

الخضوع الاختياري للقضاء السعودي دراسة تحليلية للمادة (٢٨) من نظام المرافعات

Voluntary Submission To The Saudi Judiciary Analytical Study Of Article (28) Of The Pleading System.

Dr. Abdulaziz bin Abdullah Al-Rashoud

د. عبدالعزيز بن عبدالله الرشود

<https://doi.org/10.56760/RJIC7579>

Abstract

Article 28 of the Saudi Law of Procedure before Sharia Courts affirms the right of citizens to voluntary (optional) submission to Saudi courts in cases or circumstances where such courts are not competent in accordance with the rules of international jurisdiction of Saudi courts. Although the text embraced the principle of voluntary submission as a controller of international jurisdiction, it did not address the conditions for such voluntary submission, nor did it address the adverse situation where individuals agree to strip jurisdiction from Saudi courts. Therefore, the research deals with commentary and analytical study of this text in the light of comparative law, in order to show the controls and deficiency of its application.

This research aims, by commenting on the aforementioned text, to analyze and evaluate the text and conclude with the validity of provision contained therein in terms of principle, but it criticizes the lack of controls for its application, which prompted the researcher to set these controls using the comparative law. Moreover, the research criticized the duplicity of the Saudi regulator's position, which allowed for voluntary submission to the Saudi judiciary, however, at the same time, it remained silent regarding the extent to which Saudi courts could face jurisdiction stripping, which also prompted the researcher to study the issue in comparative law. The research concluded with a request to amend the text of Article 28 of the Saudi Law of Procedure before Sharia Courts to add the conditions for voluntary submission and to recognize jurisdiction stripping impact.

Keywords:

Voluntary submission; jurisdiction; international jurisdiction; jurisdiction stripping impact.

ملخص البحث

أكدت المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، على حق الأشخاص في الخضوع الإرادي للمحاكم السعودية، في الفروض التي لا تكون فيه هذه المحاكم مختصة؛ وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السعودية. ورغم أن النص قد اعتنق مبدأ الخضوع الاختياري كضابط للاختصاص القضائي الدولي، إلا أنه لم يتحدث عن شروط هذا الخضوع الاختياري، كما لم يتحدث النص عن الوضع المعاكس، عندما يتفق الأشخاص على سلب الاختصاص من المحاكم السعودية. لذلك يعرض البحث للتعليق على هذا النص، ودراسة تحليلية في ضوء القانون المقارن؛ وذلك لبيان ضوابط تطبيق هذا النص، والنقص الذي يعتره.

ويهدف البحث من خلال التعليق على النص المذكور إلى تقييم النص، وبيته إلى سلامة الحكم الوارد في النص من حيث المبدأ، إلا أنه ينتقد عدم وجود ضوابط لتطبيقه، مما دفع الباحث إلى وضع هذا الضوابط بالاستعانة بالقانون المقارن. كما انتقد البحث ازدواجية موقف المنظم السعودي الذي سمح بالخضوع الاختياري للقضاء السعودي، إلا أنه في ذات الوقت صمت عن مدى جواز سلب الاختصاص من القضاء السعودي. وهو ما دفع البحث لدراسة المسألة أيضاً في القانون المقارن. وانتهى البحث بذلك إلى المطالبة بتعديل نص المادة (٢٨) من نظام المرافعات السعودي لإضافة شروط الخضوع الاختياري، والاعتراف بالأثر السالب للاختصاص.

الكلمات المفتاحية:

الخضوع الاختياري - الشرط السالب للاختصاص - الاختصاص القضائي الدولي - قانون المرافعات - التخلي عن الاختصاص.

المقدمة:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

تحتل العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مكاناً مرموقاً في أنظمة كل دولة، ولعل من أهم المشكلات التي تثور بشأن هذه العلاقات مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عنها، لذلك نشأت قواعد نظامية خاصة لمواجهة هذه المشكلة هي: قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

وقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية يحددها المنظم في كل دولة على حدة؛ وفقاً لما يتوافق مع سياسته النظامية، وعلى ذلك فليس لها من الصفة الدولية غير الاسم، فهي قواعد وطنية بحتة، وظيفتها تحديد ما إذا كان قضاء الدولة مختصاً بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي أم لا؟

ونتيجة لانفتاح المملكة العربية السعودية على العالم الخارجي، فمن البديهي أن يكون للعلاقات ذات العنصر الأجنبي نصيب كبير من الاهتمام من جانب المنظم، لذلك فإن نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، قد تناول الاختصاص الدولي في المواد من ٢٤ إلى ٣٠ منه، ومفاد هذه القواعد أن القضاء السعودي يكون مختصاً بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي إذا توافر ضابط من الضوابط التالية:

١. إذا كان المدعي عليه سعودياً (م ٢٤).
٢. إذا كان المدعي عليه أجنبياً له محل إقامة عام أو مختار في المملكة (م ٢٥).
٣. إذا كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي وكانت متعلقة بهال موجود بالمملكة، أو التزام كانت المملكة مكان نشوئه أو تنفيذه، أو كانت

الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر فيها، أو كانت الدعوى مرفوعة على أكثر من واحد وكان لأحدهم مكان إقامة في المملكة (م ٢٦).

٤. إذا كانت الدعوى أحوالاً شخصية مرفوعة على أجنبي مسلم بضوابط معينة نصت عليها المادة ٢٧.

٥. إذا كانت الدعوى متعلقة بتدابير وقائية أو تحفظية تنفذ في المملكة (م ٢٩).

٦. إذا كانت الدعوى مسألة أولية أو طلبات عارضة أو مرتبطة بدعوى منظورة أمام القضاء السعودي (م ٣٠).

مشكلة البحث:

تبين لنا مما تقدم أن المنظم السعودي وضع ضوابط للاختصاص، يتحدد على أساسها انعقاد الاختصاص للقضاء السعودي من عدمه، وهي ضوابط موضوعية تعتمد على تحديد المشرع لا على إرادة أطراف النزاع.

والواقع أن دور الإرادة في القانون كان وما زال من أكثر المشكلات التي أثارت جدلاً كبيراً (تناغو، ١٩٧٣م)، وهي مشكلات تخرج عن نطاق بحثنا الحالي، لكن يمكن القول إن القواعد القانونية نوعان: قواعد متعلقة بالنظام العام، وتلك لا تلعب الإرادة دوراً فيها، وقواعد غير متعلقة بالنظام العام وتلك للإرادة فيها دور كبير.

ولقد أراد المنظم السعودي ألا يغفل دور الإرادة تماماً في شأن الاختصاص القضائي الدولي، فأجاز للأطراف الاتفاق على اختصاص القضاء السعودي، ولم يكن مختصاً وفقاً للضوابط التي عرضنا لها فيما قبل، وهو ما يعرف بفكرة: الخضوع الاختياري للقضاء السعودي.

وقد ورد ذلك في نص المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية التي جاء فيها "فيما عدا

الأجنبية، وهو ما جعل المملكة من أكثر الدول التي توجد بها العلاقات الخاصة الدولية، وهو ما يجعل أي دراسة قانونية تتعرض لمثل هذه العلاقات لها أهمية كبيرة، لا سيما فكرة الخضوع الاختياري؛ لأنها تطرح مسألة دقيقة في الأنظمة المقارنة، وهي العلاقة بين الإرادة والنظام، وحدود دور الإرادة في مواجهة الأنظمة، لا سيما مع اتساع الدراسات المتعلقة بالتحكيم، والذي يقوم هو الآخر على الإرادة مثله في ذلك مثل الخضوع الاختياري.

تساؤلات البحث:

١. تتمثل تساؤلات البحث فيما يلي:
١. إذا كان المنظم قد أقر اختصاص القضاء السعودي إذا اتفق الطرفان على اختصاصه، فإن التساؤل يتمثل فيما إذا كان الاختصاص هنا يتسم بالعموم أم أن هناك ضوابط وشروطا للاتفاق على منح الاختصاص للقضاء السعودي، لا سيما وأن النص جاء مطلقاً دون قيد، إلا استبعاد الدعاوى العينية العقارية.
٢. إذا كانت المادة (٢٨) قد أجازت جلب الاختصاص للقضاء السعودي، ولم يكن مختصاً وذلك انصياعاً لإرادة طرفي النزاع، فإن هناك إشكالية لم يتحدث عنها النص، وتستحق الطرح والدراسة، وهي المتمثلة فيما إذا كان من الجائز سلب الاختصاص من القضاء السعودي في حال اختصاصه إذا اتفق طرفا النزاع على ذلك، وهو ما يعرف بالشرط السالب للاختصاص. ولا بد أن نتوقع أن يعرض في المستقبل نزاع أمام القضاء السعودي بشأن هذه المسألة، ومن واجبنا أن ننير الطريق بتجارب الأنظمة المقارنة في هذا الصدد.

الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة، تختص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا قبل المتداعيان ولايتها ولم تكن داخلية في اختصاصها". وقد وقع اختيارنا على موضوع الخضوع الاختياري للقضاء السعودي؛ ليكون موضوع دراستنا في هذا البحث للإجابة على الإشكالات المرتبطة بهذا الموضوع، وذلك وفق ماورد في نظام المرافعات الشرعية السعودي بالمقارنة مع القوانين الأخرى.

الدراسات السابقة:

رغم أهمية الخضوع الاختياري للقضاء السعودي إلا أنه لم يظفر بأي دراسة سابقة، بل إن الاهتمام بقواعد الاختصاص القضائي الدولي السعودي مازال ضعيفاً، وينسحب ذلك على كافة قواعد النظام الدولي الخاص السعودي، ويبدو أن الاهتمام بذلك مازال ضعيفاً؛ نتيجة لعدم اكتمال القواعد النظامية في هذا الصدد، فلا توجد قواعد تنظم تنازع القوانين إلى الآن، لذلك حاولنا كثيراً البحث عن دراسات سابقة في هذا الصدد فلم نعثر على أي شيء.

أهمية البحث:

تكتسب أي دراسة أهميتها من حداثتها من جانب، ومن أهمية موضوعها من جانب آخر، فأما عن حداثة البحث فقد سبق أن قلنا بأنه لا توجد أي دراسات سابقة تتناول الموضوع في المملكة العربية السعودية، وهو ما يضيف على اختيارنا للبحث أهمية كبيرة لنعرض أمام الفقه والقضاء السعودي بعض التفاصيل المتعلقة بهذا الموضوع المهم. أما عن أهمية موضوع البحث فهي أمر ظاهر للعيان، فالمملكة العربية السعودية قد فتحت ذراعيها منذ قيامها للعمالة الأجنبية، والاستثمارات

منهج البحث:

الاختياري من جانب، ولشروط الخضوع الاختياري للقضاء السعودي من جانب آخر، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الخضوع الاختياري

١- موقف المنظم السعودي:

من المتفق عليه أن قواعد الاختصاص المكاني لا تتعلق كأصل عام بالنظام العام (أبو الوفا، ٢٠١٥م - والي، ٢٠١٠م - هندي، ٢٠١٨م - صاوي، ٢٠١١م)، ويبدو ذلك بشكل واضح من نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي، المادة (٧٥) من النظام تنص على "الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو بعدم الاختصاص المكاني، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها، أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها، يجب إيدأؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها" (آل خنين، ١٤٣٣هـ).

والأثر المترتب على ذلك يمكن للأطراف الاتفاق على محكمة أخرى غير المحكمة المختصة مكانياً بنظر الدعوى، وهو ما يعني أن الخضوع الاختياري موجود على صعيد العلاقات الداخلية في شأن الاختصاص المكاني.

والذي يعنينا هنا هو الخضوع الاختياري في العلاقات الخاصة الدولية؛ أي بشأن إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وفي هذا الصدد نجد أن المنظم السعودي قد قبل فكرة الخضوع الاختياري كمعيار للاختصاص القضائي الدولي، فقد نصت المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية على أنه "فيما عدا دعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة، تختص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا قبل المتداعيان ولايتها ولو لم تكن داخلية في اختصاصها".

اعتمدنا في هذا البحث على منهجين: المنهج التحليلي، والمنهج المقارن.

أما عن المنهج التحليلي، فقد انصبت دراستنا على المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية، وحاولنا تحليل هذا النص في البحث تحليلاً دقيقاً، سواء في الأمور التي نطق بها النص، أم في الأمور التي سكت عنها، وقد هدفنا من هذا المنهج إلى إجلاء غموض هذا النص المهم من نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي.

وأما عن المنهج المقارن، فقد كان ضرورة كبرى، فلم يسبق أن تعرضت دراسات سعودية لهذه الفكرة، وهو ما يجعل تطبيقها أمام القضاء السعودي مكتنفاً بالغموض، لذلك كان حري بنا أن نتجه صوب القانون المقارن، لا سيما القانون المصري، حتى نتلمس فيه حلول المشكلات التي يمكن أن تتصور أمام القضاء السعودي.

خطة البحث:

من الواضح من عرضنا المتقدم أن المادة (٢٨) قد تحدثت عن الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، ومن الواضح أيضاً أنها لم تتعرض للفرض المعاكس والمتمثل في مدى إمكانية سلب الاختصاص من القضاء السعودي. وبالتالي يتبين لنا أن دراستنا تعتمد على محورين، نخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً، وذلك على النحو التالي: المبحث الأول: ماهية الخضوع الاختياري للقضاء السعودي وشروطه، والمبحث الثاني: الشرط السالب للاختصاص من القضاء السعودي.

المبحث الأول:

ماهية الخضوع الاختياري للقضاء السعودي وشروطه

سوف نعرض في هذا المبحث لماهية الخضوع

الاختياري في العلاقات الدولية:

كانت مسألة الخضوع الاختياري محل جدل كبير في البداية، فرفض بعضهم أي دور للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، بحجة أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة، وفي منح الإرادة حرية تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي اعتداء على تلك السيادة، وكذلك فإن الاعتراف للإرادة بدور في تعديل الاختصاص القضائي قد يؤدي للاعتراف لها بدور في تعديل الاختصاص التشريعي، لذلك رفضت بعض الدول اعتبار الخضوع الاختياري من ضمن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي؛ مثل التشريع الأسباني والتشريع الأرجنتيني (عبد العال، ٢٠١٣م).

ولكن الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص تعترف بدور كبير للإرادة سواء في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، أم في مجال الاختصاص القضائي الدولي بدور للإرادة في اختيار المحكمة المختصة، وكأصل عام فالاتفاق على اختصاص المحكمة الوطنية رغم كونها غير مختصة وفقاً للضوابط العامة (الروبي، ٢٠١٣م، دور الإرادة ..)، وقد جاءت هذه الاتجاهات استجابة لمقتضيات التعاون الدولي وفكرة العولمة وتشجيع التجارة الدولية.

ومن الدول الغربية التي أخذت بالخضوع الاختياري القانون الفرنسي (م ٤٨ إجراءات مدنية)، والقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ (م ١/٩٢)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ (م ٣١)، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ (م ٥) (سلامة، ٢٠٠٠م)، كما أخذ به أيضاً التنظيم الأوروبي بروكسل (١) رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١م بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية (م ٢٣)، وأخذت به أيضاً اتفاقية

والواقع أن المنظم السعودي بأخذه بفكرة الخضوع الاختياري يكون قد استجاب للاتجاهات العالمية الحديثة في القانون المقارن، ويكون في ذات الوقت قد تأثر بموقف المشرع المصري، وهو ما يجعلنا نعرض لهما، حتى نعرف موقف المنظم السعودي في ضوء الاتجاهات القانونية العالمية.

والخضوع الاختياري قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، فهو يكون صريحاً إذا تم الاتفاق عليه بشكل واضح في العقد، وقد يكون الخضوع الاختياري ضمناً يستخلص من ظروف الحال، بشرط أن يكون واضحاً في الدلالة على الرغبة في الخضوع الاختياري، ومن ضوابط ذلك مايلي:

أ- سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص لا يعنى في جميع الاحوال رضاه بالخضوع لولاية القضاء الوطني؛ إذ قد يكون سكوته عن الدفع بعدم الاختصاص وترافعه في الموضوع مباشرة راجع لرغبته مثلاً في تجنبه الحجز على أمواله، ولا شك أن إرادة المدعى عليه ليست حرة تماماً حينما يسكت عن الدفع بعدم الاختصاص في مثل هذا الفرض (صادق، ٢٠٠٩م).

ب- غياب المدعى عليه لا يمكن أن يحمل على أنه راضٍ منه بالخضوع الاختياري للقضاء الوطني.

ج- لا يجوز للمحكمة أن تستخلص من تحديد المدعى عليه لبلد ما موطناً مختاراً له؛ أي دلالة على قبوله للخضوع لولاية محاكمها، إذا كان هذا التحديد قد جاء في ظروف يستدل منها أن المدعى لم يرغب من ورائه سوى أن تكون هذه البلدة مكاناً مختاراً لإعلانه بالإخطارات المتعلقة بالتزاماته مع الآخرين، أو لمجرد اختيارها كمكان للوفاء بالمبالغ المستحقة له (الحداد، ١٩٩٨م).

٢- موقف القانون المقارن من فكرة الخضوع

غير مرغوب فيها، لذلك نرى أنه يجب أن يتقيد القضاء السعودي بشروط في هذا الصدد، وسنحاول هنا أن ندرس هذه الشروط التي نستلهمها من تجارب الأنظمة المقارنة، حتى تكون تحت رؤية ودراية القضاء السعودي. يشترط الفقه لصحة الاتفاق الجالب للاختصاص أولاً: أن تكون العلاقة علاقة دولية، فلا يمكن إعمال الخضوع الاختياري للقضاء الوطني في علاقة أجنبية داخلية، كما يشترط بعض الفقه ثانياً لجلب الاختصاص للقضاء الوطني: أن تكون هناك رابطة جدية بين الدولة وبين النزاع، ورفض بعضهم من الفقه فكرة الرابطة الجدية واستعاض عنها بفكرة المصلحة المشروعة، وعلى ذلك نقسم دراستنا هنا إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الصفة الدولية للنزاع.
الفرع الثاني: توافر المصلحة المشروعة في الخضوع للقضاء السعودي.

الفرع الأول: الصفة الدولية للنزاع

١- معنى الشرط وأهميته:

يشترط لصحة الخضوع الاختياري للقضاء السعودي أن يكون النزاع ذا طبيعة دولية، ومن ثم فإذا كان النزاع داخلياً فلا يجوز للقضاء السعودي أن يقبل الاختصاص الممنوح له، ولو وافق الطرفان، فإذا باع مصري لمصري آخر أموالاً بمصر واتفقا على الخضوع للقضاء السعودي فلا يصح الخضوع الاختياري لها؛ لأن العلاقة داخلية مصرية بحتة.

ويستفاد هذا الشرط من موقع المادة (٢٨) من نظام المرافعات، فهذه المادة وردت تحت عنوان الاختصاص الدولي؛ أي الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الدولية الخاصة، ومن ثم فإن

لاهاي لعام ٢٠٠٥م بشأن اتفاقات اختيار القاضي (محمود، ٢٠١٥م).

ومن التشريعات العربية التي أخذت بالخضوع الاختياري: القانون الكويتي (م ٢٦ مرافعات)، والقانون العماني (م ٣٢ إجراءات مدنية)، والقانون البحريني (م ١٧ مرافعات). وبالنسبة للمشرع المصري فلم يكن يعترف تشريعياً في البداية بالخضوع الاختياري، ومع ذلك فقد أخذت به المحاكم المختلطة (عبدالله، ١٩٨٦م - زكي، ١٩٤٦م)، وعندما صدر قانون المرافعات القديم لعام ١٩٤٩م أخذ صراحة بالخضوع الاختياري، ولكنه وضع النص المتعلق به ضمن الباب المتعلق بالأحوال الشخصية، ومع ذلك فقد مد الفقه نطاق المبدأ إلى الأحوال العينية (صادق، ٢٠٠٩م).

أما قانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م فقد نص في المادة ٣٢ منه على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً". ومن الواضح أن المشرع المصري في قانون المرافعات الحالي قد أخذ بفكرة الخضوع الاختياري بوجه عام، سواء في مجال الأحوال الشخصية أم في مجال المعاملات المالية (الحداد، ١٩٩٨م).

المطلب الثاني:

شروط الخضوع الاختياري للقضاء السعودي

تمهيد وتقسيم:

والواقع أن نص المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي قد جاء طليقاً من أي شرط أو قيد، وهو ما يدفعنا للتساؤل: هل يقبل القضاء السعودي الاختصاص في كل الأحوال أم لا؟ إن القول بإعمال النص على إطلاقه له نتائج

العلاقة التعاقدية (القشيري، ١٩٦٥ م - صادق، ٢٠١٤م، المطول...).

٢- الرأي المعارض لشرط الصفة الدولية:

إذا كنا قد انتهينا إلى ضرورة توافر الصفة الدولية للنزاع حتى يصح الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، إلا أن هناك رأياً قديماً في الفقه الفرنسي كان قد هاجم هذا الشرط، ولم يشترط لقبول الخضوع الاختياري أن تكون العلاقة دولية، وإنما أجازه ولو كانت العلاقة داخلية (صادق، ٢٠٠٩م - الحداد، ١٩٩٨م).

ولم يعد لهذا الرأي معنى بعد استقرار القضاء الفرنسي على رأي مخالف، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمشروعية الشروط المعدلة للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام، طالما كان الشرط منصباً على نزاع دولي، وعلى هذا النحو يعد اشتراط أن يكون النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص متصفاً بالصفة الدولية أمراً ضرورياً من أجل صحة هذا الاتفاق (الحداد، ١٩٩٨م).

الفرع الثاني: توافر المصلحة المشروعة في الخضوع للقضاء السعودي

١- مفهوم الشرط وحكمته:

لعل أهم المحاذير التي تحيط بالخضوع الاختياري الخوف من أن يتخذ الخصوم وسيلة لتحقيق أهوائهم، وتبدو أهمية المشكلة في مواد الأحوال الشخصية، وبصفة خاصة في مسائل الطلاق؛ حيث يعتمد الخصوم الالتجاء إلى محاكم الدولة التي يعلمون مقدماً أنها ستحكم على النحو الذي يتفق ومصالحهم. ولعل هذا الاعتبار هو الذي حدا بالفقه الفرنسي إلى رفض فكرة الخضوع الاختياري في مواد الأحوال الشخصية، مقررراً أن على المحكمة أن تقضي في هذه الحالة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها (صادق، ٢٠٠٩م).

شرط الدولية شرط بدهي لتطبيق هذه المادة. والواقع أن شرط الصفة الدولية هو شرط لاستنهاض جميع المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وليس لإعمال الخضوع الاختياري فقط، فالمعروف أن العلاقة إذا كانت وطنية العناصر فليس ثمة مشكلة لا في تحديد المحكمة المختصة ولا في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ ترتبط العلاقة في هذه الحالة بقانون واحد هو القانون الوطني، ولكن المشكلة تثور فيما لو تطرق للعلاقة عنصر أجنبي (مؤثر)، فدخل هذا العنصر إلى العلاقة أو إلى المركز القانوني كاف في ذاته لاستنهاض مشكلات القانون الدولي الخاص من تحديد المحكمة المختصة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.

ومعنى الصفة الدولية هو تطرق عنصر أجنبي مؤثر في العلاقة، ولا يكفي مجرد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة، وإنما يجب أن يكون هذا العنصر الأجنبي مؤثراً في هذه العلاقة، ومسألة كون العنصر الأجنبي مؤثراً في العلاقة هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة العلاقة المطروحة.

وعلى ذلك فإذا كان يكفي أن يكون أحد أطراف عقد الزواج متمتعاً بجنسية أجنبية حتى يكون العنصر الأجنبي مؤثراً، فإن الأمر يختلف في العقود المالية؛ كما لو قام أجنبي في المملكة العربية السعودية بشراء متطلباته اليومية من الأسواق المحلية، فالعنصر الأجنبي في هذه العلاقة الأخيرة بين كل من البائع السعودي والمشتري الأجنبي هو عنصر محايد؛ أي غير مؤثر، ولا يثير من ثم مشكلة القانون الدولي الخاص، كما يثور بشأنه الخضوع الاختياري، والأمر لا يختلف في شأن العلاقة بين الناقل البحري والشاحن، والتي تستمد دوليتها من اختلاف دولتي القيام والوصول بغض النظر عن جنسية أطراف هذه

ولذلك تستثني بعض التشريعات دعاوى الطلاق من مبدأ الخضوع الاختياري؛ خشية من التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق (فهمي، ١٩٨٩م).
ومن أجل ذلك فإن جانباً كبيراً من الفقه قد اشترط أن تكون هناك مصلحة مشروعة من الخضوع الاختياري، حتى لا يكون هناك غش نحو الاختصاص، ومع ذلك فإن هذا الشرط لم يكن محل إجماع من الفقه، وإنما نادى جانب من الفقه بشرط مختلف، وهو وجود رابطة جديّة بين النزاع وبين المتفق على الخضوع لقضائها، وهو ما نوضحه فيما يأتي.

٢- الرأي المنادي بالرابطة الجديّة:

اشترط بعضهم لصحة الخضوع الاختياري أن تكون هناك رابطة جديّة بين النزاع وبين الدولة المتفق على الخضوع لقضائها (صادق، ٢٠٠٩م)، ويستند هذا الرأي إلى ما يلي:
أولاً: إغلاق باب الغش والتحايل، فإذا كان المشرع قد جعل من إرادة الخصوم ضابطاً للاختصاص الدولي للقضاء الوطني، فإنه يتعين أن يكون هذا الضابط قائماً على أسس ثابتة حتى لا ينتهي الأمر بانصياع القضاء إلى أهواء الخصوم، على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على إقليمها، كما تتطلب هذه الضوابط من باب أولى في الأحوال التي يتم الاتفاق فيها على سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية (الحداد، ١٩٩٨م).

ثانياً: احترام مبدأ قوة النفاذ، وهو المبدأ الذهبي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فاختصاص محاكم الدولة بنظر نزاع منبت الصلة بها؛ لانعدام وجود أي رابطة مادية بين النزاع وإقليم الدولة سوف يؤدي إلى صدور أحكام غير قابلة للتنفيذ.

٣- الرأي المطالب بالمصلحة المشروعة:
ترفض الاتجاهات الحديثة شرط الرابطة الجديّة، وتكتفي بدلاً منه بفكرة المصلحة المشروعة؛ ومعناها احترام إرادة أطراف الخصومة التي قدرت أن العهدة بالنزاع لقضاء دولة معينة هي الأكثر تحقيقاً لمصلحتهم، الأمر الذي يمكنهم من الاستفادة من قضاء دولة معينة مشهور بالنزاهة والكفاءة وسرعة إصدار الأحكام، أو من قضاء دولة معينة أقدر فنياً من غيره على الفصل في النزاع المطروح وفق الأصول التي عول عليها الخصوم في إبرام اتفاقهم (عبد العال، ٢٠١٣م- الحداد، ١٩٩٨).

وقد استند هذا الرأي للأسباب الآتية:
أولاً: صعوبة وضع معيار منضبط يتم على ضوءه تحديد مضمون فكرة الرابطة الجديّة، فضلاً عن الحالات الواضحة التي تبدو فيها فكرة الرابطة الجديّة، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني ليس بمقتضى الخضوع الاختياري، وإنما بمقتضى إحدى ضوابط الاختصاص القضائي

السعودي بمجرد توافر المصلحة المشروعة، إلا أن المنظم السعودي قد استثنى من الخضوع الاختياري الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار خارج المملكة، وقد عرفت المادة ٢/٢٤ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار بأنها "كل دعوى تقام على واضع اليد على عقار ينازعه المدعي في ملكيته، أو في حق متصل به؛ مثل حق الانتفاع، أو حق الارتفاق، أو الوقف، أو الرهن، ويشمل ذلك قسمة العقار أو دعوى الضرر منه".

ويقوم هذا الاستثناء على مبررات ثلاث هي:

الأول: هذا الاستثناء معناه عدم اختصاص القضاء السعودي مطلقاً بالدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة، ومحصلة النهائية الاعتراف الضمني بأن المحكمة الأجنبية في الدولة التي يوجد بها العقار هي المختصة بدعاواه العينية العقارية، ولا شك أن هذه المحكمة هي الأقدر على الفصل في الدعوى بحكم اقترابها من العقار؛ إذ قد يتطلب الأمر الانتقال للمعينة أو سماع شهود قريين من هذا العقار.

الثاني: لو افترضنا جديلاً بأن القضاء السعودي قد عقد الاختصاص لنفسه بنظر الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن بالخارج فإن الحكم الصادر عنه سيكون هو والعدم سواء؛ إذ إن دولة موقع العقار ستمتنع عن تنفيذ هذا الحكم؛ لأن العقارات في أي دولة متعلقة بالنظام العام، ولا يمكن لدولة موقع العقار أن تسمح بتنفيذ حكم مخالف للنظام العام فيها، أمالو سلمنا بالاستثناء فإن المحكمة التي تنتظر الدعوى هي محكمة موقع العقار، ومن ثم فحكمها سيكون قابلاً للتنفيذ فيها، وفي الجملة فإن هذا الاستثناء يستجيب للمبدأ الأساسي الذي يحكم فلسفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهو مبدأ

الدولي الأخرى، والحال أن المشرع يبنى قواعد الاختصاص غالباً على هذه الفكرة.

ثانياً: كذلك فإن من المتفق عليه بصدد شرط التحكيم الذي يعطى سلطة الفصل في النزاع للمحكم الأجنبي أنه لا يشترط من أجل صحة هذا الشرط أن تكون هناك رابطة جديدة بين هذا المحكم والنزاع المطروح أمامه.

وأيضاً لا يشترط أن تكون هناك علاقة بين النزاع والدولة التي سيعقد التحكيم على أرضها، في حين يشترط مثل ذلك الأمر بصدد الاتفاق المانح للاختصاص، فإغفال وجود الرابطة الجديدة من أجل صحة شرط التحكيم يستتبع بالضرورة التغاضي عن مثل ذلك الأمر بصدد الاتفاقات المانحة للاختصاص؛ وذلك لإزالة التعارض الذي يقع فيه الفقه عندما لا يتطلب هذا الشرط بالنسبة لشرط التحكيم، ويقتضيه بصدد الاتفاق المانح للاختصاص (الحداد، ١٩٩٨م).

وخلاصة هذا الرأي أنه يجوز للخصوم الاتفاق على الخضوع الاختياري لقضاء دولة معينة، ولو لم يكن بينها وبين النزاع رابطة جديدة بشرط أن تكون للخصوم مصلحة مشروعة في ذلك، وبهذا يعد الاتفاق المانح للاختصاص باطلاً إذا كان الهدف من وراء جلب الاختصاص لمحاكم دولة بعينها هو الغش نحو الاختصاص أو تسويق الاختصاص؛ لأنه في مثل هذا الفرض تنتفي مشروعية المصلحة (صادق، ٢٠١٤م، مدى حق القضاء..). وفي مجال المفاضلة بين فكري الرابطة الجديدة والمصلحة المشروعة فإننا نؤيد الرأي الثاني القائل بضرورة توافر المصلحة المشروعة؛ لقوة حججه وسلامة منطقه.

٤ - استثناء الدعاوى العينية العقارية:

إذا كنا قد قبلنا فكرة الخضوع الاختياري للقضاء

قوة النفاذ والفعالية الدولية للأحكام (عبد العال، ٢٠١٣م - الحداد، ١٩٩٨م).

الثالث: يؤدي أعمال هذا الاستثناء إلى التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي؛ حيث ستكون المحكمة المختصة هي محكمة موقع العقار، وسيكون القانون المختص هو قانون موقع العقار؛ لأن كل دول العالم تتبنى قاعدة إسناد مفادها خضوع الحقوق العينية على العقار لقانون موقع العقار.

المبحث الثاني:

الشرط السالب للاختصاص من القضاء السعودي

تمهيد وتقسيم:

إذا كان المنظم السعودي قد اعتد بالأثر الجالب لاتفاق الخصوم على الخضوع لولاية المحاكم السعودية، فإنه لم يعرض على العكس لأثره السالب للاختصاص هذه المحاكم في حالة الاتفاق على الخضوع لاختصاص قضاء اجنبي، وهو ما يثير التساؤل حول الموقف الذي يتعين اتخاذه بصدد هذه المسألة.

فقد سكت المنظم في المادة (٢٨) من نظام المرافعات عن مواجهة الأثر السالب للاتفاق المانع للاختصاص، مكتفياً بتقرير اختصاص المحاكم السعودية عند وجود اتفاق بالخضوع لولايتها. وإزاء هذا الفراغ التنظيمي، لا بد أن نتوقع أن المسألة سيتم عرضها أمام القضاء السعودي، وأن نحاول أن نعرض لتجربة القوانين المقارنة في هذا البحث حتى نضيء الطريق أمام القضاء السعودي لاتخاذ الموقف الملائم؛ لذلك سوف نعرض في هذا المبحث لمطلبين:

المطلب الأول: مدى جواز الأثر السالب للاختصاص من القضاء السعودي.

المطلب الثاني: شروط الأثر السالب للاختصاص

من القضاء السعودي.

المطلب الأول:

مدى جواز الأثر السالب للاختصاص من القضاء السعودي

١- الرأي الرافض للأثر السالب للخضوع الاختياري:

يذهب الفقه التقليدي إلى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي متعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالترتيب على ذلك لا يجوز سلب الاختصاص الدولي من المحاكم الوطنية ومنحه لمحكمة أجنبية (زكي، ١٩٤٦م - فهمي، ١٩٨٩م - عبد الله، ١٩٨٦م).

ويذهب هذا الرأي إلى أن الاعتراف للإرادة بأثرها في جلب الاختصاص دون أثرها في سلبه من القضاء الوطني هو النتيجة المترتبة على حرية كل دولة في تنظيم القواعد الخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكمها، وعدم وجود قواعد دولية ملزمة - في خارج إطار المعاهدات - تتولى توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفة (صادق، ٢٠٠٩م).

ويؤكد هذا الرأي وجهة نظره بأن الاعتراف للإرادة بدورها في سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية قد يتعارض مع ما قدره المشرع؛ من كون المحاكم الوطنية هي التي يتعين عليها نظر هذا النزاع؛ كفالة للأمن والسكينة في الإقليم. أما إذا اتفق الخصوم على الخضوع لولاية القضاء الوطني في غير الأحوال التي تختص فيها محاكم الدولة بالنزاع وفقاً لضوابط الاختصاص الأخرى، فليس في ذلك - كأصل عام - ما يمس سيادة الدولة على إقليمها أو اعتبارات الأمن والسكينة فيها (عبد الله، ١٩٨٦م - صادق، ٢٠٠٩م).

٢- الرأي المؤيد للأثر السالب للخضوع

الاختياري:

من المحكمة الوطنية، ولا يسمح لهم باللجوء إلى محاكم دول أجنبية وسلب الاختصاص من المحاكم الوطنية.

وعلى ذلك فنحن ننصح القضاء السعودي بالأخذ بالأثر السالب للاختصاص، حتى يقتدي بموقف القضاء الإماراتي من جانب، والقضاء المصري من جانب آخر.

٣- اعتراف القضاء العربي بالأثر السالب للخضوع الاختياري:

اعترفت محكمة تمييز دبي بالشرط السالب للاختصاص من القضاء الإماراتي، وقضت بأن: "قاعدة عدم الخروج عن قواعد الاختصاص الدولي للقضاء الوطني، وما تقتضيه من إهدار كل أثر لاتفاق الخصوم على الخضوع لولاية قضاء أجنبي، لا تمنع القاضي الوطني من التخلي عن اختصاصه بنظر الدعوى إذا دعت إلى ذلك موجبات الملاءمة التي تملئها بعض الاعتبارات؛ ومنها إعمال فكرة النفاذ للأحكام التي يصدرها القضاء الوطني، وهي الفكرة التي تجد أساسها في إمكان تنفيذ الحكم الصادر من القاضي الوطني خارج حدود الدولة من عدمه؛ بحيث إذا لم يثبت له توافر اعتبارات الملاءمة فإنه لا يجوز التخلي عن اختصاصه وإعمال اتفاق الخصوم" (تمييز دبي في الطعن رقم (٨٦)، لسنة ١٩٩٦ ق، بجلسة ٦/٤ / ١٩٩٧، مكتب فني ٨، ص ٢٥٥. وتمييز دبي في الطعن رقم (١٠)، لسنة ١٩٩٩ ق، بجلسة ٦/٣ / ١٩٩٩، مكتب فني ١٠، ص ٢٣٠).

كما اعترفت محكمة النقض المصرية بالأثر السالب للاختصاص من المحاكم المصرية، في حكم هام لها في الطعن رقم ١٥٨٠٧ و رقم ١٥٨٠٨ لسنة ٨٠ جلسة ٢٤/٣/٢٠١٤، وقد قررت المحكمة في عبارات واضحة أن النص في المادة ٣٢ من

يرى الفقه الحديث الاعتراف للإرادة بدورها في سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية (صادق، ٢٠٠٩م - عبد العال، ٢٠١٣م - الحداد، ١٩٩٨م - سلامة، ٢٠٠٠م - محمود، ٢٠١٥م - الروبي، ٢٠١٣م، دور الإرادة ..)، وعلى ذلك فإن الأثر السالب للاختصاص ينتج أثره في مواجهة القضاء السعودي، حينما يدفع أحد أطراف الخصومة بسبق اتفاق الأطراف على الخضوع الاختياري لقضاء دولة أجنبية، رغم اختصاص المحاكم الوطنية (السعودية) دولياً بالنزاع، وهو ما يؤدي إلى تخلي هذه المحاكم عن اختصاصها في هذه الحالة، على أنه يشترط لكي يرتب الاتفاق المانع للاختصاص أثره السالب في مواجهة المحاكم الوطنية على هذا النحو أن تكون العلاقة القانونية التي نشأت بصدها المنازعة غير مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنظام الوطني (السعودي)؛ إذ لا يمكن القول في هذا الفرض بأن هناك اتفاقاً بين الخصوم يتضمن غشاً أو تحايلاً على قواعد الاختصاص الوطنية (السعودية)، ما دام أن النزاع لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالدولة (السعودية)، (صادق، ٢٠٠٩م).

ويذهب هذا الرأي إلى أن الأخذ بالأثر الجالب للاختصاص دون الأثر السالب فيه ازدواجية في المعايير؛ لذلك لا بد من الاعتراف بالأثر السالب للاختصاص أسوة بالأثر الجالب، حتى لا تكون هناك أنانية تفضح النظرة الإقليمية، وتكشف عن رغبة القضاء الوطني في احتكار الاختصاص لمحاكمه ولو لم تكن ذات صلة وثيقة بالنزاع.

كما يحتج هذا الرأي بحجة منطقية مفادها أن الاعتراف بالأثر السالب للخضوع الاختياري يتوافق مع ما هو مستقر عليه من الاعتراف بجواز التحكيم، فكيف يسمح المشرع للأطراف باللجوء إلى التحكيم الدولي وسلب الاختصاص

لا يمس بالسيادة المصرية أو النظام العام في مصر، فضلاً عن ضرورة وجود رابطة جديّة بين النزاع المطروح ودولة المحكمة التي اتفق على الخضوع لولايتها، وأن يقر القانون الأجنبي سلامة الاتفاق المانع للاختصاص؛ تلافياً لتنازع الاختصاص إيجاباً أو سلباً، وأن تقدير توافر الضوابط سالفه الذكر مما يدخل في تقدير محكمة الموضوع الخاضع لرقابة محكمة النقض (صادق، ٢٠١٤م، مدى حق القضاء..).

المطلب الثاني

شروط الأثر السالب للاختصاص من القضاء السعودي تمهيد وتقسيم:

عرضنا من قبل لشروط الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، ورأينا أنهما شرطان: أولهما أن تكون العلاقة علاقة دولية، وثانيهما أن تكون هناك رابطة جديّة بين القضاء السعودي وبين النزاع. وموضوعنا الحالي هو التساؤل عن الفرض العكسي، وهو شروط سلب الاختصاص من القضاء السعودي، فهل يقبل هذا القضاء سلب الاختصاص منه لمجرد اتفاق الأطراف على ذلك؟

إن المنظم السعودي لم يتعرض للمسألة برمتها، لذلك وجب علينا أن نرسم الطريق الذي يجب انتهاجه فيما لو عرضت المسألة على القضاء السعودي، وسوف نستلهم هذه الشروط من القانون المقارن، وبالتحديد من موقف محكمة النقض المصرية والذي عرضنا له فيما قبل، وقد اشترطت هذه المحكمة شروطاً أربعة هي:

أولاً: أن تكون العلاقة دولية.

ثانياً: انتفاء الرابطة الوثيقة بين النزاع والإقليم الوطني.

قانون المرافعات على أن "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها، طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"؛ مفاده أن المشرع أضاف لحالات ضوابط اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى ضابطاً آخر، وهو ضابط إرادة الخصوم، وذلك عندما يتفقوا صراحة أو ضمناً على قبول ولاية القضاء المصري لنظر النزاع حال أن النزاع غير خاضع في الأصل للاختصاص محاكمها، وفقاً للضوابط الواردة على سبيل الحصر في المواد من ٢٨ وحتى ٣١ من القانون السالف، وهو المعروف بالخضوع الاختياري للقضاء الوطني، إلا أن المشرع لم يواجه أثر الاتفاق السالب للاختصاص عندما يتفق الأطراف على الخضوع اختياريًا لقضاء دولة أجنبية، رغم اختصاص المحاكم الوطنية بالنزاع، وهو ما يؤدي إلى تخلي هذه المحاكم عن نظر الدعوى، إلا أن هذا السكوت لا يمكن اعتباره رفضاً من المشرع وتمسكه باختصاص المحاكم الوطنية؛ وذلك أن المشرع المصري سبق وأن أخذ بمبدأ قبول التخلي عن اختصاص محكمته للدعاوى التي تدخل في اختصاصها، وفقاً لضوابط الاختصاص المنصوص عليها بقانون المرافعات، وذلك في حالة اتفاق الأطراف على التحكيم سواء في مصر أو خارجها، والتي يتعين معه أن تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى لسابقة الاتفاق على التحكيم، بالإضافة إلى أن المشرع استثنى في المادتين ٢٨ و٢٩ من قانون المرافعات الحالي الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار يقع في الخارج من الخضوع لاختصاصه ولو أقيمت الدعوى على المصري أو الأجنبي لاعتبارات تتعلق بمبدأ الملاءمة.

وقد اشترطت محكمة النقض المصرية لإعمال المبدأ السابق أن يتصف النزاع بالصفة الدولية، وأن يكون تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها

ثالثاً: الرابطة الجادة بين النزاع والإقليم الأجنبي.

رابعاً: اعتراف القانون الأجنبي باختصاص محاكمه بالنزاع المطروح.

ويلاحظ أن الشرطين الأول والثالث قد عرضنا لهما من قبل بشأن شروط الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، لذلك يتبقي لنا شرطان تتناولهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: عدم الارتباط الوثيق بين النزاع والإقليم السعودي.

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الأجنبية.

الفرع الأول: عدم الارتباط الوثيق بين النزاع والإقليم السعودي

يشترط لإعمال الشرط السالب للاختصاص وتخلي المحاكم السعودية عن اختصاصها لصالح محكمة أجنبية ألا يكون النزاع مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالإقليم السعودي، والحكمة من هذا الشرط تتحقق من ناحيتين:

فمن ناحية أولى: هذا الشرط يكفل عدم تخلي القضاء السعودي عن النزاع فيما لو كان متصلاً بالنظام العام أو بالسيادة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات الأمن والسكينة في الإقليم السعودي، والتي يقوم عليها الاختصاص الدولي للمحاكم السعودية، والحال أن العلاقة محل النزاع ترتبط بالنظام السعودي ارتباطاً وثيقاً.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعنى، فاشترطت في حكم ٢٠١٤م ألا يكون في تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها "ما يمس السيادة المصرية أو النظام العام في مصر"؛ أي اشترطت "انتهاء الرابطة الوثيقة بين النزاع والإقليم المصري بما لا يهدد سيادته"، حتى يمكن للقضاء المصري التخلي عن اختصاصه بالدعوى المطروحة.

ومن ناحية أخرى لو كان النزاع مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالإقليم السعودي - وبالرغم من ذلك تخلت المحكمة السعودية عن اختصاصها لصالح محكمة أجنبية - فإنها سترجع بعد ذلك وترفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن هذه المحكمة؛ حيث تنص المادة ١١ من نظام التنفيذ السعودي على أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التحقق من "أن محاكم المملكة غير مختصة بالنظر في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في أنظمتها".

إذا كنا قد انتهينا إلى تطلب عدم الارتباط الوثيق بين النزاع والإقليم السعودي، فإن التساؤل الذي سيثور: كيف يتم تحديد ما إذا كان الاختصاص وثيقاً أم لا؛ لكي يتم بعد ذلك تقرير ما إذا كان يجوز التخلي عن الاختصاص وإعمال الشرط السالب أم لا؟

الواقع أن الفقه قرر حلولاً ثلاثة يمكن الاستناد إلى أي منها، وسوف نعرضها فيما يلي بإيجاز شديد (الرشود، ٢٠٢٠م).

الحل الأول:

من الممكن القول بأن الارتباط الوثيق يكون في حالة الاختصاص القاصر دون حالة الاختصاص المشترك، ومن ثم ففي الاختصاص القاصر تكون العلاقة وثيقة بالإقليم السعودي، ومن ثم لا يجوز التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي، أما في الاختصاص المشترك فإنه يجوز للمحكمة السعودية أن تتخلى عن اختصاصها لصالح المحكمة الأجنبية؛ لعدم الارتباط الوثيق بين النزاع والإقليم السعودي.

الحل الثاني:

لولايتها، ثم تبين أن قانون هذه الدولة الأجنبية لا يعترف باختصاص محاكمها بالفصل في هذا النزاع؛ لعدم ارتباطه مثلاً ارتباطاً كافياً بالإقليم الأجنبي، فقد يواجه الأطراف في هذا الفرض مخاطر إنكار العدالة، الأمر الذي يقتضي ألا يتخلى القضاء السعودي من البداية عن اختصاصه إلا بشرط اعتراف قانون الدولة الأجنبية باختصاص محاكمها بالدعوى المطروحة (صادق، ٢٠١٤م، مدى حق القضاء..).

وهنا يثور تساؤل مهم؛ لكي يحدد القاضي السعودي مدى توافر هذا الشرط: هل يرجع في تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية لقانونه أم لقانون المحكمة الأجنبية ذاتها؟

ليس هناك نص سعودي في هذه المسألة، لكن يمكننا القياس على مسألة مشابهة، وهي الرقابة على اختصاص المحكمة الأجنبية مصدره الحكم عند الأمر بتنفيذه؛ إذ تثار ذات التساؤل، وهل يتم الرجوع لقانون المحكمة الأجنبية أم لقانون دولة التنفيذ؟ (الرشود، ٢٠٢٠م).

تنص المادة ١١ من نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٣ بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣ هـ على أنه: "مع التقييد بما تقضي به المعاهدات والاتفاقيات، لا يجوز لقاضي التنفيذ تنفيذ الحكم والأمر الأجنبي إلا على أساس المعاملة بالمثل وبعد التحقق مما يأتي:

١- أن محاكم المملكة غير مختصة بالنظر في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في أنظمتها. والبين من النص أن المنظم السعودي قد قرر بشكل واضح أن تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية المصدره للحكم يتم وفقاً لقانونها، وليس وفقاً لقانون دولة التنفيذ (دولة المحكمة

يفرق بعض الفقه بين الاختصاص الأصلي أو الوجوبي أو الإلزامي، وفيها يكون ارتباط المحاكم السعودية بالنزاع ارتباطاً وثيقاً، وحالات الاختصاص الجوازي وفيها لا يرتبط النزاع ارتباطاً وثيقاً بالإقليم السعودي.

الحل الثالث:

هذا هو الحل الحديث الذي يعتمده الفقه؛ فإذا كانت "الرابعة بين المملكة العربية السعودية والنزاع المطروح وثيقة بشكل يفوق الصلة بين هذا النزاع وأية دولة أخرى، تعين حينئذ عدم تخلي المحكمة السعودية، أما إذا كانت صلة النزاع بالمحكمة الأجنبية لا تقل وثوقاً بالدولة الأجنبية عنه بالسعودية، تعين حينئذ السماح للمحكمة السعودية بالتخلي عن الاختصاص لصالح المحكمة الأجنبية" (رياض وآخر، ١٩٩٢م- الحداد، ١٩٩٨م).

ونحن نتمنى الأخذ بهذا المعيار عند تحديد الرابطة الوثيقة بين النزاع والقضاء السعودي كشرط لإعمال الأثر السالب والتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي.

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الأجنبية

يشترط لكي تقوم المحكمة السعودية بقبول سلب الاختصاص القضائي الدولي؛ ومنها أن تكون المحكمة الأجنبية التي سيتم التخلي لصالحها مختصة، ويتم تحديد الاختصاص وفقاً لقانون تلك المحكمة وليس وفقاً للنظام السعودي.

والحكمة من هذا الشرط تتمثل في أنه لو تخلت المحكمة السعودية وفقاً للنظام السعودي عن اختصاصها، بالنزاع المطروح عليها لصالح محاكم الدولة الأجنبية التي اتفق الأطراف على الخضوع

بمعاونة الخصوم (رياض وآخر، ١٩٩٢م - صادق، ٢٠١٤م، المطول.... - عبد العال، ٢٠٠٥م - سلامة، ١٩٩٦م - الروبي، ٢٠١٣م، الدفع بالإحالة...).

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية حينما أرادت التيقن من توافر الشرط محل الدراسة في شأن اعتراف قانون جزيرة (جيرسى) البريطانية، باختصاص محاكمها بالنزاع المطروح قد استندت في إثبات هذا القانون الأجنبي إلى الحكم الصادر عن المحكمة العليا لولاية نيويورك الأمريكية، الصادر في أول أغسطس ٢٠٠٠م في الدعوى المقامة من الطاعنين: شارل وجاكين شوافاتي ضد البنك الأمريكي المطعون ضده، عن ذات الانفاقات موضوع النزاع والذي انتهت فيه المحكمة إلى عدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى، واختصاص محاكم (جيرسى)، أو بتعبير أدق تخلت عن اختصاصها بنظر النزاع لصالح محاكم الجزيرة البريطانية التي رأتها المحكمة العليا الأمريكية مختصة بالفصل فيه وفقاً لقانونها، وهو ما اعتبرته محكمة النقض المصرية دليلاً على إثبات مضمون هذا القانون الأجنبي، بما يتوافر معه الشرط الرابع والأخير لسلامة تحلي القضاء الوطني عن اختصاصه بالنزاع لصالح قضاء الدولة الأجنبية التي اتفق الأطراف على الخضوع الاختياري لولاية محاكمها (صادق، ٢٠٠٩م).

الخاتمة:

حاولنا في هذا البحث أن نفصل في المادة ٢٨ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، وذلك من خلال دراستنا لفكرة الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، وقد هدفنا من هذا البحث إلى تقديم دراسة متكاملة تكون تحت نظر القضاء السعودي؛ ليواجه بها المشكلات المستقبلية المحتملة لتطبيق المادة (٢٨) المذكورة، وذلك من خلال التجارب

السعودية في مجالنا).

ولا شك لدينا في سلامة موقف المنظم السعودي من هذه المسألة، فهو قد حسم الجدل الدائر حول القانون الذي يتم الرجوع إليه لرقابة اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم، وهو جدل كان قد دار حول أفضلية قانون المحكمة الأجنبية ذاتها، أم قانون دولة التنفيذ، فاختار المنظم السعودي قانون المحكمة الأجنبية ذاتها (الرشود، ٢٠٢٠م). وبصدد إعمال القياس هنا فإن محكمة دولة التنفيذ يقاس عليها المحكمة السعودية التي ستقوم بالتخلي، والمحكمة الأجنبية الصادر عنها الحكم يقاس عليها المحكمة الأجنبية التي سيتم التخلي لصالحها.

وخلاصة القول: إن اختصاص المحكمة الأجنبية التي سيتم الإحالة إليها يتحدد وفقاً لقانونها، وليس وفقاً للنظام السعودي، ولكن هناك تساؤل آخر: هل يرجع لقواعد الاختصاص الدولي في قانونها فقط، أم يرجع أيضاً لقواعد الاختصاص الداخلي؟

هذه المسألة حسمها المنظم السعودي في نص المادة ١١ من نظام التنفيذ، والتي عرضنا لها فيما سبق حينما وردت عبارة "... لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في أنظمتها"، فهي تعدد بالاختصاص الدولي دون الداخلي.

وفي هذا الصدد تثار مشكلة أخيرة، وهي كيفية إثبات شرط اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها؛ إذ كيف سيتم إثبات القانون الأجنبي، وهل يفترض في القاضي السعودي الإلمام بمضمون القانون الأجنبي أم لا؟

الواقع أن المسألة لم تعرض من قبل في المملكة العربية السعودية، ويكفي هنا أن نقرر أن الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص، يذهب إلى إلزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي

هذا الصدد، ورجحنا الرأي الثاني على الأول. ٦. رأينا المنظم السعودي لم ينص على جواز سلب الاختصاص من المحاكم السعودية، واستعرضنا موقف القانون المقارن في هذا الصدد، وانتصرنا للرأي الذي يميز للقضاء الوطني (السعودي) التخلي عن اختصاصه لصالح محكمة أجنبية، مادام قد وُجد اتفاق بين الأطراف على سلب الاختصاص من المحاكم السعودية، ومنحه لمحكمة أجنبية.

التوصيات:

في هذا الصدد أربع توصيات، خرجنا بها من البحث وهي كما يلي:

١. نوصي المنظم السعودي بتعديل المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية، وإعادة صياغتها؛ بحيث تشتمل على شروط الخضوع الاختياري من جانب، وكذلك تشتمل على التسليم بالشروط السالبة للاختصاص وشروط وضوابط ذلك من جانب آخر.

٢. نوصي القضاء بالحرص عند تطبيق المادة (٢٨) من نظام المرافعات، وعدم الأخذ بها على إطلاقها، بل من خلال وضع قيود لها تحفظ التوازن بين مقتضيات التعاون الدولي من جانب، ومقتضيات فعالية الأحكام من جانب آخر.

٣. كما نوصي القضاء بالأخذ بالأثر السالب للاختصاص من القضاء السعودي طالما توافرت شروط ذلك.

٤. تطوير الدراسات الفقهية والنظامية في مجال الاختصاص القضائي الدولي بوجه خاص، وفي مجال القانون الدولي الخاص بوجه عام، لذا نوصي الباحثين بالوقوف على كافة المسائل السالفة ودراستها حتى تكون معيناً

المقارنة في الدول الأخرى لا سيما مصر، وقد توصلنا إلى عدد من النتائج وعدد من التوصيات على النحو التالي:

١. أجاز المنظم السعودي الاتفاق على اختصاص القضاء السعودي ولم لم يكن مختصاً وفقاً للضوابط العامة في الاختصاص القضائي الدولي، وهو ما يعد اعترافاً من المنظم بدور الإرادة في مجال الاختصاص الدولي.

٢. استثنى المنظم السعودي من نطاق الخضوع الاختياري الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة؛ استجابة لفكرة الفعالية في بناء قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وحتى لا تصدر أحكام من المملكة تكون عسيرة التنفيذ في الخارج.

٣. الخضوع الاختياري قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، فيكون صريحاً إذا تم الاتفاق عليه بشكل واضح في العقد، وهو الوضع الغالب، وقد يكون الخضوع الاختياري ضمناً يستخلص من ظروف الحال، بشرط أن يكون واضحاً في الدلالة على الرغبة في الخضوع الاختياري.

٤. لم يعرض المنظم السعودي لشروط الخضوع الاختياري للقضاء السعودي، لذلك اعتمدنا على القانون المقارن في وضع هذه الشروط، ورأينا أهمها في شرطين؛ أولاً: أن تكون العلاقة علاقة دولية، فلا يمكن إعمال الخضوع الاختياري للقضاء السعودي في علاقة أجنبية داخلية. ثانياً: أن تكون هناك مصلحة مشروعة في الخضوع لقضاء المملكة.

٥. رأينا خلافاً بين رأيين يناهدي أحدهما بفكرة الرابطة الجديدة؛ كشرط للخضوع الاختياري، ورأي آخر يكتفي بشرط المصلحة المشروعة في

سلامة، أحمد عبد الكريم (١٩٩٦م). علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً. المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة.

صادق، هشام (٢٠٠٩م). تنازع الاختصاص القضائي الدولي. الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

صادق، هشام (٢٠١٤م). المطول في القانون الدولي الخاص. الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.

صادق، هشام (٢٠١٤م). مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بنظر المنازعات المدنية والتجارية. الإسكندرية، المركز الدولي للدراسات المتخصصة والبحوث والترجمة.

صادق، هشام (١٩٨٥م). التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري. الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر.

صاوي، أحمد السيد (٢٠١١م). الوسيط في شرح قانون المرافعات. الإسكندرية، دار النهضة العربية.

عبد العال، عكاشة (٢٠٠٥م). تنازع القوانين. دراسة مقارنة. الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية.

عبد العال، عكاشة (٢٠١٣م). الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

عبد الله، عز الدين (١٩٨٦م). القانون الدولي الخاص. ج ٢. ط ٩، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

فهمي، محمد كمال (١٩٨٩م). أصول القانون الدولي الخاص. الإسكندرية، دار الثقافة الجامعية.

القشيري، أحمد صادق (١٩٦٥م). الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية. المجلة المصرية للقانون الدولي. عدد ٢١، ص ص

للقضاة فيما يفصلون فيه من مسائل. وفي الختام نسأل الله تعالى أن يكون التوفيق قد حالفنا في اجتهادنا وما انتهينا إليه، والحمد لله رب العالمين.

قائمة مراجع البحث:

أبو الوفا، أحمد (٢٠١٥م). المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية.

آل خنين، عبدالله بن محمد بن سعد (١٤٣٣هـ). الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي. الجزء الأول. الرياض، دار ابن فرحون.

تناغو، سمير (١٩٧٣م). القانون والإرادة. مجلة عالم الفكر. مجلد ٤، عدد ٣، ص ص ١٥٩-٢٠٤.

الحداد، حفيظة (١٩٩٨م). الموجز في القانون الدولي الخاص. الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.

الروبي، محمد (٢٠١٣م). دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي. القاهرة، دار النهضة العربية.

الروبي، محمد (٢٠١٣م). الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية. القاهرة، دار النهضة العربية.

رياض، محمد عبد المنعم رياض (١٩٣٣م). مبادئ القانون الدولي الخاص. القاهرة، مطبعة الرغائب.

رياض، فؤاد وراشد، سامية (١٩٩٢م). الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. القاهرة، دار النهضة العربية.

زكي، حامد (١٩٤٦م). أصول القانون الدولي الخاص المصري. ط ٤، القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة.

سلامة، أحمد عبد الكريم (٢٠٠٠م). فقه المرافعات المدنية الدولية. القاهرة، دار النهضة العربية.

Riyad, Mohamed Abdel Moneim Riad (1933). Principles of Private International Law. Cairo, Al Raghaib Press.

Riyadh, Fouad and Rashid, Samia (1992). Mediator in Conflict of Laws and Conflict of International Jurisdiction. Cairo, Dar Al-Nahdah.

Zaki, Hamed (1946). The Origins of Egyptian Private International Law. 4th floor, Cairo, Abdullah Wahba Library.

Salama, Ahmed Abdel Karim (2000). Jurisprudence of International Civil Pleadings. Cairo, Dar Al-Nahdah.

Salama, Ahmed Abdel Karim (1996). The knowledge of the Rule of Conflict and the Choice between the Laws, Principles and Method. Mansoura, the new Galaa Library.

Sadiq, Hisham (2009). Conflict of International Jurisdiction. Alexandria, University Press.

Sadiq, Hisham (2014). Al-Mutawel in Private International Law. Alexandria, House of Academic Printings.

Sadiq, Hisham (2014). The Range of the Egyptian Judiciary's Right to Relinquish its International Jurisdiction Over Civil and Commercial Disputes. Alexandria, International Center for Specialized Studies, Research and Translation.

Sadiq, Hisham (1985). Commenting on the Rulings of the Court of Cassation in Matters of Maritime Law. Alexandria, Al-Faniah for Printing and Publishing.

Sawi, Ahmed El-Sayed. (2011). The Mediator in Explaining the Law of Pleadings.

٦٣ - ٨٨.

محمود، نادية إسماعيل (٢٠١٥م). نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية.

هندي، أحمد (٢٠١٨م). قانون المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

والي، فتحي (٢٠١٠م). الوسيط في قانون القضاء المدني. القاهرة، دار النهضة العربية.

References

Abulwafa, Ahmed. (2015). Civil and Commercial Pleadings. Alexandria, Al-Wafa Legal Library.

Al Khanin, Abdullah bin Muhammad bin Saad (1433 AH). Al-Kashef in Explaining the Saudi Legal Pleading System. Part One. Riyadh, Dar Ibn Farhoun.

Tanago, Samir (1973). Law and Will. Alam Al-Feker Journal. Volume 4, Number 3, pp. 159-204.

Al-Haddad Hafizah (1998). A Briefing in Private International Law. Alexandria, Dar Alfeker Al-Jamei.

Al-Rashood, Abdulaziz (2020). Execution of Foreign Judgments Violating the Rules of Jurisdiction. Al-Uloomk Humanitarian and Administrative Journal, Majmaah University, No. 20, pp. 175-200.

Al-Rubi, Muhammad (2013). The Role of the Will in the Field of International Jurisdiction. Cairo, Dar Al-Nahdah.

Al-Rubi, Muhammad (2013). Paying the Referral for the Same Dispute in a Foreign Court. Cairo, Dar Al-Nahda.

Alexandria, Dar Al-Nahdah

Abdel-Al, Okasha (2005). Conflict of Laws. A Comparative Study. Alexandria, Dar Al-Marefa.

Abdel-Al, Okasha (2013). International Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments. Alexandria, Dar Al-Jamia Al-Jadidah.

Abdullah, Izz Al-Din (1986). Private International Law. C 2. 9th floor, Cairo, Egyptian General Book Organization.

Fahmy, Mohamed Kamal (1989). The Origins of Private International Law. Alexandria, Dar Al-Thaqafah Al-Jamiah.

Al-Qushairi, Ahmed Sadiq (1965). Recent Trends in the Law Governing International Contracts. Egyptian Journal of International Law. Number 21, pp. 63-88.

Mahmoud, Nadia Ismail (2015). Appropriation Theory in Private International Law. Cairo, Dar Al-Nahdah Al-Arabia

Hindi, Ahmed (2018). Civil and Commercial Procedures Law. Alexandria, Dar Al-Jamia Al-Jadidah

Wali, Fathi (2010). Mediator in the Civil Judicial Law. Cairo, Dar Al-Nahdah Al-Arabia.