إحالة الاختصاص القضائي الدولي بين القبول والرفض دراسة نقدية تحليلية مقارنة

الدكتـــــور
يحيى أحمد زكريا الشامي
دكتوراه القانون الدولي الخاص
كلية الشريعة والقانون بدمنهور
جامعة الأزهر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إحالة الاختصاص القضائي الدولي بين القبول والرفض
دراسة نقدية تحليلية مقارنة

يحي أحمد زكريا الشامي
قسم القانون الخاص، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، البحيرة، مصر.
البريد الالكتروني : yahia28375@gmail.com

ملخص البحث :

في مواجهة الادعاءات بان الفقه الإسلامي لم يعرف تنظيم العلاقات الخاصة الدولية،والتي من بينها الزعم بان الفقه الإسلامي لم يعرف تنظيم إحالة الاختصاص القضائي الدولي ،والبحث الماثل يرفع النقاب عن هذه النظرية في الفقه الإسلامي ويبين موقف فقهاء القانون الدولي الخاص حيالها ، فعرضت لإحالة الاختصاص القضائي الدولي بين الدفوع القضائية ،وقد ميزته عنها،وفرقت بينه وبين الإحالة الداخلية ،وكذلك تناولت مشكلة مشروعية الإحالة وشروط إعمالها، باعتبارها دفعا شكليا ،ومدي الاعتداد بإرادة الخصوم في الدعوي بين القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي ،وماهية المحكمة المحال إليها والميزة النسبية التي تجعلها اقدر علي حسم النزاع المحال به إليها ،ومدي تأثير الإحالة علي ضمانات التقاضي (إنكار العدالة) وتأثيرها علي العلاقات الإنسانية والتقارب الإنساني والمد الشعوبي ذلك الذي أصابه التوجس والارتياب بفعل الاستعمار واوجد شروخا وتصدعات اظهرتها نظريات السيادة ،وقد تلقت الاقلام فكرة الإحالة بالرفض المطلق او التأيد ،وقد توصلت إلى ترجيح قبول فكرة إحالة الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي ،معتمدا في ذلك علي منهجية العرض والنقد والتحليل والمقارنة وفقا للمنهج التحليلي الانتقادي المقارن ،مستجلبا غموض هذا الموضوع وابهامه ،ومؤكدا علي سبق الفقه الإسلامي وبراعته ،ومن ثم فاني اقترح علي المقنن تبني نظرية إحالة الاختصاص الدولي ،وكذا اقترح علي الباحثين اختيار هذا الموضوع لإعداد دراسة مستفيضة في أطروحة دكتوراه

الكلمات المفتاحية: الاختصاص- القضائي- الإحالة- القبول- الرفض.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Referred to International Jurisdiction between Acceptance and Refusal A Critical Analytical Comparative Study

Yahya Ahmed zkaria Elshamy

Department of Private Law, Faculty of Sharia and Law, Damanhour, Al-Azhar University, Bohira, Egypt.

Email: yahia28375@gmail.com

Abstract:

Confronting the claim that Islamic jurisprudence is not known to regulate international special relations, including the claim that Islamic jurisprudence is not known to regulate the transfer of international jurisdiction, such research unveils this theory in Islamic jurisprudence and reflects the position of international jurists relevant to it. It presents the referral of international jurisdiction between jurisdictional defences and distinguishes it from internal situations Private and Islamic jurisprudence, and what is the court referred to it, and the relative advantage that makes it capable of resolving the dispute referred to it, and the extent to which the referral of the matter affects the guarantees of litigation (denial of justice) and its impact on human relations and human and populist rapprochement that was struck by mistrust and distrust due to colonialism and created cracks and fissures demonstrated by theories of sovereignty, and the pens received the idea of referral with absolute rejection or support, and reached the preponderance of accepting the idea of transferring international jurisdiction in private international law and Islamic jurisprudence, relying on this Methodology of presentation, criticism, analysis, and comparison according to the method of comparative analysis, invoking the ambiguity and subtlety of this subject, and stressing the primacy and mastery of Islamic jurisprudence. The legalist proposed the adoption of the theory of the referral of international acronym. The researchers also suggested that this subject be chosen to prepare an extensive study in a doctoral thesis

Keywords: Jurisdiction- Judicial- Referral- Acceptance- Repudiation.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه والتابعين ، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين من لدن آدم إلى قيام الناس لله رب العالمين ، وعلى جميع المؤمنين ، وملائكة الله المكرمين ، وعلى عباد الله المقربين ، وعلى حملة العرش والحافين أفضل صلاة وأتم تسليم .

وبعد ،،،

فإن العلاقات الخاصة الدولية العابرة للمحيطات ، قد حظيت من أهلها [فقهاء القانون الدولى الخاص بوافر الاهتمام والرعاية حتى حسبتها لجة ، وقد كشفت عن ساعدى الجد في هذا الميدان الفنى.

فإن الفقه الإسلامي ، الذى علم الغرب والشرق ، من هذا الفرع من فروع القانون قد نسب اليه من البعض التقصير في هذا الفرع.

حتى دفع ذلك إلى القول بأن الفقه الإسلامي قد غاب عنه دراسة وتقعيد القواعد في خصوص العلاقات الخاصة الدولية .

وإن هذا الفقه لم يعرف تنازع القوانين ، ولم يعرف تنازع الاختصاص ، ولم يضع له ضوابطا ، ولم يتحدث عن إحالة هذا الاختصاص ، ولا التخلى عنه . وكذلك أنكرت معرفة الفقه الإسلامي للجنسية .

وكذلك أُنكرت معرفة الفقه الإسلامي لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، والاعتداد بآثار الأحكام الأجنبية .

وقد كان هذا هو المسلك العام مع كافة موضوعات القانون الدولى الخاص . ولا يمكننى إلقاء اللوم على أولئك الذين قالوا بذلك . وبالحق فإن الفقهاء المعاصرين [في الفقه الإسلامي] قد أهملوا هذا الجانب الهام ، حتى أصابه التصحر .

وفى الوقت ذاته فإن الفقه الإسلامي العريق قد بذل جُهداً عظيماً في دراسة كافة مسائل القانون الدولى الخاص ، ورسخ قواعد سبق بها العالمين .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن بين دعاوى الإنكار وتقصير الفقه الحديث ، وغمط الأقدمين حقهم ، أقدم هذه الدراسة لأنفض الغبار عن جواهر الإسلام المكنونة .

وقد أجبت سابقاً عن بعض من هذه التساؤلات ، وقدمت الرد على كثير من دعاوى الإنكار المشار إلى بعضها آنفاً .

ففى رسالتى للدكتوراة والماجستير قد سلطت كثيراً من الأضواء على مسائل الجنسية ، وكذلك الميراث ذى العنصر الأجنبى ، ونفقة الزوجية بين متعددى الجنسيات ، وكذلك التبنى وأحكامه بين الوطنيين والأجانب . وقد طوفت على مسائل الأحوال الشخصية ، وتحدثت عن النظام العام الدولى والداخلى ، وغيرها من الموضوعات التي تناولتها في رسالتى . [1]

الدراسات السابقة :ـ

توجد دراسات عامه كثيرة في موضوع إحالة الاختصاص القضائي الدولي ولعل اهمها :-

(أ) د/ حنان جاسم شتت :- الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي – دراسة مقارنه – رسالة علمية – دار المنظومه ـ بغداد ٢٠٠٦م.

(ب) د/ محمد روبي قطب :- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – رسالة دكتوراة – جامعة حلوان – القاهرة – ٢٠٠٠م.

(ج) د/ ماهر ابراهيم السداوي :- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمتين اجنبيتين – المنصورة – ١٩٨٣م.

(د) أ/ عبدالرسول عبدالرضا الأسدي :- الإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – مجلة اهل البيت – العدد ٢٠ من ص ١٤٧ : ٢٠٠.

---

(١) – وقد كانت رسالتى للماجستير بعنوان : التبنى في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية والتى نوقشت بكلية الشريعة والقانون بدمنهور بتاريخ ١٨/ ١/ ٢٠٠٦م ، وكانت رسالتى للدكتوراة بعنوان : آثار الزواج في القانون الدولى الخاص والفقه الإسلامي : دراسة في مسائل الجنسية والميراث والنفقة ، والتى نوقشت بكلية الشريعة بدمنهور بتاريخ ٢٩/ ٤ / ٢٠١٤م وكذلك مؤلفى المعنون بـ : الدعوة والدولة – دراسة دعوية سياسية بمنهجية تاريخية تحليلية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك كتب فيه تفصيلا كل شراح القانون الدولي الخاص والمرافعات ولكن علي حد علمي لم يكتب أحد في خصوص مشروعية إحالة الاختصاص القضائي الدولي في الفقه الإسلامي ـ ولذا أثرت أن أكتب هذا البحث.

صعوبات البحث :ـ

(أ) الإحالة جزء من الدفوع القضائية ، كالدفع بعدم الاختصاص وغيرها ، وهي علي خطر الاختلاط باعمال وأحكام القضاء، كالحكم بالتخلي عن نظر الدعوى، بما يجعل تمييز الإحالة عن غيرها من الدفوع والأحكام المشابهه لها ضرورة علمية لتحديد البحث وتميزه عن غيرة من المجالات.

(ب) ثم ان الإحالة في القوانين الداخليه، تفترق عن الإحالة في مجال العلاقات الخاصة الدوليه، لوجود محكمتين لدولتين وانظمة قانونية مختلفه، بما يجعل الإحالة في مجال العلاقات الخاصة الدولية ذات خصوصية تتميز بها عن الإحالة في مجال القانون الداخلي.

(ج) ونأتي إلى مشكلة المشروعية القانونية لإحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، فهي لا تزل نظرية فقهية، لم يرد فيها نص قانوني، ولم يصدرفيها حكم قضائي في مصر بما يجعل من تأصيلها،ووضع اسانيد لها، وزرع مبررات لوجودها، ذلك وغيره يمثل مشكلة مركبة في المشروعية القانونية للإحالة.

(د) وتاتي الإحالة بدون تقعيد وتاصيل شرعي من جانب الفقه الإسلامي الحديث، فاذا كان الفقه الإسلامي القديم قد وضع لها نظريه، وان اختلفت المسميات، وتحدث فيها بين المجيز، والمانع. فان فكرة الإحالة يعتريها غموض وعليها ضباب، بما يجد الباحث فيها صعوبة كبيره في بلورتها وحسم الرأى فيها.

(هـ) ثم تأتي مشكله الترجيح بين اقوال ومذاهب مختلفه والجمع بين اتجاهات ومآرب متباينه، والموازنه بين الأدلة الشرعية ، والمبررات القانونية ، حتى نصل إلى رأي راجح بأدلة معتبره، يمثل كل ذلك مشاكل متراكمه ومركبه لبحث قضية نظريه أعيت الافهام، واعجزت الاقلام حتى تنصل منها ذوى الافهام والاحلام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلات البحث :ـ

(أ) ما هو مدي الاعتداد بارادة الخصوم في المنازعات الخاصه الدوليه لدي فقهاء الإسلام، وذلك حتى نعرف قيمه الإحالة كدفع ارادي من احد الخصوم لاستبعاد المحكمة المراد الإحالة منها إلى محكمه أجنبية.

(ب) مشكله تحديد اي المحكمتين التي ثبت لهما الاختصاص بالمنازعه متحدة العناصر؟ وما هي الميزة التي تفضل احداهما علي الاخري؟

(ج) ما مدي التزام المحكمة باجابة الدفع بالإحالة ممن يطلبه من الخصوم، هل المحكمة ملزمه ام مخيرة؟ وما الرأي الراجح؟

(د) مشكله تحديد الوقت الذى يبدي فيه الدفع بالإحالة ذلك ان الإحالة من الدفوع الشكلية ، ومن ثم يجب ابداءة في وقت معين، فهل يختلف الامر في العلاقات الخاصة الدولية عن مثيلاتها في القوانين الداخلية؟

(هـ) مشكله كيفيه ابداء هذا الدفع بين محاكم دولتين؟ وكيف يحيل القاضي الدعوى إلى المحكمة الأجنبية؟ وهل هناك امكانية لتعديه الأحكام الداخليه إلى العلاقات الخاصة الدولية؟

أهداف البحث :ـ

ابتغي من هذا البحث الوصول إلى :-

(أ) مدي مشروعية إحالة الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي.

(ب) تمييز الإحالة عن غيرها من الدفوع القضائية.

(ج) اثبات معرفة الفقه الإسلامي لنظرية إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

(د) انه لم يسبق لاحد علي حد علمي الكتابة في عدم مشروعية او مشروعية قبول الدفع بإحالة الاختصاص القضائي الدولي وخاصة فيما يتعلق بالفقه الإسلامي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يعنى هذا أنى أدعى أنى قد جئت بما لم تستطعه الأوائل ، فهذا غيض من فيض ، وعلى خطى السابقين أضع قدمى ، ولا أنفى المحاولات الطيبة التي قدمها بعض المعاصرين في إبراز محاسن الشريعة في مجال العلاقات الخاصة الدولية . [1] فقد كانت اعمالهم بالنسبة لى معالم الطريق.

(١) انظر على سبيل المثال : الشيخ/ عبدالله مصطفى المراغى – التشريع الإسلامي لغير المسلمين – مكتبة الآداب بالجماميز . الشيخ/ محمد أبو زهرة – العلاقات الدولية في الإسلام وتنظيم الإسلام للمجتمع . د/ أحمد عبدالكريم سلامه – مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامي . د/ عنايت عبدالحميد ثابت – أساليب فض تنازع القوانين في الإسلام . وكذلك بعض كتابات : د/ عكاشة عبدالعال المتناثرة بين مؤلفاته في القانون الدولى الخاص ، وكذلك بعض نوادر لعموم الكتاب في القانون الدولى الخاص ، وكذلك : د/ عشوش د / باخشب في الجنسية في دول مجلس التعاون الخليجى ، د/ عبدالكريم زيدان –أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام .... الخ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تمهيد:
ماهية إحالة الاختصاص القضائي الدولي

ان المحكمة الوطنية وهى تنظر في منازعات الاجانب ، قد يفاجئها أحد الخصوم، او جميعهم بما يسمية البعض [١] بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية. فما هي حقيقة هذا الدفع؟ وهل يقبل هذا الدفع في المنازعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية؟ وما مدي قبول او رفض او بالاحري غير المسلمين من الوطنيين والاجانب؟

هذه الاسئلة هي مرتكز بحثى في هذا المؤلف، والذى اجعل جل اهتمامي فيما يتعلق بالفقه الإسلامي المجيد وابدا قبل ذلك بيان ماهيه وحقيقة الإحالة، والإحالة في مجال القانون الدولي الخاص تشمل الإحالة القانونية، والإحالة القضائية، ومن ثم يلزم التميز بين نوعي الإحالة القانونية[٢]، والإحالة القضائية.

وقبل التفريق بين نوعي الإحالة، وما حقيقه هذا المصطلح في اللغة والاصطلاح القانوني، وبما انه مصطلح مركب فيلزم بيان معاني مفرداته ثم بيان معناه كمصطلح مركب من مفرادات.

الفرع الأول:
مفردات مصطلح الإحالة

ان مصطلح الإحالة يحتوي علي عدة مصطلحات ومفردات يلزم بيانها حتى نصل إلى المعني المقبول والموضوع لهذا المركب وهو يحتوى علي عدة مفردات هي الإحالة، الاختصاص، القضائي الدولي.

---

(١) - د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبدالعال، د/ حفيظة الحداد :- القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية – دار المطبوعات الجامعية – ٢٠٠٦م – الكتاب القضاني – ص١٠٤ . د/ هشام/ خالد :- مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ومركز الاجانب ١٩٩٨م – ١٩٩٩م – الكتاب الأول – ص١٣٧ .

(٢) - راجع تفصيلا الإحالة القانونية. د/ احمد عبدالكريم سلامه – المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدوليه (تنازع القوانين – المرافعات الدولية – دار النهضه العربية – ١٩٩٦م ص٩٠ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا :ـ مصطلح الإحالة

في اللغة :ـ

الإحالة ماخوذه من لفظ حال وأحال، بمعني دفعه عنه إلى اخر، واناط به العمل ، والقاضي ينقل القضية من حوزته إلى قاضي اخر، او محكمه اخري، ومنه الحواله وهي اسم من احال الغريم، اذا دفعه عنه إلى غريم اخر.(١)

في الاصطلاح القانوني :ـ

ان ترفع دعوى بذات الاشخاص والموضوع إلى محكمتين في وقت واحد عن ذات النزاع ، فتقوم احداهما بدفع هذه الدعوى إلى الاخري.(٢)

وعلي ذلك تتفق المعاني اللغوية للإحالة مع المعني الاصطلاحي الذى يعني دفع الخصومة إلى محكمه اخري ، وتنقل القضية اليها واخراجها من حوزة محكمه إلى محكمه اخري ،لقيام ذات النزاع امام كلتا المحكمتين، او ان المحال اليها صاحبة الاختصاص.

ثانيا :ـ مصطلح الاختصاص القضائي

في اللغة :ـ

مشتق من لفظ خص الشيء خصوصا كان خاصا به، واختص بالشيء انفرد به والاختصاص في القضاء هو ما لكل محكمه من المحاكم من سلطة القضاء تبعا لمقرها (اختصاص محلي) او نوع القضية (اختصاص نوعي) او قيمي.(٣)

في الاصطلاح القانوني :ـ

تحديد القضايا التي تباشر المحكمة وظيفه القضاء بشانها من بين القضايا التي تدخل في ولاية جهة القضاء التي تتبعها. وهذا التوزيع للقضايا اما ان يكون نوعيا :- وهو سلطه الفصل

---

(١) - المعجم الوجيز- مجمع اللغة العربية – من اصدارات وزارة التربية والتعليم المصرية – ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م. ص١٧٩.

(٢) - راجع د/ نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م –ص٣٥٤ وما بعدها.

(٣) - انظر معاني الاختصاص لغة – المعجم الوجيز – ص١٩٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في المنازعات بحسب نوعها او طبيعتها واختصاصا قيميا :- وهو تحديد قيمه معينه، او مبلغ معين يتم بناء عليه توزيع المنازعات بين محاكم الموضوع اذا تعددت درجاتها، او تعددت الطبقات في كل درجة. او اختصاصا محليا :- ويقصد به القواعد التي تحدد المحكمة التي سترفع اليها الدعوي من الناحية المكانية او الجغرافية او المحلية.(١)

فمصطلح الاختصاص يعني استقلال كل محكمه بجزء من المنازعات علي اسس التوزيع القانونية المحلية، والقيمية ، والنوعية حتى لا يحدث تنازع بين المحاكم علي الاختصاص سلبا، او ايجابا وبما لا يؤدي إلى انكار العدالة.(٢)

ثالثا :ـ مصطلح القضائي الدولي

ياتي المصطلح الماثل فارقا بين اختصاص جهات اخري غير القضاء بحسم المنازعات كلجان التحكيم الداخلية والدولية ، او المنظمات الدولية العاملة في مجال حسم النزاعات كالمحكمة الدولية وغيرها، فالمصطلح الماثل يحدد المراد بالإحالة بانها إحالة بين جهات القضاء المختلفة، ومن ثم يخرج عن نطاق هذه الدراسة الجهات الاخري والتي تقوم بعمل من اعمال القضاء كلجان التحكيم والمنظمات الدولية.

كما ان هذا المصطلح وبايراد مفردة الدولي جاء لينحي جانبا ما يتعلق بالإحالة القضائية الداخلية ، داخل منظومة القضاء الوطني ، ليكون الحديث حول الاختصاص القضائي الدولي بين قضاء وطني واخر اجنبي ويكون قضاء الأولي والثانية مختصا قانونا بحسم النزاع المعروض علي القضاء الوطني والاجنبي.

ومن ثم يستبعد من مجال الدراسة الماثلة الإحالة الداخلية بين محاكم الدولة الواحدة، ثم ينحصر مجال هذه الدراسة حول إحالة الاختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفه في

---

(١) - راجع تفصيلا د/ نبيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م –ص٧٨ – ٨٠ – ٩٠ – ١٠٧.

(٢) - راجع تفصيلا بحثا لي بعنوان معايير وضوابط الاختصاص القضائي الدولي ، منشور بمجله روح القوانين جامعة طنطا ٢٠١٥م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نطاق منازعات القانون الدولي الخاص، ومن ثم يخرج ايضا منازعات القانون العام كالعقوبات والقانون المالي وغيرة فلا تتدخل في نطاق الدراسة الماثلة.

الفرع الثاني:
إحالة الاختصاص القضائي الدولي (المصطلح المركب)

قد تتشابه ضوابط ومعايير الاختصاص الدولي بين الانظمه المختلفه ومن ثم تصبح محاكم دولتين او اكثر تختصان بنزاع متحد الاطراف والموضوع ومن هنا ينشأ تنازع الاختصاص القضائي الدولي ايجابا، وقد يكون سلبيا وذلك بعدم اختصاص أي محاكم بهذا النزاع.

والمعني هنا التنازع الايجابي بين محاكم اكثر من دوله علي الاختصاص بالنزاع المتحد خصوما وموضوعا، فهل تقبل احدي هذه المحاكم ان تحيل اختصاصها الثابت قانونا إلى محكمه الدول الاخري المختصة هي ايضا بذات النزاع المتحد اشخاصا وموضوعا؟

فالمركب الماثل يعني ان تقبل احدي محاكم الدولتين التي انعقد لهما الاختصاص القضائي طبقا لاحدي معايير وضوابط الاختصاص القانوني بمنازعه متحدة الاشخاص والموضوع، إحالة هذا الاختصاص إلى محكمه الدوله الاخري المختصة هي الاخري به، لوجود ما يبرر هذه الإحالة.[1]

---

(١) - قريبا من هذا د/ هشام صادق:- تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩م ص٥٤-٥٥. د/ عكاشة عبدالعال:- الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م ص١٢٩ وما بعدها ، د/ هشام خالد – مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٣٨ وما بعدها ، د/ حفيظة الحداد واخرين – القانون الدولي الخاص ص١٠٤-١٠٥.، د/ عكاشة عبدالعال – القانون الدولي الخاص – الجنسية – الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الكتاب الثاني ص٦٠٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث:
التمييز بين الإحالة وما يشابهها

قد يوجد شبه بين إحالة الاختصاص القضائي الدولي وبين بعض الانظمه القانونية الاخري ، ومن ثم يلزم ازاله ما يوجد من أوجه اختلاط بينهما بذكر أوجه الاتفاق والافتراق بين الإحالة القضائية الدولية وبين هذه الانظمه. ومن هذه الانظمة الشبيهه بالإحالة القضائية الدولية :-

١ - الإحالة القانونية. ٢ - الإحالة الداخلية.

٣- التخلي عن الاختصاص. ٤ - الدفع بعدم الاختصاص.

أولا :ـ الإحالة القانونية.

بما ان القواعد القانونية تشتمل (غالبا) علي نوعين من القواعد القانونية ، قواعد موضوعية تحكم العلاقات والمعاملات والسلوك البشري كالتي يشتمل عليها القانون المدني، والأحوال الشخصية .... الخ. والي جوار هذه القواعد توجد قواعد اخري تسمي قواعد التنازع التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهذه القواعد بدورها تشير إلى القانون الواجب التطبيق ، ذلك الذى يحوى هذين النوعين من القواعد، فهل يجب الرجوع إلى القواعد الموضوعية مباشرة في هذا القانون المشار اليه، ام يتم الرجوع إلى قواعد التنازع في هذا القانون ، تلك التي بدورها قد تشير إلى قانون اخر، وهذا هو جوهر الإحالة القانونية.[1]

وتتفق الإحالة القانونية مع الإحالة القضائية في أن كليهما يدفع بالنزاع ويشير به إلى جهة او قاعدة معينه قد تكون أجنبية. ويتفقان ايضا في انهما يتم اعمالها في العلاقات ذات العنصر الاجنبي، كما انهما محل خلاف بين الفقه والقانون.

الا انهما يفترقان من عده جهات :-

فمن جهة :ـ احدهما قانونية تدخل في نطاق اعمال قاعدة الاسناد التي تشير إلى قانون اعمال الإحالة فيه، باعمال قاعدة الاسناد فيه تلك التي قد تشير إلى قانون ثالث وهكذا.

---

(١) - راجع تفصيلا د/ احمد عبدالكريم سلامه :- المختصر – ص٩١ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما الإحالة القضائية او إحالة الاختصاص القضائي فهو الدفع بالاختصاص الثابت للمحكمه الوطنية إلى محكمه أجنبية.

ومن جهة ثانية :ـ ان الإحالة القانونية قد تؤدي إلى الرجوع لقانون القاضي ، اما الإحالة القضائية فهي تخرج النزاع من حوزة القضاء الوطني اصلا.

ومن جهة ثالثه :ـ فان بحث الإحالة القانونية يتأخر عن بحث الإحالة القضائية، ذلك ان الاخير دفع شكلي يسبق الكلام في الموضوع، ومن ثم يسقط بالمضي في بحث النزاع المعروض امام المحكمة.

ومن جهة رابعه :ـ فالإحالة القانونية تدخل في بحث تنازع القوانين، بينما إحالة الاختصاص تدخل تحت مباحث الاختصاص القضائي.

وبالموازنه بين اوجه الافتراق والاتفاق يتضح ما بين الاحالتين من تمايز وخصوصية تنفي التداخل والخلط بينهما.

ثانيا :ـ الإحالة الداخلية.

تلك التي يتم اعمالها داخل النطاق الوطني، وبين محاكم الدوله الواحدة، والتي قد تكون إحالة اتفاقيه بارادة الخصوم علي نقل الاختصاص المحلي إلى محكمه اخري ولكن بشرط ان تكون المحكمة المحال اليها مختصه ايضا وكذلك الإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه اخري ، ومن ثم يلزم وحدة الخصوم، والموضوع، وان تكون المحكمتان ذات اختصاص بالنزاع المعني. وكذلك الإحالة للارتباط ويقصد به قيام صله وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العداله جمعهما معا امام محكمه واحدة لتحقق فيهما معا وتفصل فيهما معا كل دعوى بحكم مستقل.[1]

---

(١) - د/ نبيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م – ص٣٥٢ وما بعدها، د/ احمد هندي : فكرة الارتباط في قانون المرافعات – رساله للدكتوراة ، جامعة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتتفق الاحالتين علي :-

ان كليهما دفع بالخصومه إلى محكمه اخري ، كما انهما من الدفوع الشكلية، وكذلك يتفقان من حيث شروط اعمالهما من وحده الموضوع والاشخاص، واختصاص كلتا المحكمتين بالاختصاص بالنزاع المعروض علي احدهما.

ويفترقان من عده جهات :-

فمن جهة :ـ الإحالة الداخلية وطنية العناصر والاشخاص، مع امكان وجود عنصر اجنبي في النزاع المعروض، بينما الإحالة الدولية فهي ذات عناصر أجنبية، وموضعها غالبا يكون اكثر ارتباط بالدوله المحال اليها.

ومن جهة ثانية :ـ تتم الإحالة الداخلية بين محاكم الدوله الواحدة بينما تتم الإحالة الدولية إلى محاكم دوله أجنبية.

ومن جهة ثالثة :ـ الإحالة الداخلية تتم بنصوص قانونية كرست لها كل النظم القانونية، بينما الإحالة القضائية الدولية فلا تزال مبهمة وغير واضحة المعالم في اكثر النظم القانونية بل محظورة بنصوص صريحه في بعض النظم القانونية.

ومن جهة رابعة :ـ تخضع الإحالة الداخلية في اعمالها لقانون المرافعات، بينما تخضع الثانية لأحكام القانون الدولي الخاص او ما يعرف بالمرافعات الدولية.

وبالموازنه بين ما بين الاحالتين من اوجه اتفاق، واخري للافتراق يتضح بجلاء تمايز كليهما عن الاخري في مجال اعمالهما، فالأولي داخلية وطنية، والثانية ذات عناصر أجنبية، وفيها امتداد للعلاقات بين الدول.

الإسكندرية ١٩٨٦م ص٥٠ وما بعدها، د/ احمد ابوالوفا – التعليق علي قانون المرافعات المصري – ١٩٧٥م- ج١ – ص٤٠٠ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا :ـ التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي

التخلي يعني ترك القاضي للدعوى بعد ثبوت اختصاصه دوليا بها، لعدم ملائمتها لديه، او رعاية لمصلحه المتخاصمين، مع وجود محكمه أجنبية مختصه بها، وتكون هي الانسب للفصل فيها غالبا.(١)

ومن ثم يحق للمحكمه متى رات نفسها انها في وضع غير ملائم ومناسب للفصل في المنازعه المعروضه عليها، حتى مع ثبوت الاختصاص الدولي لها، بناء علي ضابط معروف من ضوابط الاختصاص.(٢)

وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالتخيير ، او تخيير القاضي المسلم بين الحكم بين غير المسلمين من الاجانب والوطنيين او الاعراض عنهم، وهو المبدا الذى نصت عليه الآية الثانية والاربعين من سورة المائدة والتي يقول فيها الحق (فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم) ومن ثم حدث خلاف فقهي بسبب ما قيل عند عاوي نسخ الآية الكريمة، او انها محكمه والتي انتهيت مع الراجح منها إلى أحكام الآية وعدم نسخها، ومن ثم ثبوت تخيير القاضي المسلم في منازعات الاجانب غير المسلمين عند رفعهم دعوى أمامه، فيحق له الفصل في هذه الخصومات او التخلي عن الفصل فيها لصالح القضاء الاجنبي المختص بفصل هذه

---

(١) - راجع تفصيلا مؤلفي التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في الإسلام واثرة علي العلاقات الخاصة الدولية – دار الوفاء ٢٠١٦م – ط١ – ص٦١.

(٢) - د/ احمد عبدالكريم سلامه : فقة المرافعات المدنية الدولية – دار النهضة العربية – ط١ –ص٣١١، وانظر ايضا د/ احمد قسمت الجداوي : مباديء الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية ١٩٧٢م ص١٥٧-١٥٨، د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية- دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٣م ص١٢٥، د/ د/ هشام خالد : طبيعه قواعد الاختصاص القضائي الدولي واثرها علي تنفيذ الأحكام الأجنبية- مركز الاسكندرية للكتاب ١٩٩٧م ص١٨٦، د/ هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ٢٠٠٢م – ص١٧٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنازعات، وذلك بشروط وضوابط تكفل عدم انكار العداله وكفاله حق التقاضي وذلك بوجود بدائل قضائية تتيح لهؤلاء المتنازعين الوصول إلى حسم لمادة التنازع بينهم، وعلي مثله حدث خلاف فقهي بين فقهاء القانون في مصر علي اعطاء القاضي حق التخلي عن النزاع المعروض عليه خاصة في ظل الفراغ التشرعى.(١)

الموازنه بين التخلي والإحالة

تتفق الإحالة مع التخلي عن الاختصاص من عدة جوانب منها ان كليهما يرتبط بالاختصاص القضائي للمحاكم، كما انهما يفيدان ان المحكمة التي تخلت او احالت هي محكمه مختصة اصلا بالنزاع التي احالته او تخلت عنه، كما يتفقان في ان هناك محكمه أجنبية مختصة هي الاخري بالنزاع الماثل، وان هذا النزاع اكثر ارتباطا بالمحكمة الأجنبية المحال اليها، او المتخلي لها عن الاختصاص المرفوع لديها ايضا او تكون مختصة به قانونا.

ولعل اوجه الشبه بين هذين النظامين هو الذى دفع البعض إلى وضعهما معا تحت نظرية عامه في التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية.(٢)

وتختلف الإحالة عن التخلي من عدة جوانب لعل اهمها :ـ

أولا :ـ ان الإحالة تتحقق عندما يعرض النزاع امام محكمتين بذات الموضوع والاطراف، وفي ذات الوقت، اما التخلي: فيتحقق بمجرد وجود محكمه مختصة ، واقدر علي حسم النزاع، حتى وان لم يكن النزاع قائم امامها الان، ولكنه ممكن في المستقبل، وموجود وجودا قانونيا ، وان لم يكن موجود فعليا.

ثانيا :ـ ان الإحالة تعني :-

أ- عدم اختصاص المحكمة الوطنية.

---

(١) - راجع ذلك بالتفصيل مؤلفي : التخلي في اكثر من موضوع منه.

(٢) - د/ احمد قسمت الجداوي : مباديء الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية ١٩٧٢م ص١٥٧ ومابعدها ، د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية- دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٣م ص١١٦-١٢٩ هامش ١ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- إحالة الاختصاص إلى المحكمة الأجنبية المختصة بالنزاع.

اما التخلي فيعني بامر واحد، وهو ترك الاختصاص بالنزاع المعروض عليها، وعلي الخصوم التوجه إلى المحكمة المختصة، والتي هي الانسب لحسم ما بينهما من نزاع، ويحق للقاضي افادتهم في ذلك دون ان يكون هذا التوجيه منه لهم الزاميا.

ثالثا :ـ ان مجال اعمال التخلي اوسع من المجال الذى تقبل فيه الإحالة ، وذلك ان الإحالة لا تقبل الا عند وجود محكمتين وكلتاهما مختص بالنزاع المعروض عليهما، اما التخلي فلا يشترط لامكان تحققة وجود المحكمتين، ومن ثم يمكن تحققة، واعماله حتى وان لم تكن هناك محكمه اخري مختصة بالنزاع المعروض عليها طالما كان الامكان القانوني متحقق فلا يشترط الوقوع الفعلي، والتزامن الواقعى بين المحكمة المتخليه والقضاء الاجنبي الذى لا يشترط سابقة اثارة النزاع امامه طالما انه يوجد قانون محكمه أجنبية مختصة بذلك النزاع. كما ان مجال التخلي اوسع من حيث تعلقة بكل حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، بما فيها حاله الخضوع الاختياري للخصوم لولاية المحاكم الوطنية اما الإحالة فمجالها اضيق من ذلك ، فلا مكان للإحالة مثلا في حالة الخضوع الاختياري الذى لا توجد فيه ذات الدعوى امام محكمه أجنبية اخري، وقد خضع الطرفان عن طوع واختيار للقضاء الوطنى.

ومن هنا يتضح جوهر اختلاف الإحالة عن التخلي بما يرفع ما بينهما من لبس وتشابه. ويبقي لكل منهما استقلاليته وخصوصيته.

الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الخاصة الدولية

لقد جمع المقنن المصري كافه القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم المصرية دوليا بالمنازعات (الاختصاص الدولي للمحاكم) في الفصل الأول من الباب الأول المتعلق بالاختصاص من الكتاب الأول (في التداعي امام المحاكم) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنه ١٩٦٨م، وذلك في المواد من ٢٨ إلى ٣٥ منه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهل يتصور الدفع بعدم الاختصاص في هذه المنازعات (الخاصة الدولية)؟

لقد نص المقنن المصري علي حاله واحدة تقضي فيها المحاكم المصرية بعدم الاختصاص ، وهي حالة الخضوع الاختياري لولاية المحاكم المصرية ، فاذا لم يحضر المدعي عليه، ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة طبقا لاي ضابط من ضوابط الاختصاص المنصوص عليها بالمواد السابقة، فان المحاكم تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وذلك بمقتضي المادة (٣٥) مرافعات بقولها (إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها)

وقد تعددت اقوال الفقهاء في فهم المراد من هذه المادة علي اتجاهات متعددة.

فيقول البعض (١) الظاهر ان حكم هذه المادة لا يجيز للقاضي المصري ان يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه الا في حالة غياب المدعي عليه في الحالة المنصوص عليها بالمادة (٣٥) مرافعات.

ويفهم من كلام الفقيه الماثل ما يلي :ـ

١ – ان الحكم بعدم الاختصاص وجوبيا (تلقائيا) في الحالة المعروضة بالمادة (٣٥) من قانون المرافعات، وحسب.

٢ – من الممكن ان تقضي المحكمة بعدم الاختصاص في احوال اخري اذا طلب المدعي عليه ذلك.

٣– يجوز للقاضي ان يحكم بعدم الاختصاص في احوال اخري من تلقاء نفسه.

بينما يذكر فقية آخر(٢)

انه يتفق مع الفقيه السابق في الحالة المعروضة بالمادة (٣٥) مرافعات، تلك التي يجب علي المحكمة أن تقضي فيها بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، ومع ذلك توجد حالات

---

(١) – د/ محمد كمال فهمي : اصول القانون الدولي الخاص :– الاختصاص القضائي بند ٤٨٣ ص٦٥٢.

(٢) – د/ احمد عبدالكريم سلامه : فقة المرافعات المدنية الدولية – دار النهضة العربية – ط١ – ص٣٠٩ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اخري غير تلك الحالة التي اوردها المقنن بالمادة (٣٥) مرافعات، يجوز فيها للقاضي المصري ان يحكم فيها بعدم الاختصاص القضائي من تلقاء نفسه (بدون ان يطلب منه ذلك) وهناك حالات اخري يجب علي الخصم في الدعوى إثارة عدم الاختصاص فيها.

ثم يذكر الفقيه الماثل انه يعتمد علي فكرة الاختصاص الالزامي ، والاختصاص الجوازي (ذلك الذى يذهب اليه في تقسيم الاختصاص) ويذكر ان الأول (الالزامي) يتعلق بالنظام العام بدرجة اوثق من الاختصاص الجوازي ومن ثم يلزم القاضي ان يحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه في حالات الاختصاص الوجوبي، وهذا هو الوضع المستقر عليه في نطاق قواعد الاختصاص الداخلي كما هو مقرر بالمادة (١٠٩) مرافعات ، ويأخذ به قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة (٩٢) منه، والتي تجيز للقاضي ان يدفع بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه اذا خولفت قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، او كانت الدعوى تدخل في اختصاص القضاء الجنائي، او القضاء الاداري ، او كانت الدعوى تخرج عن ولاية القضاء الفرنسي.(١)

ثم يذكر الحالة المعروضة في المادة (٣٥) مرافعات مصري ، ويضع تبريرات لها ويذكر ان هذا الحل يتبناه القانون الفرنسي اعمالا للمادة (٩٢) مرافعات فرنسي، والقانون الايطالي لعام ١٩٩٥م اعمالا للمادة (١١) من مجموعه القانون الدولي الخاص الجديدة.(٢)

ثم يعود ليذكر حالة الدعوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج، فيحق للمحكمه المصرية ان تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، حتى ولو كان هنالك ضابط اخر للاختصاص كجنسية

---

(١) - انظر Mayer المختصر بند ٣٠٨ – ص٢٠٧. مؤلف الاستاذ Laparde Betiffolet الجزء الثاني بند ٦٧٥ – ص٤٠٠-٤٠٢ ، كذلك Loassouarn Bourde المختصر يند ٤٥٦، ص٥٧٥، ٥٧٦، الاستاذ Holleaux Laprade بند ٧٦٢ وما بعده ص٣٦٧، AUDIT القانون الدولي الخاص بند ٣٧٧ ص٣٢٨-٣٢٩ ومشار إليهم لدي د/ احمد سلامه ص٣٠٩.

(٢) - د/ احمد سلامه ص٣٠٩ – ٣١٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدعي عليه (م ٢٨ مرافعات) او توطنه او اقامته في مصر (م ٢٩ مرافعات).[١]

وكذلك حالة عدم الملائمة للفصل في الدعوى

وذلك متى كان النزاع المعني لا تربطه بمصر رابطه جديه تبرر عقد الاختصاص، وكفاله الاثار التنفيذية للحكم الصادر منها اذ تعتبر المحكمة المصرية هنا ليست انسب المحاكم للفصل في الدعوى، وهو الحل الذى تبناه القانون الانجليزي ، والاسترالي ، والامريكي[٢] تلك هي الحالات التي رءاها صاحب الفقه المعروض الزامية علي القاضي يقضي فيها بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه من بين ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

ثم يذكر صاحب الفقه المعروض الحالات التي يقضي فيها القاضي بعدم الاختصاص بناء علي طلب الخصوم، تلك التي لا يقضي فيها هذا القضاء من تلقاء نفسه، الا عندما يطلب منه صاحب المصلحه ذلك. ومن قبيل تلك الحالات، الاختصاص المؤسس علي جنسية المدعي عليه المصريه، وكذا الاختصاص القائم علي الخضوع الاختياري الجالب للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وكذا الاختصاص المؤسس علي تعلق الدعوى بعقد دولي ابرم او نفذ او كان واجبا تنفيذه في مصر، وكذا الاختصاص المؤسس علي الارتباط بدعاوى منظورة امام القضاء المصري. فاذا خولفت تلك القواعد فلا تقضي المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، بل يجب ان يحدث ذلك بعد طلب صاحب المصلحة.[٣]

---

(١) - المرجع السابق.

(٢) - المرجع السابق. ص٣١١-٣١٢.

(٣) - المرجع السابق. ص٣١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعليق :ـ

ان هذا الاتجاه الذى اقدر صاحبه [١] قد حالفه التوفيق وهذا عهدي به الا انه لم يسلم من مآخذ منها:

اني اكره الاستيراد الفكري من الغرب، والاستدلال بفكرهم ، حيث نزرع اشجار الغرب في ارض الإسلام، ما اجمل ان تكون مرجعيتنا وموردنا العذب الإسلام، واعمال فقهاء الإسلام الاماجد، ونحن في بلد دينه الإسلام وشعب متدين بطبعه، ولا يخفي علي قاريء مبتدأ ميول الفقيه الكبير للفكر والفقه الإسلامي.

فلتكن مرجعيتنا الإسلام، لننفض الغبار عن جواهر الإسلام، تلك التي رسبت عليها عوامل المد العلماني، والاستعماري منذ زمن طال مكثة.

ولست بهذا متربصا الدوائر بكل ما يأتي من الغرب علي حد قول بعض المصلحين (لايات من الغرب ما يسر القلب) [٢] فقد يات من الغرب خير من علوم مدنيه، وفكرية ، لكن يظل الاصل والمنبع الإسلام، وليكن بحثنا من حلول قانونية عند الغرب عند عجزنا عن ايجادة في تراثنا الإسلامي وهذا مستحيل، فالتقصير في البحث هو الذى يجعل البعض يجهل الفقه والفكر الإسلامي ببعض المعارف القانونية.

خاصة وان اعمال أحكام الإسلام دين يتعبد به ويثاب عليه ويعاقب علي تجاهله وتناسيه.

ومن جهة ثانية :ـ فان التفريق بين الاختصاص الالزامي والاختصاص الجوازي ، وان كان له مساغ (وعلي فرضيه صحته) في محله عند الحديث عما يتعلق بالنظام العام من ضوابط ومعايير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، فانه وبمناسبة الحديث عن عدم

---

(١) – علامة القانون الدولي الخاص العربي بلا منازع، وانا افتخر بالتتلمذ علي يديه في مناقشتى في رساله الماجستير ٢٠٠٦م ، وقد كانت ملاحظاته علامات فارقة ، وبداية مشرقة، وهو اول من قارن القانون الدولي الخاص بالفقه الإسلامي في مؤلفة البديع : مباديء القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن – دار النهضة العربية ١٤٠٩هـ -١٩م

(٢) – ينسب هذا القول للامام محمد عبده رحمه الله.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاختصاص تأت تلك التفرقة بين الالزامي والجوازي ، غير ذات بال في مجال الحديث عن عدم الاختصاص ، بالإحالة بعدم الاختصاص، فكيف يكون عدم الاختصاص او اللا اختصاص جوازيا او وجوبيا؟ (١)

ومن جهة ثالثة :ـ فان الفقيه الماثل اراد تعدية الأحكام المقررة في القانون الداخلي (المرافعات الوطنية) علي المرافعات الدولية وهو امر غير مستقيم وذلك لاختلاف العله والاساس الذى قام عليه كل منهما، فالعله في عدم الاختصاص في القانون الداخلي تختلف عن تلك التي في عدم الاختصاص في العلاقات الخاصة الدولية.

ومن جهة رابعة :ـ كيف يتسني للقاضي الوطني ان يقضي بعدم الاختصاص القضائي الدولي ، وهو مختص به طبقا لاحد معايير الاختصاص التي وضعها المقنن المصري له. فهذا لا يصح ان يوصف من القاضي بانه عدم اختصاص ، وهو في حاله من حالات هذا الاختصاص، ومتلبسا به، وانما يصح ان يوصف هذا الذى يفعله القاضي من الحكم بعدم الاختصاص بانه تخلي عن الاختصاص وليس قضاء بعدم الاختصاص، فالتخلي ترك القاضي للاختصاص بعد ثبوته له، بخلاف عدم الاختصاص المقرر قانونا، فجميع الحالات التي ذكرها فقيهنا الكبير لا تخرج عن كونها تخلي عن الاختصاص القضائي ذلك ان القاضي فيها في احدى حالات التخيير بين نظر الدعوى وتركها.(٢)

---

(١) – قارب د/ عكاشة عبدالعال:– الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م ص١٢٧.

(٢) – قارب مع هذا د/ عكاشة عبدالعال:– الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م ص١٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بينما يذكر البعض :ـ [١]

ان للقاضي الوطني ان يحكم بعدم الاختصاص في كل نزاع عرض عليه ولم يكن مختصا به دوليا طبقا لاحدي ضوابط الاختصاص التي عهد بها اليه المقنن المصري ، واساس ذلك ان المقنن المصري حين يقوم بتحديد حالات الاختصاص لمحاكمه الوطنية، انما يقوم بنوع من المشاركه مع الدول الاخري في توزيع حالات الاختصاص بالمنازعات الخاصة الدولية ، علي النحو الذى يكفل تحقيق مصالح الافراد، وغلق باب التحايل علي أحكام الاختصاص المقررة تشريعا، وضمان صدور حكم مكفول النفاذ، هذا القدر من المشاركه يمثل من قبل الشراح حدا معقولا ومقبولا يري معه ان أي اختصاص سيتقرر للمحاكم المصرية فيما وراءة يوصف وينطوي علي نوع من العبث، اذ سيكون الحكم الصادر عندئذا من المحاكم المصرية هو والعدم سواء.

وهو امر ينبغي تجنبه حفاظا علي وقت قضائنا واحتراما (علي المستوى الدولي) للأحكام التي ستصدر منه، وفي هذا الاطار ينبغي علي المحكمة ان تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها في جميع الحالات التي يرفع اليها النزاع ولا تكون هي مختصة به، وطبقا لما وضعه المقنن من أحكام في هذا الشأن، ويمكن ان نجد في نص المادة (٣٥) مرافعات ما يؤيد وجهه النظر هذه، والتي يجري حكمها علي ان غياب المدعي عليه في حاله الخضوع الاختياري، لا يجب تفسيرة علي انه رضا بقبول الاختصاص، ومن ثم يكون للمحكمه ان تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، فغياب المدعي عليه يعني عدم قبول، وهو ما يعني بدورة عدم وجود حاله الخضوع الارادي (من حيث الاصل) بعقد الاختصاص للمحاكم المصرية وهو

(١) – د/ عكاشة عبدالعال:– الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م ص١٢٧–١٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الامر الذى يكون معه الاختصاص عندئذ منعقدا دون سند من نصوص القانون فيكون للمحكمه ان تحكم بعدم الاختصاص.[١]

التعليق :ـ

مع تسليمي بصحه ما انتهي اليه الرأي المعروض ومساندتي له الا اني اري عدم صحه الاساس الذى بني عليه، وان التأسيس المذكور يصلح سندا لنظريه التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، وليس عدم الاختصاص، وان الاساس الصحيح – من وجهة نظري – هو ان القاضي الوطني عندما يقضي بعدم الاختصاص فهو يعمل صحيح القانون الذى حدد اختصاصاته بالمواد من (٢٨) إلى (٣٥) مرافعات مصريه، وان قضاءه بعدم الاختصاص في احدي ضوابط الاختصاص المذكور يعد خروجا عن أحكام القانون المصري وانكارا للعداله.[٢]

موقف الفقه الإسلامي من الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي

لقد بات مبدأ تخصيص القضاء (بالمكان أو الزمان، او النوع أو القيمة) من الاهمية بمكان في دول الإسلام المترامية الاطراف ، المتباعدة الاقطار، الواسعه الامصار، فاصبح لولي الامر الحق في تخصيص القضاء علي هذه الانحاء، ذلك المبدأ الذى كرسه الفقهاء، حتى قالوا : ويجوز تأقيت القضاء بالزمان، وذلك بان يقول المولي لشخص (توافرت فيه شروط التوليه) أنت قاض لهذه البلدة هذا الشهر او هذا اليوم، ويصير المولي قاضيا بقدر هذا الوقت، ويجوز تقييد القضاء بالمكان المعين كبلدة معينه او جهة معينه، ويجوز تقييدة بالحوادث فلو قال السلطان لقاض : اقض في الحادثة الفلانية، ولا تقضي في حادثه كذا ، تقييد حكمه بما امرة بالقضاء فيه، ولا يجوز له القضاء فيما نهاه عنه، ويجوز تقييده بالاشخاص ، فعلي هذا يجوز

---

(١) – د/ عكاشة عبدالعال: – الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م ص١٢٨.

(٢) – راجع تفصيلا مؤلف السابق ص٩٦–٩٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للولي المسلم ان يولي القضاء للذمى لينظر قضايا الذميين، ويحكم عليهم بما تقتضيه شريعتهم، وذلك لان الوالي المسلم مطلوب منه القيام بمصالح الذميين.[١]

وعلي ذلك يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان او بمكان معين او نوع معين من القضايا، او بموضوع معين يقتصر عليه.[٢]

فاذا كان الفقه الإسلامي قرر هذا التخصيص للقضاء حتى اصبح قانونا باختيار الحكام لهذا التخصيص فان القاضي المولي للقضاء ملزم بهذا التخصيص، فاذا تجاوزه فلا ينفذ قضاؤه، حتى قال البعض : يبطل قضاؤة[٣] وبالتالي فان القضاء حتى لا يصبح عبثا ويبطل، وجب علي القاضي ان لا يدخل فيما يخرج عن نطاق اختصاصه.

فيقول السرخسي الحنفي[٤] :- ان (الرهن الذى تم بين مستامنين خارج دار الإسلام لا يختص به قاضي المسلمين)

ويؤكد هذا المعني الكاساني قائلا :ـ ان ما تم بين المستامنين خارج دار الإسلام لا يختص به قاض

---

(١) - انظر العلامه بدر الدين محمود المعروف باب قاض سماونه – جامع الفصوليين – المطبعه الكبري الاميرية ١٣٠٠هـ -ج٤-ص٣٢٠، والعلامة/ خير الدين احمد بن نور – الفتاوى الخيرية – مطبعه الاستانه ١٣١١هـ - ج٢ – ص٦ ، العلامه/ بدر الدين ابواليسر محمد بن الفرس – المجانى الزهرية علي الفواكه البدرية – مطبعه النيل ١٩٠٨م – ص٧٥، الشيخ/ المراغي – التشريع الإسلامي لغير المسلمين – مطبعه الاداب بالجماميز ص١٠٠-١٠١.

(٢) - د/ وهبه الزحلي : الفقه الإسلامي وادلته – دار افاق المعرفه –ط٤ – ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م – ج٦ – ص٧٥٣. أ/ ظافر القاسمى : نظام الحكم في الشريعه والتاريخ الإسلامي – الكتاب الثانى – السلطة القضائية – دار النفاس ص٢٧٣، أ/ محمد الطاهر محمد عبدالعزيز – القضاء في الإسلام – مكتبه العالمية .ج.م.ع ص٣٢-٣٤.

(٣) - الشيخ/ المراغي : التشريع – ص١٠٠-١٠١، ا/ محمد الطاهر : القضاء – ص٣٤.

(٤) - المبسوط : دار المعرفه – بيروت – المجلد ٢ – ص١٥٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسلمين الا اذا اسلموا او اصبحوا اهل ذمه، فيكون القضاء بينهم باعتبارهم وطنيين.[1]

فهذه النصوص الفقهية اشارات واضحه علي قبول الدفع بعدم الاختصاص بالنسبة لمنازعات الاجانب التي نشأت او نفذت في الخارج، فللقاضي المسلم اذا عرض عليه شيء من هذا القبيل واضرابه ان يقضي بعدم الاختصاص.

الخلاصة :ـ

اتضح من العرض السابق لاقوال رجال القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي مدي التباين والاختلاف بين الدفع بعدم الاختصاص والإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية ومن مظاهر التباين والاختلاف بين الدفعين المذكورين.

من جهة : أن الدفع بعدم الاختصاص يعني ان المحكمة لم تكن مختصه اصلا، وان النزاع قد رفع اليها بطريق الخطأ، وبينما الدفع بالإحالة يفيد ان المحكمة مختصه، ويوجد إلى جوارها محكمه اخري أجنبية مختصه، وان هذه الاخيرة هي الانسب لحسم النزاع بما ينبغي معه إحالة الاختصاص القضائي بالنزاع معروض عليها.

ومن جهة ثانية :- فالإحالة تقتضي وجود محكمتين احدهما وطنيه والاخري أجنبية وان النزاع المتحد الاشخاص، والموضوع، والسبب، قد عرض متزامنا علي كلتا المحكمتين، بينما الفرض في عدم الاختصاص ان النزاع لم يعرض الا علي محكمه واحدة، وهي غير مختصه ولم يعرض علي المحكمة المختصه بعد.

ومن هنا يظهر الفارق واضحا بين عدم اختصاص القضاء الوطنى دوليا، وبين إحالة الاختصاص القضائي الدولي إلى محكمه أجنبية.

---

(١) - بدائع الصنائع : دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ج٧ ص١٣٢ وما بعدها وانظر الموسوعه الفقهية – طباعه ذات السلاسل – الكويت ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ج٢٠ ص ٢١٣-٢١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإحالة بتن القبول والرفض

تمهيد وتقسيم :ـ

لا تثير الإحالة مشكله تذكر في حالتين :-

١ - اذا كانت الدوله التي رفع النزاع امام محاكمها تربطها بالدوله الاخري التي رفع ذات النزاع امام محاكمها ايضا (بذات الموضوع، والاشخاص ،والسبب، والزمن) تربطها معاهدة ثنائيه او جماعية تنظم مسأله إحالة الاختصاص القضائي الدولي ، فالرجوع إلى هذه المعاهدة يزيل الاشكال، وينهي المساله بسلام.

٢ - ولا تثور مشكله بخصوص إحالة الاختصاص القضائي الدولي لدي دوله قننت الإحالة سلبا او ايجابا، فهي ان نصت علي قبول الإحالة، او نصت علي رفض الإحالة، فقد قطعت الامر وحسمته فقها وقضاء، ومن ثم لا تثور ثمه مشكله بخصوص إحالة الاختصاص القضائي الدولي.[١]

وان لم نكن بصدد احدى الحالتين السابقتين فلا تنفك المشكله المتعلقه بالإحالة قائمه علي اصولها، ذلك ان اعتبارات السيادة الزمنية تلك التي زكاها، ونفخ فيها من روحه الاستعمار العالمي، للممالك التي عاشت علي القنص وبسط النفوذ، اذا كفشت في حرث الامم المسالمه، والتاريخ يحمل في طياته مأسي ومواجع، اطماع الاستعمار، الذى مضي في سياسه الاقناع والاخضاع ، تلك التي لا تزال قائمه في السياسات الخارجيه[٢] للدول المصابه بالسعار الاستعماري.

وقد خلف هذا الهاجس الاستعماري غصات في النفوس وارتياب من كل ما يمت بصله لهذه الكيانات الاستعمارية، حتى اثر ذلك علي امتداد العلاقات الانسانيه دوليا، وجعل

---

(١) - د/ حفيظة الحداد : تنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٦ ص١٠٧.

(٢) - انظر في بيان السياسات الخارجية د/ عمر عبدالعزيز عمر ، د/ جمال محمود حجر – صور من تاريخ العلاقات الدولية في العصر الحديث – دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٧م ص١٠ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السلاسه والسهوله مهجورة، ومملكه الجفاء معمورة، وقد وقفت اعتبارات السيادة الاقليمية[1] وغياب السلطه الفوقيه، التي تملك توزيع الاختصاص بالمنازعات الدوليه علي محاكم الدول المختلفه، هي التي جمدت لدي الفقه والفكر الانساني الإحالة القضائية إلى المحاكم الأجنبية، وذلك تربصا برواسب الاستعمار العالمي الذى يريد ان ينقض علي الاخرين لنهب خيراتهم، وتمزيق حضاراتهم وتقطيع اوصالهم.

واذا كانت الشرائع السماوية قد جاءت وهي تحمل الخير إلى كل الانسانية حتى تحدث بين بني ادم تعارف وتقارب وتكامل (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ) سورة الحجرات ايه (١٣). الا ان مفكري وفقهاء الديانات قد تاثر بعضهم وارتاب من مطامع الامم المفترسه، وما مأسي التتار، والحملات الصليبيه، واحتلال فلسطين، والقدس الاسير، ما كل ذلك وغيره منا ببعيد، وهؤلاء المفكرون قد اشتد اثر ذلك فيهم فوجدنا بعضهم يضع حواجز وموانع تحول دون ما يجد في نفسه من تخوف من شره وشغف قوى القنص، فأدي ذلك من بعضهم إلى الرفض والممانعه.

وبالبحث في الفكر الانساني المتأثر بالتعاليم الدينيه او الوضعيه نجد ان إحالة الاختصاص القضائي الدولي، قد لاقي رفضا مطلقا من البعض ، ولاقي ترحيبا واسعا وحفاوة من البعض الاخر، ويدور بحثى في هذا البحث حول هذين الاتجاهين.

تقسيم :- اقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب علي النحو التالي :-

المطلب الأول :- رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

المطلب الثاني :- قبول إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

المطلب الثالث :- نقد وتقييم الاتجاهين السابقين.

---

(١) - انظر دور الاعتبارات السياسية وتاثيرها علي الفقه التقليدي، د/ هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائي – الاسكندرية ١٩٦٩م فقرة ١٣٨، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩م ص٥٤-٥٥ ، د/ محمد روبي عطا الله : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – رساله دكتوراة – جامعة حلوان – القاهرة ٢٠٠٥م ص ١٦٣ وما بعدها هامش (١).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول:
رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي

ذهب فريق كبير من الفقهاء إلى رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي، فما هو فقه هذا الاتجاه؟ وما حججهم وما تحليل اتجاههم؟

وهذا ما اتناوله بالبحث في الفرعين الاتيين :.

الفرع الأول :- فقه هذا الاتجاه

الفرع الثانى :- تحليل الاتجاه التقليدى (حجج هذا الاتجاه)

الفرع الأول: فقه هذا الاتجاه

يعتنق اصحاب الاتجاه المعروض فكرة رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي، واصحاب هذا الاتجاه، فريقان، فريق يستمد رفضه من فهمه للإسلام، وفريق يستنبط هذا الرفض من العلاقات الدوليه الوضعيه، والفكر الغربي، وهذا ما اعرضه في هذا الفرع ، وذلك في البندين علي النحو الاتي :-

البند الأول :- فريق من الفقه الإسلامي.

البند الثاني :- فقه القانون الدولى الخاص.

البند الأول :ـ فريق من الفقه الإسلامي

رأي بعض فقهاء الإسلام رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي إلى قاض اخر، فما هو هذا الفقه؟ وما فقهم في ذلك؟

أولا :ـ فقهاء هذا الاتجاه او القائلين به من فقهاء الإسلام

يأتي علي قمة هذا الاتجاه ابن حزم الظاهري[1]، ذلك الفقه الذى اشتهر بالمذهب الظاهري ، القائم علي التمسك بظواهر النصوص، بعيد عن القياس العقلي ، والبحث العقلي في فهم النصوص الشرعية.

---

(١) - ابن حزم : المحلي بالاثار ، تحقيق/ احمد محمد عساكر – لجنه التراث العربي – دار الأفاق الجديدة – ج٩-ص ٤٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما ينسب هذا الاتجاه إلى فقهاء الحنفيه[١]، اصحاب مدرسه الرأي والعقل، فمن قمه رفض استخدام العقل في الشرع، إلى قمه استخدام العقل في فهم الشرع، فسبحان الله رب العالمين.

نهاية إقدام العقول عقال *** وغاية سعي العالمين ضلال

وأرواحنا في وحشة من اجسادنا *** وحاصل دنيانا أذى ووبال

ولم نستفد من بحثنا طول عمرنا *** سوى أن جمعنا فيه قيل وقال

وهو احد القولين عند الشافعية[٢]، والمعلوم ان الشافعيه لديهم القديم والجديد، سيرا علي نهج الشافعي رضي الله عنه.

وينسب هذا القول لابن عباس رضي الله عنه، والحسن البصري، وعكرمه ،ومجاهد والزهري، والسدى، وعمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهم جميعا[٣]. وهو مذهب الشيعه الزيدية[٤] ويؤيده بعض المعاصرين كالشيخ المراغي [٥].

---

(١) - انظر / الطحاوي : مختصر اختلاف العلماء – دار البشائر الإسلامية ١٩٩٦م – ط١ – ج٣- ص٣٩٠ ، ابي اسحاق بن عبدالرفيع- معين الحكام علي القضايا والأحكام ، تحقيق د/ محمد بن قاسم بن عباد : دار الغرب الإسلامي – ج٢- ص٦٣٧، الحصاف : شرح ادب اللقاضي للامام عمر بن عبدالعزيز : دار الكتب العلمية بيروت ص٤٩٥، الجصاص : أحكام القران – تحقيق محمد الصادق قمحاوى : دار احياء التراث العربي ١٩٨٥م – ج٤ – ص٨٧.

(٢) - الامام الشافعي – الام – كتاب الشعب –طبعه مطبعه بولاق – مصر ج٥ ص٥٠ والامام الماوردي – الحاوي الكبير. تحقيق محمود مسطرجي واخرين – دار الكتب العلمية – ج٩ ص٣٠٦، الشربيني :- معني المحتاج إلى معرفه الفاظ المنهاج – دار الكتب العلمية – بيروت – ج٣ ص٣٢٩، الكهوجي – زاد المحتاج بشرح المنهاج ج٣ ص٢٤٤، الغزالي : الوسيط في المذهب – المجلد الخامس ص١٣٨، القزويني : العزيز شرح الوجيز – دار الكتب العلمية – بيروت ج٨ ص١٠٣.

(٣) - القرطبي : الجامع لأحكام القران الكريم – ج٦ ص١٨٦، الجصاص ج٤ ص٨٧. الرازي مفاتيح الغيب – مجلد ٦ – ج١١ ص٢٤٢ ، المراغي ص١٢٠-١٢١، الرازي : مفاتيح الغيب – مجلد ٦ – ج١١ص٢٤٢، المراغي ١٢٠-١٢١.

(٤) - المرتضي : البحر لزخار – دار الكتاب الإسلامي – ج٥ ص٣٦٦.

(٥) - التشريعي الإسلامي لغير المسلمين – مكتبة الاداب بلجمايز ص٤١ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فاذا كان هؤلاء هم اصحاب الاتجاه الماثل، فما هو فقهم في رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي؟

هذا ما اعرض له في البند التالي :-

فقه الاتجاه الماثل

يري اصحاب الاتجاه المعروض من فقهاء الإسلام ان القاض المسلم عندما يعرض عليه نزاع بين اجانب (بمفهوم الجنسية لدي فقهاء الإسلام)[1] او نزاع بين اطراف من الوطنيين غير المسلمين (أهل الذمه)، او احدهم وطني والاخر اجنبي (ذمى ، ومستامن) وبالاحري اذا كان في الخصوم طرف مسلم (مدعي، او مدعي عليه) فانه يجب علي القاضي ان يحكم بينهم، ولا يجوز له ان يحيل هذا النزاع إلى قاض غير المسلمين في الداخل (قاض اهل الذمه) او في الخارج القضاء الاجنبي.

وأن رفض الإحالة هنا مطلقا، ومتعلق بالنظام العام الإسلامي فلا يصح من جانب القاضي ، ولا الخصوم، ومتي تم وقع غير صحيح، وسواء في ذلك كان هنالك قضاء اخر مختص او لم يوجد هذا القضاء.

(١) - حيث قسم فقهاء الإسلام البشر من حيث خضوعهم للإسلام شريعه ومنهاج، دين ودوله إلى مسلمين يخضعون للإسلام شريعه وعقيدة ظاهرا وباطنا ، وذميين يخضعون للإسلام شريعه وسلوكا ومستامنين يلتزمون أحكام الإسلام مؤقتا و شريعه وقانونه وسلوكه وغير مسالمين، وهم الذين يناصبون الإسلام العداء ، ويقفون حائلا دون البلاغ او الدعوة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني:
فقه القانون الدولي الخاص في هذا الاتجاه
(الرافض للإحالة)

قام فريق كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر والغرب علي رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه إلى محاكم أجنبية، وهؤلاء الفقهاء يعرفون بالفقه التقليدي [١].

ويقوم منطق الاتجاه الماثل علي ان قواعد وضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز باي حال الخروج عليها بالإحالة إلى القضاء الاجنبي ولم تقف كلمه هذا الفقه عند كلمه واحدة فمنهم من رفض الإحالة مطلقا، ومنهم من قبلها استثناء، ومنهم من وضع لها حدود فاعرض لرأى هؤلاء الفقهاء في البنود الاتيه :-

الأول :ـ وعلي رأس الفقه في مصر من يرفض الإحالة
الدكتور/ ابراهيم احمد إبراهيم[٢]

حيث يعلن رفضه المطلق لنظريه الإحالة تاكيدا للطبيعه الامره، والمطلقه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في مصر، حيث إن رفض إحالة الاختصاص في مصر ليست محل شك، وذلك لاستحاله الاخذ بها وفقا للقانون المصري ، كما ان الإحالة تفترض دخول نزاع معين في اختصاص محاكم دولتين، فتحيل المحكمة التي عرض عليها النزاع مؤخرا إلى محكمه الدوله التي اختصت بداءة .. ومن ثم فهو يرفض الإحالة مطلقا.

---

(١) - انظر في ذلك د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – ص٥٦، د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢ .

(٢) - في مؤلفه : القانون الدولي الخاص ، الاختصاص القضائي الدولي ، والاثار الدوليه للأحكام ١٩٩١م ص٧٧، وهو يتابع في هذا بعض الفقهاء ومنهم د/ جابر جاد عبدالرحمن – القانون الدولي الخاص العربي ص٩٦، د/ حامد ذكى – القانون الدولي الخاص المصري ج٤ - تنازع السلطات وتنازع الاختصاص ١٩٦٤م ص٤٦ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الثاني :ـ يقوم علي هذا الاتجاه الدكتور/ عزالدين عبدالله [١]

وذلك بقوله ان فكره الإحالة من محكمه وطنيه إلى محكمه اجنبيه، هي فكرة مرفوضه في فقه القانون الدولي الخاص فضلا عن القانون الوضعي، وان هذه القاعدة يمكن الخروج عنها، حال تعلق الامر بضابط الجنسية، نظرا لضعف هذا الاخير في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فاذا تعلق الامر بمواطن مصري ، غير مقيم في مصر او مستوطن فيها، هنا يمكن اختصام الاخير امام المحاكم الاجنبيه ولا يتصور الزام المدعي في مثل هذه الفروض برفع الدعوى امام المحاكم المصرية.

نظرا لعدم توطن المدعي عليه او اقامته في مصر، وقد راينا من قبل ان المشرع الايطالي قد اعتنق هذا النظر في المادة (٢) من قانون المرافعات الايطالي او بعبارة اخري اذا كان ضابط الاختصاص شخصيا غير اقليمي، وهو ضابط الجنسية المصرية وحدها لدي المدعي عليه، بان كان المدعي عليه متمتعا بهذه الجنسية غير متوطن وغير مقيم في مصر وليس له مال فيها، كان من الصعب في هذه الصورة القول بان تحقق المصلحه العامة باداء العداله في اقليم الدوله يستلزم رفع الدعوى امام المحاكم المصرية. وكان من السهل قبول الخروج من اختصاص هذه المحاكم... فان لم يتوافر في الدعوى ضابط اخر من ضوابط الاختصاص جاز اخراج الدعوى من اختصاصها لصالح محكمه اجنبيه او محكمين يؤدون وظيفتهم في دوله اجنبيه وفقا لقانونها ويكون هذا الخروج استثناء يرد علي القاعدة المتقدمة[٢].

---

(١) - القانون الدولي الخاص – ج٢ – ط٩ – الهيئة المصرية العامه للكتاب ، ١٩٨٦م ص٧٤٧-٧٤٤.

(٢) - د/ عز الدين عبدالله : المرجع السابق- ص٧٤٥ وقريبا من هذا الاتجاه ما انتهجه د/ محمد كمال فهمى حيث يري تقسيم قواعد الاختصاص القضائي إلى اختصاص وجوبي استشاري ، واختصاص جوازى او مشترك، ومن ثم وطبقا لفقهه تجوز الإحالة في الاختصاص الجوازى ، ولا تجوز الإحالة في الاختصاص الوجوبي للمحاكم المصرية : انظر اصول القانون الدولي الخاص ط٢ ١٩٨٠م بند ٤٧٧ ، ٤٧٨ ص٦٤٥، وقريبا منه د/ احمد حشيش اثر الصفه الأجنبية لعناصر الدعوى المدنيه – مجله روح القوانين ، كليه حقوق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الثالث :ـ الفقه التقليدي في فرنسا

حيث يتجه الفقه التقليدي في فرنسا الى رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية الى محاكم اجنبيه [١] كما ذهبت محكمه النقض الفرنسية في العديد من أحكامها إلى رفض الدفع بإحالة نزاع مفروض علي القضاء الفرنسي إلى محكمه اجنبيه تنظر نزاع مطابق او مرتبط بالنزاع المعروض امام القضاء الفرنسي من ذلك : الحكم الصادر من محكمه النقض الفرنسية بتاريخ ٧/ ٩/ ١٨٠٨م ، والحكم الصادر في ٣٠/ ٥/ ١٨٢٧م ، والحكم الصادر في ١٦/ ٢/ ١٨٤٢م ، والحكم الصادر في ٢١/ ٣/ ١٩٥٠م، والحكم الصادر في ١/ ١٢/ ١٩٨٦م. وكذا تبنت هذا الاتجاه العديد من محاكم الموضوع في فرنسا فمن ذلك الحكم الصادر من محكمه باريس في ٩/ ٧/ ١٨٨٤م ، والحكم الصادر من محكمه باريس في ٦/ ٧/ ١٩٦٥م وكذا في ٤/ ١/ ١٩٦٨م، وفي ١/ ١٢/ ١٩٦٩م والحكم الصادر من محكمه كولمار في ١٩/ ٢/ ١٩٧٤م والحكم الصادر من محكمه الكس في ١٦/ ٧/ ١٩٧٤م.[٢]

طنطا – عدد ٥ يوليو ١٩٩١-١٩٩٢م ص ١١٧ : ١١٨، ود/ احمد ابوالوفا : اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ط١٠ ١٩٩١م بند٣ ص٢٢١.

(١) - Holleaux, competence de juge etranger et reconnalssence des jgements, Pari 1970. No 178.

-Lebour –pigeonnieere, droit lnternational prive par lousouarn, 2e edition 1962, No. 489, niboyet, couts de droit internationail.

- الطبعه الثانية ١٩٤٩ بند ٧٠٤ ص ٦٥٢ وانظر ايضا مطوله الجزء السادس بند ١٨٤٤، جلاسووتيه وموريل : الاجراءات المدنيه ج١ ص٧١٥.

- واشار اليهم د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨، ود/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢.

(٢) - اشار اليهم د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٠ – ١٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتاخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين الغربيه كالقانون الايطالي بالنص صراحه علي رفض الإحالة.[١]

ثم اورد الفقه التقليدي في فرنسا استثنائين : اولهما : ان الإحالة تكون مقبوله متي كانت مقررة باتفاقية دوليه ، والثاني : متى رفع الطرف الفرنسي دعواه امام القضاء الاجنبي متنازلا عن الميزة المخوله له في المادة (١٤) مدني فرنسي او قبل كمدعي عليه، الخضوع لولايه القضاء الاجنبي، متنازلا بذلك عن الميزة المقرره له في المادة (١٥) مدني فرنسي ، فانه يمكن التمسك في مواجهة بالإحالة اذا ما اريد رفع الدعوي عن ذات النزاع بعد ذلك في فرنسا.[٢]

وقد اعترض بعض الفقه علي الاستثناء الاخير حيث إنه لا علاقه له مطلقا بمسألة الدفع بالإحالة امام القضاء الفرنسي لسبق رفع الدعوى امام محكمه اخري اجنبيه، فالإحالة تفترض ان هناك نزاعا تعلقت به دعوى مرفوعه امام قضاء دوله اجنبيه ثم انعقد لكلا المحكمتين وما قاله الفقه التقليدي سيتعلق في هذه الحاله بالفرض الذي تحكم فيه المحاكم الفرنسية بعدم اختصاصها لنزول الخصم الفرنسي عن الدفع بالإحالة ذلك انه لا توجد الا محكمه واحدة مختصه هي المحكمة الأجنبية، اما المحكمة الفرنسية فلم تكن مختصه.[٣]

---

(١) – مادة ٣) مرافعات ايطالي لسنه ١٩٤٢م والقانون البولونى مادة (١١٤٦ مرافعات ، والبلغاري مادة (٢٠٧) مرافعات راجع تفصيلا د/ هشام صادق : تنازع ص٦٥.

(٢) - Arminjon : Rep drint, Vlitipendence. Op.cit. No 45, p.498.

(٣) – انظر في هذا الفقه مذكورا عند هولو، اختصاص القاضي الاجنبي بند ١٥٨ ص١٦٦–١٦٨، نقض مدني في ٣١ مارس ١٩٥٠. Rev 1951 – 666 – محكمه السين الابتدائية ، مايو ١٩٥٩م، – D 1959 235 ، باريس ١٤ يناير 106-2- J.C.P 1963، باريس ٣ يونية 734 – Rev 1967وتعليق Pb وقد اشار اليهم د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٤.

– وانظر المراجع المشار اليها لدي د/ هشام صادق تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨ ٥٩ وما بعدها ، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٠–١٤١ والي مجموعه الأحكام التي اوردها رحمه الله تعالي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثانى:
تحليل الاتجاه التقليدي:
(حجج هذا الاتجاه)

تتنوع حجج هذا الجانب من الفقه إلى حجج متعلقه بالفقه الإسلامي مستمده من مصادر الشريعه الإسلامية، وحجج اخري لرجال القانون الدولي الخاص مستمده من مصادر القانون الدولي الخاص والاعراف الدوليه، وأحكام القضاء والاقتباس من القوانين الغربية.

وهذا ما اتناوله تفصيلا في الفرعين الاتيين:-

البند الأول :- أدلة فقهاء الإسلام الرافضون للإحالة.

البند الثانى :- حجج فقهاء القانون الدولي الخاص (الفقه التقليدي)

البند الأول:
أدلة فقهاء الإسلام الرافضون للإحالة

استدل هذا الفريق من فقهاء الإسلام علي ما ذهبوا اليه من رفض إحالة الاختصاص القضائي علي نحو ما سبق بعدة أدلة اهمها :-

أولا :ـ قوله تعالي "سمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"(١)

وقد جاء الامر في الآية الكريمه عاما يفيد اشتراط الترافع والتداعي لدي القاضي المسلم بقوله (جَاءُوكَ) وتفيد بعد ذلك تخيير القاضي بين الحكم او الاعراض عنهم واحالتهم إلى قاضيهم ثم نسخ هذا التخيير بين الحكم والتخلي او الإحالة، إلى وجوب الحكم بينهما اذا تداعوا لديه وذلك بقوله تعالي " وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ"(٢) فكانت هذه الآية الاخيره

---

(١) - سورة المائدة الآية ٤٢.

(٢) - سورة المائدة الآية ٤٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ناسخه للايه السابقه، ومن ثم وجب الحكم بينهم متى ترافعوا وتداعوا إلى القاضي المسلم، وامتنع عليه الحكم بينهم متي ترافعوا وتداعوا إلى قاض اخر من اهل ملتهم.

ومما يؤيد النسخ للآيه الأولي بالآية الثانيه ما ورد عن الحسن البصري من قوله (خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم، وإذا ارتفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم).[١]

وكذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال (ايتان نسختا من سورة المائده ،آية القلائد وايه (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم مخيرا بين الحكم والاعراض عنهم وردهم الى حاكمهم، حتى نزل قوله تعالي (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ) فزال التخيير، ووجب الحكم عليهم بشريعتنا.[٢]

فهذان الاثران عن الحسن البصري وعبدالله بن عباس رضي الله عنهما فيها افاده واضحه علي نسخ التخيير للقاضي المسلم بين الحكم بين غير المسلمين من الذميين والمستامنيين او عدم الحكم بينهم واحالتهم إلى قاضي من ملتهم، فزال هذا التخيير بثبوت النسخ للآيه الكريمه بالآية الاخيرة، ومن ثم يمتنع التخلي والإحالة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

ثانيا :ـ ما روي من كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى بني تميم ومنه (اقتلوا كل ساحر وساحرة ، وفرقوا بين كل ذي محرم من المجوس) وكان ذلك قبل موته بسنه[٣] وهو دليل علي وجوب الحكم بين غير المسلمين حتى وان لم يتداعوا إلى القاضي المسلم، وان القاضي ملزم وغير مخيز، ولا يحق له إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

---

(١) – الاثر عن الحسن (رضي الله عنه) اوردة : الجصاص – أحكام القران ج٤ ص٨٧.

(٢) – انظر في الاستدلال بهذا مراجع الحنفيه والشافعية المشار اليها سابقا، وعلي وجه الخصوص : الجصاص – أحكام القران – ج٤ ص٨٧. وتفسير الرازي ج١١ ص٢٤٢، ابن حزم : المحلي بالاثار : ج٩ ص٤٢٥ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٣٩٤.

(٣) – الاثر عن سيدنا عمر رواة البخاري : كتاب الجزية – باب الجزية مع اهل الذمه والحرب ص٣٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك يستدلون بما روي عن ابن جريح قال (فان اهل الذمه اذا كانوا فينا فحدهم كحدنا) [١] وفيه دلاله المماثله والمشابهه الثابت في حق المسلمين، وهو عدم جواز احالتهم إلى قضاء اجنبي، ووجوب الحكم بينهم.

وكذا بما روي عن الحسن البصري ايضا في مواريث اهل الذمه، انه قال (يحكم عليهم بما في كتابنا)[٢] فالدليل منه انه يفيد وجوب الحكم بينهم بشريعتنا، وعدم جواز احالتهم إلى حاكمهم او قاضي ملتهم.

ثالثا :ـ استدلوا بالقياس [٣]

حيث قالوا بإن الذمي إذا سرق تقطع يده مثل المسلم، فيقاس علي اقامه حد السرقه، كل ما يتعلق بالقضاء من وجوب الحكم بينهم، وعدم جواز إحالة الاختصاص القضائي الثابت في حقهم، ولا ردهم إلى حكام ملتهم أبدا.

البند الثاني:
حجج الفقه التقليدي
من فقهاء القانون الدولي الخاص

ذكر الفقهاء أنصار رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي في مصر وفرنسا من الفقه التقليدي عدة حجج لتأييد ما ذهبوا اليه وتتمثل في الاتي :-

أولا :ـ الدفع بالسيادة

وقوام هذا الدفع أن قبول الإحالة وتخلي المحاكم الوطنية عن اختصاصها لصالح قضاء اجنبي يمثل إهدارا لسيادة الدوله، ونقص من سيادتها علي اهم مرفق من مرافق الدوله وهو القضاء ، بما يجعل الدوله علي خطر عدم الاستقلال فما دامت المحاكم الوطنية مختصه فان

---

(١) – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٣٩٤.

(٢) – ابن حزم : المحلي بالاثار : ج٩ ص٤٢٥.

(٣) – ابن حزم : المحلي بالاثار : ج٩ ص٤٢٥ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٣٩٤ ، الجصاص – أحكام القران – ج٤ ص٨٧. وتفسير الرازي ج١١ ص٢٤٢ ، الشيخ المراغي : التشريع الإسلامي لغير المسلمين – مكتبة الاداب – بالجمايز – ص٤١ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قبولها الدفع بالإحالة إلى محكمه اجنبيه يمثل هدرا ومساسا بسيادة الدوله التي ابدي هذا الدفع امامها.[١]

واعتقد ان فكرة الامتيازات القانونية والقضائيه، والقضاء المختلط في مصر لم تكن بعيده عن وجدان الفقه التقليدي في مصر، الذى ادرك اكثرهم بقايا الاستعمار، واثاره، ومن ثم لم تفتأ الريبه من الإحالة وهو ينظر اليها بعين الشك والظن والتهمه.

ثانيا :ـ الاحتجاج بعدم وجود سلطه فوقيه

ان من مقتضيات إحالة الاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنيه إلى المحاكم الاجنبيه، يفترض وجود سلطه عليا فوق الدول تقوم بمهمه توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفه، وان هذه الاخيرة غير موجوده في نطاق المجتمع الدولي، ومن ثم والحال كذلك، فان الإحالة بين المحاكم الوطنيه والاجنبيه غير ممكنه علي الصعيد الدولي وكذلك عدم وجود محكمه عليا ذات ولايه عامه، بحيث يحق لها تحديد الجهة المختصه بالفصل في النزاع المعني عند تنازع الاختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفه.

فاذا كانت أحكام قانون المرافعات الفرنسي، تحدد المحكمة العليا المختصه بالفصل في التنازع القائم بين المحكمتين المتنازعتين هي صاحبه الولايه في الفصل في النزاع المعروض عليهما، فعلي العكس من ذلك فلا توجد ثمه محكمه عليا تحدد المحكمة المختصه بالفصل في ذلك التنازع، وهل هي الوطنيه ام الأجنبية.[٢]

---

(١) – انظر تفصيلا د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨، د/ عكاشة عبد العال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٢.

(٢) – انظر تفصيلا د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨، د/ عكاشة عبد العال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا :ـ الدفع بعدم توافر العله من الإحالة الداخليه التي هي منع التناقض بين الأحكام[1].

جرت القاعدة الراسخه في النظام القانوني المصري والفرنسي علي عدم الاعتداد بالحكم الاجنبي الذى يتعارض مع الحكم الوطني وعله الإحالة في نطاق الاختصاص الداخلي تكمن في منع تعارض الأحكام بصدور حكمين او اكثر من عدة محاكم بما يؤدي إلى تعدد الأحكام وتعارضها، وهذه العله غير موجودة في الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنيه، تلك التي حمي المقنن اختصاصها بنصه علي انه لا ينفذ الحكم الاجنبي الذى يتعارض مع حكم وطني ، متي اتحدا الحكمان في الخصوم، والموضوع، والسبب.

وبهذا ازال المقنن في مصر وفرنسا العله التي من اجلها شرع الإحالة في نطاق قانون المرافعات الداخليه وبين محاكم الدوله الواحدة، وهي امكانيه التعدد والتعارض، فالتعارض غير محتمل الحدوث علي نطاق العلاقات الخاصه الدوليه، تلك المحميه سلفا بمنع تنفيذ الأحكام الاجنبيه التي تعارض حكما وطنيا فلا حاجه إلى الإحالة دوليا.

رابعا :ـ الدفع باهدار الضمانات القضائيه من قبل المحاكم الاجنبيه.

يذكر انصار الفكر المعروض من حججهم قيام هواجس من عدم احترام القضاء الاجنبي واهداره لضمانات التقاضي، وذلك بعدم كفالة حقوق الخصوم كالحق في الدفاع، وقاعدة الحضور، والمواجهة، والمرافعه، وغيرها من الضمانات التي يكفلها النظام الوطنى من ضمانات تكفل احترام حقوق التقاضي، وضمانات محاكمه عأدلة ونزيهه، حتى تصل الحقوق

---

(١) – د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨، د/ عكاشة عبد العال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٢ – ١٤٣، ليربور بيجونير ولوسوارن بند ٣٩٩، نبوايه المطول بند ١٨٤٤ ،د/ جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص العربي ص٩٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى اصحابها، وانه ليس من المنظور وجود أو احترام هذه الضمانات في القضاء الاجنبي وبالتالي فالإحالة تمثل اهدار لضمانات التقاضي.(١)

خامسا :ـ الدفع بالتعارض مع أحكام القانون المصري (٢)

ان قيام المحكمة المصرية بإحالة اختصاصها الثابت لها قانونا طبقا لمعايير الاختصاص التي اوردها المقنن المصري، يعد هذا مخالفه صريحه لأحكام القانون من قبل المحكمة المصريه التي تقدم علي إحالة اختصاصها الثابت لها قانونا، ولا سند لها فيما تذهب اليه علي هذا النحو.

---

(١) – انظر موسوعه القانون الدولي الخاص ، الاختصاص المدني والتجاري

Batiffol, Francescki et Gafcher Baron. No.20.

وانظر:

- Mezger, note souse aris 5 Mai19 ,2 op.cit

– وانظر ايضا تعليق الاستاذ Pestot عند مناقشة تقرير الاستاذ Holleax تحت عنوان Litispenence المنشور في مجموعه اعمال اللجنه الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٧٢–١٩٧٣م ص٢٠٤ وما بعدها ، راجع د/ عكاشة عبدالعال الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٣.

(٢) – ابراهيم احمد ابرهيم :–القانون ص٦٧–٧٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثانى:
قبول إحالة الاختصاص القضائي الدولي

علي النقيض من الاتجاه السابق قام الاتجاه الماثل علي قبول إحالة الاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنيه إلى المحاكم الاجنبيه. فما فقه هذا الاتجاه؟ وما حججهم، وتحليل اتجاههم؟

وهذا ما اتناوله بالتفصيل المناسب في الفرعين التاليين :-

الفرع الأول:
فقه الاتجاه الماثل

يري انصار الاتجاه الحالي ان إحالة الاختصاص القضائي الدولي مبرر ومقبول، والبحث في انصار هذا الاتجاه يظهر ان انصاره فريقان فريق عريق يستمد قوه دليله من الشرع الحنيف، علي خطي الحبيب – صلي الله عليه وسلم –، واخر يمضي علي اثار الغرب قصصا.

وهذا ما اعرضه في المبحث الماثل في بندين علي النحو الاتي :-

البند الأول :- انصار هذا الاتجاه من الفقه الإسلامي.

البند الثانى :- انصار هذا الاتجاه في القانون الدولي الخاص.

البند الأول :ـ أنصار هذا الاتجاه من فقهاء الإسلام

تبنى جمهور فقهاء الإسلام هذا الاتجاه دعما وسندا فمن هم هؤلاء الفقهاء: وما حججهم وادلتهم؟

أولا :ـ فقهاء هذا الاتجاه

وقد تزعم هذا الاتجاه فقهاء المذهب المالكى[1]، وقد قيل : لا يفتى ومالك في المدينه رضي

---

(١) – انظر في عرضة تفصيلا في مؤلفات المذهب المالكي ، وعلي الاخص : ابن رشد القرطبي الاندلسي – شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد –تحقيق د/ عبدالله العبادي : دار السلام – المجلد الرابع – ص٢٣١٤، والمدونه الكبري للامام مالك: رواية سحنون التنوحي – مطبعه الصحابة –مصر – ط١ – ج٣ – ص٣١٢، ومختصر العلامه خليل : جواهر الاكليل : دار الفكر – بيروت لبنان – ص٣٣٨، ابي زيد القيراوني : النوادر والزيادات علي ما في المدونه من غيرها من الامهات ، تحقيق محمد الامين بوخبزه : دار الغرب الإسلامي – المجلد الثامن – ص٢٣٨-٢٣٩، الامام الدردير : الشرح الصغير علي اقرب للمسالك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الله عنه وعن تلاميذه وهو القول الثانى عند الشافعية[١]وهو مذهب الحنابله[٢] وكذلك ذهب اليه بعض الشيعة[٣]. وليس كل الشيعه غلاه بل منهم فرق وسطيه معتدله، وقد عرض ذلك تفصيلا الامام الراحل محمد ابوزهرة رحمه الله في مؤلفه البديع تاريخ المذاهب الإسلاميه.

ثانيا :ـ فقه جمهور فقهاء الإسلام

رأي فقهاء الإسلام (الجمهور منهم) ان القاضي المسلم عندما يعرض عليه نزاع اطرافه من غير المسلمين (وطنيين او اجانب) وذلك في مسائلهم الخاصه، التي لا تدخل في نطاق النظام العام الإسلامي (كالعقوبات والحدود، والمعاملات الماليه)، تلك التي يخصعون فيها لأحكام الإسلام وللقاضي المسلم، مساواة بالمسلمين، ولكن اذا ما خرجت المسائل عن هذا

إلى مذهب الامام مالك – تحقيق د/ مصطفي كمال وصفي : دار المعارف ج٢ ص٤٢٢، احمد بن يحي الونشري : المعيار المعرب – تخريج جماعه من الفقهاء – باشراف د/ محمد حجي : دار الغرب الإسلامي ج١٠ ص١٣٠، المقارنات التشريعيه بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي مقارنه مذهب الامام مالك والقانون الفرنسي – تاليف – سيد عبدالله علي حسين ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية – دار السلام للطباعه – المجلد الرابع ص١٣٧٩.

(١) – انظر تفصيلا القزوينى : العزيز في شرح الوجيز – دارالكتب العلمية – بيروت ج٨ ص١٠٣، الغزالي : الوسيط في المذهب –مجلد ٥ ص١٣٨، الشربيني : معني المحتاج إلى معرفه الفاظ المنهاج دراسة وتحقيق الشيخ/ علي محمد معوض واخرين – دار الكتب العلمية بيروت ج٤ ص٣٢٩، الكهوجي : زاد المحتاج في شرح المنهاج ج٣ ص٢٤٤.

(٢) – البهوتي : كشاف القناع عن متن الامتناع – عالم الكتب – بيروت١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م ج٥ ص١١٦، المرداوي العهدى : الانصاق في معرفه الراجح من الخلاف علي مذهب الامام احمد بن حنبل تحقيق/ عبدالله محمد حسن اسماعيل – دار الكتب العلمية – بيروت ج٤ ص٢٣٥، ابن قدامه المغني لابن قدامه تحقيق/ محمد سالم محيسن، وشعبان محمد اسماعيل – مكتبة الجمهورية العربية ةمكتبة الكليات الازهرية – ج٨ ص٢١٤.

(٣) – كالجعفرية انظر/ محمد جواد مغنية : فقه الامام جعفر الصادق – دار الحوار – بيروت لبنان ج٥ ص٧٢-٧٣، والامامية الشيخ/ محمد بن الحسين الحر العاملي وسائل الشيعه – دار احياء التراث العربي ج١ مجلد ٩ ص٢١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النطاق، ودخلت في المجال المسموح لهم فيه باعمال شرائعهم مما يندرج تحت معتقداتهم، واحوالهم الشخصية، وبعض الاشياء التي يرون اباحتها كاكل الخنزير، او شرب الخمر، او الزواج من المحارم، فان القاضي المسلم مخير في هذا المجال المسموح لهم فيه باعمال شرائعهم ومللهم، بين الحكم عليهم بما في كتاب الله تعالي، وسنه رسوله صلي الله عليه وسلم، او التخلي عن نظر دعواهم ومن ثم احالتهم إلى قاضيهم من ملتهم او دينهم.[١]

الفرع الثاني:
أنصار الإحالة من فقهاء القانون الدولي الخاص

اتجه جمهور فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر وفرنسا إلى تأييد الدفع بالإحالة في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وهذا ما اعرض له في البندين الاتين :-

البند الأول :ـ الفقه المصري

منذ منتصف القرن العشرين بدأت تنحصر (إلى حد ما) موجه السعار الاستعماري، من قبل قوى الاستعمار العالمي ، وعلي اثر ذلك بدأت (وعلي تخوف وحذر) تنمو وتتفتح اواصر التعاون الدولي.

ومن ثم بدأت محاولات خجوله تنادي علي حذر بقبول فكره إحالة الاختصاص القضائي الدولي المحاكم الأجنبية وذلك في عام ١٩٦٩م علي يد فقيه القانون الدولي الخاص الدكتور/ هشام صادق[٢] حيث طالب بإعادة النظر في موقف الفقه المصري التقليدي رغم ان

---

(١) - انظر في عرض المجال المسموح لهم فيها ممارسة شعائرهم تفصيلا : مؤلف لي بعنوان : التخلي عن الاختصاص الدولي في الإسلام واثرة علي العلاقات الخاصة الدولية – دارالوفا ط١ ٢٠١٦م ، ص١٤٩ وما بعدها ، ص٢٥٩ وما بدها ، وبحث بعنوان : ضوابط الاختصاص القضائي الدولي- مجله روح القوانين – جامعة طنطا ، ٢٠١٦م ورساله الدكتوراة بعنوان اثرالزواج في القانون الدولي الخاص- جامعة الازهر ٢٠١٤م ص٣٦ وما بعدها.

(٢) - مؤلف سيادته : تنازع الاختصاص القضائي الدولي – الاسكندرية – منشاة المعارف ١٩٦٩م ص١٥١، ويذكرنا به في مؤلفه تنازع الاختصاص – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩م ، ص٧١-٧٢ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوضع في فرنسا في ذلك التوقيت لم يكن قد استقر بعد علي مبدأ جواز الوضع بالإحالة. ومن ثم اجازه الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية تلافيا لتضارب الأحكام علي الصعيد الدولي، وانه لا يمكن اغفال ان التناقض سوف يكون موجود بين الحكمين، حتى ولو لم يتم تنفيذ الحكم الاجنبي بما يتعارض مع الاستقرار اللازم في المعاملات الدوليه. فطالما ان المحاكم الوطنيه تملك القدرة الفعليه علي الفصل في النزاع الذى تختص بنظره وكفاله اثار الحكم الصادر في شأنه.. اما اذا كانت المحاكم الوطنيه هي الاقدر علي حسم النزاع وكفاله اثاره، فلم يعد هناك مبرر للاصرار علي رفض الدفع لقيام ذات النزاع امام قضاء هذه الدوله، حيث يكون الحكم الوطني الذى عساه ان يصدر عن القضاء الوطني سيكون عديم القيمه الفعليه، لان المحاكم الاجنبيه سوف ترفض تنفيذه ما دام انه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع.(١)

وفي عام ١٩٧٣م قد ازداد الشعور بالاستقلال ومن ثم الثقه بالنفس ، وقل الشعور بفقدان السيادة، فاذا بالدكتور احمد قسمت الجداوي يضع نظريه عامه للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، يحق بمقتضاها للقضاء الوطني ان يحيل الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنيه إلى المحاكم الأجنبية، متي كانت الاخيرة اجدر واقدر علي تنفيذ ما عساه أن يصدر حاسما للنزاع، ومتي قدر القاضي المصري انعدام القيمه الفعليه للحكم الذى سوف يصدر حاسما للنزاع، ومتي قدر القاضي المصري انعدام القيمه الفعليه للحكم الذى سوف يصدر عنه في النزاع الذى تختص به محكمه اجنبيه (تشاركه الاختصاص) وقدر ان الاخيرة اقدر منه علي حسم النزاع المشترك، ومن ثم إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصريه إلى المحاكم الأجنبية.(٢)

---

(١) – المرجعين السابقين.

(٢) – مباديء الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية ١٩٧٣ موما بعدها ، ومشار اليه لدي د/ هشام صادق : تنازع ص٧٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلي مشارف عام ١٩٨٣م بعد استرداد مصر لكامل اراضيها من الكيان الصهيوني ما عدا طابا المصريه التي انجلي عنها الخبث عام ١٩٨٩م في التاسع عشر من مارس وفي هذا العام ١٩٨٣ اتفقت الولايات المتحدة والكيان الصهيوني علي تشكيل لجنه لاستكشاف اشكال التعاون الاستراتيجي بين مصر والكيان الغاصب.

انبعث الدكتور ماهر السداوي بدراسه حول مشكله الإحالة صب فيها جام غضبه علي الفقه التقليدي في مصر الرافض للإحالة، واكد علي ضرورة الاعتراف بالدفع بالإحالة في مصر تحقيقا لحسن سير العداله وضرورة التعاون الدولي.(١)

وفي عام ١٩٨٤م انضم الدكتور/ احمد سلامه إلى المؤيدين لفكرة الإحالة بقوله "ذلك ان مقتضيات السياسه التشريعيه، وتشجيع التعاون المتبادل في نطاق القانون القضائي الدولي، يفرض علينا قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه اجنبيه.(٢)

وفي عام ١٩٨٦م انضم الدكتور/ عكاشه عبدالعال إلى المؤيدين لفكرة إحالة الاختصاص القضائي الدولي إلى المحكمة الأجنبية متي توافرت شروط ذلك والتى من اهمها ان تكون المحكمة الاجنبيه اقدر علي الفصل في الدعوى وكفاله اثار الحكم الصادر في شانها.(٣)

وكذلك تابع في ذلك الدكتورة/ حفيظة الحداد قائله "ليس هناك ما يمنع في القانون الوضعي المصري من قبول الدفع بالإحالة كمبدأ عام طالما كانت المحكمة الاجنبيه المطلوب إحالة

---

(١) -د/ ماهر السداوي : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – المنصورة ١٩٨٣م ص١٨٦ وما بعدها ، ومشار اليه لدي د/ هشام صادق : تنازع ٧٣-٧٤.

(٢) - اصول المرافعات المدنية الدولية : المنصورة ١٩٨٤م ص٢٣٩. ، فقه المرافعات الدولية ط١ ٢٠٠٠م دار النهة العربية ص٣٤٠ ومشار اليه د/ هشام صادق : تنازع ص٧٤.

(٣) - د/ عكاشة عبدالعال (رحمه الله) : الاجراءات المدنية والتجارية الدولية – دارالجامعية ١٩٨٦ ص١٧٠ وما بعدها ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ٢٠١٣م دار الجامعة الجديدة ص١٣٩ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النزاع اليها اقدر علي الفصل فيه وعلي كفاله الحكم الصادر منها في شانه"[١]

وكذلك ايدة الدكتور/ عنايت عبدالحميد ثابت سنه ١٩٩٦م وهو نفس مسلك [٢] جمهور الشراح علي وجه العموم.

وهنا يمكن القول بان قبول الدفع بالإحالة اصبح محل اجماع من الفقه المصري حتى ان بعض الاساتذه الاماجد عندما اعاد طبع مؤلفه في الاختصاص القضائي ذكر موافقه علي إحالة الاختصاص القضائي الدولي.[٣]

والان وبعد ثورة الخامس والعشرين من يناير الفين واحدي عشر من الميلاد فان الاحساس بالسياده تعمق واتسع مداه، بعد ان كشفت الثورة، عن الاستبداد الاستعماري ، الذي يلبس اقنعه سياسية وقد كشفت الثورة سوءاته.

وطالما احست الشعوب حريه فقد استكملت سيادتها وهنا ستجد نفسها غير مكترثه، بشكليات طالما اضفي عليها القداسه لصرف الناس عن معاني السيادة الحقيقه التي تعني (عيش ، حريه ، عداله اجتماعية).

البند الثاني :ـ الوضع في فرنسا

رغم ان القانون الفرنسي كالقانون المصري لم ينص علي تقنين إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه سلبا او ايجابا، الا ان القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، والتي اكدت وجوب تخويل القاضي سلطه قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولي، نزولا علي اعتبارات الملائمه والتعاون

---

(١) – في مؤلفها القانون القضائي الخاص الدولي – الإسكندرية – ١٩٩٠م ص١٥٢ وما بعدها.

(٢) – مؤلفه: أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الدولي – دار النهضة العربية –١٩٩٦م – ص١٥٥ وما بعدها.

(٣) – د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ج٢ص٤٠٥ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولي، وثم يتعين تفسير سكوت المقنن علي انه قد قصد ان يترك الامر لاجتهاد كل من الفقه والقضاء يواجهان به التطورات المتلاحقة في القانون الدولي المعاصر.[١]

وقد تدرج الفقه في فرنسا[٢] من رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه إلى القضاء الاجنبي مطلقا إلى قبول هذا الدفع استثناء حتى تم اقرار هذا القبول بصفه مطلقه في الفقه الفرنسي وهذا كان تماشيا مع حركه القضاء في فرنسا، ذلك ان القضاء الفرنسي ظل ما يقارب مائه و خمسين عاما وهو يرفض الدفع بالإحالة.

وقد أزالت محكمه النقض الفرنسيه اللبس حيث اقرت في ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤م مبدأ ان الدفع بالإحالة يمكن قبوله امام القضاء الفرنسي نظرا لقيام الدعوى امام محكمه اجنبيه مختصه هي الاخري.[٣]

وعادت في ١٧ مايو ١٩٨٠م للتاكد مرة اخري موقفها الثابت في اجازة مبدأ الإحالة إلى المحاكم الأجنبية التي رفع امام احداها النزاع أولا.[٤]

ويذهب البعض إلى ان القضاء الفرنسي اقر مبدا إحالة الاختصاص القضائي بطريقه ضمينه عام ١٩٦٢م، وذلك في حكم محكمه النقض الفرنسية الصادر عنها في ٥/ ٥/ ١٩٦٢م، حيث

---

(١) – د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٥٨، د/ عكاشة عبد العال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٢، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٠ وما بعدها.

(٢) – راجع تعليق et علي حكم محكمه النقض الفرنسية الصادر في ٢٥ يونيو١٩٧٤ والمنشور في Clunet 1975م ص١٠٤، راجع نقض فرنسي في ٥ مايو ١٩٦٢ Dalloz 1962من تعليق Holleaux.

وانظر Holleaux, competence judiciaireinternationale de tribinaux civil. Irencais et allemnd daloz 1965 p.199 ومشار اليه لدى د/ هشام صادق : تنازع ص٦٦-٦٧.

(٣) – نقض فرنسي في ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤. Rev. crit 1975م ص٤٩١ مع تعليق Holleaux.

(٤) – نقض فرنسي في ١٧ مايو ١٩٧٤. Rev. crit 1980م ص٧٥ مع تعليق sinron depitye ومشار اليهم د/ هشام صادق : تنازع ص٧٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اسست المحكمة الماثله رفضها للدفع بالإحالة علي سببين احدهما بما يفيد ان الدعوى سبق رفعها إلى القضاء الفرنسي أولا، والثاني ان الدعوى المعنيه يختص بها القضاء الفرنسي اختصاصا قاصرا[١]. فما كان للمحكمه ان ترفض الدفع بالإحالة لو لم يكن الامر متعلقا باختصاص قاصر علي القضاء الفرنسي، او لو كانت الدعوى رفعت امام القضاء الاجنبي أولا.[٢]

الفرع الثاني:
تحليل الاتجاه القابل للإحالة
(حجج هذا الاتجاه)

يري انصار الاتجاه المعروض قبول الدفع بالإحالة وقد تنوعت حجج هؤلاء ، فمنها المستمد من مصادر الشريعه الغراء، ومنها المستمد من مصادر القانون الدولي الخاص وتطور العلاقات الانسانيه، وضرورة التعايش السلمي بين البشر.

وهذا ما اعرض له تفصيلا في البنندين الاتين :-

البند الأول :- أدلة انصار هذا الاتجاه من جمهور فقهاء الإسلام.

البند الثانى :- حجج انصار هذا الاتجاه في القانون الدولي الخاص.

البند الأول :ـ أدلة الفقه الإسلامي

استدل جمهور الفقهاء علي ما ذهبوا اليه بأدلة منها :-

أولا :ـ قوله تعالي " فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ "[٣] فالآية الكريمه تفيد تخيير صريح وواضح للقاضي المسلم عند تحاكم غير المسلمين اليه بين قبول الاختصاص والسير فيه حتى تمام فصل المنازعه او التخلي عن هذا الاختصاص وردهم إلى حاكمهم او قاضيهم.

---

(١) -هشام خالد: مباديء ص١٤٥.

(٢) - هشام خالد: مباديء ص١٤٥.

(٣) سورة المائدة ايه (٤٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما ان هذه الآية الكريمه محكمه وغير منسوخه، وان الحكم الوارد بها حكم قائم وغير منسوخ.[١]

ثانيا :ـ ذكر الامام الشافعي رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم اقام بالمدينه المنورة، وبها يهود خيبر وكانوا كذلك باليمن ، وكذلك في زمان ابي بكر الصديق رضي الله عنه، وصدرا من خلافه عمر رضي الله عنه حتى اجلاهم، وكانوا بالشام والعراق واليمن في ولايه عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وارضاهم اجمعين.

ولم يسمع لرسول الله صلي الله عليه وسلم فيهم حكم الا رجمه يهوديين زنيا، وتراضيا بحكمه، وكذلك لم يسمع لابى بكر الصديق ولا لعمر الفاروق ، ولا لعثمان ، ولا لعلي رضي الله عنهم وارضاهم اجمعين حكم فيهم، واليهود بشر يتظالمون، ويختلفون، ويحدثون فلو لزم الحكم بينهم لزومه بين المسلمين لنقل الينا عن النبي صلي الله عليه وسلم.[٢]

وهذا استدلال بالسنه وبالعقل علي عدم لزوم ووجوب الحكم بين هؤلاء، فهم بشر يحدث منهم ما يحدث من سائر البشر من اختلاف، وعدوان ،ومنازعات، ومع ذلك لم يؤثر نقلا عن النبي صلي الله عليه وسلم انه الزمهم بحكمه الا في حادثه واحده، وهي التي زنا فيها يهوديين وحكم عليهم النبي صلي الله عليه وسلم بالرجم وذلك بعد ان تراضوا علي حكمه صلي الله عليه وسلم وكذلك لم يؤثر نقلا عن الخلفاء من بعده صلي الله عليه وسلم انهم حكموا بينهم في شيء. وهذا فيه دلاله واضحه علي انهم كانوا يتحاكمون إلى قاضيهم من ملتهم.

---

(١) – موفق الدين ابن قدامه : المغنى والشرح الكبير – دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان – ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م – ج١ ص٦٢٣-٦٢٤، كشاف القناع ج ٥ ص١١٦، المدونه الكبري ج٣ ص٣١٢، معنى المحتاج ج٤ ص٣٢٩-٣٣٠ ، زاد المحتاج ج٣ ص٢٤٥.

(٢) – الامام الشافعى (رضي الله عنه) : الام – كتاب الشعب ج٤ ص١٢٩-١٣٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثانى :ـ حجج فقهاء القانون الدولي الخاص (انصار الإحالة)

اورد انصار الإحالة عدة حجج تايد لفكرتهم، وكان اهم ما ذكروه :-

أولا :ـ ان الغالبية العظمى من الانظمه القانونية المعاصرة تقرر قبول الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع امام محكمه اجنبيه وعلي سبيل المثال فان كل من القانون الالمانى، والسويسري والهنغاري يقبل الدفع بالإحالة، كما ان هذا الدفع نصت علي قبوله المادة (٢١) من الاتفاقية المبرمه بين دول السوق الاوربيه المشتركه في ٢٧ سبتمبر سنه ١٩٦٨م والمتعلقه بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنيه والتجارية.[١]

ثانيا :ـ ان القضاء المختلط في مصر سبق واخذ بالدفع الإحالة مقررا ان الاخذ به امر تفرضه مقتضيات النظام العام منعا لتضارب الأحكام وهذا المبرر، هو الذى سوغ الإحالة الداخليه بين محاكم الدوله علي النطاق الداخلي.[٢]

ثالثا :ـ ان قبول الدفع بالإحالة يبدوا امرا مبررا في ظل الصياغه القانونية الحاليه للقواعد المنظمه للاختصاص القضائي. فيعد قبول الدفع هو التعويض الحقيقي للصياغه مفرده الجانب لتلك القواعد كما انه الوسيله الطبيعية لحل التنازع الايجابي بين قواعد الاختصاص القضائي الوطنيه والاجنبيه منعا لتضارب الأحكام.[٣]

---

(١) - د/ حفيظة الحداد: تنازع الاختصاص القضائي – ص١٠٨ ، د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية –ص١٣٧، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٧

(٢) - د/ حفيظة الحداد: تنازع الاختصاص القضائي – ص١٠٨ ، د/ عكاشة عبدالعال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية –ص١٣٧، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٧

(٣) - ذات المراجع المشار اليه انفا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا :ـ ان في قبول الدفع بالإحالة نوع من المقاومه المشروعه للغش نحو الاختصاص Porum Shopping حيث ان المدعي الذى يرفع دعواه امام القضاء الاجنبي سرعان ما يتضح له ان الحكم الصادر من هذا القضاء لن يكون في صالحه فيسارع برفع دعواه امام القضاء الوطني نظرا لما سوف يصدره هذا الاخير من حكم في صالحه، فقبول الدفع بالإحالة في هذا الفرض يعد درء لهذا المدعي سيء النيه.(١)

خامسا :ـ ان قبول مبدأ الدفع بالإحالة لوجود النزاع امام محكمه أجنبية يعطي للمحاكم المصرية الفرصه في ان لا تصدر أحكاما عديمه القيمه او غير مكفوله النفاذ، ومن ثم متي وجدت المحكمة الوطنيه ان المحكمة الأجنبية في مركز افضل من حيث القدرة علي حسم النزاع، وكفاله اثار هذا الحكم الذى عساه ان تصدره المحكمة الاجنبيه جاز للمحكمه الوطنيه إحالة الاختصاص القضائي الثابت لها للمحكمه الأجنبية.(٢)

المطلب الثالث:
نقد وتقييم الاتجاهين السابقين

في هذا الفصل اتعرض بالنقد والتقييم للاتجاهين السابقين، وما اورده كلا منهما من أدلة وحجج، وصولا إلى ترجيح احد الاتجاهين وأدلة الترجيح، وذلك في الفرعين الاتيين:-

الفرع الأول :- النقد والتعليق.

الفرع الثاني :- الترجيح وأدلته.

الفرع الأول:
النقد والتعليق

في هذا المبحث اقوم بالنقد والتقييم للاتجاهين السابقين، وذلك علي النحو الاتى :-

البند الأول :- نقد أدلة الاتجاه الأول.

---

(١) - ذات المراجع المشار اليه انفا.

(٢) - ذات المراجع المشار اليه انفا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثانى :- نقد أدلة الاتجاه الثانى.

البند الأول :ـ نقد أدلة الاتجاه الأول

يري اصحاب الاتجاه الأول انه لا تجوز إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه إلى محاكم أجنبية قام امامها ذات النزاع باطرافه واسبابه وموضوعه، وقدموا علي ما ذهبوا اليه عدة أدلة، هذه الأدلة (والتي سبق عرضها) منها من أدلة الشريعه الغراء، ومنها ما هو من حجج القانون الدولي الخاص ومصادرة، والرد علي هذه الأدلة يستدعي تقسيم البند الماثل إلى فرعين، اتولي في كل غصن منهما الرد علي أدلة الفريقين.

أولا :ـ الرد والتعليق علي أدلة المانعين للإحالة من فقهاء الإسلام

ما ساقة اصحاب هذا الاتجاه من فقهاء الإسلام يمكن الرد عليه بالاتي :-

أولا :ـ بادعائهم نسخ الآية الكريمه " فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ"[1] فهذه الدعوى لم تسلم من عدة وجوه والاصح والاقطع انها لم تنسخ وانها محكمه لما ياتى:-

١ - ان الآية الكريمه نزلت في شان غير الوطنيين من غير المسلمين، وقد نزلت في شان المهادنيين (الاجانب) واهل العهد، وان الآية غير منسوخه، وذلك ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما، مما رواه محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمه ان ابن عباس رضي الله عنه قال : ان الآية التي في المائدة يعني قوله تعالي "فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ" انما نزلت في الديه بين بني قريظة وبني النضير، وذلك ان بني النضير كان لهم شرف ومكانه ومنزله ياخذون بمقتضاها ديه كامله عن قتيلهم، وان بني قريظة ياخذون نصف الديه عن قتيلهم، فتحاكموا إلى رسول الله صلي الله عليه وسلم فانزل الله تعالي عليه ذلك فيهم، فحملهم رسول الله صلي الله عليه وسلم علي الحق في ذلك، فجعل الديه سواء بينهما.

---

(١) - سورة المائدة ايه ٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن المعلوم ان بني قريظة وبني النضير لم يكونا من الوطنيين (أهل الذمة) وقد اجلي رسول الله صلي الله عليه وسلم بني النضير، وقتل بني قريظة ، ولو كانوا اهل الذمه، ما اجلاهم، ولا قتلهم، وانما كانوا اهل عهد بين النبي صلي الله عليه وسلم وبينهم عهد وهدنه فنقضوها.(١)

حتى قال بعض المفسرين فيجوز حينئذ ان يكون حكمها باق في حق الاجانب المسالمين، وحكم الآية الاخري في وجوب الحكم بينهم بما انزل الله تعالي ثابتا في حق الوطنيين (اهل الذمه) وانه لا نسخ في الآية الكريمة.(٢)

٢- انه لا يوجد نسخ في الايتين الكريمتين لامكان الجمع بينهما، قال تعالي " فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ" افادت الآية الكريمه اباحه التحاكم من غير المسلمين إلى القاضي المسلم، واباحت للقاضي ان يحكم بينهم، او ان يعرض عنهم، ثم قررت انه عند اختيار القاضي الحكم بينهم فلابد ان يكون حكمه بالقسط، ولكن ماهو القسط الذى يحكم به؟ جاءت الآية التاسعة والاربعون بقول الله تعالي " وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ " جاءت لتبين ان هذا هو القسط والعدل والحق، الذى هو الحكم بما انزل الله تعالي فمثلا لو كان الزواج بالام عندهم معتقدا به ثم جاءوا إلى القاضي المسلم ليفصل بينهم فيه، وقيل القاضي الفصل بينهم، فلابد ان يكون حكمه بينهم بما انزل الله، ومن ثم ابطال هذا الزوج، ولذلك تعقب الآية بقول الحق جل جلاله "وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللهُ إِلَيْكَ" وهذا كله يؤيد ان الآية محكمه لم تنسخ وانما حددت المحكوم به عند اختيار الحكم بينهم وليس في حاله الاعراض عنهم.(٣)

٣- قال ابن العربي في التعليق علي نسخ ايه التخيير بقوله تعالي "وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ" وهذه دعوى عريضه، فان شروط النسخ اربعه. ومنها : معرفه التاريخ بتحصيل

---

(١) - الجصاص : أحكام القران أحكام القران ج٤ ص٨٨-٨٩، والفخر الرازي : التفسير الكبير او مفاتيح الغيب – دار الفكر العربي – ط١ – مجلد٦ – ج١١ ص٢٤٢.

(٢) - الجصاص : أحكام القران أحكام القران ج٤ ص٨٨-٨٩، وانظر معنى المحتاج ج٤ ص٣٢٩.

(٣) - في هذا المعنى انظر : ابن قدامه – المغنى ج٨ ص٢١٤-٢١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتقدم والمتاخر، وهذا مجهول من هاتين الايتين، فامتنع ان يدعي ان واحدة منها ناسخه للاخري ويبقي الامر علي حاله.[١]

يقول القرطبي :ـ قد ذكر النحاس ان هذه الآية متاخرة في النزول الا ان يقدر في الكلام بعد قوله تعالي "وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ – ان شئت" وذلك حيث تقدم ذلك التخيير له صلي الله عليه وسلم في ايه التخيير (يعني الآية ٤٢) ثم حذف التخيير من الآية الثانية لدلاله الأولي عليه لانه معطوف عليه فحكم التخيير كحكم المعطوف عليه، فلابد ان يكون قوله "وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ" معطوفا علي ما قبله من قوله تعالي " وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ۚ " ومن قوله تعالي "فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ" فهو محكم غير منسوخ، لان الناسخ لا يكون مرتبطا بالمنسوخ معطوفا عليه، فالتخيير محكم غير منسوخ، ثم قال القرطبي هكذا قاله مكى رحمه الله.[٢]

٤ – ومما يؤكد عدم النسخ ايضا : ان الآية رجحت جانب الاعراض عنهم علي جانب الحكم بينهم، وهذا مستفاد من قوله تعالي "فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا" فنفي المؤاخذة عند الاعراض وعدم الحكم مرجح للاعراض عنهم.

اما عند الحكم بينهم فلم تنفي المؤاخذه، انما احكم بينهم بالقسط، بما يفيد ان اختيار الحكم سيكون اختيارا للاشق والاثقل، وقد علم ان النبي صلي الله عليه وسلم كان اذا خير بين امرين اختار ايسرهما، ولعل هذا هو الذى دفع مالك رضي الله عنه أن يقول (واحب إلى الا يحكم بينهم).[٣]

---

(١) – ذكرة القرطبي : الجامع لأحكام القران الكريم – دار الحديث مجلد ٣ – ج٦ – ص٥٦٢.

(٢) –القرطبي : الجامع لأحكام القران الكريم – دار الحديث مجلد ٣ – ج٦ – ص٥٦٢.

(٣) – المدونه الكبري : رواية سحنون ج٣ ص٣١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقول الفخر الرازي :ـ قال تعالي " وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا" والمعني انهم كانوا لا يتحاكمون اليه الا لطلب الاسهل والاخف كالجلد مكان الرجم، فاذا اعرض عنهم وابي الحكم بينهم وصاروا اعداء له فبين الله له فقال انه لا تضره عداوتهم له شيئا.[١]

٥- اما عما نسب لبعض الصحابه كابن عباس من القول بالنسخ فهو معارض بما روي عن اخرين من عدم النسخ، فممن قال بعدم النسخ الشعبي، والنخعي، وقتادة، ورواية عن الحسن وعطاء ، وابي بكر الاصم وابي مسلم[٢] ، بل نقل عن ابن عباس والحسن في شان سورة المائدة قولها : انه لا منسوخ فيها.[٣]

٦- ما نقله فتح القدير من ان بعض الائمه قالوا بعدم النسخ مطلقا في سورة المائدة فمن هذا ما اخرجه ابو داود والنحاس عن ابي ميسرة عمر بن شرحبيل قال : لم ينسخ من المائدة شيء وكذا ما اخرجه سعيد بن منصور وابن المنذر عنه، وكذا اخرجه عنه ابن حميد وابو داود في ناسخه وابن جرير وابن المنذر عن الحسن البصري[٤]

٧- روي عن جبير بن نفيل قال : حججت فدخلت علي ام المؤمنين عائشة[٥] فقالت لي : يا جبير تقرأ المائدة؟ فقلت : نعم فقالت : انها اخر سورة نزلت ما وجدتم فيها من حلال فاستحلوة ، وما وجدتم فيها من حرام فحرموة.

---

(١) - تفسير الرازي ط١ مجلد٦ ج١١ ص٢٤٢.

(٢) - المغنى لابن قدامه ج٨ ص٢١٤-٢١٥ ، المغني والشرح الكبير ج١٠ ص٧٢٣، والجصاص ج٤ ص٨٧ وما بعدها، الرازاي ج١١ ص٢٤٢، والقرطبي ج٦ ص١٨٤-١٨٥، الماوردي في تفسيرة – دار الصفوة ط١ - ١٩٩٣م،تفسير المراغي ج٤ ص١٢٠.

(٣) -نقلة القرطبي : الجامع لأحكام القران الكريم – دار الحديث مجلد ٣ – ج٧ – ص٦٧٦.

(٤) - الامام الشوكاني :تفسير فتح القدير ج٢ ص٤٢.

(٥) - الاثر عن ام المؤمنين (رضي الله عنها) اوردة الحافظ بن كثير في تفسيرة – تحقيق عبدالعزيز غنيم، محمد احمد عاشور ، محمد ابراهيم البنا ، مكتبه دار الشعب ١٩٧١م مجلد ٣ ص٢٣ وتفسير فتح القدير

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن هنا فان دعوى النسخ لم تسلم وان سلمت فانها محموله علي نسخ الحكم في حق الوطنيين من غير المسلمين، وحكمها باق في حق الاجانب المسالمين وغير المسالمين.[١] [٢]

ثانيا :ـ اما عن قول الحسن البصري (خلوا بين اهل الكتاب[٣] وبين حاكمهم فان ترافعوا اليكم فاقيموا عليهم ما في كتابكم) فليس فيه حجه علي وجوب الحكم بينهم عند تداعيهم إلى القضاء الإسلامي لانه كما يلي :-

١- لا يصلح ناسخا لنص قرآني محكم، ولم يقل احد بان قول التابعي او الصحابي يصلح ناسخا للقران أوالسنه.

٢- ان في قول الحسن ما يفيد بيان المحكوم به وهو الشريعه الإسلامية عند ترافعهم إلى القاضي المسلم، واختيار القاضي للحكم لا للاعراض عنهم حينئذ فان اقصي ما يفيدة قول الحسن هو الحكم عند اختياره بالشريعه الإسلامية، وليس بشرائعهم ومللهم.

وليس فيه أي دلاله علي الزام القاضي بالحكم بينهم، بل الزامه بالحكم بمقتضي الشرع الحنيف عند اختيار القاضي الحكم بينهم.

الجامع بين فني الرواية والدراية للامام الشوكاني ، طبعه مصطفي البابي الحلبي ١٣٨٣هـ١٩٦٤م ط٢ج٢ ص٣.

(١) - وقد يعترض البعض في التعبير بلفظ الوطنين من غير المسلمين ويقال لماذا لا يقال اهل الكتاب؟ ويجاب عليه بان تعبير اهل الكتاب اخصمن التعبير بالوطنينمن غير المسلمينذلك ان لفظ الوطنيين من غير المسلمين يشمل اهل الكتاب وغيرهم، كمان لفظ اهل الكتاب غير مانع لانه يشمل الوطنيين الاجانب ممن لم يدخل في ذمه المسلمين فليس كل اهل الكتاب وطنيين وليس كل الوطنيين اهل كتاب.

(٢) - وقد حققت فيمسالة نسخ الآية ورسخ في قلبي انها محكمه انظر تفصيلا مؤلف لي بعنوان دراسة حول الآية الثانية والاربعين من سورة المائده بين النسخ والأحكام واثرها علي العلاقات الخاصة الدولية – طبع دار المركز العربي للكتاب – تحت الطبع.

(٣) -معني المحتاج ج٤ص٣٢٩-٣٣٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا :ـ ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه من كتابه إلى بني تميم وفيه وجوب التفريق بين الازواج منهم من ذوي المحارم، فيجاب علي هذا بان اختيار عمر رضي الله عنه للحكم، فهذا اختيار بمقتضي الآية وليس فيه دليل علي نسخ او الغاء ، ثم الذين ذكروا في الاثر عن عمر هم من الوطنيين غير المسلمين فيبقي حكم التخيير في حق الاجانب كما هو.

رابعا :ـ ما نسب للحسن البصري من قوله (بان اهل الذمه اذا كانوا فينا فمواريثهم كمواريثنا، يجاب عليه بان هذا حكم خاص بالمواريث فقط لما لها من اهمية خاصة، وكذلك فهي من حق الوطنيين من غير المسلمين ليبقي حكم الاجانب كما هو علي التخيير.

خامسا :ـ اما عن القياس علي قطع يد السارق فمنهم اذا سرق فالجواب عليها واضح بان القياس في غير محله لان المقيس عليه يدخل في الأحكام العامة التي تتعلق بالنظام العام، والتي تطبق علي كل السكان بلا استثناء ، وليست داخله في نطاق العلاقات الخاصة الدوليه فهي بهذا خارجه عن محل النزاع ، مما لا يسع القاضي ان يحيلهم فيه ولا يحق للخصوم الاتفاق علي ما يخالفه، وسواء في ذلك ترافعوا او لم يترافعوا إلى القضاء الإسلامي.

وبعد ان انتهينا من الرد علي أدلة رافضي الإحالة من فقهاء الإسلام، ماذا عن أدلة فقهاء القانون التقليديون؟

هذا ما اعرضه له في البند الثانى :-

ثانيا :ـ الرد والتعليق علي حجج الفقه التقليدي من رافضي الإحالة

في الواقع ان الحجج التي ساقها الفقه التقليدي لا تصلح سندا لهم فيما ذهبوا اليه من رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنيه إلى المحاكم الأجنبية، لما في هذا الاتجاه من غلق وتحجيم لنمو العلاقات الانسانية العابرة للحدود والتي يراد لها النمو والازدهار، بدلا من التقوقع والانغلاق. ويمكن الرد علي ما اوردوة من حجج بما ياتي:-

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١ – انه لا يصح الاحتجاج – لرفض الإحالة – القول بانتفاء الحكمه التي من اجلها قنن الدفع بالإحالة في النطاق الداخلي، الذى يتمثل في منع التعارض والتضارب بين الأحكام القضائية. فالنصوص المعروضه في القانون الداخلي تعجز عن مجابهه المنازعات الخاصة الدوليه، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع النظام الوطني ان ينشأ نظاما خاصا بالإحالة يكفل استقلال القضاء، ويكون متلائما مع ما للمنازعات الخاصة الدوليه من طبيعه ينفرد بها، كما لا يمكن نفي علة التعارض بين الأحكام علي النطاق الدولي بشكل مطلق ، فلا شك فان صدور حكمين من دولتين مختلفتين عن موضوع وعناصر واسباب متحدة، لابد ان يكون هناك تعارض فعلي بين هذه الأحكام.[١]

٢ – كما انه ليس صوابا الادعاء بان الإحالة تمثل خرقا لسيادة الدوله عن طريق احلال القضاء الاجنبي محل القضاء الوطنى، وقد راينا كيف ان هذا الشعور قد تولد ارتباطا برواج مرحله الامبراطوريات الاستعمارية، وقد ارتاح الضمير الانساني إلى التعامل بسلاسه ويسر، وبعيد عن هذه العقد والرواسب التي يسال عنها الاستعمار والقوى الاستعمارية التي غرست الشك والارتياب في نفوس الشعوب وانه مع التقدم الظاهر ، قد اتضح ان هذه الدعوى لا اساس لها من الصحه، فلا يمكن ان يوصف التعاون الانساني المشترك القائم علي المساواة والمعامله بالمثل ، لا يمكن ان يمثل انتقاصا من سيادة دول من الدول لصالح دوله اخري وان افكار السيادة الاقليمية قد اسيء فهمها ردحا طويلا من الزمن – وقد اريد هنا – ، والانظمه القمعيه الاستبداديه ليس لها بضاعه الا هذه الفزاعه التي تركع بها الشعوب وتتحكم في مقادير حياته.[٢]

---

(١) – د/ هشام صادق : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ص٦٤، د/ عكاشة عبد العال : الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ص١٣٤–١٣٥، د/ هشام خالد : مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ص١٤٨ وما بعدها ،د/ حفيظة الحداد : تنازع القانون القضائي ص١٠٨ وما بعدها.

(٢) – الرد علي هذه الحجة تفصيلا المراجع المشار اليها في البند السابق تفصيلا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣- واما عن احتجاجهم بعدم وجود سلطه فوقيه فلا يصلح سندا لهم فيما يذهبون اليه، فالشريعه الإسلامية وهي الحاكمية الالهية التي تصلح حاكما علي كل خلق حيث انها شرع الحق للخلق، وقد اشتملت علي مباديء ومثل عليا تصلح لانقاذ البشرية من كل المهالك، لانه وضع الحق للحق " أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ"(١) ولكن سرعان ما يجحد هذه الحاكمية المتسمون باسمها قبل المنكرون لها ، فان كان لابد فاعلا، فما الذى يمنع من انشاء منظمه او هيئه او عقد اتفاقية تمثل سلطه لتوزيع الاختصاص القضائي بين الدول ووضع حدود وقيود لاعمال إحالة الاختصاص القضائي بين الدول اسوة بذلك الذى يوجد في العلاقات الداخليه بين المحاكم المحلية عندما يتداخل الاختصاص القضائي. الا يوجد عرف قضائي يصلح لهذا؟؟ الا يوجد من مجتمعات القانون الدولي الخاص هيئة او جهة تصلح لوضع ضوابط عامه لحكم وتوزيع الاختصاص القضائي الدولي بين الدول المختلفه وبما يكفل حسن التعاون الانسانى القائم علي الاصل الواحد " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ".(٢)

٤- دفع احتجاجهم بان القضاء الاجنبي يهدر الضمانات القضائيه التي تكفل حسن سير العداله، فحجه داحضه ذلك ان هذا الاهدار حتى يلقاه الوطنى من قضاء بلاده الوطنى ، ومن ناحيه اخري فلو سلمنا بوجود هذا الاهدار فهو اهون من صدور حكم قضائي سار علي نهج مستقيم وحظى باحسن معامله اجرائية ثم ذهب به صاحبه ليقوم بتنفيذه في الدوله التي كان من المفترض ان ينفذ علي ترابها فضرب به عرض الحائط، فايهما يمثل اهدارا لضمانات التقاضي الحصول علي حق شابه نقص، او الحصول علي حكم ليس له قوة تنفيذيه، وليس له فاعليه حقيقيه علي ارض الواقع؟؟

(١) - سورة تبارك الآية ١٤.

(٢) - سورة الحجرات الآية ١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فاذا كان هذا هو الرد علي حجج أصحاب المنهج الرافض للإحالة فما هو الرد علي حجج انصار الاتجاه المؤيد للإحالة؟

هذا ما اعرض له في الفرع التالي :-

الفرع الثاني:
الرد والنقد والتعليق علي حجج مؤيدي الإحالة

لقد عرض انصار نظرية الإحالة الاختصاص القضائي الدولي حجج وأدلة يرون من خلالها صحه ما انتهوا اليه من قبول إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

وقد كان انصار الإحالة فريقين، فريق اتخذ من أدلة الشريعه الإسلاميه سندا له، واخر بنى حجته علي فكر وفقه القانون الدولي الخاص بما ينبغى معه مراعاه الفارق بين المصدرين، ومن ثم عرض الرد علي هذا الاتجاه في بندين علي النحو التالي :-

البند الأول :- الرد علي حجج انصار هذا الاتجاه من فقهاء الإسلام.

البند الثانى :- الرد علي حجج هذا الاتجاه من فقه القانون الدولي الخاص.

البند الأول :ـ الرد علي أدلة انصار الإحالة من الفقه الإسلامي

لم تسلم حجج فقهاء الإسلام من مؤيدى الإحالة من النقد، فقد وجه اليها ما ياتى :-

أولا :ـ فلم تسلم دعوى التخيير المطلقة من النقد، فقد ورد ما يؤكد النسخ لهذا الحكم في حق الوطنيين من غير المسلمين (الذميين) فمن ذلك ما رواه مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (ايتان نسختا من سورة المائده ،آية القلائد وآية (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم مخيرا بين الحكم والاعراض عنهم وردهم الى حاكمهم، حتى نزل قوله تعالي (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ) فزال التخيير،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووجب الحكم بينهم بما في كتابنا.[١] واقل ما يقال ان هذا النسخ قد تاكد في حق الوطنيين من غير المسلمين (الذميين).

ومع ذلك يبقي حكم التخيير وما فيه من تخلي وإحالة ساريا في حق المهادنين والمستامنين، وغير المسالمين (الاجانب) في مفهوم الفقه الإسلامي.

حيث لم يصح النسخ، او التخصيص في حق هؤلاء، فيبقي حكم الاية في حقهم محكما وثابت وغير منسوخ.[٢]

ثانيا :ـ ان الوطنين من غير المسلمين يلتزمون بأحكام البلاد باعتبارهم من اهلها، وقد رضوا بذلك، وهم مقرون علي ان يكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا[٣] فالقول بتخيير القاضي قي شانهم وردهم إلى حكامهم و شرائعهم لا يتناسب مع استقرار النظام في البلاد وخاصه ان الروايات الكثيرة قد تضافرت، واقوال الكثير من الفقهاء قد توافرت علي ان التخيير في حق هؤلاء الاجانب.[٤]

---

(١) – انظر في الاثر المنسوب لسيدنا ابن عباس (رضي الله عنه) ابن حزم الظاهري : المحلي بالاثر ج٩مساله ١٧٩٥ ص٤٢٥.

(٢) – عرضت لذلك تفصيلا في مؤلفي : دراسة حول الآية الثانية والاربعين من سورة المائدة بين النسخ والأحكام واثرها علي العلاقات الخاصةالدولية، طبعه المركز العربي للكتاب – تحت الطبع.

(٣) – الجصاص : أحكام القران أحكام القران ج٤ ص٨٩

(٤) – الجصاص : أحكام القران أحكام القران ج٤ ص٨٧-٨٩، محمد جواد مغنية : الفقه علي المذاهب الخمسة – دار الجواد – بيروت – ط٧ ص٣١٦، الطحاوي : مختصر اختلاف العلماء ج٣ ص ٣٩٠-٣٩٣ ، الامام عبر بن عبدالعزيز، شرح اداب القاضي – دار الكتب العلمية – بيروت ص٤٩٥ وما بعدها، ابن قدامه: المغنى ج٨ ص٢١٤-٢١٥، الانصاف إلى معرفه الراجح من الخلاف ج٤ ص٢٣٥-٢٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ثم يبقي للإحالة محل في حق الاجانب (المهادنين ،والمعاهدين ،والمستامنين ،وغير المسالمين) فلا تنال من صحته اقوال الفقهاء ولا الاثار، ولا ما قيل في شان نسخ الآية الكريمة التي ثبت انها محكمه ولازمه في حق الاجانب من غير المسلمين.

حتى قال الماوردى ان اهل العلم لم يختلفوا في ان ايه التخيير نزلت في شان الموادعين (المستامنين) من يهود المدينه قبل فرض الجزيه عليهم[١] وبمثل هذا قال الجصاص، والماوردى.[٢]

ثالثا :ـ اعترض علي القائلين بالتخيير (الإحالة) بما ورد ان النبي صلي الله عليه وسلم رض راس يهودى بين حجرين لانه رض رأس جاريه بين حجرين[٣] فهذا النص المجيد يمنع التخيير والإحالة ويلزم القاضي بالحكم بين غير المسلمين عند ترافعهم اليه.

واجيب علي هذا الاعتراض بان القصاص الذى يستوى فيه الكافه يخرج عن نطاق العلاقات الخاصه الدوليه ويستوى فيه كل المتخاصمين، ولا وجه للتميز فيه وهو خارج عن محل النزاع، كما انه اعتداء علي مسلم في وطنه ، فلا يحال إلى غيره.

ومن ثم لم تقدح هذه المآخذ في أدلة هذا الاتجاه وقد سلم منها، وظل لادلته وجاهتها في خصوص الاجانب غير المسلمين.

---

(١) – الحاوي الكبير ج١٨ ص٤٤٦.

(٢) – الجصاص ج٤ ص٨٨ ، القرطبي ج٦ ص١٨٤، الرازي ج١١ ص٢٤٢، المراغي ج٤ ص١٢٠ – ١٢١.

(٣) – رواية قتاده عن انس : صحيح البخاري – كتاب الديات – باب اذا قتل بحجر وعصا ، وكذا باب من اقادا بالحجر ص١٣٨٠، ومسلم في صحيحه : كتاب القسامه والقصاص والديات – باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر – ص٨٤١-٨٤٢، ومسند احمد في كتاب باقي سند المكثرين- باب باقي السند السابق رقم ١٣٣٣٧، وفي سند انس بن مالك رقم ١٢٤٢٨ ، ورواه جابر بن سمرة – سنن ابن ماجه- كتاب االحدود- باب ١٠ حديث رقم ٢٥٥٧ص٨٥٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثانى :ـ النقد والتعليق علي حجج انصار الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص

برغم وجاهه الرأي الذى ذهب اليه هذا الاتجاه الا انه لا يسلم من ماخذ فيما قررة ومن هذا :-

انه لا يوجد نص قانوني يبرر الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي، اسوة بما فعله المقنن في الإحالة الداخليه، وانه لا يجوز للقاضي ان يخلق لنفسه قاعدة قانونية يحل بها محل المقنن فليس هذا من سلطتة المخوله له قانونا.

كما ان الإحالة قد تلقي بالخصوم، وخاصة الوطني منهم في غياهب الظلام، امام قضاء اجنبي ، واجراءات قد لا يعرفها، ونتيجه قد يفاجيء بها.

ان الإحالة قد تصطدم بشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فلو فرض ان المحكمة الأجنبية المحال اليها الاختصاص المشترك مع المحاكم الوطنيه اصدرت حكما في النزاع المحال، وطلب تنفيذه في دوله المحكمة المحيله للاختصاص ، فان في شروط تنفيذ هذا الحكم عقبة قد تحول دون تنفيذ مما تشترطه القوانين عده من عدم اختصاص القضاء الوطني بهذا النزاع الذى حسمه القضاء الاجنبي والذى جاء الحكم الماثل طالبا للنفاذ علي ارض الوطن.

ان المشكله قد تتفاقم في الفرض الذى تحيل فيه المحكمة الوطنيه إلى المحكمة الأجنبية ، تلك التي بدورها قد تحيل إلى الأولي فما هو الحل في مثل هذا الفرض؟ الذي يتحول إلى تنازع سلبي للاختصاص القضائي الدولي. ذلك الذى يجعل الخصوم في حيره من امرهم فالي اي محكمه يذهبون وقد تخلت واحالت كلتا المحكمتين ، الوطنيه والأجنبية؟؟

الفرع الثاني:
الترجيح وأدلته

بعد عرض كافة الاراء في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص ، اقول بترجيح راي انصار إحالة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيه إلى المحكمة الأجنبية المختصة دوليا بذات النزاع ولكن بشروط وضوابط معينه.

ومن ثم اقوم بتقسيم هذا الفرع إلى بندين لبيان اوجه الترجيح لقبول الإحالة علي النحو الاتي :-

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول :- أدلة ترجيح الإحالة في القانون الدولي الخاص.

البند الثاني :- أدلة ترجيح الإحالة في الفقه الإسلامي.

البند الأول :ـ الإحالة في العلاقات الخاصة الدولية

المفترض هنا أننا بصدد نزاع مطروح على المحاكم الوطنية ، وأن هذه المحاكم مختصة به دولياً طبقاً لأحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولى ، وفى ذات الوقت تختص بذات النزاع محكمة أجنبية ، فهل يمكن قبول قيام القاضي الوطنى بإحالة الدعوى إلى المحكمة الأجنبية المختصة معه بهذا النزاع ؟

لقد صرحت بعض التشريعات على رفض الدفع بالإحالة ، فمن ذلك ما كانت تقضى به المادة ٣ من قانون المرافعات الإيطالى لسنة ١٩٤٢م التي تنص على أنه " لا تنفى ولاية القضاء الإيطالى لمجرد قيام ذات الخصومة أو خصومة أخرى مرتبطة بها أمام قضاء دولة أجنبية " وكذلك القانون البولينى [المادة ١١٤٦ مرافعات] والقانون البلغارى م [٣٠٤ مرافعات] والقانون الدولى الخاص الرومانى لعام ١٩٩٢م بالمادة ١٥٦ منه والتى قررت أن الاختصاص الثابت للمحاكم الرومانية لا يستبعد بسبب قيام ذات الدعوى أو دعوى أخرى مرتبطة أمام قضاء دولة أخرى . ولم تتحدث أكثر النظم القانونية عن قبول أو رفض الإحالة وقد جاء موقفها سلبياً[1] وقد كان هذا الموقف السلبى هو المبرر لرفض محكمة النقض الفرنسية الدفع بالإحالة

---

(١) - راجع تعليق **Huet** على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٥/ ٦/ ١٩٧٤م والمنشور في **Clunet 1975** صـ ١٠٤ ، ومشار إليه لدى د/ هشام صادق – تنازع الاختصاص القضائي الدولى – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٢ صـ٦١ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسبب سبق رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية [١] ثم استقر القضاء الفرنسى نهائياً على إجازة الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولى [٢]

الوضع في مصر :- درج الفقه التقليدى في مصر على رفض الدفع بإحالة الاختصاص القضائي الدولى الثابت للمحاكم المصرية بحجة رفع ذات النزاع أمام محكمة أجنبية أخرى ، وذلك لأنه لا توجد سلطة عليا فوق الدول تقوم بهذا التوزيع القضائي ، كما أن الدفع بالإحالة يمثل إفتأتاً على حق الدولة وسيادتها ، كما أن العلة في تقرير الإحالة في النطاق الداخلى لا توجد في الاختصاص الدولى . ذلك أن الحكم الأجنبى لن ينفذ متى كان متعارضاً مع حكم مصري في ذات الموضوع ، كما أن القضاء الأجنبى قد يهدر الضمانات القانونية من الناحية الإجرائية أو اهدار حق الخصوم في الدفاع مثلاً . [٣]

---

(١) - انظر بالتفصيل: د/ عكاشة عبد العال – الاختصاص القضائي الدولى – دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣م صـ١٣١ – ١٣٢ .

(٢) - نقض فرنسى مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٥٠م – المجلة الانتقادية للقانون الدولى ١٩٥١م ، ٦٦٦ مع تعليق للأستاذ/ باتيفول ، استئناف أكس ١٦/ ٧/ ١٩٤٧م المجلة الانتقادية ١٩٤٨ – ٩٣ ، وقد أشار إليه د/ عكاشة عبد العال صـ١٣١ ، وقد استقر هذا الحل القضائي في فرنسا منذ حكم محكمة النقض في ١٧/ ٩/ ١٨٠٨م .

Holleaux, Jauques foyer , Geraud deGeouffre et de la paradell , Driot imt prive , 1987 , p . 368 No 771 Lerebours – pigeonniere et loussouarn Droit imt peeve , Dolloz 1962 No 489 .

(٣) - د/ محمد كمال فهمى – أصول القانون الدولى الخاص ط ٢ ١٩٨٠ بند ٤٧٨ صـ٦٤٥ ، د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – جـ٢ ط ٨ ١٩٧٧م – بند ١٩٤ صـ٧٣١ ، د/ جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولى الخاص العربى - جـ٤ – تنازع السلطات وتنازع الاختصاص – ١٩٦٤م صـ٩٦ ، د/ حامد زكى – القانون الدولى الخاص المصرى ، ١٩٤٠ – فقرة ٣٦٠ ، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص الاختصاص القضائي الدولى والآثار الدولية للأحكام ١٩٩١م صـ٦٧ وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتلك حجة واهية يسهل دفعها [١] خاصة وأنها متوجسة من روح الاستعمار العالمى . وعلى عقبة قام الاتجاه الراجح في مصر على القول بقبول فكرة الإحالة القضائية لمحكمة أجنبية . وذلك تأسيساً على أن سكوت المقنن المصرى عن تنظيم هذه المسألة لا يعد حظراً لها ، بل هو إفادة بتقدير دور الفقه في بحث المسألة والترجيح فيها ، بل إن احتمال المعارضة بين حكمين أكثر وقوعاً في مجال العلاقات الدولية وهى الغاية التي حرس مقنن المرافعات المصرية على تفاديها بين الأحكام الوطنية فتكون غاية هذا الحكم أكثر توافراً في مجال العلاقات الدولية ، كما أن الأخذ بهذا الدفع فيه رعاية لمصلحة المتخاصمين في علاقات عابرة للحدود ، ثم إن القضاء المختلط في مصر قد سبق واعتمد هذا الدفع من ذى قبل ، كما أن هذا الدفع يمثل عاصم لمهابة وكرامة القضاء الوطنى الذى قد يصدر أحكاما ، تنعدم قيمتها في دولة التنفيذ [٢]

---

(١) – انظر في الرد عليها : د/ عكاشة عبد العال الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية صـ١٣٤ وما بعدها ، د/ هشام صادق تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي صـ٥٦ وما بعدها ، د/ هشام خالد – مبادئ القانون القضائي الخاص الدولى ومركز الأجانب – ١٩٩٨ – ١٩٩٩م صـ١٤٥ وما بعدها ، د/ ماهر السداوى – الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ١٩٨٣م صـ٥٠ .

(٢) – د/ هشام صادق تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي صـ٦٤ وما بعدها ، د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائي الدولى وتنفيذ الأحكام الجنبية – دار النهضة العربية ١٩٧٢ صـ١٥٦ وما بعدها – د/ ماهر السداوى – الدفع بالإحالة ، د/ أحمد عبد الكريم سلامه – أصول المرافعات الدولية ١٩٨٤م صـ٢٣٩ ، د/ عكاشة عبد العال – الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية صـ١٣٤ وما بعدها ، د/ هشام خالد – مباديء القانون القضائي الخاص الدولي صـ١٤٥ وما بعدها ، الاختصاص القضائي الدولى للمحاكم العربية – دار الفكر الجامعى ٢٠٠٢م صـ١٨٧ وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثانى :ـ أدلة ترجيح الإحالة في الفقه الإسلامي

أولا :ـ من القرآن الكريم

لقد أحال القرآن الكريم غير المسلمين إلى شرائعهم [إحالة قانونية] فقال جل شأنه : [وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمْ التَّوْرَاةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُوْلَئِكَ بِالمُؤْمِنِينَ] (١) فهذه إحالة قرآنية إلى التوراة في شأن اليهود ، ثم تؤكد الإحالة القانونية بإحالة قضائية إلى رؤسائهم الدينيين فيقول جل ذكره : [إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلا تَخْشَوْا النَّاسَ وَاخْشَوْنِي وَلا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الْكَافِرُونَ] (٢)

وها هو القرآن المجيد يقرر ذات الإحالة القانونية والقضائية في شأن النصارى فيقول جل اسمه : (وقَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِمْ بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ التَّوْرَاةِ وَآتَيْنَاهُ الإِنجِيلَ فِيهِ هُدًى وَنُورٌ وَمُصَدِّقاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ التَّوْرَاةِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الْفَاسِقُونَ) (٣)

ومما يزيد الإحالة تأكيداً : أن الله تعالى خير رسوله – صلي الله عليه وسلم – ومن بعده من قضاة المسلمين بين الحكم أو الإعراض عند تداعى غير المسلمين لديه بقول الحق جل جلاله : (سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ المُقْسِطِينَ) (٤)

---

(١) – سورة المائدة – آية ٤٣ .

(٢) – سورة المائدة – آية ٤٤ .

(٣) – سورة المائدة – الآيتان ٤٦ ، ٤٧

(٤) – سورة المائدة – آية ٤٢ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فمن مقتضى هذا الإعراض عند اختياره أن يحال هؤلاء إلى قاضيهم سواء كان قاض وطنى أو أجنبى .

والأصل الثابت في ذلك أنه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنفُسَكُمْ لا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعاً فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ) (١)

فلن يضركم ضلالهم وإنما عليكم أنفسكم أى الأمة

وإذا قفزنا بخطى واسعة إلى الجزء الثامن والعشرين لنجد سورة الممتحنة وهى تضع أسس العلاقات الخاصة الدولية ولنقف مع الآية ١٠ منها وهى تتحدث في شموخ وجلال ببيان فاصل حاسم مما نحن فيه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنفَقُوا وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (٢)

فهذه الآية الكريمة تشرح الحالة التي نحن بصددها ، ذلك أن صلح الحديبية كان من مقتضاه أن يرد الرسول من يذهب من مكة إلى المدينة ولا يرد أهل مكة من يذهب إليهم من أهل المدينة (٢) فشاء الحق جل جلاله أن لا ترد المؤمنات ، وأن ترد غير المؤمنات ، وذلك باختبار هذا الإيمان ، فالمؤمنة تقبل دعواها ، وغيرها ترد إلى أهلها وتحال إليهم بدعواها ثم حكم بإن الزوج غير المؤمن لهذه المؤمنة ينفسخ نكاحه منها فوراً ، ويرد عليه مهره .

---

(١) – سورة المائدة – آية ١٠٥ .

(٢) – انظر في صلح الحديبة و شرطه – مختصر سيرة ابن هشام – الطبعة ٨ – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة – ١٤٢٥هت / ٢٠٠٥م جـ٢ صـ٧٣ وقد جاء نصه على : " على أنه من أتى محمدا (صلي الله عليه وسلم) من قريش بغير إذن وليه رده عليهم ، ومن جاء قريشاً ممن مع محمد لم يردوه عليه .. "

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد قبل الاختصاص هنا وفصل فيه لوجود طرف مسلم وهو الزوجة التي أسلمت حديثاً ولا جناح على المسلمين أن يتزوجها أحدهم بمهر المثل ، ولا يحق لكم أن تمسكوا بالنساء إذا كن كافرات ، ويحق لكم المطالبة القضائية بما أنفقتم ويحكم لكم ، كذلك يحق للزوج المفسوخ زواجه لبقائه على الكفر أن يطالب بما أنفق وحينئذ تقبل دعواه ويفصل فيها لوجود الزوجة المؤمنة .

ولقد كان في الآية الماثلة نموذج جليل لقواعد نص التنازع بطريق موضوعى ومباشر يحتكم إلى العدالة الإلهية التي لا منازع لها في وضع البشر وذلك بحكم الله تعالى الوارد في هذه الآية مباشرة حاسماً لما عساه أن ينشب من نزاع في الأحوال المعروضة بالنص المجيد .

الخلاصة : أن القرآن الكريم قد قرر هذه الإحالة متى كانت المنازعة بين غير المسلمين حتى ولو كانوا وطنيين أو أجانب ، ولا تقبل الإحالة متى كان في النزاع طرف مسلم كما هو واضح من الآيات المذكورات آنفاً .

ثانيا :ـ من السنة المطهرة

فقد ثبت أن رسول الله – صلي الله عليه وسلم – عندما دخل المدينة المنورة مهاجراً ، وضع الوثيقة الشهيرة بدستور المدينة وقد جاء فيها : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا كتاب من محمد النبى – صلي الله عليه وسلم – بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ، ومن تبعهم فلحق بهم ، وجاهد معهم ، إنهم أمة واحدة من دون الناس . "

وإنه من تبعنا من يهود فإن له النصر والأسوة ، غير مظلومين ولا متناصرين عليهم ... [إلى أن قال – صلي الله عليه وسلم –] : " وإنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يُخاف فساده ، فإن مرده إلى الله عز وجل ، وإلى محمد رسول الله – صلي الله عليه وسلم – ... "

وهذه الفقرة الأخيرة من هذه الوثيقة العظيمة تنص على أن المرجعية القانونية والتفسيرية والقضائية ، فيما يحدث من اشتجار أو نزاع أو خلاف بين أهل هذه الصحيفة ، فإن تلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المرجعية هى لله ورسوله – صلي الله عليه وسلم – ، ومن بعده لخلفائه وقضاة المسلمين . وأن الحكم والتفسير والتأويل يخضع لحكم الشريعة الإسلامية.

وقد كانت هذه الوثيقة النبوية سابقة على نزول الآية الكريمة من سورة المائدة يقول الحق [فاحكم بينهم أو أعرض عنهم] وقد تبين له – صلي الله عليه وسلم – تلاعبهم ومكرهم وخداعهم ونقضهم لعهودهم ومواثيقهم وذلك في قضية اليهوديين اللذين زنيا ، وأرادوا أن ينقاد الرسول الكريم – صلي الله عليه وسلم – لأهوائهم ويقضى لهم بما يحبون ، ولكن الحق شاء أن يكشف له عن طويتهم ، فلما انكشف وجه الحق وأسفر ، رجع أمرهم لديه في الحكم تخييراً بين الحكم والإعراض عنهم . (١)

ويؤيد ما سبق : ما ذكره الإمام الشافعى – رضى الله عنه – أن رسول الله – صلي الله عليه وسلم – أقام بالمدينة وبها يهود خيبر ، وفدك ، وقينقاع ، وبنى النضير ، وكانوا كذلك باليمن ، وفى زمان أبي بكر الصديق – رضى الله عنه – وصدراً من خلافة عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – حتى أجلاهم ، وكانوا بالشام والعراق واليمن في ولاية عمر وعثمان وعلى – رضى الله عنهم أجمعين – ولم يسمع لرسول الله – صلي الله عليه وسلم – فيهم حكم ، الا رجمه يهوديين زنيا ، وتراضيا على حكمه – صلي الله عليه وسلم – ، ولم يسمع كذلك فيهم حكم لأبى بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على – رضى الله عنهم – واليهود بشر يتظالمون ويختلفون ويُحدثون ، فلو لزم الحكم بينهم لزومه بين المسلمين لنقل إلينا عن النبى – صلي الله عليه وسلم – وأئمه

(١) – انظر الوثيقة ، وقضية الرجم – مختصر سيرة ابن هشام – الطبعة الثامنة – جـ١ صـ٣١٦ – ٣١٧ – ٣١٨ ـ صـ٣٤٥ وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهدى من بعده ، ولو حكم فيهم رسول الله – صلي الله عليه وسلم – وأصحابه رضوان الله عليهم لوصلنا بعضه إن لم يكن كله.[١]

ثالثا :ـ ما أثر عن كبار التابعين وعلماء الأمة

١ – ما روى أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى الحسن البصرى : " ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور وأكل الخنزير " فكتب إليه " إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وإنما أنت متبع ولست بمبتدع " [٢] فهذا يفيد ردهم إلى أهل دينهم وقبول الإحالة "

٢ – ما روى عن الحسن البصرى أيضاً أنه قال : [خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم . فإذا ترافعوا إليكم فاحكموا عليهم بما في كتابكم " [٣]

والدلالة من هذا الأثر واضحة في شقها الأول الذى يفيد التخلية والإحالة إلى حاكمهم الدينى ، أما الشق الثانى فإن اختار القاضي الحكم بينهم ولم يعرض عنهم فليكن بالكتاب الكريم وليس بشريعتهم ، فليس فيه اثبات لوجوب الحكم ، وإنما قصر المحكوم به عند اختيار الحكم على القرآن الكريم والسنة المطهرة .

٣– ومنها ما روى عن الزهرى حيث قال : [مضت السنة أن يرد أهل الكتاب في حقوقهم ومواريثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا إلينا راغبين في حكم الله تعالى فيحكم بينهم بكتاب الله

---

(١) – انظر: الأم – كتاب الشعب – جـ٤ صـ١٢٩ ، ١٣٠ ، وقد أشار إلى ذلك د/ سمير عقبى أحكام القضاء في الفقه الإسلامي صـ٧٤ .

(٢) – ورد في المبسوط للسرخسى – دار المعرفة – بيروت جـ٥ صـ٣٩

(٣) – ذكره الجصاص – أحكام القرآن الكريم – إحياء التراث العربى – بيروت – ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م جـ٤ صـ٨٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعالى][1] فالأصل عنده ردهم واحالتهم إلى أهل دينهم ولكنهم إن رغبوا في حكم الإسلام وقبل القاضي الحكم بينهم فيحكم بينهم بحكم الإسلام .

٤ – ما نقل عن الإمام الشافعى – رضى الله عنه – قال في شأن أهل الذمة [إن ردهم إلى حكامهم هو وفاء بذمتهم ولا مسوغ للنسخ في آية التخيير لعدم تعارض الآيتين][2] فقد وصل الأمر عن الإمام الشافعى إلى حد أصبح ردهم إلى أهل دينهم جزء من عقد الذمة ووفاء به .

رابعًا :ـ بعض القواعد الفقهية تساند الإحالة

١ – ومنها قاعدة [القضاء يتخصص بالزمان والمكان][3] وبناء على هذه القاعدة فإن قضاء القاضي في غير مكان ولايته لا يصح ، وطالما عرض عليه نزاع وليس داخلاً في ولايته فيجب عليه الإحالة رعاية لمصلحة المتنازعين حتى إنهم قالوا لو أشهد القاضي في غير ولايته لا يصح الإشهاد ، فهذه القاعدة تعنى أن الإحالة مقبولة عموماً في فقه الإسلام ، وخاصة في منازعات الأجانب غير المسلمين.

٢ – ومنها قولهم : " أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة "[4] ومقتضى هذه القاعدة أن الحاكم له التصرف على الوجه الذى يحقق مصلحة الرعية دون مجافاة روح الشريعة الغراء . وهذا يفيد سلطة ولى الأمر في تقرير الإحالة القضائية .

---

(١) – ذكره القرطبى في الجامع لأحكام القرآن – دار إحياء التراث العربى – بيروت – ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م جـ٦ صـ١٨٥

(٢) – وقد أشار إليه د/ عبد الحسيب يوسف رضوان – القاضي والبينة – صـ١٧٢

(٣) – انظر في إيراد القاعدة الفقهية والتعليق عليها : الشيخ/ ابن نجيم – الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان – دار الكتب العلمية – بيروت صـ٢٣٠ ، ٢٣٧

(٤) – الإمام السيوطى – الأشباه والنظائر – جـ١ ص،٢٠٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣- وكذلك القاعدة الفقهية التي تقول : [في حق غير المسلمين : أمرنا بتركهم وما يدينون] [١] ومن مقتضى ذلك أن يردهم القاضي بالإحالة إلى رؤسائهم الدينيين أو قاضيهم بحسب الأحوال ، ليقوم المحال إليه بدوره بإعمال شرائعهم وقوانينهم عليهم .

٤ - ومن هذه القواعد قولهم : " الضرر يزال " [٢] تلك القاعدة التي بنيت وأسست على قول النبى – صلي الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار " [٣] وغير المسلم الذى يرفع دعواه لدى قاض مسلم ممنوع من القضاء فيها إلا بمقتضى الشرع الحنيف إذا اختار هذا القاضي التخلى عن الاختصاص فمن الإنصاف أن يحيله إلى المحكمة المختصة بهذا النزاع سواء كانت محكمة وطنية أم محكمة أجنبية .

خامسا :ـ الاستدلال العقلى

لاشك في أن الشرع متسق مع العقل السليم ، فما جاء الشرع بشيء إلا وافق مقتضى العقل والمنطق ، بحيث يستحسن العقل ما يأمر به الشرع ويستقبح وينفر مما نها عنه الشرع وزجر . [٤]

١ - فالقاضي المسلم مطالب شرعاً أن يحكم بين المتخاصمين [أىً كانوا] بالشريعة الإسلامية ، ولما كان ذلك يمثل إرهاقاً للقاضى الذى يعمل تحت سلطة قانونية قد لا تضع ذلك

---

(١) - يستخدم الحنفية هذه القاعدة ويذكرون أنها حديثاً نبوياً ، والحق أنها قاعدة فقهية ، انظر الإمام الكاسانى – بدائع الصنائع - دار الكتاب العربى – بيروت ط ٢ ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م جـ١ صـ٣١٠ ، الشيخ/ المراغى – التشريع الإسلامي .... صـ٥٥ ، الشيخ/ محمد أبو زهرة – العلاقات الدولية في الإسلام – دار الفكر العربى – مطبعة المدنى – ١٩٩٥م – صـ٦٦

(٢) - الإمام السيوطى – الأشباه والنظائر – ط٢ – ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م جـ١ صـ١١ ، أ/ على أحمد النزوى – القواعد الفقهية – دار القلم دمشق ط٣ – ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م – صـ٢٨٧ .

(٣) - رواه أحمد [١ / برقم ٢٨٦٧] ، وابن ماجه [٢٣٤١] والطبرانى [٢/ ٨١] [١١/ ٣٠٢] .

(٤) - انظر هذا بالتفصيل : دراسة لى بعنوان – الدعوة والدولة – دراسة دعوية سياسية بمنهجية تاريخية تحليلية – تحت الطبع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في اعتبارها ، حتى أصبح القاضي بين نارين : أن يُعمل القانون الأجنبى مخالفاً حكم الشرع ، أو يُعمل أحكام الشرع الحنيف مخالفاً أحكام القانون ، كان من العدل والعقل أن يفتح لهذا القاضي باب التخلى والإحالة كملاذ له وخلاص من هذه الورطة التي عساه أن يقع فيها . حتى جاءت القاعدة الفقهية بإن [المشقة تجلب التيسير] (١)

٢- أن الحكم الذى سوف يصدر من القاضي المسلم في منازعات غير المسلمين قد لا يكون له بالا في دول التنفيذ ويمثل إهانة للحكم الشرعى ، مما ينبغى التنزه عنه ، وبُعداً بالشريعة أن تكون عبثاً ، حتى رأينا فقهاء الإسلام يقولون : " إن إعمال الكلام أولى من إهماله " (٢) فالحكم الصادر بالإحالة حكماً مقبول الإعمال ، بخلاف الحكم الذى يصدر فاصلاً في المنازعة ويكون على خطر الإهمال .

سادسا :ـ الاستدلال بالواقع

لقد أضحت قاعدة [اتركوهم ما يدينون] هى المسيطرة في ساحات القضاء الإسلامي منذ نشأت هذه الدولة وقيامها ، وقد اتضحت هذه القاعدة جلية في مصر ومع الأقباط منذ فتحها عمرو بن العاص سنة ٦٤١م ، واتضحت هذه المعاملة مع هارون الرشيد لمصلحة الذميين ، حتى بدأت تظهر الامتيازات الأجنبية من كثرة الإفراط في فهم هذه القاعدة ، والتى قد تكون من ذرائع هذه الامتيازات تلك الاخيرة التي بدأ ظهورها للعيان منذ أيام صلاح الدين الأيوبى الذى قرر سنة ١١٧١م امتيازات كثيرة للفرنسيين وكذلك في عهد السلطان قانصوة الغورى سنة ١٥١٠م كان للفرنسيين وللجمهوريات الإيطالية قناصل في الإسكندرية يقضون في مصالحهم ومصالح رعاياهم (٣)

---

(١) - ابن نجيم – الأشباه والنظائر صـ٧٥

(٢)- ابن نجيم – الأشباه والنظائر ..... صـ١١ ، صـ١٣٥ .

(٣) - أ/ جميل خانكي – الأحوال الشخصية للأجانب في مصر – المطبعة العصرية – صـ٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وترجع اختصاصات المجالس الملية بمسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلى عهد الدولة العثمانية التي رأت أن تترك لغير المسلمين في بلاد الدولة العثمانية ، الالتجاء إلى بطريركهم في جميع القضايا ثم نزعت من ذلك الاختصاص بالمسائل الجنائية ثم المدنية ، ونظم الأمر بالخط الهمايونى الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦م والذى نظم الالتجاء إلى المجالس الملية وجعلها في مسائل الأحوال الشخصية على سبيل التحكيم فقط . (١)

ولما استقلت مصر عن الدولة العثمانية وأصبح لها السيادة التشريعية نظمت أحكام الشرائع الملية بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس والإنجيليين الوطنيين ، والأرمن ، والكاثوليك ، ثم صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩١٥ على أثر زوال سيادة الدولة العثمانية عن مصر وجاء فيه أن السلطات القضائية الاستثنائية تخول لها بصفة مؤقتة الاختصاصات والحقوق التي كانت لها . (٢)

ثم صدر المرسوم بقانون ٤٠ لسنة ١٩٣٦ وعدل بالقانون السابق ونص على أن اختصاص المجالس الملية بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية يكون معلقاً على صدور لائحة ترتيب لهذه المجالس ، حتى أصبحت المجالس الملية هى صاحبة الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين . (٣)

وقد كان في مصر قضاءً وطنياً ، وقضاء مختلط ، وقضاء شرعياً ، وقضاء ملياً (٤) وقد كانت المنازعات الخاصة بالأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية في نطاق الامتيازات الأجنبية ، وكان النظام القضائي القديم يقضى بتقديم هذا النوع من القضايا إلى المحاكم القنصلية حتى تم

---

(١) - د/ عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية – طبعة ١٩٥٦م – جـ١ صـ٣١٤ .

(٢) - د/ عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية – طبعة ١٩٥٦م – جـ١ صـ٣١٤ .

(٣) - أ/ إيهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – دار القاهرة – الطبعة الأولى – ١٩٥٧م صـ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥

(٤) - انظر ذلك بالتفصيل : أ/ جميل خانكى – الأحوال الشخصية للأجانب ..... صـ٢ وما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلغاء الامتيازات الأجنبية بمقتضى اتفاقية مونترو في ٨ مايو سنة ١٩٣٧م وقد احتفظت بعض الدول بهذه الامتيازات فيما بعد[١]

وبعد إبرام اتفاقية مونترو استردت مصر سلطانها فيما يتعلق بالتشريع فأصبح يسرى على المصريين والأجانب جميعاً ، وكذلك امتدت ولاية القضاء المصرى على الأجانب فيما عدا فترة انتقالية مقدارها اثنتى عشرة سنة زالت بعدها ولاية المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية في ١٤/ ١٠/ ١٩٤٩م ، واستردت السلطة القومية كامل حقوقها إزاء الأجانب ، ولم يبق على الحكومة المصرية ثمة قيود إلا فيما يتعلق بـ :

١ – تطبيق المبادئ العامة في التشريع الحديث .

٢ – عدم التمييز بين الوطنيين والأجانب في التشريعات المالية تمييزاً مجحفاً

٣– تطبيق القانون الشخصى في مواد الأحوال الشخصية . [٢]

<u>الأثر المترتب على اتحاد الخصوم [من غير المسلمين] ملة ومذهباً على الاختصاص القضائي</u> :

لقد كان غير المسلمين المتحدين في المذهب والملة يخرجان من ولاية المحاكم الوطنية ويدخلان في اختصاص المجالس الملية [٣]

وظل الوضع على ذلك حتى صدر القانون رقم ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م والذى بدأ سريانه منذ أول يناير سنة ١٩٥٦م ، وقد وحدت جهات القضاء للمحاكم الوطنية ، وإن كانت الجمعيات العمومية للمحاكم قد خصصت دائرة لتطبيق الشرائع الملية على غير المسلمين ،

---

(١) – جميل خانكى ..... صـ٨ ، ٩

(٢) – د/ حامد سلطان – تنظيم إقامة الأجانب في المملكة المصرية – مجلة القانون والاقتصاد – العدد الثالث – السنة السادسة عشرة – سبتمبر سنة ١٩٤٦م صـ٣٧٧ .

(٣) – إيهاب حسن – شرح مبادئ .... صـ٦٧ – ٦٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأخرى لتطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين أو أحد الأطراف مسلماً ، أو عند عدم انطباق شروط تطبيق الشرائع الملية [١]

واستمر الوضع على ذلك بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠م [٢] والتى حلت مكانها محكمة الأسرة المشكلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م وبالمادة (٣) بقولها : " تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية ..."

(١) - إيهاب حسن – شرح مبادئ .... صـ٦٧ – ٦٨ ، د/ عصام أنور سليم – أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين – دار المطبوعات الجامعية – ٢٠٠٤م صـ٢٣٦ وما بعدها

(٢) - د/ عصام أنور سليم .... صـ٢٣٨ وما بعدها ، د/ محمد حسين منصور – النظام القانونى للأسرة في الشرائع غير الإسلامية – ٢٠٠٣م صـ١٢٢ وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نتائج البحث وتوصياته :ـ

أولا :ـ نتائج البحث

من الدراسة والعرض الماثل قد ظهر من خلالها عدة نتائج لعل أهمها :-

(أ) ظهر سبق الفقه الإسلامي للنظريات الحديثة منذ عدة قرون ، فاتضح أن الفقه الإسلامي عرف إحالة الاختصاص القضائي الدولي كما هو واضح من هذا البحث.

(ب) تم التمييز بين إحالة الاختصاص القضائي الدولي تمييزا جيد ينفي عنه تداخله واختلاطه بغيرة من الأنظمة المشابهة له.

(ج) توصلت إلى رجحان رأي من قالوا بقبول فكرة إحالة الاختصاص القضائي عند وجود دفع بالإحالة لوجود ذات النزاع امام محكمتين مختلفتين.

(د) اثبت البحث مشروعية قبول الدفع بإحالة الاختصاص القضائي الدولي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص.

(هـ) سلط البحث الضوء علي خطورة الافكار الاستعمارية ودورها السلبي في المد الشعوبي وايقاف العلاقات الانسانية العابرة للحدود بسبب المخاوف من اضرار الاستعمار وتاثيرة علي السيادة الوطنية.

ثانيا :ـ التوصيات

أوصي في النهاية بالاتي :-

(أ) بالنسبه للمقنن المصري والعربي فاني أوصي بتقنين نظرية إحالة الاختصاص القضائي الدولي واحداث سبق للقوانين الغربية. فهو نسق حضاري وانساني راقي قد اقرة الفقه الإسلامي ، وهو يتعالي فوق افكار الاستعمار ، ويتعالي بالمعاني الانسانية فوق تخوفات انتقاص السيادة الوطنية.

(ب) أوصي الزملاء من الباحثين بالعناية بهذا الموضوع وحبذا لو اتخذ اطروحه الدكتوراة يشتمل علي شروط وضوابط إحالة الاختصاص القضائي الدولي.

(سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ وَسَلامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ وَالْحَمْدُ للهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ)

صدق الله العظيم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع

• ابن حزم : المحلي بالآثار ، تحقيق/ احمد محمد عساكر – لجنه التراث العربي – دار الأفاق الجديدة – ج٩

• ابن رشد القرطبي الاندلسي – شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد –تحقيق د/ عبدالله العبادي : دار السلام – المجلد الرابع

• ابن قدامه المغني لابن قدامه تحقيق/ محمد سالم محيسن، وشعبان محمد اسماعيل – مكتبة الجمهورية العربية مكتبة الكليات الأزهرية – ج٨

• ابن نجيم – الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان – دار الكتب العلمية – بيروت

• ابن هشام :- مختصر سيرة ابن هشام – الطبعة ٨ – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة – ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م جـ٢

• ابي اسحاق بن عبدالرفيع- معين الحكام علي القضايا والأحكام ، تحقيق د/ محمد بن قاسم بن عباد : دار الغرب الإسلامي – ج٢

• ابي زيد القيراوني : النوادر والزيادات علي ما في المدونه من غيرها من الامهات ، تحقيق محمد الامين بوخبزه : دار الغرب الإسلامي – المجلد الثامن

• احمد ابوالوفا – التعليق علي قانون المرافعات المصري – ١٩٧٥م- ج١

• احمد ابوالوفا : اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ط١٠ ١٩٩١م بند٣

• احمد بن يحي الونشري : المعيار المعرب – تخريج جماعه من الفقهاء – باشراف د/ محمد حجي : دار الغرب الإسلامي ج١٠

• احمد حشيش اثر الصفه الأجنبية لعناصر الدعوى المدنيه – مجله روح القوانين ، كليه حقوق طنطا – عدد ٥ يوليو ١٩٩١-١٩٩٢م

• احمد عبدالكريم سلامه – المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية (تنازع القوانين – المرافعات الدولية – دار النهضة العربية – ١٩٩٦م

• أحمد عبدالكريم سلامه – مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- احمد عبدالكريم سلامه : فقه المرافعات المدنية الدولية – دار النهضة العربية – ط١
- احمد قسمت الجداوي : مباديء الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية ١٩٧٢م
- احمد هندي : فكرة الارتباط في قانون المرافعات – رساله للدكتوراة ، جامعة الاسكندرية ١٩٨٦م
- إيهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – دار القاهرة – الطبعة الأولى – ١٩٥٧م
- بدر الدين ابواليسر محمد بن الفرس – المجانى الزهرية علي الفواكه البدرية – مطبعه النيل ١٩٠٨م
- بدر الدين محمود المعروف باب قاض سماونه – جامع الفصوليين – المطبعه الكبري الاميرية ١٣٠٠هـ –ج٤
- البهوتي : كشاف القناع عن متن الامتناع – عالم الكتب – بيروت١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ج٥
- جابر جاد عبدالرحمن – القانون الدولي الخاص العربي
- الجصاص : أحكام القران – تحقيق محمد الصادق قمحاوى : دار إحياء التراث العربي ١٩٨٥م – ج٤
- جميل خانكي – الأحوال الشخصية للأجانب في مصر – المطبعة العصرية
- حامد ذكى – القانون الدولي الخاص المصري ج٤ - تنازع السلطات وتنازع الاختصاص ١٩٦٤م
- حامد سلطان – تنظيم إقامة الأجانب في المملكة المصرية – مجلة القانون والاقتصاد – العدد الثالث – السنة السادسة عشرة – سبتمبر سنة ١٩٤٦م
- الحصاف : شرح ادب اللقاضي للامام عمر بن عبدالعزيز : دار الكتب العلمية بيروت
- حفيظة الحداد : تنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٦
- خير الدين احمد بن نور – الفتاوى الخيرية – مطبعه الاستانه ١٣١١هـ - ج٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الدردير : الشرح الصغير علي اقرب للمسالك إلى مذهب الامام مالك – تحقيق د/ مصطفي كمال وصفي : دار المعارف ج٢
- الرازي : مفاتيح الغيب – مجلد ٦ – ج١١
- السرخسي :- المبسوط : دار المعرفه – بيروت – المجلد ٢
- سيد عبدالله علي حسين ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية – دار السلام للطباعة – المجلد الرابع
- السيوطى – الأشباه والنظائر – جـ١
- الشافعي – الأم – كتاب الشعب –طبعه مطبعه بولاق – مصر ج٥
- الشربيني : معني المحتاج إلى معرفه ألفاظ المنهاج دراسة وتحقيق الشيخ/ علي محمد معوض وآخرين – دار الكتب العلمية بيروت ج٤
- الشوكاني :- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية ، طبعه مصطفي البابي الحلبي ١٣٨٣هـ١٩٦٤م ط٢ج٢
- الطحاوي : مختصر اختلاف العلماء – دار البشائر الإسلامية ١٩٩٦م – ط١ – ج٣
- ظافر القاسمى : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي – الكتاب الثانى – السلطة القضائية – دار النفاس
- عبد الحسيب يوسف رضوان – القاضي والبينة
- عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية – طبعة ١٩٥٦م – جـ١ .
- عبدالعزيز غنيم، محمد احمد عاشور ، محمد ابراهيم البنا ، مكتبه دار الشعب ١٩٧١م مجلد ٣
- عبدالكريم زيدان –أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام
- عبدالله مصطفى المراغى – التشريع الإسلامي لغير المسلمين – مكتبة الآداب بالجماميز .
- عز الدين عبدالله : القانون الدولي الخاص – ج٢ – ط٩ – الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- عشوش د / باخشب في الجنسية في دول مجلس التعاون الخليجى
- عصام أنور سليم – أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين – دار المطبوعات الجامعية – ٢٠٠٤م
- عكاشة عبدالعال – القانون الدولي الخاص – الجنسية – الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الكتاب الثاني
- عكاشة عبدالعال (رحمه الله) : الاجراءات المدنية والتجارية الدولية – دارالجامعية ١٩٨٦
- عكاشة عبدالعال :- الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ٢٠١٣م دار الجامعة الجديدة
- العلامه خليل : جواهر الاكليل : دار الفكر – بيروت لبنان
- عمر بن عبدالعزيز، شرح اداب القاضي – دار الكتب العلمية – بيروت
- عمر عبدالعزيز ، د/ جمال محمود حجر – صور من تاريخ العلاقات الدولية في العصر الحديث – دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٧م
- عنايت عبدالحميد ثابت – أساليب فض تنازع القوانين في الإسلام .
- الغزالي : الوسيط في المذهب – المجلد الخامس ص١٣٨، القزويني : العزيز شرح الوجيز – دار الكتب العلمية – بيروت ج٨
- فؤاد رياض، د/ سامية راشد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ج٢
- القرطبي : الجامع لأحكام القران الكريم – دار الحديث مجلد ٣ – ج٦ – ص٥٦٢.
- القزوينى : العزيز في شرح الوجيز – دارالكتب العلمية – بيروت
- الكاساني :- بدائع الصنائع : دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ج٧
- الكهوجي – زاد المحتاج بشرح المنهاج ج٣
- ماهر السداوي : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – المنصورة ١٩٨٣م
- الماوردي – الحاوي الكبير. تحقيق محمود مسطرجي واخرين – دار الكتب العلمية – ج٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- محمد أبو زهرة – العلاقات الدولية في الإسلام وتنظيم الإسلام للمجتمع .
- محمد الطاهر محمد عبدالعزيز – القضاء في الإسلام – مكتبه العالمية .ج.م.ع
- محمد بن الحسين الحر العاملي وسائل الشيعه – دار احياء التراث العربي ج١ مجلد ٩
- محمد جواد مغنية : الفقه علي المذاهب الخمسة – دار الجواد – بيروت – ط٧
- محمد حسين منصور – النظام القانونى للأسرة في الشرائع غير الإسلامية – ٢٠٠٣م
- محمد روبي عطا الله : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمه أجنبية – رساله دكتوراة – جامعة حلوان – القاهرة ٢٠٠٥م
- المدونه الكبري للامام مالك: رواية سحنون التنوحي – مطبعه الصحابة –مصر – ط١ – ج٣
- المرتضي : البحر لزخار – دار الكتاب الإسلامي – ج٥
- المرداوي العهدى : الانصاق في معرفه الراجح من الخلاف علي مذهب الامام احمد بن حنبل تحقيق/ عبدالله محمد حسن اسماعيل- دار الكتب العلمية – بيروت ج٤
- المعجم الوجيز- مجمع اللغة العربية – من إصدارات وزارة التربية والتعليم المصرية – ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م
- الموسوعه الفقهية – طباعه ذات السلاسل – الكويت ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ج٢٠
- موفق الدين ابن قدامه : المغنى والشرح الكبير – دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان – ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م – ج١
- نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م
- نبيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م
- هشام خالد : طبيعه قواعد الاختصاص القضائي الدولي واثرها علي تنفيذ الأحكام الأجنبية- مركز الاسكندرية للكتاب ١٩٩٧م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

• هشام خالد :- مباديء القانون القضائي الخاص الدولي ومركز الاجانب ١٩٩٨م – ١٩٩٩م – الكتاب الأول

• هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائي – الاسكندرية ١٩٦٩م فقرة ١٣٨، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩م

• هشام صادق ، د/ عكاشة عبدالعال، د/ حفيظة الحداد :- القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية – دار المطبوعات الجامعية – ٢٠٠٦م – الكتاب القضاني

• وهبه الزحلي : الفقه الإسلامي وادلته – دار افاق المعرفه –ط٤ – ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م – ج٦

• يحيي الشامي :- التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في الإسلام واثرة علي العلاقات الخاصة الدولية – دار الوفاء ٢٠١٦م – ط١

• يحيي الشامي : دراسة حول الاية الثانية والاربعين من سورة المائدة بين النسخ والأحكام واثرها علي العلاقات الخاصةالدولية، طبعه المركز العربي للكتاب

• يحيي الشامي :- معايير وضوابط الاختصاص القضائي الدولي ، منشور بمجله روح القوانين جامعة طنطا ٢٠١٥م.

• يحيي الشامي: رساله الدكتوراة بعنوان اثر الزواج في القانون الدولي الخاص- جامعة الأزهر ٢٠١٤م

• يحيى الشامي: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي- مجله روح القوانين – جامعة طنطا ، ٢٠١٦م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس الموضوعات

المقدمة ٢٦١٥
تمهيد: ماهية إحالة الاختصاص القضائي الدولي ٢٦٢٠
الفرع الأول: مفردات مصطلح الإحالة ٢٦٢٠
الفرع الثاني: إحالة الاختصاص القضائي الدولي (المصطلح المركب) ٢٦٢٣
الفرع الثالث: التمييز بين الإحالة وما يشابهها ٢٦٢٤
المطلب الأول: رفض إحالة الاختصاص القضائي الدولي ٢٦٤١
الفرع الأول: فقه هذا الاتجاه ٢٦٤١
البند الأول :ـ فريق من الفقه الإسلامي ٢٦٤١
البند الثاني: فقه القانون الدولي الخاص في هذا الاتجاه (الرافض للإحالة) ٢٦٤٤
الفرع الثانى: تحليل الاتجاه التقليدي: (حجج هذا الاتجاه) ٢٦٤٨
البند الأول: أدلة فقهاء الإسلام الرافضون للإحالة ٢٦٤٨
البند الثاني: حجج الفقه التقليدي من فقهاء القانون الدولي الخاص ٢٦٥٠
المطلب الثانى: قبول إحالة الاختصاص القضائي الدولي ٢٦٥٤
الفرع الأول: فقه الاتجاه الماثل ٢٦٥٤
البند الأول :ـ أنصار هذا الاتجاه من فقهاء الإسلام ٢٦٥٤
الفرع الثاني: أنصار الإحالة من فقهاء القانون الدولي الخاص ٢٦٥٦
البند الأول :ـ الفقه المصري ٢٦٥٦
البند الثاني :ـ الوضع في فرنسا ٢٦٥٩
الفرع الثاني: تحليل الاتجاه القابل للإحالة (حجج هذا الاتجاه) ٢٦٦١
البند الأول :ـ أدلة الفقه الإسلامي ٢٦٦١
البند الثانى :ـ حجج فقهاء القانون الدولي الخاص (انصار الإحالة) ٢٦٦٣
المطلب الثالث: نقد وتقييم الاتجاهين السابقين ٢٦٦٤
الفرع الأول: النقد والتعليق ٢٦٦٤
البند الأول :ـ نقد أدلة الاتجاه الأول ٢٦٦٥
الفرع الثاني: الرد والنقد والتعليق علي حجج مؤيدي الإحالة ٢٦٧٣
البند الأول :ـ الرد علي أدلة انصار الإحالة من الفقه الإسلامي ٢٦٧٣
البند الثانى :ـ النقد والتعليق علي حجج انصار الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص ٢٦٧٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الترجيح وأدلته ٢٦٧٦
البند الأول :ـ الإحالة في العلاقات الخاصة الدولية ٢٦٧٧
البند الثانى :ـ أدلة ترجيح الإحالة في الفقه الإسلامي ٢٦٨٠
نتائج البحث وتوصياته :ـ ٢٦٩١
أولا :ـ نتائج البحث ٢٦٩١
ثانيا :ـ التوصيات ٢٦٩١
المراجع ٢٦٩٢
فهرس الموضوعات ٢٦٩٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com