التكييف القانوني للدفع بالحصانة السيادية للدولة

الباحث/ مهند كامل عبود جاسم الجبوري

(ISSN: 2537 - 0758)

التكييف القانوني للدفع بالحصانة السيادية للدولة

الباحث/ مهند كامل عبود جاسم الجبوري

المستخلص

تعد الحصانة السيادية للدولة من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام وعند البحث في طبيعة أو تكييّف الدفع بالحصانة السيادية للدولة تبين أن هناك أربعة آراء فقهية لبيان طبيعة الدفع بالحصانة للدولة فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الاختصاص الولائي بينما ذهب الاتجاه الثاني الى عدّ الحصانة السيادية للدولة هو دفع بعدم الاختصاص الدولي والاتجاه الثالث عد الدفع بالحصانة هو دفع بعدم القبول والاتجاه الأخير كيّف الدفع على انه دفع بانتفاء الولاية وهو دفع يجوز إبداؤه في أية مرحلة من مراحل التقاضي ولا يعد من النظام العام ويجوز التنازل عنه لمن تقرر لمصلحته.

Abstract

The sovereign immunity of the state is one of the established principles in general international law, and upon researching the nature or adaptation of the payment of the sovereign immunity of the state, it was found that there are four jurisprudential opinions to indicate the nature of the defense of immunity to the state. The first trend went to consider the defense of immunity as a defense of lack of state jurisdiction, while the second trend went to enumerate The sovereign immunity of the state is a plea of lack of international jurisdiction, and the third trend is the disbelief of immunity is a plea of non-acceptance, and the latter trend has conditioned the payment as pushing the absence of guardianship, which is a payment that may be made at any stage of litigation and is not considered public order and may be waived for whoever decided in its interest.

تمهيد:

تتمسك الدولة بالحصانة القضائية من خلال دفع تتم إثارته أمام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم بمناسبة قضية مرفوعة ضدها أو ضد أحدى مؤسساتها، وأن الدفع بالحصانة السيادية يفترض أن يكون للدولة اختصاص محاكمها على وفق الأسس التي تختارها، من دون أن تكون هنالك سلطة تقيد من حريتها في هذا الصدد، إلا أن هذا

يفترض أن تكون لها ولاية القضاء أصلاً، وذلك بأن يكون أطراف النزاع خاضعين لسلطة قضائها الوطني ابتداء[١].

وقد يتوافر من الضوابط الموضوعية ما يكفي لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة لكونها محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه... الخ، ولكن قد تتواجد صفة في المدعى عليه تعفيه من ولاية قضائها، وتكون هذه الصفة بمثابة ضابط سلبي لولاية القضاء، وذلك لكون المدعى عليه دولة أجنبية أو أحد ممثليها[٢]، ومن ثم يعد ذلك قيد على عموم ولاية القضاء بإضفاء الحصانة على بعض الأعمال بما يحول دون إخضاعهم لولاية هذا القضاء[٣].

وتأسيساً على هذا، فإذا ما رفع أمام القضاء الوطني نزاع وكان أحد أطرافه دولة أجنبية، فلا شك أن هذه الدولة ستجد في يدها دفعاً قانونياً إجرائياً تستطيع بواسطته أن تمنع القضاء من الاستمرار في العملية القضائية والولائية حيال النزاع المثار أمامه[٤].

والحديث هنا عن التكييف الإجرائي للدفع بالحصانة السيادية للدولة، هل هو دفع بعدم الاختصاص الولائي؟ أم دفع بعدم الاختصاص الدولي؟ أم دفع بعدم قبول الدعوى؟ أم دفع بانتفاء الولاية؟ أي يقصد بالتكييف الإجرائي هنا تحديد النظام القانوني لهذا الدفع[٥] هذا ما سيتم التعرض إليه تباعا.

أولا: الدفع بالحصانة السيادية هو دفع بعدم الاختصاص الولائي

ذهب رأي من الفقه إلى أن إعمال الحصانة السيادية في الأحوال التي تتعلق بالنزاع الدولي قد يجعل من الدفع بالحصانة هو الدفع بعدم الاختصاص الولائي في القانون

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٦م، ص ٣٠١.

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧م، ج٢، ص٩٠١،

(٣) د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٥٥.

(٤) مصطفى سالم عبد، الحصانة القضائية للدولة– دراسة في الفقه والعمل الدوليين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢، ص١٦٩.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣٦٨؛ خير الدين عبد اللطيف محمد، الحصانات الدبلوماسية القضائية– الإعفاء من القضاء الإقليمي، المكتبة العربية للنشر والتوزيع، الدوحة، ١٩٩٣م، ص٩٢.

(ISSN: 2537 - 0758)

الداخلي، فكما يمكن للدولة صاحبة الإقليم أن تدفع بعدم اختصاص قضائها العادي بالنازعات المتعلقة بنشاطها بوصفها سلطة عامة، فإنه يحق للدولة الأجنبية أن تدفع بالمثل بحصانتها السيادية أمام قضاء دولة أخرى[٦].

وسبب ذلك أن المبدأ الذي استقر عليه الفقه والقضاء في الدول التي تتبع النظام اللاتيني، أن المحاكم المدنية لا تختص بالدعاوى المتعلقة بنشاط الدولة كسلطة عامة، فهي في ممارستها لهذا النشاط تتبع أساليب القانون العام، لذلك فالطابع الإداري للنزاع يجعل الاختصاص به منوطاً بالمحاكم الإدارية دون غيرها[٧].

وفي حال وجود منازعات مع عنصر أجنبي، فإن هذه الدعاوى تقع في نطاق تخصص المحاكم المدنية، ولا يمكن للمدعي أن يلجأ للمحاكم الإدارية في هذه الحالة، وبذلك يمكن الاستغناء عن فكرة الحصانة القضائية وإحلال الاختصاص الولائي محل فكرة الحصانة ذاتها، وقصر بعضهم هذا الاتجاه على أنه من الممكن الاستغناء عن فكرة الحصانة القضائية تماماً، ما دام التنظيم الفني للاختصاص الولائي للمحاكم يكفي في حد ذاته لضمان الحماية القضائية للدول الأجنبية في حدود الإطار الذي رسمه الفقه والقضاء لفكرة الحصانة القضائية المقيدة، وعليه فإنه لا جدوى من استعمال هذه الحصانة إذا كانت المحكمة لا تجد بين صلاحيتها سلطة القضاء بسبب طبيعة النزاع، ففي كل مرة يتعلق الأمر بعمل من أعمال السلطة العامة نكون بصد عدم اختصاص وليس عدم الحصانة[٨].

وعلى هذا فإن تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعد الاختصاص الولائي يرجع إلى طبيعة الرابطة القانونية محل النزاع، فكل دعوى يكون موضوعها عمل من أعمال

---

(٦) د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة الحادية عشر، العدد الأول، ١٩٩٦م، ص٣٣٠-٣٣١؛ د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مشكلة الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١م، ص٢٧٠-٢٧١.

(٧) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٢٧٠-٢٧٢؛ مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ص١٧٣.

(٨) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ٦، ص ٣٢١؛ د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص٢٧٢؛ مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ص١٧٤.

السلطة العامة للدولة الأجنبية تكون غير داخلة في اختصاص المحاكم الوطنية[٩].

فإذا كان القضاء يختص بدعوى تتعلق بنزاع خاص أي يمتد للقانون الخاص ضد الحكومة الوطنية، فإن الدولة الأجنبية لا تكون لها الحصانة في موقف مشابه[١٠].

أما إذا كانت الحكومة الوطنية مدعى عليها في نزاع يتعلق بتنظيم عمل المرافق العامة أي نزاع إداري يخضع للقضاء الإداري، فإن الدولة الأجنبية في نزاع مماثل لا يمكن مقاضاتها أمام المحاكم العادية[١١].

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد انطلاقاً من أن القول بتقريب القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي من المبادئ العامة في الاختصاص الداخلي للمحاكم، يتضمن قدراً من الافتعال، نظراً لاختلاف الاعتبارات التي يقوم عليها كل من الاختصاص الداخلي من جهة، والاختصاص الدولي من جهة أخرى[١٢]؛ وذلك لأن فكرة الاختصاص الولائي تقوم على أساس توزيع ولاية القضاء في الدولة، وإن هذا الاختصاص وجد ليعطي كل جهة قضائية نصيبها من الولاية، وبهذا الوضع لا يمكن استعماله في مجال العلاقات الدولية الخاصة[١٣].

كما أن الحصانة لا تتعلق بالولاية؛ لأن الولاية تتعلق بسلطة القضاء في الدولة، والتي تشكل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، وتلك السلطة تمتد إلى كل شخص يوجد على الإقليم، وتصور انتماء الحصانة القضائية إلى فكرة الولاية العامة للقضاء، فيه عودة إلى فكرة الامتيازات الأجنبية، وما تضمنه من إعفاءات من الخضوع للقضاء الوطني بما كان يشكل انتهاكاً لسيادة الدولة"[١٤].

كما أن هذا التكييف وإن صح في بعض الدول التي تأخذ بنظام الازدواج القضائي، كما في فرنسا ومصر والعراق، إلا أنه لا يصح الأخذ به في الدول التي لا تأخذ بنظام الازدواج القضائى مثل بلاد النظام الأنجلوسكسوني، والتي يطبق فيها نظام وحدة القضاء، وبالتالي فلا يمكن إعمال هذا القول في تلك البلاد، مما يعني أن هذه النظرية

---

(٩) د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

(١٠) مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ١٧٤.

(١١) د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٧٢– ٢٢.

(١٢) مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ١٧٤.

(١٣) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند١٣ ص٣٣٣.

(١٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(ISSN: 2537 - 0758)

ناقصة وليست كاملة[١٥].

وإن اعتبار الدفع بالحصانة نوعاً من الاختصاص الولائي يؤدي في بعض الأحيان إلى حرمان الدولة الأجنبية من حصانتها حال انعقاد الاختصاص للمحاكم المدنية في بعض المنازعات الإدارية، كاختصاص المحاكم العادية بالحكم بنزع الملكية أو بتحديد التعويض عن الاستيلاء على عقار للصالح العام[١٦].

فلا يمكن التسليم بالطابع الإداري للعلاقات التي تكون الدول الاجنبية طرفاً فيها، وهذا ما أدى إلى استبعاد المنازعات الدولية من الخضوع للقانون الإداري، وأن هذا الاستبعاد لا يقوم على أساس حصانة الدولة الأجنبية فقط، وإنما يرجع بالدرجة الأولى إلى أن هذه المنازعات لا تدخل في إطار القانون الإداري على وفق مفاهيم القانون الإداري، وما يعزز هذا الكلام هو عدم اختصاص القضاء الإداري في نظر النزاع إذا كانت الإدارة لدولة أجنبية طرفاً فيه كما هو الحال بالنسبة للعلاقات بين المنظمات الدولية وموظفيها التي لم ينص الاتفاق على حصانتها[١٧].

ومن جهة أخرى يقرر القانون الدولي العام مبدأ المساواة بين الدول، وهذا يعني بأنه ليس باستطاعة دولة معينة مقاضاة دولة اخرى أمام محاكمها فلا يختص القضاء الوطني بمحاكمة دولة أجنبية بوصفها شخص دولي عام، ومن هنا تستمد الدولة حقها بأن تدفع بحصانتها القضائية أمام محاكم دولة أخرى[١٨]، ويرجع ذلك لاعتبارات العرف الدولي، بينما الدفع بعدم الاختصاص الولائي يقوم على الطبيعة الإدارية للنزاع ومن ثم لا يجوز عرضه على المحاكم المدنية[١٩].

ومن الأدلة على خطأ تكييف الدفع بالحصانة أنه دفع بعدم الاختصاص الولائي، من ذلك الاختلاف الجوهري في المعاملة الإجرائية التي يتلقاها كل منهما أمام القضاء؛ لأن الدفع بعدم الاختصاص الولائي يعد من النظام العام، وبالتالي لا يجوز التنازل عنه، ويلتزم القاضي بالحكم به من تلقاء نفسه، وهذا على خلاف الدفع بالحصانة القضائية

---

(١٥) د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(١٦) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند١٩، ص ٣٣٩.

(١٧) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند١٤، ص٢٣٥.

(١٨) محمد مصطفى سيد حسين، الحصانة القضائية في منازعات الاستثمار الأجنبي المستغرقة داخل أعمال السيادة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص١٤.

(١٩) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند١٤، ص٢٣٥.

حيث أن من المستقر هو جواز تنازل الدولة الأجنبية عن الدفع بحصانتها وخضوعها اختيارياً لولاية المحاكم الوطنية[٢٠].

مما سبق يتضح أن الدفع بالحصانة يختلف عن الدفع بعدم الاختصاص الولائي، من حيث نطاق إعمال كل منهما، بل إن المعاملة الإجرائية التي يتلقاها كل من الدفعين أمام القضاء تختلف هي الأخرى، مما يؤكد أن وصف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم الاختصاص الولائي هو تكييف غير سليم، ولا يعبر عن الفهم الحقيقي لفكرة الحصانة.

ثانيا: الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الاختصاص الدولي:

جرى أغلب الفقه كما هو الحال في فرنسا ومصر والعراق على دراسة الحصانات الأجنبية والدبلوماسية ضمن المبادئ الخاصة بالاختصاص الدولي[٢١]، وهم يعدون الحصانة قيداً على الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وهو ما يفصح عن تبني هذا الاتجاه تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية[٢٢].

في حين يذهب رأي من الفقه إلى أن قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون المرافعات هي قواعد داخلية وأن كانت تنظم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، تسنها الدولة لتنظيم اختصاص محاكمها في نظر المنازعات محققة في ذلك الغاية التي تبتغيها سياستها التشريعية، بينما تقوم فكرة الحصانة على أسس ثابتة في القانون الدولي العام[٢٣]، وهذا يبين الاختلاف الجوهري بين قواعد الاختصاص على وفق معناها الفني

([٢٠]) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣٣٩– ٣٤٠؛ د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق ، ص ٢٧٩؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٣٧١؛ مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ١٧٦.

([٢١]) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج٢، ص٧٥٨؛ د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي– دراسة مقارنة في القانون المصري والعربي مع إشارة خاصة للتحكيم التجاري وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر والدول العربية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م، ص٣٦.

([٢٢]) د. ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٧٣.

([٢٣]) د. فراس كريم شيعان، أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، ع٥٠، ٢٠١٨، ص٦٩١.

(ISSN: 2537 - 0758)

وبين مفهوم الحصانة إذ أن قواعد الاختصاص هي قواعد داخلية سواء أكانت هذه القواعد داخلية أم دولية[٢٤].

لذلك جرى التأكيد على الطابع الوطني لقواعد الاختصاص الدولي، وعلى هذا فإن فكرة الحصانة قوم على أسس ثابتة في القانون الدولي العام، واستدلوا بتفرقة الفقه الألماني بين قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية وبين سلطة الدولة في القضاء[٢٥].

وذلك أن سيادة الدول على إقليمها تعني سلطتها المطلقة على القضاء في داخل هذا الإقليم؛ ولكنها تتقيد بقواعد القانون الدولي العام، ولما كان العرف الدولي قد استقر على منح الحصانات الدبلوماسية وكذلك منح هذا الحق لرؤساء الدول وممثليها، مما يعني قيوداً على سلطة الدولة في القضاء بمقتضى نصوص القانون الدولي العام، لذلك تأخذ كل دولة بتنظيم سلطتها في القضاء بوضع قواعد الاختصاص الدولي، وتستبعد بطريقة غير مباشرة المنازعات التي ترى عدم اختصاص محاكمها بنظرها[٢٦].

لذلك فإن ترك الدولة للمنازعات التي تكون فيها دولة أجنبية أو رئيسها أو ممثليها الدبلوماسيون مدعى عليه، لا يكون بمحض إرادتها، وإنما لا تملك سلطة القضاء فيها، فالحصانة ليس مجرد قيد على قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية؛ ولكنها قيد على سلطة الدولة في القضاء على وفق مبادئ القانون الدولي العام[٢٧].

ويذهب رأي أحد من الفقه إلى أن القيد المفروض على الدولة بخصوص الحصانات في القانون لدولي ليست بصيغة قسرية أو جبرية، وإنما بمحض إرادتها، وأن بوسع تلك الدولة أن تصدر تشريعاتها من دون مراعاة لأحكام القانون الدولي الخاصة بالحصانات، وأنه ليس بوسع القانون الدولي أن يعارض ذلك[٢٨].

ويلاحظ أن التشريع الفرنسي خول المدعي العام سلطة الطعن بالنقض على أساس تجاوز السلطة في الحكم الذي يتجاهل قواعد الحصانة القضائية، وهو بذلك عدّ الدفع بالحصانة قيداً على سطلة الدولة في القضاء، وليس مجرد دفع بعدم الاختصاص الدولي

([٢٤]) د. هشام خالد، مرجع سابق، ص٣٦ .

([٢٥]) د. هشام خالد، مرجع سابق، ص٣٦؛ د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص٧٤.

([٢٦]) د. هشام خالد، مرجع سابق، ص٣٩.

([٢٧]) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص٧٥.

([٢٨]) د. هشام خالد، مرجع سابق، ص ٤٠– ٤١.

للمحاكم الوطنية[٢٩].

وإن خطأ المحكمة في تقدير اختصاصها الذي حدده القانون بالنسبة للاختصاص المحلي أو الفرعي في مواجهة جهة قضائية أخرى لا يمثل تجاوزاً لسلطة، وهذا يؤكد اختلاف فكرة الحصانة كقيد على سلطة الدولة في القضاء عن المفهوم التقليدي للاختصاص[٣٠].

من هذا يتبين أن الدفع بالحصانة لا يمثل دفعاً بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وإنما يتمتع بطبيعة خاصة.

ثالثا: الدفع بالحصانة هو دفع بعدم قبول الدعوى

ذهب جانب من الفقه الحديث إلى أن الدفع بالحصانة هو في حقيقته دفع بعدم قبول الدعوى، يتعلق بصفة المدعى عليه، والتي تجعله غير خاضع للقضاء الإقليمي، وهو يرتبط بمدى حق المدعي في رفع دعواه من الأصل، أي: أنه في مركز يتوسط بين الدفوع الشكلية من جهة، وبين الدفوع الموضوعية من جهة أخرى، وهذا هو أساس الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات[٣١].

ويؤيد هذا أن الدفع بعدم القبول يراد منه إنكار وجود الدعوى لعدم توافر الشروط التي فرضها القانون، إذ يتعلق هذا الدفع بالوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أو أن شروط هذا الاستعمال غير متوافرة، فهو إذن يوجه إلى وسيلة الحماية القضائية، أي الدعوى[٣٢].

لذلك فشرط الصفة يتخلف بصدد الحصانة القضائية، فالشخص المتمتع بالحصانة لا تتوافر الصفة التي تسوغ رفع الدعوى عليه، وانتفاء الصفة يؤدي كما هو مستقر في فقه قانون المرافعات إلى الحكم بعدم القبول الدعوى ضده[٣٣].

([٢٩]) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند٢٣، ص ٣٤٦.

([٣٠]) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص٧٦.

([٣١]) د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص٢٨١؛ د. هشام صادق، مرجع سابق، ص٣٤٩-٣٥٠؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٣٧٢.

([٣٢]) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ١٦- ١٩؛ د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١م، ص ٢٢؛ مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ص١٨٣.

([٣٣]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٣٧٢- ٣٧٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

فإن الدفع بالحصانة القضائية من جانب الدولة الأجنبية امام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم لا يعدّ دفعا موضوعيا لأنه لا يوجه لرفض موضوع النزاع، ولا يعد دفعا شكليا يوجه إلى إجراء من إجراءات التقاضي، بل يوجه إلى انتفاء صفة المدعى عليه في الدعوى المقامة.

وتعزيزاً لذلك وتأكيداً لسلامة هذا التكييف ما يتلقاه الدفع بالحصانة من معاملة إجرائية أمام القضاء، فبالنسبة للوقت الذي يثار فيه الدفع، يلاحظ أن أحكام الدفع بعدم القبول تتفق في عمومها مع طبيعة الدفع بالحصانة، إذ يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو في الاستئناف[٣٤]، وكذلك الحال بالنسبة للدفع بالحصانة الذي يجوز إبداؤه من المدعى عليه في أية لحظة مع سير الدعوى وحتى بعد الدخول في موضوعها[٣٥].

وإن إمكانية التنازل عن الحصانة من جانب من يتمتع بها، وما يترتب على ذلك إمكان نظر الدعوى والسير فيها أمام المحكمة التي تنظر الدعوى، نجد أن هذا يتفق مع حكم من أحكام الدفع بعدم القبول، وهو أن الحكم الصادر بعدم القبول لا يحوز حجية الأمر المقضي به، ولهذا يمكن بعد الحكم بعدم القبول لوجود الحصانة، قبول نظر الدعوى من جديد إذا زالت الحصانة بالتنازل عنها"[٣٦].

وذهب جانب من الفقه إلى مقارنة الدفع بالحصانة مع الدفع الذي يثيره رجال القضاء إزاء دعاوى التعويض التي قد ترفع ضدهم في غير الأحوال التي حددها المشرع، ومن دون اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون[٣٧].

ومن المبادئ المستقرة في القانون الإجرائي أنه لا يجوز لأي شخص أن يطالب رجال القضاء بالتعويضات المترتبة على أخطائهم المهنية إلا عن طريق دعوى مخاصمة القضاة، والتي تتطلب أن يتبع في رفعها إجراءات محددة بينها القانون، كما

([٣٤]) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدني، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٢٠.

([٣٥]) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص ٣٧٣ –٣٧٤.

([٣٦]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٣٧٤؛ د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

([٣٧]) د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٠م، ص١١٤–١١٩؛ مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ص١٨٤.

يشترط أن يكون الخطأ المهني المقترف فيها جسيماً[٣٨].

وعليه فإن للقاضي الحق في الدفع بالحصانة إذا رفعت عليه دعوى تعويض في غير الحدود التي رسمها القانون، كما لو كان الخطأ المنسوب إليه لم يبلغ درجة الجسامة المطلوبة[٣٩]. وعليه فإن الدفع هنا هو دفع بعدم القبول؛ لأنه لا يتعلق بموضوع الدعوى، ولا يتعلق بإجراءات الخصومة، وإنما يقوم على صفة المدعى عليه، ويرتبط بمدى حق المدعي في مقاضاة رجال القضاء في هذه الحالة[٤٠].

ومن هذا يتضح أن الفقه يقرر أنه ما دام الدفع الذي يثيره رجال القضاء في الحدود التي خول فيها القانون قدراً من الحصانة، هو دفع بعدم القبول، فيكون دفع الدول الأجنبية أو رئيسها أو ممثليها الدبلوماسيين في الأحوال التي يتمتعون فيها بالحصانة هو دفع بعدم قبول الدعوى[٤١].

ويطرح الباحث تساؤلا يتعلق بالدفع بعدم القبول ويتساءل هل من الممكن انطباقه على الدفع بالخصومة، إذا ما تعلق الأمر في قانون المرافعات المصري، **إذ نصت المادة (٢/١١٥) منه على أنه:** ((إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة...)). فإذا ما أقيمت الدعوى على رئيس دولة أجنبية ووجهت إجراءات الخصومة إليه بصفته الوظيفية وليست بصفته الشخصية هل من الممكن تصحيح صفة المدعى عليه بأن الدعوى المقامة ضده هي دعوى تتعلق بصفته الشخصية ولا تتعلق بصفته الوظيفية؟ كما لو كان هناك تعامل يخضع للقانون الخاص بين رئيس الدولة وشخص عادي، الإجابة على ذلك تكون بالإيجاب طالما الأشخاص المشمولين بالحصانة يخضعوا إلى قضاء الدولة التي يتبعوها فالقضاء المختص بنظر النزاع وليس قضاء دولتهم طالما كان موضوع النزاع يتعلق بنشاط مدني أو تجاري يخضع للقانون الخاص[٤٢].

([٣٨]) د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٩م، ج١، ص ٩٩-١٠٠ ؛ د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٣٠١؛ د. سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة الدبلوماسية، مرجع سابق، ص ١٤٠؛

([٣٩]) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٣٥٢.

([٤٠]) مصطفى سالم عبد، مرجع سابق، ص١٨٥.

([٤١]) د. هشام صادق، مرجع سابق، بند٢٦، ص ٣٥٢.

([٤٢]) انظر المادة (٢/١١٥) من قانون المرافعات المصري.

(ISSN: 2537 - 0758)

رابعا: الدفع بالحصانة هو دفع بانتفاء الولاية

يذهب رأي رابع من الفقه أن الدفع بالحصانة هو دفع بانتفاء الولاية، ويفرق بين الولاية القضائية والاختصاص القضائي فإذا كانت الولاية تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون وتمنح هذه السلطة لكافة محاكم الدولة بينما الاختصاص القضائي هو نصيب كل محكمة من هذه الولاية بنوع معين من الدعاوى، فإن الجهة المختصة بالفصل في النزاع هو القضاء وهذا يعني أن ولاية الفصل في النزاع تنعقد للقضاء وأن الاختصاص القضائي هو تقسيم الفصل في المنازعات فيما بين المحاكم بحيث تختص كل محكمة بنوع معين من الدعاوى ولا تستطيع هذه المحكمة تجاوز اختصاصها القضائي الممنوح لها بموجب القانون، والمقصود هنا قانون المرافعات وقانون التنظيم القضائي[٤٣].

والتفرقة تتضح بين الاختصاص القضائي والولاية القضائية عند إصدار الأحكام القضائية فإذا صدر حكم من محكمة غير مختصة ولكن في حدود الولاية القضائية للدولة يجعل الحكم باطل وقد يكتسب قوة الأمر المقضى به، ولا يجوز الاحتجاج ببطلانه إلا بالطرق المقررة عند الطعن بالأحكام، بينما إصدار حكم من محكمة لا تملك الولاية القضائية للفصل في النزاع يجعل الحكم منعدما ولا يتمتع بقوة الامر المقضى به، كما هو الحال لو صدر حكم قضائي يفصل بعمل من أعمال السيادة التي لا تخضع للقضاء[٤٤]. وهذا ما يدعو إلى استبعاد الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم الاختصاص سواء كان عدم الاختصاص الولائي أو عدم الاختصاص الدولي.

وفيما يتعلق بأن الدفع بالحصانة هو بطبيعته دفع بعدم قبول الدعوى فأنه يمكن القول أن الصفة في الدعوى كأحد شروط قبول الدعوى تعني أن يكون المدعي هو صاحب الحق الذي تم الاعتداء عليه وأن المدعى عليه هو المسؤول عن تجهيله أو إنكار الحق أو الاعتداء عليه[٤٥]، وتختلف الصفة في الدعوى عن الحصانة القضائية، فإذا كانت الصفة تتطلب صلة بين الشخص والدعوى المقامة فإن الحصانة تتمثل بأنها صفة خاصة تمنح للشخص وتحميه من الخضوع لولاية القضاء بخصوص الاعمال التي

---

(٤٣) د. ناصر عثمان، مرجع سابق، ص٨١.

(٤٤) د. ناصر عثمان، مرجع سابق، ص٨١.

(٤٥) قارن: د. فراس كريم شيعان، مرجع سابق، ص٦٩٠.

يمارسها من تقررت له، فهناك اختلاف بين الفكرتين وذلك لأن وجود الحصانة لا يمنع من وجود الحق في الدعوى أو تنتقص منه ولا تعمل الحصانة على اسقاط حق الدعوى أو انقضاؤه في مواجهة من يتمتع بالحصانة القضائية حيث يجوز مقاضاته أمام المحاكم التي يخضع لها الشخص المتمتع بالحصانة وهذا ما اكدته المادة (٤/٣١) من اتفاقية فيينا بخصوص المبعوثين الدبلوماسيين.

وهذا ما دعا أحد من الفقه للقول بعدم أمكانية تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بدعم قبول الدعوى على الرغم من انطباق أغلب احكام الدفع بعدم قبول الدعوى على الدفع بالحصانة وذلك لأنه لو سلمنا بأن الدفع بالحصانة القضائية ما هو إلا دفع بعدم قبول الدعوى يعني لا يجوز إقامة الدعوى مجددا ضد الشخص المتمتع بالحصانة أمام القضاء المختص بمقاضاته، وهذا ما يدعو إلى القول بأن الحصانة فكرة ترتبط بالولاية القضائية[٤٦] ويتمتع الدفع بالحصانة بخصائص معينة تتمثل فيما هو آتٍ:

أولا: ميعاد إبداء الدفع بالحصانة

يجوز إبداء الدفع بالحصانة في أي مرحلة من مراحل النزاع سواء قبل التعرض لموضوع النزاع أو بعد التعرض لموضوع النزاع وسواء أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف[٤٧]، والتساؤل المثار هل أن سكوت الدولة الأجنبية المتمتعة بالحصانة السيادية وترافعها أمام القضاء الوطني يعد تنازل ضمني من قبل هذه الدول المقررة الحصانة لمصلحتها؟ الإجابة على ذلك بالنفي لأن ترافع الدولة وسكوتها وعدم إبداءها الدفع بحصانتها لا يعد قرينة مطلقة على تنازلها عن الدفع بالحصانة بل من الجائز التمسك بالدفع في الحصانة فيما بعد[٤٨]، وذلك لأن الدفع بالحصانة لا يعد دفع شكلي إذا لم يتمسك به لمن تقرر لمصلحته يسقط فيما بعد ولا يجوز التذرع به، وهذا يعني جواز إبداءه في أي مرحلة من مراحل النزاع[٤٩].

---

(٤٦) د. ناصر عثمان، مرجع سابق، ص٨٢؛ د. السعيد خويلدي، مرجع سابق، ص٣٤١.

(٤٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، دون ذكر سنة النشر، بند٣٠٤، ص٣٧٤.

(٤٨) قارن: د. سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص٤٢٠.

(٤٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، بند٣٠٤، ص٣٧٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

ثانياً: **جواز التنازل عن الدفع بالحصانة**

إن الدفع بالحصانة دفع مقرر لمصلحة أشخاص يتصفون بصفة معينة ويحق لهؤلاء الأشخاص التنازل عن هذا الدفع بإرادتهم وموافقة الجهة التي يتبعون إليها، ويذهب إلى ذلك غالبية الفقه ويؤكدوا جواز تنازل الدولة عن الدفع بحصانتها القضائية والتقاضي أمام محاكم دولة اخرى وأمام قضاء التحكيم، ولكن اشترطوا أن يكون هذا التنازل واضحا ومؤكدا وزاد فريقا منهم أن يكون التنازل صريحا وليس تنازل ضمنيا يستشف بأنه تنازل بل ينبغي أن يكون بصورة صريحة وليس بصورة ضمنية(٥٠).

ثالثا: **الدفع بالحصانة دفع غير متعلق بالنظام العام**

على الرغم من أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع متعلق بمصلحة عامة تقرر لمصلحة الدولة ولا يتعلق بمصلحة خاصة تقرر للمدعى عليه فقط إلا أن جواز التنازل عن الحصانة يحتم القول أن الدفع بالحصانة هو دفع غير متعلقاً بالنظام العام وإذا كان الكلام بعكس ذلك والقول بأن الدفع بالحصانة هو دفع متعلق بالنظام العام يعني عدم جواز التنازل عنه وهذا يخالف الاتفاقيات الدولية التي نصت على جواز التنازل عن الدفع بالحصانة امام القضاء العادي او قضاء التحكيم(٥١).

رابعا: **يحق للمحكمة أن تقضي بالدفع بالحصانة من تلقاء نفسها**

لم تنظم التشريعات محل الدراسة مسألة إثارة محكمة الموضوع التي تنظر النزاع للدفع بالحصانة السيادية للدولة الأجنبية من تلقاء نفسها، ولا حتى الاتفاقيات الدولية التي تطرقت للحصانة تاركة بذلك الأمر للقضاء، وتقرر محكمة النقض الفرنسية مبدأ وهو التزام محكمة الموضوع بإثارة الدفع بالحصانة من تلقاء نفسها إذا ما رفعت دعوى ضد دولة أجنبية متمتعة بالحصانة القضائية خاصة في حالة غياب الدولة عن الترافع وألا تستمر في نظر النزاع وتقضي بعدم اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها، إلا في حالة حضور الدولة الاجنبية بنفسها والترافع أمام محاكم القضاء الوطني(٥٢).

وبعد عرض الآراء الفقهية التي تطرقت لتكييف الدفع بالحصانة وخصائص الدفع بالحصانة يتضح للباحث أن الفقه التقليدي كان يرى بأن الدفع بالحصانة السيادية للدولة

---

(٥٠) محمد مصطفى سيد حسين، النظام القانوني للتنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، ع٤١، مارس ٢٠١٧، ص٤٩٥.

(٥١) د. فراس كريم شيعان، مرجع سابق، ص٦٩٧.

(٥٢) د. ناصر عثمان، مرجع سابق، ص٨٥.

يعد دفع بعدم الاختصاص الولائي ولكن اتضح عدم صحة هذا الرأي لاختلاف أساس الدفع بالحصانة عن أساس الدفع بعدم الاختصاص الولائي وقد وجهت انتقادات لهذا الرأي وتبين عدم صلاحيته لانطباقه على الحصانة السيادية للدولة[٥٣].

وأن تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم قبول الدعوى يلقى قبولاً واسعا لدى الفقه[٥٤] وبالرغم من رجاحته إلا أن توافر الدفع بعدم قبول الدعوى يعني عدم جواز إقامة الدعوى مجددا على الشخص المتمتع بالحصانة أمام القضاء المختص وذلك لانتفاء حق الدعوى بوصفه حقا إجرائيا شخصيا في مواجهة الشخص المتمتع بالحصانة، أي انتفاء مباشرة حق الدعوى برمته ضد الدولة الاجنبية المتمتعة بالحصانة وهذا قول ينافي العدالة لما فيه لإهدار الحقوق وضياعها على اصحابها[٥٥].

وعلى الرغم من قبول الدفع بالحصانة وتحقق آثاره من الجائز مقاضاة الدولة امام القضاء المختص التي تخضع له ليفصل في النزاع من جديد وهذا ما يفند القول الذي يرى بأن الدفع بالحصانة القضائية ما هو دفع بعدم القول وأن الرأي الراجح لتكييف الدفع بالحصانة هو دفع بانتفاء الولاية في نظر النزاع ولا يمكن تأسيس الدفع بالحصانة إلا على هذا الأساس على وفق أحكام القانون الدولي والعرف الدولي، ولا يخضع الدفع بالحصانة لأحكام القانون الإجرائي الداخلي[٥٦].

الخاتمة

بعد هذا البحث الموجز يصل الباحث الى الخاتمة لبيان أبرز النتائج التي توصل إليها واهم التوصيات التي ينادي بها:

يجوز إبداء الدفع بالحصانة في أي مرحلة من مراحل النزاع سواء قبل التعرض لموضوع النزاع أو بعد التعرض لموضوع النزاع وسواء أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف وأن ترافع الدولة وسكوتها وعدم إبداءها الدفع بحصانتها لا يعد قرينة مطلقة على تنازلها عن الدفع بالحصانة بل من الجائز التمسك بالدفع في الحصانة فيما

---

(٥٣) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ١٣، ص٣٣٥.

(٥٤) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ٢٥، ص٣٤٩؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، بند٩، ص٦؛ د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق، بند٢١٨، ص٢٨١.

(٥٥) د. ناصر عثمان، مرجع سابق، ص٨٢.

(٥٦) الإشارة السابقة، ص٨٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

بعد.

ويذهب إلى ذلك غالبية الفقه ويؤكدوا جواز تنازل الدولة عن الدفع بحصانتها القضائية والتقاضي على الرغم من أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع متعلق بمصلحة عامة تقرر لمصلحة الدولة ولا يتعلق بمصلحة خاصة تقرر للمدعى عليه فقط إلا أن جواز التنازل عن الحصانة يحتم القول أن الدفع بالحصانة هو دفع غير متعلقاً بالنظام العام.

التزام محكمة الموضوع بإثارة الدفع بالحصانة من تلقاء نفسها إذا ما رفعت دعوى ضد دولة أجنبية متمتعة بالحصانة القضائية خاصة في حالة غياب الدولة عن الترافع وألا تستمر في نظر النزاع وتقضي بعدم اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها، إلا في حالة حضور الدولة الاجنبية بنفسها والترافع أمام محاكم القضاء الوطني.

وفي نهاية المطاف يناشد الباحث بضرورة تضمين هذه المفاهيم عند تنظيم المشرع للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وعدّ الحصانة السيادية للدولة دفع يجوز إبداؤه في أية مرحلة من مراحل التقاضي ومن الجائز التنازل عن الدفع بالحصانة لمن يملك الحق في ذلك وهو الشخص الذي مُنحت له صفة الحصانة وتملك محكمة الموضوع حق إثارة موضوع الحصانة السيادية للدولة المدعى عليها إذا لم تحضر هذه الدول أية جلسة من جلسات المرافعات، وأخيرا تضمين فكرة أن الدفع بالحصانة السيادية للدولة لا يعدّ دفعا من النظام العام.

المراجع

- **د. فؤاد عبد المنعم رياض**، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٦م، ص ٣٠١.
- **د. عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧م، ج٢، ص ٩٠١.
- **د. أحمد ماهر زغلول**، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٥٥.
- **مصطفى سالم عبد**، الحصانة القضائية للدولة– دراسة في الفقه والعمل الدوليين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢، ص١٦٩.

- **د. أحمد عبد الكريم سلامة،** فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣٦٨؛ **خير الدين عبد اللطيف محمد،** الحصانات الدبلوماسية القضائية– الإعفاء من القضاء الإقليمي، المكتبة العربية للنشر والتوزيع، الدوحة، ١٩٩٣م، ص٩٢.
- **د. هشام علي صادق،** طبيعة الدفع بالحصانة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة الحادية عشر، العدد الأول، ١٩٩٦م، ص٣٣٠–٣٣١؛ **د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن،** مشكلة الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١م، ص٢٧٠–٢٧١.
- **د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن،** مرجع سابق، ص٢٧٠–٢٧٢؛ **مصطفى سالم عبد،** مرجع سابق، ص١٧٣.
- د. هشام علي صادق، مرجع سابق، بند ٦، ص ٣٢١؛ د. عبد الحكيم مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٧٢؛ **مصطفى سالم عبد،** مرجع سابق، ص١٧٤.
- **د. محمد مصطفى سيد حسين،** الحصانة القضائية في منازعات الاستثمار الأجنبي المستغرقة داخل أعمال السيادة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص١٤.
- **د. هشام علي صادق،** مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣٣٩– ٣٤٠؛ **د. عبد الحكيم مصطفى،** مرجع سابق ، ص٢٧٩؛ **د. أحمد عبد الكريم سلامة،** مرجع سابق، ص٣٧١؛ **مصطفى سالم عبد،** مرجع سابق، ١٧٦.
- **د. عز الدين عبد الله،** مرجع سابق، ج٢، ص٧٥٨؛ **د. هشام خالد،** القانون القضائي الخاص الدولي– دراسة مقارنة في القانون المصري والعربي مع إشارة خاصة للتحكيم التجاري وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر والدول العربية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م، ص٣٦.
- **د. ناصر عثمان محمد عثمان،** الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٧٣.
- **د. فراس كريم شيعان،** أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، ع٥٠، ٢٠١٨، ص٦٩١.

(ISSN: 2537 - 0758)

- **د. أحمد أبو الوفا**، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ١٦– ١٩؛ **د. نبيل إسماعيل عمر**، الدفع القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١م، ص ٢٢؛ **مصطفى سالم عبد**، مرجع سابق، ص١٨٣.
- **د. حفيظة السيد الحداد**، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٠م، ص١١٤–١١٩؛ **مصطفى سالم عبد**، مرجع سابق، ص١٨٤.
- **د. عبد المنعم الشرقاوي**، شرح المرافعات المدنية والتجارية، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٩م، ج١، ص ٩٩–١٠٠ ؛ **د. هشام صادق**، مرجع سابق، ص ٣٠١؛ **د. سهيل حسين الفتلاوي**، الحصانة الدبلوماسية، مرجع سابق، ص ١٤٠؛
- **د. أحمد عبد الكريم سلامة**، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، دون ذكر سنة النشر، بند٣٠٤، ص٣٧٤.
- **د. محمد مصطفى سيد حسين**، النظام القانوني للتنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، ع٤١، مارس ٢٠١٧، ص٤٩٥.