الإنابة في الاتفاقيات الثنائية التي وقعت عليها الجزائر

وقعت الجزائر على عدد معتبر من الاتفاقيات الثنائية خاصة مع العديد من الدول العربية والأوروبية وذلك بغرض تحقيق التعاون القانوني والقضائي الدولي بين مختلف الأنظمة القانونية المقارنة، ولضمان تحقيق العدالة بالنسبة للأفراد بمناسبة المنازعات ذات الطابع الدولي الخاص، حيث تضمنت جل هذه الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر بعض النصوص القانونية التي تنظم مسألة الإنابة القضائية و الأحكام المتعلقة بتنفيذها لاسيما في المسائل المدنية، التجارية والأحوال الشخصية، وعلى غرار الاتفاقيات الجماعية تناولت أيضاً المعاهدات الثنائية كافة الإجراءات المتعلقة بكيفية تنفيذ الإنابة

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 23 من اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي.

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 25 من نفس الاتفاقية.

القضائية، القانون الواجب تطبيقه عليها، بالإضافة إلى اللغة المعتمدة فيها خاصة في الاتفاقيات التي وقعتها الجزائر مع الدول الغير عربية، كما تضمنت أيضا الحالات التي بموجبها يرفض تنفيذ هذه الإنابة.

فالذي لا شبهة فيه أن معظم هذه الاتفاقيات الثنائية تضمنت طرق تنفيذ الإنابة القضائية، حيث يتضح لنا أن أغلبها تجعل من مسألة تنفيذ الإنابة في الخارج يكون بموجب السلطة القضائية في الدولة المراد منها تنفيذ الإنابة، أو من خلال البعثات الدبلوماسية والقنصلية للدولة طالبة التنفيذ في الخارج<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس نصت الاتفاقية الجزائرية المصرية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي الموقعة بالجزائر بتاريخ 29 فيفري 1964 من خلال نص المادة 9 منها على أنه «يجري تنفيذ الإنابة القضائية في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في إقليم أي من الطرفين المتعاقدين بواسطة السلطات القضائية وفقا للإجراءات المتبعة في كل منهما»<sup>2</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره بخصوص تنفيذ الإنابة القضائية عن طريق البعثات الدبلوماسية والقنصلية أشارت الفقرة الثالثة من نص المادة العاشرة 03/10 من الاتفاقية الجزائرية التركية المتعلقة بالتعاون القضائي الموقعة بالجزائر بتاريخ 14 ماي 1989 والتي نصت من خلالها على أنه «... في حالة ما إذا لم يكن هذا الإجراء مخالفا لتشريع دولة الإقامة لا تمنع أحكام هذه المادة الطرفين المتعاقدين من تكليف ممثلهما الدبلوماسيين والقنصليين بتنفيذ في ما يخص الشؤون المدنية والتجارية الإنابات القضائية المتعلقة بسماع رعاياهم مباشرة...»<sup>3</sup>.

كما تجدر الإشارة أن بعض الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر تضمنت تنفيذ الإنابة القضائية إلا عبر السلطات القضائية، وبالتالي استبعاد تنفيذها عبر الطرق الدبلوماسية والقنصلية ونذكر في ذلك الاتفاقية الجزائرية الإسبانية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري الموقعة بمدير

<sup>1</sup> - راجع عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 231.

<sup>2</sup> - أمر رقم 65- 195 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق ل 29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وبين الجمهورية العربية المصرية المتحدة الموقع عليها بمدينة الجزائر في 29 فبراير سنة 1964، ج.ر، د.ع، ص 1150.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000-370 مؤرخ في 20 شعبان عام 1421 الموافق 16 نوفمبر سنة 2000، يتضمن التصديق على اتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية تركيا، الموقعة بالجزائر في 14 مايو سنة 1989، ج.ر، ع 69، ص 23.

(اسبانيا) بتاريخ 24 فبراير سنة 2005، حيث ورد في نص المادة 12 منها أنه « تنفذ الإنابات القضائية في إقليم أحد الطرفين المتعاقدين عن طريق السلطة القضائية، حسب الإجراءات المتبعة في كل منهما».<sup>1</sup>

ومن خلال القراءة الأولية لنصوص مواد الاتفاقيات الثنائية سالفه الذكر أن مسألة تنفيذ الإنابة من خلال السلطات القضائية في كل دولة هو أمر " لا خلاف بشأنه"، حيث أنه وفي حالة عدم اختصاص هذه الأخيرة جاز لها أن تحيل مسألة التنفيذ إلى الجهة القضائية الأخرى المختصة، علما أن أثر القرار الصادر عن هذه الأخير يبقى هو نفسه فيما لو كان صادرا عن الجهة القضائية المنبئة نفسها، ويبقى على المحكمة المختصة إخطار الجهة المنبئة في حال تعذر التنفيذ مع بيان كافة الأسباب التي أدت إلى ذلك.<sup>2</sup>

والذي نلفت النظر إليه كذلك أن تنفيذ الإنابة القضائية بواسطة الطرق الدبلوماسية والقنصلية تعد حسب أغلب الآراء الفقهية مجرد طرق ثانوية " احتياطية " في إطار الاتفاقيات الجماعية منها والثنائية، حيث يقتصر تنفيذ هذه الإنابة بواسطة هذه الطرق على سماع شهادة أحد الرعايا في الدولة المنبئة في الخارج، إلا أنه وفي المقابل قد يصادف عند تنفيذ الإنابة عن طريق السلكيين الدبلوماسي والقنصلي أن يكون الطرف المبتغي اتخاذ إجراء التحقيق معه يحمل جنسيتين، جنسية الدولة المنبئة والمنابة في نفس الوقت، وفي هذا السياق يثار تساؤل حول كيفية تنفيذ الإنابة في مواجهة مزدوجي الجنسية بالنسبة للدولتين ( المنبئة والمنابة)؟

من التعارف عليه فقهما أنه يتم التنفيذ وفق هذه الحالة حسب جنسية دولة التنفيذ<sup>3</sup>، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الرابعة من نص المادة 04/10 من الاتفاقية الجزائرية التركية على أنه « في حالة التنازع في التشريع، تحدد جنسية الشخص المطلوب سماعه حسب مقتضيات قانون البلد الذي تنفيذ فيه الإنابة القضائية».<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 06 - 64 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا، موقعة بمدير في 24 فبراير 2005، ج.ر، ع 08، ص 14.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 232، أنظر أيضا نص المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 03-139 الذي يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>3</sup> - راجع عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 232.  
<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 10 من مرسوم رئاسي رقم 2000-370 الذي يتضمن التصديق على اتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية تركيا، تم الإشارة إليه سابقا.

### الفصل الثاني: تأثير مبدأ التعاون القضائي الدولي في تحقيق العدالة

في ظل تنوع ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، قد يصادف أن تكون عدة جهات قضائية لعدة دول أجنبية مختصة بنظر نزاع واحد بشكل قد يثير التنازع الإيجابي للاختصاص القضائي الدولي وبالتالي يفتح الباب أمام الخصوم سيئ النية في اختيار المحكمة التي يعلمون مسبقاً بأنها سوف تصدر حكماً في صالحهم، حيث عرفت هذه الممارسات بيئة مناسبة خاصة في نطاق المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من خلال قيام المدعي بخلق ضابط اصطناعي من شأنه أن يسند الاختصاص محكمة ليست مختصة أصلاً بنظر النزاع أي لا تؤول لها ولاية نظر الدعوى لو تم اعتماد الضوابط الأصلية المعمول بها.<sup>1</sup>

وفي سبيل منع حدوث مثل هذا النوع من الممارسات حاولت أغلب التشريعات المقارنة وفي إطار التعاون القضائي الدولي استحداث جملة من الإجراءات لكبح تنامي هذه الظاهرة، ولعل أبرز هذه التدابير نذكر اشتراط رابطة جدية بين النزاع المطروح والجهات القضائية الوطنية، كما استحدثت بدورها النظم القضائية الأنجلوسكسونية أوامر منع التقاضي كوسيلة فعالة تمنع الخصوم سيئ النية من مباشرة الدعاوى الكيدية والتعسفية.

ومن جهة أخرى قد يصادف أن يكون النزاع بدون قاضي مختص للفصل فيه، وحتماً أن هذا الطرح يتنافى ومتطلبات حسن سير العدالة، ومن أبرز حدوث مثل هذه الحالات هو مسألة تنظيم قواعد الاختصاص كون أغلب التشريعات تنظم اختصاص محاكمها دون الأخذ بعين الاعتبار ولاية الجهات القضائية للدول الأخرى، ولعل أن فكرة إنكار العدالة تجد أساسها القانوني تحت غطاء القانون الدولي العام إلا أنها انتقلت إلى رحاب القانون الدولي الخاص وشكلت في المدة الأخيرة أحد أبرز مواضيع الاختصاص القضائي الدولي بما يعرف بمعضلة "الخصومة الضالة"، حيث ارتأت القوانين المقارنة إلى منح اختصاص جهاتها القضائية بناء على ضابط توافي إنكار العدالة بشكل استثنائي منعا بذلك لإهدار حقوق أطراف النزاع وتمكينهم من الحصول على حكم قضائي مضمون التنفيذ.<sup>2</sup>

وفي سبيل بلوغ هذه الغاية، سوف نخصص المبحث الأول لدراسة الاختصاص القضائي الدولي المبني على الإرادة الغير مشروعة للأطراف، أما المبحث الثاني سنخصصه لدراسة الاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس محكمة الضرورة وتوافي إنكار العدالة.

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 491.

<sup>2</sup> - أنظر وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 172 ومبعدها.

## المبحث الأول: الاختصاص القضائي المبني على الإرادة الغير مشروعة للأطراف

إن المشرع الوطني في كل دولة وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق و الاختصاص القضائي لمحاكمه عبر جملة من الضوابط الشخصية والإقليمية التي تستند بدورها إلى مجموعة من المعايير التي تختلف حسب طبيعة المنازعات المعروضة أمام جهاته القضائية، حيث تراعي هذه القواعد تيسير المعاملات ذات الطابع الدولي عن طريق اختصاص محاكمه الأكثر صلة وارتباطا بالنزاع بشكل يخول لأطراف الخصومة السير في المنازعة بأقل النفقات وبأقصر المواعيد<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق يعتمد المشرع الوطني على عدة اعتبارات في سبيل تحقيق العدالة لمواطنيه وللمواطني الدول الأجنبية ولعل أبرزها " اعتبار حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة"، وتماشيا مع ما تم ذكره قد يجعل المشرع بعض من القواعد الموضوعية منها تفسيرية أو اختيارية وفي المقابل يجعل البعض الآخر منها ذات طبيعة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها الغاية منها ضمان حماية المصلحة العامة، ويزيحها بذلك عن نطاق " سلطان إرادة الأطراف"، إلا أنه قد يصادف أن يتبين لأطراف الخصومة القضائية بأن هذه القواعد القانونية لا تتناسب ومصالحهم فبناء على ذلك يحاولون تجنبها بشتى الطرق، إما من خلال بعض القواعد الموضوعية كالقيام بتصرف قانوني يخوله القانون بهدف مخالفة القاعدة الأمرة وإما من خلال التلاعب في قواعد الإسناد عن طريق التغيير في عناصر العلاقة القانونية مما يتغير معه بالضرورة القانون الواجب التطبيق<sup>2</sup> والذي يعرف بالغش نحو القانون<sup>3</sup>، هذا بالنسبة لتنازع القوانين.

أما في الفرض المتعلق بالاختصاص القضائي الدولي فالمسألة لا تتعلق بالغش نحو القانون المفترض تطبيقه بل يتعدى ذلك إلى التحايل على القواعد المنظمة لاختصاص المحاكم بنظر نزاع مشمول بعنصر أجنبي، حيث وفق هذه الحالة يعمد أطراف النزاع إلى اختيار المحكمة الغير مختصة بصفة أصلية للبت في النزاع لاستصدار حكم لفائدتهم بطرق غير مشروعة والاحتجاج به أمام المحكمة التي خرجوا عن

<sup>1</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> - أنظر عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 556.

<sup>3</sup> - يعرف الغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين « بأنه كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها» أنظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 491، أنظر أيضا سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص ( تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 190.



اختصاصها<sup>1</sup>. وفي سبيل الوصول لهدفنا يحسن في هذا المقام أن نتطرق إلى مفهوم الغش نحو قواعد الاختصاص (المطلب الأول)، ثم إبراز دور فكرة المصلحة المشروعة والرابطة الوثيقة بين المحكمة المختارة والنزاع المعروض أمامها في كبح تنامي فكرة الغش (تسويق) الاختصاص (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: في مفهوم فكرة الغش نحو قواعد الاختصاص

تحتل فكرة الغش نحو قواعد الاختصاص أو تسوق الاختصاص (Forum Shopping)<sup>2</sup> مكانة هامة على صعيد القانون الدولي الخاص بشكل عام وفي نطاق الاختصاص القضائي الدولي بشكل خاص، حيث تطورت هذه الفكرة بشكل لافت للنظر خاصة في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وقضايا الطلاق لما تتميز به هذه الأخيرة من تعقيدات خاصة لما تكون القضية متعلقة بزوجين يحملان كليهما جنسية مختلفة عن الآخر<sup>3</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره فإن فكرة تسوق والغش نحو قواعد الاختصاص وجدت أرضية مواتية أيضا على صعيد المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية على المنتجات، حيث قد يصادف أن ترفع ضد أحد مصنعي المنتجات دعوى قضائية أمام الجهات القضائية الأمريكية رغم أن هذا النزاع لا تشمله أي رابطة مع الولايات المتحدة الأمريكية، ويعود السبب الرئيسي وراء رفع مثل هذا النوع من الدعاوى أمام المحاكم الأمريكية لكونها عرفت هذه المدة الأخيرة أرقاما قياسية للدعاوى المرفوعة ضد مصنعي "المنتجات المعيبة" والتي تؤدي إلى ضرر بالنسبة لمستعمليها، ومن زاوية أخرى فإنه من المعروف بأن القوانين الأمريكية تحمي بشكل خاص أي شخص يدعي بأنه ضحية لمنتج معيب، لذلك يجد المصنعون أنفسهم أحيانا يدفعون أضرارا وفوائد كبيرة ناجمة عن تعويضات لا يمكن مقارنتها بتلك التي يمكن الحصول عليها في أوروبا، وعلى هذا الأساس يسعى أغلبية المحامون الأمريكيون إلى عرض خدماتهم ومباشرة دعوى قضائية لفائدة المتضررين من مثل هذه الحوادث من خلال الحصول على نسبة من الفوائد والتعويضات الكبيرة التي سوف تمنح لاحقا لعملائهم، أما في الحالة العكسية وفي حالة فشل الدعوى لن يتلقى هؤلاء المحامون أتعابهم وهذا بما يعرف في أمريكا ب (Contingency fees)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> - PASKAL De VAREILLES-Sommières, le forum shopping devant les juridictions françaises, TCFDIP, 1998-200, p49.

<sup>3</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 1994، ص 315.

<sup>1</sup> - Laurent Martinet, Ozan Akyurek, Op.cit, p 07.

وبالنظر لأهمية هذه المسألة وتأثيرها على صعيد الاختصاص القضائي الدولي، كان من الضروري أن نبين تعريف فكرة الغش نحو الاختصاص (الفرع الأول) والأسباب والدوافع الرئيسية التي أدت إلى ظهورها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الغش نحو الاختصاص

يرى فقهاء القانون الدولي الخاص بأنه يصعب وضع تعريف دقيق وشامل لفكرة الغش أو تسويق قواعد الاختصاص القضائي الدولي لما يتمتع به هذا الأخير من مرونة، إلا أن البعض قد عرفه بكونه تلك الممارسة التي يقوم بها أحد أطراف الدعوى من أجل استغلال الخيار الأنسب في تحديد للاختصاص القضائي من أجل الاستفادة من حكم يتماشى ومصالحه<sup>1</sup>، كما تم تعريف هذه الظاهرة أيضا بأنها «باتجاه نية الخصوم إلى اختيار المحكمة التي يعلمون مسبقا بأنها سوف تطبق قانونها من تلقاء نفسها، وبالتالي يختار الأطراف الجهة القضائية التي ستلي رغباتهم بطرق غير مشروعة وهذا ما يطلق عليه الفقه باللغة الفرنسية (Fraude a la compétence) أو بما يعرف باللغة الإنجليزية (Forum Shopping)<sup>2</sup>.

وبتاريخ 26 نوفمبر 2002 أصدرت المحكمة الإيطالية (Tribunal di Rimini) حكما هو الأول من نوعه في الاجتهاد القضائي الإيطالي الذي يعطي تعريف لظاهرة الغش وتسويق قواعد الاختصاص القضائي حيث عرفتها بأنها «الممارسة التي تجعل من المدعي يختار الجهة القضائية الأنسب والتي تتوافق مع مصالحه»<sup>1</sup>، ومن هذا المنطلق يلاحظ من خلال القراءة الأولية للتعريف الصادر عن المحكمة الإيطالية بأن دولة إيطاليا كغيرها من الدول الأوروبية الأخرى ( دول النظام اللاتيني) (pays de droit civil) ترى بأن الغش نحو قواعد الاختصاص هي ممارسة يقوم بها المدعي وليس المدعى عليه، ويلاحظ من خلال التعريف المحكمة الإيطالية لفكرة الغش نحو الاختصاص بأنه تعريف

<sup>1</sup> - «Le Forum Shopping... peut-être décrit comme un procédé consistant, pour le justiciable, à exploiter une option de compétence juridictionnelle dans le but d'obtenir la décision la plus favorable à ses intérêts ... » en se sens ARCHINARD-GREIL Bérengère, Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant), thèse de doctorat en droit international privé, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017, p 80.

<sup>2</sup> - سيد أحمد محمود أحمد، الغش نحو القانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع 1، السنة الثانية والستون، جانفي، 2020، ص

<sup>1</sup> - « . . . la pratique visant à saisir la juridiction la plus favorable aux intérêts du demandeur » voir Franco Ferrari, op.cit, p 94.

يتميز بالموضوعية لأن القاضي هنا لم يتطرق إلى " الخصائص " المتعلقة بفكرة تسويق الاختصاص (Forum Shopping) وهل هي سيئة أم جيدة أو مرغوب فيها أو لا من الناحية القانونية بل اقتصر على وصفها بأنها " ممارسة " أو " واقعة " يقوم بها المدعي للاستفادة من حكم يصب في مصلحته الخاصة<sup>1</sup>.

وعلى العكس من ذلك يذهب الفقه والاجتهاد القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية إلى رفض تعريف فكرة " تسويق الاختصاص " (Forum Shopping) من منطلق موضوعي، حيث تم تعريف هذه الممارسة على أنها « ليس فقط مجرد عملية البحث عن الجهة القضائية الأنسب، بل يتعدى ذلك إلى البحث عن جهة قضائية ذات خلفية تتماشى مع المصالح الغير مشروعة لأحد أطراف الدعوى وبهدف " الهرسلة القضائية ". « a pursuit not simply of justice but of justice blended with some harassment»

ولا يعد هذا الأمر مستبعدا في الولايات المتحدة الأمريكية بالنظر للأغلبية الفقهية الراضية لفكرة الغش وتسويق الاختصاص (Anti-Forum Shopping) والتي تحث القضاة الأمريكيين في كل مرة على دحض وعدم قبول هذه الممارسة والقضاء عليها، نظيرا لما تشكله هذه الأخيرة من المساس بمبدأ الأمان القانوني والقضائي<sup>2</sup>.

ومن زاوية أخرى تم تعريف هذه الظاهرة بأنها طالما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتيح لأطراف النزاع حرية اختيار الجهة القضائية عملا بمبدأ سلطان الإرادة لرفع النزاع أمامها و للفصل فيه، مما يؤدي في بعض الحالات أن يفضل أحد أطراف الخصومة القضائية بخيار رفع الدعوى أمام محكمة لا يربطها أي علاقة وثيقة أو جدية بالنزاع على أن يرفعها أمام المحكمة التي تمتلك تلك الرابطة بغية الحصول على حكم فوائده تتماشى ومصالحهم<sup>3</sup>.

على العموم يبدو أن مصطلح الغش وتسويق الاختصاص القضائي الدولي (Forum Shopping) في معناه الموسع يغطي نطاق شاسع من الحالات المتنوعة في كل مرة بشكل أو بآخر يجعل من أحد أطراف النزاع يقوم باختيار جهة قضائية معينة من بين العديد من الأنظمة القضائية التي تعرض خدماتها من أجل الاختصاص بالفصل في المنازعة<sup>1</sup>، وتماشيا مع ما تم ذكره تجدر الإشارة بأن الأستاذ "باسكال دو فاراي سوميار" ( PASKAL De VAREILLES SOMMIERES ) يميز بين نوعين من الغش

<sup>1</sup> - Franco Ferrari, op.cit, p 95.

<sup>2</sup> - Ibid.

<sup>3</sup> - Caroline COHEN, Op.cit, p 117.

<sup>1</sup> - PASKAL De VAREILLES-Sommières, Op.cit, p 51.

وتسويق الاختصاص (Forum Shopping bonus) و (Forum Shopping malus) حيث يمثل الأول الممارسة المشروعة لاختيار الجهة القضائية للبت في النزاع، أما الثاني فهو يعبر عن الممارسة الغير مشروعة والتي أكد من خلالها الأستاذ على ضرورة محاربتها واستبعادها والتي هي محل دراستنا.<sup>1</sup>

ولعل من المفيد أن نؤكد بأن فكرة تسويق الاختصاص (Forum Shopping) تصبح بمثابة الممارسة الغير مشروعة إلا إذا ما اقترنت بافتعال أحد أطراف النزاع التهرب من ولاية المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عن سوء نية ويهدف إقامة دعوى كيدية.<sup>2</sup>

كما ورد في تعريف آخر لهذه الظاهرة بأنها « استباق أحد الأطراف برفع دعوى صورية أمام المحكمة التي يرغب في منحها الاختصاص، حتى تحال إلى هذه الجهة القضائية التي سوف يقوم خصمه برفعها في المستقبل<sup>3</sup>، وفي سياق آخر تم تعريف فكرة الغش وتسويق الاختصاص القضائي الدولي على أنها « تنشأ من خلال خلق ضابط اختصاص بصورة مفتعلة ينعقد بموجبه الاختصاص لمحكمة ليست مختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض أمامها».<sup>4</sup>

وعلاوة على ذلك تذهب بعض الأقلية الفقهية الأمريكية إلى تقديم تعريف موضوعي في ما يتعلق بهذه المسألة، حيث عرفها البعض بأنها « الممارسة التي تتجسد في اختيار القاضي أو الجهة القضائية الأكثر ملائمة (plus favorable) بالنظر للدعوى التي يمكن رفعها»، وفي تعريف آخر « تظهر هذه الممارسة لما يسعى أحد الأطراف إلى الحصول امتياز على حساب الطرف الآخر في الدعوى للاستفادة من المكان الأكثر ملائمة لرفع الدعوى» ( En choisissant le lieux le plus favorable ) كما ورد أيضاً في تعريف آخر بأن فكرة تسويق الاختصاص هي « محاولة اللجوء إلى رفع الدعوى أمام محكمة معينة من أجل السعي إلى الاستفادة من حكم قضائي من شأنه أن يكون أكثر ملائمة لمصالح أحد أطراف النزاع»<sup>1</sup> (supposé rendre le jugement le plus avantageux)

واستخلاصاً لما سلف يذهب الأستاذ " فرانكو فراري" (Franco FERRARI) إلى القول بأن التعريفات السابقة (الموضوعية) لا تعكس بالضرورة الطابع الغير المشروع لفكرة تسويق الاختصاص،

<sup>1</sup> - « En d'autres termes, on doit bien admettre que coexistent en notre matière un bon et un mauvais larron, un forum shopping bonus, licite, et un forum shopping malus, illicite. . . » voir PASKAL De VAREILLES-Sommières, Op.cit, p 51.

<sup>2</sup> - Audrey Damiens, Op, cit, p 175.

<sup>3</sup> - حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 08.

<sup>4</sup> - أنظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 491.

<sup>1</sup> - Franco Ferrari, op.cit, p 96.

وهذا ما يتجلى خاصة في تجنب بعض القضاة لدى الفصل في بعض القضايا المعروضة أمامهم من إضفاء بعض الصفات التي تعكس صورة سيئة عن هذه الممارسة ( Forum Shopping ) كوصفها مثلا بأنها " غير مناسبة" ( Inapproprié )، أو ناتجة عن " سوء النية " <sup>1</sup>.(Mauvaise foi).

وجدير بالملاحظة أن كافة التعريفات السابقة الموضوعية منها والغير موضوعية لهذه الممارسة تعتبر مستوحاة من خضم القانون الأمريكي، إلا أنه ما يميز التعريف الأمريكي لمسألة الغش وتسوق الاختصاص عن التعريف الإيطالي هو كون هذا الأخير يعتبر أن هذه الممارسة تتم فقط من قبل المدعي، (Prérogative du seul demandeur) على عكس الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يتبين بأن للمدعى عليه يمكن له أن يقوم بذلك (Le défendeur peut aussi le pratiquer).

هكذا يتبين من خلال ما سبق، بأن الغش نحو قواعد الاختصاص (Fraude a la compétence) يمكن تعريفه بأنه « قيام المدعي بخلق ضابط اختصاص قضائي دولي اصطناعي، بهدف التهرب من الضوابط الاختصاص الأصلية الأخرى الأكثر ارتباطا، ودون هذا التحايل لن تختص الجهة القضائية المختارة بطريقة غير مشروعة بنظر النزاع.»، أما تسوق الاختصاص ( Forum Shopping )، «فهو عبارة عن قيام المدعي باختيار الجهة القضائية ليس من خلال التلاعب في قواعد الاختصاص بل اختيار المحكمة التي يعلم مسبقا بأنها سوف تصدر حكما من صالحه، إلا أن هذا الاختيار يكون بشكل تعسفي من شأنه أن يضر المدعى عليه معنويا أو ماديا.» <sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الأسباب والدوافع الرئيسية التي أدت إلى ظهورها

<sup>1</sup> - « ces définitions démontre clairement qu'une activité qualifié de forum shopping n'as pas forcément a être blâmable. Cela apparait plus encore évident lorsqu'on observe combien de juges s'évertuent à qualifier une pratique donné de forum-shopping « flagrant », de « mauvaise foi », « inapproprié », ou de divers autres adjectifs. En se sens Franco Ferrari, op.cit, p 96.

<sup>2</sup> - « . . . La première limite a comme point de départ le fait pour le demandeur de manipuler, de manière artificielle, la situation internationale, et d'échapper à certains chefs de compétence en faveur d'autres, plus attractifs. Sans cette manipulation, ces dernières juridictions n'auraient pas été compétentes.»

- « la seconde limite part du fait que le demandeur bénéficie d'une option de choix du for. Il ne s'agit pas de manipuler la situation internationale, seulement d'exercer un droit on dispose, mais d'une manière qui s'avérerait comme abusive » voir : Raluca Nicoleta IONESCU, l'abus de droit en droit communautaire, thèse de doctorat en droit, université de Barcelona, université Toulouse I, 2009, p 218.

يذهب فقهاء القانون الدولي الخاص الأوروبي إلى القول بأن مسألة الغش وتسوق الاختصاص الناتجة عن الإرادة الغير مشروعة للأطراف ( Forum Shopping ) قد ظهرت بالأساس في إطار القوانين الداخلية الأمريكية، وبرزت من خلال قضية " أتلانتيك ستار"<sup>1</sup> (Atlantic Star)، التي تم البت فيها أمام محكمة استئناف لندن بإنجلترا<sup>2</sup> ( Court of Appeal de Londres )، حيث ورد في تعريف هذه الممارسة من قبل المحاكم الإنجليزية على أنها « قيام المدعي بتجنب الخضوع لاختصاص المحكمة التي تتمتع بالولاية الأصلية لنظر النزاع والخضوع إراديا أمام جهة قضائية أخرى يفترض فيها أن تصدر حكما لصالحه يقضي بتمتعه بنسبة أعلى وأقدر من التعويضات المادية التي لن يتحصل عليها في حال تم الفصل في النزاع من قبل المحكمة الأولى ذات الاختصاص الأصلي»، وتجدر الإشارة على أن هذه الظاهرة عرفت تطورا ملحوظا من خلال القضايا والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي عرفت المحاكم الفرنسية ( En matière de statut personnel ) ، وكذلك في مختلف القضايا ذات الطابع التجاري وخاصة المتعلقة منها بالتبادلات الاقتصادية على الصعيد العالمي<sup>3</sup> ( Dans le cadre des échanges économiques).

وتماشيا مع ما تم ذكره تفتنت محكمة الاستئناف الفرنسية من خلال قضية " Garrett " إلى محاولة الغش نحو الاختصاص في قضية تتلخص وقائعها في نزاع حدث بين شركة سويسرية وشركة أمريكية بسبب دين عالق في ذمة هذه الأخيرة، حيث تم إسناد الاختصاص للجهات القضائية الأمريكية للنظر في النزاع، إلا أنه وأثناء سير الدعوى قامت الشركة السويسرية لاحقا بالتخلي عن ديونها لفائدة طرف ثالث وهي شركة فرنسية التي ذهبت بدورها إلى طلب اختصاص المحاكم الفرنسية بناء على الامتياز الممنوح لها حسب نص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، إلا أنه وفي المقابل اعتبرت محكمة الاستئناف الفرنسية في فصلها في قضية الحال بأن اختيار الجهة القضائية الفرنسية كان غير مشروع ( Illicite ) ومبني على الغش نحو قواعد الاختصاص ، كما سببت هذه الأخيرة حكما من منطلق أن الشركة الفرنسية لم تكن غايتها من رفع الدعوى أمام القاضي الفرنسي تحصيل الديون، كما أنها لاحظت عملية التهرب وتجنب كل من الاختصاص الأصلي للجهات القضائية الأمريكية

<sup>1</sup> - تم الإشارة إليه سابقا في الصفحة 149.

<sup>2</sup> - « cette pratique a été initialement identifié dans le cadre de l'application du droit interne au Etat- unis et a fait irruption pour la première fois en droit international privé a la suite de l'affaire Atlantic Star . . . ». voir ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 80.

<sup>3</sup> - Ibid.

« Il n'avait d'autre but . . . que de soustraire le recouvrement de la créance, et les droits qui y sont attachés . . . à ses juges naturels »<sup>1</sup>

ومن هذا المنطلق يذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يمكن استخلاص عنصرين أساسيان من قضية الحال " L'affaire Garrett "، لتأكيد فرضية الغش نحو الاختصاص من طرف الشركة الفرنسية بهدف تحصيل الديون، وهما:

• عنصر مادي: يتمثل في المناورة الغير مشروعة من طرف أطراف النزاع بهدف سحب الاختصاص من القاضي الذي يفترض فيه بأنه هو المختص بنظر النزاع، كما أن الغاية من هذه المناورة لا تقتصر على عملية تحصيل الديون، بل لأهداف أخرى تتماشى ومصالح الشركة السويسرية.

• عنصر القصد: من خلال نية المناورة والغش نحو قواعد الاختصاص القضائي بهدف نزع الاختصاص من القاضي الأمريكي الذي يعتبر هو المختص أصلاً بنظر النزاع بين كل من الشركة السويسرية والأمريكية.<sup>2</sup>

### أولاً: الغش نحو قواعد الاختصاص المترتب عن إخضاع التقادم لقانون القاضي

تباينت المواقف الفقهية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على التقادم، وهذا نتيجة لاختلاف الأنظمة القانونية بخصوص تأطير هذه المسألة من ناحية كونها تشكل " سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون أن يتم الوفاء به "، وبالإضافة لما تم ذكره فإن هذه الوضعية تصبح أكثر تعقيداً خاصة لما تكون في نطاق القانون الدولي الخاص بشكل عام وأمام فرضية تنازع القوانين في حالة الاختلاف في القانون الواجب التطبيق، وعلى هذا الأساس ذهب بعض الفقه إلى إخضاع مسألة التقادم إلى قانون الذي يحكم العقد وذلك من حيث آثاره وأسباب وقفه و انقطاعه<sup>1</sup>، وفي المقابل ذهب البعض الآخر إلى وضع المسألة ضمن صلاحيات قانون القاضي.<sup>2</sup>

رغم أن مسألة القانون الواجب التطبيق على التقادم تندرج ضمن غطاء القانون الدولي الخاص بشكل عام وتنازع القوانين بشكل خاص إلا أن الآثار المتعلقة بها تمتد لتشمل قواعد الاختصاص القضائي

<sup>1</sup> - En se sens PASKAL De VAREILLES-Sommières, Op.cit, p 54.

<sup>2</sup> - Ibid, p 54.

<sup>1</sup> - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، 2، د.ط، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 179.

<sup>2</sup> - كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 174.



الدولي، مما قد يفتح المجال أمام أحد أطراف الدعوى للتلاعب بهذه القواعد خاصة في الوضعية التي تكون فيها الدعوى أمام عدة جهات قضائية التي تعتبر بأن الدعوى لم تسقط بالتقادم حسب قانونها، وهذا ما سوف نراه في نقد الفقه الفرنسي لتطبيق قانون القاضي على المسائل المرابطة بالتقادم.<sup>1</sup>

ويبرر أنصار الاتجاه الفقهي القائل بإخضاع التقادم إلى قانون القاضي كون هذا الأخير يتعلق بمسألة ذات خلفية إجرائية، فالغاية من نظام التقادم المسقط الحفظ على استقرار المعاملات والمراكز القانونية للأفراد، وبالتالي فإن إخضاع التقادم لقانون القاضي يلبي متطلبات حسن سير العدالة من خلال صد الباب أمام الدائنين الذي يقعدون عن المطالبة بحقوقهم لفترة من الزمن يصعب عليهم بفواتها إثبات الدليل عليها، كما يتعسر على مدينهم من إثبات براءة ذمتهم منها، ولمثل هذه الأسباب يرى أنصار هذا الاتجاه أن يستوجب إبراز الطبيعة الإجرائية للقواعد المنظمة للتقادم ثم السعي إلى تطبيق قانون القاضي عليها.<sup>2</sup>

ولقد استند الرأي الفقهي القائل بضرورة إخضاع التقادم لقانون القاضي لعدة اعتبارات عملية تتمثل في:

- **الاعتبار الأول:** كون التقادم يهدف إلى دحض الطلبات المشكوك في جدتها والتي يستعصى تبريرها كونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحسن سير العدالة في الدولة، وهذا ما جعل بعض من الفقه ينادي بضرورة إخضاعها لقانون القاضي.
- **الاعتبار الثاني:** المتعلق بالنظام العام المفروض في دولة القاضي، كون مسألة التقادم لها علاقة وطيدة في ما يتعلق بالمراكز المكتسبة للأفراد فإنه لمثل هذه الاعتبارات يرى الفقه بأنه يستوجب إعمال قانون القاضي.<sup>1</sup>

ولعل من المفيد أن نؤكد بأن الاتجاه الفقهي القائل بضرورة إخضاع مسألة التقادم إلى قانون القاضي بشأن المنازعات ذات العنصر الأجنبي تم انتقاده بحدة خاصة من طرف الفقه الفرنسي، ولعل أبرز الحجج التي تقدم بها أنصار الاتجاه الأخير هو صعوبة الأخذ بعين الاعتبار بالطبيعة الإجرائية للقواعد التي تنظم التقادم المسقط، فطالما أن الأثر المتعلق بالتقادم المسقط يتجلى في انقضاء الحق في الدعوى والدفع المترتب عليه يشكل دفعا بعدم القبول، ومن هذا المنطلق فحسب هذه الحالة فإن هذا

<sup>1</sup> - كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 177.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 268.

<sup>1</sup> - كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 176.



الوضع لا يرتب تحقق الطبيعة الإجرائية للقواعد المتحكمة في التقادم، وبالتالي ليس لها دور في تنظيم مرفق القضاء وعليه لا يستوجب إثبات الطبيعة الإجرائية لها عملاً بفكرة استنادها بفكرة الدفع بعدم القبول، حيث يرى البعض الآخر من الفقه اتصال هذه القواعد بفكرة ثبوت الحق المدعى به علماً أن هذه المسألة تندرج ضمن المسائل المنظمة للحقوق الخاصة للأطراف.<sup>1</sup>

وعلى خلاف ذلك، لا بد من التأكيد على أهم نقد موجه لإخضاع التقادم إلى قانون القاضي من قبل الفقه الفرنسي وهو المتعلق بموضوع دراستنا، ففي أعمال قانون القاضي من شأنه أن يفتح باب التحايل والغش (Forum Shopping) من طرف الدائن، لأن مثل هذه الحالة تتيح الفرصة للدائن أن يختار المحكمة التي من شأنها أن تصدر حكماً لفائدته ويتماشى مع مصالحه<sup>2</sup>، هذا بالنسبة للدائن، أما في المقابل فإن في إخضاع التقادم لقانون القاضي أيضاً يفتح المجال أمام المدعى عليه (المدين) فهو الآخر قد يصادف أن يختار من بين المحاكم، الجهة القضائية التي يكون قانونها يضع مدة التقادم التي تكون لفائدته كون الاختصاص القضائي هنا كقاعدة عامة يعتمد على موطن المدعى عليه، كما يسعى المدين أيضاً إلى اكتساب موطن آخر في إقليم الدولة الذي له دراية مسبقة بأن قوانينها تفرض مدة أقصر للتقادم على غرار الجهات القضائية للدول الأخرى.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: التدابير المتخذة للحد من هذه الظاهرة

ذهب جانب كبير من فقه القانون الدولي الخاص إلى وضع جملة من التدابير الاحترازية التي تمثلت في أنه إذا كانت الأنظمة القانونية في كل دولة قد سمحت لإرادة أطراف الدعوى في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية فإنه يستوجب في المقابل أن يكون هذا الضابط مبنياً على أسس ثابتة وصحيحة، حتى لا ينتهي الأمر بانسحاق الجهات القضائية الوطنية وراء أهواء وتلاعبات الخصوم وحيلهم بشكل سوف يخل لا محالة من حق الدولة في تنظيم اختصاص محاكمها الدولي بنظر المنازعات الدولية بما يتماشى وسيادتها الإقليمية، وانطلاقاً مما سلف فإن احترام المبدأ القائل بضرورة وجود رابطة مادية بين النزاع القائم وإقليم الدولة سوف يؤدي بالضرورة إلى صدور أحكام غير قابلة للتنفيذ وهذا ما يتناقض ومتطلبات اعتبارات حسن سير العدالة ووحدة الخصومة القضائية ومقتضيات التعاون القضائي

<sup>1</sup> - أنظر حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 268. أنظر أيضاً، كمال سمية،

تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 176

<sup>2</sup> - مومن يمينة، بلاق محمد، القانون الواجب التطبيق على التقادم في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة الدراسات القانونية، مج 08، ع 01،

جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، 2022، ص 247.

<sup>3</sup> - كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 176.

الدولي<sup>1</sup>، وتأسيساً على ذلك رصد جانب من الفقه جملة من الحلول الإجرائية لكبح تنامي ظاهرة الغش والتحايل على قواعد الاختصاص (Forum Shopping)، من خلال اشتراط توفر رابطة وثيقة أو صلة معقولة بين النزاع وإقليم الدولة المعروض أمامها النزاع أما جانب آخر من الفقه دعا إلى ضرورة أن تكون إرادة أطراف النزاع في اختيار الجهة القضائية قائمة على أساس المصلحة مشروعة (الفرع الأول)، وفي مقام موالي ذهب الأنظمة القانونية الأنجلو-سكسونية إلى استحداث إجراءات من شأنها أن تحد من ظاهرة الغش والتعسف في الإجراءات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الصلة المعقولة بين النزاع وإقليم الدولة ومشروعية المصلحة

انقسم الفقه بخصوص الشروط التي من شأنها أن تحكم إرادة الأطراف في اختيار الجهة القضائية لنظر النزاع، فذهب الاتجاه الفقهي الأول إلى القول بضرورة توفر على الأقل صلة معقولة بين النزاع وإقليم دولة المحكمة المختارة (أولاً)، أما الإتجاه الثاني فدعا إلى ضرورة أن تكون المصلحة مشروعة (ثانياً)

#### أولاً: الصلة المعقولة بين النزاع وإقليم الدولة (LIENS ETROITES)

إذا كان الفقه في مجموعته ومعها القضاء يقدر بأن شرط الرابطة الوثيقة بين النزاع والجهة القضائية المختارة يستمد من بين بعض العناصر الشخصية التي تتمثل في ما يلي:

##### (1) جنسية أطراف النزاع

(2) موطن أطراف الدعوى، أو موطن أحدهم الذي ينتهي بجنسيته إلى دولة الجهة القضائية المختارة للبت في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي.

أو كما قد تستمد أيضاً من هذه الرابطة الوثيقة بعض العناصر الموضوعية المستمدة بدورها من العلاقة القانونية محل النزاع والتي تتشكل من:

##### (1) اتصال أحد عناصر تلك العلاقة بإقليم الدولة التي تتبعها المحكمة (محل التنفيذ)<sup>1</sup>.

ومن الجدير بالملاحظة إن القول بضرورة احترام مبدأ النفاذ يستدعي توفر رابطة جديدة بين النزاع وإقليم الدولة التي وقع الاختيار على جهاتها القضائية من قبل أطراف النزاع، فإن الأثر المترتب عن انعدام

<sup>1</sup>- راجع أحمد عبد الموجود فرغلي، المرجع السابق، ص 377، أنظر أيضاً عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 246.

<sup>1</sup>- علياء أحمد مبارك الزويبي، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي وآثارها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الموصل، العراق، 2006، ص 85.

توفر هذا المبدأ سيفضي إلى صدور أحكام قضائية غير قابلة للتنفيذ، كما أن سيادة الدولة ممثلة في مرفق القضاء لا تقبل أن تصدر جهاتها القضائية حكما وهي تعلم مستقبلا بأنه لن يكون مشمولا بالتنفيذ، فخير مثال على ذلك " قد يصادف أن تصدر الجهات القضائية الجزائرية حكما بخصوص نزاع قائم بين طرفين أجنبيين متوطنين في الإقليم بالجزائر حول حق عيني يتواجد خارج إقليم الدولة "، فهنا الحكم الصادر عن القاضي الجزائري يعد معارضا لمبدأ قوة النفاذ لانعدام الرابطة الوثيقة بين النزاع والإقليم الجزائري مما سوف سيؤدي إلى اعتبار الحكم الصادر عن المحكمة الجزائرية معدوم القيمة<sup>1</sup>، وجدير بالملاحظة أن هذا ما سار عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا وانجلترا وإيطاليا حيث تم التأكيد على ضرورة توفر هذه الرابط الجديدة بين النزاع الذي اتفق من خلال أطرف الدعوى أمام الجهات القضائية للدولة من جانب وإقليم الدولة هذه الدولة من جانب آخر، كما أن إصرار جانب كبير من الفقه على توفر هذه الرابطة الجديدة بين الخصومة ودولة الجهة القضائية المختارة، فالفقه استوحى هذا المبدأ من خلال القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية حيث يتضمن مثل هذا النوع من العقود أن يكون "قانون الإرادة الذي اختاره المتعاقدون لحكم العقد المبرم بينهم على صلة بهذا العقد وليس غريبا تماما عنه"<sup>2</sup>.

وعلى المستوى العملي فإن اعتداء الدولة على نطاق الاختصاص القضائي الدولي للجهات القضائية للدول الأخرى سيؤدي إلى حتمية رفض الجماعات الدولية تنفيذ لأحكام الصادرة من قبل محاكم تلك الدولة، وبالتالي سوف تصبح هذه الأحكام معدومة القيمة خارج إقليم الدولة التي أصدرت الحكم، وهذا ما لا يتماشى ومتطلبات القانون الدولي الخاص وما يقتضيه من " ضرورة الاحتجاج بالأحكام الصادرة من الجهات القضائية التابعة للدولة خارج حدودها"، وعلى هذا الأساس يرى الفقه بضرورة التزام المشرع الوطني في كل دولة عند وضع القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي لجهاته القضائية بضمان كفالة الأحكام الصادرة عن هذه الأخيرة " بالحد الأدنى من الفعالية الدولية " وأن تكون مضمونة التنفيذ<sup>1</sup>.

ويتفق هذا النظر مع ما ذهب إليه غالبية الفقه في أن اشتراط الرابطة الجديدة أو الوثيقة بين النزاع والدولة يهدف بالأساس إلى منع الاتفاق بين الخصوم المبني على الغش أو التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي<sup>2</sup> ( Forum Shopping )، حيث أن المشرع لما أعطى للأطراف حرية اختيار الجهة

<sup>1</sup>- راجع في هذا المعنى عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup>- هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 43.

<sup>1</sup>- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 46- 47.

<sup>2</sup>- أحمد عبد الموجود فرغلي، المرجع السابق، ص 367.

القضائية من أجل طرح نزاعهم أمام المحاكم وجعل إرادتهم ضابطا للاختصاص القضائي الدولي إلا أنه تفتن في المقابل بوضع جملة من الشروط التي تقيد من حريتهم ليتجنب بذلك تحايلهم وتسويقهم لقواعد الاختصاص بهدف الحصول على حكم يتمشى ومصالحهم من جهة قضائية يختارونها ليس لها أي ارتباط جدي بالنزاع<sup>1</sup>، فإذا كان من المقبول أن تتجه إرادة الأطراف في الاتفاق على الخضوع اختياريًا لمحاكم دولة معينة فإنه من المستوجب أن يكون ذلك في حدود المعقول حتى لا يترك الأمر لأهوائهم أو لمجرد رغبتهم في التهرب والتحايل على أحكام قانون معين أو قواعد الاختصاص للدولة المختصة بحكمتها أصلاً بنظر النزاع<sup>2</sup>.

كما أن عدم توفر الرابطة الوثيقة بين النزاع والمحكمة المختارة المسند إليها الاختصاص يعني ذلك حسب النظرية الأنجلو أمريكية " نظرية المحكمة الغير ملائمة" بأن هذه الجهة القضائية غير ملائمة للبت في النزاع مما يستدعي التخلي عن البت فيها، وما يترتب عن ذلك كما رأينا في السابق بأن هذه النظرية تتيح للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يتخلى عنها إذا ما تبين له بأنها لا ترتبط بالمحكمة ارتباطاً معقولاً (Reasonable Relation)<sup>3</sup>.

لابد من التأكيد على أن الفقه الفرنسي ذهب إلى رفض فكرة الخضوع الاختياري في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وذلك بسبب أن مثل هذا النوع من القضايا يلجأ الخصوم إلى جهات القضائية للدولة التي سوف تصدر حكم يتفق ومصالحهم الخاصة<sup>1</sup>، وهذا ما دفع اتفاقية لاهاي<sup>2</sup> لسنة 2005 المتعلقة " باتفاقات اختيار المحكمة " إلى استبعاد من مجال تطبيقها المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، المسائل المتعلقة بالنفقة، الوصايا والتركات وذلك من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 2/02 منها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علياء أحمد مبارك الزويبي، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 167-168.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الموجود فرغلي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>2</sup> - La convention de La HAYE du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, préc.

<sup>3</sup> - Article 02 de La convention de La HAYE du 30 juin 2005 : « Exclusions du champ d'application ... (2) La présente Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

- l'état et la capacité des personnes physiques ;
- les obligations alimentaires ;
- les autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires

## ثانيا: مشروعية المصلحة

ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الحد من ظاهرة الغش (Fraud a la competence) وتسوق الاختصاص (Forum Shopping)، والتعسف في الإجراءات<sup>1</sup> (Abus de compétence) التي تشكل نوعا من الممارسات التي يقوم بها المدعي (عن سوء نية) (Mauvaise foi) عند اختياره الجهة القضائية من بين المحاكم التي تمنح اختصاصها والتي يقوم باختيارها لنظر النزاع بشكل تعسفي من شأنه أن يؤثر على المدعى عليه معنويا أو ماديا، عن طريق رفع دعوى كيدية تتجسد في تحميل المدعى عليه عبأ الدفاع عن مصالحه في بلد أجنبي بعيدا عن موطن إقامته<sup>2</sup>، « L'abus de compétence internationale peut prendre plusieurs formes. La partie demanderesse peut, par exemple, introduire son litige dans un for éloigné et imposer ainsi au défendeur la charge considérable de devoir défendre ses intérêts dans un pays étranger ».

وبالعودة إلى فكرة المصلحة المشروعة التي تجد أساسها لدى الاتجاه الفقهي المعارض لضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع وإقليم الدولة وذلك حسب قولهم بأن المعيار الأساسي المعمول يظهر من خلال احترام إرادة الأطراف المعترف بها كضابط من ضوابط اختصاص المحاكم الوطنية وبالتالي يستوجب على أن تترك للخصوم الحرية في أن يسندوا الاختصاص للجهة القضائية التي يرونها من وجهة نظرهم الشخصية محققة لمصالحهم أكثر من غيرها من الجهات القضائية الأخرى، إلا أنه وفي المقابل يستوجب على هذه الحرية أن تقيّد فقط " بالمصلحة المشروعة" (Intérêt légitime) وليس بمدى ارتباط النزاع بمحكمة معينة وهذا لكي يكون الاتفاق القائم على الخضوع الاختياري صحيحا، ومن زاوية أخرى يعتبر اتفاق الخضوع الإرادي باطلا إذا كانت الغاية المرجوة منه جلب الاختصاص لجهة قضائية معينة من خلال الممارسات الآتية:

(1) الغش نحو الاختصاص (Fraude a la compétence)

(2) أو تسوق الاختصاص (Forum Shopping)

d) les testaments et les successions

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues... ».

<sup>1</sup> - « ... l'abus de compétence internationale ou abus de forum shopping est le fait pour le demandeur, d'exercer son droit d'option de compétence d'une manière abusive... » en se sens Delinte Elisabeth, *L'abus de compétence internationale : enjeux et remèdes*, Thèse en droit Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain, 2015, p 16, disponible sur le site d'internet : <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:3298>, vu le 08/01/2022.

<sup>2</sup> - Ibid, p p 16,17.

## (3) التعسف في الإجراءات (Abus de compétence)

وبالتالي هنا نكون أمام مصلحة غير مشروعة من قبل أحد أطراف النزاع، علما أن هذا الأمر يتنافى وشروط الخضوع الاختياري.<sup>1</sup>

ولعل من المفيد أن نؤكد بأن جانب من الفقه يرى بأنه يصعب إثبات نية الغش نحو الاختصاص في أغلب الحالات، بينما في المقابل يسهل على القاضي استكشاف الرابطة الجديدة بين النزاع وإقليم الدولة المتفق الخضوع إراديا لاختصاص محاكمها، وبالتالي في حال توفر هذه الرابطة الوثيقة فإنه يفترض على القانون الأجنبي الاعتراف بولاية محاكمها للبت في النزاع المبني على الخضوع الاختياري المعروض أمامها.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني: الإجراءات المستحدثة من خضم الأنظمة القضائية الأنجلوسكسونية

استحدثت الأنظمة القضائية " الأنجلوسكسونية " جملة من الإجراءات من شأنها محاربة ظاهرة الغش وتسوق الاختصاص ( Forum Shopping Malus ) وأثارها التي قد تشكل خطرا على حسن سير مرفق القضاء من خلال صدور أحكام غير عادلة، وهذا ما جعل هذه الأنظمة تطور عددا من الإجراءات المعمول بها على الصعيد الداخلي وتمديدها إلى المجال الدولي، والعمل بها في نطاق تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو حتى في مجال التحكيم التجاري، ولعل من أبرز هذه الإجراءات التي عرفت نجاحا حسب فقه القانون الدولي الخاص في الحد من الممارسات التعسفية والدعوى الكيدية، الإجراء المتعلق " بأوامر منع التقاضي " (Anti-Suit Injunction)(أولا)، ثم " نظرية المحكمة الغير ملائمة " (Forum Non Conveniens) (ثانيا)، وأخيرا رفض الاعتراف بالحكم الصادر عن المحكمة الأجنبية (Le Refus De Reconnaissance) (ثالثا).

## أولا: أوامر منع التقاضي (Anti-Suit Injunction)

تعرف أوامر منع التقاضي (Anti-Suit Injunction) بأنها « الإجراءات المترتب عن منع أحد أطراف النزاع من مواصلة عرض النزاع أمام محكمة أخرى، عندما يكون الأمر متعلق بدعوى يشتهب فيها أن تكون دعوى كيدية، أو أنها ناتجة عن إكراه »، وبالتالي فإن أوامر منع التقاضي المعمول بها لدى الأنظمة القضائية الأنجلوسكسونية لا تهدف فقط لمنع الخصم من اللجوء إلى جهة قضائية أخرى فحسب بل

<sup>1</sup>- راجع في هذا المعنى حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

<sup>2</sup>- أنظر هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 45.

تمنعه أيضا من الاستمرار في الدعوى المقامة أمام القضاة و حتى " من التمسك بحكم قضائي صادر عن جهة قضائية أجنبية " <sup>1</sup>.

كما تم تعريف هذا الإجراء أيضا بأنه « القرار الصادر عن القاضي والذي بموجبه يمنع المدعي من رفع دعوى أو مواصلة التقاضي أمام جهة قضائية أجنبية » <sup>2</sup>، وعلى الصعيد العملي يتقرر المنع من مواصلة إجراءات رفع الدعوى بالخارج خاصة لما تكون هذه الأخيرة ذات طابع كيدي أو تعسفي مخالفة بذلك " اعتبارات العدالة"، مبادئ الإنصاف، المساواة وحسن النية، كما ينتج عن ذلك أيضا أن يقوم المدعي باكتساب امتياز غير مشروع وذلك على حساب بقية أطراف النزاع. <sup>3</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره فإن الإجراء المتعلق " بأوامر منع التقاضي " (Anti-Suit Injunction)، يمكن إصداره قبل أي إجراء آخر " احترازيا"، وذلك بهدف جعل المدعي يتنازل عن مباشرة الدعوى أمام جهة قضائية أجنبية التي يعتمز القيام بها <sup>1</sup>، وفي حال رفض الموجه ضده التقيد بالأمر بمنع التقاضي، فإنه سوف يتعرض لعقوبات صارمة التي قد تكون عبارة عن غرامات أو تصل في بعض الأحيان حتى لعقوبات جزائية. <sup>2</sup>

وعلاوة على ذلك يضيف جانب آخر من الفقه بأن أوامر من التقاضي (Anti-Suit Injunction)، هي بمثابة إجراء تصدره الجهات القضائية الوطنية المختارة بناء على اتفاق خضوع اختياري أو مختصة حسب ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لنظر النزاع لمنع جهة قضائية أجنبية أو هيئة تحكيم من الاختصاص بنظر النزاع، كما أن هذا الإجراء يمكن أن يكون على شكل أمر يوجه للمدعي للوقوف الفوري عن مواصلة عرض النزاع أمام المحكمة الأجنبية. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تراري ثاني مصطفى، أوامر منع التقاضي ( Anti-Suit injunctions )، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، مج 01، مج 01، جامعة وهران 2، وهران، 2014، ص ص 06-07.

<sup>2</sup> - « L'injonction anti-suit est la décision par laquelle un juge interdire a un plaideur de d'introduire ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère. . . » en se sens : MEZAOULI Mohammed, L'injonction Anti-Suit et les pays de droit Civil, Revue de droit et société, N°02, Université ADRAR, Algérie, Décembre 2013, p 01.

<sup>3</sup> - «... Cette interdiction de plaider a l'étranger peut être décidé lorsque la procédure étrangère semble contraire a l'équité et a la bonne foi, quand l'un des plaideurs pourrait y'obtenir un avantage injuste sur les autres parties ou de façon générale quand l'action est oppressive ou vexatoire». Voir : Marie Laure NIBOYET, op.cit, p 77.

<sup>1</sup> - Delinte Elisabeth, Op.cit, p 50.

<sup>2</sup> - MEZAOULI Mohammed, Op. cit, p 01.

<sup>3</sup> - ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 476.

وتأسيسا على ذلك يرى فقه القانون الدولي الخاص " الأنجلوسكسوني " بأن أوامر منع التقاضي في إطار المنازعات الخاصة الدولية تتمتع بعدة مميزات أهمها:

- تعد بمثابة الوسيلة الناجعة للجهات القضائية الوطنية في حماية قواعد الاختصاص الحصري لمحاكمها.
- تعتبر وسيلة وقائية لمنع الغش وتسوق الاختصاص القضائي الدولي (Forum Shopping abusif) والتعسف الإجرائي الممارس من قبل المدعي.
- حماية قواعد الاختصاص الآمرة في الخارج ومنع الاتفاق على مخالفتها من قبل أطراف النزاع في الخارج.<sup>1</sup>
- وحدة النزاع وعدم تعارض الأحكام، وذلك لطبيعة التي تتميز بها العقود الدولية خاصة في المجال البحري، وبالتالي فإن أوامر منع التقاضي تهدف إلى جمع النزاع المرفوع أمام عدة محاكم أمام جهة قضائية واحدة وذلك بهدف تلافي التحايل والتلاعب بقواعد الاختصاص القضائي الدولي.<sup>1</sup>

### 1) الانتقادات الموجهة لأوامر منع التقاضي

تعرضت أوامر منع التقاضي إلى جملة من الانتقادات خاصة من قبل دول القانون المدني اللاتيني، بل وحتى من بعض الفقه الأنجلوسكسوني نفسه مطالبين بوضع حد لمثل هذا النوع من الإجراءات في نطاق المنازعات الخاصة الدولية، حيث يرى معارضي تدابير " أوامر منع التقاضي " بأن مثل هذا النوع من الإجراءات من شأنه أن يكون مصدر لتوتر العلاقات بين الجهات القضائية التي أصدرت هذه الأوامر ومحاكم الدول الأجنبية الأخرى كون هذه المنازعات مشتملة على عنصر أجنبي وتتعدى الحدود الوطنية للدولة كما أنها تنتقص من سيادتها بمنع قضاتها من نظر النزاع، كما وصف الفقه المعارض لمثل هذه

<sup>1</sup> - ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 476.

<sup>1</sup> - « ... Compte tenu le caractère international des contrats conclus par les différents intervenants en matière maritime, l'injonction anti suit présente un intérêt certain en ce qu'elle permet d'assurer l'unité des litiges en les canalisant devant une seule juridiction afin d'éviter la saisine frauduleuse d'une juridiction parallèlement... ». Voir : MEZAOULI Mohammed, Op. cit, p 02.



الأوامر بأن هذه الأخيرة تعد "منقوصة الفاعلية"،<sup>1</sup> (Manque d'efficacité) في الحد من الغش وتسوق الاختصاص والتعسف الإجرائي.

### (أ) تعارض أوامر منع التقاضي مع مبدأ سيادة الدول

يرى الاتجاه المعارض لهذا الإجراء بأن إصدار الأمر بمنع التقاضي يعد خرق صريح لأداء وسير العدالة في الدولة الأجنبية، كما من شأن هذه الأوامر أن تمس أيضا بمبدأ سيادة الدول القائل (Principe du respect de la souveraineté) بأن محاكم الدولة هي الوحيدة القادرة على الفصل في المنازعات التي تندرج ضمن نطاق اختصاص قضائها الدولي<sup>2</sup>، وبالتالي فإن أوامر منع التقاضي تمنع الجهة القضائية الأجنبية من ممارسة دورها في الفصل في المنازعات المعروضة أمامها وبالتالي تسلمها اختصاصها الأصلي، وهذا ما لم يتقبله أغلب التشريعات الأوروبية وكذلك " محكمة عدل الإتحاد الأوروبي".<sup>3</sup>

وتأسيسا على ذلك، ذهب التشريع الأوروبي إلى القول على لسان محكمة العدل الأوروبية، بأن أوامر منع التقاضي (Anti-Suit Injunction) تتنافى ومبادئه في الفضاء الأوروبي، وهذا ما أدى بمحكمة العدل الأوروبية (CJCE) إلى استبعاد أعمال بهذا الإجراء بين الدول الأعضاء على مرحلتين، حيث تمثلت المرحلة الأولى في القضية الشهيرة " تورنار " «Turner»، بتاريخ 24 أبريل 2004، أما المرحلة الثانية فتجسدت فخصومة تحكيم تجاري دولي " واست تانكرز " « West Tankers » بتاريخ 10 فيفري 2010.<sup>1</sup>

حيث تعود وقائع القضية الأولى إلى قيام عامل أجير يدعى " تورنار " «Turner»، عمل عدة سنوات بلندن، إلا أنه وبعد بذلك تم تحويل مقر عمله على إثر طلب قد سبق وقدمه، وبعد مرور بضعة أشهر قدم استقالته وباشر برفع دعوى قضائية ضد الشركة بصفتها " المستخدم " أمام المحكمة الاجتماعية ( L'employment tribunal ) بلندن التي تعد بمثابة موطنه الأصلي، بسبب كونه تعرض إلى ضغط ومضايقات من أجل القيام بأعمال غير مشروعة ، وإن رفضه للقيام بمثل هذه الممارسات كلفه " التسريح التعسفي " (Licenciement abusif)، إلا أنه وفي المقابل قامت الشركة المستخدمة بدورها برفع دعوى قضائية أمام الجهات الإسبانية، وعلى خلاف ذلك بادرت المحكمة الإنجليزية بإصدار " أمر بمنع التقاضي " (Anti-Suit Injunction) ضد الشركة المستخدمة يقضي بوجوب تخليها عن دعواها أمام القضاء الإسباني، وبعد تخلي الشركة المستخدمة عن مواصلة نظر الدعوى أمام المحاكم الإسبانية قامت باللجوء

<sup>1</sup> - Delinte Elisabeth, Op.cit, p 53.

<sup>2</sup> - Ibid, p 54.

<sup>3</sup> - ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 479.

<sup>1</sup> - MEZAOULI Mohammed, Op. cit, p 03.

إلى مجلس اللوردات (House Of Lords)، بحجة أن أوامر منع التقاضي تتنافى ومتطلبات اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، ومن زاوية أخرى لجأ مجلس اللوردات بدوره إلى محكمة العدل الأوروبية (CJCE)، للفصل في المسألة الأولية المتعلقة بقضية الحال.<sup>1</sup>

محكمة العدل الأوروبية (CJCE)، فصلت في قضية الحال برفضها القطعي " لأوامر منع التقاضي" على صعيد الفضاء الأوروبي، وعللت في حكمها بأنه يمنع على الجهات القضائية الإنجليزية إصدار مثل هذا النوع من الأوامر حتى في حالة ثبوت قيام أحد أطراف النزاع عن سوء نية بعرقلة سير الإجراءات القضائية، وسببت محكمة العدل الأوروبية هذا المنع بقولها بأن " أوامر منع التقاضي تتنافى وتتعارض مع مبادئ التشريع الأوروبي المعمول بها في اتفاقية بروكسل للاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية بتاريخ 22 ديسمبر 2022.<sup>1</sup>

على الرغم من هذا المنع المفروض من محكمة العدل الأوروبية، إلا أن قضاة وفقه دول التي تتبع نظام القانون العام (Pays de Common Law) حاولوا الدفاع عن فكرة " أوامر منع التقاضي" باعتبارها ليست موجهة إلى الجهات القضائية الأجنبية، وهي في الأصل لا تمس من سيادة هذه الدول بل أنها موجهة إلى الأشخاص «in personam»، وعليه يرى الفقه والقضاء الأنجلوسكسوني بأنه من الناحية العملية قد يبدو بأن هذا الإجراء موجه إلى المحاكم الأجنبية بل أنه في الأصل موجه لأحد أطراف النزاع لمنعه من اللجوء إلى هذه المحاكم، وبالتالي فالقول بأن مثل هذه الأوامر تمس من سيادة الدول الأجنبية فهو خاطئ<sup>2</sup>، الحكومة البريطانية بدورها حاولت الدفاع عن فكرة " أوامر منع التقاضي" (Anti-Suit Injunction) بقولها بأن أساس هذه الأوامر الصادرة عن القاضي الإنجليزي ليس من شأنه أن يؤثر على اختصاص نظيره الأجنبي، بل أن دور هذه الأوامر تكمن في " تنظيم الإجراءات " (Mesure d'organisation de la procédure)، ومن جهة أخرى فإن أوامر منع التقاضي من شأنها أن تساهم

<sup>1</sup> - en se sens : Raluca Nicoleta IONESCU, Op.cit, p 234.

<sup>1</sup> -« la CJCE décidé qu'une telle injonction est interdite « quand bien même une partie agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendant, elle a motivé l'interdiction de telles injonction devant un tribunal judiciaire se justifie principalement par le fait qu'elles empiètent sur le champ d'application du règlement du 22 décembre 2022 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial » : MEZAOULI Mohammed, Op. cit, p 03.

<sup>2</sup> - Delinte Elisabeth, Op.cit, p 54.

في تحقيق الأهداف التي وضعت من أجلها اتفاقية بروكسل وهي تقليل من اختصاص عدة جهات قضائية لنظر نزاع قضائي واحد.<sup>1</sup>

أما عن القضية الثانية ( West Tankers )، رفضت محكمة العدل الأوروبية (CJCE)، تطبيق المحاكم الإنجليزية " أوامر منع التقاضي " حتى وإن كان النزاع القائم متعلق باتفاق تحكيم، حيث تعود وقائع هذه القضية إلى وقوع حادث بحري لسفينة تدعى " فرونت كومور " (Front Comor) تابعة لشركة مسماة " وامت تانكرز " ( West Tankers )، حيث تم كراء هذه السفينة إلى مؤسسة بترولية إيطالية ذات أسهم تدعى " أ.و.ر.ج بترولي " ( ERG PETROLI Spa )، إلا أنه أثناء تنفيذ عقد الكراء تعرضت هذه السفينة إلى حادث في إيطاليا، وتجدر الإشارة بأنه قد ورد في بنود هذا العقد أن القانون الواجب التطبيق هو الإنجليزي، كما أنه وفي حالة قيام النزاع بين الأطراف يتم اللجوء إلى هيئة التحكيم بلندن، وتماشيا مع ما تم ذكره تمكنت الشركة الإيطالية من الاستفادة من جملة من التعويضات بصفة جزئية من شركات التأمين عن الحادث، ومن جهة أخرى باشرت الشركة البترولية الإيطالية دعوى ضد الشركة المالكة للسفينة ( West Tankers ) من أجل تسديد المبلغ المتبقي عن الحادث كتعويض، وفي مقام موالي قامت شركة التأمين برفع دعوى أخرى هي أيضا أمام الجهة القضائية الإيطالية المختصة مكان وقوع الحادث بغية استرجاع المبالغ المدفوعة، وفي وقت لاحق رفعت الشركة ( West Tankers ) دعوى أمام الجهة القضائية الإنجليزية ضد شركة التأمين تعترض من خلالها على الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإيطالية بحجة أن النزاع المعروض أمام الجهات الإيطالية يعتبر محل اتفاق تحكيم والتمست على إثره إصدار " أمر بمنع التقاضي " ضد شركة التأمين ومنعم من مواصلة عرض النزاع أمام القاضي الإيطالي<sup>1</sup>، وهذا ما أيدته المحكمة الإنجليزية بفصلها في قضية الحال بتاريخ 21 مارس 2005 بمنعها بموجب أمر يقضي بعدم متابعة الإجراءات القضائية أمام الجهات القضائية الإيطالية لوجود اتفاق تحكيم بلندن وذلك وفقا للقانون الإنجليزي، وعلى إثر هذا الحكم بادرت الشركة الإيطالية بالطعن في هذا الحكم أمام مجلس اللوردات الذي بدوره أمر بعرض المسألة أمام محكمة العدل الأوروبية من أجل الفصل في النزاع، حيث فصلت هذه الأخيرة برفضها للإجراء الصادر عن المحكمة الإنجليزية كون مثل هذا النوع من التدابير من شأنه أن يمس بصفة أصلية بالتشريع الأوروبي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - Raluca Nicoleta IONESCU, Op.cit, p 234.

<sup>1</sup> - voir : MEZAOUli Mohammed, Op. cit, p 04.

<sup>2</sup> - مشار إليه تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 10.

## ب) تعارض أوامر منع التقاضي مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يرى فقه القانون الدولي الخاص بأن أوامر منع التقاضي من شأنها أن تعرقل فض المنازعات الناشئة عن التحكيم الدولي وبالتالي فهي تتنافى والمبدأ القائل "بالاختصاص بالاختصاص" وخاصة نص المادة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالتحكيم<sup>1</sup>، حيث يمكن هذا المبدأ في كون المحكم هو الوحيد المخول له بفحص اختصاصه، وجدير بالذكر بأن هذا الأخير نصت عليه أغلب القوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم الدولي وأيضا كل من القانون الجزائري وقانون الاونسيترال النموذجي كما أيده القضاء في عدة دول كالقضاء الكندي مثلا حيث فصلت محكمة الاستئناف التابعة لمقاطعة كيبيك بتاريخ 03 مارس 2003 في قضية "لاك داميونت" (LAC D'AMIANTE) بأن استصدار الشركة الفرنسية لطيران (Air France) من محكمة مقاطعة "كيبيك" (QUEBEC) يقضي بمنع استمرار إجراءات التحكيم الدولي ضد شركة الطيران الليبية بمقاطعة "كيبيك" كون محكمة التحكيم غير مختصة "أمر سابق لأوانه" كون هذا النوع من الرقابة على الاختصاص يعد رقابة لاحقة تأتي بعد صدور القرار.<sup>1</sup>

### ثانيا: نظرية المحكمة الغير ملائمة

كما رأينا سابقا<sup>2</sup>، بأن نظرية المحكمة الغير ملائمة تلعب دور مهم على صعيد المنازعات الخاصة الدولية في الوقاية من بعض الممارسة التي قد يقوم بها أحد أطراف النزاع كالتعسف الإجرائي أو الغش نحو قواعد الاختصاص أو حتى الدعوى الكيدية بهدف الحصول على حكم يتماشى ومصالحه، وبالتالي فنظرية المحكمة الغير ملائمة تعد أحد أبرز النظريات التي استحدثتها دول النظام الأنجلوسكسوني من أجل تفادي النزاعات التي لا تتضمن أي ارتباط بينها وبين المحكمة المرفوعة أمامها، ومن هذا المنطلق قد يصادف أن يتعرض المدعى عليه إلى ممارسات قد ترهقه معنويا أو ماديا كرفع النزاع أمام محكمة بعيدة عن مقر إقامته أو عن مكان تنفيذ العقد، ويرى الفقه الأنجلوسكسوني بأن نظرية المحكمة الغير ملائمة شأنها شأن أوامر منع التقاضي تقوم على مبدأ المساواة والإنصاف<sup>3</sup> (EQUITY)، حيث ترتكز فكرة

<sup>1</sup> - « De même, la question de sa licéité est également posée s'agissant des mesures visant à faire obstacle à la résolution du litige par voie d'arbitrage, vis-à-vis de sa conformité au principe compétence-compétence et de l'article II (3) de la convention de New York de 1958. » ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 479.

<sup>1</sup> - مشار إليه تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - أنظر الصفحة رقم 137 من هذه الأطروحة.

<sup>3</sup> - Delinte Elisabeth, Op.cit, p 57.

نظرية المحكمة الغير الملائمة عن تخلي القاضي عن النزاع المعروف أمامه إذا ما تبين له بأن نظيره الأجنبي أكثر قدرة على الفصل فيه وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه تلبية بذلك لاعتبارات حسن سير العدالة ومنع التعسف الإجرائي في حق المدعى عليه.<sup>1</sup>

### ثالثا: رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي

يرى جانب من الفقه الأنجلوسكسوني والفرنسي على حد سواء كمرحلة أخيرة للحد من ظاهرة الغش نحو الاختصاص والدعاوى الكيدية والتعسفية، بأنه للقاضي المطلوب منه الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي أن يرفضه في حالة ما إذا كان الاختصاص المسند للجهة القضائية الأجنبية المصدرة للحكم مبني على ممارسات غير مشروعة من قبل أحد أطراف النزاع، وبالتالي يستوجب على القاضي الوطني المراد منه التنفيذ في مثل هذه الحالات التي يكون فيها انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأجنبية مبني على فكرة الغش نحو الاختصاص أو ناتجا عن دعاوى كيدية أو تعسفية أن يرفض إصدار الأمر بالتنفيذ كعقاب لأطراف النزاع سيئي النية.<sup>1</sup>

الوضع في فرنسا خاصة وبعد صدور حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 فيفري 1985 في قضية " سيميش " (SIMITCH) التي قررت من خلالها المحكمة العليا الفرنسية بأنه في كافة الحالات التي لا تمنح فيها القاعدة الفرنسية لتنازع الاختصاص اختصاصا حصريا للجهات القضائية الفرنسية بنظر النزاع فإنه يستوجب أن يعترف للجهات القضائية الأجنبية بنظره وهذا إذا ما كان النزاع مرتبطا ارتباطا وثيقا بالدولة المرفوع أمام محاكمها وإذا ما لم يكن اختيار محاكمها مبني على غش نحو قواعد الاختصاص، فحسب هذا الطرح يخول للقاضي الفرنسي أن يرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي حتى ولو كانت الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بنظر المنازعة محل صدور الحكم وإذا ما ظهر له بأن النزاع لم يكن مرتبطا ارتباطا جديا وماديا بدولة القاضي الذي أصدر الحكم، أو إذا ما تجلى له بأن ولاية تلك المحكمة بالبت في النزاع قد انعقد بناء على غش من أحد أطراف النزاع الذين " جلبوا الاختصاص بطريقة كيدية أو مدلسة".<sup>2</sup>

المشرع الجزائري ومن خلال الفقرة الأولى من نص المادة 605/01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضع من بين جملة من الشروط للتنفيذ الأحكام الأجنبية، شرط مفاده أن يكون الحكم الأجنبي

<sup>1</sup> - أنظر هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 11.

<sup>1</sup> - Delinte Elisabeth, Op.cit, p 63.

<sup>2</sup> - مشار إليه حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 334.

المراد تنفيذه في الجزائر " أن لا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص"<sup>1</sup>، ويثور الآن التساؤل التالي هل يمكن للقاضي الجزائري حسب نص المادة 605 خاصة الفقرة الأولى منها أن يرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن جهة قضائية أجنبية مختصة إذا ما اتضح له أن هذا الاختصاص قد آل إليها بطريقة منطوية على غش أو إذا ما جلب إليها جلبا بناء على روابط مصطنعة أو دعاوى كيدية أو تعسفية؟.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 605/01 من ق إ م إ ج يتضح أن المشرع الجزائري لم يبين هل المقصود بالاختصاص في هذه الحالة الاختصاص القضائي الدولي أو الاختصاص الداخلي؟، كما لم يتطرق أيضا إلى القانون الواجب إعماله لتحديد ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>1</sup>، على عكس قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الذي بين بوضوح الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 298/01<sup>2</sup> بالإضافة إلى ما تم ذكره فإنه على الصعيد العملي يصعب تطبيق هذا الشرط كون هذا الأخير يفرض على الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم أن تحدد اختصاصها حسب قانون الدولة المراد فيها تنفيذ الحكم، أي وفق قواعد الاختصاص التي يأمر بها مشرع الدولة الأجنبية، ومن المتعارف عليه أن سيادة الدولة تفرض على القاضي الوطني الخضوع فقط إلى أحكام مشرعه، وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه بأنه يكفي أن تكون الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة حسب قواعد الاختصاص المعمول بها في الدولة التي تنتهي إليها<sup>3</sup>، كما فسر البعض الآخر بأن غموض الفقرة الأولى من نص المادة 605/01 أراد به المشرع الجزائري الرجوع إلى أحكام الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والجماعية لتحديد اختصاص الجهة القضائية التي أصدرت الحكم بالتالي الاحتكام إلى نصوص هاته الاتفاقيات في طرق تنفيذ الحكم الأجنبي في الإقليم الجزائري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>1</sup> - رجاوي أمينة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي والتنمية، مج 05، ع 01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص 225.

<sup>2</sup> - نص المادة 298 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري: « لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:1- إن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها».

<sup>3</sup> - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 01، ع 02، جامعة باتنة1، 1994، ص 55.

<sup>4</sup> - أنظر رجاوي أمينة، المرجع السابق، ص 226.

غير أننا نرى " بأنه يمكن للقاضي الجزائري أن يرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي حسب الفقرة الأولى من نص المادة 605/01 من ق إ م إ متى تبين له أنه لم تكن تتوافر بين الجهة القضائية الأجنبية المرفوعة أمامها الدعوى والمنازعة أي ارتباط جدي مادي أو موضوعي ، أو متى ظهر له أن اختصاص تلك المحكمة الأجنبية كان مصطنعا من قبل أطراف النزاع أو كان مبنيا على غش نحو قواعد الاختصاص (Forum Shopping)، أو قائما على دعوى كيدية أو تعسفية في حق أحد أطراف النزاع".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الموقف حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 336.

## المبحث الثاني: الاختصاص القائم على أساس محكمة الضرورة وتلافي إنكار العدالة

تمنح الجهات القضائية الوطنية في بعض الحالات اختصاصها بنظر المنازعات الدولية الخاصة، على رغم عدم توفر أي من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها والمعمول بها في التشريعات المقارنة، ويعد أساس هذا الاختصاص هو تفادي إنكار العدالة، حيث قد يصادف أن لا تكون المحاكم الوطنية مختصة بالبت في النزاع إذا ما تم اللجوء إلى معايير الاختصاص القضائي الدولي التقليدية كضابط جنسية المدعى عليه أو موطنه، وفي المقابل أيضا قد لا تكون الجهات القضائية الأجنبية ذات ولاية للفصل في نزاع معروض أمامها لعدم وجود رابطة جدية بينها وبين الخصومة وهذا ما سوف يؤدي بالضرورة إلى قيام علاقة قانونية مشمولة بعنصر أجنبي بلا قاضي مختص للفصل فيها، ولتجنب الوقوع في مثل هذه الوضعيات وما يترتب من آثار لا تخدم اعتبارات حسن سير العدالة وذلك لسبب رئيسي من خلال وجود حق دون حماية قانونية وقضائية على نطاق الاختصاص القضائي الدولي، ومن هذا المنطلق بادرت التشريعات المقارنة إلى إجازة قوانينها الإجرائية بعقد الاختصاص القضائي لجهاتها القضائية وتولي الفصل في مثل الحالات بناء على ضابط تلافي إنكار العدالة، وجدير بالذكر إن بعض القوانين العربية على غرار القانون المصري واللبناني تبنت هذا الضابط لفض مثل هذا النوع من المنازعات.<sup>1</sup>

ولابد من الإشارة على أن مبدأ " إنكار العدالة " قد عرف ظهوره لأول مرة في نطاق القانون الدولي العام، ويقوم على أساس العمل الغير مشروع الصادر عن دولة معينة ضد الرعايا الأجانب لدولة أخرى من خلال حرمانهم من اللجوء إلى عدالتهم<sup>2</sup>، وهذا ما جعل عدة اتفاقيات دولية تبادر إلى تكريس حماية حق الفرد في التقاضي<sup>3</sup> « le droit d'accès a la justice »، ولعل من أبرز هذا الاتفاقيات نجد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان « convention européenne des droits de l'homme » التي تطرقت من خلال نص المادة السادسة منه على أنه يحق لكل شخص في الحصول على " محاكمة عادلة".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص ص 59-60.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> - Julie CLAVEL, le déni de justice économique dans l'arbitrage international (l'effet négatif du principe compétence- compétence), thèse de doctorat école doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit compare, université PARIS II panthéon – Assas, 2011, p 35.

<sup>4</sup> - Article 06 de la convention européenne des droits de l'homme : « **Droit à un procès équitable** 1) « toute personne a droit a ce que cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par



وفي المقابل كذلك يعد مبدأ عدم إنكار العدالة من المبادئ الجوهرية التي يحميها القانون الدستوري<sup>1</sup>، فالدستور الجزائري الجديد ومن خلال نص المادة 165 نص على أنه « يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة.»، كما نصت الفقرة الأولى منه على أن « القضاء متاح للجميع»، كما ورد أيضا في نص المادة 174 من الدستور ما يلي : « يحيي القانون المتقاضي من أي تعسف يصدر عن القاضي»<sup>2</sup>.

مضت الإشارة إذا كان الحق في اللجوء إلى الجهات القضائية للدولة سواء كان الطرف وطنيا أو أجنبيا حق يكفله القانون والاتفاقيات الدولية، فإنه في المقابل يلتزم قضاء كل دولة بتحقيق العدالة على إقليمها لكل من مواطنيها والرعايا الأجانب المقيمين بها، وطالما أن العلاقة القانونية في الوقت الراهن تمتد لتشمل عناصرها أكثر من دولة واحدة، فالقول بضرورة التعاون الدولي يلزم محاكم هاته الدول في نظر بعض المنازعات بصفة استثنائية الغاية منها ضمان حسن سير العدالة وحماية حقوق الأفراد.

واستخلاصا لما سلف، سوف نحاول التطرق إلى مضمون فكرة إنكار العدالة (المطلب الأول)، وسنرى فيما بعد مدى تأثير مبدأ منع إنكار العدالة في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مضمون فكرة إنكار العدالة

يرى الفقه بأن فكرة إنكار العدالة عرفت ظهورها كحالة من حالات "مخاصمة القضاء" قبل إلغائها، حيث أشار إليها قانون الإجراءات المدنية والفرنسية القديم من خلال نص المادة 506، والتي عرفت بأنها « رفض القضاة الرد على العرائض أو إهمال الفصل في قضايا جاهزة للنظر فيها»، كما تطرقت المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي لإنكار العدالة بقولها «القاضي الذي يرفض الفصل في قضايا بحجة سكوت أو غموض أو عدم كفاية القانون»، كما تناولت من جهتها أيضا المادة 185 من قانون

la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien- fondé de toute accusation en matière pénale ».

<sup>1</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، ع 82، ص 04.

العقوبات الفرنسي هذه المسألة بقولها « يعد مرتكبا لإنكار العدالة القاضي الذي يرفض الفصل بين الأطراف بعد إنذاره»<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره، يعيب جانب من الفقه التعريفات السابقة الذكر، وهذا لأنها تعطي مفهوما ضيقا لإنكار العدالة عندما يتمسك بها على أساس كونها " خطأ شخصي"، ومن الجدير بالملاحظة أنه وبعد صدور قانون 05 جويلية 1972، دعا الفقه إلى ضرورة معاملة إنكار العدالة على أساس أنها "خطئ مرفقي" من شأنه يؤدي إلى عدم حسن سير العدالة أو "السير المعيب لمرفق القضاء" وعلى هذا الأساس حاول أنصار هذا الاتجاه هجر المفاهيم التقليدية التي تضيق من مفهوم إنكار العدالة وبالتالي انتهاج مفهوم واسع يتماشى وأهداف المشرع من خلال توسيع نطاق المسؤولية القضائية للدولة.<sup>2</sup>

وانطلاقا ما سلف يرى الفقه بأن فكرة إنكار العدالة تشكل أحد أبرز المواضيع المتعلقة بمدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (الفرع الأول)، و الذي حاول على إثرها وضع جملة من النظريات التي تضبط المقصود بإنكار العدالة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

بعد مدة زمنية ليست بالقصيرة رسخ الاجتهاد القضائي فكرة مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بعد أن كانت هذه المسألة مرفوضة تماما في وقت سابق بحجة عدم مسؤولية الدولة كليا عن أعمال سلطتها القضائية<sup>1</sup>، ولعل أبرز مبررات عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء تكمن في:

<sup>1</sup> - حسين فريجة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1990، ص ص 292-293.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 293.

<sup>1</sup> - كما ذكرنا سابقا ظل مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية سائدا في فرنسا إلى غاية جويلية 1972، فقبل هذا التاريخ اقترن مبدأ عدم سيادة الدولة عن أعمال سلطاتها الثلاث مع مبدأ المسؤولية، حيث يتنافى هذا الأخير وسيادة الدولة وعلى هذا الأساس ذهب غالبية الفقه إلى القول بأن " طبيعة السيادة تلزم الجميع دون أن يخول لأحد المطالبة بالتعويض"، وبالتالي فإن الدولة غير مسؤولة عما يصدر من سلطتها القضائية من تصرفات أو أفعال من شأنها أن تسبب ضررا للغير، وبناء عليه لا يخول لأي أحد اللجوء للقضاء بهدف الحصول على تعويض طالما أن من تسبب في الضرر فهي الدولة، حيث ظل هذا المبدأ مطبق حتى ما بعد الثورة الفرنسية 1787 وعليه يرى كل من الفقهاء "ديجي" و "لافير" بأن « مسؤولية الدولة وسيادتها خطان متوازيان، كما أن الدولة تفرض نفسها على كل شخص دون تعويض.»، راجع في هذا المعنى: محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء (دراسة تحليلية مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي)، ط 01، دار الكتب والوثائق القومية المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015، ص 61، أنظر أيضا: شريف يوسف خاطر، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 02، ص 121.

(1) حجية الشيء المقضي به: تعتبر الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الدولة " عنوان للحقيقة ومظهرا من مظاهرها"، وعلى هذا الأساس لا يجوز مناقشة الأحكام الصادرة عنها، وفي حالة عدم الاعتداد بهذا المبدأ من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية لأطراف الخصومة القضائية<sup>1</sup>، ومن هذا المنطلق فإن الحكم الذي أستوفى طرق الطعن فيه بات حائزا لقوة الشيء المقضي به ويستجوب اعتباره " عنوانا للعدالة" بين أطراف النزاع، وبناء على ذلك لا يمكن إعادة إحياء النزاع مرة أخرى وإلا نتج عن ذلك عدم قابلية الخصومة القضائية للانقضاء<sup>2</sup>، ومن وجهة نظر تاريخية أيد مجلس قضاء بورديو الفرنسية بتاريخ 09 مارس 1967 في قضية " إيزارتيه" (ISSARTIER) هذا المبدأ، حيث ورد في قرار مجلس " بورديو" " قرارا قضائيا له قوة الشيء المقضي فيه لا يمكنه إقامة مسؤولية الدولة"<sup>1</sup>.

(2) فكرة السيادة: من أكثر الأفكار التي كانت سائدة في أغلب دول العالم خلال القرن التاسع عشر هو " أن الملك الذي يتمتع بكل السلطات وتتمحور حوله السيادة لا مجال أن يرتكب خطأ، وعلى هذا الأساس تم تفسير السيادة بكونها تتعارض مع المسؤولية، فهذه الأخيرة تعني سبق ارتكاب الخطأ، بينما الملك معصوم منه ولا تقوم في حقه أي مسؤولية<sup>2</sup>، علما أن هذه الفكرة تقوم بالأساس على أن " الملك لا يخطئ" (Le roi ne peut mal faire)<sup>3</sup>، وتماشيا مع ما تم ذكره يرى الفقه بأن فكرة السيادة هي خاصية للدولة دون غيرها وهذا ما يجعلها لا تسأل عن تصرفاتها، وتأييدا لذلك يرى العميد " هوريو" بأن « للدولة وظائف أولية وأنهما في حاجة إلى سلطة واسعة لتقوم بها على أكمل وجه، فوظيفة الدولة هي الحكم وعندما تصدر حكم يستوجب أن تكون بمأمن من كل رجوع عليها من قبل الأفراد»، ومن جهة أخرى يفترض في الدولة أن تتمتع بشيء من الحصانة ترفع من خلالها عن كافة المسائل في حقها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - صبحي محمد أمين، مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية والتعويض عنها في القانون الجزائري، مجلة آفاق فكرية، مج 05، ع 01، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017، ص 292.

<sup>2</sup> - بن منصور عبد الكريم، مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مج 02، ع 03، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016، ص ص 32-33.

<sup>1</sup> - مشار إليه حسين فريجة، المرجع السابق، ص 157.

<sup>2</sup> - محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 122.

<sup>4</sup> - أنظر حسين فريجة، المرجع السابق، ص 153.

(3) استقلال السلطة القضائية: يرى الفقه بأنه يفترض في القاضي أن لا يسأل عن كيفية تأدية مهامه إلا من قبل الجهاز القضائي وهذا ما جعل من مؤدي فكرة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء يرون بأن هذا المبدأ يجد أصله في هذه الضمانة.<sup>1</sup>

أيدت محكمة استئناف الإسكندرية في مصر في الحكم الصادر بتاريخ 27 أبريل 1957 هذا المبدأ بقولها « ليس هناك أكثر تعطيلاً للعدالة من فتح الباب بغير حساب على القاضي للموتورين ممن يحتكمون إليه أو من يقومون له للحكم فيها للتشفي منه أو للنيل من كرامته عن طريق الإدعاءات التي يوجهونها إليه».<sup>2</sup>

### أولاً: الاتجاهات الحديثة لتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

لطالما كان الفقه الفرنسي الحديث يمني نفسه بتحقيق أحد أبرز مطالبه والمتمثلة في قيام مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، حيث مهد لهذا المبدأ مندوب الحكومة الفرنسية " ديفولوفي" (Devolove) من خلال القضية التي أخت صدى واسع في فرنسا والمسماة " بود" سنة 1951، حيث صرح من خلالها بإمكانية جواز تقرير مسؤولية الدولة على الأعمال القضائية على غرار مسؤوليتها عن الأعمال الإدارية، وأيده في ذلك " دييجي" بقوله « إذا ما كانت السيادة حقيقية فهي تكمن بصورة أوضح في العمل القضائي على عكس العمل الإداري، وعلى هذا الأساس لا يوجد أي مبرر عن عدم إعمال مسؤولية الدولة عن السلطة القضائية».<sup>1</sup>

بعد أن كان الرأي الغالب سابقاً والمتمثل في عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كما ذكرنا، عرف المشرع الفرنسي تحولاً كبيراً في الموقف وذلك بخروجه عن هذا المبدأ سنة 1972 وسأيره في ذلك المشرع الجزائري في 22 نوفمبر 1976، حيث شكل 05 جويلية 1972 نقطة انطلاق جديدة للنظام القضائي الفرنسي من خلال وضع حد للمبدأ القائل بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية وذلك من خلال قانون رقم 72-620، حيث نصت المادة 11 من هذا الأخير على أن " الدولة تسأل عن تعويض الأضرار التي تنشأ عن الأخطاء التي يقع فيها جهاز القضاء في حالة الخطأ الجسيم وحالة إنكار

<sup>1</sup> - بن منصور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> - مشار إليه محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 69.

<sup>1</sup> - صحبي محمد أمين، المرجع السابق، ص 292.

**العدالة**، وبالتالي يسأل القضاة عن أخطائهم الشخصية مما يرتب مسؤولية الدولة عن جبر ضرر المتقاضين وحصولهم عن التعويض المناسب.<sup>1</sup>

### ثانياً: المسؤولية في حالة إنكار العدالة

كان المشرع الفرنسي قبل قانون 1972 ينظر إلى مسألة إنكار العدالة على أنها حالة تكمن في عدم قيام القاضي في إتمام المهمة الموكلة إليه، حيث يتحقق إنكار العدالة عندما يقوم القاضي " بتأجيل الفصل في قضية معينة بدون مبررات شرعية، أو إذا ما بادر إلى البت في جزء من الطلب وامتنع عن الفصل في الباقي، كما يرى الفقه بأنه لا يعد من قبيل إنكار للعدالة إذا ما تبين للقاضي المعروض أمامه النزاع بأنه غير مختص للفصل فيه أو أصدر حكماً بعدم اختصاصه، إلا أنه في المقابل وبمجرد صدور قانون 1972 تم اعتبار إنكار العدالة بمثابة خطأ مرفقي يرتكز على أساس إخلال الدولة بالقيام بواجباتها في تحقيق الحماية القضائية وكفالة حسن سير العدالة وإخلال القاضي بتأدية المهام الموكلة إليه، ومن هذا المنطلق تعتبر حالة إنكار العدالة خطأ مرفقي يستوجب على الدولة بسببه التعويض الكلي.<sup>1</sup>

المشرع المصري من جهته نص على أنه يجوز مساءلة القاضي مدنياً من خلال دعوى مخاصمة إذا حدث وامتنع عن الإجابة على عريضة أو عن الفصل في قضية جاهزة للبت فيها، وحسب القانون المصري لا يسمح برفع دعوى مخاصمة إلا بعد مضي ثمانية أيام على آخر اعدار وهذا ما يعرف " بإنكار العدالة"، حيث أن القاضي وفقاً لهذه الحالة يخالف واجبا جوهريا بالنظر إلى طبيعة وظيفته التي تقوم بالأساس على إعلاء القانون وإقامة العدالة بين أطراف النزاع، إلا أنه وفي المقابل يرى الفقه بأنه يشترط لقيام مسؤولية القاضي عن حالة إنكار العدالة هو الامتناع عن الفصل في قضية أو التأخير الغير مبرر من طرفه.<sup>2</sup>

المشرع الجزائري من خلال المادة 61 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء نصت على أنه « يعتبر خطأً تأديبياً جسيماً كل عمل أو امتناع صادر عن القاضي من شأنه

<sup>1</sup> - حسين فريجة، المرجع السابق، ص 277.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 294.

<sup>2</sup> - محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 168-169.

المساس بسمعة القضاء أو عرقلة حسن سير العدالة»، كما حددت المادة 62 من نفس القانون الأخطاء التأديبية بقولها: «تعتبر أخطاء تأديبية جسيمة، لاسيما ما يأتي: ... - إنكار العدالة»<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: أثر النظريات الفقهية في تحديد المقصود بإنكار العدالة

حاول الفقه وضع مجموعة من النظريات الفقهية من أجل المساهمة في تفسير و ضبط فكرة إنكار العدالة، حيث تشمل هذه النظريات بالأساس كل من النظرية المقيدة (أولاً)، نظرية التعدادية القضائية (ثانياً)، نظرية الأجهزة العدلية (ثالثاً)، النظرية الموسعة (رابعاً)، النظرية التعويضية (خامساً).

#### أولاً: النظرية المقيدة

تظهر فكرة إنكار العدالة حسب هذه النظرية عندما تحرم الدولة المواطن الأجنبي من حقه في التقاضي ورفع الدعاوى أمام جهاتها القضائية، ولعل من الدوافع الرئيسية التي بنيت عليها هذه النظرية هو المساواة بين المواطنين والأجانب، وجدير بالذكر أن هذه النظرية أخذت صدى واسع في دول أمريكا اللاتينية وتم العمل بها مباشرة بعد أشغال المؤتمر السابع المعقود بين مختلف هذه الدول، ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأن هذه النظرية تعرضت إلى النقد كونها تقييد من نطاق مفهوم إنكار العدالة، كما يعد نادراً أن ترفض الدولة للمواطن الأجنبي من المثول ورفع دعواه أمام الجهات القضائية الوطنية وبالتالي فهي لا تنتج أي آثار وفوائد عملية.<sup>1</sup>

#### ثانياً: نظرية التعدادية القضائية

تقوم هذه النظرية بالأساس على التقصير الناتج عن الجهات القضائية للدولة في توفير الحماية القانونية والقضائية للمواطن الأجنبي، وبالتالي إخلال الدولة بالتزاماتها في توفير الحماية الكافية للأجانب، وتظهر حالة إنكار العدالة وفقاً لهذه النظرية من خلال الأشكال الآتية:

- عدم السماح للأجنبي باللجوء إلى الجهات القضائية الوطنية.
- تهاون الدولة وإخلالها بالتزاماتها الدولية عند قيام محاكمها بالبت في النزاع المتضمن عنصر أجنبي.

<sup>1</sup> - قانون عضوي رقم 11-04 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، يتضمن القانون الأساس للقضاء، ج.ر، عدد 57،

ص 19.

<sup>1</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 147.

• الأحكام الظالمة ظلما بينا: حيث تكون الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية وفقا لهذه الحالة مبنية على خلفية ذات طبيعة سياسية أو التمييز في حق الأجنبي مما يسلبه حقه في محاكمة عادلة.<sup>1</sup>

### ثالثا: نظرية الأجهزة العدلية

يرى الفقه بأن هذه النظرية لا تقتصر على القضاء العادي فقط، بل تمتد لتشمل بذلك القضاء الإداري، فأساس هذه النظرية أيضا على عدم حصريّة الجهات القضائية لوحدها بالقيام بواجبات العدالة، بل قد يصادف أن يوجد أيضا في بعض الدول هيئات أخرى تابعة للدولة تكون قائمة على الأعمال المرتبطة بشؤون العدالة، وعلى هذا الأساس قد يقدر أن تكون هذه الأعمال محل إنكار للعدالة.<sup>2</sup>

### رابعا: النظرية الموسعة

يتلخص مفهوم هذه النظرية في التقصير والإهمال الغير مشروع من قبل الدولة من شأنه أن يشكل ضرر مادي أو معنوي للأجنبي ويرتب في نفس الوقت قيام المسؤولية الدولية للدولة، فكافة تصرفاتها الغير مشروعة الصادرة من قبل مؤسساتها العدلية يمكن أن تكيّف بأنها إنكارا للعدالة، وجدير بالملاحظة أن هذه النظرية تختلف عن النظريات السابق ذكرها من ناحية أنها لا تحدد نطاق أعمال معينة، كما أنها وردت بشكل عام وأساسها عدم مشروعية الفعل، إلا أنه وفي المقابل تعرضت هذه النظرية للنقد كونها تخلط بين فكرة إنكار العدالة والعمل الغير مشروع المترتب عن مسؤولية الدولة.<sup>1</sup>

### خامسا: النظرية التعويضية

يرى الفقه حسب هذه الحالة طالما أنه يوجد ضرر فمن الضروري أن تستحدث الدولة تعويض يتناسب وحجمه وآثاره، فحالة إنكار العدالة هنا تظهر لما تهاون الدولة عن جبر الضرر الذي طال الأجنبي، وتماشيا مع ما تم ذكره تتحقق هذه النظرية في حالة وحيدة وهي بالنظر للمركز القانوني للأجنبي بوصفه مدعي في دعوى مدنية، وفي نفس السياق تعرضت هذه النظرية للنقد بسبب أنه من غير المعقول أن

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 175، أنظر أيضا: عمر حسين النداوي، الاختصاص القضائي الدولي المبني على منع إنكار العدالة، مجلة كلية اليرموك، جامعة اليرموك، العراق، مج 18، ع 5، 2022، ص 153.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 167-177.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 177-178.

يتحقق إنكار العدالة مقيد بوصف الأجنبي مدعياً، حيث أن الواقع يثبت العكس فأغلب القضايا التي عرفت حالات إنكار العدالة كان العنصر أجنبي في الدعوى مدعى عليه.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: تأثير مبدأ منع إنكار العدالة في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية

يمكن حصر فكرة منع إنكار العدالة في إطار الاختصاص القضائي الدولي على أنها الحالة التي تكون فيها أحد أطراف العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي غير قادر على رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة للمطالبة بحق من حقوقه، وذلك بسبب يمنعه من الاستفادة من معيار من معايير الاختصاص القضائي الدولي التي يضعها المشرع في تلك الدولة لتحديد ولاية محاكمه بنظر هذا النوع من المنازعات.<sup>2</sup>

ولتوضيح ذلك يرى الفقه بأن الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة يجد أساسه كضابط مبني على فكرة " محكمة الضرورة" « Forum Necessitatis »، حيث تظهر هذه الأخيرة لما لا تعترف أي دولة باختصاص جهاتها القضائية لنظر نزاع معين، مما سوف يؤدي إلى حرمان أحد أطراف النزاع من أحد حقوقه الجوهرية والمتمثلة في " الحق في اللجوء إلى العدالة"، ولمعالجة وتصحيح هذا الوضع السلي تبنّت أغلب الأنظمة القانونية الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها لمنع إنكار العدالة عملاً بفكرة " محكمة الضرورة".<sup>1</sup>

وفي نفس الصدد فإن الأساس فكرة " محكمة الضرورة" « for de nécessité » هي بمثابة فرضية استثنائية (Hypothèse exceptionnel) تجبر القاضي على الاعتراف باختصاصه بهدف تلافي إنكار العدالة، حتى وإن لم تتوفر أي قاعدة من قواعد الاختصاص تجعله مختصاً بنظر النزاع<sup>2</sup>، «alors même qu'aucune règle ne lui confère une compétence pour trancher le litige»

<sup>1</sup> - راجع وسام توفيق عبد الله الكتبي، المرجع السابق، ص 178، راجع أيضاً عمر حسين النداوي، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> - عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص 99.

<sup>1</sup> - «Situation dans laquelle aucun état ne reconnaît a ses juridictions une compétence internationale pour connaitre d'un litige donné en sorte, que les parties se trouvent potentiellement privés du droit fondamental d'accès au juge ; pour pallier cette situation inadmissible, les états instituent généralement un compétence internationale de leurs tribunaux fondé sur le déni de justice, appelé for de nécessité ou forum necessitatis» en ce sens : Sandrine CLAVEL, op.cit, p

<sup>2</sup> - Caroline COHEN, Op.cit, p 176.



وتلافيا لحدوث مثل هذا النوع من الحالات في إطار المنازعات الخاصة الدولية وما يترتب عنه وجود حق دون حماية قانونية وقضائية، ولحسن سير العدالة والتعاون القضائي الدولي أصبح المشرع في كل دولة مجبرا على الاعتراف باختصاص القضائي الدولي لمحاكمه في هذه الفروض بموجب ضابط تلافي إنكار العدالة<sup>1</sup>، إلا أنه وعلى الصعيد الإجرائي تختلف مسألة الاعتراف من دولة إلى دولة أخرى، فالمشرع المصري على سبيل المثال أقر باختصاص محاكمة على أساس ضابط منع إنكار العدالة إلا في نطاق الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، وهذا ما أدى إلى التباين في الموقف الفقهي لدى الفقه المصري حول مجال أعمال ضابط تلافي إنكار العدالة (الفرع الأول)، والشروط الضرورية الواجب توافرها لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء عليه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مجال أعمال ضابط تلافي إنكار العدالة

إذا كان ما تقدم (ضابط منع إنكار العدالة) غير مقررا في مسائل الإجراءات المدنية في القوانين الداخلية والأنظمة القانونية المقارنة، فإن الوضع في نطاق الاختصاص القضائي الدولي يعد محمدا بصفته ضابطا استثنائيا يمنع بموجبه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، فإن السؤال الذي يثور يكمن في معرفة ما هو نطاق الاختصاص في حالة إنكار العدالة بوصفه ضابطا من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الاستثنائية؟.

بناء على ما تقدم تباينت المواقف القضائية والفقهية في تقدير نطاق أعمال ضابط تلافي إنكار العدالة في المنازعات المتضمنة عنصر أجنبي، حيث يسلم بعض من القضاء والفقه بعدم إمكان اللجوء إلى ضابط منع إنكار العدالة في المسائل المتعلقة بالأحوال العينية، بل أن نطاقه قاصر على مسائل الأحوال الشخصية (أولا)، وعلى النقيض مما تقدم يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن ضابط منع إنكار العدالة يمتد ليشمل كذلك المسائل المرتبطة بالأحوال العينية (ثانيا).

### أولا: الاتجاه القائل بالمسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية

يرى فريق من الفقه المصري بأن مشرعيهم قد وفق إلى حد بعيد في اشتراط لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية على أساس ضابط تلافي إنكار العدالة أن تكون الدعوى مرتبطة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وذلك من خلال الفقرة السابعة من نص المادة 30 من قانون المرافعات المدنية

<sup>1</sup> - طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 317.

<sup>2</sup> - الفقرة السابعة من نص المادة 30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

والتجارية، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن المشرع المصري لم يشأ أن يجعل من هذا الضابط سببا عاما لإسناد الاختصاص للجهات القضائية المصرية بل حصرها فقط على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية طالما وجدت رابطة جدية بين النزاع والإقليم المصري، كما أن هذه الرابطة أساسها كون المدعي مصرية أو أجنبيا متوطنا في مصر، ولعل في ذلك حسب مؤيدي هذا الاتجاه "رعاية لهما".<sup>1</sup>

ويبرر أنصار هذا الاتجاه بأن رؤية المشرع المصري الكامنة في اقتصاص أعمال ضابط منع إنكار العدالة على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تجد أساسها في "المرجعية الإسلامية" التي تقوم على أساس الشريعة بوصفها الشريعة العامة، مع الأخذ بعين الاعتبار الشرائع الأخرى الخاصة بغير المسلمين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع المصري قد رأى بأن المسألة لما تكون في نطاق الأحوال العينية، فإنه يترتب عليها اختصاص محكمة موقع المال أو محل الالتزام.<sup>2</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره يرى الفقه أن الغاية من اشتراط مسائل الأحوال الشخصية كنطاق لإعمال هذا الضابط في منازعات الدولية الخاصة يعود لعدة اعتبارات عملية أهمها:

الاعتبار الأول: بالنسبة للمدعي الوطني والمدعي الأجنبي فإن الفكرة الرئيسية تكمن على أساس توفير الرعاية القضائية للمدعي، حيث تعد هذه الفكرة أكثر ظهورا في نطاق الأحوال الشخصية، طالما أنه أيضا أن هذه الرعاية لا تتعارض والرعاية الواجبة للمدعي عليه بمقتضاته أمام محكمة موطنه، حيث يفترض في هذه الحالة أن المدعى عليه ليس له موطن معروف في الخارج.

الاعتبار الثاني: واجب الدولة في توفير العدالة لمواطنيها، وهي الفكرة الرائجة والمعمول بها في التشريع الفرنسي.<sup>1</sup>

وجدير بالملاحظة أن الاختصاص القضائي القائم على أساس إنكار العدالة لا يخل باختصاص الجهة القضائية للدولة الموجود بها العقار وهذا في كافة الدعاوى المتعلقة به، طالما أنه يمكن اعتباره بمثابة حل تمليه اعتبارات مرتبطة بمبدأ قوة النفاذ (Effectivnes)، ومن زاوية أخرى عند القول بوجود عقار خارج إقليم الدولة يعني بأن هناك جهة قضائية مختصة بكافة المنازعات القائمة في شأنه،

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 186.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 688، أنظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 79.

وهذا ما يتعارض والمبدأ القائم على أساس اختصاص المحاكم المبني على ضابط توافي إنكار العدالة، الذي يصبح بدون قيمة فعلية من الناحية العملية.<sup>1</sup>

### ثانياً: الاتجاه القائل بعدم الاقتصار على مسائل الأحوال الشخصية

ذهب الاتجاه الفقهي الثاني إلى القول بأنه يجوز إعمال ضابط منع إنكار العدالة بمناسبة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والأحوال العينية على حد سواء، ويؤيد هذا الاتجاه المشرع اللبناني وذلك من خلال نص المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تنص على أنه « تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أية قضية تتعلق بأحد اللبنانيين أو بمصالح كائنة في لبنان، إذا لم يكن هناك محاكم أخرى مختصة»، وتفسيرا لذلك يتبين أن المشرع اللبناني عقد الاختصاص لجهاته القضائية بناء على ضابط توافي إنكار العدالة بشكل عام ودون استثناء الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية.<sup>2</sup>

بيد أن من المتصور تماما، وهذا هو الواقع العملي في الكثير من البلدان أن ضابط توافي إنكار العدالة يعد سببا من أسباب الاختصاص دون أي تفرقة في نطاق أعماله بين مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الأحوال العينية، وعلى هذا الأساس فقد فصل القضاء الفرنسي بأنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا أو في الخارج فإن المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى طالما أن المدعي متوطن في فرنسا، وفي نفس السياق خلص الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى اعتماد هذا الحل من خلال تمديد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي إلى المجال الدولي وبالتالي ولاية محكمة موطن المدعي بنظر النزاع متى تبين أن موطن المدعى عليه غير معروف، وبدوره جانب من الفقه الألماني ذهب إلى حد القول بأنه إذا لم تتوفر أي جهة قضائية مختصة لنظر النزاع فإنه يجب أن تكون كافة المحاكم الأخرى مختصة للفصل فيه منعا لإنكار العدالة.<sup>1</sup>

كما ذهب الدكتور هشام علي صادق – وعلى نحو ما سبق ذكره- إلى القول بضرورة إعمال ضابط منع إنكار العدالة سواء بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أو بالنسبة لكافة مسائل الأحوال العينية، « فتوافي إنكار العدالة كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها»، وتجد الإشارة أن الأستاذ حاول وضع مقترحا مفاده اختصاص

<sup>1</sup> - صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - وسام توفيق عبد الله الكتيبي، المرجع السابق، ص 188.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 128.

المحاكم المصرية بدعاوى الأحوال العينية التي يكون المدعي فيها مصرية أو أجنبيا متوطنا في مصر، طالما أنه لا توجد محكمة أخرى مختصة بالفصل فيه، مراعاة بذلك المبدأ الذي تقتضيه اعتبارات العدالة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: شروط الاختصاص بضابط منع إنكار العدالة

بما أن ضابط القائم على منع إنكار العدالة يعد من الضوابط التي تطبق بشكل استثنائي للفصل في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، والذي يلبي كما رأينا مقتضيات اعتبارات العدالة وحسن سيرها من خلال عدم ترك الدعوى بدون قاضي مختص للفصل فيها، إلا أنه وفي المقابل ومن الناحية العملية إن مسألة تطبيق هذا الضابط من قبل المحاكم الوطنية منوط بمجموعة من الشروط التي تملها الإجراءات القانونية من جهة كالشروط المبنية على أساس مركز أطراف النزاع (أولا)، والشروط الأخرى التي فرضها الاجتهاد القضائي كالقرارات الصادرة عن المحكمة العليا الفرنسية من جهة أخرى، كالشروط القائمة على أساس حالة الدعوى (ثانيا).

#### أولا: الشروط المبنية على أساس المركز القانوني للأطراف في الدعوى

يرى الفقه بأنه يستوجب أن يتوفر شرطين رئيسيين من حيث المراكز القانونية لأطراف المنازعة الدولية الخاصة لتطبيق ضابط منع إنكار العدالة، حيث يتمثل الشرط الأول في كون المدعي وطنيا أو متوطنا في إقليم دولة القاضي، أما الشرط الثاني فيكمن في أن يكون المدعى عليه أجنبيا وغير معلوم الموطن في الخارج.

#### (1) أن يكون المدعي وطنيا أو أجنبيا متوطن في إقليم دولة القاضي

يعد المشرع المصري هو الوحيد من بين كافة التشريعات المقارنة الأخرى الذي علق اختصاص جهاته القضائية عملا بضابط منع إنكار العدالة بموجب هذا الشرط، فحسب هذه الحالة فإنه يكفي إذا كان المدعي مصرية بغض النظر عن موطنه أو محل إقامته، أما في المقابل إذا كان أجنبيا فيستوجب أن يكون متوطنا في مصر، وجدير بالإشارة أن الفقه المصري أكد على ضرورة توطن الأجنبي في مصر وعدم الاكتفاء بالإقامة فيها<sup>1</sup>، ولعل هذا التوجه الأخير له ما يبرره على أرض الواقع كون عدم اشتراط توطن

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 129.

<sup>1</sup> - عاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 77.

المدعي في إقليم دولة القاضي من شأنه أن يجعل اختصاص المحاكم الوطنية متاح للعامة، وبالتالي فتح الباب أمام الخصوم سيئ النية للتلاعب بقواعد الاختصاص القضائي الدولي ومباشرة دعاوى كيدية.<sup>1</sup>

واستخلاصا لما سلف يشير الدكتور " هشام علي صادق " بأن اشتراط أن يكون المدعي مصريا أو أجنبيا متوطنا في مصر في كافة الأحوال بغض النظر عن المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية أو العينية له ما يبرره، فيستوجب من ناحية الأخذ بعين الاعتبار الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص بالدعوى ومدى تعلقها بالعدالة والنظام العام في الإقليم، ومن زاوية أخرى يعد ترك المدعي الوطني أو الأجنبي المتوطن في إقليم الدولة دون جهة قضائية يلجأ إليها لحماية حقوقه أمر يتنافى واعتبارات العدالة التي تكمن في واجب الدولة في توفير العدالة لمواطنيها وللمتوطنين فيها.<sup>2</sup>

## (2) أن يكون المدعى عليه أجنبيا وغير معلوم الموطن في الخارج

يفهم من خلال القراءة الأولية لهذا الشرط بأنه موجه بشكل مباشر لمنع إنكار العدالة على نطاق واسع، إلا أن الفقه طرح تساؤلا مفاده كيفية إثبات هذا الشرط من الناحية العملية؟ خاصة أن عملية الإثبات تكون على عاتق المدعي<sup>1</sup>، ولعل ما يبرر استحداث هذا الشرط في نطاق المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي يتوافق والفكرة القائمة على أساس " محكمة الضرورة " (For de Nécessité) والتي تلعب دورا رئيسا في حماية المبدأ الجوهرى المتمثل في " الحق في اللجوء إلى العدالة " « Droit fondamentale d'accès a la justice »<sup>2</sup>

## ثانيا: الشروط المبنية على أساس حالة الدعوى

يشهد القانون الدولي الخاص الفرنسي في هذه الأثناء تطورا ملحوظا، حيث وبتاريخ 24 جويلية 2018 تم استحداث لجنة بهدف " التفكير في مشروع تقنين القانون الدولي الخاص الفرنسي " برئاسة الأستاذ " جون بيار آنسال " « Jean Pierre Ancel » بصفته الرئيس الفخري للغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية والرئيس السابق للجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، و جدير بالإشارة أنه وبالإضافة لثمانية أعضاء آخرين تضم اللجنة أيضا الدكتورة " ماري لور نيبويه " Marie-Laure

<sup>1</sup>- راجع: وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 197.

<sup>2</sup>- راجع في هذا الموقف: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 130.

<sup>1</sup>- وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> - Camille Pons, La concordance des compétences juridictionnelle et législative, (étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen), thèse de doctorat en droit privé, Université de Bordeaux, France, 2020, p 197.

« Niboyet بصفتها رئيسة اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، وبعد عمل دام لثلاث سنوات كاملة انتهت اللجنة إلى وضع مشروع تقنين القانون الدولي الخاص الفرنسي بتاريخ 31 مارس 2022 يتكون من 207 مادة، تحت عنوان " مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي " " Projet de code de droit international privé rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel ».<sup>1</sup>

وتماشيا مع ما تم ذكره وفي إطار موضوع دراستنا، كذلك في ظل مشروع قانون الدولي الخاص الفرنسي ومن خلال نص المادة 18 منه تم استحداث ضابطا لاختصاص الجهات القضائية الفرنسية مبنيا على منع إنكار العدالة، إلا أن ولاية المحاكم الفرنسية بناء على هذا الضابط مقيدة بجملة من الشروط تخص حالة الدعوى أمام القضاء الفرنسي، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه « عندما تكون المحاكم الفرنسية غير مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها حسب هذا القانون، فإنه يمكن لهذه الجهات القضائية الاختصاص وبصفة استثنائية، وإذا لم يكن من المقدور إقامة الدعوى بشكل معقول أو ثبت استحالة ذلك أمام سلطة قضائية أجنبية يرتبط بها الطلب ارتباطا وثيقا»، كما تطرقت الفقرة الأولى من نفس المادة 01/18 إلى أنه « يجب أن يكون الطلب مرتبطا ارتباطا كافيا بفرنسا».<sup>1</sup>

## 1) الشروط المنصوص عليها في نص المادة 18 من مشروع القانون الدولي الخاص

### الفرنسي

يلاحظ من خلال القراءة الأولية لنص المادة 18 من مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي نجد أنه قد وضع جملة من الشروط لاختصاص الجهات القضائية الفرنسية بناء على ضابط منع إنكار العدالة والتي تتمثل في ما يلي :

<sup>1</sup> - Jean Pierre Ancel, projet de code de droit international privé, Mars 2022, document disponible sur le site d'internet :

[www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/rapport\\_code\\_DIP\\_mars\\_2022](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_code_DIP_mars_2022), consulté le 30/12/2022.

<sup>1</sup> - Article 18 du projet de code de droit international privé : « Lorsqu'aucune juridiction française n'est compétente en vertu des règles du présent code, une juridiction française peut, dans des cas exceptionnels, connaître d'une demande si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible devant une juridiction étrangère avec laquelle la demande a un lien étroit...1) « La demande doit présenter un lien suffisant avec la France. »

الشرط الأول: عدم اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر النزاع، وذلك حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها.<sup>1</sup>

الشرط الثاني: اختصاص الجهة القضائية الفرنسية بشكل استثنائي، مثل ما أشرنا سابقا أن ضابط القائم على أساس منع إنكار العدالة يساهم بشكل كبير في منح سلطة تقديرية للقاضي الفرنسي في الاعتراف باختصاصه القضائي على الرغم من عدم وجود جهة قضائية أخرى مختصة بنظر النزاع، وطالما أن الهدف من وراء هذه الآلية هو تجنب إنكار العدالة وهذا ما يفسر سبب قصر تطبيقها على الحالات الاستثنائية<sup>2</sup> «ce qui explique que son application soit circonscrite a des cas exceptionnels» إلا أن بعض من فقه القانون الدولي الخاص الأوروبي يرى بأن التوسع الكبير الذي أدى إلى حتمية الاعتراف بفكرة " محكمة الضرورة" (For de Nécessité) لتلافي إنكار العدالة أدى إلى فقدان هذا الأخير طابعه الاستثنائي، وبالتالي جعله أداة تهدف إلى ضمان "فعالية الحماية القضائية".<sup>3</sup>

الشرط الثالث: تعذر إقامة دعوى أو إجرائها بشكل معقول، وإذا ما ثبت استحالة ذلك أمام جهة قضائية أجنبية يكون الطلب مرتبطا بها ارتباطا وثيقا.

الشرط الرابع: ارتباط النزاع بشكل كاف مع فرنسا، « un lien suffisant avec la France » يعتبر هذا الشرط مستنبط من قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2017 في القضية المسماة " كوميلوق"<sup>1</sup> (Comilog)، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في حادث وقع في خط السكة الحديدية الرابط بين منجم " منغيز " بين دولة الغابون إلى غاية مدينة " Pointe Noir " في الكونغو، وهذا ما جعل شركة " كوميلوق"(Comilog) تقوم بتسريح عمالها، وهذا ما أدى إلى قيامهم برفع دعاوى ضد هذه الأخيرة في أوت من سنة 1992 أمام المحكمة الابتدائية لمدينة Pointe Noir من أجل التعويض عن الأضرار اللاحقة بهم، وجدير بالإشارة أن هذه الدعاوى ضلت معلقة بدون الفصل فيها لما يفوق 15 سنة، وفي سنة 2008 تقدم ما يقارب 850 عامل من العمال السابقين لهذه الشركة إلى رفع دعوى أمام محكمة العمل الفرنسية بباريس (Conseil des prud'hommes de paris) من أجل إثارة

<sup>1</sup> - «... Lorsqu'aucune juridiction française n'est compétente en vertu des règles du présent code... ».

<sup>2</sup> - Caroline COHEN, Op.cit, p 197.

<sup>3</sup> - « D'un autre côté, l'élargissement progressif de l'objectif poursuivi à travers la reconnaissance d'un for de nécessité a également conduit à lui faire perdre son caractère exceptionnel, pour en faire un instrument visant à assurer l'effectivité de la protection juridictionnelle... » voir : ARCHINARD-GREIL Bérengère, Op.cit, p 706.

<sup>1</sup> - Cass. Soc., 14 sep 2017, pourvoi n° 15-26.737.

اختصاص المحاكم الفرنسية بناء على ضابط منع إنكار العدالة،<sup>1</sup> وهذا ما جعل محكمة الاستئناف تؤيد الحكم الصادر في صالحهم اختصاص المحكمة الفرنسية، إلا أنه وفي المقابل تم نقض هذا الحكم وكان لمحكمة النقض الفرنسية رأي آخر مفاده أن أعمال الضباط القائم على أساس منع إنكار العدالة ولتفعيل فكرة "محكمة الضرورة" (For de nécessité) يستوجب توفر شرطين مرتبطين ببعضهما البعض، حيث يكمن الشرط الأول في "استحالة اللجوء إلى القاضي للنظر في الطلب، واستحالة ممارسة حق يندرج تحت غطاء النظام العام الدولي"، أما الشرط الثاني فيكمن "في توفر رابط بين النزاع وفرنسا"، وهذا ما لم تراه محكمة النقض متوفرا، حيث سببت هذه الأخيرة قرارها بقولها أن "اكتساب الشركة الفرنسية لجزء من أسهم شركة أجنبية لا يعد رابط كافي لإثارة اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذا النزاع" « la seule détention par une société française d'une partie du capital d'une société étrangère ne constitue pas un lien de rattachement »

<sup>1</sup> - PATAUT Étienne, Déni de justice et compétence internationale, (Soc. 14 sept. 2017, n<sup>os</sup> 15-26.737 et 15-26.738, D. 2017. 1836 ; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seske), *RCDIP*, vol. 2, no. 2, 2018, p 269.

- DAUGARELIH Isabelle, La responsabilité des entreprises transnationales et le juge français illustré par les affaire Comilog et Venel, la revue regards sur le droit sociale, Vol 6, No 2, p 117.



خاتمة

## خاتمة

لأح لنا عبر الدراسة المتقدمة لموضوع اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، أن الفكرة العامة تتجسد في استقلال كل دولة في تحديد القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي لجهاتها القضائية في المنازعات العابرة للحدود الوطنية والمشملة على عنصر أجنبي، وهذا وفقاً لعدة ضوابط تتحكم في إسناد النزاع إلى المحكمة المختصة بنظره، وعلى هذا الأساس يقوم المشرع بتحديد حصة القضاء الوطني بنظر المنازعة إزاء الجهات القضائية التابعة للدول الأجنبية طالما أنه لا توجد سلطة عليا تتبنى تقسيم هذا الاختصاص.

ومن هذا المنطلق فإن الحرص على حماية اعتبارات حسن سير العدالة، دعا الأنظمة القانونية المقارنة إلى تأكيد اختصاص جهاتها القضائية بالفصل في الدعاوى دون أن يتحقق في ذلك أي ضابط من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها والمعمول بها كضابط (الجنسية أو الموطن...)، ولعل الحكمة من تقرير هذا الاختصاص بنظر هذه الدعاوى يهدف لتحقيق اعتبارات معينة تتجلى في ضمان وحدة الخصومة القضائية وتلافي تضارب الأحكام الصادرة في النزاع الواحدة وضمان حسن سير العدالة وتحقيق التعاون القضائي الدولي.

فالفكرة القائلة بضمان وحدة الخصومة القضائية ومنع تضارب الأحكام على صعيد المنازعات الخاصة الدولية تستدعي بالضرورة أن يتخلى القاضي الوطني عن نظر النزاع المعروض أمامه لفائدة جهة قضائية أجنبية أكثر ملائمة منه للبت فيه وضمان تنفيذ الأحكام الصادرة في شأنه، وجدير بالإشارة أن فكرة التخلي اصطدمت باقتران قواعد الاختصاص القضائي الدولي بفكرة السيادة الإقليمية للدولة خاصة من منظور الفقه التقليدي مما جعل بعض الدول تتباطأ في الأخذ بها وتطبيقها في المنازعات الدولية الخاصة لمدة طويلة على غرار فرنسا ومصر، حيث أن النظام العام في الدولة حسب الفقه التقليدي يمنع القاضي عن التنازل عن اختصاصه طالما أنه لا توجد اتفاقية دولية جماعية أو ثنائية تجيز هذه المسألة.

وفي مقابل الاتجاه الفقهي التقليدي المتمسك بفكرة السيادة لرفض التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، ظهر اتجاه الفقهي الحديث في كل من مصر وفرنسا يسلم بضرورة تنازل القاضي الوطني عن اختصاصه في عدة حالات، حيث تتمثل الحالة الأولى في الدفع لقيام ذات النزاع أمام محكمة دولة أجنبية، أما الحالة الثانية فتظهر في حالة التخلي عن الاختصاص في حالة الارتباط بين دعويين قائمتين أمام جهتين قضائيتين تنتمي كل منهما إلى دولة مختلفة، إلا أنه جدير بالإشارة أن أعمال الحالة الأولى

والثانية مرهون بتوفر شروط والتي تتجسد في : وحدة الموضوع، وحدة الأطراف، وتوافر الاختصاص لكلا المحكمتين، أما الحالة الثالثة فهي تعدد المدعى عليهم مع ضرورة ارتباط الطلبات الموجهة إليهم وعلى أن يكون التعدد حقيقيا وليس صوريا، وبخصوص الحالة الرابعة فهي ناتجة عن التخلي عن الاختصاص في حالة قيامه على الخضوع الاختياري، حيث تعبر هذه الحالة عن تحكم إرادة أطراف النزاع في تحديد الجهة القضائية بنظر النزاع، علما أن هذه الإرادة تتحكم إما في جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية أو سلبه منها، وفي نفس الصدد تشير الحالة الخامسة إلى ضرورة التنازل عن الاختصاص القضائي القائم على وجود محكمة أكثر ملائمة، حيث تعود هذه النظرية ذات نشأة أنجلوسكسونية انطلاقا من اسكتلندا مرورا بإنجلترا ووصولاً إلى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث عرفت هذه الأخيرة تباين من حيث التطبيق إلا أن الفكرة واحدة، وهي تخلي القاضي الوطني عن الدعوى إذا تبين أن المحكمة الأجنبية أكثر ملائمة وقدرة على الفصل في النزاع وكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنه وبالتالي إحالة أطراف النزاع للمحكمة الأجنبية، علما أن هذه الفكرة أيدتها محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 2014/03/24.

وعليه فإن المتمعن في طيات هذا الموضوع يبدو له جليا أن اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لها صلة وطيدة بفكرة التعاون القضائي الدولي والقيود التي يفرضها التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة، ولعل أبرز مظاهر هذا التعاون تكمن في اختصاص المحاكم بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية، خاصة أنه وفي إتباع الوسائل العادية في رفع الدعوى قد يأخذ وقتا طويلا من شأنه أن يؤثر على حقوق أطراف النزاع من ناحية طبيعة الوثائق والسندات المرتبطة بالنزاع، ومن ناحية طبيعة الدعوى التي تستوجب تدخلا سريعا للبت فيها كونها ذات طابع استعجالي، وعلى هذا الأساس ولتلافي مثل هذه الحالات خولت معظم التشريعات ولاية محاكمها بنظر النزاع بناء على ضابط التدابير الوقتية والتحفظية ضمانا للأفراد في استرداد حقوقهم وحماية مراكزهم القانونية خاصة أن المنازعات ذات طابع دولي خاص.

على أن الذي لاشك فيه أن الفكرة القائمة على التعاون القضائي الدولي أصبحت ضرورة تملها طبيعة العلاقات الخاصة الدولية من جهة، وأهداف القانون الدولي الخاص من جهة أخرى، ولعل أبرز صور هذا التعاون هو الإنابة القضائية الدولية فهي تعبر عن التعاون في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتأكيد التعاون بين مختلف الأجهزة القضائية لعدة دول، حيث بادرت الاتفاقيات الدولية إلى تنظيم هذه المسألة وضبطها، وذلك على غرار اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب

العربي الموقعة بمدينة رأس لنوف ( ليبيا) التي صادقت عليها الجزائر، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، وذلك من خلال تحديد نطاق أعمالها والقانون الواجب التطبيق عليها وطرق تنفيذها.

إذا ما سطرنا ما تقدم فإن ثمة نقطتان جوهريتان أصبحتا تظهران بكثرة في نطاق المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي، حيث تتمثل النقطة الأولى في مسألة الغش وتسوق الاختصاص القضائي الدولي، الفقه والقضاء رأياً على حد سواء بأنها مسألة يصعب التنبؤ بها على أرض الواقع خاصة لما يجد أطراف النزاع أنفسهم أمام عدة فرضيات قائمة، على إمكانية اختصاص عدة محاكم بنظر النزاع وهذا ما يجعل أحد الخصوم يقوم باختيار جهة قضائية يعلم مسبقاً بأنها سوف تصدر حكماً لصالحه، أو من خلال رفع المدعي دعاوى كيدية من شأنها أن تؤثر على المدعي عليه كرفع الدعوى أمام جهة قضائية بعيدة عن موطنه بطريقة متعمدة.

كما قد تظهر ظاهرة الغش نحو الاختصاص لما يقوم المدعي بخلق ضابط اختصاص قضائي دولي اصطناعي، بغية التهرب من الضوابط الاختصاص الأصلية، ودون هذا التحايل لن تختص المحكمة المختارة بطريقة غير مشروعة بالبت في النزاع، ومن هذا المنطلق بادر القضاء الأنجلوسكسوني إلى ابتكار وسيلة إجرائية فعالة للحد من هذه الممارسة ألا وهي " أوامر منع التقاضي" من خلال منع المدعي من رفع دعواه أو مواصلة نظرها أمام جهة قضائية أخرى أجنبية إذا ما تبين للقاضي، أن المدعي سيئ نية سوف يقوم بمباشرة دعوى كيدية ضد المدعي عليه .

أما النقطة الثانية تكمن في تلافي إنكار العدالة بوصفه ضابط استثنائي للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، حيث سعت أغلب الأنظمة القانونية المقارنة إلى منح الاختصاص لجهاتها القضائية حتى في حالة عدم توافر أي ضابط من الضوابط المعمول بها في نطاق الاختصاص القضائي دولي، وذلك بهدف عدم ترك النزاع بدون قاضي مختص للفصل فيه ومراعاة اعتبارات حسن سير العدالة، وبالنظر لأهمية هذا الإسناد اختلف الفقه في نطاق أعمال هذا الضابط فهناك من قصرها على مسائل الأحوال الشخصية كالمشرع المصري، وفي المقابل هنالك من سرح بتطبيقه على نطاق أوسع يشمل كل من الأحوال الشخصية والأحوال العينية على حد سواء مثل ما أخذ به الفقه الألماني والسويسري.

وأياً كان التقدير للحل الذي اعتمده أغلب التشريعات المقارنة لمنع إنكار العدالة فإن مشروع تقنين القانون الدولي الخاص الفرنسي عالج هذه النقطة بشكل أدق، من خلال نص المادة 18 باستحداث فكرة " محكمة الضرورة"، التي تعد بمثابة الاختصاص الاستثنائي لأطراف النزاع متى توفرت رابطة بين

الخصومة وبين فرنسا، أو متى تعلق الدعوى بالنظام العام الدولي وهذا ما تجسد في قضية " كوميلوغ " الشهيرة.

وعلى أي حال فإن الدراسة الماثلة تد كُشفت لنا عن عدة مسائل بارزة في هذا الشأن من خلال استخلاص جملة من النتائج التي تشكل إجابة عن التساؤلات المطروحة سابقا:

✓ أن الضوابط المبنية على اعتبارات العدالة تعد سببا من أسباب اختصاص الجهات القضائية الوطنية طالما لم تتوفر أي من الضوابط الشخصية أو الموضوعية المتعارف حماية بذلك لحقوق أطراف النزاع.

✓ تهدف هذه الاعتبارات لحماية وحدة الخصومة القضائية ومنع تعارض الأحكام على الصعيد الدولي من خلال تمكين القاضي الوطني من التخلي عن اختصاصه لفائدة جهة قضائية أجنبية أكثر ملائمة منه.

✓ أن فن تنظيم الخصومة القضائية يستوجب الاعتراف باعتبارات العدالة بوصفها سببا مباشرا للاختصاص القضائي الدولي وبالتالي اعتبارها ضابطا لا يقل قيمة عن معايير الاختصاص الأخرى المتعارف عليها.

✓ إن الأفكار القائلة بالتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لم تكن واردة لدى معظم التشريعات العربية منها خاصة ولم يؤمن بها الفقه التقليدي لسبب وحيد وهو المساس بالسيادة الإقليمية للدولة.

✓ في الاعتراف بالدفع للإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وللارتباط أصبح أمرا حتميا تفرضه طبيعة المنازعات الخاصة الدولية مما يستدعي ترك الأفكار التقليدية التي تركز مبدأ السيادة الإقليمية المطلقة للدولة على إقليمها، وضرورة إتباع التوجه الحديث القائل بوجود تخلي المحكمة عن ولايتها القضائية طالما أنه توجد في المقابل محكمة أجنبية أكثر قدرة منها للبت في النزاع.

✓ أظهرت الدراسة أن المبدأ القائل بسرعة تحقيق العدالة يؤكد أحقية اختصاص المحاكم بناء على ضابط الإجراءات الوقتية والتحفظية خاصة لما يستوجب التدخل لمنع الخطر المحدق بالحق المعتدى عليه والذي يفترض فيه سرعة القضاء .

✓ والذي نلفت النظر إليه أن التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية والتعاون القضائي الدولي من شأنه أن يسهل من حسن سير العدالة بين مختلف الدول من خلال تنظيم بعض المسائل على

غرار الإنابة القضائية الدولية، والتعاون الهادف لكبح ظاهرة تنامي ممارسة الغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي والتعسف الإجرائي الناجم عن الدعاوى الكيدية في حق المدعى عليه. ✓ الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة بوصفه ضابطا استثنائيا للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم يعد من أبرز الضوابط المستحدثة من خلال خلق " محكمة الضرورة" التي يجأ إليها أحد أطراف النزاع أملا في استرداد حقوقه، رغم تباين المواقف الفقهية في نطاق أعماله بين نطاق الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالأحوال العينية.

وتأسيسا على ما تم ذكره والتوصل إليه من نتائج يمكن أن نخلص للقول بأن المشرع الجزائري لم يوفق إلى حد بعيد خاصة في ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة اعتبارات العدالة، كون المشرع الجزائري ينتهج في تحديد ولاية المحاكم الوطنية في النزاع المشوب بعنصر أجنبي فكرة تمديد قواعد الاختصاص الداخلي ( المحلي) إلى المجال الدولي، حيث أثبتت هذه الفكرة في الوقت الحالي عدم نجاعتها في البت في بعض القضايا المدرجة ضمن غطاء القانون الدولي الخاص، خاصة وأن أغلبية التشريعات المقارنة ذهبت إلى تخصيص ولاية جهاتها القضائية بنظر هذا النوع من المنازعات عبر الضوابط القائمة على اعتبارات العدالة، وعلى ضوء ما تقدم سوف نحاول تقديم جملة من الحلول لأهم هذه الإشكالات من خلال عرضها في شكل توصيات أو اقتراحات على الشكل الآتي بيانه:

❖ حبذا لو أن يقوم المشرع الجزائري بخطوة نحو الشروع في تقنين القانون الدولي الخاص بشكل منفصل ومستقل مثل بعض التشريعات الأخرى، على غرار تونس التي اعتمدت هذا الطرح بشكل مبكر من خلال استحداث " مجلة القانون الدولي الخاص"، أو تركيا، أو حتى فرنسا التي بادرت هيا أيضا إلى تعيين لجنة مختصة من أجل الشروع في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص سنة 2018، وفي نفس السياق تعد مسألة تنظيم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية غير كافية من الناحية الإجرائية والعملية، فلا يعقل في وقتنا الحالي أن تنظم المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لوحدهما كافة المسائل المرتبطة بالمنازعات الدولية الخاصة والتي تعرف تزايدا ملحوظا في ظل العولمة والتطورات التكنولوجية وطالما أن التعامل بين الأشخاص من جنسيات مختلفة صار عاديا وواقعيا .

❖ ولعل عملية الرصد الشاملة هذه تشير لنا بوضوح النقص الفادح في الاجتهادات الفقهية والقضائية الجزائرية على حد سواء في ميدان القانون الدولي الخاص بشكل عام والاختصاص القضائي الدولي بشكل خاص، ولذا ذات الاعتبارات وجب تكثيف الجهود من قبل الفقه والباحثين

في القانون الدولي الخاص من أجل تأسيس أرضية ملائمة للقضاء من خلال توفير مراجع كافية ذات صلة بالموضوع يعتد بها في ظل عدم وضوح بعض النصوص القانونية.

❖ على المشرع الجزائري إعادة النظر والتوسع في ضوابط الاختصاص القضائي الدولي من خلال الاعتراف بالضوابط الأخرى على غرار اعتماد " اعتبارات العدالة " باعتبارها سببا من أسباب اختصاص الجهات القضائية الوطنية وكذلك تبني مبدأ الاختصاص القائم على أساس تلافي إنكار العدالة.

❖ إن على القضاء الجزائري أن يجتهد رأيه في مسألة ليضع لبنات نظام خاص بشأن التخلي عن اختصاصه القضائي الدولي في الفروض التي أشرنا إليها سابقا طالما أن الاختصاص في النزاع مشترك بين الجهات القضائية الأجنبية والمحاكم الوطنية.

❖ كما ندعو المشرع الجزائري إلى وجوب تنظيم تشريعي صريح للحالات التي تجيز للقاضي الجزائري أن يتنازل عن اختصاصه القضائي الدولي لفائدة المحكمة الأجنبية وعدم ترك المسألة لسلطة التقديرية للقاضي.

❖ العمل على تكثيف الاتفاقيات الدولية خاصة الثنائية منها في سبيل تسهيل حسن سير اعتبارات العدالة من خلال تمكين القاضي الجزائري في التخلي عن اختصاصه طالما أن محكمة الدولة الأجنبية أفضل منه للفصل في النزاع.

❖ ضرورة هجر ما استقر عليه الفقه التقليدي والعمل على قبول فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي وترك الأفكار المقدسة لسيادة الدولة على إقليمها وعدم النظر بعين الشك والارتياب للإجراءات المقامة أمام الجهات القضائية الأجنبية، وهذا من أجل العمل على توحيد الخصومة القضائية وتجنب التعارض بين الأحكام القضائية الصادرة في المنازعة الواحدة والتقليل في نفس الوقت من حالات الغش نحو الاختصاص وخلق الباب أمام الخصم سيئ النية.

❖ العمل على إقرار فكرة " نظرية المحكمة الغير ملائمة " وبالتالي تخلي المحكمة الجزائرية عن ولايتها القضائية طالما أن الجهة القضائية الأجنبية أكثر ملائمة منها وقدرة على الفصل في النزاع وكفالة تنفيذ الحكم الصادر في شأنه.

❖ ضرورة تكثيف التعاون القضائي الدولي بين مختلف الأنظمة القانونية وذلك من خلال إبراز أهمية الإنابة القضائية الدولية وتحقيق العدالة بالنسبة لأطراف النزاع، حيث تتجسد هذه الأهمية من خلال تنظيمها من قبل الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية منها، والتي لم تتخلف الجزائر في الانضمام والمصادقة إليها، وجدير بالإشارة أن الجزائر ومن خلال سياستها

الخارجية قد وفقت إلى حد بعيد وهو موقف محمود وذلك من خلال عدم تخلفها عن الانضمام لبعض الاتفاقيات الجماعية على غرار اتفاقية الرياض وراس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، كما أنها لم تتردد أيضا في إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية لنفس الغرض، وطالما أن الإنابة القضائية أصبحت بالنسبة تشكل أهمية واضحة فيستحسن في هذا الصدد تنظيمها بشكل مفصل وصياغة الأحكام التي تتماشى والمسائل المتعلقة بها وذلك في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

تم بفضل الله.



# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية:

❖ أولاً: كتب عامة :

- 1- أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقائية و التحفظية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2005.
- 2- أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات ( القسم الأول)، ط 06، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- 3- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار قنديل، عمان، ط1، 2003.
- 4- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- 5- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ( تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، ج 02، ط 05، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 6- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط 02، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
- 7- بيار ميار/ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ترجمة علي محمود مقلد، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008.
- 8- حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 1994 .
- 9- حسن الهداوي، قانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر، ط2، عمان، 1997.
- 10- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ( الجزء الثاني المبادئ العامة في تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.س.ن).
- 11- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، ( الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

- 12- زروتى الطيب، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري ( دراسة مقارنة بقوانين دول المغرب العربي)، دار الفسييلة للطبع، الجزائر، 2017.
- 13- زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عالما، مطبعة الفسييلة، الجزائر، ط01، 2010.
- 14- سامي بديع منصور/ عبده جمال غصوب/ نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية في لبنان)، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، 2009.
- 15- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص ( تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 16- سهى خلف عبد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، ط01، دار البادية ناشرون و موزعون، عمان، 2013.
- 17- صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 18- عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، 2014.
- 19- عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2014.
- 20- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2008.
- 21- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط09، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- 22- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 23- عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، encyclopedia edition، الجزائر ط02، 2015.

- 24- عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية ( التنظيم القضائي- الاختصاص- التقاضي- الأحكام و طرق الطعن) ( دراسة مقارنة)، الجزء الأول ( التنظيم القضائي- الاختصاص)، دار وائل للنشر، ط 01، 2003.
- 25- غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر، عمان، 2013.
- 26- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص 2، د.ط ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
- 27- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 28- محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء ( دراسة تحليلية مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي)، ط 01، دار الكتب والوثائق القومية المكتب الجامعي الحديث، مصر.
- 29- محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، مصر، ط 01، 2031.
- 30- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ( القواعد المادية)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 31- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى للطباعة و النشر، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 32- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي ( دراسة مقارنة)، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 33- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 34- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

### ثانيا: كتب متخصصة

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- 3- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
- 4- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.
- 5- عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- 6- هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية ( دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص )، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 7- هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية و التجارية ( شروط التخلي و معياره في حالة اتفاق الخصوم على الخضوع الاختياري، التعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 2014/03/24)، مكتبة الوفاء القانونية، 2015.
- 8- وسام توفيق عبد الله الكتيبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ( دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

### ثالثا: الرسائل الجامعية

#### ◀ أطروحات الدكتوراه:

- 1- حسين فريجة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ( دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1990.
- 2- خالد عرفة الأحمد، مدى كفاية قواعد الاختصاص القضائي الدولي لفض منازعات التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة القانون، قانون خاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2013.
- 3- عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

- 4- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- 5- محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية ( دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه فلسفة، تخصص القانون، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان، 2005.
- 6- زيدان محمد، الإجراءات الاستعجالية في ضل أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016-2017.

### رسائل الماجستير:

- 1- دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
- 2- ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي و التشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، 2000.
- 3- طارق عواد عبد القادر عودة، الارتباط بين الدعاوى والطلبات في ضوء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2019.
- 4- علياء أحمد مبارك الزوبعي، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي وآثارها ( دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الموصل، العراق، 2006.
- 5- يوسف حسني الحر، صلاحية اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية في حكم التحكيم، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014-2015.

### رابعاً: مقالات علمية

- 1- أحمد سمير محمد ياسين، إشكالية الدفع بعدم الاختصاص في قانون المرافعات المدنية العراقي ( دراسة مقارنة)، مجلة لارك للفلسفة و اللسانيات و العلوم الاجتماعية، جامعة واسط، مج 02، ع 33، 2019.

- 2- أحمد عبد الموجود محمد فرغلى، التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنية كوسيلة لفض تنازع الإجراءات القضائية، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ع 08، مج 07، الربيع 2020.
- 3- إيمان طارق المكي، عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الإنابة القضائية الدولية في تحقيق التعايش بين النظم القانونية، مجلة العلوم الإنسانية، مج 01، ع 14، جامعة بابل، العراق، 2013.
- 4- أيوب دينوري، تلازم الاختصاص القضائي و القانوني في المنازعات الدولية الخاصة، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد صديق بن يحيى، جيجل، مج 05، ع 02، 2020.
- 5- بشرى عمور، هارون أروان، تنفيذ التدابير الوقائية و التحفظية الصادرة عن حكم التحكيم، مجلة القانون و المجتمع، مج 10، ع 01، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر، 2022.
- 6- بلغيث عمارة، الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، مج 03، ع 01، جانفي 2016.
- 7- بلغيث عمارة، الاختصاص القضائي الدولي طبقا لاتفاقية التعاون القضائي لدول إتحاد المغرب العربي، مجلة دفاتر المتوسط، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، ع 07.
- 8- بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 01، ع 02، جامعة باتنة 1، 1994.
- 9- بن شاب نعيمة، دور المواطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، مج 34، ع 01، 2020.
- 10- بن منصور عبد الكريم، مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مج 02، ع 03، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016.
- 11- تراري ثاني مصطفى، أوامر منع التقاضي ( Anti- Suit injunctions )، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، مج 01، ع 01، جامعة وهران 2، وهران، 2014.
- 12- جمال بن عصمان، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد الجديد، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، مج 11، ع 02، 2012.
- 13- حسام أسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة في التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2014/12/23، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، ع 03، 2017.

- 14- حسايد حمزة العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، مج 07، ع 01، مارس 2020.
- 15- حسنين ضياء نوري الموسوي، الإرادة و دورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي ( دراسة في القانون العراقي و المصري)، مجلة أبحاث ميسان، مج 08، ع 16، 2012.
- 16- خليل إبراهيم محمد، زينة حازم الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في مسائل الإنابة القضائية الدولية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة، مج 18، ع 63، جامعة الموصل، العراق، 2020.
- 17- خليل إبراهيم محمد، زينة حازم الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في مسائل الإنابة القضائية الدولية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة، مج 18، ع 63، جامعة الموصل، العراق، 2020.
- 18- رافع أحمد بالعبدي، الصادق عبد القادر، فاعلية ضابط الخضوع الاختياري كآلية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، مج 05، ع 03، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، ديسمبر 2021.
- 19- رحاوي آمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي والتنمية، مج 05، ع 01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.
- 20- زناتي مصطفى، البعثات الدبلوماسية فاعل رئيس للتمثيل الدبلوماسي (الأنواع، الحصانات)، مجلة البحوث والدراسات العلمية، مج 12، ع 01، جامعة يحي فارس، المدية، 2018.
- 21- زينة حازم خلف الجبوري، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مج 06، ع 22، جامعة كركوك، العراق، 2017.
- 22- سامر حميد سفر، النظرية العامة للإتحاد الفيدرالي، مجلة جامعة بابل، الجامعة التقنية الجنوبية، المعهد التقني الناصرية، مج 24، ع 02، 2016.
- 23- سعيد سيف السبوسي، الاختصاص الدولي لمحاكم دولة الإمارات وفقا للتشريعات الوطنية، ( دراسة وصفية تحليلية)، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع 01، مج 04، مارس 2019.
- 24- سماح هادي محمد، التنازل عن الاختصاص القضائي الدولي (دراسة تطبيقية في القضاء العربي)، مجلة رسالة الحقوق، ع 03، 2012.
- 25- شريف يوسف خاطر، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 02، 2013.



- 26- صحبي محمد أمين، مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية والتعويض عنها في القانون الجزائري، مجلة آفاق فكرية، مج 05، ع 01، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 2017.
- 27- صدام فيصل المحمدي، فاطمة محمد القصاب، حرية المتعاقدين بالاتفاق على تحديد الاختصاص القضائي الدولي ( دراسة قانونية مقارنة)، حوليات كلية الحقوق و العلوم السياسية، مج 10، ع 01، جامعة وهران 2، الجزائر، 2018.
- 28- طاهي محمد الطيب، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، مج 35، ع 01، 2021.
- 29- طلال ياسين العيسى، في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، جامعة دمشق، مج 25، ع 01، 2009.
- 30- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، مجلة أهل البيت، كربلاء، ع 20، ديسمبر 2016.
- 31- عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، مج 01، ع 02، جويلية 2014.
- 32- عمر حسين النداوي، الاختصاص القضائي الدولي المبني على منع إنكار العدالة، مجلة كلية اليرموك، جامعة اليرموك، العراق، مج 18، ع 5، 2022.
- 33- العيساوي حسين، الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مج 06، ع 02، جامعة المسيلة، ديسمبر 2021.
- 34- غنية موسود، إجراءات طلب التداير الوقتية و التحفظية في القضاء الدولي، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الواد، الجزائر، مج 09، ع 02، 2018.
- 35- كمال سمية، الإنابة القضائية مجلة الدراسات القانونية و السياسية، مج 01، ع 02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، جوان 2015.
- 36- محمد زليحي، الدفع بالإحالة في المجال الدولي تنازعه، شروطه و فوائده، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 3-4-2005.
- 37- محمد زليحي، الدفع بالإحالة في المجال الدولي ( تنازعه، شروطه و فوائده)، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، وجدة، عدد مزدوج 3-4، ديسمبر 2005.

- 38- مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، فاعلية مبدأ الخضوع الإداري في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، مج 10، ع 01، جامعة القادسية، العراق، جوان 2019.
- 39- مصطفى أحمد الدراجي، مبدأ الاقتصاد في إجراءات الخصومة ( دراسة في قانون المرافعات الليبي)، مجلة البحوث القانونية، ع 12، 2021.
- 40- مصطفى محمد مصطفى الباز، مشكلات منح الاختصاص للمحكمة المختارة في المنازعات الدولية الخاصة، مجلة العدل، السودان، مج 17، ع 44، 2015.
- 41- مصلح أحمد الطراونة، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مج 15، ع 04، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2000.
- 42- مفهوم الكونفدرالية بين النظر و التطبيق، النهضة مجلة كلية الاقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة، مصر، مج 2004.
- 43- مومن يمينة، بلاق محمد، القانون الواجب التطبيق على التقادم في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة الدراسات القانونية، مج 08، ع 01، جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، 2022.
- 44- هادي حسين الكعبي، الارتباط في إجراءات التقاضي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، ع 01، 2019.
- 45- هلو محمد الصالح عبد الصمد، الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، مج 04، ع 12، 2015.
- 46- هند مهند علي، القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، مجلة كلية القانون، جامعة نهرين، العراق، مج 19، ع A1، 2017.
- 47- ياسر سيهان حمد، تعدد المدعى عليهم و الطلبات و أثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، مجلة كلية القانون و العلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، مج 01، ع 09، 2021.
- 48- ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة الغير ملائمة و أثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي ( دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج 10، ع 01، مارس 2020.

49- يحي أحمد زكرياء الشامي، إحالة الاختصاص القضائي الدولي بين القبول و الرفض (دراسة نقدية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث الفقهية و القانونية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة و القانون، مج 36، ع 02، أكتوبر 2021.

#### خامسا: النصوص القانونية

##### أ) الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415 هـ الموافق ل 27 يونيو 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي، الموقع بمدينة راس لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 09 و 10 مارس سنة 1991، ج.ر، ع 43، سنة 1994.

2- اتفاقية الجزائرية الأردنية المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 03-139 مؤرخ في 22 محرم عام 1424 الموافق 25 مارس سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، الموقع بالجزائر في 3 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 25 يونيو سنة 2001، ج.ر، ع 22.

3- اتفاقية الجزائرية الإسبانية المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 06 – 64 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا، موقع بمديرد في 24 فبراير 2005، ج.ر، ع 08، ص 14.

4- اتفاقية الجزائرية التركية المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 2000-370 مؤرخ في 20 شعبان عام 1421 الموافق 16 نوفمبر سنة 2000، يتضمن التصديق على اتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية تركيا، الموقع بالجزائر في 14 مايو سنة 1989، ج.ر، ع 69.

5- اتفاقية الجزائرية السورية المصادق عليها بالمرسوم رقم 38-130 مؤرخ في 6 جمادى الأولى عام 1403 الموافق 19 فبراير 1983 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين

حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية سوريا العربية الموقعة بدمشق في 23 جمادى الثانية عام 1401 الموافق 27 أبريل سنة 1981، ج.ر، ع 08.

6- الاتفاقية الجزائرية المصرية المصادق عليها بالأمر رقم 65-195 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق ل29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وبين الجمهورية العربية المصرية المتحدة الموقع عليها بمدينة الجزائر في 29 فبراير سنة 1964، ج.ر، د.ع.

7- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق ل11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق ل06 أبريل سنة 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج.ر، ع 11، سنة 2001.

#### ب) القوانين:

1- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

#### • النصوص القانونية الأجنبية:

1- قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ( الجريدة الرسمية)، س 141، ع 96، 01 ديسمبر 1998.

2- قانون رقم 13 لسنة 1986، المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

3- قانون أصول المحاكمات الأردني رقم 24 لسنة 1988

#### ت) المراسيم:

1- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، ع 82، ص 04.

سادسا: أحكام القضاء:

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082 الصادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، ع 01، 2001، ص 167.

❖ المراجع باللغة الأجنبية:

### -Les Ouvrages :

- 1- François Mélin, Droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois), Casbah éditions, Alger, 2004.
- 2- Pierre MAYER, Vincent HEUZE, droit international privé, 10e édition, éditions Montchrestien, PARIS, 2010.
- 3- Sandrine CLAVEL, Droit international privé, 5eme éd, Dalloz, 2018.
- 4- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, droit international privé, 4<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, PARIS, 1993.

### Thèse :

- 1- ARCHINARD-GREIL Bérengère, Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant), thèse de doctorat en droit international privé, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017.
- 2- Audrey Damiens, La procédure en droit international privé (recherche en droit de l'Union européenne), thèse de doctorat, droit privé, université d'Orléans, 2015.
- 3- Camille Pons, La concordance des compétences juridictionnelle et législative,) étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen) , thèse de doctorat en droit privé, Université de Bordeaux, France, 2020.
- 4- Caroline COHEN, les normes permissives en droit international privé (étude critique), thèse de doctorat, université Panthéon Assas, 2015.
- 5- Delinte Elisabeth, *L'abus de compétence internationale : enjeux et remèdes*, Thèse en droit Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain, 2015.
- 6- Julie CLAVEL, le déni de justice économique dans l'arbitrage international (l'effet négatif du principe compétence- compétence), thèse de doctorat école doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit compare, université PARIS II panthéon –Assas, 2011.

- 7- Monica-Elena V. BURUIAN, l'application de la loi étrangère en droit international privé, thèse de doctorat, en droit privé, université de Bordeaux, 2016.
- 8- Raluca Nicoleta IONESCU, l'abus de droit en droit communautaire, thèse de doctorat en droit, université de Barcelona, université Toulouse I, 2009.

### Article et rapports :

- 1- A.E. Gotlieb, The Incidental Question Revisited: Theory and Practice in the Conflict of Laws, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris 1977, p741.
- 2- Akroun Yakout, observation de l'arrêt rendu par la cour suprême le 17 février 1998 relatif au divorce d'un couple mixte, revue Idara, Vol 01, N° 02, 2001.
- 3- Ben Achour Souhayma, l'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien, RIDC, Vol 69, n°2, 2017, p 372.
- 4- Ben Achour Souhayma, les conflits de procédures et de décisions en droit international privé Tunisien, R.I.D.C, vol 65, n° 2, 2013, p 297.
- 5- C.c.a VOSKUIL, la litispendance en droit international privé Néerlandais, Netherlands international review, V9, issue 04, Octobre 1962, P 504.
- 6- DAUGARELIH Isabelle, La responsabilité des entreprises transnationales et le juge français illustré par les affaires Comilog et Venel, la revue regards sur le droit sociale, Vol 6, No 2, p 117.
- 7- Dominique HOLLEAUX, la litispendance internationale, T.C.F.D.I.P ,32-34e année 1974, p 209.
- 8- Franco FERRARI, « forum shopping pour une définition ample dénuée de jugements des valeurs » RCDIP, Vol 01, N° 01,2016, P 94.
- 9- Gallant Estelle, Le *forum non conveniens* de l'article 15 du règlement Bruxelles II *bis*. Cour de justice de l'Union européenne (3<sup>e</sup> ch.), 27 octobre 2016, aff. C-428/15 , *RCDI*, vol. 3, no. 3, 2017, p 468.
- 10- Guillemard, Sylvette, Prujiner Alain et Sabourin Frédérique, Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois, *Les Cahiers de droit* 36, no 4, 1995. p p 915-916.

- 11-** H.GAUDEMET-TALLON, les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale (forum Conveniens, Lis Pendens), RIDC, Vol 42, N°02, 1994, P 429.
- 12-** Joseph L. Sax. L'affaire Bhopal devant les tribunaux américains. Forum non conveniens . In: *Revue Juridique de l'Environnement*, n°4, 1986. P 413.
- 13-** Kastanidis, Athanasios T, La litispendance internationale au regard du règlement (UE) 1215/2012, RCDIP, vol. 3, no. 3, 2015, p 583.
- 14-** Laurent Martinet, Ozan Akyurek, la théorie du forum non conveniens dans les pays de Common Law, Petite Affiche, N° 186, 18 septembre 2006, p 05.
- 15-** Lemaire Sophie, la connexité internationale, TCFDI, 19e année, 2008-2010, 2011, P104.
- 16-** M. H. van Hoogstraten, Le Droit international Privé Néerlandais et la Question Préalable, Netherlands International Law Review, Volume 9, Issue 04, 1962, p 212.
- 17-** MEZAOULI Mohammed, L'injonction Anti-Suit et les pays de droit Civil, Revue de droit et société, N°02, Université ADRAR, Algérie, Décembre 2013, p 01.
- 18-** Nuyts Arnaud « La refonte du règlement Bruxelles I », RCDIP, vol. 1, no. 1, 2013, p 02.
- 19-** PASKAL De VAREILLES-Sommières, le forum shopping devant les juridictions françaises, TCFDIP, 1998-200, p49.
- 20-** PATAUT Étienne, Déni de justice et compétence internationale, (Soc. 14 sept. 2017, nos 15-26.737 et 15-26.738, D. 2017. 1836; ibid. 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke) , RCDIP, vol. 2, no. 2, 2018, p 269.
- 21-** Pierre Ancel, projet de code de droit international privé, Mars 2022.
- 22-** Schneider Bernard, Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain), RIDC, Vol, 27 N°3, Juillet-septembre 1975. p 602.
- 23-** Scott Gallacher, after the Spiliadada- Forum Non Conveniens in New Zealand and Australia, Otago Law Review , Vol 8, No 4, Joshua Wiliams Memorial Eassy Prize winners, ( 1996), p 606.

### La Jurisprudence :

- 1-** Cass. 1<sup>er</sup> civ, 26 novembre 1974, société Miniéra di fragne, n° 73-13555, Bull. civ. N°. 314.

- 2- Cass.1<sup>er</sup> Civ, 6 Décembre 2005,n° 03-17542, Bull.Civ. n°466.
- 3- Cass. Com., 13 Avril 2010, pourvoi n° 09-11.885, Bull. IV. N° 77.
- 4- CJUE, Cour, 22 oct. 1981, Rohr, C-27/81.
- 5- CJCE, 1er Mars 2005, Owusu c. Jackson, aff. C-281/02.
- 6- Cass. Soc., 14 sep 2017, pourvoi n° 15-26.737.

❖ مواقع الانترنت

- <https://www.hcch.net/>
- <https://curia.europa.eu>
- <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive>
- <https://www.doctrine.fr/d/CJUE/1981/CJUE61981CJ0027>
- <https://www.mjustice.dz/ar/conventions-internationaux-2-2/>



# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

- 1 ..... مقدمة:
- 9 الباب الأول: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لاعتبارات وحدة الخصومة ومنع تعارض الأحكام
- 10 الفصل الأول: انعقاد الاختصاص القضائي الدولي حسب حالة الدعوى
- المبحث الأول: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية .....
- 11 ..... المطلب الأول : مضمون فكرة التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية .....
- 11 ..... الفرع الأول: المقصود بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية .....
- 13 ..... أولا: تمييز الدفع بالإحالة لقيام النزاع أمام محكمة أجنبية عن غيره من أسباب الإحالة لمحكمة أخرى
- 15 (1) الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة لعدم الاختصاص .....
- 16 (2) الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للاتفاق .....
- 16 (3) الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والشرط السالب للاختصاص .....
- 17 الفرع الثاني: موقف الفقه في مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية .
- 18 ..... أولا: الاتجاه الفقهي التقليدي الرافض للأخذ بالإحالة .....
- 18 ثانيا: التلطيف من حدة الاتجاه الرافض للإحالة ( الرفض مع تقرير استثناءات) .....
- 24 ثالثا: تقدير موقف الفقه التقليدي من الدفع بالإحالة .....
- 27 (1) مقارنة بين محاولة نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص مع تقدير موقف الفقه التقليدي من الدفع بالإحالة .....
- 28 رابعا: الاتجاه الحديث نحو إجازة الدفع بالإحالة .....
- 30 الفرع الثالث: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي لقيام ذات النزاع في ضل التشريع الأوروبي .....
- 35

38	المطلب الثاني: شروط الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة وموقف المشرع الجزائري.....
39	الفرع الأول: شروط الأخذ بمبدأ الدفع بالإحالة .....
39	أولاً: وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي .....
41	ثانياً: وحدة الأطراف الموضوع والسبب في الدعويين .....
41	(1) وحدة الأطراف.....
42	(2) وحدة الموضوع ( المحل) والسبب.....
43	ثالثاً: تو افر الاختصاص لكل من المحكمتين.....
46	رابعاً: قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية للتنفيذ .....
50	خامساً: وجوب إبداء الدفع أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع ثانياً .....
	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التخلي عن الاختصاص لقيام ذات النزاع أمام محكمة
50	أجنبية.....
58	المبحث الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في حالة الارتباط وتعدد المدعى عليهم .....
58	المطلب الأول: التخلي عن الاختصاص للارتباط وامتداد ولاية المحكمة بالدعاوى المرتبطة.....
59	الفرع الأول: المقصود ( مفهوم) بالتخلي عن الاختصاص للارتباط.....
62	أولاً: الموقف الفقهي من مدى جواز التخلي عن الاختصاص للارتباط .....
63	(1) موقف الفقه التقليدي الرافض لفكرة التخلي عن الاختصاص للارتباط.....
64	(2) موقف الفقه الحديث المؤيد للتخلي عن الاختصاص للارتباط.....
65	ثانياً: موقف التشريع الأوروبي (بروكسل) من مسألة التخلي للارتباط.....
67	(1) شروط أعمال مبدأ " وقف النظر " Sursis a statuer في حالة الارتباط .....
69	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مسألة التخلي للارتباط.....

71	الفرع الثاني: امتداد ولاية المحكمة لنظر في المسائل الأولية والطلبات العارض
72	أولا: الاختصاص بالمسائل الأولية
79	ثانيا: اختصاص بالطلبات العارضة
83	المطلب الثاني: الاختصاص في حالة تعدد المدعى عليهم
84	الفرع الأول: مناط الاختصاص في حال تعدد عليهم وموقف المشرع الجزائي منه
90	الفرع الثاني: شروط انعقاد الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم
90	أولا: تحقق الارتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم
92	ثانيا: أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقيا وليس صوريا
93	ثالثا: اختصاص المدعى عليهم في الدعوى بصفة أصلية
94	رابعا: أن يكون أحد المدعى عليهم متوطنا في إقليم الدولة
	<b>الفصل الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري والمحكمة الغير</b>
97	<b>ملائمة</b>
98	المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري
101	المطلب الأول: صور التعبير عن الخضوع الاختياري وأثره المزدوج في الاختصاص القضائي الدولي
101	الفرع الأول: اتفاقات الخضوع الإرادي الصريحة والضمنية
101	أولا: الخضوع الإرادي الصريح
106	ثانيا: الخضوع الإرادي الضمني
	<b>الفرع الثاني: الأثر المزدوج للخضوع الاختياري في الاختصاص القضائي الدولي وموقف المشرع</b>
110	الجزائي منه
111	أولا: الأثر المانع لاتفاق الخضوع الاختياري في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

116	ثانيا: الاتفاق السالب للخضوع الاختياري و دوره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي .....
120	ثالثا: موقف المشرع الجزائي من الاعتراف بآثار اتفاقات الخضوع الاختياري .....
120	المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق المانع المؤدي للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي والقانون الواجب التطبيق عليه .....
121	الفرع الأول: شروط صحة الاتفاق المانع المؤدي للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي .....
121	أولا: الصفة الدولية للنزاع .....
129	ثانيا: الرابطة الجديدة بين النزاع المطروح ودولة المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولايتها .....
130	(1) الاتجاه المؤيد لفكرة وجود الرابطة الجديدة .....
131	(2) الاتجاه المؤيد لفكرة المصلحة المشروعة .....
136	ثالثا: أن يتضمن القانون الأجنبي اعترافا يقضي باختصاص محاكمه بالنزاع المعروف أمامها تلافيا لإنكار العدالة .....
137	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاقات الخضوع الاختياري .....
139	المبحث الثاني: التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي المبني على نظرية المحكمة الغير ملائمة للفصل في النزاع .....
140	المطلب الأول: النشأة التاريخية لنظرية المحكمة الغير ملائمة في رحاب النظام القضائي الانجلوسكسوني .....
141	الفرع الأول: الإطار العام لنظرية المحكمة الغير ملائمة في اسكتلندا .....
145	الفرع الثاني: الإطار العام لنظرية العامة للمحكمة الغير ملائمة في كل من انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية .....
145	أولا: موقف القضاء الانجليزي من نظرية المحكمة الغير ملائمة .....
151	ثانيا: موقف القضاء الأمريكي من نظرية المحكمة الغير ملائمة .....

المطلب الثاني: نظرية المحكمة الغير ملائمة حسب الأنظمة القانونية الأخرى .....	158
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية المحكمة الغير ملائمة .....	159
أولا: التطبيق الاستثنائي لنظرية المحكمة الغير ملائمة في رحاب اتفاقية بروكسل 2003 .....	159
ثانيا: دور مشروع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في تنقيح نظرية المحكمة الغير ملائمة .....	163
الفرع الثاني: موقف محكمة النقض المصرية من نظرية المحكمة الغير ملائمة .....	164
الباب الثاني: الاعتبارات القائمة على حاجة المعاملات الدولية .....	171
الفصل الأول: الاعتبارات التي يفرضها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة والتعايش المشترك بين النظم القانونية .....	172
المبحث الأول: الإجراءات الوقتية والتحفظية كضابط للاختصاص القضائي الدولي .....	173
المطلب الأول: الإجراءات الوقتية والتحفظية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية .....	174
الفرع الأول: الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية .....	174
أولا: المقصود بالإجراءات الوقتية والتحفظية .....	175
ثانيا: العناصر الأساسية لثبوت الاختصاص القضائي بالتدابير الوقتية والتحفظية .....	178
1 الاستعجال .....	179
2 أن يكون المطلوب تديرا وقتيا لا يمس موضوع الحق .....	180
3 أن تكون الإجراءات الوقتية والتحفظية واجبة التنفيذ في الإقليم الوطني .....	183
الفرع الثاني: مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى المستعجلة أمام محكمة أجنبية .....	184
المطلب الثاني: ثبات الاختصاص الدولي للمحاكم بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية وموقف المشرع الجزائري منه .....	188
الفرع الأول: موقف التشريعات العربية المقارنة .....	189

193	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....
195	المبحث الثاني:الإناابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.....
196	المطلب الأول: التنظيم الدولي للإناابة القضائية.....
196	الفرع الأول: المراد بالإناابة القضائية الدولية وأساسها القانوني.....
193	أولا: أساس الإناابة القضائية الدولية.....
198	(1) فكرة المجاملة الدولية كأساس للإناابة القضائية.....
199	(2) التعاون القضائي الدولي كأساس للإناابة القضائية الدولية.....
200	(3) مدى التزام الجهات القضائية الجزائرية بتنفيذ الإناابة القضائية الخارجة عن نطاق الاتفاقيات الدولية.....
202	الفرع الثاني: موضوع الإناابة القضائية الدولية.....
202	أولا: محل الإناابة القضائية والمسائل التي تجوز فيها.....
206	ثانيا: ما لا تجوز فيه الإناابة القضائية.....
208	المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الإناابة القضائية.....
208	الفرع الأول: طرق تنفيذ الإناابة القضائية الدولية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية.....
208	أولا: الإناابة القضائية الصادرة.....
209	(1) من خلال السلطات القضائية الأجنبية.....
211	(2) من خلال البعثات الدبلوماسية أو القنصلية.....
213	(أ) تنفيذ الإناابة القضائية في مواجهة رعايا الدولة الأجنبية.....
214	ثانيا: الإناابة القضائية الواردة.....
215	(1) الجهة المختصة بنظرالإناابة القضائية الدولية.....

216	2) حالات رفض الإنابة القضائية الدولية من قبل الجهات القضائية الجزائية.....
217	3) في مصاريف الإنابة القضائية.....
218	الفرع الثاني: طرق تنفيذ الإنابة القضائية في الاتفاقات الدولية.....
218	أولاً: طرق تنفيذ الإنابة في الاتفاقات الجماعية التي وقعت عليها الجزائر .....
219	1) طرق تنفيذ الإنابة القضائية وفقاً لاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي .....
	2) طرق تنفيذ الإنابة القضائية وفقاً لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي.....
221	العربي.....
222	ثانياً: طرق تنفيذ الإنابة في الاتفاقات الثنائية التي وقعت عليها الجزائر .....
225	الفصل الثاني: تأثير مبدأ التعاون القضائي الدولي في تحقيق العدالة.....
226	المبحث الأول: الاختصاص القضائي المبني على الإرادة الغير مشروعة للأطراف.....
227	المطلب الأول: في مفهوم فكرة الغش نحو قواعد الاختصاص.....
228	الفرع الأول: تعريف الغش نحو الاختصاص.....
231	الفرع الثاني: الأسباب والدوافع الرئيسية التي أدت إلى ظهورها.....
233	أولاً: الغش نحو قواعد الاختصاص المترتب عن إخضاع التقادم لقانون القاضي .....
235	المطلب الثاني: التدابير المتخذة للحد من هذه الظاهرة .....
236	الفرع الأول: الصلة المعقولة بين النزاع وإقليم الدولة ومشروعية المصلحة .....
236	أولاً: الصلة المعقولة بين النزاع وإقليم الدولة ( LIENS ETROITES ) .....
239	ثانياً: مشروعية المصلحة.....
240	الفرع الثاني: الإجراءات المستحدثة من خضم الأنظمة القضائية الأنجلوسكسونية .....
240	أولاً: أوامر منع التقاضي (Anti-Suit Injunction) .....



242	1) الانتقادات الموجهة لأوامر منع التقاضي .....
243	أ) تعارض أوامر منع التقاضي مع مبدأ سيادة الدول .....
246	ب) تعارض أوامر منع التقاضي مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص .....
246	ثانيا: نظرية المحكمة الغير ملائمة .....
247	ثالثا: رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي .....
250	المبحث الثاني: الاختصاص القائم على أساس محكمة الضرورة وتلافي إنكار العدالة .....
251	المطلب الأول: مضمون فكرة إنكار العدالة .....
252	الفرع الأول: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية .....
254	أولا: الاتجاهات الحديثة لتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية .....
255	ثانيا: المسؤولية في حالة إنكار العدالة .....
256	الفرع الثاني: أثر النظريات الفقهية في تحديد المقصود بإنكار العدالة .....
256	أولا: النظرية المقيدة .....
256	ثانيا: نظرية التعددية القضائية .....
257	ثالثا: نظرية الأجهزة العدلية .....
257	رابعا: النظرية الموسعة .....
257	خامسا: النظرية التعويضية .....
258	المطلب الثاني: تأثير مبدأ منع إنكار العدالة في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية .....
259	الفرع الأول: مجال أعمال ضابط تلافي إنكار العدالة .....
259	أولا: الاتجاه القائل بالمسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية .....
261	ثانيا: الاتجاه القائل بعدم الاقتصار على مسائل الأحوال الشخصية .....

262	الفرع الثاني: شروط الاختصاص بضابط منع إنكار العدالة.....
262	أولا: الشروط المبنيّة على أساس المركز القانوني للأطراف في الدعوى .....
262	(1) أن يكون المدعي وطنيا أو أجنبيا متوطن في إقليم دولة القاضي.....
263	(2) أن يكون المدعى عليه أجنبيا وغير معلوم الموطن في الخارج.....
263	ثانيا: الشروط المبنيّة على أساس حالة الدعوى.....
264	(1) الشروط المنصوص عليها في نص المادة 18 من مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي.....
268	خاتمة.....
276	قائمة المراجع.....
292	فهرس المحتويات.....

## ملخص:

يقوم المشرع عند تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بمراعاة اعتبارات حسن سير العدالة، وذلك بهدف ضمان وحدة الخصومة القضائية ومنع تضارب الأحكام وكفالة تنفيذها على الصعيد الدولي، فبناء على هذه الاعتبارات تختص محاكم الدولة بنظر كافة الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية، والمسائل الأولية والطلبات العارضة، واتخاذ التدابير المناسبة لرفع الاعتداء الواقع على الحق أو الأموال المتنازع عليها من خلال الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية، فمتطلبات التعاون القضائي الدولي واعتبارات حسن سير العدالة قد تستدعي أيضا في بعض الحالات أن يتخلى القاضي الوطني عن اختصاصه لفائدة نظيره الأجنبي، إذا ما تبين له بأنه أكثر ملائمة وقدرة على نظر النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه لاسيما عند قيام ذات النزاع أمام محكمتين أو للارتباط.

**الكلمات المفتاحية:** الاختصاص القضائي الدولي، اعتبارات حسن سير العدالة، التخلي عن الاختصاص، التعاون القضائي الدولي، نظرية المحكمة الغير ملائمة.

## Résumé :

Lorsqu'il détermine la compétence internationale de ses tribunaux, le législateur tient compte des litiges comportant un élément étranger, en tenant compte des considérations relatives à la bonne administration de la justice. En vue d'assurer l'unité du contentieux judiciaire, et de prévenir la contradiction des jugements et d'assurer leur mise en œuvre sur le plan international, Sur la base de ces considérations, les juridictions nationales sont compétentes pour connaître de toutes les procédures relatives à les demandes connexes, les questions préalables, et les questions incidentes et prendre les mesures nécessaires pour prévenir la violation des droits et des biens par le biais de la compétence des mesures provisoires et conservatoires, aussi Les exigences de la coopération judiciaire internationale et les considérations de bonne administration de la justice peuvent également exiger, dans certains cas, que le juge national se dessaisisse au profit de son homologue étranger, s'il lui apparaît qu'il est plus apte de trancher le litige et garantissant les effets de la décision rendue à son égard, dans les cas de litispendance et de connexité .

**Mots Clé :** Compétence judiciaire internationale, Considération de bonne administration de la justice, se dessaisir de compétence judiciaire, coopération judiciaire internationale, la Théorie de forum non conveniens.

## **SUMMARY:**

The legislator, when determining the international jurisdiction of his courts, considers Litigation involving a foreign element, taking into account the considerations of justice With the aim of ensuring the unity of judicial litigation, and preventing conflicting judgments and ensure their implementation at the international level, based on these considerations, the state courts are competent to consider all cases related tolerated requests, preliminary questions, and incidental questions and take the necessary measures to prevent the violation of rights and property through the jurisdiction of provisional and conservatory measures, also The requirements of international judicial cooperation and considerations of the proper administration of justice may also require, in certain cases the national judge relinquishes jurisdiction in favor of his foreign counterpart, if it appears to him that he is better able to settle the dispute and guarantee the effects of the decision rendered in his regard in cases related to Lis- pendens and connexity.

**KEY WORDS:** International jurisdiction, consideration of good administration of justice, relinquishes judicial jurisdiction, international judicial cooperation, Forum Non conveniens.