الأختصاص القضائي الدولي المبني على منع انكار العدالة

International jurisdiction based on the denial of justice

د. عمر حسين علوان النداوي

Dr.. Omar Hussein Alwan Al-Nadawi

كلية الامام الاعظم ابو حنيفة (رحمه الله) الجامعة

mailto:omarhussen278@gmail.com

المقدمة

يعتبر الاختصاص القضائي الدولي من بين المسائل التي يفصل فيها القاضي الوطني بمناسبة النظر في المنازعات الدولية الخاصة، حيث تسعى كل دولة الى تحديد اختصاصها احتراماً لسلطتها وسيادتها مع احترام المصلحة الوطنية والعلاقات الدولية عملاً بمبدأ حسن سير العدالة وتحقيق التعاون القضائي الدولي، إلى أنه قد ترد حالات على سبيل الاستعجال تتطلب من القاضي اخذ تدابير بهدف الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية التي تضمن تحقيق العدالة وحماية الطرف الضعيف ويطلق على هذه التدابير تسمية الاجراءات الوقتية والتحفظية، ويسعى القاضي في بعض الحالات الى منح اختصاصه تجنباً لانكار العدالة مما قد يجعل من النزاع بدون محكمة مختصة للفصل فيه[١].

يلتزم القضاء في كل دولة بتحقيق العدالة لرعاياها وعلى إقليمها، وبما أن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي تتوزع عناصرها بين أكثر من دولة فإنه يمكن القول أن كل دولة من هذه الدول تلتزم بتحقيق العدالة لأطراف العلاقة القانونية من جانبها، ومن هنا فإنه لابد أن يكون هناك نوع من التنسيق والتعاون بين محاكم الدول المختلفة التي تكون لها صلة بالعلاقة القانونية.

ومن جانب آخر، لما كانت الدول تسعى إلى أداء العدالة لرعاياها والمتوطنين فيها،ولمّا كان هؤلاء قد لا يجدون من بين الدول التي لها صلة بعلاقاتهم ذات العنصر الأجنبي من تسمح لهم بالترافع أمام قضائها لسبب أو لاخر- فانه لابد للدولة ان تجعل محاكمها بمثابة الملاذ

(١) د. البشير اورير، ود. ليلى قايد، مبدأ انكار العدالة والاختصاص القائي الدولي في مسائل الاجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد ١٣، العدد١ (العدد التسلسلي ٢٦)، اذار ٢٠٢١، ص ٦٥٣.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الاخير لهؤلاء عندما لا يجدون من يعيد اليهم حقوقهم في الخارج. وهذا هو الاختصاص المبني على منع انكار العدالة، وهو ما سنبحثه خلال دراستنا.

وتتجلى أهمية الدراسة من حيث أنه يمثل نوعاً من التداخل بين موضوعات القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص. فانكار العدالة يفهم في مجال القانون الدولي العام على انه «أحد الافكار التقليدية للعمل غير المشروع الصادر من دولة ما ضد رعايا دولة اخرى، وهذا المفهوم ليس حديثاً بل يعود الى القرون الوسطى حيث ارتبط بفكرة الثار المعروفة انذاك ثم اصبح حديثاً احد مباحث المسؤولية الدولية»[1]. وقد انتقل هذا المفهوم الى مواضيع القانون الدولي الخاص تحديداً الى مجال الاختصاص القضائي الدولي[2]، وعليه نصيغ اشكالية بحثنا من خلال التساؤل التالي: الى أي مدى يساهم مبدأ عدم انكار العدالة في تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي؟ وتتفرع بطبيعة الحالعن هذه الاشكالية اسئلة تدور حول مفهوم مبدأ انكار العدالة، ونطاق الاختصاص الدولي وشروطه.

وبناء على المنهج الوصفي التحليلي والذي يعد من اهم مناهج البحث العلمي ولا غنى عنه في كافة الدراسات، ومن خلال المنهج القانوني الدولي لبيان الأحكام الدولية في هذا الخصوص، فإننا قمنا بتقسيم البحث وفق مطلبين رئيسيين:

(١) د. مصطفى احمد فؤاد، مفهوم انكار العدالة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٦، ص٥٩-٦٠.

(٢) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ١٨٦. عز الدين عبد الله، ابحاث في القانون الدولي الخاص والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كانون الثاني، العدد الاول، ١٩٦١، ص٦٨٨.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

المطلب الأول: الإطار النظري لمفهوم إنكار العدالة.

المطلب الثاني: نطاق الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة وشروطه.

المطلب الأول: الإطار النظري لمفهوم إنكار العدالة

يدور المجال الحقيقي لدراسة فكرة انكار العدالة في فلك القانون الدولي العام، وخاصة في مجال البحث في المسؤولية الدولية للدولة عن أعمال سلطاتها، وبشكل أدق مسؤوليتها عن اخطاء سلطتها القضائية تجاه رعايا الدول الاخرى[١]، ونرى أن هذا وجه الصلة والاشتراك مع موضوع الاختصاص القضائي الدولي الذي يحدد بدوره الكيفية التي يتعامل بها القضاء الوطني مع الاجانب والعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

الفرع الأول: المفهوم العام لفكرة انكار العدالة

قد يصادف أن تمنح المحاكم الوطنية في بعض الحالات اختصاصها على الرغم من عدم توفر أي ضابط من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها وذلك تفاديا لانكار العدالة، ويتحدد الاختصاص في هذه الحالة عندما يكون القضاء الوطني غير مختص بنظر الدعوى، كما تكون في نفس الوقت المحاكم الاجنبية غير مختصة بالنزاع المطروح امامها مما ينتج عنه عدم وجود قاض مختص للفصل في انزاع، وتفاديا لحدوث هذا الاستثناء وما يترتب عليه من اثار تتمثل في وجود حق غير محمي قضائيا، مما دفع عدة دول الى الاخذ بمنح اختصاص القضاء الدولي لمحاكمها

(١) علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط٨، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص٢٦٦-٢٦٧، محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، المجلد الاول، القاعدة الدولية، ط١، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٧٢، ص٤٤٣-٤٤٤.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

بناء على ضابط تلافي انكار العدالة[١]، وقد طرح الفقه نظريات عديدة حاول من خلالها تحديد مفهوم انكار العدالة وهذه النظريات هي:

أولاً: النظرية المُقّيدة[٢]:

يتحقق انكار العدالة بموجب هذا الرأي عندما ترفض الدولة الاعتراف للاجنبي بحق رفع الدعاوى أمام القضاء الوطني، أي حرمانه من حق التقاضي[٣]. وقد بنيت هذه النظرية على اساس المساواة بين الوطنيين والاجانب في مجال حق التقاضي، وقد اقرت لجنة الاعمال التحضيرية لتصنيف القانون الدولي في لاهاي في هذا المعنى ان انكار العدالة يتمثل في (رفض السماح للاجانب بالترافع امام المحاكم المحلية والسماح بذلك لرعايا الدولة التابعة لها هذه المحاكم)[٤].

انتشر مفهوم هذه النظرية بشكل خاص في دول أمريكا اللاتينية حيث اقرها المؤتمر السابع الذي عقد بين هذه الدول، على أن ما اقره هذا المؤتمر لا يسري إلا بين الدول المتعاهدة بموجب مبدأ نسبية أثر المعاهدات الذي اكده المؤتمر، وتوجهت سهام النقد لهذه النظرية بسبب تقييدها الشديد لمفهوم انكار العدالة حيث يترتب على هذا التقييد اخراج حالات متعددة يمكن أن تنطوي تحت هذا المفهوم كما أنه نادراً ما ترفض دولة ما السماح للاجنبي بالمثول امام محاكمها الوطنية ومن هنا فإن

(١) طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمش للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢، العدد الاول، جامعة جدرا، الاردن، ٢٠٠٩، ص٣١٧.

(٢) ويعبر عنها الفقه بالمفهوم الضيق لانكار العدالة، انظر محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، ط١، شباب الجامعة الاسكندرية، ١٩٧٢، ص٤٤٣.

(٣) مصطفى احمد فؤاد، مفهوم انكار العدالة، منشاة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٦ ، ص٦٣.

(٤) المرجع نفسه، ص٦٤.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

هذه النظرية لا تقدم فائدة عملية[١].

ثانياً: النظرية التعدادية القضائية

يتمثل انكار العدالة بحسب هذه النظرية بذلك التقصير من جانب الجهاز القضائي لدولة ما في منح الحماية القضائية للاجنبي، أي أن هناك نقصاً في الالتزام الدولي الذي تتحمله الدولة عندما تخل أجهزتها القضائية بواجب حماية حقوق الاجانب أمامها، وعليه بحسب هذه النظرية يتحقق انكار العدالة في ثلاثة اشكال:

أولاً: رفض السماح للاجنبي بالمثول امام المحاكم الوطنية.

ثانياً: التراخي غير الطبيعي او على غير ما تقضي به الاصول العامة من قبل المحاكم الوطنية عند فصلها في الدعاوى المرفوعة من الاجنبي.

ثالثاً: الاحكام الظالمة ظلماً بيناً.

ومن هذا القبيل اذا تقدم الاجنبي الى محاكم الدولة بدعوى فصلت في دعواه ولكنها اصدرت ضده حكماً تعسفياً تحت تاثير نزعة خاصة او شعور عدائي ضد الاجانب عامة او ضد جنسية هذا الاجنبي بالذات وكان في الحكم اخلال ظاهر بالعدالة[٢].

كذلك تعرضت هذه النظرية للانتقادات تركزت أغلبها في أنها خلطت بين مفهوم انكار العدالة وبين الاحكام الظالمة ظلماً بيناً، وكذلك التعداد الذي جاءت به هذه النظرية يخرج الكثير من الحالات التي تدخل ضمن نطاق مفهوم انكار العدالة عن هذا المفهوم على سبيل المثال المسائل التي يطلب فيها الاجنبي اثبات بنوة ولا يوجد نص تشريعي يساعده ويوفر له هذا الحق[٣].

(١) المرجع نفسه، ص٦٨.

(٢) علي صادق ابو هيف، مرجع سابق، ص٢٦٧.

(٣) مصطفى احمد فؤاد، مرجع سابق، ص٧٨.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

ثالثاً: نظرية الأجهزة العدلية

بموجب هذه النظرية فان انكار العدالة لا يتمثل باخطاء القضاء العادي فقط كما في النظريات الاخرى بل باخطاء أي جهاز قضائي سواء كان محكمة ادارية ام قضائية عادية كذلك يتحقق في حالة تلك الاجهزة التي يقع على عاتقها عبء تنفيذ الاحكام القضائية جنائية كانت أم مدنية.

بني منطق هذه النظرية على أساس أنه ليس الجهاز القضائي هو الجهة الوحيدة داخل الدولة التي تقوم بواجبات العدالة بل إن هناك أجهزة أخرى تابعة للدولة لا تعتبر بالضرورة أجهزة قضائية لكنها تقوم على شؤون العدالة ومن ثم يمكن ان يتحقق في إعمالها انكار العدالة[1].

رابعاً: النظرية الموسعة

إن انكار العدالة وفقاً لهذه النظرية هو كل تصرف أو اهمال غير مشروع يسبب اضراراً للاجنبي ويستتبع المسؤولية الدولية فكل تصرفات اجهزة الدولة تجاه الاجنبي المتصفة بوصف عدم المشروعية تشكل انكاراً للعدالة. ويتحقق انكار العدالة بموجب هذه النظرية كلما فشل الافراد التابعون لدولة ما في الحصول على حقوقهم من الدول الاجنبية التي يتعاملون معها حتى لو ترافعوا امام قضاء هذه الدول.

وقد تمنى جانب من الشراح المصريين تبنى نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية على هذا النحو تحت ستار التفسير الموسع للمادة/ ٣٢ مرافعات التى تتصدى للاختصاص الدولى للقضاء المصرى القائم على الخضوع الاختيارى[2].

وعلى خلاف النظريات السابقة نجد

(١) المرجع نفسه، ص٨٥.

(٢) د. احمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الاجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص١٥٦ وما بعدها.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

ان هذه النظرية لا تحدد اعمالاً معينة يعد القيام بها انكاراً للعدالة ولا تحدد اجهزة معينة تشكل اخطاؤها انكاراً للعدالة انما تضع مبدأ عاماً لمفهوم الفعل الذي يشكل انكاراً للعدالة ومعياراً اساسياً لذلك هو عدم مشروعية الفعل. وقد انتقدت هذه النظرية على اساس التوسع الزائد حتى ادى ذلك الى اختلاط مفهوم انكار العدالة بمفهوم العمل غير المشروع.

خامساً: النظرية التعويضية

بموجب هذه النظرية يرتبط وجود انكار العدالة بوجود اضرار اصابت الاجنبي مما يستوجب تعويضها، أي ان انكار العدالة لا يتحقق الا في حالة تقاعس الدولة عن اصلاح الاضرار التي اصابت الاجنبي. وطبقاً لهذه النظرية ينحسر انكار العدالة في حالة كون الاجنبي في موقف المدعي في دعوى مدنية. اذ في ظل هذا الموقف يقع على عاتق الدولة تعويض الاجنبي عن الاضرار التي تصيبه فاذا ما قصرت في تحقيق هذا الالتزام فانها تكون قد انكرت العدالة تجاه هذا الاجنبي.

انتقدت هذه النظرية على اساس انه من غير المنطقي ان يكون تحقيق انكار العدالة مرهوناً بكون الاجنبي مدعياً في دعوى مدنية فالانكار يتحقق في كثير من الحالات لا يكون فيها الاجنبي كذلك كما لو كان الاجنبي مدعى عليه في الدعوى.

سادساً: نظرية العدالة الوظيفية

تنطلق هذه النظرية من أساس التمييز بين العدالة والعدل، حيث يرى واضع النظرية ان العدالة تطبيق للعدل وهي بهذا المعنى اما ان تكون نشاطاً او وظيفة، بمعنى ان مفهوم العدالة بوصفه نشاطاً يختلف عن مفهوم العدالة بوصفه وظيفة، فامتناع اجهزة الدولة المختلفة عن تحقيق الحقوق المختلفة للاجنبي يعد من قبيل منع ممارسة العدالة، فاذا ما منعت ممارسة العدالة تجاه الاجنبي فإنه سوف يلجأ الى اجهزة اخرى متخصصة في الدولة تكون وظيفتها لا نشاطها ممارسة العدالة فاذا ما تعسفت هذه الاجهزة بحقوق الاجنبي

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

تكونت عناصر مفهوم انكار العدالة.

ورغم أننا نؤيد هذه النظرية من حيث الاساس الذي انطلقت منه في التمييز بين العدل والعدالة، ففكرة العدل تقوم على المساواة المجردة التي تعتد بالوضع الغالب فالعدالة هي صورة للعدل في موضع التطبيق متاثر بما يفرض ذلك التطبيق من ظروف وملابسات وجزئيات، الا اننا نلاحظ على هذه النظرية ما يأتي:

١- ميزت النظرية بين نوعين من الاجهزة في الدولة الاول يعتبر خطأه انكاراً للعدالة، الا انه لم يضع معياراً دقيقاً وحداً فاصلاً يميز بينهما، بالتالي لا تكون النظرية واضحة تماماً.

٢-تقضي القواعد العامة في المسؤولية الدولية بأن هذه المسؤولية لا تتحقق عن انكار العدالة الا بعد ان يستنفذ الاجنبي داخل الدولة كل الطرق والوسائل القانونية للحصول على حقه دون جدوى واستنفاذ طرق الطعن الداخلية. واذا دققنا النظر في هذه النظرية لوجدنا ان الفكرة الاساسية فيها لاتعدو ان تكون تجسيداً لذلك، وهذا ماتمثل بالقول ان انكار العدالة لا يتحقق الا بعد ان يراجع الشخص نوعي الاجهزة الموجودة في الدولة المذكورة انفاً، لذلك فاننا نرى ان هذه النظرية لم تقدم شيئاً جديداً.

وننوه أخيراً الى ان القضاء الانجلو امريكي ابتدع نظرية بهذا الخصوص وهي نظرية «المحكمة غير الملائمة للفصل في الدعوى المطروحة»، حيث تكون المحاكم الوطنية غير ملاءمة للفصل فى النزاع المطروح عليها إذا تبين لها أن هناك محاكم تابعة لدولة أجنبية تمتلك قدرة أفضل للفصل فى الدعوى المطروحة لاقترابها مثلاً من الأدلة المتطلبة لإثبات الحق المدعى به، أو فيما لو كانت هذه الدولة أكثر كفالة لآثار الحكم الصادر عن محاكمها لوجود أموال للمحكوم عليه يمكن التنفيذ عليها في مجالها الاقليمي. ففي هذا الفرض يفضل

القضاء الانجلو أمريكي التخلي عن اختصاصه بنظر الدعوى المطروحة واحالة أطراف النزاع إلى محاكم الدولة الأجنبية الأكثر ملاءمة للفصل فيه أو الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنه[١].

وبعد ما سبق، نرى أن انكار العدالة يتمثل بكل عمل او امتناع عن عمل يحصل من الاجهزة القضائية والعدلية الاخرى في الدولة ويؤدي الى اهدار حقوق الاجنبي لكونه اجنبياً او ربما لإنتمائه الى جنسية معينة، ثم يستفيد هذا الاجنبي كل الطرق القانونية الممكنة لاستعادة حقوقه ولكن دون جدوى.

وينتج عن كل ذلك مسؤولية للدولة من خلال مقاضاتها من قبل الدولة التي ينتمي لها هذا الاجنبي ويكون ذلك بموجب اتفاقيات واعراف دولية خاصة وامام جهات قضائية دولية معينة.

الفرع الثاني: مفهوم انكار العدالة في الاختصاص القضائي الدولي

يؤسس فقه القانون الدولي الخاص بعض ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على فكرة تلافي انكار العدالة او منع انكار العدالة[٢] والسؤال الوارد هنا هو عن مدى دقة مثل هذا الاستناد الى هذه الفكرة، وبعبارة اخرى هل يمكن لفكرة انكار العدالة ان تؤدي دوراً فعالاً في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي؟ وكيف يمكن تبرير ذلك؟ وبماذا يختلف مفهوم انكار العدالة في الاختصاص القضائي الدولي عن مفهومه

(١) انظر حكم المحكمة العليا لولاية نيويورك بالولايات المتحدة الامريكية الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١، اورده: د. هشام علي صادق، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، شروط التخلي ومعياره في حالة اتفاق الخصوم على الخضوع الاختياري لمحاكم دولة اجنبية، دون دار نشر، القاهرة ٢٠١٤، ص٢٣.

(٢) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٨٨.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

العام في القانون الدولي العام؟.

يرتبط مفهوم انكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي بما يعرف بمشكلة (الخصومة الضالة)[1]، وهي الحالة التي يكون فيها المدعي سواء كان وطنياً أم أجنبياً غير قادر على رفع دعواه سواء أمام المحاكم الوطنية أم الاجنبية، ويرجع ذلك الى عدة أسباب منها كون موطن المدعى عليه مجهول أو أن المدعي لا يستطيع اقامة الدعوى في موطن المدعى عليه لاسباب مادية معينة، كما يرتبط هذا لامفهوم (اقصد انكار العدالة) بحالة رد الدعوى بسبب مخالفة القانون الاجنبي الواجب التطبيق للنظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع وصعوبة اقامة الدعوى في دولة اخرى، كما لو كان يجب عليه اقامة الدعوى في دولته وكان لا يستطيع العودة اليها لانه لاجئ سياسي في دولة اخرى[2].

ويشير جانب من الفقه الفرنسي الى ان حالة انكار العدالة تحدث بسبب عدم وجود تقاسم للاختصاصات بين الدول، فكل دولة تحدد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها دون الاخذ بنظر الاعتبار اختصاص الدول الاخرى، لذلك يرى ان تنظيم هذا الاختصاص من خلال المعاهدات افضل من اللجوء الى التشريع الداخلي.

ونشير في هذا الصدد الى ان تلافي انكار العدالة يكون من خلال تقرير اختصاص استثنائي يستند الى جنسية المدعي الوطنية او توطنه في دولة المحكمة المرفوع اليها الدعوى، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه بقوله: (اذا لم تكن هناك محكمة مختصة بنظر النزاع فيجب ان تكون جميع المحاكم

(١) عكاشة عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص٩٣-٩٤.

(٢) بدر عبد المنعم شوقي،، القواعد العامة للاختصاص القضائي، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العددين الثالث والرابع، دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٧٩، ص٤٩.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الاخرى مختصة بالفصل فيه)[١]، ومعنى ذلك أنه يجب على كل دولة ان تقرر ضابطاً استثنائياً للاختصاص القضائي الدولي يسعف الخصوم الذين لا تمكنهم القواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي من رفع دعواهم وهذا هو المقصود من تلافي انكار العدالة.

وقد اشترطت محكمة النقض المصرية حتى تتخلى عن الاختصاص لصالح المحكمة التي تم الاتفاق عليها، أن تكون هذه الأخيرة مختصة بالفعل بنظر النزاع، ويبدو أن المحكمة المصرية العليا استجابت في هذه النقطة لبعض التوجهات الحديثة التي استهدفت تفادي حاالت إنكار العدالة، وذلك بأن يتخلى القضاء المصري عن اختصاصه بموجب الأثر السالب للخضوع الاختياري لمحكمة أجنبية، ثم تقضي هذه الأخيرة بعدم اختصاصها بنظر النزاع، مما قد يهدد فرص الخصوم في الحصول على حكم عادل[٢].

ويمكننا القول باختصار شديد ان انكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي هو تلك الحالة التي يكون فيها الفرد عاجزاً عن اقامة دعوى معينة لعدم قدرته على الاستفادة من ضوابط الاختصاص القضائي في الدول التي لها صلة بالنزاع.

وحتى نتمكن من الاجابة عن السؤال الذي اوردناه سابقاً والمتعلق بامكانية عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية على أساس منع انكار العدالة لابد أولاً أن نعقد مقارنة بين المفهوم العام لانكار العدالة وبين حالة انكار

(١) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص١١٤.

(٢) حسام أسامة شعبان، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٤، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المنامة، البحرين، العدد١٩، ٢٠١٧، ص٢٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

العدالة في الاختصاص القضائي الدولي وذلك فيما يأتي:

١-ان انكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي يتحقق كما رأينا بسبب غياب التنسيق والتنظيم بين الدول في شان قواعد الاختصاص، او بسبب ظروف واقعية او مادية احاطت بالمدعي مثل حالة كون المدعى عليه اجنبياً ومجهول الموطن ومكان الاقامة في الخارج، ومن هنا فانه لا يمكن القول ان الدولة قد اخطأت او ان انكار العدالة قد حصل بسبب اخطاء قضاء الدولة او اجهزتها العدلية الاخرى وهذا مخالف لمفهوم انكار العدالة الذي يبنى على خطأ اجهزة الدولة القضائية او قيامها باعمال معينة تجاه الاجنبي.

٢-ان الدولة تتمتع بحرية كبيرة في شان تنظيمها لقواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، حيث لا توجد حتى الان هيئة او منظمة عالمية تتولى توزيع الاختصاص الدولي على الدول كما لا توجد قواعد عالمية ملزمة للدول في هذا الشان[١]، ولذلك فانه لا يوجد ما يلزم الدول بان تنظم اختصاصها على نحو معين. لكل ذلك فاننا نرى ان مسؤولية الدولة عن انكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي امر غير وارد، لان المسؤولية الدولية أساسها الاخلال بالتزام قانوني معين وحيث لا التزام فانه لا مسؤولية[٢].

---

(١) بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص٤٦-٤٧.

(٢) وهذا هو الاصل العام في الاختصاص القضائي الدولي اما اذا كانت الدولة ملتزمة بموجب معاهدات معينة كمعاهدة الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية المعقودة بين دول السوق الاوربية المشتركة في عام ١٩٦٨ او بموجب قواعد القانون الدولي العام كالالتزام باحترام قواعد الحصانات والامتيازات المقررة لسفراء الدول الاجنبية ومبعوثيها الدبلوماسيين، فانه في هذه الحالات يمكن ان تتحقق المسؤولية، ولكنها مسؤولية عن الاخلال بالتزام دولي وليس عن انكار العدالة.

٣-ان انكار العدالة في مفهومه العام لا يقع الا على الاجنبي، لان انكار العدالة يتمثل كما قلنا سابقاً باخطاء يرتكبها قضاء الدولة تجاه الاجنبي، اما في مجال الاختصاص القضائي الدولي فان انكار العدالة يمكن ان يقع على الاجنبي والوطني على حد سواء، المهم ان يكون طرفاً في علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي.

ونلاحظ مما سبق ان مفهوم انكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي يختلف اختلافاً كبيراً عن المفهوم العام لهذه الفكرة وسبب هذا الاختلاف هو طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تتميز بانها وطنية ومفردة الجانب[١].

وعليه، فإن انكار العدالة هو تلك الحالة التي يكون فيها احد اطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي، يكون غير قادر على اقامة الدعوة اللازمة للحصول على حقه او تغيير مركزه القانوني، مما يتطلب وجود ضابط استثنائي للاختصاص القضائي الدولي يمنح من خلاله الاختصاص لمحاكم الدولة ليتمكن هذا الطرف من اقامة تلك الدعوى، وان الدول غير ملزمة بتقرير هذا الضابط وعدم اخذها به لا يرتب عليها أية مسؤولية دولية، الا انها غالباً ما تقر هذا الاختصاص حماية للافراد وللعلاقات الخاصة الدولية وسعياً الى تحقيق العدالة التي هي الهدف الاساسي من وراء تنظيم الاختصاص القضائي الدولي وكل فروع القانون الدولي الخاص الاخرى.

المطلب الثاني: الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة من حيث النطاق والشروط

لم يرد مصطلح منع انكار العدالة في التشريعات المقارنة، ومع ذلك فان غالبية الفقه[٢] ذهب الى تأسيس أحد ضوابط

(١) بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص٣٩-٤٤.

(٢) عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص٢٣-٢٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الاختصاص القضائي الدولي على هذه الفكرة، وهذا الضابط هو الضابط الاستثنائي الذي يمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية على وفق شروط معينة، في حالة عدم القدرة على تحديد محكمة أجنبية مختصة بالدعوى، وهذا ما سنوضحه خلال هذه الفقرة:

الفرع الأول: نطاق الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة

تحدد نطاق الاختصاص القضائي الدولي فيما يخص انكار العدالة في عدة مسائل سنحاول توضيحها بعض ان نعرض الاتجاهات الفقية والشتريعية من جهة، ثم نبحث في موقف باقي التشريعات منها وفق التقسيم التالي:

أولاً: الاتجاهات التي كانت محل خلاف بين الفقه والقانون المقارن

لقد كان نطاق الاختصاص القضائي الدولي المبني على منع انكار العدالة محل خلاف بين الفقه وكذلك القانون المقارن، وهذا الخلاف انقسم بشكل عام الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: الاقتصار على مسائل الاحوال الشخصية

ورائد هذا الاتجاه المشرع المصري حيث نصت الفقرة السابعة من المادة الثلاثين من قانون المرافعات والتجارية النافذ على: «تختص محاكم الجمهورية بالدعوى المرفوعة على الاجنبي الذي ليس له موطن او محل اقامة في مصر اذا كانت الدعوى متعلقة بمسالة من مسائل الاحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً او اجنبياً اذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج او كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى».

ومن هذا النص يتبين لنا بوضوح ان المشرع المصري قد اشترط صراحة ان تكون الدعوى متعلقة بمسائل الاحوال الشخصية، ويؤيد اتجاه المشرع المصري هذا جانب من الفقه[1] بالقول ان مسائل

(١) عكاشة عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص٩٥-٩٦.

الاحوال الشخصية لها اهميتها في القانون المصري الذي يستمد اسسه من الشريعة الاسلامية التي تعتبر الشريعة العامة فضلاً عن الشرائع الاخرى الخاصة بغير المسلمين، وكذلك عندما يتعلق الامر بمسالة من مسائل الاحوال العينية فانه غالباً ما تكون هناك محكمة لها الاختصاص مثل محكمة موقع المال او محل الالتزام.

ولابد من الاشارة في هذا الصدد الى ان جانباً من الفقه المصري قد ذهب الى استثناء الدعوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج من حالات الاختصاص المبني على منع انكار العدالة وذلك تطبيق لمبدأ قوة النفاذ، وكذلك ان المحكمة الاجنبية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار لن تتخلى عن نظر الدعوى المتعلقة به حتى يمكن القول بتحقق العلة من الاختصاص وهي منع انكار العدالة[١].

(١) احمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص١٢٣.

ومن بين القوانين المقارنة الاجنبية نجد ان القانون الدولي الخاص السويسري قد اخذ بهذا الاتجاه ايضاً، صحيح ان هذا القانون لم يضع مبداً عاماً للاختصاص المبني على منع انكار العدالة الا انه اخذ بهذا الاختصاص بشكل ضمني من خلال نصوص متفرقة في هذا القانون نذكر من بينها ما جاء في نص المادة (٥٩) المتعلقة بالاختصاص الدولي في مسائل الطلاق والانفصال الجسماني حيث نصت على: «تعتبر مختصة للنظر في دعوى الطلاق او الانفصال الجسماني:

أ- المحاكم السويسرية لموطن الزوج المدعى عليه.

ب- المحاكم السويسرية لسكن الزوج المدعي اذا كان هذا الاخير متوطن في سويسرا منذ سنة او انه سويسري».

وكذلك نصت المادة (٤٧) المتعلقة بالاثار العامة للزواج وجاء فيها:

«عندما لا يكون للزوجين موطن ولا محل اقامة معتاد في سويسرا وكان احدهما

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

سويسري، تعتبر السلطات القضائية والادارية للمكان الاصلي مختصة بنظر الدعاوى -..»

الاتجاه الثاني: عدم الاقتصار على مسائل الاحوال الشخصية:

ويأخذ به المشرع اللبناني حيث نص في المادة (٧٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية النافذ على ان «تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في اية قضية تتعلق باحد اللبنانيين او بمصالح كائنة في لبنان اذا لم يكن هناك محاكم اخرى مختصة».

ويتضح من النص ان المشرع اللبناني لم يشترط تعلق الدعوى بمسائل الاحوال الشخصية أي ان نطاق اعمال مبدا منع انكار العدالة في قواعد الاختصاص القضائي الدولي اللبنانية يشمل مسائل الاحوال الشخصية والعينية على حد سواء.

ويوجه جانب من الفقه[1] انتقادات شديدة لهذا النص يمكن تلخيصها بما يأتي:

١-استخدام النص عبارات عامة الى حد كبير كعبارة (اية قضية) وعبارة (مصالح كائنة في لبنان) فهذه العبارات لا يصح ان تدرج ضمن قواعد الاختصاص لانه يصعب تحديدها.

٢-سوء صياغة النص باستخدامه ايضاً عبارة (اذا لم تكن هناك محاكم اخرى مختصة) مما قد يوحي من خلال الاخذ بمفهوم المخالفة ان المحاكم اللبنانية لا تختص اذا وجدت محكمة اجنبية مختصة ولا يعقل ان يكون هذا هو ما قصده المشرع اللبناني.

ومهما كان من شان الانتقادات التي وجهت الى هذا النص فان ما يهمنا هنا هو ان هذا النص قد جاء مطلقاً ولم يقيد

(١) عكاشة عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص١٣٥-١٣٧.

الاختصاص بمجال الاحوال الشخصية فقط.

ثانياً: موقف القانون العراقي والمقارن

فيما يخص موقف المشرع العراقي فإنه لم ينص على مسالة الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة[١]، الا ان القضاء العراقي قد اخذ بهذا الاختصاص ووفقاً للاتجاه الثاني الذي نحن بصدده، حيث قررت محكمة تمييز العراق[٢] ان: «تكون المحاكم العراقية مختصة في النظر بدعوى التعويض عن الضرر المذكور ولو كان حدوثه خارج العراق ما دام المتضرر عراقياً».

ويتضح من هذا القرار ان القضاء العراقي قد استند الى كون المدعي (المتضرر) عراقياً واعتبر ذلك وحده كافياً لعقد الاختصاص للمحاكم العراقية، ونعتقد ان لهذا القرار اهمية خاصة نظراً الى قلة الاجتهادات القضائية العراقية في مجال الاختصاص القضائي الدولي، حيث انه قلما يخرج القضاء العراقي عن نطاق المادتين (١٤) و (١٥) من القانون المدني.

وبالنسبة الى المشرع الفرنسي فانه لم يضع نصاً خاصاً بمسالة الاختصاص المبني على منع انكار العدالة مشابهاً للنص المصري او اللبناني الا انه يمكن القول ان هذه المسالة قد تمت معالجتها بشكل ضمني من خلال المادة (١٤) من القانون المدني الفرنسي التي تعطي الاختصاص للمحاكم الفرنسية بالاستناد الى جنسية المدعي الفرنسي وحدها وهذه المسالة سنبحثها بتفصيل اكثر في الفرع الثاني من هذا المطلب، ونشير فقط الى ان عمومية هذا النص توحي بانه يشمل مسائل الاحوال الشخصية والعينية حيث جاء فيه «يمكن رفع الدعوى امام المحاكم الفرنسية على الاجنبي، ولو لم يكن مقيماً في فرنسا، لتنفيذ الالتزامات التي عقدها

(١) وكذلك المشرع الاردني واليمني.

(٢) في قرارها رقم ٤٢٣/هيئة عامة اولى، تاريخ القرار ١٩٧٧/١٢/٣، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة،، ١٩٧٧.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن مقاضاته امام محاكم فرنسا من اجل الالتزامات التي عقدها في بلد اجنبي مع فرنسيين».

وبالنسبة الى القضاء الفرنسي «فقد تدرجت المحاكم الفرنسية في الدعاوى فيما بين اجانب (في مسائل الحالة) من الحكم بعدم اختصاصها الى الحكم باختصاصها بها متى كان المدعى عليه متوطناً في فرنسا ثم استغنت عن هذا الشرط واكتفت بان يثبت المدعي انه يستحيل رفع الدعوى امام محكمة موطن المدعى عليه في الخارج، ثم تحررت من هذا الشرط ايضاً وكل ذلك لدفع انكار العدالة»[1].

ويتضح مما سبق ان القضاء الفرنسي كان يميز بين مسائل الاحوال الشخصية ومسائل الاحوال العينية في صدد اعمال مبدأ منع انكار العدالة، ثم عدلَ عن هذا التمييز وجعل المبدأ عاماً.

(١) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٨٩.

بعد عرض الاتجاهات السباقة، نتساءل هل ان لمسائل الاحوال الشخصية خصوصية معينة في هذا الصدد تتطلب اقتصار هذا الاختصاص عليها؟

ان المقصود بالاحوال الشخصية هو المركز القانوني للاشخاص ويقابل هذا المركز الاحوال العينية بالنسبة الى المال او انها مجموعة الصفات التي تحدد مركز الشخص في ذاته واسرته وهي صفات قائمة على اساس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة او على اساس من الشرع ةالقانون كالزواج والحجز والنفقة[2].

وقد حددت المادة (١٣) من قانون نظام القضاء (المصري) المرقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ما تشمل عليه مسائل الاحوال الشخصية وهي «المنازعات المتعلقة بحالة الاشخاص واهليتهم او

(٢) محمد الامين محمد العلوي، تنازع القوانين في مجال الاهلية، رسالة ماجستير، مقدمة الى جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص١١-١٣.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتها المتبادلة والمهر ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الاصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامة والحجز والاذن بالادارة وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتاً وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت»[١].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان المقصود بالاحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية او العائلية التي رتب عليها القانون اثر في حياته الاجتماعية[٢].

ان اهمية التمييز بين مسائل الاحوال الشخصية ومسائل الاحوال العينية في مجال الاختصاص بشكل عام تبرز في مجال الاختصاص النوعي حيث تكون هناك محاكم للاحوال الشخصية تنظر في العلاقات بين المسلمين حتى لو كان من بينهم اجانب، وهناك محاكم (مواد شخصية) تنظر في الاحوال الشخصية بين غير المسلمين سواء من الوطنيين او الاجانب[٣].

وتبرز اهمية هذا التمييز ايضاً في صدد تحديد الاختصاص المكاني وبشكل خاص في تلك الحالات التي يكون فيها جانب المدعي اولى بالرعاية من جانب المدعى

(١) احمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٣.

(٢) في قرارها الصادر في ٢٧/حزيران/١٩٣٤، منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة ١٥، ص٨١، مشار اليه في محمد الامين محمد العلوي، تنازع القوانين في مسائل الاهلية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص١١.

(٣) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص٤٧٩-٤٨٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

عليه[1] وكذلك في مجال الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام[2].

اما في مجال الاختصاص الدولي المبني على منع انكار العدالة فانه يمكن القول ان اهمية التمييز بين هذه المسائل تظهر بشكل خاص في مسالة القدرة على تنفيذ الاحكام، حيث يمكن القول ان الحكم الذي تصدره المحكمة الوطنية في مسائل الاحوال الشخصية يكون مكفول التنفيذ اكثر من الحكم الذي يصدر في مسائل الاحوال العينية، فعلى سبيل المثال اذا اصدرت المحكمة العراقية حكماً في دعوى الدين وكان المدعى عليه الاجنبي مجهول الموطن او محل الاقامة في الخارج كما يجهل المدعي ايضاً مكان وجود المال محل الدعوى او اموال المدعى عليه الاخرى، فهنا نتساءل كيف سيمكن تنفيذ هذا الحكم، ان هذا الحكم سيكون بلا قيمة من الناحية العملية.

اما في مسائل الاحوال الشخصية فالامر ليس كذلك فعلى سبيل المثال دعوى الطلاق التي تقيمها عراقية او اجنبية متوطنة في العراق على الاجنبي الذي لا يعرف موطنه في الخارج او محل اقامته، فان حكم الطلاق الذي سيصدر في هذه الدعوى ستكون له قيمة كاملة فور صدوره فهو يمكن الزوجة من الاستفادة من الاثار التي تترتب على الحكم دون الحاجة الى البحث عن ذلك

(١) ممدوح عبد الكريم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج١، ط١، مطبعة الازهر بغداد، ١٩٧٢، ص ٣٧٧، وهو يورد هذا التمييز في شان الاختصاص الدولي وهو يستند الى المادة (١٩) من القانون المدني العراقي، وهي في حقيقة الامر مخصصة لتنازع القوانين ولا تقرر أي اختصاص للمحاكم العراقية، والحقيقة ان هذه المسالة في التشريعات العراقية تقتصر على الاختصاص المكاني.

(٢) وهذا ما هو مقرر في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، المادة (٣٠) الفقرات (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) منها وكذلك المادة (٣١)، انظر في شرحها احمد عبد الكريم سلامة، المرجع سابق، ص١٠٢-١٢٥.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

المدعى عليه[١].

وفي هذا الصدد يشير جانب من الفقه[٢] الى ان هناك مبدأً يقول: «ان الاحكام الصادرة في مواد الحالة والاهلية تكون (نافذة) في جميع البلاد متى كان الحكم خاصاً باحد رعايا تلك الدولة الصادر الحكم من محاكمها».

وبناء على ذلك يمكن القول ان الاختصاص الدولي المبني على منع انكار العدالة تكون له قيمة عملية اكبر من مجال الاحوال الشخصية منه في مجال الاحوال العينية ومع ذلك فاننا لا نميل الى تاييد الاتجاه الذي يذهب الى قصر هذا الاختصاص على مسائل الاحوال الشخصية ونفضل الاخذ بالاتجاه الثاني ونؤيد بذلك محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي المذكور انفاً. ونعتقد ان الاجدى هو اعطاء سلطة تقديرية للقاضي عندما يكون بصدد البحث في الاختصاص المبني على منع انكار العدالة، فيقرر القاضي حسب ظروف القضية وملابساتها ما اذا كان نظره في هذه القضية مثمراً ام لا. ويرى الباحث ان على القاضي ان يراعي في هذا التقدير مدى امكانية تنفيذ الحكم الذي سيصدر عنه وكذلك مدى تحقيقه للعدالة بين اطراف الخصومة.

الفرع الثاني: شروط الاختصاص المبني على منع انكار العدالة

هناك شرطين أساسيين لاعمال هذا الاختصاص أحدهما يتعلق بالمدعي وهو كونه وطنياً أو أجنبياً متوطناً في دولة القاضي والثاني يتعلق بالمدعى عليه وهو

(١) كاسترداد الجنسية لمن فقدتها بسبب الزواج من اجنبي، المادة (١٢) فقرة اولاً البند (هـ) من قانون الجنسية العراقي لسنة ١٩٩٠، او انها تستطيع ابرام عقد زواج جديد مثلاً باعتبار ان رابطة الزواج الاول قد انتهت.

(٢) وهو في صدد التعليق على قرار محكمة النقض الصادر في ١٦ كانون الاول ١٩٥٤. عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، في مواد الاحوال الشخصية، ج٢، مجلة القانون والاقتصاد، عدد ٣-٤ السنة (٢٤).

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

كونه أجنبياً لا يعرف مكان اقامته في الخارج، وسنبحث في هذه الشروط مع بيان موقف المشرع العراقي:

أولاً: كون المدعي وطنياً او متوطناً في اقليم دولة القاضي:

الاصل في ضوابط الاختصاص الشخصية كالجنسية والموطن ان يؤخذ فيها بعين الاعتبار المدعى عليه وليس المدعي تطبيقاً لقاعدة المدعي يسعى الى المدعى عليه باعتبار ان الاصل براءة الذمة، وقد جاء الاختصاص المبني على منع انكار العدالة استثناءً من هذا الاصل حيث يؤخذ بجنسية المدعي او موطنه بدلاً من المدعى عليه.

ومع ذلك فمن التشريعات من جعل جنسية المدعي ضابطاً للاختصاص بشكل عام ومنها التشريع الفرنسي الذي قرر ذلك في المادة (١٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ وقد تعرضت هذه المادة للنقد الشديد[١] حتى تم الغاؤها في عام ١٨٩٤ الا ان هذا النقد ما لبث ان خفت حدته حتى تم اعادة العمل بهذه المادة عام ١٩٣٦ ثم بقيت نافذة، ونحن هنا لسنا بصدد تقييم هذه المادة ولكن ما نريد قوله هو ان من بين اهم اسباب العمل بهذه المادة هو اعمال مبدأ منع انكار العدالة. حيث تكون المحاكم ملاذا للفرنسي مما يمكن ان يحصل له من انكار العدالة في الخارج، خاصة عندما لا يجد محكمة اجنبية يلجأ اليها[٢].

نخلص مما سبق ان المحاكم الفرنسية تكون مختصة بناء على منع انكار العدالة

(١) انظر هذه الانتقادات في، عز الدين عبد الله، ابحاث في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، كانون الثاني ١٩٦١، مطبعة جامعة عين شمس، ص٣٦-٣٧، ووصلت هذه الانتقادات الى حد القول ان الاخذ بهذه المادة هو (مهزلة قانونية) وان وجود مثل هذه المادة يجعل من فرنسا دولة غير متمدنة.

(٢) المرجع نفسه، ص٣٥.

عندما يكون المدعي فرنسياً، وان التشريع الفرنسي لم يعالج حالة كون المدعي اجنبياً متوطناً في فرنسا، فالاختصاص لا ينعقد في هذه الحالة وفقاً للتشريع الفرنسي.

اما القانون الدولي الخاص السويسري، فانه بالعودة الى المادة (٥٩) منه التي اشرنا اليها انفاً يتضح ان الاختصاص ينعقد عندما يكون المدعي متوطن في سويسرا منذ سنة أو انه سويسري الجنسية. وفي المقابل عمل الفقه الالماني الى القول بأنه في حالة عدم وجود محكمة مختصة بنظر النزاع فيجب ان تكون المحاكم الاخرى مختصة بالفصل فيها بصفة آلية[١].

بالمقابل لم يستجب المشرع المصري الى مبدأ تلافي انكار العدالة بشكل مباشر، فهو لم يقم بالسماح للمدعي برفع دعواه امام القضاء المصري اذا لم يجد محكمة اخرى مختصة، وانما اشترط وجود رابط بين الدعوى والاقليم، واشترط ان يكون متمتعا بالجنسية المصرية او يكون متوطنا في مصر[٢]، كما اشترط ان يكون موضوع الدعوى متعلق بمسألة من مسائل الاحوال الشخصية.

وذهب الفقه المصري في غالبه[٣] الى انه لا يجوز الاكتفاء بمحل الاقامة بدل الموطن ونحن نؤيده في ذلك لان الاستناد الى الضوابط المتعلقة بالمدعي وحده هو توجه استثنائي يجب الحذر فيه، وان عدم اشتراط توطن الاجنبي في مصر يعني فتح الباب على مصراعيه امام كل من هب ودب لان يقيم الدعوى امام المحاكم المصرية مما يتيح فرصة الغش نحو القانون في صورة تغيير ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، فمن لا

(١) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٩.

(٢) المادة (٣٠) الفقرة (٧) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المرقم ١٨١ لسنة ١٩٦٨.

(٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٨٨، عكاشة عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص٩٤.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

يستطيع الحصول على الحكم بالطلاق في بلده الاصلي قد يمكنه الاستفادة من ضابط الاختصاص محل الحديث، فيقيم الدعوى في مصر ويحصل على ذلك الحكم، اما عند اشتراط توطن ذلك الاجنبي فان هذا سوف يقلل من حصول الغش[1].

اما المشرع اللبناني فان موقفه فيه شئ من الغموض سببه سوء صياغة نص المادة (٧٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ الذي اشرنا اليه انفاً وما وجه اليه من انتقادات فقد ذكر هذا النص عبارة: «في اية قضية تتعلق باحد اللبنانيين او بمصالح كائنة في لبنان» فقوله «باحد اللبنانيين» يشمل بالتأكيد الحالة الاولى في الاختصاص المبني على منع انكار العدالة وهي كون المدعي وطني لان هذه العبارة مطلقة تشمل المدعي والمدعى عليه، ولكن الغموض في شان الحالة الثانية وهي كون المدعي اجنبياً متوطناً في لبنان فهل ينعقد هذا الاختصاص في هذه الحالة؟

وقبل الاجابة عن هذا السؤال لابد من تفسير عبارة (مصالح كائنة في لبنان)، هل المقصود بها هو وجود المال محل الدعوى او مكان ابرام العقد او تنفيذه او وقوع الفعل الضار في لبنان ؟ لا نعتقد انه قصد ذلك لان هذه الحالات تندرج ضمن نصوص اخرى[2] وتكفي كل واحدة منها لعقد الاختصاص دون الحاجة الى الجوء الى مبدا منع انكار العدالة، انما نرى ان المقصود بهذه العبارة هو شمول حالة المدعى عليه الاجنبي المتوطن في لبنان، ولكن سوء الصياغة الذي اشار اليه الفقه في هذا النص هو الذي حرف النص عن

(١) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، بلا مكان طبع، ١٩٩٥، ص١٩٠-١٩١.

(٢) انظر المواد: (٧٧)، (٧٨ ف١) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، انظر كذلك: د. امينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الاول، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢، ص٣٣-٣٤.

المقصود.

ثانياً: كون المدعى عليه اجنبياً وغير معروف الموطن في الخارج

وهذا الشرط هو الذي يتحقق من خلال مفهوم منع انكار العدالة وهو عدم وجود محكمة مختصة بنظر الدعوى. ان ما يثير تساؤلنا في هذا الشرط هو كيفية اثباته، فكيف سيثبت المدعي ان المدعى عليه الاجنبي لا يعرف محل اقامته في الخارج، نرى ان هذه المسالة يصعب جداً اثباتها وان كانت من مسائل الواقع التي يجوز اثباتها بطرق الاثبات كافة.

وعن موقف القوانين المقارنة فانه يمكن القول ان التشريع الفرنسي في المادة (١٤) من القانون المدني[١] لم ينص على هذا الشرط مما يعني عدم اشتراطه وهذا ينسجم مع اعتبار نص المادة (١٤) نصاً عاماً في القانون الفرنسي وليس حالة استثنائية مبناها منع انكار العدالة.

وبموقف مشابه للتشريع الفرنسي جاء التشريع السويسري الذي لم يضع هو الاخر مثل هذا الشرط[٢].

اما المشرع المصري فقد اشترط ذلك صراحة في المادة (٣٠ الفقرة ٧/ مرافعات مدنية مصري) السابقة الذكر، وننوه بان الفرق بين النص او عدم النص على هذا الشرط ان المدعي في حالة عدم وجود الشرط فانه سيكون مخيراً بين رفع الدعوى في الخارج وبين رفعها امام المحاكم الوطنية في حالة كون المدعي عليه له موطن معروف في الخارج. اما عند وجود الشرط فانه لن يكون له ذلك، أي انه لن يتمكن من اقامة الدعوى امام المحاكم الوطنية.

اما المشرع اللبناني فانه قد اخذ بهذا الشرط عند قوله في المادة (٧٦)[٣]: «اذا

(١) القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤.

(٢) القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٩ .

(٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

لم تكن هناك محاكم اخرى مختصة» وبرغم ان هذه العبارة اكثر عمومية من عبارة المشرع المصري ولكنها تقود الى نفس النتائج.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا وبعد ان وضحنا مفهوم انكار العدالة وخاصة ضمن الاختصاص القضائي الدولي، وبينا نطاقه (والتي تجلت بقواعد الاحوال الشخصية على وجه العموم) وشروطه التي تجلت بأن يكون هناك رابط بين المدعي والاقليم، وان يكون المدعى عليه غير معروف الموطن، فقد توصلنا الى الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة منع انكار العدالة هو الحل البديل للخصوم من اجل الحفاظ على حقوقهم وعدم ترك النزاع بدون قاض متخصص للفصل فيه.

وان انكار العدالة هي الحالة التي يجد فيها احد اطراف المنازعة ذات العنصر الاجنبي نفسه غير قادر على اقامة الدعوى في شان هذه المنازعة بسبب عدم قدرته على الاستفادة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي او بسبب عدم التنسيق بين الدول في مجال الاختصاص.

وان الاختصاص المبني على منع انكار العدالة هو ذلك الضابط الاستثنائي المقرر على وفق شروط معينة لتمكين الخصوم من اقامة الدعوى في الحالات التي لا تسعفهم فيها القواعد الاخرى في الاختصاص القضائي الدولي.

ونوصي في ختام البحث في شان الاختصاص المبني على منع إنكار العدالة بأن تختص المحاكم العراقية، إذا كان المدعي عراقياً أو أجنبياً مقيماً في العراق منذ مدة تزيد على سنة ،وذلك إذا كان المدعى عليه أجنبياً لا يعرف مكان إقامته في الخارج ولم يكن بإمكان المدعي أيجاد محكمة أجنبية تنظر في الدعوى.