

فض منازعات
عقد التأمين الدولي
وفق الاتجاهات القانونية الحديثة

إعداد
الأستاذ / د. بدر الدين عبد المنعم شوقي
رئيس قسم القانون الدولي الخاص
بأكاديمية مبارك للأمن

فض منازعات عقد التأمين الدولي وفق الاتجاهات القانونية الحديثة

المؤسسات التحكيمية تتولى فض هذه المنازعات إلكترونياً عن طريق الإنترنت واستخدام اجتماعات الفيديو⁽¹⁾.

والمراد بالمفاوضات الحوار أو الاتصال المباشر بين الأطراف المعنية للوصول إلى اتفاق مع اعتبار التعادل بين قوى هذه الأطراف أو التوازن وألا أضرار العاقد الضعيف.

وأما الوساطة فيقوم بالمفاوضات طرف ثالث محايد لحل النزاع ولا يلزم الأطراف الأخذ بالحل الذي يراه الوسيط والتوفيق فتقوم به لجنة مختارة من أطراف العقد وهي التي تضع شروط التسوية المقبولة منهم والمحاكم المصغرة تتكون من محام بالإضافة لأقدم عضو من كل طرف وتعتني أساساً بالمسائل الجوهرية في النزاع وحكمها غير ملزم.

وأما الخبرة الفنية فتقرير الخبير المتخصص في النواحي الفنية يكون غير مقيد بنصوص العقد ويعتمد على خبرته الشخصية.

نخصص هذه الدراسة لفض المنازعات المتعلقة بعقد التأمين الدولي إذ كان السائد حتى عهد قريب اختصاص القضاء الوطني بالفصل في دعاوى المتعلقة بالعقود ذات الصفة الأجنبية أي العقود الدولية ولكن ازدهر التحكيم الدولي الخاص في الأونة الأخيرة ازدهاراً كبيراً لزيادة العقود الدولية في مختلف المجالات كما قدمنا.

ولذلك نشرح في المبحث الأول تحديد المحكمة الوطنية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بعقد التأمين الدولي. وأما المبحث الثاني فنتناول فيه التحكيم الدولي الخاص بصورة إجمالية دون الدخول في التفاصيل الدقيقة المتصلة بالتحكيم مما لا تتسع له هذه الدراسة وسنبين طبيعته وصورته والقانون الواجب التطبيق بشأنه وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ولكن سنمهد لذلك ببيان عدد آخر من الوسائل البديلة - عدا التحكيم - لفض النزاع عن غير طريق المحاكم العادية وهي التفاوض والوساطة والتوفيق أو المحاكمات المصغرة أو الخبرة الفنية.

ويمكن القول بتطبيق هذه الوسائل البديلة التقليدية في حسم المنازعات المتصلة بالعقود الدولية مع إدخال بعض التعديلات في الممارسة

(1) المستشار د. محمد أبو العينين: حسم منازعات التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة، ص 15، 16، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي في معاملات التجارة الإلكترونية 17-18 يناير 2004 (جامعة الدول العربية).

سواء من ناحية الصياغة أو تعديل التشريعات الوطنية ومثال ذلك فإن هناك العديد من

المبحث الأول تحديد المحكمة الوطنية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بعقد التأمين الدولي

وتجدر الإشارة أن المبدأ العام هو استقلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد الإسناد (قواعد تنازع القوانين) لأن كل منها تعالج موضوعاً معيناً بمعنى أن اختصاص المحكمة الوطنية بالنزاع المشتمل على عنصر أجنبي لا يستلزم حتماً أن يطبق عليه القانون الوطني بل على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه والتي قد تشير بتطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر كما سبق البيان والعكس صحيح بمعنى أن تطبيق القانون الوطني على المنازعة ذات الصلة الأجنبية لا يتبعه حتماً اختصاص المحكمة الوطنية وهذا المبدأ المسمى باستقلال أو عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي (تطبيق القانون الوطني) وبين الاختصاص القضائي (اختصاص المحكمة الوطنية) ومع ذلك فإنه يوجد تأثير متبادل بينهما يخرج شرحه عن نطاق هذه الدراسة⁽¹⁾.

والأصل حرية كل دولة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي وإنما يرد عليها عدة قيود تتمثل في وجوب منح الأجانب الحق في التقاضي، وكذلك التقيد بالحصانة القضائية المقررة لرؤساء الدول والممثلين الدبلوماسيين وأيضاً حصانة المنظمات الدولية وممثلي الدول لديها وموظفيها. كما يجب على الدولة أن تتقيد بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي التزمت بها في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي فقد زادت هذه الاتفاقيات سواء الثنائية أو

الجماعية خاصة مع استحداث شكل قانوني جديد للاتفاقيات الجماعية هو مبدأ التثنية بمعنى أن الاتفاقية الجماعية تحدد المبادئ العامة وكليات المسائل المتفق عليها تمهيداً لانعقاد اتفاقيات ثنائية لاحقه تعقد في إطار الاتفاقية الجماعية

(1) راجع للتفاصيل مؤلفنا "الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ص 300-

يقوم المشرع في كل دولة بتحديد الحالات التي تختص فيها محاكمه الوطنية بنظر المنازعات ذات الصلة الدولية أو الأجنبية ويطلق عليها قواعد الاختصاص القضائي الدولي أو تنازع الاختصاص بالمقابلة لتنازع القوانين ويرجع السبب في قيام المشرع الوطني بتحديد القانون الذي يحكم المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وكذلك تحديد حالات اختصاص محاكمه الوطنية بها لعدم وجود قواعد قانونية دولية تلتزم بها كافة دول العالم في هذا المجال.

ويقتصر دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في القانون الوطني على بيان حالات اختصاص المحاكم الوطنية فقط فإن رأى المشرع الوطني أنه وفقاً للسياسة التشريعية أن بعض المنازعات ذات العنصر الأجنبي لا تدخل في اختصاصه فليس له أن يقرر اختصاص محاكم دولة أخرى بها، وبالتالي يطلق على قواعد الاختصاص القضائي الدولي أنها قواعد وطنية قانونية مفردة الجانب أي تقرر حالات اختصاص المحكمة الوطنية دولياً دون التعرض لبيان حالات اختصاص المحاكم الأجنبية. وكذلك توصف بأنها قواعد موضوعية تحدد مباشرة حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات ذات الصلة الأجنبية وقت رفع الدعوى إليها. ويلتزم القضاء الوطني بالاتفاقيات الدولية التي تحدد حالات اختصاص محاكم الدول المرتبطة بها مثل اتفاقية بروكسل والتي انضمت لها إنجلترا 1978 فيما يتعلق بحالات الاختصاص بشأن منازعات عقد التأمين.

ولا يجوز الخروج عن المبادئ المحددة فيها.

وسنوالى شرحها تباعاً بالقدر المناسب لهذه الدراسة مع التركيز على الأكثر اتصالاً منها بعقد التأمين الدولي، وسنقسمها إلى قواعد قائمة على ضوابط شخصية هي جنسية المدعى عليه - وموطن المدعى عليه، حيث يرتبط بدولة معينة. وعلى ضوابط موضوعية وتقوم على سبب العلاقة القانونية وموضوعها وهي موقع المال - محل نشأة الالتزام التعاقدى ومحل تنفيذه، محل نشأة الالتزام غير التعاقدى لفعل ضار أو فعل نافع - ضوابط قائمة على حسن أداء العدالة وهي القائمة على الارتباط - والإجراءات الوقتية والتحفظية وكذلك الخضوع الاختياري من جانب الأطراف لمحاكم دولة معينة.

المطلب الأول الاختصاص القضائي الدولي القائم على ضوابط شخصية

أولاً : الاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه(2):

والمقصود بذلك أن الاختصاص بالدعوى فى عقد التأمين الدولي يعقد لمحكمة الدولة التى

يتمتع المدعى عليه بجنسيتها سواء كان المدعى عليه شخصاً طبيعياً أو معنوياً ودون اشتراط لتوطن أو إقامة أي منهما بإقليم الدولة.

ويمكن إعماله بالنسبة لجميع المنازعات الشخصية والعينية عدا الدعاوى المتصلة بعقارات تقع خارج الدولة التى تتبعها المحكمة.

وهناك عدة قواعد قانونية شائعة بين دول العالم يأخذ بها المشرع الوطني عند وضعه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه الوطنية وهذه القواعد الذائعة الاستعمال ليست إجبارية ولكنها تقوم على اعتبارات وأسس معينة تكون محلاً للاعتبار خاصة مبدأ قوة النفاذ أي تحديد الاختصاص القضائي الدولي على أساس مدى قدرة المحكمة الوطنية على تنفيذ حكمها الصادر بشأن منازعة متصلة بعلاقة قانونية ذات طابع أجنبي.

ويزوع هذه القواعد المشتركة للاختصاص القضائي الدولي واضطراد استعمالها يحقق نوعاً من الانسجام والتجانس بين هذه القواعد فى الدول المختلفة مما يحقق فى النهاية التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة ولذلك يمكن العمل بهذه القواعد فى الحالات التى لا يتضمن فيها التشريع الوطني كافة حالات الاختصاص القضائي الدولي. ومن ناحية أخرى فى حالة الحاجة إلى تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الوطنية بناء على إحدى هذه القواعد الذائعة الاستعمال بين الدول فى إقليم دولة أخرى فان هذا التنفيذ سيكون مقبولاً لديها.

وهذه القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي سبعة قواعد هي قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه - وقاعدة اختصاص محكمة جنسية المدعى عليه - قاعدة اختصاص محكمة موقع المال - قاعدة اختصاص محل الالتزام - واختصاص المحكمة للخضوع الاختياري من جانب الخصوم - واختصاص محكمة الدعوى الأصلية بالدعاوى المرتبطة - واختصاص المحكمة بالإجراءات الوقتية والتحفظية.

(2) د.عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، ج2، ص639؛ د.أحمد قسنت الجداوى: القانون الدولي الخاص، طبعة 1980، ص75 وما بعدها.

عليه:

وهذه أشهر قاعدة فى نطاق الاختصاص القضائي الدولي وتنطبق على المدعى عليه سواء كان وطنياً متوطناً فى دولته أو أجنبياً عن الدولة ولكنه متوطن فيها. وهى تشمل كافة أنواع الدعاوى ما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع بخارج الدولة التى بها الموطن.

أساس القاعدة :

ويرجع تقريرها فى المجالين المحلى والدولي إلى أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه لحين إثبات العكس وليس من العدالة فى شئ تحميله مشقة الانتقال لمحكمة المدعى وتكبده نفقات مالية كذلك. بل إن هذه الحجة أكثر وجاهة فى الإطار الدولي عنه فى النطاق الداخلى إذ أن الدفاع عن النفس أمام محكمة دولة أجنبية أصعب من ذلك الذى يتم أمام محكمة مدنية أخرى من مدن الموطن لاختلاف القوانين والمثول أمام هيئة قضائية غير معروفة وصعوبة اختيار المحامى.

وبالإضافة إلى ذلك فإن "محكمة موطن المدعى عليه (الوطنى أو الأجنبي) هى بلا شك أقدر المحاكم على إلزامه بالحكم الصادر منها بما لها من سلطة فعلية أى كفالة تحقيق آثار حكمها باعتبار أن الموطن هو المكان الذى تتركز فيه عادة أوجه أنشطة الفرد ومصالحه وبذلك تراعى قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه اعتبارات العدالة وحاجته العلاقات الدولية.

تحديد الموطن : لا يمكن وضع مفهوم قانونى موحد للموطن يصدق بالنسبة لكافة دول العالم فيتم تحديد الموطن وفقاً للقانون الوطنى للقاضي المعروض عليه النزاع.

تقدير هذه القاعدة يرى غالب الشراح أن رابطة الجنسية لا تصلح بمفردها لبناء الاختصاص القضائي الدولي بل لابد من وجود رابطة أخرى مادية بإقليم الدولة لأن الشخص الوطنى الغير متوطن أو المقيم بدولته وليس له أموال بها سيصبح الحكم عليه قليل الأهمية لعدم قدرة المحكمة الوطنية على كفالة آثار حكمها أى تنفيذه عليه.

حالة تعدد المدعى عليهم يجوز امتداد اختصاص المحكمة الوطنية للمدعى عليهم الآخرين الذين لا يتمتعون بجنسية المدعى عليه.

ازدواج (تعدد) جنسية المدعى عليه يجوز أن تتعدد المحكمة المختصة بصدد النزاع الواحد بصفة عامة بعكس الحال بالنسبة لتحديد القانون الشخصى لم تعدد الجنسيات إذ يجب اختيار قانون دولة واحدة منها.

انعدام جنسية المدعى عليه فلا تطبق عليه قاعدة اختصاص محكمة جنسية المدعى عليه. أثر تغيير الجنسية على تحديد المحكمة المختصة فالعبرة بالجنسية وقت رفع الدعوى ففى هذا الوقت يتحدد توفر الاختصاص القضائي الدولي من عدمه⁽³⁾.

الخلاصة وبناء على ما تقدم فيجوز رفع الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين الدولي أمام محكمة الدولة التى يتمتع المدعى عليه بجنسيتها سواء كان المؤمن (شركة التأمين) أو المؤمن له بشرط ان لا تتصل الدعوى بعقار موجود خارج إقليم دولة المحكمة مع التنويه بأن هذه القاعدة منتقدة من جانب الشراح.

ثانياً : قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى

(3) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: دراسات فى القانون الدولي الخاص، (تنزاع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، طبعة 1990، ص69 وما بعدها.

تعريف الموطن وأنواعه (1) :

يباشر فيه الشخص عملاً أو تجارة أو حرفة معينة ويعد موطناً له بالنسبة إلى إدارة ما يزاوله منها (م 41 مدني) بحيث تختص محكمة الموطن الخاص بالدعاوى المتعلقة بهذا العمل أو التجارة أو الحرفة فقط حتى لو كان الموطن العام لهذا الشخص في إقليم دولة أخرى. وكذلك يطلق الموطن الخاص على المكان الذي يزاول فيه القاصر ومن في حكمه كالمحجور عليه العمل المأذون له فيه (م 42 مدني) وتختص المحكمة فيما يتصل بهذا العمل دون غيره حتى لو كان الموطن العام القانوني له في دولة أخرى.

وأما الموطن المختار فهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين فتختص محكمة هذا الموطن بالدعاوى التي ترفع عليه وتتصل بهذا العمل دون غيرها (م 1/30 مرافعات مصري).

وإذا لم ينص التقنين الوطني في دولة ما على اختصاص محكمة الموطن المختار فهل يعد اختيار الأفراد هذا الموطن في دولة محددة رضاء ضمنى بالخضوع لولاية محاكم هذه الدولة. انقسم الفقه إلى اتجاهين في هذه المسألة اتجاه يرد بالإيجاب على هذا التساؤل واتجاه آخر - نؤيده - يعلق استخلاص ذلك الخضوع بوجود قرائن تدل عليه. وسنؤجل تفصيل ذلك لحين بيان قاعدة الخضوع الاختياري للمحاكم حيث يتم تجلية فكرة الخضوع ذاتها.

محل الإقامة :

ويقصد بمحل الإقامة المكان الذي يقيم فيه الشخص دون أن تتوفر له نية البقاء والاستقرار فيه أى يتحقق العنصر المادي للموطن ويتخلف العنصر المعنوي وبعبارة أخرى تعد دولة ما محلاً لإقامة الشخص بمجرد وجود محل سكن له في إقليم هذه الدولة.

الموطن عبارة عن الصلة بين الشخص ومكان معين وله عنصرين مادي وهو الإقامة الفعلية في مكان معين على وجه الاستقرار، وعنصر معنوي وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذ هذا المكان مقراً دائماً له.

وتختلف التقنيات في تحديد أهمية كل عنصر منها بالنسبة للآخر فمنها ما يشترط توفر العنصرين معاً ومنها ما يغلب العنصر المادي وبحيث تفترض النية بتحقيق استقرار الإقامة كالقانون المصري (م 40 مدني) ومنها على العكس ما يغلب عنصر النية حتى وإن تعددت فترات انقطاع الإقامة.

والموطن بالمعنى السابق هو الموطن العام ويكون المقصود عند إطلاق الموطن بدون تحديد ويعبر عنه كذلك بمكان الإقامة العادية لأنه يوجد بجانب الموطن العام كلا من الموطن الخاص، والموطن المختار.

ويشمل اختصاص محكمة الموطن العام للمدعى عليه الأجنبي من ناحية الموضوع جميع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية والعينية عدا تلك المتصلة بعقار واقع في الخارج - كما سيرد - وأما الموطن الخاص فهو المكان الذي

(1) وفقاً للقانون المصري وأغلب قوانين الدول العربية ، وأنظر أيضاً الوسيط في القانون الدولي الخاص، د.فؤاد رياض ، د.سامية راشد- ص 461/469. دار النهضة العربية طبعة 1979 ، أصول القانون الدولي الخاص د.محمد كمال فهمي ص 200 وما بعدها الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، وراجع في تحديد الموطن في مجال العقود الدولية، مؤلفنا (العلاقات الخاصة الدولية)، ص 351، وبالنسبة للشخص الاعتباري، طبعة 2005، ص 283، 284.

بصفة عارضة أو مؤقتة للسياحة أو للاستشفاء
مثلاً.

وتتجه أغلب التقنيات إلى عدم الاعتراف
بمكان الوجود العارض للمدعى عليه كضابط
للاختصاص القضائي الدولي إذ يعد ضابطاً شاذاً
في هذا المجال. وهو اتجاه محمود لأنه لا يكفي
لربط النزاع بإقليم الدولة. ومن ناحية أخرى
يتعارض مع مبدأ قوة النفاذ فضلاً عن أنه لا
يوفر للمدعى عليه الرعاية الواجبة له وفقاً
لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية.

ولذلك لا تأخذ به التقنيات المصرية
والفرنسية والإيطالية. ولكن مع ذلك يأخذ به
القانونين الإنجليزي والأمريكي بالنسبة للدعوى
الشخصية دون العينية. ويشترط لإعماله إعلان
الدعوى لشخص المدعى عليه وهو في إنجلترا
متى كان وجوده بها اختيارياً أو إجبارياً.

وتتطبق على منازعات عقد التأمين الدولي
في مصر القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص
القضائي الدولي إذ لم يفرد لها المشرع المصري
قواعد خاصة بها بعكس الحال في الدول
الأوروبية والتي عقدت اتفاقية بروكسل في هذا
الخصوص وانضمت إليها إنجلترا عام 1978.

وقد أقرت هذه الاتفاقية اختصاص محكمة
موطن المدعى عليه بصفة عامة (م2) وبالنسبة
لعقد التأمين فرقت بين أن يكون المؤمن مدعياً أو
مدعياً عليه.

ففي الحالة الأولى أي إذا كان المؤمن هو
المدعى عليه فللمؤمن له (باعتباره الطرف
الضعيف) الخيار بين رفع الدعوى على المؤمن
أما في موطنه أو موطن المؤمن له
نفسه.

وتتجه كثير من التقنيات والاتفاقات
الدولية إلى الاستعانة بضابط محل الإقامة في
مجال الاختصاص القضائي الدولي وتعدده كقرين
أو بديل للموطن في كثير من المواضع تفادياً
للخلافات التي تثيرها التصورات المتعارضة
لفكرة الموطن في الأنظمة القانونية المقارنة.

ويمكن تبرير اختصاص محكمة محل
الإقامة بأن الشخص المقيم في بلد معين يتمتع
بحماية قوانين هذا البلد وبالتالي يجب عليه
الخضوع لمحاكمها باعتبارها الجهة التي تكفل
تطبيق هذه القوانين.

ولكن هل تختص محكمة محل الإقامة
(السكن) بجميع الدعاوى التي ترفع إليها
باعتبارها محكمة محل الإقامة للمدعى عليه
سواء تعلقت بالأحوال الشخصية والعينية.

فذهب رأى - بحق - إلى أنه مادام محل
الإقامة يعد ضابطاً بديلاً أو احتياطياً فلا يوجد
مبرر يمنع من اختصاص المحكمة الوطنية
بالدعاوى المتصلة بالأحوال الشخصية وكذلك
العينية. بينما يرى البعض الآخر قصر
اختصاص المحكمة الوطنية على أنها محكمة
محل إقامة المدعى عليه على النظر في الدعاوى
المتعلقة بالأحوال العينية دون الأحوال الشخصية
لأن الأخيرة " تتصل بصفات الشخص القانونية "
وهذه الصفات تنطوي على شئ من الاستقرار
والثبات. وبالتالي يتطلب قيام الاختصاص بها
على ضابط يبرز عنصر الاستقرار كالموطن
وهو اتجاه القضاء الفرنسي.

الوجود العارض للمدعى عليه

وقد يتواجد المدعى عليه بصفة عارضة
بإقليم دولة معينة، فالفرض أنه لا يتخذها موطناً
له وليس له بها محل إقامة (سكن) بل تواجد بها

النزاع.

انعدام أو عدم معرفة موطن المدعى عليه في الخارج:

من الممكن أن يترتب على اختلاف أحكام كسب الموطن وفقده في الدول المختلفة أن يصبح الفرد عديم الموطن أي بلا موطن محدد وبالتالي يمكن اللجوء إلى الضابط الاحتياطي أو البديل وهو محل الإقامة (السكن). وان كان للشخص موطن أو محل إقامة في الخارج ولكن كلا منهما مجهول بالنسبة للمدعى أي غير معروف لديه فلا يكون هناك مجال للأخذ بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، ويمكن للمدعى أن يرفع الخصومة أمام محكمة غيرها تكون مختصة وفقاً لإحدى القواعد الأخرى للاختصاص القضائي الدولي.

فإن لم يتيسر ذلك للمدعى ولم يجد محكمة مختصة دولياً كذا أمام حالة من الحالات التي يجب فيها مراعاته وتجنب إنكار العدالة فيعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى أو جنسيته وقد اختلف حول نوعية الدعاوى التي تنظرها المحكمة في هذا الفرض والراجح اختصاصها بجميع الدعاوى الشخصية والعينية.

تغيير الموطن:

الأصل - كما سبق البيان - أن العبرة في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي أو انتفائه بوقت رفع الدعوى وبينى على ذلك أن العبرة بموطن المدعى عليه عند إقامة الدعوى ضده فإن غير موطنه بعد رفعها فتظل المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مختصة بها رغم هذا التغيير.

تحديد موطن المدعى عليه ناقص الأهلية:

كما يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن وكيل المؤمن الذى أبرم العقد متى كان هذا الموطن منصوصاً عليه فى طلب التأمين أو الوثيقة وبشرط أن يسمح قانون القاضى المختص بهذا الاختصاص (م8). ومن ناحية ثانية ينعقد الاختصاص لمحكمة دولة فرع شركة التأمين أو الوكالة الخاصة بها متى تم إبرام عقد التأمين بواسطة هذا الفرع أو الوكالة.

وأما فى الحالة الثانية وهى إذا كان المؤمن هو المدعى على المؤمن له فتطبق القاعدة العامة (م2) وهى اختصاص محكمة دولة موطن المؤمن له.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية بروكسل قد اعتدت بالموطن الدائم دون محل الإقامة.

بعض الصعوبات المترتبة على قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه :

تعدد موطن المدعى عليه :

ويتحقق ذلك ان كان للفرد أكثر من موطن أى يعد متوطناً فى عدة دول وفقاً للقاعدة العامة المتعلقة باختصاص محكمة موطن المدعى عليه وللمدعى أن يقيم الدعوى أمام أى منها.

ومن الطبيعي أن المدعى سيختار المحكمة التى يراها الأنسب بالنسبة لصالحه كأن تكون أقرب إلى بلده أو تتركز فيها أموال للمدعى عليه.

وتعدد المحاكم بتعدد موطن المدعى عليه أمر مقبول فى مجال الاختصاص القضائي الدولي بعكس الحال فى تنازع القوانين فلو تطلب الأمر تحديد القانون الشخصي عند تعدد الموطن فيتعين اختيار قانون موطن واحد فقط لحكم

وقد بحثت اللجنة التي أعدت المشروع اتفاقية الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية مشكلة تحديد موطن المدعى عليه القاصر ومن في حكمه كالمحجور عليه أو المفقود أو الغائب، وثار شك لديها حول إمكانية اعتبار محل الإقامة المعتاد حلاً مرضياً بالنسبة لهم. فاقترح البعض الاعتداد بالمحل الرئيسي للشخص الذي يتبعونه، واقترح البعض الآخر إتباع الحكم المنصوص عليه في قانونهم الشخصي، غير أنه في النهاية تقرر ألا يذكر شئ بالنسبة لهذه المسألة.

وينص التقنين المصري في هذه الحالة على أن موطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم قانوناً (م 1/42 مدنى) وإذا كان القاصر متوطناً في مصر واتصل النزاع بالأعمال القانونية التي أذن له بمباشرتها اعتبرت موطناً خاصاً بالنسبة إليه حتى ولو كان موطن النائب عنه في الخارج (م 2/42 مدنى مصرى).

تعدد المدعى عليهم:

إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية على أساس أنها محكمة موطن المدعى عليه فهل تمتد ولايتها إلى سائر المدعى عليهم في حالة تعددهم.

نوجز هنا الرد بالإيجاب على هذا التساؤل نظراً للارتباط بين الدعوى في هذا الفرض وتحقيقاً لحسن سير العدالة وتلافياً لصدور أحكام متناقضة قد يتعذر تنفيذها في وقت واحد مرجئين التفاصيل إلى حين عرض القاعدة العامة في الاختصاص القضائي الدولي المبنية على الاختصاص للارتباط.

موطن الشخص الاعتباري:

جميع ما تقدم بشأن موطن الشخص الطبيعي ونبحث هنا كيفية تحديد موطن الشخص الاعتباري. يتجه التقنين المصري إلى تحديد موطن الشخص الاعتباري وفقاً لمركز إدارته الرئيسي فيعد متوطناً بمصر إن كان محل الإدارة الرئيسي بها والعكس صحيح فلا يعد متوطناً إن كان يقع بالخارج وبالمثل معظم التقنينات العربية.

وإذا كان الشخص الاعتباري مركزه الرئيسي في خارج مصر ولكن له فيها فرع فإن محاكمها تختص بالمنازعات المتعلقة بنشاط هذا الفرع فقط باعتبار أن إقليم الدولة يعد موطناً مختاراً في هذا الفرض "م 52/د مدنى مصري".

واتجاه القانون المصري يتفق مع العرف الدولي فإن كان مركز الإدارة الرئيسي في الخارج ولكن النشاط الفعلي أو الرئيسي للشخص المعنوي في مصر اعتبر متوطناً بها كذلك.

اتجاه الاتفاقية الدولية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1966 :

يبين من نص المادة العاشرة "فقرة أولى" وتعليق الأستاذ فراجستاس عليها أن العبرة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي أن كان المدعى عليه شخص اعتباري غير طبيعي بمقر أعماله وليس بالضرورة أن يكون هو المقر القانوني بل يمكن الأخذ بالمقر الحقيقي للإدارة أو بمكان تكوينه (محل نشأته) أو بمركزه الرئيسي والمراد من الشخص غير الطبيعي ليس فقط الشخص الاعتباري بل كذلك أى كيان اجتماعي معترف له بالأهلية القضائية أى بالحق فى الحضور والترافع أمام القضاء حتى ولو لم يتمتع بالشخصية القانونية.

وتختص أيضا محاكم الدولة التي بها منشأة تجارية للمدعى عليه أو صناعية أو أى منشأة أخرى أو فرع متى أعلن فيها بالمنازعات التي تتعلق بها (م/2/10) من الاتفاقية.

وقد روعى فى صياغة هذه الفقرة أن تغطى كافة الأنشطة الإنسانية بما فى ذلك نشاط الشخص الاعتبارى الذى لا يعتبر الربح من بين أغراضه.

استثناء الدعاوى المتصلة بعقار واقع بخارج إقليم دولة محكمة جنسية المدعى عليه وموطنه:

لا تختص محكمة جنسية المدعى عليه أو محكمة موطنه بالدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع فى خارج الدولة فتختص بها محكمة موقع المال مثل دعوى الملكية وذلك لأن دولة مقر العقار لن تنفذ الحكم الصادر بشأنه من محكمة أجنبية إعمالاً للسيادة الوطنية ولمبدأ قوة النفاذ أى كفاءة تنفيذ الحكم الصادر وهو ما أخذت به أيضاً اتفاقية بروكسل (م/16).

ولكن من ناحية أخرى تختص محكمة جنسية المدعى عليه وكذلك محكمة موطن المدعى عليه بالدعاوى الشخصية المنقولة المرفوعة عليه لأنها تستند إلى حق شخص والغرض منها الحصول على منقول أو تنفيذ التزام بعمل أو الامتناع عن عمل مثل دعوى المؤمن له على المؤمن بالوفاء بمبلغ التأمين وكذلك دعواه عليه بتنفيذ التزامه بخصوص الشئ المؤمن عليه مثل إجراءات إصلاحه أو إعادة الحال إلى ما كان عليه وكذلك دعوى المؤمن على المؤمن له بدفع الأقساط الواجبة عليه.

المطلب الثانى

قواعد الاختصاص القضائى الدولى
المبنية على ضوابط موضوعية

أولاً : قاعدة اختصاص محكمة موقع المال:

تنطبق هذه القاعدة الهامة سواء كان المال عقاراً أو منقولاً.

وتزداد أهميتها فى التأمين على العقار أو المنقول أى التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية مثل التأمين من المسؤولية بالنسبة للأشياء والآلات الخطرة ومن فعل الحيوان أو التأمين من مسؤولية حراسة المباني والمقصود بها أن يكون للشخص صفة الحراسة على البناء بأن تكون له السيطرة الفعلية عليه لحسابه الخاص أى له سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه فالمنزل أثناء البناء فى حراسة المقاول وبعد تسليمه للمالك تنتقل إليه الحراسة ومنه إلى المستأجرين له ويسأل أى منهم عن الضرر الناتج عن تهمد البناء نتيجة نقص الصيانة أو القدم أو العيب فيه وبالنسبة للبناء المقسم إلى طبقات أو شقق ولكل منها مالك مستقل وانهدمت طبقة منه فمالكها هو المسئول وحده دون باقى الملاك وإن كان الانهدام جزئياً واشتمل على جزء مشترك كالجدران المشتركة بين شقتين أو طابقين فملاكهما هما الذين يتحملان المسؤولية فان انهدم البناء كله قامت المسؤولية على جميع الملاك حتى لو كانت الملكية شائعة بينهم والمقصود بالبناء هنا معنى أشمل من الدور أو المنازل فيشمل بذلك كل مجموع من المواد أياً كان نوعها خشباً أو حديداً أو حجارة اتصلت بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان سواء كان الهدف من المبنى إقامته لغرض دائم أو مؤقت فيدخل فى ذلك المنازل والمخازن والحظائر والأكشاك والجسور والأنفاق وأنابيب المياه والغاز ومجارى الصرف الصحى وأيضاً محطات التقوية لوسائل الإعلام

المرئية والإذاعية ومحطات تقوية الهاتف المحمول وغيرها.

وترجع الحكمة من إقرار هذه القاعدة والتي تعد من أهم قواعد الاختصاص الدولي إلى عدة اعتبارات منها ما هو عملي فمحكمة موقع العقار يسهل عليها اتخاذ إجراءات التحقيق والمعاينة بشأن الدعاوى المتعلقة بها.

ومن الناحية القانونية فسيادة الدولة على إقليمها تقتضى خضوع جميع المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها لولاية محاكمها بالإضافة إلى أن "قوانين تنظيم الملكية متعلقة بصالح المجموع وليس هناك أحرص من محكمة موقع العقار على ضمان تطبيق هذه القوانين". وكذلك فإن محكمة الدولة التي يقع بها المال هي الأقدر من غيرها على الفصل في النزاع المتصل به لأنها ستكفل آثار الحكم الذي تصدره وليس أدل على ذلك من أن محاكم دولة العقار لن تعترف بالحكم الصادر بشأنه من محكمة أجنبية الأمر الذي يصبح معه ذلك الحكم عديم القيمة في الحقيقة.

وهذه القاعدة العامة قائمة على معيار أي ضابط موضوعي وواقعي إذ يكفي وجود المال بالفعل بإقليم الدولة لتقرير اختصاص محاكمها بصرف النظر عن أطراف النزاع.

ويتميز أيضا بأنه ضابط إقليمي وخاص إذ يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة ولاقتضاه على طائفة معينة من المنازعات هي المتصلة بالمال.

ونخلص من ذلك أن محكمة موقع العقار تختص بجميع أنواع الدعاوى المرتبطة به ولا تشاركها فيه محاكم دولة أخرى ويرتكز ذلك الاتجاه أساساً على مبدأ قوة النفاذ والسيادة

الإقليمية⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى فإن محكمة موقع المنقول تختص بالدعاوى المتعلقة به وكذلك تختص بها أيضا في نفس الوقت أي تشاركها فيه محكمة جنسية المدعى عليه أو محكمة موطنه أو محل إقامته إذا وجد المنقول في خارج إقليم الدولة التي تتبعها.

أثر تغيير موقع المنقول على تحديد المحكمة المختصة⁽⁵⁾:

لما كان من الممكن نقل المنقول من دولة لأخرى فإن العبرة في تحديد موقعه بوقت رفع الدعوى وفقا للأصل العام في هذا الخصوص والسابق بيانه لأنه في هذا الوقت يتحدد اختصاص المحكمة ثبوتا أو نفيًا. وعلى ذلك فلو نقل المنقول لدولة أخرى بعد رفع الدعوى فإن محكمة الموقع الأول تظل مختصة ولا تأثير لنقله من إقليم الدولة التي تتبعها. وإن نقل المنقول إلى مكان جديد قبل رفع الدعوى فمحكمة الموقع الجديد هي المختصة بنظر الدعوى المتعلقة به حتى لو كان النزاع بشأنه قد نشأ بين الخصوم قبل نقله.

من تطبيقات قاعدة محكمة موطن المدعى عليه ومحكمة موقع المال:

تحديد المحكمة المختصة دوليا بإفلاس أحد طرفي عقد التأمين

(4) راجع باتيفول (المطول) فقرة 688 ص 764، 763 ، د. عز الدين عبد الله ص 639 وأنظر للتفصيلات ولمراجع متنوعة بحثنا بعنوان "القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي" ومنتشر في ثلاثة أجزاء بمجلة هيئة قضايا الدولة - ابتداء من العدد 3 السنة 33.

(5) د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، ص 494.

تبرز أهمية هذه القاعدة بالنسبة لعقود التأمين التي أنشأت في دولة معينة أو نفذت فيها أو كان واجبا التنفيذ فيها.

المقصود من القاعدة:

فمفاد هذه القاعدة العامة للاختصاص القضائي الدولي أن محكمة محل الالتزام تختص بنظر المنازعات المتصلة به، وقد يكون محل الالتزام هو محل نشأته أو تنفيذه. ويشمل محل النشأة كلا من محل انعقاد العقد، ومحل وقوع الفعل الضار الذي ترتبت عليه المسؤولية التقصيرية أو الفعل النافع الذي ترتب عليه الإثراء بلا سبب. وأما محل تنفيذ الالتزام التعاقدي فيشمل محل التنفيذ الفعلي أو المحل الذي كان ينبغي فيه التنفيذ.

خصائص القاعدة:

ويتميز ضابط محل الالتزام الذي تقوم عليه هذه القاعدة العامة بعدة سمات فهو ضابط موضوعي لا ينظر فيه للأشخاص وإقليمي إذ يرتبط بإقليم الدولة التي نشأ أو نفذ فيها الالتزام وكذلك فهو ضابط خاص لأن نطاقه يقتصر على طائفة معينة من المنازعات هي المتعلقة بالالتزامات فقط أو الفعل ومن ناحية أخرى فهو ضابط قانوني إذ يتحدد بمراعاة قواعد قانونية مع ملاحظة أن ضابط محل وقوع الفعل واقعي.

تبرير القاعدة:

والواقع أن محكمة محل الالتزام هي الأكثر قدرة على الفصل في النزاع لأنها أكثر إماما من غيرها بالظروف والملازمات المحيطة به، ولوجود صلة قوية تربط الالتزامات المتعلقة به بإقليم الدولة بما يمكّن المحكمة في النهاية من

إذا لم يوجد نص في قانون الدولة المعنية فيتم الرجوع إلى القواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي وهي قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، ومحكمة موقع المال فالتاجر سواء كان فردا أو شركة وسواء كان المؤمن له أو المؤمن هو الذي تتخذ ضده إجراءات الإفلاس ولا تطبق على غير التاجر.

وعلى ذلك تختص المحكمة دولياً إذا كان إقليم دولتها هي الموطن العام للتاجر الوطني أو الأجنبي أو الموطن التجاري له ويعد الموطن الخاص بالنسبة لتجارته إذ المقصود به المكان الذي توجد به الإدارة الرئيسية لأعماله التجارية وذلك حتى ولو كان له موطن عام في خارج الدولة التي بها الموطن الخاص. ويرجع الاعتداد بالموطن التجاري إلى انه المكان الذي يتركز فيه نشاطه التجاري وبالتالي مصالح دائنيه.

وكذلك يجوز أيضا رفع الدعوى أمام محاكم الإقليم الذي له فرع يزاول فيه جزءا من نشاطه التجاري أو محاكم الدولة التي بها أمواله كلها أو بعضها أو كانت ديونه التي توقف عن دفعها خاضعة لولايتها وذلك لأن الفعل وهو التوقف عن دفعها حدث بإقليم الدولة ومراعاة لصالح الدائنين في اقتضاء ديونهم.

ويذهب جميع الشراح إلى أنه متى كانت المحكمة الوطنية هي التي أشهرت الإفلاس فإنها تختص في الفصل في جميع الدعاوى المتعلقة بالإفلاس فتشمل كافة الدعاوى الناشئة عن شهر الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة وكذلك أية دعوى يطبق بشأنها قاعدة من قواعد الإفلاس سواء رفعت من السنديك أو الدائن أو الغير أو رفعت عليهم.

ثانياً: اختصاص محكمة محل الالتزام:

العقد هو نفسه مكان إتمامه. ولمعرفة مكان إتمام العقد نفرق بين التعاقد فيما بين طرفين حاضرين لمجلس العقد فى مكان معين وبين التعاقد بين غائبين وخاصة بعد انتشار التعاقد بطريقة المراسلة والوسائل الإلكترونية الحديثة.

ففى الحالة الأولى: يتم العقد فى البلد الذى فيه طرفيه وقانون هذا البلد الذى يحدد متى يكون العقد تاما.

وعلى ذلك فان رفع أحد الطرفين الدعوى أمام محاكم هذه الدولة باعتبار أنها محكمة نشأة الالتزام وعندما طبقت المحكمة قانونها تبين لها أن العقد لم يتم بعد وفقاً لأحكام القانون كان لها أن تحكم بعدم الاختصاص إذا لم توجد قاعدة أخرى تسوغ لها النظر فى الدعوى من قواعد الاختصاص القضائي الدولي فى قانونها.

ويلحق بالحالة الأولى أيضا التعاقد مع وكيل أحد الطرفين فإن الوكيل يمثل موكله فى مجلس العقد.

ويبين مما تقدم أن محل نشأة الالتزام التعاقدى هو المكان الذى يتواجد فيه طرفى العقد الحاضرين لمجلسه أو وكيليهما أو أحد العقادين ووكيل الطرف الآخر.

وأما الحالة الثانية : وهى التعاقد فيما بين الغائبين فان الأمر يدق لأن القوانين تختلف فيما بينها فى تعيين وقت تمام العقد وبالتالي فى معرفة مكان إتمامه.

ونرى أن زمان ومكان نشأة الالتزام التعاقدى فيما بين الغائبين يحدده القانون الذى يحكم العقد ذاته وعلى ذلك تتحدد محكمة محل

كفالة تنفيذ الحكم مما يحقق مصلحة الخصوم، ويؤدى من ناحية أخرى إلى اضطراب المعاملات الدولية دون أن يكون فى ذلك مساس بسيادة الدولة وفضلا عن ذلك - فى تقديرى - فان القانون الذى يحكم الفعل الضار هو قانون محل وقوعه فالتقرير باختصاص محكمة محل وقوع الفعل يترتب عليه أنه سيطبق عليه هذا القانون أى القانون المحلى وبالتالي فالقاضي سيطبق قانونه وهو أقدر من غيره فى هذا الخصوص.

نطاق قاعدة اختصاص محكمة محل الالتزام

يقتصر نطاق القاعدة على نوع معين من المنازعات هى تلك المتعلقة بالالتزامات فقط سواء كانت من مسائل الأحوال الشخصية أو العينية المدنية والتجارية. ويخرج عن اختصاص محكمة محل الالتزام الدعاوى المتعلقة بعقار كائن خارج إقليم الدولة التى تتبعها هذه المحكمة. وفى تقديرى أن خروج الدعاوى المتصلة بعقار يقع فى الخارج من اختصاص محكمة محل الالتزام ليس باستثناء على هذه القاعدة بالمعنى الدقيق بل يمكن القول بأننا أمام محكمتين كل منهما مختصة بنظر المنازعة أحدهما تستند فى اختصاصها على أنها محكمة محل الالتزام ويقوم اختصاص الثانية باعتبارها محكمة موقع المال واختيار إحدى المحكمتين يكون متوقفا على أساس قـاس قـوة كل قاعدة منهما ولا شك أن قاعدة موقع المال هى الأقوى للمبدأ الذى تستند إليه وهو قوة النفاذ .

أولا : محل نشأة الالتزام التعاقدى (عقد التأمين):

إن محل نشأة العقد هو المكان الذى تم فيه العقد. ويثير تحديد مكان إتمام العقد بعض الصعوبات ومبدئيا فوقت أى زمان إتمام

وخاصة من ناحية إثبات قيام علاقة سببية بين فعل وسلوك المؤمن له والفعل المرتب للمسئولية التقصيرية على فاعله والشركة لا تلتزم بدفع مبلغ التأمين إلا بمراعاة الأضرار التي حدثت بالفعل.

محل نشأة الفعل الضار:

لا يثير تحديد محل نشأة الفعل الضار أى صعوبة إذا حدث الخطأ والضرر المترتب عليه على إقليم دولة واحدة أى فى مكان واحد فسوف تختص محكمة هذه الدولة بدعوى المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار لقربها من مكان وقوعه ولا مكان لإسهام المجتمع فى إصلاح الخسائر الناتجة عنه، وكذلك الأمر لو تجزأ الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدى بحيث يقع الفعل الضار فى أكثر من دولة ويتحقق الضرر أيضاً فى كل هذه الدول إذ تختص محاكم كل دولة منها بدعوى المسئولية التقصيرية بالنسبة لذلك الجزء الذى ترتب عليه الضرر على إقليمها فمثلاً إن قامت شركة تجارية بمنافسة غير مشروعة فى بلدين معينين وترتب فى كل منهما ضرر لبعض الأشخاص فيهما فإن محاكم كل دولة تختص بالنظر فى الدعاوى التى يرفعها المتضررون فيها.

وإنما يدق الأمر ويحتاج إلى مزيد من البيان لتحديد المحكمة المختصة إذا وقع الخطأ فى إقليم دولة والضرر فى إقليم دولة أخرى. فهل تختص بدعوى المسئولية التقصيرية محاكم الدولة التى حدث الخطأ على إقليمها أم العكس تختص بها محاكم الدولة التى تحقق فيها الضرر⁽¹⁾.

(1) راجع للتفاصيل وخاصة الاتجاهات الحديثة فى تحديد القانون المحلى الذى يحكم المسئولية التقصيرية والفروض المختلفة فى هذا المجال مؤلفنا "العمل غير المشروع

نشأة الالتزام التعاقدى وتكون مختصة بالنظر فيما يتعلق به من منازعات حتى ولو كان مقرراً حصول تنفيذه فى خارج إقليم الدولة التى تنتمى إليها هذه المحكمة.
محل نشأة الالتزام غير التعاقدى:

الالتزام غير التعاقدى هو الذى لا ينشأ من العقد وإنما يترتب على فعل ضار فنكون بصدد مسئولية تقصيرية أو على فعل نافع كدفع غير المستحق أو الفضالة فيترتب عليه دعوى الإثراء بلا سبب.

وعقد التأمين يتصل اتصالاً وثيقاً بتحديد اختصاص المحكمة دولياً القائم على كون إقليم دولتها هو محل الالتزام.

وذلك لأنه فى التأمين من الإصابات فيكون للمؤمن له الحق فى الحصول على التعويض عن الضرر الذى لحق به وكذلك مبلغ التأمين أيضاً ولا يحل المؤمن محله فى الدعوى ضد مرتكب الفعل الضار، بعكس الأمر فى التأمين على الأشياء والتأمين من المسئولية فالمؤمن سيدفع مبلغ التأمين ويحبل محبل المؤمن له فى الرجوع على المسئول بالتعويضات.

وفى كلا الحالتين تظهر أهمية تحديد المحكمة المختصة دولياً لأن المطالبة بالتعويض متصلة بعقد التأمين، وفى التأمين من الإصابات للشركة الحق فى مراقبة سير الدعوى حتى يتضح لها وجود أو عدم وجود خطأ أو تقصير من جانب المؤمن له كان سبباً فى الإصابة التى لحقت به مما يؤثر على مدى استحقاقه مبلغ التأمين.

وفى عقود التأمين الأخرى فالشركة هى صاحبة المصلحة الأولى فى الدعوى

حسب مكان الفعل الذى قام به الفضولي بعمل لصالح أطراف عقد التأمين أو أحدهما. فإن تعلق فعله بمال فتكون محكمة موقع المال هي التي ينعقد لها الاختصاص بناء على قاعدة "محكمة موقع المال" لقوتها في مجال الاختصاص الدولي.

وأما بالنسبة لدفع غير المستحق فان اتحد مكان الافتقار (الدفع) وهو ظاهرة سلبية، مع مكان الإثراء وهو النتيجة الإيجابية فيكون الاختصاص لمحكمة هذا المكان وأما في حالة اختلاف مكان الافتقار عن مكان الإثراء أي يكون كل منهما في إقليم دولة أخرى فينعقد الاختصاص لمحكمة محل الإثراء لأنه الأكثر ظهوراً في العالم الخارجي.

تحديد محل تنفيذ الالتزام:

ومن البديهي أن هذا الأساس للاختصاص القضائي الدولي يتعلق بالالتزام التعاقدي فقط فتختص المحاكم المصرية مثلاً بالدعاوى المرتبطة بالعقد الذي تم تنفيذه في مصر بالفعل أو كان مشروطاً بتنفيذه فيه.

ويترتب على ذلك فرضين الأول أنه إذا تم التنفيذ في دولة وكان مشروطاً بتنفيذه في دولة أخرى فإن محاكم الدولتين تختص كل منها بنظر الدعوى الأولى باعتبارها محل الوفاء الفعلي والثانية باعتبار أنه كان من الواجب الوفاء بالعقد على إقليمها.

وأما الفرض الثاني فخاص بالحالة التي يتفق فيها على تنفيذ العقد في دولة ولا يتم التنفيذ إطلاقاً فتختص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعوى باعتبار أنها محاكم الدولة التي كان يتعين الوفاء بها.

أتجه الفقه إلى اتجاهين أساسيين في هذه المسألة بالنسبة لتحديد القانون المختص وهو ما سنهتدي به في مجال تحديد المحكمة المختصة بصفة عامة.

وقد ذهب الاتجاه الأول إلى أن العبرة بقانون محل الخطأ باعتبار أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أن العبرة بقانون محل حدوث الضرر لأن المسؤولية التقصيرية لا توجد إلا بتكامل عناصرها وآخر عنصر فيها هو الضرر.

ونرى أنه مادامت العبرة بشأن محل الالتزام التعاقدي بمحكمة محل نشأة الالتزام أو تنفيذه فإن العبرة تكون أيضاً بالنسبة لمحل الالتزام غير التعاقدي بمحل حدوث الفعل الضار أي بمحكمة مكان الخطأ أو بمحكمة حدوث النتيجة المترتبة عليه وهي الضرر أي محكمة محل الضرر فكل من المحكمتين تختص بنظر دعوى المسؤولية التقصيرية ويحق للمدعى المضرور الخيار بينهما وفقاً لصالحه.

تحديد محل نشأة الفعل النافع:

من المتصور إقامة دعوى "الإثراء بلا سبب" بمناسبة عقد التأمين الدولي كما في حالة دفع قسط غير مستحق (سواء لتكراره أو كونه زائداً عن عدد الأقساط) أو في حالة قيام الفضولي بعمل لصالح أحد طرفي عقد التأمين كالإبلاغ عن حدوث الخطر أو لمواجهة الخطر مثل إطفاء الحريق.

وتحدد المحكمة في حالة الفضالة على

وأثره بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص المصري" ص176 وما بعدها.

ومن جهة أخرى قد يكون أحد الالتزامات الناشئة عن العقد قد نفذ أو مشروطاً بتنفيذه في دولة معينة بينما التزام آخر نفذ أو مشروطاً بتنفيذه في دولة ثانية بمقتضى نفس العقد ففي هذه الحالة تعد محاكم كل دولة مختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالالتزام العقدي الذي نفذ أو كان يتعين تنفيذه فيها وذلك لأن كل التزام منها يرتبط بإقليم دولة معينة فمن المناسب والحال كذلك تقرير اختصاص محاكمها به مع ملاحظة اختيار محل التنفيذ الرئيسي عند تعدد أماكن التنفيذ.

المفاضلة بين محكمة نشأة الالتزام التعاقدى وبين محكمة تنفيذه:

ذهب البعض إلى عقد الاختصاص لمحكمة تنفيذ العقد دائماً باعتبار أن التنفيذ هو العنصر الأساسي للالتزام التعاقدى وأما إتمام التعاقد فهو عنصر عرضي ووقتي وليست له صلة بجوهر الالتزام وأنه مادامت نوايا الأطراف متجهة إلى تنفيذ العقد فيجب افتراض أنهم خاضعون ضمناً لقضاء محكمة محل التنفيذ إلا أنني لا أقر هذه المغالاة في الاعتداد بمحكمة التنفيذ بصفة مطلقة وإنما يستحسن ترك الأمر لصاحب الشأن فيختار المحكمة التي تتناسب مع مصالحه والتي قد تكون محل التنفيذ نظراً لوجود أموال الخصم في إقليم الدولة التي تتبعها أو لتفادي الصعوبات التي تحيط بتعيين محل إبرام العقد.

المطلب الثالث

الاختصاص القضائي الدولي القائم على حسن أداء العدالة

شخصية (مثل الجنسية) أو موضوعية (موقع المال) وإنما الهدف من الاختصاص مراعاة حسن أداء العدالة التي هي المهمة الأولى للقضاء وكذلك تجنب الأضرار بحقوق الخصوم ومنع تضارب الأحكام بشأن نفس النزاع.

وتضمن هذا الاختصاص القائم على حسن أداء العدالة قاعدتين هما "قاعدة الاختصاص في حالة الارتباط" وخاصة فيما يتصل باختصاص المحكمة المرفوع إليها الدعوى الأصلية بالمسائل الأولية والطلبات العارضة فيها.

وكذلك قاعدة اختصاص محكمة الدعوى الأصلية بالأمر بالإجراءات الوقئية والتحفيزية⁽¹⁾.

أولاً : قاعدة الاختصاص للارتباط :

من القواعد المستقرة في الفقه والقضاء اختصاص المحكمة الوطنية بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المطروحة أمامها والمشتتة على عنصر أجنبي وإن كانت الدعاوى المرتبطة لا تختص المحكمة بها فيما لو رفعت إليها في صورة دعوى مستقلة ومبتدأه وذلك بالنسبة لدعاوى الأحوال الشخصية والعينية. والعلة في ذلك أن قاض الأصل هو الأقدر من غيره على الفصل فيما يتفرع على الدعوى بالإضافة إلى المبررات السابق ذكرها.

وتقوم حالة الارتباط على أساس وحدة الخصوم في الدعويين أو وحدة الموضوع أو

السبب فيهما، وكذلك يتحقق أيضاً الارتباط حتى لو لم تتوفر الوحدة في أحد هذه العناصر الثلاثة

(1) راجع في التفاصيل بحثنا "القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي" السابق الإشارة إليه خاصة حـ3 منه صـ41 وما بعدها والمنشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول، السنة 24.

ونقصد بذلك قيام الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بدون التقيد بضوابط

للدعوى وذلك إذا قامت صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب وحسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة. وان كانت وحدة السبب أو الموضوع هما أوضح مظاهر الارتباط فدعوى الدائن على المدين ترتبط برابطة قوية بدعوى الدائن على كفيل المدين وأيضا الدعوتان بالفسخ اللتان يرفعهما كل من الطرفين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد.

ويرجع إلى القانون الوطنى بوصفه قانون القاضى لتحديد معنى الارتباط وتقديره خاضع لمحكمة الموضوع.

ويشمل نطاق الارتباط كذلك المسائل الأولية والطلبات العارضة المرتبطة بالدعوى الأصلية ودفع المدعى عليه فيها فقاضى الأصل هو قاضى الدفع⁽¹⁾، والمسائل الأولية هى التى يلزم الفصل فيها ابتداء حتى يمكن الفصل فى الدعوى الأصلية سواء كانت هذه المسائل متعلقة بالمواد المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية.

فمثلا إذا كانت الدعوى تتعلق بوصية أو ميراث منه مبلغ التأمين وثار الخلاف حول تحديد جنسية أو موطن الموصى أو المورث فتلك مسألة أولية يتعين البت فيها أولا قبل التصدى لموضوع الدعوى وإمكان الفصل فيها.

وأما الطلبات العارضة فهى التى تبدى أثناء سير الخصومة وتتناول بالتغيير سواء بالنقص أو الإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها أو بسببها أو أطرافها، وقد يقدم الطلب العارض من المدعى ويسمى طلبا إضافيا

(1) أنظر فى أنواع الدفوع بصفة عامة، د. أحمد مسلم ص 571 وما بعدها أصول المرافعات، دار الفكر العربى، 1968.

ومثاله الطلب الذى يقدمه بتصحيح الطلب الأصلي الذى نشأت به الخصومة أو تعديل موضوعه مثل مواجهة ظروف طرأت أو اتضحت بعد رفع الدعوى كالمطالبة بمبلغ التأمين أولا ثم المطالبة بإضافة الفوائد عليه وأما دفع المدعى عليه فهو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تقادى الحكم له به فهو وسيلة دفاع سلبية بحتة وقد يكون دفعا موضوعيا وهو ما يوجه إلى ذات الحق المدعى به مثل الزعم بانقضاء الدين بالوفاء أو دفعا شكليا وهو ما يوجه للخصومة ذاتها أو بعض إجراءاتها كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو دفعا بعدم القبول ويهدف إلى إنكار وجود الدعوى لعدم توافر أحد الشروط التى يتطلبها القانون لقبولها كعدم توافر شرط الصفة فى المدعى.

قاعدة الاختصاص للارتباط وتعدد المدعى عليهم:

فى حالة تعدد المدعى عليهم وكانت اختصاص المحكمة الوطنية بنظر الدعوى قائماً على أساس موطن أو محل إقامة أحدهم فى إقليم الدولة فإن ولايتها تمتد إليهم أيضا للارتباط بسبب الاعتبارات السابقة. وكذلك يقوم الارتباط فى حالة تعدد المدعى عليهم إذا كانت المحكمة الوطنية هى المختصة باعتبار أنها محكمة محل نشأة العقد أو تنفيذه وكان المدعى عليهم أجنبى وليس لأحد منهم موطن أو محل إقامة بإقليم دولة المحكمة. وأيضا يقوم الارتباط إن أقيمت الدعوى على أساس تمتع أحد المدعى عليهم بالجنسية الوطنية فاخصاص المحكمة يمتد ليشمل جميع المدعى عليهم حتى لو كانوا أجنبى.

وذلك لأن الرأى مستقر فى الفقه القانونى على عدم اشتراط وحدة الموضوع والسبب معا فى حالة تعدد المدعى عليهم بل يكفى وحدة

الموضوع فقط.

فالقضاء الوطني لا يقبل التخلي عن اختصاصه بالدعوى التي رفعت إليه ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية منظورة أمام القضاء الأجنبي.

ويستند الرأي الراجح فى ذلك إلى أن التخلي عن ولاية القضاء من شأنه المساس بسيادة الدولة والانتقال منها، فضلا عن أن محاكم كل دولة تتمتع بالاستقلال إزاء محاكم الدول الأخرى بالإضافة إلى أن وظيفة كل دولة هى أداء العدالة فى إقليمها.

وتطبيقا لما تقدم فإنه لا يمكن وقف الفصل فى الدعوى الأصلية أمام المحكمة الوطنية حتى يفصل فى مسألة أولية من محكمة أجنبية مختصة بهذه المسألة إذ "يقتضى تمكين القضاء من أداء مهمته ألا يعلق الفصل فى موضوع النزاع الأصلي على ما يتقرر فى شأن المسألة الأولية من محكمة أجنبية لا تخضع لنفس السيادة ولا يربطها بالمحكمة المعروض أمامها النزاع الأصلي قواعد بتوزيع الاختصاص.

وكذلك لا يجوز التمسك أمام المحكمة الوطنية بالقاعدة التى مفادها أن قيام الدعوى الجنائية موقف للفصل فى الدعوى المدنية وذلك متى كانت الإجراءات الجنائية متخذة لدى محكمة أجنبية ورفعت دعوى التعويض عن الفعل الضار أمام المحكمة الوطنية وذلك لأن الأحكام الجنائية قاصرة على حدود إقليم الدولة فقط.

الدفع بالإحالة للارتباط أمام المحكمة الوطنية:

وتطبيقا للرأى الراجح المشار إليه اتجه الفقه المصرى الغالب إلى عدم جواز الدفع أمام المحاكم المصرية بإحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية لارتباطها بدعوى أصلية منظورة أمامها

وبذلك يحق لشركة التأمين رفع دعوى المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الذى ترتب عليه إحداث الضرر بالمؤمن له ومطالبتهم جميعاً بالتعويض.

كما يحق للمؤمن له رفع الدعوى ضد شركات التأمين معاً التى قد يكون أمن لديها عن ذات الخطر بالنسبة للمال المؤمن عليه للارتباط.

وتجدر الإشارة إلى أنه فى حالة تعدد المدعى عليهم فالمحكمة الوطنية الأصلية لا ينعقد اختصاصها بالنسبة إليهم فى حالة الدعوى المرفوعة من أحدهم بعقار كائن فى خارج إقليم دولتها وكذلك الأمر فى حالة تطبيق قاعدة الخضوع الاختياري من جانب أحدهم للمحكمة الوطنية.

كيفية تطبيق قاعدة الاختصاص فى حالة الارتباط عملاً:

فى جميع صور الارتباط للاختصاص سواء تعلقت بالوحدة فى الموضوع أو السبب أو الخصوم أو للعلاقة الوثيقة بين الدعويين، أو بالنسبة للمسائل الأولية والعارضة ودفع المدعى عليه، وفى حالة تعدد المدعى عليهم، فالمستقر عليه فقها وقضاء هو الاعتراف بقاعدة الاختصاص للارتباط فى حالة جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية دون سلبه منها. بمعنى أن القاعدة المذكورة تطبق من جانب واحد فقط فيعترف بها إذا ترتب عليها جلب الاختصاص للمحكمة الوطنية بدعوى لم تكن تدخل فى ولايتها أصلاً والعكس غير صحيح فلا يؤخذ بها إذا ما أسفرت عن سلب اختصاص المحكمة الوطنية الثابت لها وفق إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لصالح المحكمة الأجنبية.

ما دامت هذه الخصومة المرتبطة بها داخلة أصلاً في اختصاص المحاكم المصرية.

الدفع بالإحالة لقيام الخصومة أمام محكمة أخرى أجنبية:

من ضمن صور الدفع بالإحالة في فقه المرافعات الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى وصورته أن ترفع الدعوى أولاً أمام محكمة مختصة ثم ترفع كذلك أمام محكمة ثانية مختصة أيضاً وفقاً لقواعد الاختصاص المحلى فيدفع أمام الأخيرة بالإحالة إلى المحكمة الأولى لقيام نفس الدعوى أمامها إن توفرت شروط معينة ومثال ذلك تعدد المدعى عليهم فمحكمة موطن كل واحد منهم تختص بنظر النزاع والرأي الراجح مستقر أيضاً على رفض الدفع بالإحالة في هذه الحالة.

ثانياً : قاعدة الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية:

وتأخذ معظم دول العالم بهذه القاعدة فالمحكمة الوطنية حتى وإن كانت غير مختصة دولياً بالدعوى الأصلية تختص بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي يراد تنفيذها في الدولة لحين الفصل في الدعوى الأصلية أمام القضاء الأجنبي.

وتهدف هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية إلى المحافظة على الحقوق والأموال المتنازع بشأنها لحين الفصل في النزاع الأصلي الذي ينظره القضاء الأجنبي.

ومثال الإجراءات التحفظية طلب تعيين حارس على العين المؤمن عليها أو المال المؤمن عليه (بضاعة أو مصعد مثلاً) وكذلك الأمر ببيع ما يخشى عليه من التلف مثل بضاعة عبارة عن

لحوم أو مواد غذائية.

ومن الإجراءات الوقتية طلب نفقة مؤقتة للمصاب (المؤمن عليه) في دعوى التعويض عن الفعل الضار الذي أصابه.

والعلة في تقرير اختصاص القاضي الوطني بالإجراءات التحفظية والوقتية هي اعتبارات العدالة وتلافى الأضرار بمصالح الخصوم وضياع حقوقهم ومراعاة هذه الأوجه من متطلبات الأمن والسكينة في إقليم الدولة وبمعنى آخر أن هذه الإجراءات تتعلق بالسلام العام وبالأمن المدنى في الدولة مما يطبعها بالطابع الإقليمي.

ولكن هل يوجد فرق بين الإجراءات التحفظية والإجراءات الوقتية:

نسلم مبدئياً بأن الهدف منهما واحد والعلة في تقرير الاختصاص القضائي الوطني بهما واحدة أيضاً، غير أنه يلاحظ - بصفة عامة - أن مدلول الإجراءات التحفظية يتجه إلى الإجراءات الوقائية بينما نجد أن مدلول الإجراءات الوقتية ينصرف إلى الإجراءات غير الدائم، فضلاً عن أنه بالنسبة للإجراءات التحفظية كتعيين حارس أو وضع أختام أو الجرد. نجدتها مندرجة تحت أعمال السلطة في الدولة بينما الإجراءات الوقتية لها طابع الاستعجال.

ومن ناحية أخرى هل يشترط أن تكون الإجراءات التحفظية والوقتية المراد تنفيذها في الدولة تتصل بدعوى أصلية قائمة فعلاً أمام القضاء الأجنبي أم من المتصور طلب اتخاذها حتى لو لم ترفع الدعوى أمامه.

يمكن - في تصوري - طلب مثل هذه الإجراءات بصرف النظر عن قيام الدعوى

أمام القضاء الأجنبي من عدمه لأن العلة من تقرير اختصاص القاضي الوطني بها متحققة في الحالتين مادامت ستنفذ في إقليم دولته.

وإنما يشترط لتطبيق قاعدة اختصاص القاضي الوطني بالإجراءات التحفظية والوقائية أن يكون الإجراء المراد تنفيذه أمر جوهري خاصة إن كان النزاع الأصلي لا يندرج تحت اختصاصه.

ومن البديهي أن المحاكم الوطنية إن كانت مختصة أصلاً بالدعوى على أساس إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي فلها الاختصاص أيضاً بالإجراءات التحفظية والوقائية.

ثالثاً : قاعدة الخضوع الاختياري للمحكمة الوطنية:

وهذه القاعدة هامة للغاية ودلالة على أهميتها أقر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص اتفاقية خاصة بشأنها في دورته العاشرة سنة 1964.

المراد من القاعدة:

مفاد قاعدة الخضوع الاختياري أنه يجوز الاتفاق على اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بين الطرفين أو الذي سينشأ بينهما في المستقبل بصدد علاقة قانونية محددة، وحتى لو لم تكن هذه المحكمة مختصة أصلاً بالدعوى وفقاً لإحدى القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي، فالطرفان بإرادتهما يخضعان لولاية قضاء دولة معينة حتى وإن لم يكن مختصاً بالدعوى أصلاً.

مدى الأخذ بالقاعدة:

نشأ خلاف حول الأخذ بقاعدة الخضوع الاختياري من عدمه. إذ رفض بعض الفقه والتقنينات مثل التقنين الأسباني والأرجنتيني والهولندي التسليم بإرادة الأطراف في تعيين المحكمة المختصة واستندوا في ذلك إلى أن إقرار أثر الإرادة في هذا المجال سيؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق في المنازعة بل وقد يتعمد الخصوم الإفلات من اختصاص محكمة معينة عن طريق الخضوع توصلوا إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص مما يشكل في النهاية غشاً وتحايلاً نحو القانون. ويضاف إلى ذلك أن ترك الإرادة طليقة في تحديد المحكمة المختارة سيستتبع المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصلة الأجنبية مع أن هذا الاستقرار أحد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص.

ومن ناحية أخرى فإن القضاء يعد أحد المظاهر الهامة لسيادة الدولة ومن غير المقبول السماح لإرادة أطراف النزاع بالتغيير في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة الدولة وبالتالي التأثير على سيادتها الوطنية لأن هذه القواعد إنما تهدف إلى تنظيم وإدارة خدمة ومصلحة عامة.

وذهب اتجاه آخر إلى عدم الأخذ بقاعدة الخضوع الاختياري كقاعدة عامة للاختصاص الدولي إلا إذا وجدت اتفاقية دولية تنص على جوازه.

غير أن الرأي الراجح يعترف للإرادة بالحق في اختيار المحكمة المختصة وفي سبيل ذلك رد على المعارضين فدفع الاعتراض الأول بأن تأثير قاعدة الخضوع الاختياري على قواعد الاختصاص التشريعي أي على تحديد القانون الواجب التطبيق أو المختص

دولة عضو والحالة الأخيرة تتعلق بالتأمين الذي يغطي واحداً أو أكثر من الأخطار المنصوص عليها (م 12 مكرر).

صور الخضوع الاختياري:

قد يكون الخضوع الاختياري للمحكمة المختارة بمناسبة نزاع قائم بالفعل بين الخصوم أو خصومة قد تنشأ مستقبلاً بشأن علاقة قانونية محددة، وقد يكون الخضوع صريحاً بأن يتم الاتفاق على المحكمة المختارة بين الطرفين بموجب اتفاق مكتوب أو اتفاق شفهي مؤيد كتابة خلال مدة معقولة.

وقد يكون الخضوع ضمناً ويحتاج استظهاره لبعض البيان وسبيلنا في ذلك هو سلوك الخصم فبالنسبة للمدعى فيعد رفعه للدعوى أمام محكمة غير مختصة أصلاً بالنزاع خضوعاً صريحاً لاختصاصها حتى لو تغيب عند نظر الدعوى. وأما المدعى عليه فسكوته عن إبداء الدفع بعدم اختصاص المحكمة وإبدائه لدفاعه بخصوص موضوع الدعوى يعد رضاً ضمناً بالخضوع لها وإنما يجب ان يكون قد دافع عن نفسه بصفة حقيقية وموضوعية بدون عمل أي تحفظ. فلا يجب تفسير سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص وترافعه في الموضوع مباشرة انه يعد دائماً رضاً ضمناً بالخضوع إذ قد يكون ما أبداه المدعى هو التظلم من حجز يقصد رفعه.

وبالنسبة لغياب المدعى عليه فقد استقر الفقه والقضاء على أنه لا يمكن أن يستنتج منه رضائه الضمني بالخضوع للمحكمة المرفوع أمامها النزاع لعدة أسباب، منها أن مجرد عدم حضور المدعى عليه لا يمكن بحال أن يحمل ويفسر على قبوله اختصاص المحكمة، لأن إلزامه بالحضور للدفع بعدم الاختصاص أمام

بحكم النزاع. يمكن معالجته بوصفه مسألة لاحقة، بمعنى أن يتم إقرار القاعدة أولاً ثم توضع القيود على إرادة الطرفين بما يكفل منع الغش نحو القانون. ودفع الاعتراض الثاني بأنه مع التسليم بأن القضاء يعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة ويتصل بأداء العدالة في إقليمها إلا انه يجب مراعاة أن القضاء - في نفس الوقت - لخدمة المتقاضين وبالتالي فلا ثمة مانع من احترام إرادتهم في تحديد المحكمة المختصة، ويضاف إلى ما تقدم أن من شأن الأخذ بقاعدة الخضوع الاختياري سد النقص الحالي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي لا ترتكن إلى نظرية عامة في هذا المجال.

الخضوع الاختياري لمحكمة مختارة وعقد التأمين الدولي :

أقرت اتفاقية بروكسل الخضوع الاختياري من جانب أطراف عقد التأمين ولكن في حالات خمس محددة على سبيل الحصر (م/12) منها ثلاث حالات تهدف لحماية المؤمن له (الطرف الضعيف) وهي حالة الاتفاق على الخضوع الاختياري بعد نشوء النزاع بين طرفي عقد التأمين وكذلك في حالة الاتفاق الذي يجيز للمؤمن له المثلول أمام محكمة أخرى غير المحاكم المختصة وفقاً لهذه الاتفاقية الدولية.

وكذلك في حالة الاتفاق المبرم بين المؤمن له والمؤمن متى كان له موطناً أو محل إقامة معتاد في نفس الدولة العضو ويجعل الاختصاص لمحكمة هذه الدولة ما لم يمنع قانونها ذلك حتى لو وقع الفعل الضار في الخارج.

وأما الحالة الرابعة فعند الاتفاق على محكمة مختارة بين المؤمن والمؤمن له متى لم يكن للأخير موطن في دولة عضو في الاتفاقية عدا التأمين الإجباري أو المتعلق بعقار يقع في

هذه المحكمة أو عن طريق وكيل له فيه مشقة له خاصة إن كانت المحكمة تتبع دولة أخرى غير التي يقيم فيها.

من جانب الخصوم له صفة التأقيت أى يكون قائماً لمدة محددة لا على وجه الدوام للنظر فى اختصاصات معينة.

ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بالاكْتفاء بإثبات وجود الاتفاق من جانب المدعى إذا تغيب المدعى عليه لأنه لا يوفر الضمانات الكافية، وكذلك لا يمكن التسليم بتمكين المحكمة من التحقق بقوة القانون من وجود شرط الخضوع إذ يعد تدخلاً بدون حق فى القواعد الإجرائية للدول المختلفة، ويجب أن تكون إرادة المدعى عليه حرة عند اختياره المحكمة المختصة سواء كان رضائه بها صريحاً أو ضمناً فلا يمكن الاعتداد بخضوع المدعى عليه إذا تم نتيجة لوجود حالة ضرورة أو استعجال أو إكراه. وبعبارة أخرى فيشترط ألا يكون الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة تم نتيجة سوء استعمال السلطة الاقتصادية أو وسائل أخرى غير شريفة.

الصلة بين اختيار الخصوم لموطن مختار وقاعدة الخضوع الاختياري:

اختلف الفقهاء حول اعتبار اختيار الأطراف لموطن مختار فى دولة معينة خضوعاً ضمناً لمحاكم هذه الدولة فأقر البعض ذلك باعتبار أن اختيار الموطن يشف بذاته عن الرغبة الضمنية فى الخضوع الاختياري. بينما رفضه البعض الآخر وتطلبوا ظهور نية الأطراف فى الخضوع لمحكمة الموطن المختار من قرائن وظروف الحال، ووجود الصلة بين النزاع وإقليم الدولة فمثلاً إذا كان المدعى عليه (المؤمن له) حدد له موطناً مختاراً فى بلد معين لمجرد إعلانه بالإخطارات المتعلقة بالتزاماته مع الغير أو محلاً لسداد المبالغ المستحقة عليه فقط فلا يمكن استخلاص خضوعه الضمنى لمحاكم الدولة التى بها هذا الموطن المختار.

وفى حالة تعدد المدعى عليهم وكان اختصاص المحكمة بالدعوى المرفوعة ضد أحدهم سنده الخضوع الاختياري فلا تختص هذه المحكمة ويكون لهم الحق فى الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة المختارة إذ أن رضاء أحد المدعى عليهم بالخضوع لا يمكن أن يشمل باقى المدعى عليهم.

ونحن نميل للرأى الأخير إذ لو راعينا ما جاء بالمادة الرابعة من الاتفاقية الدولية بشأن اختيار المحكمة المختصة التى تتطلب شروطاً معينة لاعتماد القبول الصريح فإن التشدد فى الكشف عن القبول الضمنى يكون من باب أولى وهو ما تأخذ به أيضاً الاتفاقية العربية الموحدة للتعاون القضائى لسنة 1983 م/28 هـ فهى تقرر قيام اختصاص المحكمة المعنية " إن كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار... "

ويضاف إلى ما تقدم من شروط الاعتراف باختصاص المحكمة المختارة - فى تقديرى - وجوب اتجاه نية الأطراف وهم بصدد الاتفاق على الخضوع الاختياري أو عند استنتاجه ضمناً إلى الخضوع لقضاء دولة معينة بالمعنى الصحيح فلا تكون النية منصرفه إلى التحكيم بواسطة حكم لأن للتحكيم إجراءاته وشروطه وأثاره الخاصة به.

العدول عن الاتفاق على المحكمة المختارة:

اختلفت الآراء حول إمكانية العدول عن

وكذلك يجب ألا يكون هذا القضاء المختار

الاتفاق على المحكمة المختارة بعد إتمامه فذهب رأى إلى منح الحق في العدول للطرف الذي عقد الاتفاق لصالحه ولو كانت صيغة هذا الاتفاق مطلقة وقطعية وقد انتقد هذا الاتجاه - بحق - لتناقضه مع مبدأ المساواة في الحقوق بالنسبة للأطراف المختلفة، كما أنه من الناحية العملية يصعب تحديد الطرف الذي عقد اتفاق اختيار المحكمة لصالحه.

تحديد القانون الذي يحكم شرط الاتفاق على اختيار المحكمة:

ذهب رأى إلى إخضاع شرعية الشرط للقانون الذي يحكم النصوص المادية للعقد نفسه وقد انتقد ذلك الاتجاه لعدم وجود ضرورة تدعو لارتباط الشرط بتلك النصوص وذهب اتجاه ثانى إلى إخضاعة لقانون المحكمة نفسها التي تفحص الأمر سواء كانت المحكمة المختارة أو المستبعدة، ولكن رؤى أن ذلك الاتجاه قد يؤدي إلى إخضاع الأمر لقوانين مختلفة ذات مضامين متغيرة مما دفع الرأى الغالب إلى المناداة بوجوب الفصل في هذه المسألة بطريقة موحدة وهي خضوع شرط اختيار المحكمة لقانون الدولة التى تتبعها المحكمة المختارة.

نطاق القاعدة وضوابطها:

تتصف القاعدة بالعمومية فيشمل نطاقها مواد الأحوال الشخصية وكذلك مواد الأحوال العينية بل ويمكن إعمال القاعدة حتى لو لم يرد نص عليها فى التقنين الوطني.

غير أن بعض التقنينات - كالإيطالي - قد تضع قيوداً بخصوص قاعدة الخضوع الاختياري فتمنع محاكمها من الاعتراف بالقاعدة فى حالات معينة مثل الطلاق أو عند تعلق الدعوى بعقارات

تقع فى الخارج - وقد أيدت اتفاقية لاهاي للخضوع الاختياري هذا الاتجاه نحو التقييد فنصت على استبعاد عدة مسائل من نطاقها مثل حالة الأشخاص وأهليتهم - حقوق الأسرة حتى المالية منها والمواريث - والإفلاس والصلح الواقى منه.

وكذلك استبعدت الاتفاقية من نطاق قاعدة الخضوع العلاقات القانونية التى تتم فى إقليم الدولة بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين موجودين بها من ناحية وبين مؤسسات مقيدة بالسجلات المحلية من الناحية الأخرى حتى لو كانت هذه المؤسسات فروعاً أو توكيلات أو ممثلين لمؤسسات أجنبية موجودة فى إقليم الدولة (م 13، 14 من الاتفاقية).

والواقع أن الاتفاقية سألقة الذكر لا تأخذ بقاعدة الخضوع الاختياري إذا كان النزاع ليست له أي صلة بالمحكمة المختارة أو إذا كان من المحتمل نظراً للظروف أن يكون هناك ضرر جسيم فى أن تفصل هذه المحكمة فى الدعوى.

والواقع أن تطلب قيام صلة بين المحكمة المختارة والنزاع يتسق مع ما ينادى به الفقه الحديث ويأخذ به القضاء فى بعض الدول من ضرورة قيام رابطة ما بين الدعوى وإقليم الدولة التى تتبعها المحكمة المختارة باعتبار أنه فى هذه الحالة ستكون أقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الذى تصدره.

غير أن بعض الفقه لم يسلم بضرورة وجود هذه الصلة بمقولة أنه من الصعوبة بمكان تحديد الصلة المتطلبة بين المحكمة المختارة والخصومة المعروضة عليها، إذ قد يرجع اختيار الأطراف لهذه المحكمة إلى اعتبارات شخصية صرفة كأن يكونوا على ثقة خاصة بقضاء هذه

الدولة التي تتبعها المحكمة التي اختاروها بإرادتهم أو بحياده التام.

ونحن نؤيد الاتجاه الأول إذ أن تطلب قيام الصلة بين النزاع والمحكمة المختارة يعد قياساً على تطلب توفر الصلة ما بين القانون الذي يختاره أطراف العقد ليحكمه وبين العقد ذاته. وأما الجهة التي ستكتشف هذه الصلة فهي المحكمة المختارة نفسها ولها الحق إذا تبين لها عدم توفر هذه الصلة أو احتمال ترتب ضرر جسيم على فصلها في الدعوى في أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص على الرغم من اتفاق الخصوم على انعقاد الاختصاص لها وسنزيد هذه المسألة بياناً عند بحث سلطة المحكمة المختارة.

سلطة المحكمة المختارة:

نريد في هذا المقام بيان حدود سلطة المحكمة التي يختارها أطراف النزاع فهل تختص به بصفة قاطعة وعلى سبيل الاستثناء بحيث يمتنع على المحاكم الأخرى نظر الدعوى ومن ناحية ثانية هل يجب على المحكمة المختارة الحكم في النزاع أم يترك ذلك لتقديرها وبعد ذلك نبين قيمة الحكم الصادر منها وكذلك الصلح الذي يتم أمامها.

وقد أقرت الاتفاقية الدولية للخضوع الاختياري اختصاص المحكمة المختارة بالدعوى دون سواها من المحاكم (م1/5) والتي يجب عليها الامتناع عن النظر في الخصومة والحكم بعدم اختصاصها إلا في أربعة حالات وهي إذا كان اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختارة غير مانع أو إذا كان القانون الداخلي للدولة التي تتبعها المحكمة المستبعدة لا يسمح للأطراف بسبب نوع القضية أي موضوعها بالاتفاق على التخلص من اختصاص المحاكم

الوطنية أو إذا كان الاتفاق على اختيار المحكمة غير صحيح أي إذا لم تتوفر الشروط اللازمة فيه. والحالة الأخيرة إذا تعلق الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية.

ومن جهة أخرى فاتفق الخصوم باختيارهم على المحكمة المختصة لا يلزمها بوجود الفصل في النزاع بدليل أنها تستطيع الامتناع عن الفصل من تلقاء نفسها إذا لم توجد صلة بين النزاع وبين إقليم الدولة التي تنتمي إليها أو إذا كان سيرتّب على حكمها ضرر جسيم (م15 من الاتفاقية).

وكذلك يجوز للمحكمة المختارة عدم الفصل إن قدم لها الدليل في خصوص دعوى معينة على أن القانون المحلي للدولة التي تتبعها المحكمة المستبعدة والمختصة أصلاً بالنزاع لا يسمح للخصوم بسبب نوع القضية بالاتفاق على التخلص من اختصاصها (م2/5). ويجب أيضاً على المحكمة المختارة أن تقضى بعدم اختصاصها إذا كانت الدعوى تتعلق بعقار يقع في دولة أجنبية وحتى لو كانت هناك صلة بين النزاع وبين إقليم دولة المحكمة المختارة وذلك إعمالاً لمبدأ قوة النفاذ.

فإذا تحققت الشروط اللازم توافرها في الخضوع الاختياري وفصلت المحكمة المختارة في الدعوى فإن هذا الحكم يجب الاعتراف به وتنفيذه في الدول الأخرى طبقاً للقواعد المرعية في هذا المجال (م8 من الاتفاقية).

وكذلك فإن الصلح الذي يتم أمام المحكمة المختارة أثناء سير الدعوى القائمة أمامها والقابل للتنفيذ في الدولة التي تتبعها هذه المحكمة يعتبر كالأحكام الصادرة منها (م10).

موقف المحكمة المستبعدة إن رفع إليها النزاع أولاً:

الخصومة من اختصاص المحكمة الوطنية على الرغم من اختصاصها أصلاً بالنزاع وفقاً لقانونها.

والكثير من تقنيات الدول المختلفة تعترف بالأثر الجالب دون الأثر السالب وتفسير ذلك الاعتراف بالأثر الجالب أنه "لن

يمس بسيادة الدولة بل على العكس من ذلك يؤدي إلى توسيع نطاق ولاية محاكمها هذا فضلاً عن أنه يؤدي إلى حسن سير المعاملات الدولية نظراً لأن كلا من المدعى والمدعى عليه قد قبلوا باختيارهما هذا الاختصاص⁽¹⁾. وبالإضافة لذلك فإن الأثر الإيجابي لا يتعارض مع اعتبارات الأمن والسكينة في إقليم الدولة أي أنه لا يجافي نظامها العام خاصة إذا راعت المحكمة المختصة الشروط المتطلبة للاعتراف بقاعدة الخضوع الاختياري.

وعلى العكس من ذلك فإن الأثر السالب لاختصاص محاكم دولة معينة فيه مساس بالنظام العام فيها إذ أن اتفاق الأطراف على استبعاد المحكمة الوطنية المختصة أصلاً بالنزاع والخضوع للمحكمة المختارة قد يتصادم مع تقدير المقتن من كون محاكمة هي وحدها دون غيرها التي يتعين عليها نظر هذا النزاع تحقيقاً للأمن والسكينة في إقليم دولته أي

(1) فراجستاس (بحثه) في مجموعة دراسات أكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة 1961 ح3 "الاختصاص الدولي في القانون الخاص" ويشير إلى أن الاعتراف بالأثر الإيجابي قد يكون بنص القانون بصورة مباشرة أو غير مباشرة (كالقانون الإيطالي والبرتغالي) أو بالتوسع في التفسير عند عدم النص عليه (كالقانون الألماني والفرنسي) ص 240 ، 241.

وأما الأثر السالب فبعض القوانين ترفضه تماماً (كالإيطالي والأمريكي) وبعضها يجيزه (كالقانون الألماني والنمساوي) وفي دول أخرى المسألة محل خلف (كفرنسا) واليونان) ص242 ، 243.

الفرض في هذه المسألة أن الأطراف اتفقوا على اختيار محكمة مختارة ثم رفع المدعى دعواه أمام المحكمة المستبعدة قبل المحكمة المختارة مستنداً إلى عدم شرعية هذا الاتفاق بينما تمسك به المدعى عليه.

إن الرأي الغالب في اللجنة التي ناقشت مشروع الاتفاقية الدولية للخضوع الاختياري اتجه إلى تطبيق قانون الدولة التي تتبعها المحكمة المختارة لبيان شرعية الاتفاق بين الطرفين، ولو تقيدينا بذلك الرأي فإن المحكمة المستبعدة يجب عليها تطبيق هذا القانون للفصل في مدى صحة الاتفاق. غير أن غالبية أعضاء اللجنة رأوا بأن تعلن المحكمة المستبعدة أنها غير مختصة لحين الفصل في المسألة من المحكمة المختارة.⁽¹⁾

أثر قاعدة الخضوع الاختياري والأساس الذي تقوم عليه:

سنوضح فيما يلي أثر القاعدة وسنبين من خلال ذلك الأساس الذي اعتمد عليه في تقديرها والأخذ بها وقد فضلنا تأجيل البحث بخصوص هذا الأساس لحين شرح أثر القاعدة للارتباط بينهما وتجنباً للتكرار.

يترتب على قاعدة الخضوع الاختياري أثاران إيجابي وسلبي. وأما الإيجابي فيتمثل في جلب أو منح الاختصاص للمحكمة المختارة والتي قد لا تكون مختصة أصلاً بالنزاع وفقاً لإحدى القواعد العامة المستقر عليها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وأما الأثر السلبي فعلى العكس من الأول فهو سلب وإخراج

(1) ولاسون 16 ، 17 من تقريره الخاص بمشروع الاتفاقية الدولية بشأن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة والتي أقرها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في دورته العاشرة 1964.

بين المحاكم الوطنية ومحاكم الدول الأخرى وبالتالي، يقبل الأثر السلبي في هذه الحالة بمعنى أنه يجوز للأفراد سلب اختصاص المحاكم الوطنية حينئذ.

ويرجع السبب في عدم قبول هذا الاتجاه إلى أنه من العسير بادئ ذي بدء وضع حدود فاصلة بين نوعي الاختصاص القاصر والمشارك، بالإضافة إلى أنه مادامت لا توجد سلطة عليا فوق الدول تحدد الولاية القضائية لكل منها فالمقنن الوطني وهو يحدد قواعد الاختصاص القضائي لمحاكمه يرى أن المحاكم الأجنبية لا يمكن أن تعادلها أو تشاركها في أداء العدالة بالنسبة للمنازعات الداخلة في اختصاصها. وهذا القول لا يتعارض مع سماح المقنن الوطني أحيانا بتنفيذ الأحكام الأجنبية في إقليم دولته إذ يقوم ذلك الأمر على اعتبارات الملائمة التي ترجع إلى أن النزاع قد فصل فيه فعلا بالحكم، وإلى وجوب التعاون بين الدول تحقيقا لحاجة المعاملات الدولية وتوفير الاستقرار لها وتيسيرها.

ويبين مما تقدم أن أساس قاعدة الخضوع الاختياري ليس في أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي لا تتعلق بالنظام العام فيجوز مخالفتها مثلها في ذلك مثل قواعد الاختصاص المحلي.

وكذلك لا يرجع أساس قاعدة الخضوع في جانبه السلبي إلى الاختصاص المشترك للمحاكم الوطنية ولمحاكم الدول الأخرى.

وإنما تستند القاعدة المذكورة إلى القانون ذاته فهو يعترف للإرادة بأثرها الجالب وتعد بذلك ضابطا قانونيا للاختصاص القضائي الدولي، ومن ناحية أخرى لا يقر للإرادة بأثرها

كفالة النظام العام فيها. ذلك أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة ما إنما تحدد ولايتها القضائية بالنسبة للمنازعات المشتمة على صفة أجنبية فهي ترتبط بوظيفة رئيسية للدولة هي أداء العدالة في إقليمها وتهدف الدولة من أدائها عن طريق محاكمها

إلى تحقيق مصلحة عامة هي إقرار الأمن والسكينة مما يتصل بالنظام العام.

وقد رفض البعض الاحتجاج بالنظام العام لرفض الأثر السالب لإرادة الخصوم لأن ذلك يستلزم رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال الاختصاص القضائي الدولي جليا له أو سلبا إياه وأرجع السبب في الاعتراف بالأثر الجالب دون السالب إلى "وجود النزعة الوطنية في كل دولة إزاء سائر موضوعات القانون الدولي الخاص نتيجة عجز الجماعة الدولية في وضعها الرأهن عن وضع أسس شاملة لأحكام القانون تلتزم بها مختلف الدول" وتتبلور تلك النزعة الوطنية في مجال الاختصاص القضائي الدولي بما يلجأ إليه المقنن الوطني من محاولة التوسع في تقرير حالات ثبوت هذا الاختصاص لمحاكمه والتقليل من حالات نفيها أو التضيق منها بقدر الإمكان وبالتالي يعترف بالأثر الجالب وينكر السالب.

وقد قرر البعض - بحق - عدم إمكان تبرير الأثر السالب أي الخروج عن قواعد الاختصاص الواردة في التقنين الوطني بمقولة أن هناك نوعين من قواعد الاختصاص القضائي الدولي أحدهما تجعل الاختصاص قاصرا على المحاكم الوطنية وبالتالي فلا يقبل الأثر السلبي لقاعدة الخضوع الاختياري، وثانيهما تجعل الاختصاص مشتركا أي جواريا

وقد اختلف بشأن تحديد الصفة الدولية الخاصة للتحكيم ويرجع تشعب الآراء وكثرتها

في تحديد التحكيم الدولي الخاص لأهمية هذه المسألة إذ يتحدد بناء عليها القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر بعض مسائل التحكيم (مثل محكمة استئناف القاهرة وفق القانون 27 لسنة 1994 في مصر) فضلاً عن أن نطاق النظام العام في التحكيم الدولي الخاص أضيق من مثيله في التحكيم الداخلي ولاختلاف إجراءات تنفيذ حكم المحكمين من دولة لأخرى.

وذهب الرأي الأول بأن التحكيم الداخلي هو الذى يتعلق موضوعه وإجراءاته بدولة واحدة فقط أما التحكيم الدولي الخاص فله طابعه الدولي من حيث جوهره لاتصال النزاع بعلاقة قانونية دولية (ذات صفة أجنبية) ومن حيث إجراءاته أيضاً في حالة كون المحكم أجنبياً أو سريان إجراءات التحكيم في الخارج.

فيما يأخذ الرأي الثاني بالتوسعة في هذا النطاق فيعتبر التحكيم دولياً إن اتصل النزاع بعلاقة قانونية دولية أو كان التحكيم لا يخضع لدولة واحدة من ناحية جنسية المحكمين أو مكان التحكيم أو إجراءاته. واتجه الرأي الثالث إلى أن معيار دولية التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بأن كان قانوناً أجنبياً أو قواعد تحكيم دولية ومصدرها اتفاقية دولية أو قواعد مؤسسات أو مراكز التحكيم الدولية حتى وإن ارتبطت عناصر النزاع كلها بدولة واحدة وقيل بضرورة تعلق النزاع بالمعاملات التجارية الدولية لينتم التحكيم بالصفة الدولية.

وقد أخذ القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة بشأن التجارة الدولية 1985

السالب، وإن كان يملك فى ذات الوقت أن يجيز فى حالات استثنائية الأثر السلبي كأن تكون الدعوى متعلقة بالتزامات بين أجنبى أو بين أجنبى ووطنى غير متوطن أو مقيم بأراضى الدولة.

المبحث الثاني التحكيم الدولي الخاص بشأن عقد التأمين الدولي

المراد من التحكيم الدولي الخاص هو التحكيم في العقود التجارية الدولية ومنها عقد التأمين الدولي خاصة المعقود بين شركتين والذي يدخل في إطار القانون الدولي الخاص وبذلك نستبعد من هذه الدراسة التحكيم الدولي العام الذى يتعلق بالقانون الدولي العام وكذلك التحكيم الداخلي الذى يحكمه القانون الداخلي للدولة المعنية واختلف بشأن تحديد طبيعة التحكيم فقيل بأنه عقد بين الطرفين استناداً لقيامه على إرادتهما وقيل بأنه نظام قضائي باعتباره قضاء إجباري ملزم للأطراف المعنية. ويذهب اتجاه آخر للقول بأن التحكيم نظام قانوني يمكن الأطراف من حل نزاعهم بغير طريق القضاء ومرده لقوانين الدول والاتفاقات الدولية وأنظمة ولوائح هيئات التحكيم الدائمة⁽⁶⁾. ويذهب الاتجاه الغالب للقول بالطبيعة المختلطة للتحكيم فهو عقدي من ناحية الأصل في إنشائه أي يرجع لإرادة الأطراف وقضائي بالنظر لوجوب التقيد بالحكم الذي ينتهي إليه⁽⁷⁾.

(6) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ص36-41، طبعة 1986.

(7) راجع للتفاصيل: د.محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، طبعة 1998، ج2، ص7؛ د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص33 وما بعدها، طبعة 1981؛ د.عز الدين عبد الله: ص20 وما بعدها، الطبعة الثانية، 1977.

(اليونسترال) بأكثر من معيار بشأن دولية التحكيم فنصت م3/1 على أن يكون التحكيم دولياً في إحدى حالات ثلاث :

أ - إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه في دولتين مختلفتين.

ب- إذا وقع مكان التحكيم المتفق عليه في التحكيم خارج الدولة التي يقع بها مقر عمل الطرفين أو كان مكان تنفيذ جانب جوهرى من التزاماته أو المكان الأكثر صلة بموضوع النزاع يقع أيهما خارج هذه الدولة.

ج- في حالة اتفاق طرفي التحكيم صراحة على تعلق موضوع التحكيم بأكثر من دولة.

وقد أخذت بعض القوانين الوطنية الحديثة اتجاه الاتفاقية المذكورة (اليونسترال) ومنها القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 فبعد أن أشار في صدر م3 إلى دولية التحكيم تتحقق إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) وهو ما يأخذ به قانون التحكيم الفرنسي (1981) وأخذ بالحالات الثلاث المشار إليها آنفاً وزاد عليها حالة الاتفاق للجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم مقره داخل أو خارج مصر.

كما أشارت م4/3/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لمملكة البحرين عام 1985 إلى الحالات الثلاث المحددة في (الاونسترال).

وقد انتقد الدكتور/ إبراهيم أحمد تحديد مجال دولية التحكيم في الحالات الثلاث وما يشابهها ذلك لأنه تحديد عشوائي يفتقر للتنسيق بين هذه الحالات الثلاث كما أنه تحديد تحكيمي يأخذ باختلاف مقرى عمل طرفي التحكيم فقط

دون اعتبار لاختلاف موطنهما مثلاً فضلاً عن صعوبة تحديد المكان الأوثق صلة به وهى أمور تثير الخلافات بشأن تحديد دولية التحكيم.

وقد خلص - بحق- إلى وجوب التفرقة بين تقسيم التحكيم بهدف تحديد النظام القانونى الذى يدور التحكيم في فلكه إلى تحكيم وطنى متى كان موضوع النزاع وجميع عناصر التحكيم وطنية وتحكيم دولي عام وهو الذى يكون بين الدول ويحكمه القانون الدولي العام وتحكيم دولي خاص والذى يكون الغرض منه الفصل في المنازعات المتصلة بالعلاقات الخاصة الدولية أى العلاقات القانونية ذات الصفة الدولية أو الأجنبية كما يشمل أيضاً كل تحكيم يتصل بعنصر أجنبي من حيث الهيئة المتولية للتحكيم أو الإشراف عليه أو مكان التحكيم وهذا التحكيم الدولي الخاص يخضع لقانون الإرادة بصفة عامة.

ومن جهة أخرى فيقوم تقسيم آخر متصل بأحكام التحكيم بهدف معاملتها بعد صدورها إذ يجب تحديد انتماء الحكم لدولة معينة بقصد تنفيذ حكم التحكيم إذ قد يتطلب الأمر عند التنفيذ تطبيق أحكام معاهدة دولية أو أعمال شرط المعاملة بالمثل (التبادل). ويرجع فى هذه الحالة إلى مكان صدور حكم التحكيم⁽⁸⁾.

وهو المعيار الذى نصت عليه اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها 1958 وكذلك معاهدة جامعة الدول العربية لتنفيذ الأحكام 1952- واتفاقية تنفيذ الأحكام والإنايات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتي أقرت في قمة مسقط في ديسمبر 1995 وتم التصديق عليها أيضاً.

(8) د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص 58/55، طبعة 1986.

الخاص :

ويجب بداءة التعرف على مدى قابلية المسألة المتنازع عليها للتحكيم فيها فالرأى الغالب يرى أنه في مجال تحديد صحة الاتفاق على التحكيم فإن هذه المسألة أى القابلية للتحكيم تخضع لقانون الإرادة أو قانون مقر التحكيم.

وفي نطاق تنفيذ حكم المحكمين فتخضع لقانون دولة القاضي المطلوب منه الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بمعنى وجوب تطبيق كلا من قانون الإرادة وقانون دولة التنفيذ.

ومن جهة أخرى فالمستقر عليه هو خضوع أهلية الأطراف التي تيرم اتفاق التحكيم لقانون الأهلية وقد اختلف بشأن تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن في هذا الخصوص⁽¹¹⁾. وقد أقر مجمع القانون الدولي (دورة امستردام 1957) تطبيق قواعد الإسناد بشأن الأهلية للتحكيم النافذة في الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم وذهب رأى آخر للاعتداد بالقانون الذى يحكم موضوع العقد ذاته ولكن لوجود انتقادات كثيرة للرأىين اتجه الرأى الراجح بالرجوع للقانون الشخصى للأطراف سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن وتفضل الدول العربية قانون الجنسية.

وأما بالنسبة لأهلية الدولة والمشروعات العامة فاتجهت بعض الدول إلى عدم الاعتراف بالتحكيم أى حظرت الالتجاء إليه ولكن الغالبية

تبيحه مثل قانون التحكيم في مصر رقم 27 لسنة 94 الذى ينص على سريانه على كل تحكيم بين

(11) مؤلفنا الوسيط في القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب)، ص وما بعدها.

استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الدولي :

والمستقر عليه استقلال شرط الاتفاق على التحكيم بشأن فض المنازعات المتصلة بالعلاقات الدولية ومنها عقد التأمين الدولي سواء ورد النص على التحكيم في اتفاق لاحق للعقد الدولي ومستقل عنه أو نص عليه كشرط في ذات العقد الدولي⁽⁹⁾.

ويرجع استقلال شرط التحكيم عن العقد الدولي الذى ثار النزاع بشأنه من عدة وجوه

فموضوعه تسوية المنازعات التى يحتمل أن تنشأ من العقد الأصيل خاصة إن اعتبر باطلاً ولأن التحكيم يساعد على إنهاء الخلاف بسرعة⁽¹⁰⁾.

ويترتب على استقلال شرط التحكيم عن العقد بقاءه نافذاً متى كان صحيحاً بالرغم مما قد يلحق بالعقد الأصيل الوارد به من بطلان أو فسخ أو إنهاء ق/23 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

ويترتب على هذا الاستقلال أيضاً إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذى يحكم العقد الأصيل وقد نصت على ذلك م/6 من توصيات مجمع القانون الدولي بأمستردام (هولندا) 1957 إذ نصت على "أن صحة مشاركة التحكيم وكذلك شرط التحكيم لا تخضع بالضرورة لنفس القانون المطبق على العلاقة محل النزاع".

القانون الواجب التطبيق على التحكيم الدولي

(9) وتجدر الإشارة إلى أن (م 4/75) مدنى مصر تتضمن "على أن يقع باطلاً شرط التحكيم إذا ورد فى الوثيقة (وثيقة التأمين)- بين شروطها العامة المطبوعة لا فى صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة".
(10) د.عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص24.

أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع سواء كانت مدنية أو تجارية أو إدارية.

ونظراً للصعوبات المترتبة على تطبيق قانون جنسية القاصر خاصة في التمييز بين الإجراءات وما يتصل بالموضوع فقد ظهر اتجاه حديث لحماية القاصر أخذت به اتفاقية لاهاي بشأن حماية القصر لسنة 1961 (والتي حلت محل اتفاقية 1902 بلاهاي) وقد نصت الاتفاقية الجديدة بتطبيق قانون دولة الإقامة المعتادة للقاصر بالنسبة للحالات التي يواجه فيها القاصر خطراً كبيراً يهدده في شخصه أو أمواله وكذلك في الحالات العاجلة وبصفة مؤقتة. وأقرت الاتفاقية باختصاص قانون القاصر كذلك وقررت الاعتراف بوجود السلطة المقررة بقوة القانون والتي مصدرها هذا القانون مباشرة بدون قرار قضائي أو إداري قبل تطبيق قانون جنسية القاصر إن كان ضحية حادث فهذا القانون هو الذي يحدد المسؤول عن رفع دعوى التعويض إن كان الأب أو الأم والمطالبة بقيمة التعويض من شركات التأمين.

بعد بيان معيار اعتبار عقد التأمين دولياً وتوضيح استقلال شرط التحكيم سواء اتخذ صورة مشاركة التحكيم أو كان شرطاً في ذات عقد التأمين الدولي وما يترتب على ذلك من آثار يتعين تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ثم على إجراءات التحكيم وأخيراً على موضوع التحكيم وهو المسألة التي سيحكم المحكمون فيها.

وبالنسبة للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم فإن القاضي الوطني قد يدعى أمامه أحد طرفي التحكيم قبل الفصل في النزاع عن طريق المحكمين بعدم وجود اتفاق تحكيم أصلاً أو

بطلانه أو عدم اشتماله للمسألة محل النزاع أو عندما يدفع الخصم بذلك بعد صدور حكم المحكمين لمنع الاعتراف به وتنفيذه ففي هذه الحالات يطبق القاضي الوطني قواعد الإسناد الوطنية التي ترشده إلى القانون المختص. وأما القانون الذي يطبقه المحكم على اتفاق التحكيم فذهب الرأي الراجح إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون الإرادة المستقلة لطرفي العقد الدولي لأن شرط التحكيم في عقد الاتفاق عليه تظهر منه الطبيعة التعاقدية وليست الطبيعة القضائية فإن سكوت الأطراف عن تحديد قانون الإرادة طبق القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي أخذاً بمبدأ وحدة النظام القانوني ولوجود الصلة الوثيقة بين العقدين. ويرى البعض الآخر الأخذ بقانون مقر التحكيم ليحكم اتفاق التحكيم أو عند سكوت الأطراف عن بيانه لوجود الصلة الإقليمية وقد اعترض على ذلك الاتجاه بأن مقر التحكيم أمر يتبع القانون الذي يحكم الاتفاق والذي يجب توفره بداءة فضلاً عن صعوبة تحديد هذا المقر كما في حالة التحكيم الإلكتروني ناهيك عن إمكانية تعسف المحكمين عند اختيارهم لمقر التحكيم في حالة السكوت عن بيانه⁽¹²⁾ وتعتمد الاتفاقات الدولية ومنها (اليونسترال 1985) قانون الإرادة المستقلة أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عند السكوت (2/34، 1/36) وهو غالباً قانون الدولة مقر التحكيم.

وأما بالنسبة للقانون الذي يحكم شكل اتفاق التحكيم - الأصل أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ولكن دون تقييد معين بشكل الكتابة فقد يرد في اتفاق مستقل أو شرط في العقد الدولي أو في الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة كالفكس أو الإنترنت وكذا اعتبرت الكتابة شرطاً

(12) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ص 60 وما بعدها خاصة ص 72؛ د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، ص 236 وما بعدها، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2001.

الإجراء"⁽¹⁵⁾.

وأما القانون الذي يحكم موضوع النزاع الذي يتم التحكيم بشأنه فيخضع لقانون إرادة الأطراف أي قانون الإرادة⁽¹⁶⁾ أو المبادئ العامة للقانون أو لقانون عبر الدول أو قانون التجارة الدولية وهي ذات القوانين المرشحة لحكم موضوع العقد الدولي⁽¹⁷⁾.

* الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي الخاص وتنفيذها :

نشير في هذا الخصوص لثلاث اتفاقات دولية توضح الاتجاه الغالب في تحديد القانون فإن كلا من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف

بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها عام 1958 واتفاقية تنفيذ الأحكام والتي أصدرتها جامعة الدول العربية عام 1952 وكذلك اتفاقية الأحكام والإعلانات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (ديسمبر 1995 بمسقط) لم تضع أي منها شروطاً مسبقة يتعين توافرها في الحكم المطلوب تنفيذه فالأصل

(15) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 82، ويشير إلى أن البعض يرى أن مكان التحكيم يكون في الدولة المحددة بمعرفة الأطراف صراحة أو بواسطة المحكمين أو ضمناً من وقائع النزاع، هامش 2.

(16) وتنص م 39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، على أن هيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وأن اختاروا قانون دولة معينة فتطبق قواعده الموضوعية وفي حالة عدم الاتفاق تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

(17) راجع للتفاصيل بحثنا السابق "عقد التأمين الدولي القانون الذي يحكمه وفض منازعاته وفق الاتجاهات القانونية الحديثة، القسم الأول، القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين الدولي، منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاء، 2006؛ د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، طبعة 1995، ص 272 وما بعدها.

لإثبات اتفاق التحكيم⁽¹³⁾ وإن عددها القانون المصري والعماني شرطاً لوجود الاتفاق وإلا اعتبر باطلاً⁽¹⁴⁾.

وبالنسبة للقانون الذي يحكم شكل اتفاق التحكيم فقد اعتمد مجمع القانون الدولي في دورته بأستردام 1957 قانون محل إبرام الاتفاق تطبيقاً للقاعدة المقررة وهي خضوع الشكل لقانون دولة محل الإبرام وتسهيلاً لتنفيذ حكم التحكيم في الخارج.

ويبقى تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم والتي تبدأ من وقت تشكيل هيئة التحكيم لحين صدور حكمها في النزاع فالمستقر عليه هو قانون الإرادة مع إمكانية الرجوع إلى قانون مقر التحكيم في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم شكل اتفاق التحكيم أو عدم كفاية قانون الإرادة أيضاً فيكون قانون المقر مكملاً لإرادة الطرفين مع ملاحظة أن مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة لها لوائح تشتمل على قواعد الإجراءات وتعد إشارة الأطراف لإحدى هذه الهيئات قبولاً منهم للإجراءات المتبعة أمامها.

وفي نطاق تحديد قانون مقر التحكيم أو مكانه فهل العبرة بقانون الدولة التي انعقدت فيها أولى جلسات هيئة التحكيم أم قانون الدولة التي صدر فيها حكم المحكمين. وقد أوجب على ذلك بخضوع "الإجراء الذي يتعين اتخاذه لقانون الدولة التي فيها التحكيم عند اتخاذ ذلك

(13) راجع على سبيل المثال م 2/203 من قانون الإجراءات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة، 2/7 من قانون التحكيم الدولي البحريني.

(14) م 12/ من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، م 12/ من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني.

جامعة الدول العربية ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية اشترطت صدور حكم التحكيم من إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية (م1 من الاتفاقية).

وقد نصت المادة 12 من اتفاقية تنفيذ الأحكام بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية على أنه "مع عدم الإخلال بنص المادتين 2، 4 تنفذ أحكام المحكمين لدى أي من الدول الأعضاء بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية مع مراعاة القواعد المعمول بها في الدولة المطلوب التنفيذ لديها" وبالرجوع للمادتين 2، 4 المذكورتين نجد أن م4 تحدد حالات اختصاص محاكم الدولة بإصدار الحكم وأما م2 فتقرر رفض تنفيذ الحكم كله أو جزء منه في 6 حالات هي إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وكون الحكم غائباً مع عدم إعلان الخصم بالدعوى أو الحكم إعلاناً صحيحاً وإذا كان النزاع الصادر بشأنه الحكم محلاً لحكم سابق من محاكم الدولة صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ومتعلقاً بذات الحق محلاً وسبباً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به لدى دولة التنفيذ أو لدى دولة أخرى عضو في الاتفاقية أو كـان النزاع المشار إليه محلاً لدعوى سابقة ومنظورة أمام محكمة التنفيذ وكذلك إن كان الحكم صادراً ضد حكومة دولة التنفيذ أو ضد أحد موظفيها أو بسببها فقط أو عند تعارض تنفيذ الحكم مع الاتفاقات الدولية المعمول بها في دولة التنفيذ .

وأما اتجاهات القوانين المختلفة بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فنشير لمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم المنصوص عليها في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لدولة البحرين الصادر عام 1985 (م36 منه) فلا يجوز التنفيذ

وجوب تطبيق حكم المحكمين الدولي وتنفيذه في إقليم الدولة المطلوب منها التنفيذ ووفقاً لقانونها الوطني والاستثناء جواز رفض التنفيذ في إحدى الحالات التي تقرر فيها الاتفاقية رفض تنفيذ الحكم من جانب المحكمة المطلوب التنفيذ من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من يراد التنفيذ عليه.

وهذه الحالات حددتها م5 من اتفاقية نيويورك وهي نفس الحالات المنصوص عليها في اتفاقية جامعة الدول العربية بصفة عامة.

1 - نقص أهلية أطراف اتفاقية التحكيم وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم أو عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً لقانون إرادة الأطراف أو لقانون مكان صدور الحكم في حالة السكوت.

2 - عدم إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكنه لأي سبب من إبداء دفاعه.

3 - تعرض حكم التحكيم لمسألة لم ترد في اتفاق التحكيم أو في حالة تجاوز المحكم لمسألة وردت بالاتفاق.

4 - عدم مطابقة إجراءات التحكيم أو تشكيل هيئته لاتفاق لأطراف أو قانون مقرر التحكيم.

5 - عدم كون الحكم ملزماً لأطرافه أي غير نهائي أو إبطاله أو إيقاف تنفيذه وفقاً لقانون دولة التنفيذ.

6 - عدم جواز التحكيم في موضوع النزاع طبقاً لقانون الدولة المطالب بالتنفيذ فيها أو معارضته للنظام العام فيها.

مع ملاحظة أن اتفاقية نيويورك لا تشترط لانطباق أحكامها صدور حكم التحكيم في إحدى الدول الأطراف فيها بينما اتفريقي

إن كان أحد طرفي التحكيم مصاباً بأحد عوارض الأهلية أو عدم صحة اتفاق التحكيم أو عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقانون الإرادة أو قانون محل إصدار حكم التحكيم في حالة سكوت الأطراف مع وجوب الإبلاغ بنحو صحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم للطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده وكذلك نهائية وإلزامية حكم التحكيم. ويجوز للمحكمة المختصة عدم قبول التنفيذ إن

كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية وفقاً لقانون مملكة البحرين أو أن الاعتراف بالحكم أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لمملكة البحرين.

ونشير فيما يلي لقانون التحكيم في مصر رقم 27 لسنة 1994 وتنص م58 إلى أنه لا يقبل طلب التنفيذ حتى انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان التحكيم ولا يجوز إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم من جانب محكمة استئناف القاهرة (م9) إلا بعد التحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام في مصر مع وجوب إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً والحكم الصادر يكتسب حجية الأمر المقضي ويكون واجب النفاذ ولا يجوز التظلم منه بعكس رفض التنفيذ.

والحمد لله رب العالمين..