الوسيط

في القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين ـ الإجراءات المدنية والتجارية الدولية

تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر

تأليـــف

الدكتـــور

علي باشا خليفة

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق ــ جامعة جنوب الوادي

2024/2023

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

وَلَوْ بَسَطَ اللَّهُ الرِّزْقَ لِعِبَادِهِ لَبَغَوْا فِي الْأَرْضِ وَلَكِن يُنَزِّلُ بِقَدَرٍ مَّا يَشَاءُ ۚ إِنَّهُ بِعِبَادِهِ خَبِيرٌ بَصِيرٌ & وَهُوَ الَّذِي يُنَزِّلُ الْغَيْثَ مِن بَعْدِ مَا قَنَطُوا وَيَنشُرُ رَحْمَتَهُ ۚ وَهُوَ الْوَلِيُّ الْحَمِيدُ .

الآية (٢٧ ، ٢٨) سورة الشوري

مقدمة

الحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وخاتم النبيين ورحمة الله للعالمين والذي خصه الله بجوامع الكلم، نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين...وبعد

شهدت السنوات القلائل الماضية ثورة في تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات أثرت تأثيراً جذرياً على الطريقة التي تتم بها المعاملات أو الصفقات التجارية وانتقال الخدمات أو التكنولوجيا المنطوية على عنصر أجنبي عبر الحدود، وإذا كانت التجارة الداخلية تنعم بنظام قانوني ثابت تعده الدول لينطبق داخل حدودها وهو قانون واحد هو القانون الوطني، فإن المعاملات الدولية لا تتميز بهذا القدر من الثبات، فهي تفتقر إلى وجود إطار قانوني محدد في العديد من المسائل ذات الشأن، وتنوع العلاقات والروابط مالية كانت أم شخصية فالأجانب يقدمون إلى مصر يعملون فيها، ويبرمون الصفقات التجارية ويبيعون ويشترون سلعاً وبضائع منتجة أو مصنعة من دول عديدة أجنبية، والمصريون ينتقلون إلى الخارج يبيعون ويشترون ويتزوجون من أجنبيات عربيات وغير عربيات، والمتأمل يلحظ أن ليس فقط نظام العلاقات هو الذي يتعدى الحدود وإنما أيضاً نطاق "الوقائع" التي تسبب ضرراً للغير بدورها يمكن أن تتعدى الحدود، ومثال على ذلك مصنعاً في دولة مجاورة للحدود المصرية يبعث بدخانه المضر ليصل إلى مصر ليلحق ببعض الأفراد ضرراً، ولنا أن نتصور أن صحيفة أجنبية توزع في مصر تحوي تشهيراً بمواطن أجنبي أو مصري..... وهكذا .

الواضح إذن وبطبيعة الأشياء، أن جانب كبير من العلاقات قد يدخل فيه العنصر الأجنبي، هذا العنصر قد يتمثل في أشخاص العلاقة القانونية أو الرابطة، أو في مصدرها أو سببها أو في موضوعها.

هذا الكتاب يعالج موضوع تنازع القوانين والإجراءات المدنية والتجارية الدولية والآثار الدولية للأحكام وأحكام التحكيم في مصر، مما يعني أنه يفترض الحديث عن العلاقة القانونية ذات الصفة الدولية المنطوية على عنصر أجنبي، لأنه إذا كانت كل عناصر الرابطة تتركز في دولة واحدة ، سواء من حيث أطرافها وموضوعها ، وسببها لتم تطبيق القانون الداخلي للدولة ولعقد الاختصاص لمحاكمه بنظر النزاع دون أن تتأثر مسألة المحكمة المختصة دولياً بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق.

وتجدر الإشارة إلى أن العنصر الأجنبي الذي يسبغ الصفة الدولية على العلاقة القانونية لا يقتصر على الأطراف، فقد تكون جنسية الأطراف على سبيل المثال متحدة ، ومع ذلك توصف العلاقة بالصفة الدولية نظراً لوجود عنصر أجنبي آخر كمكان إبرام العقد، أو محل تنفيذه في دولة أجنبية.

وبالرغم من سهولة ويسر تحديد الصفة الدولية من الناحية النظرية، إلا أن الأمر قد يكون فيه غموض أو يلتبس على القاضي في بعض الحالات، ومثال على ذلك أن محاكم الاستئناف الفرنسية قضت بأنه لا يتصف بالصفة الدولية ، ولا يتضمن عنصر أجنبياً الاتفاق المبرم بين شركة هولندية وبنك يتمتع بالجنسية الهولندية كذلك، غير أن هناك عناصر أخرى تجاهلتها المحكمة ، كما هو الحال بالنسبة لوجود مكان لفرع الشركة الهولندية في مدينة باريس، كما أن التعهد الرئيسي للالتزام كان من جانب هذا الفرع تجاه البنك الطرف في النزاع.

وتتسم قواعد التنازع بوجود قواعد مشتركة بين مختلف الدول في الكثير من المسائل الرئيسية، ومن الأمثلة على ذلك قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وقد تم التوصل إلى هذه القواعد المسلم بها بين مختلف الأنظمة القانونية المقارنة نتيجة للاهتمام بدراسة قواعد التنازع الدولية منذ القرن الثالث عشر، على عكس ذلك نجد قواعد الاختصاص الفضائي لم تجد الاهتمام الكافي بها ، ولذلك فإن مختلف الأنظمة القانونية المقارنة لايوجد فيما بينها توحيد في اختصاص محاكمها بالمنازعة المنطوية على عنصر أجنبي، وكل مشرع ينفرد بتحديد حالات اختصاص محاكمه، وأن كل دولة تتبنى معايير تتناسب مع مصالحها الوطنية.

<u>ويتناول هذا المقرر الموضوعات الآتية:</u>

لما كانت الدراسة في القانون الدولي الخاص ترمي إلى إبراز الذاتية الخاصة لهذا القانون وتسليط الضوء على الموضوعات التي يعالجها فإننا نقسم هذه الدراسة إلى جزأين الأول نبحث فيه موضوع تنازع القوانين نستهل الدراسة في هذا الجزء بمقدمة وباب أول عن النظرية العامة لتنازع القوانين نبين فيه تعريف قواعد التنازع في فصل أول ثم في الفصل الثاني مشكلات تفسير قاعدة الإسناد وفي الفصل الثالث استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ثم في الباب الثاني ندرس القواعد الوضعية في تنازع القوانين نبين فيه قاعدة الإسناد الخاصة بالأشخاص والأهلية في فصل أول ثم في الفصل الثاني نعرض القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية وغير العقدية المنطوية على عنصر أجنبي، وشرح أحكام القوانين المصرية الخاصة بقواعد التنازع.

أما في الجزء الثاني فإننا نستهل هذه الدراسة بمقدمة نعرض فيها بيان العلاقة بين موضوعي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ثم باب أول عن الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية نبين فيه معايير إثبات الولاية للقضاء الوطني طبقاً للقانون المقارن، ومعايير إثبات الولاية للقضاء الوطني ونفيها عنه طبقاً للقانون المصري والنظم المقررة في القانون المقارن، وفي الباب الثاني نبين آثار الأحكام الأجنبية على الصعيد الدولي وشرح الأحكام المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية وشروطها وتنفيذ أحكام التحكيم في مصر.

الهدف من دراسة مقرر القانون الدولي الخاص:

١- تزويد الدارس بالمبادئ والأصول العامة للقانون الدولي الخاص والتحكيم المصري.
٢- التعرف على قدرات الطلاب على المتابعة والفهم من خلال طرح الأسئلة وإجراء النقاش.
٣- التعرف على أن القانون الدولي الخاص يحقق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المتباينة.
٤- تتعرف على القانون الواجب التطبيق على المنازعات المنطوية على عنصر أجنبي.
٥- تتعرف على معايير اختصاص المحاكم المصرية بالمنازعات الخاصة الدولية.
٦- التعرف على أنظمة التحكيم الدولية المطبقة في القانون المقارن وكيفية تطبيقها في الإقليم المصري.
٧- إكساب الدارس القدرة على التفكير القانوني السليم والتصدي للمشاكل القانونية الدولية.
٨- طرح المقرر الدراسي على هيئة حلقات نقاشية وحوارات لإكساب الدارسين الثقة في النفس والقدرة على التعبير بأسلوب واضح من خلال المشاركة في المناقشة والحوار.
٩- الإسهام في تطوير الفكر القانوني ونشر الاتجاهات الحديثة وتطبيقها في حل مشكلات البيئة الذي توجد فيه.
١٠- إعداد الطالب لكي يتوافق والتقدم العلمي والتقني والمهني وتنمية روح الولاء للوطن والعمل على تنمية ورقيه والتعاون مع المؤسسات المختلفة التي تساعد في إعداد الدارس للقانون سواء التحق بالعمل في القضاء أو العمل في البعثات الدبلوماسية أو في الأعمال القانونية لدى أي مؤسسة أو منشأة إنتاجية، وذلك من خلال تمكنه من أدوات التحقيق وتنميته المستمرة.

ونأمل أن نكون قد غطينا سائر موضوعات القانون الدولي الخاص المقررة على طلاب الفرقة الرابعة بكلية الحقوق كما نسأل الله أن يوفقنا على الدوام ويهيئ لنا من الأسباب ما نتمكن معه من أن نصدر كتابنا هذا أن نوفر فيه للدارس أو الباحث العلم الكافي بأصول التشريع في مادة القانون الدولي الخاص

وفن الصياغة القانونية والتقويم العلمي لنصوص القانون الدولي الخاص سواء في القانون المقارن أو في القانون الدولي الخاص المصري وأراء المجتهدين حتى نسهم في مسيرة العلم بإيجاز معقول بعيداً عن التطويل الممل أو الاقتضاب المخل، وأن ينفع بيه الطلاب والطالبات، وأن يلهمنا الصواب ويهدينا سواء السبيل مصداقاً لقوله تعالى في القرآن الكريم " الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ " ، وأن يعلمنا وأن ينفعنا بما تعلمناه أنه نعم المولى ونعم النصير وكما يقول الحق سبحانه لا علم لنا إلا معلمتنا إنك أنت العليم الحكيم ، ويقول الله في القرآن الكريم أيضاً وفوق كل ذي علم عليم ، والحمد لله رب العالميـــــــن .

الجزء الأول
تنازع القوانين

أمثلة لتنازع القوانين

يقدم لنا الواقع أمثله كثيرة لتنازع القوانين نذكر بعضها:

أن يتزوج مصري متوطن في فرنسا، من أسبانيه معه، ثم يحدث الخلاف بينهما بعد خمس سنوات من الزوجية، فإذا رفعت الزوجة دعوى تطليق للضرر أو خلع أمام القضاء، وبالنظر لاختلاف أحكام التطبيق أو الخلع فيما بين قوانين مختلف الدول، فإن السؤال يثور، أي القوانين واجب التطبيق على الدعوى: القانون المصري أم القانون الفرنسي باعتباره قانون موطن الزوجية أم القانون الاسباني أم قانون القاضي إذا تم رفع الدعوى في بريطانيا؟

- خذ مثال ثاني بخصوص المعاملات عقد بيع بين شركة مصرية زراعية مع مشتري سعودي على كمية من المانجو المصري، وقد أبرم العقد في دولة الكويت حيث مقر مكتب تنشيط الصادرات المصرية بدول الخليج العربية، واتفق الطرفان على تفاصيل الصفقة والتسليم والثمن، وإذا حدث خلاف بينهما أثناء التنفيذ أو بعده ورفع الأمر على القضاء فأي القوانين يكون واجب التطبيق؟

غياب التنظيم الدولي لعلاقات الأفراد:

إن اشتمال العلاقة الخاصة الدولية على عنصر أجنبي يجعلها ترتبط بأكثر من نظام قانون واحد أي يلحق بها صفة الدولية ، ومن ثم فإنه من الطبيعي أن تحكم هذه العلاقة قواعد قانونية دولية ، ونظراً لعدم وجود سلطة عليا للمجتمع الدولي يوكل إليها وضع هذه القواعد ([1])، فقد أصبحت الحاجة ماسة إلى وجود قواعد تنظم العلاقات الخاصة الدولية.

وعلى هذا النحو فقد استشعرت الدول الخطر وقامت بوضع قواعد أطلق عليها قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد كي تتولد مهمة اختيار القانون الوطني الذي يناط به التنظيم الموضوعي للمنازعات الدولية الخاصة([2]).

---

[1] فيما عدا بعض القواعد القانونية الموجودة الموضوعة عن طريق الاتفاقيات الدولية العامة .

[2] د/ أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجاً"، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص٢١.

التعريف بقواعد تنازع القوانين ([1]):

بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن مشكلة تنازع القوانين لا تثور، في الأصل، إذا كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية الطابع ([2]) ، فالثابت أن كل علاقة قانونية تنهض على عناصر ثلاثة هي أطرافها وموضوعها وسببها، فإذا كانت هذه العناصر الثلاثة وطنية بحتة فلا تثار مشكلة تنازع القوانين، وتخضع هذه العلاقة للقوانين الوطنية وتطبق عليها تطبيقاً مباشراً([3]) فلو أبرم عقد في مصر بين مصريين بشأن مال كائن في مصر وأثير نزاع حول هذا العقد، فإنه من المنطقي أن يطبق القاضي القانون المصري مباشرة على النزاع لأن عناصر العلاقة محل النزاع مصرية، أما إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية، كأن يبرم العقد السابق بين مصري وعراقى ، فيوصف العقد بالدولية لاشتمالها على عنصر أجنبي، وهو المال الكائن في العراق .

وأخيراً فقد تلحق الصفة الأجنبية بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة، فلو أبرم العقد في السعودية بين مصريين بخصوص مال كائن في مصر، فإن الصفة الاجنبية تلحق بالسبب المنشئ للعلاقة، وهو العقد المبرم في السعودية.

فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصر العلاقة على النحو المتقدم، فأضحى ضرورياً البحث عن القانون الذي يحكمها لأن كل القوانين المرتبطة بها تدعى لنفسها الحق في حكمها ، وتتولى قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي اصطفاء أنسب القوانين المتنازعة لحكم هذه العلاقة وقد تكون هذه المفاضلة لصالح القاضي أو قانون دولة أخرى.

---

[1] لقد استقر الفقه على تسمية هذه الظاهرة بتنازع القوانين وإن كان البعض الآخر يفضل تسميتها بتناسق القوانين أو تزاحمها، لأن كلمة تنازع قد تفرض بوجود صراع بين قوانين الدول المختلفة تحكم هذه العلاقة، وهذا لا يحدث حقيقة لأن كل دولة تضع قانونها لتحكم المنازعات التي تثار داخل حدودها ولا نتصور أن يقوم بمنازعة قانون القاضي لحكم هذه المنازعة لأن الأمر لا يعدو أن يكون عملية مفاضلة يقوم بها القاضي لاختيار أنسب القوانين لحكم المسالة المعروضة.

د/ فؤاد رياض، د/سامية راشد: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية ١٩٨٧، ص٨٠.

[2] د/ هشام علي صادق، د/ حفيظة السيد الحداد: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٠م ص٥.

[3] عوض الله سيد محمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية عام ١٩٩٧ ص٣٢٥.

وبناء عليه فإنه يمكن تعريف قواعد التنازع بأنها القواعد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

١- نطاق قواعد تنازع القوانين:

لقد أكد الفقه التقليدي أن مجال إعمال قواعد الإسناد يتحدد بالعلاقات الخاصة من جانب وبالصفة الدولية للقوانين المتنازعة لحكم العلاقة من جانب آخر.

وسنولي، بشئ من التفصيل، أهمية لدراسة كل من الصفة الخاصة والصفة الدولية للتنازع ، للتأكيد على صحة التركيز عليهما لتحديد مجال التنازع ونطاقه.

أ- الصفة الخاصة:

جرى الفقه والقضاء في معظم أنحاء المعمورة على القول بان التنازع الذي يدخل في نطاق قاعدة التنازع الوطنية ، والذي يمكن تصور تطبيق القاضي الوطني قانون أجنبي بشأنه، هو ذلك الحاصل في علاقات القانون الخاص في مختلف الدول([١]) ، أي العلاقات التي تقوم بين الأفراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة دون أن تكون الدولة بوصفها صاحبة سيادة طرفاً فيها ([٢]) ، كما هو الحال في العلاقات الداخلة في مجال القواعد المدنية والتجارية والمتعلقة بالأحول الشخصية، على اعتبار أنه لا يوجد ما يمنع ، في مثل هذا النوع من العلاقات، من تطبيق القانون الأجنبي لانتفاء شبهة المساس بالمصلحة العامة أو سيادة الدولة([٣]) ، ومؤدى ذلك أن يخرج من نطاق تنازع القوانين العلاقة الداخلة في أفرع القانون العام، كالقوانين الإدارية والمالية والجنائية([٤]) ، لأن تلك القوانين تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة أو سلطان ، ومن ثم فإنه لا يتصور بالنسبة لها قيام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، لاتصال القواعد التي تحكمها بالمصلحة العامة للدولة وسيادتها ، ذلك لان مسائل القانون العام لا تثير نزاعاً بين القوانين وإنما تطرح مشكلة من نوع آخر هي تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان([٥]) ، وعلى هذا النحو إذا ما طرح أمام القاضي الوطني نزاع يتعلق بأفرع القانون العام فإن بحثه سينصب على تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون

---

[١] د/ أحمد عبدالكريم: المرجع السابق ، ص٤١٠.

[٢] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص٨٨.

[٣] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ٨٨، ٨٩.

[٤] د/ أحمد عبدالكريم: المرجع السابق ، ص٤١١.

[٥] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص٨٩، د/ عوض الله سيد: المرجع السابق ، ص٣٢٥.

العام في دولته من حيث المكان، فإذا تبين له عدم اختصاص قانونه، فعليه أن يتخلى عن نظر هذا النزاع ولا يكلف نفسه مشقة البحث عن القانون الواجب التطبيق([1]).

وبناءً عليه، فعندما يتصدى القاضي المصري لنزاع يتعلق بخضوع تصرف معين خاضع للضريبة، فيقتصر دور القاضي على البحث عن مدى خضوع هذا التصرف للقانون المصري، فإذا تبين له أنه لا يخضع له فإنه لزاماً عليه أن يتخلى عن نظر هذا النزاع ، ولا يجوز له أن يبحث عن القانون المالي الأجنبي الذي يحكم هذا التصرف ، وكذلك إذا عرض على القاضي المصري نزاع يتعلق بجريمة معينة فيقتصر دوره على البحث عما إذا كانت هذه الجريمة تخضع لقانون العقوبات المصري أم لا ، فإذا كانت تخضع له طبق عليها هذا القانون، أما إذا تبين له أنها تخرج عن نطاقه، فعليه أن ينأى بنفسه عن مشقة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه الجريمة؛ لأن ذلك لا يدخل في مجال اختصاصه([2]) ، وذلك على عكس المراكز القانونية التي يحكمها القانون الخاص ، فإذا عرض على القاضي المصري نزاع يتعلق بمسائل الحالة أو الأهلية ، فلا يعفى القاضي أن يقرر أن هذا النزاع لا يخضع لأحكام القانون المصرى ، بل يجب عليه أن يحدد القانون الأجنبى المختص طبقًا لقواعد الإسناد المصرية ويطبقه علي النزاع ([3]) .

وينتهى أصحاب هذا الرأى إلي استبعاد أفرع القانون العام من دائرة تنازع القوانين وسندهم في ذلك الآتي :

- قاعدة الإقليمية ، والتى بمقتضاها أن قانون الدولة يحكم كل ما يوجد على إقليمها من أشخاص وأشياء وما يحدث من تصرفات ووقائع فضلًا عن أن قوانين الدولة لا يكون لها أي سلطان خارج إقليم الدولة التى أصدرتها .
- تشابه علاقات القانون الخاص فى كل الدول على اعتبار أن قواعد القانون الخاص بتنظيم علاقات الأفراد وهى متشابهة ، فجميع الأفراد في كل دول العالم يولدون ويزوجون ويملكون ويتاجرون .. لذا فإن لديها قابلية للتطبيق على تلك العلاقات ، أما علاقات القانون العام فهي تنظم النشاط

---

[1] د/ هشام علي صادق: تنازع القوانين، دار النهضة العربية ط ٣ ١٩٧٤ ص ٤٩، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص٨٩، ٩٠، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ٤٨، ٤٩، د/ عوض الله سيد: المرجع السابق ، ص٤٧.

[2] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ٨٩، ٩٠، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص٤٨، ٤٩، د/ عوض الله سيد: المرجع السابق ، ص٤٧.

[3] د/ هشام صادق : المرجع السابق ، ص ٤٧ .

العام للدولة وعلاقات الدول ببعضها ، وهى علاقات يغلب عليها الطابع السياسي ، ومن غير الملائم أن يكلف القاضي الوطني بتطبيق قواعد القانون الأجنبى ذات الطابع السياسى التى تتصل بالأعمال السيادية للدول الأجنبية ، خاصة وأن جانبًا من تلك القواعد وضعت خصيصًا لحماية مصلحة سياسية للدولة الأجنبية دون مراعاة مصالح الدول الأخري ([1]) .

الرجوع إلي قواعد القانون العام بصفة تبعيـــة " فكرة الأخذ في الإعتبار " :

على الرغم من تأكيد أنصار هذا الإتجاه على استبعاد أفرع القانون العام من نطاق قاعدة التنازع ، إلا أن جانبًا منهم لم يستطع أن ينكر حتمية الرجوع لقواعد القانون العام الأجنبي بصفة تبعية ، إذا كان هذا الرجوع لازمًا للفصل في المسألة محل النزاع ([2]) فإذا تصدى القاضي الوطنى للفصل في دعوى بطلان زواج أبرم في دولة أجنبية لعيب في إجراءات الشهر فأضحى لزامًا على القاضي البحث عن قواعد القانون الأجنبى في هذه الحالة لا يتعدى كونه مجرد استشارة القاعدة القانونية دون تطبيقها فنيًا ، وبعبارة أخرى إذا كان الفصل في النزاع ذي الطابع الدولى يستلزم الرجوع إلي قانون عام أجنبى ، فعلى القاضي أن يأخذه في الإعتبار فقط ولا يطبقه ([3]) أى أن القاضي ، في المثال السابق ، يلجأ إلي القواعد التى تحدد سلطات الموثق واختصاصه في القانون الأجنبي ليتيقن من أن إجراءات الشهر والتوثيق تمت بشكل قانوني ، إلا أنه لا يمكنه أن يطبق هذه القواعد لأنها من قواعد القانون العام .

الإتجاه الحديث وقبول تطبيق القانون العام الأجنبي :

يري أصحاب هذا الإتجاه أنه لا يوجد ما يمنع أن تناول قواعد تنازع القوانين تنظيم علاقات القانون العام؛ على اعتبار أن ذلك يدخل في مجال التنازع الدولى للقوانين ([4]) ، ويستند أصحاب هذا الاتجاه في فرنسا إلي ما انتهى إليه القضاء الفرنسي في بعض الأحكام من تطبيق القوانين الأجنبية الخاصة بحماية العمل والعمال في بعض الفروض ، كالقوانين المتعلقة بإصابات العمل والتأمينات الإجتماعية رغم اتجاه الفقه الحديث إلى اعتبارها من أفرع القانون العام ([5]) .

---

[1] راجع في عرض هذه الأسانيد د/ أحمد عبدالكريم سلامه ، المرجع السابق ، ، ص ٤١٣، ٤١٤ ، ٤١٦ .

[2] د/ هشام صادق : المرجع السابق ، ، ص ٥٠ .

[3] في عرض ذلك : د/ أحمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ، ص ٤١٧ ، ٤١٨ .

[4] د/ عوض الله سيد : المرجع السابق ، ، ص ٣٢٨ .

[5] د/ هشام صادق : المرجع السابق ، ،ص ٥٢ .

علاوة على أن الفقه التقليدي قد أخطأ في فهم مبدأ إقليمية تطبيق القوانين ؛ لأنه إذا كان القانون الإقليمي هو الذي يحكم كافة التصرفات والوقائع وكذلك الأشخاص التى توجد في الإقليم ، وذلك لا يستلزم عدم تطبيقه من قاضي يعمل على إقليم دولة أخري ، لأن القانون الإقليمي ليس هو القانون الذي لا يمكن تطبيقه بواسطه قاضي من دولة أجنبية ، وإنما هو القانون الذي يطبق على الأشخاص والأشياء والوقائع التى توجد على الإقليم ([1]) ، فضلًا عن أن فكرة الإقليمية فكرة مادية ثم هجرها من زمن بعيد ولا تصلح للعمل اليوم لاسيما مع وجود الإنترنت الذي ألغى كل الحواجز الجغرافية والمادية وأصبح العالم يعيش في قرية كونية صغيرة يصعب معها التمسك بفكرة الإقليمية .

ويضيف الفقه الحديث أن فكرة الأخذ في الإعتبار الذي قال به الفقه التقليدي يخلع عن القاعدة القانونية عمومًا أحد خصائصها الأساسية وهي صفة الإلزام ، فالقول بأن القاضى يستشير فقط ، القاعدة الأجنبية دون أن يلتزم بتطبيقها أمر يجانبه الصواب ، لأن القاعدة الأجنبية ليست مجرد واقعة لا يلزم القاضي الوطنى بتطبيقها ، وإنما هي ملزمة ومصدر الإلزام هنا هو قاعدة الإسناد الوطنية التى أشارت بتطبيق هذه القاعدة ([2]) .

فغالبية القوانين تختلف فيها قواعد ما تسمى بالقانون العام والخاص مثل قوانين التأمينات الإجتماعية ، قوانين حماية المستهلك ، قوانين المنافسة والرقابة على الغير ، فهى تحتوى على أحكام القانون الخاص ، كبطلان التصرف المخالف ، والإلتزام بالتعويض ، كما تحتوي على أحكام القانون العام ، كفرض جزاءات جنائية أو مالية أو إدارية ([3]) .

كما أنه من غير المنطقى رفض تطبيق القانون العام الأجنبي وقبول تطبيق القانون الخاص الأجنبي في وقت أصبحت التفرقة بينهما صعبة للغاية ؛ بسبب نمو دور الدولة ودخولها في ميادين كانت تعد من صميم النشاط الفردى أو الخاص .

وبعد أن عرضنا للفقه التقليدي ، الذي يقصر نطاق قواعد تنازع القوانين على التنازع الحاصل في مجال علاقات القانون الخاص والفقه الحديث الذي يرى قابلية تطبيق قواعد التنازع على علاقات القانون الخاص والقانون العام على حد سواء فإننا نميل إلي الفقه الحديث فيما ذهب إليه من أن نطاق تنازع القوانين يجب ألا يسيطر على علاقات القانون الخاص ، بل يمتد ليشمل علاقات القانون العام، إن صحت التفرقة بينهما.

---

[1] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٤٢١ .

[2] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٤٢٢ .

[3] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٤٢٤

وكما يقول الأستاذ Mayer فإن قاعدة التنازع لا تحدد بالذات قواعد القانون الخاص أو قوانين البوليس ، ولا تحدد بعضها بدرجة أكثر إلزامًا من الأخري ، بل تحدد النظام القانوني بأكمله ويُترك ، دون تدخل ، الخيار بين القواعد حسب مطابقة الأوضاع التى يفقدها أو التي يستعيدها ([1]) .

وقد أقر المشرع المصري إمكانية حدوث تنازع بين القوانين في مجال علاقات القانون الخاص والعام على حد سواء ، وترك الحرية للأفراد في تسوية هذه المنازعات واختيار القانون الواجب التطبيق ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة الأولى من قانون التحكيم المصري الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة هذه العلاقة التى يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه علي إخضاعه لأحكام هذا القانون إلي منازعات .

وبالنسبة إلي منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق علي التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتباريين العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك " .

ب ــ الصفة الدولية لتنازع القوانين :

أوضحنا آنفًا ، أن مشكلة تنازع القوانين لا تثور ، في الأصل ، إذا كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية بحتة .

فإذا كان النزاع المعروض أمام القضاء ينصب على عقد أبرم في مصر بين مصريين ويتعلق بمال كائن في مصر ، فلا يمكن للقاضي أن يطبق غير القانون المصري ، لأن العلاقة تعد وطنية بجميع عناصر ، أما إذا تطرق العنصر الأجنبي لهذه العلاقة سواء بالنسبة لأشخاصها أو موضوعها أو واقعتها المنشئة فإن هذه العلاقة تتصف بالدولية ، وإن إضفاء صفة الدولية على هذه العلاقة يؤدي إلي إخضاعها لأحكام ومبادئ قانونية متميزة تراعى طبيعتها الدولية ، كأن يختار أطراف هذا العقد ، إذا ما توافرت هذه الصفة ، القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، في حالة عرض النزاع أمام قاضي وطني . فضلًا عن حقهم في اختيار إجراءات التحكيم إذا عرض النزع أمام محكم دولي ، زد على ذلك إضفاء صفة الدولية على العقد يعطى لأطرافه الحق في ظروف معينة في تطبيق عادات التجارة الدولية والقواعد المادية للقانون الدولى

---

[1] Mayer , les lois de Police etranger clunet 1981 P 277 spec { 337 .
د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٥٥ .

الخاص المستمد من أصل القاضي ([1]) ؛ لذا يتجه الفقه الغالب إلي التفرقة في مجال روابط القانون الخاص بين الروابط الداخلية وتلك التى تتسم بالطابع الدولى ، فالروابط الداخلية تخضع للقانون الداخلى ويطبق عليها تطبيقًا مباشرًا دون حاجة للرجوع لقواعد الإسناد ، أما العلاقات الخاصة الدولية فيجب الرجوع بشأنها لهذه القواعد ([2]) .

١ – خروج تنازع القوانين الداخلية من نطاق دراسة القانون الدولى الخاص :

قد تتعدد القوانين داخل الدولة الواحدة تعددًا شخصيًا أو إقليميًا ، والمقصود بالتنازع الشخص هو تعدد القوانين داخل الدولة الواحدة بحيث يكون كل منهما تأثيرا في مواجهة مجموعة من الأشخاص تجمعهم صفات مشتركة كانتمائهم الي دين أو أصل أو جنس معين وهو ما يصدق علي مسائل الأحوال الشخصية في مصر و لبنان حيث توجد الشريعة الإسلامية والشريعة المسيحية([3]) ، ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي قامت زوجة مصرية الجنسية وتدين بالمسيحية برفع دعوى نفقة زوجية على زوجها السعودي المسلم، مطبقاً لقواعد الإسناد المصرية "استناداً إلى حكم المادة ١٤ مدنى مصري " فهل القاضي السعودي يطبق القانون المصري أم يطبق القاضي الشريعة الإسلامية أم يطبق الشريعة المسيحية هذا فرض التنازع الشخصي للقوانين.

أما المقصود بالتنازع الإقليمي فهو أن يكون لكل إقليم من أقاليم الدولة الواحدة شريعته الخاصة التي تطبق على كل من يقطنون الإقليم كما هو الحال في الولايات المتحدة وانجلترا وكندا واستراليا. فإذا طرح أمام القضاء المصري نزاع يتعلق بتركة أمريكي متوطن بمصر ومتوفي بها، فإن قاعدة التنازع المصرية تشير إلى تطبيق القانون الأمريكي بوصفة قانون الجنسية وقت الوفاة (م ١/١٧ مدني مصري) وهنا يثور التساؤل، ما هو المراد بالقانون الأمريكي، قانون المواريث في ولاية تكساس أو ولاية كاليفورنيا ([4])؟

---

[1] د/ سلامة فارس عزب : وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، عام ١٩٩٩ ، ط١ ، ص٢٢ ، ٢٣ .

[2] هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية ومقارنة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص٤٨، ٤٩ .

[3] د/احمد عبد الكريم :المرجع السابق ، ص٣١٨،راجع في شرح التقادم الشخصي:
Y von Loussouarn, pierre Bouel droit international prive 4 ed Dalloz 1993 P 100,101.

[4] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص٣١٩.

ولم يتفق الفقه على رأي موحد بالنسبة لنوعي التعدد انقسمت الآراء على الوجه التالي:

الرأي الأول: إن هذا التعدد سواء كان شخصياً أو إقليمياً لا يتعدى كونه تنازعاً داخلياً، ومن ثم فإنه يخرج من نطاق القانون الدولي الخاص ، حيث إنه يفترض لتطبيق قواعد تنازع القوانين ارتباط عناصر العلاقة القانونية إلى وحدات قانونية مختلفة، مما يعطي الحق للقاضي في اصطفاء أي منها لحكم هذه العلاقة ، وبناء عليه فإنه إذا كانت القوانين المرتبطة بالعلاقة صادرة من نفس الوحدة القانونية ، ويسري نطاقها داخل هذه الوحدة، فإن اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة لا يعتبر، في هذه الحالة، داخلا في نطاق تنازع القوانين ، وذلك لأنه يكون مجرد تحديد لمجال تطبيق هذه التشريعات من قبل ذات السلطة التي أصدرتها.

وعلى ذلك في التنازع بين القوانين التي تحكم مختلف الطوائف المنتمية لنفس الدولة يخرج من مجال القانون الدولي الخاص([1]).

الرأي الثاني: ويتحمس لهذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي والفقه الأمريكي، ويدعوا أصحابه الى التسوية بين التنازع الداخلي وضرورة إخضاع حل التنازع في الحالين لنفس القواعد " قواعد التنازع" ([2]).

الرأي الثالث: ويرى أصحابه ضرورة التفرقة بين التنازع الشخصي والتنازع الإقليمي. فالأول لا يدخل في إطار دراسة القانون الدولي الخاص لأن مهمة القاضي تنحصر في المفاضلة بين أحد القوانين الشخصية المعمول بها داخل الوحدة الإقليمية التي تتبعها.

أما البحث في التنازع الإقليمي بين قوانين الوحدات الإقليمية المختلفة، كما هو الحال في امريكا وانجلترا فإنه يعد جزءاً من دراسة القانون الدولي الخاص، حيث يمكن تصور تطبيق القاضي بقانون غير قانون الوحدة الإقليمية التي يتبعها ، وبالتالي ينعدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهو شرط لقيام التنازع وفقاً للمعنى المفهوم في القانون الدولي الخاص([3]).

---

[1] د/ فؤاد رياض، سامية راشد : المرجع السابق ، ص٨٣.

[2] في عرض ذلك د/ هشام صادق : تنازع القوانين ص٦١.

[3] راجع في هذا الشأن :

د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ٨٦.

د/ هشام صادق : تنازع القاونين...، المرجع السابق ، ص٦٣.

٢- تنازع القانونين يتعلق بقوانين دول معترف بها من جانب دولة التقاضي:

من البديهي أن يستلزم تطبيق القاضي الوطني لقانون دولة أخرى اعتراف دولة القاضي بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة ، ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدي إلى إنكار أي وجود قانون لها ، وبالتالي عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدي إلى إنكار أي وجود قانوني لها ، وبالتالي عدم الاعتراف بالقوانين الصادرة منها ويتخلى القاضي عن قيامه بعملية المفاضلة بين قانون هذه الدولة الأجنبية غير المعترف بها وقانون دولته([١]) ، وبناء على ما تقدم فإنه لا يتصور وجود تنازع بين القانون اللبناني والقانون الاسرائيلي؛ لأن لبنان لم تعترف بإسرائيل حتى الآن كدولة.

ويثور التساؤل عن مدى إمكان قيام القاضي بتطبيق قانون دولة اجنبية لم تعترف دولته بقانونها؟

لقد أثيرت هذه المسألة بعد الثورة البلشفية سنة ١٩١٧ ذلك أن العديد من دول العالم لم تكن قد اعترفت بحكومة هذه الثورة في ذلك الوقت ([٢]) ، فذهب قضاء بعض الدول ومنها فرنسا وبلجيكا إلى رفض تطبيق القوانين التي صدرت من حكومة الاتحاد السوفيتي لأنها صدرت عن سلطة غير معترف بها ، وسار على نفس الاتجاه، في ذلك الوقت، المحاكم المصرية المختلطة وقضت في حكمها الصادر في ١٠ مارس ١٩٣١ بأن القانون الروسي القديم هو واجب التطبيق في قسمة تركة روسي توفي في مصر، تأسيساً على عدم اعتراف مصر بحكومة روسيا السوفيتية([٣]) ، ونحن نميل إلى من يرى أن عدم الاعتراف بالحكومة تختلف عن الاعتراف بالدولة اختلافاً جوهرياً، حيث ان عدم الاعتراف بحكومة دولة لا يخلع عن هذه الدولة شخصيتها الدولية ويقتصر الأمر على قطع العلاقات السياسية معها([٤]).

وبناء عليه تعد الأعمال التي تقوم بها هذه الحكومة غير معترف لها، داخل إقليمها من صميم اختصاصها الداخلي ويستلزم نفاذها في مواجهة الدول الأخرى طالما أن هذه الحكومة أمسكت بزمام الأمور واستقرت في يدها السلطة الفعلية في هذه الدولة ، والقول بغير ذلك غير مقبول، لأنه يؤدي إلى تطبيق القانون الذي

---

[١] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص٨٦.

[٢] د/ هشام صادق: تنازع القوانين ص٦٦.

[٣] حكم مشار إليه لدى د/ عوض الله شيبه ص٣٢٩ بند ٢.

[٤] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ٨٧.

كان سارياً قبل تولي هذه الحكومة مقاليد الأمور، وهو أمر لا يمكن قبوله لأن هذا القانون أصبح هو والعدم سواء ([1]).

خلاصة الكلام :

في مسألة الإعتراف بالحكومة " أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يخول القاضي الفرنسى أن يتجاهل القوانين الصادرة في نطاق القانون الخاص عن هذه الحكومة قبل الإعتراف بها ، لتسرى في الإقليم الذى تمارس عليه سلطاتها الفعلية " ([2]) ، ووفقاً للرأى الراجح في الفقه أن عدم الإعتراف بالحكومة لا يحول دون تطبيق قوانين الدولة غير المعترف بحكومتها ، ذلك أن عدم الإعتراف يكون قاصراً علي العلاقات السياسية بين الدولتين ، ولا يطول العلاقات الخاصة بين الأفراد عبر الحدود ([3]) .

---

[1] في هذا المعنى: د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ٨٨، د / هشام صادق: تنازع القوانين ص٦٧، د/ عوض الله شيبه ص٣٢٩.

٢ نقد مدني ، ٣ مايو ١٩٧٣ ، المجلة الانتقادية ١٩٧٥ ، ص ٤٢٦ والتعليق .

٣ راجع للمزيد د/ عكاشة محمد عبدالعال : تنازع قوانين ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٧ ، صـــ ٤٠ وما يليها .

الباب الأول

أحكام عامة في نظرية تنازع القوانين

أهداف الباب الأول :

في نهاية هذا الباب يجب أن يكون الدارس قادراً علي :

١- معرفة الطالب للأحكام العامة في نظرية التنازع .

٢- قدرة الطالب على تحديد مفهوم قواعد التنازع ، ومعرفة كيف يتم تطبيقها .

٣- إدراك الطالب لكيفية حل مشاكل تطبيق قواعد التنازع .

٤- بيان دور الدولة في السماح بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع المصرية ، وحالات استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلاً علي العلاقة .

٥- بيان مفهوم النظام العام في القانون الدولى الخاص .

الباب الأول

النظرية العامة لتنازع القوانين

دراسة قواعد التنازل تقتضى أن نبدأ بتحليلها وبيان عناصرها ، ومتى تثور مشكلة التنازع ، ومشكلات تطبيق قواعد الإسناد وذلك في فصول ثلاثة متتابعة في الصفحات التالية .

الفصل الأول

تحليل قاعدة الإسناد

أوضحنا أن العلاقات ذات الطابع الدولي لا تخضع عادة في تنظيمها لقواعد موضوعية وإنما يحكمها نوع خاص من القواعد هو الذي أطلق عليه قواعد الإسناد ، ولقد ارتبطت قواعد الإسناد بعلم قواعد تنازع القوانين للإشارة الي قواعد الإسناد([1]).

ولا يوجد تعريف محدد لقاعدة التنازع فيعرفها البعض بأنها "القاعدة التي تحدد بالنظر إلي صياغتها المزدوجة حالات تطبيق الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي"([2]) ، أو أنها " القواعد التى ترشد القاضى إلي القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى " ([3]) ، أو هي " قاعدة قانونية وضعية ، ذات طبيعة معينة، تسري علي العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للانطباق([4]) ، ويتضح من خلال هذه التعريفات أن قاعدة الإسناد هي أداة في يد القاضي يمكنه من خلالها المفاضلة بين القوانين المتنازعة بحكم العلاقة لاختيار أنسبها، فإذا أثير نزاع بمناسبة معينة ترتبط بأكثر من نظام قانوني لدولة واحدة ، فقد تدعي كل دولة المرتبطة بالمسألة محل النزاع حقها في حكم هذه المسألة فيأتي دور القاضي لاصطفاء أفضلها لحكمها ، وهذا هو الدور الذي تضطلع به قواعد الإسناد([5]) .

---

١ د/إبراهيم أحمد إبراهيم :القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ١٩٩٧ ،ص١٥٣

٢ د/عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص ،الجزء الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٦ ، ص١٤١.

٣ د/ هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥ .

٤ د/أحمد عبد الكريم : علم قاعدة التنازع، المرجع السابق ، ص٢٤.

٥ د/أحمد عبد الكريم :المرجع السابق ، ص ٢٣، ٢٨ ، د/ هشام صادق : تنازع القوانين، المرجع السابق ، ص٥.

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلي ثلاث مباحث نتناول في الأول منهم خصائص قواعد الإسناد. ونعرض في الثاني عناصر قواعد الإسناد وفي الثالث مدى التزام القاضى بتطبيق قواعد الإسناد .

المبحث الأول

خصائص قاعدة الإسناد

تتميز قواعد الإسناد من حيث مضمونها بأنها قواعد غير مباشرة ومحايدة ، ومن حيث آثارها بأنها قواعد مزدوجة الجانب ولها دور إرشادي إلا أن هذا الإيجاز يحتاج إلي شيء من التفصيل :

١- قواعد الإسناد قواعد مزدوجة الجانب :

بينا من قبل أن قواعد الإسناد هي القواعد التي ترشد القاضي إلي القانون الواجب التطبيق علي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، وذلك يعني أن القاعدة التنازع لا تعمل إلا في وجود قانونين أو أكثر يدعي كل منهما لنفسه الحق في حكم المسألة النزاع ، وهنا يأتي دور القاضي لاختيار القانون الأنسب، من وجهة نظر ترشده لحكم المسألة ، أي ان اختيار القاضي قد يكون لصالح قانون دولته أو قانون دولة أخري لها صلة أكثر وثوقاً بالمسألة محل النزاع ، وهذا هو المقصود بالطابع المزدوج لقاعدة الإسناد.

خذ مثالا تنص المادة ([1]) من القانون المدني المصري علي أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" ، فالملاحظة علي هذا النص أنه جاء بصيغة مجردة يحمل بين طياته إمكان تطبيق القانون المصري حال كون الاشخاص يحملون جنسية هذه الدولة([2]).

ومن هنا يتضح لنا أن قواعد الإسناد ثنائية الجانب ،لا تقتصر علي بيان حالات تطبيق القانون الوطني وإنما تقوم أيضا ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي([3])لأنه طالما كان الهدف هو اختيار أنسب القوانين المتنازعة لحكم المسألة محل النزاع فإنه لا يمكن الجزم بان قانون القاضي هو الأصلح بل قد يكون قانون دولة أجنبية هو الأنسب لحكم هذه المسألة([4]).

---

[1] د/أحمد عبد الكريم :علم قاعدة ، المرجع السابق ، ص١٠٢.

[2] د/فؤاد رياض، د/سامية راشد : المرجع السابق ، ص١٠٣

Loussouarn et Bourel, op. cit.p.89 N 108 Bernard audit,op.cit.p 83.

[3] د/محمد كمال فهمي : أصول القانون الدولي الخاص ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجماعية ١٩٨٣ ، ص٣٢٦.

[4] د/أحمد عبد الكريم : علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق ، ص١٠٣.

وتكمن مزية القواعد المزدوجة في انها تسمح للقاضي أن يصطفي أنسب القوانين لحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي مما يحقق الأمان القانوني والعدالة للمتعاملين في العلاقات الدولية ، فضلا عن أنها لا تترك نزاعا في مشكلة التنازع إذ تجعل الاختصاص لحكم المسألة محل النزاع إما إلي القانون الوطني أو قانون دولة أجنبية أكثر اتصالا النزاع([1]).

وعلي الرغم من ميل الفقه الغالب للسمة المزدوجة لقاعدة الإسناد، باعتبارها تقدم أفضل الحلول لحكم المسألة المطروحة، يري البعض أنها تحمل القاضي عبء البحث في القوانين الأجنبية إذا أشارت قاعدة الإسناد في دولته إختصاص قانون أجنبي([2])، ومن ناحية أخري فهي تشمل اعتداء علي السياسة التشريعية للدول الأجنبية وتصطفي قوانينها في حالات قد لا يري المشرع الأجنبي ضرورة في أن تنطبق عليها([3])

وبناء علي ذلك، فإنهم يرون ضرورة أن تكون قواعد الإسناد قواعد مفردة الجانب، بمعني أنه تبين، حالات تطبيق القانون الوطني دون أن تتعرض لحالات تطبيق القانون الاجنبي([4]).

وطبقا لهذا الرأي فإن المادة(١١) من القانون المدني المصري تصاغ كالتالي "يسري علي الحالة المدنية والأهلية للمصرين القانون المصري" أي يخلع عن صياغة نصوص قواعد الإسناد صفة التجريد.

ويقتصر كل مشرع علي تحديد نطاق تطبيق التي يسنها أن يتعرض لمجال تطبيق القوانين الأجنبية([5]) ، كما أن هذا هو الحال بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولي الخاص حيث تتسم جميعها بالطابع المفرد فنجد علي سبيل المثال قواعد الجنسية تقتصر علي بيان شروط اكتساب وفقد الجنسية داخل حدود الدولة دون أن يتعرض لشروط اكتساب أو فقد الجنسية داخل الدولة الأخرى، كذلك فإن قواعد الاختصاص القضائي تقتصر علي بيان حالات الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية دون أن تتدخل في اختصاص محاكم

---

[1] د/أحمد عبد الكريم: علم قاعدة التنازع المرجع السابق ، ص١٠٩،/عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص٨٩،د/عوض الله شبيه: المرجع السابق ، ص٣٣٤.

[2] د/إبراهيم أحمد: المرجع السابق ، ص ١٥٩.

[3] د/أحمد عبد الكريم :علم قاعدة التنازع ،المرجع السابق ، ص١٠٣.

Loussouarn et Bourel.op.ci,.p 89.Audit op. cit. p 89.

د/عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص ٨٩.

[4] د/عز الدين عبد الله :المرجع السابق ، ص ٨٩.

Loussouarn et Bourel. Op. cit, p 89.

د/محمد السيد عرفة :المرجع السابق ، ص ٤٢،٤٣.

[5] د/محمد كمال فهمي : المرجع السابق ، ص ٣٢٧،

Audit,p, 90

الدول الأخرى، ولا يختلف الوضع النسبة لقواعد مركز الأجانب حيث يقتصر دورها علي بيان الحقوق التي يتمتع بها الأجانب داخل إقليم الدولة والإلتزامات الملقاه عليهم ، دون النظر في الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون في الخارج.

وعلي الرغم من الحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي إلا أنه لا يمكن التسليم بها لأن الصفة المزدوجة تتطلبها قاعدة الإسناد باعتبارها الوسيلة الفنية الوحيدة في فض تنازع القوانين علاوة علي أن الصيغة المفردة لا تتناسب وقاعدة الإسناد لأنها ستؤدي إلي وجود نزاع تشريعي في حالة عدم اختصاص القانون الوطني لحكم المسألة محل النزاع، مما يؤدي إلي اضطراب العلاقات ذات الطابع الدولي.

٢- قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة([1])

بينا من قبل أن مشكلة التنازع هي مشكلة اختيار من عدة قوانين دول مختلفة تدعي لنفسها الحق في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي من خلال عرض حلول موضوعية لتنظيم هذه العلاقة ووسيلة الحل هي قاعدة التنازع التي يناط بها مهمة اختيار أحد تلك القوانين ليكون هو الواجب التطبيق([2]).وذلك يعني أن قواعد الإسناد هي قواعد غير مباشرة ، أي لا تنطبق مباشرة علي النزاع، تحدد فقط القانون الواجب التطبيق([3]) ، ولقد دعت هذه الحقيقة البعض إلي تشبيه قواعد الإسناد بمكتب استعلامات في محطة السكة الحديد ، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب علي الإرشاد إلي رصيف القطار الذي يرغب السائل في استقلاله، تنحصر مهمة قواعد الإسناد في الإرشاد إلي القانون الواجب التطبيق علي النزاع الذي يشتمل علي العنصر الأجنبي([4]).

فإذا ثار نزاع حول أهلية أحد الأجانب فإن أعمال قاعدة النزاع في(م١/١١) من القانون المدني المصري، والتي تنص علي أن " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، لا تعود إلي تحديد السن التي يكون عندها الشخص بالغا سن الرشد، وإنما اقتصرت علي

---

[1] تعبير غير مباشرة يعد غير دقيق لأنه وصف للتسمية التي يصفها قاعدة التنازع، وليس وصفا لتلك القاعدة ذاتها، لذا فمن الأفضل أن تسمي إرشادية ، د/أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ١٠٠.

[2] د/أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ٩٩.

[3] د/هشام صادق: تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص١٠١ .د/ محمد السيد عرفة: المرجع السابق ، ص ٤٣،٤٤ ، د/ إبراهيم أحمد: المرجع السابق ، ص١٦.
Audit. Op. cit. p 83.

[4] هذا الرأي معروض في د/ هشام صادق، د/حفيظة الحداد: المرجع السابق ، ص ٩.

تحديد القانون الذي يتولى هذه المهمة وهو " قانون جنسية الشخص". مما يعني أن هذه القاعدة هي قاعدة غير مباشره او إرشادية أو قاعدة وسيطة بين القاضي المختص والقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني

عناصر قاعدة الإسناد

أوضحنا من قبل قاعدة الإسناد هي قاعدة تتولي إصطفاء القانون المناسب لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ،فإذا نظرنا إلي قاعدة من قواعد الإسناد نجد أنها تشمل علي ثلاث عناصر مهمة " الفكرة المسندة" أو موضوع القاعدة ، الثاني ضابط الإسناد، والثالث المسند إليه ، خد مثالا قاعدة الإسناد الواردة في(م١١) مدني مصري تقضي بأن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

فالعنصر الأول موضوع الإسناد أو الذي يسمي بـــ " الفكرة المسندة" أي المسألة أو الحالة الواقعة التي ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد وهي " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم".

العنصر الثاني (ضابط الاختيار) هو الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق، وهو الذي فضل به المشرع قانون دولة دون غيره وهو في هذا المثال "جنسية الشخص".

العنصر الثالث هو القانون المسند إليه وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته ، وفيما يلى نقوم بإلقاء الضوء على تلك العناصر في الصفحات التالية :

العنصر الأول : الفكرة المسندة :

نظراً لأن المسائل أو العلاقات ذات العنصر الأجنبي غير محصورة العدد مما يتعذر معه صياغة قاعدة إسناد تلك مسالة بذاتها ، قام المشرع الوطني بتصنيف المسائل ذات العنصر الأجنبي إلي فئات مختلفة تسمي كل فئة منها بالفكرة المسندة وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المسائل أو العلاقات المتضاربة أو المتشابهة([1]) ، ثم قام المشروع بتحديد ضابط إسناد معين لكل فكرة مسندة ، وعلي ذلك فإذا طرح أمام القضاء نزاع معين يتعلق بمسألة أو علاقات ذات عنصر أجنبي فعليه أن يقوم بوصف وتحديد الصفة

[1] د/ محمد كمال فهمي : المرجع السابق ، ص ٣٣٠، د/ عوض الله شبيه : المرجع السابق ، ص ٣٣٧.

القانونية لهذا يكون من السهل عليه تحديد القانون الواجب التطبيق علي هذه المسألة من خلال ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن المسألة المتنازع فيها([1]).

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يتخذ مفهوما موحداً بشأن الفكرة التي تتناولها قواعد الإسناد المصرية ، فالمشرع المصري مثلا جمع المراكز القانونية المتعلقة بكسب الملكية والحيازة وتقرير الحقوق العينية في فكرة مسندة واحدة، وهي فكرة مركز الأموال وأسندها إلي قانون الموقع ، وعلي العكس نجد أنه في المادة (١١مدني) جعل في الفكرة المسندة أكثر من مسألة قانونية، فلقد أسند فكرة الحالة والأهلية إلي قانون الجنسية ، كما فعل كذلك في (م١٧/١مدني) حيث أخضع الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت إلي قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ، كما لجأ المشرع المصري أحياناً إلي توزيع الفكرة المسندة علي أكثر من قاعدة إسناد كما هو الحال بالنسبة لمسألة الزواج فنجد ان المادة (١٢مدني) تتناول الشروط الموضوعية لصحة الزواج و(م١٣/١مدني) تتناول آثار الزواج (و١٣/٢) تعالج انقضاء الزواج بالطلاق أو التطليق و التفريق الجسدي.

العنصر الثاني : ضباط الإسناد :

هو المعيار الذي يتم من وجهة نظر المشرع ، علي أن قانونا معينا هو أفضل القوانين لحكم الفكرة المسندة([2]) ، فهو اذن همزة الوصل بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة ([3]) ويثور التساؤل، في هذا المقام ، عن المعيار الذي يتم بمقتضاه تفضيل قانون معين لحكم العلاقة ؟ فمن المعلوم أن العلاقة القانونية تنهض علي ثلاث عناصر هم الأطراف والمحل والسبب، ونظرا لأن أهمية كل عنصر من العناصر العلاقة القانونية تختلف حسب طبيعة العلاقة محل البحث فإنه من الضروري البحث عن العنصر الذي يشكل مركز الثقل في العلاقة القانونية للاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق من القوانين المتصلة بالعلاقة ([4]).

فيما يتعلق بعنصر الأطراف فإننا نلاحظ أنه أهم العناصر في مسائل الأحوال الشخصية مثل الأهلية والزواج والنسب والنفقات، لذا فمن البديهي أن يعتمد المشرع علي عنصر الأطراف ليكون ضابطاً للإسناد في هذه المسائل، علي اعتبار أنه يمثل مركز الثقل في العلاقة ، فيتخذ مثلا من الجنسية أو موطن أحد

---

[1] د/ هشام صادق ك تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ١٤.

[2] د/محمد كمال فهميك المرجع السابق ، ص ٣٣٣.

[3] د/ عز الدين عبد الله ك المرجع السابق ، ص ١٦٨.

[4] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ١٠٦.

الاطراف ضابطا لاختيار القانون الواجب التطبيق ، ومن ناحية فتتجلي أهميته في مسائل الأموال عموما حيث يعتبر المشرع أن مسائل الملكية ونقل الحقوق العينية علي الأموال أكثر وثوقا كقانون الدولة التي يدفع بها المال محل التعامل من أي قانون آخر فيتخذ من موضع المال ضابطاً لإختيار القانون الواجب التطبيق علي تلك المسائل([1]) .

وإذا كان السبب هو مركز الثقل في العلاقة القانونية كما هو الحال في مجال التصرفات القانونية ، فإنه يجب البحث عن ضابط متصل فهذا العنصر، كضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقد او ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية([2]) .

وغالباً ما ينص المشرع علي ضابط إسناد واحد بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق خذ مثالا علي ذلك ما نصت عليه (م/١١مدني مصري) فهذه المادة اقتصرت علي قاعدة الإسناد فيها علي ضابط إسناد واحد وهو الجنسية حينما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص أو أهليتهم.

ولكن قد تشمل قاعدة الإسناد في حالات أخري علي أكثر من ضابط بهدف التيسير علي المتعاملين وإعطائهم فرصة للاختيار فتنص المادة (٢٠مدني مصري)علي أن صحة العقود من الناحية الشكلية تخضع لقانون محل الإبرام أو القانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو موطنها المشترك ، وأخيراً قد يكون الهدف من القواعد الإسناد وإعمالها علي سبيل التدرج بأن يضع المشرع قواعد إسناد أصلية، فإذا لم يتيسر تطبيقها أمكن علي إعمال ضوابط أخري إضافية كما هو الحال في (م١٩مدني مصري) التي تنص علي أنه "يسري علي الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

فالملاحظ أن المادة اشتملت علي عدة ضوابط يتم إعمالها علي سبيل التدرج فيبدأ القاضي بالبحث عن إرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، فإذا لم يتفق الطرفان علي إخضاع عقدها لقانون معين وتعذر علي القاضي أن يستشف عن الإرادة الضمنية لهما ، فإنه يقوم بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين حـــال وجوده، وإلا فإنه يطبق قانون دولة محل الإبرام([3]).

---

[1] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٥٨.

[2] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد ك المرجع السابق ، ص ١٠٧.

[3] د/ عوض الله شبيه : المرجع السابق ، ص ٣٣٩.

العنصر الثالث : القانون المسند إليه :

هو القانون التي تسند اليه قاعدة التنازع حكم النزاع وقد يكون هذا القانون، هو قانون دولة القاضي أو قانون أجنبي أخر ، فقواعد الإسناد كما أوضحنا مزدوجة الجانب قد تودي إلي تطبيق قانون وطني أو قانون أجنبي، وإن كانت النزعة الإقليمية تتدخل أحيانا لنزع الاختصاص من قوانين الدول الأجنبية لصالح قانون دولة القاضي من خلال وجود قواعد إسناد احتياطية توسع في مجال انطباق القانون الوطني([1]) ، كما هو الحال في(م١٤) من القانون المدني التي تنص علي انه" في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية بالنسبة للزواج ".

فلو نظرنا إلي هذه المادة نجد أن المشرع عقد الاختصاص للقانون المصري في مسائل الزوج إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج علي الرغم من أن نص (م١٢) تعطي الاختصاص بشأن الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين ، والمادة (١٣) تعطي الإختصاص لقانون جنسية الزوج ، وهذا من شأنه أن يسحب الاختصاص من قوانين الدول الأجنبية لصالح قانون دولي القاضي.

ويشترط في القانون المسند إليه أن يكون قانون دولة تتمتع بالشخصية الدولية طبقا لقواعد القانون الدولي العام ، ومن هذا المنطلق فإنه لا يمكن إسناد حكم علاقة معينة إلي العادات والتقاليد التي تسري علي جماعة من البدو الرحل ، كما يشترط أن تكون الدولة التي يسند لقانونها الإختصاص معترف بها من قبل القاضي([2]).

ويتساءل هنا إذا كان إعمال قاعدة الإسناد أدي إلي ثبوت الاختصاص لقانون دولة معينة حسب ما يتقدم فما هو المقصود بمضمون إصطلاح "قانون" هل المقصود القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد؟

من المعلوم أن أي قانون يحتوي علي نوعين من القواعد : قواعد إسناد وقواعد موضوعية فإذا كان المقصود بالقانون المسند إليه والقواعد الموضوعية التى قام القاضي بتطبيقها ، أما إذا كان المقصود به قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية وجب علي القاضي الرجوع أولا لقواعد الإسناد وقد تشير بالاختصاص لقانونها أو تشير إلي قانون دولة أخري وهو ما يعرف بمسألة الإحالة ، خذ مثالاً عرض علي القاضي المصري نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوفى في مصر، فقواعد الإسناد المصرية تعطي

---

[1] د/ إبراهيم أحمد: المرجع السابق ، ص ١٥٤.

[2] د/ محمد السيد عرفة : المرجع السابق ، ص ٥٦ .

الاختصاص للقانون الإنجليزي لكونه قانون الجنسية، هل المقصود بالقانون الإنجليزي القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد ؟ فإذا كان المقصود القواعد الموضوعية طبق القاضي المصري القانون الإنجليزي

على النزاع، أما لو كان المقصود قواعد الإسناد فيرجع القاضي إلي هذه القواعد وقد تشير هذه القواعد إلي القانون الإنجليزي أو إلي قانون دولة أخرى، ويسمي الفرض الثاني هنا بمسألة الإحالة.

المبحث الثالث

مدي إلتزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية

عرضنا في المبحثين السابقين لقاعدة الإسناد مبرزين خصائصها التي تميزها عن غيره، من القواعد القانونية ثم بينا العناصر المكونة لها ، وأوضحنا أن هذه القاعدة تتكفل بإرشاد القاضي إلي القانون الواجب التطبيق علي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من خلال ضوابط معينة تحدد وفقا لمعطيات العلاقة ، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل يلزم القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه أم يجب أن يتمسك بها الخصوم ؟ وطرح هذا التساؤل يسببه أن الخصوم كثيرا ما يتجاهلون الإشارة في دعواهم أمام القضاء إلي قاعدة الاسناد التي تحكم النزاع ، وقد يرجع ذلك إلي جهلهم بهذه القواعد ودورها أو عدم علمهم بالقانون الأجنبي ومضمونه فيبعدوا أنفسهم عن التمسك بتطبيق هذه القاعدة التي قد تؤدي إلي تطبيق قانون لا يعلمونه أو لا يرغبون في الخضوع لأحكامه ، فإذا حدث ذلك نسي الخصوم أو تجاهلوا الإشارة إلي قواعد الإسناد، فهل يلزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه أم يتخلي عن ذلك بدعوى إغفال الخصوم عن طلبها؟ للإجابة عن هذا السؤال نعرض للإتجاهات السائدة في قضاء معظم النظم القانونية ، ثم نعرض الإتجاهات الفقهية السائدة في هذا المجال وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلي مطلبين :

المطلب الأول : نخصصه لموقف القضاء من الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد .

المطلب الثاني : نعرض فيه موقف الفقه من الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد ، وفيما يلى نقوم بتفعيل ذلك في الصفحات التالية .

المطلب الأول

موقف القضاء من الصفة الإلزامية بقواعد الإسناد

الاتجاه الأول: عدم جواز تطبيق القاضي لقواعد الإسناد من تلقاء نفسه:

يتزعم هذا الاتجاه القضاء الإنجليزي ، حيث لا يوجد به ما يلزم القاضي الإنجليزي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه كما لا يوجد ما يلزمه بالامتناع عن تطبيق هذه القواعد ، إلا أن القضاء الإنجليزي اصطنع حيلة قانونية مفادها من الناحية العملية منع القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد بشكل تلقائي، ذلك أنه افترض تطابق القواعد الموضوعية في القوانين الأجنبية مع القواعد الموضوعية للقانون الإنجليزي ، مما يعطى القاضى الحق في تطبيق القانون الإنجليزي علي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما لم يثبت الخصوم غير ذلك، أي اختلاف أحكام القانون الأجنبي التي ترشده قاعدة الإسناد بتطبيقه، عن أحكام القانون الإنجليزي([1]).

الاتجاه الثاني : جواز تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه بدون التزامه بذلك:

بمطالعة أحكام محكمة النقض الفرنسية تبين لنا أن القضاء الفرنسي لا يحرم القاضي من تطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه إلا أنه لا يلزمه بذلك ، ففي حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في ٢مارس ١٩٦٠ قضت المحكمة بأنه " لا يسوغ لقضاء الموضوع أن يطبقوا القانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم حتي ولو لكم يكن ذلك في أمر يمس النظام العام " ([2]) ، وذلك أن القضاء الفرنسي أن قواعد الإسناد غير ملزمة للقاضي إذ هي أشارت إلي تطبيق قانون أجنبي ، وعلق هذا القضاء الصفة الإلزامية لهذه القاعدة علي طلب الخصوم ، فإذا طلب الخصوم من القاضي تطبيقها أصبح لزاماً عليه تطبيقها ([3]) .

---

[1] د/فؤاد رياض ، د/سامية راشد: المرجع السابق ، ص١٦٦ ، د/سامية راشد : المرجع السابق ، ص ١١٦ ، د/محمد السيد عوض : المرجع السابق ، ص ١٠٥.

[2] هذا الحكم في J.D.I ١٩٦١ص٤٠٨.

[3] في عرض ذلك ، د/فؤاد رياض، د/ سامية راشد/ المرجع السابق ، ص١١٧.

ويترب علي ذلك أنه لا يجوز للأفراد التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة امام محكمة النقض ، فضلاً عن حكم محكمة النقض لا يكون معيبا ويستوعب النقض إذا اهمل في إعمال قاعدة الإسناد مادام لم يتمسك الخصوم بإعمالها ([1]).

الاتجاه الثالث : التزام القاضي في تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه :

أسفر العمل في القضاء الأماني علي إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه دون حاجة إلي طلب الخصوم ، ويعني ذلك أنه إذا عرض علي القضاء الألماني نزاع بشأن علاقة ذات عنصر أجنبي أضحي لزاماً علي القاضي أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد للتعرف علي القانون الذي يحكم هذا النزاع ولا يجوز له التخلي عن إعمال هذه القاعدة حتي ولو كان الحل النهائي للنزاع واحداً في حال تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي التي ترشد بتطبيقه قاعدة الإسناد([2]) ، ويترتب علي ذلك أنه يجوز بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية لأول مرة أمام المحكمة العليا لأنها تملك تصحيح الأخطاء القانونية، علاوة علي حق المحكمة العليا في نقض حكم محكمة الموضوع إذا ثبت أنها لم تقم بإعمال قواعد الإسناد بصدد هذا النزاع([3]).

موقف القضاء المصري:

لا يمكن أن نحدد موقف القضاء المصري من الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد أو ندرجه ضمن أحد هذه الاتجاهات الثلاث السابقة ، ويرجع السبب في ذللك إلي أن هذا القضاء لم يتصدي بصفة عامة لمسألة إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية ، وإنما تعرض لمسألة الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد في نزاع يتعلق بتطبيق نص المادة(١٤مدني) من حيث الزمان وقضت المحكمة في هذا الخصوص، " بأن نص المادة(١٤) نص آمر يتعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري "([4]) ، مما يعني إلزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه دون الحاجة إلي أن يتمسك به الخصوم ، ولم تذكر المحكمة الأساس الذي بنيت عليه حكمها، مما أحاط الغموض علي موقفها هل المقصود أن جميع قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام ويجب علي القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه، أم أن المقصود هو أن هذه المادة بالذات والتي تقضي بإخضاع الزواج للقانون المصري إذا كان الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، لاسيما وأن هذه المادة توسع من

---

[1] د/ محمد السيد عرفة : المرجع السابق ، ص ١٠٥.

[2] د/فؤاد رياض، د/ سامية راشد ك المرجع السابق ، ص ١١٨.

[3] د/محمد السيد عرفة: المرجع السابق ، ص١٠٤.

[4] حكم محكمة النقض الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٦٠، مجموعة أحكام النقض من ١١ رقم ٩١ ص ٥١٣.

مجال تطبيق القانون المصري بإخضاع الزواج له إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وبناءً عليه ذهب البعض إلي أنه لا يمكن تعميم هذا الحكم لأنها جاءت بخصوص هذه المادة فقط وليس بشأن جميع قواعد الإسناد([1]).

ويري الأستاذ الدكتور/هشام صادق أن قاعدة الإسناد تتعلق في جميع الأحوال بالنظام العام لأنها تهدف إلي تطبيق أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي وذلك وفقا للسياسة التشريعية التي تهدف المشرع الوطني إلي تحقيقها وهي اعتبارات تمس النظام العام ([2])

المطلب الثاني

موقف الفقه من الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد

لم يتعرض الفقه بشكل صريح لبحث مسألة إلزام القاضي قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وإنما تعرض لها بشكل عرضي بمناسبة البحث في مشكلة إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، ويري البعض، وبحق ، أن المنطق السليم ليقتضي الفصل بين مسألتين حيث إن مسألة الأولي التي تتعلق بمدي إلزام القاضي بأعمال قاعدة الإسناد تأتي في مرحلة أولي مهمة يجب حسمها ألا وهي تحديد القانون الواجب التطبيق علي العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي فإذا أشارت هذه القاعدة، باعتباره قاعدة مزدوجة كما أوضحنا، إلي القانون الوطني فلا تثار المسألة الثانية ، أما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلي قانون دولة أجنبية أضحت الحاجة ماسة إلي البحث في المسألة الثانية ، وهي مدي إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، مما يعني أن معطيات المشكلتين مختلفتان فالأولي تتعلق بمدي إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد باعتبارها إحدى القواعد الوطنية، والثانية تتعلق بمدي إلزام القاضي بالتعرف علي مضمون قانون دولة أجنبية ، ونبحث الآن في مسألة الأولي ونرجئ الثانية عند الحديث عن إعمال القانون الأجنبي([3]).

---

[1] راجع د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص، د/ محمد السيد عرفة: المرجع السابق ، ص

[2] د/ هشام صادق: تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٢٥٩.

[3] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص١٢ ، د/ محمد السيد عرفة: المرجع السابق ، ص ١٠٧.

الاتجاهات الفقهية بشأن إلزام القاضي بتطبيق الإسناد:

اختلف الفقه بشأن القوة الإلزامية لقاعدة فذهب البعض إلي أن أساس القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد يكمن في وصفها، فهي تهدف، في الأساس ، إلي حسم التنازع بين السيادات مما يعني أن القاضي ملزم في جميع الحالات بإعمال قواعد الإسناد لحسم هذا التنازع و إلا كان منتهكا للسيادة التشريعية الدولية فضلا عن السيادة التشريعية للدول الأخرى([1])

ويرى فريق ثان أن مسألة إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد تنهض على أساس تعلق هذه القواعد بالنظام العام ، وإن كان الأستاذ Batiffol يرى أن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام على الأقل في الحالات التى تشير فيها إلي تطبيق قانون أجنبى ، ومن نتيجة هذا الرأى أن يكون القاضى حرًا في تطبيق قاعدة الإسناد أو عدم تطبيقها إذا كانت تشير إلي تطبيق قانون أجنبي ، مما يعطى فرصة للأفراد للتحايل واختيار المحكمة التى جري العمل فيها إلي تطبيق قانون أجنبى ، مما يعطى فرصة للأفراد للتحايل واختيار المحكمة التي جري العمل فيها علي تطبيق قاعدة الإسناد أو إهمالها حسب الغاية التي يبتغون تحقيقها ، ولقد تنبه الأستاذ باتيفول لذلك وعدل على رأيه مقررًا وجوب النظر في قاعدة الإسناد نفسها وليس إلي نتيجة إعمالها وما قد تؤدي إليه من تطبيق القانون الوطنى للقاضى أو قانون دولة أجنبية ، واعتبر أن قاعدة الإسناد من النظام العام إذا تعلقت بإحدى المسائل التى تعد من النظام العام في التشريع الداخلى ([2]) .

ويرى فريق ثالث أنه مادام الهدف من قواعد الإسناد وهو تحقيق العدالة ، التزام القاضى بتطبيق قواعد الإسناد في جميع الحالات للوصول إلي أكثر الحلول عدالة ([3]) .

ويرى أستاذنا الدكتور / فؤاد رياض أن تحديد مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد يجب أن يحكمه في رأينا الهدف من قواعد الإسناد ، ولا يمكن في رأينا القول في الوضع الراهن لحياة الجماعة الدولية ، بأن قواعد الإسناد إنما تهدف إلي مجاملة الدول الأجنبية عن طريق السماح بتطبيق القاضي الوطنى لقوانينها ، مما يجوز معه تصور عدم التزام القاضي بإعمال هذه القواعد ، كذلك فإنه من العسير في رأينا

---

[1] Pillet . Traite de droit international Prive No 51 .

د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ١٢١ .

[2] في عرض ذلك راجع : د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ١٢٢ .

[3] يري الأستاذ Mayer أن القانون الدولى الخاص يهدف إلي تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين أكثر من تحقيق العدالة ، راجع ماييير : المرجع السابق ، ، ص١٣ ، رقم ١٩ .

القول بأن الهدف من قواعد الإسناد هو تحقيق العدالة في علاقات الأفراد ذات الطابع الدولى كما يري البعض أو تحقيق مصالحهم على أفضل وجه كما يري البعض الآخر .

فالهدف الحقيقي لقواعد الإسناد في رأينا هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ولتحقيق هذا التعايش يقوم المشرع بوضع القواعد الكفيلة بتحديد مجال تطبيق مختلف النظم القانونية أو بعبارة أبسط تحديد المجال الحيوي لكل من هذه النظم ، فيترك لكل نظام قانوني حكم المسائل التي يري أنها وثيقة الصلة به والتي يقدر ضرورة خضوعها لهذا النظام حتى لا تتختل حياة الجماعة الدولية وذلك دون إخلال بمصالح الدولة الأساسية ومعطيات واقعها الإجتماعي ومن ثم فمن غير المقبول السماح للأفراد بالإتفاق علي استبعاد تطبيق قواعد الإسناد نظرًا لأن الهدف من هذه القواعد ليس تحقيق مصالح الأفراد الخاصة وإنما هو كفالة قيام كل نظام قانوني بحكم المسائل الوثيقة الصلة به والتي هو أقدر من غيره علي حكمها ، وذلك في تقدير النظام القانوني في دولة القاضي ، وعلي ذلك فإن القاضي المصري في رأينا يلزم من تلقاء نفسه بإعمال قواعد الإسناد وذلك سواء تمسك الخصوم بهذه القواعد أم لم يتمسكوا بها ([1]) .

[1] د/ فؤاد رياض ، د/ ساميه راشد ، المرجع السابق ، ، ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

الفصل الثاني

مشكلات تفسير قاعدة الإسناد

بينا من قبل أن قاعدة الإسناد تتكون من ثلاثة عناصر هم الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه ، ولما كان من المستحيل وضع قاعدة إسناد تشمل كافة العلاقات والمشاكل القانونية نظرًا لتشعب هذه العلاقات وعدم تشابهها ، فلقد وضعت كل مجموعة متشابهة من المسائل أو العلاقات القانونية في طائفة قانونية وخصص لها قاعدة إسناد معينة ، وبناء علي ذلك فإنه يتعين على القاضي ، إذا عرض عليه مسألة معينة أن يقوم بتحديد الطائفة القانونية التي تندرج منها هذه المسألة كي يمكنه الإهتداء إلي القانون الذي يحكمها ، ويطلق علي هذه العملية التكييف .

فإذا قام القاضي بتكييف المسألة محل النزاع وردها إلي الطائفة القانونية التي ينتمي إليها وطبق قاعدة الإسناد الخاصة بها . وأشارت هذه القاعدة بتطبيق قانون معين أضحي لزامًا علي القاضي أن يحدد تطابق هذا القانون المختص ، فمن المعلوم أن قانون كل دولة يحتوي علي نوعين من القواعد القانونية :

النوع الأول : قواعد الإسناد ، النوع الثاني : قواعد الموضوعية

فهل يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم أنه يتعين عليه أن يرجع إلي قواعد الإسناد في هذا القانون ليتأكد هل هذه القواعد تعطى الإختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم أنها تعطى الإختصاص لقانون دولته أو قانون دولة أخرى وتسمى المشكلة بالإحالة .

علاوة علي أنه قد تشير قاعدة الإسناد بتطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع داخليًا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية حيث أن لكل ولاية قانونها الخاص بها فضلًا عن القانون الإتحادي ، فما هو القانون الذي يطبقه القاضي ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقسم هذا الفصل إلي ثلاث مباحث فيما يلي :

المبحث الأول هنا نخصصه لمشكلة التكييف

المبحث الثاني نعرض فيه مشكلة الإحالة

المبحث الثالث نتناول فيه مشكلة الإسناد إلي دولة تتعدد فيها الشرائع ، وفيما يلى نقوم بتفعيل ذلك في الصفحات التاليـــــة :

المبحث الأول

مشكلة التكييف

يقتضى الحديث عن هذه المشكلة عرضها ثم نعرض الإتجاهات المختلفة في هذا الموضوع بأنها تعددت ، فإذا كان الحل السائد في القانون المقارن هو إعمال قانون القاضى فإن هناك إتجاهات أخرى أخضعت التصنيف في القانون المختص بحكم النزاع ، وإخضاع التكييف للقانون المقارن مما يعنى أن الإتجاهات إختلفت في هذا الشأن ، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلي خمسة مطالب فيما يلى :

المطلب الأول : نعرض فيه مضمون المشكلة .

المطلب الثاني : إخضاع التكييف لقانون القاضي .

المطلب الثالث : نعالج فيه إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع .

المطلب الرابع : نتناول فيه إخضاع التكييف للقانون المقارن .

المطلب الخامس : نخصصه للقانون الذى يحكم التكييف في مصر ، وفيما يلى نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

عرض المشكلة

نظرًا لأن الحياة الإجتماعية متنوعة الوقائع على نحو لا يمكن حصره ، أضحي من الصعوبة بمكان أن يستوعب المشرع عند وضع القواعد القانونية كافة الوقائع التي يمكن أن تحدث مستقبلًا لأنه مهما أوتي من علم في صياغة هذه القواعد فلا بد أن يغلب منه عددًا ، غير متمثل في وقائع الحياة بكافة مظاهرها ([1]) ، وبناءً عليه اضطرت النظم القانونية المختلفة علي ضم كل مجموعة من العلاقات القانونية المتشابهة في طائفة قانونية معينة وخصها بقاعدة إسناد ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق ([2]) .

فالقانون المصري مثلًا نظم مشكلات تنازع القوانين في عدد من المواد لا يتجاوز التسع عشرة مادة هي المواد من (١٠ إلي ٢٨) من القانون المدني المصري الحالي ، فإذا عرض على القاضي نزاع معين

[1] في نفس المعنى د/ أحمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ .

[2] د/ فؤاد رياض ، د/ ساميه راشد ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

يتعلق بمسألة ذات عنصر أجنبي استوجب عليه في البداية أن يحدد طبيعة المسألة للتعرف علي طبيعتها القانونية حتي يتثني لها تصنيفها ضمن إحدي الطوائف القانونية التى خصها المشرع بقاعدة إسناد .

خذ مثلًا نص المادة (١١) من القانون المدني المصري الحالي على خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته وتقضي المادة (٢٠) بأن تخضع شكل العقود فيما بين الأحياء لقانون البلد الذي تمت فيه (أو لقوانين أخري) . فإذا عرض علي القاضي نزاع بهذا الخصوص يجب أن يتأكد أن النزاع بصدد الأهلية فيخضعه لقانون جنسيه الشخص أو خاص بمسائل الشكل فتخضع لقانون محل الإبرام (أو قوانين أخري) واصطلح الفقه علي تسمية هذه المشكلة اسم الأوصاف القانونية أو التكييف أو التصنيف .

مما يعنى أن تكييف المسألة محل البحث يقصد به إعطاؤها الوصف القانوني الذي ينطبق عليها وردها إلي طائفة قانونية معينة تمهيدًا لإسنادها إلي قانون معين أو هو عملية فنية يستهدف تحديد الصفة أو الوصف القانوني للمسألة التى تبرزها وقائع المنازعة ذات العنصر الأجنبي ، ذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية التى وضع لها القانون قاعدة تنازع ([1]) .

ومشكلة التكييف تكاد تتشابه ، من حيث طبيعتها في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص ، فإذا كان الغرض من تكييف العلاقة الوطنية هو التوصل إلي تطبيق القاعدة القانونية عليها ، وأنه الغرض من تكييف العلاقة ذات الطابع الدولى هو تطبيق قاعدة الإسناد عليها ([2]) .

إلا أن أهمية التكييف تزداد في القانون الدولى الخاص ، ذلك لأن قواعد الإسناد لا تضع بشكل تفصيلي حلًا لكل مسألة من المسائل التى تطرح علي القضاء وإنما تضع الحلول لكل طائفة من المسائل ، حيث إن كل قاعدة من قواعد الإسناد المختلفة تتضمن فكرة مسندة وضابط إسناد يرشد القاضي إلي القانون الواجب التطبيق علي جميع المسائل التى تدخل في إطار هذه الفكرة ([3]) .

وفى إطار أهمية التكييف في القانون الدولى الخاص وما يترتب عليه من تغيير في الحل النهائي للنزاع يعرض الفقه الفرنسى لبعض القضايا التى عرضت علي القضاء الفرنسي والتى توضح بشكل كبير هذه الأهمية .

---

[1] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ، ص ٣٧٦ .

[2] د/ إبراهيم أحمد : المرجع السابق ، ، ص ٨٧ .

[3] د/ عوض الله شيبه : المرجع السابق ، ، ص ٣٤١ .

١ – قضية زواج اليونانى الأرثوذكس :

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن يوناني أرثوذكس تزوج في فرنسا من فرنسية ، وفقًا للشكل المدنى المقرر لصحة الزواج في القانون الفرنسى ، ولما كان القانون اليونانى (قانون جنسية الزواج) يستلزم لطائفة المسيحيين الأرثوذكس إتمام إجراءات الزواج بمعرفة أحد القساوسة المنتمين لهذه الطائفة ، فقد طعن في صحة الزواج أمام القضاء الفرنسي لعدم إتمامه حسب الشكل المقرر في القانون اليونانى وبناء عليه فقد أضحى لزام على القاضي للفصل في هذه المسألة أن يقوم بإعطاء الوصف الثانوي للمسألة محل النزاع (مراسيم الزواج لمعرفة هل تعد من موضوع الزواج وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج الذي يقرر في هذه الحال بطلان الزواج لعدم إستيفائه الشكل الديني المقرر في القانون اليوناني لطائفة المسيحي الأرثوذكس ، أم هى مسألة شكل تخضع لقانون محل الإبرام (وهي فرنسا) مما يعطى الشرعية علي هذا الزواج لأن فرنسا تجيز الزواج في الشكل المدنى .

ولقد أقر القضاء الفرنسي بتكييف هذا الإجراء على أنه من مسائل الشكل مما يعنى ضرره أن يستوفى إجراءات الشكل المقرر في القانون الفرنسي الذي يخضع مسائل الشكل لقانون محل الإبرام ، ولما كان هذا الزواج قد تم وفقًا لإجراءات الشكل المقرر فى القانون الفرنسي قانون محل الإبرام فإن هذا الزواج يعد صحيحًا ([1]) .

ويظهر لنا من هذه القضية أهمية التكييف وما يترتب عليه من تغيير في الحل النهائي للنزاع حيث أن القاضي الفرنسي اعتبر أن إجراءات الزواج طبقًا لمراسيم معينة هي مسألة شكل وأخضعها للقانون الفرنسي قانون محل الإبرام ، أما لو اعتبرها مسألة موضوع فإنها ستخضع للقانون اليوناني قانون جنسية الزوج ، مما كان له بالغ الأثر في تغيير الحل النهائي للنزاع من القانون الفرنسي إلي القانون اليوناني .

٢ – قضية ميراث المالطى :

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطة اتخذا من الجزائر موطنًا لهما وكانت الجزائر في هذه الفترة خاضعة للحكم الفرنسي ، وبعد أن توفى الزوج ادعت الزوجة أمام محكمة الجزائر أن لها الحق في عقارات زوجها الكائنة في الجزائر طبقًا لما هو مقرر في القانون المالطى تحت مسمي " نصيب الزوج المحتاج " .

---

[1] هذا الحكم منشور في :

J . D . I 1955 P682
D 1956 P 73 Note CHAVRIER . REV .Crit 1955 P , 723 Note BATIFFOL .

ولا نخفي أن اختلاف تكييف المحكمة لإدعاء الزوجة سيترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق علي النزاع فإذا كيفت المحكمة إدعاء الزوجة على أساس أنه يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين فإن القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد التنازع الفرنسية في هذا الفرض هو القانون المالطى بوصفه قانون موطن الزوجية الأول وبالتالي قانون الدولة التى إتجهت إرادة المتعاقدين ضمنيًا إلي تطبيقه ، مما يعنى أحقية الزوجة في دعواها طبقًا لهذا القانون ، أما لو اعتبرت المحكمة أن إدعاء الزوجة مرتبط بفكرة الميراث ، فإن القانون الواجب التطبيق وفقًا لقاعدة الإسناد هو القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار ، وبناء عليه ، رفض إدعاء الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا الحق المسمي بـــ " نصيب الزوج المحتاج" .

ويبين من هذه القضية أهمية التكييف وما يترتب عليه من تغيير جذري في الحل لنهائي للنزاع ، إذ أن تكييف إدعاء الزوجة بأنه تدخل ضمن النظام المالي للزوجين يعطى الاختصاص للقانون المالطي أما إعتباره مسألة ميراث يعطي الاختصاص للقانون الفرنسي ([1]) .

٣ – قضية وصية الهولندي :

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديًا كتب في فرنسا وصية بخط يده بالرغم من أن القانون الهولندي يمنع الهولنديين من الإيصاء بخط اليد حتى ولو كانوا في الخارج في حين أن القانون الفرنسي يجيز الوصايا المحررة بخط اليد ، علاوة على أن قواعد التنازع الفرنسية تخضع شكل الوصايا لقانون محل إجرائها .

ومن هنا يجب علي القاضي أن يقوم بتكييف المسألة محل النزاع " إبرام الوصية بخط اليد " فلو اعتبرها مسألة تتعلق بالأهلية كما ينص القانون الهولندى لكان القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي باعتباره قانون جنسية الموصى .

أما لو إعتبرها القاضي مسألة شكلية فإن القانون الواجب التطبيق سيكون القانون الفرنسي بإعتباره قانون محل الإبرام ، وتختلف النتيجة في الحالتين ففي **الحالة الأولي** ستكون الوصية باطلة حيث إن القانون الهولندى يمنع الهولنديين من إبراهم وصاياهم بخط اليد ولو في الخارج .

---

[1] الحكم منشور في

J . D . I . 1981 P 1171 .

وفي الحالة الثانية : فتعتبر الوصية صحيحة لأن القانون الفرنسي قانون محل ابرام الوصية يجيز إبرام الوصايا بخط اليد ، مما يوضح الأهمية القصوي للتكييف وما يترتب عليه من اختلاف الحل النهائي للنزاع .

لما كانت علاقة الأفراد تظل علاقات واقعية إلي أن ينظمها القانون ، كما أن الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة فضلًا عن اختلافها في تحديد الضوابط التى يمكن أن ترد هذه المسائل إليها فلقد أصبح النزاع ذو العنصر الأجنبي لا يثير نزاعًا بين قوانين الدول حول القانون الواجب التطبيق فحسب بل يثير نزاعًا آخر بينهم حول القانون المختص بتكييف المسألة محل النزاع تمهيدًا لإدراجها ضمن طائفة قانونية بعينها خصها المشرع بقاعدة إسناد .

المطلب الثاني

إخضاع التكييف لقانون القاضى " نظرية بارتان "

مضمون النظرية :

يعد الأستاذ الألمانى Kahn هو أول من نادى بخضوع التكييف لقانون القاضي ذلك في مقال نشره عام ١٨٩١ إلا أن الفضل في ظهورها وإيضاح معالمها ولفت الأنظار إليها يرجع إلي الفقيه الفرنسي " بارتان Bartan " من خلال المقال الذي نشره في عام ١٨٩٧ ([1]) .

وقد أكد " بارتان " من خلال دراسته للقضاء الفرنسي أن التكييف أو تحديد الطبيعة القانونية للمنازعات ذات الطابع الدولى يجب أن يخضع لقانون القاضي ، حتي ولو لم يكن هذا القانون هو الواجب التطبيق على النزاع ، بل حتى ولو كان لا يدخل أصلًا ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع ([2]) .

وذلك من منطلق أن القضاء في معظم دول العالم ولا سيما فرنسا قد درج على إخضاع التكيف لقانون القاضي Lex Fori فالمحاكم ترجع ، بصدد إعطاء الوصف القانوني للمسألة محل النزاع إلي قانونها الوطني وذلك بشكل ضمنى وغير محسوس ([3]) كما حدث بالنسبة لقضية الهولندى حيث اعتبرت المحكمة أن إبرام الوصية بخط اليد يدخل في مسائل الشكل ومن ثم تخضع لقانون محل الإبرام ، وكذلك في قضية ميراث المالطى حيث اعتبرت المحكمة أنها مسألة ميراث وأخضعتها لقانون موقع العقار ، مما يعنى أن

---

[1] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ، ص ٣٧٧ ، د/ عوض الله : المرجع السابق ، ، ص ٣٤٥ .

[2] د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ١٢٩ .

[3] د/ هشام صادق : تنازع القوانين : المرجع السابق ، ، ص ١٢١ ، والسيد عرفه : المرجع السابق ، ، ص ٦٩ .

المحاكم الفرنسية أعطت التكييف لقانون القاضي قبل ظهور هذه النظرية وهو بالأخص الفقيه الألمانى الأستاذ كان ومن بعده الفقيه الفرنسي الأستاذ بارتان .

أساس النظرية:

تبرير برتان لنظريته:

لقد برر برتان نظريته علي أساسين أحدهما عملي والآخر سياسي.

الأساس العملي: برر بارتان نظريته علي أساس ما درج عليه العمل في القضاء الفرنسي من إخضاع التكييف للقانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي ففي قضية ميراث المالطي إعتبرت المحكمة ان إدعاء الزوجة بدخل في مضمون فكرة الميراث وذلك حسب أحكام القانون الفرنسي (قانون القاضي) ، وكذلك فعلت بالنسبة لوصيته الهولندي حيث اعتبرت أن إبرام الوصية بخط اليد يدخل ضمن مسائل الشكل حسب قواعد القانون الفرنسي الذي يعتبر إبرام الوصية بخط اليد مسألة شكل لا مسألة أهلية.

الأساس السياسي:

كما برر الأستاذ بارتان نظريته علي أساس فكرة السيادة حيث أن تنازع القواعد عنده لا يعد أن يكون تنازعًا بين السيادات وذلك من منطلق أن قاعدة الإسناد هي التي ترسم حدود السياسة التشريعية للدولة فإذا سمحت هذه القاعدة بتطبيق القاضي لقانون أجنبي فإنها تكون قد إنتقصت من السيادة التشريعية لدولة القاضي لصالح قانون الدولة الأجنبية، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع إلي المشرع الوطني لبيان مدي هذا التنازل وحدوده لأن المشرع الوطني هو الذي يحق له وحده الحد من سيادة دولته التشريعية.

فإذا كان المشرع الوطني هو الذي حدد الضوابط القانونية التي يمكن إخراجها من إختصاص التشريع الوطني وإخضاعها لحكم قانون أجنبي.

فإنه يتعين أن يتم تحديد ما يدخل في هذه القوانين وما يخرج منها وفقًا لقانون دولة القاضي إذا لو تركنا هذا التحديد لقانون دولة أخرى فإن ذلك يعني الانتقاص من السياسة التشريعية لدولة القاضي وإعطاء الفرصة لقانون أجنبي في تحديد الإطار الذي تمارس منه السيادة التشريعية لدولة القاضي([1]) ، خذ مثلًا

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٢٩، نفس المعني د/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق ، ص ١١٩.

نصت المادة (١١) من القانون المصري علي أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم تخضع لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

فالملاحظ علي هذا النص أن المشرع المصري حدد الضوابط القانونية التي يمكن إخضاعها بحكم قانون أجنبي وهي الحالة والأهلية ، وأخضعها لقانون جنسية الشخص فإذا كان هذا الشخص فرنسيًا فإن القانون الفرنسي هو الذي يحكم مسائل الحالة والأهلية الخاص به ، إذن المشرع المصري هنا هو الذي سمح باختصاص القانون الأجنبي وهو الذي إنتقص من سيادته التشريعية إلا أنه يتعين أن يحدد القاضي المصري ما يدخل في مضمون فكرة الحالة والأهلية ما يخرج منها، وذلك يعني أنه إذا عرض علي القاضي المصري مسألة معينة فهو وحده الذي يحق له أن يقرر هل تدخل هذه المسألة ضمن مسائل الحالة والأهلية وبالتالي تخضع للقانون الأجنبي بوصفه جنسية الشخص أو تخرج عن هذه الطائفة تخضع لقانون آخر ، أما لو تركنا تحديد ذلك إلي قانون دولة أخرى فإن ذلك يعني أن قانون هذه الدولة هو الذي يرسم الإطار التي تمارس فيها السياسة التشريعية لمصر وهذا لا يجوز.

ونرد على ذلك أنه إذا كان المشرع ألزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد فإن هذا الإلزام يتضمن في الوقت نفسه تطبيق قواعد التكييف الذي يأمره بها نفس المشرع ، فإذا كان المشرع المصري قد سمح بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم، فمن الطبيعي أن يرجع القانون المصري لمعرفة المقصود بفكرة الأهلية .

تبرير الفقه الحديث لنظرية بارتان:

يميل غالبية فقه القانون الدولي الخاص المعاصر إلي تأييد نظرية بارتان، إلا أنهم اختلفوا مع بارتان في الأساس الذي بنى عليه نظريته أي فكرة السيادة فقواعد الإسناد لا تهدف إلي حسم التنازع بين السيادات وإنما تهدف في الفكر القانوني الحديث إلي الوصول للحل العادل والمناسب للعلاقات المتضمنة عنصرًا أجنبيًا لتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة([1]) ، أو أن المشرع الوطني نفسه إذ يسمح بتطبيق قانون أجنبي في بعض الفروض فذلك إيماناً منه بأن هذا القانون هو أفضل القوانين المتنازعة لحكم العلاقة محل النزاع مما يعد تعبيرًا عن السيادة الوطنية وليس انتقاص منها([2]).

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٢٠.

[2] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٣، Bartin, op. cit, p229

ومن هذا المنطلق فقد استند الفقه الحديث إلي أسانيد مختلفة عن تلك التي أستند إليها بارتان في تبرير نظريته التي تقضي بخضوع التكييف لقانون القاضي ونسوق من هذه الأسانيد ما يلي:

أ- إن التكييف لا يعدو في الحقيقة أن يكون مفسرًا لقاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي فإنه من الطبيعي أن يخضع لقانون القاضي، فإذا تصدي القاضي المصري لإعمال قاعدة الإسناد التي يقرر خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته، فعليه بداهة أن يحدد المقصود بفكرة الأهلية لتبين ما إذا كانت المسألة المعروضة أمامه تدخل ضمن مضمون فكرة الأهلية أم لا ، مما يعني أن تحديد الطبيعة القانونية للنزاع، وهو ما أطلقنا عليه اسم التكييف، لا يمكن تصوره إلا وفقًا لقانون القاضي المصري – ذلك لأن تحديد مضمون فكرة الأهلية لا يعدو أن يكون تفسيرًا لقاعدة الإسناد المصرية مما يستلزم حدوثه وفقًا لأحكام القانون المصري الذي تنتمي إليه هذه القاعدة ، فليس معقولًا أن يقصد المشرع المصري بفكرة الأهلية المنصوص عليها في المادة (١١ مدني) معنى آخر غير المتعارف عليه في إطار المبادئ العامة في القانون المصري([1]) .

ب-تأثر القاضي عند تكييفه للمسائل المعروضة عليه بالوسط والبيئة القانونية التي نشأ فيها مما يؤدي بالضرورة إلي تطبيق المبادئ الواردة في قانونه علي التكييف ، فقاعدة التنازع قاعدة وطنية وتشكل جزءًا من قانون القاضي. كما أن القاضي نفسه، وإن كان يفصل في منازعة خاصة دولية، فهو ليس قاضيًا دوليًا، بل هو قاضي وطني متأثر بمفاهيم وأحكام قانونه الوطن([2]).

ت-إن الهدف من قواعد الإسناد هو إرشاد القاضي إلي القانون الواجب التطبيق علي المسألة محل النزاع ولا يمكن بلوغ هذا الهدف إلا بعد إجراء عملية التكييف، مما يعني أن التكييف هو عملية أولية سابقة علي إعمال قاعدة الإسناد من حيث تعاقب الزمن ومن هذا المنطلق فإذا أثير تساؤل بشأن الإسناد من حيث تعاقب الزمن ومن هذا المنطلق فإذا أثير تساؤل بشأن مسألة معينة وهل تدخل في فكرة الشكل أو الأهلية فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق مثل القيام بعملية التكييف لأنه بدون إجراء عملية التكييف لا يمكن الوصول إلي القانون الذي يحكم الموضوع ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتم التكييف إلا وفقًا لقانون القاضي([3]).

---

[1] في نفس المعني د/ هاشم صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٤، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٢١.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٤، د/ عوض الله شبيه: المرجع السابق ، ص ٣٤٧.

[3] د/ عوض الله شبيه: المرجع السابق ، ص ٣٤٨.

نطاق نظرية بارتان: التفرقة بين التكييف الأولي واللاحق:

يفرق الأستاذ بارتان بين التكييف الأولي أو السابق Qualification Prealable والتكييف القانوني أو اللاحق Qualification secondaire. والتكييف الأولي أو السابق عند بارتان هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق أو هو بمعني آخر إضفاء الوصف القانوني علي المسألة محل النزاع وإدراجها في فكرة مسندة تمهيدًا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة. وهذا التكييف وحده الذي يخضع لقانون القاضي وفقًا لما انتهي إليه بارتان([1]) ، أما التكييفات أو التعريفات التي تتطلبها إعمال القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد فهي تخضع لهذا القانون ذاته([2]) .

ولتوضيح الفرق بين نوعي التكييف نعرض المثال التالي إذا طرح علي القاضي نزاع يتعلق بمسألة معينة واتضح للقاضي بالرجوع إلي قانونه – أي بعد إجراء التكييف الأولى- أن هذه المسألة تتعلق بشكل التصرفات وبالتالي يخضع لقانون محل الإبرام حسب ما تقضي به قاعدة الإسناد ، وجب علي القاضي بعد ذلك أن يرجع إلي قانون محل الإبرام لتحديد شكل التصرف وما إذا كان من مثل الشكل الرسمي أو العرفي باعتبار أن تحديد هذا الشكل يعد من التكييفات اللاحقة .

ونلاحظ أن ما قاله بارتان من خروج التكييفات اللاحق من اختصاص قانون دولة القاضي يعد نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة، حيث إن إخضاعه التكييف لقانون القاضي كان الهدف منه، كما بينا، الحفاظ علي السيادة التشريعية لدولة القاضي وعدم جواز الرجوع إلي قانون أجنبي لتحديد الإطار الذي يسمح فيه بتطبيق القانون الأجنبي، ومادام قد تم تكييف المسألة وإدراجها ضمن الطائفة القانونية الخاصة بها وتم تحديد القانون الواجب التطبيق فلا يوجد مبرر للاستمرار في الرجوع لقانون القاضي ، وأما التكييفات التي تثر بعد ذلك فليس من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق وإنما يقتصر دورها علي بيان كيفية إعمال القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد([3])، مما يؤكد صحة القول بعدم خضوعها لقانون القاضي.

---

[1] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٥.

[2] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٢.

[3] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٢، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٦، ١٢٧.

ولقد اتفق الفقه الحديث مع النتيجة التي توصل إليها بارتان من خضوع التكييفات الأولية دون اللاحقة لقانون القاضي إلا أنه اختلف معه في الأساس الذي بني عليه فكرته ، فقد بينا أن هذا الفقه أكد ضرورة خضوع التكييف لقانون القاضي علي اعتبار أن التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية وطالما الأمر كذلك فإنه من المنطقي قصر مجال إعمال قانون القاضي علي التكييفات الأولية دون اللاحقة ذلك أن التكييف الأولي هو وحده اللازم لتطبيق قاعدة الإسناد وهو الذي يحدد مدلولها مما يبرر خضوعه لقانون القاضي، أما ماعدا ذلك من تكييفات فلا يتصل بتحديد مدلول قواعد الإسناد ، ومن ثم فإنه لا يتعين إخضاعه لقانون القاضي وإنما يخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد.

الاستثناء علي نظري بارتان "تكييف الأموال ":

أتي بارتان بقيد هام علي نظريته حيث أشار إلي ضرورة الرجوع إلي قانون الموقع – وليس إلي قانون القاضي– لتحديد وصف المال وما إذا كان يعد عقارًا أم منقولًا. وبرر بارتان هذا الاستثناء بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات فكل ما يتعلق بنظام الأموال يجب أن يخضع لقانون موقعها حرصًا علي استقرار هذه المعاملات وسلامتها([1]).

إلا أن غالبية الفقه الفرنسي الحديث ينتقد هذا الاستثناء ويرى خضوع تكييف المال لقانون القاضي لعدة أسباب منها:

١- أن الاحتجاج بالاعتبارات العملية المتعلقة باستقرار المعاملات وسلامتها والتي استند إليها بارتان لتبرير نظريته سببًا كافيًا للخروج عن القاعدة العامة لهذه النظرية أي إخضاع لتكييف لقانون القاضي، لأنه مادام أساس القاعدة سليمًا، فلا محل للتفرقة بين حالة وأخرى([2]).
٢- قد يكون المال محل النزاع كائنًا في أكثر من دولة وقد تختلف تحديد طبيعته من دولة إلي أخرى مما يؤدي إلي تعدد قواعد الإسناد وتضاربها بشأن نفس النزاع([3]).
٣- قد يكون من الصعوبة بمكان الأخذ بهذا الاستثناء في الأحوال التي يصعب فيها تحديد موقع معين للمال محل النزاع كما لو كان المال المتنازع بشأنه مالا معنويًا([4]).

---

[1] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٨، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٣.

[2] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٩، د/ فؤاد رياض: المرجع السابق ، ص ١٣٣، د/عوض الله شبيه: المرجع السابق ، ص ٣٤٩.

[3] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٤، د/ محمد السيد عرفه: المرجع السابق ، ص ٧٢.

[4] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص١٢٩.

٤- إن تحديد طبيعة المال ذاته وبيان كونه منقولًا أو عقارًا قد يكون ضروريًا في بعض الأحيان لمعرفة قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق ولا يمكن أن يقوم بهذا الدور إلا القاضي الوطني المعروض عليه النزاع. فمثلًا هناك قاعدة إسناد في القانون الفرنسي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موطنه أما الميراث في المنقول فيخضع لقانون موطن المتوفي. فإذا عرض علي القاضي نزاع بهذا الصدد أضحي لزام عليه أن يحدد أولًا ما إذا كان المال المتنازع بشأنه عقارًا أو منقولًا حتي يمكنه إعمال قاعدة الإسناد اللازمة، وهو لا يستطيع ذلك إلا بالرجوع لقانونه([1]).

المطلب الثالث

إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع Lex Causea

مضمون النظرية وأساسها:

في الوقت الذي ظهرت فيه نظرية بارتان وجدت نظرية عكسية صاغها الفقه الفرنسي دسبانيه Despannet يرد فيها على نظرية بارتان الخاصة بإخضاع التكييف لقانون القاضي حيث يرى صاحب هذه النظرية ضرورة خضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع([2]) ، مما يعني أن إعطاء الوصف القانوني للمسألة المطروحة علي القاضي يجب أن يتم طبقًا للمبادئ والمفاهيم السائدة في الدولة التي أرشدت قاعدة التنازع القاضي إلي تطبيق قانونها ، فإذا كان القانون الواجب التطبيق علي مسألة متعلقة بأهلية شخص فرنسي هو القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية طبقًا للمادة (١١ مدني مصري)، فيجب أن يتم إعطاء الوصف القانوني للمسألة واعتبارها مسألة أهلية أم مسألة شكل حسب قواعد وأحكام القانون الفرنسي وليس القانون المصري.

حجج أنصار هذه النظرية:

لقد جاء أصحاب هذه النظرية ببعض الحجج لتدعيم نظريتهم منها ضرورة احترام الاحتكام الكامل للقانون الذي يحكم النزاع، لأننا ما دمنا قد قبلنا خضوع المنازعات المشتملة علي عنصر أجنبي للقانون الذي ترشد بتطبيقه قاعدة الإسناد، فمن غير المقبول أن نعرض التكييف الذي يقضي به قانون القاضي فإذا كانت قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية قد أرشدت القاضي المصري مثلًا إلي تطبيق القانون الفرنسي

---

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٤.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨١، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٣٧، د/ فؤاد رياض: المرجع السابق ، ص ١٣٥.

باعتباره قانون جنسية الشخص. فإنه من الضروري أن يحكم القانون الفرنسي القضية بشكل كامل بما فيها إعطاء الوصف القانوني للمسألة محل النزاع.

حيث أن إعطاء الوصف القانونية للمسألة محل النزاع يعد جزء لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق علي النزاع، وإسناد هذا الدور لقانون آخر يعد افتئاتًا علي هذا القانون وخرقًا له وتطبيقه في حالات يرى مشرعه أنها ليست من اختصاصه. خذ مثلًا قد يعتبر القانون المصري مسألة معينة تدخل في مضمون فكرة الأهلية وبالتالي تخضعها للقانون الفرنسي قانون جنسية الشخص، وكان القانون الفرنسي يعتبرها مسألة شكل تخضع لقانون محل الإبرام ولا تدخل في مجال اختصاصه فإن الإصرار علي الأخذ بالتكييف الذي أعطاه القانون المصري للمسألة محل النزاع يعني بتطبيق الفرنسي في حالات يرى المشرع الفرنسي أنها ليست من اختصاصه وفي ذلك افتئات علي القانون الفرنسي وتطبيقًا له في حالات لا يرى المشرع الفرنسي أنه مختص بها([1]).

نقد النظرية:

رغم الحجج التي ساقها أصحاب هذه النظرية إلا أنها غير جديرة بالتأييد.

فمن ناحية أنها تؤدي إلي المصادرة علي المطلوب، فقد أوضحنا ، من قبل أن التكييف هو عملية أولية الهدف منها إعطاء الوصف القانوني للمسألة محل النزاع وإدراجها في طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد ترشيد القاضي إلي القانون الواجب التطبيق ، فكيف يمكن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع في حين أن قاعدة التنازع التي ترشد القاضي إلي اختيار هذا القانون لم تعرف بعد وأن هذا القانون المختص بحكم النزاع مازال مجهولًا بالنسبة للقاضي.

ففي قضية وصية الهولندي السابق الإشارة إليها لا يمكن القول بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع مادام أن القاضي لم يحدد ما إذا كانت المسألة محل البحث تعتبر مسألة شكل ومن ثم يخضع لقانون

[1] في نفس المعني: د/فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٦، د/ أحدم عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨٢.

محل الإبرام "القانون الفرنسي" أم يعتبر مسألة أهلية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية " القانون الهولندي"([1]).

ومن ناحية ثانية، فإذا هذه النظرية تعجز عن تقديم الحل المناسب في حالة عرض مسألة عن القاضي يجهلها القانون الواجب التطبيق في حين أن القانون الوطني للقاضي يعترف بها ويضع لها نطاقًا قانونيًا. فإجراء التكييف طبقًا للقانون الأول سيقودنا حتمًا إلي طريق مسدود، وليس أمامنا إلا الرجوع لقانون القاضي([2]).

المطلب الرابـــع

إخضاع التكييف للقانون المقارن

مضمون النظرية وأساسها:

لقد نادى الأستاذ Rabel بوجوب أن يتم التكييف وفقًا للقانون المقارن وعدم التقيد في تكييف مسائل القانون الدولي الخاص بقانون دولة معينة ، أي أنه يجب علي القاضي عند تصديه لتحديد الطبيعة القانونية للنزاع ذي الطابع الدولي المعروض عليه ، أن ينجو منحي عالميًا ويجري عملية التكييف وفقًا لأفكار عالمية دون التقيد بما هو موجود في قانونه، والقانون الواجب التطبيق علي النزاع وسيبله في ذلك هو دراسة قوانين الدول المختلفة دراسة مقارنة للوصول إلي أفكار ومفاهيم عالمية يجري التكييف وفقًا لها وذلك من منطلق أن القانون الدولي الخاص من شأنه إمكان تطبيق كافة قوانين العالم، لذا فإنه من الملائم الرجوع في التكييف إلي قواعد تتفق مع طبيعة هذا القانون والوظيفة الدولية التي يضطلع بها([3]) ، مثال ذلك ألا يتصدى القاضي الألماني لإعمال قاعدة الإسناد التي قضى بإخضاع الوصاية علي القاصر لقانون الشخص الذي يجب حمايته فلا يصح الرجوع إلي قواعد الوصاية علي القاصر، وإنما يجب علي القاضي أن يستخلص هذا المفهوم من خلال الدراسة المقارنة لمختلف النظم الوضعية.

---

[1] في عرض ذلك راجع: د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٦، د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨٣، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها، د/ محمد السيد عرفه: المرجع السابق ، ص ٧٦.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨٤.

[3] في عرض هذه النظرية: د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٤٠ وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٧، د/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق ، ص ٣٨٥.

وبمعني آخر فلا يجوز تحديد مضمون الفكرة المسندة في المثال السابق "فكرة الوصاية" في ضوء مفاهيم القانون الألماني، وإنما يجب أن يتم تحديدها طبقًا للمعني الذي يستخلصه من خلال دراسته لكافة النظم القانونية الخاصة بحماية ناقصي الأهلية ، وذلك يرجع إلي أن قاعدة الإسناد وضعت لمواجهة مسائل دولية، وبالتالي فإنه يجب أن يتحدد مضمون الفكرة المسندة طبقًا لمفهوم عالمي محدد([1]).

وذلك من شأنه أن يتلاقى عيوب النظريتين لسابقتين خاصة في الفرض الذي يواجه فيه القاضي نظامًا قانونيًا يجهل قانونه أو القانون المختص بحكم النزاع حيث أن الدراسة المقارنة تساعد القاضي علي التعرف علي معالم قوانين الدول الأخرى مما يكون له أبلغ الأثر في تفهمه غالب المسائل التي تعرض عليه([2]).

تقويم النظرية:

تهدف هذه النظرية إلي تحقيق غاية مثالية، ويرجع الفضل إليها في محاولة وضع مفاهيم عالمية موحدة للقانون الدولي الخاص كما أنها وجهت الأنظار إلي أهمية إتباع المنهج المقارن في العلاقات الخاصة الدولية([3])، إلا أنه يعاب عليها الآتي:

إن المثالية والكمال الذي تدعو إليه هذه النظرية هو أمل صعب المنال فالدراسة المقارنة ما زالت في مهدها مما يجعل من الصعوبة بمكان تكليف القاضي بالبحث في قوانين كافة دول العالم للوصول إلي تكييف للمسألة المعروضة عليه حيث أنه لا يملك الأدوات التي تساعد علي ذلك فهو لا يملك اللغة التي تعينه ولا الوقت الذي يسمح له بالقيام بهذه الأعمال لا سيما في هذه الأيام التي تتكاثر فيها القضايا ويتأخر الفصل في الخصومات([4]) ، ناهيك عن متاعب الإثبات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فقهاء القانون المقارن أنفسهم لم يستخلصوا حتي الآن مفاهيم مشتملة أن موحدة للأفكار التي يتضمنها القانون الدولي الخاص في مختلف دول العالم لأن النزعة الوطنية مازالت هي الطابع المميز للدراسات الفقهية في القانون المقارن([5]) ، حيث يكون القاضي مهيأ من الناحية النفسية لإعطاء الوصف القانوني للمسألة المعروضة

---

[1] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٤١.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨٦.

[3] د/ محمد السيد عرفه: المرجع السابق ، ص ٧٧.

[4] د/ أحد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٨٦.

[5] د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٤، د/ محمد السيد عرفه: المرجع السابق ، ص ٧٧.

عليه، تمهيدًا لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق، طبقا لأحكام قانونه([1]) ، علاوة علي أن اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانوني للكثير من المسائل قد يؤدي بالقاضي إلي نتائج متضاربة مما يجعل من الصعوبة بمكان أن يستخلص القاضي فكرة موحدة أو مشتركة لكل علاقة قانونية كالزواج أو الميراث مثلًا[2].

الرجوع في التكييف إلي قانون القاضي بالمعني الواسع:

إزاء صعوبة الاعتماد علي النظرية القائلة بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع لما فيها، كما أوضحنا، من المصادرة علي المطلوب، علاوة علي أن النظرية القائلة بإخضاع التكييف للقانون المقارن يقابلها العديد من الصعوبات العملية كما أوضحنا ، فإننا نميل إلي النظرية الأولي التي تزعمها الفقيه الفرنسي بارتان والذي يدعو فيها إلى إخضاع التكييف لقانون القاضى ، ولكن هناك تساؤل يطرح نفسه في هذا المقام هل تصلح المفاهيم الوطنية في دولة القاضي لمواجهة مشكلات دولية؟ لا شك أنه من الصعوبة بمكان مواجهة الواقع الدولي بوسائل مستمدة من نظام قانوني وطني يتسم بالتجانس إلا أنه يمكن التغلب علي هذه الصعوبة من خلال عدم تقييد القاضي عند بحثه عن الطبيعة القانونية للمسألة المعروضة عليه بالأحكام التفصيلية من قانونه بل يجب عليه أن يتأكد، فقط، أن المسألة المعروضة عليه متوافر فيها الأسس العامة التي لا يمكن لأى مركز قانوني محدد أن ينهض بدونها في الحياة الدولية الخاصة.

وإن كان القاضي يستمد هذه الأسس من قانونه الوطني فليس معني ذلك أنه يتقيد بالإطار الوطني الخاص، وإنما يكون رجوعه إلي هذا القانون هو نقطة الانطلاق في بحثه عن الأسس الرئيسية التي يقوم عليها المركز القانوني محل البحث في النظم القانونية المختلفة.

وعلي ذلك فإذا عرض علي القاضي نزاع بشأن علاقة قانونية تختلف بعض الشئ عن تلك المقررة في قانونه، فلا يجب عليه أن يستبعد هذه العلاقة كلية، وإنما يواجه المشكلة بقدر من المرونه فيحاول تقريبها مع ما يشابهها في قانونه الوطني، ويعني ذلك ضرورة أن يواجه القاضي الوطني المجتمع الدولي بفكر متفتح عن ذلك الذي يواجه به المجتمع الداخلي. فإذا فرضنا مثلًا أن النزاع المطروح علي القاضي

[1] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٧٦.

[2] د/ أحدم عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٧٧، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٧.

الفرنسي يتعلق بصحة زواج أبرم وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في مصر فيجب علي القاضي الفرنسي أن يبحث عن توافر الأسس العامة اللازمة لقيام علاقة الزوجية ومن الطبيعي أن يبدأ القاضي بالبحث عن هذه الأسس في قانونه إلا أنه يجب أن يراعي الأسس المطبقة في النظم القانونية الأخرى ولا حرج عليه أن يستأنس بالأسس المتبعة في النظم القانونية التي لها ارتباط بالمسألة المعروضة. فإذا قضى بعد ذلك بتوافر هذه الأسس المتاحة اللازمة لقيام علاقة الزوجية في المجال الدولي وجب عليه تكييفها بأنها علاقة زوجية أما إذا تجاوز القاضي الفرنسي واشترط لوصف العلاقة بأنها زواج ومطابقتها لكل الشروط اللازمة لقيام علاقة الزوجية في النظام الفرنسي فإنه سيضطر، لا محالة، إلي رفض تكييفها علي أنها زواج نظرًا لأن القانون الفرنسي يشترط في العلاقة الزوجية عدم تعدد الزوجات.

ونخلص من ذلك إلي أنها تميل بصدد التكييف، إلي إعمال قانون القاضي بالمعني الواسع ، وذلك يعني أنه يجب أن يتخلى القاضي الوطني عند حكمه بتحديد الطبيعية القانونية للمسألة محل النزاع عن المفهوم الضيق للأوصاف القانونية المعمول بها في مجال المنازعات الوطنية المحلية ويكتفي بالتحقق من توافر العناصر الأساسية اللازمة لوجود العلاقة دون التقيد بالشروط التفصيلية التي يتطلبها قانونه الوطني([1]) ، وذلك بغية تلبيه حاجات المجتمع وتحقيق التعايش الملائم بين النظم القانونية المختلفة.

المطلب الخامس

القانون الذي يحكم التكييف في مصـــر

تنص المادة (١٠) من القانون المصري علي أن "القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري تأثر كغيره من مشرعي الدول بنظرية بارتان([2]) التي تدعو إلي خضوع التكييف لقانون القاضي فإذا عرض علي القاضي المصري نزاع ذو طابع دولي أصبح لزامًا عليه أن يعطي الوصف القانوني لهذا النزاع طبقًا لأحكام القانون المصري ، ونبين ماهو المراد بالقانون المصري واجب التطبيق علي التكييف؟

---

[1] في نفس المعني راجع: د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها خصوصًا ص ١٤٧.

[2] من الدول التي نصت صراحة علي خضوع التكييف لقانون القاضي الدولي الخاص المجري الصادر في عام ١٩٧٩م المادة ١/٣، م١١ مدني سورى، م١٧ القانون العراقي، م١٠ مدني ليبي وغيرها.

ألزمت المادة (١٠) القاضي المصري بالرجوع إلي القانون المصري بصدد لتكييف. ويؤكد الفقه المصري أن المقصود بالقانون المصري في هذه المادة المبادئ العامة في هذا القانون مهما كان مصدرها ومن ثم فإن القاضي يسترشد بالأصول العامة والمبادئ السائدة في القانون المصري دون التقييد بفرع معين من فروع ذلك القانون.

ولقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذا المعني فقد جاء فيها "ينبغي أن يفهم من رجوع المحاكم المصرية إلي قانونها في مسائل التكييف إلزامها بالرجوع إلي القانون المصري في مجمله، بما يتضمنه من قواعد تتعلق بالأشخاص والأموال أيًا كان مصدر هذه القواعد، دون أن يقتصر علي الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقًا لتوزيع ولاية القضاء"([1]).

تطبيق القاعدة الواردة في المادة (١٠):

أولًا: تبني المشرع المصري التفرقة بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي:

درج الفقه المؤيد لنظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي علي التفرقة بين نوعين من التكييف، التكييف الاختصاصي أو الأولي والتكييف اللاحق أو الثانوي.

والملاحظ علي نص (م١٠) مدني مصري سالفة الذكر أن المشرع المصري أخذ صراحة بالتفرقة السابقة وحظر تطبيق القانون المصري علي التكييفات الأولية أما التكييفات اللاحقة فتخضع للقانون المختص بحكم النزاع. فالمشرع أخضع التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق للقانون المصري "قانون القاضي" ثم تخلي عن التكييف اللاحق للقانون المختص بحكم النزاع حيث جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني "أن تطبيق القانون المصري بوصه قانون القاضي في مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد إختصاصًا تشريعيًا معينًا لطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص ... إلخ ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون.

ولتوضيح ذلك خذ المثال التالي: عرض علي القاضي المصري مسألة معينة وانتهي القاضي المصري إلي أن هذه المسألة تتعلق بالشكل ومن ثم تخضع، طبقًا لقاعدة الإسناد المصرية، للقانون الفرنسي بوصفه قانون محل الإبرام ، فدور القاضي المصري هنا يقتصر علي تحديد ما إذا كانت هذه المسألة المعروضة

[1] راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول ص ٢٣٤.

تتعلق بالشكل أم الأهلية وقد انتهى دور القاضي المصري عند تحديده أن هذه المسألة تتعلق بالشكل واستند إلي قانون محل الإبرام لأن هذا التحديد هو شيء لازم لإعمال قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع الشكل لقانون محل الإبرام (أو قوانين أخرى) أما الاختلاف حول كون الشكل المطلوب هو الشكل العرفي أو الشكل الرسمي فهذا العنصر تكييفًا لاحقًا علي إعمال قاعدة الإسناد ومن ثم تخضع للقانون المختص بحكم النزاع وهو القانون الفرنسي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه باعتباره قانون محل الإبرام([1]) .

ثانيًا: موقف المشرع المصري من الاستثناء الخاص بالمال:

الواقع أن المادة (١٠) مدني سالفة الذكر لم تتضمن نصًا يؤكد نسبتها للاستثناء الذي أورده بارتان علي نظريته الخاصة بتكييف الأموال وإخضاعه لقانون موقعها بدلًا من قانون دولة القاضي. وقد كانت الأعمال التحضيرية للقانون المدني تتضمن النص علي هذا الاستثناء ولكن حذف هذا النص وصدر القانون المدني خاليًا منه وقيل في تبرير حذف هذا النص "لأنه يتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد".

لذا فقد اختلف الفقه المصري بشأن الأخذ بهذا الاستثناء؟

فقد أيد جانب من الفقه ضرورة الأخذ بهذا الاستثناء إي إخضاع تكييف المال لقانون موقعه دون قانون القاضي علي اعتبار أن الأعمال التحضيرية لا تقطع بهجرة بل علي العكس فإنها تفتح الباب للتسليم به، حيث تشير إلي إعمال القواعد العامة وإعمالها الاجتهاد، وأن الاجتهاد في ظل القواعد العامة يقودنا إلي التسليم بوجود هذا الاستثناء أي خضوع تكييف المال أهو عقار أم منقول لقانون موقعه([2]).

في حين رفض جانب آخر من الفقه المصري الأخذ بهذا الاستثناء مقررًا عدم لزوم الخروج عن القاعدة العامة في اخضاع التكييف لقانون القاضي، ويتكئ هذا الرأي علي عدد من الأسانيد إليك بيانها:

١- إن نص المادة (١٠) من القانون المدني المصري يقرر إختصاصًا عامًا للقانون المصري بشأن التكييف ولم يرد استثناءً يعتد بعموميته ويعد ذلك دليلًا علي رغبة المشرع المصري في التخلي عن

---

[1] يرفض أستاذنا الدكتور/ أحمد عبد الكريم ما درج عليه الفقه من تفرقه بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق حين يرى سيادته أن التكييف في مفهوم نظرية تنازع القوانين هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد أما ما يسميه الفقه بالتكييف اللاحق فهو ليس تكييفًا بالمعني الدقيق بل هي تفسير لازم لحسن تطبيق القانون الذي حددته قاعدة التنازع.
د/ أحمد عبد الكريم: ص٤٠١، ٤٠٢.

[2] انظر: د/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق ، ص ١٣٦.

هذا الاستثناء لأنه لو أراده لنص عليه صراحة، أما أنه قد حذفه فذلك دليل علي رغبته في الاكتفاء بالاختصاص العام المقرر لقانون القاضي([1]) .

٢- إن الحجه التي استند إليها بارتان لتبرير الأخذ بهذا الاستثناء وهو تحقيق سلامة واستقرار المعاملات المالية ليست حجة قانونية يمكن أن يعتمد عليها، لأنه يمكن التذرع بها بالنسبة لتكييف مسائل أخري عند تكييف المال فإنه يستثني، مثلًا، مسائل الأحوال الشخصية حفاظًا علي استقرارها([2]).

٣- إنه من الصعوبة بمكان إخضاع التكييف في الأموال لقانون الموقع لأنه إذا وجد المال في أكثر من دولة أو كان دائم التنقل كالسفن، والطائرات أو هي مالًا معنويًا ليس له حيز مكاني أو إقليمي([3]) ، السؤال الذي يثار الآن **فما هو القانون الذي يحدد موقع هذه الأموال ؟**

٤- إن إخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها يشكل مصادرة علي المطلوب لأن المشرع المصري، كما سنرى، أخضع الالتزامات التعاقدية لقاعدة قانون الإرادة ، كما أسند العقود الواردة علي العقارات لقانون موقعها ، ومن ذلك يتضح أن تحديد وصف المال وكونه عقارًا أو منقولًا أضحى أمرًا ضروريًا لإعمال قاعدة الإسناد لأنه يعد تكييف أولى يتوقف عليه تحديد القانون الواجب التطبيق هل هو قانون الإرادة أم قانون الموقع لذا فمن الضروري إخضاعه لقانون القاضي([4]).

وعلي ذلك فإذا عرض علي القاضي المصري نزاع يتعلق بعقد من العقود يتعين عليه أن يبحث أولًا ما إذا كان المالي محل التعاقد عقارًا أو منقولًا ، فإذا كان عقارًا أخضعه لقانون موقعه طبقًا لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقارات لقانون موقعها أما إذا كيفه علي أنه منقول أخضعه للقانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين حسب قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود الواردة علي المنقولات.

وبناء علي ذلك فإنه من الضروري في النظام المصري عرض مسألة وصف المال وكونه منقولًا أو عقارًا علي القاضي المصري باعتبار ذلك تكييف أولي لازم لإعمال قاعدة الإسناد يتوقف عليه الحل النهائي لهذا النزاع ، ولا شك أن هذه المبررات تجعلنا نؤكد على أنه لا وجه لإستثناء تصنيف المال في القانون المصري من حكم القاعدة العامة التى بمقتضاها يخضع التكييف لقانون القاضي ([5]) .

---

[1] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٩٩.

[2] د/ عوض الله شبيه: المرجع السابق ، ص ٣٥٦.

[3] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٠٠.

[4] انظر د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٣٩٩، د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٦١.

[5] د/ هشام صادق : المرجع السابق ، ص ٦٠ وما يليه .

المبحث الثاني

مشكلة الإحالة Le Probleme du Renvoi

قبل الحديث عن مشكلة الإحالة يجب التنويه إلي أنه مع تطور العلاقات الدولية عبر الحدود أدركت الدول أنها لا يمكن أن تعيش داخل حدودها بمعزل عن العالم بل لابد أن تضع نظامًا قانونيًا قادرًا علي مواجهة هذا التطور والتعامل معه ، ولتحقيق ذلك وضعت معظم الدول نظامًا قانونيًا يشتمل علي نوعين من القواعد القانونية ، القواعد الموضوعية التي تنظم المسائل الوطنية أو الخالية من العنصر الأجنبي، وقواعد التنازع التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية([1]).

المقصود بالإحالة:

تعد مشكلة الإحالة من أهم المشكلات في علم تنازع القوانين حيث يترتب عليها تغيير في الحل النهائي النزاع. فإذا عرض علي القاضي المصري مسألة معينة تتضمن عنصرًا أجنبيًا وقام القاضي بإعطاء الوصف القانوني لهذه المسألة ثم وردها إلي طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد وأشارت هذه القاعدة إلي تطبيق قانون أجنبي ، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ، في هذا المقام، هلي يرجع القاضي إلي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم إلي قواعد إسناد؟ فإذا انتهينا إلي تطبيق القواعد الموضوعية فلا توجد مشكلة حيث يقوم القاضي بتطبيق هذه القواعد مباشرة علي النزاع، أما لو رجعنا إلي قواعد الإسناد فقد تحيل هذه القواعد بدورها النزاع إلي دولة القاضي أو دولة أخرى وهذه هى مشكلة الإحالة.

ولمزيد من الإيضاح نسوق المثال التالي: لو أن هناك مشكلة عرضت علي القضاء المصري تتعلق بأهلية شخص إنجليزي متوطن في مصر ومن المعلوم أن قاعدة الإسناد المصرية تنص في مجال الأهلية علي تطبيق قانون جنسية الشخص بينما تنص قاعدة التنازع الإنجليزية علي تطبيق قانون الموطن. فإذا قام القاضي المصري بتطبيق قاعدة التنازع المصرية فإنها تشير إلي تطبيق القانون الإنجليزي وهنا يتعين التفرقة بين حالتين:

- إذا طبقنا القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فلا مجال للأخذ بمشكلة الإحالة حيث يرجع القاضي إلي الأحكام الموضوعية في القانون الإنجليزي ويطبقها مباشرة.

[1] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٣٢.

- أما إذا طبقنا قواعد التنازع في القانون الإنجليزي فلن يطبق القاضي المصري القانون الإنجليزي علي مسألة الأهلية ، لأن قواعد التنازع في القانون الإنجليزي تأخذ بقانون الموطن، ومن ثم يتم تطبيق القانون المصري، إذا قبل الإختصاص حيث إن الشخص متوطن في مصر.

ظهور مشكلة الإحالة:

بدأت عناية فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة في القرن التاسع عشر وذلك بمناسبة قضية "فورجو" الشهيرة التي ثارت أمام القضاء الفرنسي في ذلك الوقت.

ويتلخص موضوع هذه القضية في أن المدعو "فورجو Francois Xavier Forgo" ولد في بافاريا وانتقل بصحبة أمه إلي فرنسا حيث أقام بها غالب حياته ثم توفى وترك من ورائه ثروة طائلة منقولة ، دون أن يكون له ورثة سوى بعض أقاربه من الحواشي "الأخوة والأخوات والأعمام والعمات".

وفي هذه الأثناء ثار نزاع بين أقاربه من الحواشي وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول إليه التركة، وكان الخلاف مرده تحديد القانون المختص بحكم الميراث هل هو القانون الفرنسي أم القانون البافاري؟

فقد طالب أقارب "فورجو" بأحقيتهم في ميراثه علي أساس أن بافاريا هي الموطن الأصلي للمتوفي وأن قاعدة الإسناد الفرنسية تقرر تطبيق قانون موطن المتوفي في ميراث الأموال المنقولة واستجابت لهم محكمة استئناف بوردو وقضت بأحقيتهم في الميراث وأضافت المحكمة أنه لا يمكن اعتبار "فورجو" قد اكتسب موطناً قانونيًا في فرنسيا، ومن ثم يطبق القانون الفرنسي لأنه لم يحصل علي إذن بالتوطن وفقًا للمادة (١٣) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها.

ولما طعن بالنقض في ذلك الحكم من جانب إدارة الدومين العام في فرنسا نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم قضاة الموضوع معللة ذلك بأنه كان يجب عليهم أن يأخذوا في الحسبان قاعدة التنازع في القانون البافاري وهي قاعدة تقرر اختصاص قانون الموطن الفعلي للمورث وهو في هذه القضية فرنسا. ولما كان هذا الأخير لا يعترف للحواشي بالحق في الإرث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الأمر يتعلق بتركة شاغرة Bona، Vacontia لا وارث لها. فقضت في النهاية بأيلولة التركة إلي الدولة الفرنسية لما لها من سيادة علي الأموال التي لا مالك ولا وارث لها ([1]) ، ويظهر جليا من هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بالإحالة.

[1] حكم منشور في S.1878 – 1 ,P.429 .

مفترضات الإحالة:

لا تثور مشكلة الإحالة أي تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق حسب ما أشارت إليه قاعدة الإسناد في دولته إلا بتوافر فرضين أساسيين:

الأول: اختصاص قانون أجنبي:

يلزم أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقًا لقواعد الإسناد في قانون القاضي قانونًا أجنبيًا ، أما إذا كان الاختيار أو الاختصاص الذي تقوم به قاعدة الإسناد وقع علي القانون الوطني للقاضي فلا مجال هنا للحديث عن الإحالة ، مثال ذلك أن يرفع أمام القضاء المصري دعوى تتعلق بنفقة أم فرنسية علي ابنها المصري الجنسية فوفقًا لقاعدة الإسناد المصرية فإن نفقة الأقارب تخضع لقانون المدين بها (١٥) وهو في هذه الحالة الأبن المصري الجنسية أي أن القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة، هو القانون المصري فلا مجال هنا للتحدث عن الإحالة ، حيث أن القاضي المصري سيقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المصري بشكل مباشر.

<u>الثاني: عدم تماثل قواعد الإسناد:</u>

يتجسد الفرض الثاني لقيام مشكلة الإحالة في اختلاف قاعدة الإسناد في قانون القاضي عن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيق القاعدة الأولي ليحكم المسألة محل النزاع.

ويجسد هذا الاختلاف أمرين:

الأول: اختلاف ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد في قانون القاضي عن قاعدة الإسناد في القانون الواجب التطبيق فلو أن المسألة المعروضة علي القاضي الوطني تتعلق بأهلية شخص إنجليزي متوطن في مصر كما أشرنا من قبل. فلو أننا طبقنا قاعدة الإسناد في القانون المصري تأخذ بضابط الجنسية وقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي نأخذ بضابط الجنسية أيضًا ما اختلف الحل وأصبح القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق علي أهلية هذا الشخص ، ولكن نظرًا لاختلاف قواعد الإسناد في كل من مصر وانجلترا حيث تأخذ الأولي بضابط الجنسية والثانية بضابط الموطن ومن هنا ظهرت مشكلة الإحالة.

الثاني: تماثل ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الواجب التطبيق طبقًا للقاعدة الأولي ولكن مع اختلاف مفهومه في كلاهما ، علي سبيل المثال ضابط الموطن الذي يتحدد علي أساسه القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات ، فهو يعني في غالب النظم اللاتينية والعربية الموطن

الفعلي أو الواقعي للشخص بينما يقصد به الموطن الأصلي في النظم الأنجلو سكسونية. وإن الاختلاف في المفهوم قد يؤدي إلي اختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما حدث بالفعل في قضية "فورجو" التي أشرنا إليها آنفًا، فقد أخذت محكمة استئناف بوردو بالموطن الأصلي لفورجو وطبقت القانون البافاري علي النزع، بينما اعتدت محكمة النقض الفرنسية بالموطن الفعلي له وطبقت القانون الفرنسي وترتب على ذلك إختلاف الحكمين .

أنواع الإحالة:

أجمع فقهاء القانون الدولي الخاص علي أن الإحالة تنقسم إلي نوعين هما:

الإحالة من الدرجة الأولى Renvoi au premier degre

تتحقق الإحالة من الدرجة الأولي عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية، وتشير قاعدة الإسناد في هذه الدولة بتطبيق قانون دولة القاضي حيث يقوم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في قانونه ولا يتصور إعادة تطبيقه لقواعد الإسناد الوطنية مرة أخرى.

خذ مثالًا لو أن هناك نزاعًا يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في مصر وعرض النزع علي القاضي المصري الذي طبق قاعدة الإسناد في قانونه ، وأشارت إلي تطبيق القانون الإنجليزي وباستشارة قواعد التنازع في القانون الإنجليزي أشارت بتطبيق قانون الموطن وهو القانون المصري الذي قبل الاختصاص ، وتجدر الإشارة إلي أن القانون الإنجليزي أحال النزاع مرة أخرى إلي القانون المصري قانون دولة القاضي وليس إلي قانون دولة أخرى.

الإحالة من الدرجة الثانية Renvoi au second degre

وتتحقق هذه الصورة في حالة أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي معين وترفض قاعدة الإسناد وفي هذه الدولة الاختصاص وتحيل النزاع إلي دولة ثالثة غير دولة القاضي.

خذ مثالًا عرض نزاع علي القاضي المصري يتعلق بأهلية شخص إنجليزي متوطن في فرنسا وأشارت قاعدة الإسناد المصرية بتطبيق القانون الإنجليزي وبالرجوع إلي قواعد التنازع في القانون الإنجليزي ، والتي تأخذ بضابط الموطن أشارت إلي تطبيقه القانون الفرنسي الذي قبل الاختصاص ، وتسمي هذه

الإحالة من الدرجة الثانية حيث أن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي أحالت النزاع إلي قانون دولة أخرى خلاف دولة القاضي([1]).

الإحالة بين القبول والرفض:

لما كانت قاعدة الإسناد يقتصر دورها علي الإشارة إلي القانون الواجب التطبيق علي المسألة محل النزاع دون أن تهتم بمسألة تحديد ما المقصود بهذه الإشارة هل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أم إلي قواعده الموضوعية فقد اختلفت الآراء بشأن هذا الموضوع إلي اتجاهين رئيسين:

يرى أولهما أن الإشارة تكون إلي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أي أن هذا الاتجاه يرفض الإحالة ، أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن الإشارة تكون إلي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وهذا الاتجاه يقبل فكرة الإحالة ، وفيما يلى سنعرض بشيء من التفصيل إلي حجج أنصار كل رأي:

الرأي الأول: قبول فكرة الإحالة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلي تطبيق قانون أجنبي معين فإنه يجب علي القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في هذا القانون دون قواعده الموضوعية، واستند في ذلك إلي العديد من الحجج أهمها ما يلي:

فكرة الإسناد الإجمالي Rattachemen glonbal

حقيقة هذه الفكرة أن عندما تشير قاعدة الإسناد إلي تطبيق قانون أجنبي معين فيجب أن نفهم من ذلك أن هذا الإسناد هو إسناد إجمالي أي إسناد إلي القانون الأجنبي في مجموعة بما يحويه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية ، ومن المنطقي أن يبدأ القاضي بتطبيق قواعد الإسناد أولًا، علي أساس أن هذه القواعد تتعلق بالسياسة التشريعية للدولة فضلًا عن أنها هي التي تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية.

ثانيًا: من غير المعقول أن يطبق القاضي الوطني القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي رغم إرادة المشرع الأجنبي فقواعد الإسناد هي التي تحدد مجال تطبيق القواعد الموضوعية ومن ثم فإنه لا يجوز

[1] راجع د/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ١٠٥ ، د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٣٧، د/ محمد سيد عرفه: المرجع السابق ، ص ١٧٤.

تطبيق القواعد الموضوعية ، في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية إلا إذا سمحت بذلك قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي([1]).

ثالثًا: الإحالة هي السبيل إلي تحقيق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام ، فالقاضي بقبوله الإحالة يعطي النزاع ذات الحل الذي سيأخذ به القاضي الأجنبي لو أن النزاع طرح عليه ، وبالتالي لا يختلف الحل الذي يلقاه النزاع حسب المحكمة التي يطرح عليها علاوة علي توحيد الحلول في مجال المعاملات الدولية([2]).

فعلي سبيل المثال لو رفعت أمام المحاكم دعوى ميراث تركة منقولة لمورث بلجيكي كان متوطناً في مصر وتوفى فيها فسيطبق القاضي المصري قواعد الإسناد المصرية التي تشير (م١/١٧) إلي تطبيق قانون دولة المورث وقت الوفاة ، ونظرًا لأن مصر لا تأخذ بفكرة الإحالة فسيطبق القاضي المصري القواعد الموضوعية في القانون البلجيكي مباشرة.

فلو افترضنا أن هذه الدعوى رفعت أمام المحاكم البلجيكية فيطبق القاضي البلجيكي قواعد الإسناد في دولته والتي تشير إلي تطبيق قانون موطن المتوفي وهو القانون المصري ونظرًا لأن القانون البلجيكي أخذ بفكرة الإحالة فإنه سيطبق في البداية قواعد الإسناد في القانون المصري وهذه القواعد كما رأينا (م١/١٧) تشير إلي تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة أي القانون البلجيكي مما يعني أن الحل سيكون واحدًا في الحالتين مما يساعد علي تنفيذ الحكم الصادر من أحدهما في الدولة الأخرى.

رابعًا: من شأن الأخذ بالإحالة زيادة فرص تطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع لا سيما في الإحالة من الدرجة الأولى([3])، ففي المثال الذي عرضناه والمتعلقة بأهلية شخص إنجليزي متوطن في مصر فإن قاعدة الإسناد أشارت إلي تطبيق القانون الإنجليزي الذي رفض بدوره الاختصاص وأعاده إلي القانون المصري قانون الموطن وذلك يعد أمرًا جيدًا لدى أنصار الإحالة حيث يزيد من فرص تطبيق القانون الوطني للقاضي.

---

[1] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٤٢.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٤٣.

[3] نفس المعني: د/ هشام صادق: المرجع السابق ، ص ١٢٩.

الرأي الثاني: رفض فكرة الإحالة:

يرى أنصار هذا الرأي أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلي تطبيق قانون أجنبي معين فيجب أن نفهم أن هذه الإِشارة هي إلي القواعد الموضوعية في القانون الأجنب وليس إلي قواعد الإسناد فيه واستندوا في ذلك إلي العديد من الحجج أهمها:

١- أن قواعد التنازع سواء في قانون دولة القاضي أو قانون الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي بتطبيقها تعد من قواعد القانون العام مما يعني أنها قواعد حبيسة حدودها ولا يجوز أن يطبقها إلا قاضي الدولة التي وضعت هذه القواعد وبناء عليه فإذا اختارت قاعدة التنازع في دولة القاضي قانوناً أجنبيًا ينصب علي القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد التي تبقي حبيسة حدودها([1]).

٢- كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون القواعد الموضوعية يؤدي إلي الدخول في حلقة مفرغة لا خروج منها. فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي إلي تطبيق قانون دولة أجنبية أشارت قاعدة الإسناد في هذه الدولة الأجنبية بتطبيق قانون دولة القاضي أو قانون دولة ثالثة. ورجعنا إلي قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي أو قانون الدولة الثالثة وأشارت إلي تطبيق قانون دولة أخرى أو أشارت إلي قانون الدولة الأجنبية وهكذا إلي مالا نهاية ولا سبيل من الخروج من هذه الدائرة المفرغة إلا بتطبيق القواعد الموضوعية في أي من القوانين التي تمت الإحالة إليها([2]).

٣- الملاحظ أن قواعد التنازع وجدت لفض التنازع القائم بين قوانين الدول المختلفة التي علي صلة بالنزاع المعروض علي القاضي ، وأن هذه القواعد ينتهي دورها لمجرد إعمال قواعدها واختيار أفضل القوانين لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة علي القاضي الوطني ، ويجب علي القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي أرشدت بتطبيقه قاعدة الإسناد ، والقول بغير ذلك أي إعمال قواعد التنازع الأجنبية يعد أمرًا غريبًا حيث أنه يلزم القاضي الوطني بحل النزاع مرتين ، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلفاً في المرة الثانية عن المرة الأولي.

---

[1] د/ إبراهيم أحمد : المرجع السابق ، ص ٣٣٤ .

[2] د/ فؤاد رياض: المرجع السابق ، ص ١١١.

الرد علي أنصار الإحالة:

لم يجد الرافضون بفكرة الإحالة صعوبة في الرد علي زعم أنصار الإحالة فإن الأخذ بها يؤدي إلي توحيد الحلول ويحقق الاتساق القانوني بين الدول التي لها صلة بالعلاقة محل النزاع.

حيث يرى الرافضون لفكرة الإحالة أن هذا الزعم خاطئ لأن توحيد الحلول بصدد المنازعات ذات الطابع الدولي لا تتحقق إلا في الفرض الذي تأخذ منه بعض الدول بنظام الإحالة دون البعض الآخر والقول بغير ذلك لا يؤدي بدوره إلي توحيد الحلول وهذا ما رأيناه في عرض حجج أنصار الإحالة ففي المثال الذي أوردناه كان القانون المصري يرفض الأخذ بالإحالة أما القانون البلجيكي فكان يقر الأخذ بالإحالة لذا فإن الحل كان واحدًا في الحالتين أما لو أن كل من مصر وبلجيكا يأخذ بالإحالة لكان الأمر مختلفًا([1]).

ومن ناحية أخري، فإن ما ذهب إليه أنصار الإحالة من فائدتها في فعالية الحكم الصادر وسهولة تنفيذه في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد فيها بتطبيق القانون الأجنبي، يمكن الرد عليه بأن ذلك مرهون بأن ينفذ هذا الحكم في الدولة المحال فيها رغم أن تنفيذ الحكم قد يتم في دولة أخرى خلاف هذه الدولة، وحتي لو أن هذا الحكم سينفذ في هذه الدولة ، فلا يوجد من بين شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية ما يقضي بضرورة أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادرًا من قضاء طبق القانون المختص بناء علي ما تقضي به قاعدة الإسناد في قانونه الوطني([2]).

الوضع في القانون المصري:

لقد اتخذ المشرع المصري موقفًا حاسمًا من فكرة الإحالة حيث نص في المادة (٢٧) من القانون المدني المصري علي أنه "إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

وطبقًا لهذا النص فإن القاضي المصري يلزم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد في دولته ولا يلتفت إلي قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي سواء أدي أعمالها إلي إحالة النزاع مرة أخرى لقانون القاضي أو إلي قانون أجنبي آخر، حيث أن مفاد هذا النص أن المشرع المصري رفض صراحةً الأخذ الإحالة بنوعيها سواء كانت من الدرجة الأولي أو الدرجة الثانية

---

[1] د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص ١٩٩٢ ص ٣٣٥.

[2] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٤٤٨ .

، بحجة أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن إعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة([1])".

مجال الإحالة:

إذا كان الاتجاه الغالب لدى معظم الدول هو الأخذ بالإحالة وقبولها إلا أن هذا القبول ليس عامًا، حيث توجد حالات لا يقبل فيها الأخذ بالإحالة وهي:

١- **حالة تعلق قواعد التنازع الوطنية بالنظام العام وتعارض القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قواعد التنازع في القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي** مثال ذلك أن تعرض علي القاضي في دولة (أ) مسألة تتعلق بعقار كائن في دولة (ب)، وطبقًا لقاعدة الإسناد في دولة (أ) فإن المسائل المتعلقة بعقار تخضع لقانون موقعها أي قانون دولة (ب) والتي تقضي قواعد الإسناد فيها بإخضاع النظام القانوني للعقارات لقانون المالك وذلك يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي (أ) حيث أن إخضاع العقارات لقانون موقعها أمر مستقر عليه وتقتضيه سيادة الدول الإقليمية وحسن أداء العدالة وضمان فعالية الحكم الصادر([2]).

٢- حالة التنازع في العقود الدولية:

من المعلوم، كما سنرى أن من حق الأطراف في العقود الدولية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة ، فإذا قام أطراف العقد باختيار قانون ما ليحكم عقدهم فيجب علي القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار دون قواعد الإسناد ، والقول بغير ذلك يفرغ مبدأ سلطان الإرادة من مضمونه إذ لا معني أن تسمح للأطراف باختيار قانون معين ليحكم عقدهم إذا كان هذا القانون لا يطبق بذاته بل تطبق قواعد الإسناد فيه والتي قد تحيل الأمر إلي قانون آخر خلافًا لما قصده ، وذلك شريطة ألا يكون الأطراف قد اتفقوا علي أن يطبق في هذا القانون المختار قواعد الإسناد دون قواعده الموضوعية ، خذ مثلًا تعاقد زيد الموجود في دولة (أ) مع عمر الموجود في دولة (ب) علي أن يقوم الثاني بتوريد بضائع إلي الأول واتفق الطرفان علي مقابل الصفقة ومكان التسليم واختار الأطراف قانون دولة (أ) ليكون واجب التطبيق ، فيجب علي القاضي احترام إرادة الأطراف وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون دولة (أ) دون قواعد الإسناد في هذا القانون فإذا قام القاضي بتطبيق هذه الأخيرة ، فإنه يكون

---

[1] انظر في مذكرة المشرع التمهيدي للقانون المدني في التعليق علي نص المادة ٢٤ من المشروع وهي المقابلة للمادة ٢٧ من القانون المدني المصري.

[2] د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق ، ص ٤٥٠.

أخل بتوقعات الأطراف ولم ينفذ إرادتهم لأن قواعد الإسناد في القانون (أ) مثلًا قد تشير بتطبيق قانون آخر لا يتوقعه الأطراف([1]) .

٣- حالة الاختصاص القضائي الدولي:

الراجح أنه لا يجوز الإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي لأن قواعد ذلك الاختصاص قواعد إقليمية التطبيق وتتصل بسادة الدولة، ومن الصعوبة بمكان أن تقبل المحاكم الوطنية اختصاصًا يأمر به قانون دولة أجنبية فضلًا عن أن قواعد الاختصاص هي قواعد مفردة الجانب تحدد اختصاص المحاكم الوطنية دون الأجنبية([2]).

المبحث الثالث

الإسناد إلي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع

وضع المشكلة:

رأينا من قبل أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة أو ثنائية الجانب قد تشير إلي تطبيق القانون الوطني للقاضي وقد تشير إلي تطبيق قانون أجنبي ، ولا توجد مشكلة إذا كان قانون هذه الدولة الأجنبية قانوناً موحدًا ينطبق علي كافة أقاليم هذه الدولة وجميع الأشخاص القاطنيين في الإقليم حيث يقوم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون علي فرض أن هذه الدولة لا تأخذ بالإحالة كما هو الحال في القانون المصري ، أما إذا كان القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه يأخذ بفكرة الإحالة فإن القاضي سيرجع إلي قواعد التنازع في هذا القانون ، أما إذا كان قانون الدول الأجنبية الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد قانوناً مركبًا أي تتعدد فيه الشرائع فهنا يجب التساؤل عن القانون الواجب التطبيق من بين التشريعات الداخلية التي يشتمل عليها القانون الأجنبي.

<u>وتجدر الإشارة إلي أن التعدد ينقسم إلي نوعين:</u>

الأول: هو التعدد الإقليمي الذي يعني أن الدولة تتكون من عدة أقاليم أو ولايات لكل منها قانونه الخاص كما هو الحال في الدول الاتحادية، والفيدرالية مثل سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

---

[1] في نفس المعني د/ السيد عرفه: المرجع السابق ، ص ١٣٨.

[2] د/ أحمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ص ٤٥٧ .

الثاني: وهو التعدد الشخصي في الشرائع، ويقصد به أن الشرائع تتعدد علي أساس الأشخاص بالنظر إلي ديانتهم أو جنسيتهم وليس بالنظر إلي الأقاليم المكونة للدولة ، فعلي سبيل المثال في مصر توجد قواعد تتطبق علي المسلمين وهي ما تعرف بالشريعة العامة، علاوة علي وجود قواعد أخرى تنطبق علي أصحاب الديانات الأخرى المتحدة في الملة أو الطائفة.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلي قانون دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع بالمعني الذي بيناه، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما هو المعيار الذي يتبعه القاضي في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق؟

لقد أثارت الإجابة عن هذا التساؤل خلافًا كبيرًا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، فيرى جانب منهم ضرورة رجوع القاضي، في هذا الشأن، إلي القواعد الداخلية في النظام القانوني المركب لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق علي النزاع المطروح ، ويرى جانب آخر أنه يجب علي القاضي البحث في قواعد الإسناد في قانونه لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.

ونظرًا لأهمية هذا الموضوع فإننا سنعرض بشيء من التفصيل للأسس التي يقوم عليها كل اتجاه وموقف القانون المصري من هذه المشكلة.

الرأي الأول: تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي:

مفاد هذا الرأي أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الدولة يكون طبقًا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون القاضي وليس قواعد الإسناد المقررة في قانون الدولة ذات النظام المركب.

وذلك لما يلي:

١- أن وظيفة قاعدة الإسناد هي الوصول مباشرة إلي الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي وليس، فقط، تحديد الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع([1]).
٢- إن رجوع القاضي إلي قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية في هذا المقام يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة فالقاضي الوطني لا يلتزم إلا بأمر مشرعه والقواعد المنصوص عليها في قانون دولته فضلًا عن أن ضوابط الإسناد قد تختلف في قانون الدولة الأجنبية عن قانون دولة القاضي والاعتداد بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يشكل إهدارًا لقاعدة الإسناد الوطنية.

[1] د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ٨٣ .

وتجدر الإشارة إلي أنه لا توجد صعوبة في الأمر إذا كانت قواعد الإسناد في دولة القاضي تنهض علي ضوابط مكانية مثل موطن الشخص أو موقع المال، لأن الضوابط المكانية كافية في ذاتها لتحديد الحيز المكاني الذاتي تتركز فيه العلاقة، ومن ثم تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها هذا الحيز.

فإذا أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلي تطبيق القانون الأمريكي قانون موطن الشخص، وجب علي القاضي الوطني تطبيق قانون الولاية المتوطن بها الشخص، فإذا كان متوطن في لوس أنجلوس التزم بتطبيق قانون هذه الولاية دون غيرها.

ولكن إذا استندت قواعد الإسناد علي ضوابط قانونية مثل ضابط الجنسية، فيكون من الصعوبة بمكان التوصل إلي الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق علي النزاع فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلي تطبيق القانون الأمريكي باعتباره قانون جنسية الشخص فيجب تحديد الولاية التي يطبق قانونها بهذا الشأن ، ولقد ذهب البعض إلي وجوب تطبيق قانون عاصمة الدولة ذات النظام المركب.

وذهب رأي آخر إلي ضرورة التفرقة بين ما إذا كانت الدولة ذات النظام القانوني المركب دولة فيدرالية أم دولة بسيطة ، فإذا كانت الدولة فيدرالية تعين الاعتداد بالرعوية الداخلية التي يتمتع بها صاحب الشأن.

أما إذا كانت الدولة بسيطة فيؤخذ بضابط الموطن بديلًا عن ضابط الجنسية وإن تعذر ذلك فيعتد بمعيار محل الإقامة أو مكان الميلاد ، وإذا تعذر إعمال هذه الضوابط السابقة كلها يقوم القاضي بتطبيق الأحكام الموضوعية في قانونه([1]).

الرأي الثاني: الرجوع إلي قواعد الإسناد الداخلي في الدولة ذات النظام القانوني المركب:

يتجه أصحاب هذا الرأي إلي رفض الرأي السابق الذي تبني فكرة الرجوع إلي قواعد الإسناد في قانون القاضي، علي أساس أن الأمر لا يتعلق بتنازع من القوانين حتي يتم الرجوع إلي قواعد الإسناد في دولة القاضي ، وإنما يتعلق الأمر بتنازع داخلي داخل دولة ما، ومن الطبيعي أن يتم حل هذا التنازع بالرجوع إلي القانون الأجنبي ذاته وليس إلي قانون القاضي ، الذي انتهي دوره بمجرد تكييفه العلاقة وإدراجها ضمن طائفة معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد أشارت إلي تطبيق القانون الأجنبي، ويجب علي هذا الأخير أن يتصدى لكل المشكلات التي تنشأ بعد ذلك وفقًا للقواعد المنصوص عليها فيه هذا من ناحية.

[1] د/ أشرف وفا: المرجع السابق ، ص ١٤٨.

ومن ناحية ثانية، فإن الرجوع إلي قواعد الإسناد الداخلية في النظام القانوني المركب يساعد علي كفالة التحديد الدقيق للشريعة الداخلية المختصة ، وهذا لا يمكن إدراكه بتطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي بسبب اختلاف الضوابط والاعتبارات التي تقوم عليها هذه القواعد من دولة إلي أخري([1]).

ويبرر أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بأن المسألة لا تخرج عن كونها تفويض من قواعد الإسناد في دولة القاضي إلي القانون الأجنبي واجب التطبيق بتحديد أي الشرائع تختص بحكم النزاع.

الوضع في القانون المصري:

اهتم المشرع المصري بالنص صراحة علي الحل واجب الإتباع في الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد المصرية إلي تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فنص في المادة (٢٦) من القانون المدني علي أنه "متي ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها".

ويتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بالاتجاه الغالب في الفقه الحديث وجعل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي الذي أشارته بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية إلي قواعد هذا القانون الأجنبي أي تطبيق القواعد الداخلية في قانون الدولة ذات النظام القانوني المركب لتحديد الشريعة الداخلة المختصة من بين الشرائع المتعددة في هذه الدولة.

[1] د/ هشام صادق، وحفيظة الحداد:، ص ١٣٦، د/ إبراهيم أحمد ، د/ هشام محمود، المرجع السابق ، ص ٦٤٠.

الفصل الثالث

استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

إذا أشارت قاعدة التنازع المصرية إلي تطبيق قانون أجنبي معين في نزاع يتضمن عنصرًا أجنبيًا وكان هذا القانون يتضمن أحكامًا تعارض تعارضًا جوهرياً مع الأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى وهو ما يطلق عليه الدفع بالنظام العام ، وفي الحالة الثانية إذا تم التوصل إلي القانون الواجب التطبيق عن طريق التحايل على قاعدة التنازع الوطنية وبناء على ذلك نقسم هذه الدراسة في هذا الفصل إلي مبحثين :

المبحث الأول : الدفع بالنظام العام .

المبحث الثاني : الدفع بالغش نحو القانون ، فيما يلى نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المبحث الأول

الدفع بالنظام العام

تتطلب دراسة النظام العام الذي يعتبر " الجندى المقاتل " الذي يتحرك للدفاع ضد الإعتداء الواقع على نظامه القانوني في ضوء المعطيات الآتية على القاضي الوطني أن يعمل قاعدة التنازع التى تحدد له القانون المختص وأن تتوافر لهذا القانون الصفة الأجنبية ، وأن يثبت أن هذا القانون يتعارض أو يرتطم بالمبادئ الأساسية والقيم في دولة القاضي ، وعند ذلك يرفض القاضي تطبيق هذا القانون الأجنبي حفاظاً على نظامه القانونى وحماية له من الأحكام التى تخالف القيم والمفاهيم الأساسية ، وعلى ذلك نتناول في هذا المبحث إيضاح :

المطلب الأول : مفهوم الدفع بالنظام العام الداخلي .

المطلب الثاني : مفهوم الدفع بالنظام العام في المجال الدولى .

المطلب الثالث : شروط إعمال الدفع بالنظام العام .

المطلب الرابع : آثار الدفع بالنظام العام ، وفيما يلى نقوم بإلقاء الضوء على هذه المطالب فى الصفحات التالية :

المطلب الأول

مفهوم النظام العام الداخلي

تنص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري ، على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر " .

فإذا كان الثابت أن المشرع المصري ، قد سمح بتطبيق القانون الأجنبي ، في المواضيع التي تشير إليها قواعد الإسناد المصرية – أياً كان مصدرها – في هذا الصدد ، إلا أنه من غير المقبول أن يطبق القاضي المصري) قانوناً أجنبياً يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية في دولة القاضي (مصر) . ففكرة النظام العام هي بمثابة ، " صمام الأمان " الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع (المصري) .

وتقوم فكرة النظام العام ، بدور هام في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص التشريعي في هذا الصدد ، بحكم علاقة معينة .

وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى المصري ، يعتبر النظام العام ، الأداة التي يتم بموجبها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص ، بحكم منازعة ذات عنصر أجنبي .

وقد لاحظ البعض وبحق ، أن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة ، يكتنفها الغموض ، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق فهي فكرة ذات مفهوم متغير ، اختلاف المكان والزمان . فما قد يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى . وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة ، قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر " .

ولهذا ... " يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه ، هي بوقت نظر الدعوى ، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع " .

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة مدى تعلق الأمر بالنظام العام في هذا المقام من عدمه ، إنما هو مسألة قانونية ، تخضع لرقابة محكمة النقض المصرية ، أو بعبارة أخرى ، أن الدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد وهو بهذه المثابة – مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا .

هذا إلى أن رقابة محكمة النقض في هذا الخصوص ، أمر لازم بغية توحيد الحلول القضائية في شأن المسألة المعنية . ومناط استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص هو تعارض الأخير مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في دولة القاضي .

المطلب الثاني

مفهوم النظام العام

في المجال الدولي

تستخدم فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي ، كأداة فنية ، يتم بموجبها ضمان ، عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة بينما يتم اللجوء إلى هذه الفكرة في إطار القانون الدولي الخاص ، كوسيلة فنية ، يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص التشريعي ، بموجب قاعدة إسناد مصرية معينة .

ولا شك أن نطاق إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق منه ، في نطاق القانون الداخلي . فإذا كانت أحكام القانون الأجنبي المختص تخالف قاعدة آمرة أو أكثر في القانون الداخلي ، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد هذه القاعدة الأجنبية ، باسم النظام العام في مصر .

فالقاعدة التي تقضي بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعتبر من النظام العام في مصر .. ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو أقل قد لا يصطدم بالنظام العام في مصر ، ومن هذا المنطلق فمن الواجب علينا التفرقة في هذا الصدد ، بين النظام العام الداخلي ، والنظام العام الدولي ، حيث يكون لكل واحد منهما مضمون مختلف عن الآخر ، مع تأكيد الصفة الوطنية للفكرتين المتقدمتين . فمضمون فكرة النظام العام أمام القاضي الوطني ، حينما يتصدى لحسم منازعة وطنية ، يختلف عنها ، حال تصدي القاضي السابق لنظر منازعة ذات عنصر أجنبي ففي الحالة الأولى تتسع فكرة النظام العام ، وفي الحالة الأخيرة ، تضيق الفكرة المتقدمة ، بحسبانها خروجا عن الأصل العام المقرر في هذا الصدد ، ألا وهو وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية المختصة بتطبيقه في هذا الصدد .

المطلب الثالث

شروط الدفع بالنظام العام

يتضح لنا مما تقدم ضرورة وجود شرطين لإعمال الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولى الخاص هما:

الشرط الأول : أن تشير قاعدة الإسناد إلي تطبيق قانون أجنبى :

بينا من قبل أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة أى ثنائية الجانب قد تشير إلي تطبيق القانون الوطنى وقد تشير إلي تطبيق القانون الأجنبي .

ولا يمكن تصور إعمال الدفع بالنظام العام في الحالة الأولى إلا إذا كانت أحكام القانون الوطنى تتعارض فيما بينها وهذا أمر يصعب حدوثه ، وإن كان يمكن تصور تطبيق النظام العام في هذه الحالة كما هو الحال في الدول التى يشكل اتحاداً فيدرالياً مثل الولايات المتحدة الأمريكية حيث أن لكل ولاية قانون مستقل يختلف عن القانون المطبق في ولاية أخرى ، فإذا كان قانون ولاية (أ) يجيز ابرام عقد تأمين لصالح الخلية وأشارت قاعدة الإسناد في ولاية (ب) بتطبيق قانون ولاية (أ) وكان قانون ولاية (ب) لا يجيز مثل هذا النوع من التأمين ففى هذه الحالة يقوم قاضي ولاية (ب) بإستبعاد وتطبيق قانون ولاية (أ) لتعارضه مع النظام العام في ولايته (ب) .

أما في الحالة الثانية والتى تشير فيها قاعدة الإسناد إلي تطبيق قانون أجنبي فيمكن تصور الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية ، ولكن ذلك لا يعنى أن نغفل ما يقوله البعض بأن الدفع بالنظام العام يعطل قاعدة الإسناد ، لأن الدفع بالنظام يأتى في مرحلة لاحقة على إعمال قاعدة الإسناد حيث أن قاعدة الإسناد ينتهى دورها بمجرد تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة أمام القاضي الوطني ، وإنما الذي يتعطل هو القانون الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية حيث يتلافى الدفع بالنظام العام عيوب الربط المجرد لقاعدة الإسناد .

الشرط الثانى : تعارض أحكام القانون الأجنبي مع قانون القاضي :

يضع المشرع الوطني قاعدة الإسناد بهدف اختيار أفضل القوانين المتنازعة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي غير أنه لا يكفى أن يكون القانون الأجنبي ملائماً لقاعدة الإسناد ، بل يجب أن تكون أيضاً متلائماً

مع القيم الأساسية التى ينهض عليها مجتمع دولة القاضي وغير متعارض طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية أن هذا القانون الأجنبي يتعارض مع القيم الأساسية للمجتمع في دولته وجب عليه أن يدفع بالنظام العام .

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقدير هذا التعارض وذلك بسبب عدم وضوح فكرة النظام العام ذاتها ، حيث أنها فكرة مرنة تختلف من دولة إلي دولة ويختلف في نفس الدولة من زمن إلي آخر ، فمثلاً كان التطليق مخالفاً للنظام العام في فرنسا قبل عام ١٨٨٤ ولايمكن الحكم به حتى ولو كان القانون المختص يجيزه ولكن صار غير مخالف للنظام العام بعد هذا التاريخ ، كذلك نظام تعدد الزوجات كان جائزاً في تونس قبل عام ١٩٥٦ ثم صار مخالفاً للنظام العام بعد هذا التاريخ ([1]) .

ويتعين على القاضر ألا يكتفي ، عن تقديره التعارض من أحكام القانون الواجب التطبيق والقيم الأساسية التى يقوم عليها مجتمع دولته ، بالحبث الظاهري أو المجرد لأحكام هذا القانون وإنما يتعين عليه البحث في الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذه الأحكام على القضية المعروضة ، فمن ناحية قد تكون تلك الأحكام غير مخالفة في ذاتها لمقتضيات النظام العام الوطني ، غير أن تطبيقها الفعلى يقود إلي المخالفة ، خذا مثالاً عرض على القضاء الإيطالى منازعة تتلخص في أن رجلاً انفصل مدنياً عن زوجته وعاش في ذات الوقت مع فتاة بريطانية التى تسمت باسمه حسب قواعد القانون الإنجليزي وقضت محكمة النقض في هذا الخصوص ، بأنه ولئن كان القانون الإنجليزي في ذاته لا يخالف مقتضيات النظام العام الإيطالي إلا أن تطبيقه الفعلى يرتب نتائج مخالفة حيث يؤدي إلي معاشرة شخص متزوج بغير زوجته وهو أمر غير مقبول ([2]) .

ويتجه الفقه والقضاء بصفة عامة إلي ضرورة أن يتقيد القاضي بمفهوم النظام العام في دولته وقت رفع النزاع إليه ، فإذا ثبت له تعارض القانون الأجنبي مع هذا المفهوم وجب عليه استبعاد هذا القانون الأجنبي ، حتى ولو لم يكن هذا القانون متعارضاً مع النظام العام وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع ([3]) .

وتجدر الإشارة إلي وجوب مراعاة القضاء لكثير من الحذر عند إعمال الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي نظراً لمرونته وما يترتب على إعماله من تعطيل قواعد الإسناد وتعطيل المجري العادي للأمور ([4]) .

---

[1] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٦٠٢ .

[2] هذا الحكم منشور في المجلة الاقتصادية ، ١٩٦٥ ، ص ٢٦٩ .

[3] Maure , L.ordre public en driot international prive , Rev . Crit > 1959 . p 19 .

[4] د/ فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .

المطلب الرابع

آثار إعمال الدفع بالنظام العام

يترتب على إعمال القاضي لفكرة النظام العام هنا ، أثران أولهما سلبي ، حيث يقوم الأخير باستبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له اختصاص التشريعي بموجب قاعدة الإسناد المصرية المختصة ، كليا كان ذلك ، أم جزئياً ، أما الأثر الثاني ، فهو إيجابي ويتضمن ثبوت الاختصاص لقانون آخر بديل ، بحيث يتصدى لحكم العلاقة المعنية ، وسوف نوضح الآن مضمون كل مسألة من المسألتين المتقدمتين .

أولاً الأثر السلبي : إستبعاد القانون الأجنبي

يترتب على إعمال فكرة النظام العام أثراً سلبياً هو استبعاد القانون الأجنبي المختص كليا أو جزئيا ، فإذا انعقد الاختصاص للقانون الإيطالي بحكم علاقة ذات عنصر أجنب معروضة أمام القاضي المصري ، وثبت للأخير ، أن القانون الألماني برمته مخالف للنظام العام في مصر ، هنا يحق للاخير استبعاد القانون المتقدم استبعاد كلياً ، أما إذا ثبت للقاضي أن بعض أحكام القانون الألمانى التي تخالف النظام العام في مصر ، أما باقي أحكامه فليست مخالفة للنظام العام ، هنا يحق للقاضي المعني ، استبعاد الأحكام القانونية الألمانية المخالفة للنظام العام ، مع إعمال تلك التي لا تخالف النظام العام في مصر .

وفي ضوء ذلك ، نرفض – مع الفقه الراجح– الاتجاه القائل بوجوب استبعاد القانون الأجنبي ، حال تعارضه مع النظام العام ، استبعادا كليا ، في كل حال ، وفي القول بغير ذلك ، تعطيل لغايات تغياها القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمجرد اشتمال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب ، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعانيها مع مراعاة فكرة النظام العام كإستثناء لا يقبل التوسع أو القياس عليه ، ويبقى الفرض الذي تكون فيه الأحكام الأجنبية الواجبة التطبيق مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بالحكم الأجنبي الذي تم استبعاده لمخالفته للنظام العام في مصر هنا يرى الفقه الراجح وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته ، رغم تعلق الأمر بجزئية مخالفة ليس إلا ، وأساس هذا النظر هو الارتباط الشديد بين نصوص القانون الأجنبي المعني ، بحيث يتعذر استبعاد جزء منه وتطبيق جزء آخر ، أما إذا انتفي مثل هذا الارتباط ، يظل الاستبعاد محصورة في الجزئية المخالفة للنظام العام ، دون سواها ، لأن الإستبعاد الكلي دائماً ، يجافي الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد المعنية .

ثانيا الأثر الإيجابي : حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد :

هناك مسألة محل جدل في الفقه الأجنبي وهى تتعلق بمدى وجود الأثر الإيجابي لفكرة النظام العام ، فالثابت أن الفقه الانجلوسكسوني يذهب إلى اعتبار فكرة النظام العام من مسائل الإجراءات ، فهنا تقوم المحكمة المعروض عليها الأمر ، باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ، وعلى أثر ذلك تقوم هذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى محكمة دولة أخرى ، بحيث تتصدى الأخيرة للفصل في النزاع .

وبعض المؤمنين بالطبيعة الموضوعية للدفع بالنظام العام ، يرون أن للدفع السابق أثراً سلبياً في بعض الفروض ، فقط بحيث لا يترتب على استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص ، إحلال قانون آخر محله ، لحسم النزاع المثار ، وقد لقي النظر السابق نقدا من البعض ، بحسبان أن إعمال فكرة النظام العام يرتب أثرا إيجابياً في كل الأحوال ، حيث أن الأثر السلبي غير كاف في هذا الصدد .

وقد مثل البعض لذلك مقررا أنه إذا عرض أمام القضاء المصري نزاع يتعلق بصحة زواج مسلمة بغير مسلم ، فلا يكفي استبعاد حكم القانون الأجنبي الذي يقر صحة هذا الزواج ، ونكتفي بذلك بالأثر السلبي للنظام العام فحقيقة الأمر أن الأثر السلبي يقترن دائما بأثر إيجابي ، فالقاضي عندما يستبعد القانون الأجنبي وينكر صحة الزواج ، إنما يطبق حكم القانون المصري الذي لا يعترف بمثل هذا الزواج ، نخلص مما تقدم ، إلى أن الأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبي المعني هو وجوب إحلال قانون آخر محله ، بحيث يتصدي الأخير لحكم المسألة المتنازع حولها ، فما هو هذا القانون ؟ ١- يذهب البعض إلى أن تطبيق قانون القاضي بدلاً من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام ، هو خير .. الحلول .. فهو أكثر الحلول ملائمة للإعتبارات العملية ، كما أن هذا الحل يتمشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها صمام الأمان اللازم لحماية المصالح العليا للمجتمع ، ويعاب على هذا النظر ، أنه يؤدي على إهدار حاجات ومتطلبات الحياة الدولية الخاصة دون مراء ، فالراجح أن قانون القاضي لن يكون ملائماً لطبيعة العلاقات الدولية محل البحث ... ، أن حرص المشرع على إسناد المسألة المعروضة إلي قانون أجنبي يعد في ذاته دلالة على صدق هذا التحليل .

ويرى البعض أن الاعتراض السابق ، ليس له محل ، في الحالة التي يكون فيها تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام جزئيا ، حيث لا يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص برمته ، بل يقتصر نطاق الاستبعاد على الجزئية المخالفة للنظام العام دون سواها ، والنظر السابق ، لدى البعض يحقق إلى حد بعيد التوازن المتطلب بين الإعتبارات الدولية ، والتي تستلزم إعمال حكم القانون المختص بموجب قواعد

الإسناد بوصفه أكثر القوانين ملائمة لطبيعة المسألة المعروضة من جهة ، وبين الاعتبارات التي يقوم عليها أمن الجماعة وسلامتها ، وما تقتضيه ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي في حدود تعارضها مع النظام العام من جهة أخرى فالرأي السالف قد توخي الحرص في إعمال فكرة النظام العام حينما حدد مجال إعمال هذه الفكرة في الإطار اللازم لحماية هذه المصالح ، ودون أن يؤدي إعمالها مع ذلك ، إلى تجاوز الهدف وإهدار متطلبات الحياة الخاصة الدولية تبعا لذلك ، والقول المتقدم محل نظر ، لأن إعمال قانون القاضي في خصوص الجزئية التي تم استبعادها من القانون الأجنبي المختص ، لا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق مقتضيات الحياة الدولية الخاصة ولا شك ، أن قانون القاضي غريب عن العلاقة ، وفقاً لقاعدة الإسناد المعنية ، حيث لم تشر الأخيرة بإعماله إطلاقاً إزاء ذلك ، فمن الواجب علينا في هذا الفرضية أن نبحث عن القانون الأجنبي الأنسب لحكم العلاقة المعنية ، في إطار الجزئية التي تم استعباد القانون الأجنبي بشأنها ، ويصدق ذات النظر من باب أولى ، في الحالة التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي برمته .

٢- ويذهب جانب من الفقه الألماني إلى أن " استبعاد نص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يستتبع تطبيق قانون القاضي بدلا عنه ، وإنما يقتضى فقط تطبيق نصوص القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في ألمانيا ، وأخضعت الدين لأطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه " . وقد أجيب على ذلك بأن مبدأ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام ، لا يعني بالضرورة ، وجوب إعمال نص آخر من القانون الأجنبي المعني ذاته ، هذا إلى أن الحل المتقدم ، " يفترض سلفاً وجود نص أجنبي آخر يمكن تطبيقه على واقعة الدعوى بعد استبعاد النص الواجب التطبيق باسم النظام العام ، فإن لم يتحقق وجود النص كما هو الفرض الغالب ، فلا مقر أذن من تطبيق قانون آخر .

وفضلاً عن ذلك ، فإن الرجوع إلى نص بديل ، في القانون الأجنبي المعني ، قد لا يكون أمرا صائباً في حال نظراً لتعارضه مع حكمه التشريع الأجنبي المعني في بعض الفروض على الأقل . فلو افترضنا أن " مدة تقادم الدين في القضية المعروضة .. أطول في ألمانيا عنها في سويسرا ، لكان معنى ذلك ، أن تطبيق القانون الألماني هو الذي سيكون أقرب إلى حكمة التشريع مما لو طبقنا نصوص القانون السويسري نفسه . إذ أن الأقرب إلى تحقيق هذه الحكمة هو تطبيق القانون الذي يتضمن مدة أطول للتقادم ، ما دام أن النص الواجب التطبيق أصلا ... يمنع تقادم الدين .

٣- ويذهب اتجاه آخر إلى أنه حال استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي ، فمن الواجب علينا والأمر كذلك ، أن نطبق القانون الأفضل للطرف الضعيف في الدعوى ، وقد أجيب على ذلك ، بأنه يتعذر تحديد الطرف الضعيف قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المثارة .

٤ - ويذهب اتجاه آخر ، إلى أنه حال تعارض احكام القانون الأجنبي مع النظام العام دولة القاضي ، مع تعذر تطبيق قانون الأخير ، فمن الواجب والأمر كذلك ، اللجوء إلى فكرة القانون الطبيعي . ويعاب على هذا الاتجاه ، أنه يقوم على فكرة غامضة لدرجة كبيرة ، فمضمون القانون الطبيعي غير محدد حتى الآن . ورغم هذا النقد ، فإن البعض يرى إمكان الأخذ بالحل المتقدم في الفرض الذي يتم فيه استبعاد أحكام القانون الأجنبي جزئيا ، لمخالفته للنظام العام ، ما دام أن قانون القاضي لا يشمل حكما منظما للمسألة المعنية أو كان الحكم الوارد في هذا القانون ، غير مناسب لحكم المسألة المتنازع حولها ، على عكس الحال ، إذا ما تعلق الأمر ، باستبعاد القانون الأجنبي برمته ، بحيث لا يجوز تخويل القاضي سلطة استلهام القانون الطبيعي في هذا المقام ، لأن ذلك أمر غير مأمون العاقبة .

٥ - ويذهب اتجاه خامس في الفقه ، إلى أنه من الأفضل " أن يطبق القاضي القانون الأقرب إلى العلاقة بعد القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون اجنبي آخر . أليس من الأفضل أن يلجأ القضاء في هذا الفرض ، إلى قاعدة إسناد احتياطية ، فيطبق قانون موطن الشخص في شأن أهليته بعد استبعاد قانون الجنسية استبعادا كليا باسم النظام العام .... " .

أليس هذا الحل المقترح ، يحقق حكمه التشريع على نحو أفضل من مجرد الرجوع ببساطة إلى قانون القاضي ، بما يتضمنه ذلك من تجاهل للطبيعة الخاصة بالعلاقات الدولية في النزاع برمته تحت ستار مبادئ القانون الطبيعي أو العدالة ، وما يتسم به هذا التفويض من إبهام وغموض .

وقد يساعدنا على تبني الحل المقترح ، أن المشرع المصرى قد اقتصر في المادة ٢٨ من القانون المدني على بيان الأثر السلبي للنظام العام ، بوصفه أداة لاستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض مفهومه مع الأسس الجوهرية في المجتمع دون أن يفرض على القضاء مسلكا معينا لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد .

ويرجح البعض قيام القاضي المصري بوضع قاعدة إسناد احتياطية ، حال مخالفة القانون الأجنبي المختص للنظام العام في مصر ، سواء كانت هذه المخالفة جزئية أو كلية ، ومثل هذه القاعدة ، قد تشير

بتطبيق قانون أجنبي معين ، وعلى العكس من ذلك ، قد تشير الأخيرة بتطبيق القانون المصري . ويحق لمحكمة النقض مراقبة قاضي الموضوع في هذا الصدد بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية ، وعن طريق هذه الأخيرة ، يمكن أن نصل إلى قاعدة إسناد احتياطية ، بحيث توحد لنا الحلول في هذا المقام ، وتدفع عنا التضارب الذي عسى أن يحدث ، فيما لو اختلفت الحلول المطبقة من جانب المحاكم الدولية المختلفة .

المبحث الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

ينبغي معرفة مفهوم الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين وأهمية هذه الفكرة ، وما هو الضرر الذي يرتب علي إعمال الدفع بالغش نحو القانون ، ولما كانت لإرادة الأفراد كثيراً ما تتدخل في عملية ضوابط الإسناد أو تغييرها ، فقد يلجؤا إلي هذه الطريقة بهدف التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً ، مثال ذلك أن يكون قانون جنسية الزوجة من القوانين التى تحظر التطليق أو تجيزه بشروط معقدة ، فتتعمد الزوجة إلي تغيير جنسيتها لإكتساب جنسية دولة يسمح قانونها بالتطليق دون قيد أو بشروط ميسرة ، ونفس الكلام يصدق على الزوج ، والتغيير في ضوابط الإسناد لم يكون مقصوداً ، وإنما تم بقصد التهرب من أحكام قانون الجنسية القديم المختص أصلاً بحكم العلاقة ، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلي مطلبين على النحو التالي

المطلب الأول : نخصصه لفكرة الدفع بالغش نحو القانون وشروطه .

المطلب الثاني : نخصصه لآثار الدفع بالغش نحو القانون ، وفيما يلى نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التاليـــــة :

المطلب الأول

فكرة الدفع بالغش نحو القانون وشروطه

تعرف جميع النظم القانونية فكرة الغش نحو القانون ، فالغش يفسد كل شئ وهو عيب جسيم في جميع صوره ، ولذلك يوجد توجه قانوني واضح نحو محاربة هذه الظاهرة غير الأخلاقية بهدف القضاء عليها وقد تصدي الفقه في القانون المقارن لهذه الظاهرة إلي حد إمكانية القول بوجود نظرية واضحة المعالم لمفهوم الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص .

ويحدث " الغش القانون الدولي الخاص بوسيلة فنية تتمثل في تغيير ضابط الإسناد في قاعدة تنازع القوانين التي تسري علي العلاقة القانونية محل البحث بهدف أساسي وهو إستبعاد القانون الواجب التطبيق علي العلاقة وفقا للمجري العادي للأمور وإخضاعها لقانون آخر أكثر صلاحية لصاحب الشأن .

ومثال ذلك قاعدة الإسناد التي تخضع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت وقوعه أو وقت رفع دعوى التطليق أو الإنفصال الجسدي ، ويكون الزوج فرنسي الجنسية والقانون الفرنسي يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، ومن أجل التهرب من هذا الحظر الأمر ، يغير الزوج جنسيته ويكتسب الجنسية المصرية ثم يطلق زوجته بالإرادة المنفردة ، ثم يطلق زوجته بالإرادة المنفردة والذي أدى أيضاً إلي الإهتمام بهذا الموضوع وهي قضية دي بوفرون ، الذي قامت بتغيير ضابط الجنسية من أجل الحصول علي الطلاق ، وقضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان الزواج الثانى ، وبقاء الزواج الأول ، لأن تغيير الجنسية كان الهدف منه التهرب من أحكام القانون الفرنسي واجب التطبيق مما يشكل تحايلاً أو غش نحو القانون ([1]) ([2])، وهنا يلاحظ أن الغش يقوم على عنصرين :

العنصر الأول : وهو عنصر مادي :

ويتمثل في تغيير ضابط الإسناد فيتغير تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق ، ولذلك يفترض أن ضابط الإسناد في وسع الإرادة الفردية التحكم فيه ومثال ذلك تغيير الجنسية كما أشرنا أو تغيير الموطن أو الديانة أو محل إبرام العقد أو تأسيس الشركة محل تنفيذ الالتزام أو موقع المال المنقول ، كما يلاحظ أن هذا التغيير في حد ذاته إنما هو إجراء مشروع ويسمح به القانون .

---

[1] Cass,civ 18 Mars 1818 ,s-18 , 193 Note Labbe , V . B .

[2] للمزيد راجع د/ عكاشة عبدالعال : المرجع السابق ، ص ٤٨٩ ، د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .

العنصر الثاني : وهو عنصر معنوي أو أخلاقي .

وهو يتجسد في نية التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق وفقا للمجري العادي للأمور أو نية الإضرار بالطرف الآخر في العلاقة محل البحث ، ولولا هذا العنصر ما وجد الغش نحو القانون . والصعوبة الحقيقية في موضوع الغش نحو القانون ، مرجعها أن العلاقة الملوثة بالغش تعرض أمام محكمة يريد صاحب الشأن الخضوع لإختصاصها القضائي ، فالغش نحو القانون يرتكب من زاوية خداع القاضي بحيث تعرض عليه العلاقة في إطار قانوني مشروع يبرر طلبات صاحب الشأن ، ويدق الأمر إذا كان هناك اتفاق مشترك بين أطراف العلاقة الملوثة بالغش ومثال ذلك أن يكون هناك اتفاق بين الزوجين علي الطلاق نظرا لأن قانون الجنسية المشتركة يحظر ذلك ويتم عرض الدعوى أمام القاضي المصري بعد تغيير الجنسية أو الموطن علي نحو يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية ويبرر تطبيق القانون المصري . فكيف يمكن إكتشاف الغش نحو القانون في هذا الفرض ؟ أما إذا كان الغش تم بإرادة منفردة لأحد أطراف العلاقة فقط ، ففي هذا الغرض يمكن أن يكتشف الغش بسهولة وذلك لوجود مصلحة ظاهرة للطرف الآخر في التمسك بالغش نحو القانون وهو الأمر الذي يجعل القاضى يتصدي لهذا الدفع الإعمال حكم القانون علي النحو السليم .

فالغش نحو القانون يتحقق إذا اتضح أن الباعث الرئيسي الذي حدا بالفرد إلي تغيير عناصر العلاقة التغيير القانون واجب التطبيق ، هو الهروب من الخضوع لقانون معين للخضوع لقانون مغاير ، هذا واستخلاص هذا الباعث من ظروف النزاع يعتبر من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع دون أن يخضع في تقديره لوجود الباعث من عدمه لرقابة محكمة النقض . هذا ومن القرائن التى يمكن أن يستعين بها القاضى فى تقديره حالة التلازم الزمني بين تغيير ظروف العلاقة وبين إجراء التصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد ، كما لو سافر شخص في نزهة في دولة معينة ثم قام بإجراء هبة لآخر فيها ، أو إذا حصل شخص علي جنسية دولة ثم طلق زوجته بمجرد حصوله علي الجنسية الجديدة متي كان قانون هذه الدولة يبيح له الطلاق .

ومن القرائن التي تدل على وجود قصد الغش لدي الأفراد أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلي تطبيقه من القوانين الأكثر تحقيقا لمصالحهم ، كأن يكون من القوانين التي لا تضع القيود علي نقل الملكية والتي تسمح بالطلاق أو التطليق لأي سبب ومتى استخلص القاضي هذا القصد غير المشروع من ظروف العلاقة ، فإن اعتباره هذا التحايل أو هذا القصد غشا نحو القانون من عدمه – هو أمر يخضع لرقابة محكمة النقض – وعلي هذا فمتى استخلص القاضي توافر الغش نحو القانون بعنصريه تعين عليه

إعمال الجزاء المترتب على ذلك وإلا تعرض حكمة للنقض وهناك اتجاه إلى قصر أعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالة ما إذا كان التغيير بقصد الهروب من الخضوع لقانون القاضي ، أما إذا كان قصد الأفراد هو التهرب من تطبيق قانون أجنبي علي علاقتهم فليس هناك محل لإعمال فكرة الغش نحو القانون.

وذلك على أساس أن وظيفة القاضي هي السهر علي حماية سلطان قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من الخضوع الأحكامه تحقيقا للمصلحة العامة في بلده ، وبالتالي فليس من مهمة القاضي منع الأفراد من التهرب من الخضوع للقوانين الأجنبية التي هي ليست في الحقيقة سوي مسائل واقعية .

ولكن الرأي الراجح يذهب إلى عدم التفرقة عند إعمال الدفع بالغش نحو القانون بين قصد الهروب من القانون الوطني أو القانون الأجنبي تأسيسا علي أن الغرض من إعمال الدفع بالغش نحو القانون هو منع التحايل أو الغش أيا كانت صورته وإذا كان القاضي الوطني غير ملزم بالسهر علي حماية القوانين الأجنبية من عبث الأفراد فإنه يحق له توقيع الجزاء بالنسبة للتصرفات المخالفة للأخلاق ولمبدأ حسن النية.

وأخيراً فسواء أكان قصد الأطراف التهرب من الخضوع للقانون الوطني للقاضي أو من قانون أجنبي آخر ففي الحالتين يقع الاعتداء علي قانون القاضي طالما أن القانون الأجنبي قد أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد وهي قاعدة وطنية .

المطلب الثاني

آثار الدفع بالغش نحو القانون

يترتب علي الدفع أثرين هما سلبي وإيجابي

الأثر السلبي : إستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه

إذا كان الباعث الذي حدا بالأفراد إلي تغيير ظروف علاقاتهم هو قصد التهرب من الخضوع لقانون معين وتطبيق قانون آخر ، فيتعين أن يكون الجزاء علي ذلك هو عدم تمكين الأفراد من تحقيق هذه النتيجة عن طريق عدم الاعتداد بالتغير الذي اجراه الأفراد وتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد اغفال التغيير الذي أجراه الأفراد ، هذا وقد ذهب البعض إلي أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يتعين أن ينصرف

إلى التغيير الذى اجراه الأفراد باعتباره الوسيلة لتحقيق هدف معين وكذلك إلي النتيجة التي توصل إليها الأفراد بناء على هذا التغيير .

وعلي هذا فإذا غير الشخص جنسيته بقصد تطليق زوجته فيتعين بطلان هذا التغيير في الجنسية وكذلك عدم إجازة الطلاق) وذلك تحقيقا لإستقرار المراكز القانونية ، كما أن الفرد الذي يكتسب جنسية جديدة للهروب من أحكام قانون دولته الأولي بشأن تصرف معين لم تعدله مصلحة في الاستمرار في جنسيته الجديدة إذ أن سبب دخوله فيها قد إنتفي وهو وهو القيام بالتصرف الذي تم إبطاله ، ونحن نري الإكتفاء بإبطال النتيجة دون الوسيلة التى إتبعت لتحقيقها ، إذ قد لا يملك القاضى إبطال الوسيلة أيضاً إذا ما تمثلت في الحصول على جنسية دولة أجنبية مثلاً ، وهو لا يمكنه الحكم بسحب هذه الجنسية ممن منحت له ، كذلك إذا تمثلت الوسيلة في نقل المنقول من دولة إلى أخري هل يعتبر القاضي أن المنقول ما يزال في دولة الموقع القديم أم يأمر بنقل المنقول إلى هذه الدولة ؟ .

٢ – الأثر الإيجابي :

إعمال القانون الذي تم التحايل عليه :

يترتب على الأثر السلبى إستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه ، وجود فراغ قانونى يتعين سده وهذا ما إتضح في قضية " دي بوفرمون " حيث إستبعدت المحاكم الفرنسية القانون الألمانى الذي يجيز الطلاق وأحلت محله القانون الفرنسى الواجب التطبيق أصلاً ([1]) .

[1] د/ أحمد عبدالكريم سلامه ، المرجع السابق ، ص ٥٦٧ .

ملخص عن الباب الأول

تناولنا بالدراسة في الباب الأول المعنون بالنظرية العامة لتنازع القوانين وبدأنا بنطاقها وبتعريفها وتحليلها وبيان خصائصها وعناصرها ومتى تثور مشكلة التنازع ، وما مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد التنازع وموقف القضاء المصري منها ، وموقف الفقه كذلك ، ثم عرضنا لمشكلات تفسير قاعدة الإسناد وطفنا حولها ، وتعد هذه المشكلات المتعلقة بتفسير قاعدة الإسناد من أهم المواضيع في نظرية التنازع وبالأخص مشكلة التكييف القانوني وتشخيص المنازعة المنطوية على عنصر أجنبي وتصنيفها ، والقانون الذي يحكم التكييف في القانون المقارن وأهم هذه النظريات إخضاع التكييف لقانون القاضي ، وإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع ، وإخضاع التكييف للقانون المقارن ، ثم عرضنا لموقف القانون المصري من مشكلة التكييف وشفنا أن المشرع المصري أخضع التكييف لقانون القاضي في المادة (١٠) مدني مصري ، ثم عرضنا لمشكلة الإحالة والإسناد إلي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، وموقف القانون المصري من المشكلتين ، وقد سعينا جاهدين من خلال الدراسة في الفصل الثالث من هذا الباب أن نعرض لأهم الأسباب التى تؤدي إلي استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع المصرية في المنازعات المنطوية علي عنصر أجنبي عبر الحدود ، وهما الدفع بالنظام العام الذي يعتبر الجندي المقاتل الذي يتحرك للدفاع عن النظام القانوني وحماية له من الأحكام التى تخالف الأسس والقيم الإقتصادية والإجتماعية في مجتمع دولة القاضي ، ثم عرضنا للدفع بالغش نحو القانون ، ودوره في استبعاد القانون الذي تم التحايل عليه ، مع الأخذ بعين الإعتبار لموقف المشرع المصرى لكل مسألة من هذه المسائل ، والإشارة إلي الحلول والمعالجة الفقهية والتشريعية والإجتهاد القضائي في المسائل التى لم يرد فيها نص أو تحتاج لرفع اللبس عنها لكى تكتمل الصورة حول نظرية التنازع الدولى .

الباب الثاني

الأحكام الوضعية في تنازع القوانين

تحدثنا في الباب الأول في هذا الكتاب عن الأسلوب الفني أو التقليدي في حل مشكلات تنازع القوانين في تنازع القوانين في مجال العلاقات الدولية من خلال قواعد تعارف عليها باسم قواعد الإسناد.

وعرضنا لتعريف هذه القواعد وأهم خصائصها التي تميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى كقواعد الجنسية وقواعد مركز الأجانب وقواعد الاختصاص القضائي.

ثم عرضنا للمراحل التي يمر بها القاضي عند فصله في العلاقات ذات العنصر الأجنبي فأوضحنا مشكلة التكييف والنظريات التي قيلت بشأنها فضلاً عن تحديد موقف القانون المصري من هذه المشكلة والحل المتبع في حالة الإسناد إلي دولة تعدد فيها الشرائع ، ثم أشرنا إلي الحالات التي يجوز فيها القاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق والذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد في دولته بتعرضنا للدفع بالنظام العام والغش نحو القانون.

وبعد هذا العرض كان من المنطقي أن نتعرض لتطبيقات هذه القواعد في النظام القانوني المصري حتي نتعرف علي الحلول المختلفة التي أتي بها المشرع المصري في هذا الشأن.

ولما كانت العلاقات أو المراكز القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً تتعدد بتعدد أنشطة الأفراد بحيث يكون من الصعوبة بمكان حصرها مقدماً وتحديد القانون الواجب التطبيق علي كل منها ، ولقد جري العمل في مختلف الدول علي الاكتفاء بتحديد قواعد إسناد بالنسبة للطوائف الرئيسية للمراكز والعلاقات القانونية كالالتزامات التعاقدية والحقوق العينية فضلاً عن العلاقات ذات الأهمية في حياة المجتمع كالزواج والميراث.

وبذلك كي يكون من السهولة بمكان علي القاضي، إذا عرضت عليه منازعة ذات عنصر أجنبي، أن تحدد القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال ردها إلي إحدى الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

ولما كانت العلاقة القانونية تحتوي علي ثلاث عناصر هي عنصر الأشخاص أو أطراف العلاقة وعنصر الموضوع أو محل العلاقة وعنصر السبب المنشئ للعلاقة ، وكان ضابط الإسناد يتحدد وفقاً لمركز الثقل.

وعلى ذلك فإننا نقسم الدراسة في هذا الباب إلي ثلاث فصول نتناول في الفصل الأول منها تحديد القانون الواجب التطبيق علي الأشخاص بوصفهم أفراد العلاقة ثم نتناول في الفصل الثاني تحديد القانون الواجب التطبيق علي الأموال باعتبارها مخل للعلاقة القانونية .

وأخيراً نتناول في الفصل الثالث بحث القانون الواجب التطبيق علي التصرفات القانونية والوقائع المادية باعتبارها مصدراً للعلاقة القانونية، وذلك علي النحو التالي:

الفصل الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بالأشخاص.

الفصل الثاني : قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال .

الفصل الثالث : قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية ، وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

الفصل الأول

قاعدة الإسناد الخاصة بالأشخاص

نقسم هذه الدراسة في هذا الفصل إلي ثلاث مباحث، نعرض في الأول منها لقاعدة الإسناد الخاصة بحالة الشخص وأهليته، ونتناول في الثاني لقاعدة الإسناد المتعلقة بالزواج والطلاق ، وأخيراً نعرض في المبحث الثالث قاعدة الإسناد الخاصة بمسألة الميراث والوصية كما يلي :

المبحث الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بالحالة والأهلية .

المبحث الثاني : قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج والطلاق .

المبحث الثالث : قاعدة الإسناد الخاصة بالنفقة فيما بين الأقارب .

المبحث الرابع : قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث والوصية ، وفيما يلى نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية

بالرغم من أن المشرع المصري عالج قاعدة الإسناد الخاصة بالحالة والأهلية في مادة واحدة ، إلا أنه في الواقع العملى تحدث مشكلات دقيقة في مجال الحالة والأهلية تقتضي أن نبحث كل موضوع على حدة وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلي مطلبين :

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق علي الحالة

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق علي الأهلية ، وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الحالة

عند تحديد حالة الشخص والقانون الواجب التطبيق عليه ، ينبغى أن نفرق بين الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري ، إذ لكل منهما قاعدة إسناد مختلفة وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

حالة الشخص الطبيعي

يقصد بالحالة مجموعة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ومن دولته، وهي صفات تقوم علي أسس من الواقع، كالسن والذكورة والأنوثة والصحة، أو علي أسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية([1]) أو هي مجموعة من الصفات التي تلحق بالشخص تتأثر بها مجموعة الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه([2]).

ويتضح من هذا التعريف أن للحالة شقتين أحدهما الحالة العامة أو الحالة السياسية، وهي التي تحدد مركز الشخص من دولته وكان يطلق عليها الرومان Status Civitatuse([3]) وهي صفة تلحق بالشخص وتفيد انتمائه إلي دولة معينة ، وهو ما اصطلح علي تسميته بالجنسية وثانيهما الحالة الخاصة أو الحالة المدنية وكان يطلق عليها الرومان Status Famiiae وهي صفة تلحق بالشخص باعتبارا عضواً في أسرة علي نحو تتأثر به حقوقه وواجباته قد يكون أعزباً أو متزوجاً أباً أو ابناً مورثاً أو وارثاً([4]).

ولا شك أن الحالة العامة أو تبعة الفرد السياسية لدولة معينة أو ما يطلق عليه الجنسية ليست موضوعاً لتنازع القوانين ولم يخصها المشرع بقاعدة إسناد ، لأنها من المسائل المهمة التي تمس سيادة الدولة وأن لكل دولة حق في أن تنفرد دون غيرها بتحديد من هم وطنيوها من خلال القوانين التي تضعها.

أما الحالة الخاصة (المدنية) فهي التي يقصدها المشرع في نص(١١) مدني التي تنص علي أن " الحالة المدنية للأشخاص يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".

---

[1] ورد في هذا التعريف بمذكرة المشرع التمهيدي للقانون المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ص ٢٤٢.

[2] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ١٨٨.

[3] د/ عز الدين عبد اله : المرجع السابق ، ص ٢٠٨.

[4] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ٦٤٤.

فالحالة المدنية هي التي يقع بشأنها تنازع القوانين والتي خصها المشرع بقاعدة إسناد تقضي بإخضاعها للقانون الشخصي للفرد ، علي أن يحكم هذا القانون كافة عناصر الحالة من بداية الشخصية إلي نهايتها بما فيها ذلك روابط الأسرة ، وتجدر الإشارة إلي أن المشرع نص علي قواعد إسناد خاصة ببعض هذه الروابط والتي أسنادها إلي قانون جنسية الشخص ، مع تحديد الوقت الذي يتعد فيه بالجنسية مثل وقت الزواج ووقت الطلاق أو وقت رفع دعوي التطليق كما نوضحه فيما بعد([1]).

وينضح لنا مما تقدم أن المشرع المصري أخذ بضابط الجنسية مفضلاً إياه علي الموطن فيما يتعلق بمسائل الحالة المدنية للشخص، ويكون السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام وهو كيفية إعمال قانون الجنسية " القانون الشخصي" لاسيما وأن هناك بعض المشكلات التي تثور عند أعمال قانون دولة الجنسية كما هو الحال بالنسبة لمتعدد الجنسية أو عديمها.

القانون الشخصي لمتعدد الجنسية:

إذا كان الشخص الذي يثور نزاع حول إحدى مسائل حالته يتمتع بجنسية دولتين أو أكثر فإنه من ضروري اختيار إحدى الجنسيات وتحديد معاملته علي أساسها، واعتبار قانون دولة تلك الجنسية المختارة قانونه الشخصي.

ونعرض في هذا الصدد فرضين :

الفرض الأول : إذا كانت جنسية دولة القاضي الذي ينظر المنازعة من ضمن الجنسيات التي يتمتع بها متعدد الجنسية، ففي هذه الحالة تكون الأفضلية لجنسية دولة القاضي بصرف النظر عن باقي الجنسيات.

وهذا الحل هو ما ينصت عليه صراحة المادة(٢/٢٥) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلي مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلي دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه([2]).

وذلك يعني أنه إذا أثيرت أمام المحاكم المصرية مسألة تتعلق بحالة شخصي يجمع بين جنسيتين من بينهما الجنسية المصرية فإن قانونه الشخصي أو الوطني الذي يسري علي مسائل الأحوال الشخصية يكون هو القانون المصري.

---

[1] د/ عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص ٢٠٨.

[2] راجع لمزيد من التفصيل، د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ٦٥٥ وما بعدها

الفرض الثاني : يتعلق بحالة شخص يتمتع بجنسية أكثر من دولة وليس من بينهما جنسية دولة القاضي التي تنظر المسألة المعروضة.

والقاعدة في هذا الشأن هو الاعتداد بالجنسية الواقعية أي تفضيل الجنسية التي تكون أكثر توافقاً مع الواقع الفعلي لحياة الشخص أي تفضيل جنسية الدولة التي يرتبط بها أكثر وتتركز فيها مصالحه الاجتماعية والاقتصادية ويندمج فعلاً في الجماعة الوطنية. كأن تكون محل إقامته أو ميلاده في هذه الدولة أو شعوره وانتمائه لها.

القانون الشخصي لمنعدم الجنسية :

بينا من قبل أن نص المادة(١١) مدني جاء فيه أن الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم هذا بالنسبة لمن يحمل جنسية ، أما فيما يتعلق بعديم الجنسية أو معدومها فما هو البديل لقانون دولة الجنسية؟

استقر الأمر علي تطبيق قانون دولة موطن عديم الجنسية باعتباره القانون الشخصي لهذا الأخير وفي حالة أنعدام الموطن يعتد بالإقامة والسكن.

ولقد اعتنق هذا الحل(م١/١٢) من اتفاقية نيويورك المبرمة في ٢٨ سبتمبر ١٩٥٤ بشأن الحالة الدولية لعديم الجنسية حيث جاء فيها إن " الحالة الشخصية لعديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن، فيكون قانون بلد إقامته".

ولقد اكتفي القانون المصري في المادة(١/٢٥) مدني بأن " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا يعرف لهم جنسية".

ويتضح من هذا النص أن المشرع أعطي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الشخصي لمنعدم الجنسية دون أن يلزمه بضوابط محدداً سلفا كالموطن أو محل الإقامة، والغالب أن يستعين القاضي بهذه الضوابط.

ولقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بخصوص دعوي تطليق مرفوعة من زوجة إيطالية علي زوجها المتوطن في مصر والذي لا جنسية له، بتطبيق القانون المصري قانون دولة موطنه، لاستحالة إعمال

المادة(٢/١٣) مدني الذي يقرر تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته لحظة رفع الدعوي علي دعاوي التطليق والانفصال، لانعدام جنسيته في القضية المعروضة([1]).

الفرع الثاني

حالة الشخص الاعتباري

إن مسألة الشخصية القانونية ، وهي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ليست قاصرة علي الإنسان بل تمتد أيضاً إلي الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية كالشركات والجمعيات و المؤسسات وذلك تمكيناً لها من تحقيق أهداف معينة يصعب علي الشخص الطبيعي بمفرده أن يحققها، ومن المعلوم أن الأشخاص الاعتبارية نوعان أشخاص اعتبارية عامة وهي قد تكون وطنية كالدولة واجهزتها ومؤسساتها العامة وقد تكون دولية كالمنظمات الدولية العامة والمتخصصة، أما النوع الثاني فهو الأشخاص الاعتبارية الخاصة وتشمل الشركات والمجتمعات والمؤسسات وهذا هو ما يهمنا في مجال تنازع القوانين([2]).

ولقد نظم المشرع المصري الحالة القانونية للأشخاص الاعتبارية في المادة(٢/١١) من القانون المدني المصري حيث جاء " أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك فغذا باشرت ناشطها الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسري.

ويتضح لنا من مطالعة هذا النص أن المشرع أتي بقاعدة عامة تقضيي بخضوع النظام القانوني للشخص الاعتباري لقانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، ثم أورد علي هذه القاعدة استثناء مفاده خضوع الأشخاص الاعتبارية التي تتخذ من مصر مركز إدارتها الرئيسي للنظام القانوني المصري وذلك علي التفصيل الآتي:

القاعدة العامة :

أخضع المشرع المصري النظام القانوني أو الحالة القانونية للشخص الاعتباري لقانون الدولة التي بها مركز الإداري الرئيسي الفعلي لهذا الشخص. ويشمل تعبير النظام القانوني الوارد في النص ما يتعلق

---

[1] انظر حكم أكتوبر ١٩٥٣ منشوراً في مجلة التشريع والقضاء ١٩٥٤ ع١٩، السنة السادسة ص ٣٥٣.

[2] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ٦٦٨ وما بعدها.

بالشخص الاعتباري من حيث تكوينه وتنظيمه وتمتعه بالشخصية المعنوية والتصرف المنشئ له وطريقة تعديله، كما يشمل هذا التعبير الكيفية التي بها الشخص الاعتباري وطرق انقضائه([1])

تحديد مركز الإدارة الرئيسي الفعلي :

اتخذت قاعدة التنازع الواردة في نص (م٢/١١) من القانون المدني المصري من مركز الإدارة الرئيسي ضابطاً للإسناد وبالتالي فإن قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي يكون هو الواجب التطبيق ولكن ذلك مرهون **بتوافر شرطين:**

الأول: أن يكون مركز الإدارة رئيساً ، أي يكون هو المقر الذي توجد به الأجهزة و الإدارة العليا للشخص الاعتباري الذي يتولى إدارة شئونه والذي يجتمع فيه مجلس الإدارة في دولة أخري فالعبرة بمكان اجتماع الجمعية العمومية علي اعتباره أن هذه الجمعية هي التي تمارس السلطات العليا للشخص الاعتباري ونها تتبع سلطات مجلس الإدارة وكافة الهيئات المشرفة علي هذا الشخص(٢) .

الشرط الثاني: أن يكون مركز الإدارة فعلياً ، أي مطابقاً للواقع ولا عبرة لما يتفق عليه الأطراف عند إنشاء الشخص الاعتباري فقد يتخذ الشخص الاعتباري مركز إدارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقة بين الشخص والدولة وذلك بغية التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص فعلياً.

وتجدر الإشارة أن مسألة تحديد مركز الإدارة الرئيسى الفعلى مسألة تكييف لازم لإعمال قاعدة الإسناد وتخضع لقانون القاضى طبقاً للمادة (١٠) من القانون المدنى المصري .

نطاق قانون مركز الإدارة الرئيسي :

يقتصر مجال إعمال قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلى كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى على المسائل المتعلقة بالمظهر القانونى للشخص الإعتبارى من حيث تكوينه وإدارته وتمتعه بالشخصية المعنوية والتصرف المنشئ له وطرق تعديله ، وبناء على ما تقدم يتولى قانون مركز الإدارة الرئيسي بيان الشروط الواجب توافرها لوجود الشخص الإعتباري من حيث تكوين رأس المال والإكتئاب فيه

---

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ١٩٦، د/ إبراهيم أحمد، د/ سراج أبو زيد، د/ هشام محمود : المرجع السابق ، ٧٢٣.

[2] د/ فؤاد رياض، سامية راشد: المرجع السابق ، ص ١٩٧.

والشكل الواجب مراعاته لإظهار الشركة وتمتعها بالشخصية المعنوية ، كما يحدد قانون مركز الإدارة طرق انقضاء الشخص الإعتبارى وانسحاب أحد الشركاء وأثر ذلك علي باقى الشركاء .

وتخرج من مجال مركز الإدارة ما يقوم به الشخص الإعتبارى من علاقات تخرج عن فكرة النظام القانونى ، حيث تخضع هذه العلاقات للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد .

فإذا قامت الشركة بالتعاقد مع موظفين وعمال فتخضع للعمل بها هذه العلاقات للقانون الذي يحكم عقد العمل ، وكذلك تخرج عقود البيع والإيجار التى يبرمها الشخص الإعتبارى من مجال قانون مركز الإدارة الرئيسي ، كما يخرج أيضاً من نطاق هذا الأخير شكل التصرفات التي يبرمها الشخص الإعتباري .

الإستثناء :

جاء في المادة (٢/١١) مدنى مصري أن " ..... ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصرى هو الذي يسرى " .

أى أن المشرع أورد إستثناء لصالح القانون المصرى يتمثل في خضوع حالة الشخص الإعتبارى للقانون المصرى إذا باشر نشاطه الرئيسى في مصر ، حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي في الخارج وذلك يعكس رغبة المشرع المصرى في حماية المصالح الإقتصادية والتجارية في مصر التى قد يصيبها بعض الضرر من جراء تهرب الشركات الأجنبية من الخضوع لأحكام القانون المصرى رغم ممارسة نشاطه الرئيسي في مصر ([1]) .

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٢٤٥ .

المطلب الثاني

الأهلية

تمهيـــد :

الأهلية في الإصطلاح القانونى هي صلاحية الشخص (طبيعى ــ اعتبارى) للتمتع بالحقوق والإلتزام بالواجبات .

ولاتوجد مشكلة في العلاقات الوطنية حيث يخضع الشخص لقانون دولته في تحديد ماهية الأهلية وحدودها ، ولكنه تثور المشكلة في نطاق العلاقات الدولية حيث أن الشخص قد يكون بالغ رشيد في دولته يبرم ما يشاء من تصرفات ، ومن فى سنه قاصر في دولة أخرى لا يقدر على إبرام أى تصرف من التصرفات اللازمة لحياته فإذا جاء هذا الأخير إلي دولة الأول فهل يمكنه إبرام ما يشاء من تصرافات باعتباره بالغ رشيد ؟

للإجابة عن هذا التساؤل أصبح لزام علينا أن نبحث عن القانون الذي يتحدد طبقاً له أهلية الشخص إذا انتقل عبر الحدود .

أولاً : القاعدة العامة :

تنص المادة (١١) مدنى مصرى كما رأينا على أن " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " .

أي أن المشرع أخضع الأهلية لقانون الجنسية ولكن تجدر الإشارة إلي أن الأهلية التى قصدها المشرع إخضاعها للقانون الشخصى للفرد هى أهلية الأداء العامة أى قدرة الشخص على ممارسة الحقوق وتتميز قواعد هذا النوع من الأهلية بأنها تهدف إلى حماية الشخص نفسه كما أن مناطها فكرة لتمييز ([1]) .

وهذا ما أظهرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى بقولها " وينصرف إصطلاح الأهلية في هذا المقام إلى أهلية الأداء وحدها ، أي صلاحية الشخص للإلتزام بمقتضي التصرفات الإدارية ([2]) .

---

[1] د/ حسن كيرة : المدخل في القانون ، ١٩٦٧ ، ص ٧٢٦ .

[2] انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء ثان ، ص ٢٤٢ .

أما باقى أنواع الأهلية فتخضع لقوانين أخرى فأهلية الوجوب أى القدرة على التمتع بالحقوق فتخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على إقليمها ، كذلك تخرج أهلية المساءلة عن الفعل الضار حيث يخضع لقانون محل وقوع الفعل ، كما تخضع أهلية الشخص للتقاضى إلي قانون القاضي المعروض عليه النزاع([1]) .

وإعمالاً لما سبق فإذا ثار نزاع حول أهلية أداء أحد المصريين بمناسبة عقد دولى فإن القانون المصري يكون واجب التطبيق أى أنه هو الذي يحدد المقصود بالأهلية وعوارضها وصلاحية الشخص لممارسة التصرف القانوني محل النزاع ، أما إذا كان الشخص سودانى أو إماراتى فيتكفل القانون السودانى أو الإماراتى بحكم مسألة الأهلية .

وبناء عليه ، فإن قانون جنسية الشخص هو الذى يحدد ما إذا كان الشخص رشيداً أو ناقص الأهلية أو عديمها كما يحدد الشروط الواجب توافرها لإنهاء نقص الأهلية والجزاء المترتب على نقص الأهلية والحالات التى يجوز فيها تصحيح التصرف وتحديد الشروط اللازم توافرها لإجراء هذا التصحيح ، كما يحكم القانون الشخصي للفرد عوارض الأهلية وما يترتب عليها من آثار فضلاً عن أنه يحدد الأعمال والتصرفات التي يمكن لغير كامل الأهلية أن يقوم بها والأعمال التى يحظر عليه ممارستها دون الرجوع إلي النائب القانونى عنه ([2]) .

والعبرة بجنسية الشخص وقت قيام التصرف المراد تحديد الأهلية بالنسبة له ، فإذا قام شخص بتصرف معين يعتبره قانون جنسيته أهلاً للقيام به فإن هذا التصرف يعد صحيحاً حتى لو غير الشخص جنسيته في تاريخ لاحق وكان قانون الجنسية الجديد لا يعتبره أهلاً للقيام بهذا التصرف ([3]) .

ونصت على هذا المعنى المادة (٧) من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى الجديدة حيث جاء فيها أن " التغيير اللاحق للظروف التى تقتضي الإسناد إلي نظام قانونى معين لا يكون لها أثر على ما تم من وقائع " ونصت على حل مماثل المادة (١/١١) من مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ حيث جاء فيها أن " ..... تغيير الجنسية لا يؤثر على الحالة السابقة للشخص ، ولا على الحقوق والإلتزامات الناتجة عن تلك الحالة " .

---

[1] د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ٢٥٨ .

[2] د/ أحمد عبدالكريم : المرجع السابق ، ص ٧٢٨ .

[3] د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ٢٦٠ .

وهذا الرأى يؤيده الفقه إحتراماً للأوضاع المكتسبة ولتحقيق الإستقرار للمراكز القانونية التى نشأت وانفضت ([1]) .

ثانياً : تعطيل القانون الواجب التطبيق على الأهلية :

عرضنا من قبل أن الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي أو وسيلة فنية يتم بمقتضاها استبعاد القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد الإسناد المصرية إذا تبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع الأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى .

وبناء عليه فإذا اصطدم القانون الشخصى للفرد الذي يتحدد به أهلية الأداء بالأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى وجب على القاضى استبعاده ، وقد يتحقق هذا التعارض إذا كان قانون الجنسية يقضى بانعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب عنصرية أى بسبب الجنس أو اللون أو الدين كما كان يحدث في ظل النظام النازي في ألمانيا ([2]) .

كما يمكن استبعاد ذلك القانون إذا اتضح أن الشخص غير جنسيته ،وبالتالى قانونه الوطنى ، بنية التحايل على قانونه الوطنى السابق ، أو على قانون القاضي ([3]) .

ثالثاً : الإستثناء الوارد على القاعدة العامة بشأن الأهلية :

جاءت المادة (٢/١١) من القانون المدنى المصرى باستثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية إذ أنها نصت على أنه " ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلي سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الثاني تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته " .

أيعتد بهذا السبب ويعتبر الأجنبى ناقص الأهلية ، أم لا يعتد به ؟

ولقد استقى المشرع المصرى هذا الإستثناء من القضاء الفرنسى فى قضية شهيرة تسمى قضية " ليزاردى " تتلخص وقائعها في أن شاباً مكسيكياً يبلغ من العمر ثلاثة وعشرون عاماً اشترى وهو في باريس بعض المجوهرات من تاجر فرنسى بسداد ما عليه احتج الشاب المكسيكى ببطلان هذه السندات استناداً الى انه

---

[1] Niboyet المطول ، جزء خامس ، ص ٥١٩ ، Niboyet , T5 Op .Cit .,P .519 .

[2] د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

[3] د/ أحمد عبدالكريم / المرجع السابق ، ص ٧٢٩ .

كان ناقص الأهلية وقت تحريرها حيث ان قانون جنسيته وهو المكسيكى يحدد سن الرشد بخمسة وعشرين عاماً إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وقضت بصحة السندات وإلزام الشاب المكسيكى بدفع الدين ، وذلك بحجة " انه لا يجوز ان يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية ، وعلى ذلك يكفى لصحة العقد ان يكون الشخص الفرنسى قد تعاقد بدون خفة وبغير رعونة وان يكون حسن النية " . فلو فرضنا ان مصرياً باشر تصرفاً قانونياً مع اجنبى ، وكان هذا الاجنبى ناقص الأهلية ، حسب قانون جنسيته ، وكان نقص الأهلية فيه خفاء لا يسهل على الشخص المصرى تبينه ، فماذا يكون الحكم فى هذه الحالة ، هل يعتد به ؟ طبقاً لنص المادة (٢/١١) مدنى مصرى فأن نقص الأهلية لايعتد به ويعتبر التصرف صحيحاً ولكن يلزم توافر شروط معينة هى :

الشرط الأول : ان يكون التصرف مالياً : حتى لا يعتد بنقص أهلية المتعاقد الاجنبى ، فيجب ان يكون التصرف مالياً ، فأذا خرج من دائرة التصرفات المالية كأن تعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والمواريث والوصية فلا يسرى الاستثناء الذى أوردته المادة (٢/١١) حيث أن هذه العلاقات تحتاج الى درجة من الحيطة فلا يعزر الفرد بجهله بأهلية وحالة الطرف الاخر([1]).

الشرط الثانى : أن يكون التصرف قد تم فى مصر ورتب آثاره فيها :

ويظهر من هذا الشرط ان المشرع قصد حماية المعاملات التى تتصل بحياة المحتمع المصرى اتصالا وثيقاً لذا فهو لم يكنف بأن يكون التصرف أبرم فى مصر بل زيادة فى الحيطة ، وإبرازا لضرورة وجود رابطة بين النزاع والقانون المصرى ، استلزم المشرع ان ينفذ التصرف فى مصر .

كما يستخلص من نص المادة (٢/١١) إن الهدف هو حماية المعاملات التى يتم على الإقليم المصرى بصرف النظر عن كون المتعاقد مصرياً أو غير مصرى . فهذا النص يطبق سواء كان المتعاقد الذى وقع فى جهل اهلية المتعاقد الأجنبى مصرى أو أجنبى .

[1] د/ أحمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٥٠ ، د/ عزي الدين عبدالله ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .

الشرط الثالث : ان يكون نقص اهلية المتعاقد الاجنبى راجعاً الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الشخص الآخر تبينه :

بحيث يكون هذا الأخير معذوراً في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي ، فلو افترضنا أن مصرياً تعاقد مع أجنبى يبلغ من العمر ٢٢ عاماً وكان قانون دولته يحدد سن الرشد بـــ ٢٣ عاماً فإن المتعاقد المصرى قد يكون في هذه الحالة ، معذوراً في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي ، أما لو أن هذا الأجنبي يبلغ من العمر ٢٠ عاماً فلا يكون المتعاقد المصري معذوراً ، إلي جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي لأن سن الرشد في مصر هو ٢١ عامًا .

الشرط الرابع : أن يكون المتعاقد الأجنبي الناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقًا للقانون المصري قانون الدولة الذي تم بها العقد أي يكون أكثر من ٢١ عامة أما إذا كان أقل من ذلك فلا يكون المتعاقد المصري معذورا في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي .

رابعا: أهلية الاشتغال بالتجارة في مصر :

سنفرق في هذا الصدد بين قدرة القاصر علي مباشرة التجارة وبين أهلية المرأة المتزوجة للاشتغال في التجارة في مصر .

١- من حيث قدرة القاصر على مباشرة التجارة :

حدد المشرع المصري القواعد الخاصة بالأهلية التجارية بالنسبة لجميع الحالات التي يراد فيها مباشرة التجارة في مصر سواء بالنسبة للمصريين أو بالنسبة للأجانب ، فنص في المادة الرابعة من القانون التجاري على أنه " يسوغ لمن بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة ، وأما من بلغ سنه ثماني عشر سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنه قاصر فلا يجوز أن يتجر إلا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما إذا كان القانون يقضي برشده فلا يتجر إلا بإذن المحكمة الإبتدائية " .

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع فرق بين ثلاثة طوائف من الأشخاص بحسب السن (سواء أكانوا وطنيين أم أجانب) .

الطائفة الأولي : من بلغ سنه الحادية والعشرين : فهو يعتبر أهلا للاشتغال بالتجارة مصريًا كان أو أجنبيًا، وذلك حتى ولو كان قانون جنسيته الأجنبي لا يجيز ذلك .

الطائفة الثانية : من لم يبلغ الثامنة عشر من عمره : فلا يجوز له الاشتغال بالتجارة في مصر حتى ولو كان قانون جنسيته الأجنبي يجيز له ذلك .

الطائفة الثالثة : من بلغ من العمر ثمانية عشرة عاماً : هنا نفرق بين المصري والأجنبي فلا يجوز للمصري الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يتجر إلا بإذن من المحكمة سواء أكان إذنا مطلقا أو مقيداً .

أما بالنسبة للأجنبي فيلزم الرجوع بشأنه إلي قانون جنسيته ، فإذا كان يعتبره كامل الأهلية في هذه السن فيجوز له أن يزاول التجارة في مصر شريطة الحصول على إذن بذلك من المحكمة الابتدائية أما إذا كان قانونه يعتبره قاصراً فلا يجوز له أن يباشر التجارة في مصر إلا بالشروط المقررة في قانون جنسيته .

٢- أهلية المرأة المتزوجة للاشتغال بالتجارة في مصر :

اختلف الفقه في هذا الشأن فذهب بعضهم إلى ضرورة الرجوع إلي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لمعرفة ما إذا كان يستلزم حصول المرأة المتزوجة على إذن زوجها عند مباشرة التصرفات القانونية ويفضل البعض الآخر ضرورة الرجوع إلى قانون الدولة التي تمارس فيها المرأة المتزوجة مقر نشاطها التجاري.

إلا أن المشرع المصري حسم هذا الخلاف و أوجب الرجوع إلى قانون الدولة التي تحمل المرأة جنسيتها ، فإذا استلزم هذا القانون ضرورة الحصول عل إذن زوجها للقيام بالأعمال التجارية وجب الحصول على هذا الإذن . وعلى ذلك نصت المادة (٥) من القانون التجاري بقولها " وكذلك تكون أهلية النساء للتجارة علي حسب قانون أحوالهن الشخصية " .

ويتضح من هذا النص أن يتضمن قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق علي أهلية المرأة لمزاولة التجارة في مصر بأنه هو قانون جنسيتها.

وقد استهدف المشرع من ذلك احترام إرادة المرأة ومعاملتها طبقا لأحكام جنسيتها وليس حسب قانون جنسية زوجها ، مما يعني أن الزواج لا ينتقص من أهليتها للتجارة وتظل خاضعة في ذلك لقانونها الشخصي ([1]) .

---

[1] د / فؤاد رياض ، د / سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ٢٦٨ ، د / محمد سيد عرفه : المرجع السابق، ص ١٩٥ ، وما بعدها.

المبحث الثاني

قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج والطلاق

الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد رضائي بين رجل وامرأة، مادام يصح التعاقد بينهما، بغرض تأسيس أسرة شرعية ويرتب لكل منهما حقوقاً ويحمله بواجبات متبادلة([1]).

ومن المعلوم أن مفهوم الزواج في الشريعة الإسلامية يختلف عن مفهومه في الشرائع غير الإسلامية، فهو في الشريعة الإسلامية يتميز بأنه يفيد الدوام ، ويجوز إنهاؤه بالإرادة المنفردة ، كما يجوز للزوج أن يعقد علي أكثر من زوجة بما لا يجاوز أربع زوجات .

أما الزواج في الشرائع غير الإسلامية ، ولاسيما المسيحية ، يبدو مختلفاً فهو عقد يشترط فيه التأديد ، ولا ينحل بإرادة الزوجين أحدهما أو كلاهما، والأصل فيه الوحدانية وعدم القابلية للتعدد أي لا يجوز للزوج أن يتخذ غير زوجة واحدة.

وذلك يعني أن الزواج من النظم التي تتأثر باعتبارات الدين، ولا تتفق القوانين في مختلف الدول على تحديد فكرة الزواج ذاتها والشروط اللازمة لوجودها.

لذا فإن تحديد الرابطة التي تعد زواجاً تعد مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي.

ويتعين علي القاضي ألا يلتزم في بيان معني الزواج بالمعني الذي تحدده القواعد الموضوعية في قانونه بل يأخذه بمعني يتسع لأن تندرج فيه النظم التي تسمي زواجاً في قوانين مختلف الدول ([2]).

ولما كان الزواج من أهم الروابط القانونية التي تحدد مركز الشخص في أسرته ، فقد حرص المشرع المصري علي تنظيمه بقواعد إسناد خاصة تشمل الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية من نشأتها حتى انفصالها . فلم يقتصر المشرع علي النص علي قاعدة إسناد خاصة بانعقاد الزواج بل نص أيضاً علي قاعدة إسناد بين القانون الواجب التطبيق علي آثار الزواج، وقاعدة أخري تبين القانون المختص بانقضاء رابطة الزوجية.

---

[1] د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ، ص ٧٥٨ ، د / فؤاد رياض ، د / سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ٢٠١ .

[2] د/ عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ، ص ٢٤٨.

وبناء عليه فإننا نقسم هذا المبحث علي الوجه التالي :

المطلب الأول: في تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج.

المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج

المطلب الثالث: قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال رابطة الزوجية.

المطلب الرابع : الاستثناء على قاعدة الاسناد الخاصة بالزواج ، وفيما يلى نقوم بتفعيل ذلك فى الصفحات التالية :

المطلب الأول

في تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج

تتضمن التصرفات الإرادية نوعين من الشروط، ولما كان الزواج تصرفاً إرادياً فإنه من الطبيعي أن يتضمن هذين النوعين، ولقد حرص المشرع المصري علي النص صراحة على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية ، أما فيما يخص الشروط الشكلية فقد اكتفي المشرع بقاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات ـ القانونية بصفة عامة.

ونظراً لاختلاف قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية عن تلك الخاصة بالشروط الشكلية ، أضحي لزام علي القاضي أن يقوم بتحديد طبيعة الشرط هل هو شرط شكلي أم شرط موضوعي وهذه مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي أي للقانون المصري ، كما أوضحنا آنفاً ، ومن المعلوم أن النظام القانوني المصري يتضمن العديد من الشرائع الداخلية التي تنظم مسألة الزواج ، وتعد الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة التي تطبق بالنسبة للمسلمين وبالنسبة لغيرهم غير متحدي الملة والطائفة ، أما غير المسلمين متحدي الملة والطائفة فقد سمح المشرع بتطبيق أحكامها على أفراد الطائفة والملة في مجال الزواج .

وبناء عليه فإنه يجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لإجراء التكييف الضروري في كل مرة يكون أحد أطراف العلاقة مسلماً، وطني أو أجنبي، أو كان طرفا العلاقة من غير المسلمين مختلفة الملة أو الطائفة ، أما فيما يخص غير المسلمين متحدي الملة والطائفة فيجب علي القاضي الرجوع، بشأن تحديد صيغة الشرط، إلي شريعتهم الخاصة وذلك وفقا لأحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٩٥ التي تقرر أنه" بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم ".

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الموضوعية لتكوين الزواج هي الأهلية للزواج والتراضي أي توافق إرادتي الطرفين وموافقة الولي ورضا الوالدين وشروط الصلاحية في الزوجين كالبلوغ وصلاحية الزوجة أن تكون محلا لعقد الزواج ، وهذه الشروط يطلق عليها الشروط الإيجابية ، ويجاورها شروط سلبية أو ما يسمي موانع الزواج كوجود قرابة توجب التحريم سواء قرابة دم أو قرابة مصاهرة ، أو قرابة رضاع ؛

أو ارتباط الزوجة بزواج قائم لم ينحل ، أو وجودها في فترة العدة أو اختلاف الدين ، أما الشهادة علي الزواج فلا تعتبر من الشروط الموضوعية بل تدخل في فكره شكل الزواج وتخضع للقانون الذي يحكمه([1]).

الفرع الأول

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزوجين

تطبيق قانون كل من الزوجين

تنص (م ١٢) من القانون المدني المصري على أنه" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلي قانون كل من الزوجين " ، وأن كان المشرع لم يحدد الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية كل من الزوجين، إلا أن المنطق يقوم إلى الاعتداد بوقت انعقاد الزواج على أساس أنه الوقت الذي يلزم فيه توافر الشروط اللازمة لذلك([2]).

وتكمن الحكمة في الرجوع إلى قانون كل من الزوجين إلي أن عقد الزواج يخلق نظاماً قانونياً بين شخصين ينتميان – غالباً – إلي مجتمعين مختلفين، ومن ثم فلا يتصور أن ينشأ ذلك النظام صحيحاً طبقا لقانون أحد الطرفين دون قانون الطرف الأخر([3]).

إعمال القانون الواجب التطبيق:

لا توجد صعوبة إذا كان الزوجان من جنسية واحدة ، حيث سيطبق القاضي قانون الجنسية المشتركة ، أما إذا كان الزوجان ينتميان إلي جنسيتين مختلفتين ، حينئذ يثور التساؤل عن المقصود باصطلاح قانون كل من الزوجين " يذهب جانب من الفقه إلى تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً ، بمعني أن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اعتبر كذلك وفقا لقانون كل من الزوجين ، وهو ما لا يتحقق إلا باستيفاء الزوج

---

[1] د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ، ص ٧٧ وما بعدها.

[2] د / فؤاد رياض، د / سامية راشد : المرجع السابق، ص٢٠٦ .

[3] د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص٧٧٥.

شروط الزواج في قانونه و قانون جنسية الزوجة ، وكذلك استيفاء الزوجة لشروط الزواج في قانونها وقانون جنسية الزوج([1]).

ولمزيد من الإيضاح نعرض المثال الآتي، عندما يرغب شخص إنجليزي في الزواج من فرنسية، فينبغي التأكد من توافر الشروط الموضوعية بشأن الزوج وفقا للقانون الإنجليزي والقانون الفرنسي.

وفي المقابل يجب التأكد من توافر الشروط الموضوعية : الزوجة وفقا القانون الفرنسي وكذلك وفقا للقانون الإنجليزي.

غير أن الأخذ بالتطبيق الجامع يؤدي إلى التقليل من فرص الزواج المختلط، فضلا عن أنه يؤدي إلي إهدار كل قيمة للقواعد الأكثر تساهلا([2]).

ومن هذا المنطلق، ذهب الفقه الغالب إلى ضرورة تطبيق قانون كل من الزوجين بشكل موزع بمعني أنه يكفي توافر الشروط الموضوعية لصحة الزواج الكل طرف وفقا لقانونه فقط دون قانون الطرف الآخر ([3]) ففي المثال السابق يكفي توافر الشروط الموضوعية . للزوج الإنجليزي طبقا للقانون الإنجليزي . والزوجة الفرنسية طبقاً للقانون الفرنسي.

ويبرر أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم بأن القانون الوطني وضع خصيصاً الحماية رعاياه فقط دون غيرهم. فالمشرع الوطني يهدف من وضع القوانين حماية مصالح مواطنيه دون مواطني الدول الأخرى.

ورغم سيادة الرأي الذي يقضي بتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين علي الشروط الموضوعية للزوجين، إلا أن أنصار هذا الاتجاه تحفظوا بصدد موانع الزواج وطالبوا بأن يطبق عليها التطبيق الجامع . وبناء عليه فإذا وجد مانع للزواج أحد الزوجين دون الطرف الآخر كالقرابة المحرمة أو اختلاف الدين أو غير ذلك فسوف يسمح التطبيق الموزع بقيام رابطة الزوجية وهذا أمر لا يمكن قبوله، لأن رابطة الزوجية وحدة لا تتجزأ مما يتعين معه تطبيق القانونين معا. ومن الصعوبة بمكان أن يقبل بشأنها قانون أحد الزوجين دون الزوج الأخر([4]).

---

[1] راجع : د عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ، ص ٢٦٠

[2] د / فؤاد رياض، د / سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص٢٠٧.، د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ،ص٧٧٩.

[3] Niboyet , traite , op . cit . p 531.
Holleaux , foyer , de la PRADELLE , op . cit . , p 516
Mayer : op . cit . , p 392

[4] Batiffol et LAGARDE . op . cit . , p . 37

النظام العام واستبعاد القانون الواجب التطبيق :

بينا من قبل أن النظام العام هو دفع يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية إذا تعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني وبالنسبة للنظام القانوني المصري فيعتبر متعارضاً مع النظام العام القانون الأجنبي الذي يبيح زواج المسلمة من غير المسلم ، أو الذي يحظر على الزوج المسلم أن يتزوج بأكثر من زوجة وكذلك القانون الأجنبي الذي يبيح زواج المحارم.

فإذا توافرت مقتضيات النظام العام الوطني عند إبرام الزواج يمتنع علي الجهة المختصة إبرامه أو توثيقه أما إذا وجد هذا المانع عند المنازعة القضائية، يمتنع على المحاكم تطبيق القانون الأجنبي للزوج أو الزوجة واستبعاده وإحلال القانون الوطني مكانه.

الفرع الثاني

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج

أولاً : المقصود بالشروط الشكلية :

يقصد بالشروط الشكلية اللازمة لإبرام الزواج كل ما يتصل بالقالب أو المظهر الذي يتم فيه الزواج مثل إجراءات الزواج والإعلان عنه والمعارضات تقدم فيه ولو كان في الزواج وشهود تحرير العقد ، و غير ذلك من المظاهر الخارجية للتعبير عن الارادة([1]).

ومن أهم الشروط التي أثارت خلافاً في الفقه والقضاء حول طبيعتها وهل تعد شرطاً موضوعياً أم شرطاً شكلياً هو ما يسمي بشرط المراسم الدينية أي شرط إجراء الزواج في حفل ديني ويحضره أحد رجال الدين ليقوم ببعض الطقوس الدينية أو يتلفظ بعبارات دينية معينة ، حيث تعتبر بعض البلدان مثل فرنسا أن الزواج نظاماً مدنياً ، وبالتالي فإن شرط المراسيم الدينية يعد من الشروط الشكلية الزواج ، والبعض الآخر

[1] في هذا المعني د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ، ص ٧٨٢ ، د / محمد السيد عرفة المرجع السابق ، ، ص ٢٠٤

مثل اليونان فينظر إلى الزواج بأعتباره نظاماً دينياً وبناء عليه المراسم الدينية على أنه من الشروط الموضوعية الزواج (١٣٩٧ م)([1]).

أما في مصر فقد اختلفت الآراء بهذا الخصوص، حيث ذهب رأي في الفقه إلي اعتبار شرط المراسم الدينية من الشروط الشكلية للزواج علي أساس أن القاضي المصري وهو بصدد تكييف هذا الشرط يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تعتبر الزواج فيها من العقود الرضائية ، التي لا يشترط فيها القيام بأي إجراء شكلي إذ يتم الزواج بإيجاب وقبول وشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، مما يعني أن تخلف هذا الإجراء لا يترتب عليه بطلان الزواج طالما أنه أبرم صحيحاً في شكل مدني يبرمه قانون بلد الإبرام أو أي قانون آخر مختص.

ويري جانب آخر من الفقه أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي علي إطلاقه لأن القانون المصري فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية نظام قانوني مركب يضم بجانب الشريعة الإسلامية التي تعد الشريعة العامة الواجبة التطبيق علي المسلمين وعلي غير المسلمين مختلفي الملة والطائفة شرائع أخرى ملية تحكم الاحوال الشخصية للمصريين متحدة الملة والطائفة ، فإذا كان الزواج في الشريعة الإسلامية نظاما مدنيا فهو في الشرائع الملية يعد نظاما دينياً ، وبالتالي فإن شرط المراسيم فى هذه الشرائع يعد شرطاً موضوعية ، لأن تدخل القاضي لإبرام الزواج هو تعبير عن رضا الله بالزواج ، ومن هذا المنطلق يذهب أنصار هذا الرأي إلي التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان الزواج يبرم بين طرفين مسلمين أو غير مسلمين مختلفي الملة والطائفة فيعتبر شرط الزواج شرطاً شكلية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرض الثاني : إذا كان الزواج بين طرفين متحدي الملة والطائفة فيجب علي القاضي الرجوع إلي شريعتهم الخاصة لتحديد ، هل هذا الشرط موضوعي أم شكلي حتى يطبق قاعدة الإسناد المناسبة عليه([2])

---

[1] وتنص هذه المادة على أن "يعتبر منعدما زواج الأشخاص التابعين لكنيسة الأرثوذكس إذا لم يباشره أحد قساوسة هذه الكنيسة".

[2] راجع في هذا الخصوص ، محمد سيد عرفة : المرجع السابق، ص٢٠٤

ثانيا : القانون الواجب التطبيق :

كان المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي يتضمن نصاً يقضي بأنه "من حيث الشكل يعتبر الزواج صحيحاً ما بين أجنبيين أو ما بين اجنبي ومصري إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع الذى قررها قانون كل من الزوجين".

إلا أن لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت النص المذكور وبررت ذلك بالاكتفاء بالقاعدة العامة في هذا الشأن ، وفسر بعض الفقهاء أن المقصود بالقواعد العامة في هذا الخصوص هي قواعد الأشكال الخاصة بالتصرفات القانونية بصفة عامة أي القواعد التي تضمنتها المادة (٢٠) من القانون المدني المصري والتي تنص علني أن "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها القانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك ".

ونظراً لأن القانون الذي يحكم موضوع الزواج هو قانون جنسية كل من الزوجين، ولذا فإن القوانين التي يمكن أن يخضع لها شكل الزواج ينحصر في أربعة قوانين قانون محل الإبرام، قانون الموطن المشترك اذا اتحدأ موطنه ، قانون الجنسية المشترك للمتعاقدين ، ومهما يكن من أمر فإن إعمال المادة (٢٠) مدنى الذى تحكم شكل العقد أو التصرف ، يظهر فيها كما توضحت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى الحالى بخصوص القانون الذى يحكم الشكل الطابع التخييرى او المكمل للقاعدة الواردة فيها يستلزم أن نفرق بين عدة فروض :

الفرض الأول : زواج المصريين في الخارج : وفقا للمادة (٢٠) من القانون المدني يكون زواج المصريين ، في الخارج ، صحيحة من ناحية الشكل ، إذا تم وفقا لما يتطلبه قانون محل انعقاده، أو حسب قانون جنسيتهم المشتركة، أوفقا لقانون موطنهم المشترك ، وذلك علي التفصيل الآتي :

الشكل المحلي :

أ- يكون زواج المصريين في الخارج صحيحاً من الناحية الشكلية إذا تم حسب ما هو موجود في بلد الإبرام، ويجب أن نفرق بين فرضين :

الأول : إذا كان الزواجان مسلمان أو كان الزوج علي الأقل مسلماً ، فلا يجوز لهما إبرام الزواج في الشكل المحلي إلا إذا كان الشكل مدنياً.

الثاني : إذا كان الزوجان غير مسلمين فيجوز لهما إبرام الزواج في الشكل المحلي لقانون بلد الإبرام سواء أكان شكلا مدنيا أم دينيا.

ب- الشكل المقرر في قانون الجنسية المشتركة للزوجين :

يجوز للزوجين المصريين أن يبرما زواجهما في الخارج وفقا للشكل المقرر في القانون المصري بوصفه قانون جنسيتهم المشتركة ، ولكن يجب أن نفرق بين فرضين:

الأول : إذا كان الزوجان مسلمين فلهما أن يبرما الزواج وفقا للشكل العرفي المقرر في الشريعة الإسلامية أي بإيجاب وقبول وحضور وشاهدي عدل . ولكن هذا الزواج لا يمكن الاحتجاج به أمام المحاكم المصرية عند إنكار النسب نظرا لأنه لم يثبت في وثيقة رسمية

الثاني : إذا كان الزوجان غير مسلمين فلا يجوز لهما إبرام زواجهما إلا أمام الموثقين المنتدبين ، ومع ذلك يجوز للمصريين مسلمين أو غير مسلمين (أو حتى إذا كان أحدهما علي الأقل مصريا) إبرام زواجهم في الخارج في الشكل الدبلوماسي أو القنصلي وذلك بشرط الحصول على إذن مسبق من وزير الخارجية المصرية (م ١٤ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٥٥ الخاص بنظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي) .

وأخيرا ، يكون للمصريين ، في الخارج ، أن يبرموا زواجهم في الشكل المقرر في قانون الدولة التى يتوطنون فيها شريطة ألا يكون شكلا دينياً إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما مسلماً.

الفرض الثاني : زواج الأجانب في مصر :

وفقا للمادة (٢٠) مدني يكون زواج الأجانب في مصر صحيحا من حيث الشكل إذا تم إبرامه وفقا لأحد أشكال ثلاثة :

أ- يجوز للأجانب أن يبرموا زواجهم في مصر طبقا لأحكام القانون المصري باعتباره القانون المحلي ، ويمكن لهؤلاء الأجانب أن يختاروا أحد أشكال الثلاثة.

الشكل المدني الرسمي : يتم الزواج وفقا لهذا الشكل أمام جهة توثيق محددة قانوناً وهي إما أن تكون مكاتب توثيق تختص بإثبات عقود الزواج المبرمة در بين أجانب أو مصريين غير مسلمين غير متحدي الملة والطائفة ، وإما أن يكون جهة منتدبة من قبل وزير العدل تختص بإثبات عقود الزواج التي تبرم بين

مصريين غير مسلمين متحدي الملة والطائفة . ولقد حددت هذه الجهات المادة الثالثة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق والمعدلة بالمادة الأولي من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ حيث نصت علي أن : " تتولى مكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج الخاصة أو شهادات الطلاق والرجعة والتصادق علي ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين غير متحدى الملة والطائفة ، ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة للمصريين متحدى الملة والطائفة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين في وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم .

٢ – يجوز للأجانب إبرام زواجهم وفقا للشكل الإسلامي العرفي، أي بصدور إيجاب و قبول وحضور شاهدي عدل ، ولكن يؤخذ علي هذا الشكل أنه لا يجوز سماع دعوى الزوجة أمام المحاكم المصرية عند إنكار النسب.

وتجدر الإشارة إلى أن زواج الأجانب في مصر يكون صحيحاً إذا تم في الشكل العرفي ولا يكون كذلك إذا تم في الشكل الرسمي أي أمام مأذون لأن ذلك يتعارض مع نص المادة (١٩) من لائحة المأذونين الصادرة في ٤يناير ١٩٥٠ حيث جاء فيها أنه "لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية ".

٣- يجوز للأجانب إبرام زواجهم أمام جهاتهم القنصلية أو الدبلوماسية متى كانت قوانين الدول التي ينتمون إليها تجيز لهم ذلك ، ولهم في هذه الحالة أن يبرموا زواجهم لدي قنصلية دولتهم إذا كان الزوجان متحدي الجنسية ، أما إذا اختلفت جنسيتهما فيتم إبرام الزواج مرة أمام قنصل دولة الزوج ، ومرة أمام قنصل دولة الزوجة.

ب- يجوز للأجانب أن يبرموا زواجهم طبقاً ، للشكل الذي يقضي به قانون جنسيتهم المشتركة. فإذا اختلفت جنسياتهم فيلزم إبرام الزواج فى الشكل المقرر في قانون جنسية الزوج ثم في قانون جنسية الزوجة.

ج – للأجانب الحق في إبرام الزواج وفقاً للقواعد التي يتطلبها قانون موطنهما المشترك ([1]).

[1] المزيد من التفصيل حول هذا الموضوع: د/ فؤاد رياض: د/ سامية راشد: المرجع السابق، ص٢٨وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص٧٨٢ن د/ محمد سيد عرفة: المرجع السابق، ص٢٠٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج

تنص المادة (١٣) من القانون المدني المصري علي أنه "يسري قانون الدولة ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما ذلك من أثر بالنسبة للمال".

أولاً : مفهوم آثار الزواج وفقا للمادة ١٣ من القانون المدني :

آثار الزواج هي مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين والتي تنشأ عن عقد الزواج مثل" الطاعة والمهر والنفقة وحرمة المصاهرة وأنساب الأولاد"، وهذه حقوق والواجبات بعضها شخصي والبعض الآخر له طبيعة مالية.

١- الآثار الشخصية: فهي تنقسم إلى نوعين :

أ- آثار شخصية بحتة :

وهي الآثار التي تتصل بشخص الزوجين مثل حق الزوج علي زوجته في الطاعة والقرار في منزل الزوجية وحق الزوجة على زوجها في العدل إذا تعددت زوجاته.

ب - لآثار شخصية ذات طابع مالي :

وتكمن هذه الآثار في حق الزوجة على زوجها في المهر وحق الإرث بين الزوجين وحق الزوجة في نفقة الزوجية.

٢- الآثار المالية :

كما يترتب على الزواج آثار شخصية تتعلق بشخص كل من الزوجين ويتصل بحالته كزوج، يترتب عليه، أيضا، آثار ذات طابع مالي، أي تتعلق بالذمة المالية ، والأموال التي يمتلكها أي من الزوجين قبيل الزواج وبعده ونظامها القانوني وملكيتها وإدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها والديون التي تتم قبل الزواج أو أثناء وبعد انحلاله ، وتسوية حقوق كل من الزوجين ([1]).

[1] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص٨٠٤، د/ محمد سيد عرفة : المرجع السابق، ص٢٠٩.

وتجدر الإشارة إلي إنه على خلاف السائد في العديد من النظم القانونية، فإن الشريعة الإسلامية والشرائع غير الإسلامية السارية في مصر لا ترتب على قيام الزواج أي أثر على استقلال الذمة المالية للزوجين، حيث يحتفظ كل زوج بحقه وحريته في التملك وفي إدارة أمواله والانتفاع بها والتصرف فيها([1]).

والسؤال الذي يطرح نفسه، في هذا المقام هو تحديد أي من هذه الآثار، يدخل فى مضمون آثار هذا الزواج التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد ، تتفق النظم القانونية ومنها النظام القانوني المصري على أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين على أثر عقد الزواج تعد من آثار الزواج سواء كانت ذات طابع شخصي أو مالي ([2]).

ثانيا : قاعدة الإسناد بشأن آثار الزواج :

رأينا أن المادة (١٣) مدني مصري حددت صراحة قاعدة الإسناد التي تخضع لها آثار الزواج وتقضي هذه القاعدة بخضوع هذه الآثار لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.

ويلاحظ علي هذا النص أنه لم يكتف بإخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج بل حدد اللحظة التي يعتد بها في تحديد هذا القانون وهي وقت انعقاد الزواج ، فإذا غير الزوج جنسيته بعد إبرام الزواج فلا يؤثر ذلك على تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإذا تزوج مصري بفرنسية تم تجنسن الزوج بالجنسية الإيطالية بعد الزواج فإن أثار هذا الزواج تبقي خاضعة لأحكام القانون المصري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وإن كان البعض يري ضرورة الأخذ بقانون الجنسية الجديد خاصة إذا كانت هي ذاتها جنسية الزوجة. فلو أن الزوج، في المثال السابق قد اكتسب الجنسية الفرنسية وهي نفس جنسية الزوجة فيفضل تطبيق القانون الفرنسي على آثار الزواج باعتباره قانون الجنسية المشتركة للزوجين.

وتبرز أهمية الاعتداد بوقت انعقاد الزواج لتحديد القانون الواجب التطبيق، في أن تحديد التزامات كل من الزوجين قد تحددت في ذلك الوقت وعلم كل طرف منهما بحقوقه وواجباته.

وهناك بعض المسائل التي أثارت بعض الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق علي آثار الزواج نذكر منها مشكلة النفقة، ويرجع ذلك إلى أن هناك أكثر من نفقة حيث توجد نفقة الأقارب ، فقد وضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بهذه النفقة وأخضعها لقانون المدين بها سواء كان الزوج أو الزوجة ، فإذا

---

[1] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ، ص ٢٠٦

[2] د/ فؤاد رياض ، د / سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ٢١٧ .

طلبت زوجة من القضاء المصري نفقة لابنها لحين حصولها على حكم بتطليقها فإن هذه النفقة ، تخضع لقانون المدين بها سواء كان الزوج أو الزوجة ، فلو لجأت زوجة مصرية إلى القضاء المصري مطالبة بنفقة لابنها من زوجها سعودي الجنسية فإن القانون السعودي هو الواجب التطبيق باعتباره قانون الزوج المدين بالنفقة. ويتكفل هذا القانون بتحديد قدر النفقة وجزاء الامتناع عنها وانقطاعها وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالنفقة ، كما توجد النفقة الوقتية وهي النفقة التي تطالب بها الزوجة أثناء رفعها دعوى ترتبط بإنشاء رابطة الزوجية أو إنهائها كدعوي التطليق مثلا ، ولا يقصد بهذا الطلب سوي إصدار حكم وقتي لمواجهة حاجة الزوجة التي قد يؤدي بطء التقاضي إلي إصابتها ببعض الاضرار ، وتجدر الإشارة إلي أن هذا الحكم ليس من شأنه التأثير في جوهر النزاع ([1]).

وقد اختلفت الآراء حول تكييف طلب الزوجة بهذه النفقة الوقتية فذهب البعض إلى تكييفها على أنها من موضوع دعوى التطليق ومن ثم تخضع للقانون الذي يخضع له التطليق ومن ثم تخضع لقانون الذي يخضع له التطليق وهو جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كما سنري([2]).

وذهب رأي آخر إلي اعتبارها أثر من آثار عقد الزواج فهي أثر ونتيجة لقيام رابطة تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج ([3]) ، ويذهب البعض الآخر أنها تخضع لقانون القاضي باعتبارها من الإجراءات الوقتية وذلك تطبيقاً لنص المادة(٢٢ مدني) التي تقضي بأنه "يسري علي قواعد المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ".

ولكن نري أن النفقة الوقتية تخضع لقانون القاضي ليس استنادا إلى المادة (٢٢) مدني حيث أن المقصود بهذه الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة تلك التي تتعلق بكيفية عرض النزاع علي المحاكم وسيرالخصومة ، ولكن ترجيحنا لخضوع النفقة الوقتية لقانون القاضي استنادا إلي أنها من التدابير الضرورية التي تطلب من القضاء اتخاذها بغض النظر عن النزاع الأصلي ، وعندما يقرر القاضي مثل هذه التدابير الضرورية فإنما يرجع إلى القواعد المقررة لهذه التدابير فى قانونه([4]).

---

[1] انظر الأستاذ / محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن (الجزء الثاني).

[2] د / أحمد مسلم : النفقة الوقتية ، تكييفها و القانون الذي يحكمها، مجلة التشريع و القضاء، السنة الرابعة ص ٩ وما بعدها .

[3] د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص٨١٤.

[4] راجع د / فؤاد رياض، د / سامية راشد : المرجع السابق، ص ٢٢٤

المطلب الثالث

قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال رابطة الزوجية

المقصود بانحلال رابطة الزوجية :

يقصد بانحلال رابطة الزوجية، انتهاء هذه الرابطة إما لسبب غير إرادي أو طبيعي كالوفاة وهنا لا توجد مشكلة ، وإما لسبب إرادي كأن ينقضي الزواج بإرادة أحد الزوجين المنفردة، وعادة ما يكون الزوج، وهو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالطلاق، أو تنفصم عري رابطة الزوجية بحكم قضائي و هو ما يعرف بالتطليق أو أن يتحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء علاقة الزوجية قائمة وهو ما يعرف بالانفصال الجسماني وهو نظام موجود بالنسبة للنظم القانونية التي لا تجيز التطليق أو تحصره في نطاق ضيق([1]).

القاعدة بشأن انحلال رابطة الزوجية :

وضع المشرع المصري قاعدة إسناد خاصة بانقضاء رابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، حيث نصت المادة (٢٣/٢)القانون المدني على أنه "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

ويتضح من هذا النص أن المشرع جاء بقاعدة إسناد واحدة بالنسبة للطلاق والتطليق والانفصال الجسماني حيث نصت علي إخضاع جميع حالات انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج ، وهذا على خلاف الأمر بالنسبة لإنعقاد الزواج حيث أخضع الشروط الموضوعية للزواج لقاعدة إسناد تختلف عن قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية ، ولكن علي الرغم من أن المشرع وحد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لانقضاء الزواج إلا أنه فرق في الوقت الذي عينه في تحديد هذا القانون. فقد نص المشرع علي خضوع الطلاق إلي قانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق. بخصوص التطليق فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى التطليق.

---

[1] في نفس المعني ، د / فؤاد رياض ، د / سامية راشد : المرجع السابق ، ، ص ٢٢٧.

ولقد أثار موقف المشرع المصري انتباه بعض الفقه بشأن الوقت الذي يعتد به فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتطليق ، لما ينتج عنه من مقاضاة الزوجة بالطلاق حسب قانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق ، أو الحصول علي حكم بالتطليق وفقاً لآحكام جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، وفي هاتين الحالتين قد تجهل الزوجة القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو التطليق لأن الزوج قد غير جنسيته بعد الزواج ويكتسب أجنسية جديدة تسمح بإنهاء الزواج بطريقة لم تعهدها الزوجة ولم يسمح بها قانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج، فعلي سبيل المثال قد يسمح قانون جنسية الزوج الجديدة بإيقاع الطلاق ، في حين أن قانون جنسية الزوج القديمة لم تكن تسمح بذلك.

وبناء على ما سبق فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يعدل من موقفه ويضع نصاً يقضي بإخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتباره القانون الذي يكون معلوما للزوجين وقت انعقاد الزواج والذي كان تطبيقه يدخل في توقعاتهم عند الزواج فيما يتعلق بانحلال الزواج ([1]).

وحسب نص المادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري فإن الشروط الموضوعية لصحة التطليق والطلاق والانفصال الجسماني ينظمها قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال ، فيحدد هذا القانون من له الحق في إيقاع الطلاق وطريقة ممارسة هذا الحق ، والأسباب التي تبرره أما إجراءات التطليق أو الانفصال، فتخضع لقانون القاضي طبقا لنص المادة (٢٢) ماني مصري. أما بخصوص آثار الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني فإننا نتميز بين نوعين من الآثار. ويتمثل النوع الأول في الآثار التي تمس العلاقة الشخصية بين المطلق والمطلقة، وهي تدخل في فكرة الطلاق أو التطليق أو الانفصال ويحكمها قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

أما النوع الثاني فيدخل فيه الآثار التي تمس الحالة الشخصية لكل من المطلقين مثل معرفة مدي حقه في إبرام زواج جديد أو هل توجد عدة معينة يجب علي الزوجة انتظارها حتى يتزوج من جديد أو هذه الآثار تعد من مسائل الحالة التي تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين كما أوضحنا من قبل([2]).

ولكن هناك تساؤلاً يطرح نفسه في هذا المقام مفاده ماذا لو تعارض قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج مع النظام العام لدولة القاضي؟

---

[1] انظر الدكتور جابر جاد : تنازع القوانين ، ص ٣٤٤ .

[2] د / محمد سيد عرفة : المرجع السابق ، ، ص ٢١٢ .

طبقاً لمفهوم الدفع بالنظام العام وآثاره التي أشرنا إليها آنفا، يلزم القاضي باستبعاد تطبيق هذا القانون وإحلال قانون القاضي بدلا منه فمثلا إذا كان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يمنع عن الزوج المسلم حقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة فيجب استبعاد تطبيق هذا القانون لتعارضه مع النظام العام المصري.

كما يتعين على القاضي المصري استبعاد القانون الواجب التطبيق (قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وفقاً للمادة ٢/١٣) عندما لا يسمح هذا القانون بإنهاء الزواج نتيجة لتغيير ديانة الزوج المسلم إذا كانت زوجته مسلمة، لأن ذلك يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يجوز وفقا لها أن تتزوج المسلمة بغير مسلم.

المطلب الرابع

الاستثناء العام علي قاعدة الإسناد

الخاصة بمسائل الزواج

بعد أن وضع المشرع قواعد إسناد خاصة بالشروط الموضوعية والشروط الشكلية برابطة الزوجية وكذلك آثارها وانقضائها في المادتين (١٢ ، ١٣) مدني جاءت المادة (١٤) من القانون المدني باستثناء عام علي كل القواعد السابقة مفاده أنه إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون المصري وحده . إذ تقضي هذه المادة على أنه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون المصري وحدد فيما عدا شرط الأهلية للزواج " ، وفيما يلي نوضح المقصود بهذا الاستثناء ثم نبين مجال تطبيقه.

أولا : المقصود بالاستثناء :

يتضمن نص المادة (١٤) مدني مصري قاعدة إسناد انفرادية قصد بها المشرع فقط تحديد حالات تطبيق القانون المصري علي الزواج المختلط، وضابط الإسناد هو الجنسية المصرية لأحد الزوجين وقت انعقاد الزواج ([1]) ويعني ذلك أن القانون المصري يسري علي رابطة الزوجية إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج سواء كان هو الزوج أو الزوجة ، وعلى ذلك إذا كان الزوجان كلاهما أجنبيا

[1] د / أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص ٨٦٣.

وقت انعقاد الزواج فإن هذا الاستثناء لا يسري حيث يخضع الزواج للقواعد العامة التي سبق شرحها حتى لو اكتسبت الزوجة أو الزوج أو كلاهما الجنسية المصرية بعد ذلك.

وعلى العكس إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ثم غير جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية دولة أخرى فيسري هذا الاستثناء لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج ، ويستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن سبب هذا الاستثناء هو تلافي ما قد يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج المصري المسلم صحيحا وفقا للقانون المصري وباطلا وفقا لقانون جنسية الزوجة الأجنبية . وقد وجد أنه من الأفضل تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج وانقضائه تحقيقا للتجانس في القانون الذي يحكم نظام الأسرة ([1]).

مجال تطبيق الاستثناء :

لقد جاء الاستثناء المقرر لصالح القانون المصري بصفة عامة بحيث يسري علي كل مراحل الزواج منذ انعقاد حتى انقضائه.

فبالنسبة للشروط الموضوعية للزواج قد خرج المشرع علي القاعدة العامة الخاصة بخضوع الشروط الموضوعية لقانون كل من الزوجين وجاء استثناء يقضي بخضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج حيث يحكمه القانون الشخصي لكل طرف. ويترتب على ذلك نتيجتين :

الأولي : إذا كان الزوجان أجنبيين وقت الزواج ، ثم غير أحدهما جنسيته واكتسب الجنسية المصرية بعد ذلك فلا يسري عليه الاستثناء الوارد في المادة (١٤).

الثانية : إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ثم غير جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية أجنبية بحيث أصبح الزوجان أجنبيين بعد ذلك فإن القانون المصري هو الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج طبقا للمادة (١٤).

أما بالنسبة لآثار الزواج فإن الاستثناء المذكور ليس من شأنه القانون الواجب التطبيق إلا بخصوص الحالة التى تكون فيها الزوجة مصرية الجنسية وقت إبرام الزواج، إذ يسري ، في هذه الحالة، علي آثار

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق ، ، ٢٣٨.

الزواج القانون المصري بدلا من قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج ، أما إذا كان الزوج هو المصري الجنسية وقت انعقاد الزواج فإن الاستثناء المذكور لا يغير من القانون الواجب التطبيق.

أما فيما يخص انقضاء الزواج فإنه يخضع طبقا للمادة (٢/١٣) مدني لقانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني إلا أن الأخذ بالاستثناء الوارد في المادة (١٤) يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق في حالتين :

الأولي : عندما تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، ففي هذه الحالة يخضع الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني للقانون المصري بصرف النظر عن القانون الذي تقضي به قاعدة الإسناد.

الثانية : الحالة التي تتمتع بها الزوجة بالجنسية المصرية وقت انعقاد الزواج ولو زالت عنها الجنسية بعد ذلك ، إذ سيطبق القانون المصري على الطلاق او التطليق أو الانفصال الجسماني ، ولا يلتفت لجنسية الزوج الجديدة سواء عند الطلاق أو عند رفع دعوى التطليق أو الانفصال.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على النفقة فيما بين الاقارب

أولا القانون الواجب التطبيق :

ويقصد بالقرابة الصلة القائمة بين الاشخاص بناء على دم أو اصل مشترك سواء كانت قرابة مباشرة او قرابة حواشي والقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم ، أما قرابة الحواشي ، فهي الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك كالقرابة بين الاخ وأخيه وبين الشخص وخاله أو خالته كذلك ينشأ الزواج قرابة المصاهرة وقد نصت على ذلك المادة ٣٧ مدني إذ تقضي بأن أقارب أحد الزوجين يعتبرونه فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر ، غير أن هذه القرابة لا تربط بين هؤلاء الاقارب وبين أقارب الزوج .

وتقضي المادة ١٥ من القانون بانه يسرى **على الالتزام بالنفقة فى ما بين الاقارب قانون المدين بها** ، ويستفاد من هذا النص أن النفقة بين الاقارب تخضع لقانون جنسية الشخص المطالب بها ، ويتكفل هذا القانون بتحديد من تجب عليه النفقة ومدى الالتزام بالنفقة وحالات سقوطها ، ويسرى هذا القانون على النفقة العادية التى تقرر وفقاً للقواعد الموضوعية وليست النفقة الوقتية ، مما يعني أن نص المادة ١٥

قاعدة اسناد خاصة بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار وبالتالي يخرج منها نفقة الزوجية والتي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت أبرام الزواج وكذلك نفقة المطلقة والتى تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوئ التطليق أو الانفصال كذلك النفقة الوقتية والتى تخضع لقانون القاضي الذى ينظر الدعوئ باعتبارها من الاجراءات المؤقتة والضرورية لحاجة المطالب بالنفقة .

المبحث الرابع

قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث والوصية

من المسلم به أن الخلافة بسبب الموت نوعان خلافة إجبارية ثبتت بحكم القانون ويطلق عليها الميراث وخلافة اختيارية مصدرها إرادة الفرد ويطلق عليها الوصية ، ولا تثير مسألة الخلافة بنوعيها أدني مشكلة إذا تركزت عناصر الخلافة في الإقليم المصري كأن تتركز التركة كلها في الإقليم المصري بأن كان المورث والوارث وأموال التركة كلها تقع في مصر، أما إذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصر التركة كأن يكون المتوفي أجنبياً وأحد ورثته مصرياً أو كانت التركة في مصر ، أو كان المتوفى مصرياً ، وأحد ورثته مصرياً أو كل التركة أو بعضها كانت في الخارج ، فإننا نكون بصدد علاقة من علاقات القانون الدولي الخاص مما يستلزم البحث عن القانون الذي يحكمها.

ولقد لوحظ تأثر المشرع المصري، في هذا الشأن، بمبادئ الشريعة الإسلامية وفقه المدرسة الشخصية في تنازع القوانين وبخاصة فقه " مانشيني " ودليل ذلك أنه اعتبر الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من مسائل الأحوال الشخصية ، ولم يكتف المشرع بذلك بل نص صراحة في المادة (١٧) من القانون المدني المصري علي قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق علي الميراث والوصية وفرقت هذه المادة بين الميراث من ناحية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى، إذ تنص على أنه: يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو من صدر منة التصرف وقت موته، ٢- ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".

ومن الملاحظ أن المشرع المصري ميز بين الخلافة الإجبارية (الميراث) من ناحية والخلافة الاختيارية (الوصية) من ناحية أخرى ، فأخضع الأولي لقانون جنسية المورث وقت موته ، ثم أخضع الخلافة

الاختيارية لقانونين مختلفين أحدهما للموضوع والأخر للشكل ، ولمزيد من التفصيل فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين نتناول في الأول منهما الميراث ونعرض في الثاني للوصية وذلك فى الصفحات التالية :

المطلب الأول

قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث

طبقا لنص المادة (١/١٧) مدني مصري يخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ، ومن السهولة بمكان تطبيق هذا النص حال اتحاد جنسية المورث وجنسية الورثة ، فإن اختلفت جنسياتهم فقد اعتد المشرع بجنسية المورث ولذلك ما يبرره فمن ناحية، فإن الورثة قد يتعددوا وتتعدد جنسياتهم مما يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على التركة، ومن ناحية ثانية فإن الأموال محل التركة تتعدد جميعها إلى المتوفى ، ومن الأفضل الاعتداد بقانون الدولة الذي يحمل جنسيته ، ومن ناحية ثالثة فإن تطبيق جنسية المورث تؤدي إلى وحدة القانون الذي يحكم التركة في مجموعها، لأن إخضاع الميراث في العقار لقانون مختلف عن القانون الواجب التطبيق علي المنقول يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق إذا تعددت الدول التي يوجد فيها أشياء التركة ([1]) ومن ناحية أخيرة، فإن اعتداد المشرع المصري بقانون جنسية المورث ينظم مع اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية، فالمصلحة العائلية والاعتبارات الأسرية ودرجة القرابة هي المعيار الفاصل في تقرير مبدأ التوارث ذاته([2]).

المسائل التي تدخل في نطاق قانون جنسية المتوفي :

ويحكم قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة كل المسائل الموضوعية المتعلق بنظام الميراث (مثل شرط استحقاق الإرث وتعيين الورثة وخصوصاً تحديد درجة القرابة وترتيب الورثة وأنصبتهم الشرعية، وأسباب المنع من الميراث كاختلاف الدين بين الوارث وورثته واختلاف الجنسية ...) كما يرجع إلى هذا القانون لتحديد حالات الحجب، ومدي سلطة القاضي في تعيين مدير التركة وسلطات هذا المدير.

---

[1] محمد السيد عرفة : المرجع، ص ٢٢٦.

[2] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ، ص ٩٣٥.

أضف إلي ما تقدم يحدد قانون جنسية المورث وقت الوفاة الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة وكيفية هذا الانتقال ووقته([1]).

المسائل التي تخرج عن نطاق قانون جنسية المتوفي :

لا يحكم قانون جنسية المورث وقت الوفاة :

أ- إجراءات الإرث المتعلقة بتحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه وإنما تخضع كل هذه المسائل لقانون القاضي طبقا للمادة (٢٢) مدني السابق عرضها.

ب- المسائل المالية البحتة التي لا علاقة لها بنظام الميراث ، ولا تعد من قبيل مواد الأحوال الشخصية مثال على ذلك المنازعات المتعلقة بوضع اليد علي العقارات والمنقولات وقضايا الحراسة القضائية والإدارة المؤقتة والقسمة ([2]) .

ج- كما تخرج من نطاق قانون جنسية المورث مسائل تنظيم الملكية والحقوق العينية حيث تخضع لقانون موقع المال ، وهذا القانون يسري من ناحية علي تنظيم حالة الشيوع بين الورثة وحصة كل شريك وإجراءات وكيفية التصرف في هذه الحصة ، وكيفية إدارة الأموال الشائعة هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية يخرج من نطاق قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، وتخضع لقانون موقع المال المسائل المتعلقة بانتقال الملكية والحيازة ووضع اليد علي المنقولات والعقارات وإجراءات شهر حق الإرث والعلانية اللازمة لتحقيق الطمأنينة في المعاملات وحماية الغير([3]).

النظام العام والقانون الذي يحكم الميراث :

عرضنا من قبل أن الدفع بالنظام العام دفع استثنائي يتم بمقتضاه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا تعارض مع مقتضيات النظام العام في مجتمع دولة القاضي، والسؤال الذي يطرح نفسه، في هذا المقام، متى تكون أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بالميراث تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي؟

---

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق، ص٢٧٧.

[2] د/ محمد السيد عرفة : المرجع السابق، ص ٢٢٦.

[3] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص ٩٤٠.

إن مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأحكام قانون القاضي لا يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي بوصفه مخالفا للنظام العام وإنما يلزم للاستبعاد أن يصطدم هذا القانون الأجنبي بالأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني ، ومن هذا المنطلق فإنه يجب أن يتم فحص كل حالة علي حده لبيان مدى ارتطامها مع الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي من عدمه.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية لمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو حرمان الإناث من الإرث ، أو إعطاء التركة كلها للابن الأكبر، أو تجيز الميراث لقائل مورثه عمداً ، فإن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام في مصر.

إلا أن التساؤل الذي أثار جدلاً بين فقهاء القانون الدولي الخاص هو ، هل يرقي الاختلاف بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق والقانون المصري بشأن بيان الورثة وقرابتهم إلى مرتبة التعارض مع النظام العام ؟

لقد اختلفت الآراء في الإجابة عن هذا التساؤل فذهب اتجاه إلي أن مجرد الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون القاضي فيما يخص بيان الورثة وقرابتهم يستلزم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع أحكام المواريث الموجودة في القانون المصري خاصة تلك الإحكام المسقاة من القرآن الكريم دون غيرها([1]).

بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن مجرد الاختلاف بين القانون الأجنبي والقانون الوطني في بيان الورثة وقرابتهم لا يستلزم بالضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأن النظام الاجتماعي المصري لا يمكن أن يتأثر لأن بنت حصلت علي نصيب مواز لابنه ، وليس ثمة مصلحة الجماعة المصرية في أن علي البنت نصف نصيب الولد" ([2]) .

ولقد أكدت هذا الاتجاه محكمة مصر الابتدائية في حكمها الصادر في نوفمبر ١٩٥٤ بخصوص مواريث الأتراك المسلمين حيث قضت بأن مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين القانون الأجنبي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفاً للنظام العام في مصر ، وأن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من قاعدة الإستاد الواردة في المادة (١٧) من القانون المدني ، خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية

---

[1] عز الدين عبد الله : اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد س ٢٤ ص ٨٨.

[2] انظر مقال الدكتور/حامد ذكي : مواريث الأتراك في مصر، منشور بمجلة القانون والاقتصاد س١٨،ص ٦١٩.وعمل الأستاذ دكتور فؤاد رياض بهذا الرأي، راجع مؤلفة السابق الإشارة اليه، ص٢٨١.

والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم ، وإيثار بعض الورثة علي بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية([1]).

ولكننا نري ضرورة التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة ، غير مسلمين أجانب، وكان قانونهم يتضمن أحكاما تتعارض مع أحكام القانون المصري بخصوص أنصبة الورثة وقرابتهم وجب علي القاضي تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي حيث أن مسألة تسوية القانون الأجنبي الذكر بالأنثى في الميراث يرتبط بالتنظيم الاجتماعي وهو تنظيم يختلف من دولة إلى أخرى ولا يرتطم بالنظام العام المصري.

الفرض الثاني : إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة، مسلمين وكان القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد المصرية يشير إلى تطبيق قانون المورث وهو أجنبي الجنسية فإذا اختلفت أحكام هذا القانون الأجنبي فيما يتعلق بأنصبة الورثة وقرابتهم عن أحكام القانون المصري وجب استبعاد أحكام هذا القانون لأنه يرتطم باعتبارات النظام العام المصري ولقد تأكد ذلك بحكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٩٤ بأن "أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذي الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها ، مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلي عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين"([2])

المطلب الثاني

قاعدة الإسناد الخاصة بالوصية

---

[1] حكم محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٥٢ في القضية رقم ١٧٧ لسنة ١٩٥١، وتتخلص وقائعها في أن تركياً توفي في مصر عن ابن و بنت وهم جميعاً مسلمون ، عن عقارات في مصر. رفع الابن دعوي يطلب التلثين في التركة باعتبار أن للذكر مثل حظ الأنثين مستند إلي وجود أحكام الشرعية الإسلامية، وإلي أن معاهدة الإقامة تقضي بتطبيق القانون التركي إلا إذا تعارض مع النظام العام.

[2] راجع حكم منشور في مجموعة أحكام النفض، س١٥ ع٢ ص ٧٢٧.

المقصود بالوصية والتصرفات ما بعد الموت :

الوصية طبقا للمادة (١) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ " هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت " كما يمكن تعريف الوصية بأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت ، ينقل بمقتضاه الموصي إلي الموصي له ، على وجه التبرع، ملكية كل أو بعض أمواله أو أي حق آخر من حقوقه المالية ([1]) هذا بالنسبة للوصية.

أما بشأن التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فهي حسب المادة(٩١٦ ، مدني) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، ويعتبر تصرفا مضافا إلي ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف".

كما نصت المادة (٩١٧ مدني) علي أنه " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدي حياته ، اعتبر التصرف مضافة إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك".

ويتضح مما سبق أن المشرع حصر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في **نوعين الأول : التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت ويكون مقصودا منها التبرع.**

الثاني : التصرفات التي تصدر من المورث لأحد ورثته ويحتفظ فيها المورث بحقه في الانتفاع بها مدي الحياة.

وبناء عليه فإنه إذا عرض علي القاضي نزاع بهذا الخصوص فيجب عليه أن يكيف المسألة طبقا لقانونه ليتأكد من نوع التصرف هل هو تصرف عادي أو أنه من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية :

تنص (م ١٧) علي أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو من صدر منه التصرف وقت موته".

---

[1] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق، ص ٩٥٠.

ونلاحظ أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت الذت القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية اللإرث وهو قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، وذلك بسبب الارتباط الوثيق بين الوصية و الميراث.

ويثور في هذا المقام ، تساؤل مهم هل تخضع كل الشروط الموضوعية لقانون الموصي وقت الوفاة أم هناك بعض الشروط التي تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون ؟

اختلفت آراء فقهاء القانون الدولي المصري حول الإجابة عن هذا التساؤل فذهب اتجاه إلى أنه يتعين إخضاع جميع الشروط الموضوعية لقانون جنسية أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة ، حتى لو تعلقت هذه الشروط بالأهلية للتصرف، استنادا إلى أن نص المادة (١٩) جاه عاماً بحيث يتعين تطبيقه على كافة الشروط الموضوعية ولو أراد المشرع استثناء بعض الشروط لنص علي ذلك صراحة ([1]) .

وذهب رأي ثاني إلى ضرورة إخراج الأهلية و عيوب الرضا والمحل والسبب في الوصية من مجال أعمال قانون جنسية الموصي وقت الوفاة وإخضاعها لقانون الموصي وقت الإيصاء، أما سائر الشروط الموضوعية التي ترتبط بالميراث ارتباطا وثيقا فتخضع لقانون جنسيته وقت الوفاة ، وذلك استنادا إلي أن الوصية وسائر التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت تصرفات إرادية يلزم أن تنشأ صحيحة وقت التعبير عنها وليس وقت الوفاة ويعد ذلك إعمالا لنص المادة (١١) من القانون المدني ([2]) .

وأما الاتجاه الثالث فيري أنصاره أنه يتعين التفرقة بين الوصية من ناحية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى. فبالنسبة للوصية فيجب أن تخضع جميع شروطها الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة بما في ذلك الأهلية اللازمة لإجراء الوصية و عيوب الرضا، لأن الوصية تصرف إرادي لا ينشأ من الناحية القانونية إلا بعد وفاة الموصي، حيث أن الحقوق والالتزامات المترتبة على الوصية لا تنشأ إلا بعد وفاة الموصي ومن ثم فإنه يتعين إخضاعها لقانون الموصي وقت الوفاة.

أما بشأن سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يلزم إخضاع أهلية التصرف و عيوب الرضا إلى قانون من صدر منه التصرف وقت التصرف أما سائر الشروط الموضوعية فتخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة علي أساس أن هذه التصرفات تشأ ويترتب عليها آثار قانونية بمجرد إبرامها

---

[1] د/ جابر جاد عبد الرحمن ك تنازع القوانين المرجع السابق، ص ٤٦٦.

[2] د/ عز الدين الله : المرجع السابق، ص ٣٦٦.

فيما بين المتصرف و المتصرف إليه وبالتالي يتعين خضوع الأهلية وعيوب الرضا لقانون المتصرف وقت التصرف([1]).

قاعدة الإسناد الخاصة بالوصية والنظام العام :

أوضحنا أنه تم استبعاد القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية تعرض مع مقتضيات النظام العام المصري ، وفي مجال الوصية يستبعد القانون الواجب التطبيق إذا كان يجيز الوصية لقاتل الموصي أو إذا كان يمنع الوصية لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية .

وتطرح في هذا المقام التساؤل الآتي هل يعد القانون الأجنبي الذي يقر الوصية أكثر من ثلث التركة يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي ؟

الاجابة عن هذا التساؤل فإننا نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : بشأن وصايا غير المسلمين ، فنعتقد أن الاختلاف في القدر الجائز في الإيصاء بين القانون الأجنبي والقانون المصري لا يعد متعارضا مع النظام العام ، فإذا أوصي مسيحي تركى إلي مسيحي لبناني بأكثر من ثلث التركة ، وعرض الأمر على القضاء المصري وبتطبيق قاعدة الإسناد المصرية أشارت بتطبيق القانون التركي باعتباره قانون جنسية الموصي وقت الوفاة فإذا كان القانون التركي يجيز الوصية بأكثر من ثلث التركة فلا يجوز للقاضي أن يستبعد تطبيق قانون التركي بحجة تعارضة مع النظام العام المصري ، وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٦٧ حيث قضت بأنه لا يجوز استعد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تعلق بمصلحة عامة و إساءة للجماعة ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في الدعوى "([2]).

الفرض الثاني : أما إذا كانت الوصية بين مسلمين فإن اختلاف القدر الجائز من الإيصاء يعتبر من النظام العام لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية فإذا أوصي تركي مسلم إلي لبناني مسلم بوصية أكثر

---

[1] د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : المرجع السابق، ص ٢٨٩.

[2] الحكم منشور في مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية س١٨، ص ١٤٩١.

من ثم تركته وعرض النزاع على القضاء المصري وجب عليه استبعاد القانون التركي قانون جنسية التركي قبل الوفاة لتعارضه مع النظام العام في مصر وتطبيق القانون المصري بدلآ منه .

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية

حدد المشرع في المادة (٢/١٧) من القانون المدني المصري قاعدة الإستاد الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيها أنه ومع ذلك يسري علي شكل الوصية ، قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ".

يتضح من هذا النص أن المشرع أتي بقاعدة إسناد بشأن الشروط الشكلية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تختلف عن تلك التي تحكم الشروط الموضوعية لهذه التصرفات، ومن هذا المنطلق فإذا عرض علي القاضي المصري نزاع يتعلق بالوصية فعليه أن يحدد ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أم بالموضوع، وهذه مساله تكييف تخضع لقانون القاضي ، فإذا انتهي القاضي من تكييف المسألة فيجب عليه إدراجها فى الطائفة القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد فإذا انتهي القاضي إلي أن الشرط شكلي قام بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل ، أما إذا رأي أن الشرط محل النزاع شرط موضوعي التزم بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع الوصية.

وطبقا للمادة (٢/١٧) مدني مصرى فتعد الوصية من سليمة من ناحية الشكل لو روعي فيها الشكل الذي نص عليه قانون محل الإبرام أو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أي أنه إذا توافر أي من هذين الشكلين فإن الوصية تعد سليمة من الناحية الشكلية.

ويبدو أن تخصيص المشرع المصري ضابطي إسناد بشكل الوصية يهدف إلي التيسير علي المتصرف فخضوع شكل الوصية لقانون محل إبرامها يجعل من السهولة بمكان علي الموصي العلم بأحكام قانون البلد الذي يجري فيه الوصية ، فضلا عن أن خضوع شكل الوصية لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء يبرره أن هذا الوقت هو الذي تم فيه التعبير عن إرادة الموصي ، فإذا غير هذا الأخير جنسيته بعد إجراء الوصية فيكفي لصحتها من ناحية الشكل أن تستوفي الأشكال المقررة في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء ، ولا عبرة بقانون الجنسية الجديدة.

و علي ذلك فإذا أجري مصري وصية في فرنسا فيتعين عليه استيفاء الشكل المطلوب في القانون الفرنسي أو الشكل المقرر في القانون المصري ، أما إذا أجري فرنسي في مصر فيجب عليه أن يلتزم

بقواعد الشكل المصري أو قواعد الشكل المنصوص عليه في القانون المصري أو قواعد الشكل المنصوص عليه في قانون الفرنسي.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن القانون المصري لا يستلزم شكلا معينة للإيصاء ، فيجوز أن تعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة أو بالإشارة ، ولكن لا يجوز إثباتها عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية أو بورقة عرفية مكتوبة بخط يد الموصي وعليه توقيعه، أو بورقة ليست بخط يده ولكن تم التصديق علي توقيعه في الشهر العقاري([1]).

الفصل الثاني

الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية

يلعب العقد دوراً كبيراً فى القانون الداخلى ، وأن هذا الدور يتعاظم فى مجال العلاقات الخاصة الدولية المنطوية على عنصر أجنبي عبر الحدود ، والعقد عموما هو توافق ارادتين على احداث أثر قانوني معين يتمثل فى التزام شخص أو أكثر فى مواجهة شخص أخر أو أكثر بأعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل وإزاء تحديد الصفة الدولية فى العقد وجدت معايير وادراج الصفة الدولية وكذلك المسؤولية التقصيرية وموقع المال وعلى ذلك نقسم هذه الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاث مباحث. نتعرض في الأول منهما للقانون الواجب على الالتزامات التعاقدية ونعرض في الثاني القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية وفى الثالث القانون الواجب التطبيق على الأموال وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول:نخصصه للالتزامات التعاقدية.

المبحث الثاني : نخصصه للالتزامات غير التعاقدية .

[1] محمد سيد عرفة : المرجع السابق، ص٢٣٢.

المبحث الثالث : نعرض فيها للقانون الواجب التطبيق علي الأموال ، وفيما يلى نقوم بتفعيل ذلك فى الصفحات التالية :

المبحث الأول

الالتزامات التعاقدية

نقسم هذا المبحث إلي ستة مطالب نعرض في الأول لمعايير دولية العقد، نعرض في الثاني لكيفية ظهور قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، ثم نوضح حدود هذه القاعدة والقانون الواجب التطبيق على موضع وشكل العقد ومدى امكانية تجزية العقد ،ومدى تعلق العقود بالتجارة الدولية، وذلك كما يلي :

المطلب الأول: معايير دولية العقد

المطلب الثاني : مبدأ قانون الإرادة

المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق علي موضوع العقد الدولي

المطلب الرابع :القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد الدولي

المطلب الخامس : مدي إمكانية تجزئة العقد

المطلب السادس : مولد فرع جديد خاص بعقود التجارة الدولية.

المطلب الأول

معايير دولية العقد

اختلف الفقه في المعايير الذي اتخذها أساساً لتعريف العلاقة الدولية ، فيوجد المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ، ولاشك أن تطبيق أحدهما يؤدي إلى نتيجة مغايرة عما يؤدي إليه تطبيق المعيار الآخر، وتبدو التفرقة بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في أن الأول يستند علي ضوابط للإسناد يتم الكشف عنها عن طريق التحليل القانوني لعناصر العلاقة مثل الموطن أو المركز الرئيسي ومكان إبرام العقد وتنفيذه ، ويتطلب الثاني بحث مجموع العملية من الناحية الاقتصادية ، أي حركة تداول الأموال والقيم عبر الحدود ، وهي تنهض على اعتبارات تمس مصالح التجارة الدولية ([1]).

ولقد اعتمد القضاء في أحكامه علي كل من المعيارين السابقين ، ففي حكم محكمة التحكيم الصادر في ١٩ من يناير ١٩٧٧ ، أوضحت المحكمة أن العقود الدولية تلك التي بمفهومها الاقتصادي تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وبمفهومها القانونى تنطوي على عناصر إسناد إلى دول أخرى ([2]).

ونعرض فيما يلي لكل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ثم نشير إلي إمكانية الجمع بين المعيارين.

أولاً : المعيار القانوني :

يعتبر المعيار القانوني هو المعيار الأصلي والتقليدي للعقد الدولي ، ويقوم هذا المعيار على فكرة مؤداها أن العقد يعد دوليا لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد ([3]). ومن هذا المنطلق يعد عقد البيع دوليا لو أبرم في باريس بين فرنسي مقيم في فرنسا وبلجيكي مقيم في بلجيكا ، وكان متعلقا ببضاعة كائنة في إيطاليا ومطلوب تسليمها هناك على أن يتم الوفاء في فرنسا. ويرجع ذلك إلي اتصال عناصر هذا العقد بأكثر من دولة ، أي بأكثر من نظام قانوني واحد ، سواء كان هذا الاتصال من خلال عدة عناصر ، أو من خلال عنصر أجنبي واحد ([4]) واختلف الفقهاء حول مفهوم هذا العنصر ، هل مجرد توافر عنصر إيجابي أياً كان في العقد يضفي عليه صفته الدولية ، أم يجب أن يكون العنصر مؤثراً ؟

---

[1] Marcel Fontaine , Titre préliminaire , la nation du contrat " économique international , stabilité et évolution , travaux des VII , journée d'étude juridique jean doline 1975. p 24

[2] هذا الحكم منشور في J.D. I , 1977 , p331 ets

[3] د/ أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص١٠٩٠.

[4] KARIM MEEJAD . droit international des affaires , le contrat international (1) Nathan 2001 p . 61. Jacquet (J.M) le contrat international , 2em éd Dalloz 1999 p . 96. Pommier (J.C) , principe

التسوية بين العناصر المختلفة للرابطـــة العقدية :

ذهب جانب من الفقه إلى الاكتفاء بالعنصر الأجنبي أياً كان ، ويعني ذلك أن كل عنصر من العناصر من شأنه أن يضفي علي الرابطة العقدية صفة الدولية ، متى كان هذا العقد أجنبياً ([1])، ومقتضي ذلك أن يعتبر دولياً كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أم تنفيذه ، أم بموطن المتعاقدين أم جنسيتهم ، كما لو كان هؤلاء أو أحدهم من الأجانب المقيمين في الخارج ([2]) .

ويتضح لنا أن هذا الفقه يميل إلى التسوية بين عناصر الرابطة العقدية ، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية لأي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص .

الاعتماد على العناصر المؤثرة في الرابطة العقدية :

يوجد على خلاف الاتجاه السابق الذي يسوي بين عناصر الرابطة التعاقدية و اتجاه آخر يتسم بالمرونة ويهدف إلى تحليل الظروف المحيطة بالعقد التأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة حدود النظام القانوني لدولة واحدة .

---

d'autonomie et loi du contrat en droit 143 . p 1992 économica , prive conventionnel . international Bernard audit , droit international privé , 2em éd économica . 1993 , p556 note (1) El Kocheri , la nation de contrat international these rênes 1962 . Dominique holleaux et jacques foyer et de la prédelle (c) . droit international privé , Masson paris , 1987. p59.

كما أكد حكم Huet الصادر من محكمة استئناف باريس في ١٩ سن يوئيه ١٩٧٠ ذلك بقوله " إن العقد يعد دوليا حسب ارتباطه بقواعد قانونية صادرة من عدة دول ، وأوضح الحكم العناصر التي تجعل الحكم دولياً ، مثل مكان الإبرام والجنسية المختلفة لأطراف العقد وموضوعه .

J.D.I ,1971,p833, note, oppetit

د/فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٥٩.

Kassis (A) , Le nouveaux droit européen des contrats internationaux . L. G. D. I. , paris 1993.p 15

[1] Batiffol (H) , " contrats et conventions " Rep . Dr. Inter 1968 , 1.562 et spec p 564 .

[2] راجع بشأن هذا الموضوع : د / أحمد صادق القشيري ، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية القانون الدولي ، مجلد (١) ١٩٩٠ ص ٧٠ ، د / هشام صادق : تنازع القوانين ، المرجع السابق ، صد ١٤ ، عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها ، وراجع في عرض الآراء المختلفة في هذا الصدد : د / هشام أحمد محمود : عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس سنة ٢٠٠٠ م ص ٥٨ وما بعدها .

ومن هذا المنطلق، فإن تركيز العقد بجميع عناصره المادية والمعنوية في إطار عملية قانونية ذات طبيعة داخلية بحتة ، بالنظر إلى عناصرها الإيجابية ، فلا يعد عقدا دوليا ، حتى لو كان قد أبرم في الخارج مصادفة أو غشاً([1]).

ويشير أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه ليس حتماً ، أن نكون بصدد عقد لمجرد توافر عنصر أجنبي بما فيه ، لأن هذا العنصر الأجنبي قد يكون سلبياً ، negatif أو غير مؤثر في تحديد طبيعة العقد ، بحيث يظل عقدا داخليا رغم ذلك .

وقد يتوافر العنصر الإيجابي " Positif المؤثر في التكييف حتى ولو لم يكن يتضمن عنصراً مادياً فيكسب العقد صفة الدولية أو غير الوطنية extranational بالمعني الذي يعنيه هذا الوصف ([2]) ويستلزم أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن نفرق في خصوص عناصر العقد ، والتي نتطرق إليها الصفة الأجنبية ، بين العناصر الفعالة والعناصر غير الفعالة ، ويفضلون تعريف العقد الدولي بأنه " العقد الذي تتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره الفعالة ([3]) ، وبناء على ذلك فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير مؤثر من عناصر العقد ، أي ليس له أهمية في الرابطة العقدية، فإن ذلك لا يؤدي إلى إضفاء صفة الدولية على هذه العلاقة علي المفهوم في القانون الدولي الخاص ([4]) .

ويشير الفقه في هذا الصدد إلي أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية والعقود المالية بصفة عامة ، ومن ثم فإنها لا تصلح في ذاتها أساسا لإضفاء الطابع الدولي علي هذه العقود([5]) وبناء علي ذلك فإن العقد الذي يقوم بمقتضاه أجنبي متوطن في فرنسا بطلب معلومات من بنك

---

[1] د/ القشيري : المرجع السابق ، ص ٧٥ ، د / عكاشة محمد عبد العال : قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤ ص ٧٩.

[2] Al fonson , contribution a , l'étude de la relation juridique en droit ™ international privé , Mélanges offerts jacques Maury , T1 , paris 1960 p 27 , 37

[3] د / هشام خالد : القانون الواجب التطبيق علي عقد ضمان الاستثمار ، مجلة المحاماة يناير – فبراير ١٩٩١ ص ١٠١.

[4] Knoepfler (François) , le contrat dans le nouveau droit international privé) suiss . Traveaux des journées d'étude organise par le centre de droit de l'entreprise , les 9,10 oct . 1987 à l'université de loussane 1988 p8161 . مشار إليه لدي د / هشام صادق : المرجع السابق ، ، ص

[5] وان كانت الجنسية لا تعد عنصرا حاسما في إضفاء صفة الدولية على عقود المبادلات التجارية ، إلا أن الأمر يختلف في عقود الأحوال الشخصية مثل عقد الزواج ، خاصة في الدول التي تسند هذه العقود الي قانون جنسية الزوجين مثل مصر . د / هشام صادق : عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، د / عكاشة عبد العال : المرجع السابق ، ص ٩٠ ، ورغم هذه الآراء فقد قضت محكمة استئناف Douai في ١٣ من يوليو ١٩٨٨ م بأن الجنسية الأجنبية لأحد الأطراف يمكن أن تضفي صفة الدولية على العقد ، حيث اعتبرت المحكمة العقد الذي أبرم بين شركة DKM الفرنسية وشركة Van

معلومات فرنسي بخصوص شركة يرغب في إنشائها في فرنسا لا يثير مشكلة تنازع القوانين، وإنما تخضع العلاقة العقدية بين المستخدم الأجنبي والمورد وبنك المعلوماتي الفرنسي ، في هذه الحالة ، للقانون الفرنسي .

وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين يعدان العناصر الحاسمة أو المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري([1]).

وبهذه المثابة فإن عقد خدمات المعلومات الذي يبرم بين مصريين يقيم أجدهما في فرنسا ويملك بنك معلومات ، ويقيم الأخر في مصر ، ويتعاقد مع الأول على بعض المعلومات التي يحتاجها يعد عقداً دولياً في غالبية الفروض لاختلاف محل إقامة الطرفين.

والبادى لنا أن تحديد صفة الدولية ، طبقا لهذا الرأي ، لا يتم على أساس (كمي) ؛ وإنما وفقا لمنهج (كيفي) يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان عنصراً مؤثراً أو مجرد عنصر محايد وذلك بصرف النظر عن العناصر التي لحقتها هذه الصفة فقد تتعدد العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية وتظل رابطة داخلية في مفهوم القانون الدولي الخاص، وقد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية بعنصر واحد من عناصره ، مادام أن هذا العصر يعتبر فعالا أو مؤثراً ([2]).

Seunerenes الأيرلندية بشان خطوط نقل الطاقة الكهربية ل Grovalines قا دوليا على اعتبار أن الجنسية تعد عنصرا كافيا لإضفاء صفة الدولية على العقد . J. M. jacquet Note . J. D. I 1990 p 403 , 13 juillet 1988 . Ca Douai .

[1] Jacquet , op . cit p . 10 , 11

كما يقول Mayer أن مكان التنفيذ وموطن الأطراف يعدان من العناصر الأساسية في ة الطبيعة الأولية للعقد ، في عرض هذا الرأي راجع : Kassis ; op . cit . , p45 إلا أن هناك أن مكان التنفيذ لا يعد معيار كافية ، فالعقد المنفذ داخل الإقليم الفرنسي ليس دائ عقد داخلية ، كما أن العمل المنفة في الخارج قد جمل الطابع التالي .El Kocheri , op 479 م ؛ cit ، فضلا عن أن الموطن أو محل الإقامة يمكن تغيرهما بطرق تحليلية للحصول على ميزات معينة ، لذا فإنه يجب أن يكونا دائمين للاعتماد عليهما في إضفاء صفة الدولية كما أن هناك بعض أحكام القضاء الفرنسي لا يعتمد أيضا علي مكان التنفيذ في إضفاء صفة الحولية غلي ، راجع عرض هذه الأحكام : Vivant , juge et la loi du brevet , these , litec , 1977 , No 304 . Vincent Heuze , la

الدولية كما أن هناك بعض أحكام القضاء الفرنسي لا يعتمد أيضا علي مكان التنفيذ في إضفاء صفة الحولية غلي ، راجع عرض هذه الأحكام :

Vivant , juge et la loi du brevet , these , litec , 1977 , No 304 . Vincent Heuze , la réglementation française des contrats internationaux , étude critique des méthodes paris 1989 p 137 note 119.

[2] د / هشام صادق : عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٦٤

Porn mier , op . cit . , . 147 , ٢

ويعتبر جانب من الفقه هذا المعيار على أساس أنه يعطي سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير فعالية العنصر الأجنبي في كل حالة على حدة ، وهو ما يودى، في الغالب، إلى تطبيق قانونه الوطني من الوجهة العملية ، وفي ذلك عودة الي فكرة الإقليمية البحتة([1]) .

ويمكن الرد علي ذلك بأن سلطة القاضي ، في هذا تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن تطبيق القاضي لقانونه الوطني ، رغم دولية العلاقة ، قد يشكل خرقا لقاعدة الإسناد ، وبالتالي خطأ في تطبيق القانون الوطني ذاته .

ونخلص في النهاية إلى أنه كي يوصف العقد بالطابع الدولي طبقا للمعني القانوني ، فيجب أن تتصل عناصره الذاتية الفعالة والموضوعية بأكثر من نظام قانوني واحد ، وهو ما يأخذ به جانب كبير من الفقه المصري ([2]).

ثانيا: المعيار الاقتصادي لدولية العقد

مر المعيار الاقتصادي لدولية العقد بثلاث مراحل هي :

المرحلة الأولي :

لقد كان تعريف العقد الدولي محل لبس وغموض في القانون الفرنسي ، ولم تحل هذه المشكلة إلا بظهور المعيار الاقتصادي عام ١٩٢٧ م في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية ([3]) ، وخاصة في مرافعات السيد Matter أمام محكمة النقض الفرنسية بمناسبة حكمها الصادر في ٢٧ من مايو ١٩٢٧م([4]) ، وبمدي صحة شروط ثبات القيمة ، كشرط للذهب وغيره ، والمتعلق بوسائل النقدي في العقود الدولية، فلقد كان هذا الشرط باطلاً في فرنسا في العقود الداخلية منذ صدور قانون ٥ من أغسطس ١٩١٤م، فهل يسري هذا البطلان علي العقود الدولية إذا ما تضمنت شرط ثبات القيمة المتعلق بوسائل الوفاء النقدي هذا السؤال الذي طرح في القضية ، وانتهت المحكمة إلي عدم بطلان ذلك الشرط في العقود الدولية.

---

[1] في عرض تلك راجع : د / إبراهيم أحمد : الوجيز في القانون الدولي الخامس ١٩٩١ ، ١٩٩٢ مر ٥٤٨ .

[2] د / أحمد القشيري : المرجع السابق ، مر ٩٣ وما بعدها ، د / هشام صادق : عقود التجارة، المرجع السابق ، ص ٨٣.

[3] د / أحمد عبد الكريم : علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق ، ض ١٠٨٩ ، لمزيد من التفاصيل راجع رسالة سيادته باللغة الفرنسية.

[4] Conflit de lois en matière des prêts internationaux , paris 1981 , p . 53 .

ثم أثير تساؤل آخر، متى نكون بصدد عقد دولي؟ وانتهت المحكمة إلي أن العقد يعد دولياً إذا ترتب عليه حركة flux et reflux– لقيم الاقتصادية من سلع وخدمات وأموال عبر الحدود الدولية([1]).

ويتضح من ذلك أن القاضي اهتم بعملية انتقال الأموال والخدمات والسلع عبر الحدود، دون اعتبار للعناصر الخارجية للعقد مثل مكان الإبرام أو موطن الأطراف، أو غير ذلك من العناصر([2]) ، وطبقا لهذا الحكم بعد عقداً دولياً العقد الذي يبرم بين شركة مصرية وبنك معلومات فرنسي لنقل معلومات من الثاني إلى الأول ونقل الأموال من الأول إلى الثاني؛ يسبب وجود حركة ذهاب وإياب للخدمات "المعلومات" والمقابل المالي عبر الحدود بين مصر وفرنسا.

ويعد عقداً داخلياً العقد الذي لا يؤدي إلي إنتقال حركة الأموال والقيم والخدمات عبر الحدود ، حتى ولو انطوي على عنصر أجنبي أخر element dextralité([3]).

ولقد اعتمدت العديد من الأحكام القضائية علي ما انتهيت إليه هذه المحكمة من تبني فكرة ذهاب وإياب السلع والخدمات والأموال عبر الحدود الدولية كأحد المعايير في تحديد دولية العقد([4])٠

وتحقيقاً للمعيار الاقتصادي في هذه المرحلة اكتفي بحركة في اتجاه واحد ذهاب " أو " إياب " تصدير " أو" استيراد القيم الاقتصادية عبر الحدود ؛ ولقد أخذ القضاء المصري بمفهوم المعيار الاقتصادي في تلك المرحلة([5])٠

المرحلة الثانية : في مرحلة ثانية عرفت محكمة النقض الفرنسية العقد الدولي بأنه " العقد الذي يتصل بوثوق بمصالح التجارة الدولية " ، وكان ذلك بمناسبة صحة شرط التحكيم في العقود الدولية ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقداً أيرم في فرنسا بين فرنسيين على مائة طن قمح يتم نقلها من ميناء شيلي chili إلي ميناء Le Havre حسب شروط جمعية لندن لتجارة الحبوب ، والتي تتضمن شروط تحكيم وعندما حدث نزاع بين الأطراف عرض الأمر على القضاء الفرنسي، وانتهت المحكمة إلى أنه مادام أن

---

[1] Cass . Civ , 27 Mai 1927 , s , p.289 note Es Mein .

[2] . Farouk Ahmed , le contrat – ' international relative aux programmes informatiques , thés Montpellier , 2000 p 79

[3] د أحمد عبد الكريم : المرجع السابق ، ص ١٠٨٩.

[4] C. A Dijon , ler ch . 27 Avril 1983 J. D. I. 1983 p 610–612 note Fouchard 13 acss Civ . 15 juin 1983.J. C. P 1984 , 11. 2013 note Lévy . C. n paris , juin 1996 , J , D. I 1997 , p 51 note loyune .

[5] حكم محكمة القاهرة المختلطة في ٢٥ من مارس ١٩٣٥م، جريدة المحاكم المختلطة المصرية عدد٢، ٣ إبريل ١٩٣٥م٠

العقد قد أبرم في فرنسا وبين فرنسيين ومكاني الوفاء والتنفيذ في فرنسا ، فإنه يخضع للقانون الفرنسي . ولا يمكن لأطرافه الإفلات من القواعد الآمرة التي تنص على بطلان شرط التحكيم الموجود في العقد . ولما عرض الأمر علي محكمة النقض نقضت حكم الاستئناف وقضت بأن بطلان شرط التحكيم المقرر ، بمقتضي المادة(١٠٠٦) من قانون المرافعات الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام الفرنسي، ومن ثم فإنه إذا ترتب البطلان فيما يتعلق بالعقود الداخلية، فإنه لا يترتب في مجال العقود الدولية والتي تكتسب هذه الصفة لمجرد أنها تأخذ في الاعتبار مصالح التجارة الدولية ([1]).

ووفقا لهذه الفكرة ، يكون العقد دولياً عندما تكون مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في العملية ، مما يؤدي إلي تحقيق المرونة في المعيار الاقتصادي لدولية العقد([2]) ، ويري البعض أن هذا الحكم شكك في حقيقة تعريف العقد الدولي المذكور في حكم Matter بأسلوب محكم و مترابط أدي إلي استقرار العمل عليه في المحاكم([3]) ، فرد Fouchard علي ذلك بقوله إن هذا الحكم لا يختلف عن سابقه كثيرة، حيث إن مصالح التجارة الدولية لا تتحقق إلا بوجود حركات للأموال والخدمات عبر الحدود ([4]).

ولقد تبني قانون المرافعات الفرنسي هذه الفكرة حيث نص في المادة (١٩٩٢) على أن يعد التحكيم دولياً إذا تعلق بمقتضيات التجارة الدولية كما أخذت بها العديد من أحكام القضاء الفرنسي ، نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس في ٢٩ من إبريل ١٩٨٩ م ([5]) ، حيث أعطت المحكمة الصفة الدولية لعقد بيع سفينة اعتمادا علي ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية. وتجدر الإشارة إلي أن هذا العقد قد أبرم بين شركتين إيطاليتين تقعان في إيطاليا، واتفق فيه الأطراف علي إخضاع أي نزاع فيما بينهما في المستقبل إلي قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ، ونشأ أثناء تنفيذ العقد نزاع بين الأطراف، رفض البائع الاعتراف بدولية العقد زاعما أن موضوع النزاع لا يتصل بوثوق بمصالح التجارة الدولية. وإنما يقتصر علي الاقتصاد الوطني الإيطالي ، إلا أن المشتري دحض هذه الحجة مبررة دولية العقد بأنه

---

[1] Cass . Civ . 19 fev 1930 et 27 jan 1931. Rev crit 1931.p 514 .

[2] sacquet , op . cit , p 12.

د / خالد عبد الفتاح : حماتي المستهلك في القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه مقلمة الكلية الحقوق – جامعة حلوان عام ٢٠٠٢ م ص٤٨ .

[3] faugerolas , l'accès international à des Banques de données thèse 1989 , éd GLN , p . 56

[4] . Fauchard , quand un arbitragé est il international R. A 1970 , p 74

[5] C. A paris 26 Avril 1985 R.A. 1985 p

اشتري السفينة لحساب شركة أجنبية وبالتالي فإن العقد يتجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة ، وقد أخذت المحكمة بدولية العقد ، وبالتالي صحة شرط التحكيم ، لارتباط العقد بوثوق بمصالح التجارة الدولية.

المرحلة الثالثة :

رغبة في التوسع في المعيار الاقتصادي ، اكتفت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ فبراير ١٩٣٤ يتجاوز العقد حدود الاقتصاد الداخلي الدولة معينة ، كي يمكن اعتباره عقداً دولياً([1])٠

والبادئ لنا أن هذا الحكم اهتم فقط بالصبغة المادية للعقد، محل العقد، دون اعتبار لأي عنصر قانوني آخر مثل الجنسية أو مكان الإبرام أو الموطن أو محل الإقامة ، ونتيجة ذلك هو أن يعد العقد دولياً لو تجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، ويكون داخلياً ولو وجد فيه عنصر أجنبي طالما أنه يبقي محصوراً في الإطار الاقتصادي الوطني لدولة واحدة ([2]).

ثالثا المعيار المختلط :

اتجه جانب من القضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي عند بحث دولية العقد ، ويدل ذلك على أن هذا القضاء لا يكتفي لإضفاء صفة الدولية على العقد بوجود عنصر أجنبي، بل يجب أن يتصل العقد اتصالا وثيقة بمصالح التجارة الدولية، أي تتعدي آثاره حدود الاقتصاد الداخلي لدولة واحدة ([3]) ، فإذا كان المعيار الاقتصادي يتعلق بحركة رؤوس الأموال عبر الحدود الدولية ، أو تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، وينهض المعيار القانوني علي ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني، فإنه من الممكن أن يتصل العقد في وقت واحد بالاقتصاد الوطني والنظام القانوني لأكثر من دولة ([4]) ، فقد يتعاقد مصري مع أمريكي بهدف توريد قمح من أمريكا إلى مصر ، على أن يتم الوفاء بالمقابل المالي أمريكياً ، فنلاحظ هنا أن هذا العقد يتصل بأكثر من نظام قانوني ويتعدى حدود الاقتصاد الوطني لدولة واحدة ، وذلك من خلال نقل القمح والأموال من دولة الأخرى.

---

[1] . S. 1914.p 297

د / خالد عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، د سلامة فارس : المرجع السابق ، ص ٣٢ ، .٣٣

[2] AHMED (F) , op . cit . p 77

[3] Paris 9 Nov 1984 , J. D. I (1986 p . 139 note Lorquin Toulouse 26 oct 1982. J. D. I. 1984 p . 603 note sayuet .

[4] في نفس المعنى د / خالد عبد الفتاح : المرجع السابق ، ص ٦١ .

وبناء على ذلك أسندت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ من يوليو ١٩٧٢ م بمناسبة عقد أبرم في هولندا بين شركة Buisman الهولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاها وكيلاً للشركة يجوز تسويق منتجها في فرنسا، إلي المعيار القانوني علي اعتبار أن العقد يتعلق بالنظام القانوني الفرنسي.

فضلاً عن أنها استندت إلي المعيار الاقتصادي بقولها أن هذا العقد يستهدف زيادة صادرات شركة Buisman الهولندية في فرنسا، مما يؤدي إلي تبادل القيم عبر الحدود، أي توافر المعيار الاقتصادي([1]) وسارت علي نفس النهج محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٩ من نوفمبر ١٩٨٤م ؛ حيث انتهت إلي دولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسي تم بمقتضاها إعطاء هذا الأخير الحق في تسويق منتجات الشركة في فرنسا باعتباره وكيلاً عنها ، واستندت المحكمة في تقرير دولية العقد إلي أنه أبرم مع شركة أجنبية، وهو ما يعني توافر المعيار القانوني، علاوة علي أنها أشارت أثناء تأكدها علي دولية العقد إلي أن هذه العلاقة التعاقدية ستؤدي إلي تشجيع استرداد فرنسا لبضائع أنتجت في دولة أجنبية، مما يفيد توافر المعيار الاقتصادي([2]).

وبشأن الفقه، ارتضي الأستاذ Pommoier إضفاء صفة الدولية علي العقد من خلال الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي([3]).

كما نصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع مثل اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠م ولاهاي عام ١٩٨٦م علي إمكانية الجمع بين المعيارين القانوني ولاقتصادي في تحديد الطابع الدولي للعقد([4]).

وأخيراً يبدو أنه لا يوجد ثمة تعارض بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، علي أساس أن العلاقة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال والخدمات والقيم الاقتصادية عبر الحدود، ويتجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة ، والتي ترتبط – بمصالح التجارة الدولية ، هي رابطة يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يعني توافر المعيار القانوني ، على سبيل المثال عقد البيع المبرم بين بائع يقيم في فرنسا ومشتري يقيم في مصر، فاختلاف محل الإقامة يحقق المعيار القانوني([5]) ، حيث تتصل العلاقة هنا بأكثر

---

[1] Cass.Civ.4 juillet 1972. Rev. Crit. 1972 p 82 note Level.

[2] هذا الحكم سابق الإشارة إليه، لمزيد من التفصيل راجعك

د/ هشام صادق : عقود التجارة ...، المرجع السابق ، ص ٩٣، د/ عكاشة عبد العال : المرجع السابق ، ص ٩٣وما بعدها خصوصاً ص ٩٩.

[3] Pommiere, op cit .p 152.

[4] راجع فر عرض ذك، د/ خالد عبد الفتاح : المرجع السابق ، ص ٦٢.

[5] Claude Ferry , La Validité des contrats en droit international

من نظام قانوني واحد، كما أن هذا العقد يترتب عليه انتقال المبيع والمقابل المالي عبر الحدود مما يعني توافر المعيار الاقتصادي. لأن كل عقد دولي بالمعني الإقتصادي يكون – بالضرورة – دولياً بالمعني القانوني، لأنه من غير المتصور أن تنتقل الأموال والخدمات عبر الحدود دون أن تكون متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد والعكس ليس صحيحا حيث يمكن تخيل وجود عقد دولي طبقا للمعيار القانوني دون أن يكون كذلك طبقا للمعيار الاقتصادي ([1]) ، فالعقد المبرم في أمريكا بين مصر وأمريكي بهدف بيع قطن من الأول إلي الثاني ، دون أن يترتب علي ذلك حركة أو انتقال القطن والمقابل المالي ، هو عقد دولي يتضمن عناصر قانونية ؛ إلا أنه مجرد من الطابع الاقتصادي بالمعني الذي بيناه.

ومن هذا المنطلق ، فإننا نميل إلي إعمال المعيار القانوني، حسب ما يراه الفقه الحديث، الذي يعتمد علي التفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في العقد، حيث إن هذا المعيار لا يتعارض مع المعيار الاقتصادي بالمعني الذي بيناه؛ لأن العناصر المؤثرة التي يعتمد عليها هذا المعيار، وهي اختلاف موطن المتعاقدين أو تنفيذ العقد في الخارج ، تؤدي في النهاية إلي انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود .

والخلاصة في تقديرنا أن المعيار القانوني هو الأفضل والأوفر في تحديد دولية العقد الذي يفرق بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في العقد أو قليلة الأهمية ، ومن هنا أكدنا مع الفقه الغالب أن دولية العقد هي الشرط الأساسي والضروري لإعمال قاعدة التنازع التى تقضي بخضوع العقد لمبدأ سلطان الإرادة ، وأن هذه القاعدة تشجع علي جذب الأستثمارات وانتعاش الإقتصاد القومى .

---

[1] د / هشام صادق : عقود التجارة الدولية .. ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

المطلب الثاني

خضوع العقد الدولي لمبدأ سلطان الإرادة

يعد خضوع العقد لقاعدة قانون الإرادة من أهم المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، ولها أصولها التاريخية فقد ولدت قاعدة خضوع العقد لمبدأ سلطان الإرادة استنادًا إلي فكرة الأستاذ Dumoulin في القرن السادس عشر، فحتي هذا الوقت كانت الفكرة السائدة أن العقود تستمد قوتها من القانون وأن العقد في حد ذاته يعد واقعة مادية تحدث في مكان معين وتخضع لقانون هذا المكان، ومن ثم كانت القاعدة هي خضوع العقد لقانون محل إبرامه وكان الأساس القانوني لذلك الاختصاص هو أن العقد في ذاته لا شيء وأن الإرادة نفسها ما هي إلا القوة التي يخولها لها القانون، فالعقد يستمد وجوده القانوني من قانون معين هو قانون المكان الذي تم فيه إبرام العقد، وكان طاق هذه القاعدة، خضوع التصرف القانوني لقانون محل إبرامه، واسعا يتناول التصرف من حيث الموضوع ومن حيث الشكل.

وقد كان اختصاص قانون محل الإبرام علي هذا النحو اختصاصًا آمرا لا يسمح للأفراد بمكنه مخالفة هذه القاعدة وتخويل الاختصاص لقانون آخر، وقد بررت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل الإبرام بفكرة الرضا الضمني للمتعاقدين في الخضوع لسلطان هذا القانون، بمعني أن المتعاقدين وهما يبرمان تصرف ما في بلد يعتبران قد رضيا ضمنا بتطبيق هذا القانون.

ولقد ظلت هذه القاعدة في مجال التأمل النظري ولم يستخلص الفقه أو القضاء النتائج المنطقية التي يمكن أن تؤدي إليها هذه القاعدة، وهي إمكانية الاعتداد بالإرادة الصحيحة في تحديد القانون الواجب التطبيق علي العقد باعتبار أن الإرادة الصريحة أولي بالاعتبار من الإرادة الضمنية.

وقد ظل الحال كذلك حتي جاء الأستاذ Dumoulin بقاعدة إسناد جديدة تقضي بخضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان تأسيسًا علي دور الإرادة، فالقانون لا ينشئ العقد إنما يستمد العقد قوته من القانون وأساس العقد ليس الإقليمية وإنما إرادة الأفراد، وهو بذلك قد استخلص النتيجة المنطقية بجعل الاختصاص الإقليمي لقانون محل إبرام العقد اختصاصا اختياريًا يسمح للمتعاقدين باستبعاده والاتفاق علي قانون آخر يحكم العقد، وقد انتقد الأستاذ Dumoulin الاختصاص الآمر لقانون محل لإبرام وأظهر أن هذا القانون قد يتسم بالصدفة كما أنه له طابع تحكمي، وإرادة الأفراد في تحديد قانون العقد قد تكون صريحة أو ضمنية تستخلص من ظروف الحال، فإذا لم توجد هذه ولا تلك فيعتد بالإرادة المشابهة للإرادة الحقيقية وهي ما أسماه الفقه بعد ذلك بالإرادة المفترضة، ولم يفرق ديمولان في مجال سلطان الإرادة بين القوانين

الآمرة والقوانين المقررة لأنه لا يسمح للمتعاقدين بمخالفة هذه الطائفة من القوانين ، وقد ترتب علي إخضاع العقد لقانون الإرادة فصل موضوع العقد عن شكله وإخضاع الشكل فقط لاختصاص قانون محل الإبرام .

وقد لاقت نظرية سلطان الإرادة نجاحًا كبيرًا وأصبحت هي القاعدة في العنود الدولية، ولذلك قال البعض "أنه يبدو من المغالاة الحديثة عن حرية الاختيار قبل "ديمولان".

ويطلق بعض الفقه علي الأخذ بسلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق "النظرية الشخصية أو المذهب الشخصي" وذلك للاعتماد علي إدارة المتعاقدين في تحديد القانون المختص.

وليس من المغالاة أن نجد بعض الفقهاء يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص بمثابة قاعدة عرفية، والبعض الآخر ينظر إليه علي أنه مبدأ من المبادئ التي تجد مصدرها في القانون الطبيعي والتي تقضي بان المتعاقد عند تعاقده أو أن العقد شريعة المتعاقدين. Pacta sunt servande ، وعند البحث بشأن تحديد القانون واجب التطبيق علي العقد الدولي يلاحظ أن العقد لا يحكمه قانون واحد وإنما يوجد أكثر من قانون يتم تحديده بمقتضي قواعد إسناد مختلفة تسري علي العقد ولذلك فإنه يتعين بحث كل جانب من جوانب العقد علي حده من أجل معرفة القانون الذي يحكم العقد في مجموعه .

المطلب الثالث

القانون واجب التطبيق علي موضوع العقد الدولي

أولًا القاعدة العامة:

ولقد دونت مختلف الأنظمة القانونية الأجنبية والعربية المقارنة قاعده خضوع العقد المنطوي علي عنصر أجنبي لقانون الإرادة الصريحة والضمنية، ويسري علي موضوع العقد الدولي مبدأ سلطان الإرادة وهو الذي يعني حرية الأفراد في احتيار لقانون الذي يحكم العقد وقد نص المشرع المصري علي هذا الحكم في المادة (١٩) من القانون المدني والتي جري نصها علي أن "يسري علي الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطناً، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع المصري قرر إخضاع العقد لقانون إرادة الأطراف أي القانون الذي يحدده الأطراف علي نحو صريح أو ضمني فإذا لم يمكن التعرف علي هذه الإرادة فإن المشرع قد وضع ضوابط احتياطية يستعان بها من أجل تحديد القانون واجب التطبيق ويكون اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق صريح إذا ورد نص في العقد مثل عقد التوريد المبرم بين مصري وسعودي علي إخضاع هذا العقد للقانون السعودي.

ويكون إختيار القانون واجب التطبيق ضمني إذا لم يوجد نص صريح في العقد يحدد القانون المتفق عليه ولكن تبين من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد أن قانون دولة معينة هو الذي يراد تطبيقه. ويمكن للقاضي الكشف عن هذه الإرادة الضمنية من خلال ظروف التعاقد المختلفة كاللغة التي حرر بها العقد أو عملة الوفاء أو المحكمة التي تم الاتفاق علي منحها الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة من العقد أو تحديد مكان تنفيذ العقد في دولة معينة.

فإذا لم يتمكن القاضي المعروض عليه النزاع بشأن تحديد القانون واجب التطبيق من التواصل إلي الإرادة الصريحة للأطراف أو الإرادة الضمنية لهما فإن المشرع قد أورد ضابطين يستعين بهما القاضي في معرفة القانون واجب التطبيق وهما:

أولًا: ضابط قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطناً.

ثانيًا: ضابط قانون دولة محل إبرام العقد.

فقد يختلف موطن كل متعاقد ومن ثم يعتذر إعمال قانون الموطن المشترك لذلك فالضابط الأخير الذي يمكن الاستعانة به هو ضابط محل إبرام العقد ، حيث يمكن للقاضي تطبيق قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

ثانيًا: الاستثناء علي قانون الإرادة:

١) العقد المتعلق بالعقار:

نص المشرع في الفقرة الأولي من المادة ١٩ من القانون المدني، علي خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة ثم أورد لاستثناء علي هذا القاعدة في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص:

"علي أن قانون موقع العقار هو الذي يسري علي العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار "وعلي هذا فإن العقد المتعلق بالعقار يخرج بنص المشرع من نطاق قانون الإرادة ويخضع لقانون موقع العقار وقانون العقار يحكم كافة العقود المتعلقة بالعقار.

وعلي هذا يخضع لقانون الموقع كل تعامل يكون العقار محلا له من ذلك عقد البيع أو الإيجار ، ويلاحظ أن الأهلية للتعاقد لا تدخل في نطاق هذا القانون وإنما تظل خاضعة لقانون الجنسية ، كما يخرج أيضا من نطاق قانون موقع العقار الشكل الخارجي للعقد ، إذ أن المشرع خص شكل العقد بقاعدة إسناد مستقلة ، واردة في المادة ٢٠ من القانون المدنى المصري الحالي الصادر سنة ١٩٤٨م .

٢) عقد نقل التكنولوجيا:

تنص المادة ٨٧ من قانون التجارة المصري الحالي علي أنه:

" ١- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيات المشار إليه في المادة ٧٢ من هذا القانون ويجوز الاتفاق علي تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقًا لأحكام القانون المصري.

٢- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق علي خلاف ذلك يقع باطلًا".

تبرز هذه المادة بوضوح أن المشرع المصري قد فرض قيودًا لم تكن موجودة أو معروفة من قبل في مجال نقل التكنولوجيا إلي مصر والتي نعتبرها بحق من أهم مجالات الاستثمار والتي تخدم الاقتصاد القومي وذلك في شأن المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا لاستخدامها في مصر سواء كان نقلًا دوليًا يقع عبر الحدود المصرية أو كان نقلًا داخليًا ولا عبرة في الحالتين بجنسية أطراف الاتفاق أو محال إقامتهم ويستوي أن يكون الاتفاق علي نقل التكنولوجيا في وثيقة مستقلة أو يكون داخلًا ضمن عقد آخر.

والقيود التي ورد النص عليها في المادة ٨٧ سالفة الذكر تبرز في مجالين:

المجال الأول: تقييد حرية أطراف عقد نقل التكنولوجيا في اختيار وسيلة حسم النزاع المتولد في العقد.

المجال الثاني: تقييد حرية الأطراف والقاضي أو المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق علي النزاع المتولد من العقد.

وقبل التصدي لإيضاح أبعاد هذه القيود يتعين أولًا إبراز الأفكار السائدة لدي المستثمرين الأجانب والتي تتمحور حول رفض الاستثمار الأجنبي الخضوع للعدالة الوطنية.

وبالرغم من موقفنا غير المؤيد لهذه التوجهات الجديدة التي ابتدعها قانون التجارة الجديد والتي نعتبرها بمثابة "ردة تشريعية" عن الأفكار المسلم بها في مجال الاستثمار والتجارة الدولية إلا أنه يوجد من يدافع عن سياسة فرض القيود التشريعية في هذا المجال انطلاقًا من إيديولوجيات سياسية تري في الاستثمار المباشر وعقود نقل التكنولوجيا أدوات قانونية تستخدم لتحقيق وتكريس التبعية الدولية للدول المتقدمة.

المطلب الرابع

القانون واجب التطبيق علي شكل العقد الدولي

يخضع شكل العقد الوطني للقانون الوطني ولا تثور أي مشكلة في هذا الصدد حيث أنه لا يتصور التفكير في إخضاع العقد الوطني الذي لا يحتوي علي أي عنصر أجنبي لقانون أي دولة أخري بخلاف القانون الوطني ولكن عندما يحتوي العقد علي عنصر أجنبي ويمس أكثر من نظام قانوني فإنه يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق علي العقد الدولي من حيث الشكل اللازم لصحة إبرام العقد أو إثباته.

والقاعدة المستقرة في نظرية تنازع القوانين هي خضوع العقد لقانون محل إبرامه وسوف نلقي بعض الأضواء علي هذه القاعدة الهامة:

أولًا: مبررات قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام:

الأساس الحقيقي لميلاد قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه يكمن في اعتبارات عملية تتلخص في فكرة التيسير علي المتعاملين في ميدان المعاملات الدولية حيث أن القانون الساري في مكان إبرام العقد هو القانون القريب من الأفراد ويسهل عليهم معرفة أحكامه ، كما أن الأوضاع الشكلية المتبعة في دولة معينة تعكس مستوي الأخلاق العامة فيها ووفقًا لمدي الشعور بالأمان والثقة في المعاملات تتحدد الإجراءات الشكلية التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود وتوثيقها في هذه الدولة وهذا يبرر إعمال قانون محل إبرام التصرف كما يوجد أساس منطقي تفرضه طبيعة الأشياء حيث أن العقد الذي يبرم في دولة معينة يكون كالطفل الذي ولد في هذه الدولة مما يقتضي خضوعه للقانون الساري فيها ويوجد أساس

سياسي مقتضاه أن الأشكال التي يقررها القانون ترمي إلي تحقيق أمن للمعلومات والدولة الأكثر اهتمامًا بذلك الهدف هي دولة محل إجراء تلك المعاملات([1]).

ثانيًا: تقنين القاعدة في القانون المصري:

أمام التاريخ الطويل لقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه اتجهت معظم القوانين المقارنة إلي النص صراحة علي هذه القاعدة وهو ما فعله أيضا المشرع المصري حيث تنص المادة ٢٠ من القانون المدني علي أن:

(العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك).

ثالثًا: خصائص قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه:

تتميز قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام بعدة خصائص جوهرية وهي:

١) أنها قاعدة تنازع قوانين.

٢) أنها قاعدة تبعية أو احتياطية.

٣) أنها قاعدة تخييريه.

أولًا انها قاعدة تنازع قوانين:

تعد قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام قاعدة تنازع قوانين أو قاعدة إسناد حيث أنها لا تقدم حلًا موضوعًا مباشرًا لشكل التصرف وإنما هي تشير فقط إلي القانون واجب التطبيق في المسألة محل البحث.

ثانيًا: انها قاعدة تبعية أو احتياطية:

ومرجع هذه الصفة أن شكل العقد أو التصرف ليس مطلوبًا لذاته بل هو وسيلة لإعمال موضوع ذلك العقد أو التصرف وعادة لا يترتب جزاء علي الشكل إلا إذا تم مخالفة القواعد المنظمة لذلك الموضوع ، ويرى البعض أن الطابع التبعي أو الاحتياطي لهذه القاعدة يعني عدم إخضاع شكل التصرف أو العقد لقانون محل إبرامه إلا إذا ظهر أنه من غير الملائم أو من المتعذر إخضاعه للقانون الذي يحكم موضوعه إذ أن

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامه "علم قاعدة التنازع والاختيار من الشرائع أصول ومنهجًا، الطبعة الأولي، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٦ ص ١١٥٠.

الأصل هو تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد علي العقد في مجموعة أي علي الجانبين الموضوعي والشكلي

ثالثًا: أنها قاعدة تخيريه:

يتضح من صياغة المشرع المودعة في المادة ٢٠ من القانون المدني أن قاعدة خضوع شكل العقد لقانون الدولة التي تم فيها إبرامه إنما هي قاعدة لها طابع تخييري حيث أن المشرع لم يفرض علي وجه الحتم والإلزام ضرورة إتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام وإنما فتح الباب واسعًا أمام حرية الاختيار حيث يمكن للأفراد إخضاع شكل العقد لقانون من القوانين التالية:

١) قانون البلد التي تم فيه إبرام التصرف.
٢) قانون الدولة الذي يسري علي موضوع العقد.
٣) قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين.
٤) قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

واختصاص قانون محل الإبرام في هذا الصدد يقف علي قدم المساواة مع غيره من القوانين التي لها قابلية حكم مسألة شكل العقد ومن ثم يتبين بوضوح أن هذه القاعدة لها طابع تخييري.

رابعًا: نطاق القانون واجب التطبيق علي شكل التصرف.

١-يدخل في نطاق سريان القانون الذي يحكم الشكل:

- ماهية الشكل المطلوب الذي تتجسم فيه إرادة الأطراف سواء تمثل ذلك في الكتابة رسمية كانت أم عرفية أو في الإشهاد أو في تسليم المال محل التصرف أو تدخل سلطة إدارية أو دينية عند إبرام التصرف، والبيانات الجوهرية للمحرر وحكم الشطب أو الإضافة وإمضاءات الأطراف أو أختامهم ومدي ضرورة الإشهاد علي التصرف وبيان عدد الشهود وغير ذلك من الجوانب الشكلية والإجرائية.

٢-وبالنسبة للمحررات الرسمية فإنها تتم عن طريق موظف عام يلتزم باحترام أوامر القانون الوطني له ومن ثم فلا يمكنه أتباع الأوضاع الشكلية التي ينص عليها قانون دولة أخري ولو كان برضاء واتفاق طرفي العقد.

٣-الأشكال اللازمة لإشهار التصرف أو العلانية:

ومثال هذه الأشكال، الأشكال اللازمة لتسجيل العقد أو قيد التصرف أو إثبات التاريخ ويلاحظ أن الهدف من هذه الأشكال هو شهر العقد والإعلان عنه حتي ينفذ في حق الغير ولذلك فهي تتعلق

بتحقيق الأمان والاستقرار في المعاملات المالية، وهذه الإشكال تخضع لقانون دولة موقع المال محل التعامل ومن ثم فإنها تخرج من نطاق اختصاص القانون الذي يحكم شكل التصرف.

٤- أشكال المرافعات.

وهي الاشكال المتعلقة برفع الدعوي والإعلان وإصدار الأحكام القضائية وتنفيذها وغيرها من إجراءات المرافعات والثبات في تنازع القوانين هو اختصاص قانون القاضي بكافة المسائل الإجرائية المتعلقة بالمرافعات وقد ورد النص علي هذه القاعدة صراحة في المادة ٢٢ من القانون المدني والتي تنص علي أنه: (يسري علي قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوي أو تباشر فيه الإجراءات).

٥- الأشكال المتممة للأهلية:

وهي الأشكال التي تهدف إلي حماية الشخص غير كامل الأهلية مثل ضرورة حصول القاصر علي إذن من النائب القانوني عنه لإجراء تصرف معين أو التصريح للوصي ببيع عقار مملوك للشخص الموصي عليه وهذه الأشكال لا تندرج في مجال قانون محل الإبرام وإنما تخضع لقانون دولة الشخص الذي تجب حمايته وهو قانون الجنسية حيث تنص المادة ١٦ من القانون المدني المصري علي أنه " يسري علي المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته".

المطلب الخامس

مدي إمكانية تجزئة العقد الدولي

قد يكون من مصلحة المتعاقدين ، خاصة من الناحية الإقتصادية إخضاع عقدهم لأكثر من قانون ، وهنا يثار التساؤل هل تمتد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم إلي تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون ؟ وفي الواقع العملي يوجد خلاف فقهي حول هذه المسألة وسوف نتناول عرض موقف الاتجاه المناصر لعدم تجزئة العقد ثم الاتجاه المؤيد لتجزئة العقد وذلك علي النحو التالي:

الفرع الأول

مبدأ عدم تجزئة العقد

يقوم هذا الاتجاه علي ضرورة إخضاع العقد لقانون واحد احترامًا لروح العقد ولروح التشريع إذ أن تطبيق التشريع علي جزء من العقد يتضمن مسخا وتشويها له ويفقد العقد وحدته وإنسجامه إذ يجب النظر إلي العقد باعتباره عملية واحدة من الناحية النفسية والاقتصادية ، ومن ثم يجب أن تخضع في مجموعها لقانون واحد، وهو ما يتفق مع ما بين أجزائها من التجانس ، كما أن محاولة التمييز في العقد بين مرحلة تكوينه ومرحلة ما يرتبه من آثار من الصعب قبولها لأنه لا يمكن وضع الحدود الفاصلة بين ما يدرج في عداد التكوين وما يرجع إلي الأُثار.

ويلاحظ أن إقرار وحدة القانون هو حل مرغوب فيه بشدة ويجد تأييدًا من الفقه لما ينطوي علي ميزة التبسيط، بالإضافة إلي أن العقد في ذاته كل متجانس ومن المنطق أذن أن يخضع هذا المجموع إلي قانون واحد .

والإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يرجح مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق علي العقد وهذا الاتجاه يعد انعكاسًا للفقرة الأولي من المادة ٥٧ من مشروع تقنين القانون الدولي الخاص الفرنسي، التي تخضع العقد للقانون المختار بواسطة المتعاقدين في إطار مصلحة مشروعة وذلك فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للعقد وآثاره الملزمة مع التحفظ بالنسبة لنصوص البوليس والأمن، وهذا يعني خضوع العقد كوحدة لا تقبل التجزئة فيما يتعلق بشروط تكوينه وآثاره للقانون المختار بواسطة المتعاقدين.

والمطالبة بعمل تجزئة حقيقية للعقد بين عدة قوانين من شأنه عمل نوع من التفرقة بين تكوين العقد وآثاره في حين القانون الوضعي يميل إلي اعتبار العقد عملية نفسية واقتصادية واحدة وبالتالي تخضع لقانون واحد.

هذا وقبول إسناد مختلف لبعض عناصر العقد سوف يصطدم ليس فقط بمبدأ وحدة العقد في القانون الداخلي ولكن أيضًا بوحدة القانون الواجب التطبيق علي العقد في القانون الدولي الخاص، وقد يترتب علي تجزئة العقد اعتباره صحيحًا وفقًا لقانون في حين أنه يعد باطلًا وفقًا لقانون آخر.

وعلي هذا، فإن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، يجب ألا تصل إلي حد تجزئة العقد بمعني السماح للمتعاقدين بإخضاع كل عنصر في العقد لقانون أو إخضاع العقد لأكثر من نظام قانوني.

ويري جانب من الفقه الفرنسي، أن موقف القضاء في هذا الشأن يتسم بالغموض ويصعب تحديد الاتجاه الذي يميل إليه ومرجع ذلك هو الواقع العملي والقاعدة القانونية التي تلزم القاضي بالتقيد بحدود الدعوي، والنزاع الذي يعرض علي القضاء دائما يمس مسألة معينة في العقد المتنازع فيه ولذلك فإن القاضي يحسم هذه المسألة فقط دون أن يتطرق إلي تحديد المجال العام للقانون الواجب التطبيق.

ولهذا يمكن تطبيق قانون وحيد علي العقد في مجموعة حال اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق صراحة وفي غيبة الاتفاق الصريح، فإنه يقع علي القاضي عبء تفسير الإرادة الضمنية للمتعاقدين وتحديد القانون المختص بمقتضي الملابسات المحيطة بالعملية التعاقدية مثل الجنسية المشتركة للمتعاقدين، الموطن المشترك، ومحل التنفيذ.

وتجزئة العقد وإخضاع كل عنصر منه لقانون معين هي مسألة صعبة بحق علي القاضي ومليئة بالعقبات الفنية في الرجوع إلي أكثر من نظام قانوني ويبدو أن الاتجاه المناصر لوحدة القانون المختص بحكم العقد هو الأكثر رواجًا عند رجال الفقه وقد أخذ به المؤتمر السادس للقانون الدولي بلاهاي.

وقد أخذت بعض التشريعات صراحة بمفهوم وحدة القانون الواجب التطبيق علي العقد، وهذا الموقف من جانب المشرع الخاص من شأنه حسم الجدل الفقهي في ترجيح اتجاه علي آخر ومثال ذلك الفترة الأولي من المادة ٣٠ من القانون الدولي الخاص المجري رقم ١٣ لعام ١٩٧٩م والتي تقضي بأن قانون العقد يحكم جميع عناصر العلاقة التعاقدية وبصفة خاصة إبرام العقد، صحة الموضوع، صحة الشكل وآثار العقد، وذلك ما لو يوجد نص علي خلاف ذلك في القانون المذكور، وقد عالجت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة مشكلة دقيقة قد تثور في حالة إخضاع العقد في مجموعة لقانون الإرادة وهي مشكلة بطلان العقد

وفقًا للقانون المختار بواسطة المتعاقدين لأسباب خاصة بالشكل ، وهي من مواطن الضعف التي تمسك بها الفقه المعادي لمبدأ إخضاع العقد لقانون الإرادة، بمقولة أن إخضاع العقد لقانون الإرادة من شأنه أن يؤدي إلي نتائج غير منطقية عندما يقضي قانون الإرادة ببطلان العقد، ووفقًا للفقرة الثالثة من المادة ٣٠، فإن المحكمة تعتبر العقد صحيحًا في هذا الفرض، وإذا كان يعقد كذلك وفقًا لقانون دولة محل إبرام العقد أو وفقًا لقانون الدولة التي من المقرر أن يرتب العقد آثاره علي إقليمها، أو وفقًا لقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري تعليقًا علي المادة ٤٢ من المشروع والتي صارت المادة ١٩ من القانون المدني الحالي: ولذلك توخي المشروع تجنب التفاصيل واقتصر علي أكثر الأحكام استقرارًا في نطاق التشريع، فقرر في المادة ٤٢ أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي بقرر المتعاقدان لخضوع لحكمة صراحة أو ضمنًا، وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه علي العقد وهي وحده لا تكلفها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها وقد استرشد المشروع بالمادة ٧ من القانون الملحق بالتقتين المدني الياباني والمادة ٢٥ من التقنين الإيطالي الجديد.

وما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني يدل بوضوح علي انصراف قصد المشروع إلي الأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد ، وغالبية الفقه المصري تؤيد الأخذ بمفهوم وحدة قانون العقد.

علي أن القائلين بعدم تجزئة العقد ووحدة القانون الذي يحكمه، وجدوا أن قاعدة وحدة القانون الذي يحكم العقد ترد عليها بعض الاستثناءات، واختلفوا فيما بين بعضهم البعض في بيان ما يخرج علي هذه القاعدة.

ويتفق غالبية الشراح الذين يقولون بعدم تجزئة العقد علي أن تقدير قيمة السكوت لا يخضع لقانون العقد لأن ترك حكم السكوت لقانون العقد المحتمل تمامه أمر غير مقبول عقلًا وغير عادل، ويقترح الفقه لعلاج هذا الفرض أن السكوت لا يعد قبولًا إلا في حالة ما يعتبر كذلك وفقًا لقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب أو وفقًا لقانون مركز أشغاله.

كما حدث خلاف بصدد محل العقد وقيل بعقد الاختصاص لقانون محل تنفيذ العمل فيما يتعلق بشروط تنفيذ العمل وفي الواقع أن الشروط التنظيمية الخاصة بتنفيذ العمل لها طابع قوانين البوليس والأمن ولذلك فإن الأرجحية دائمًا لقانون محل التنفيذ وليس لقانون العقد وكذلك بخصوص الأهلية وعيوب الرضا والسبب

وآثار العقد، وتعددت الاقتراحات التي قدمها الفقه لتعيين القانون الواجب التطبيق علي هذه المسائل بعد محاولة إخراجها من نطاق قانون العقد.

وقد تعرض الاتجاه المؤيد لوحدة القانون العقدي الانتقاد علي أساس أنه يتجاهل طبع القانون الدولي الخاص والهدف الذي يرمي إليه وهو لتنسيق بين مجالات التشريعات المختلقة ، بل أن العقد ذاته قد ينطوي علي التنسيق بين عدة تشريعات من لحظة تمتعه بالطابع الدولي، فقد يحدث مثلًا إخضاع تنفيذ عقد العمل لقانون محل تنفيذ العمل في حين يخضع الشكل لقانون محل الإبرام والأهلية للقانون الشخصي، ولذا فإن إخضاع العقد لقانون واحد هو أمر يتجاهل المجالات الخاصة بسيادات القوانين التي تستبعد، وعدم اتفاق الفقه في هذا الموضوع علي الاستثناءات التي تخرج من نطاق قانون العقد، وتخضع لقانون آخر، يكشف عن استحالة إخضاع العقد لقانون واحد.

إن كان لنا رأي أن ندلى بدلونا ونبدي رأينا في هذا الموضوع الهام والحساس ، وبعد أن استعرضنا موقف الفقه والقضاء المؤيد إلي مبدأ عدم التجزئة وإنما يهدفون إلي تحقيق مثل أعلي ولكنهم ينسون أن وظيفة القانون الدولي الخاص هو السعي إلي التوفيق بين القوانين المتنازعة وتوزيع الاختصاص فيما بينها كل بمقدار ولا يخفي أن العقد ذاته إذا داخله عنصر أجنبي كثيرًا ما يهدف إلي الجمع بين عدة تشريعات ولم يعد مستغربًا اليوم أن نجد قانونًا يحكم الشكل وآخر يحكم الأهلية وثالث يحكم كيفية تنفيذ العمل، ومن ثم يمكن القول أن الأمور قد تبلورت في القانون الدولي الخاص بحيث أصبحت تنحصر في إسناد كل مادة من هذا المواد إلي القانون الذي يلائمها لأننا لو قلنا بوحدة القانون الذي يحكم العقد، فإن تحديد هذا القانون سوف تحيطه صعاب بالغة نظرًا لوجود ارتباط وثيق بين العقد وبين أكثر من قانون وهو ما يحدث غالبًا لذلك نبحث فيما يلي في الفرع الثاني مدى فاعلية الإتجاه المؤيد لتجزئة العقد .

الفرع الثاني

الاتجاه نحو تجزئة العقد

تجد مشكلة تجزئة العقد جذورها التاريخية في قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه حيث كان نطاق هذه القاعدة واسعًا يتناول التصرف من حيث موضوعه ومن حيث شكله ولا يحدها قيد من حيث نوع التصرف، كما كان اختصاص هذا القانون علي هذا النحو اختصاصًا آمرًا حتي حل القرن السادس عشر، وفيه أخرج ديمولان موضوع العقد من نطاق السيادة الإقليمية لقانون محل الإبرام وبذلك تقلص اختصاص هذا القانون بقدر ما خرج منه بحث اقتصر علي الشكل دون الموضوع.

وفي الحقيقة أن الجذور التاريخية لهذه النظرية لا تقف عند حد القرن السادس عشر وإنما تمتد إلي أبعد من ذلك، إلي القرن الثالث عشر، عندما وجه الأستاذ بارتول عنايته لدراسته تنازع القوانين وتطورت في ظل فكرة نظرية الأحوال، وقد تميزت منهجيته في حل تنازع القوانين بالميل إلي التفريغ، وقد فرق الأستاذ بارتول بين شكل العقد ويعتد به بمحل إبرام العقد وبين إجراءات الدعوي وتخضع لقانون القاضي أما إذا تعلق الأمر بآثار القعد، فيفرق بين المسائل المتعلقة بالآثار الطبيعية للعقد أو المترتبة علي إنشائه وهي تخضع لقانون محل الإبرام وبين الآثار المترتبة بعد حل العقد ويعتد فيها أما بالمكان الذي كان مقررًا لتنفيذ العقد أو بمكان مباشرة الدعوي.

وبيدوا أن التفرقة بين شكل العقد وموضوعه كانت المرحلة الحقيقة الأولي في نظرية تجزئة العقد ولكنها لم تكن المرحلة الأخيرة ، إذ أن تدخل الدولة في مجال عقد العمل المتوج بنظرية القوانين فورية التطبيق يعكس جانبًا لتجزئة العقد بالمعني الواسع لأن هذه القوانين إلي تحديد مجال قانون الإرادة.

وقد أكد سافينى إمكان تجزئة العقد أو بعبارة أخري تقسيم جوانب العقد والالتزامات الناشئة عنه وإسناد كل منها إلي قانون معين وقد تأثر القانون الدولي الخاص في بعض الدول بهذا الاتجاه وقد بالغ القضاء السويسري في ذلك إلي حد الفصل بين انعقاد وآثاره وإخضاع كل من الأمرين لنظام قانوني مختلف، بيد أن هذه التجزئة عدلت عنها المحكمة الاتحادية في قضاء حديث لها.

وقد ذهبت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية، إلي إمكان تجزئة العقد بحيث تعددت القوانين التي تحكم انعقاد العقد وآثاره، وقد أجاز القضاء في بعض أحكامه في إيطاليا وانجلترا وسويسرا حرية الأطراف في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد.

وعلي ذلك فليس هناك ما يمنع الأطراف من إخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين ما دامت تتوافر صلة ما بين هذا الجانب والقانون المختار، وبالتالي يصح أن يتفق علي إخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام، وتنفيذه لقانون محل التنفيذ وإذا تعددت المحال الواجب التنفيذ فيها، كان من الممكن إخضاع تنفيذ كل التزام لقانون المحل المتفق علي تنفيذه فيه، ويدافع عن هذا المفهوم جانب كبير من الفقه ويري فيه اتجاها واقعيًا يتفق مع ما قد يتوافر في واقع المحال من تعدد الصلات بين مختلف جوانب العقد وبين قوانين أكثر من دولة.

والعقد ما هو إلا نتيجة لعدة عمليات وأهمها تكوين العقد وآثاره وليس من المرغوب فيه علي الأقل أن تكون جميع هذه العمليات محكومة بمقتضي قانون واحد، ومبدأ تجانس العقد والمحافظة علي وحدة

الرابطة العقدية لا يعد مبدأ مقدسًا سواء في إطار القانون الداخلي أو القانون الدولي الخاص، والعقد ذاته قد يمس بعض المسائل التي تقتضي تطبيق قواعد قانونية متميزة مثل الأهلية اللازمة أو المسائل الشكلية في عقد العمل اليت لها طبع قوانين بوليس العمل.

ويرى البعض أن للتوفيق بين الحاجة في المحافظة علي وحدة الرابطة العقدية وفي نفس الوقت قبول إمكانية تجزئة العقد عند وجود مبرر ذلك، فإنه يمكن الرجوع إلي نظرية تركيز العقد، ووفقًا لهذه النظرية، فإن الاتفاق الصريح للمتعاقدين لا يخول أكثر من قيمة أحد من العناصر الواقعية في العقد التي يسترشد بها في إسناد العقد الي نظام قانوني معين، واستنادًا إلي هذا التفسير فإنه لن يعد للمتعاقدين إمكانية تجزئة العقد بين أكثر من نظام قانوني نظرًا لأن القاضي هو الذي يتولى تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويذهب جانب من الفقه إلي أن التسليم بأن قانون العقد لا يطبق علي كل المسائل المتعلقة بالعقد، يؤدي إلي تجنب الانتقاد الذي يوجه من قبل خصوم نظرية الإرادة إلي فكرة إخضاع العقد لقانون واحد.

وإمكانية تجزئة العقد يمكن أن تنتج من إرادة المتعاقدين بإخضاع جزء من العقد لقانون معين وجزء آخر القانون مختلف، ويتحفظ بعض الفقه علي مكنة المتعاقدين في هذا الشأن ويري أن السماح للمتعاقدين بتجزئة العقد يجب أن يتحدد في مجال النصوص المكملة فقط للقانون الواجب التطبيق، ومن الأسباب التي تبرر السماح للمتعاقدين بإمكانية تجزئة العقود وجود شروط في العقد لها طابع خاص ما يبرر وجود إسناد خاص لها في مجال القانون الدولي وهذه الفكرة ظهرت في القضاء بصدد شرط التحكيم في عقد العمل.

والحل الواقعي والأكثر دقة في نظر البعض هو التفرقة بين فرضين: **الفرض الأول:** عندما يعد العقد وحدة غير قابلة للانقسام في مجموعة، **والفرض الثاني:** عندما تتمتع بعض الشروط في العقد بطابع متميز وخاص، وفي الفرض الثاني فقط يمكن قبول مبدأ تجزئة العقد.

ويدافع عن نظرية تجزئة العقد في الفقه المصري، الدكتور حامد زكي[1]، ويري سيادته: " أن أغلبية الكتاب تقرر أن العقد لا يخضع لقانون واحد وتخضع كل جزء لحكم قانون معين فأهلية المتعاقدين تخضع لقانون جنسيتهما وشكل العقد يخضع لقانون محل إبرامه وعيوب الرضا يري البعض أنها تخضع لقانون إرادة المتعاقدين، ويري آخرون إخضاعها لقانون الموطن ويقول الأستاذ بارتان بتطبيق قانون جنسية المتعاقدين لأن القواعد الخاصة بالرضا قواعد آمرة في القانون الداخلي، فلا يمكن تخطيها وتحكيم قانون أجنبي

[1] د. حامد زكي "القانون الدولي الخاص المصري" مطبعة نوري بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٣٦ ص ٣٢٤.

بشأنها ويضاف إلي ما تقدم أنه يصعب إمكان تصور اختيار قانون أجنبي إذا كان الرضا معيبًا من أول الأمر".

وقد قبلت اتفاقية روما المبرمة في عام ١٩٨٠ للقانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية مبدأ تجزئة العقد وقضت المادة الثالثة من الاتفاقية بأنه يمكن للمتعاقدين تعيين القانون الواجب التطبيق علي العقد في مجموعة أو علي جزء منه فقط ، علاوة على اتفاقية مكسيكيو نصت في المادة السابعة على حق الأطراف في تجزئة العقد ، وبعض القوانين اعتنقت هذا الإتجاه القانون الروسي الصادر عام ٢٠٠١ في المادة ١٢١ الفقرة الرابعة ، القانون الروماني الصادر سنة ١٩٩٠ في المادة ٧٥ منه ، والواقع العملى يؤيد التجزئة بعد أن استعرضنا موقف الفقه والقضاء المؤيد والمعارض لمبدأ تجزئة العقد إزاء تلك المشكلة ، هناك إستحالة في رأينا لتفادى توزيع العملية بين أكثر من دولة ، فالتجزئة أو التوزيع مفروض سواء أكانت تجزئة أفقية كشكل العقد والأهلية وقانون موقع العقار ، أم تجزئة رأسية بالإضافة إلي قانون الإرادة والقواعد ذات التطبيق الضروري والقوانين الأجنبية ذات الصلة بالعلاقة العقدية ، كذلك مع مراعاة الهدف الذى يقوم عليه القانون الدولى الخاص هو تحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المشتركة بالذات في العلاقات التى تتعدى حدود دولة واحدة ، وتمس نظم قانونية مختلفة يتحتم تطبيق أكثر من قانون .

المطلب السادس

مولد فرع قانون جديد خاص بعقود التجارة الدولية

تتسم المقررات الدراسية بكليات الحقوق المصرية بأن غالبيتها العظمي تتناول القانون الداخلي الذي يحكم علاقات المواطنين المصريين في مختلف المجالات التي تتصل بحياتهم (القانون الخاص بفروعه المتعددة) أو في أنشطتهم المتعلقة بسلطات الدولة (القانون العام بفروعه المتعددة) ، وينحصر الاهتمام بما يجري وراء الحدود الوطنية في مقررات ثلاثة:

المنظمات الدولية، القانوني الدولي العام، والقانون الدولي الخاص.

وإذا كانت دراسة المنظمات الدولية سواء العالمية منها أو الإقليمية تدخل بالضرورة في نطاق علاقات الدول فيما بينها ، وهو الموضوع الذي يعالجه القانون الدولي العام بمفهومه الواسع ، فإن العلاقات بين أشخاص ينتمون إلي جنسيات مختلفة أو يقيمون علي إقليم أكثر من دولة هي المحور الذي تدور حوله

المسائل التي بتناولها القانون الدولي الخاص بحسب المناهج التقليدية التي تركز بصفة جوهرية علي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي.

ووفقًا للمؤلفات المتداولة والتي تأثرت علي نحو ملموس بما استقر في الفقه الفرنسي خلال القرنين الماضيين، ينحصر الاهتمام في مجال تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضي قواعد إسناد تكتفي بالإرشاد إلي نظام وطني معين يحكم العلاقة محل البحث دون أن تتجاوز ذلك كقاعدة عامة إلي معرفة مضمون القواعد الموضوعية التي تكفل إعطاء حل نهائي للمسألة المثارة. كما أن الاختصاص القضائي الدولي يعني بتحديد الحالات التي تكون فيها محاكم الدولة مختصة بنظر النزاع المطروح دون أن يأخذ في الاعتبار احتمالات طرح ذات النزاع علي محاكم دول أخري تعتبر أنها هي أيضًا ذات اختصاص بالفصل في المسائل القانونية المثارة.

وقد شهدت السنوات الأخيرة ثورة علي تلك الخصائص التي ارتبطت بالقانون الدولي الخاص بحسب مفهومة التقليدي، وخاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي، حيث تعددت من ناحية الكتابات الفقهية التي تهاجم آلية وشكلية اللجوء إلي قواعد الإسناد لتحديد نظام وطني معين لحكم العلاقة بغض النظر عن مدي مناسبة الحلول الموضوعية التي يأخذ بها ذلك النظام ومجاراته لمتطلبات العلاقات الدولية الدائمة التطور.

ومن ناحية أخري برزت إلي الوجود تجمعات عدة بعضها فيما بين الحكومات والبعض الآخر في صورة منظمات غير حكومية تعبر عن مصالح المتعاملين علي المحيط العالمي في المبادلات الدولية تسعي جميعها إلي استحداث وتقنين قواعد موضوعية موحدة تنطبق علي المعاملات عبر الدولية سواء أكانت متصلة بالتجارة أو بالخدمات والسياحة أو بالمدفوعات النقدية والالكترونية وغيرها أو بوسائل الانتقال الجوي والبحري البري أو في مجال الاتصالات وتبادل المعلومات من خلال الأقمار الصناعية والاستخدام السلمي للفضاء الخارجي.

وقد أدي التراكم المذهل والسريع لكم هائل من القواعد التي تجد مصدرها في المعاهدات الثنائية والجماعية وفي إرساء دعائم قانونية تحكم العديد من صور المعاملات المتعددة الأطراف عبر الدول إلي ظهور الحاجه إلي فرع جديد من الدراسات القانونية يتميز في منهاجه وأساليبه الفنية وموضوعاته عن القانون الدولي الخاص في صورته التقليدية ، وفي ضوء هذا الواقع العملي الجديد يكاد ينحصر نطاق القانون الدولي الخاص في علاقات الأحوال الشخصية من أهلية إلي زوج أو طلاق وبنوة أو مواريث

ونفقات ووصايا بالإضافة إلي النظام القانوني للعقارات ، أما ماعدا ذلك من جوانب تتصل بالعقود والوقائع الناتجة عن معاملات ذات عنصر أجنبي فإنها قد صارت تدخل في غالبيتها ضمن موضوعات الفرع الوليد الذي يطلق اصطلاحا إسم: "القانون الخاص الدولي"([1]).

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية

ولقد قنن القانون المصري في المادة ١/٢١ من القانون المدني مبدأ اختصاص القانون المحلى علي أنه: يسري علي الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" ولم يفرق المشرع في هذا الصدد بين الأفعال الضارة وبين الأفعال النافعة التي يترتب عليها الإثراء بلاسبب على حساب الغير وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلي ثلاثة مطالب فيما يلى :

المطلب الأول : نعالج فيه مبررات القاعدة .

المطلب الثاني : نخصصه حول المقصود بالقانون المحلي .

المطلب الثالث : نطاق تطبيق القانون المحلى .

---

[1] أ.د/ أحمد صادق القشيري، تمهيد لكتاب د/ أبو العلا النمر، بعنوان:" مقدمة في القانون الخاص الدولي"، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، حيث يقول سيادته:

وكان جديرا بكلية حقوق عين شمس، وهي الكلية الرائدة في متابعة التطورات العالمية، أن تدرج في برنامج الدراسات العليا هذا الفرع الذي صار في العديد من الدول المتقدمة محل اهتمام خاص وتعددت في شأنه الدراسات والمؤلفات. ويسعدني اليوم بصفتي أحد أعضاء هيئة التدريس السابقين بهذه الكلية العريقة أ، اكتب هذا التمهيد لأول مؤلف يصدر علي حد علمي باللغة العربية كمقدمة توضح خصائص القانون الخاص الدولي كدراسة متميزة من حيث المصادر. أو الوسائل الفنية تستوعب شتي الموضوعات التي لم تلق بعد ما تستحق من الاهتمام رغم أهميتها البالغة في مشارف الألفية الثالثة. فإلي الابن الفاضل والزميل العزيز المؤلف أقدم خالص الشكر داعيا له بدوام التوفيق في حمل لواء التنوير والتعريف بما هو مستحدث ومفيد لمستقبل أبنائنا الطلاب.

المطلب الأول

مبررات القاعدة

ويستند الفقه في تبرير هذه القاعدة إلي إعتبارات شتي، فيري فريق أن إخضاع الأفعال لقانون محل وقوعها إنما هو نتيجة منطقية للصلة الوثيقة التي تربط الأفعال التي تقع بإقليم دولة ما بحياة مجتمع هذه الدولة ونظامها ، فالفعل الذي يقع في إقليم الدولة إنما ينعكس أثره علي مجتمع هذه الدولة ونظامها ، فالفعل الذي يقع في إقليم الدولة إنما ينعكس أثره علي مجتمع هذه الدولة ومن ثم فإن قانون هذا المجتمع هو أكثر القوانين قدرة علي تحديد الأثر الذي يترتب علي هذا الفعل بالنسبة لمجتمع هذه الدولة، كذلك يمتاز قانون الدولة التي وقع فيها الفعل بكونه معروفاً من كافة أطراف النزاع ومن ثم فمن الطبيعي أن يحكم سلوكهم.

ويري البعض أن تطبيق قانون محل وقوع الفعل علي الأفعال الضارة إنما هو نتيجة منطقية لمبدأ الإقليمية.

المطلب الثاني

تحديد المقصود بالقانون المحلي

وقد يدق الأمر بالنسبة لتحديد المقصود بالقانون المحلى أو بمكان وقوع الفعل إذا تفرقت عناصر الواقعة القانونية ولم تقع جميعها في نفس الدولة، وقد يتحقق ذلك في أحد فرضين:

الفرض الأول: هو أن تكون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعة علي عدة دول كما لو كان الفعل الضار حادث نتج عن أفعال تم ارتكابها في أكثر من دولة.

ويري الفقه الفرنسي وجوب الاعتداد في تحديد محل وقوع الفعل بالمكان الذي تحققت فيه الواقعة الرئيسية التي ترتب عليها الضرر.

الفرض الثاني: هو أن يقع الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخري.

ويري فريق من الفقه المصري وجوب الاعتداد بمكان وقوع الخطأ ذلك أنه مهما قيل من أن عناصر المسئولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر، فمما لا شك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسئولية وما الضرر إلا نتيجة له.

ويميل فريق آخر من الفقه المصري ونحن معه إلي ترجيح قانون مكان تحقق الضرر ذلك أنه "لا بالنظر إلي الهدف من نظام المسئولية وهو تعويض المضرور فإن ذلك يرجح الإعتداد بقانون محل وقوع الضرر.

ويذهب فريق من الفقه الحديث إلى أنه لا يجوز فهم المقصود بالقانون المحلى على انه قانون المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وإنما على أساس أنه القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية أو الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة القانونية التي ترتب عليها الالتزام غير التعاقدي. وذلك عندما يبدو أن وقوع العفل المنشئ للالتزام في الإقليم كمجرد ظرف عارض لا يصلح معيارًا سليمًا للإسناد.

الفرض الثالث: هو الذي يقع فيه الفعل في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة في عرض البحر أو وقع في شكل تصادم بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلوا أعالي البحار([1]).

ويتجه غالبية الفقه إلى الأخذ بقانون القاضي ، وحجتهم في ذلك أن هذا القانون هو صاحب الاختصاص الطبيعي في الأحوال التي يتعذر فيها إعمال ضابط الإسناد ، ولا يستثني من ذلك سوي الحالة التي يكون التصادم فيها واقعًا بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي وينتمي فيها كل من السفينتين أو الطائرتين إلي دولة واحدة حيث أن قانون هذه الدولة يكون في هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم المسئولية المترتبة على التصادم.

أما الحوادث التي تقع على ظهر السفينة في عرض البحر أو على الطائرة في الفضاء غير التابع لإقليم دولة ماء فسيطبق عليه وفقا للرأي الغالب قانون العلم.

أما لو وقع الحادث علي ظهر سفينة في المياه الإقليمية لدولة معينة أو علي طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوي لدولة من الدول فإن الفقه الغالب يتجه إلي تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلي.

---

[1] اما التصادم الذي يقع في المياه الإقليمية أو في الفضاء الجوي للدولة فلا يثير إشكالا إذا تخضع المسئولية لقانون الدولة التي وقع فيها التصادم في مياهها الإقليمية أو فضائها الجوي.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق القانون المحلي

يحكم قانون محل وقوع الفعل أركان المسئولية كما يحكم آثار هذه المسئولية ، ففيما يتعلق بأركان المسئولية يحدد قانون محل وقوع الفعل ركن الخطأ ، كذلك يبين قانون محل وقوع الفعل مدي إمكان قيام المسئولية دون اشتراط وجود خطأ والحالات التي يتحقق فيها هذا النوع من المسئولية .

كذلك يبين قانون محل وقوع الفعل حالات وشروط المسئولية عن فعل الغير أو عن الحيوان أو الأشياء كمسئولية من تجب عليه الرقابة أو الحراسة. ويحدد قانون محل وقوع الفعل ركن الضرر ، كذلك يتعين الرجوع إلي قانون محل وقوع الفعل لتحديد رابطة السببية بين الخطأ والضرر ،وآثار المسئولية فهذا القانون هو الذي يبين التعويض وكيفية تقديره ويبين هذا القانون كذلك طريقة أداء التعويض.

كذلك يتعين الرجوع إلي قانون محل وقوع الفعل لتحديد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة. فإذا نتج عن الفعل الضار وفاة المضرور مثلًا فإن قانون محل وقوع الفعل هو الذي يبين من هم الأقارب الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض.

كذلك يختص القانون المحلي بحكم أركان الإثراء بلا سبب وآثاره ، وقد يستبعد القاضي القانون المحلي الواجب التطبيق إذا تبين مخالفته للنظام العام ، ومن ذلك ما حكمت به محكمة النقض المصرية باستبعاد القانون المحلي إذا كان لا يعرف القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة إذ يهدف المشرع في تقرير مسئولية المتبرع عن أعمال التابع الغير مشروعة إلي سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق علي الأموال

المال في مفهوم القانون ، والحق المالي الذي يمكن تقويم محله وهو الأشياء بالنقود ، وما يعطيه الحق من سلطة استئثار واستغلال واستعمال وتصرف ، ويجب التفرقة بين الأموال المادية والأموال المعنوية عند تحديد القانون واجب التطبيق عليها وعلي ذلك نقسم هذا المبحث إلي مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : نخصصه للأموال المادية .

المطلب الثاني : نعرض فيه قاعدة التنازع الخاصة بالأموال المعنوية وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

الأموال المادية

تنص المادة ١٨ من القانون المدني علي أنه:" يسري علي الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلي المنقول، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

وإيضاح هذا النص يستلزم التفرقة بين:

١- الأموال العقارية.

٢- الأموال المنقولة المادية.

أولًا: الأموال العقارية:

من القواعد الثابته خضوع الأموال لقانون موقعها. ولهذا يبدو طبيعيًا أن ينص المشرع المصري علي إخضاع العقارات لقانون موقعها في الفقرة الأولي من المادة ١٨ من القانون المدني.

١- القانون الواجب التطبيق علي العقار:

ولا شك في أن إخضاع الأموال العقارية لقانون موقعها يتفق مع مبدأ أساسي من المبادئ التي يقرها القانون الدولي العام، وهو السيادة الإقليمية لكل دولة علي كل ما يوجد من أشياء علي إقليمها ، واتصال

العقارات بإقليم الدولة اتصالًا ماديًا، يحول دون أن تقبل الدولة تطبيق أي قانون أجنبي علي ما يوجد من عقارات علي إقليمها الذي يشكل عنصرًا من عناصر قيامها، وإلا عد ذلك افتئاتًا علي سيادتها ، ولا سيما وأن محكمة موقع العقار هي أقدر المحاكم علي تطبيق قانون الموقع تطبيقًا سليمًا ، وأنسبها لكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأن تلك العقارات.

٢-نطاق تطبيق القانون المختص:

ويخضع لقانون موقع العقار كل ما يتعلق بتحديد أحكام الحيازة من حيث كسبها وحمايتها والآثار إلي تترتب عليها سواء تعلق الأمر بكسب الحقوق أو إسقاطها وكذلك انتقال الحيازة وزوالها. وتحديد الحقوق العينية التي ترد علي العقار، سواء أكانت حقوقًا عينية أًصلية كحق الملكية والانتفاع والارتفاق ونطاق تلك الحقوق وأسباب كسبها، وانتقالها، وكذلك بيان الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، وكذلك كل ما يتعلق بأحكام شهر العقود والتصرفات المتعلقة بالعقارات ، وفي خصوص العقود التي ترد علي عقار يسري قانون الموقع علي كل ما يتعلق بإبرامها وآثارها وانقضائها، ولا يقتصر الأمر علي الحقوق العينية التي تتولد عن العقد، بل أيضًا إلي الحقوق الشخصية أو الالتزامات التي قد يرتبها العقد، ولا سيما عقد الإيجار ولا يستثني من اختصاص قانون موقع العقار إلا شرط الأهلية للتعاقد، حيث تخضع لقانون جنسية كل طرف.

ثانيًا: الأموال المنقولة المادية:

تخضع المنقولات المادية لقانون موقعها ويخضع لاختصاص قانون موقع المنقول المادي كل ما يتعلق بتحديد أحكام الحيازة من حيث كسبها، واعتبارها سندًا للحائز ودليلًا علي ملكيته للمنقول، وانتقار الحيازة وزوالها والآثار المترتبة عليها ووسائل حمايتها، وكذلك تحديد الحقوق العينية التي ترد علي المنقول من حيث طرق كسبها وكل ما يتعلق بانقضائها.

والعقد الذي يكون المال المنقول محلًا له يخضع للقاعدة العامة في شأن العقود الدولية، أي يحكمه قانون الإرادة الذي يختاره الأطراف.

وإذا تغير موقع المال المنقول بعد تحقق سبب كسب الحق العيني عليه أو فقده فالراجح أن يطبق القاضي قانون الموقع القديم ، وذلك تحقيقًا لاستقرار المعاملات والمحافظة على توقعات الأفراد في ميدان التجارة الدولية ، وهذا ما تبناه المشرع المصري حينما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون المدني

علي أن يسري قانون موقع المنقول (وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى).

وإذا تعلق الأمر بمنقول دائم الانتقال كالسفن والطائرات فالرأي السائد يخضع للسفن والطائرات لقانون الدولة التي قيدت أو سجلت فيها ، أو ما أصطلح علي تسميته بقانون العلم، أيا كان مكان تواجدهم أثناء تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب ملكيتها أو تقرير الحقوق العينية عليها.

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق علي الأموال المعنوية

الفرع الأول

القواعد العامة

وفيما يتعلق بحق المؤلف علي مصنفة يقرر الفقه الغالب تطبيق قانون الدولة التي تم نشر المصنف فيها لأول مرة، إذا أنه ابتداء من لحظة النشر يمكن النظر إلي المصنف علي أنه مال له قيمة في المجتمع ويمكن لصاحبه أو للغير الإفادة منه ومن ثم كان من الطبيعي أن يكتفل قانون هذه الدولة بتنظيم الحقوق الواردة علي المصنف باعتبار هذه الدولة المكان الذي ظهر فيه المصنف إلي حيز الوجود.

وبالنسبة للمصنفات التي لم تنشر ذهب فريق من الفقه إلي أن العبرة في هذه الحالة بالقانون الشخصي للمؤلف تأسيسًا علي أن المصنف يتصل بشخص المؤلف وتعتبر حمايته حماية للشخص نفسه وذهب فريق آخر إلي وجوب الاعتداد في حالة عدم نشر المصنف بقانون الموقع الفعلي للشيء المادي الذي تجسمت فيه الفكرة باعتبار أن ذلك من شأنه حماية الغير والمصلحة الاجتماعية. وإذا كان النشر قد تم في عدة دول في نفس الوقت تعين تطبيق قانون الدولة التي تم فيها النشر الرئيسي أو الأصلي، فإن تعذر ذلك فيري البعض الاعتداد بقانون موطن المؤلف.

ويتعين التمييز بين موضوع الحقوق التي ينظمها قانون دولة أول نشر ووسائل الاستفادة من هذه الحقوق التي يتعين الرجوع فيها إلي قانون بلد التناول التي يراد ممارسة الحماية فيها ، فإذا كانت قوانين هذه الأخيرة تتطلب إتباع إجراءات معينة كالتسجيل مثلا فإنه يجب إتباع هذه الإجراءات.

وفيما يتعلق بحق المخترع علي اختراعه، فإنه من المستقر سريان قانون الدولة التي منحت براءة الاختراع ، ذلك أن حق المخترع لا ينشأ إلا بالحصول علي البراءة وبالتالي فإن قانون الدولة التي منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق.

أما الرسوم والنماذج الصناعية فأنها تخضع، وفقا للرأي الغالب لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج ، فالتسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة لها، وهو قرينة علي وجود حق صاحبة منذ وقت التسجيل.

أما العلامات والأسماء التجارية فإن الحق فيها مستمد من الأسبقية في استعمالها للدلالة على مشروع معين ، لذلك فإن القانون الذي يحكم لحق فيها وفقًا للرأي السائد هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المشروع.

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري من القانون واجب التطبيق علي الملكية الفكرية

بموجب القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية الملكية الفكرية حدث تعديل جوهري في السياسة التشريعية المصرية وذلك بهدف مواكبة التنظيم التشريعي في مصر لأحكام اتفاقية "اتربس" الخاصة بالملكية الفكرية وهي إحدى اتفاقيات الجات التي وافقت عليها جمهورية مصر العربية.

وقد ترتب علي صدور القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ إلغاء القوانين الآتية:

- القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية، القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف، كما نص المشرع صراحة علي إلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون الجديد.

ولم يضع المشرع المصري في هذا القانون قاعدة إسناد تشير إلي القانون واجب التطبيق ومرجع ذلك أ، موضوع حق المؤلف والحقوق المجاورة أصبح منظمًا بموجب أحكام اتفاقية دولية تم الانضمام إليها وهذه الاتفاقية تتضمن الأحكام الموضوعية لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

وحيث أن مصر قد انضمت إلي هذه الاتفاقية وصدقت عليها، فإن هذه الاتفاقية تعد في منزلة القانون المصري بل أنها تسمو علي أحكام القانون الداخلي إذا حدث تعارض بينها وبين نص في القانون الداخلي.

ولذلك فإن المشرع في القانون الجديد اقتصر علي بيان مجال تطبيق أحكام الاتفاقية الشخصية من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع.

ويلاحظ أن ماورد في هذا القانون من أحكام يعتبر تكريسًا وإعمالًا لما ورد في الاتفاقية من أحكام قانونية.

وفي هذا الشأن تنص المادة ١٣٩ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ علي أنه: " تشمل الحماية المقررة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها المصريين والأجانب من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين ينتمون إلي إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية ومن في حكمهم " .

ويعتبر في حكم رعايا الدول الأعضاء:

أ- بالنسبة لحق المؤلف:

١- المؤلفون الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة في إحدى الدول الأعضاء في المنظمة، أو تنشر في إحدى الدول غير الأعضاء وأحدى الدول الأعضاء في آن واحد ، ويعتبر المصنف منشورًا في آن واحد في عدة دول إذا ظهر في دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يومًا من تاريخ نشره لأول مرة.

ويلاحظ أنه بموجب هذا النص فقد حدد المشرع المصري المعيار الذي يستعان به في منح الحماية للمصنف ويعتمد هذا المعيار علي عنصرين:

العنصر الأول: جغرافي أو مكاني حيث يشترط أن ينشر المصنف في موقع جغرافي معين.

العنصر الثاني: وهو عنصر قانوني حيث يشترط أن يكون مكان النشر واقعًا في دولة من الدول الأعضاء في المنظمة.

ويجب أن يتوافر العنصران معًا حتي يمكن أن يتمتع المصنف بالحماية القانونية في التشريع المصري. وفي الواقع أن هذه المنهجية في توفير هذه الحماية القانونية للمصنفات ليست بمنهجية جديدة وإنما ورد النص عليها في اتفاقيات قديمة مثل اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية المبرمة سنة ١٨٨٦ حيث كانت هذه الاتفاقية تعتبر الدول الأعضاء بمثابة اتحاد جغرافي واحد ومن ثم يتمتع المصنف المنشور في إحدى الدول الأعضاء بالحماية لدى الدول الأعضاء الأخرى.

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يأخذ بمعيار بلد طلب الحماية الذي كان يدافع عنه جانب من الفقه كما لم يتطلب المشرع المصري شرط المعاملة بالمثل عند حماية المصنفات، وهو الشرط الذي

كان مطلوبًا لحماية المصنفات القانونية التي تنشر في الخارج، حيث كان المشرع يتطلب ضرورة توافر شرطين وهما:

١- أن يشمل البلد الأجنبي الرعايا المصريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة لأول مرة في مصر.
٢- وأن تكون هذه المصنفات محمية في هذا البلد الأجنبي لأنه لا محل لحماية مصنف أجنبي في مصر طالما أنه لا يتمتع بالحماية في بلد أول نشر له. وقد ألغي هذا الحكم مع إلغاء القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية المؤلف.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق علي العلامة التجارية

يعد اختيار لقانون الواجب التطبيق ، من الأدوات القانونية الهامة، التي يلجأ إليها لتنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، وحسم المنازعات التي تنشأ عنها. ومع الظروف التي يمر بها العالم من عولمة، بصورها المتعددة.

تبرز الأداة جلية لتكون من الأهمية بمكان الفصل في المنازعات التي تتوالد وتتكاثر بصورة كبيرة ، والنظرية الاقتصادية الناشئة حديثًا، بعد الأخذ بأسباب العولمة، وسطوع شمس اتفاقيات الجات، وميل الوحدات السياسة إلي الدخول في تحالفات اقتصادية، وسياسة أشرها الاتحاد الأوربي ، وفي ظل ذلك تقوم الدول لمواكبة هذه الاتفاقيات بتعبيد قوانينها وتشريعاتها ، ليكون بذلك قانون بلد طلب الحماية هو أحد الأدوات القانونية التي تظهر، وتصبح أكثر عملية متماشية في نفس الوقت مع مبدأ الإقليمية كمرحلة نحو الوصول إلي الوحدة القانونية، التي قد تأخذ يومًا ما صورة الفيدرالية الدولية.

أولًا القواعد العامة:

١- قانون موقع المال:

لعل أنصار هذا الاتجاه من الفقهاء، كان تفكيرهم بداءة حول التكييف القانوني، لعناصر الملكية الفكرية والصناعية خاصة العلامات التجارية حيث استقروا علي أنها عبارة عن مال منقول معنوي ، وذلك لكونها شيء لا يقع تحت الحس المادي الملموس ومع ذلك فهي محلًا للحق العيني.

وفي ضوء هذا التكييف أخضع هذا الفريق الحقوق المترتبة علي الملكية الفكرية أدبية أو صناعية إلي قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال ، أي خضوعها لقاعدة قانون الموقع ولما كانت العلامة التجارية منقولًا

معنويًا، مما يعني عدم وجود موقع مادي لها بل هو في الحقيقة موقع افتراضي لذا كان عليهم أن يفترضوا لها موقعًا حيث حددوا بلد منشأة الاستغلال، للمشروع التجاري كموقع للعلامة.

٢- قانون بلد الأصل:

يعيب أنصار هذا الاتجاه، ما ذهب إليه الفريق الأول، التجائهم لقاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المادي ، وما أدي بهم إلي الافتراض الحكمي لموقع العلامة التجارية ، حيث أتجه الفقهاء إلي كيفية تنظيم وجود الحق علي العلامة. ورغما عن اتفاق فقه هذا الاتجاه علي أسلوب تنظيم وجود الحق علي العلامة إلا أنهم انقسموا في كيفية تحقيقه، متأثرين في ذلك باتفاقية باريس، التي أرست طريقين لملكية العلامة التجارية.

أما باستعمال العلامة في إحدى دول الاتحاد أو إيداعها فيها.

حيث ذهب البعض منهم، إلي اعتبار أن الحق في العلامة التجارية مستمد من الأسبقية في الاستعمال لمشروع معين، ومن ثم يكون لقانون الواجب التطبيق، هو قانون البلد الذي توجد به منشأة المشروع ، وهو الاتجاه الذي يأخذ به قضاء محكمة النقض حيث يذهب إلي أن ملكية العلامة التجارية لا تستند إلي مجرد التسجيل وإنما إلي الأسبقية في الاستعمال.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلي أن الحق في العلامة مستمد من تسجيلها، حيث اعتبروا أن التسجيل، هو منشئ الحق في العلامة التجارية، خاصة أ، غالبًا ما يوجد مقر المنشأة التجارية، في بلد التسجيل وفي نفس الوقت أن اختيار صاحب العلامة لبلد معينة لتسجيل علامته ، يعد بمثابة إعلان ضمني، لرغبة صاحب العلامة في تطبيق قانون هذه البلد لحماية علامته إياه.

ولقد أخذت اتفاقية التربس، بهذا الإتجاه ، والدليل علي ذلك أنها لم تجعل الاستعمال الفعلي للعلامة التجارية شرطًا للتقدم بطلب تسجيلها، أو سببًا لرفضها إلا في الحالة التي لا يقوم فيها الطالب باستعمال تلك العلامة قبل انقضاء ثلاث سنوات، من تاريخ تقديم الطلب وعليه يكون القانون الواجب التطبيق، هو قانون بلد الإيداع، مثل الرسوم والنماذج والصناعة ، ومن أبرز القوانين. التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الفرنسي الجديد حيث اعتبر أن ملكية العلامة تكتسب عن طريق التسجيل ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق في ضوء هذا الرأي، هو قانون التسجيل، أو الإيداع والقضاء الفرنسي يؤيد ذلك، حيث أخذ بمبدأ قانون بلد الإيداع المستمد من إقليمية العلامة والذي مفاده أن العلامة لا تتم حمايتها إلا في دولة الإيداع، ويأخذ القانون المصري الجديد موقفًا توفيقيًا، من الاتجاهين حيث يجعل من التسجيل قرينه علي أسبقية استعمال العلامة التجارية، وبذلك فهو يستخدم سبق استعمال العلامة وفي نفس الوقت لا يترك باب

المنازعة في ملكية العلامة التجارية إلي ما لا نهاية علي أساس سبق الاستعمال مما يقلل من استقرار الأوضاع القانونية.

ثانيًا: القواعد الاتفاقية

لعبت الاتفاقيات الدولية دورًا بارزًا، في تنظيم الملكية الفكرية، بشقيها الأدبي والصناعي ، وقدمت علاجًا لمشكلة تنازع القوانين، التي تتعاظم كلما زادت المعاملات الدولية بين الأفراد.

حيث كان مبدأ قانون بلد طلب الحماية الذي أخذت به الاتفاقيات الدولية بمثابة العصا السحرية، لعلاج مشكلة تنازع القوانين، والذي حظي بقبول أعضاء الجماعة الدولية. وفي الحقيقة فإن مبدأ قانون بلد طلب الحماية يتماشى مع طبيعة العلامة الدولية، التي تقوم علي وجود نطاق جغرافي دولي لحمايتها إياه، مما يجعل من منطق الأمور، أن تكون الحماية المقررة من خلال قانون الدولة المطلوب الحماية إياها. فغالبًا ما يكون موقع الضرر، أو مكان وقوع الاعتداء أو الانتهاك علي العلامة، هو البلد التي تطلب فيه الحماية وهو بلا شك يكون القانون الأجدر علي مواجهة الوقائع أو الانتهاكات.

ثالثًا: اتفاقية باريس.

أخذت اتفاقية باريس بمبدأ إقليمية القوانين حيث ألزمت الدول الأعضاء، بإعطاء رعايا الدول الأخرى نفس الحماية المقررة لمواطنيها، تحقيقًا لمبدأ المعاملة الوطنية. ذلك أنها اعتدت بالحماية الإقليمية للملكية الصناعية بصفة عامة. والعلامات التجارية خاصة. وهو ما يعني تطبيق القوانين الوطنية، علي دعاوي الأجانب في الدول التي تطلب فيها الحماية، والتي غالبًا ما يحدث فيها فعل الانتهاك ، فإذا ما حدث انتهاك لعلامة أجنبية، أو دولية ما، في دولة معينة فأن الحماية التي تقدم لها هي تلك الحماية المقررة في هذه الدولة إلا أنها أضافت حد أدني من الحماية ، كي تمثل نوعًا من المعالجة لأي شكل من أشكال غلوائية التشريعات الوطنية وهي بهذا تعد خطوة كبيرة نحو قيام قانون خاص موضوعي دولي للعلامات التجارية.

رابعًا: اتفاقية التربيس.

أكدت التربيس علي ما جاء في باريس من أخذها لقاعدة قانون بلد الحماية ويتضح ذلك فيما يلي:

١- أخذت التربيس بنصوص اتفاقية باريس، من المواد ١ إلي ١٢، وألزمت أعضائها بها. ومن ثم فإن ذلك يعني انطباق مبدأ قانون بلد طلب الحماية علي الدول الأعضاء في اتفاقية التربيس علي النحو الذي تم عرضه في اتفاقية باريس.

٢- لم تكتفي الاتفاقية بما أخذت عن باريس إلا أنها ألزمت أعضائها بمنح مواطني (سواء أكانوا أشخاص طبيعية أو اعتبارية) البلدان الأخرى معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها ، وفي ذلك ما يدلل علي الأخذ بقاعدة قانون بلد طلب الحماية.

٣- ألزمت البلدان الأعضاء اشتمال قوانينها لإجراءات الإنفاذ، لتسهيل اتخاذ تدابير فعالة ضد أو تعد علي حقوق الملكية الفكرية التي تغطيها الاتفاقية ، ورغما عن انتهاج كل من اتفاقيتي باريس والتربيس، مبدأ قانون بلد طلب الحماية ، إلا أن كليهما لم يوضح أية إجراءات تفصيلية بالنسبة للتطبيق.

خامسًا: القانون المصري.

يأخذ القانون المصري الجديد (قانون الملكية الفكرية) بهذا الاتجاه حيث ينص علي التسوية بين المواطنين والأجانب الذي ينتمون، أو يتخذون مركز نشاط حقيقي وفعال لهم ، في إحدى الدول أو الكيانات الأعضاء في منظمة التجارة العالمية في التمتع بالحماية القانونية التي يوفرها للأجنبي، إذا ما طلبت الحماية علي الإقليم المصري.

الجزء الثاني

الإجراءات المدنية والتجارية الدولية

تنفيذ الأحكام الأجنبية

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

١- تمهيد وتقسيم:

الحمد لله والصلاة والسلام علي أشرف مخلوقاتك سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم صاحب الوجه الأنور والجبين الأزهر وعلي آله وصحبه، ومن دعا بدعوته وعمل بشريعته إلي يوم الدين وبعد ،،،

لا فائدة من أ، يقرر المقنن للشخص الطبيعي أو المعنوي حقًا إذا لم يكفل له حماية هذا الحق عند الاقتضاء، فالاعتراف للشخص بحق معين يستتبع لزوم السماح له بالاحتجاج به والدفاع عنه وذلك عن طريق اللجوء إلي القضاء.

يتناول هذا الكتاب بحث مسألة تعد من أهم المسائل وأدقها في القانون الدولي الخاص هي مسألة الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، وفي الحقيقة فإن مادة القانون الدولي الخاص برمتها تعد حديثة نسبيًا إذا ما قورنت بغيرها من المواد القانونية الأخرى، وربما لهذا السبب نجد أن الخلاف الفقهي في مادة القانون الدولي الخاص قد احتدم ليس فقط بشأن أصوله ونظرياته، وإنما امتد كذلك بخصوص تحديد الموضوعات التي تدخل في نطاق هذه الدراسة، ولقد كانت مسألة الاختصاص القضائي كما يحلو للفقه أن يسميها – من بين المسائل التي قررت قلة من الأنظمة القانونية نحو إبعادها من كنف القانون الدولي الخاص والعهدة بها إلي قانون المرافعات، وقد آمن بهذا الاتجاه القانون الألماني، وتأثر به القانون الإيطالي ويدافع عنه غالبية الفقه في القانون السوفيتي وأغلب دول الديمقراطيات الأوروبية الشعبية [١]

وفي النظام القانوني المصري يستقر الفقه في مجموعة علي أن العلاقات الدولية المنطوية علي عنصر أجنبي مثلها في ذلك مثل العلاقات الوطنية البحتة تمر بثلاث مراحل:

١- **مرحلة التمتع بالحقوق:** وهي قواعد تتلقف مسألة أولية لها أهميتها القصوى هي مسألة ثبوت أهلية الفرد بالنسبة للحق المراد ممارستها، وفي هذه المرحلة يلزم بادئ ذي بدء الفصل في هذه المسألة الأولية قبل البحث في كيفية اكتساب هذا الحق، علي أن هذه المسألة لا تثار إلا بالنسبة للأجانب أما الوطنيون فلا يوجد أدني مشكلة بالنسبة لهم إذ تثبت لهم دائمًا أهلية الوجوب، وتتكفل بدراسة هذه المرحلة القواعد المنظمة لأحكام الجنسية ومركز الأجانب.

---

[١] V. SZASZY Private international law in Europeen people's democracies 1964, p. 22.
Botiffal et lagarde, droit international prive 1979. T. ii. P. 4.

٢-**مرحلة ممارسة الحقوق:** وتواجه هذه المرحلة الوقت التي تنشأ فيها العلاقة القانونية ويتم فيها اكتساب الحق ونفاذه، وفي هذه المرحلة ينبغي معرفة القانون الذي يحكم الحق من لحظة نشوئه وإلي حين زواله وهي مسائل تتولي بعلاجها قواعد تنازع القوانين.

٣-**مرحلة حماية الحقوق والمراكز القانونية وذلك عن طريق اللجوء للقضاء:** إذ من غير المتصور أن تكون للحق فائدة إذا تجرد صاحبة من الحماية القضائية، وتعد هذه القواعد من أهم قواعد القانون الدولي الخاص من الناحية الواقعية، إذ أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما يكشف في الغالب ومنذ البداية عن الحل النهائي للنزاع المثار أمامها([1]).

والواقع أن هذه المرحلة هي التي ستدور حولها دراستنا في هذا البحث.

٢- اصطلاح الإجراءات المدنية والتجارية الدولية:

بعد الاطلاع علي المراجع المصرية والفرنسية الخاصة بالقانون الدولي الخاص نري أن هناك اتفاقًا في الفقهين المصري والفرنسي علي أن دراسة القواعد الخاصة بالحماية القضائية للحقوق والعلاقات المتولدة عن الروابط الخاصة الدولية والمنطوية علي عنصر أجنبي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، وتعد من أهم موضوعاته، إذ كان صحيحًا، إلا أنهم لا يتفقون علي التسمية التي تكون عنوانًا لهذه الدراسة.

فتجري غالبية الفقه المصري([2]) علي استخدام اصطلاح "تنازع الاختصاص القضائي الدولي " أو "تنازع الاختصاص القضائي" وقد استشعر البعض عدم دقة هذا الاصطلاح فاستخدم تعبير "الاختصاص القضائي الدولي" بدون لفظة التنازع[3].

---

[1] استاذنا الدكتور/ فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة/ سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، ٢٠٠٧، بند ٢٨٥ ص ٣٦٥.

[2] الدكتور/ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٧، ص ٦٠٤ وما بعدها.

الدكتور/ محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٠، الرابع في تنازع السلطات وتنازع الاختصاص، ١٩٦٤، د/ هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة – منشأة المعارف – الإسكندرية.

[3] الدكتور/ أحمد قسمت لجداوي: مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ١٩٨٢، دكتور/ هشام خالد: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر العربي – الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢.

كما نجد في الفقه الحديث تسميات جديدة انطلاقًا من تسميات يجرب استخدامها في العلاقات الوطنية البحتة مع إضافة كلمة الدولية إليها، فهناك من يستعمل اصطلاح "القانون القضائي الخاص الدولي"[١]، وهناك من يستعمل اصطلاح "المرافعات المدينة الدولية"[٢].

وفي فرنسا يستخدم البعض([٣]) استعمال اصطلاح "تنازع جهات القضاء" بينما يستحسن فريق ثالث إستعمال "اختصاص المحاكم الفرنسية في المنازعات الدولية" والبعض الرابع يستخدم اصطلاح "الاختصاص المدني والتجاري" La Competence civile et Commerciale والاصطلاحات التي استخدمها الفقه الفرنسي جميعها ينقصه الدقة ويثير اللبس ويبعث الغموض ومنها ما هو ناقص فيبدو غير جامع.

فاستعمال تعبير تنازع الاختصاص القضائي غير دقيق – فالتسمية تقيد علي غير الحقيقة – أن النزاع المعروض أمام القضاء الوطني يتلقفه قضاء أكثر من دولة ثم يحسم القاضي الوطني باختيار أنسب المحاكم علي الفصل في هذا النزاع وذلك علي ما هو مقرر في مواد تنازع القوانين([٤]).

٣- مدلول هذا الاصطلاح:

الإجراءات المدنية والتجارية الدولية هي ذلك الجزء من القانون الدولي الخاص الذي يحدد حالات الاختصاص العام المباشر للمحاكم الوطنية[٥] وتلك التي تحدد القانون الواجب التطبيق في مسائل الإجراءات الدولية، وكذا بيان شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، وذلك إذا كانت العلاقة القانونية محل المنازعة منطوية علي عنصر أجنبيًا "ويستوي أن تلحق هذه الصفة الأجنبية بأطراف العلاقة أحدهما أو كلاهما، أو بمحل العلاقة أو بالسبب المنشئ لها"([٦]) .

---

[١] الدكتور/ حفيظة السيد الحداد. طبعة ١٩٩٢.

[٢] الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: الجزء الثان التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، طبعة ٢٠٠٧.

[3] Botiffal et lagarde, op. cit, P. 387 et s

[٤] وتقرأ ذلك في كتابات بعض الفقه المصري من ذلك ما سطره الأستاذ الدكتور/ فؤاد رياض: قائلًا "والمشكلة التي يثيرها تنازع الاختصاص القضائي تتميز في الواقع بنفس الطابع الذي تحمله مشكلة تنازع القوانين، ففي كلتا الحالتين نجد أنفسنا إزاء ظاهرة تزاحم ... "تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي سابق الإشارة إليه، ٢٠٠٧، ص ٣٦٦؛ وكذلك دكتور/ جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الرابع، سابق الإشارة إليه، ص٤٤، بند ١٢، وبند ١٣.

[٥] انظر مؤلف استاذنا الدكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق ، ص٩ ، وكذلك الدكتوره/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص١٤،١٣.

[٦] **انظر**

Batiffol, Francescakis, galcher – Baron competence civle et commercial", Rep. D droit, intern, pp. 424 et ss spec. p. 436.

وبناءً علي ذلك فإن هذا الجزء من مباحث القانون الدولي الخاص، سوف يتكفل بيان متي ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة بعينها لا يعني بالضرورة أن تقوم تلك المحاكم بتطبيق قانونها الوطني علي النزع المعروض عليها وكذا ببيان الإجراءات التي تتبع بصفة عامة بشأن الأنزعة المتضمنة عنصرًا أجنبيًا من وقت إثارته حتي الفصل فيه، بمعني القول بعكس ذلك فيه الرجوع إلي عهد الإقليمية وما قبله حيث كانت المحاكم لا تطبق إلا قوانينها، وهو الأمر الذي سوف نبحثه من خلال مدي الاختلاف في الإجراءات الخاصة بالعلاقات الوطنية البحتة، وكذلك المتعلقة بالعلاقات المنطوية علي عنصر أجنبي، فلا ريب أن الصفة الدولية للأنزعة تستوجب تميزها لما لها من طابع خاص، وبعد ما أن انتهينا إلي إمكانية اختصاص محاكم الدولة بإنهاء منازعات الأفراد التي تتم بينهم عبر الحدود، وأصدرت تلك المحاكم حكمها المنهي للنزاع سواء أكان مقررًا أو ملزمًا أو منشئًا لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر، والسؤال الذي يثار هنا هل يمكن الإحتجاج به في دولة أخري غير دولة القاضي التي أصدرت الحكم، وطلب الأمر بتنفيذه هناك؟ وكذا هل يمكن تنفيذ الحكم الصادر في أورقة المحاكم الأجنبية في مصر ، وأن له قوة مماثلة للحكم الصادر عن القضاء المصري أم يلزم إتباع طريق معين حتي يتسنى الاحتجاج به؟ وكذا الحل هل يمكن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في مصر والاحتجاج به ؟ مع الإشارة إلي اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة فيما بعد.

٤- تقسيم:

ومتي انتهينا من تحديد عنوان هذه الدراسة التي نحبذها، كان علينا أن نحدد الخطوط العريضة لهذه الدراسة، فنبين حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وطبيعة اختصاصها، ومدي تعلقه بالنظام العام وقد عالجها المقنن المصري في المواد من (٢٨ إلي ٣٥) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

ومتى فرغنا من تبيان هذه الحالات كان علينا أن نتصدى لمسألة القانون الواجب التطبيق علي الدعوي من وقت رفعها ولحين صدور حكم فيها، والدفوع التي تحدد من ذلك الاختصاص سواء كانت دفوعًا شكلية أم موضوعية، ليس هذا فحسب فهناك من قواعد المرافعات المدنية والتجارية الدولية ما يتعلق بأدلة الإثبات ومدي قوتها الثبوتية، ومدى قبولها، مسائل ثلاث يلزم معالجتها تباعًا تخصص لكل منها ، علي حده ، كما قرر الدستور المصرى الحالى الصادر سنة ٢٠١٤ مبدأ التسوية التامة بين الوطن والاجنبي بحيث التمتع بحق الالتجاه الى مرفق القضاء المصرى ، وكذلك تنفيذ الاحاكم الاجنبية الصادرة باسم سيادة دولة اجنبية

والذى أقرها المشرع المصرى فى قانون المرفعات الحالى الصادر سنة ١٩٦٨ ، وكذلك الشريعة الغراء قد كفلت بالاجنبي هذا الحق دائما ، حيث منحت الدولة الاسلامية منذ تأسيسه فى المدينة المنورة على يد سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم فى حق الاجنبي فى الامن والسلامة والقضاء إسوة بالزمي الذى كان يعد من الوطنيين ، وفيما يلى على هذا الاساس نقوم بعرض وتقسيم موضع الدراسة الى ثلاثة ابواب على النحو التالى :

الباب الأول: الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية

الباب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية

الباب الثالث: تخصصه لتنفيذ أحكام التحكم الأجنبية وفيما يلى نقوم بتفصيل ذلك فى الصفحات التالية :

الباب الأول

أحكام عامة في الإختصاص القضائي الدولى

أهداف الباب الأول :

في نهاية هذا الباب يجب أن يكون الدارس قادراً على :

١- معرفة الطالب للأحكام العامة في الإختصاص القضائي الدولى .

٢- قدرة الطالب على تحديد مفهوم الإختصاص القضائي ، ومعرفة كيف يتم تطبيق النصوص التى تحكمها .

٣- إدراك الطالب لكيفية حل مشاكل تطبيق قواعد الإختصاص القضائي الدولى .

٤- بيان دور الدولة في السماح للأجانب باللجوء للقضاء المصري ورفع دعواهم وتوثيق عقودهم المبرمة في الإقليم المصري .

٥-بيان ضوابط الإختصاص القضائي الدولى للمحاكم المصرية على اختلاف درجاتها ومواطنها .

الباب الأول

الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية

مقدمة:

ورد النص علي القواعد القانونية التي تحدد اختصاص المحاكم المصرية في خصوص المنازعات التي تنشأ بين الأفراد المنتمين إلي جنسيات مختلفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي الصادر في ٧ مايو ١٩٦٨ "عالجت المواد من ٢٨ إلي ٣٥ من المشروع القواعد التي تبين حدود ولاية القضاء لمحاكم الجمهورية وهي ما يطلق عليه قواعد الاختصاص العام أو الاختصاص القضائي الدولي.

وقد رأي المشرع أن يجمع هذه القواعد في صعيد واحد، فأفرد لها الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول لقانون المرافعات، وذلك علي خلاف القانون الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الذي كانت قواعد الاختصاص موزعة بين المادة والمواد من (٨٥٩ إلي ٨٦٧) منه، وهو توزيع لا يقوم علي أساس فقهي، وإنما يرجع إلي أسباب تاريخية .

ومهما يكن من أمر فإن المشرع المصري وضع أسس عامة يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية قوامها مبدأ الإقليمية ، وحسن أداء العدالة، ورعاية المدعي عليه، كما راعي في التنظيم القانوني لضوابط الاختصاص دواعي الملائمة ومسايرة حاجه التجارة الدولية، فلم يجعل نصوصه مغلقة تحكم كل أنوع الاختصاص حتي وإن لم توضع لها، كما أخرج بعض المنازعات من تطبيق ضوابط الاختصاص، فأباح اللجوء إلي التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ونظم ذلك في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية .

التعريف بالاختصاص القضائي الدولي:

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي مجموعة القواعد التي تحدد اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات المنطوية علي عنصر أجنبي تجاه غيرها من محاكم الدول الأخرى([1]) فإذا انتقلنا من هذا التعميم إلي التخصيص في القانون المصري لقلنا أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية هي

[1] انظر الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، ص ١٣، وما بعدها

لحالات التي ينعقد فيها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية هي الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لهذه المحاكم بنظر المنازعات الخاصة الدولية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا.

وقد لقيت دراسة القضاء والقواعد الإجرائية أهمية خاصة وجذبت اهتمام الفقه، ولكن بقدر لا يتناسب مع الأهمية العملية والواقعية والخطيرة لدور القضاء في تطبيق القواعد القانونية منذ أقدم العصور([1]).

الاختصاص الدولي والاختصاص الداخلي:

يقابل الاختصاص القضائي الدولي، الاختصاص الداخلي ويتحدد الأول جملة بأن الاختصاص للمحاكم الوطنية المصرية في مجموعها، أما بالنسبة للاختصاص الداخلي المرتبط بنزاع مصري في كل عناصره فهناك اختصاص نوعي وآخر محلي، ويترتب علي هذه التفرقة بين النوعين من الاختصاص أنه ينبغي أولًا معرفة ما إذا كان القضاء المصري مختصًا بالنزاع المطروح من عدمه قبل معرفة أي محكمة من المحاكم المصرية مختصة بنظر النزاع الخاص ذي الطابع الدولي المنطوي علي عنصر أجنبي، ولقد دفع ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين([2]) إلي تسمية الاختصاص الدولي بالاختصاص العام Competence generale بينما يكون الاختصاص الداخلي الاختصاص الخاص.

٥- الطابع الدولي للخصومة:

واتصاف منازعة بالصفة الدولية، هو إذن الفيصل بين نطاق تطبيق قواعد المرافعات والاختصاص الداخلية وقواعد الاختصاص الدولي، وتلك الصفة الدولية تضفي علي المنازعات خصوصية فنية تميزها ايضًا عن المنازعات الداخلية البحتة، تتمثل في ضرورة مراعاة اعتبارات الملائمة واستقرار الروابط القانونية للأفراد عبر الحدود، وكذلك التفسير ورفع العنت عنهم، والأخذ في الاعتبار احترام سيادة الدول الأخرى التي يكون النزاع علي صلة بها.

وتعد هذه الخصوصية إلي المناداة بضرورة خلق قضاء هو أيضًا ذو صفة دولية، أي قضاء تتفق أعضاء المجتمع الدولي علي إقامته بقصد الفصل في المنازعات التي تتضمن عنصر أجنبي عبر الحدود، وفي هذا يبدو لنا أن دولية النزاع المعروض يستلزم دولية القضاء المختص.

---

[1] راجع دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ص ٥٢٩ وما بعدها.

[2] Bartien, principles, de droit international prive T.I.S 123

المبادئ العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي:

نجد في القوانين الوضعية لمختلف الدول ثمة مجموعة من القواعد المستقرة وهذه القواعد مسلم بها كذلك في النظام القانوني المصري في غالبيتها ولذلك نكتفي بعرضها بإيجاز:

٦- الضابط الأول: ضابط موطن المدعي عليه:

وبناءً عليه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعي عليه أو محل إقامته، وتكمن الحكمة من وراء تقرير هذا المبدأ في ميدان الاختصاص القضائي الدولي ولا تختلف عن مثيلاتها في ميدان الاختصاص المحلي (الداخلي) للمحاكم الوطنية في أن الأصل هو براءة ذمة المدعي عليه، وعلي من يدعي العكس أن يقوم بإثبات ذلك، كما أن الأخذ بهذا الضابط يقوم أيضًا علي أساس عملي هو أن المدعي هو سئ النية فقد يقوم برفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعي عليه ويكبده بذلك مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير استرداد نفقاته من المدعي المفلس([1]).

ومما لا شك فيه أن ضابط موطن المدعي عليه يفيد في أن ثمة رباطًا بينه وبين الدولة فيخضع لسلطاته وتكون بعد ذلك من ثم هي الأقدر علي إلزامه بالحكم الصادر في مواجهته، فكأن مبدأ قوة النفاذ هو أساس هذا الضابط ومتي كان الشخص متوطنًا أو مقيمًا في إقليم الدولة فلا عبرة عندئذ بجنسيته فيستوي أن يكون وطنيًا أم أجنبيًا.

الضابط الثاني: ضابط جنسية المدعي عليه:

وبناءً عليه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعي عليه بجنسيته وهو ضابط شخصي وغير إقليمي مبني علي صفة الشخص ودون الاعتداد بالإقليم وقانوني لأنه مبني على نص قانوني لأنه لا يقتصر علي طائفة معينة من الروابط القانونية دون غيرها([2]).

وقد أخذ بهذا الضابط التشريع المدني الفرنسي في المادة (١٥) منه ولا تزال سارية حتي في ظل مجموعة المرافعات المدنية الفرنسية الجديدة الصادرة في ٥ ديسمبر ١٩٧٥، وكذلك أخذ المشرع المصري بهذا المصري بهذا الضابط في المادة (٢٨) مرافعات، ويستند اختصاص المحاكم الوطنية المنعقد بناء علي هذا الضابط إلي اعتبار سياسي فحواه أن من وظائف قضاء الدول إقامة العدل بين رعاياها، وعلي ذلك يجب أن تختص بالفصل في الروابط القانونية المعروضة عليه التي يكون مواطنيها

[1] انظر الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: المردع السابق، ص ٥٠.

[2] انظر الدكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٦٤٥.

أطراف فيها حتي لو كان محل إقامتهم في الخارج، لأن القول بخلاف ذلك يعنى حرمان الوطنيين من التمتع بأحد الحقوق الأساسية المقررة لهم وهو مرفق القضاء.

الضابط الثالث: قبول الأطراف ولاية القضاء أو ما يسمي بالخضوع الإرادي:

وفقًا له ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة ما متي قبل الخصوم صراحة أو ضمنًا الخضوع لولايتها، وفي غالب الأحوال يتفق الأطراف (المدعي والمدعي عليه) الخضوع لقضاء دولة معينة، ويطلق علي هذا الشرط "الشرط المانح للاختصاص القضائي" علي أنه في هذه الحالة ينبغي أن يكون هناك رابطة أو صلة مادية أو معنوية بين إقليم الدولة والنزاع المعروض علي محاكم دولة معينة، تفاديًا لحالات الغش حتي يمكن ان يتم عقد الاختصاص استنادًا إلي هذا الضابط.

الضابط الرابع: ضابط موقع المال:

يستوي في هذه الحالة أن يكون المال عقارًا أو منقولًا، ويرجع هذا المبدأ بصفة عامة إلي جملة من الاعتبارات أهمها أن وجود المال علي إقليم الدولة يضم رابطًا بين النزاع المتعلق بهذه الأموال وإقليم الدولة، رباطًا يبرر العهدة بالاختصاص لمحاكمها، بالإضافة إلي ذلك أن محكمة موقع المال هي الأقدر عن قيام النزاع علي كفالة آثار الحكم الصادر في النزاع، وقد يستلزم الفصل في النزاع المعروض علي المحكمة إجراء معاينة أو غيرها من الإجراءات، وهي أمور ليس هناك أقدر من محكمة موقع المال من اتخاذها.

الضابط الخامس: ضابط مصدر الالتزام أو محل تنفيذه:

ووفقًا لهذه الضابط تكون محكمة نشأة الالتزام سواء أكان تصرف قانوني أو فعلًا ضارًا، وفكرة الالتزام تفيد في وجود رابطًا بين الالتزام وهذه الدولة والذي يبرر عقد الاختصاص لمحاكمها، ومن ثم يكون حكمها ترجمة حقيقة لهذه وتعبيرًا عن هذا الرباط، وهذا الضابط قرره المشرع المصري في المادة (٢/٣٠) المرافعات المصري الحالي.

الضابط السادس: ضابط الارتباط:

وبناءً علي هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة بنظر دعوى من الدعاوي فإن هذه المحاكم تختص أيضًا بما يثار أمامها من دفوع أولية وطلبات مرتبطة، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها فيما لو

رفعت إليها في صورة دعوى مبتدأه، ويقوم هذا الضابط علي أساس تحقيق سير العدالة، والعمل علي الاقتصاد في النفقات والإجراءات، وتفادي صدور أحكام متعارضة في النزاع الواحد.

الضابط السابع: ضابط النظام العام:

ذهب رأي في الفقه في فرنسا ومصر الاعتداد بهذا الضابط لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بالمنازعات الدولية، ومفاد ذلك أنه متي كان موضوع المنازعة علي اتصال بفكرة النظام في الدولة، فإنه يجب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلًا علي المنازعة، وإحلال قانون القاضي محله وتكون محاكم الدولة هي المختصة أصلًا بتطبيق قانونها إذ تكون أقدر علي كفالة احترام نظامها العام ومن المعلوم وفقًا لهذا الضابط أن الاختصاص التشريعي عندئذ يجلب الاختصاص القضائي([1]).

ويعد ضابط النظام العام ضابطًا إقليميًا، ومن ثم ينضم كذلك إلي الضابط المستمد من فكرة الإجراءات التحفظية والتدابير الوقتية وهو ضابط يستند إلي الاعتبارات المتعلقة بالبوليس والأمن المدني.

الضابط الثامن: الضابط المستمد من فكرة القوة والفعالية والنفاذ:

ويرجع هذا الضابط أصلًا إلي الفقه الانجلو سكسوني، وفقًا لهذا الضابط تكون محاكم الدولة مختصة بنظر المنازعة محل الخلاف، متي كانت تملك في شأنها السلطة الفعلية التي تجعلها قادرة علي كفالة آثار هذا الحكم.

ونود أن نشير أخيرًا بعد أن عرضنا للضوابط المعتادة لاختصاص المحاكم المصرية الدولية كضابط موطن المدعي عليه أو محل إقامته أو جنسيته يضيف بعض الفقه([2]) ضابطًا آخر هو ضابط تلاقي إنكار العدالة، وتعترف الأنظمة القانونية المختلفة بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في هذه الفروض وفقًا لضابط إنكار العدالة، ومن هذه الأنظمة النظام القانوني المصري في المادة (٧/٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري علي انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر دعاوي الأحوال الشخصية إذا كان المدعي وطنيًا أو كان أجنبيًا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج.

---

[1] راجع استاذنا الدكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

[2] انظر دكتورة/ حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني – الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، طبعة سنة ٢٠٠٢، ص ١٩ وما بعدها.

تقسيم:

بعد عرض المبادئ العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي نقوم بتقسيم هذا الباب إلي فصلين:

الفصل الأول: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية.

الفصل الثاني: الدفوع المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي.

وفيما يلي نقوم بعرض وتفصيل كل فصل علي حده.

الفصل الأول

ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية

تقسيم:

حرص المشرع المصري وهو بصدد تحديد ضوابط الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، أن يجمع تلك القواعد في صعيد واحد، فأورد في الفصل الأول (الاختصاص الدولي للمحاكم) من الباب الأول المتعلق بالاختصاص من الكتاب الأول (في التداعي أمام المحاكم) وذلك في المواد من (٢٨ إلي ٣٥)، وقد عالجت هذه المواد كما أفصحت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات يوم أن كان مشروعًا أن هذه المواد تقوم "علي المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولي الخاص وهو أن الأصل في ولاية القضاء هو الإقليمية، وأن رسم حدود هذه الولاية يقوم علي أسس إقليمية تربط بين المنازعة وولاية القضاء، وأخذها موطن المدعي عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام، أو محل تنفيذه، يضاف إلي ذلك الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعي عليه وكونه وطنيًا، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته".

ولقد راعي المشرع المصري أيضًا هو أن تؤدي الدولة العدالة في إقليمها، وأن الأصل هو براءة ذمة المدعي عليه، ولذلك فإن المشرع لم يأخذ بضابط الاختصاص من ناحية المدعي إلا في حالات قليلة تعد واردة علي خلاف الأصلين العامين المذكورين.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري عن صرفه لحالات الاختصاص المنعقد للمحاكم المصرية لا تخرج عن القواعد العامة التي أشرنا إليها فيما سبق في القانون وأيًا كانت الانتقادات التي يمكن للفقه[١] أن يوجهها إلي التنظيم القانوني لقواعد الاختصاص القضائي المصرية، فإن المشرع المصري في تنظيمه لتلك القواعد والضوابط العامة للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية فإنه قد قام بجهدًا مشكورًا، ووفق إلي حد كبير في مسعاه، فقد أغنانا عن التعويل علي النصوص الموجودة في القانون الداخلي، علي غرار ما يفعل الفقه في فرنسا، وما يثيره ذلك عندهم من صعوبات جمة، وتعارض في الأفكار، واختلاف الحلول القضائية وخاصة في بعض التشريعات العريقة في التراث القانوني كالقانون الفرنسي، الذي لم

[١] دكتور/ أحمد قسمت الجداوي: المرجع السابق، ص٩٨ وما بعدها.

يتضمن إلا نصوصًا قليلة لتنظيم الاختصاص القضائي الدولي حتي في أحدث تعديل لقانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٧٥([1]).

ويمكن تقسيم الفقه الذي تصدي للدراسة التحليلية الانتقادية لنصوص قانون المرافعات الحالي المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي إلي فرقين فيرى بعض الفقه([2]) دراسة تلك النصوص حالة بحالة دون إجراء تصنيف لها استنادًا إلي معايير بعينها، والبعض الآخر من الفقه([3]) يرى عند دراسته لتلك القواعد إلي إيجاد نوع من الأسس والمعايير كعامل تصنيف لتلك القواعد، وإن كنا نتصدى لدراسة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية أننا نفضل دراستها من خلال الضوابط والأسس العامة التي أمكن للفقه المصري([4]) استنباطها ويمكن تقسيم تلك الضوابط علي النحو التالي:

١- الاختصاص المبني علي مركز أطراف الدعوى.

٢- الاختصاص المبني علي نوعية الدعوي.

٣- الاختصاص المراعي فيه اتصال عناصر المنازعة الموضوعية بالإقليم المصري.

٤- الاختصاص المنظور فيه إلي حسن أداء العدالة وفن تنظيم الخصومة.

ومتى انتهينا من عرض ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية سوف نتصدى لبحث مسألتين أخريين: الوقت الذي يعتد فيه بتوافر ضابط الاختصاص هذا، ثم مدي تعلق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، وعلي ذلك سوف نقسم هذ الفصل إلي ستة مباحث، يعالج كل حالة من تلك الحالات.

المبحث الأول

الاختصاص المبني علي مركز أطراف الدعوى

المقصود بمركز أطراف الدعوى: يقصد به أن أطراف الدعوى المدعى أو المدعى عليه، والحالة القانونية لهم في خصوص علاقات القانون الدولي الخاص، والأصل أن يقصد المشرع بمركز المدعي عليه لأن الأصل فيه – كما ذكرنا سابقًا – أنه برئ وعلي المدعي أن يسعي إليه أمام محكمته، ومن ثم فإن المأخوذ في الاعتبار أصلًا هو المدعي عليه لا المدعي.

---

[1] Huet "Le Nouveau code de procedure civile du 5 decembre 1975 et la competence international des tribunaux francais

[2] دكتور/ هشام صادق: المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها

[3] دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٠.

[4] انظر دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولي، ص ١٠٢، وما بعدها.

إذن يتحدد مركز أطراف الخصومة في الدعوي بصفة أساسية وتختص به المحاكم المصرية، إذا كان المدعي عليه مصريًا، أو أجنبيًا ولكن له موطن أو محل إقامة في إقليم الدولة، أما التعويل إلي مركز المدعي بوصفه ضابطًا لعقد الاختصاص فهو نادر في القانون المصري، وذلك بمناسبة معينة الأساس فهي نوع المنازعة وطبيعتها، بينما الاختصاص المنظور فيه إلي مركز أطراف الدعوى الذي نعنيه، اختصاص عام مجرد لا يتقيد بنوع الدعوى يعمل جنبًا إلي جنب مع قواعد الاختصاص الأخرى التي سنقوم بشرحها فيما بعد.

ويلاحظ أن المشرع المصري إهتم بإرادة الأطراف في العلاقات أو الروابط القانونية الخاصة الدولية، وكما جعل لإرادة الأطراف دورًا في خصوص تنازع القوانين، فإنه جعل من اتفاق أطراف الدعوى ضابطًا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية.

يتبين لنا من القول السابق أن ثمة ثلاث حالات اعتد بها المشرع المصري بالوضع الذي يشغله مركز أطراف الخصومة كأساس لعقد الاختصاص للقضاء المصري، فسوف نعالج جنسية المدعي عليه المصرية، أو إذا كان أجنبيًا متوطنًا أو مقيمًا في مصر ومع ذلك إذا تعلق الأمر بدعوى عقارية مرتبطة بعقار واقع في الخارج فلا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، وبعد ذلك نعرض حالات اتفاق الخصوم علي العهدة بالاختصاص في منازعتهما للمحاكم المصرية، مسائل ثلاث سوف نقوم بمعالجتها في ثلاث مطالب علي النحو التالي:

المطلب الأول: نخصصه لضابط جنسية المدعى عليه مصري الجنسية.

المطلب الثاني: نعرض فيه لضابط المدعى عليه متوطن أو مقيم في الإقليم المصري.

المطلب الثالث: نبحث فيه مسألة قبول الأطراف ولاية القضاء المصري.

وفيما يلي نقوم بعرض كل مطلب بالتفصيل وذلك في الصفحات التالية.

المطلب الأول

المدعى عليه مصري الجنسية

٢١ – تنص المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ علي أن **تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج**".

يتضح لنا من هذا النص أن المشرع المصري قرر صراحة عقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية إذا كان المدعى عليه يتمتع بالجنسية المصرية دون اقتضاء أي أمر آخر، والنص في ذلك أقطع للدلالة علي أنه لا يعتد بجنسية المدعى المصرية وحدها كضابط للاختصاص، فجنسية المدعى المصرية لا تنهض بذاتها مبررًا لاختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية محدودة (م٧/٣) مرافعات مصري وبشروط معينة كما سنري فيما بعد.

ويتضح من نص المادة (٢٨) أيضًا أنه متي كان المدعي عليه مصري الجنسية انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، فلا يشترط أن يكون هذا الشخص متوطنًا في مصر أو مقيمًا فيها، كما أنه لا يشترط أن يكون قد أبرم التزامه بها أو أن يكون هذا الالتزام واجب التنفيذ فيها، بالإضافة إلي ما تقدم يستوي أن يكون القانون الواجب التطبيق علي الرابطة القانونية محل النزاع هو القانون المصري أو أي قانون آخر، كما يستوي كذلك أن يكون النزاع متعلقًا بمسألة من المعاملات المالية سواء أكانت مدنية أو تجارية، أو متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وأخيرًا كما أشرنا فيما سبق لا يعتد بمركز المدعى أو وضعه فيستوي أن يكون مصريًا أو اجنبيًا متوطن أو مقيم في مصر.

تساؤلات حول الضابط محل البحث وهو جنسية المدعى عليه لتقرير الاختصاص للمحاكم المصرية ومع وضع نص المادة (٢٨ مرافعات) إلا أنه يثير عدة تساؤلات:

أولًا: هل يسرى هذا الضابط علي الأشخاص الاعتبارية؟

ضابط الاختصاص القضائي الدولي المقرر في المادة (٢٨) مرافعات مصري وهو جنسية المدعي عليه المصرية فهل هذا الحكم عام بمعني هل يسري سواء أكان المدعى عليه شخص إعتباري أم ان حكمه قاصر علي الأشخاص الطبيعيين؟

يذهب بعض الفقه أن حكم المادة (٢٨) لا يمتد إلي الأشخاص الاعتبارية، لأنه لا يعد عضوًا في شعب الدولة حتي يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة للدولة لأنه لا يتمتع بأي جنسية بالمعني الفني لهذا الاصطلاح، ومن ثم فإنه لا يمكن للدولة أن تباشر علي الشخص الاعتباري أي سيادة شخصية بل إن سيادتها عليه لا يمكن أن تكون إلا سيادة إقليمية([1]).

ولذا نرى وفقًا لهذا الرأي أن القاعدة السابقة تفترض ثبوت الجنسية الوطنية للمدعى عليه فقط من الأشخاص الطبيعيين، ومن ثم فإنها لا تنطبق بأي حال علي الأشخاص الاعتبارية – ونحن من جانبنا – مع جمهوره الفقه المصري ([2]) الراجح لا نؤيد هذا الرأي ونعتقد أن حكم المادة (٢٨) مرافعات عام – كما ذكرنا سابقًا– فيشمل جميع الدعاوي شخصية كانت أم عينية – باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج– وهو ما يستتبع باللزوم سريان الحكم علي الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية دون تفرقة، فإذا كان المشرع المصري قد أطلق القول "الدعاوي التي ترفع علي المصري" معني ذلك أن النص جاء مرسلًا لا محل لتقييده متي اقتضت طبيعة ذلك، ولا يصح أن تقصر سريان النص علي الأشخاص الطبيعيين بل يمكن أن يكونوا أيضًا اعتباريين، فإذا قصرنا لفظ "المصري" علي الطبيعيين فقط، كان هذا تحدي وتقييدًا لإرادة المشرع غير جائز.

خلاصة القول إذن إنه إذا كان الشخص الاعتباري مصري الجنسية يخضع لحكم المادة (٢٨) بمعنى يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوي التي ترفع عليه، كما يمكن كذلك عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في هذه الحالة بناء علي ضابط إقليمي آخر هو ضابط موطن الشخص الاعتباري،

فحكم المادة (٢٨) حكم عام يشمل جميع الدعاوى كما ذكرنا من قبل سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أم بالأحوال العينية باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

---

[1] دكتور/ كمال فهمي: المرجع السابق، ص ٦٣٧ وما بعدها.

[2] من هذا الاتجاه دكتور. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٦٧٦؛ دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٤، وهذا أيضًا هو مذهب الفقه الفرنسي وفقًا لنص المادة (١٥) مدنى فرنسي والتي تقابل نص المادة (٢٨) مرافعات مصري، للمزيد راجع ماييز، المرجع السابق، بند ٢٩٩، ص ٢٣٠، أيضًا لوسوران ويوريل، المرجع السابق، بند ٤٦٣، ص ٥٨٣، وراجع في القضاء الفرنسي نقض مدني ١٩ مايو ١٨٦٣ – ١ – ٣٥٣؛ وراجع كذلك باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، بند ٦٧٨، ص ٤١٢، ٤١٣.

بناءً علي ذلك نرى أن هذا القول يتفق مع ما قال به الفقه المصري، وكذلك ما سطره الفقه الفرنسي وهو بصدد تطبيق نص المادة (١٥) من القانون المدني الفرنسي، والمماثلة لحكم المادة (٢٨) مرافعات مصري، فحكم المادة (١٥) فرنسي "يسري علي الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين دون تفرقة".

ثانيًا: هل الاختصاص الدلي المقرر للمحاكم المصرية بموجب المادة (٢٨) مرافعات ملزم وإجباري أم له طبيعة اختيارية؟

لفظ نص المادة (٢٨) يوحي أنه من قبيل الاختصاص الإلزامي فهو ينص علي أن "تختص محاكم الجمهورية ...." وهذا يعني اتجاه نية المشرع المصري إلي جعل الاختصاص هنا اختصاصًا إلزاميًا وقاصرًا علي القضاء المصري فهو لم يقل مثلًا "يجوز رفع الدعوى أمام القضاء المصري" إذا كان المدعى عليه مصرية الجنسية إلا أنه نرى عكس ذلك مع جمهرة الفقه المصري[١] والفقه الفرنسي[٢] أن الاختصاص المقرر بنص المادة (٢٨) مرافعات له طبيعة اختيارية وليس متعلقًا بالنظام العام، فإذا كان المدعى عليه مصري الجنسية لا يستلزم رفع الدعوى أمام محاكم القضاء المصري، وبناءً علي ذلك يتوافر لدينا أمران:

١- أنه إذا كان المدعى عليه مصريًا ورفعت المنازعة أمام محاكم دولة أخري أجنبية مختصة هي الأخرى بنظر الدعوى، فإن هذا الحكم يكون قابلًا للتنفيذ في مصر، ومع ذلك إذا كانت المحاكم المصرية مختصة اختصاص وجوبي بالفصل في النزاع لسبب آخر فإنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر.
٢- أنه يجوز للمدعى عليه المصري أن يقبل اختصاص محاكم دولة أجنبية متنازلًا عن هذا الامتياز التي قررته له المادة (٢٨) مرافعات، إلا إذا توافر بجوار هذا الضابط سبب آخر من أسباب الاختصاص القاضي أو الإلزامي للمحاكم المصرية.

---

[١] انظر في هذا المعنى في الفقه المصيري دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٧٤٥؛ دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٩، دكتور. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٥٤٢.

[٢] راجع الفقه الفرنسي باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، بند ٧١٨، ص ٤٧٧؛ ليربور ولوسوران، المرجع السابق، بند ٤٠٣، حيث يذهب إلي أنه للمدعى عليه الفرنسي حق التنازل عن الاختصاص الثابت للمحاكم الفرنسية وفقًا لنص المادة (١٥) مدنى فرنسي، والخضوع اختياريًا لقضاء دولة أخرى، وقد أيدت أحدث الأحكام الفرنسية الصادرة حتي سنة ٢٠٠٠ الطبيعة الاختيارية للقاعدة المقررة في المادة (١٥) مدنى فرنسي، والمماثلة لحكم المادة (٢٨) مرافعات مصري.

ثالثًا: ما هو الوقت الذي يعتد فيه بجنسية المدعى عليه المصري؟

يتعين الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى عند تحديد الاختصاص للمحاكم المصرية، فإذا كان المدعى عليه مصريًا وقت رفع الدعوى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، وتبقي كذلك هذه المحاكم مختصة حتي ولو تم تغيير هذه الجنسية بعد رفع الدعوى تأسيسًا علي أن للمدعى حق مكتسب في استمرار نظر الدعوى([1]) ، وإذا كان المدعي عليه أي قبل رفع الدعوى فقد الجنسية المصرية فإن الضابط المقرر وفقًا للمادة (٢٨) مرافعات لا يعد متوافرًا، ومن ثم لا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى حتى ولو كان المدعى عليه وقت نشوء العلاقة القانونية محل النزاع مصري الجنسية([2]).

رابعًا: خروج الدعاوى العقارية من نطاق هذا الضابط:

فقد استثني المشرع المصري من اختصاص المحاكم المصرية "الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

وبناءً علي ذلك فإن المشرع المصري قد راعي دواعي الملائمة وسرعة الفصل في الدعوى بحكم ميسور النفاذ، لأن محكمة موقع العقار هي أقدر من غيرها علي الفصل في كافة الدعاوي المتعلقة بهذا العقار([3])، لأنه قد يستلزم استكمال تحقيق الدعوى وتسبيبها تكليف خبير لإجراء المعاينات اللازمة.

وقد راعي المشرع المصري كذلك في تقرير هذا الاستثناء كذلك السيادة الإقليمية لكل دولة، ومراعاة أن ضوابط الاختصاص التي تقوم علي فكرة الإقليمية أقوي أثرًا في مواجهة الضوابط الشخصية وتعكس رابطة فعلية بين النزاع والدولة، والاعتراف باختصاص محكمة موقع العقار من شأنه تحقيق مبدأ قوة الفعالية والنفاذ الذي ينبغي أن تتمتع بها الأحكام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

---

[1] انظر دكتور/ محمد عبد المنعم رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص، ص٥٠٢، وما بعدها، ويضيف بعض الفقه أن الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى لثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية حتي ولو تم تغيير بعد ذلك "من شأنه منع الغش نحو قاعدة الاختصاص القضائي الدولي، إذ قد يكون الهدف من التغيير مجرد الإفلات من اختصاص المحاكم.

[2] انظر دكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض: المرجع السابق، ص ٤٠٣.

[3] وعلي ذلك تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعاوي العينية المنقولة إذا كان المدعى عليه مصري الجنسية أو له موطن محل إقامة بالجمهورية المصرية بالرغم من وجود المنقول محل رفع الدعوى خارج القطر المصري، كذلك تختص هذه المحاكم بالدعاوى الشخصية المنقولة حتي ولو تعلقت بعقار كائن بالخارج مثل الدعوى المرفوعة من المقاول ضد مالك العقار يطلب نفقات إصلاحه للمزيد انظر في الفقه المصري دكتور. هشام صادق، المرجع السابق، ص١١٤.

- "خاصة، وإن استشعر المدعى عليه أنها ستحكم ضده" انظر الدكتور/ بدر الدين شوقي: القواعد العامة للاختصاص القضائي، منشور بمجلة قضايا الحكومة السنة ٢٣، العدد الرابع ٦٧.

وبالرجوع إلي المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات يتضح لنا أن النص علي هذا الاستثناء هو "أمر مسلم به في الأغلب عند الفقه والقضاء في مختلف البلاد"، وإذا كان المشرع المصري قد نص علي هذا الاستثناء في المادة (٢٨،٢٩) من قانون المرافعات، إلا أننا نرى مع بعض الفقه المصري([1]) المعتمد أنه معيار عام ينطبق علي كل حالة يتضح فيها تعلق الدعوى بعقار واقع خارج الإقليم المصري، والمادة (٢٨) كما ذكرنا من قبل تتعلق بمعيار تمتع المدعي عليه بالجنسية المصرية، أما المادة (٢٩) فإنها تتعلق بالمعيار الأساسي للاختصاص والتي يعتد بتوطن أو إقامة المدعي عليه في مصر[2].

المطلب الثاني

المدعى عليه متوطن أو مقيم في مصر

تقسيم:

نصف المادة (٢٩) من قانون المرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع علي الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

وبناء علي هذا النص ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية متي كان المدعي عليه متوطن أو مقيم في مصر "فرع أول" ورغم وضوح نص المادة المذكورة أنه لم يعالج حالة تثير صعوبات في العمل وهي حالة تعدد المدعي عليهم ومقيم أحدهم أو متوطن في مصر "فرع ثاني" غير أن نص المادة أورد استثناء علي القاعدة المذكورة وهي خروج الدعاوي المتعلقة بعقار كائن في الخارج من اختصاص المحاكم المصرية "فرع ثالث" وفيما يلي نعرض لكل فرع بالتفصيل المناسب في الصفحات التالية:

الفرع الأول:

تحديد كل من الموطن والإقامة

تعد قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعي عليه أو محل إقامته مستقرة من قواعد الاختصاص المحلى، حيث نصت المادة (١/٤٩) علي أن "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك"، وهذه القاعدة تعني أن المدعي يسعي إلي المدعي عليه في محكمته، بل أن هذه القاعدة تتفق مع مبدأ هام من المبادئ المقررة في خصوص الاختصاص القضائي الدولي، وهو

---

[1] انظر دكتور/ أشرف وفا: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولي ١٤٣٠ هـــ - ٢٠٠٩م، الناشر دار النهضة العربية، ص٦٩٠ وما بعدها.

[2] انظر في تفصيل ذلك: دكتور/ عنايت عبد الحميد ثابت: تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولي وأحكام فضة في القانون المصري طبعة سنة ٢٠٠٢، ص ٢٥٧.

ربط الأمر بفكرة الفعالية والقوة التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني، بالإضافة إلي ذلك أن الشخص عادة ما يقيم في المكان الذي يمارس نشاطاته التجارية وحياته، وربما يكون له أموالًا يمكن التنفيذ عليها في تلك الدائرة.

وفوق ما تقدم أن هذه القاعدة مقررة في معظم التشريعات العربية([1]) وهذه القاعدة جري العمل عليها في القانون الإنجليزي([2]) كما أن هذه القاعدة جري عليها العمل في التشريعات الأجنبية الحديثة، نذكر منها قانون المرافعات الفرنسي الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٧٥ (م١/٤٢)، والمادة (١/١٤٩) من مجموعة القانون الدولي الخاص الروماني النافذة منذ عام ١٩٩٢، والقانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥ (م١/٣).

ولعله قد اتضح مما سبق أن المشرع المصري لتحديد معني الموطن يجب الرجوع إلي قانون القاضي، لأن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة مادية من قواعد الاختصاص القضائي المصري([3]) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها في ١٢ يناير ١٩٥٦ حين قررت أنه وإن كان ما نصت عليه المادة (١/٤٠) من القانون المدني من تعريف الموطن قد قصد به "الموطن في القانون الداخلي إلا أنه في تحديد الاختصاص الخارجي يطبق قاضي الموضوع قانونه الداخلي بشأن الموطن([4]).

ولتحديد معني الموطن أو الإقامة يجب أن تفرق بين عدة أنواع من الموطن:

الموطن العام: عرفت المادة (١/٤٠) من القانون المدني المصري بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" فلا بد من توافر نية الاستقرار والاستمرار في المكان أي الإقامة الدائمة.

بمجرد الإقامة بعض الوقت في إقليم الدولة لا يجعل للشخص موطنًا، ما لم تكن مقترنه بنية الاستقرار فيه، فالمكان يعتبر موطنًا ولو كان الشخص يغادر بعض الوقت فالتغيب لا ينفي الاستقرار مادام في نية الشخص العودة إليه.

---

[1] المادة ٣ من قانون المرافعات السوري، والمادة ٣ من قانون المرافعات الليبي.

[2] راجع دايسي وموريس: تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، ١٩٧٣، ص ٣٧٤، ومايليها.

[3] راجع في نفس المعني دكتور/ هشام صادق: المرجع السابق، ص٧٨؛ ودكتور/ أحمد قسمت الجداوي: المرجع السابق، ص١٠٦؛ ودكتور/ عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص٥٢؛ ودكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٥٤٤.

[4] مجموعة محكمة النقض – الدائرة المدنية – السنة السابعة، العدد الأول، ص٧٤ ومايليها.

وإذا كانت الإقامة ونية الاستمرار في المكان هما شرطًا تحقق الموطن العام فإن معني ذلك أن إرادة الشخص تلعب دورًا مهما في هذا التصوير الواقعي الذي أخذ به المشرع المصري والذي يعتد بالإقامة الفعلية للشخص مع نية الاستقرار، فيتحدد الموطن بإقامة الشخص المعتاد([1]).

ويتجلى مما سبق أن نص المادة (٢٩) واضح وصريح في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في حالة توطن أو إقامة المدعى عليه في مصر وليس وجوده العارض، فالإقامة تتفق مع المبدأ القائل بقوة الفعالية ونفاذ الحكم، وأن المرور العابر أو التواجد العارض لأيام معدودة للمدعى عليه بإقليم الدولة تتوافر في حقة التوطن أو الإقامة، وبالتالي لا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في حالة المرور العابر أو التواجد العارض.

موطن الأعمال: وفقًا للمادة (٤١) من القانون المدني يقصد بموطن الأعمال المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معينة أو علي ذلك ، فالشخص الأجنبي الذي يمارس مهنة أو حرفة معينة سواء أكانت التجارة أو الصناعة في مصر، فإن المكان الكائن به المتجر أو المصنع يعد موطنًا لصاحبه ، فيما يتعلق بخصوص الأعمال التي تثار بخصوص هذه المهنة أو الحرفة.

وعلي هذا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، في خصوص الدعاوي المتعلقة بهذه المهنة أو الحرفة، ولو كان الموطن العام للشخص الأجنبي للمدعى عليه موجود بالخارج.

١- **الموطن القانوني أو الحكمي:** تنص المادة (١/٤٢) من القانون المدني بأن "موطن القاصر أو المحجور عليه والمفقود والغائب، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونًا" وفقًا للنص المذكور حصر المشرع الموطن العام في حالة عديمي وناقصي الأهلية بسبب صغر السن والمحجور عليهم بسبب عارض من عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة، والمفقودين والغائبين الذين تمنعهم ظروف الفقد أو الغيبة من إدارة شئونهم بأنفسهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم، أن موطن النائب عن هؤلاء يعتبر موطنًا لهم، فرعاية مصلحة عديمي الأهلية أو ناقصها، وكذلك المفقود أو الغائب، تبرر عقد الاختصاص بالنسبة للدعاوى التي ترفع عليهم، للمحكمة الكائن في دائرتها موطن من ينوب عنهم قانونًا.

وهكذا يظهر من ذلك أن التزام عديمي أو ناقصي الأهلية بموطن من ينوب عنه، مرتبط ببقاء الحكمة، فإذا زال السبب الذي كان يمنع الشخص من إدارة ومباشرة أعماله زالت بذلك الحكمة من إلزامه بموطن

[1] انظر مجموعة أحكام بمحكمة النقض المصرية – نقض مدنى – في ١٩٦٩/٥/٢٧، س٢٠ رقم ١٢٧، ص ٨٠٢ ومايليها

غير موطنه الفعلي، فإذا بلغ القاصر سنًا يسمح له بإدارة أعماله، أو من في حكمه – فإن كل ذلك يؤدي إلي زوال الموطن القانوني وعدم إلزاميته، والعودة بذلك إلي الموطن الفعلي، فالدعوى التي ترفع علي هذا القاضي أو ما في حكمة بعد زوال السبب، تختص بها المحكمة الكائن في دائرتها موطنه الفعلي([1]).

٢- الموطن المختار:

يقصد به المكان الذي تنصرف الإرادة إلي اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين([2])، ويقوم الشخص باختياره بتحديد هذا الموطن المختار سواء بالاتفاق مع شخص آخر أو بإرادته المنفردة، كما إذا اختار المدعي مكتب محامية موطنًا مختارًا خاصة له متعلقًا بموضوع الدعوي التي كلف المحامي بها، فيكون مكتب المحامي موطنًا مختارًا بكل الإعلانات وكل الإجراءات الخاصة بتنفيذ الحكم.

ما تقدم خاص بالاختصاص الداخلي المتعلق بالمنازعات الوطنية ومفاده هو أن تكون المحاكم المختصة بالدعوى المتعلقة بتنفيذ هذا العمل القانوني، هي المحكمة التابع لها هذا الموطن.

أما في حالة الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية فقد تلقف المشرع القاعدة المعمول بها في الاختصاص الداخلي وقننها وذلك في المادة (١/٣٠) من قانون المرافعات علي أن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ، وذلك إذا كان له في الجمهورية موطنًا مختارًا .

وعلي هذا فالأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، واختار مصر موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين، يكون بذلك قد قبل اختصاص المحاكم المصرية بخصوص الدعاوى التي ترفع عليه، وتكون متعلقة بهذا العمل مما يعني أن هذا الموطن لا يمتد إلي دعاوي أخري لا تتصل بذلك العمل حتي ولو كانت بين نفس الأطراف.

---

[1] تنص المادة (٢/٤٢) مدني علي أن يكون "... يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة – ومن في حكمه – موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبه القانون أهلًا لمباشرتها ..".

[2] المادة (١/٤٣) من القانون المدني المصري.

ويذهب الفقه – بحق – إلي رد هذا الاختصاص إلي فكرة الخضوع الاختياري إذ في قيام المدعي عليه باتخاذ مصر موطنًا مختارًا بالنسبة للعمل القانونى ما يفيد قبوله صراحةً أو ضمنًا الخضوع لاختصاص المحاكم المصرية فيما يتعلق بسائر المنازعات المتعلقة بهذا العمل القانونى([1]).

بالإضافة إلي هذا التأصيل لموطن الشخص الأجنبي المختار، يري بعض الفقه أن الاختصاص لا ينعقد تلقائيًا للمحاكم المصرية لمجرد أن يتخذ المدعي عليه من مصر موطنًا مختارًا له، وإنما ينبغي علي القاضي أن ينظر في كل حالة علي حدة، ولا يقبل الاختصاص في حالة – اختيار المدعي عليه من مصر موطنًا مختارًا له – ولا يوجد ثمة ارتباط بين النزاع والإقليم المصري بأي وجه من الوجوه وذلك حتي يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية وفقًا لمبدأ قوة النفاذ، وحتي لا يترك الأمر لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة([2]) ويرى أستاذنا الدكتور/ عكاشة عبد العال أنه يستعاض عن فكرة "الصلة المشتركة" بفكرة المصلحة المشروعة للخصوم([3]).

وعلي هذا الأساس يثبت الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية سواء أكان المدعي عليه شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا، ويعد الشخص الاعتباري الأجنبي متوطنًا في مصر كلما كان له فيها مركز إرادته الرئيسي أو إذا مارس نشاطه كله أو بعضه في مصر في الفرض الذي يكون فيه مركز إرادته الرئيسي في الخارج([4]).

ولعله قد اتضح مما سبق أنه إذا اتخذ الشخص الاعتباري مركز إدارته الرئيسي في الخارج ، وانشأ له فرعًا أو وكالة تمارس نشاطًا في مصر فإن المحاكم المصرية تختص بما قد ينشأ من منازعات عن الأعمال التي يقوم بها أي منهما([5])، وأن نص المادة (٥٣ مدني مصري) أوردت أن فروع أو وكالات

---

[1] دكتور/ فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة / سامية راشد: المرجع السابق، بند ٣١٨، ص ٣٦١، دكتور/ هشام صادق: المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها، ودكتور/ أحمد قسمت الجداوي: المرجع السابق، ص ١٠٨، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٥٤٧.

[2] استاذنا الدكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٥٥.

[3] انظر دكتور/ هشام صادق: المرجع السابق، ص ٨٢.

[4] وهذا هو الرأي المستقر في الفقه المصري، انظر دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٥٥ وما يليها؛ والدكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٦٨٣، وما يليها، والدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ١٠٧ ومايليها.

[5] استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٩٠٩ مجلة التشريع والقانون المختلط س ٢١، ص ٢٦٢، ١٨ ديسمبر ١٩٢٤، ذات المجلة س ٣٧، ص ٨٥.

الشركات موطنها الحكمي في مصر بخصوص النشاط الذي تمارسه، وبالتالي فإنها تخضع لولاية القضاء المصري.

ورغم وضوح نص المادة (٢٩ مرافعات)، إلا أنه في الواقع العملي يثير عدة صعوبات سوف نستعرضها فيما يلي تباعًا:

أولًا: حالة تعدد المدعي عليهم وكان أحدهم متوطنًا أو مقيم في مصر، بينما يكون موطن أو محل إقامة الأخرين في الخارج:

تنص المادة (٩/٣٠) مرافعات علي اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوي التي ترفع علي أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كان لأحد المدعي عليهم موطن أو محل إٌقامة في الجمهورية".

غير أنه يشترط لأعمال الحكم السابق عدة شروط:

١- يجب أن يكون المدعي عليهم، الذي يجوز رفع الدعوى عليهم أمام المحاكم المصرية باعتبارها محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم مختصمين في الدعوي بصفة أصلية، أما إذا اختصم بصفة تبعية كالكفيل مثلًا، وكان متوطنًا أو مقيمًا في مصر، وكان المكفول متوطن أو مقيم خارج الإقليم المصري فلا محل لإعمال النص المذكور السابق، لأن الكفيل مختصم بصفة احتياطية.
٢- أن يكون تعدد المدعي عليهم حقيقًا لا صوريًا، فإذا رفع المدعي دعواه أمام المحاكم المصرية باعتبار أن مصر موطن أو محل إقامة أحد المدعى عليهم، وذلك بأن حشر اسمه صوريًا بين المدعي عليهم فقط لمجرد جلب الاختصاص للمحاكم المصرية، فإن القضاء المصري لا تختص بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين.
٣- يشترط أيضًا أن يكون هناك ارتباط بين كافة الطلبات الموجهة إلي المدعى عليهم ارتباط حقيقي، يبرر جمعها في دعوى واحدة ترفع أمام محكمة واحدة محكمة أو محل إقامة أحدهم، كما لو تعلقت بفعل ضار واحد أو عقد دولي واحد.

وعلي هذا الأساس طالما توافرت الشروط الثلاثة السابقة انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية المادة (٩/٣٠) بالنسبة للدعاوي التي ترفع علي المدعى عليهم الأجانب الذين ليس لهم موطن أو محل إقامة طالما كان لأحد المدعي عليهم موطن أو محل إقامة في الإقليم المصري.

ثانيًا: الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج:

تستثني المادتين (٢٨،٢٩) من قانون المرافعات اللتان عالجتا حالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية متي كان المدعي عليه مصري الجنسية أو اجنبيًا متوطناً أو مقيم في مصر، ومؤدي هذا الاستثناء خروج من نطاق اختصاص المحاكم المصرية الدعوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج، وعبارة الدعاوى العقارية عبارة واسعة ولا يحدها إلا أن تتعلق بعقار، وعلي هذا لا يمكن اختصام المدعي عليه المصري الجنسية أو الأجنبي المتوطن أو المقيم في مصر أمام القضاء المصري في كل مرة يتعلق الأمر فيها بدعوى عقارية مرتبطة بعقار واقع في الخارج([1])، والمعني الفني للدعوى العقارية التي تدخل في نطاق الاستثناء ينصرف إلي ثلاثة أنواع منها:

١- **الدعاوي الشخصية العقارية:** وهي التي تستند إلي حق شخصي بحت، ومثالها الدعوى التي يرفعها البائع علي المشترى بسداد الثمن، والدعوى التي يرفعها مشترى العقاري بعقد غير مسجل، ويطلب بها الحكم علي البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلًا للملكية من وقت تسجيل صحيفة الدعوى([2]).

والاختصاص بهذه الدعاوي فقط يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موقع العقار، لأن هذه المحكمة هي الأقدر علي الفصل في الدعوي المتعلقة بالعقار، وتنفيذ الحكم الصادر.

٢- **الدعاوي العينية العقارية:** تختص الدعاوى العينية العقارية المحكمة التي يقع دائرتها العقار، ومثال ذلك الدعوى التي يطلب فيها تقدير حق ملكية، أو انتفاع أو ارتفاق، لأن محكمة موقع العقار هي الأقدر للفصل في المنازعات التي تثار بشأن العقار.

وهذا الحكم ثابت فقهًا([1]) وقضاء في فرنسا، محكمة موقع العقار هي المختصة ولو كان المدعي فرنسي مما ينطبق عليه حكم المادة (١٤ مدني فرنسي)، وكذلك القانون الروماني لعام ١٩٩٢ (م٧/١٥١) وكذلك القانون الروسي لعام ١٩٩٣ (م٣/٢٠) والقانون البيروني لعام ١٩٨٤ (م١/٢٠٥٨)([2]).

---

[1] يعد هذا المبدأ مقرر في غالبية الأنظمة علي سبيل المثال في فرنسا فقهًا وقضاء، راجع في الفقه الفرنسي بارتان، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج١، ١٩٣٠، بند ١٣٧، باتيفول ولاجارد، بند ٦٨١.

وفي القضاء الفرنسي:

Cass. Civ. 5 Juillet D, 1933. 1-15,

Bull – civ – 1963-1-295.

[2] الدكتور/ أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية التجارية، ط الثالثة عشر، ص ٢٢٩-٢٣٠، وانظر كذلك المادة (١٥) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري والتوثيق.

٣- **الدعاوي المختلطة المتعلقة بعقار:** ومثال ذلك الدعوي التي يرفعها المشترى بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع إليه، ودعوى البائع علي المشتري الذي يتقاعس عن دفع ثمن العقار المبيع، والتي يطلب بموجبها فسخ العقد ورد العقار المبيع إليه، وسميت هذه الدعاوي بهذا الاسم لأنها تستند إلي حقين حق شخصي، وحق عيني في دعوى واحدة، تهدف إلي غاية واحدة.

ففي المثال الأول يتمثل الحق الشخصي في حق المشترى قبل البائع في تسلم العقار المبيع، والحق العيني يتمثل في حقه في انتقال الملكية بموجب العقد المسجل، وفي المثال الثاني يتمثل الحق الشخصي في حق البائع في الفسخ، وحق عيني يتمثل في طلب البائع رد العقار المبيع إليه.

ولعله قد اتضح مما سبق بخصوص الثلاث أنواع من الدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج تتفق كلمة الفقه المصري علي أنه يخرج من اختصاص المحاكم المصرية، ويدخل في اختصاص محكمة موقع العقار، فالاستثناء الوارد في القانون المصري عام يشمل كافة الدعاوى المتعلقة بالعقار.

وتجدر الإشارة أن الاستثناء المذكور لا يشمل الدعاوى الشخصية المنقولة حتي ولو كانت مرتبطة بعقار واقع في الخارج إذ هي ليست من قبيل الدعاوي العقارية([٣])، وعلي هذا الأساس لا يدخل تحت هذا الاستثناء الدعوى التي يرفعها المؤجر علي المستأجر لاقتضاء الأجرة، ودعوى المستأجر علي المؤجر بتسليم العين المؤجرة، والدعوى التي يرفعها البائع علي المشترى بعقد مسجل للمطالبة بسداد باقي الثمن، فهذه الدعاوي تختص بها المحاكم المصرية متي كان المدعى عليه مصري الجنسية أو اجنبيًا متوطنًا أو مقيمًا في مصر.

وهكذا يظهر مما تقدم أن القاعدة العامة بالنسبة لاختصاص القضاء الدولي المصري هي اختصاص بسائر الدعاوي متي كان المدعى عليه مصري الجنسية أو أجنبيًا متوطنًا أو مقيمًا في مصر ومع ذلك يخرج من نطاق هذه القاعدة الدعاوي الشخصية العقارية والدعاوي العينية والدعاوى المختلطة المتعلقة بعقار واقع خارج الإقليم المصري.

---

[١] انظر في الفقه الفرنسي مابير، القانون الدولي الخاص، ص ٢٣٠، ولوسوران Droit international prive، ص ٥٦٥.

[٢] دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامه: المرجع السابق، ص ٥٥٣.

[٣] الدكتور/عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٦٧٨، دكتور/ هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٨٩ ، دكتور/ عكاشة محمد ، المرجع السابق ، ص ٦٤.

المطلب الثالث

قبول الأطراف ولاية القضاء المصري

٢٩- تنص المادة (٣٢) من قانون المرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا".

يستفاد من النص المذكور أنه يمكن لذوي الشأن الاتفاق علي عقد الإختصاص للمحاكم المصرية بنظر النزاع التي لا تختص بنظرها وفقًا للضوابط العامة التي حددناها فيما سبق، ولكن كيف يتم تحقيق الخضوع الإرادي، فقد يكون القبول صريحًا عن طريق إدراج شرط في العقد أو التصرف القائم بين الأطراف في حالة حدوث خلاف بين الأطراف، وقد يكون القبول ضمنيًا فيكون عادة بعدم اعتراض من جانب المدعي عليه وعدم دفعه بعدم الإختصاص والسير في إجراءات الخصومة، فالقبول الضمني يستفاد من مسلك الفرقاء، حيث يقوم أحد الطرفين برفع الدعوى أمام محكمة مصرية ، ويحضر الآخر ولا يتمسك بعدم الإختصاص، ونظراً لأهمية موضوع الخضوع الإختياري فإنه يتعين توافر مجموعة من الشروط لكى ينتج الإتفاق آثاره ويخول الإختصاص لمحاكم دولة بناء على إتفاق الإرادي لطرفى المنازعة وفقاً للمادة ٣٢ :

١- ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للإختصاص بالصفة الدولية .
٢- أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة كنجسية الأطراف ، أو موطنه أو مكان تنفيذ العقد .
٣- أن يكون الإتفاق جالباً للإختصاص القضائي وليس العكس .
٤- ألا تتعلق الدعوى بعقار واقع في الخارج .

٣٠- ولكن ما هو الحكم في حالة غياب المدعي عليه؟

الفرض هنا أن المدعى قام برفع الدعوى أمام المحاكم المصري، وامتنع المدعى عليه عن الحضور وجب علي المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها بالدعوى، تحقيقًا لمبدأ المساواة بين الخصوم وكفالة حرية الدفاع، وقد قطع المشرع المصري كل خلاف في هذا الصدد فقرر صراحة في المادة (٣٥) مرافعات علي أنه "إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة طبقًا للمواد السابقة، تحكم المحكمة بعد اختصاصها من تلقاء نفسها".

وتجدر الإشارة أن حكم المادة (٣٥) مرافعات واضح وجلي ويعد حكماً عامًا يطبق علي جميع أنواع الدعاوى سواء ما تعلق منها بدعاوي الأحوال الشخصية أو بدعاوي الأحوال العينية، غير أنه يستثني من ذلك الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج حتي ولو قبل الخصوم الخضوع لولاية القضاء المصري صراحة أو ضمناً، وهذا الحكم مستقر عليه في الفقه المصري والفرنسي، وتقضي المحاكم في فرنسا بأنه إذا رفع المدعي دعواه أمام محكمة أجنبية، فإن غياب المدعى عليه الفرنسي لا يعد قبولًا لولاية تلك المحكمة ولا يعتبر أيضًا غيابة تنازلًا عن المادة (١٥) من القانون المدني الفرنسي، كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر ٤ يناير ١٩٧٧.

المبحث الثاني

الاختصاص المبني على نوعية الدعوى

لقد أوضحنا فيما سبق أن المشرع المصري قد قرر لاعتبارات تتعلق بأطراف الدعوى، فقرر الاختصاص للمحاكم المصرية في حالة كون المدعى عليه مصري الجنسية، أو متوطن أو مقيم في الإقليم المصري، وكان الأساس في هذا الاختصاص هو مراعاة مصلحة المدعي عليه باعتباره الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية، ومع ذلك يثبت الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية، وأساس الاختصاص هنا بالنظر إلي نوع الدعوى المقامة، ونجد الاختصاص المبنى علي نوعية الدعوى، في مسائل الأسرة، وفي مسائل المعاملات المالية، مسألتان نعالجهما تباعًا في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول

الاختصاص في مسائل الأسرة

٣١- تقسيم:

عالج المشرع المصري حالات الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأسرة في المادة (٣٠،٣١) مرافعات، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

الدعاوي المتعلقة بالزواج "اولًا"، الدعاوي المتعلقة بالنفقات "ثانيًا" الدعاوي المتعلقة بنسب الصغير والولاية علي النفس "ثالثًا" الدعاوي المتعلقة بمسائل الولاية علي المال "رابعًا" الدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات "خامسًا" الدعاوي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بوجه عام "سادسًا"، وسوف نتولى بالشرح حالات الاختصاص هذه كل علي حدة في النقاط التالية:

٣٢- أولًا: الدعاوى المتعلقة بالزواج:

بما أن الزواج وثيق الصلة بالشخص فقرر المشرع اختصاص القضاء المصري بالمرحلة الأولي في الزواج أي بإبرام الزواج، وبالمراحل اللاحقة علي الإبرام وهي انتهاء رابطة الزوجية، ولكل قاعدة من القواعد لها شروط لكي تختص المحاكم المصرية نعرضها فيما يلي:

أ-دعوى المعارضة في إبرام الزواج:

٣٣- التنظيم التشريعي: تنص المادة (٣/٢٠) مرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية .... إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدي موثق مصري".

والحكم الذي أتت به الفقرة المذكورة ينسجم مع ما تقرره المادة (٢٠ مدني مصري) والتي تجيز للأجانب أن يبرموا عقود زواجهم في مصر في الشكل المحلي للزواج، ويباشر هذه الإجراءات الشكلية الموثق المصري، وذلك وفقًا للقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالتوثيق، وهي جعل مكاتب التوثيق الجهة الوحيدة في الإقليم المصري المختصة بإبرام عقود الزواج بين المصريين والأجانب.

ويقصد بالاعتراض وقف توثيق العقد لوجود مانع من موانع الزواج المبني علي تخلف شرط من الشروط الموضوعية لا عيب في الشكل، كعدم أهلية الطرفين، وجود مانع القرابة، أو الارتباط بزوجة سابقة أو الاشتراك في جريمة زنا.

وعلي هذا تختص المحاكم المصرية بكل دعوى يراد بها المعارضة في إبرام زواج يتم أمام الموثق المصري، وبذلك يكون المشرع المصري رأي أن الأجدى من الناحية العملية العهدة للمحاكم المصرية بالاختصاص في دعوى المعارضة في ذلك الزواج([1]).

ب-دعاوي فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال:

٣٤- التنظيم التشريعي: تنص المادة (٤/٣٠) من قانون المرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال، وكانت مرفوعة من زوجة فقد جنسية الجمهورية بالزواج متي كان له موطن فيها متى كان الزواج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد من الجمهورية".

---

[1] استاذنا الدكتور/ فؤاد رياض: المرجع السابق، ص ٣٨٦، دكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: المرجع السابق، ص ٨٣، دكتور/ هشام علي صادق: ص ١١٠، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٦٣.

ولعله قد اتضح من هذا النص أن المحاكم المصرية مختصة بطلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال الجسماني ولم يكن للمدعي عليه الأجنبي موطن أو محل إقامة في مصر، ويبرز لنا النص سبب ذلك إما بهجره للزوجة واتخاذه موطناً بالخارج، وإما بإبعاده عن الأراضي المصرية لتوافر في حقه حالة من حالات الإبعاد المنصوص عليها في القانون المصري.

وفقًا لنص المادة (٤/٣٠) تكون المحاكم المصرية مختصة بدعوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال الجسماني ولو لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطن أو محل إقامة في الإقليم المصري وذلك في حالتين من الزوجات نعرضها فيما يلي تباعًا:

الحالة الأولي: وهي تتعلق بالزوجات اللاتي تزوجن من أجانب وترتب علي ذلك فقدهن للجنسية المصرية، وقد اشترط المشرع لاختصاص المحاكم في هذه الحالة الشروط التالية:

١- أن تكون الزوجة المدعية متوطنه في مصر، وهذا أمر منطقي، لأنه يساير الهدف المبتغى الذي قصده المشرع من سهولة استرداد الزوجة للجنسية المصرية، ومن ثم فإن مجرد الإقامة في الإقليم المصري لا يكفي لتحقق هذا الشرط.

٢- أن تكون الدعوي متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال.

٣- أن تكون هذه الزوجة الأجنبية قد سبق لها التمتع بالجنسية المصرية، وفقدتها بسبب الزواج من أجنبي.

الحالة الثانية: تواجه حالة الزوجات اللائي هجرهن أزواجهن، وكانت هذه الزوجة متوطنة في مصر، علي زوج فقد موطنه في مصر اختيارًا بسبب هجر زوجته، أو جبرًا عنه، وقد اشترط المشرع لاختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوي بالإضافة إلي الشرط الأول والثاني في الحالة الأولي أن يكون الزوج الأجنبي المدعي عليه سبق أن كان له موطن في مصر، وتحقق سبق الدعوي ثم هجر زوجته فاقدًا موطنه في مصر، أو نقل موطنه بسوء نية بعد تحقق سبب دعوى الفسح أو التطليق أو الانفصال، أو أبعد عن الإقليم المصري بقرار من السلطات الحاكم المختصة، ويبرر اختصاص المحاكم المصرية هو التيسير علي هؤلاء الزوجات المتوطنات بالجمهورية ، ومراعات لهن من مدعي عليه مماطل هجر زوجته أو نقل موطنه بسوء نية .

ثانيًا: الدعاوي المتعلقة بالنفقات:

٣٥- التنظيم التشريعي: تنص المادة (٥/٣٠) علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متي كان لهما موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها".

ويشترط لاختصاص المحاكم المصرية بدعاوي النفقات وفقًا للنص المذكور ما يأتي:

١- يلزم أن يكون المدعى عليه أجنبيًا ليس له موطن أو محل إقامة في الإقليم المصري.
٢- يلزم أن تتعلق الدعوى بطلب نفقة عادية للأم أو للصغير أو للزوجة.
٣- أن تكون الأم أو الزوجة المدعية، متوطنة في الجمهورية، فلا يكفي أن يكون لهما مجرد محل إقامة فيها، أما إذا كانت دعوى النفقة مرفوعة من الصغير، فإنه يكفى لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون الصغير مقيمًا في مصر، ولا يشترط له أن يكون له موطن فيها، وقد راعي المشرع المصري في هذه الدعاوي وضع المطالب بالنفقة وحاجته، وأن الانتقال إلي محكمة المدعي يتطلب جهدًا ونفقات ليس في وسعهم تدبيرها.

وتجدر الإشارة أن الضابط المذكور في المادة (٥/٣٠) من قانون المرافعات، خاص بنفقة الزوجة أو الأم أو الصغير العادية، دون أن يشمل النفقة الوقتية التي يطالب بها أحدهم أو غيرهم، والتي تخضع لحكم المادة (٣٤) من قانون المرافعات التي سنتولى شرحها فيما بعد.

ثالثًا: الدعاوي المتعلقة بنسب الصغير والولاية علي النفس:

٣٦- وفقًا لنص الفقرة السادسة من المادة (٣٠) مرافعات "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة ... إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية علي نفسه، أو الحد منها أو فقدها أو استردادها".

ولعله قد اتضح من هذا النص أنه يفرق بين نوعين من الدعاوي هما دعاوي النسب ودعاوي الولاية علي النفس.

شروط تطبيق النص: تختص المحاكم المصرية إذا توافرت الشروط الآتية:

١- يجب أن يكون المدعى عليه أجنبيًا ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، أي أنه لا يكون مصري الجنسية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يكون له موطن أو إقامة في مصر، وإلا طبقت عليه أحكام المادتين (٢٨،٢٩) من قانون المرافعات.

٢- أن تتعلق الدعوى بنسب الصغير إثباتًا أو إنكار أو عدم الاعتراف به أو بالولاية علي النفس بجلب الولاية أو الحد منها أو استردادها أو فقدها.

٣- أن يكون الصغير مقيمًا في مصر، فالمشرع لم يشترط بالنسبة له التوطن، كما لا يشترط أن يكون الصغير يتمتع بالجنسية المصرية، بل يمكن أن يكون غير مصري، فإنه يستوي أن يكون الصغير مدعيًا أو مدعى عليه([1]).

وعلي هذا إذا توافرت الشروط السابقة انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالفصل في الدعوى مراعاة لمصلحة الصغير، وحماية له حتي يتحدد مركزه ونسبة القانوني([2]).

رابعًا: الاختصاص بنظر الدعاوي المتعلقة بالولاية علي المال:

٣٧- النص التشريعي: نصت الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) من قانون المرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل من مسائل الولاية علي المال متي كان للقاصر أو المطلوب الحجر أو مساعدته قضائيًا موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة الغائب".

ولعله قد اتضح من هذا النص أن هناك ثلاثة شروط لكي ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية يلزم توافرها:

١- يلزم أن يكون المدعي عليه أجنبيًا ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وعلي هذا يلزم أن يكون ناقصي الأهلية أو الغائب في مركز المدعى في الدعوى المتعلقة بالولاية علي المال، ويرى جانب من الفقه([3]) أنه يستوي أن يكون ناقص الأهلية أو الغائب مدعيًا أو مدعي عليه، ولكننا لا نقر

---

[1] الدكتور/ هشام علي صادق: المرجع السابق، ص ١١٥، دكتور/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٥٦٨.

[2] دكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: المرجع السابق، ص ٨٦.

[3] انظر دكتور/ فؤاد رياض: المرجع السابق، ص ٣٧١، الدكتور/ هشام علي صادق: المرجع السابق، ص ١٠٧.

ما قال به هذا الجانب من الفقه لأن المشرع قاطع الدلالة وواضح في نص المادة (٨/٣٠) علي اختصاص المحاكم المصرية علي الدعوى المتعلقة بمسائل الولاية علي المال والتي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، بالإضافة إلي ذلك أن المشرع أورد قاعدة عامة وهو نص المادة (٢٩) مرافعات السابق عرضها، والتي تعالج كون المدعي عليه في الدعوى متوطن أو مقيم في مصر، وعلي هذا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية علي أساس نص المادة (٢٩) وليس علي أساس نص المادة (٨/٣٠) كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي الصادر ١٩٦٨ "قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية علي المال أو بمسائل الميراث أو غيرها إلا حيث يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"[١].

٢- أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيًا موطن أو محل إقامة في مصر، أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة بالنسبة للغائب، مما يعني أن المشرع ساوي بين الموطن والإقامة، فإذا كان موطن أي من هؤلاء في الخارج وكان لهم محل إقامة في الجمهورية كان بذاته كافيًا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، كما يقضي بذلك نص المادة (٨/٣٠) مرافعات.

٣- يجب أخيرًا أن تتعلق الدعوى المرفوعة بمسألة من مسائل الولاية علي المال، وتحديد مسائل الولاية علي المال يعد من المسائل الأولية التي تخضع للقانون المصري باعتباره قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

ومن أمثلة ذلك في القانون المصري، كل ما يتعلق بتعيين الوصي علي القاصر، أو توقيع الحجر علي المعدومين الأهلية أو ناقصي الأهلية ، أن تأذن المحكمة للقاصر بإدارة أمواله أو بمزاولة نشاط تجاري، كذلك يعد من مسائل الولاية علي المال استمرار الولاية أو الوصاية علي القاصر، وعزل الأوصياء وسلب الإذن للقاصر أو المحجور علي بالإدارة أو الحد منها.

وعلي هذا إذا كان الهدف من تقرير الولاية علي المال هو حماية أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، فإن المحاكم المصرية تختص بنظر كل ما يتعلق بها، وفي الحدود التي تقرها الفقرة الأولي من المادة (١٦ مدني) والخاصة بحماية غير كاملي الأهلية ([٢]).

---

[١] الدكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: ص ٨٨.

[٢] دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامه: المرجع السابق، ص ٥٧٠.

وتجدر الإشارة أنه بخصوص مسائل الولاية علي المال ما يتم اتخاذه من إجراءات تحفظية أو وقتية كالإجراءات الخاصة بالتحفظ علي أموال القاصر أو حصرها إنما تختص بنظرها المحاكم المصرية استنادًا إلي نص المادة (٣٤) من قانون المرافعات كما سنرى فيما بعد.

خامسًا: الاختصاص بنظر الدعاوي المتعلقة بالإرث والتركات:

٣٨- النص التشريعي: تنص المادة (٣١) من قانون المرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوي المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية، أو كان المورث مصريًا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية".

وفقًا لنص المادة المذكورة أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بدعاوي الإرث والتركات وذلك في ثلاث فروض **أولهما: افتتاح التركة في مصر، وثانيهما: إذا كان المورث مصري الجنسية، وثالثهما: إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر** وفي الأمر تفصيل:

٣٩- الفرض الأول: إذا افتتحت التركة في مصر: ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، ويذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلي أن التركة تعتبر قد افتتحت في مصر إذا كانت مصر هي آخر موطن للمورث، ومن ثم يكون هذا الموطن بمثابة ضابط الاختصاص في هذا الفرض([1]).

ويذهب رأي في الفقه([2]) له وزنه أن الأصوب أن يقال أن المشرع قد اعتد بآخر موطن كان يقطنه المتوفي فذلك لأنه يفترض أن هذا المكان عادة ما تتركز فيه معظم أمواله ويوجد غالبية دائنية، وفهم أمر افتتاح التركة علي هذا التصور يجعلنا نؤيد صاحب هذا الرأي، ونضيف أن ضابط الاختصاص هنا ليس هو موطن المتوفي كما يذهب غالبية الفقه وإنما هو الموقع الحكمي للمال

- **الفرض الثاني: أن يكون المورث مصريًا عند وفاته:** وهو ضابط شخصي، ويرجع في تحديد جنسية المورث إلي قانون الجنسية الحالي رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ حتي ولو كانت أموال التركة خارج الإقليم المصري.

---

[1] دكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٧٠١، دكتور/ فؤاد رياض: ص ٤٣٨، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص٥٧٢، وفي فرنسا الأستاذ لاجارد، موسوعة القانون الدولي، راجع في نفس المعني نقض مدني فرنسي في ٢٢ إبريل ١٩٨١ المنشور في Rev. cirt، ص ٢٣٨.

[2] دكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: ص ٨٩، وفي هذا المعني في الفقه الفرنسي باتيفول ولاجارد، بند ٦٧٤، ص ٣٩٧.

٤١- وعلي هذا انعقد الاختصاص وفقًا لنص المادة (٣١) مرتفعات للمحاكم المصرية طالما المورث مصريًا وقت الوفاة، وقد راعي المشرع في ذات الوقت القانون المطبق علي الإرث يستمد من ضابط الجنسية، فوفقا لنص المادة (١٧) من القانون المدني يسري علي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

وهكذا يظهر من ذلك وجود تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وتختص المحاكم المصرية ويطبق القانون المصري بشأن ميراث كل من يتمتع بالجنسية المصرية وقت الوفاة.

٤٢- الفرض الثالث: إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر:

فتختص المحاكم المصرية بدعاوي الإرث والمسائل المتعلقة بالتركة متي كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر وفقًا لنص المادة (٣١ مرافعات) الذي يعالج موقع المال لضابط اختصاص يستوي أن يكون المال الموجود منقولًا أم عقارًا دون اقتضاء أي شرط آخر ككون المورث مصري الجنسية أو لكون الورثة كلهم أو بعضهم من المصريين.

ولكن يثور الخلاف حول دعاوي الإرث المتعلقة بعقار واقع في الخارج؟

٤٣- جاء نص المادة (٣١) مرافعات مرسلًا، ولم يورد المشرع استثناء للدعاوي المتعلقة بالدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج علي خلاف ما هو وارد في شأن المادتين (٢٨،٢٩) مرافعات كما أوضحنا سابقًا.

وعلي هذا وقطعًا لكل خلاف، نرى أن الاعتبارات التي تبرر استثناء العقارات الواقعة بالخارج من حكم المواد (٢٨،٢٩) مرافعات، موجود أيضًا في دعاوي الإرث والتركات، فإذا كان العقار في الخارج فإن المحكمة الأجنبية سوف تكون وحدها هي الأقدر علي الفصل في الدعوى وتنفيذ الحكم الصادر فيها موضع التنفيذ([1]).

ونصل أخيرًا إلي تحديد ما يدخل في مضمون دعاوي الإرث والتركات يحكمه قانون القاضي، ويعد من قبيل دعاوي الإرث، الدعوة المرفوعة من الوارث مطالبًا بنصيبه في التركة، وكذلك الدعوى التي يرفعها دائن المتوفي للمطالبة بدينه في أموال التركة، وكذلك تنظيم حالة الشيوع، وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة، وتعيين مدير أو حارس ... الخ.

[1] في نفس المعني دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٧٤، ودكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: ص ٩٤.

سادسًا: الاختصاص بنظر الدعاوي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة:

٤٤- تنص المادة (٧/٣٠) مرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنيًا أو كان أجنبيًا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

وهكذا يظهر من هذا النص أنه قرر فرضين ينعقد فيهما الاختصاص للمحاكم المصرية هما:

٤٥- **الفرض الأول:** المدعي عليه ليس له موطن أو محل إقامة في مصر وليس له موطن معروف في الخارج:

ويشترط لكي ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في هذا الفرض ثلاثة شروط:

١- أن يكون المدعي مصريًا أو أن يكون أجنبيًا له موطن في مصر ولا يكفي للأجنبي مجرد توافر الإقامة العادية وإنما يلزم توافر الموطن.
٢- ألا يكون للأجنبي المدعي عليه موطن معروف في الخارج.
٣- أن تكون الدعوى المقامة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وقد قرر المشرع هذا الحكم بقصد تجنب إنكار العدالة([1])، ولم يحدد المشرع دعوى معينة من دعاوى الأحوال الشخصية، وعلي هذا نري أن هذا التعبير يشمل جميع المسائل المتعلقة بإبرام الزواج وانتهاؤه، وكذلك المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية ، والولاية علي النفس والمال، وكذلك المسائل المتعلقة بالتركات والوصايا.

وجدير بالذكر أن اختصاص المحاكم المصرية الوارد في المادة (٧/٣٠) يستثني منه – رغم عدم النص عليه – الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، يبرره أن موقع العقار يعتبر ضابطًا إقليميًا ظاهرًا([2]) ، وحل تفرضه اعتبارات متعلقة بمبدأ فعالية الأحكام وقوة النفاذ([3]).

٤٦- الفرض الثاني: القانون المصري هو الواجب التطبيق:

وفقًا لنص المادة (٧/٣٠) حتي ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية يلزم توافر ثلاث شروط:

---

[1] انظر الدكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٦٨٩، والدكتور/ هشام علي صادق: ص ١١٣.
[2] الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٧٧.
[3] الدكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: ص ٨١

١- يجب أن يكون المدعي مصري الجنسية أو أجنبي له موطن في الإقليم المصري.
٢- أن تكون الدعوى المقامة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية عدا الدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج.
٣- ألا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر، وأن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق علي الدعوى المقامة.

٤٧- وتجدر الإشارة هو أن المشرع وضع المادة (٧/٣٠) لمواجهة هذه الحالة، وتعد من الحالات التي يجلب فيها الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي، وعلي هذا يبدو لنا أن المشرع المصري قدر أن المحاكم المصرية هي الأقدر علي كفالة تطبيق قانونها في مسائل الأحوال الشخصية([1])، حيث أن القانون المصري بصددها يعد من النظم القانونية المركبة التي تستلزم الرجوع إلي مختلف الشرائع الداخلية التي تنظم الرابطة الزوجية والميراث والوصايا، خاصة وأن المادة (١٤ مدني مصري) تعقد الاختصاص التشريعي للقانون المصري في مسائل الأحوال الشخصية طالما أن أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

نخلص مما سبق أن المحاكم المصرية تختص بنظر المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية المرفوعة من مدعى مصري الجنسية أو أجنبي متوطن بمصر وذلك في فرضين:

الأولي: إذا لم يكن المدعى عليه معروف في الخارج، **والثانية:** إذا كان القانون المصري هو الواجب التطبيق علي النزاع وفقًا لقواعد الإسناد المصرية، يبرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية لأنها هي الأحسن والأقدر علي تطبيق القانون المصري.

[1] الدكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٢٦٨٩، الدكتور/ فؤاد رياض: ص ٣٧٣.

المطلب الثاني

الاختصاص في مسائل المعاملات المالية

٤٧- التنظيم التشريعي: نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من قانون مرافعات علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية .... إذا كانت الدعوي متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبًا تنفيذه أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها".

وهكذا يظهر من ذلك النص أن المشرع ركز علي الضوابط الموضوعية كضابط اختصاص تكون فيها المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعة ارتكازًا علي سبب العلاقة القانونية أو موضوعها وذلك دون الالتفات إلي أطراف هذه العلاقة، وهذا النص المذكور كما هو واضح منه يقرر ثلاث حالات تكون فيها المحاكم المصرية مختصة دوليًا، إذا كانت الدعاوي متعلقة بمال موجود في مصر **(أولًا)**، والدعاوي المتعلقة بالالتزامات التي نشأت أو تم تنفيذها في مصر أو كان من المفروض تنفيذها فيها **(ثانيًا)**، والدعاوي المتعلقة بإفلاس أشهر في مصر **(ثالثًا)**.

وجدير بالذكر قبل أن نعرض بيان هذه الحالات، يجب أن نضيف أن الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية ينعقد متي توافر ضابط من الضوابط السابقة دون النظر لأى أمر آخر في المدعي أو المدعي عليه ودون تقيد بنوع الدعوي، فيستوي أن تكون من مسائل الأحوال الشخصية أو العينية.

اولًا: الدعاوى المتعلقة بمال موجود في مصر:

٤٨- وفقًا للفقرة الثانية من المادة (٣٠) من قانون المرافعات، يدخل في مجال ولاية القضاء بنظر المنازعات ذات الاختصاص الدولي، والمتعلقة بمال موجود في مصر، وقد جري العمل في إعمال هذا المعيار علي سريان القاعدة المذكورة سواء أتعلق النزاع بمنقول أو بعقار، وذلك بخلاف الحال في مجال المنازعات الداخلية البحتة، حيث يقتصر إعمالها علي المنازعات المتعلقة بعقار، أما الدعاوي المتعلقة بالمنقول فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه([1]).

[1] المادة ٤٩ مرافعات حيث تنص علي أن "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم".

وقد جاء نص المادة (٢/٣٠) في صيغة عامة ومطلقًا، وأن المشرع ما يقصد بالمال الموجود في صمر، هو كون المال الموجود عقارًا كان أو منقول، ويشهد بذلك لنص الفقرة الثانية، أن قانون المرافعات الملغي كان يستعمل في تحديده للدعاوي موضوع المعيار محل الحديث عبارة "إذا كانت الدعوى متعلقة بمنقول أو بعقار موجود في مصر"، وهي العبارة التي نود أن يكرر استعمالها في القانون القائم.

والحكمة من تقرير هذا المبدأ له ما يبرره في خصوص الاختصاص القضائي لأنه لا تكون هناك أدنى شبهة من شك أن محكمة موقع المال هي أقدر المحاكم في الرجوع إلي المال ومعاينته أو ندب خبير ليقوم بتلك المعاينة، فإذا صدر حكم أمكنها بعد ذلك تنفيذ الحكم ويضمن القوة والفعالية واتخاذ إجراءات التنفيذ علي أساس أن المال يقع في دائرتها وفي حوزتها وتمت سيطرتها، بعكس الحكم لو صدر الحكم من محكمة أجنبية[١].

ثانيًا: الدعاوي المتعلقة بالالتزامات:

٤٩- التنظيم التشريعي: تنص المادة (٣٠) في فقرتها الثانية علي أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية .... إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبًا تنفيذه في الجمهورية".

وهكذا يظهر من هذا النص أنه يتكلم عن الدعاوي المتعلقة بالالتزامات، وينشأ الالتزام إما بسبب عقدي بأن يبرم العقد في الإقليم المصري، أو بسببه غير عقدي (فعل ضار أو إثراء بلا سبب) في مصر، وعلي هذا يعد هذان الضابطين من الضوابط الموضوعية نقوم بعرضهما فيما يلي:

أ- إذا تعلق الأمر بالتزام عقدي:

٥٠- القاعدة وفقًا لنص المادة (٢/٣٠) أن المحاكم المصرية تختص لمجرد أن الالتزام قد نشأ في مصر، ونشوء الالتزام في الإقليم المصري يتحقق إذا أبرم العقد في مصر، ويبدو الأمر لا يثير إشكال في حالة إبرام العقد أو انعقاده بين حاضرين أو إنما تعرض المسألة في حالة التعاقد بين غائبين أو طريق

ويرى فريق من الفقه الفرنسي وجوب قصر الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة علي المنازعات المتعلقة بالعقار الكائن بها، دون المنازعات المتعلقة بالمنقول التي يجب أن يسري عليه القاعدة العامة المتبعة في مجال الاختصاص الداخلي وهي اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، وذلك ارتكازًا علي المال المنقول غير مستقر في مكان ثابت، ويسهل نقله من مكان إلي آخر، وأنه من الصعوبة اتخاذ موقع المنقول بوصفه للاختصاص، ويؤيد ذلك الأستاذة باتيفول وفرانسيسكا كين وليجالشيه بارون – موسوعة القانون الدولي – الجزء الأول Competence Civile et commercial, No 95 et s.

[١] الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٧٩، ومايليها.

الإنترنت، ولما كانت مصر هي بلد الإبرام، وينعقد الاختصاص بناء علي ذلك، فيرجع إلي القانون المصري لتحديد معني إبرام العقد، ومتي يتم بين غائبين أو طريق الإنترنت بحسبان الأمر يتعلق بقاعدة من قواعد الاختصاص القضائي المصرية، وفي ظل النصوص القائمة تخضع لقانون القاضي.

ولما كان القانون المصري يأخذ نظرية العلم بالقبول (م٩٧ مدني) فإن العقد بين غائبين ينعقد في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، فإذا كان الموجب علم بالقبول وكان موجودًا في مصر لحظة علمه بالقبول، اعتبرت مصر محلًا لنشأة الإلتزام، واختصت لذلك المحاكم المصرية بالدعوى المقامة والناشئة عن ذلك الالتزام أو العقد، ولا يهم بعد ذلك العقد نفذ أو كان واجبًا تنفيذه في الخارج.

وكذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا تعلقت الدعوى بعقد تم تنفيذه في الإقليم المصري، فمثلًا إذا تعلق الأمر بعقد تأمين اتفق علي دفع أقساط التأمين في مصر فقد قضي باختصاص المحاكم المصرية علي أساس أن مصر هي بلد تنفيذ الالتزام([1]).

وعلم هذا فإن المشرع المصري حين عقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، فإنه اكتفي بأن يكون الالتزام قد نشأ في مصر، أو كان قد نفذ بالفعل، أو كان تنفيذه لم يتم بعد، فأي من هذه الضوابط الثلاث علي حده كاف بذاته لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

ب-إذا تعلق الأمر بالتزام غير عقدي:

٥١- ويشمل الالتزام غير العقدي أو غير الإرادية للالتزام نوعين من الأفعال، الفعل الضار أو المسئولية التقصيرية، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب ، وعلي هذا ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية إذا كانت مصر هي البلد الذي نشأ فيه العمل المادي فعلًا ضارًا كان أو إثراء بلا سبب.

وبالمثال يتضح المقال إذا ضرب إيطالي فرنسا بسيارة في الإقليم المصري ، فإن دعوى التعويض المرفوعة من الفرنسي علي الإيطالي تدخل في اختصاص القضاء المصري، ونفس الشيء إذا حدث

[1] استئناف مختلط ٢٧ مايو ١٩٢٢، مجلة التشريع والقضاء س ٣٤، ص ٤٣٤، ويذهب الفقه الفرنسي إلي أنه في مسائل التأمين الذي ينعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية إذا كان بها موطن المدعي عليه، أو إذا تحقق فيها المؤمن ضده.

تصادم في المياه الإقليمية المصرية بين سفينتين، وذلك بصرف النظر عن جنسية السفن المتصادمة، وعما إذا كانت للشركات المالكة لهذه السفن فروع في مصر لها أم لا([1]).

وعلي هذا فإن تحديد الخطأ الموجب للمسئولية وكذلك فكرة الضرر يخضعان للقانون المصري باعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير لقاعدة من قواعد الاختصاص القضائي المصرية.

ونفس الأمر في واقعة الإثراء والافتقار بعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا تحقق الإثراء في الإقليم المصري، وتعلق الأمر بدفع غير المستحق، وإلزام المشتري بتعويض الشخص الذي كان افتقاره سببًا في هذا الإثراء.

ثالثًا: الدعاوي المتعلقة بالإفلاس:

٥٢- التنظيم التشريعي: تنص الفقرة الثانية من المادة (٣٠) مرافعات علي أن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع علي الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كانت الدعوي متعلقة بإفلاس أشهر فيها".

ولعله قد اتضح من هذا النص أنه يتكلم عن اختصاص المحاكم المصرية الدولي بسائر الدعاوى المتعلقة بإفلاس كان قد أُشهر في مصر، وهذا حكم منطقي إذ أن جمع كل الدعاوي المتعلقة بالإفلاس أمام محكمة واحدة ييسر الفصل فيها، ويمنع تضارب الأحكام، فهذه المحكمة أكثر اتصالًا بشئون التفليسة.

ويشترط لاختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الإفلاس، أن تكون الدعوى ناشئة عن الإفلاس أو متعلقة به، كالدعوة التي يرفعها وكيل التفليسة ببطلان التصرفات الصادرة من المفلس في فترة الريبة، ودعوى استرداد البضاعة المودعة لدي المفلس، وكافة الدعاوي التي يختصم فيها وكيل الدائنين بتلك الصفة([2]).

٥٣- الحكم بالنسبة للأموال العقارية: ويستثني من إعمال الضابط السابق الدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج ويملكه المدين المفلس فتخرج من اختصاص المحاكم المصرية ضمانًا لمبدأ قوة النفاذ([1]).

---

[1] ويذهب الفقه الفرنسي نفس الأمر لاختصاص المحاكم الفرنسية ويضيف إليها ضابط موطن المدعي عليه أو إذا كانت إحدي السفينتين المتصادمتين فرنسية، راجع في ذلك نبوييه، المطول ج٦، بند ١٨٢٩ – موسوعة القانون الدولي – الاختصاص المدني والتجاري، بند ١٠٥، وما يليها، وانظر ايضًا نفس المجموعة تحت عنوان Abradage Martime بند ٢٩ ومايليها.

[2] انظر دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٧١٧، بند ١٨٨.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بإفلاس سبق شهره، دون أن يتكلم عن الحالات التي تكون فيها المحاكم المصرية مختصة بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي بنظر دعاوي شهر الإفلاس ذي الطابع الدولي.

٥٤- وإزاء النقص التشريعي ذهب الفقه المصري إلي أن المحاكم المصرية تكون مختص بدعوى شهر الإفلاس إذا كان للمدين المفلس موطن عام في مصر، أو موطن إدارة أعماله الرئيسي، أو كان له فرع يزاول فيه نشاطه التجاري، ويمكن أيضًا تقرير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية إذا كان التاجر المدين يملك أموالًا كائنة كلها أو بعضها في مصر(٢) وكانت متعلقة بإعلان أو شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية إذا كانت تتعلق بأموال موجودة في مصر، ومن ذلك دعوي استرداد البضاعة المودعة لدي المفلس، والدعوى التي يرفعها وكيل الدائنين مطالبًا بدين المفلس أو الدعاوي المتعلقة بإدارة التفليسة، ودعوى وكيل الدائنين ببطلان التصرفات الصادرة من المفلس في فترة الريبة(٣).

المبحث الثالث

الاختصاص المراعي فيه حسن أداء العدالة وفن تنظيم الخصومة

٥٥- بالإضافة إلي الضوابط السابقة لعقد الاختصاص إلي المحاكم المصرية المنظور إليها لأطراف الدعوي أو إلي نوعية الدعوى، ومع ذلك فإن هناك حالات تفرض اعتبارات معينة من أهمها ضمان وحدة الخصومة إما لاتصالها بدعوى هي مختصة بها أصلًا تحقيقًا لحسن أداء العدالة، ومنعًا لتضارب الأحكام، وتيسير الفصل في الدعوى كما هو الشأن بالنسبة للدعاوي المرتبطة، وإما لأن هناك اعتبارات تبرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية، لاتخاذ إجراءات معينة يقصد بها تأمين الخصوم وإسعافهم، كما هو الشأن في حالة الاختصاص بالدعاوي التي ترفع استقلالًا وتسمي بالدعاوي المستعجلة، وعلي هذا نفصل هذا الإجمال في مطلبين نعرض في الأول الاختصاص بالدعاوي المرتبطة والثاني نشرح فيها اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوي المستعجلة وذلك فيما يلي:

---

[١] انظر في هذا المعني نوبييه. المطول ج ٦ بند ١٨٣١، موسوعة القانون المدني، اختصاص مدني وتجاري بند ٩٤، الوجيز في القانون الدولي الخاص التجاري ١٩٤٨، بند ٣٣٥ ص ٥٤٩ ومايليها.

[٢] انظر في نفس المعني دكتور / عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص ٧٢٢، دكتور. هشام علي صادق : المرجع السابق ، ص ٩٧.

[٣] للمزيد من التفاصيل انظر استاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ١٨٥.

المطلب الأول

اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوي المرتبطة

٥٦- التنظيم التشريعي: تنص المادة (٣٣) من قانون المرافعات علي أنه "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها، تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة علي الدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها".

هناك قاعدة أصلية من قواعد الاختصاص وهي أن قاضي الأصل هو قاض الفرع، وتطبيقًا لهذه القاعدة حرص المشرع علي جمع المسائل المرتبطة بالمسألة الأصلية الداخلة في اختصاص المحاكم المصرية أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، وأن أثر فكرة الارتباط يؤدي إلي تحقيق وحدة الخصومة، ورغبة في اقتصاد النفقات، ومنع تضارب الأحكام.

ويظهر ذلك في نص المادة (٣٣) مرافعات أنها واجهت حالات للدعاوي المرتبطة وهي: المسائل الأولية، والطلبات العارضة، والطلبات المرتبطة ، وفيما يلي نتناول كل حالة من هذه الحالات من حيث التعريف بها وشروطها لكي ينعقد الاختصاص للقضاء المصري.

الحالة الأولي: المسائل الأولية:

٥٧- مفهوم المسألة الأولية: يقصد بها كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى علي الفصل فيها، ولو لم تكن هذه المسألة داخلة أصلًا في اختصاصها.

الوضع في القانون الداخلي: والاختصاص بالمسائل الأولية هي قاعدة معروفة في المرافعات المدنية، وفقًا للمادة (١٢٩) كل حالة يكون الفصل لازمًا للحكم في الدعوى، يكون علي المحكمة التي تنظر الدعوى أن توقف الفصل فيها حتي يفصل في هذه المسائل الأولية من المحكمة المختصة. ويعد إعمال هذا النص استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن قاضي الأَصل هو قاضي الفرع، وعلي هذا فإذا كانت المسألة الأولية تخرج عن ولاية القضاء المدني وتدخل في اختصاص المحاكم الجنائية، تعين علي المحكمة المدنية أن توقف الفصل في الدعوى المدنية إلي حين صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية (م٢٦٥ إجراءات جنائية مصرية)، ونفس الاتجاه يجب انتهاجه إذا كانت المسألة الأولية تخرج من اختصاص القضاء العادي لتدخل في اختصاص القضاء الإرادي يجب وقف الدعوى المدنية أو التجارية

لحين البت في المسألة الأولية التي تدخل في ولاية المحاكم الإدارية (المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية).

٥٨- الوضع في الاختصاص الدولي: ويبدو لنا أن المشرع المصري عالج مسألة الاختصاص الدولي بالمسائل الدولية ولكن سلك مسلكًا يخالف المتبع الذي عرضناه في القانون الداخلي، وقدر أن تطبيق هذا الحال المقرر في المادة (١٢٩) مرافعات في نطاق الاختصاص الدولي في شأن الانتقاص من ولاية القضاء المصري فإذا كانت الدعوى تدخل في اختصاص المحاكم المصرية بصفة أًصلية، وكانت المسألة الأولية تدخل في اختصاص المحاكم الأجنبية، فقرر المشرع أن يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية التي تنظر الدعوى الأصلية ، للنظر في كل مسألة أولية يقتضيها الفصل النهائي في الدعوى، وتمكين القضاء من أداء مهمته([1]).

ولتوضيح ما تقدم نضرب المثال التالي أن ترفع أمام المحاكم المصرية دعوى تعويض عن الفعل الضار، لا يوقف الفصل فيها وجود دعوى جنائية مرفوعة أمام محكمة أجنبية عن ذات الفعل، فإذا كان المقرر في القانون الداخلي أن قيام الدعوى الجنائية يوقف الفصل في الدعوى التأديبية لحين الفصل في الدعوى المدنية، تأسيسًا علي أن حجية الحكم الجنائي تفيد القاضي المدني فيما يتعلق بالدعاوي التي تم الفصل فيها أو كان فصله فيها ضروريًا (م٤٠٦ مدني و ١٠٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨).

وإذا كانت القاعدة التي تقضي بأن قيام الدعوى الجنائية بوقف الفصل في الدعوى المدنية قاعدة يتعطل العمل بها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ومع ذلك يمكن أن تسترد هذه القاعدة سلطاتها في نطاق العلاقات الدولية متي تقرر ذلك بمقتضي اتفاقية دولية([2]).

٥٩- شروط الاختصاص: يلزم لاختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية توافر شرطان:

الشرط الأول: وفقًا لنص المادة (٣٣ مرافعات) يلزم أن تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى الأصلية كما أوضحنا فيما سبق، ويستوي أن تكون المحاكم المصرية مختصة بالمسألة الأولية أم لا، ويستوي أيضًا أن تتعلق المسألة الأولية بإحدى مسائل الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية.

---

[1] الدكتور/ محمد كامل فهمي: المرجع السابق، ص ٦٤١.

[2] راجع دكتور/ محمد كامل فهمي: المرجع السابق، بند ٤٥٧، وفي نفس المعني نقض فرنسي صادر في ٢٢ نوفمبر ١٩٦٧ – دالوز ١٩٦٨ – ٢٢١.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازمًا للحكم في الدعوى الأصلية ، مما يعني توافر درجة من الارتباط بين الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية ، سواء تحقق الارتباط عن طريق عنصر الأطراف أو عنصر السبب أو عنصر الموضوع، وبالمثال التالي يتضح هذا الشرط لاختصاص المحاكم المصرية، تصديها لتفسير قرار إداري أجنبي متي كان ضروريًا للفصل في الدعوى المقامة أمامها([1])، وكذلك تحديد جنسية أحد الخصوم يعد مسألة أولية بحيث يكون الفصل فيها ضروريًا لتحديد مدى اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوي في خصوص تطبيق نص المادة (٢٨ مرافعات)، وتحديد ما يعد مسألة أولية أم لا من اختصاص القاضي المعروض عليه النزاع وفقًا لقانونه، باعتبار أن ذلك يعد من مسائل التكييف الأولي للفصل في الدعوى([2]).

٦٠- الحالة الثانية: الطلبات العارضة:

وفقًا لنص المادة (٣٣ مرافعات) تختص المحاكم المصرية بنظر الطلبات العارضة التي تثار أمامها حتي ولو لم تدخل في ولايتها أصلًا فيما لو أثيرت أمامها في صورة مستقلة، والواقع أن يلزم منا عدم الخلط بين "الطلبات العارضة" "والمسائل العارضة"([3]) خصوصًا وأن المادة (٣٣) نصت علي ذلك، كما سبق البيان في البند السابق عن "المسائل الأولية".

شروط الاختصاص:

٦١- يلزم لاختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة شرطان أولهما: يجب أن تكون المحاكم المصرية مختصة ابتداء بالدعوى الأَصلية أو الطلب الأصلي، أيًا كان الضابط الذي بني عليه اختصاصها بالدعوى الأصلية، فإن ولايتها تمتد – وفقًا لنص المادة (٣٣) – لتشمل الطلبات العارضة في المنازعات المنطوية علي عنصر أجنبي.

---

[1] راجع في هذا المعني في فرنسا بارتان، بند ١٤٤، وكذلك الأستاذ Motulsky موسوعة القانون الدولي، الاختصاص القضائي المدني والتجاري، الجزء الثاني بند ١٩٧.

[2] وهذا الحل مستقر عليه في القانون المقارن ونذكر علي سبيل المثال القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥، م٦، والقانون الفرنسي.

[3] وتجدر الملاحظة أن الطلبات العارضة تعتبر وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى، وهذا الإجراء يعرض من جانب الخصوم سواء المدعى أو المدعى عليه، ويتناول نطاق الدعوى بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص من جهة موضوعها، أو أطرافها أو سببها، فإذا أجيب الطلب لحكم لمن قدمه بشيء علي خصمه، بعكس الحال في المسائل العارضة لا تضيف جديدًا إلي موضوع الدعوى الأصلية كالمسائل التى تتعلق بالإثبات الطلب الأصلي ، راجع في ذلك دكتور / أحمد أبوالوفا ، المرافعات المدنية ، بند ٣٦ ، ص ٤١٣ .

والشرط الثاني: يجب أن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية أو بالطلب الأصلي الذي تختص به المحاكم المصرية، ومن أمثلة الطلبات العارضة من جانب المدعي عليه، طلب المقاصة القضائية من جانب المدعى عليه، وكطلب تسليم العين المبيعة ردًا علي دعوى البائع بالوفاء له بالثمن، ومن أمثلة الطلبات العارضة من جانب المدين كأن يطلب بقيمة العقار بدلًا من المطالبة بملكيته، أو أن يطلب المدعى منع التعرض بدلًا من وقف الأعمال الجديدة إذا كان العمل قد تم أثناء نظر الدعوى، أو أن يزيد أو ينقص من قيمة طلباته طالما يستند علي نفس السبب والموضوع والخصوم([1]).

وتجدر الإشارة أنه بخصوص الطلبات العارضة أو الإضافية أن المادة (٣٣) لم تفرق بين نوعي الطلبات العارضة سواء تم تقديمها من المدعى أو المدعى عليه.

وأخيرًا يبرر عقد اختصاص المحكمة بالطلبات العارضة أو الإضافية هذا، عدم تقطيع أوصالها، والاقتصاد في النفقات والإجراءات، وتلافيًا لمنع تضارب الأحكام في ذات موضوع المنازعة، وكذلك المحافظة علي وحدة الخصومة.

الحالة الثانية: الطلبات المرتبطة:

٦٢- وفقًا لنص المادة (٣٣ مرافعات) ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في المنازعات التي تنطوي علي عنصر أجنبي بالطلبات المرتبطة بصلة وثيقة بالدعوى الأصلية، تجعل من القبول والمفيد جمعها أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة، تأسيسًا هنا علي حسن أداء العدالة، وتلافيًا لتضارب الأحكام([2]).

ومن أمثلة الطلبات المرتبطة، الطلب الذي يقدمه الوكيل ضد الموكل بطلب المصاريف والأتعاب، فيطلب الموكل بتقديم كشف حساب وبرد المستندات التي سلمت إليه بمناسبة الوكالة، ودعوى الضمان، والدعوى

---

[1] للمزيد من الأمثلة راجع دكتور/ أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٨٨، وما يليها.

- الدعوى الأصلية، كالمسائل التي تتعلق بالإثبات في الطلب الأصلي، للمزيد من التوضيح راجع في ذلك دكتور/ أحمد أو الوفا: المرافعات المدنية، ط١٣، ص ٤١٣.

[2] انظر في ذلك في الفقه المصري، دكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٧٣، وفي الفقه الفرنسي نبوا بيه: المطول ج٤، بند ١٨٤٣.

المترتب عليها الالتزام بالضمان، وكذلك دعوي الموصي له تسلم المال الموصي به، ودعوى الورثة بعدم صحة الوصية، وهذا الحل مأخوذ به في القانون المقارن([1]).

٦٣- **شروط الاختصاص:** ويلزم لكي ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الطلبات المرتبطة شرطان:

الشرط الأول: يلزم أن تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى الأصلية أوضحنا علي التفصيل السابق في القواعد المنظمة لضوابط الاختصاص القضائي الدولي.

الشرط الثاني: يجب أن يتوافر في الطلب المرتبط، كما أوضحنا فيما سبق في شأن المسائل الأولية والطلبات العارضة علي أن يكون علي صلة جدية بالدعوى الأصلية، وتتحقق هذه الصلة متي كانت هناك وحدة في الأطراف والسبب والموضوع بين الدعويين، أي أن يكون هناك ارتباط بين الدعوى والطلب اللاحق إذا كانا ينبعان كلاهما من مصدر واحد أو يد واحدة علي موضوع واحد.

وتجدر الملاحظة أن تقدير درجة الارتباط مسألة موضوعية تخضع لقانون القاضي الذي ينظر الدعوى الأَصلية.

ويتجلى مما سبق بعدما فرغنا من شرح نص المادة (٣٣ مرافعات) وشفنا أن المشرع قد قصد من تقرير الاختصاص مصلحة الخصوم، وتجنبهم كثرة النفقات، وحسن سير العدالة، ويساعد أيضًا علي سرعة الفصل في المنازعات وخاصة المنازعات الخاصة الدولية وخاصة التجارة الدولية عبر الحدود، وكذلك منع صدور أحكام متضاربة بخصوص ذات الخصومة إذا كانت هناك أكثر من محكمة مختصة بالفصل فيها.

٦٤- ونشير أخيرًا إلي أن غالبية الفقه المصري([2]) يرى أنه إذا كان من شأن الارتباط جلب الاختصاص للمحاكم المصرية، فإنه ليس من شأنه سلب هذا الاختصاص لمصلحة محكمة أجنبية، وعلي ذلك لا يجوز وفقًا لنص المادة (٣٣) مرافعات الدفع أمام المحاكم المصرية بطلب إحالة الدعاوى المرفوعة أمامها إلي محكمة أجنبية علي أساس ارتباطها بدعوى أخري لدي هذه المحكمة، وحجة هذا الفريق من الفقه علي

---

[1] علي سبيل المثال قانون المرافعات الفرنسي الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٧٥ (المادة ٤/٥٩)، القانون الدولي الخاص البيروني لعام ١٩٧٤ (م٢٠٦٥ مدنى)، والقانون السويسري لعام ١٩٨٧ (م٨).

[2] الدكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٧٣١، الدكتور/ محمد كمال فهمي: ص ٦٤٤، دكتور/ جابر جاد عبد الرحمن: بند ١٤ ص ٢٤٦، وبند ٣٥، ص ٩٦.

أساس لا يجوز اعتماد الدفع بالإحالة في مجال العلاقات الدولية الخاصة المنطوية علي عنصر أجنبي، لأن الحكم الأجنبي "لا يكون قابلًا للتنفيذ في مصر متي كان متعارضًا مع حكم صادر من المحاكم المصرية([1]).

٦٥- ويبدو لنا إذا كان الهدف كما أوضحنا فيما سبق من المادة (٣٣) هو حسن أداء العدالة، وحماية مصلحة الخصوم، وبناءً علي هذا الأساس لا نؤيد الاتجاه السابق ونعتقد مع بعض الفقه المصري([2]) لا يوجد مانع يحول دون تطبيق المادة (٣٣ مرافعات) تطبيقًا مزدوجًا بمعني أنه إذا كانت المحاكم المصرية تختص بالمسائل الأولية، والطلبات العارضة، والطلبات المرتبطة برابطة وثيقة بدعوى أصلية مقامه أمامها، لا يحول ما يمنع من أن تقبل المحاكم المصرية الدفع بالإحالة للارتباط وتتخلي عن الدعوى الفرعية طالما أنه ظهر للقاضي أن القضاء الأجنبي المقامة أمامه الدعوى الأصلية، والمختصة وفقًا لقواعد الاختصاص الدولي، أكثر قدرة في الفصل في الدعوى المرتبطة، وكذلك أقدر علي كفالة تنفيذ الحكم الصادر فيها، والواقع أن الحكم بخصوص هذه المسألة لا تخرج عن كونها مسألة ملائمة، تتدخل عدة اعتبارات من أهمها طبيعة النزاع، والضمانات التي يوفرها الأجنبي وما إذا كانت هذه الإحالة ملائمة أم لا([3])، كما يرجح هذا الاتجاه الذي نؤيده الاتجاه المتزايد في القانون المقارن "نحو قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتي دولتين([4]).

المطلب الثاني

الاختصاص بالدعاوي المستعجلة

٦٦- نظم القانون المصري وكغيره من الأنظمة القانونية مسألة تحديد الاختصاص بالدعاوي الوقتية والتحفظية يراد تنفيذه في الإقليم الوطني للدولة والقضاء المستعجل قضاء وقتي وقائي، يقتضيه حسن سير العدالة، فقرر المشرع في المادة (٣٤ مرافعات) الاختصاص ببعض الدعاوي التي تستلزم اتخاذ إجراءات سريعة وعاجلة من شأنها المحافظة علي أدلة الدعوى الأَصلية إذا ما طرح علي القضاء العادي مستقبلًا، أو كان مطروحًا بالفعل، ومراعاة مصلحة الخصوم والمحافظة علي حقوقهم.

---

[1] الدكتور/ محمد كامل فهمي : ص٦٤٤.

[2] استاذنا الدكتور/ عكاشة عبد العال: ص ١٠٧، وفي نفس المعني دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٩٧.

[3] راجع في هذا المعني كذلك H.Matulsky موسوعة القانون الدولي V.competenee , Civile et commerciale بند ١٨٨.

[4] دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٥٩٨.

وهو ما أجملته المادة (٣٤) من قانون المرافعات فنصت علي أن "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

ويتبين لنا من هذا النص أنه يعالج حالتين للإجراءات التي تتخذ علي وجه الاستعجال هما: الإجراءات الوقتية والإجراءات التحفظية، وفيما يلي نقوم بشرح هاتين الحالتين بالتفصيل في الصفحات التالية:

الحالة الأولي: الإجراءات الوقتية:

٦٧- وفقاً لنص المادة (٣٤ مرافعات) تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية التي يتوافر فيها شرط الاستعجال، فمن الأوفق في هذه الحالة اتخاذ طلب إجراء وقتي لتفادي خطر التأخير في الفصل في الدعوى الأصلية، مما يضر بمصلحة الخصوم، وإجابة طلب الخصوم في هذا الصدد أمر تفرضه فكرة السلام العام والأمن العام، فوجود منازعة خاصة دولية عبر الحدود، رفعت بشأنها الدعوى أمام قضاء دولة أجنبية، لا يجوز إهمالها من جانب القضاء المصري، طالما توافرت الصلة التي تبرر أن ينظر بعين الاعتبار أطراف الدعوي.

ومن أمثلة الإجراءات الوقتية دعوى النفقة الوقتية التي ترفعها في مصر الأم أو الأقارب أو الزوجة الأجنبية التي رفعت دعوى تطليق أما محكمة أجنبي من إحدى الزوجات الأجنبيات العاملات لدي الشركات الأجنبية في الإقليم المصري، والمنازعات حول السفر إلي الخارج بعد سماع أقوال ذوي الشأن، وكذلك المصاب في دعوى التعويض عن الفعل الضار، وكذلك الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضي، ونضيف أيضًا الأمر بتسليم الأشياء للزوجة اللازمة للاستعمال اليومي.

الحالة الثانية: الإجراءات التحفظية:

٦٨- والإجراءات التحفظية هي إجراءات وقتية تعد دعوى مستعجلة وتختص بها المحاكم المصرية، حتي ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية وتدخل في اختصاص محكمة أجنبية، وغالبًا ما تتخذ الإجراءات التحفظية بخصوص الأموال أو الأشياء التي يخشي بشأنها من الضياع، وفوات الوقت إذا تم الانتظار لحين صدور حكم من المحكمة المختصة الأجنبية.

ومن أمثلة الإجراءات التحفظية، دعوى تعيين حارس قضائي مهمته الحراسة علي الأموال المنقولة التي قام في شأنها نزاع، أو كان الحق فيها غير مؤكد، وكان يخشي من بقائها في يد حائزها، وكذلك طلب إثبات حالة بضاعة سريعة التلف كالفواكه، وكذلك طلب المحافظة علي أموال محل التركة ، وجردها

ووضع الأختام عليها، إلي حين تحديد الورثة الشرعيين والمال الموصي به، وتحديد الموصي لهم من قبل المحكمة الأجنبية المختصة بدعوى الميراث، وكذلك إثبات حالة القيام بالصيانة اللازمة للمعدات أو الماكينات، أو وقف نشر مصنف معين.

ولعله قد اتضح مما سبق أن المحاكم المصرية مختصة بالإجراءات الوقتية والتحفظية، فإنها تختص كذلك – لوحدة العلة – بإجراءات التنفيذ الجبري التي تتخذ إجراءاتها في الإقليم المصري، علي أساس أن، الأمر تفرضه اعتبارات الأمن والسلام والسكينة واعتبارات الملائمة.

شروط الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية:

٦٩- يلزم وفقًا لنص المادة (٣٤) من قانون المرافعات المصري وما أكد عليه القضاءين المصري والمقارن توافر عدة شروط:

الشرط الأول: الإستعجال: ينبغي لكي تختص المحاكم المصرية توافر حالة من حالات الاستعجال علي النحو الذي أوضحنا فيما سبق، وتحديد معني الاستعجال، وشروط قبول الدعوى المستعجلة يخضع للقانون المصري، بحسبان أن الأمر يتعلق بالتكييف وتفسير قاعدة اختصاص وطنية.

والإستعجال إذن وصف أو تكييف قانوني لطبيعة الدعوى المطروحة علي القاضي المستعجل، يستنبطه علي ضوء ما يحيط به من ظروف وملابسات خاصة، وينتج عن التأخير أن فوات الوقت مفاده إمكان تحقق ضرر ما بالحقوق أو المراكز القانونية([1]).

الشرط الثاني: أن يكون مضمون الدعوى المستعجلة طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية "تنفذ في الجمهورية" مما يعني أن يكون الإجراء وقتي لا يمس بأصل الحق، ويتم التنفيذ في الإقليم المصري وذلك بصريح نص المادة (٣٤) مرافعات، ويبرر ذلك الرابطة الضرورية لهذا الاختصاص، وأنه من غير المنطقي أن يطلب إجراء وقتي أو تحفظي ويتم تنفيذه في دولة أخري، ولهذا يقرر الفقه أن الإجراءات الوقتية لا يكون لها سوى أثر إقليمي.

٧٠- وبناءً علي هذا الشرط ، يلزم ضرورة تنفيذ الطلب المستعجل في الجمهورية قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة الأجنبية المختصة، وعلي ذلك لا تقبل دعوى تعيين حارس قضائي علي الأموال المتنازع عليها، إذا كان قد صدر حكم الملكية وأصبح الحكم نهائي ، كذلك لا

[1] للمزيد راجع دكتور/ أحمد السيد الصاوي: المرجع السابق، ص ٤١٩.

تقبل الدعوى المستعجلة التي يطلب فيها الحكم بنفقه وقتيه ، إذا كان قد صدر الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من المحكمة الأجنبية وحاز قوة الشيء المقضي.

وخلاصة ما تقدم: إذا توافرت الشروط السابقة انعقد الإختصاص للمحاكم المصرية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، متي تعلق الأمر بدعوى مستعجلة كما بينا علي التفصيل السابق، ويستوي أن يكون الإجراء الوقتي أو التحفظي يتعلق بمواد الأحوال العينية أم بمواد الأحوال الشخصية، ويستوي أيضًا كون القضاء المصري مختص أصلًا من عدمه بالدعوى الأصلية.

٧١- يبقي أن نشير أخيرًا إلي اختصاص المحاكم الوطنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية هو حل مستقر في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة([1]). ونؤيد هذا الضابط لاختصاص المحاكم الوطنية أحدث الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي حتي عام ١٩٩٩، ويؤسس القضاء الفرنسي هذه المسألة علي أساس أنها من إجراءات البوليس والأمن المدنى([2]) أو علي أساس اتصالها بالنظام العام في الدولة ([3]) ، وعلي ذلك نكون قد انتهينا من بيان الضوابط والحالات التي يكون فيها القضاء المصري مختصًا بنظر المنازعات الخاصة الدولية المنطوية علي عنصر أجنبي.

٧٢- وأخيرًا يثار التساؤل الآتي عن الوقت الذي يعتد بتوافر ضابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية؟ فهل العبرة بوقت نشوء العلاقة القانونية أم هو وقت رفع الدعوى؟ وهل يمكن إقحام فكرة التنازع المتحرك ونحن بصدد بحث مسألة ضوابط الاختصاص القضائي؟ ونعتقد أنه ليس من الأوفق الكلام من الناحية القانونية عن التنازع المتحرك في هذا المجال، ففكرة التنازع يمكن أن تثار ونحن بصدد دراسة قواعد التنازع الدولية[4]، وأما بالنسبة للوقت الذي يعتد فيه بتوافر ضابط الاختصاص، وهذا الوقت يثار بالنسبة للضوابط القابلة للتغيير مثل جنسية الخصوم وموطنهم ومحل إقامتهم وموقع المنقول، ويذهب

---

[1] القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ (م١٠) والقانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢ (م١٥٢) والإيطالي لعام ١٩٩٥ (م١٠).

[2] انظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي: باتيفول ولاجارد، المطول ج٦، ص ٣٩٣ وما يليها تبوابيه، المطول ج ٦، بند ١٧٣٤، ليربور ولوسران، الوجيز. بند ٤١٠، مابير، الموجز، بند ٣١١.

[3] ولقد اختلف الفقهاء الفرنسيين في تحديد المقصود بقوانين البوليس والأمن المدني، وقد عرفها الأستاذ/ نبوابيه في. المطول. بند ١١١٠، بأنها القوانين التي تكون غايتها فرض نظام ضروري لدي نظام موضوعي في ذاته.

[4] راجع دكتور/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

الرأي الراجح في الفقه في مصر([1]) وفرنسا([2]) العبرة في توافر الضابط الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحاكم الدولة هو **بوقت رفع الدعوى** ، وأي تغيير لاحق في هذا الضابط ليس من شأنه أن يؤثر علي الاختصاص الذي انعقد صحيحًا لمحاكم الدولة عند رفع الدعوى، وبناءً علي ذلك إذا توافر ضابط الاختصاص عند نشأة العلاقة القانونية المتعلقة بها الدعوى المثارة، ثم تغير هذا الضابط قبل رفع الدعوى، فلا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، مثال ذلك أن يتعلق النزاع ببيع منقول كان موجودًا في مصر وقت إبرام العقد، ثم نقل هذا المنقول إلي فرنسا قبل رفع الدعوى([3]) .

الفصل الثاني

الدفوع المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي

٧٣- تمهيد وتقسيم:

الدفع هو جواب الخصم علي إدعاء خصمه بقصد منع الحكم لما يدعيه، فالهدف من الدفع هو تجنب الحكم علي الخصم بطلبات خصمه، وهو وسيلة متاحة لأطراف الدعوى([4])، ويتحقق هذا الهدف بعدة وسائل أولها دفوع شكلية تتعلق بصحة إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها([5]) كالدفع بعدم الاختصاص، والدفع بالإحالة أو ببطلان أوراق التكليف بالحضور في القانون الداخلي، وثانيه دفوع موضوعية وهي التي تتعلق بالحق المدعى به، كأن يدفع بانقضاء الدين بالوفاء، أو أن ينكر الدين المطلوب منه، أو الدفع بالتقادم، وثالثة وتسمي الدفع بعدم القبول وهذا الدفع لا يتعلق بصحة الإجراءات، أو بالحق المدعي به، وإنما يتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى، باعتباره حقًا مستقلًا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوي بطلب تقريره، كالدفع بعدم قبول الدعوي لانعدام المصلحة أول لرفعها من غير ذي صفة أو لرفعها بعد فوات الميعاد([6]).

---

[1] من هذا الرأي دكتور/ عز الدين عبد الله: بند ١٩٨ ص ٧٤٩، الدكتور/ محمد كمال فهمي: بند ٩٥٨، دكتور/ أحمد قسمت الجداوى: بمد ٦١٥ ص ١٤٠.

[2] انظر في فرنسا مايير بند ٢٩٩، باتيفول ولاجارد الجزء الثاني بند ٦٧٨.

[3] للمزيد من التفاصيل انظر دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ١١١.

[4] انظر فقه المرافعات دكتور/ محمد حامد مهني: بند ٣٧٨ وما يليه، دكتور/ أحمد أبو الوفا: ص ٢٩٨ وما يليها.

[5] د/ عبد المنعم الشرقاوي: شرح قانون المرافعات المدني والتجارية، ط٢، ١٩٥٦، بند ٧٦ وما بعده.

[6] الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية في ٨ فبراير ١٩٨٩ الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٥٠ق.

وعلي أساس البحث في الإجراءات المدنية والتجارية الدولية نولي جل اهتمامنا بمعالجة النوعين الأول والثالث، وذلك في مبحث أول نخصصه للدفع بإحالة الدعوى لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وفي مبحث ثاني الدفع بعدم القبول وذلك علي التفصيل التالي:

المبحث الأول

الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

٧٤- الدفع بالإحالة دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام يجب إثارته قبل التعرض للموضوع ويقصد به إخراج الدعوى من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخري، كأن يتعدد المدعي عليهم أو أن يرفع شخص دعوى شخصية عقارية واحدة أمام محكمة موطن المدعي عليه، وكذلك أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار.

الإحالة في القانون الداخلي:

٧٥- فقد ترفع نفس الدعوى أمام محكمتين مختلفتين مختصين بنظرها، ومثال ذلك إذا ما تعدد المدعي عليهم، وكذلك إذا رفع شخص دعوى أمام محكمة معينة، وتوفي أثناء نظرها، فرفعها ورثته أمام محكمة أخري دون علم منهم بقيام الدعوي الأولي.

وفي ذلك تقضي المادة (١١٢) مرافعات مصري علي أنه يجوز الدفع بإحالة الدعوى من المحكمة التي رفعت إليها الدعوي ثانية إلي المحكمة التي رفعت إليها الدعوي أولًا وهذا الدفع منصوص عليه في العديد من الأنظمة القانونية الداخلية المقارنة.

ويرجع السبب وراء تقرير الدفع بالإحالة في إطار القانون الداخلي في أمرين:

أولهما: تفادي تعدد الإجراءات أو ما يستتبعه ذلك من الخفيف علي الخصوم والقضاة، والاقتصاد في النفقات، **وثانيهما:** تجنب صدور أحكام متناقضة ومتعارضة في الدعوي الواحدة لاختلاف أنظار القضاة وملائمتهم. ويجب لقبول الدفع بالإحالة علي النحو السالف أن يكون النزاع واحدًا في الدعويين في الخصوم والموضوع والسبب، ويجب أن تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمام المحكمتين عند إبداء الدفع، وأن تكون الدعويان قائمتين أمام محكمتين تابعتين لجهة قضاء واحدة، وأن تكون المحكمة المطلوب إحالة الدعوى إليها مختصة بنظرها من جميع الوجوه، لأنه لا محل لإحالة الدعوي إلي محكمة غير مختصة بنظرها.

الإحالة في نظام الإجراءات المدنية والتجارية الدولية:

٧٦- ما تقدم هو حكم المسألة في القانون الداخلي، فما هو الحل وهل يمكن استخدام الدفع بالإحالة بالنسبة للمنازعات الخاصة الدولية، إذا كان نفس النزاع أمام محكمة أجنبية مختصة، ثم رفع بعد ذلك أمام المحاكم الوطنية المختصة أيضًا، ونبادر إلي القول ونظرًا للطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية هي التي دفعت القضاء الفرنسي لإعلان رفضه القاطع لقبول الدفع بالإحالة بسبب سبق رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية([1]).

بالإضافة إلي ما تقدم نشير إلي أن بعض التشريعات قررت صراحة عدم قبول الدفع بالإحالة، من هذه القوانين قانون المرافعات البولوني (م١١٤٦) وقانون المرافعات الإيطالي لسنة ١٩٤٢ في المادة (٣) منه، والقانون البلغاري (م٣٠٧ مرافعات)، والقانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٥٦ في المادة (١٥٦) منه.

وفي إطار الإجابة علي التساؤل السابق، يمكن القول أن موقف الفقه التقليدي في مصر وفرنسا يرفض الدفع بالإحالة، ويذهب غالبية الفقه الحديث في قبول الدفع بالإحالة في المنازعات الخاصة الدولية عبر الحدود وفيما يلي نعرض حجج لكل من الفقه التقليدي والفقه الحديث.

الفقه التقليدي يؤيد رفض الإحالة:

٧٧- يرفض الفقه التقليدي في كل من مصر([2]) وفرنسا([3]) مسألة الدفع بالإحالة، ويسوق لتأييد وجهة نظره عدة حجج نعرضها فيما يلي:

١- ان عدم قبول الدفع بالإحالة هو نتيجة منطقية للمبدأ المستقر الذي وفقًا له لا يكون للحكم الأجنبي الأمر المقضي به، إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من قبل القضاء الفرنسي ليرتب آثاره.

٢- كذلك يرون أنه لا يتصور قبول الدفع بالإحالة إذا كانت إحدى الدعويين المرفوعتين بشأن منازعة واحدة قائمة أمام محكمة أجنبية، وكانت الأخرى مرفوعة أمام محكمة وطنية، فحتى يمكن قبول الدفع

---

[1] نقض مدني ٢١ مارس ١٩٥٠، المجلة النقدية ١٩٥١، ٦٦٦ – مع تعليق للأستاذ باتيفول، استئناف أكس ١٦ يوليه ١٩٤٧ – المجلة الانتقادية ١٩٤٨ – ٩٣ مع تعليق للأستاذ باتيفول، استئناف باريس ٢٦ إبريل ١٩٥٨.

[2] الدكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٧٣١، بند ١٩٤، دكتور/ جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولي الخاص العربي، ص ٩٦.

[3] ليربور بيجونير ولوسران: القانون الدولي الخاص، بند ٤٨٩. ونبواييه: المطول – الجزء السادس، بند ١٨٤٤.

بالإحالة فإنه يتعين وجود سلطة عليا تتولي توزيع اختصاص القضاء بين محاكم الدول المختلفة([1]) وهذا أمر غير متحقق في مجال الروابط الخاصة الدولية.

٣- كما يري خصوم الدفع بالإحالة، أن قبوله يحمل بين جنباته افتئاتًا علي سيادة الدولة المثار الدفع أمام قضائها([2]) ، وأضاف بعض الفقهاء عند صياغته لهذه الحجة إلي حد القول بأن قبول الدفع يتعارض مع هذا استقلال الدول"([3]).

٤- ويذكر أنصار هذا الاتجاه حجة مفادها أن القضاء الأجنبي كثيرًا ما يهدر الضمانات اللازمة لصحة الأحكام من الناحية الإجرائية، وبالذات عدم كفالة حقوق الخصوم مثل الحق في الدفاع، والتوجس والخوف من تنفيذ الحكم يبرر عدم الأخذ بإحالة الدعوي المنظورة في فرنسا لقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية([4]).

إستثناءات علي المبدأ:

٧٨- لم يشأ الفقه في فرنسا أن يعمم رفضه للدفع بالإحالة ولكن يمكن القول أن هناك حالتين يكون فيهما الدفع بالإحالة مقبولًا هما :

الحالة الأولي: يكون الدفع بالإحالة مقبولًا إذا كان مقررًا بموجب اتفاق دولي ثنائي أو جماعي.

الحالة الثانية: إذا رفع الطرف الفرنسي دعواه أمام القضاء الأجنبي، إذ يعد بذلك متنازلًا منه عن الامتياز المقرر له بموجب القانون الفرنسي في المادة (١٤، ١٥ مدني)، فإنه يمكن التمسك في مواجهته بالدفع بالإحالة إذا ما أريد إقامة الدعوي عن نفس النزاع بعد ذلك في فرنسا.

وقد اعترض جانب من الفقه الفرنسي([5]) مع ذلك علي هذا الرأي بحق، لأن الحالة السابقة لا تمثل استثناء في ذاته – أمر لا علاقة له البته – بمسألة الدفع بالإحالة أمام القضاء الفرنسي لسبق رفع الدعوي أمام محكمة أخري أجنبية لأنه في الواقع لم تكن سوى محكمة واحدة هي المختصة هي المحكمة الأجنبية، أما المحكمة الوطنية (الفرنسي) لم تكن مختصة، وما قال به الفقه التقليدي في هذه الحالة يتعلق بالفرض الذي تحكم فيه المحاكم الفرنسية بعدم اختصاصها لنزول الخصم الفرنسي عن الميزة المقررة له بمقتضي المادة

---

[1] في فرنسا ليربور بيجونير ولوسران: بند ٣٩٩، وانظر في مصر الدكتور/ محمد كامل فهمي: بند ٤٧٨.

[2] الأستاذ. نبوابيه، المرجع السابق، بند ١٨٤٤.

[3] انظر موسوعة القانون الدولي الخاص، الاختصاص المدني والتجاري، بند ٤٠ بواسطة الأستاذ بايتفول.

[4] انظر موسوعة القانون الدولي الخاص، الاختصاص المدني والتجاري، بند ٤٠ بواسطة الأستاذ باتيفول.

[5] راجع الأستاذ/ هولو: اختصاص القضاء الأجنبي، ص ١٦٧ وما يليها.

(١٥٢١٤) مدني فرنسي السابق الإشارة إليهما، وبناء علي ذلك لا محل للحديث عن الدفع بالإحالة، ذلك أنه لا توجد إلا محكمة واحدة مختصة هي المحكمة الأجنبية، أما المحكمة الفرنسية غير مختصة كما ذكرنا في السابق.

الفقه الحديث يقبل الدفع بالإحالة:

٧٩- ويري الفقه الحديث في مصر([١]) وفرنسا([٢]) ضرورة قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية كمبدأ عام وقبل أن نعرض لحجج الفقه الحديث، نعرض لرد هؤلاء علي حجج التي استند إليها الفقه التقليدي لرفض الدفع بالإحالة لعدة أسباب أهمها:

١- فهي لا تأخذ في الحسبان مقدار الضرر الذي يمكن أن تصيب العلاقات التجارية والمدنية عبر الحدود كنتيجة لرفض بالإحالة.
٢- ثم أنه لا يصح التحدي – لرفض الإحالة في هذا الميدان- بمقولة الحكمة من وراء هذا الدفع في نطاق العلاقات الخاصة الداخلية لا تتوافر في حق المنازعات الخاصة الدولية.
٣- وفيما يتعلق بأن قبول الإحالة فيه مساسًا بسيادة الدولة، هذا قول لا يصح لأن هدف الإحالة تحقيق أكبر قدر من الفعالية للأحكام، وتنفيذ الحكم الأجنبي هو الغاية، ويحقق أكبر قدر من التعاون بين الدولي في هذ السبيل.
٤- وتذهب غالبية الفقه إلي ضرورة الدفع بالإحالة ولا يصح أبدًا أمام تطور العلاقات الدولية والمناداة باحترام حقوق الإنسان وتأكيدها من قبل غالبية الأنظمة القانونية والإعلانات العالمية والمنظمات الدولية والإقليمية، وأمام تطور العلاقات الدولية أن تنظر بعين الشك والارتياب للإجراءات التي تتم أمام المحاكم الأجنبية([٣]).

٨٠- وهكذا يظهر مما تقدم إننا نؤيد مع الفقه الحديث قبول الدفع في إطار العلاقات الدولية الخاصة لما يحققه من فوائد كثيرة أهمها: التقليل من حالات الغش والتحايل نحو الاختصاص وبصفة خاصة

---

[١] الدكتور/ هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ١٣٤ ومايليها، دكتور/ ماهر إبراهيم السداوي: جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، المنصورة، ص ١٨٦ ومايليها، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص ١٣٦ وما يليها، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٢٢٩ وانظر خصوصًا ص ٢٤٢.

[٢] لورسوران وبوريك، ص ٥٧٨، بيليه: Traite ١٩٢٤، بند ٦٤٥، باتيفول ولاجارد: سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٣، بند٦٧٦.

[٣] الاستاذان باتيفول ولاجارد: المرجع السابق، ص ٤٠٣، بند ٦٧٦.

في الحالات التي يكون هناك فيها تلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي، فيلجأ الأفراد إلي المحكمة التي يرون أنها ستطبق القانون الذي أكثر صلاحية ويحكم لصالحهم([1])، والتقليل مما يسمي بحالات التنازع بين الأحكام([2]).

ويؤيد الفقه المصري في الواقع قبول الأخذ بالدفع بالإحالة تأسيسًا علي أن المبدأ يخول المحاكم المصرية الفرصة في ألا تصدر أحكامًا غير مكفولة بالنفاذ أو عديمة القيمة، ولا ريب أن قبول الإحالة من شأنه أن يقدم حلًا لمثل هذه المشكلة.

موقف القضاء من قبول الدفع بالإحالة:

٨١- كان القضاء الفرنسي قديمًا قبل عام ١٩٦٢ رافضًا قبول الدفع بالإحالة في ظل موقف الفقه التقليدي، إلا أنه بعد عام ١٩٦٢ رفضت محكمة النقض الفرنسية مبدأ عدم قبول الدفع بالإحالة، وأكدت ذلك بصورة حاسمة قبول الدفع بالإحالة في العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، وذلك في حكم لها في ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤ أقرت فيه مكنة قبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الفرنسي، وفقًا لقواعد القانون الفرنسي بوصفه الشريعة العامة لقيام أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى([3])، أما القضاء المصري([4]) فقد سبق له الأخذ بقبول الدفع بالإحالة في أحكامه مقرر في أن الأخذ به أمر تفرضه مقتضيات النظام العام منعًا لتضارب الأحكام.

٨٢- وتجدر الإشارة أن الغالبية العظمى من التشريعات المعاصرة بما فيها القانون الفرنسي تأخذ بمبدأ قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، كذلك تضمنت النص علي ذات المبدأ الاتفاقيات الدولية علي سبيل المثال اتفاقية بروكسل المبرمة بين دول السوق الأوربية المشتركة في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨ والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ في المسائل المدنية والتجارية (م٢١).

وإذا كنا أيدنا الدفع بالإحالة وضرورته في نطاق الاختصاص القضائي الدولي للمنازعات ذات العنصر الأجنبي، فإن التساؤل الذي لاريب فيه قائم حول الشروط الواجب توافرها لقبول الدفع بالإحالة، هذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

---

[1] انظر مايير، مشار إليه عن الدكتور/ عكاشة عبد العال: ص ١٣٧.

[2] مايير: المرجع السابق، ص ٣١٧ بند ٤٢٠.

[3] نقض فرنسي في ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤، Clunet ١٩٧٥، ص ١٠٨، مع تعليق للأستاذ Ponsocrd.، انظر أيضًا المجلة الانتقادية مع تعليق للأستاذ هولو، سنة ١٩٧٥، ص٤٩١، انظر حكم آخر محكمة النقض الفرنسية صادر في ١٧ يوليو. ١٩٧٠ المنشور في المجلة الانتقادية مع تعليق للأستاذ سيمون ديبثيز سنة ١٩٨١/ ص ٧٥.

[4] انظر حكم محكمة الإسكندرية المختلطة في ٩ يناير ١٩٢٢، وقد أشار إليه الدكتور/ عكاشة عبد العال، ص ١٣٩.

شروط قبول الدفع بالإحالة:

٨٣- ينبغي لقبوله توافر خمسة شروط:

الشرط الأول: يجب أن يكون النزاع واحدًا في الدعويين، بمعني أن تتحد الدعويان في الخصوم والسبب والمحل، وتكون أحدهما أمام المحاكم المصرية، والدعوى الثانية امام محكمة أخري أجنبية، وهذا معناه أنه إذا اختلف موضوع الدعويين أو الأطراف أو السبب فلا محل لقبول الدفع بالإحالة، ويكفي الاختلاف في عنصر من العناصر المذكورة لرفض الدفع بالإحالة، وبالمثال يتضح الشرط أكثر، فلو رفع نزاع أمام المحاكم المصرية وموضوعه طلب الطلاق للضرر الذي لحق الزوجة نتيجة اعتداء زوجها بالضرب عليها، ثم رفعت دعوى أخري أمام المحاكم الألمانية موضوعها طلب التعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الضرب، فلا محل هنا للإحالة في مثل هذا الفرض، علي أساس أن الاختصاص انعقد صحيحًا لكلتا المحكمتين، وذلك عنصر الموضوع فيهما، إلا أنه ليس بشرط أن تكون صفة الخصوم في الدعويين واحدة([1]).

الشرط الثاني: أن تكون المحكمتان الوطنية والأجنبية – المرفوع أمامها الدعويان – مختصتين، يلزم لقبول الدفع أن تكون المحكمة الوطنية والأجنبية مختصة بنظر الدعوى من جميع الوجوه، ولا محل لإحالة الدعوى إلي محكمة غير مختصة، وأن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرته مختصة بالرجوع إلي قواعد الاختصاص المقررة في قانونها (م١/٢٩٨) مرافعات مصري، وأن يتأكد القاضي المصري المثار أمامه الدفع من أمرين ليس هناك غش نحو الاختصاص، والنظر بعين الاعتبار للرابطة التي للمحكمة الأجنبية بالنزاع، وأن الاختصاص المنعقد للمحاكم الأجنبية، لم يكن فيه افتئات علي الاختصاص المنعقد للمحاكم المصرية، وكذلك الدفع يكون مقبولًا أمام القضاء المصري، إذا كانت المحاكم الأجنبية أقدر علي الفصل في النزاع، وضمان فعالية الأحكام وتنفيذ الحكم الصادر في شأنه.

الشرط الثالث: وجود الدعويين في مرحلة إجراءات أمام القضاء المصري والقضاء الأجنبي، يلزم أن تكون الدعويان قائمتين بالفعل عند إبداء الدفع أحدهما منظورة أمام القضاء المصري، والأخرى مقامة أمام محكمة أجنبية أخرى، وعلي ذلك فلا محل للدفع بالإحالة إذا لم تتخذ إجراءات رفع الدعوي أمام المحكمة الأجنبية، أو انقضت بتركها أو بسقوط أو باعتبارها كأن لم تكن، كذلك لا محل للإحالة إذا تم الفصل في

[1] Szaszy: المرجع السابق، ص ٥٤٩.

الدعوى بصدور حكم، لأن الحكم في هذه الحالة يحتج به أمام المحكمة التي مازالت الدعوي قائمة أمامها ولا ريب أن قيام الدعوى يتحدد بالرجوع إلي قانون الإجراءات الأجنبية (م٢٢ مدنى مصري).

الشرط الرابع: أن يكون الحكم الأجنبي قابلًا للإعتراف به وتنفيذه في مصر، ومفاد هذا الشرط أنه ينبغي علي القاضي المصري المثار أمامه الدفع بالإحالة من طبيعة الاختصاص المقرر للمحاكم الوطنية بالمنازعة هل هو اختصاص مشترك أم قاصر؟ فإن رأي أن المسألة تتدرج تحت النوع الأول يقبل الدفع، وإن رأى أن المسألة تتدرج تحت النوع الثاني "الاختصاص القاضي" فعلية أن يرفض الدفع بالإحالة، وأن يتأكد القاضي المصري المثار أمامه الدفع أم الإجراءات التي تتم أمام المحكمة الأجنبية تجري سليمة متوافرًا فيها سائر الضمانات اللازمة لحماية أطراف الدعوى.

الشرط الخامس: محل خلاف خاص بالأسبقية الزمنية في رفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي المحال إليه، في الروابط الداخلية من المسلم به في مجال الاختصاص القضائي الداخلي أن الدفع بالإحالة يكون أمام المحكمة التي رفع النزاع إليها أخيرًا حاملًا علي أن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأولي والمطلوب الإحالة إليها تكون قطعت شوطًا كبيرًا في نظرها.

أما في مجال الاختصاص الدولي هل نعتد بشرط الأسبقية الزمنية في رفع الدعوى. اختلف الفقهاء في مصر وفرنسا في الإجابة علي هذا السؤال، فجانب من الفقه في مصر وفرنسا يرى أن الدفع بالإحالة أمام المحاكم الوطنية لا يكون مقبولًا إلا إذا كانت قد رفعت الدعوى إليها اخيرًا أسوة بما هو مقرر في القانون الداخلي، ويرون أن قبول الدفع بالإحالة رغم الأسبقية الزمنية من شأنه السماح للمدعي سيء النية بالهروب من ولاية القضاء الوطني، وذلك برفعة الدعوى في تاريخ لاحق أمام المحاكم الأجنبية([1]) .

٨٤- وتذهب غالبية الفقه المصري([2]) الذي نؤيده إلي أنه لا وجه للاعتداد بالأسبقية الزمنية كشرط لقبول الإحالة وإنما معيار المفاضلة في العلاقات الدولية هو مدى القدرة علي كفالة تنفيذ الحكم الصادر في شأنها، بمعني أن معيار الأسبقية الزمنية مسألة نسبية تحدد في ضوء قدرة كل من المحكمتين – التي أثير الدفع أمامها والمحال إليها – علي الحكم في المنازعة والفصل فيها بحكم ذات فعالية وتنفيذ، بالإضافة إلي ذلك نري أنه إذا تساوت قدرة المحكمتين علي كفالة تنفيذ الحكم الصادر منهما فلا ريب أن مسألة معيار الأسبقية الزمنية لها دور فعال في عدم قبول الدفع تأسيسًا علي أن هذه المحكمة التي رفع لها النزاع أولًا

---

[1] الدكتور/ ماهر السداوي : المرجع السابق ، ص ٢٧٢، أمنجون: الموجز جزء ٣، ص ٢٩٦.

[2] دكتور/ هاشم علي صادق . تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط ٢٠٠٢، فقرة ١٠٨، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٢٢٩، دكتور. عكاشة عبد العال، ص ١٤٥.

ستكون قد قطعت شوطًا كبيرًا في نظر القضية وبحثها وتحقيق الأدلة وإصدار حكم في القضية المثارة أمامها([1]).

٨٥- ويثار أخيرًا التساؤل حول مدى قبول الدفع عند توافر شروطه؟

ذهب القضاء المصري المختلط([2]) إلي قبول الدفع بالإحالة علي أساس أن هذا الحل تفرضه مقتضيات النظام العام، وأن توافر شروط الإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية تمثل التزامًا علي عاتق القاضي([3]).

ونعتقد مع بعض الفقهاء([4]) أن قبول الدفع عند توافر شروطه – لا يمثل التزامًا – علي عاتق القاضي، فلا يتعدى الأمر إلا أن يكون رخصة، وفق ظروف كل منازعة علي حدة، وهدفه من ذلك كله تحقيق العدالة، وحماية مصالح أطراف الدعوى في ضوء معطيات كل نزاع في الاستمرار في نظر الاستمرار في نظر الدعوى أو قبول الدفع بالإحالة إلي محكمة أجنبية.

المبحث الثاني

الدفع بعدم قبول الدعوى (الحصانة الفضائية)

٨٦- من المستقر عليه في شروط قبول الدعوي – شرط الصفة – مما يعني أن عدم توافره في أحد أطراف الدعوى ، كان من حق الطرف الآخر في الدعوى ، أن يطلب الحكم في مواجهته بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة أو علي غير ذي صفة حسب الظروف ، وعلي هذا فإن الدفع بعدم القبول لا يوجه إلي إجراءات الخصومة ، ولا إلي موضوع الدعوى، وإنما يوجه إلي الحق في الدعوى، فمن يدفع بعدم قبول الدعوى، يطلب ذلك علي أساس أن الخصم المدعى ليس له حق في رفع الدعوى لتخلف شرط المصلحة أو الصفة أو لعدم توافر شروطهما ، أو لأن القانون منع سماعها، أو لأن الميعاد المحدد لرفعها قد انقضي([5]).

---

[1] انظر دكتور/ هشام علي صادق: تنازع الاختصاص، فقرة ١٠٩.

[2] محكمة الإسكندرية المختلطة في حكمها في ٩ يناير ١٩٢٢ سابق الإشارة إليه، منشور في .Clunet 1922 p. 1,430

[3] حكم محكمة النفض الفرنسية في ٣ إبريل لسنة ١٩٢٢ يذهب إلي تأييد هذا الرأي.

[4] باتيفول ولاجارد، ص ٤٠٣ سابق الإشارة إليه، دكتور/ عكاشة عبد العال أحمد: ص ١٤٦.

[5] انظر دكتور/ أحمد مسلم. أصول المرافعات، ١٩٧١، ص ٥٧٩.

ولبحث الدفع بالحصانة ينبغي إلقاء الضوء علي كل جوانب هذا الموضوع فنعرض لأساس الدفع بالحصانة "مطلب أول" وطبيعة الدفع بالحصانة "مطلب ثاني" والثالث نخصصه لمسألة التنازل عن الحصانة.

المطلب الأول

أساس الدفع بالحصانة

٨٧- للحديث عن أساس الدفع بالحصانة ينبغي التفرقة بين عدة فئات مستفيدة من الحصانة([1]).

اولًا: بالنسبة للدول الأجنبية ورؤسائها:

استقر العرف الدولي علي عدم خضوع الدول ورؤسائها للقضاء الوطني، وهذه قاعدة مستقرة يجب علي القضاء في مختلف الدول علي الالتزام بها([2]) ولقد اختلفت الآراء وأحكام المحاكم في الأساس التي ترتد إليه هذ الحصانة، فالبعض يري أن الدفع بالحصانة يكمن في فكرة السيادة والاستقلال والمساواة في السيادة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة الدول الأخرى، إذ لا يتصور من الناحية الواقعية محاكمة إحدى الدول أو أحد رؤسائها أمام محاكم دول أخرى أمر ينطوي ولا ريب علي مساس صاروخ بمبدأي السيادة والاستقلال والاحترام المتبادل بين أفراد الجماعة الدولية.

ويرى فريق آخر أساس الحصانة فكرة المجاملة الدولية ومفاد هذه الفكرة – ليس من المقبول – ابدًا تكليف الدولة أو رئيسها بالمثول أمام القضاء الوطني أو إتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهتهما.

ونحن نميل مع تأييد الرأي القائل بأن الأساس السليم للحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول وتحقيق الانسجام بين الأنظمة القانونية المختلفة، وهذا هو الأساس التي تقوم عليه كافة حلول القانون الدولي الخاص([3]).

---

[1] انظر دكتور/ ناصر عثمان. الدفع بالحصانة في مجال التحكيم، رسالة دكتوراه – جامعة أسيوط ٢٠٠٦، ص ١٤ وما يليها.

[2] دكتور/ فؤاد عبد المنعم، بالاشتراك مع الدكتورة/ سامية راشد: ٢٨١ وما يليها، وفي الفقه المصري أيضًا د. هشام صاد. طبيعة الدفع بالحصانة، بحث، يناير ١٩٦٩، فقرة ٢١٥.

[3] الدكتور/ فؤاد رياض: فقرة ٣١٣، دكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: المرجع السابق، ص ١٥١.

ثانيًا: بالنسبة للممثلين الدبلوماسيين:

٨٨- استقر العرف الدولي علي إعفاء الممثلين الدبلوماسيين من الخضوع لقضاء الدولة المعتمدين لديها وذلك حتي لا يصبح قضاء الدولة المعتمدين لديها وسيلة مراقبة، واختلفت الآراء حول أساس الدفع بالحصانة بخصوص المبعوث الدبلوماسي، فهناك من يري أن هناك افتراض مفاده اعتبار المبعوث محتفظًا بموطنه القانوني في الدولة التي يحمل جنسيتها ولم يغادرها، ومن ثم يعتبر غير خاضع لقوانين الدولة الأجنبية التي بها مقر بعثته ويقيم علي أراضيها.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلي أن الحصانة الممنوحة للمبعوث الدبلوماسي أساسها الضرورات العملية والواقعية وهي تكمن في حسن أداء القيام بمهام وظيفته بصورة فعاله ونموذجية[١].

٨٩- وتؤيد محكمة النقض المصرية[٢] هذا الرأي في أحد أحكامها حيث قررت فيه أن "الأَصل في الميزة أو الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي أنها ضرورة يقتضيها قيامه بمهما وظيفته في جو من الطمأنينة بعيدًا عن المؤثرات في الدولة المعتمد لديها، وهذا يستتبع إعفاء الممثل الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الإقليمي في الدولة الأخيرة وعدم التزامه بالإدلاء بمعلوماته كشاهد أمام هذا القضاء في أية دعوى جنائية أو مدنية، بحيث لا يجوز إكراهه علي أدائها أو إجباره علي المثول أمام السلطات المحلية المختصة.

ثالثًا: المنظمات الدولية والموظفون الدوليون:

٩٠- يذهب الرأي الراجح في فقه القانون الدولي العام أن أساس الدفع بالحصانة هو فكرة حسن أداء الوظيفة فهي تمنح للموظف الدولي تمكيناً له من القيام بوظيفته علي أكمل صورة، بشرط أن يكون هذا التصرف يرمي إلي تحقيق صالح المنظمة وإلا فلا، وكذلك للمنظمة الدولية في نفس السياق تكمن أساس الحصانة في أداء مؤسساتها لمهمتها الدولية، فمستلزمات القيام بالوظيفة الدولية هو أساس الدفع بالحصانة[٣].

---

[١] دكتور/ عكاشة عبد العال: ص ١٥٢، دكتور/ أحمد عبد الكريم: فقه المرافعات. فقرة ٣٠٨، دكتور/ ناصر عثمان محمد عثمان: المرجع السابق، ص ١٥٢.

[٢] الدائرة المدنية حكمها الصادر في ٩ فبراير ١٩٧٧ الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ ق، مجموعة النقض، ج١، ١٩٧٧، ص ٤٢٢.

[٣] في الفقه المصري انظر دكتور/ مفيد شهاب: المنظمات الدولية، ط١٠، ١٩٩٠، ص ١٥٩.

المطلب الثاني

طبيعة الدفع بالحصانة

٩١- من المستقر عليه في محيط المجتمع الدولي أن المتمتع بالحصانة القضائية لا يخضع لقضاء دولة أجنبية، وإن المحكمة المرفوع أمامها الدعوى تحجم عن نظره، وانطلاقًا من هذا الأثر التي ترتبه الحصانة، قد ثار خلاف في الفقه والقضاء المقارن حول الطبيعة القانونية لهذا الدفع فقد ذهب جانب من الفقه إلي أن الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الاختصاص، بمعني أن المنازعات التي يكون المتمتع طرفًا فيها تخرج من اختصاص المحاكم الوطنية، هذا الاتجاه تعرض للنقد والتجريح من جانب الفقه علي أساس أن البحث أولًا في مسألة الحصانة ذات طبيعة خاصة يتعذر القول باعتبارها مسألة اختصاص بتنازعها القضاء في مختلف الدول([1])، فضلًا عن ذلك كيف يمكن القول بتعلق الحصانة بالنظام العام، لأن عدم الاختصاص متعلق بالنظام العام مع ما يفرضه القاضي بأن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، وفي نفس الوقت تقرر أن للمستفيد من الحصانة القضائية رخصة التنازل عنها.

وذهب اتجاه آخر إزاء الانتقادات الموجه إلي الاتجاه الأول إلي أن الدفع بالحصانة أمر يتعلق بعدم ولاية القضاء المصري، فمن يتمتع بالحصانة لا تشمله ولاية القضاء المصري ولا يخضع للقضاء الوطني([2]) ونحن نميل إلي الرأي الذي يرى أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم قبول الدعوى استنادًا إلي تخلف شرط من شروط قبول الدعوى هو شرط الصفة في المدعى عليه([3]) ، وتؤيد أحكام محكمة النقض الفرنسية الحديثة في ٥ يونيه ٢٠٠١([4]) والذي أكدت فيه المحكمة أن الدفع بالحصانة هو دفع بعدم القبول لا دفعا بعدم الاختصاص أو بانتقاء الولاية، وعلي هذا يمكن القول أن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم القبول متي كان المدعى عليه ممن يتمتعون بالحصانة، ولم يتنازل عنها، ويجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو كان ذلك قبل التعرض للموضوع([5]).

---

[1] الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات، فقرة ٣٠٢.

[2] انظر دكتور/ ناصر عثمان محمد عثمان: المرجع السابق، ص٨٠، وما بعدها، والمراجع المشار إليها عنده.

[3] انظر دكتور/ فؤاد رياض: القانون الدولي الخاص والتحكيم التجاري الدولي ط١٩٨٤، ص٤٣٧، هامش ١، دكتور/ هشام صادق: تنازع الاختصاص. ص٣٧ وما يليها.

[4] نقض مدني في ٥ يونيه ٢٠٠١، البلتان المدنية ٢٠٠١ – فقرة ٢٠٠٤.

[5] نقض فرنسي ٢٣ يناير ١٩٣٣، ي ١٩٣٣. ٢٤٩.

المطلب الثالث

التنازل عن الحصانة

٩٢- نظرًا لأن الحصانة ميزة أو حق لمن يتمتع بها، فإنه يكون للمستفيد منها أن يتنازل عنها، ويلزم في التنازل عن تلك الميزة أو الحق – حتي لا تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى – أن تتوافر فيه عدة شروط هي:

١- أن يصدر التنازل عن الحصانة ممكن يملكه قانونًا ينبغي أن يكون التنازل صادرًا لمن تقررت له الحماية، سواء تعلق الأمر بالدولة ذاتها أو رئيس الدولة الأجنبية أو بالمثل الدبلوماسي أو بالمنظمات الدولية أو بالموظفين الدوليين التابعين للمنظمة الدولية.

وبالنسبة للمبعوث الدبلوماسي لا يملك التنازل بإرادته إذ أن صاحب الحق الأَصلي في التنازل عن الحصانة – وهي دولة المبعوث الدبلوماسي – وهي التي تملك التنازل عنها، وقد أقر العرف الدولي ذلك وكذلك نصت اتفاقية فيينا صراحة الصادرة سنة ١٩٦١ في المادة (٣٢) منها علي ذلك، وهذا الحل يطبقه القضاء في فرنسا([1]) ومصر([2]).

٩٣- كما أكدت محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢٥ مارس ١٩٨٢ بأن "الحصانة الدبلوماسية مقررة لصالح الدولة الموفدة للمبعوث لا لصالحه الشخصي بحيث لا يجوز للمبعوث التنازع عنها بغير موافقه دولته"، ويشترط القضاء المصري بالإضافة إلي ذلك أن يكون التنازل تاليًا لرفع الدعوى أمام القضاء "إذ لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه".

٢- يجب أن يكون التنازل صريحًا لا شبهة ولا غموض فيه([3])، ويكون صريحًا إذا أعلنت الدولة الأجنبية صراحة الخضوع للقضاء الوطني أو إذا سلكت مسلكًا يقطع لهذا القبول، كما لو رفع ممثلها الدبلوماسي دعوى أمام القضاء الوطني، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز له الدفع بالحصانة بالنسبة لأي طلبات عارضة تتعلق بالدعوى الأصلية (المادة ٣٣ الفقرة الثالثة من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦١م).

٣- أن يكون التنازل خاصًا يقتصر أثره علي الدعوى أو الإجراء الذي تم بشأنه، وتطبيقات لذلك في القضاء الفرنسي ما قضي به من أن إدراج الشرط المانح للاختصاص القضائي في عقد معين يجب تفسيره علي أنه تنازل متعلق بالخصومة التي يثيرها العقد المدون فيه هذا الشرط صراحة([4]) ،

---

[1] استئناف باريس ١٧ مارس ١٩٨٧ منشور في Clunet ١٩٨٧، ص ٦٠٥.

[2] علي تعليق الأستاذ KAHN حكم محكمة النقض المصرية في ٩ فبراير ١٩٧٧، س٤٣ق، طعن رقم ١٢٣، مجموعة أحكام النقض، ص٤٢٢.

[3] انظر في الفقه الفرنسي باتيفول ولاجارد، بند ٦٩٤، ص٤٤٤، الأستاذ/ مايير، الوجيز، بند ٣٢٨، ص٢٤٩.

[4] نقض مدني ٢١ يناير ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٨-١-٣٠٥. مع تعليق Valery، سيري ١٨٩٦-١-٢٢١.

وقضى كذلك بأن التنازل عن الحصانة بخصوص دعوى فسخ العقد، لا يعني التنازل عن الحصانة بشأن دعوى الاسترداد([1]) .

أثر التنازل عن الحصانة:

٩٤- طالما توافرت شروط التنازل عن الحصانة القضائية بالنسبة للمستفيدين من هذه الميزة، ترتب علي ذلك أن يسترد القضاء الوطني ولايته بنظر النزاع، ومن ثم إمكانية السير في الدعوى في مواجهة المتمتع بالحصانة، وذلك إذا توافرت أي من الأسباب المقررة لاختصاص المحاكم الوطنية بالنزاع.

وتجدر الإشارة أن التنازل عن الحصانة وقبول اختصاص القضاء الوطني بشأن نزاع معين، لا يعني التنازل عن الحصانة المتعلقة بإجراءات التنفيذ، فهذه يعوزها تنازل مستقل بها، والواقع أن الأمر يتعلق بموضوعين مستقلين متتابعين ومرتبطين هما حصانة فضائية بالنسبة للمستفيد منها، وحصانة متعلقة بإجراءات التنفيذ، وهذا الأمر لا يخلو من التناقض([2])، ما هي الفائدة من السماح للقضاء الوطني بالفصل في النزاع، إذا لم تكفل للحكم الصادر منه قيمة تنفيذية واقعية؟ وما قيمة موافقة دولة المبعوث الدبلوماسي علي خضوعه للقضاء الوطني إذا كان في إمكانها منع تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الوطني بمجرد سكوتها عن السماح بهذا التنفيذ بشكل صريح؟ وتطبيقاً لذلك فقد نصت اتفاقية فيينا في المادة (٣٢) الفقرة الرابعة علي أن التنازل عن الحصانة الفضائية لا يستفاد منه التنازل عن الحصانة بالنسبة لتنفيذ الحكم، إذ يتعين لذلك صدور تنازل مستقل.

٩٥- خلاصة ما تقدم يجب لكي يتم تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الوطني في مواجهة المتمتع بالحصانة ينبغي صدور تنازلين أحدهما خاص بالخضوع لولاية القضاء الوطني والعهدة له بنظر الدعوى وثانيهما خاص بإجراءات التنفيذ في مواجهة المتمتع بالحصانة، مما يعني أنه يلزم لكي يتم التنفيذ صدور تنازل في إجراءات التنفيذ، وهذا الأمر يندر حدوثه بعد ذلك، وعلي هذا إذا استرد القضاء الوطني ولايته في مواجهة المتمتع بالحصانة، اتبعت في مواجهته سائر الإجراءات العادية المقررة في قانون القاضي([3]).

---

[1] حكم محكمة almar، في ٧ مايو ١٩٥٨ منشور في مجلة Clunet ١٩٥٩-٢٢٨.

[2] دكتور/ فؤاد رياض: المرجع السابق، ص٣٦٨.

[3] دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص١٧٦، والمراجع المشار إليه في نفس الصفحة.

ملخص عن الباب الأول

تناولنا في هذه الدراسة في الباب الأول منها المعنون " الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية " وبدأنا في التمهيد بنطاقها والتعريف بها والمبادئ العامة في تحديد الإختصاص القضائي الدولى ، وما مدى التزام القاضي بتطبيقها أو موقف القضاء المصري منها ، ثم عرضنا لضوابط الإختصاص القضائي الدولى للمحاكم المصرية الواردة في قانون المرافعات الحالى الصادر سنة ١٩٦٨م ، حيث نص المشرع في المادة ٢٨ على ضابط جنسية المدعى عليه المصري ، وضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته في المادة ٢٩ ، وقد استثني المشرع في المادتين ٢٨ ، ٢٩ الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج من إختصاص القضاء المصري وأخضعها لمحكمة موقع العقار ، وذلك للإعتراف لمحكمة موقع العقار بالإختصاص من شأنه تحقيق مبدأ قوة الفعالية والنفاذ الذي ينبغى أن تتمتع به الأحكام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية .

كما نص المشرع المصري علي ضابط ثالث مبنى علي مركز أطراف الدعوى في المادة ٣٢ وهو قبول الأطراف ولاية القضاء المصري عن طريق الإتفاق بين أطراف المنازعة الأجنبية على عرض النزاع على القضاء المصري .

كذلك من أهم المواضيع في نظرية الإختصاص القضائي ، الإختصاص المبنى علي نوعية الدعوي ونقابله في الدعاوي المتعلقة بالزواج والنفقات وبالنسب والولاية على النفس ، وكذلك الدعاوي المتعلقة بالإلتزامات ، والدعاوى المتعلقة بالمعاملات المالية ، والدعاوى المتعلقة بالإفلاس ، كما تعرضنا لضوابط الإختصاص المراعى فيه حسن أداء العدالة وفن تنظيم الخصومة .

وقد سعينا جاهدين من خلال هذه الدراسة في الفصل الثاني من هذا الباب أن نعرض لأهم الدفوع المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولى وهي الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام

محكمة أجنبية وشروطها وموقف الفقه والقضاء منه ، والوضع في القانون المصري ، كما عرضنا الدفع بعدم قبول الدعوى (الحصانة القضائية) والتنازل عن الحصانة وأثره .

الباب الثاني

تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر

٩٦- من المستقر عليه أن صدور الحكم من المحكمة المختصة هو ثمرة الدعوى ولا جدوى من صدور حكم مجرد من كل قيمة، والأمر في الواقع العملي متناقض حتي بالنسبة للأحكام الداخلية التي تصدر من القضاء الوطني ويراد تنفيذها في الإقليم الداخلي، لأن صدور حكم لصالح المدعى يقوي حقه ويدعمه طالما حاز هذا الحكم حجيه الشيء المحكوم به، ولكن الوضع في القانون الدولي الخاص يختلف لأن الذي يهمنا هنا هو أ، نحدد آثار الأحكام الأجنبية في مصر، والواقع أن المشرع المصري قد عمد تنظيمه لمسائل تنفيذ الأحكام الأجنبي في مصر إلي التوفيق بين مبدأين هما: حاجه المعاملات الدولية المنطوية علي عنصر أجنبي عبر الحدود من ناحية، وسيادة الدولة علي إقليمها من ناحية أخري، وتوفيقًا بين هذين المبدأين لم يشأ المشرع المصري أن يعترف بالحكم الأجنبي بصفة مطلقة وينزله منزله الحكم الوطني، كما أنه لا ينكر عليه في نفس الوقت كل قيمة، وإنما توسط بين هذين المبدأين فسمح بتنفيذ الحكم الأجنبي مع وجود رقابة فعلية عليه، وضرورة توافر مجموعة من الشروط الخارجية، الغرض منها في نهاية الأمر التحقق أن الحكم الأجنبي صادر من محكمة مختصة وعدم مساس الحكم بالنظام القانوني المصري وكفالة حقوق الدفاع للفرقاء ، ونظراً لأهمية هذا الموضوع ومرجع ذلك أن ظروف الدعاوى المنطوية علي عنصر أجنبي كثير ما تستدعى تنفيذ الحكم خارج الدولة التى صدر فيها ، ولأن الحكم الأجنبي صادر من سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقاً للنظام القانوني السائد في دولة معينة ، مما يعنى أن الحكم الأجنبي يشمل الأحكام القضائية والأحكام التي تصدرها هيئات إدارية أو دينية وكذلك السندات الرسمية وأحكام المحكمين الأجنبية ([1]) .

لقد عالج المشرع المصري مسألة آثار الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٦٨ في المواد من (٢٩٦ حتي ٣٠١) وعلي ذلك ونحن بصدد دراسة آثار الأحكام الأجنبية نقسم هذا الموضوع إلي ثلاثة فصول علي النحو التالي:

الفصل الأول: نخصصه لأنظمة تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون المقارن والقانون المصري.

[1] للمزيد راجع : د/ على باشا : إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٨ ، ص ٩ وما يليها .

الفصل الثاني: نعالج فيه شروط الأمر بالتنفيذ.

الفصل الثالث: نخصصه لدعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ، وفيما يلى نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

الفصل الأول

أنظمة تنفيذ الأحكام الأجنبية

٩٧- تقتضي اعتبارات الملائمة في محيط المجتمع الدولة التوفيق بين اعتبارين حاجه المعاملات الدولية وعدم إجحاف الدولة بالحكم الأجنبي وإهداره بالكلية، وسيادة الدولة علي إقليمها وعدم فتح أبوابها لتنفيذ الأحكام الأجنبية دون قيد أو شرط، ولذلك كل دولة تضع من الشروط ما تحقق هذه الموائمة، وفي هذا الشأن توجد ثلاث أنظمة لاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، نظام الدعوى الجديدة "مبحث أول" ونظام المراقبة "مبحث ثاني" ومبدأ المعاملة بالمثل "مبحث ثالث" وفيما يلي نقوم ببحث كل نظام من هذه الأنظمة فيما يلي:

المبحث الأول

نظام الدعوى الجديدة

٩٨- يسود هذا النظام في القانون الإنجليزي والأنظمة القانونية المتأثرة به كالدول الأنجلو أمريكية ويقصد به أن صاحب المصلحة يرفع دعوى جديدة للمحكمة المختصة يطلب فيها الأمر بالتنفيذ وعلي القاضي أن يراجع موضوع الحكم، والمراجعة هنا لن تكون مجرد إجراء القصد منه المحافظة علي متطلبات سيادة الدولة محل التنفيذ، بل هو حجة في يد القاضي ومن صدر الحكم الأجنبي في غير صالحه، فهذا الأخير يمكن أن يتعرض للموضوع من جديد كما لو كان الأمر يتعلق بالدعوى الأصلية التي فصل فيها الحكم الأجنبي، ويمكن لقاضي التنفيذ قبول طلبات جديدة لم يتم تقديمها لدي محاكم الدولة التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه، ولا يتقيد القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي بالنتيجة التي توصل إليها الحكم الصادر من الدولة الأجنبية، مما يعني أن الحكم الأجنبي لا يعد سوي دليلًا قاطعًا في الدعوي، وأن الحكم الصادر من المحاكم الوطنية هو القابل للتنفيذ([1]).

ويثور التساؤل هو ما إذا كان الحكم الأجنبي بوصفه دليلًا قاطعًا أو حاسمًا في ظل نظام الدعوي الجديدة بدون معارضة؟

---

[1] د/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص١٨٨.

قطعًا ستكون الإجابة بالنفي علي هذا التساؤل علي أساس أنه لكي يتم الاعتداد بالحكم الأجنبي كدليل قاطع أو حاسم في ثبوت الحق المطالب به فإنه يلزم أن يتوافر في هذا الحكم عدة شروط تخضع جميعها لمراقبة سلطان ذلك القاضي، إذ يجب أن يكون الحكم نهائيًا حازًا لقوة الأمر المقضي به أو صادرًا من محكمة مختصة دوليًا، كما يلزم ألا يصطدم الحكم الأجنبي بالمبادي الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي وألا يكون الحكم الأجنبي صدر بناء علي أقوال كاذبة وغش([1]) ([2]).

وعلي سبيل المثال فالحكم الصادر في الإقليم المصري بالتطليق أو فسخ عقد الزواج بين مصري وفرنسية لا يحتج به في فرنسا في ظل نظام الدعوى الجديدة كي تتمكن الزوجة من الزواج بآخر من جديد، بل يتعين علي الزوجة أن ترفع دعوى جديدة أمام المحاكم الفرنسية تطالب بفسخ العقد أو التطليق([3]).

وعلي هذا أصدرت محكمة استئناف باريس حكمها بتاريخ ٢١ أكتوبر ١٩٥٥ انتقدت فيه المحكمة نظام الدعوى الجديدة أو نظام المراجعة([4]).

٩٩- ويمكن بلورة دعائم نظام الدعوى الجديدة أو نظام المراجعة في أمرين:

١- أنه ينظر إلي الحكم الأجنبي المقدم كدليل بوصفه دليلًا حاسمًا لا يقبل إثبات العكس حتي ولو كان الحكم يشوبه عيبًا في الواقع أو خطأ في القانون.
٢- أن القاضي الإنجليزي بوصفه النظام السائد في إنجلترا والأنظمة القانونية التي حازت حذوها، لا يقبل الحكم بوصفه دليلًا لا يقبل إثبات العكس إلا إذا توافرت فيه مجموعة من الشروط أبرزها: أن يكون الحكم صادر من محكمة مختصة دوليًا وأن يكون حائز لقوة الأمر المقضي به وألا يكون صدر بناء علي غش وألا ينطوي علي مخالفة للنظام العام([5]).

المبحث الثاني

نظام المراقبة

---

[1] انظر أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول – الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، طبعة ١٩٩٦ ص ٢٠٠.

[2] انظر دكتور/ عوض الله شبيه الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، طبعة ٢٠٠١، ص٥٩٣.

[3] راجع دكتور/ أشرف وفا: الوسيط في القانون الدولي الخاص. ط الأولي ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ٧٢٢.

[4] هذا الحكم مشار إليه عند الدكتور/ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٨٤٨.

[5] راجع دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص١٩٠، والمراجع المشار إليها في نفس الصفحة في الهامش رقم٢،١.

١٠٠- وهو ما يطلق عليه المراجعة الشكلية للحكم، وفي خصوص الحكم الأجنبي ينحصر دور القاضي في التحقق من الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي من الناحية الدولية، دون أن يتعرض للموضوع الذي فصل فيه أي موضوع النزاع، ويتأكد أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في الإقليم الوطني تتوافر فيه شروط صحته من حيث أنه صدر من محكمة مختصة دوليًا، وسلامة الإجراءات، وعدم تعارضه مع النظام العام في مجتمع بلد القاضي، وأنه لا ينطوي علي غش.

وعلي هذا يكون غرض نظام الرقابة هو البحث عن حل وسط يوفق بين اعتبارات سيادة الدولة ومقتضيات التعاون القانوني الدولي، كما يهدف إلي "عدم الرفض الآلي لفعالية الأحكام الأجنبية"([1]) إذ كانت هناك وجهات نظر متباينة بين الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي والدولة المراد التنفيذ علي إقليمها.

ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في ٧ يناير ١٩٦٤ في قضية MUNZER إلي اعتناق نظام المراقبة، وقد أوضحت المحكمة وجهة نظرها فقالت "أنه يتعين علي القاضي الفرنسي المطلوب إليه إعطاء الأمر بالتنفيذ أن يتيقن من توافر هذه الشروط فمثل هذا التيقن من موضوع الأمر بالتنفيذ، فيه الكفاية لحماية النظام القانوني الفرنسي والمصالح الفرنسية، مع غير عوز اللجوء إلي نظام المراجعة([2]).

وعلي هذا النهج تسير أحدث أحكام القضاء الفرنسي حتي عام ٢٠٠٠، ويؤيدها ويجمع عليه الفقه الفرنسي حتي قبل صدور حكم النقض لسنة ١٩٦٤([3]).

١٠١- ويمكن القول بلا تردد أن المشرع المصري يأخذ بنظام الرقابة، لأنه وضع مجموعة من الشرائط لتنفيذ الحكم الأجنبي في المادة (٢٩٧) مرافعات يلزم القاضي المصري التحقق من وجودها قبل أن يأمر بتنفيذ الحكم ، وتجدر الإشارة أن الاتفاقية الدولية بين الحكومة المصرية والفرنسية المبرمة في ١٩٨٢/٣/١٥ والنافذة في ٧ أغسطس عام ١٩٨٣ حول التعاون القضائي في المواد المدنية وتشمل الأحوال الشخصية والمواد الاجتماعية والتجارية والإدارية تأخذ بنظام الرقابة حيث تنص في المادة (٢/٣٠) علي أن "تتولي الجهة القضائية المطلوب إليها لتنفيذ التحقق من استيفاء الحكم للشروط (المقررة)

---

[1] دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٦٠٩.

[2] مشار إليه عند الدكتور. عكاشة عبد العال. ص١٩٤، والهامش رقم ٢.

[3] باتيفول ولاجارد. بند ٧٢٩. مايير بند ٣٤٣. هولو: رسالة بند ٢١٩.

دون التعرض لفحص موضوع الحكم"، كذلك تأخذ بهذا النظام اتفاقية الرياض المبرمة بين دول الجامعة العربية في ٤ إبريل ١٩٨٣ في المادة (٣٢) منها.

المبحث الثالث

نظام التبادل أو المعاملة بالمثل

١٠٢- هذا النظام يعد شرطًا أقحمه المشرع المصري علي القاضي الوطني المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يثبت من وجود شرط التبادل أو المعاملة بالمثل، فقد نصت المادة (٢٩٦) من قانون المرافعات علي أن "**الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه**".

ومقتضي نظام المعاملة بالمثل أو القاضي المصري يعلق تنفيذ الحكم الأجنبي علي شرط مبدئي هو شرط التبادل، أي أن القاضي المصري يتأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم محل دعوى الأمر بالتنفيذ يقبل تنفيذ الأحكام الأجنبية بذات القدر وفي ذات الحدود، فالحكم الأجنبي يلقي في مصر ذات المعاملة التي يلقاها الحكم الوطني في الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم محل دعوى الأمر بالتنفيذ.

١٠٣- ويترتب علي مبدأ التبادل أو المعاملة بالمثل أنه إذا كانت المحاكم الأجنبية تتطلب من صدر لصالحه حكم من القضاء المصري ضرورة رفع دعوى مبتدأه موضوعها الحق أو المركز القانوني الذي فصل فيه الحكم، فإن علي القاضي المصري أن يمتنع عن الأمر بتنفيذ الحكم، ويكون علي المحكوم له أن يلجأ إلي الطريق العادي لطلب الحماية القضائية، أي يرفع دعوى مبتدأه أمام المحاكم المصرية يطلب الحماية القضائية، وكذلك إذا كانت المحاكم الأجنبية تعتبر الحكم المصري دليل قاطع أو دليل بسيط، كان علي القاضي المصري أن يطلب أو يتمسك بنفس الشروط أو بنفس الإجراءات أو بمعني آخر أن يبحث القاضي المصري نوع المعاملة التي يلقاها الحكم المصري خارج حدود الإقليم المصري.

وتجدر الإشارة أن نظام التبادل تأخذ به عدة أنظمة وليس مقصورًا علي النظام القانوني المصري، فلقد أخذت بها إنجلترا في القانون رقم ١٣ إبريل ١٩٣٣، وكذلك القانون الإسباني (م٩٥٢-٩٥٣ مرافعات) والقانون التونسي (م٣١٩ مرافعات) والقانون الدولي الخاص الروماني النافذ عام ١٩٢٢ (المادة ١٦٧).

١٠٤- وهناك عدة صور يتحقق فيها نظام التبادل أو المعاملة بالمثل في تنفيذ الحكم الأجنبي، فقد يتقرر هذا النظام دبلوماسيًا في صورة شرط تبادلي يتم إدراجه في معاهدة دولية تلتزم بمقتضاها الدول

المتعاهدة، وقد يكون هذا النظام تشريعًا بمعني كما أوضحنا سابقًا أن الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها تعلق ذلك أن يتضمن تشريع هذه الدولة ما ينطوي علي السماح بتنفيذه أحكامها، وقد يتقرر بصورة فعلية وواقعية، يجري الواقع العملي بين دولتين علي مبدأ التبادل .

١٠٥- ونعتقد أن المشرع المصري والأنظمة القانونية المقارنة التي أخذت بنظام التبادل ليس بالنظام المقبول في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، فهذا الشرط أو هذا النظام ذوو طبيعة سياسية غير مقبول في ميدان تنظيم العلاقات الخاصة الدولية عبر الحدود، ولقد انتقد غالبية الفقه المصري[١] هذا النظام لأنه يضر بصورة واضحة بانتقال الأفراد والسلع عبر الحدود ونمو العلاقات التجارية وجذب الاستثمارات الأجنبي، ويضر بحقوق الوطنيين والأجانب في نفس الوقت، لأن مبدأ التبادل يعتمد بصفة أساسية وبحد كبير علي اعتبارات الملائمة السياسية، وهذا من شأنه أن يضع الحقوق أو المراكز القانونية الخاصة الدولية، ويناقض الهدف الذي يريد تحقيقه القانون الدولي الخاص وهو تأمين وتنمية واستقرار الروابط والمراكز القانونية الخاصة الدولية.

ولا عيب في العدول عن نظام التبادل بخصوص تنفيذ الأحكام يبدو ضروريًا، والرجوع إلي النظام القديم الذي يهدر كل قيمة حقيقة للحكم الأجنبي وهو نظام المراجعة، إذ كانت هناك بعض القوانين تأخذ به([٢]).

ويجمع الفقه الفرنسي الحديث عن عدم الأخذ بنظام التبادل أو المعاملة بالمثل في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الفصل الثاني

شروط الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي

١٠٦- عالجت المادة (٢٩٦، ٢٩٨ مرافعات مصر) الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي حتي يتم الاعتراف به ويصدر الأمر بتنفيذه في الإقليم المصري وهذه الشروط هي أن يصدر الحكم من محكمة مختصة، وأن تكون إجراءات الحكم القضائية صحيحة، وأن يكون الحكم الأجنبي حائزًا لقوة الأمر

---

[١] انظر في الفقه المصري الدكتور/ عز الدين عبد الله: ص ٨٩٤ ومايليها، دكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: ص٣٩٣، دكتور/ هشام علي صادق: ص ٢٠٥ وما يليها، دكتور/ عكاشة عبد العال: ص٢٠٢، دكتور أحمد عبد الكريم: ص ٦١٢، وما بعدها، دكتور/ أحمد قسمت الجداوي: ص ٢٠١، دكتور/ أشرف وفا: الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط ٢٠٠٩، ص ٧٤٢، وما يليها.

[٢] انظر دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص٦١٣، وما يليها.

المقضي به وفقًا لقانون المحكمة التي أُصدرته، ويلزم عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع حكم أو أمر سبق صدوره عن المحاكم المصرية أو يلزم أيضًا عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع النظام العام المصري وفيما يلي نقوم بعرض محتوي كل شرط من شروط الأمر بالتنفيذ أي تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مبحث مستقل وذلك في الصفحات التالية:

المبحث الأول

شرط صدور الحكم من محكمة مختصة

١٠٧- يعد هذا الشرط من الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم تنفيذاً جبريًا ووفقًا لنص المادة (٢٩٨) الفقرة الأولي مرافعات مصري يلزم أن يكون الحكم الأجنبي المراد الاعتراف به وتنفذه في الإقليم المصري صادرًا من هيئة قضائية مختصة من الوجهة الدولية .

لكن السؤال ما هو القانون الذي يجب الرجوع إليه لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية؟ تصدي المشرع المصري للإجابة علي هذا السؤال أن العبرة في تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية هي بأحكام القانون الأجنبي في الدولة التي صدر الحكم من محاكمها، ويؤيد ذلك أيضًا حكم المادة (٢٢) من القانون المدني المصري التي تقرر أنه "**يسري علي قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات**".

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الشرط في حكمها الصادر في ٢ يوليو ١٩٦٤ وقررت العبرة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي بأحكام القانون الأجنبي، وكان ذلك الأمر يتعلق بتنفيذ حكم في مصر من المحاكم الأردنية، وكان اختصاص تلك المحاكم يقوم علي أساس كون المحكمة الأردنية "محكمة بداية القدس" محل إبرام العقد ومحل تنفيذه، وكذلك أيدت محكمة النقض في حكم آخر بعد ٢٦ عامًا نفس المبدأ صادر في ٢٧ فبراير ١٩٩٠ قضت بأنه "يشترط ضمن ما يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة بإصداره وأن تحديد هذا الاختصاص وإنما يكون وفقًا لقانون الدولة التي صدرت فيها الحكم([1]).

[1] انظر دكتور/ عكاشة أحمد عبد العال: المرجع السابق، ص ٢١٦، ومايليها وهو يشير سيادته إلي الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية الذي يعتمد بخصوص الشرط محل البحث علي وجود رابطة مميزة ما بين المنازعة والمحكمة التي أصدرت الحكم في حكمها الصادر في ٦ فبراير ١٩٨٥ في قضية Simith.

١٠٨- نخلص من ذلك بخصوص الشق الأول من نص المادة (١/٢٩٨) مرافعات أنه إذا اتضح أن المحكمة الأجنبية بنظر النزاع مختصة فإنه يأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها متي توافرت الشروط اللازمة الأخرى لتنفيذ الحكم الأجنبي([1]).

ولا يكفي أن يكون الحكم الأجنبي صدر من محكمة مختصة دوليًا ولكن يلزم كذلك عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة الصادر فيها الحكم _المادة ١/٢٩٨) مرافعات وبناء علي ذلك إذا لم تكن المحاكم المصرية مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، يجب علي القاضي المصري أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وتمهيره بالصيغة التنفيذية([2]) ، وقد أراد المشرع بوضع هذا حماية حالات الاختصاص القضائي الدولي للقضاء المصري من أن يتم التعدي عليها بواسطة قضاء أجنبي لدولة أو دول أخري، وذلك تأسيسًا علي أن هذه الحالات تمثل الحد الأدنى من الاختصاص القاصر والمحجوز للقضاء المصري في إطار الجماعة الدولية لا يقبل أن يتنقص منه المحاكم الأجنبية التابعة لدول أخري[3]، وأن اعتبارات الملائمة تقتضي تنفيذ الحكم الأجنبي استثناء([4])، إذا كان الحكم الأجنبي طبق حكم القانون المصري، وبلغت ذات النتيجة التي كان القضاء المصري سيصل إليها.

المبحث الثاني

شرط صحة الإجراءات القضائية

١٠٩- نصت علي هذا الشرط المادة (٢٩٨) الفقرة الثانية من قانون المرافعات علي أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي ..... ٢- **أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلًا صحيحًا**" والحقيقة أن إيراد النص علي هذا النحو لا يعبر عن حقيقة الشرط وهو صحة الإجراءات القضائية المتبعة في إصداره، فالمشرع قد قصد من وراء إيراد هذا النص أن الإجراءات التي تم بناء الحكم الأجنبي عليها صحيحة وسليمة وأن تكون حقوق الدفاع قد تم مراعاتها، ومع ذلك فإن صياغة النص قاصرة علي شمول هذا القصد لأنه قد يكون هناك نقص أو عيب يشوب أحد

---

[1] دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٦٢١ وما بعدها.

[2] دكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢١٧.

[3] د/ عوض الله شبيه الحمد السيد: المرجع السابق، ص ٦٠٢.

[4] دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق.

الأعمال الإجرائية للخصومة القضائية[1] كأن يكون مبدأ حرية الدفاع لم يحترم، أو أن الخصم القاصر أو عديم التمييز لم يتم تمثيله علي النحو القانوني([2]).

بالإضافي إلي ما تقدم يلزم توافر الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي وأن يكون قابلًا للتنفيذ في الدولة التي صدر فيها، وتأسيسًا علي ذلك لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان قد سقط أو تقادم بمضي المدة، ولا جناح علي القاضي الذي ينظر الأمر بالتنفيذ أن يكشف من تلقاء نفسه عن هذا السقوط أو التقادم.

١١٠- ويترتب علي عدم توافر شرط صحة الإجراءات القضائية لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن هذا الشرط وشرط إعلان الخصوم إعلانًا صحيحًا، هو ما يلزم التحقق منهم وأنهم متوافرين في الحكم الأجنبي قبل أن يصدر الأمر بتذيله بالصيغة التنفيذية عملًا بالفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) قانون المرافعات المصري.

وتنص التشريعات المقارنة علي شرط صحة الإجراءات القضائية مثل القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ (م٣٨ د) والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ (م ٢/٢٧ – أ، ب) والقانون الدولي الخاص الروسي لعام ١٩٦٣ (م٥٥ / ب من اتفاقية الدول المستقلة)، وأخذت به اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، (م ٣٠/ب، ج) وأيضًا الاتفاقية المصرية الفرنسية لعام ١٩٨٢ (م٢٥/ ٣).

إذا كان القانون المصري والقضاء المصري والفرنسي (حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية MUNZER والصادر في ٧ يناير ١٩٦٤، يلزم توافر شرط صحة الإجراءات القضائية في الحكم الأجنبي كشرط لتنفيذه، إلا أن بعض الفقه الفرنسي[3] لم يأخذ بهذا الشرط – بصفته تلك – فائدة من الناحية العملية علي أساس يمكن الاستعاضة عن ذلك أن يكون الحكم حائزًا لقوة الشيء المقضي به.

المبحث الثالث

شرط حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي به

١١١- يشترط كذلك لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر وفقًا بنص المادة (٢٩٨) الفقرة الثالثة أن يجوز قوة المقضي به طبقًا لقانون المحكمة التي أصدرته، وتنص العديد من القوانين المقارنة علي هذا الشرط كما

---

[1] رادع في ذلك دكتور/ عكاشة عبد العال: ص٢٦٠ ومايليها.

[2] راجع في ذلك دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: ص ٦٣٣، وما يليها.

[3] راجع في ذلك فرانسيسكا كيس وجاك لوكا ومدام ويزر. موسوعة القانون الدولي تحت الحكم الأجنبي (مسائل مدنية وتجارية) بند ٢٣٥.

هو الحال في القانون الإيطالي والألماني، علي العكس أن هناك قوانين لا تأخذ بهذا الشرط كالقانون الإنجليزي والفرنسي وتقلل تنفيذ الحكم الأجنبي حتي ولو كان الحكم غير نهائي ويقبل الطعن فيه أمام محاكم الدرجات الأعلى.

ومفاد هذا الشرط أنه يجب أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه أن يكون نهائيًا أي لا يقبل الطعن عليه بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف، ويبنى علي ذلك يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ولو كانت تقبل الطعن فيه بطريق غير عادى كالتماس إعادة النظر أو النقض([1]).

ولا شك أن المشرع المصري قد وفق حين تطلب هذا الشرط ، أما الحكم الذي يقبل تنفيذه هو الحكم النهائي، الذي يتوافر فيه قدر من الاستقرار والثبات في الدولة التي أُصدرته، علاوة علي ذلك أن الحكم النهائي يضمن جدية – فوق ما تقدم – جدية خصومات التنفيذ.

وطبقًا لهذا الشرط أنه لا يكون قابلًا للتنفيذ الأحكام غير القطعية أي التي تقبل الطعن فيها بالطرق العادية لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي به، كما أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المشمولة بالنفاذ المعجل، والأحكام الوقتية الأجنبية وذلك لأنه حكم غير مستقر وتفاديًا لحدوث مفاجآت فيما بعد تترتب علي احتمال تعديله أو إلغائه([2]).

١١٢- وتطبيقًا لذلك قضت محكمة الإسكندرية المختلطة في حكمها الصادر في ٣٠ مايو ١٩٢١ بأن الحكم الصادر من محكمة قنصلية في بلاد الحبشة والمطعون فيه بالاستئناف لا يجوز الأمر بتنفيذه في مصر ولو كان مشمول بالنفاذ المعجل([3]).

وتجدر الإشارة بخصوص هذا الشرط أخيرًا أنه يجب وفقًا لنص المادة (٢٩٨) الفقرة الثالثة أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر أن يكون حائزًا لقوة الأمر المقضي به وفقًا للقانون الإجرائي الأجنبي، ولا شك أن هذا الحل الذي اعتنقه المشرع المصري يكفل تحقيق الأمان القانوني والإستقرار للمعاملات الخاصة الدولية عبر الحدود، وعدم الإخلال بتوقعات الأفراد، وتحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المتباينة والمختلفة ، وتحقيق العدالة للمعاملات الخاصة للأفراد الدولية، ويبث روح الطمأنينة في الأفراد، ويعمل علي انتقال الأفراد ورؤوس الأموال عبر الحدود، وتشجع الأفراد علي إبرام العقود

---

[1] انظر دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص٩١٧، دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٦٥، دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٦٣٨ وما يليها

[2] حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ١٤ ديسمبر ١٨٩٨ مجلة التشريع والاقتصاد س ١١، ص ٤٥.

[3] انظر هذا الحكم مشار إليه عند دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، هامش ص ٩١٧.

المنطوية علي العنصر الأجنبي، وعلي ذلك فإذا صدر الحكم الأجنبي وكان حائزًا لقوة الأمر المقضي به يجوز تنفيذه في الدولة التي صدر عنها، فلا يلزم عند طلب تنفيذه في الخارج أن يجرد من تلك الصفة حسب قانون المحكمة التي تنظر دعوى الأمر بالتنفيذ.

المبحث الرابع

شرط ألا يتعارض الحكم أو الأمر الأجنبي

مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم المصرية

١١٣- نصت علي هذا الشرط المادة (٢٩٨) الفقرة الرابعة بقولها أنه "**لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي ... ٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية**".

من الشروط الجوهرية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي عدم تعارضه مع حكم آخر سبق صدوره من المحاكم المصرية ، ومضمون هذا الشرط أن الحكم المصري له أفضلية وعنوان للحقيقة وكذلك عنوان لأداء العدالة ومركز الصحة ولا يجوز للقاضي المصري أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التأكد من أنه لا يتعارض مع حكم صادر من المحاكم المصري ويشترط أن يكون حكم قطعي وحائز لحجية الأمر المقضي به، وفي حالة التعارض بين الحكم الأجنبي والحكم المصري يتم تغليب الحكم المصري وذلك ضمانًا لاحترام سيادة القانون وكذلك احترام الأحكام الوطنية[١].

١١٣- يذهب فريق من الفقه([٢]) أنه يتعين اشتراط شرط إضافي لهذا الشرط يتطلب أن تكون هناك دعوى قائمة أمام المحاكم المصرية المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي، ولو قامت تلك الخصومة بعد صدور الحكم الأجنبي، ويبدو أن بعض الأنظمة القانونية اشترطت هذا الشرط كالقانون الإيطالي والمجري والفرنسي.

ونحن لا نؤيد الرأي السابق ونري مع البعض الآخر من الفقه([٣]) يلا يمكن التسليم بهذا القول بأنه فيه مجافاة لمنطق الأمور، ويفتح الباب للتحايل علي القانون، وأننا لا ننفذ الحكم الأجنبي إلا بعد التأكد من جدية الحكم وتوافر شروطه وتحقيقه للعدالة وأنه عنوان للحقيقة، ولهذا فإن ما يمنع تنفيذ الحكم الأجنبي

---

[١] انظر أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢١٩.

[٢] انظر د/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص٩١٩، الدكتور/ محمد كمال فهمي: ص٦٨٢ – ٦٨٣.

[٣] انظر دكتور/ هشام علي صادق: بالاشتراك مع الدكتور، حفيظة الحداد. المرجع السابق، ص١٧٣٠.

الصادر لمصلحة الطرف الآخر، هو صدور حكم من المحاكم المصرية يتعارض مع الحكم الأجنبي وليس مجرد رفع دعوى أمام القضاء المصري، وتجدر الإشارة أخيرًا بخصوص هذا الشرط أن هناك كثير من القوانين المقارنة تأخذ به مثل القانون الألماني (م٣/٢٣٨) منه، القانون السويسري (م٢٧) منه حيث يشترطان عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية إذا كانت متعارضة مع حكم أجنبي آخر سابق عليه في الصدور، وتتوافر فيه كافة الشروط التي تجعله قابلًا للتنفيذ[١].

المبحث الخامس

شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في مصر

١١٤- نصت علي هذا الشرط المادة (٤/٢٩٨) حيث قررت أنه "**لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التأكد مما يأتي ... ٤- ... أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها**".

يعد هذا الشرط من الشروط الجوهرية تنفيذ الحكم الأجنبي في الإقليم المصري ، وتكاد تجمع غالبية التشريعات المقارنة علي النص في قوانينها علي هذا الشرط، وحتي في حالة عدم النص يؤكد القضاء ضرورة الأخذ بهذا الشرط في حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ٧ يناير ١٩٦٤ في قضية MUNZER ويؤيده في ذلك الفقه الفرنسي.

وقد ذكرنا عند دراستنا لدراسة الدفع بالنظام العام في نظرية تنازع القوانين، وأن النظام العام لعب دورًا هامًا، وتطبيقها يثير مشاكل عدة ولا يوجد تعريف محدد ومنضبط له، وأنه يعد بمثابة أمان للقانون الوطني وبواسطته يمكن استبعاد القانون الأجنبي علي العلاقة محل النزاع، التي أشارت إليه قواعد التنازع الوطنية، في كل مرة يتضح فيها أن مضمون القانون الأجنبي يصطدم ويتعارض مع المبادئ الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في دولة القاضي الذي ينظر الدعوى، أما وظيفة النظام العام في مادة الإجراءات المدنية والتجارية هي الحيلولة دون صدر أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، الذي يبدو مخالفًا – سواء من حيث مضمون ما قضي به أو من حيث إجراءات الدعوى التي اتبعت في إصدار الحكم – مع الأسس الذاتية المتعارف عليها في الدول المراد التنفيذ أي الحكم الأجنبي فيها.

[١] انظر دكتور/ هشام علي صادق: بالاشتراك مع الدكتور، حفيظة الحداد. المرجع السابق، ص١٧٣.

وقد نص كذلك علي هذا الشرط بخصوص أوامر التحكيم قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة (٢/٥٨/ب) علي أنه "**لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقًا لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية**".

١١٥- وتطبيقًا لذلك يعد مخالفًا للنظام العام ويرفض الأمر بتنفيذه في مصر، الحكم الأجنبي الصادر ضد زوجة مسلمة يلزمها بالطاعة والعودة إلي منزل زوجها غير المسلم أو زوجها المسلم الذي تزوجها زواج متعة في الخارج، أو الحكم الصادر بالإيصاء للتركة كلها إلي الموصي له كان من غير الممكن تنفيذ هذا الحكم في مصر إذا كان الورثة من المسلمين، وذلك لتعارضه مع النظام العام في مصر ، وكذلك الحكم الأجنبي الصادر في عقد دولي علي أساس الدفع بالذهب ، وكذلك الحكم الصادر الأجنبي إذا تضمن مثلاً إعمال فكرة التفرقة العنصرية .

١١٦- انعدام تسبيب الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر لا يتعارض مع النظام العام، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الحل في حكم لها صادر في ٦ مايو ١٩٦٩ بخصوص تنفيذ حكم صادر من المحاكم السودانية بدون تسبيب ورفضت الطعن، وقررت محكمة النقض أن الحكم السوداني يمكن تنفيذه في مصر علي الرغم من عدم اشتماله علي الأسباب علي الرغم من أن قانون المرافعات المصري يشترط تسبيب الحكم ويقرر البطلان في حالة عدم التسبيب، (المادة ٣٤٧ منه) طالما أن قانون المرافعات السوداني الذي يحكم إجراءات الدعوى التي صدر فيها الحكم لا يفرض التسبيب، وأن المادة (٣٤٧) من قانون المرافعات المصري والتي توجب التسبيب تتعلق بالأحكام التي تصدر في مصر، طالما أنه لم يثبت أن تبادل الأحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة[١].

الفصل الثالث

دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر

أولًا: إجراءات رفع الدعوى والمحكمة المختصة:

من يرغب في تنفيذ حكم أجنبي في مصر ، عليه أن يحصل من القضاء المصري على أمر بتنفيذه ، وفي ذلك تنص المادة (٢٩٧) من قانون المرافعات علي أنه "**يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلي المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى**". الطريق المعتاد لرفع

[١] انظر في هذا الحكم مشار إليه في دكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص٦٤٦.

الدعوى يتم وفقًا يتم بورقة تسمي صحيفة افتتاح تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ما لم ينص القانون علي غير ذلك([1])، ومن هذا النص ينضح أن الأمر بالتنفيذ ترفع أمام المحكمة الابتدائية، وهذا هو الطريق الواجب الإتباع لصدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، ونتنج الدعوى كافة آثارها القانونية من وقت إيداع صحيفتها قلم الكتاب، وذلك يفضي عن درجة المحكمة الصادرة منها الحكم الأجنبي الذي يراد تنفيذه، فالأمر لا يختلف في حالة صدور الأحكام من محكمة جزئية أو من محكمة ابتدائية أو من محكمة الاستئناف، وكذلك بغض النظر عن طبيعة المنازعة التي فصل فيها الحكم الأجنبي مدنية أو تجارية.

١١٨- وتعد دعوى الأمر بالتنفيذ مرفوعة بمجرد إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة، ويتم قيدها وإعلانها للخصوم عن طريق قام كتاب المحضرين، ويتم تحديد ميعاد جلسة لنظرها، ويتم تحقيقها وفقًا للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات الداخلية، وتسرى علي هذا الشأن الأحكام المتعلقة بعلانية الجلسات، وكفالة حقوق الدفاع التي تعوق تنفيذ الحكم الأجنبي، كأن يدفع المدعي عليه أن الحكم غير حائز لقوة الأمر المقضي به، أو أن الخصومة سقطت بالتقادم أو الترك، وأن الحكم الصادر في خصومة التنفيذ يخضع للقواعد العامة للطعن في قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر([2]).

ثانيًا: موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ:

١١٩- هو الحكم الأجنبي المراد تنفيذه وليس النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، لذلك فإن عبء الإثبات يقتصر علي توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي من عدمه، وعلي هذا فإن سلطة محكمة التنفيذ لا تخرج عن أنها تأمر بالتنفيذ أو لا تأمر وتقف سلطتها عند هذا الحد، فهي لا تملك أن تغير أو تعدل الحكم الأجنبي تحت أي ظرف من الظروف[3].

ويترتب علي ما تقدم آثار هامة:

أ- من حيث النطاق الموضوعي للخصومة أن دعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى مبتدأه والفقه والقضاء في فرنسا[4] ومصر([1]) مستقران علي ذلك وأنه لا يجوز للمدعي عليه تقديم طلبات جديدة أو إضافية أمام

---

[1] انظر دكتور/ محمد كمال فهمي: المردع السابق، ص ٦٢٦، حيث يري سيادته أن رفع دعوى الأمر بالتنفيذ يتم بطريق التكليف بالحضور أمام المحكمة.

[2] انظر دكتور/ عكاشة عبد العال: ص٢٨٩.

[3] انظر دكتور/ أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٦٤٩.

[4] انظر باتيفول ولاجارد. المرجع السابق ، بند ٧٣١ ص ٥٠٥، مايير. المرجع السابق. بند ٣٩٩ – ٤٠٠، ص٣٠٥.

محكمة التنفيذ، ومع ذلك يجوز للمدعي عليه أن يقدم سائر الطلبات التي يكون موضوعها مراقبة مشروعية الحكم الأجنبي موضوع خصومة الأمر بالتنفيذ، أو إبداء أوجه دفاع جديدة يكون الهدف من ورائها تجريد الحكم من قوته التنفيذية أو أن الحكم انقضي بالسقوط أو التقادم.

نخلص من ذلك أن النطاق الموضوعي لدعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي، وأنه عمل لقبول الطلبات الإضافية أو المقابلة والتي يكون من شأنها التعديل في مضمون ما قضي به الحكم الأجنبي إلا أن يكون الأمر متعلقًا بمسألة مرتبطة من المسائل التي لم يلزم تقديمها أما القاضي الأجنبي([2]).

ب- من حيث النطاق الشخصي لخصومة الأمر بالتنفيذ: ويقصد بالنطاق الشخصي أن أطراف هذه الخصومة هم بذاتهم أطراف الخصومة في الدعوى الأصلية التي فصل فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه، وعلي ذلك لا يجوز اختصام الغير أو التدخل بنوعية لأن موضوع الدعوى هو طلب الأمر بالتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، ولكن يكون للفرقاء الأصلين في دعوى الأمر بالتنفيذ الحق في اختصام الغير في الدعوى للاحتجاج في مواجهته بحجية الأمر المقضي بالحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ([3]).

ج- من حيث الإثبات في دعوى الأمر بالتنفيذ: موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي، وتقرر بخصوص مسألة الإثبات في هذه الدعوى فإنه يقع علي عاتق المدعي عليه – وليس علي عاتق المدعي – إثبات التشكيك في صحة الوقائع التي أنبني عليها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر، فالحكم الأجنبي قرينة قانونية علي صحة الوقائع التي انبني عليها هذا الحكم.

١٢٠- والحقيقة أن مسألة الإثبات في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي تتعلق بدور القاضي المصري المطلوب إليه إصدار الأمر بتنفيذه، حيث يجب علي القاضي أن يتحقق من سلامة هذا الحكم وذلك بأن يتأكد من أن المحاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن الحكم لا يتعارض مع سبق حكم سبق صدوره من المحاكم المصري، وأن الحكم الأجنبي لا يتضمن ما يخالف

---

[1] انظر في الفقه المصري دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٨٩٧، دكتور/ هشام علي صادق: المرجع السابق، ص ٢٤٢، دكتور/ عكاشة عبد العال أحمد: ص ٢٩٠.

[2] انظر دكتور/ عكاشة عبد العال: ص ٢٩٢.

[3] دكتور/ عكاشة عبد العال: ص ٢٩٣.

النظام العام أو الآداب في مصر، وأنه يجب علي القاضي أيضًا أن يتأكد من توافر الشروط المتطلبة لإصدار الأمر بالتنفيذ لأن ذلك يعد كافيًا لضمان حماية النظام القانوني في دولة التنفيذ[1].

والواقع من الناحية العملية يقع علي التزام القاضي المتحقق من توافر هذه الشروط جميعًا ولا يعفيه من هذا الالتزام كون الخصوم لم يتمسكوا أمامه بعدم صحة الحكم المراد شموله الأمر بالتنفيذ، ومع ذلك يطلب القاضي من المدعي أو المدعي عليه إيضاحات لازمة لاستجلاء حقيقة وضع الحكم الأجنبي، من ذلك أيضًا شرط المعاملة بالمثل، حيث يطلب القاضي من الخصوم إقامة الدليل علي تحقق شرط المعاملة بالمثل وأيًا كان نوع هذه المعاملة([2]).

ثالثًا: من حيث مضمون الحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ:

١٢١- الحكم في الدعوى هو نهاية المطاف في إجراءات الدعوى، والحكم في الدعوى لا يخرج عن أحد أمرين: إما أن يكون في صالح المدعى ويقرر الحماية القانونية له، أو يصدر في صالح المدعي عليه ومنحه الحماية القضائية له ورافضًا طلبات المدعي في مواجهة خصمه.

ولا تخرج دعوى الأمر بالتنفيذ عن هذا الأصل العام، فإن الحكم في جملته إما أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أو يمتنع عن التنفيذ، وهما مسألتان يجب إلقاء الضوء عليهما.

١-منح الأمر بالتنفيذ:

١٢٢- إذا توافرت في الحكم الأجنبي الشروط اللازمة لصحة الحكم من الوجهة الدولية، واتضح للقاضي المصري توافر تلك الشروط فإنه يقتضي بشمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ، ويمهره بالصيغة التنفيذية ويصبر الحكم نهائيًا أي أن تكون له قوة تنفيذية.

ويترتب علي منح الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ يرقي الحكم الأجنبي الممنوح بالتنفيذ إلي مصاف الحكم الوطني ويتساوى معه، فإنه لا تكون لهذا الحكم في مصر قوة أكبر من تلك المقررة للأحكام الصادرة من محاكمنا[3].

---

[1] في هذا المعني انظر دكتور/ عكاشة عبد العال: ص ٢٩٥، وكذلك نقض فرني في ٧ يناير ١٩٦٤ سابق الإشارة إليه، ونقض فرنسي ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥ – المجلة الانتقادية ١٩٦٦، ص ٢٩٦ مع تعليق الأستاذ لاجارد.

[2] راجع في ذلك دكتور/ عكاشة عبد العال/: ص٢٩٦.

[3] انظر في هذا المعني في مصر الدكتور/ محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص ٦٨٧.

وتخضع إجراءات التنفيذ لقانون المحكمة التي منحت الأمر بالتنفيذ تحديد القوة التنفيذية التي يتمتع بها الحكم الأجنبي بعد الأمر بتنفيذه وهذا يقودنا إلي الإشارة إلي المادة (٢٢) من القانون المدني التي تقرر سريان قانون القاضي علي مسائل الإجراءات عمومًا.

٢-رفض الأمر بالتنفيذ:

١٢٣- إذا تخلف شرط من شروط اللازمة لصحة الاعتراف بالحكم الأجنبي من الوجهة الدولية، والتي حددها المشرع في المادة (٢٩٨) مرافعات، كان للقاضي أن يأمر يرفض التنفيذ، ومن ثم لا يكون هذا الحكم ذاته محلًا لطلب جديد يتضمن الأمر بالتنفيذ ([1]) ، ويثار التساؤل هنا بخصوص الطعن في الحكم الصادر في دعوي الأمر بالتنفيذ هل يمكن الطعن فيه ؟ في الواقع العملي أن المشرع المصري لم يعالج هذا التساؤل ، ومن ثم يمكن إعمال القواعد العامة في قانون المرافعات الحالي ونقطة البداية تكمن في أن الحكم في دعوي الأمر بالتنفيذ هو حكم قضائي فاصل في دعوي قضائية وباتالي يمكن الطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية المقرره في القانون المصري باعتباره قانون القاضي ، وبناءً علي ذلك يمكن الطعن في الحكم الصادر في دعوي الأمر بالتنفيذ سواء بالرفض أو بالمنح بطرق المعارضة والإستئناف والنقض والتماس إعادة النظر وقد أكد القضاء المصري علي ذلك .

١٢٤- وبناءً علي ما تقدم يعد الحكم الصادر برفض التنفيذ حائزًا حجية الأمر المقضي به فيما بين أطراف دعوى الأمر بالتنفيذ، ولصاحب المصلحة أن يرفع دعوى مبتدأه أمام تلك المحاكم للمطالبة بحقه الذي قرره الحكم الأجنبي، دون أن يكون للمدعي عليه أن يدفع في مواجهته بحجية الأمر المقضي به التي تقررت للحكم الصادر بالرفض في دعوى الحكم الأجنبي([2]).

---

١ د/ علي باشا ، المرجع السابق ، ص ٥٨ ومايليه .

[2] انظر في هذا المعني الدكتورة/ حفيظة الحداد: بند ٤٠٠ – دكتور/ عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٨٩٨، دكتور/ عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٩٩.

الباب الثالث

تنفيذ حكم التحكيم

حكم التحكيم هو قرار حكمة التحكيم الذي يحسم بصفة نهائية المسائل المعروضة عليه، ويشترط فيه أن يكون صادرًا من محكمة تحكيم، وملتزم وحاسم ومكتوبًا ويتضمن بيانات الحكم، وهناك أنواع عديدة من القرارات التحكيمية التي يمكن أن يصدق عليها وصف الحكم وهي حكم التحكيم النهائي والمؤقت والجزئي والغيابي، وتنفيذ حكم التحكيم بمثابة لخطة الحقيقة في اختيار فاعلية نظام التحكيم أو في الواقع العملي يحدث أن يقبل الطرف الخاسر تنفيذه باختياره وذلك حتي قبل أن يحصل الطرف الذي صدر الحكم لصالحه علي أمر تنفيذ الحكم "ووراء هذا التنفيذ الاختياري اسما سلطة قهر في التجارة الدولية غير سلطة قهر بالمعني المادي التي يعرفها القضاء الداخلي، ففي مجال التجارة الدولية بأخذ القهر لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي معني اقتصادي بلغت نفس الدور الذي يلعبه التنفيذ في القوانين الداخلية، ... فضلا عن حرمانه مستقبلًا من الدخول في عمليات اقتصادية تجارية" ([1]).

وفي حالات أخري لا يقبل الخصم الخسران تنفيذ الحكم برضاه وهذا ينبغي علي الطرف الصادر الحكم لصالحه أن يلجأ إلي إجراءات التنفيذ الجبري والاستعانة بالسلطات العامة ولمعالجة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي سوف يتم إيضاح هذه الأفكار: المبدأ في التحكيم التجاري التقليدي .

تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية وفقًا لقانون التحكيم المصري الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

- شروط الأمر بالتنفيذ.

- التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ.

- التظلم عن الأمر الصادر بالتنفيذ.

- تنفيذ أحكام المحكمة الأجنبية وفقًا لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨.

- ففي التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون المرافعات المصرى الحالى لعام ١٩٦٨.

– ففي التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون التحكيم المصري.

– طلب الأمر بالتنفيذ.

– أسباب رفض التنفيذ.

[1] د/ أبوزيد رضوان : الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي ، مجلد الحقوق الشريعة ، العدد الثاني ، يونيو ١٩٧٧ ، ص ٥٤ وما بعدها .

أولا : المبدأ في التحكيم التقليدي

.يعتبر تنفيذ الأحكام أهم وأدق المراحل في المنازعات التحكيمية، فما يصبو إليه كل طرف – بعد اجتياز كل الخطوات السابقة – هو المسارعة إلي تنفيذ الحكم اقتضاءً لحقه الذي قضت به هيئة التحكيم. ومن المتصور أن يبادر المحكوم عليه إلي تنفيذ الحكم بإرادته الحرة، فيكون التنفيذ عندئذ تنفيذًا اختياريًا. ومن المتصور أيضًا –وهذا هو المألوف– ألا يبادر إلي تنفيذه اختياريًا، وهنا يتبارى مشرعو الدول في تقرير القواعد القانونية التي تكفل تنفيذ أحكام المحكمين بشكل ميسر، يتفق مع طبيعة نظام التحكيم بصفة عامة، ويكون التنفيذ حينئذ تنفيذًا جبريًا لكونه يتأسس علي الاستعانة بالسلطات العامة لإجبار المحكوم عليه علي قبول الحكم، فالمقرر قانونًا أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء"([1]).

وحكم التحكيم في حد ذاته لا يعتبر سندًا تنفيذيًا لأنه "ليس من الأعمال القانونية التي أعطاها القانون قوة التنفيذية. وإذا كان المشرع المصري قد أجاز الالتجاء إلي التحكيم، فإنه لم يذهب في إقراره مشروعية "القضاء الخاص" أبعد من إجازة صدور إدانة خاصة لها قوة آمرة ولكن ليس لها قوة تنفيذية. فحكم المحكمين وإن كان يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، ليس له في ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرًا. فالقوة التنفيذية لا تلحق حق المحكمين إلا بصدور أمر خاص بها من قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ"[2].

. وبالرجوع إلي قانون التحكيم المصري نجد أن مادته الأولي حصرت نطاق تطبيقه – كما نعلم– علي التحكيم إذا كان "يجري في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه علي إخضاعه لأحكام هذا القانون". وتعني هذه المادة سريان مختلف النصوص الواردة في هذا القانون علي التحكيم في فرضين:

١– إذا كان التحكيم يجري في مصر، أي إذا كانت مصر هي مقر التحكيم سواء كان القانون المصري هو الواجب التطبيق علي موضوع النزاع أم لا، وسواء جري التحكيم بالخضوع لأحكام قانون التحكيم المصري أم لا، وسواء كان التحكيم أيضاً داخليًا أم تجاريًا دوليًا.

٣– إذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا يجري في الخارج ولكن اتفق اطرافه علي خضوعه لقانون التحكيم المصري، فقد يتصور أن يجري التحكيم في الخارج مع اتفاق أطرافه علي خضوعه للقانون المصري. والمنطقي أن يشمل هذا الخضوع القواعد المقررة في شأن تنفيذ الحكم النهائي وذلك

---

[1] انظر سابقًا رقم ٤٢٦ ومايليها، ص ٢٥٢ ومايليها.

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٢٧٧، ص ٤٨٠.

بصريح نص المادة الأولي من قانون التحكيم. والملاحظ – مع ذلك– أن المادة الأولي من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين تقضي بتطبيق هذه الاتفاقية علي "أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام علي إقليمها"، بما يعني أن هناك تعارضًا في مجال تطبيق قانون التحكيم المصري وفقًا لمادته الأوني ومجال تطبيق أحكامه – ومنها القواعد المعلقة بالتنفيذ بطبيعة الحال– ليشمل أحكام التحكيم الصادرة في مصر وتلك التي صدرت في الخارج بالخضوع للقانون المصري.

أما اتفاقية نيويورك فتحدد مجال تطبيقها بمختلف أحكام التحكيم الصادرة في الخارج ولو بالخضوع للقانون المصري. ولا سبيل لفك هذا التعارض إلا بالانتصار لاتفاقية نيويورك، علي اعتبار ان الدولة –أي دولة– لا تستطيع –بإرادتها المنفردة– التعديل أو الانتقاص من مجال تطبيق أي اتفاقية ارتضت الانضمام إليها. فالدولة ملتزمة – وفقًا للمبادئ المستقر عليها في القانون الدولي – بصياغة تشريعاتها الداخلية بما يتفق مع التزاماتها الدولية.

ولا غرو في ذلك فقد نصت المادة الأولي من قانون التحكيم ذاته علي أن أحكامه تسرى بشرط "عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية"، وهو ما يعنى علو اتفاقية نيويورك وسمو أحكامها علي قواعد قانون التحكيم. وبهذه المثابة يخضع حكم التحكيم من حيث تنفيذه للقواعد الواردة في قانون التحكيم إذا كان صادرًا في مصر ولو بالخضوع لغير أحكام القانون المصري، في حين يخضع لاتفاقية نيويورك إذا كان صادرًا في الخارج ولو بالخضوع لأحكام القانون المصري أو علي حد تعبير المادة الأولي من الاتفاقية إذا كان صادرًا في إقليم دولة غير التي يطلب فيها الاعتراف به أو تنفيذه علي إقليمها .

ثانيا: تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية وفقًا لقانون التحكيم المصري :

طلب الأمر بالتنفيذ: اشرنا إلي أن حكم التحكيم يجري تنفيذه بالخضوع للأحكام المقررة في قانون التحكيم المصري في حالة جريان التحكيم في مصر ولو بغير الخضوع لقواعد هذا القانون. وقد حددت المادة ٥٦ الأحكام التي يجري تنفيذ أحكام المحكمين وفقًا لها بقولها: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون"[١]، أو من يندبه من قضاتها باصدار الامر وتنفيذ حكم المحكمين ، ويقدم طلب لتنفيذ الحكم مرفقا لما يلى :

[١] جاء هذا النص نقلًا عن المادة ٣٥ من القانون النموذجي لليونسترال: "(١) يكون قرار التحكيم ملزمًا، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ بناء علي طلب كتابي يقدم إلي محكمة مختصة، مع مراعاة أحكام هذه المادة والمادة ٣٦. (٢)

١ – إصل الحكم أو صورة موقعة منه .

٢–صورة من إتفاق التحكيم .

٤– ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة لحكم التحكيم .

٥– ٤ صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة ٤٧ من هذا القانون .

وقد استمر المشرع في الارتكان إلي المحكمة المختصة في المادة (٩) للفصل في مختلف مسائل التحكيم، حيث تظل هذه المحكمة "دون غيرها صاحبة الاختصاص حتي انتهاء جميع إجراءات التحكيم"[١]. ويلاحظ أن الذي يختص بتنفيذ الحكم ليس هو مجمل المحكمة المشار إليها في المادة ٩، وإنما رئيس هذه المحكمة ومن يندبه من قضاتها، والمعلوم أن هذا الرئيس إما أن يكون رئيس محكمة استئناف القاهرة أو محكمة الاستئناف المتفق علي اختصاصها في حالة التحكيم التجاري الدولي وإما رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع في حالة التحكيم الداخلي.

ويجري تقديم طلب التنفيذ لرئيس المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع في حالة التحكيم الداخلي. ويجري تقديم طلب التنفيذ لرئيس المحكمة وفقًا لنظام الأوامر علي العرائض أي بعريضة مكونة من "نسختين متطابقتين ومشتملة علي وقائع الطلب وأسانيده، وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها"[٢]. وقد حدد نص المادة ٥٦ تحكيم – السابق ذكره – هذه المستندات بما يلي:

١– أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وليس المقصود هنا مجرد صورة ضوئية من الحكم، وإنما المقصود هي الصورة التي تسلمها هيئة التحكيم لكل من الطرفين موقعة من المحكمين الذي وافقوا علي

علي الطرف التي يستند إلي قرار تحكيم أن يقدم طلبًا لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول أو صورة منه مصدقة حسب الأصول، واتفاق التحكيم الأصلي المشار إليه في المادة ٧ أو صورة له مصدقة حسب الأصول، وإذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة وجب علي ذلك الطرف تقديم ترجمة له إلي هذه اللغة مصدقة حسب الأصول" وانظر أيضًا المادة ٩ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي.

[١] المادة ٢/٩ تحكيم مصري.

[٢] المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصري. وانظر في ذلك: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٢٧٩، ص٤٨٤ ومايليها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، رقم ٢١١ ومايليها، ص ٢٧٢ ومايليها.

الحكم استنادًا للمادة ١/٤٤ السابق بيان أحكامها[١]. فالصورة المقدمة، وإن لم تكن هي النسخة الأصلية للحكم، فإن التوقيع عليها يجعل منها نسخة أخرى منه تكتسب نفس حجية النسخة الأصلية.

٢- صورة من اتفاق التحكيم. يستوي في ذلك أن يتمثل هذا الاتفاق في شرط تحكيم يرد في مجرد بند من بنود العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل يتم إبرامه قبل حدوث النزاع أو يتمثل في مشارطة يتم إبرامها بين الطرفين بعد حدوث النزاع.

٣- ترجمة عربية لحكم التحكيم إذا كان صادرًا بلغة أجنبية، ويشترط في الترجمة أن يكون مصدقًا عليها من جهة معتمدة. ويتطلب هذا الوصف ضرورة "صدور قرار من وزير العدل باعتماد جهات محددة للقيام بالترجمة. وقد خولته المادة الثانية من قانون إصدار قانون التحكيم هذه السلطة"[٢]. وهكذا تكون الترجمة معتمدة إذا كانت صادرة من جهة من الجهات التي حددها وزير العدل. ولا يشترط في الترجمة أن تكون رسمية، أي صادرة من جهة رسمية عامة في الدولة، وإنما يكتفي -وفقًا للنص- بأن تكون صادرة من جهة معتمدة فقط.

٣- صورة من محضر إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة وفقًا لما تطلبته المادة ٤٧ .

ثالثا شروط الأمر بالتنفيذ: إذا اجتاز الخصم الكاسب للنزاع الخطوات الإجرائية المشار إليها بأن تقدم بطلب علي عريضة إلي رئيس المحكمة المختصة أو من يندبه من قضاتها للأمر بتنفيذ حكم التحكيم مشفوعًا بالمستندات السابقة، فإن القاضي المختص يأمر بالتنفيذ في ضوء الضوابط الواردة في المادة ٥٨ تحكيم وهي "(١) لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

(٢) لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقًا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانًا صحيحًا".

ويحدد هذا النص في حقيقته مجموعة من الشروط التي لا يحق لرئيس محكمة الاستئناف أو رئيس المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من توافرها، وهي:

---

[١] انظر سابقًا رقم ٣٨٥ وما يليها، ص ٢٢٤ وما يليها.

[٢] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، رقم ٢٧٩، ص ٤٨٦. وتنص المادة الثانية مواد إصدار قانون التحكيم علي أن "يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون. ويضع قوائم المحكمين الذين يجري الاختيار من بينهم وفقًا لحكم المادة (١٧) من هذا القانون".

١- القضاء ميعاد دعوى البطلان، فطلب التنفيذ لا يقبل أصلًا وفقًا لصريح النص "إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضي". ومن المقرر أن هذه الدعوى ترفع "خلال التسعين يومًا التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه" (المادة ١/٥٤ تحكيم).

٢- عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره عن المحاكم المصرية في موضوع النزاع. ويعد هذا الشرط منطقيًا؛ لأنه لو سُمح بتنفيذ حكم التحكيم الذي يتعارض مع الأحكام التي سبق صدورها عن المحاكم المصرية لأدي ذلك إلي إهدار المشرع ذاته لقيمة الأحكام التي يصدرها القضاء المصري وهو ما لا يجوز.

٣- عدم تعارض الحكم مع قواعد النظام العام في جمهورية مصر العربية.

٤- التأكد من إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه إعلانًا صحيحًا وفقًا للقواعد السابق بيانها.

الأثر المترتب علي توافر الشروط السابقة: إذا توافرت الشروط السابقة بأن تم التقدم بطلب لتنفيذ الحكم الوطني بأمر علي عريضة وفقًا لنص المادة ١٩٤ مرافعات، مرفقًا به المستندات التي حددتها المادة ٥٦ تحكيم، وانتفت عنه الموانع المنصوص عليها في المادة ٥٨ تحكيم، فإنه "يجب علي القاضي أن يصدر أمره بالكتابة علي إحدى نسختي العريضة في اليوم التالي لتقديمها علي الأكثر"[١]. وقد جرى العمل -رغم ذلك- علي عدم احترام هذا الميعاد، حتي يجد القاضي الوقت المناسب لفحص الحكم وحيثياته، والتأكد - ولو من حيث الظاهر- أنه لا يخاف قواعد النظام العام في الجمهورية.

رابعا : التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ:

تقضي المادة ٣/٥٨ من قانون التحكيم بأن "الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلي المحكمة المختصة وفقًا لحكم المادة (٩) من هذا القانون، خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدوره". والمحكمة المختصة وفقًا للمادة ٩ هي -كما نعلم- المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع في مسائل التحكيم الداخلي، أو محكمة استئناف القاهرة بالنسبة لمسائل التحكيم التجاري الدولي، ما لم يتفق الأطراف علي اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر. وقد حددت المادة ٣/٥٨ ميعادًا لا يمكن تجاوزه لتقديم التظلم، وهو ثلاثون يومًا من تاريخ صدور الأمر برفض التنفيذ، علي أن يجري التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى([٢]).

---

[١] المادة ١٩٥ من قانون المرافعات.

[٢] د. أحمد السيد صاوى، التحكيم، المرجع السابق، رقم ٢٢٠، ص ٢٨٠.

خامسا : التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ: كانت المادة ٣/٥٨ من قانون التحكيم تقضي في مطلعها بأنه "لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم". إلا أن سبب إخلال النص بمبدأ المساواة بين المواطنين، حين أجاز التظلم من قرار الأمر بالتنفيذ، وبررت المحكمة قضاءها بأن هذا النص "بمنحه الطرف الذي يتقدم بطلب تنفيذ حكم المحكمين الحق في التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ ليثبت توافر طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم علي الضوابط الثلاث التي تطلبها البند (٢) من المادة ٥٨، وحرمانه الطرف الآخر من خصومة التحكيم مكنه التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لنفي في المقابل طلب الأمر بالتنفيذ علي الضوابط عنها، يكون قد مايز –في مجال ممارسة حق التقاضي– بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلي أسس موضوعية تقتضيه، بما يمثل إخلالًا بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وعائقًا لحق التقاضي مخالفًا بذلك أحكام المادتين ٤٠ و٦٨ من الدستور"[١].

وتأسيسًا علي ذلك أضحي التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ جائزًا كالتظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ سواء بسواء. بيد أنه، وإذا كانت المادة ٣/٥٨ قد حددت الميعاد والمحكمة المختصة بالتظلم من الأمر برفض التنفيذ وهي المحكمة المختصة وفقًا للمادة ٩ وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدور الأمر، فإنه لا يوجد أي تحديد بخصوص التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، ومن ثم يثور التساؤل عن المحكمة المختصة، والموعد المحدد لرفع هذا التظلم؟ لا مناص من الرجوع للقواعد العامة، وتحديدًا المادتين ١٩٧ و١٩٩ من قانون المرافعات. وتعطي هاتان المادتان للمتظلم الخيار بين أمرين:

الخيار الأول: ورد النص عليه في المادة ١٩٧ ومقتضاه أن "يكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال. وتحكم المحكمة فيه بإصدار الأمر أو بتأييد الأمر الصادر أو بتعديله أو بإلغائه. ويجب أن يكون التظلم مسببًا وإلا كان باطلًا".

والمحكمة المختصة وفقًا لهذا النص هي المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع وفقًا للقواعد العامة في الاختصاص الواردة في قانون المرافعات، علي أن يتم التظلم خلال موعد أقصاه عشرة أيام من تاريخ البدء في التنفيذ أو الإعلان بحسب الأحوال.

---

[١] المحكمة الدستورية العليا ٦ يناير ٢٠٠٠، القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع، رقم ١٠١، ص ٨٤٣.

الخيار الثاني: وقد ورد النص عليه في المادة ١٩٩٩، ويقضي بأن يكون "لذوى الشأن بدلًا من التظلم للمحكمة المختصة الحق في التظلم منه لنفس القاضي الآمر بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .... ويحكم القاضي في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمة قابلًا لطرق الطعن المقررة للأحكام".

ولا يخفي أن مخالفة الإجراءات السابقة يترتب عليه عدم قبول التظلم شكلًا، ولذلك فقد عاقبت محكمة استئناف القاهرة أحد المتظلمين وقضت برفض تظلمه شكلًا بسبب مخالفته القوالب الشكلية السابقة. وقد ساقت المحكمة في مبررات قضاءها: "حيث أن الوقائع – بالقدر اللازم لحمل هذا القضاء– تتحصل في أن الشركة المدعية أقامت التظلم الماثل بموجب طلب مقدم إلي السيد المستشار رئيس محكمة استئناف القاهرة ... طلبت في ختامه إصدار أمر بوقف الأمر .. الصادر من السيد المستشار رئيس الدائرة السابعة التجارية لهذه المحكمة بوضع الصيغة التنفيذية علي حكم التحكيم ... وكان النص في المادة (١٩٧) من قانون المرافعات علي أن "لذوى الشأن الحق في التظلم إلي المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون علي خلاف ذلك ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة ... "وكذلك النص في المادة (١٩٩) من القانون ذاته علي أن "لذوى الشأن بدلًا من التظلم للمحكمة المختصة الحق في التظلم منه لنفس القاضي الآمر بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى "يدل علي أن الأوامر علي العرائض يكون التظلم منها في كل الأحوال ... بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وتتبع في إجراءات وأحكام رفعها وإعلانها ونظرها والحكم فيها ما هو مقرر في شأن كافة الدعاوي العادية وفقًا لنص المادة (٦٣) من القانون المذكور، وإذ كان البين من الأوراق أن الشركة المتظلمه لم تقم برفع دعوى تظلمها الماثل بصحيفة مودعة قلم كتاب هذه المحكمة بل طرحتها علي المحكمة في الجلسة التي حددها السيد المستشار رئيس محكمة استئناف القاهرة التي يتبعها القاضي الآمر في العريضة المقدمة إليه من الشركة المذكورة طالبة في ختامها استصدار أمر بوقف أمر تنفيذ حكم التحكيم محل تلك العريضة والتي تضمنها تكليف هذه الشركة باتخاذ إجراءات الإعلان، وإذا كان تحديد الجلسة وإعلان الشركة المتظلم ضدها علي النحو السالف لا يجزئ عن وجوب إتباع السبيل الذي استنه القانون لاتصال المحكمة بدعوى التظلم الماثل اتصالًا صحيحًا، فإن تنكب الشركة المتظلمه هذا الطريق متجافيه حكم المواد ٦٣، ١٩٧، ١٩٩ من قانون المرافعات من شأنه أن يضحي تظلمها غير مقبول لعدم استيفاء أوضاعه المقررة قانوناً وهو ما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، باعتبار أن هذا الإجراء متعلق بالنظام العام لاتصاله بأسس التقاضي".

ويلاحظ – علي أي حال– اختلاف الميعاد والمحكمة المختصة بحسب موضوع التظلم، إذ لو كان موضوعه التظلم من رفض التنفيذ كانت المحكمة المختصة هي المنصوص عليها في المادة ٩ وخلال

ثلاثين يومًا من تاريخ صدور التظلم، أما إذا كان موضوعه التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، فإن تحديد المحكمة المختصة يتقرر وفقًا للقواعد العامة في قانون المرافعات، علي أن يتم رفعه خلال عشرة أيام من تاريخ البدء في التنفيذ أو إعلان التظلم. وتلك مفارقة شاذة وعجيبة نتجت عن حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة ٣/٥٨ فيما قررته من عدم جواز التظلم في الأمر الصادر بالتنفيذ.

وإدراكًا منها لهذه المفارقة، فقد دعت المحكمة الدستورية العليا المشرع – في قضائها السابق- بضرورة التدخل التشريعي لتحديد إجراءات وميعاد وشروط التظلم من الأمر بالتنفيذ، إلا أن هذا الأخير لم يفعل حتي الآن. وعلي ذلك "وفيما عدا اختلاف الميعاد والمحكمة المختصة، فإن التظلم يخضع في الحالتين للقواعد العامة التي ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة للتظلم من الأوامر علي العرائض سواء بالنسبة لإجراءاته أو نظره أو الفصل فيه (المواد ١٩٧-١٩٩ مرافعات)"([1]).

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في هذا الخصوص:" وحيث إنه من المقرر – وعلي ما جري به القضاء- انه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلي القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام، وكان المشرع منذ أن صدر القضاء الدستوري آنف الذكر قد قعد عن التدخل لمد حكم عجز المادة (٣/٥٨) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي لم يقض بعدم دستوريتها لتشمل التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم المحكمين خلافًا لما دعت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها سالف الذكر بالإشارة إلي أن حكمها "يقتضي تدخلًا تشريعًا لتحديد إجراءات وميعاد وشروط هذا التظلم" بما لازمه وإعمالًا لما تقدم من مبادئ –العودة في هذا الخصوص إلي قانون المرافعات بحسبانه القانون الإجرائي العام الذي تعد نصوصه في شأن الطعن في الأحكام والأوامر نصوصًا إجرائية عامة لانطباقها علي كافة الدعاوى إلا ما استثني بنص عام، وترتيبًا علي ذلك فإنه إذا صدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمين فإن التظلم فيه يخضع للقواعد العامة التي ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة للتظلم من الأوامر علي العرائض سواء بالنسبة لميعاده أو المحكمة المختصة أو إجراءاته أو نظره أو الفصل فيه (المواد ١٩٧-١٩٩ مرافعات)، لما كان ذلك، وكان النص في المادة (١٩٧) من هذا القانون أن "لذوى الشأن الحق في التظلم إلي المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون علي خلاف ذلك ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة ..." وكذلك النص في المادة (١٩٩) من القانون علي أن "لذوى الشأن بدلًا من التظلم للمحكمة المختصة الحق في التظلم منه لنفس القاضي الآمر، بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ..." يدل

---

[1] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٢٨٣، ص٤٩٥؛ لمزيد من التفاصيل انظر: د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، رقم ٢٠٣ ومايليها، ص٢٤٦ وما يليها.

علي أن الأوامر علي العرائض يكون التظلم منها في كل الأحوال ... بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وتتبع في إجراءات وأحكام رفعها وإعلانها ونظرها والحكم فيها ما هو مقرر في شأن كافة الدعاوى العادية وفقًا لنص المادة (٦٣) من القانون المذكور"([1]).

٥٨١. ومن التطبيقات القضائية للتظلم من الأمر بالتنفيذ ما أمرت به محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بوضع الصيغة علي حكم تحكيم صادر بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار، فقام المتظلم بالتظلم من وضع الصيغة التنفيذية علي هذا الحكم، فقضت محكمة استئناف القاهرة بأنه "وحيث إن المعروض هو تظلم من صدور أمر علي عريضة بوضع الصيغة التنفيذية علي حكم تحكيم صادر بناء علي اتفاق تحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار، فإنه يكون –حكم التحكيم ومن قبله اتفاق التحكيم –قد جاء مخالفًا للنظام العام في جمهورية مصر العربية، وبالتالي لا يصلح للأمر بوضع الصيغة التنفيذية عليه، وإذ خالف الأمر المتظلم منه ذلك، فإنه يكون قد جانبه الصواب، واجب الإلغاء"([2]).

سادسا: تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقًا لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨:

لا يجري التحكيم علي الإقليم المصري في جميع الأحوال، ولما كان من المتصور أن يتم تنفيذ أي حكم تحكيم علي الإقليم المصري بغض النظر عن بلد منشأة، فإنه يتعين إلقاء الضوء علي كيفية تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية. ويقصد بأحكام المحكمين الأجنبية في هذا الخصوص: الأحكام التي تصدر في الخارج ولو بالخضوع لأحكام قانون التحكيم المصري، أي الأحكام التي تصدر خارج القطر المصري بغض النظر عن القانون الذي جري التحكيم وفقًا لمقتضاه. وكان من الطبيعي أن تهتم الجماعة الدولية بتنفيذ أحكام المحكمين علي أراضي بعضها البعض، وقد أسفر هذا الاهتمام عن إبرام اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية المبرمة في مدينة نيويورك في ١٠ يونيو ١٩٥٨. وتكاد تلقي هذه الاتفاقية إجماع المجتمع الدولي بأسره، حيث بلغ عدد الدول التي انضمت إليها حتي نهاية إبريل ٢٠٠٢ عدد ١٢٩ دولة[3]، بل أن بعض الدول اعتنقها صراحة في قوانينها الداخلية حين قضت بأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها يجري علي أقاليمها بالتطبيق للأحكام التي تضمنها دون إضافة أحكام أخرى في قوانينها الوطنية[4]. وقد كان المنطقي أن يقتصر نطاق تطبيق الاتفاقية علي الدول الأعضاء فقط كما تقضي في ذلك

---

[1] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجاري، الدعوى رقم ٤ لسنة ١٢٢ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٧/٧/٢٧، غير منشور.

[2] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة الاقتصادية، التظلم رقم ١٠ لسنة ١٢٣ق أوامر تحكيم، جلسة ٥ يونيو ٢٠٠٧، غير منشور.

[3] انظر في الإشارة إلي هذا العدد تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية: (=).

[4] راجع علي سبيل المثال المادة ١٩٤ من القانون الدولي الخاص السويسري:

المادة ٣/١ من الاتفاقية بأن "لكل دولة عند التوقيع علي الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتداد تطبيقها عملًا بنص المادة العاشرة أن تصرح علي أساس المعاملة بالمثل أنها ستقصر تطبيق الاتفاقية علي الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة علي إقليم دولة أخري متعاقدة". بيد أن مصر –ومن خلال انضمامها لهذه الاتفاقية –لم تعلق تطبيقها علي أساس المعاملة بالمثل بأن يكون حكم التحكيم قادمًا من دولة أخرى طرف في الاتفاقية، وهو ما يجعل من أحكامها قانونًا عالميًا لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بغض النظر عن بلد صدورها.

ويشهد –رغم ذلك– تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية خلطًا وتداخلًا كبيرًا في الفقه المصري، والسبب في هذا الخلط ما يلي:

١– قانون التحكيم المصري وما يتضمنه من نصوص لتنفيذ أحكام المحكمين ولا سيما أنه وسع من نطاق تطبيقه ليشمل ليس فقط أحكام المحكمين الصادرة في مصر وإنما أيضًا الأحكام التي تصدر في الخارج مع اتفاق أطراف التحكيم علي جريانه وفقًا لأحكامه.

٢– النصوص الواردة في قانون المرافعات وتحديدًا المواد من ٢٩٦ إلي ٣٠١، المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية.

٣– اتفاقية نيويورك وموضوعها الأساسي تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

حيث أوقعت هذه النصوص –علي كثرتها واختلاف مصدرها– بعض الفقه في مأزق حين ذهب إلي مذاهب متناقضة، فقد اتجه البعض إلي أن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية يتم وفقًا لقانون المرافعات وحده[١]، في حين اتجه البعض الآخر إلي خضوع تنفيذ هذه الأحكام لاتفاقية نيويورك ولقانون المرافعات المصري في ذات الوقت[٢]، مع أن تحديد مجال انطباق كل طائفة من النصوص السابقة يزيل تمامًا ما في الأمر من تداخل بين مجالات انطباق كل منها.

سابعا: فض التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون المرافعات: وضعت اتفاقية نيويورك أساسًا – وكما ذكرنا غير مرة– لتيسير تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، ووضعت المواد من ٢٩٦ إلي ٣٠١ من قانون المرافعات المصري لتيسير تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية بوجه عام بما فيها أحكام المحكمين

La reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales etrangeres sont regies par la convention de new York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales etrangeres.

[١] د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، رقم ٢٢٤ ومايليها، ص٢٨٣ وما يليها.

[٢] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٢٨٧، ص٥٠١.

الأجنبية بطبيعة الحال. ولما كان هناك تداخل في مجال تطبيق كل منهما، فإن فض هذا التداخل يتقرر في ضوء ما يلي:

١- نص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات التي تقضي بأن "العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة (وهي المواد من ٢٩٦ إلي ٣٠٠ والتي تحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية) لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن"، وهكذا كفلت نصوص قانون المرافعات ذاتها لاتفاقية نيويورك السمو علي ما تضمنه من قواعد.

٢- أحكام القضاء التي تواترت علي أن "انضمام مصر إلي اتفاقية نيويورك مؤداه اعتبار هذه الاتفاقية قانوناً واجب التطبيق لو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات"([1]).

القواعد العامة التي تقضي بسمو المعاهدات الدولية علي القوانين الداخلية، وهكذا يقضي التنازع لمصلحة اتفاقية نيويورك التي تحدد بمفردها -ودون تدخل من قانون المرافعات- شروط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مصر.

ثامنا: فض التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون التحكيم: سبق التعرض لنص المادة الأولي من قانون التحكيم والتي تحدد نطاق تطبيقه بحالتي جريان التحكيم في مصر أو جريانه في الخارج مع اتفاق أطرافه علي إخضاعه لأحكام هذا القانون، في حين أن اتفاقية نيويورك تحدد نطاق تطبيقها -بمقتضي مادتها الأولي- بأحكام المحكمين التي تصدر علي أراضي الدول الأجنبية، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق علي إجراءات الدعوى أو علي موضوع النزاع، وهو ما يترتب عليه -بحكم المنطق واللزوم- وقوع تداخل بين مجالي تطبيق اتفاقية نيويورك وقانون التحكيم في شأن تنفيذ التحكيم الأجنبي في فرض وحيد، وهو فرض جريان التحكيم في الخارج مع اتفاق أطرافه علي خضوعه للقانون المصري باعتباره قانون الإرادة، ولا شك عندنا في فض هذا التداخل وفقًا للقواعد الآتية:

١- نص المادة الأولي من قانون التحكيم المصري التي تقضي بأنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون علي كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ....

---

[1] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجاري، الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٢٣ق تحكيم، جلسة ٢٨ يونيو ٢٠٠٦، غير منشور. وكذلك حكم الدائرة السابعة الاقتصادية، الدعوى رقم ٥٤ لسنة ١٢٥ق تحكيم، جلسة ٢ ديسمبر ٢٠٠١، غير منشور.

أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه علي إخضاعه لأحكام هذا القانون"، وهكذا احتفظ القانون"، وهكذا احتفظ قانون التحكيم ذاته لاتفاقية نيويورك – في ذلك الفرض محل التداخل- بالسمو علي أحكامه.

٢- أحكام القضاء التي تواترت -كما ذكرنا- علي أن "انضمام مصر إلي اتفاقية نيويورك مؤداه اعتبار هذه الاتفاقية قانوناً واجب التطبيق لو تعارضت مع أحكام .... قانون التحكيم".

٣- القواعد العامة التي تقضي بسمو المعاهدات الدولية علي القوانين الداخلية.

وبهذه المثابة يفض التنازع لمصلحة اتفاقية نيويورك التي تحدد بمفردها -ودون تدخل من قانون التحكيم أو قانون المرافعات- شروط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مصر، وهكذا ننتهي قولًا واحدًا إلي أن اتفاقية نيويورك هي التي تحدد بمفردها الشروط الموضوعية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية علي الإقليم المصري.

وعلي أي حال فقد تولت نصوص الاتفاقية تحديد الأحكام المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية علي النحو :التالي بيانه([1])

تاسعا: طلب الأمر بالتنفيذ: يتعين وفقًا لنص المادة الرابعة من الاتفاقية "(١) علي من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأًصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. ب- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(٢) وعلي طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ -أن يقدم ترجمه لهذه الأوراق بهذه اللغة، ويجب أن يشهد علي الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصل".

---

[1] وتجدر الإشارة إلي أن المادة ٢/٣ من الاتفاقية قد ألزمت الدول بألا: "تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعًا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرضها للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين". ولا ننسي في هذا الخصوص إعادة التذكير بنص المادة ١/١ من الاتفاقية التي تحدد نطاق تطبيقها علي النحو التالي: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الاحكام علي إقليمها وتكون ناشئة من منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية. كما تطبق أيضًا علي أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام". راجع في الفقه:

Fouchard Gaillard et Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., n◦ 1666 et s., p. 985 et s.

٥٨٨. وبالاستناد لهذا النص يجب علي من يتقدم لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن يرفق بطلبه المستندات الآتية:

١- أصل الحكم أو الصورة موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه علي الأصل، حيث تعتبر الصورة في هذا الفرض نسخه أخري من الحكم وتكتسب من ثم حجية الأصل لاكتسابها صفة الرسمية بمجرد توقيع المحكم عليها.

٢- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة منه تستوفي شروط هذا الأَصل، والأَصل المراد تقديمه -والمنصوص عليه في المادة الثانية- هو اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين سواء كان شرط أو مشارطة التحكيم[١].

٥٨٩. بالتأمل فيما يقرره نص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك نجد أنه يكاد يتطابق -فيما يتطلبه من مرفقات لطلب الأمر بالتنفيذ- مع ما تقرره المادة ٥٦ من قانون التحكيم(٢) المصري حيث يتطلب كل منهما ضرورة تقديم أصل الحكم أو صورة موقعه منه وصورة من اتفاق التحكيم بالإضافة إلي الترجمة المعتمدة، وإن كان النص المصري يتطلب علاوة علي ذلك تقديم صورة من محضر إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة علي ما سبق البيان.

عاشرا: إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبي والمحكمة المختصة: إذا كان المختص بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية -طبقًا لنص المادة ٥٦ تحكيم- هو رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩، فإن المادة ١/٣ من اتفاقية نيويورك قضت بأن يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "طبقًا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقًا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية". ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية قد تركت لكل دولة حرية تحديد قواعد المرافعات الإجرائية التي تراها مناسبة للتنفيذ، علي أن يتم

---

[١] تنص هذه المادة علي أنه: "١- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. ٢- يقصد "باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات. ٣- علي محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعني الوارد في هذه المادة -أن تحيل الخصوم بناء علي طلب أحدهم إلي التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

[٢] انظر سابقًا رقم ٥٧١ وما يليها، ص ٣٠٠ وما يليها.

هذا التنفيذ في ضوء الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المواد التالية للمادة ١/٣ من الاتفاقية، وتحديدًا المادة الخامسة منها علي ما سيأتي البيان([1]).

ليس المقصود بقواعد المرافعات في دولة التنفيذ مطلق القواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية: لا شك في خضوع الشروط الموضوعية لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية للقواعد الواردة في اتفاقية نيويورك، وإذا كانت الاتفاقية المذكورة قد قررت –بالمقابل– خضوع التنفيذ– من الناحية الإجرائية– لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، فإن القضاء المصري قد استقر علي خضوع إجراءات تنفيذ هذه الأحكام لقانون التحكيم، مستبعدًا بذلك قانون المرافعات –وتحديدًا المواد من ٢٩٦ إلي ٣٠٠ – من القيام بأى دور في هذا المجال؛ فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن "مفاد نص المادة الثالثة من هذه الاتفاقية أن التنفيذ يتم طبقًا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ مع الأخذ بالإجراءات الأكثر يسرًا واستبعاد الإجراءات الأكثر شدة منها، والمقصود بعبارة قواعد المرافعات" –الواردة بالمعاهدة– أي قانون ينظم الإجراءات في الخصومة وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وبالتالي لا يقتصر الأمر علي القانون الإجرائي العام، وهو قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإنما يشمل إي قواعد إجرائية للخصومة وتنفيذ أحكامها ترد في أي قانون آخر ينظم تلك الإجراءات، والقول بغير ذلك تخصيص بلا مخصص، وإذ صدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متضمنًا القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم حتي تمام تنفيذ أحكام المحكمين، وهو في هذا الخصوص قانون إجرائي يدخل في عبارة "قواعد المرافعات" الواردة بنصوص المعاهدة المشار إليها، فإن تضمن قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ –لعموم عبارة النص الواردة بالمعاهدة[2] عن تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فيكون الأول هو الواجب التطبيق بحكم الاتفاقية التي تعد من قوانين الدولة ولا حاجه بالتالي لاتفاق الخصوم في هذا الشأن، وإذ كان تنفيذ أحكام المحكمين يتم طبقًا لنصوص المواد ٩، ٥٦، ٥٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ... فإن التنفيذ يتم بطلب استصدار أمر علي عريضة

---

[1] لمزيد من التفاصيل عن الشروط الموضوعية للتنفيذ وفقًا للمادة الخامسة من الاتفاقية انظر لاحقًا رقم ٥٩٤ وما يليها، ص ٣١٥ وما يليها.

[2] وتشجع اتفاقية نيويورك ذاتها هذا الاتجاه حين قضت في مادتها الثالثة بأنه "ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ... من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين"، وكذلك حينما قضت قي مادتها السابعة بأنه "١– لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

بالتنفيذ إلي رئيس محكمة استئناف القاهرة، ويصدر الأمر بعد التحقق من عدم معارضة حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع حكم سبق صدوره في مصر، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام وتمام الإعلان الصحيح، فإن رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر يقدم التظلم إلي محكمة الاستئناف مما مفاده أن الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة الاستئناف المذكورة بطلب أمر علي عريضة ويتم التظلم في أمر الرفض لمحكمة الاستئناف، وهي إجراءات أكثر يسرًا من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية([1]).

وقد سبق لمحكمة النقض المصرية ذاتها أن نحت هذا المنحى حين قضت –بجلسة ١٠ يناير ٢٠٠٥ – بأن: "مفاد نص المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ أن التنفيذ يتم طبقًا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ مع الأخذ بالإجراءات الأكثر يسرًا واستبعاد الإجراءات الأكثر شدة منها، والمقصود بعبارة قواعد المرافعات –الواردة بالمعاهدة– أي قانون ينظم الإجراءات في الخصومة وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وبالتالي لا يقتصر الأمر علي القانون الإجرائي العام وهو قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإنما يشمل أي قواعد إجرائية للخصومة وتنفيذ أحكامها ترد في أي قانون آخر ينظم تلك الإجراءات، والقول بغير ذلك تخصيص بلا مخصص.

وإذ صدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متضمناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتي تمام تنفيذ أحكام المحكمين، وهو في هذا الخصوص قانون إجرائي يدخل في نطاق عبارة (قواعد المرافعات) الواردة بنصوص معاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨، فإن تضمن قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ – لعموم عبارة النص الواردة بالمعاهدة – من تلك الواردة في قانون المرافعات المدينة والتجارية، فيكون الأول هو الواجب التطبيق بحكم الاتفاقية التي تعد من قوانين الدولة ولا حاجه بالتالي لاتفاق الخصوم في هذا الشأن ... وهو ما يتفق مع مؤدي ما تضمنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية عن مشروع قانون

---

[1] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجاري، الدعوى رقم ٤٣ لسنة ١٢٢ق تحكيم، جلسة ٢٧ مارس ٢٠٠٧، غير منشور. قارن مع ذلك موقف فقه قانون المرافعات الذي يذهب إلي أنه "تختص بطلب الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو تنفيذه، المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها. (المادة ٢٩٧ مرافعات)، فيكون الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية، وذلك باعتبار طلب الأمر بالتنفيذ طلبًا غير قابل للتقدير، فتكون المحكمة الابتدائية هي المختصة به وفقًا للمادة ٤١ مرافعات. ويكون هذا الاختصاص –إذ هو اختصاص نوعي– متعلقًا بالنظام العام. ولهذا فإنه إذا قدم الطلب إلي القاضي الجزئي أو إلي قاضي التنفيذ، أو إلي أية محكمة أخري، وجب علي القاضي الحكم بعد اختصاصه من تلقاء نفسه، وإحالة الدعوى إلي المحكمة الابتدائية المختصة (١١٠ مرافعات)"، د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٣٠٢، ص ٥٣٤؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، المرجع السابق، رقم ٢٧٧، ص ٢٨٠.

التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ومؤدي ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لذات القانون من أن قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود من التحكيم بما يتطلبه من سرعة الفصل في المنازعات، وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة اقتضت تيسير الإجراءات. ولا جدال في أن الإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية أكثر شدة، إذ يجعل الأمر معقودًا للمحكمة الابتدائية، ويرفع بطريق الدعوى وما يتطلبه من إعلانات ومراحل نظرها إلي أن ينظر الحكم الذي يخضع للطرق المقرر للطعن في الأحكام، وما يترتب عليه من تأخير ونفقات ورسوم قضائية أكثر ارتفاعًا، وهي إجراءات أكثر شدة من تلك المقررة في قانون التحكيم، ومن ثم وإعمالًا لنص المادة الثالثة من معاهدة نيويورك والمادة ٢٣ من القانون المدني التي تقضي بأولوية تطبيق أحكام المعاهدة الدولية النافذة في مصر إذا تعارضت مع تشريع سابق أو لاحق والمادة ٣٠١ من قانون المرافعات، فإنه يستبعد في النزاع المطروح تطبيق قواعد تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها أكثر شدة من تلك الواردة في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ويكون القانون الأخير – وبحكم الشروط التي تضمنتها معاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨ التي تعد تشريعًا نافذًا في مصر لا يحتاج تطبيقه لاتفاق أولي بالتطبيق باعتباره تضمن قواعد إجرائية أقل شدة من تلك الواردة في القانون الأول"[١].

وتأسيسًا علي ذلك فقد وحد القضاء القانون الإجرائي لتنفيذ أحكام التحكيم علي الإطلاق، حيث يخضع تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية للقواعد الإجرائية التي قررها قانون التحكيم علي حد سواء.

---

[١] راجع المبادئ التي أرستها محكمة النقض في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ق، جلسة ١٠ يناير ٢٠٠٥. قد استطردت محكمة النقض لبيان الكيفية الإجرائية لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية طبقا لقانون التحكيم فقررت ما يلي: "إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين الواردة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. انعقاد الاختصاص بتنفيذها لرئيس محكمة استئناف القاهرة والتظلم من الأمر الصادر منه أمام ذات المحكمة. المواد ٩، ٥٦، ٥٨ من القانون المشار إليه. أثره. وجوب تطبيق هذه الإجراءات عند تنفيذ الأحكام الصادرة من بلد أجنبي دون اشتراط موافقة الأطراف علي تطبيقها. المواد ٢٣ مدني، ٣٠١ مرافعات، ٣ من اتفاقية نيويورك. القاعدة: إذا كان تنفيذ أحكام المحكمين يتم طبقًا لنصوص المواد ٩، ٥٦، ٥٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ – وبعد استبعاد ما قضت به المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ والذي جاء قاصرًا علي حالة عدم جواز التظلم من الأمر الصادرة بتنفيذ الحكم دون باقي ما تضمنه النص –فإن التنفيذ يتم بطلب استصدار أمر علي عريضة بالتنفيذ إلي رئيس محكمة استئناف القاهرة، ويصدر الأمر بعد التحقق من عدم معارضة حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع حكم سبق صدوره في مصر وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام وتمام الإعلان الصحيح، فإن رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر يقدم التظلم إلي محكمة الاستئناف، مما مفاده أن الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة الاستئناف المذكورة بطلب أمر علي عريضة ويتم التظلم في أمر الرفض لمحكمة الاستئناف وهي إجراءات أكثر يسرًا من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

حادي عشر : أسباب رفض التنفيذ: ورد تحديد هذه الأسباب في مادة مطولة، هي المادة الخامسة من الاتفاقية، وتنص علي أنه "١- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء علي طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل علي:

أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقًا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية ، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقًا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص علي ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانًا صحيحًا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدوهما فيما قضي به. ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلًا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق علي حلها بهذا الطريق.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن الحكم لم يصبح ملزمًا للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

٢- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف إذا تبين لها:

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

ب-أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

ويدفع هذا الكم الضخم من النصوص للاعتقاد بوجود اختلافات جوهرية بين تنفيذ أحكام المحكمين وفقًا لقانون التحكيم المصري وتنفيذها بالتطبيق لأحكام اتفاقية نيويورك؛ ذلك أن الأسباب الواردة في الاتفاقية تعد أكبر وأكثر تفصيلًا من الأسباب الواردة في قانون التحكيم[١]، ومع ذلك فإن إمعان النظر يبصر بأن المشرع قد نقل أسباب وقف التنفيذ الواردة في المادة الخامسة من الاتفاقية وجعلها أسبابًا لبطلان حكم

[١] لمزيد من التفاصيل عن القانون المصري انظر سابقًا رقم ٥٧٣ وما يليها، ص ٣٠٢ وما يليها.

التحكيم وأورد تعدادها في المادة ٥٣ تحكيم[١]. ومهما يكن من أمر، فإننا سنكتفي في هذا المقام بذكر أسباب رفض القاضي المصري لتنفيذه حكم التحكيم الأجنبي الخاضع لاتفاقية نيويورك. وغير خاف أن نص المادة الخامسة من الاتفاقية قد ميز بين طائفتين من أسباب رفض التنفيذ[٢].

الطائفة الأولي: وتشمل الأسباب التي يمكن أن يبديها المطلوب تنفيذ حكم التحكيم في مواجهته وتتمثل فيما يلي:

١- بطلان اتفاق التحكيم لانعدام الأهلية أو لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون الواجب التطبيق علي اتفاق التحكيم أو قانون بلد إصداء الحكم في حالة عدم اتفاق الأطراف علي القانون الواجب التطبيق علي ذلك الاتفاق.

٢- الإخلال بحقوق الدفاع الناتج عن عدم إعلان الخصم إعلانًا صحيحًا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أي سبب آخر كان يستحيل معه علي ذلك الخصم تقديم دفاعه.

٣- تجاوز المحكم حدود المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم؛ إذا لو تجاوز المحكم حدود هذا الاختصاص لقام بالفصل في مسائل لم يرتض الأطراف فضها بطريق التحكيم، ومن ثم يعبر هذا المسلك عن تعد

---

[١] فيما يلي نص المادة ٥٣ لمن يريد إجراء المقارنة "(١) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلًا أو قابلًا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم -وقت إبرمه- فاقد الأهلية أو ناقصها، وفقًا للقانون الذي يحكم أهليته. ج- إذا تعذر علي أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانًا صحيحًا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علي تطبيقه علي موضوع النزاع. هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين علي وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين. و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا علي الأجزاء الأخيرة وحدها. ز- إذا وقع بطلان حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانًا أثر في الحكم. (٢) وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

[٢] لمزيد من التفاصيل عن شرح هذه الأسباب انظر: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، رقم ٢٨٨ وما يليها، ص ٥٠٤ وما يليها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، رقم ١٦٠ وما يليها، ص ٢٩٩ وما يليها؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٧؛ وانظر في الفقه الفرنسي:

Fouchard, Gaillard et Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., n◦ 1692 et s. p.999 et s.

علي الإرادة الفردية وتوسيع لاختصاص المحكم دون مبرر، وبالتالي يغدو حريًا أن يوصم حكم التحكيم بعدم التنفيذ.

٤- تشكيل هيئة التحكيم أو جريان إجراءاته علي نحو مخالف لاتفاق الأطراف أو لقانون دولة مقر التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف علي القانون الواجب التطبيق.

٥- إذا تم إلغاء الحكم أو وقفه بموجب السلطات المختصة في بلد مقر التحكيم أو البلد الذي كان قانونها هو الواجب التطبيق علي موضوع النزاع؛ لأن الحكم يصبح في هذه الحالة وكما يعبر صريح نص المادة ٥/هـ غير ملزم للخصوم، فكيف يتأتى للقضاء يأمر بتنفيذ حكم لم يصبح ملزمًا؟!.

الطائفة الثانية: وتشمل سببين لرفض التنفيذ يحق للسلطات المختصة الاستناد إليهما من تلقاء نفسها وهما:

١- عدم قابلية محل النزاع للتحكيم وفقًا لأحكام القانون المصري.

٢- مخالفة الحكم النظام العام في جمهورية مصر العربية.

هذا الخصوص قانون إجرائي يدخل في عبارة "قواعد المرافعات" الواردة بنصوص المعاهدة المشار إليها، فإن تضمن قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ -لعموم عبارة النص الواردة بالمعاهدة- عن تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فيكون الأول هو الواجب التطبيق بحكم الاتفاقية التي تعد من قوانين الدولة ولا حاجة بالتالي لاتفاق الخصوم في هذا الشأن"[١]. ومن حيث أن هذا القضاء منقول حرفيًا عن قضاء محكمة النقض المصرية – السابق ذكره- الذي أكدت فيه بأنه: "وإذ صدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متضمناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتي تمام تنفيذ أحكام المحكمين، وهو في هذا الخصوص قانون إجرائي يدخل في نطاق عبارة (قواعد المرافعات) الواردة بنصوص معاهدة نيويورك لعام ١٩٨٥، فإن تضمن قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ -لعموم عبارة النص الواردة بالمعاهدة- من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فيكون الأول هو الواجب التطبيق بحكم الاتفاقية التي تعد من قوانين الدولة ولا حاجه بالتالي لاتفاق الخصوم في هذا الشأن ..."[٢].

---

[١] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجاري، الدعوى رقم ٤٣ لسنة ١٢٢ق تحكيم، جلسة ٢٧ مارس ٢٠٠٧ غير منشور. وانظر سابقًا رقم ٥٩١، ص ٣١٢.

[٢] راجع المبادئ التي أرستها محكمة النقض في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ق، جلسة ١٠ يناير ٢٠٠٥. وانظر سابقًا رقم ٥٩٢، ص ٣١٣.

ومن حيث أن ذلك كذلك، فقد انطلق القضاء المصري ومؤسسًا مذهبة علي هذا المفهوم للزعم بأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية يتم بنفس الأسلوب الذي تنفذ به أحكام المحكمين الوطنية، "أي طبقًا لنصوص المواد ٩، ٥٦، ٥٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ... فإن التنفيذ يتم بطلب استصدار أمر علي عريضة بالتنفيذ إلي رئيس محكمة استئناف القاهرة، ويصدر الأمر بعد التحقق من عدم معارضة حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع حكم سبق صدوره في مصر، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام وتمام الإعلان الصحيح، فإن رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر يقدم التظلم إلي محكمة الاستئناف، مما مفاده أن الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة الاستئناف المذكورة بطلب أمر علي عريضة ويتم التظلم في أمر الرفض لمحكمة الاستئناف، وهي إجراءات أكثر يسرًا من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية"[١].

والحقيقة أن مسلك القضاء منتقد – وبشدة – لأكثر من وجه:

ينطوي هذا المسلك – أول ما ينطوي– علي مسخ لاتفاقية نيويورك، فالمادة الثالثة من الاتفاقية الأخيرة قد عهدت للدول بسلطة تحديد قواعد المرافعات أي القواعد الإجرائية للتنفيذ، وذلك لصعوبة تحديد قواعد إجرائية موحد تلتزم بها مختلف الدول، وهو ما يتصور معه –وهذا أمر طبيعي– اختلاف إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من دولة إلي أخري.

ويعد هذا الاختلاف نتيجة طبيعة للقاعدة العالمية المستقر عليها في علم القانون الدولي الخاص، والتي تقضي بخضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي. أما الشروط الموضوعية للتنفيذ، فقد ورد تقريرها – علي نحو موحد– في الاتفاقية، فهي شروط موحدة تلتزم بها مختلف الدول، وقد أبرمت الاتفاقية أساسًا من أجل توحيدها، وبالتالي لا تمتلك أي منها سلطة تقديرية حيالها، فالغاية من اتفاقية نيويورك هي توحيد الشروط الموضوعية لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ليجري تنفيذها في جميع الدول الأعضاء بأسلوب واحد ووفقا لقواعد موضوعية واحدة، فلا تقرر دولة شرطًا أكثر شدة، ولا تقرر أخرى شروطًا أقل شدة، وبذلك يلقي تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية معاملة متساوية في كل الدول. أما وأن يقوم القضاء المصري بالافتئات علي هذه الغاية، واختزال كل أسباب رفض التنفيذ الواردة في أطول مواد الاتفاقية، وهي المادة الخامسة، في مجرد ثلاثة شروط فقط –هي الشروط المنصوص عليها في المادة ٢/٥٨ تحكيم – والتي تحدد تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية – وهي:

---

[١] راجع حكم الدائرة ٩١ تجاري، سابقًا رقم ٥٩١، ص ٣١٢.

- عدم مخالفة حكم التحكيم الأجنبي لحكم سبق صدوره عن المحاكم المصرية ؛

- عدم مخالفة حكم التحكيم الأجنبي لقواعد النظام العام في مصر؛

- إعلان الحكم المحكوم عليه إعلانًا صحيحًا؛

فإن هذا المسلك يعد مسخًا لاتفاقية نيويورك، وتقييدًا لنطاقها دون مبرر، بل وإلغاء كليًا لها. فإذا كان تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية سيجري –وفقًا لما جري عليه القضاء المصري– طبقًا للقواعد الإجرائية في قانون، فماذا سيبقي للاتفاقية من مجال سريان ؟! وماذا تكون العلة من استمرار وجودها؟!

٢– بمراجعة حكم محكمة النقض السابق يتضح أنه صدر عام ٢٠٠٥، في حين صدر حكم محكمة استئناف القاهرة عام ٢٠٠٧، بما يعني أن محكمة النقض –وسواء صدر قبل قضائها أحكام استئناف أخرى في ذات المسألة أو لا – هي التي أرست قاعدة مساواة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، وهو ما يبدو جليا من عبارة حكمها التي قالت فيه –بصفة حرفية– فإن "تضمن (أي قانون التحكيم) قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ ... فيكون هو الواجب التطبيق"، والحقيقة التي لا جدال فيها أن قضاة محكمتنا العليا قد خلطوا بين إجراءات التنفيذ وشروطه، فالاتفاقية قد تركت للدول سلطة تحديد إجراءات التنفيذ، وسواء تم تحديد هذه الإجراءات في قانون المرافعات أو في قانون التحكيم .

وبناءً على ما تقدم فقد وحد القضاء المصري القانون الإجرائي لتنفيذ أحكام التحكيم علي الإطلاق ، حيث يخضع تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية للقواعد الإجرائية التى قررها قانون التحكيم المصري على حد سواء .

أسباب رفض التنفيذ : وردت أسباب رفض التنفيذ في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، والمادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري الصادر ١٩٩٤م ، ولعلها أسباب مرتبطة ببطلان اتفاق التحكيم لإنعدام الأهلية ، والإخلال بحقوق الدفاع ، كذلك إذ تم إلغاء الحكم أو وقفه بموجب السلطات المختصة بدولة المقر أي مقر التحكيم ، وكذلك عدم قابلية الحكم محل النزاع للتحكيم وفقاً لأحكام القانون المصري ، كما يعتبر من أسباب رفض تنفيذ حكم تحكيم المحكمين مخالفته وتعارضه مع النظام العام في الإقليم المصري .

وأخيرًا نأمل أن نكون قد غطينا سائر وجوه الأحكام المتعلقة بقواعد التنازع الدولية وقواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والمصري وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ، وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم ومحاكم التحكيم الإقليمية والدولية .

وهنا وقف القلم.

وفي نهاية هذا الجهد اسأل الله رب العرش العظيم أن يجعل كتابنا هذا كلمة طيبة تصعد وعملًا صالحًا يرفع مصداقًا لقول الله –تعالي– في محكم التنزيل "**من كان يريد العزة فلله العزة جميعًا إليه يصعد الكلم الطيب والعمل الصالح يرفعه والذين يمكرون السيئات لهم عذابٌ شديد ومكر أولئك هو يبور**".

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

نماذج أسئلة لمقرر مادة القانون الدولى الخاص

أولاً : نماذج أسئلة بنظام البابل شيت :

أختر اجابة واحدة فقط لكل عبارة من العبارة التالية :

١- أول من استخدم اصطلاح تنازع القوانين ؟

أ – بول وجان فويت　　ب – سافيني

ج – مانشيني　　د – هوبر

٢- أركان قاعدة التنازع الخارجية ؟

أ- ركنا الفرض والاختيار　　ب- ركنا الحكم والاختيار

ج- ركنا الفرض والقانون الواجب التطبيق　　د- ركنا الفرض والحكم

٣- عناصر قاعدة الاسناد ؟

أ- ضابط الاختيار　　ب- الفكرة المسندة

ج- ضابط الاختيار والقانون المسند اليه　　د- كل ما سبق

٤- مشكلات تفسير قاعدة الاسناد ؟

أ- التكييف　　ب- الاسناد الى قانون دولة تعدد فيها الشرائع

ج- الاحالة　　د- كل ما سبق

٥- القانون الذى يحكم الاستثناء على نظرية بارتان ؟

أ – قانون الموقع　　ب- قانون الجنسية

ج- القانون المختص بحكم النزاع　　د- كل ما سبق

٦- مؤسس نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن ؟

أ- دسبانيه　　ب- كان

ج- مايير د- رابل

٧- المقصود بالقانون المصرى في مجال التكييف ؟

أ- المبادئ السائدة فى القانون الدولى الخاص ب- المبادئ السائدة فى القانون الدولى العام

ج- المبادئ السائدة فى النظام القانون المصرى د- كل ماسبق

٨- تكييف مسائل الأحوال الشخصية ذات العنصر الاجنبي فى القانون المصرى ؟

ا- الشريعة الاسلامية والشرائع الملية ب- الشريعة الاسلامية

ج- الشريعة الاسلامية والكتب القبطية د- كل ما سبق

٩- حالات لا يقبل الآخذ بالاحالة ؟

أ- تعلق قواعد التنازع بالنظام في العقود الدولية ب- تعلق قواعد التنازع بالنظام العام

ج- تعلق قواعد التنازع بالاختصاص القضائي د- كل ما سبق

١٠- يجوز التمسك بتطبيق قواعد الاسناد لاول مرة أمام ؟

أ- محكمة النقض الفرنسية ب- المحكمة الابتدائية المصرية

ج- المحكمة العليا الانجليزية د- محكمة النقض المصرية

١١- شرط الدفع بالذهب فى العقود الدولية ؟

أ- يخالف النظام العام فى فرنسا ب- لا يخالف النظام العام فى فرنسا

ج- لا يخالف النظام العام فى فرنسا ومصر د- لا يخالف النظام العام فى البلاد الاسلامية

١٢- نظام تعدد الزوجات ؟

أ- يخالف النظام العام فى القوانين الآوربية ب- لا يخالف النظام العام فى القانون الآمريكي

ج- لا يخالف النظام العام فى القانون الآلماني د- يخالف النظام العام فى القانون المصرى

١٣- أسباب استبعاد القانون الآجنبي ؟

أ- القانون المصرى ب- الشريعة الآسلامية

ج- النظام العام والغش د- كل ما سبق

١٤- أوجه التشابه بين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش؟

أ- الوسيلة ب- الوسيلة والآثار

ج- الوسيلة والهدف والسلطة د- كل ما سبق

١٥- النظام العام فى القانون الدولى الخاص يتميز ؟

أ- بالوطنية ب- باستبعاد القانون الداخلى

ج- باستبعاد القانون الآجنبي د- كل ما سبق

١٦- القانون الشخصي لمتعدد الجنسية هو ؟

أ- قانون القاضي ب- القانون المقارن وقانون القاضي

ج- قانون القاضي والمواطن د- قانون القاضي وقانون الجنسية الواقعية

١٧- اذا سافر وطنيان الى الخارج لابرام عقد قرض بينهما بقص التهرب من أحكام القانون الآمرة والاتفاق على اخضاعه للقانون الايطالى ؟

أ- يمكن الدفع والغش ب- يمكن الدفع بالنظام العام

ج- يمكن الدفع بالصورية د- يمكن الدفع بأعمال قواعد البواليس فى قانون القاضي

١٨- القاعدة العامة بشأن الأهلية هي ؟

أ- قانون الجنسية ب- قانون المواطن

ج- قانون الموقع د- كل ما سبق

١٩- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج هو ؟

أ- قانون الجنسية والمواطن ب- قانون محل ابرام العقد

ج- القانون الذى يحكم الموضوع د- كل ما سبق

٢٠ زواج الآجانب فى مصر صحيح من ناحية الشكل اذا تم مراعاة ؟

أ- الشكل الآسلامي والمدني الرسمي ب- الشكل القنصلي والدبلوماسي

ج- الشكل فى قانون الجنسية والمواطن د- كل ما سبق

٢١- استثناءات على نظرية بارتان هي؟

أ- تكييف المال ب- تكييف العقود والتكييف اللاحق

ج- تكييف المال والتوسع فى تفسير قانون القاضي د- كل ما سبق

٢٢- قاعدة الاسناد بشأن أثار الزواج هي ؟

أ- قانون جنسية كل من الزوجين ب- قانون جنسية الزوجة وقت ابرام عقد الزواج

ج- قانون جنسية الزوج والزوجة وقت رفع الدعوى د- قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج

٢٣- القانون الذى يحكم النفقة الوقتية هو ؟

أ- قانون جنسية الزوج وقت انعقاد العقد ب- قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

ج- قانون القاضي د- كل ما سبق

١٤- اذا سافر وطنيان الى الخارج لابرام عقد قرض بينهما بقصد التهرب من أحكام القانون الآمرة والاتفاق على اخضاعه للقانون الايطالى ؟

أ- يمكن الدفع بالصورية

ب- يمكن الدفع باعمال قواعد البوليس في قانون القاضي

ج- يمكن الدفع بالغش

١٥- هل يمكن للقاضي تطبيق قانون دولة أجنبية لم تعترف دولته بالسلطة الحاكمة ؟

أ- يمكن تطبيق قانون الدولة الآجنبية ب- يمكن تطبيق قانون القاضي

ج- يمكن تطبيق قانون الدولة القديم

١٦- ما هي وظيفة قاعدة الاسناد أو التنازع ؟

أ- تحقيق الآمان القانون والعدالة ب- نشر روح التعاون ونفاذ القنوانين

ج- تحقيق العدالة المقاربة

١٧- اذا سافر ايطاليان الي مصر ويريدون الحصول على حكم من القضاء المصرى بالطلاق ولا يرغبون في الخضوع للقانون الايطالى ، فما هو القانون الواجب التطبيق ؟

أ- القانون الايطالى ب- القانون المصرى ج- القانون المصرى والايطالى

١٨- اذا كان قانون القاضى يخلو من نص بدل يحكم المسالة بعد استبعاد القانون الاجنبي المختص ، يطبق القاضي ؟

أ- مبادئ القانون الطبيعي ب- المبادي العامة للقانون ج- العرف

١٩- يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينة الاخرى فيما يختص بالعقاء ؟

أ- قانون الارداة الصريحة ب- قانون القاضي ج- قانون الموقع

٢٠- أثر الدفع بالغش نحو القانون هو ؟

أ- ابطال النتيجة والهدف ب- ابطال الوسيلة ج- ابطال النتيجة

٢١- اذا قام شخص بتغيير ديانته ليتجنب الحكم المانع من التطليق ، فان أثر الغش هو ؟

أ- تطبيق قانون الديانة السابقة ب- تطبيق قانون الديانة الجديدة

ج- تطبيق قانون القاضي

٢٢- اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالالتزام ؟

أ- اذا نشأ الالتزام ونفذ فى السعودية

ب- اذا نشأ الالتزام ونفذ فى مصر

ج- اذا نشأ الالتزام ونفذ فى الخارج

٢٣- هل ينعقد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى حالة تعدد المدعون وكان أحدهم متوطن فى مصر والآخرين في الخارج ؟

أ- ينعقد بشرط ب- لا ينعقد ج- ينعقد الاختصاص للمحاكم الآجنبية

٢٤- هل ينعقد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالتركات ؟

أ- لا ينعقد

ب- ينعقد اذا تم افتتاح التركة فى مصر

ج- ينعقد اذا كان المورث أجنبي

٢٥- توفي عجيل كويتى فى مدينة القاهرة أثر تصادم بسيارته وسيارة مارك الانجلزي فى مدينة لندن ، وترك زوجة وأولآدأ فى قصرأ وترك أموالآ منقولة وعقارين بمدينة العريش ، هل تختص المحاكم المصرية بالدعوى التر ترفعها الزوجة بتعيينها وصية على أبنائها ودعوى تعيين حارس ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على الدعويين ؟ وهل تختص المحاكم المصرية بدعوى التعويض ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على الدعويين ؟ وهل تختص المحاكم المصرية بدعوى التعويض ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق ؟

أ- نعم تختص والقانون المصرى والكويتي والانجليزي

ب- نعم تختص والقانون المصرى أو الكويتي أو الانجليزي

ج- نعم تختص والقانون المصرى أو الكويتي

٢٦- النظام العام وقانون دولة الزوج بخصوص أثار الزواج ؟

أ- اعمال الآثر المخفف للنظام العام

ب- اعمال قانون جنسية الزوجة

ج- اعمال قانون جنسية القاضي

٢٧- القانون الواجب التطبيق على التطليق هو ؟

أ- قانون جنسية الزوجة وقت رفع الدعوى

ب- قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

ج- قانون جنسية الزوج وقت ابرام العقد

٢٨- يعتبر العقد دولياً ؟

أ-اذا ارتبط بالتجارة الداخلية

ب- اذا ارتبط بالتجارة الخارجية

ج- اذا ارتبط بالقانون المصرى

٢٩- المعيار الاقتصادي لدولية العقد هو ؟

أ- اذا ارتبط بأكثر من نظام قانوني

ب- اذا ارتبط بالتجارة الداخلية

ج- لا شي مما سبق

٣٠- قاعدة قانون الارادة الصريحة والضمنبية منصوص عليها فى التشريعات الوطنبية فى ؟

أ- المادة ٢٠ من القانون المدني المصرى

ب- المادة ١٨ من القانون المدني المصرى

ج- لا شي مما سبق

٣١- القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية ؟

أ- قانون الجنسية

ب- القانون المقارن

ج- لا شي مما شبق

٣٢- هل يمكن الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الآمر بالتنفيذ الدولية ؟

أ- نعم يمكن بالتظلم

ب- لا يمكن الطعن

ج- لا شي مما سبق

٣٣- ما هي الشروط الواجب توافرها حتى نلجأ لقانون المرافعات المصرى لكى ننفذ الحكم الآجنبي ؟

أ- اذا كانت المحاكم الآجنبية غير مختصة

ب- اذا كان الحكم ابتدائي

ج- لا شي مما سبق

٣٤- هل ينعقد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بدعاوى النفقات ؟

أ- نعم ينعقد

ب- لا ينعقد

ج- ينعقد على سبيل الاستثناء

٣٥- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج هو ؟

أ- قانون جنسية الزوج

ب- القانون الذى يحكم الموضوع

ج- قانون كل من الزوجين

٣٦- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية هو ؟

أ- قانون جنسية الموصي وقت الحياة

ب- قانون جنسية الموصي له وقت الوفاة

ج- لا شي مما سبق

٣٧- القاعدة العامة بشأن الأهلية هي ؟

أ- قانون الجنسية

ب- قانون الموقع

ج- لا شي مما سبق

٣٨- نظام تعدد الزوجات ؟

أ- يخالف القانون المصرى

ب- لا يخالف القانون الامريكي

ج- لا شي مما سبق

٣٩- استثناءات على نظرية بارتان هي ؟

أ- تكييف العقود ب- تكييف القاضي ج- لا شي مما سبق

٤٠- القانون الذى يحكم النفقة الوقتية هو ؟

أ- قانون القاضي ب- قانون جنسية الزوج ج- لا شي مما سبق

أختر الاجابة الصحيحة لكل عبارة من العبارات التالية :

١- شرط اجراء الزواج فى حفل ديني يحضره رجل دين ليقوم ببعض الطقوس الدينية شرط موضوعي فى ؟

أ- القانون المصرى أو اللبناني ب- القانون الفرنسي او الانجليزي

ج القانون اليوناني أو الآلماني

٢- أركان قاعدة التنازع الخارجية؟

أ- ركنا الفرض والحكم ب- الحكم والآختيار ج- ركنا الفرض وقانون الموقع

٣- مؤسس نظرية اخضاع التكييف للقانون المختص بحكم الزاع ؟

أ- دسبانيه ب- رابل ج- مايير

٤- حصلت مريم الفرنسية من قضائها الوطنى على حكم بتطليقها من مايكل الآلماني ، وعندما أرادت الزواج من محم السعودي لدي مكاتب التوثيق المصرية أقام مايكل دعوى معارضة أمام القضاء المصرى ، واستند ال أن الآلماني هو الذى يحكم أثار الزواج وهذا القانون يمنع زواجها حيا حياة زوجها السابق ، هل تختص المحاكم المصرية بدعوى المعارضة ؟ وما رأيك فى هذا الدفع ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق ؟.

أ- نعم تختص والدفع صحيح والقانون الآلماني

ب- نعم تختص والدفع باطل والقانون الفرنسي

ج- نعم تختص والدفع باطل والقانون المصرى أو القانون السعودى

٥- تكييف مسائل الآحوال الشخصية ذات العنصر الآجنبي فى القانون تامصرى تحكمها ؟

أ- الشرائع الملية ب- الشريعة الآسلامية ج- الشريعة المسيحية

٦- لا يجوز التمسك بتطبيق قواعد الاسناد لاول مرة أمام ؟

أ- محكمة النقض الفرنسية ب- محكمة النقض المصرية

ج- المحكمة الآمريكية العليا

٧- شرط الدفع بالذهب فى العقود الدولية ؟

أ- يخالف النظام العام فى فرنسا ب- لا يخالف النظام العام فى مصر وانجلترا

ج- لا يخالف النظام العام فى فرنسا

٨- حالات لا يبقل الآخذ بالاحالة

أ- تعلق قواعد التنازع فى العقود الدولية

ب- تعلق قواعد التنازع بعقود الزواج

ج- تعلق قواعد التنازع بالأهلية

٩- اذا تجنس شخص بجنسية أجنبية لتجنب الحكم المانع من التطليق فان أثر الغش هو ؟

أ- تطبيق قانون القاضي ب- تطبيق قانون الجنسية الجديدة

ج- تطبيق القانون المختص

١٠- ما هو القانون الشخصي لمنعدمي الجنسية ؟

أ- قانون الاقامة ب- قانون الجنسية ج- قانون المواطن أو قانون الموقع

١١- أسباب استبعاد القانون الاجنبي ؟

أ- الشريعة الآسلامية ب- الغش ج- القانون المصرى

١٢- أوجه التشابه بين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش ؟

أ- الوسيلة ب- قانون القاضي ج- لا شي مما سبق

١٣- النظام العام فى القانون الدولى يتميز ؟

أ- بالاخلاق ب- بالوطنية ج- بالتطبيق

ثانياً : نماذج أسئلة بالنظام المقالى

السؤال الاول :

عرف العقد الدولي ومعايير دوليته ، وكيف يكون الحكم الأجنبي مخالفاً للنظام العام والآداب في مصر ؟

السؤال الثاني :

أ- ما هي الشروط التي يجب توافرها حتي نلجأ الى قانون المرافعات المصرى لكي ننفذ الحكم الأجنبي ؟

ب- هل ينعقد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى حالة تعدد المدعي عليهم وكان أحدهم متواطنا فى مصر والاخرون فى الخارج ؟ واذا كانت الاجابة بنعم ، فما هي شروط هذا الانعقاد ؟

السؤال الثالث :

عرف قواعد تنازع القوانين ونطاقها ، وماهى الحالات التى لا يقبل الأخذ بالإحالة في نظرية التنازع ؟ وما هو القانون الشخصي لعديم الجنسية ؟ وهل يمكن الطعن في الحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ حكم أجنبي ؟

السؤال الرابع :

أ ــ أكتب في نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن من حيث مضمونها وأساسها وتقويمها .
ب ــ أكتب في قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج .
ج ــ أكتب في إخضاع التكييف لقانون القاضي .
د ــ أكتب في التكييف في القانون المصري .

ثالثاً : نماذج قضايا عملية

القضية الأولي : توفي (عجيل) الكويتي الجنسية فى مدينة القاهرة أثر تصادم بسيارته وسيارة (مارك) الفرنسي فى مدينة باريس وترك زوجة وأولادا قصرا وترك أموالا منقولة وعقارا بمدينة العريش المصرية وعقارا بمدينة الكويت وعقارا بالمدينة المنورة بالمملكة العربية السعودية .

لجأت اليك الزوجة لاستشارتك فى المسائل القانونية الآتية :

١- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى الزوجة التي تنوي رفعها بتعيينها وصية على أبنائها ؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى ؟

٢- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى تعيين حارس؟

وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى ؟

٣- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى التعويض التي تنوى الزوجة رفعها على (مارك) الفرنسي ؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى .

٤- هل تختص المحاكم المصرية بدعاوى المنقولات والعقارات ؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعاوى ؟ فبماذا تجيبها وما هي أسانيدك فى ضوء قواعد القانون الدولى الخاص المصرى ؟

القضيـــة الثانيـــة : حصلت (مريم) الفرنسية الجنسية من قضائها الوطنى على حكم بتطليقها من (مايكل) الألماني ، وعندما أرادت الزواج من (فيصل السعودى) لدى مكاتب التوثيق المصرية أقام (مايكل) دعوى معارضة أمام القضاء المصرى واستند الى أن القانون الآلماني هو الذى يحكم أثار الزواج وفقا لقاعدة التنازع المصرية الواردة فى المادة ١٣ وهذا القانون يمنع زواجها حال حياة زوجها السابق . هل تختص المحاكم المصرية بدعوى المعارضة ؟ وما رأيك فى هذا الدفع ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق؟ مع ذكر أسانيدك فى ضوء قواعد القانون الدولى الخاص المصرى .

القضية الثالثة :

- تزوجت (سندس) المصرية الجنسية من (أبو اسماعيل) المصرى الجنسية ، المتوطنان فى احدي الدول العربية زواجا عرفيا باعتباره أحد الآشكال المقررة فى قانون هذه الدولة (قانون بدل ابرام عقد الزواج) وأنجبا ثلاثة أولاد محمد أنس ويوسف ، ما لبث أن دب الخلاف بين الزوجين بسبب اساءة أبو أسماعيل معاملة زوجته سندس ، وعادت الى مصر ومعها أولادها حيث أقامت لدى بعض أقاربها ، وأرادت الزوجة أن تحصل على بعض حقوقها ونفقة للاولاد .
- لجأت اليك الزوجة لاستشارتك فى المسائل القانونية التالية :

أ- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى نفقة الزوجية التى تنوى رفعها ضد زوجها؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى؟ وهل يتغير الحل لو فقد الزوج جنسيته واكتسب جنسية دولة أخرى؟

ب- لو أنكر الزوج الذى لا يقيم فى جمهورية مصر العربية زواجه من المدعية ودفع بعدم قبول النفقة المرفوعة منها استنادا الى ان القانون المصرى يقضي بعدم سماع دعوى الزوجية عند الانكار الا اذا كان فى ذلك ثابت فى ورقة رسمية فا رأيك فى هذا الدفع؟

ج- لو أرادت الزوجة رفع دعوى أمام القضاء المصرى بتقرير نفقة للاولاد الثلاثة ضد زواجها هل تختص المحاكم المصرية بنظر هذه الدعوى؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى؟ فبماذا تجيبها وما هي أسانيدك فى ضوء قواعد القانون الدولى الخاص المصرية ؟

القضيـــة الرابعـــــة :

- تزوجت (مريم) مصرية الجنسية من (الخاطرى) كويتي الجنسية ، وبمناسبة الزواج وهب الزوج لزوجته فيلا بالمدينة المنورة بالسعودية على ساكنها أفضل الصلاة والسلام ، كما استأجر لها شقة بمدينة الكنوز بقنا حبث أقام الزوجان وأنجبا ثلاثة أولاد محمد وأنس ويوسف ، ما لبث أن دب الخلاف بين الزوجين بسبب رغبة الزوج الزواج بثانية انتهي الآمر بينهما الي أن هجر الزوج زوجته وسافر الى الخارج دون أن تعلم له موطن معلوم .

- لجأت اليك الزوجة لاستشارتك فى المسائل القانونية التالية :

أ- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى نفقة الزوجية التى تنوى رفعها ضد زواجها؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى؟

ب- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى نفقة الآولاد ؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى؟

ج- هل تختص المحاكم المصرية بدعوى التطليق للهجر التى تنوى الزوجة رفعها ضد زواجها؟ وما هو القانون الذى يحكم هذه الدعوى؟

د- هل تختص المحاكم المصرية بنظر المنازعات الناشئة عن عقد هبة الفيلا ، وعقد ايجار القة؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على هذين العقدين؟ فبماذا تجيبها وما هي أسانيدك فى ضوء قواعد القانون الدولى الخاص المصرية ؟

القضية الخامســـة :

- تزوجت (سندس) لبنانية الجنسية التى كانت مصرية الجنسية أثناء ابرام عقد الزواج من (محمد) كويتي الجنسية ، وبمناسبة الزواج وهب الزوج زوجته فيلا بالمدينة المنورة بالسعودية على ساكنها أفضل الصلاة والسلام ، كما استأجر لها شقة بمدينة العريش بسيناء حيث أقام الزوجان

وأنجبا ثلاثة أولاد محمد وكريم وسندس ، ما لبث أن دب الخلاف بين الزوجين بسبب رغبة الزوج الزواج بثانية ، انتهى الأمر بينهما إلي أن هجر الزوج زوجته ويسافر إلي الخارج دون أن تعلم له موطن معلوم .

ــ لجأت الزوجة لإستشارتك في المسائل القانونية التالية :

أ ــ هل تختص المحاكم المصرية بدعوى نفقة الزوجية التى تنوي رفعها ضد زوجها ؟ وما هو القانون الذي يحكم هذه الدعوى ؟

ب ــ هل تختص المحاكم المصرية بدعوي نفقة الإبن ؟ وما هو القانون الذي يحكم هذه الدعوى ؟

ج ــ هل تختص المحاكم المصرية بدعوى التطليق للهجر التى تنوى الزوجه رفعها ضد زوجها ؟ وما هو القانون الذي يحكم هذه الدعوى ؟

د ــ هل تختص المحاكم المصرية بنظر المنازعات الناشئة عن عقد هبة الفيلا ، وعقد إيجار الشقة ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على هذين العقدين ؟ فبماذا تجيبها وما هي أسانيدك في ضوء قواعد القانون الدولى الخاص المصرية ؟

قائمة المراجع

١- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : فقه المرافعات المدنية الدولية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠م .

٢- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع وصولاً ومنهجاً ، مكتبة الجلاء بالمنصورة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦م .

٣- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : المختصر في التنازع الدولي للقوانين ، الطبعة الأولي ، دار الحقوق للطبع والنشر .

٤- د/ أبوالعلا النمر : الإختصاص القضائي الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم الأجنبية في مصر ٢٠١٣ / ٢٠١٤م .

٥- د/ أبوالعلا النمر : المختصر في تنازع القوانين ٢٠١٣/ ٢٠١٤م .

٦- د/ أمين أحمد الحفنى : الحماية الجنائية للآثار ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ .

٧- د/ أشرف وفا : الوسيط في القانون الدولى الخاص ، الطبعة الأولي ، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م ، الناشر دار النهضة العربية .

٨- د/ عناية عبدالحميد ثابت : تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولى وأحكام فضي في القانون المصري ، طبعة ٢٠٠٢م .

٩- بشير محمد السباعي : فلسفة قوانين الآثار وتطوير حماية الآثار والأعمال الفنية ، ط١ ، المركز العربي للدراسات الأمنية ، سنة ١٩٩٢م .

١٠- د/ عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧م .

أ ــ الكتب العامة والمتخصصة :

١- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : أصول المرافعات المدنية والدولية : الطبعة الأولى ، مكتبة العالمية بالمنصورة ، ١٩٨٤ ، في ٥٣٧ صفحة .

٢- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة : بين قانون العقوبات الدولى والقانون الدولى الخاص ، (دراسة تأصيلية مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، في ٣٦٣ صفحة ، وقد نال هذا الكتاب جائزة الدولة في القانون الدولى الخاص والقانون الجوي الدولي ، لعام ١٩٨٦.

٣- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص : (دراسة تحليلية تطبيقية) ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، في ٢٣٢ صفحة .

٤- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : المختصر في التنازع الدولى للقوانين : الطبعة الأولى ، دار الحقوق للطبع والنشر ، في ٢٣٢ صفحة .

٥- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية : الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، في ٤٣٣ صفحة .

٦- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : الوسيط في القانون الدولى الخاص السعودى : دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، جامعة الملك سعود ، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧ .

٧- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : فقه المرافعات المدنية الدولية ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، العام ٢٠٠٠ ، ويقع في ١١٧٣ صفحة .

ب ـ المقالات والبحوث :

١- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولى الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٨٤ ، العدد ٤٠ ، ص ١٣٣ وما بعدها .

٢- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : مسائل الإجراءات في الخصومة المدنية الدولية ، في ضوء اتفاقية التعاون القضائي في المواد المدنية المبرمة في مارس ١٩٨٢ بين مصر وفرنسا واتفاقيات لاهاي ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، ١٩٨٦ ، العدد ٤٢ ، ص ٧٣ – ١٢٥ ، ومنشور كذلك في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ١٩٨٧ ، العدد الثاني ، ص ٤٣ – ١١٠ .

٣- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : شروط الثبات التشريعى في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، ١٩٨٧ ، العدد ٤٣ ، ص ٦٣ – ٩٧ .

٤- د/ أحمد عبدالكريم سلامه : القانون الجنائي الأجنبي أمام القاضي الوطني ، دراسة في ضوء مبادئ القانون الدولى الخاص وقانون العقوبات الدولى ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، ١٩٨٨ ، العدد ٤٤ ص ١٦٥ – ١٩٨ .

٥- د/ على باشا : إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ـ جامعة جنوب الوادي .

الفهـرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٣ – ٥
الهدف من دراسة مقرر القانون الدولى الخاص	٥ – ٦
الجزء الاول **تنازع القانونين**	٧ – ١٦٥
أمثلة التنازع القوانين	٨
غياب التنظيم القانوني لعلاقات الأفراد	٨
التعريف بقواعد تنازع القوانين	٩
نطاق قواعد تنازع القوانين	١٠
أ- الصفة الخاصة	١٠
ب-الصفة الدولية لتنازع القوانين	١٤
الباب الأول: النظرية العامة لتنازع القوانين	١٩
الفصل الأول: تحليل قاعدة الاسناد	٢٠
المبحث الأول: خصائص قاعدة الإسناد	٢١
المبحث الثاني: عناصر قاعدة الإسناد	٢٤
المبحث الثالث: مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية	٢٨
المطلب الأول: موقف القضاء من الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد	٢٩
المطلب الثاني: موقف الفقه من الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد	٣١
الفصل الثاني: مشكلات تفسير قاعد الإسناد	٣٤
المبحث الأول: مشكلة التكييف	٣٥
المطلب الأول : عرض المشكلة	٣٥
المطلب الثاني : إخضاع التكييف لقانون القاضي	٣٩
المطلب الثالث : إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع	٤٥
المطلب الرابع : إخضاع التكييف للقانون المقارن	٤٧
المطلب الخامس : القانون الذي يحكم التكييف في مصر	٥٠
المبحث الثاني : مشكلة الإحالة	٥٤

المبحث الثالث : الإسناد إلي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع	٦٣
الفصل الثالث : إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق	٦٧
المبحث الأول : الدفع بالنظام العام	٦٨
المبحث الثاني : الدفع بالغش نحو القانون	٧٧
الباب الثاني : الأحكام الوضعية في تنازع القوانين	٨٣
الفصل الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بالأشخاص	٨٥
المبحث الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بالحالة والأهلية	٨٥
المبحث الثاني : قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج والطلاق	٩٨
المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق علي النفقة فيما بين الأقارب	١١٥
المبحث الرابع : قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث والوصية	١١٦
الفصل الثاني : الإلتزامات الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية	١٢٥
المبحث الأول : الإلتزامات التعاقدية	١٢٦
المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق علي الإلتزامات الغير تعاقدية	١٥٣
المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق علي الأموال	١٥٧
المطلب الأول : الأموال المادية	١٥٧
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق علي الأموال المعنوية	١٥٩
الجزء الثاني **الإجراءات المدنية والتجارية الدولية**	١٦٦ –
الباب الأول : الإختصاص الدولي للمحاكم المصرية	١٧٢
الفصل الأول : ضوابط الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصري	١٧٩
المبحث الأول : الإختصاص المبنى علي مركز أطراف الدعوي	١٨٠
المبحث الثاني : الإختصاص المبني علي نوعية الدعوي	١٩٥
المبحث الثالث : الإختصاص المراعي فيه حسن أداء العدالة	٢٠٩
الفصل الثاني : الدفوع المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي	٢١٩
المبحث الأول : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	٢٢٠
المبحث الثاني : الدفع بعدم قبول الدعوي	٢٢٧
الباب الثاني : تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر	٢٣٥
الفصل الأول : أنظمة تنفيذ الأحكام الأجنبية	٢٣٦
الفصل الثاني : شروط الأمر بالتنفيذ	٢٤٠
الفصل الثالث : دعوي الأمر بالتنفيذ الدولية	٢٤٧

الباب الثالث : تنفيذ حكم التحكيم	٢٥٢
أولاً : المبدأ في التحكيم التجاري التقليدي	٢٥٣
ثانياً : تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية وفقاً لقانون التحكيم المصري	٢٥٤
ثالثاً : شروط الأمر بالتنفيذ	٢٥٦
رابعًا : التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ	٢٥٧
خامساً : التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ	٢٥٨
سادساً : تنفيذ أحكام المحكمين وفقاً لاتفاقية نيويورك	٢٦١
سابعاً : فض التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون المرافعات	٢٦٢
ثامناً : فض التنازع بين اتفاقية نيويورك وقانون التحكيم	٢٦٣
تاسعاً : طلب الأمر بالتنفيذ .	٢٦٤
عاشراً : إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين والمحكمة المختارة	٢٦٥
حادي عشر : أسباب رفض التنفيذ	٢٦٩
أسئلة شاملة عن المقرر بالكامل	٢٧٥
المراجع	٢٨٩
الفهرس	٢٩١