

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية



تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف:

أ.د. يوسف فتيحة

إعداد الطالبة:

كمال سمية

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. ميكالي الهواري
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	- أ.د. يوسف فتيحة
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	- أ.د. قاسم العيد عبد القادر
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. بن عصمان جمال
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة "أ"	- د. كريم كريمة
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة "أ"	- د. كريم زينب

السنة الجامعية : 2015-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ ... رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ
وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي
ذُرِّيَّتِي ^ط إِنِّي تُبِّتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾ ﴿١٥﴾

صَلَّى
العظيم

سورة الأحقاف الآية (15)



" إني رأيت أنه لا يكتب إنسانا كتابا في يومه،

إلا قال في غده: لو غُيِّرَ هذا لكان أحسن،

ولو زيد كذا لكان يُستحسن، ولو قُدِّمَ هذا

لكان أفضل، ولو تُرِكَ هذا لكان أجمل، وهذا

من أعظم العبر، وهو دليل على إستيلاء

النقص على جملة البشر".

الأصفهاني

شكرًا وتقديرًا للمائة سنة

الحمد لله الذي لا تعدّ نعمه، الذي وفقني لتمام رسالة الدكتوراه.

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيّد الأنبياء محمد صلى الله عليه وسلم

وعلى آله وصحبه أجمعين.

أتقدّم بالشكر الجزيل للأستاذة الفاضلة السيدة يوسف فتيحة على قبولها إتمام الإشراف

على هذه الرسالة بعد وفاة المغفور له الأستاذ بن حمو عبد الله - رحمه الله -

فقد تشرفت بإشرافها ومرافقتها لي، وأشكرها على سعة صدرها وصبرها معي، فلم

تبخل عليّ بنصائحها وتوجيهاتها.

كما أتقدّم بالشكر للأستاذ ميكالي الهواري على قبوله ترأس هذه اللجنة وللسادة والسيدات

أعضاء اللجنة على تحمّلهم مشقة القراءة والسفر ومناقشة هذه الرسالة.

ولا أنسى أن أشكر كل من ساعدني ودعمني لإتمام هذه الرسالة.

أوجه شكري الخالص إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وإلى كل العاملين فيها

خاصة أعوان مكتبة الكلية.

إلى أمي المباركة،
رحمها الله بواسع رحمته وأسكنها فسيح جناته.

إلى أبي العزيز،

أطال الله في عمره.

"قل ربّ ارحمهما كما ربياني صغيراً"

إلى قرّة عيني ابنتي هبة ابتسام.

إلى إخوتي وأخواتي فاطمة الزهراء ووليتي.

إلى زوجي وعائلته.

قائمة المختصرات:

1- باللغة العربية:

ج.ر	جريدة رسمية
ص	صفحة
غ.أ.ش.م.م.ع	غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا
غ.ش.أ.م.م.ع	غرفة شؤون الأسرة والموارث للمحكمة العليا
ق.م	القانون المدني الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
م.ف	القانون المدني الفرنسي
ق.م.م	قانون المرافعات المصري
ق.إ.م.ف	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

2- باللغة الفرنسية:

CA	la cour d'Appel en France
CE	le Conseil d'Etat en France
Cass.1 ^{ère} civ	arrêt de la cour de cassation la première chambre civile
éd	éditions
et s.	et suivantes
ibid	ibidem : même ouvrage précité
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc.cit	Loco citato : même page précitée
n°	Numéro
Op.cit	Opere citato : ouvrage précité
OPU	Office des publications universitaires
p	page
Rev.crit.DIP	Revue critique de droit international privé
R.CDIP	
RIDC	Revue internationale de droit comparé
TGI	Tribunal de grande instance en France

مقدمة

مقدمة

تثير العلاقات الخاصة في نطاق القانون الداخلي العديد من المشاكل مما يحتم على القضاء التدخل لفض المنازعات وحلها وفق القواعد القانونية المناسبة، وإن كانت هذه القواعد تندرج ضمن نظام قانوني واحد، أما إذا كانت العلاقات الخاصة مشتملة على عنصر أجنبي، أو ما يصطلح عليها كذلك بالعلاقات الدولية الخاصة أو العابرة للحدود، فإنها تثير مشاكل خاصة تتمثل في تعيين المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق، هذه المشاكل لا تثار بالنسبة للعلاقات الداخلية.

ومن المعلوم أن القانون الدولي الخاص، الذي ينظم العلاقات الدولية الخاصة، بنظريته أو مجاله، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، قد تكفل بحلّ هذه المشاكل بموجب نوعين من القواعد القانونية، قواعد الإسناد أو قواعد التنازع التي تعتبر قواعد فنية غير مباشرة تتضمن منهجا خاصا، وقواعد مادية مباشرة.

وإذا كانت القواعد المادية تعيّن حالات اختصاص المحاكم الوطنية لنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فإن قواعد الإسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق، وهي قواعد ازدواجية، كقاعدة عامة، تعيّن إما القانون الأجنبي أو قانون القاضي، وبالتالي تختلف هذه القواعد عن القواعد المادية المتعلقة بالاختصاص القضائي لكنها تلتقي معها من حيث إمكانية التلازم بينهما.

وانطلاقا من ازدواجية قواعد الإسناد، يعتبر تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني القاعدة العامة والعادية، ذلك أن تطبيق قاعدة موضوعية أجنبية على منازعة خاصة دولية هو الذي أدى إلى نشأة ووجود نظرية تنازع القوانين، ولو أن كل قاضي طبق قانونه تطبيقا مانعا لما كان هناك قانون دولي خاص، وإذا طبقت كل دولة قانونها الخاص فسيقضى على نظرية تنازع القوانين، لهذا فإن ازدواجية قواعد الإسناد تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي يراحم قانون القاضي، وتطبيق القانون الأجنبي يعتبر العمود الفقري لنظرية تنازع القوانين، لكن ومن خلال قراءة قواعد الإسناد يلاحظ أن قانون القاضي يطبق في عدّة حالات ومن خلال عدّة مراحل، وهذا ما ينبأ على أن له دور متميز في حكم العلاقات الدولية الخاصة.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل ظهور النظريات الخاصة بتنازع القوانين، خاصة نظرية الأحوال الايطالية، كانت القاعدة العامة هي تطبيق قانون القاضي، حيث كان القاضي يطبق قانونه في جميع المسائل بين الوطنيين والأجانب، بسبب سيادة مبدأ الإقليمية.

ويعتبر موضوع تطبيق قانون القاضي النقطة المشتركة بين نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، فلا يمكن الحديث عن قانون القاضي باعتباره القانون المطبق دون التطرق لحالات اختصاص القاضي لنظر المنازعات الدولية الخاصة.

ويقصد بقانون القاضي¹ قانون المحكمة التي تنظر المنازعة، حيث يتعلق الأمر بقانون الدولة التي ينظر قضائها النزاع فهنا تناسب بين قانون الدولة وبين قضائها الموجود على إقليمها، وتشير العبارة إلى القانون المطبق في المكان أو الدولة التي توجد فيها المحكمة التي رفعت أمامها القضية، وقد يكون قانون القاضي الوطني أو قانون القاضي الأجنبي، لكن وبالنظر لاعتبار قواعد الإسناد قواعد وطنية تندرج ضمن النظام القانوني الداخلي أو تشريع الدولة فإن المقصود به هو قانون القاضي الوطني، وبالتالي يستبعد قانون القاضي الأجنبي وقانون القاضي الذي يجد مصدره في الاتفاقيات الدولية، والمقصود بقانون القاضي بالنسبة للجزائر القانون الجزائري، ويجب ألا تؤدي هذه التسمية إلى الخلط بين قانون القاضي والقانون الوطني، فهذا الأخير يعني قانون الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية ولا يعتبر بالضرورة وبصفة حتمية قانون القاضي، الذي قد يحتلط مع القانون الإقليمي، فالقانون الوطني يطبق على الأشخاص وفقاً لمبدأ الشخصية والقانون الإقليمي يطبق في حدود إقليم الدولة وفقاً لمبدأ الإقليمية، ويرجع سبب الخلط بين القانون الإقليمي وقانون القاضي إلى أن المحكمة موجودة في حدود إقليم الدولة، لكن قانون القاضي لا يتحدد لا وفقاً لمبدأ الشخصية ولا وفقاً لمبدأ الإقليمية وإنما بحسب القاضي أو المحكمة التي تنظر النزاع، وقد يطبق القاضي القانون الوطني الأجنبي على أشخاص لا يحملون بالضرورة جنسيته أو يطبق القانون الإقليمي لدولة أخرى، ويتميز قانون القاضي عن القانون المحلي في أن هذا الأخير يقصد به في نظرية تنازع القوانين قانون مكان وقوع الفعل الضار أو قانون مكان إبرام التصرفات القانونية الذي يحكم شكلها، وليس من الضروري أن تكون المحكمة التي تنظر المنازعة هي التي وقع الفعل الضار في إقليمها أو التي أبرم التصرف فيها، كما يجب التنبيه كذلك إلى أن القاضي الذي ينظر المنازعة هو القاضي الذي ترفع إليه الدعوى ابتداء

¹ - أصل الكلمة لاتيني وهي forum وتعني المحكمة، وباللغة الفرنسية la loi du for، وتجدر في المراجع الأجنبية مصطلح la lex fori.

وليس القاضي الذي يعرض عليه النزاع بعد صدور حكم في موضوعه من أجل منحه الصيغة التنفيذية أين يتأكد القاضي الوطني من حيازة الحكم الأجنبي لحجية الأمر المقضي به وفقا لقانون القاضي الأجنبي الذي أصدره.

ومن خلال إجراء موازنة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي يلاحظ أن قواعد الإسناد الازدواجية قد ساوت بينهما، لهذا فهي تعتبر قواعد عادلة، فالأصل تطبيق القانون الأجنبي واعتبار تطبيق قانون القاضي مجرد استثناء.

ولقد اختلف الفقه في نظرتة للقانون الأجنبي بين معاملته كواقعة أو كقانون، ومدى إمكانية المحكمة العليا إجراء الرقابة على حسن تطبيقه، ومن هنا يلاحظ أن القانون الأجنبي يخضع لقانون القاضي، وإذا تبين أنه يمس بالمبادئ التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي فإنه يستبعد، بالإضافة إلى أن القانون الأجنبي لا يطبق إلا إذا سمح المشرع بذلك بموجب قواعد الإسناد، لأن القاضي يعتمد عليها وإذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فيطبقه، لهذا فإن القاضي يطبق قانونه في جميع الأحوال حتى ولو طبق القانون الأجنبي، وبالتالي يلعب قانون القاضي دورا مهما في القانون الدولي الخاص وله أهمية لا يمكن إنكارها أو التغاضي عنها بالرغم من أنه قد يبدو أنه مهمل وليس له إلا دور احتياطي وثانوي.

وتختلف صور تطبيق قانون القاضي، إذ يطبق بصفة أصلية وغير تزاممية، أي بدون مزاحمة، مع القانون الأجنبي وقبل معرفة هذا الأخير وبصفة انفرادية بموجب قواعد تنازع القوانين، وبموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الإجراءات، كما يطبق بصفة أصلية ومباشرة بدون استخدام منهج التنازع، وأساس التطبيق الأصلي يرجع لارتباط المنازعة الدولية الخاصة بسيادة دولة القاضي التي تعتبر مسألة سياسية، وبنظامها العام من أجل فرض الأمن الوطني أو لحماية فئة معينة، وهنا تظهر هيمنة قانون القاضي وتفوقه على القانون الأجنبي، ويطبق تطبيقا أصليا بالرغم من التزامه بينه وبين القانون الأجنبي، في صورة ثانية، من خلال التلازم بين ضوابط الإسناد المنصوص عليها في قواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، باعتباره القانون الملائم وبالرغم من المساواة بينه وبين القانون الأجنبي، ويطبق بصفة احتياطية واستثنائية بعد معرفة القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة الإسناد واعتباره القانون الملائم والقانون الواجب التطبيق أصلا على المنازعة الدولية الخاصة، لكنه يستبعد لعدة أسباب، بسبب تعذر إثباته، وبسبب أن قواعد الإسناد الأجنبية أشارت إلى تطبيق

قانون القاضي أو ما يعرف بالإحالة، وبسبب مخالفته للنظام العام لدولة القاضي أو ما يعرف بالدفع بالنظام العام وفي حالة الغش نحو قانون القاضي، وهنا يتعطل العمل بقاعدة الإسناد لأن تطبيقها يؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها.

ويتبين مما سبق أن القاضي يطبق قانونه أو القانون الأجنبي بصفة أصلية ويطبق قانونه بصفة احتياطية بعد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فهناك صورتين لتطبيق قانون القاضي، أصلية واحتياطية أو استثنائية، وصورة واحدة لتطبيق القانون الأجنبي وهي الصورة الأصلية فقط وذلك من خلال قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانون القاضي، والتطبيق الأصلي للقانون الأجنبي يتحول إلى تطبيق احتياطي لقانون القاضي بموجب قاعدة التنازع الوطنية عندما يتبين للقاضي أن تطبيق القانون الأجنبي يمس بالمبادئ التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

فإذا كان الجدل الفقهي يدور حول طبيعة القانون الدولي الخاص، بين اعتباره داخليا أو دوليا، فإنه يؤثر على موضوع قانون القاضي، لأن المؤيدين للوطنية يمنحون الأولوية لتطبيق قانون القاضي، في حين أن مؤيدي العالمية يفضلون اعتبار تطبيق القانون الأجنبي هو الأصل والأولوية واعتبار تطبيق قانون القاضي مجرد استثناء، لكن إذا كان مجال الاستثناء أوسع من مجال القاعدة العامة فإن هذا قد يؤدي إلى تغيير المفاهيم التي قام عليها القانون الدولي الخاص.

يتمثل الموضوع الأساسي للقانون الدولي الخاص في التنسيق بين الأنظمة القانونية الداخلية لمختلف الدول، وهذا الهدف من الصعب تحقيقه بين النظرة الوطنية والدولية، لهذا تتم التضحية بالقانون الأجنبي لصالح قانون القاضي الذي قد لا يكون ملائما، بصفة حتمية، لحكم العلاقات الدولية الخاصة، نظرا لخصوصيتها.

ومن هنا تتبين أهمية الموضوع من حيث أن تطبيق قانون القاضي راجح على تطبيق القانون الأجنبي، وإن اختلفت صور تطبيقه، بسبب الصفة الوطنية لقواعد تنازع القوانين ولقواعد الاختصاص القضائي الدولي وإن كانت تنظم العلاقات الدولية الخاصة، وهذا ربما ما دفع بعض فقهاء القانون الدولي الخاص إلى اعتباره قانونا وطنيا داخليا، يعبر عن سيادة الدولة، وإن كانت متخفية غير واضحة خاصة في قواعد تنازع القوانين، فهو يعبر عن السيادة لأن المشرع يعتمد على ضابط الجنسية لتعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية ولتعيين المحكمة المختصة، ومن المعلوم أن هذا الضابط ذو طابع سياسي، كما أن المشرع أعطى الأولوية لتطبيق قانونه إذا كان أحد طرفي

العلاقة وطنياً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص التي تفضل تطبيق قانون القاضي تطبيقاً أصلياً من خلال نظرية التكييف، وفي حالة متعدد الجنسية الذي يحمل جنسية دولة القاضي، وعلى الجانب الإجرائي للمنازعات الدولية الخاصة.

وتهدف دراسة موضوع قانون القاضي إلى إبراز كمنهج من مناهج حلّ تنازع القوانين نظراً لكل تلك الهيمنة والتفوق، فبالإضافة إلى قواعد الإسناد الانفرادية التي تؤدي لتطبيقه دون مزاحمة القانون الأجنبي له، فإن قواعد الاختصاص وقواعد الإجراءات التي تعتبر قواعد مادية وقواعد قوانين البوليس تؤدي لتطبيقه مباشرة.

وإن كان من الطبيعي والعادي طرح إشكالية تتعلق بحالات تطبيق قانون القاضي وتحليلها، سواء على الجانب الإجرائي أو الموضوعي للعلاقات الخاصة الدولية، إلا أن في الجوهر يثير موضوع قانون القاضي إشكالية الموازنة بين الوطنية أو الخصوصية والدولية أو العالمية، ذلك أنه لا يدرس إلا في نطاق القانون الدولي الخاص الذي بدوره يثير هذه الإشكالية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن هذا الفرع القانوني ينظم علاقات دولية خاصة، فهل تطبيق قانون القاضي يعني تجريدتها من الصفة الدولية وإسباغ الصفة الوطنية عليها لتكون مثل أية علاقة داخلية؟

كما يبدو من خلال قواعد الإسناد أنها تحقق العدالة عن طريق منح حلول عادلة لتنازع القوانين واحترام توقعات الأفراد وتحقيق الأمن القانوني، فهل تطبيق قانون القاضي يعني أنه القانون الملائم والعادل؟

وإذا كان قانون القاضي هو المهيمن في حكم العلاقات الدولية الخاصة، فإن هذه الهيمنة تجعل للقانون الأجنبي دوراً احتياطياً، وإن صحت هذه الفرضية فهل هذا يعني القضاء على دوره وبالتالي القضاء على تنازع القوانين أو هل هي نهاية القانون الدولي الخاص؟

ودراسة هذا الموضوع تتطلب بالضرورة التطرق لحالات تطبيق قانون القاضي وفق المنهج الوصفي لكن هذا لا يعني عدم مناقشة مختلف الحالات والتعرض لسلبياً عن طريق تحليلها، وبالتالي يستعان بالمنهج التحليلي، وفي بعض الأحيان يتدخل المنهج المقارن من أجل المقارنة بين مختلف التشريعات التي لا تختلف أغلب أحكامها عند تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

كما أن نطاق الدراسة سينحصر على حالة تطبيق قانون القاضي تطبيقاً أصلياً، واستبعاد حالة تطبيقه الاحتياطي لأنها تجعله يتدخل بعد معرفة القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة الإسناد والمستبعد لسبب من الأسباب، أما الحالة الأولى فتجعله يتدخل قبل معرفة القانون الأجنبي.

ولقد اختلفت الدراسات السابقة¹ في طرح موضوع قانون القاضي بين التركيز على التطبيق الأصلي والتطبيق الاحتياطي واستبعاد حالة تطبيق قانون القاضي عند المساواة بينه وبين القانون الأجنبي، أو التركيز على حالة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي وحالة التلازم بين الاختصاصيين القضائي والتشريعي.

إن وجود قانون القاضي يركز على عنصرين، هما القضاء من جهة والقانون المطبق من جهة أخرى، لهذا لا يمكن الحديث عن قانون القاضي بدون التطرق لاختصاص المحكمة التي تنظر النزاع، والذي يتطلب بالضرورة التطرق لإجراءات التقاضي خاصة تلك التي تثير إشكالية القانون الواجب التطبيق عليها، بالإضافة إلى التركيز على حالات التطبيق الأصلي والمباشر لقانون القاضي على موضوع المنازعات الدولية الخاصة، فالجانب الإجرائي يسبق دائماً الجانب الموضوعي ومحاولة جعل الدراسة شاملة بالرغم من عدم التطرق للتطبيق الاستثنائي لقانون القاضي.

لهذا تناولت هذه الدراسة تطبيق قانون القاضي على الجانب الإجرائي للمنازعات الدولية الخاصة بما فيها قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتطرق لضوابط الاختصاص الشخصية والمتمثلة في الجنسية والموطن، فنظراً للاختلاف بينهما، إذ تعتبر الجنسية رابطة سياسية في حين أن الوطن رابطة واقعية، يختلف أساس الاختصاص القضائي المبني على كل منهما، من حيث مدى إلزاميته، للوصول إلى تقييم الاختصاص القضائي على أساس الجنسية، والتطرق لضوابط الاختصاص التي تربط دولة القاضي بموضوع النزاع، لأنها مرتبطة بنوع المنازعات، كالمنازعات العقارية ومنازعات الأحوال

¹ - الدراسة الأولى لصاحبها حسام الدين فتحي ناصف، بعنوان مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المطبوعة سنة 1994، أما الدراسة الثانية فهي حديثة مقارنة بالأولى، تتمثل في أطروحة دكتوراه باللغة الفرنسية نوقشت سنة 2008، لصاحبها Peggy CARLIER بعنوان *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*.

قسمت الدراسة الأولى إلى قسمين، القسم خصص لدراسة التطبيق الأصلي لقانون القاضي والقسم الثاني لدراسة التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي، أما الدراسة الثانية فخصصت القسم الأول لفكرة عدم المساواة بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، والقسم الثاني للتقارب بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

الشخصية، وكذلك بحث القانون الواجب التطبيق على بعض المسائل الإجرائية المختلطة نظرا للاختلافات الفقهية حول طبيعتها وحول القانون المطبق عليها، فالدعوى القضائية وشروطها المتمثلة في المصلحة والصفة ترتبط بموضوع النزاع وفي نفس الوقت بإجراءاته. كما تناولت الدراسة حالات تطبيق قانون القاضي على موضوع المنازعات الدولية الخاصة، والمقصود به التطبيق الأصلي والمباشر حيث تستبعد حالات تطبيقه الاحتياطي، وهو ما يعني دوره في إطار نظرية تنازع القوانين، بداية بالتكيف باعتباره أول مسألة يقوم بها القاضي، وتطبيق مبدأ تفضيل جنسية دولة القاضي في حالة تعدد الجنسية، وتقييمه، وبحث حالات تطبيق قانون القاضي على العلاقات التي يكون أحد أطرافها وطنيا، من خلال أساس تطبيقه وكذا تقييمه، والتطرق لحالات التطبيق المباشر لقانون القاضي، ولهذا فقد يلاحظ طول الجزء الأول من الدراسة مقارنة بالجزء الثاني، وهذا بسبب وفرة المعلومات فيما يخص الجانب الإجرائي، واقتصار الجزء الثاني على حالات التطبيق الأصلي والمباشر لقانون القاضي التي تعتبر استثناء من القاعدة العامة وهي تطبيق القانون الأجنبي وحالات استبعاده بسبب الغش نحو القانون وبسبب الدفع بالنظام العام وإحلال قانون القاضي محله والتي تشغل الحيز الأكبر في نظرية تنازع القوانين. كما أن الدراسة ركزت على مراجع القانون الفرنسي والقانون المصري بسبب كثرة الكتابات من طرف الفقه الفرنسي والمصري وقلتها بالنسبة للفقه الجزائري الذي يقتصر على ذكر المبادئ العامة وهذا ما حتم اللجوء للمراجع الفرنسية، وجدير بالذكر كذلك قلة القرارات الصادرة في مجال تنازع القوانين من طرف القضاء الجزائري والمحكمة العليا لأن أغلبها صادر في مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية.

انطلاقاً مما تقدم، تقسم الدراسة إلى جزئين، يخصص الأول للجانب الإجرائي في المنازعات الدولية الخاصة وهيمنة تطبيق قانون القاضي عليه، أما الجزء الثاني فيخصص لحالات تطبيق قانون القاضي تطبيقاً أصلياً ومباشراً على الجانب الموضوعي للمنازعات الدولية الخاصة، وتكون الخطة المشتملة على ما بين على النحو التالي:

الباب الأول: تطبيق قانون القاضي على إجراءات المنازعات الدولية الخاصة.

الباب الثاني: تطبيق قانون القاضي على موضوع المنازعات الدولية الخاصة.

الباب الأول

نظيم قانون القاضي

على إجمراءات المنازعات الدولية الخاصة

الباب الأول: تطبيق قانون القاضي على إجراءات المنازعات الدولية الخاصة

يعتبر تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية وبدون مزاحمة القانون الأجنبي له على الجانب الإجرائي للمنازعات الدولية أمراً طبيعياً، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني، والتي أضيفت بموجب تعديله وفقاً للقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بنصها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، وإن يبدو أن هذه المادة تتضمن قاعدة إسناد إزدواجية لكن في الحقيقة فهي إنفرادية تشير إلى تطبيق قانون القاضي فقط، فهو المهيم لحكم مسائل الاختصاص والإجراءات، وهذا بسبب ارتباط الجانب الإجرائي بمرفق القضاء في الدولة، فهي وحدها المكلفة بتحديد حالات اختصاصها القضائي (الفصل الأول) وإجراءات السير في الخصومة القضائية المعروضة أمام محاكمها، لكن هذا لا يعتبر مطلقاً، خاصة فيما يتعلق بالإجراءات، إذ قد يتدخل القانون الأجنبي لحكم بعض المسائل المختلف في تكييفها بين كونها إجرائية أو موضوعية بالرغم من تكريس مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي، وهذا ما يحتم مناقشة صحة هذا الأخير (الفصل الثاني). كما أن تطبيق قانون القاضي على مسائل الاختصاص القضائي والإجراءات لا يكون وفق منهج التنازع أو الإسناد وإنما بموجب قواعد موضوعية وإجرائية.

الفصل الأول: خضوع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لقانون القاضي

تعتبر مسألة اختصاص القضاء الوطني لنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي مسألة أولية وسابقة على مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق، حيث يعمل كل قاضي في كل دولة على التأكد من اختصاصه وفقاً لقانونه، وهذا ما يميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد تنازع القوانين.

ويقصد بالمنازعات الدولية الخاصة: " أي خلاف بين أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة، يمكن أن يطرح أمام القضاء بشأن علاقات نشأت بين بعضهم البعض إذا ما تعدت حدود الدولة الواحدة، وهو ما يصدق على المنازعات المدنية والتجارية، ويستبعد منها حالة كون الدولة طرفاً في العلاقة أو الخلاف بوصفها سلطة ذات سيادة¹".

ويعتبر مصطلح "المنازعة الدولية الخاصة" أكثر شمولاً ودقة من مصطلح "العلاقة الدولية الخاصة"²، لأن وجود المنازعة سبب جوهري وأساسي لنشوء القانون الدولي الخاص، ذلك أن العلاقات الخاصة العابرة للحدود تتم بصفة سلمية وهادئة، ولا تثير إلا مسألة تنازع القوانين أو البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، ولا يتدخل الاختصاص القضائي إلا بمناسبة نزاع في المركز القانوني، ولهذا يعتبر موضوع الاختصاص القضائي الدولي مهما بالنسبة لموضوع تنازع القوانين وسابقاً عليه.

ويتحدد موضوعها بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، سواء تعلقت بالمعاملات المالية أو الأحوال الشخصية، دون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني أو بالقانون التجاري أو غيرهما من فروع القانون الخاص، وسواء كانت هذه المعاملات بين أشخاص

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994،

ص 11.

² - اختلف الفقه في تسمية العلاقات القانونية موضوع القانون الدولي الخاص، فهناك من يصفها بالعلاقات الخاصة الدولية، وهناك من يطلق عليها تسمية العلاقات الدولية الخاصة، وهنا تكون صفة "الدولية" قبل "الخاصة"، بسبب أنّ هناك مجتمع دولي للأفراد.

طبيعيين أو اعتباريين، من الوطنيين أو من الأجانب¹، كما أن العقود التي تبرم بين شخص خاص ودولة أجنبية تدخل في مجال هذه المنازعات².

وتستبعد من نطاقها، منازعات القانون العام، مثل القانونين الإداري والمالي وقانون الجمارك والقانون الجنائي، لأن هذه الأخيرة ليست محلا لتنازع القوانين، وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان³، حيث تطبق تطبيقا إقليميا، ولا تمتد خارج حدود الإقليم⁴، لكن قد تشمل المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها إذا تعلق الأمر بعقد دولي⁵، وفي الغالب، عند حدوث نزاع يحل عن طريق اللجوء إلى التحكيم، ويطبق المحكم، عند عدم تحديد قانون العقد، قانون الأعراف التجارية *La lex mercatoria*.

أما عن دولية المنازعات، فإنها تتحدد وفق المعيار القانوني، إذ يكفي أن يتخلل العلاقة القانونية عنصرا أجنبيا إما في أطرافها أو موضوعها أو سببها، وهذا بالنسبة للقاضي الذي ينظر النزاع، ويكون ذلك وفق ضوابط الإسناد المتمثلة في الجنسية، والموطن، وموقع المال، ومكان إبرام التصرف أو تنفيذه، ومكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، لكن المعيار القانوني ليس كافيا لتحديد دولية العقد، لهذا ظهر المعيار الاقتصادي، والذي يعني أن يتضمن العقد عملية ذهاب وإياب البضائع عبر الحدود، أو تجاوز العقد لنطاق اقتصاد الدولة الواحدة، أو ارتباطه بمصالح التجارة الدولية⁶.

¹ - سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 16.

² - Pierre.MAYER, Vincent.HEUZE : Droit international privé, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 2007, n° 4, p 3.

³ -Henri BATTIFOL, Paul LAGARDE : Traité de droit international privé, tome 1, 8^e édition, LGDJ, Paris, 1993, n° 245, p 411, Bernard AUDIT : Droit international privé, 4^e édition, Economica, Paris, 2006, n° 114, p 92 ; Maris-Laure NIBOYET , Gérard DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Droit international privé, LGDJ, Paris, 2008, n° 116, p 60.

⁴ - هشام صادق، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص 24، حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 72.

⁵ - لمزيد من التفاصيل حول عقود الدولة، انظر: حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

Dominique BERLIN : Contrats d'Etat, Répertoire international, encyclopédie Dalloz, Paris, 1998.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، بند 554، ص 961، محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 176، خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية

أما بالنسبة لمنازعات التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، فيرى البعض عدم صلاحية المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية العقود المبرمة عبرها¹، باعتبار أنّ شبكة الأنترنت لا تعبأ بالمفاهيم التقليدية، وكلّ العقود التي تتم عبرها تعتبر دولية²، وتتعلّق منازعات التجارة الإلكترونية بإبرام العقد وتنفيذه وتفسيره، كما قد تتصل بالملكية الفكرية، خاصة حق المؤلف والعلامات التجارية³، وهذه المنازعات لا تخضع بالضرورة لقانون دولة واحدة⁴.

وما يلاحظ أن قواعد الإسناد المتمثلة في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري، تعتبر أن المنازعة تكون دولية بالنظر لضوابط الإسناد التي تناسب كل فكرة مسندة، مثلا الاختلاف في الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية يجعل المنازعة دولية، أو وجود العقار في دولة أجنبية، لكن من خلال قواعد الاختصاص القضائي فإنها تعتبر المنازعة دولية إذا كان أحد أطرافها أجنبيا، وهذا ما يوحي بوجود اختلاف أو تناقض بين قواعد القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بتحديد مفهوم المنازعات الدولية الخاصة، فليس صحيحا أن المنازعة تكون دولية إذا كان أحد أطرافها أجنبيا.

ترتبط المنازعات الدولية الخاصة بقضاء دولة القاضي عن طريق الاختصاص، ولقد وضع المشرع الجزائري في اختصاص محاكمه لنظر المنازعات بصفة عامة والمنازعات الدولية الخاصة نظرية عامة للاختصاص مثل أغلب المشرعين، وهذه النظرية العامة نقحها الفقه والقضاء (المبحث الأول) من بين ما تتضمنه، ضوابط ومعايير اختصاص القاضي لنظر المنازعات الدولية الخاصة (المبحث الثاني).

المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 45، هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007، ص 104، 105، محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص 12.

¹ - مع التسليم بعالمية شبكة الأنترنت واختراقها لحدود الجغرافيا إلا أنه لا يُتصور دائما أن يقع العقد بين طرفين مختلفين في الجنسية أو مختلفين بمراكز أعمالهم، وعليه ليس مطلقا ولا دائما وصف العقد بالدولي، وليس دائما أيضا أن تكون السلع بحاجة إلى النقل عبر الحدود، انظر عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 70-71.

² - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 14.

³ - بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الأنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 11.

⁴ - حيث أنّ القانون الذي ينظم العلاقات الإلكترونية الافتراضية يعرف بـ *la lex electronica*.

المبحث الأول: النظرية العامة للاختصاص القضائي الدولي

تشمل النظرية العامة مجموعة تعاريف للاختصاص والاختصاص القضائي الدولي (المطلب الأول) وبيان طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي (المطلب الثاني) حيث أنها تتميز بخصائص نظرا لأنها تنظم منازعات دولية خاصة، وأهم خاصية أنها وطنية، تتضمن قواعد استثنائية وقواعد عادية للاختصاص تم تمديدها على المجال الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي

"الاختصاص، بصفة عامة، في الحقل القضائي، هو السلطة المخولة للمحكمة بمقتضى القانون للتحقيق والفصل في خصومة معينة"¹.

ويقصد بالاختصاص القضائي الدولي²: "بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى سلطاتها القضائية، ولما كانت الدولة تباشر سلطاتها القضائية بواسطة محاكمها، كان معنى الاختصاص القضائي الدولي هو بيان الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأجنبية هذه الوظيفة"³، ويقصد باصطلاح قواعد الاختصاص القضائي الدولي بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى⁴، و ذلك بالمقابلة

¹ - ادوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ ، الجزء الثاني، المجلد الثاني : نظرية الاختصاص ، الطبعة الثانية، مطبعة المتني، 1994، ص 05.

ويقصد به كذلك "ولاية القضاء أي سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة ما معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز الفصل فيها"، من هنا يكون معنى الاختصاص هو نفسه ولاية القضاء ، لكن هناك من يرى أن معنى الاختصاص القضائي يختلف عن ولاية القضاء ، فإذا كانت الولاية تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون الممنوحة لكافة محاكم الدولة أي لجميع أعضاء السلطة القضائية التي تقابل سلطتي التشريع والتنفيذ في الدولة ، فإن الاختصاص هو نصيب كل محكمة من هذه الولاية ، ونظرا لاستحالة أن تمارس محكمة واحدة فقط كل ولاية القضاء ، يتم تجزئتها لكي تختص كل محكمة من المحاكم المختلفة بجزء من ولاية القضاء، وتحديد اختصاص المحكمة هو تحديد القضايا التي تباشر هذه المحكمة بشأها ولاية القضاء، انظر أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 243، أحمد مليجي: اختصاص المحاكم الدولي والولائي وفقا لنصوص قانون المرافعات، معلقا عليه بأراء الفقه وأحكام القضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 03.

² - لا يخضع الاختصاص القضائي لقواعد دولية بالرغم من تسميته بالاختصاص القضائي الدولي.

³ - عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 605.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 402.

مع قواعد الاختصاص الداخلي و التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة¹.

و المقصود من مصطلح أو صفة "الدولي" في الاختصاص القضائي طبيعة النزاع أي طبيعة العلاقة القانونية التي تقوم المحاكم الوطنية بالتعرض لها و ليس صفة المحاكم التي تقوم بالفصل في النزاع²، ويتحدد الاختصاص القضائي الدولي جملة لمحاكم دولة معينة في مجموعها، وينبغي أولاً معرفة ما إذا كان القضاء الوطني مختصاً بالنزاع المعروض عليه من عدمه قبل معرفة أية محكمة وطنية تكون مختصة³ محلياً ونوعياً، ذلك أن كل دولة تنفرد بتحديد حالات اختصاص محاكمها، لعدم وجود محكمة دولية مختصة بنظر المنازعات بين الأفراد التي تتضمن عنصراً أجنبياً⁴.

و يدخل ضمن عبارة "تنازع الاختصاص"⁵، وهو في الحقيقة ليس تنازعا، مجموع المسائل التي تطرحها المنازعات الدولية الخاصة أمام الجهات القضائية الوطنية⁶، و يثور عندما يعرض نزاع ذو عنصر أجنبي أمام محكمة وطنية فيما إذا كانت مختصة أو غير مختصة⁷ لإقامة العدالة باسم الدولة⁸، وعلى القاضي أن يحل مشكل اختصاصه من عدمه وفقاً لقواعد قانونه الوطني⁹، وبالنسبة للمدعي

¹ - هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 05، انظر لنفس المؤلف: دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 05، انظر كذلك هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 37.

² - انظر حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 05.

³ - انظر عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق: القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 13.

⁴ - انظر عبد الهادي عباس: الاختصاص القضائي وإشكالات منشورات أديب استانبولي، دمشق، 1995، ص 151.

⁵ - يجمع الفقه على أن القانون الدولي الخاص يتناول مادة تنازع القوانين و مادة تنازع الاختصاص القضائي الدولي الذي ينظم الحماية القضائية لحقوق الأفراد على المستوى الدولي، لكن هناك اختلاف في تسميته، حيث يسميه البعض "تنازع اختصاص جهات القضاء" أو "تنازع الاختصاص القضائي" أو "تنازع الاختصاص القضائي الدولي" و هناك من يسميه "الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية" أو "اختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات الدولية"، لمزيد من التفاصيل و تقدير مختلف التسميات انظر: هشام خالد: المرجع السابق، ص 17 إلى 33، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 06 إلى 09.

⁶ - B.AUDIT :Op.cit, n° 325, p 273.

On regroupe sous l'expression « conflits de juridictions » l'ensemble des questions que soulève le contentieux privé international devant les juridictions étatiques.

⁷ - Yvon LOUSSOUARN ، Pierre BOUREL : Droit international privé, 7^e édition, Dalloz, 2001, n°438 ، p 544.

⁸ - P. MAYER. V. HEUZE : Op.cit, n° 276. p 199.

⁹ - Y.LOUSSOUARN , P.BOUREL: Op.cit, p 545.

يكون المشكل هو معرفة أية محاكم لأية دولة يرفع دعواه أمامها خاصة عند إقامة أطراف العلاقة التعاقدية بدول مختلفة أو عند اختلاف جنسية الزوجين¹.

المطلب الثاني: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي

تتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي بمجموعة من الخصائص منها أنها قواعد وطنية مادية (الفرع الأول)، أثارت تساؤلات حول ما إذا كانت قواعد اختصاص محلي إقليمي أو نوعي (الفرع الثاني)، وما إذا كانت متعلقة بالنظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية ومادية

مادام أن تحديد سلطة القضاء يعبر عن سيادة الدولة²، حيث تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق أهدافها الاجتماعية والاقتصادية التي تهدف إليها سياستها التشريعية³، فأمام مشكلة عدم وجود هيئة قضائية دولية تختص بنظر المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي يتعين أن يمنح الاختصاص لهيئة قضائية وطنية مما يفرض تحديدها مسبقاً⁴، و هذا يدخل ضمن عمل المشرع الوطني الذي يحدد حالات اختصاص المحاكم الوطنية دون محاكم الدول الأخرى لأن ذلك يتعلق بسير مرفق عام يتمثل في مرفق القضاء⁵.

فالمبدأ أن المحاكم الوطنية عندما تتعرض لمسألة مدى اختصاصها للفصل في نزاع دولي لا تلجأ إلا لقواعد الاختصاص الوطنية دون أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد الاختصاص الأجنبية⁶.

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 327, p 276.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق ، ص 610.

³ - هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق ، ص 06، 07.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 441 ، p 549.

⁵ - Mohand ISSAD : Droit international privé, tome 2 : les règles matérielles, éditions OPU, Alger, 1986, p 11.

⁶ - انظر حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق ، ص 21 22 ، حيث أقر هذا المبدأ الفقه و القضاء الفرنسيين، لكن في بعض الأحيان قد يؤسس القضاء الفرنسي اختصاصه على قواعد الاختصاص الأجنبية، انظر المرجع نفسه ، نفس الصفحة،

غير أن المشرع الوطني و هو بصدد وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لا يستطيع أن يغفل الصفة الدولية للمنازعة آخذاً بعين الاعتبار " مبدأ القوة و النفاذ الذي وفقاً له يلزم أن تكون هناك صلة بين النزاع المطروح و الدولة بما يبرر اختصاصها به، و يخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بكفالة آثار الحكم الصادر عنها"¹، مع مراعاة المصالح السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، وعدم مخالفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للقانون الدولي العام بمصادره المختلفة من اتفاقيات دولية، أعراف، و المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتمدينة ، و هذا ما أكدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي حيث قررت وجود قيود من القانون الدولي العام تحد من سلطة الدولة في تحديد دائرة اختصاصها التشريعي أو القضائي، بالرغم من أن قواعد القانون الدولي الخاص قواعد وطنية داخلية إلا أنه يجب ألا تخالف مبادئ القانون الدولي العام التي لا تنكر سيادة الدولة الوطنية ولكنها يضع قيوداً على سلطة التشريع في تحديد نطاق تطبيقه إقليمياً و شخصياً، بحيث يمكن تطبيق القوانين الأجنبية و تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية²، فالمشرع و هو بصدد صياغة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي في العلاقات الخاصة الدولية مقيد بقيود معينة³، فالطابع الوطني لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الناتج عن أن تنظيمها يكون خاصاً بالنظام القانوني للدولة ، مما يؤدي إلى اختلاف هذه القواعد من دولة لأخرى فيؤدي إلى تنازع اختصاص إيجابي أو سلبي بين محاكم عدة دول ، و أن التكييف الضروري لتطبيقها يخضع لقانون القاضي ، فمن أجل تقدير ما إذا محكمة موطن المدعى عليه مختصة أو لا ، فان تكييف قانون القاضي للموطن هو المأخوذ به ، فمثلاً من أجل تقدير اختصاص المحاكم الفرنسية بسبب موطن المدعى عليه في فرنسا فإنه يؤخذ بالتكييف الفرنسي لمفهوم الموطن⁴.

كما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست قواعد تنازع و إنما هي قواعد مادية لأنها تحدد مباشرة المحكمة المختصة ولا تشير إلى القانون الذي يحدد الاختصاص القضائي⁵ ، فهي قواعد

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 422،

² - هشام خالد : المرجع السابق، ص 39 40.

³ - حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق ، ص 20 21 22.

⁴ - Hélène GAUDEMET-TALLON : Compétence civile et commerciale, Répertoire international, Encyclopédie DALLOZ , 1998, n° 11 .

⁵ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit, n° 438، p 545.

موضوعية وليست قواعد إسناد¹، لأنها لا تعين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم لعدة دول تتنافس حول المحكمة المختصة بالذات مادام أنها قواعد وطنية تستقل كل دولة بتعيين محاكمها وفقا لضابط أو معيار معين، فهي "قواعد تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القاضي الوطني بالنزاع المطروح أمامه"²، لهذا تعتبر قواعد انفرادية لا تشير إلا إلى حالات اختصاص المحاكم الوطنية دون أن تتدخل في اختصاص المحاكم الأجنبية³، وبالتالي تخضع لقانون القاضي دون مزاحمة القانون الأجنبي له وهذا بسبب ارتباطها بصفة مباشرة بسيادة الدولة.

الفرع الثاني: مدى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد اختصاص محلي أو نوعي

يعرف النظام القضائي الداخلي نوعين من قواعد الاختصاص: قواعد الاختصاص النوعي *compétence ratione materiae* وقواعد الاختصاص المحلي أو الإقليمي⁴ *compétence ratione loci*، فالأولى توزع الاختصاص على مختلف أنواع المحاكم حسب طبيعة أو موضوع النزاع⁵ سواء كان إداريا أو عاديا، بينما الثانية توزع الاختصاص على المحاكم بالنظر لموقعها الإقليمي⁶، وقواعد الاختصاص النوعي قواعد آمرة أي متعلقة بالنظام العام، مما يفرض على القاضي

¹ - عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص 611، 610.

² - هشام علي صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، المرجع السابق ، ص 08، هشام خالد : المرجع السابق ، ص 2 4.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، بند 226، ص 286.

⁴ - بالرغم من أن هناك فرق بين الاختصاص المحلي و الاختصاص الإقليمي ، فالأول مؤسس على معايير أو ضوابط تتعلق بموطن الشخص (غالبا المدعى عليه) أو بموقع العقار أو بمسكن الزوجية أو بمكان ممارسة الحضارة، في حين أن الثاني يعني الاختصاص الجغرافي أو الحدود الجغرافية التي تمارس في إطارها محكمة معينة اختصاصها وفقا للتقسيم القضائي ، و هذا ما ذهب إليه الفقيه Pierre MAYER

P. MAYER ، V.HEUZE : Op.cit ، référence 1، p 200.

لكن معرفة مجال الاختصاص الإقليمي لا يكفي لتحديد المحكمة المختصة محليا فالعلاقة موجودة بين المجال الإقليمي لجهة قضائية و اختصاصها المحلي. انظر بويشير محمد أمقران: قانون الإجراءات المدنية، الجزء الأول، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 300. فمثلا الاختصاص المحلي لمحكمة تلمسان يكون بسبب وجود موطن المدعى عليه في دائرة اختصاصها الإقليمي الذي يشمل عدة بلديات وفق التقسيم القضائي (لمعرفة المزيد حول الاختصاص الإقليمي للمحاكم انظر الأمر رقم 11/97 المؤرخ في 19/03/1997 المتضمن التقسيم القضائي، و المرسوم 63/98 المؤرخ في 16/02/1998 يحدد اختصاص المجالس القضائية و كفاءات تطبيق الأمر 11/97،

⁵ - Daniel GUTMANN : Droit international privé، 3^e édition، DALLOZ، Paris، 2002، n° 274، p 227.

⁶ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit ، n° 276، p 199.

تطبيقها من تلقاء نفسه واستبعاد كل اتفاق على مخالفتها، على عكس قواعد الاختصاص المحلي التي لا تعتبر من النظام العام¹.

وكأغلب التشريعات، تبنى المشرع الجزائري نوعي الاختصاص: النوعي والمحلي، فقد تخصص بعض أقسام المحكمة وكذا غرف المجلس بنظر نوع معين من القضايا كالقضايا الاستعجالية والقضايا الاجتماعية...²، وتخصص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، الإفلاس والتسوية القضائية، المنازعات المتعلقة بالبنوك، منازعات الملكية الفكرية، المنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات³، ومنازعات عقود الحالة المدنية الواقعة في بلد أجنبي⁴، وتعتبر قواعد الاختصاص النوعي قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتقضي المحكمة بعدم اختصاصها نوعيا من تلقاء نفسها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى⁵، كما يمكن لكل من المدعي والمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

أما الاختصاص المحلي فيكون للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو محكمة آخر موطن له، أو محكمة موطنه المختار، وهذه هي القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 37 ق إ م إ، مع وجود استثناءات منصوص عليها في المواد 38 ، 39 ، 40 ق إ م إ، وتعتبر قواعد الاختصاص المحلي كقاعدة عامة قواعد غير متعلقة بالنظام العام، لأنها تهدف إلى تسهيل عملية التقاضي بالنسبة للخصوم، فيمكن الاتفاق على تحديد محكمة غير المحكمة

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 441، p 550 .

² - و حسب ما جاء في المادة 32 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المنظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتم جدولة القضايا على مستوى المحكمة لينظر فيها القسم المختص حسب طبيعة كل قضية، فيكون القسم العقاري مختصا بنظر القضايا العقارية ، و قسم شؤون الأسرة يختص بنظر قضايا الأحوال الشخصية ، لكن في حالة عدم وجود هذه الأقسام يبقى القسم المدني هو المختص بها بصفة أصلية باستثناء القضايا الاجتماعية التي يعتبر اختصاص القسم الاستعجالي بها اختصاصا نوعيا متعلقا بالنظام العام حسب المادة 500 ق إ م إ ، كما تمارس هذه الأقسام الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال في الدعاوى المرفوعة أمامها، مع وجود قسم خاص بالدعاوى الاستعجالية ، انظر المواد 299 و ما يليها، 425، 506، 521، 536 ق إ م إ.

³ - المادة 7/32 ق إ م إ، عوضت الأقطاب المتخصصة المحاكم المنعقدة بمقر المجلس المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و التي كانت تختص دون سواها بنظر قضايا على سبيل الحصر هي :الحجز العقاري، بيع المشاع، الإفلاس و التسوية القضائية، تنفيذ الحكم الأجنبي، معاشات التقاعد و العجز، منازعات حوادث العمل، الحجز على الطائرات و السفن

⁴ - المواد 98 وما يليها من أمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

⁵ - المادة 36 ق إ م إ.

التي تحددها قواعد الاختصاص المحلي، وهذا الاتفاق قد يكون سابقا على نشأة النزاع أو بعده، وقد يكون صريحا أو ضمنيا ويكون ملزما للأطراف وللمحكمة، التي لا يجوز لها أن تقبل دفعا بعدم اختصاصها¹، حيث تنص المادة 46 ق إ م إ على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا"، غير أن المادة 45 تنص على أنه: "يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار"، وهذا التناقض يمكن تفسيره على أن هناك بعض قواعد الاختصاص المحلي متعلقة بالنظام العام، ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وهي الواردة في المادة 40 ق إ م إ التي بينت المحاكم التي ترفع فيها بعض الدعاوى دون سواها، فهذه العبارة توحي بأن هذه القواعد أمرة، مثلا في المواد العقارية ترفع الدعاوى المتعلقة بالأشغال العقارية وبالإيجارات أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار دون سواها²، لكن هناك من يرى أن المشرع يرى ملائمة المحكمة التي حددها لهذه الدعاوى ولا ترقى لدرجة تعلقها بالنظام العام³.

وقد يثور التساؤل بالنظر لطبيعة المنازعات الدولية الخاصة عن طبيعة القواعد التي تحدد الاختصاص الدولي للقاضي الوطني وما إذا كانت قواعد اختصاص نوعي أو اختصاص محلي، وكان هناك رأي بزعم الفقيه الفرنسي "BARTIN" يعتبر أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد اختصاص نوعي أي أن تقسيم المنازعات يكون بين الأنظمة القضائية الوطنية والأجنبية⁴، ذلك أن صفة العنصر الأجنبي الذي يميز المنازعة الدولية يطرح تساؤل مسبق حول النظام القضائي المختص ككل (بصفة عامة) قبل تحديد المحكمة المختصة بصفة خاصة⁵، وهذه مسألة تتعلق بالسيادة⁶، ويستند على عدة مبررات منها أن مسألة تحديد ما إذا كانت المحاكم الفرنسية مختصة للنظر في نزاع

¹ - نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية و التجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، بند 265، ص 283.

² - ويشير الفقه إلى أن هناك حالات يكون فيها الاختصاص المحلي إلزاميا و متعلقا بالنظام العام، و هي الطعن بالمعارضة و الطعن بالتماس إعادة النظر حيث يجب أن يقدم أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، و الطعن بالاستئناف الذي يقدم أمام محكمة الدرجة الثانية التي يشمل اختصاصها دائرة اختصاص محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم المطعون فيه، و تفسير الحكم و تصحيح الخطأ المادي الذي يقدم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم لأن هذه القواعد تمس النظام القضائي وبالتالي فتتعلق بالنظام العام، انظر أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 332، 333، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه الأحكام في المواد 328، 394.

³ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، بند 266، ص 285.

⁴ - B.AUDIT: Op.cit, p 279; D.GUTMANN: Op.cit, p 228.

⁵ - M.ISSAD : Op.cit, p 16.

⁶ -D.GUTMANN : Op.cit, p 228.

دولي تتميز عن الاختصاص الإقليمي الداخلي و ذلك لارتباط النزاع بأكثر من دولة، ومن الخطأ جعل الاختصاص القضائي الدولي تركيزاً إقليمياً للنزاع، كما أن الأنظمة القضائية الأجنبية لا تمنح نفس الضمانات لحسن سير العدالة حيث تلعب المصلحة العامة دوراً في ذلك مما يتطلب أن تتصف قاعدة الاختصاص القضائي الدولي بالصفة الآمرة، إلا أن هذه المبررات لم يؤمن بها أغلب الفقه والقضاء بسبب أن الاختلاف بين الاختصاص الدولي والاختصاص الداخلي الإقليمي لا يعني أن يدرج في قالب قواعد الاختصاص النوعي لأن هذه الأخيرة مؤسسة على معايير مادية تتعلق بطبيعة النزاع، في حين أن الاختصاص الدولي لا يأخذ بعين الاعتبار هذه الطبيعة (موضوع النزاع) وأن الاختلاف بين النزاع الداخلي والدولي يتعلق بالأشخاص وبالمكان، فالبحث عن النسب له نفس الموضوع سواء كانت الدعوى مرفوعة من وطنيين أو أجانب، كما أن من الصعب تأسيس نظام اختصاص موضوعي في المجال الدولي لأن المعايير المناسبة هي تلك الخاصة بالاختصاص الإقليمي (المحلي) الداخلي¹، بالرغم من أن القول أن الاختصاص الدولي يعتبر ذو طبيعة إقليمية قول خاطئ لأنه لا يجب الخلط بين النظام القضائي والإقليم لأن الأمر يتعلق بسيادة الدولة وعند منح الاختصاص لنظام قضائي لدولة معينة أي مجموعة من الجهات القضائية فيمكن اعتباره اختصاصاً نوعياً²، لكن هناك اختلاف بين الاختصاص النوعي الداخلي والاختصاص الدولي فالأول يعني تقسيم المنازعات على مختلف الجهات القضائية التابعة لنفس النظام القضائي سواء إدارية أو جزائية أو مدنية، في حين أن الثاني يتعلق بنفس النظام القضائي لعدم وجود محاكم خاصة بنظر المنازعات الدولية الخاصة، كما أن أية دولة لا تملك أن تمنح أو تنكر اختصاص أنظمة قضائية أجنبية بالإضافة إلى أن الاختصاص الدولي مؤسس على معايير شخصية بالنظر لجنسية الأطراف³.

وفي المنازعات الدولية الخاصة تطبق قواعد الاختصاص المحلي في عدة فرضيات⁴، حيث يقاس الاختصاص الدولي ومعايره على الاختصاص الإقليمي⁵، لأنه لا يعتبر اختصاصاً نوعياً⁶، أي عدم

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL :Op.cit، n° 441، p 550، 551؛ D.GUTMANN: Op.cit، p 229.

² - P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n° 277، p 199، 200.

³-P.MAYER، V.HEUZE: Op.cit، n° 277، p 199، M.ISSAD :Op.cit، p 17.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit، n° 339، p 284.

⁵ - ادوار عيد : المرجع السابق، ص 06،

P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n° 283، p 204. لكن الصحيح أن يقاس على الاختصاص المحلي وليس الإقليمي.

⁶ -P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n° 277، p 200.

وجود محاكم تختص بنظر المنازعات الدولية الخاصة، وإنما تنظرها المحاكم العادية حسب معايير الاختصاص المحلي باعتبارها قواعد عادية للاختصاص القضائي الدولي، حيث يجمع الفقه الفرنسي على ضرورة تحديدها انطلاقاً من القواعد الداخلية للاختصاص القضائي، فمادام أن المعيار الذي يستند عليه الاختصاص موجوداً في فرنسا (مثلاً موطن المدعي عليه) فيكون الاختصاص للقضاء الفرنسي، بغض النظر عن القانون المطبق على موضوع النزاع و بغض النظر عن جنسية الأطراف¹، وذلك لتقارب كل من الاختصاص الدولي و الاختصاص المحلي نظراً لتأسييسهما على تحقيق مصلحة الأطراف وعلى حسن سير العدالة² والاهتمام بتحقيق التنظيم الجيد للقضاء على إقليم الدولة³، حيث من العدل أن ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه، وأكثر من ذلك أمام المحاكم الوطنية حتى لا يضطر المدعي الوطني التنقل من أجل رفع دعوى ضد أجنبي في محاكم دولته، فبالرغم من اختلاف المنازعة الدولية عن الداخلية إلا أنه لا يمكن إيجاد قواعد اختصاص خاصة بالمنازعات الدولية الخاصة، وإنما لا بد من الاستعانة بقواعد الاختصاص المحلي الداخلية⁴.

وكما أن الاختصاص الإقليمي يمنح للمتقاضين فرصة الاختيار بين عدة محاكم متماثلة تابعة لنفس النظام القضائي، فإن قواعد الاختصاص الدولي، وإن كانت تمنح كذلك الاختيار بين عدة أنظمة قضائية، وهذا عن طريق الجنسية، إلا أنها تابعة لدول مختلفة لكل منها سيادة، فالأمر يتعلق بالمصلحة العامة وبمسألة السيادة⁵، وهذا ناتج عن كون قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية حيث لا توجد كمبدأ عام قواعد دولية تلزم الدول بعقد اختصاص محاكمها في قضايا معينة أو باستبعاد بعض المنازعات من اختصاصها⁶، لكن من أجل تحقيق ضمانات للموضوعية والنزاهة يؤدي إلى منح امتيازات التقاضي لصالح الوطني مما يعطي تصوراً سياسياً للاختصاص الدولي⁷.

¹ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 21.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 329, p 278.

³ -Etienne PATAUT : Principe de souveraineté et conflit de juridictions, LGDJ, Paris, 1999, n° 2, p 2 .

⁴ - وهذا ما يعبر عنه بمبدأ امتداد قواعد الاختصاص المحلي على المجال الدولي، انظر لاحقاً في هذه الرسالة، الفرع الثالث من هذا المطلب.

⁵ - M.ISSAD :Op.cit, p 17.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 06، عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص 154.

⁷ -M.L-NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit, n° 383, p286.

الفرع الثالث: مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام

مما سبق يتبين أن الاختلاف حول طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وما إذا كانت قواعد اختصاص نوعي أو محلي ينتج عنه اختلاف حول قوتها الإلزامية وما إذا كانت قواعد أمرّة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو مكملّة، وقد ظهرت اتجاهات فقهية¹ في هذا الصدد:

الاتجاه الأول: يرى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي أمرّة متعلّقة بالنظام العام ويستند إلى أن أداء العدالة وظيفّة من وظائف الدولة تمارسها بواسطة سلطة من سلطاتها تتمثل في محاكمها، وأن القضاء يؤدي مصلحة عامة و هي إقرار النظام في إقليم الدولة منذ أن حلت محل الفرد في إقرار حقه وحمايته و إن كانت تركت له حرية اختيار الظروف التي يحرك فيها الدعوى إلا أن ذلك لا يعني أن يرفعها أمام سلطة قضائية في دولة أجنبية، كما أن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها ولا تسلم بأن محاكم دولة أجنبية يمكن أن تعادل محاكمها في أداء العدالة، بالإضافة إلى أن عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية روعي فيه حماية الطرف الضعيف في الدعوى لكونه يحمل جنسية الدولة أو مقيما فيها ، لكن إذا تبين للقاضي الوطني أن حكمه لن تكون له فاعلية عند تنفيذه يتعين عليه أن يحيل الأطراف أمام محكمة أجنبية لكفالة تنفيذه، و إذا كان هناك نظام عام داخلي و نظام عام دولي فإن فكرة النظام العام الدولي تنطلق من أن تنظيم الاختصاص القضائي الدولي على مستوى الجماعة الدولية يهدف لتحقيق تناسق في توزيع الاختصاص في المنازعات الدولية بين الدول المختلفة، و نظرا لعدم وجود هيئة دولية تتولى ذلك فكل دولة تحدد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها و هذا التحديد يعتبر من النظام العام الدولي و وجوب رفع المنازعة ذات العنصر الأجنبي أمام محكمة وطنية يدخل ضمن النظام العام الإجرائي.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى تقسيم حالات الاختصاص القضائي الدولي إلى نوعين: حالات الاختصاص الوجوبي و حالات الاختصاص الجوازي ، يتعلق النوع الأول بالنظام العام عكس النوع الثاني، و يشمل الاختصاص الإلزامي الحالات التالية: إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته في دولة القاضي ، إذا كان للأجنبي موطن مختار في دولة القاضي، في حالة تعدد المدعى عليهم و كان

¹ - انظر هشام خالد: المرجع السابق، ص 38.

و لنفس المؤلف : قواعد الاختصاص القضائي الدولي و تعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 61 و ما يليها.

لأحدهم موطن أو محل إقامة في دولة القاضي، حالة وجود مال في دولة القاضي، حالة نشأة الالتزام أو تنفيذه في دولة القاضي، حالة الإفلاس، مسائل الإرث و الدعاوى المتعلقة بالتركة، الإجراءات الوقتية و التحفظية .

و يشمل الاختصاص الجوازي الحالات التالية: إذا كان المدعى عليه يحمل جنسية القاضي، عند اختيار منح الاختصاص لمحكمة معينة، المسائل الأولية و الطلبات العارضة و الدعاوى المرتبطة، مسائل الأحوال الشخصية و كان المدعي وطنيا أو أجنبيا مقيما في دولة القاضي.

و يرى هذا الاتجاه أن قواعد الاختصاص الدولي آمرة لكنها لا تتعلق بالنظام العام بدرجة واحدة، فالقواعد التي يقصد منها حسن سير إدارة القضاء فهي تتعلق بالنظام العام بدرجة وثيقة ومنها القاعدة التي تمنح الاختصاص للمحاكم الوطنية بسبب وجود مال في دولة القاضي أو من أجل اتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية أو في دعاوى الإفلاس لأن الرابطة بين النزاع و دولة القاضي تكون وثيقة، على عكس القواعد التي تهدف إلى التيسير على المتقاضين و تكون الرابطة فيها بالإقليم ليست وثيقة مثل القاعدة المبنية على أساس الجنسية أو الموطن أو عند اختيار الأطراف لمحكمة معينة، فهذه القواعد مبنية على أساس شخصية القوانين و ليس مبدأ الإقليمية.

ونظرا لعدة اعتبارات منها أن قواعد الاختصاص القضائي ذات طبيعة خاصة وضعت من أجل حماية الحقوق الخاصة للأطراف في المنازعات الخاصة الدولية وخاصة في مجال التجارة الدولية، ومن أجل توفير الحماية للطرف الضعيف اجتماعيا أو اقتصاديا، يمكن للخصوم اللجوء إلى المحاكم الأجنبية ولا يملك المشرع الوطني منعهم من ذلك وفي حالة الاتفاق على ذلك يكون الشرط صحيحا ويمكن للقاضي الوطني أن يتخلى عن نظر النزاع في حالة رفع الدعوى إذا كانت الرابطة بين النزاع ودولة القاضي ضعيفة، وفي المقابل تكون المحاكم الوطنية مختصة ولا يمكن الاتفاق على ما يسلبها الاختصاص إذا كانت الرابطة وثيقة بين دولة القاضي والنزاع حيث تكون في هذه الحالة متعلقة بالنظام العام وهذا هو الاتجاه الثالث المبني على الرابطة الوثيقة.

ويمكن القول بالنسبة للمشرع الجزائري أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي غير متعلقة بالنظام العام، كقاعدة عامة، مادام أنها امتداد للاختصاص المحلي (المواد 37 و 39 و 46 ق إ م إ) و مبنية على جنسية الخصوم (المادتين 41 و 42 ق إ م إ) لكنها في بعض المسائل مثل الدعاوى

العقارية عند وجود العقار في الجزائر وفي مسائل الطلاق عند وجود مسكن الزوجية في الجزائر وفي مواد الإفلاس عند وجود الشركة في الجزائر (المادة 40 ق إ م إ) لا يجوز اتفاق الأطراف على ما يخالفها فهي تعتبر من النظام العام، لكن أوردت المادة 45 ق إ م إ استثناء إذا كان الاتفاق بين التجار.

وحسب المحكمة العليا فإن الاختصاص الإقليمي في مسألة تسجيل زواج عربي أبرم في بلد أجنبي يعتبر من النظام العام، وتكون المحكمة المختصة للحكم بتسجيله هي محكمة الجزائر، في قضية طعن فيها بالنقض أمام غرفة شؤون الأسرة والموارث بتاريخ 2009/07/27¹ ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء تلمسان بتاريخ 2008/06/08 القاضي في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف فيه وتصديا من جديد بعدم الاختصاص المحلي، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 2007/02/11 أقامت المدعية دعوى أمام محكمة ندرومة طالبة تثبيت الزواج العرفي الواقع سنة 1959 بينها وبين المتوفى في نوفمبر سنة 1965، فأجاب المدعى عليه بموافقته على تثبيت الزواج العرفي بين المدعية ووالده المتوفى، وصدر حكم عن محكمة ندرومة بتاريخ 2007/05/06 يقضي بتثبيت واقعة الزواج العرفي المنعقد بأحفير بالمغرب، وجاء في جثيات القرار "أن النيابة العامة استأنفت الحكم اعتمادا على أن الزواج وقع في المغرب، ودفعت بعدم الاختصاص الإقليمي، فإن عدم تسجيل الزواج الواقع في بلد أجنبي بسبب عدم التصريح به، فإما أن يسجل في البلد الواقع فيه إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة، أو الحصول على الحكم بالتسجيل من رئيس محكمة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية، وفقا لأحكام المادة 99 من قانون الحالة المدنية، لأن الاختصاص الإقليمي بشأن المسائل المتعلقة بالحالة المدنية راعى المشرع في تحديده اعتبارات تنظيمية تتعلق بحسن سير العدالة وتقتضيها مصلحة النظام العام ويكون بذلك الاختصاص الإقليمي من النظام العام استثناء من المبدأ ويمكن للقضاة إثارته من تلقاء أنفسهم". ويلاحظ أن هذا القرار اعتمد على الاختصاص الإقليمي دون أن يستند على النصوص المحددة له في المواد من 37 وما يليها من ق إ م إ، واعتمد على المادة 99 من قانون الحالة المدنية، والتي تمنح الاختصاص لمحكمة الجزائر وحدها في دعاوى الحالة المدنية، والحقيقة أن هذه المحكمة لها اختصاص نوعي لنظر هذا النوع من المنازعات،

¹ - غ ش أم م ع، ملف رقم 654531، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2012، ص 243 وما يليها.

والاختصاص النوعي متعلق دائما بالنظام العام، وفق المادة 36 ق إ م إ، وبالتالي فإن المحكمة العليا أدخلت بين الاختصاصيين.

المطلب الثالث: امتداد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي على المنازعات الدولية الخاصة

اتبع المشرع الجزائري نفس ما اتبعه المشرع الفرنسي من حيث عدم تنظيم الاختصاص القضائي الدولي إلا من خلال مادتين فقط، وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى استخراج مبدأ تمديد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي على المجال الدولي بصفة تدريجية من خلال مجموعة من القرارات القضائية، لهذا يتم التطرق لتطور اجتهاد القضاء الفرنسي (الفرع الأول)، ثم تبيان موقف المشرع والقضاء الجزائريين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطور اجتهاد القضاء الفرنسي

كان التصور السائد في القانون الفرنسي القديم أن حق الأجنبي في اللجوء إلى القضاء مقيد، وأن العدالة تقام لأعضاء المجموعة الوطنية¹ (للمواطنين فقط)، و قد ترددت القضاة و الفقه حول وظيفة قواعد الاختصاص و سادت نظرية "القاضي الطبيعي" التي تمنح للسيادة امتياز خاص، ليفصل القضاة في المنازعات بين المواطنين و في المنازعات التي يكونون فيها في مركز المدافع كمدعى عليهم ضد المدعي الأجنبي، و تعتبر هذه القاعدة من قواعد القانون الطبيعي، و تطبيقها لها يمكن استدعاء أجنبي ليمثل أمام محكمة فرنسية في مواجهة مدعي فرنسي أمام القاضي الطبيعي لهذا الأخير²، فقد جعل فقه القاضي الطبيعي من حق القضاء حقا مقدسا مستخرجا من فكرة أن القضاة الفرنسيين يعتبرون بصفة ضرورية قضاة طبيعيين للفرنسيين³ و قد كرس القانون الفرنسي هذا التصور في المادتين 14 و 15 من القانون المدني، فاهتمامه بتحقيق العدالة بين الفرنسيين نتج عنه مبدأ عدم اختصاص القضاء الفرنسي بالمنازعات بين الأجانب⁴، إذ استنتجت المحاكم بمفهوم المخالفة من أحكام هاتين

¹ -B. AUDIT :Op.cit، n°334، p281.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit،n°281، p 202 ;Hélène GAUDEMET-TALLON : Op.cit.، n°13.

³ -E.PATAUT :Op.cit، n°3، p 2.

⁴ - B.AUDIT :Op.cit.، n°3333، p281.

المادتين **أ**ها غير مختصة عندما لا يكون أي فرنسي طرفا في النزاع¹، فالمبادئ التي كان يسير عليها القضاء آنذاك لم تترك المجال لاختصاص المحاكم الفرنسية للنظر فيها فالمدعي لا يمكن له الاستناد على المادتين **14** و **15** مادام أن أي من طرفي النزاع ليس فرنسيا وأن المدعى عليه غير متوطن في فرنسا²، لكن نتج عن تكريس مبدأ عدم الاختصاص مشكل ، وبدلا من اعتباره مشكلا يتعلق بمسألة تنازع الاختصاص القضائي تم طرح مسألة وضعية الأجانب و حقهم في التمتع بالحقوق³، حيث أظهرت قرارات محكمة النقض المركز الأدنى للأجانب مقارنة مع الفرنسيين⁴، فرفع دعوى أمام محكمة فرنسية يعتبر حقا مخولا للفرنسيين و ليس للأجانب ، وبالتالي اعتبر الحق في اللجوء للمحاكم الفرنسية حقا مدنيا لا يستفيد منه الأجانب⁵، فالمادة **11** من القانون المدني تخصص للفرنسيين التمتع و ممارسة " الحقوق المدنية" من بينها الحق في رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية، و هذا التصور كان يجهل فكرة أن المحاكم تهدف لإقامة الأمن المدني الذي قد يهدده نزاع بين أجانب إذا كان مرتبطا بفرنسا⁶، كما أن التبريرات التي كانت تستند عليها محكمة النقض في أن فرنسا تحقق العالة للفرنسيين فقط ينقصها المنطق مادام أن الاعتراف لأجانب بحق التمتع بحقوقهم الطبيعية لا بد أن يتمم بتمكينهم من الحصول على العدالة في حالة الاعتداء عليها ، بالإضافة إلى أن دور القاضي يكمن في حماية الأمن العام عن طريق حل المنازعات، و في هذه الحالة لا هم جنسية الأطراف، بل تمركز النزاع، بالإضافة إلى أن رفض دعوى بين أجانب يعتبر سببا لإنكار العدالة⁷، فمن غير العدل رفض الدعاوى التي يرفعها الأجانب (ضد أجانب) أمام المحاكم الفرنسية لأن حق اللجوء إلى القضاء يعتبر حقا طبيعيا لا يمكن إنكاره على الأشخاص المقيمين في الإقليم، كما أنه من غير الملائم إجبار

¹ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n°444، p 554 .

وكان ذلك بموجب قرار قضائي صدر بعد القانون المدني الفرنسي استخلص مبدأ عدم اختصاص المحاكم الفرنسية بين الأجانب و تأسيسا على قاعدة موطن المدعى عليه ، حيث كان موطنه موجودا في الخارج و ذلك تفسيرا للموطن على أنه وضع وطني (مثل الجنسية)، انظر:

B.AUDIT : Op.cit، n° 335، p 282.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 282، p 203.

³ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 444، p 554.

⁴ -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 282، p203.

⁵ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n°444، p554.

⁶ -B.AUDIT : Op.cit، n°335، p282 ; H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n° 13.

⁷ -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 282، p203.

الأجانب المتنازعين في فرنسا على الانتقال للبلد الأصلي لأحدهم من أجل حل منازعاتهم¹ ، فقد تكون الهيئة القضائية الأجنبية غير ملائمة².

لهذا تم هجر مبدأ عدم الاختصاص بصفة تدريجية ، حيث تم التخلي عن مبدأ عدم اختصاص القضاء الفرنسي للفصل في المنازعات بين الأجانب في الدعاوى العينية التي يكون محلها عقارا موجودا في فرنسا و في دعوى التعويض عن الفعل الضار و في الدعاوى التجارية، و كان يبرر الاختصاص القضائي بتطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع في هذه الدعاوى، و منذ بداية القرن 19 كانت المحاكم الفرنسية مختصة لاتخاذ تدابير إستعجالية و تحفظية ، ثم اعترفت محكمة النقض باختصاص المحاكم في حالة وجود موطن المدعى عليه في فرنسا و عندما لا تكون أية جهة قضائية أخرى (عدا الفرنسية) مختصة لنظر النزاع مع عدم إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية و ذلك من أجل تفادي حالة إنكار العدالة³، و نظرا للأهمية المتنامية لمبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بفضل التمييز بين مفهومي الموطن و الجنسية⁴، كما امتد اختصاص القضاء إلى كل الدعاوى التي تمس بالنظام العام، و تم قبول الموطن الفعلي للأجنبي المدعى عليه كمبرر للاختصاص⁵، لكن بقي عدم اختصاص المحاكم الفرنسية في الدعاوى الشخصية للأجانب و دعاوى الحالة المدنية⁶، ليرفض مبدأ عدم الاختصاص نهائيا في قرار مهم لمحكمة النقض هو قرار Patino الصادر في 20 جوان 1948⁷، حيث أجبر القضاء الذي لا يملك أي نص ماعدا الفرضيتين

¹ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL :Op.cit، n° 444، p 203.

² -P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n° 282، p 203.

³ - B.AUDIT :Op.cit، n° 337، p 283.

⁴ - E.PATAUT : Op.cit، n°3، p 2.

⁵ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n° 14.

⁶ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 444، p 556 ; P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n° 282، p 203.

⁷ -Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL :Op.cit، n° 444،p 555 ; B.AUDIT :Op.cit، n°337، p 283 ; P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n°282، p 203 ; M-L.NIBOYET، G.DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 402، p 298 ; H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n° 15.

يتعلق هذا القرار بزواج بوليفي وزوجة اسبانية أقاما منذ زواجهما، المبرم في مدريد، في فرنسا، وقد فصل القضاء الفرنسي في قضية طلاقهما بالرغم من مبدأ عدم الاختصاص، وفي سنة 1962 أعيد نفس الحل فيما يتعلق بطلاق بين زوجين ألمانيين بموجب قرار صادر في 30 أكتوبر 1962، مذكور

في: Peggy CARLIER

: L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, thèse de doctorat, Lille 2, France, 2008, n° 820, p 466.

المكرستين في المادتين 14 و 15 مدني على استخراج قواعد الاختصاص القضائي الدولي¹ ليتم الإقرار صراحة و بصفة واضحة في قرار Scheffel الصادر في 30 أكتوبر 1962 أن " العنصر الأجنبي للأطراف لا يعد سببا لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية" « L'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises »²

و بالتالي ألغي القيد المتعلق بالصفة الأجنبية للأطراف ، و كان يجب الإعلان عن قواعد للاختصاص القضائي الدولي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية بصفة مستقلة (دون الاستناد) على ضابط الجنسية، فلا يمكن للنظام القضائي الفرنسي أن يختص بمنازعات لا ترتبط بفرنسا بأية رابطة سواء كانت منازعات بين الفرنسيين و الأجانب أو فيما بين الأجانب³.

و في غياب مجموعة حلول متكاملة موضوعة من طرف المشرع، ينطلق تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الأحكام الداخلية التي يمكن نقلها إلى المجال الدولي، فيكون من الطبيعي اقتباس حلول أساسية من النظام الداخلي لتسيير النظام الدولي، و بصفة خاصة الاهتمام بحسن سير العدالة على الاقليم و براحة الأطراف⁴.

ومما لا يدع مجالاً للشك أن الاختصاص الداخلي هيمن عليه فكرة أساسية و هي أن العدالة في الدولة واحدة، و أن شروط ممارستها ثابتة من محكمة لأخرى، ولا يمكن قبول أن مصير الدعوى مرتبط بمهوية القاضي الذي ينظرها، وبالتالي فإن قواعد الاختصاص الداخلي تهدف لتحقيق مصالح أحد الأطراف أو كليهما، لكن هذا الهدف بدأ يفقد فعاليته خاصة مع تطور الوسائل الحديثة للنقل وتراجع مبدأ شفافية الإجراءات لصالح مبدأ الكتابة، كما أن الاهتمام بحسن سير العدالة الذي يعد

¹ -M.L.NIBOYET، G.DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 402، p 298.

² - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Les grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé، 5^e édition، éditions .DALLOZ، Paris، 2006، p 319.

تتلخص وقائع قضية Scheffel في: أن زوجين ألمانين انفصلا بعد سنوات من الحياة المشتركة في بلدهما الأصلي، انتقل الزوج إلى فرنسا واستقر فيها وبقيت الزوجة مقيمة في ألمانيا، في سنة 1957 تقدم الزوج بدعوى الصلح بدافع الطلاق أمام محكمة سيدان في فرنسا، فدفعت الزوجة بعدم الاختصاص لكن دفعها رفض، وفي غياب الاستئناف، صدر أمر عن قاضي الصلح وحاز قوة الأمر المقضي فيه، رفع الزوج دعوى الطلاق أمام محكمة ميزيار فدفعت الزوجة من جديد بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية، هذا الدفع رفض على مستوى الدرجة الأولى و الاستئناف بسبب أن الأمر الحائز على قوة الشيء المقضي فيه يحدد بصفة قطعية حسب المادة 238 من القانون المدني اختصاص المحاكم الفرنسية، وجاء في حيثيات القرار أن الصفة الأجنبية ليست سببا لعدم اختصاص القضاء الفرنسي الذي يتحدد اختصاصه الدولي عن طريق تمديد قواعد الاختصاص الاقليمي الداخلي.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 282، p 203.

⁴ -B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، p 325.

من أهداف قاعدة الاختصاص القضائي لم يعد هو الآخر حاسماً بسبب اللجوء إلى الخبراء عند البحث عن الأدلة¹.

ولقد اقتبس القضاء الفرنسي معايير الاختصاص القضائي الدولي من معايير تحديد الاختصاص القضائي الإقليمي (المحلي) الداخلي متى كان النزاع يمثل مع فرنسا إحدى الروابط التي يمكن بموجبها منح الاختصاص لمحكمة فرنسية محددة، فيكون النظام القضائي الفرنسي معني بحله، و هذا هو مبدأ "تمديد قواعد الاختصاص الداخلي على المجال الدولي" الذي تم الإعلان عنه لأول مرة في قرار Pelassa الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض بتاريخ 19 أكتوبر 1959²، ليصبح لكل قاعدة اختصاص قضائي إقليمي داخلي قاعدة اختصاص قضائي دولي تناسبها³، و كل قاعدة اختصاص قضائي إقليمي قابلة لأن تصبح قاعدة اختصاص قضائي دولي أو قابلة للتعديل لتكيف بالضرورة مع الدور الذي ستلعبه في المجال الدولي⁴.

و قد أعيدت صياغة المبدأ في قرار Scheffel الذي جاء فيه " أن العنصر الأجنبي للأطراف لا يعد سبباً لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية التي يتحدد اختصاصها القضائي الدولي عن طريق تمديد قواعد الاختصاص القضائي الإقليمي الداخلي"

« L'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises dont la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne »⁵

إن التخلي عن مبدأ عدم الاختصاص أبرز بوضوح عدم كفاية المادتين 14 و 15 من القانون المدني، فعلى أية معايير يرتكز الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية إذا لم يكن أي فرنسي طرفاً في النزاع، إذ يكفي أن يكون ضابط الاختصاص المؤسس عليه في قواعد الاختصاص موجوداً في فرنسا حتى تختص المحكمة الفرنسية، و بهذه العبارة تكون محكمة النقض قد أقرت أن

¹ -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 286-1، p 206.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 284، p 204 ; B.AUDIT :Op.cit، n°343، p 286.

هذا القرار مذكور في مختلف المراجع لكن لم يعثر على وقائعه.

³ -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 284، p 204.

⁴ -B.AUDIT :Op.cit، n° 342، p 286.

⁵ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، p 319.

مسألة الاختصاص الدولي مماثلة لمسألة الاختصاص الإقليمي الداخلي و أن النزاع بين أجناب المعروض أمام محكمة فرنسية يعالج تماما كما يعالج نزاع داخلي فرنسي فيما يتعلق بالاختصاص، فلماذا إذن لا يتم اقتباس الحل من الاختصاص الداخلي إلى الاختصاص الدولي مادام أن الاختصاص هو حصر العلاقات القانونية بالنسبة للقضاء المختص¹.

لكن عبارة "تمديد الاختصاص" يجب ألا تفهم خطأ لأن هناك مجموعتين من قواعد الاختصاص تتمثل النقطة المشتركة بينهما في استعمال نفس المعايير²، كما أن لهما أهداف مشتركة و هي البحث عن قضاء و إصدار أحكام يتقبلها الأطراف و الاهتمام بحسن سير العدالة خاصة فيما يتعلق بطرق الإثبات³، لكنهما يختلفان من حيث طبيعة كل منهما و من حيث الموضوع إذ تعتبر إحداهما قواعد اختصاص إقليمي على عكس الأخرى⁴.

و يبرر تمديد القضاء الفرنسي لمعايير القواعد الداخلية للاختصاص الإقليمي على الاختصاص الدولي من الناحية العملية في أن قواعد الاختصاص الإقليمي تعتبر لوحدها النموذج الذي يحدد الرابطة بين النزاع و الجهة القضائية المختصة، ففي كل قاعدة اختصاص إقليمي منصوص عليها في المواد من 42 إلى 46 ق إجراءات مدنية يجب ملاحظة ما إذا كان معيار الاختصاص متوفر عند تاريخ رفع الدعوى على الإقليم الفرنسي، و إذا تحقق ذلك فتكون المحاكم الفرنسية مختصة و تكون المحكمة التي يقع في دائرتها معيار الاختصاص هي المختصة دون سواها⁵.

الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائريين

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الملغى، يستخلص أن المشرع الجزائري سكت كلية عن بيان القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية واكتفى بوضع أحكاما محدودة بإيراد المادتين 10 و 11، وهو، للأسف، نفس ما اتبعه في القانون الجديد 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 عند تكرار المادتين السابقتين في المادتين 41 و 42،

¹ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، p 323.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 284، p 205.

³ M-L.NIBOYET، G.DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 403، p 298.

⁴ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 284، p 205.

⁵ -M-L.NIBOYET، G.DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 403، 404، p 298.

وهذا المسلك، حسب بعض الفقه¹، منتقد، لأنه إذا كان القانون السابق قد وضع في ظروف انتقالية اقتضت إصداره، فإنه كان على المشرع أن يتولى تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي خاصة في زمن العولمة، وأن الجزائر ترتبط بغيرها من الدول بعلاقات اقتصادية كثيرة ومتعددة في مجال الاستثمار، وبالتالي، وأمام خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام قانونية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي بشأن منازعات بين الأجانب، تدخل القضاء الجزائري من جهته ليسد النقص التشريعي في قرارين قضائيين، الأول حكم محكمة استئناف (مجلس قضاء) الجزائر العاصمة بتاريخ 19/01/1966 الذي قرر " أن امكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري تعتبر مسألة لصيقة بقانون الشعوب (القانون الدولي العام) وأنها لا تعتبر حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم، ولا يوجد في القانون الجزائري ما يمنع الأجانب من عرض دعواهم أمام القضاء الجزائري إماما بصفتهم كمدعين أو مدعى عليهم، وكون طرفي الدعوى من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم اختصاص المحاكم الجزائرية"، والثاني حكم محكمة قسنطينة الصادر بتاريخ 20/04/1972 الذي أكد بدوره " أن جهات القضاء الجزائري مختصة بالفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه (الأجنبي) موطن أو محل إقامة في الجزائر، فمادام من الثابت أن للمدعى عليه موطن بالجزائر باعتباره يمارس فيها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن ثلاث سنوات سابقة على تاريخ قيد الدعوى ضده فإنه يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي"، فالقضاء الجزائري كان يسد النقص التشريعي باللجوء إلى الأحكام القانونية الواردة في المادة 8 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية السابق، وحاليا يعمل بتمديد أحكام المادة 37 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

¹ - حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 187.

² - حبار محمد: المرجع السابق، ص 192، 193.

المبحث الثاني: معايير اختصاص القضاء الوطني للفصل في المنازعات الدولية الخاصة

يرتكز الاختصاص القضائي الدولي على عدة أسس¹، فقد ميز بعض الفقه الفرنسي بين ثلاث معايير أساسية و هي: فكرة ولاء الشخص² أي الرابطة الشخصية الموجودة بين السلطة المكلفة بإقامة العدالة و بين الشخص الخاضع لها، وفي هذه الفكرة تدخل المادتين 14 و 15 م ف، والمادتين 41 و 42 ق إ م إ، وعلى أساس الوجود المادي لشخص المدعى عليه أو أمواله ما يبرر اختصاص المحاكم، وعلى أساس الأخذ بعين الاعتبار رفاهية الأطراف و تحقيق الإنصاف والعدالة، و يذهب رأي آخر في محاولة لتبرير قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي إلى إعطاء أربعة مبادئ وهي: مبدأ القرب³، مبدأ السيادة، مبدأ المراعاة⁴ و مبدأ سلطان الإرادة، و يبدو بصفة واضحة التفوق لاعتبارات رفاهية الأطراف والإنصاف والعدالة الموجودة تحت مبدأ القرب، وهذه الاعتبارات عند الرأيين تعتبر المصدر الحقيقي لقواعد الاختصاص القضائي الدولي لتأتي الاعتبارات الأخرى كتطبيق للمبدأ دون إهمال مبدأ السيادة، كما أن وضع معايير للاختصاص القضائي الدولي يرتكز على ضرورة وجود رابطة جدية بين المحكمة والنزاع أو الرابطة المعقولة⁵ تبرر على أساس مبادئ القانون العام أو حقوق الإنسان⁶.

ويستعين بعض الفقه الجزائري⁷ بخمسة مبادئ إجرائية لتبيان القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي، وهي إعطاء الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته، اختصاص محكمة موقع المال، اختصاص محكمة محل الالتزام، مبدأ الخضوع الاختياري، اختصاص محاكم الدولة متى كان النزاع مرتبطا بتدخل هيئة عمومية.

¹ -E.PATAUT :Op.cit, n°6, p 5.

² -L'idée d'allégeance du sujet.

³ -Principe de proximité.

⁴ -Principe de faveur.

⁵ -Un « lien raisonnable entre la juridiction et le litige », Cf. Laurence USUNIER : La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé. ECONOMICA. Paris, 2008, n°8, p 33.

⁶ -ibid.loc.cit.

⁷ - جبار محمد: المرجع السابق، ص 193، 195، 194.

فتتميز مسألة الاختصاص القضائي بمبادئ تعتبر أصولاً فنية تتم مراعاتها عند وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، من بينها المبدأ الذي يقضي باختصاص محاكم الدولة بالنسبة لرعاياها أي اختصاص الشخص أمام محاكم دولته ولو لم يكن مقيماً فيها، والمبدأ الذي يقضي بثبوت الاختصاص لمحاكم الدولة متى كان للنزاع صلة بإقليمها، وامتداد بعض قواعد الاختصاص الداخلي مثل قاعدة أن المدعي يسعى إلى المدعى إليه في محكمته ومبدأ الخضوع الاختياري¹.

ولم يجعل المشرع الجزائري اختصاص محاكم اختصاصاً عاماً وغير مقيد وإنما استند على ضوابط أو معايير تبرره، فقد تبنى هذه الضوابط بالنظر لأطراف المنازعة أو بالنظر لموضوعها، وبناءً عليه ترتبط المنازعات الدولية الخاصة بقضاء الدولة عن طريق أطراف المنازعة (المطلب الأول) أو عن طريق موضوعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بناء على الرابطة بين دولة القاضي وأطراف المنازعة

يرتبط الأشخاص أطراف المنازعة بدولة القاضي بالتوطن أو الإقامة فيها، وهذه الرابطة تعتبر إقليمية (الفرع الأول) أو بالجنسية التي تعتبر رابطة سياسية (الفرع الثاني)، فمن أجل أن يكون القضاء الجزائري مختصاً يشترط أن يتوفر ضابط الموطن أو محل الإقامة في الجزائر، أو أن يحمل المدعي أو المدعى عليه الجنسية الجزائرية وهذا وقت رفع الدعوى.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الموطن

للموطن عنصران: عنصر مادي يتمثل في الإقامة الفعلية في مكان معين، وعنصر معنوي يرتبط بنية الاستقرار في ذلك المكان، ويقوم محل الإقامة العادي محل الموطن، وإن كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعتمد على الإقامة كضابط لتحديد الاختصاص القضائي إلا أن قانون الإجراءات المدنية الملغى اعتبرها كضابط احتياطي في المادة 8 منه².

¹ - انظر محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 457، 458، ص 615، 616.

² - "يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعوى الخاصة بالأموال المنقولة ودعوى الحقوق الشخصية العقارية وكذلك في جميع الدعوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته، وإن لم يكن له محل إقامة معروف فيكون الاختصاص للجهة القضائية الواقعة في دائرتها لآخر موطن له".

وفي الاختصاص القضائي الدولي يخضع الموطن لقانون القاضي، حيث أنه عندما ترفع دعوى قضائية يكون الاختصاص فيها مبنيا على الموطن فإن قانون المحكمة التي تنظر النزاع هو الذي يؤكد ما إذا كان الموطن موجودا في دولة القاضي أو لا.

يعتبر الموطن ضابط أو معيار اختصاص منطقي ومعقول، إذ يتم اللجوء إلى المحكمة الأقرب إلى مقر السكنى، ومن أجل التيسير على المتقاضين وضمان حسن سير العدالة، ولقد أخذ المشرع الجزائري بالقاعدة العامة في الاختصاص الاقليمي وهي منحه لمحكمة موطن المدعى عليه (البند الأول) وفي حالات استثنائية غير مصرح بها ومراعاة لمركز المدعي قد يكون الاختصاص لمحكمة موطنه (البند الثاني).

البند الأول: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه

القاعدة العامة والأساسية في الاختصاص المحلي أو الإقليمي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه¹، وهي قاعدة قديمة² كان منصوصا عليها في القانون الروماني، وهي ذات منشأ عربي، عالمية³ مكرسة في كل التشريعات، إذ يعتبر ضابط موطن المدعى عليه من أكثر الضوابط انتشارا و أقلها انتقادا⁴، كما أن مبدأ قيام الاختصاص على موطن المدعى عليه من أهم المبادئ التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي الداخلي و الدولي⁵، والأصل الاعتراف بموطن المدعى عليه و ليس بموطن المدعي لأن الأول أولى بالرعاية من الثاني⁶.

وهذه القاعدة منصوص عليها في المادة 37 ق إ م إ: " يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود

¹ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 303.

² - Actor sequitur forum rei.

³ - Jean VINCENT، Serge GUINCHARD: Procédure civile, 27e édition, DALLOZ, Paris, 2003 ، n° 334، p 352.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 56، 57.

Droit et pratique de la procédure civile، sous la direction de Serge GUINCHARD. 3^e édition. DALLOZ، Paris، 2000، n°715، p 148.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 97، 98.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 681.

الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

و أساس هذه القاعدة أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس، و بالتالي يجب حمايته فيكون على من يدعي عكس ذلك أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه¹، كما أن الأصل أن الدين مطلوب فعلى المدعي أن يبادر بالمطالبة بدينه في موطن المدعى عليه، و الهدف هو إيجاد نوع من التوازن بين مراكز الخصوم، فكما أن من حق المدعي أن يرفع الدعوى في الوقت الذي يختاره فعليه أن يذهب إلى حيث يقيم المدعى عليه²، و يهدف تقرير هذه القاعدة تيسير مهمة الدفاع عن المدعى عليه³ لأنها موضوعة لمصلحة من يكون في مركز المدافع و تحقق المساواة الإجرائية⁴ فمادام أنه لم يصدر حكم قضائي بعد في الدعوى يستفيد المدعى عليه من قرينتين: الأولى أنه في مركز قانوني مساو لمركز المدعي فلا أحد ملتزم تجاه الآخر، و الثانية أن الظاهر هو المطابق للحقيقة إلى حين إثبات العكس و بالتالي من الطبيعي أن على من ينكر ذلك إثباته أمام محكمة موطن الطرف الذي يكون في مركز المدافع⁵، و يقوم الأخذ بهذا الضابط اعتبار عملي هام حتى لا يكون المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيئ النية الذي يمكن أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه و يحمله بذلك مصاريف الانتقال دون أن يتمكن من استرداد نفقاته⁶ خاصة في الدعاوى الشخصية، فلولا وجود هذه القاعدة لكان المدعى عليه تحت رحمة سلطان المدعي المعسر سيئ النية الذي يحول إعساره دون تعويض المدعى عليه مصاريف التنقل⁷ وبناء عليه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه أو محل إقامته على أساس أن كل منهما صلة بين الشخص و إقليم الدولة، فهو ضابط شخصي إقليمي، و ضابط قانوني لأنه مبني على اعتبارات قانونية، و هو ضابط عام لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات⁸، تتمثل أهميته في أن الدولة التي تقوم

¹ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 303.

² - نبيل صقر: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى، الجزائر، ص 65.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1047.

⁴ - L.USUNIER : Op.cit, n° 127, p 110.

⁵ - J.VINCENT, S.GUINCHARD: Op.cit, n°334, p 352.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، 97، 98، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 35.

⁷ - J.VINCENT, S.GUINCHARD: Op.cit, n°334, p 352.

⁸ - حفيفة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 56، 57.

بإصدار الحكم في مواجهة المدعى عليه تكون أقدر الدول على إلزامه بتنفيذه نظرا لتوفر الرابطة الجدية بينه وبينها و المتمثلة في توطنه على إقليمها¹ وفقا لمبدأ قوة النفاذ حيث لا عبرة بجنسية المدعى عليه سواء كان وطنيا أو أجنبيا²، كما أنه من غير العدل أن يتحمل المدعى عليه صعوبات المرافعة والدفاع في الخارج³ و عدم معرفة اللغة و القواعد المحلية في الدولة التي بادر فيها المدعي برفع دعواه⁴، لهذا تنقل قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه كقاعدة اختصاص قضائي داخلي دون نقاش إلى المجال الدولي و تناسبها قاعدة أن النظام القضائي للدولة يكون مختصا إذا كان للمدعى عليه موطن في إقليمها⁵، فهي تصل المنازعة بولاية القضاء في الدولة و بالتالي بسيادتها⁶، بالرغم من أن الفقه الحديث يعتبر قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه تحقق المساواة الإجرائية بين الأطراف أكثر من اعتبارها رابطة بين سيادة الدولة و النزاع أو سلطة الدولة على المتوطنين في إقليمها⁷.

وتعتبر قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه قاعدة عامة في القانون الجزائري تسري على جميع أنواع الدعاوى الشخصية والمنقولة والدعاوى الشخصية العقارية ماعدا تلك التي قرر لها المشرع في المادة 40 ق إ م إ اختصاصا خاصا ومانعا بموجب قاعدة اختصاص آمرة، ويتعلق الأمر بالدعاوى العينية العقارية، دعاوى الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية، مواد الخدمات الطبية، مواد مصاريف وأجور المساعدين القضائيين ودعاوى الضمان، مواد الحجز، المنازعات التي تقوم بين العامل ورب العمل، والمواد الاستعجالية، وتطبق على جميع أنواع الدعاوى الشخصية في نظر القانون الفرنسي، في مادة حالة الأشخاص وأهليتهم، ماعدا منازعات الطلاق والانفصال الجسماني والتبني، وسواء كانت الدعاوى الشخصية منقولة أو عقارية⁸، وأمام عموم النص التشريعي يمتنع التقييد، فيجوز رفع أي دعوى من

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 35، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 56، 57، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1047.

² - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ - B.AUDIT :Op.cit, n° 344، p 286.

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit, n° 405، p 299.

⁵ - P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit, n° 284، p 204.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 681.

⁷ -L.USUNIER : Op.cit, n°127، p 110.

⁸ -H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 25.

الدعاوى شخصية أو عينية على الأجنبي المتوطن أو المقيم في الدولة بغض النظر عن جنسية المدعي و عن موطنه¹ فيمتد سريان قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه على كل أنواع الدعاوى ماعدا الدعاوى العقارية المرتبطة بعقار واقع في الخارج² ويرجع هذا الإطلاق إلى أن المقصود من الموطن هو الموطن العام أو الموطن المدني ولذلك فإن اختصاص المحاكم الوطنية ينصرف إلى الدعاوى في مواد الأحوال الشخصية والأحوال العينية بما فيها الدعاوى العينية والشخصية و المختلطة³ ولا تتعطل القاعدة العامة بقواعد الاختصاص الأخرى الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث إلا حيث يوجد نص يقضي بخلاف ذلك⁴.

ولا تعتبر قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من النظام العام حيث يخضع اختصاص المحاكم الوطنية لإرادة المدعي إن شاء رفع الدعوى أمام محكمة دولة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة دولة أخرى⁵ حيث يمكن مخالفتها عن طريق الاتفاق مسبقا ووضع شرط مانع للاختصاص أو الاتفاق ضمنا عن طريق مخالفتها من طرف المدعي وعدم إثارة المدعى عليه لذلك، كما أن القاضي لا يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه إلا في حالة عدم حضور المدعى عليه⁶ أو حضوره وتقديم دفع بعدم الاختصاص.

وهذه القاعدة مقررة في أغلب التشريعات، حيث تنص المادة 42 ق إ م ف على أن: "المحكمة المختصة إقليميا هي المحكمة أين يقيم المدعى عليه"⁷، و المادة 29 ق م م : " تختص محاكم

¹ - حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق، ص 93.

² - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 685 ، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 50، 57، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1047.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 685.

⁴ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 57.

⁵ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 186.

⁶ - Droit et pratique de la procédure civile. n°716، p 149.

⁷ - كان النقد الموجه للنص القديم المتمثل في المادة 1/59 يتعلق بمعيار أو ضابط الاختصاص فالموطن باعتباره مفهوم قانوني لا يتلاءم مع مكان ممارسة معاملات الشخص العائلية و المهنية كما أن مجال تطبيقه كان محصورا في الدعاوى الشخصية . انظر:

J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n°334، p 352 : « On pouvait énoncer deux critiques à l'égard de l'article 59 alinéa 1.La première concernait le point de rattachement retenu : le domicile، notion très juridique et ne correspondait pas avec le lieu où se déroule l'activité familiale et professionnelle d'une personne. La seconde avait trait au domaine d'application de la compétence de ce texte ; il s'appliquait « en matière personnelle » ; l'expression n'était pas heureuse. »

الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة لعقار واقع بالخارج"، وفي القانونيين اللبناني والسوري¹، و تنص المادة 3 ق د خ ت على أن: "تختص المحاكم التونسية بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية بين الأفراد مهما كانت جنسياتهم إذا كان للمدعى عليه موطن في تونس"²، و يرجح معيار الإقامة العادية للمدعى عليه في بلجيكا خاصة في منازعات الأحوال الشخصية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم البلجيكية (المادة 40)³، كما يركز اختصاص القاضي الإنجليزي بالنظر للمدعى عليه المتوطن في بريطانيا⁴.

ويعتبر موطن المدعى عليه ضابطا للاختصاص في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها أو أبرمتها الجزائر منها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 6 أبريل 1983⁵ في المادة 28/أ منها، ففي غير مسائل الأهلية والأحوال الشخصية والحقوق العينية المتعلقة بالعقار تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد، كما جاء في اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة رأس لانوف بليبيا في 9 و 10 مارس 1991⁶ في المادة 34/أ أنه: " تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة إذا كان موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن

¹ - وجاء في المادة 74 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أن الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية يخضع للأحكام المتعلقة بالاختصاص الداخلي دون تمييز بين لبناني و أجنبي، و تنص المادة 97 منه على أن: " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مقام المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " من خلال هذا النص يتضح أن الدعاوى الشخصية تنظر مبدئيا في محكمة مقام (موطن) المدعى عليه¹ فتكون المحاكم اللبنانية مختصة بنظر هذه الدعاوى إذا كان للمدعى عليه الأجنبي مقام في لبنان حيث تطبق في الحال الدولي قاعدة الاختصاص المكاني المقررة في الحال الداخلي بمقتضى المادة 97، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 64، عبده جميل غصوب: دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 393.

² - Article 3: « Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation، civile et commerciale entre toutes personnes quelque soit leur nationalité ، lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie ».

³ -Jean Yves CARLIER : Le code belge de droit international privé، R.C.DIP، n° 1، janvier-mars 2005، p 28.

⁴ -L.USUNIER : Op.cit، n°126، p 110.

⁵ - مرسوم رئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001 المتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، منشورة في يوسف دلاندة: اتفاقيات التعاون القضائي و القانوني، دار هومة: الجزائر، 2005، ص 169 و ما يليها.

⁶ - مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة برأس لانوف (ليبيا) في 9 و 10 مارس 1991، انظر يوسف دلاندة: المرجع السابق، ص 87 و ما يليها.

تعدوا وقت افتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله" وكذلك الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع عدة دول في مجال التعاون القضائي منها الاتفاقية الجزائرية الاسبانية¹ في المادة 17 ، و الاتفاقية الجزائرية الايطالية² في المادة 16، وجدير بالذكر أن موضوع الاختصاص لم يلق اهتماما في الاتفاقيات الثنائية على كثرهما مقارنة بمواضيع أخرى مثل تنفيذ الأحكام والإقامة القضائية وتسليم المحرمين، وهنا يتعين الرجوع للقانون الداخلي من أجل تحديد الاختصاص القضائي في المنازعات الدولية الخاصة.

وهذه القاعدة تطبق في حالة ما إذا كان المدعى عليه شخص طبيعي أو معنوي وفي حالة تعدد المدعى عليهم.

1- إذا كان المدعى عليه شخصا طبيعيا

قاعدة انعقاد الاختصاص على أساس موطن المدعى عليه تشمل الموطن العام والموطن الخاص مثل موطن الأعمال والموطن التجاري³، كما يقصد به الموطن المختار والموطن القانوني، ويرجع الأمر لتحديد هذه المفاهيم إلى قانون القاضي⁴ (باعتباره القانون الذي يحكم التكييف)⁵، فإذا تعلق الأمر باختصاص المحكمة الجزائرية فإن القانون المدني الجزائري في المادة 36 منه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي"، فهو الذي يحدد مفهوم الموطن حسب السلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁶، وأساس اختصاص القضاء الوطني هو تواجد المدعى عليه الأجنبي على الإقليم الوطني مما يمنح المحاكم الوطنية السلطة الكافية في مواجهته وخضوعه لقضاء الدولة التي يوجد فيها فليست له أية امتيازات أو حصانة قضائية وليس له أن يلجأ لسفارته⁷.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-64 المؤرخ في 11 فبراير 2006 يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني و التجاري بين الجمهورية الجزائرية و مملكة اسبانيا موقعة بمدريد في 24 فبراير 2005 ، ج ر عدد 08 ، ص 14 و ما يليها.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-72 المؤرخ في 13 فبراير 2005 يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني و التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الإيطالية، الموقعة بالجزائر في 22 يوليو 2003 ، ج ر العدد 13 ، ص 3 و ما يليها.

³ - أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 12.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1048

H.GAUDEMET-TALLON: Op.cit, n°22

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 681، لكن الموطن لا يعتبر ففة إسناد وإنما ضابط إسناد وقد سبق التعرض لهذا الانتقاد.

⁶ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, n° 338، p 354.

⁷ - أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 13، 14.

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فتحل محله الإقامة، فقد جاء في القانون المدني أن محل الإقامة العادي يقوم مقام الموطن (المادة 36)¹، وهذا ما أخذت به أغلب التشريعات، منها ما ورد في المادة 43 فقرة ثانية ق إ م ف²، لكن مجرد إقامة المدعى عليه في فرنسا لا يؤسس اختصاص المحاكم الفرنسية إلا إذا لم يكن له موطن لا في فرنسا ولا في الخارج³، والمادة 29 م م التي تقرر مبدأ الاختصاص القائم على توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته فيها⁴، ولقد ساوى المشرع المصري بين الموطن ومحل الإقامة⁵، وفي قوانين الدول الأنجلوسكسونية وإن يجب أن يكون لكل شخص موطن واحد فقط، فيمكن الحصول على أكثر من إقامة وكيف واحد من بينها كمواطن قانونا، ومحل الإقامة يستخدم لتحديد الحقوق والواجبات، ومفهوم الإقامة يستعمل بكثرة ويؤدي دور مهم مشابه للموطن وهو عنصر فعلي من السهل تحقيقه، فأن يصبح الشخص مقيما عاديا في دولة معينة أسهل من أن يصبح متوطنا فيها، حيث يكون إثبات النية في الإقامة مرنا فهي عبارة عن الوجود المادي الإرادي مما يميزها عن وضعية المسافر، وتظهر الإقامة كشرط مسبق لتمكن الشخص من الانتخاب والاستفادة من الإعانات الاجتماعية والقيام بإجراءات قضائية⁶.

وموطن الشخص الطبيعي هو مكان تواجده الرئيسي⁷، أي مركزه الرئيسي المستقر والذي يقيم فيه بصفة مستمرة⁸، فلا بد من توافر عنصران، الأول: العنصر المادي وهو الإقامة الفعلية أو السكن

¹ - لم يرد نص مشابه في القانون الدولي الخاص التونسي.

² - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n°405، p 299 ; B.AUDIT :Op.cit, p 287.

³ - B.AUDIT :Op.cit, p 287 ; P.MAYER ، V.HEUZE : Op.cit, n°285، p 205 ، H.GAUDEMET-TALLON :Op.cit, n°22.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 98.

⁵ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 52 ، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 100

⁶ -Yves-louis SAGE : La mise en œuvre de la notion de domicile dans le droit international privé néozélandais, www.upf.pf/RIDIP/RJP/RJPS/6Sage.doc.

⁷ -François TERRE، Dominique FENOUILLET :Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités, 7^e édition, DALLOZ, Paris, 2005, n°201، p 195 ; J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, p 353.

⁸ -Droit et pratique de la procédure civile، n°719، p 149.

أمام صعوبة تحديد الموطن عندما يكون للشخص عدة مراكز من غير السهل معرفة المركز الأساسي منها لهذا استخلص القضاء الفرنسي مفهوم الموطن الظاهر و جعله معيارا للاختصاص القضائي و هذا يفرض أن يكون مركزا للمدعى عليه ، من خلال الظواهر يعتقد أنه موطنه الحقيقي، و أن المدعي كان حسن النية لا يعلم بأن الموطن الحقيقي يوجد في مكان آخر.

في مكان معين، والثاني: العنصر المعنوي وهو الاعتياد أو الاستقرار أي نية الإقامة الدائمة في ذلك المكان¹، ولتحقيق الركن المادي في الموطن يجب أن يقيم الشخص في إقليم الدولة بصفة مستمرة ولا يشترط أن يكون له مقر ثابت في أية جهة إذ يمكن اعتباره مقيماً ولو كان دائم التنقل بين مختلف أجزاء الإقليم كالبدو الرحل²، ويتميز الموطن عن محل الإقامة، فالأول هو المكان الذي يحتمل فيه إقامة الشخص قانوناً (الموطن الحكمي) أما الثاني فهو مكان الإقامة الفعلية³، فهذا الأخير يقصد به المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة غير عادية أي بغير نية الاستمرار، وهو لا يعد موطناً من الناحية القانونية⁴، لأنه عبارة عن إقامة مادية مجردة من النية⁵ يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة أو فصلية⁶ أو غير معتادة⁷ أو بصفة عابرة⁸، فعنصر نية البقاء هو الذي يميز بين الموطن ومحل الإقامة⁹، وباعتبار أن الإقامة هي العنصر المادي في الموطن، يترتب عليها انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان للمدعى عليه محل إقامة ولم يكن له موطن في إقليم الدولة، لأنها مجرد معيار احتياطي وليست اختياراً يمنح للمدعي، فإذا كان المدعي يعلم موطن المدعى عليه لا يمكن له أن يرفع دعواه أمام محكمة محل الإقامة¹⁰، لكن يجب تحديد المقصود من النية فهي موجودة عند جميع الأشخاص المقيمين في بلدهم الأصلي، وهي نية سلبية لأنهم لا يفكرون في مغادرة وطنهم وتحويل إلى نية ايجابية بمجرد مغادرة الإقليم للهجرة إلى دولة أخرى والتوطن فيها، وهنا يتعين على قضاة الموضوع البحث في مسألة النية وفي ما إذا كان السفر بقصد عدم العودة أو السفر بصفة مؤقتة¹¹، وتعتبر النية شرطاً ضرورياً في قوانين الشريعة العامة في اختيار موطن غير الموطن الأصلي، ومجرد الإقامة في دولة معينة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1048، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 682، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 101، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 52، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 94، أبو العلا النمر: المرجع السابق، ص 19، 20، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 304.

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر: دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 19، 20.

³ - بوبشير محمد أمقران: المرجع السابق، ص 301.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 682.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 101، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 56.

⁶ - Droit et pratique de la procédure civile, n° 721, p 150.

⁷ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 306.

⁸ - نبيل صقر: المرجع السابق، ص 66. مصطلح "عابرة" قد يكون خاطئاً على أساس أن الوجود العابر لا يبرر اختصاص المحكمة.

⁹ - أبو العلا النمر: المرجع السابق، ص 21،

¹⁰ - Droit et pratique de la procédure civile ، n°721، p 150.

¹¹ - أبو العلا النمر: المرجع السابق، ص 21، 22.

غير كافية لاعتبار أن الشخص قد غير موطنه، ومن أجل الحصول على موطن مختار يجب أن يثبت الشخص أن له إرادة مؤكدة في تحديد موطنه في مكان معين من دولة معينة، والقضاء يقبل الإثبات بالوقائع التي تبين أن الشخص له نية حقيقية للاستقرار في دولة أخرى لفترة زمنية غير محددة، ويتعين أن تكون إرادته حرة غير متأثرة بأي ضغط كأن يكون مبعداً أو لاجئاً، ويقع عبء الإثبات على عاتق الشخص، ولا تكفي تصريحاته لبناء اقتناع القضاة، وتعتبر من العناصر التي تؤسس نية الشخص تغيير الجنسية، تغيير الديانة، الزواج مع شخص ينحدر من دولة الإقامة، الدراسة المتحصل عليها، شراء واكتساب عقارات¹.

ولا ينعقد الاختصاص القضائي الدولي على مجرد الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه في إقليم الدولة، وهنا يتضح الموقف المرن لأغلب المشرعين على عكس البعض، فالقانون الإنجليزي يعتبر تواجد المدعى عليه في إقليم الدولة لغرض السياحة أو الزيارة أو المهمة المؤقتة كافياً لعقد الاختصاص²، ومجرد تواجد المدعى عليه الأجنبي في الإقليم الأمريكي أو عبوره أو تواجده مؤقتاً فيه يكون كافياً لاختصاص القضاء الأمريكي، لكن هذا الشكل من ربط النزاع بدولة القاضي منتقد³، فمحل الإقامة لا ينصرف إلى مكان الوجود العارض للأجنبي المدعى عليه في إقليم الدولة للدراسة أو للسياحة، والسبب في عدم الاختصاص بالدعوى التي ترفع على الأجنبي الموجود في الدولة وجوداً عارضاً، هو أن مجرد الوجود لا يكفي لوحده لربط المنازعة بولاية القضاء، مادامت عناصرها الموضوعية واقعة جميعها في الخارج، ولعدم توفر الضابط الشخصي غير الإقليمي وهو الجنسية، وعدم توفر الضابط الشخصي الإقليمي وهو الموطن، ولأن عقد الاختصاص على وجود المدعى عليه في إقليم الدولة لا يوفر الرعاية الواجبة للمدعى عليه بمقتضى اعتبار العدالة⁴، ويتعارض مع مبدأ قوة النفاذ الذي يعد الأساس الجوهري لقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في المجال الدولي⁵، ولهذا تبين للمشرع الإنجليزي أن نظام الاختصاص القضائي الدولي المبني على مجرد التواجد على الإقليم الإنجليزي كان قاسياً، وتم تعديل قانون الإجراءات ومنح الاختصاص إذا كان المدعى عليه

¹ - Yves-louis SAGE : Op.cit

² - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1048، 1049.

³ - Résumé de l'intervention de Jean-François FLAUSS :La compétence civile universelle exercée par la justice américaine à travers l'ATCA، www.rse.et.ped.info/IMG/doc/

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 682.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 102.

يقيم في بريطانيا، وحسب قواعد الإجراءات المدنية يكون القاضي الإنجليزي مختصا عندما يكون للمدعى عليه موطن في بريطانيا¹، كما تؤكد المحكمة العليا الأمريكية أن تكون الروابط بين النزاع ودولة القاضي جديدة، وتنكر كل اختصاص لا يكون معقولا².

وتقضي المادة 10 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها و تنقلهم فيها³، على أن الأجنبي العابر للإقليم الجزائري أو الذي يقيم فيها لمدة لا تتجاوز 90 يوما يعتبر غير مقيم لانعدام القصد في تثبيت إقامته أو ممارسة نشاط مهني أو مأجور، وعند اتخاذ الجزائر كمنطقة عبور للتوجه لبلد مجاور تسلم للأجنبي تأشيرة عبور، وهذا حسب المادة 14 من نفس القانون. أما الأجنبي المقيم فهو الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر والذي تسلم له بطاقة المقيم، وهذا ما جاء في المادة 16 من ق 08-11، والملاحظ من خلال هذه المادة أن المقصود بالإقامة حسب هذا القانون هو الموطن حسب القواعد العادية بوجوب توفر الإقامة العادية ونية الاستقرار (الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية) لكن الفرق بينهما أن الموطن يثبت للجزائري حسب المادة 36 ق م " موطن كل جزائري... " في حين أن الإقامة تكون للأجانب.

كذلك يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان للمدعى عليه موطن مختارا في إقليم الدولة، فقد يكون الموطن العام للمدعى عليه الأجنبي في الخارج، ولكن له في دولة القاضي موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين، والمقصود بالموطن المختار هو الخضوع الاختياري بحيث إذا اختار الأجنبي الذي ليس له موطن ولا محل إقامة في دولة القاضي، واختارها مكانا لتنفيذ عمل قانوني معين فإنه يكون بذلك قد قبل اختيار اختصاص محاكم دولة القاضي للنظر في الدعاوى التي ترفع عليه والمتعلقة بهذا العمل دون غيره⁴، بما في ذلك إجراءات التقاضي⁵، واختصاص محكمة الموطن المختار

¹ - Order XI, rule 1 intégré en 2000 dans les Civil Procedure Rules de 1998، Cf L.USUNIER : Op.cit, n° 123, p 113, 114.

² - Hans SMIT :Les conflits de juridiction en procédure civile، RIDC، n°3، juillet، septembre 1990، p 873.

³ - المؤرخ في 25 يونيو 2008، منشور في الجريدة الرسمية عدد 36، سنة 2008، من ص 4 إلى ص 11.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 103، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 54، 55، أحمد مليجي: المرجع السابق، ص 19.

⁵ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، بند 177، ص 187.

يعد استثناء من القاعدة العامة المقررة لصالح المدعى عليه، فيجوز مخالفتها¹ للتيسير عليه، كما يعتبر المواطن المختار استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن المواطن يثبت بالإقامة الفعلية والمعتادة و يعتمد على التصوير الواقعي لهذا لا يجوز إثباته إلا بالكتابة².

ولقد اعتبر المشرع الجزائري المواطن المختار ضابطا لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية من خلال المادة 37 ق إ م إ: "... و في حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها المواطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" فيجوز أن يتخذ الشخص موطنًا مختارًا لنفسه لتنفيذ بعض الأعمال والأصل أنه عمل جوازي إلا أن القانون قد يفرض هذا الموطن في بعض الحالات مثل المادة 613 ق إ م إ التي تنص على: "يجب أن يشمل التكليف بالوفاء تحت طائلة القابلية للإبطال،...: اسم و لقب طالب التنفيذ شخصا طبيعيا أو معنويا وموطنه الحقيقي وموطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ..."

كما تنص المادة 1/410 ق إ م إ على أنه: "عند استحالة التبليغ الرسمي شخصا للمطلوب تبليغه فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار." فإذا تعلق الأمر بتبليغ التكليف بالحضور أو تبليغ الحكم الصادر في مواجهة الشخص فإنه يتم في موطنه العام أو الحقيقي أو في موطنه المختار و عليه فإن الموطن المختار لا يعني بالضرورة الخضوع الاختياري الذي يتحقق باتفاق الأطراف واختيارهم لمحكمة معينة ، و إنما يتعلق بتنفيذ تصرف قانوني مثل الوفاء بالدين أو تلقي التبليغات الرسمية، ويجب إثبات اختيار الموطن كتابة و هذا ما ورد في المادة 2/39 ق م.

والغالب أن الموطن المختار يكون بإرادة الشخص لتنفيذ عمل قانوني، فقد يقوم باختيار مكتب المحامي فيما يتعلق بإجراءات دعوى معينة مرفوعة منه أو عليه بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، وكل تبليغ قانوني متعلق بهذه الدعوى يتم في مكتب المحامي يعتبر صحيحا، كما يجوز أن يقتصر الموطن المختار على جزء من الإجراءات كإجراءات التنفيذ الجبري³.

¹ - أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 19.

² - عدنان السرحان، غالب الداودي: الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن، مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد 24، العدد 2، ديسمبر 1997، ص 270.

³ - عدنان السرحان ، غالب الداودي: المرجع السابق، ص 270.

لكن اختصاص المحكمة بناء على الموطن المختار لا ينعقد بصفة تلقائية مجرد أن يتخذ المدعى عليه موطناً مختاراً في إقليم دولة معينة، وإنما يجب أن يتأكد القاضي في كل حالة على حدة على أن هناك صلة جديّة تربط النزاع بإقليم الدولة وذلك حتى يكون للحكم الصادر قيمة فعلية وفقاً لمبدأ قوة النفاذ، وحتى لا يترك الأمر للرغبات غير المشروعة للخصوم¹، أي وجوب توفر الصلة الجديّة والمصلحة المشروعة للأطراف².

ويمكن أن يكون للأجنبي موطن أعمال يصلح لأن يكون ضابطاً للاختصاص القضائي الدولي بحيث تختص المحاكم بالدعاوى التي ترفع على هذا الأجنبي فيما يتعلق بهذه الأعمال دون غيرها من الدعاوى³، ويقصد بموطن الأعمال المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معينة، وهو لا يعد كذلك إلا بالنسبة لإدارة هذه التجارة أو الحرفة، ولو كان له موطن عام في الخارج⁴.

وفي جميع هذه الحالات المتعلقة باختصاص محكمة موطن الأجنبي المدعى عليه، ينبغي أن يكون دخوله إلى إقليم الدولة قانونياً، إذ لا يتصور اكتساب الأجنبي موطناً إذا كان دخوله غير شرعي أو لم يتحصل على ترخيص بالإقامة وفقاً للقانون، فلن يتمكن من الإقامة المعتادة إذا تم إبعاده من طرف الجهات المختصة⁵، ويكون دخول الأجنبي قانونياً إلى الجزائر إذا عبر الحدود وقدم عند وصوله للإقليم الجزائري لمراكز المراقبة جواز سفره أو كل وثيقة سفر معترف بها، والتأشيرة المشترطة والدفتر الصحي وهذا ما قضت به المادة 7 من القانون 08-11.

2- إذا كان المدعى عليه شخصاً اعتبارياً

إذا كان المدعى عليه شخصاً معنوياً فإن موطنه يحدد وفقاً لقانون القاضي، فالقاعدة الأساسية المتعلقة باختصاص محكمة موطن المدعى عليه لا يقتصر تطبيقها على الأشخاص الطبيعيين حيث جاءت بصيغة عامة، فليس من الصعب تصور وجود موطن أو محل إقامة للشخص المعنوي يمكن

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 55.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 96.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 685.

⁴ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 54، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 101، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 95.

⁵ - أبو العلا النمر: المرجع السابق، ص 23، 24.

عقد الاختصاص بشأن الدعاوى التي ترفع عليه لمحكمة موطنه أو محل إقامته، وتجدر الإشارة إلى أن الموطن المقصود، ليس هو الموطن الفعلي مثل الشخص الطبيعي، وإنما هو الموطن الحكمي¹، ويرجع في تحديد موطن الشخص المعنوي للمادة 50/2 ق م ج التي جاء فيها: "يكون لها (له)² خصوصاً:..... موطن و هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها" فله موطن مستقل عن مواطن أعضائه، وحسب المادة 547 ق ت ج: "يكون موطن الشركة في مركز الشركة"، وهو مقرها الاجتماعي حسب النسخة الفرنسية³، وإذا كان للشخص المعنوي عدة فروع فيكون كل فرع موطناً له فيما يتعلق بمجال نشاطه⁴، وتكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها أحد الفروع هي المختصة بالمنازعات المتعلقة بنشاطه، وهذا ما قضت به المادة 39/4 ق م إ ج: "...و في الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها"، فإذا كان المركز الرئيسي أو المقر الاجتماعي للشخص المعنوي أو للشركة موجود في الخارج ولكن له فروع أو وكالات أو مجرد مكاتب، فإن الدعاوى المرفوعة ضد الفرع تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، أما في منازعات الإفلاس والتسوية القضائية فيكون الاختصاص لمحكمة المقر الاجتماعي للشركة أي لمحكمة مكان مركز إدارتها الرئيسي دون سواها حسب المادة 40/3 ق م إ ج، و تعتبر هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بصريح العبارة "دون سواها"، ويمتاز المقر الاجتماعي بإمكانية إعلامه للغير عن طريق الاطلاع على القانون الأساسي أو على أية وثيقة تدل عليه مثل النشرات والخطابات، وبالتالي لا يأخذ بعين الاعتبار موطن المسير، كما قد يختلف المقر الاجتماعي عن مراكز الاستغلال⁵، وبالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر فإن مركزها في نظر القانون الجزائري يكون في الجزائر حسب المادة 50/2 ق م، وكذلك حسب المادة 547/2 ق ت حيث تخضع الشركات التي تمارس نشاطاً في الجزائر للتشريع الجزائري، وبالتالي عند إفلاس شركة تجارية يوجد مركز إدارتها في الخارج وتمارس نشاطاً تجارياً في الجزائر

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1053.

² - يوجد خطأ في نص المادة إذ الوارد فيها عبارة لها والأصح هي له.

³ - Art 547 du code de commerce : « le domicile de la société est au siège social ».

⁴ - إسحاق إبراهيم منصور: نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 246.

⁵ - J.VINCENT، S.GUINCHARD: Op.cit، n° 339، p354.

يمكن رفع دعوى الإفلاس أمام القضاء الجزائري، وهذا ما يعبر صراحة عن هيمنة قانون القاضي لحكم ما يتعلق بالشركات التجارية بصفة مباشرة أي عدم خضوعها لمنهج التنازع.

وفي القانون الفرنسي تنقل ضوابط الاختصاص الإقليمي إلى المجال الدولي خاصة القاعدة التي تمكن من جلب شركة للمثول أمام القضاء الفرنسي ليس بالنظر لمقرها الاجتماعي¹ وحسب، ولكن كذلك لمكان نشاطها الفرعي موضوع الدعوى القضائية²، وتشير المادة 43 ق إ م ف إلى مكان وجودها وهذا لا ينصرف فقط إلى المقر الاجتماعي ولكن كذلك إلى المقر الفرعي³، والمقصود بالمقر الفرعي: " المحطات الرئيسية"⁴ التي تحدث عنها الاجتهاد القضائي والتي يمكن أن تنقل إلى المجال الدولي⁵، حيث تطبق قاعدة اختصاص محكمة المقر الاجتماعي تطبيقا مرنا عندما يكون للشخص المعنوي فروعاً موزعة على مستوى الإقليم وهذا لمصلحة المدعين الذين غالباً ما يكونون أشخاصاً طبيعيين منفردين (مستهلكين) ويتعين أن يكون للفرع بعض الاستقلالية⁶، فيمكن رفع الدعوى ضد شركات السكك الحديدية والتأمينات ومؤسسات القروض أمام محكمة مقر أحد الفروع وهو عبارة عن محطة لها، عندما تضع الشركة مسيراً يمثلها ويتعاقد مع الغير باسمها⁷، وهذه القاعدة في المجال الدولي تمكن من تأسيس اختصاص القضاء الفرنسي بمجرد ما يكون للشركة المدعى عليها مقر في فرنسا⁸، ويشترط لتطبيقها وجود رابطة بين النزاع و نشاط الفرع⁹، وتعتبر رخصة ممنوحة للمدعي الذي يمكن له أن يرفع الدعوى ضد الشخص المعنوي أمام محكمة مقره الاجتماعي (الرئيسي) ولا يمكن لهذا الأخير أن يدفع بعدم الاختصاص وطلب إحالة الدعوى أمام محكمة مقر فرعه¹⁰، ولكن لا تطبق إلا لفائدة من يدعي ضد الشخص المعنوي¹¹ أي عندما يكون الشخص المعنوي مدعى

¹ - المقر الاجتماعي هو المكان الذي تجتمع فيه أجهزة إدارة الشركة أو أي شخص معنوي أو مكان إدارتها الرئيسية. انظر

Droit et pratique de la procédure civile ، n°723 ، p150.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n°285، p 205.

³ -B.AUDIT : Op.cit، p 287.

⁴ -« gares principales »

⁵ -B.AUDIT :Op.cit، p 287.

⁶ - Droit et pratique de la procédure civile، n°725، p 150.

⁷ -J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 340، p 354، 355.

⁸ -H.GAUDEMET-TALLON :Op.cit، n°24.

⁹ -B.AUDIT :Op.cit، p287، H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n°24.

¹⁰ - Droit et pratique de la procédure civile، n° 725، p 151.

¹¹ -J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 340، p 355.

عليه وليس كمدعي، فإذا كان للشخص المعنوي مقر (فرعي) في فرنسا لا يمكن له أن يرفع دعوى ضد مدعى عليه ليس له موطن ولا محل إقامة معروفين في فرنسا أمام محكمة مقره¹.

وحسب ما تقضي به المادة 53/د ق م م يكون الشخص المعنوي متوطنا في مصر إذا اتخذ فيها مركز إدارته الرئيسي كما يعتبر متوطنا فيها إذا كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج ولكنه يزاول كل نشاطه أو نشاطه الرئيسي في مصر، وفي ميدان العلاقات الخاصة الدولية يمكن تحديد موطن الشخص الاعتباري في مصر إذا كان مركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري في الخارج وله فرع في مصر يعتبر متوطنا في مصر بالنسبة للأعمال التي يزاولها هذا الفرع²، ويثور التساؤل عندما يوجد مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي في الخارج ولكن ليس لها في مصر إلا مجرد وكالة أو فرع مثل فروع البنوك وشركات الاستثمار التي تعمل في مصر، فإن الدعاوى التي ترفع على الفرع أو الوكالة الكائنة بمصر باعتبار أن لها موطنًا حكميًا فيها بخصوص النشاط الذي تمارسه تكون من اختصاص المحاكم المصرية³، في هذه الحالة يقتصر اختصاص المحاكم المصرية على المنازعات المتعلقة بنشاط هذا الفرع الموجود في مصر⁴، ويعد هذا الحل امتدادًا للحكم الذي تفرضه المادة 53/د ق م م⁵، ونفس الحكم في القانون اللبناني والقانون السوري⁶، ولم يرد نص خاص في القانون الدولي الخاص التونسي.

¹ -H.GAUDEMET-TALLON :Op.cit, n°24.

² - ويلاحظ أنه لا يلزم لإعمال نص المادة 29 مرافعات مصري أي شرط في المدعي فيصح أن يكون مصريًا و يصح أن يكون أجنبيًا متوطنا أو مقيمًا أو موجودًا في مصر أو في الخارج، فوجود هذا الموطن في مصر يبرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة عليه، عندما يوجد مركز إدارة الشخص الاعتباري كشركة مثلاً في الخارج و لكن يمارس نشاطًا في مصر.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1053، 1054.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 102، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 96.

⁵ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 56.

⁶ - حيث إذا تعلق الأمر بشخص معنوي مركزه الرئيسي في الخارج و له فرع في لبنان تكون المحاكم اللبنانية مختصة بنظر الدعاوى المقامة عليه و الناشئة عن التعاقد مع فرعه المذكور أو عن عمله (المادة 74 و 101 ق محاكمات مدنية) و إذا كان الشخص المعنوي الأجنبي المدعى عليه شركة تم تكوينها في الخارج أين يوجد مركزها الرئيسي و لها نشاط في سورية فيكون موطنها في سوريا (المادة 55 فقرة و ق مدني سوري)، انظر: ادوار عيد: المرجع السابق، ص 30، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 52، عبده جميل غصوب: المرجع السابق، ص 393، عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص

3- في حالة تعدد المدعى عليهم

في حالة تعدد المدعى عليهم أين تكون المسألة المنظورة أمام القضاء واحدة بالنسبة للجميع يختار المدعي محكمة موطن أحدهم ليرفع الدعوى أمامها¹، وهذه قاعدة تقليدية منصوص عليها في المادة 38 ق إ م إ أين يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، وفي أغلب التشريعات، في المادة 42 فقرة ثانية ق إ م ف، المادة 8/49 م م، المادة 97 محاكمات مدنية لبناني²، والحكمة من هذه القاعدة الخاصة هي تشجيع المدعي على جمع طلباته ضد المدعى عليهم المتعددين في خصومة واحدة أمام محكمة واحدة³، وحتى يتجنب رفع دعاوى متعددة بتعدد المدعى عليهم كل أمام محكمة موطنه مما يزيد الإجراءات والنفقات، ويخاطر بوجود أحكام متعارضة، فمن أجل التخلص من عيوب التعدد الناتج عن تطبيق القاعدة العامة التقليدية يرفع دعوى واحدة أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم ويختصم الباقيين أمامها⁴، فلا اعتبارات وحدة الخصومة وحسن إدارة العدالة وتجنب تضارب الأحكام، تم تقرير هذه القاعدة وذلك في مجال الاختصاص المحلي الداخلي، حيث إذا تعدد المدعى عليهم في خصومة واحدة وكان موطن كل منهم يقع في دائرة محكمة مختلفة عن المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الآخرين، جاز رفع الدعوى عليهم جميعاً أمام المحكمة الكائن في دائرتها موطن أحدهم، ويكون للمدعي الخيار بين هذه المحاكم وهذه الاعتبارات تفرض الأخذ بنفس الحل بصدد الاختصاص القضائي الدولي⁵.

وإن كان بعض المشرعين قد أفردوا لهذه الحالة قواعد خاصة بالاختصاص الدولي مثل المشرعين المصري (المادة 9/30 م م⁶) والسوري (المادة 4/د من قانون أصول المحاكمات) فإن البعض الآخر

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 349، p 359.

² - إذا كان أحد المدعى عليهم مقيماً في لبنان و قد يكتفي بمجرد السكن أو محل الإقامة البسيط في لبنان حتى ولو كان له محل إقامة في الخارج، انظر عبده جميل غصوب: المرجع السابق، ص 393.

³ - نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل، أحمد هندي: المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004، ص 163.

⁴ - نبيل صقر: المرجع السابق، ص 68.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1051.

⁶ - تنص المادة 9/30 م م على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية" فإذا كان لأحد المدعى عليهم مع الأجنبي موطن أو محل إقامة في مصر يمتنع الاختصاص للمحاكم المصرية و أساس ذلك هو تفادي رفع دعاوى متعددة أمام محاكم تتبع دولا مختلفة مما يؤدي إلى تضاعف نفقات التقاضي و تناقض الأحكام و في اختصاصها تفادي لحدوث مثل هذا التناقض و ضمان حسن سير العدالة بالحفاظ على وحدة الخصومة و عدم تقطيع أوصالها حتى لا تصدر في المنازعة الواحدة أحكام متضاربة و متعارضة لذا حرص المشرع المصري على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المقامة

مثل المشرع الفرنسي (المادة 2/42 ق إ م) والبناني (المادة 97 من قانون أصول المحاكمات المدنية) و الجزائري (المادة 38 ق إ م إ) اكتفى بمد القاعدة الداخلية على المجال الدولي، ففي القانون الفرنسي تمكن القاعدة من جلب المدعى عليه المقيم في الخارج إلى فرنسا إذا كان مدعى عليه آخر معه له موطن في فرنسا¹، حيث يكلف المدعى بالحضور كل المدعى عليهم أمام محكمة موطن أحدهم حسب اختياره².

ويشترط لانعقاد الاختصاص أن تكون الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم متلازمة³، أي أن يكون هناك ارتباط بين الطلبات الموجهة إليهم، بأن يكون موضوعها واحدا مثل الدعوى المرفوعة على المسئولين عن فعل ضار أو على المدينين بدين واحد⁴، وأن يكون الارتباط جديا يبرر جمعها في دعوى واحدة⁵، فالارتباط هو صلة بين الطلبات تجعل من المناسب ومن مصلحة العدالة جمعها أمام نفس المحكمة إذا كان الحكم في أحدها يؤثر على الحكم في الآخر⁶ وإن لم تستند على سبب واحد⁷، فليس من الضروري أن تستند الطلبات على نفس الحق في مواجهة كل المدعى عليهم أو نفس السبب أو نفس العقد⁸، و يكفي الارتباط المبني على وحدة السبب أو وحدة الموضوع أو عدم القابلية للتجزئة⁹، وجمع الدعاوى لا يكون إلا أمام قاضي موطن أحد المدعى عليهم واستبعاد بقية

على المدعى عليهم المتعددين مادام أن لأحدهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية و يعد هذا المبدأ ترديدا للقواعد العامة في الاختصاص المحلي و هو في الواقع صورة من صور الارتباط المنصوص عليها في المادة 33 مرافعات مصري، حيث لا تكون المنازعة بذاتها داخلة في الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية المبني على ضوابط شخصية أو موضوعية لعدم توفر أي ضابط من هذه الضوابط و مع ذلك تختص المحاكم المصرية بما بالنظر لصلتها بدعوى هي مختصة بما، انظر: عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 727، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 57، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 97، 99، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 182، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 92، 93، أحمد مليجي: المرجع السابق، ص 16، 23، 24.

¹ - B.AUDIT: Op.cit, n° 373, p 309.

² J.VINCENT, S.GUINCHARD : Op.cit, n°349, p 359.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 65.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 182.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1052.

⁶ - نبيل إسماعيل عمر و آخرون: المرجع السابق، ص 167، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 98.

⁷ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 52، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 182.

⁸ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 98.

⁹ - نبيل إسماعيل عمر و آخرون: المرجع السابق، ص 168.

المحاكم¹، التي قد تكون مختصة بناء على نفس المعيار لأن الأمر يتعلق بدعوى واحدة في مواجهة جميع المدعى عليهم².

كما يشترط أن يمارس المدعي دعوى شخصية ومباشرة ضد كل واحد من المدعى عليهم³، أي يجب أن يكون المدعى عليهم مختصمين في الدعوى بصفة أصلية⁴، فإذا كان بعضهم مختصما بصفة أصلية والبعض الآخر بصفة تبعية أو احتياطية، وكانت المحاكم مختصة بالنسبة للأخيرين دون الأولين فلا تختص بنظر الدعوى⁵، ويتعين أن ترفع الدعوى أمام محكمة المدعى عليه المدين بالالتزام بصفة أصلية⁶، فيجب أن لا تكون علاقة المدعى عليه الذي يبنى الاختصاص على موطنه بالنزاع ثانوية بمقتضاها يقوم المدعي برفع الدعوى أمام محكمة المدعى عليه من أجل جلب بقية المدعى عليهم المقيمين في الخارج⁷، فإذا رفعت الدعوى ضد أحد المدعى عليهم أمام محكمة موطنه وكان مختصما بصفة احتياطية، فلا يجوز اختصاص غيره من المدعى عليهم أمام محكمة موطنه⁸، كأن يكون المدعى عليه كفيلا أو ضامنا لأحد المدعى عليهم وكان له موطن أو محل إقامة في الدولة، بينما موطن المدين المدعى عليه المكفول في الخارج فلا تختص محاكم الدولة بالدعوى التي ترفع على المدين و الكفيل⁹.

¹ -B.AUDIT : Op.cit, n°373, p 309.

² -J.VINCENT, S.GUINCHARD: Op.cit, n°349, p359.

و لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 8 فبراير 1983 بتأييد محكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من الاعتراف بالاختصاص القضائي لمحكمة باريس على اعتبار أن باريس مقر العديد من الشركات المدعى عليها في شأن الدعوى المرفوعة على شركات الطيران الفرنسية و الأجنبية بسبب الضوضاء غير المألوفة التي تحدثها الطائرات إذ أن الارتباط في الطلبات الموجهة إلى جميع المدعى عليهم بشأن مسؤوليتهم عن إحداث الضرر تقتضي أن يفصل فيها قاضي واحد². انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 99.

³ -J.VINCENT, S.GUINCHARD: Op.cit, n° 349, p359.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 728، أحمد عبد الكرم سلامة: المرجع السابق، ص 1051،

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 728.

⁶ - نبيل إسماعيل عمر و آخرون: المرجع السابق، ص 165.

⁷ -B.AUDIT : Op.cit ، n°373، p309 .

⁸ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 183 ، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 102.

⁹ - أحمد عبد الكرم سلامة : المرجع السابق ، ص 1051 ، 1052 ، وهذا ما نصت عليه المادة 33 مرفعات مصري، انظر هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 183.

يشترط كذلك أن يكون التعدد حقيقياً أي أن يكون الطلب الموجه لأحد المدعى عليهم المتوطن في الدولة - التي تكون إحدى محاكمها مختصة - حقيقياً و جدياً في مواجهته¹ ، فيجب أن يكون مدعى عليه حقيقي وجدي وألاً يكون خيالياً ووهيمياً²، وأن يكون الارتباط جدياً غير صوري بهدف جلب باقي المدعى عليهم أمام محكمة لا يشملهم اختصاصها³، فإذا كان هناك غش بأن كان القصد هو مجرد التحايل على قواعد الاختصاص عن طريق إثبات اختصاصها⁴ بالرغم من أنها غير مختصة أصلاً فإنها لا تكون مختصة، ولا مجال لتوفر حالة التعدد ، فالرخصة الممنوحة للمدعى برفع الدعوى ضد عدة خصوم كمدعى عليهم و تقديم طلباته أمام قاض واحد احتراماً لمبدأ عدم تجزئة الدعوى يتعين عليه ألا يسيء استعمالها عن طريق حرمان الخصوم من المثل أمام قاضيهم الطبيعي، وذلك عن طريق الغش⁵ بجعل أحدهم المتوطن في الدولة في مركز المدعى عليه، بأن يدون اسمه غشاً بين المدعى عليهم⁶ غير المتوطنين فيها فقط من أجل جلب الآخرين أمام محاكم الدولة⁷، أو أن يكون الشخص وهيمياً أو صورياً⁸، وينبغي إثبات الغش بوقائع مؤكدة⁹.

بالإضافة إلى أنه يشترط أن يكون أحد المدعى عليهم متوطناً في إقليم الدولة بأن يكون له موطن أصلي أو مختار¹⁰، وهذا أمر بديهي إذ يجب أن تكون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مختصة باعتبارها محكمة موطن أو محل إقامة أحد المدعى عليهم¹¹، وتكون مختصة لنظر الطلبات الأصلية المرتبطة ضد المدعى عليهم إذا كان لأحدهم موطن في الدولة¹²، وهنا لا تثور أية صعوبة لأن قاعدة تعدد المدعى عليهم مستخلصة من القاعدة الأساسية الخاصة بمنح الاختصاص الدولي لمحكمة موطن

¹ -P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit، n°286، p206.

² -B.AUDIT :Op.cit، n°373، p 309.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة : المرجع السابق، ص 1052 ، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 183 و في نفس المعنى انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 728 .

⁴ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق ، ص 58.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 102.

⁶ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 58 ، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 102.

⁷ - انظر عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص 160.

⁸ - وهذا ما قضت به و ذهبت إليه محكمة النقض و محاكم الاستئناف الفرنسية، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 103.

⁹ - نبيل إسماعيل عمرو آخرون: المرجع السابق، ص 165.

¹⁰ - عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص 160.

¹¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1052.

¹² -P.MAYER، V.HEUZE :Op.cit ، n°286، p206.

المدعى عليه وتعد تطبيقاً لها ، ولكن الصعوبة تكمن فيما إذا كانت المحكمة المختصة ليست محكمة موطن المدعى عليه ومنح لها الاختصاص على أساس ضابط آخر، فهنا يشترط لاختصاص قضاء الدولة القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم أن يكون أساس ثبوته هو وجود موطن أو محل إقامة أحد المدعى عليهم في إقليم الدولة، وإذا اختصت بالنسبة لأحد المدعى عليهم بناء على قاعدة أخرى، فيترتب على ذلك عدم اختصاصها بالنسبة لباقي المدعى عليهم الذين يبقى لهم الحق في الدفع بعدم الاختصاص¹، ويظهر ذلك من خلال عبارات النص القانوني " في حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي لمحكمة موطن أحدهم" يوحى بأن الارتباط بين الدعاوى لا يتحقق إلا أمام قاضي موطن أحدهم²، لهذا يرى الفقه الفرنسي³ والمصري⁴ أن المصلحة في تركيز الاختصاص الدولي لمحكمة موطن أحد المدعى عليهم بناء على الارتباط بين الطلبات الأصلية، يمكن أن يتحقق إذا كان اختصاص القاضي الذي رفع أمامه المدعي دعواه مبني على ضابط موضوعي مثل مكان تنفيذ العقد أو مكان تحقق الضرر(لكن ليس على أساس الجنسية)⁵، مادام أن تعدد المدعى عليهم يستلزم وحدة الموضوع والسبب، أو موضوع النزاع على الأقل في الحالات التي تكون فيها ضوابط الاختصاص موضوعية تستند على موضوع العلاقة القانونية، أو على سببها مثل تعلق الدعوى بمال موجود في إقليم الدولة⁶، فإذا لم يكن لأي من المدعى عليهم موطن في إقليم الدولة وكانت محاكمها مختصة بناء على أحد الضوابط المنصوص عليها قانوناً، فلا يمكن تصور أن تكون مختصة بالنسبة للبعض دون البعض الآخر، مادام أن الدعوى المرفوعة تعتبر واحدة بالنسبة لجميع المدعى عليهم⁷، ومادام أن المحكمة من وضع النص متوفرة وهي فكرة الارتباط⁸، لكن لا يمكن تطبيق هذه القاعدة إذا كانت الدعوى عقارية متعلقة بعقار واقع في الخارج⁹، أو إذا كان الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 184، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 59.

² -B.AUDIT :Op.cit ، p310.

³ -ibid.

⁴ -هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 184، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 59.

⁵ -B.AUDIT :Op.cit، p 310.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 729.

⁷ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 184، 185، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 59.

⁸ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 59.

⁹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 729، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 185، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع

السابق، ص 60.

في حالة تعدد المدعى عليه مبني على أساس الخضوع الاختياري لأحدهم لأنه إذا قبل أحدهم اختصاصها فإن أثر هذا القبول يقتصر عليه¹ ولا يفترض قبول بقية المدعى عليهم²، ويرى الفقه الفرنسي³ أنه في حالة وجود شرط اتفاقي أو اتفاقية بين أحد المدعى عليهم الأجنبي والمدعى فإن الارتباط بين الدعاوى غير متوفر، وبالتالي يستبعد اختصاص المحكمة الفرنسية المبني على أساس الشرط المانع للاختصاص، حتى ولو كانت المحكمة المختصة تعتبر في نفس الوقت محكمة موطن مدعى عليه آخر، لأن هذا الأخير يمكن له معارضة الشرط الإتفاقي، وهنا، حسب نفس الرأي، يتعين التمييز بين ما إذا كان الاتفاق حول الاختصاص يتلازم مع ضابط اختصاص موضوعي أو لا، وفي الحالة الأولى تطبق القاعدة إذا كانت المحكمة التي تم تحديدها وفقا للشرط الاتفاقي هي في نفس الوقت محكمة موطن أحد المدعى عليهم أو محكمة مكان تسليم البضاعة، وتستبعد في الحالة الثانية، ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه إذا كانت المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى غير مختصة إلاّ بناء على الخضوع الاختياري فإن هذا الشرط لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة باقي المدعى عليهم الذين لم يكونوا أطرافا فيه⁴، كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 24 فبراير 1998 أن القضاء الفرنسي يكون مختصا إذا كان أحد المدعى عليهم شركة مقرها في فرنسا وبقية الشركات المدعى عليها أجنبية ليس لها مقر في فرنسا وبينها اتفاق على منح الاختصاص لمحكمة أجنبية، فهذا الاتفاق، الذي لم تكن الشركة المدعية طرفا فيه ولا الشركة المتوطنة في فرنسا، غير ملزم لهما، وبالتالي يمتد تطبيق المادة 42 فقرة 2 من ق إ م ف على المجال الدولي⁵.

وقاعدة اختصاص محكمة موطن أحد المدعى عليهم لا تطبق في حالة ما إذا كان الاختصاص مبني على أساس جنسية أحد المدعى عليهم تطبيقا للمادة 42 من ق إ م ج، إلاّ إذا كان أحد المدعى عليهم الأجنبي يملك حجة يعارض بها هذا الاختصاص⁶، بالرغم من أن هناك رأي مصري

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 729، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 185.

² - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 60.

³ -B.AUDIT :Op.cit, n°374, p 310. 311.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 101.

⁵ -Cass.1^{ère} civ ، 24 février 1998 ، Sabine ROBERT : Fiche pédagogique virtuelle، séance 11 : la compétence internationale directe، règles françaises de droit interne، www.facedroit-lyon3.com ، R.C.DIP، n°2/1999، p 309 et s.

⁶ -B.AUDIT :Op.cit, n°374، p 310.

أخذ بخلاف ذلك، حيث تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم متمتعاً بالجنسية المصرية¹.

كما أن قاعدة تعدد المدعى عليهم تعمل على جلب الاختصاص وليس على إنكاره، فإذا كانت محاكم دولة موطن أحد المدعى عليهم مختصة فلا تتنازل عن اختصاصها حتى ولو كانت محاكم دولة أخرى مختصة، لأنها محكمة موطن مدعى عليه آخر، لأن من شأن تعدد المدعى عليهم جلب الاختصاص لمحاكم الدولة وليس من شأنه سلب هذا الاختصاص لصالح المحاكم الأجنبية على أساس أن التخلي عن ولاية القضاء فيه انتقاص لسيادة الدولة، فمحاكم كل دولة مستقلة عن محاكم الدول الأخرى وكل دولة تؤدي العدالة في إقليمها²، لكن ليس هناك ما يمنع من اختصاص محاكم الدولة الأجنبية، ولا من قبول الدفع بإحالة الدعوى إليها للارتباط القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم إذا كانت أقدر المحاكم على كفالة تنفيذ الحكم³، بشرط توافر صلة فعلية تربط النزاع باختصاص المحكمة الأجنبية و أخذاً بعين الاعتبار طبيعة العلاقات الخاصة الدولية و حسن سير العدالة و تحقيق مصلحة الخصوم⁴.

تبقى الإشارة إلى أن تحديد معنى التعدد يخضع دائماً لقانون القاضي⁵ كما أن قاعدة اختصاص محكمة موطن أحد المدعى عليهم لا تعتبر من النظام العام يمكن الاتفاق على مخالفتها إذا تم الاتفاق بين جميع المدعى عليهم الذين تتوفر فيهم صفة التاجر، وهذا ما جاء في نص المادة 45 ق إ م إ ج ، كما يمكن أن يتم الاتفاق لاحقاً أمام القاضي الذي ينظر النزاع حتى ولو لم يكن مختصاً إذا وقع الخصوم على تصريح بالتقاضي حسب المادة 46 ق إ م إ ج.

البند الثاني: اختصاص محكمة موطن المدعي

إذا كانت القاعدة العامة تم تقريرها رعاية للمدعى عليه، فقد ينعكس الأمر ويصبح من يحتاج إلى الحماية هو المدعي، وتكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي، وهذا يعد استثناءً غير

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 729.

² - المرجع نفسه، ص 729، 730، انظر أيضاً أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1052.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 186.

⁴ - انظر هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 60، 61.

⁵ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، بند 185، ص 194.

منصوص عليه صراحة في القانون الجزائري، لكن من خلال قواعد الاختصاص المحلي وبالنظر لطبيعة الدعوى وفي ظل غياب قواعد خاصة بالاختصاص الدولي، يمكن استخراج حالات اختصاص محكمة موطن المدعي، فمن خلال المادة 5/39 ق إ م إ في المنازعات المتعلقة بالمراسلات الموصى عليها والإرسال ذو القيمة المصرح بها وطرود البريد يكون الاختصاص لمحكمة موطن المرسل أو موطن المرسل إليه، وفي هذه الحالة إذا كانت المراسلة أو طرود البريد من أو إلى الخارج للمدعي أن يرفع الدعوى أمام محكمة موطنه لأنها الأقرب إليه، كما جاء في المادة 2/40 ق إ م إ، أنه في مواد النفقة الغذائية ترفع الدعوى أمام محكمة موطن الدائن بالنفقة وغالبا ما يكون المدعي وهذا مراعاة لوضعيته المالية باعتبار أنه دائن، وحتى لا يتحمل مصاريف التنقل لمحكمة موطن المدين بها، ويعتبر هذا امتياز ممنوح لمصلحة المدعي بالنظر لمركزه المتعلق بدین النفقة الغذائية، والهدف من تقرير هذه القاعدة تفادي تعرضه لمصاريف اضافية على فرض أنه في وضعية المحتاج ولا يستطيع تحمل ذلك، ويكون في مركز المدعي كل دائني النفقة سواء الزوجة عند نظر دعوى الطلاق أو الأطفال أو الأصول، وينقل هذا الحكم إلى المجال الدولي حيث تختص المحاكم الجزائرية بدعوى النفقة الغذائية مادام أنها محكمة موطن الدائن بالنفقة، ويعتبر امتداد هذه القاعدة الداخلية مقبولا بالرغم من النتائج المترتبة على تحمل المدعى عليه الانتقال من دولته وتحمل مشقة ذلك لأن الغاية منها حاجة المدعي التي تبرر ذلك، ويكون الاختصاص للمحكمة الجزائرية بغض النظر عما إذا كان القانون المطبق هو القانون الجزائري أو القانون الأجنبي.

وقد وردت عبارة " موطن المدعي " صراحة في المادة 2-8/40 ق إ م إ في المنازعات بين العامل ورب العمل المتعلقة بإتهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يكون الاختصاص لمحكمة موطن العامل، وهذا مراعاة لمركزه كطرف ضعيف في العقد، والملاحظ أن النص القديم المتمثل في المادة 16/8 ق إ م لم تتضمن مثل هذا النص، وبالتالي تستبعد القاعدة الأساسية لاختصاص محكمة موطن المدعى عليه فقد يكون مكان العمل بعيدا عن موطن العامل¹، وهذا ما دفع المشرع لمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي²، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 373، p 367، 368.

² - لكن يبقى للمدعي الحق في رفع الدعوى أمام محكمة إبرام العقد أو محكمة موطن رب العمل

الاتفاق على مخالفتها¹، والحكمة من هذا النص هي التيسير على العامل حتى لا يضطر إلى رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه التي قد تكون بعيدة² باعتباره الطرف الضعيف³ في العلاقة التعاقدية، وتنقل هذه القاعدة إلى المجال الدولي مراعاة لمصلحة العامل خاصة إذا كان المقر الاجتماعي أو المركز الرئيسي للمؤسسة التي يعمل فيها موجود في الخارج خاصة وأن موضوع الدعوى يتعلق بإنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني، فرعاية له ترفع الدعوى أمام محكمة مقر سكناه حتى يتجنب التنقل إلى الخارج أو إلى مكان وجود فرع الشركة الأجنبية، وهذا الاختصاص يمنح لقضاء دولة القاضي أي للمحاكم الجزائرية متى كان العامل متوطنا في الجزائر بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وبغض النظر عن جنسية العامل ومكان وقوع حادث العمل، ما دام أن الأمر يتعلق بإنهاء عقد العمل بسبب حادث أو مرض وقع أثناء فترة العمل حتى ولو وقع في الخارج، إذا غالبا ما يتم إنهاء علاقة العمل بصفة تعسفية، وهذه القاعدة تعتبر حماية لمصلحة العمال العاملين في دول أجنبية وتم إنهاء عقود تشغيلهم بسبب مرضهم أو بسبب تعرضهم لحادث عمل، لكن تجدر الإشارة إلى أن عقد العمل يكون خاضعا للقانون الخاص.

كما ورد في المادة 26 من قانون التأمينات⁴ أن يتابع المدعى عليه، مؤمنا كان أو مؤمنا له، أمام محكمة سكن المؤمن له مهما كان التأمين المكتتب⁵، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام⁶، تمّ تقريرها بموجب نص خاص، لتمنح اختصاصا مانعا في دعاوى التأمينات المتعلقة بتحديد التعويضات ونظامها⁷، وهي مقررة رعاية للمستفيد عند المطالبة بالمبلغ المؤمن عليه الذي لا يستحق عادة إلاّ عند حصول الوفاة أو الإصابة أو الكارثة أو الخسارة أو عند بلوغ المؤمن له سنا متقدمة مما تجب معه

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD :Op.cit, p 368.

² - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 408.

³ - نبيل اسماعيل عمر وآخرون: المرجع السابق، ص 151.

⁴ - الأمر 07/95 المؤرخ في 1995/01/25، منشور بالجملة القضائية العدد الأول، سنة 1995، ص 349 وما يليها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006، ص 3.

⁵ - غير أنه في مجال العقارات يكون الاختصاص لمحكمة موقع العقار، و في مجال المنقولات يتابع المؤمن له المؤمن أمام محكمة موقع الأشياء، و في التأمين عن الحوادث للمؤمن له أن يتابع المؤمن أمام محكمة مكان وقوع الفعل الضار

⁶ - Jean LARGUIER, Philippe CONTE : Procédure civile, droit judiciaire privé, 17^e édition, DALLOZ, Paris, 2000, p 54.

⁷ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, n° 344, p356, 357.

الرعاية¹، ولأن المؤمن له أو المستفيد يكون في مركز الطرف الضعيف الذي أصابه الخطر المؤمن منه²، وتنقل القاعدة إلى المجال الدولي إذا تعلق الأمر بتأمين لدى شركة تأمين أجنبية أو متواجدة في الخارج، فمن خلال هذه الأحكام يتبين أن المشرع عند وضعه لقواعد الاختصاص قد أخذ بعين الاعتبار في بعض المنازعات التي يكون أحد أطرافها طرفا ضعيفا سواء كان دائنا بالنفقة أو عاملا أو مؤمنا له أو حتى مستهلكا عندما يقوم برفع الدعوى و منح الاختصاص لمحكمة موطنه بالرغم من عدم وجود قاعدة صريحة تبين ذلك، و هنا يظهر تطور موقف المشرع لتوسيع دائرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية ليشمل القواعد الإجرائية إضافة إلى القواعد الموضوعية ، بالرغم من عدم وجود قاعدة خاصة بالاختصاص عند غياب موطن معروف أو آخر موطن للمدعى عليه أو عند عدم اختيار موطن في الإقليم الجزائري وعدم توفر ضوابط الاختصاص المحلي، فهنا لا يكون أمام المدعي إلا أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية باعتبارها محكمة موطنه.

في القانون الفرنسي وفي بعض الحالات يفرض اختصاص محكمة معينة كاستثناء من قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، من أبرزها كما أوردها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في حالة رفع دعوى ضد أجنبي غير مقيم في فرنسا يقوم المدعي الفرنسي برفعها أمام محكمة موطنه³، وهذا ما جاء في المادة 42 فقرة 3 ق إ م ف⁴ بنصها: " إذا لم يكن للمدعى عليه موطن و إقامة معروفين يمكن للمدعي أن يرفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة من اختياره إذا كان يقيم في الخارج" و حسب الفقه يعتبر هذا النص مصاغ بطريقة سيئة و قد تم تفسيره بأنه يشير لحالتين⁵.

فأسباب مقبولة لا تطبق قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه عندما لا يمكن تركيز المدعى عليه أمام محكمة فرنسية بسبب أن ليس له موطن أو محل إقامة في فرنسا، وهذه الحالة الأولى، ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن يستحيل تحديد موطن المدعى عليه وتبرير ذلك⁶، فيجب على

¹ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، بند 344، ص 409.

² - نبيل اسماعيل عمر وآخرون: المرجع السابق، ص 153.

³ - J.LARGUIER،P.CONTE : Op.cit، p 54.

⁴ - تمت إضافة هذه الفقرة بموجب المرسوم رقم 500/81 المؤرخ في 12 ماي 1981 ، انظر

J.VINCENT، S.GUINCHARD :Op.cit، p 329.

⁵ - Ibid، p 353.

⁶ - Droit et pratique de la procédure civile، n° 732، 733، 734، p 152.

المدعي إثبات عدم علمه بموطن أو محل إقامة المدعى عليه حتى يستفيد من القاعدة ومن اختصاص محكمة موطنه أو مقره الاجتماعي إذا كان شخصا معنويا، إلا إذا كان الاختصاص منظما بقاعدة خاصة¹، فإذا كان المدعي يعلم بموطن المدعى عليه أو بمحل إقامته أو له الوسائل الكافية لتحديدته وبالرغم من ذلك رفع الدعوى أمام محكمة موطنه فيكون قد تحايل على قواعد الاختصاص².

أما الحالة الثانية فهي عندما يكون المدعى عليه مقيما في الخارج فيكون للمدعي رفع دعواه أمام محكمة من اختياره و يفسر هذا النص بتطبيقه في مجال الاختصاص القضائي الدولي المباشر للمحاكم الفرنسية³ سواء كان المدعى عليه فرنسيا أو أجنبيا يستدعى أمام محكمة فرنسية تعتبر محكمة موطن المدعي⁴، كما يمكن للمدعي أن يرفع الدعوى أمام محكمة فرنسية من اختياره حتى ولو لم يكن له موطن في فرنسا⁵ لكن هذه الحالة منتقدة من طرف الفقه الفرنسي⁶ إذ تختص المحاكم الفرنسية بمنازعات لا ترتبط بها إلا بسبب أن المدعي يقيم في الخارج و أن موطن المدعى عليه أو محل إقامته مجهولان، لهذا يفسر الفقه التقليدي الفقرة الثالثة من المادة 42 ق إ م ف سابقة الذكر أن المدعي يرفع الدعوى أمام محكمة موطنه هو إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا أو أن يرفع الدعوى أمام محكمة فرنسية من اختياره إذا كان المدعى عليه يقيم في الخارج⁷ لكن يشترط أن يكون اختصاص المحكمة مرتبطا بالنزاع⁸.

ويمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي بموجب نصوص خاصة في القانون الفرنسي بالنظر لطبيعة الدعوى، ففي المنازعات المتعلقة بالنفقات الغذائية أو الأعباء الزوجية ترفع الدعوى أمام محكمة موطن الدائن⁹، فالدائن المدعي له فرصة في اختصاص محكمة موطنه أفضل من محكمة موطن

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, p 353.

² - Droit et pratique de la procédure civile، n° 734، p 152.

³ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, p 353.

⁴ - Droit et pratique de la procédure civile، n° 736، p 153.

⁵ - La rédaction de la phrase qui réunit deux fois un «il » juste après avoir donner un sujet(le demandeur) pour une seule situation commune (celle d'un défendeur sans domicile ni résidence connus). cf. J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, p 353.

⁶ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 405، p 299، 300.

⁷ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, p 353.

⁸ - Droit et pratique de la procédure civile، n° 736، p 153.

⁹ - J.LARGUIER ، P.CONTE :Op.cit, p 55.

المدعى عليه و هذا الامتياز لا يخص إلاّ الدعوى الأصلية بالنفقة غير المرتبطة بأية دعوى تتعلق بالنسب¹ أو بالطلاق أو بالانفصال الجسماني أو بإبطال الزواج²، وهذا الاختيار المقرر بموجب المادة 46 فقرة 5 ق إ م ف والممنوح للمدعي ليست له علاقة بتركيز موضوع النزاع ولكن بالنظر لشخص المدعي، وينقل هذا الحكم إلى مجال المنازعات الدولية لتختص المحاكم الفرنسية بدعاوى النفقات وتحمل الأعباء الزوجية باعتبارها محكمة موطن الدائن³، ففي العلاقات الدولية الاهتمام بتسهيل رفع الدعوى إلى أقصى حد مبرر بالنسبة للدائن بالنفقة في المجال الدولي كما في المجال الداخلي، و لقد علل القضاء الفرنسي اختصاصه في هذا النوع من الدعاوى بين الأجانب في اعتبار النفقات من الحقوق الطبيعية التي يترتب على الإخلال بها " المساس بالنظام العام" أو " تعكير الأمن المدني"⁴.

وفي القانون المصري إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا سكن في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة طبقاً لأية قاعدة أخرى من قواعد الاختصاص المحلي التي قررها القانون فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته⁵، وإذا كان الضابط الأصلي في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية يراعي مصلحة المدعى عليه، إلاّ أن من الملائم وبالنظر للاعتبارات التي تحيط بالمدعي أن يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالرغم من أن المدعى عليه لا يقيم في مصر، وهذا بناء على موطن المدعي مع استلزام توفر شروط معينة تساند الضوابط الشخصية من المدعي لضعفها كأساس للاختصاص القضائي الدولي، وقد سلك المشرع هذا المنحى بالنسبة للدعاوى في مواد الأحوال الشخصية وبالنظر لنوع الدعوى⁶ منها دعوى نفقة الأم ونفقة الزوجة ونفقة الصغير⁷.

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 351، p359.

² - Droit et pratique de la procédure civile، n°760، p158.

³ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 406، p 300.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 695.

⁵ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 407.

و تنص المادة 7 فقرة هـ من قانون أصول المحاكمات السورية على أنه يجوز رفع الدعوى في سورية إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو سكن فيها إذا كان للمدعى موطن في سورية و ذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، انظر: عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص 153.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 687، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 78.

⁷ - وقد جاء النص على هذه الدعاوى في الفقرة الخامسة من المادة 30 مرافعات التي تقضي بأن: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها"، و يعد هذا استثناء أساسه وضع المدعي المطالب بالنفقة في مركز المحتاج إلى النفقة العادلة و اللازمة لمعيشته، فإذا كان المدين

كما جاء في المادة 9 من القانون الدولي الخاص التونسي¹ أنه في حالة ما إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في تونس فإن الدعوى ترفع أمام محكمة موطن المدعى²، ويعد اختصاص محكمة موطن المدعى الدائن بالنفقة، مبدأ مسلم به، أخذ به المشرع التونسي في المادة السادسة (6) من نفس القانون³، واكتفى بمنح الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه إذا تعلقت الدعوى بالنسب أو اتخاذ تدبير لحماية القاصر المقيم في الإقليم التونسي⁴.

وفي المنازعات بين العامل ورب العمل تختص محكمة العمال الفرنسية لموطن العامل إذا كان العمل خارج مؤسسة عمل ثابتة⁵، أي مؤسسة عمل غير ثابتة وفقا لنص المادة R.517-1 من قانون العمل، وفي مجال المنازعات الدولية تطبق هذه القاعدة باعتبارها قاعدة خاصة منصوص عليها في قانون العمل في مجال المنازعات الفردية للعمل⁶، فقد نقل القضاء إلى المجال الدولي القاعدة الداخلية للاختصاص المحلي مراعاة لمصلحة العامل، وبالتالي تختص محكمة العمال التي يزاول العامل عمله في دائرة اختصاصها عند العمل في منزله، وعند العمل في مؤسسة غير ثابتة تختص محكمة موطن العامل⁷، ولا يهم ما إذا كان رب العمل مؤسسة قانون عام أو قانون خاص بل يكفي أن يكون

متوطنا في الخارج فإن ذلك قد يحول دون تزويد الدائن بالنفقة بالسرعة المطلوبة، فتكون المحاكم المصرية مختصة بهذه الدعوى لاعتبار أن المدعى هو الخصم الضعيف الذي تجب حمايته خلافا للقاعدة العامة، ويستوي أن تكون الدعوى بين أجنبى أو مصريين مهما كانت ديانتهم أو طائفتهم، انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 85، 86، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 147، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1068، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 120، نبيل اسماعيل عمر وآخرون: المرجع السابق، ص 153.

كما أن المشرع السوري في مسائل الأحوال الشخصية التي ورد النص عليها في المادة 7 من أصول المحاكمات المدنية أجاز رفع الدعوى في سورية إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو سكن فيها في حالة ما إذا كانت الدعوى بطلب نفقة للأُم أو للزوجة أو للصغير و كان هؤلاء يقيمون في سورية، انظر: عبد الهادي عباس: المرجع السابق، ص 163، 164.

¹ - loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé, téléchargé d'internet, Cf. Mohamed EL ARBI HACHEM : Le code tunisien de droit international privé, Rev.Crit. DIP, n° 2, avril- juin 1999, p 227- 265.

² - Article 9 : « Si le défendeur n'a pas de domicile connu en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal du lieu du domicile du demandeur »

³ - L'article 6/2 : « Les tribunaux tunisiens connaissent aussi des actions relatives à l'obligation alimentaire lorsque le créancier réside en Tunisie » .

⁴ - L'article 6/1 : « Les tribunaux tunisiens connaissent des actions relatives à la filiation ou à une mesure de protection d'un mineur résident en territoire tunisien » .

⁵ - J.LARGUIER, P.CONTE : Op.cit, p 56.

⁶ -M-L.NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 406, p300.

⁷ - و إذا كانت مؤسسة العمل ثابتة فالمحكمة الفرنسية المختصة هي التي يقع في دائرتها مقر المؤسسة مكان العمل و يكون للعامل في جميع الحالات الاختيار بين المحاكم لصالح المحكمة الفرنسية لمكان إبرام العقد أو لمكان مقر رب العمل و إذا لم تمنح المادة R-517-1 الاختصاص للمحاكم الفرنسية فقد قبلت محكمة النقض الرجوع للمادة 42 لمحكمة موطن المدعى عليه.

الأجير عاملا في ظل " شروط القانون الخاص"، كما لا يهيم القانون الواجب التطبيق على عقد العمل وجنسية العامل¹، وإذا كانت هذه القاعدة الخاصة للاختصاص أمرة في المجال الداخلي فيبقى النقاش حول إمكانية مخالفتها في المجال الدولي عن طريق الاتفاق المسبق أو الشرط المانح للاختصاص²، وفي منازعات الضمان الاجتماعي تختص محكمة موطن المستفيد³ حسب المادة R.142-12 من قانون الضمان الاجتماعي، وفي منازعات حوادث العمل يؤول الاختصاص لمحكمة موطن المؤمن له⁴، وفي المنازعات بين المستفيد من الضمان الاجتماعي ومستخدمه فتكون محل إقامة المستفيد هي ضابط الاختصاص، وفي منازعات العجز عن العمل يكون الاختصاص لمحكمة موطن العارض (رافع الدعوى العاجز) وفقا للمادة R.143-7 وإذا لم يكن له موطن في فرنسا فالمحكمة المختصة هي محكمة مقر صندوق الضمان الاجتماعي الذي يتبعه المؤمن له⁵.

وتنص المادة 56 م م على أن: " المنازعات المتعلقة... بأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعي"⁶، لكن المشرع المصري لم يخصص نصوصا في مجال الاختصاص الدولي تهدف لحماية العامل ومنح الاختصاص لمحكمة موطنه بالإضافة لعدم وجود نص خاص يقضي بمد أحكام الاختصاص الداخلي على المجال الدولي لوجود نصوص خاصة بالاختصاص الدولي للمحاكم المصرية وهو ما يعني اقتصار هذه القاعدة الحماية على المجال الداخلي فقط.

¹ -H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 30.

² -B.AUDIT : Op.cit, n° 349، p 291.

³ - أو محكمة رب العمل

⁴ - خاصة إذا أدى الحادث إلى وفاة العامل أما إذا تسبب الحادث بجروح للعامل فيمكن رفع الدعوى أمام محكمة مكان وقوع الحادث

⁵ - J. VINCENT، S.GUINCHARD :Op.cit, n° 374، p 368.

⁶ - والمقصود بهذا النص الدعاوى التي يرفعها الصانع بطلب أجره مقابل الإصلاحات التي أجراها أو التي يرفعها العامل أو الأجير على أرباب العمل بطلب أجورهم فيكون موضوعها المطالبة بأجر العمل والاختصاص يكون إما لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق أو نفذ فيها بشرط أن يقع في أي منهما موطن المدعي فيكون للمدعي الاختيار بين محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة موطنه هو، و يعتبر هذا النص استثناء لا يشمل الدعاوى التي يرفعها العامل للمطالبة بالتعويض لفضله من العمل بصفة تعسفية أو للمطالبة بالمكافأة أو المعاش كما يقتصر تطبيقه على العمال فلا يمتد إلى الدعاوى التي يرفعها الطبيب أو المحامي أو المقاول لما يستحقه من أتعاب، انظر: أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 408، نبيل اسماعيل عمر وآخرون: المرجع السابق، ص 151.

وفي منازعات التأمينات تنص المادة R.114-1 من قانون التأمينات الفرنسي على اختصاص محكمة موطن المؤمن له كقاعدة عامة¹، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الاختصاص المنصوص عليه في هذه المادة قاعدة آمرة فيما يخص العلاقة بين المؤمن و المؤمن له ولا تفرض على الضحية الذي يمكن له رفع دعوى مباشرة أمام محكمة موطن المدعى عليه²، و هذه القاعدة تنقل إلى المجال الدولي أين يكون الاختصاص المبدئي أو الأولي لمحكمة المؤمن له فيكون الاختصاص للمحاكم الفرنسية عندما يكون له موطن في فرنسا و لا يتحقق الاختصاص القضائي الفرنسي بسبب وجود موطن المدعى عليه في فرنسا لأن هذه القاعدة الخاصة المنصوص عليها في قانون التأمينات بسبب تعلقها بالنظام العام تبعد قاعدة الاختصاص العادية كما أن طابعها الأمر يمنع كل اتفاق على ما يخالفها³.

و تنص المادة 58 م م على أنه في المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه عقارا كان أو منقولاً⁴، لكن هذه القاعدة تتعلق بالاختصاص الداخلي ولم يرد نص خاص في مجال التأمين يمنح الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الجنسية

تعتبر الجنسية ضابط اختصاص القضاء الوطني فهي تربط أشخاص النزاع بدولة القاضي المختص، و تلعب الجنسية دورا مهما في القانون الدولي الخاص، فهي التي تمنح الطابع الدولي لقواعد الاختصاص القضائي على خلاف الموطن، باعتبار أنها رابطة سياسية وقانونية تختلف عن الموطن الذي يعتبر مجرد رابطة قانونية.

¹ - لكنها لا تطبق في مجال التأمين على العقارات والمنقولات في حالة الحريق حيث يؤول الاختصاص لمحكمة موقع العقار أو مكان وجود المنقولات و في مجال التأمين على الحوادث يكون للمدعي أن يختار بين محكمة موطنه أو محكمة مكان وقوع الحادث، انظر:

J.LARGUIER، P.CONTE : Op.cit، p 54

² - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 344، p 357.

³ -H.GAUDEMET-TALLON :Op.cit، n° 29.

⁴ - نبيل اسماعيل عمر وآخرون: المرجع السابق، ص 153.

إن النصوص القانونية التي تتضمن حالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بناء على الجنسية تتمثل في مادتين، وهما المادة 41 والمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الموضوعة لمصلحة الطرف الوطني في اللجوء إلى القضاء الوطني في المنازعات بين الوطنيين والأجانب، والتي تجدد أساسها في المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي¹ التي تعتبر قواعد غير مألوفة للاختصاص²، لكنها في نفس الوقت تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فهي خاصة بالمنازعات الدولية الخاصة، أي أن هذه القواعد ذات طبيعة دولية على أساس قيامها على معيار الجنسية، ومن المنطقي أن تكون قواعد عادية للاختصاص القضائي الدولي، في حين أن قواعد الاختصاص القضائي الداخلي التي تبنى على أساس الموطن أو غيره نتيجة تمديد قواعد الاختصاص الاقليمي على المجال الدولي يمكن اعتبارها قواعد غير عادية للاختصاص القضائي الدولي لأنها ليست خاصة بالمنازعات الدولية الخاصة.

منح القانون الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان المدعي أو المدعى عليه وطنيا، و هذا تكرسا للحق في اللجوء إلى القضاء، حيث اعتبر المشرع من خلال المادتين 41 و 42 أن للطرف الجزائري امتياز اللجوء للقضاء الجزائري مهما كان مكان إبرام التصرف ومهما كان الضابط الذي قد يؤدي إلى تطبيق القواعد العادية للاختصاص، فالاختصاص المبني على الجنسية يبعد كل اختصاص مبني على معايير أخرى³.

فالدعاوى المرفوعة من طرف جزائري على أجنبي أو المرفوعة على جزائري من طرف أجنبي يختص بنظرها والفصل فيها القضاء الجزائري، فيكون معيار الاختصاص الجنسية الجزائرية التي يحملها إما المدعي أو المدعى عليه بغض النظر عن موطن المدعى عليه أو موطن المدعي، ومن باب أولى حتى في حالة ما إذا كان الطرفان جزائريان وليس لهما موطن في الجزائر فيبقى القضاء الجزائري مختصا خاصة في مسائل الأحوال الشخصية حيث يطبق قانون الأسرة الجزائري⁴، وهذا ما يعرف بحالة اختصاص القضاء الوطني بناء على القانون الوطني الواجب التطبيق أو أن القانون المطبق على موضوع

¹ - Mohand ISSAD : Op.cit, p 30.

² - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit, n° 461، p 570.

³ -M.ISSAD : Op.cit, p 30.

⁴ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 196، 197.

النزاع هو الذي يجلب الاختصاص للقضاء الوطني، ويعلل الفقه المصري¹ اختصاص المحاكم الوطنية بسبب أنها الأقدر على حسن تطبيق قانونها المتعلق خاصة بمسائل الأحوال الشخصية، خاصة إذا كان مستمدا من الشريعة الإسلامية.

وعليه يتعين تحديد الاختصاص القضائي الدولي بناء على جنسية المدعي أو المدعى عليه (البند الأول) ثم التطرق لطبيعة هذا الاختصاص (البند الثاني) والانتقادات الموجهة إليه (البند الثالث).

البند الأول: المدعي أو المدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي

إن منح الاختصاص لمحاكم دولة القاضي بناء على الجنسية من جانب المدعي أو المدعى عليه، يعني أن يكون أحد أطراف المنازعة يحمل جنسية دولة القاضي، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وسواء كانت الجنسية أصلية أو مكتسبة بالنسبة للشخص الطبيعي، أو كان متعدد الجنسية.

1- إذا كان المدعي يحمل جنسية دولة القاضي

تنص المادة 41 ق إ م إ ج على أنه: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي ، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائرين".

وهي منقولة من المادة 14 ق م ف، و التي تنص على أنه : " يجوز للأجنبي أن يكلف بالحضور أمام المحاكم الفرنسية حتى و لو لم يكن مقيما في فرنسا من أجل تنفيذ التزامات تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن أن يمثل أمام المحاكم الفرنسية من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد

¹ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص 80.

أجنبي مع فرنسيين¹ ، وهاتين المادتين تشير إلى فرضية أن المدعي من جنسية دولة القاضي تمنح له الفرصة في اللجوء إلى محاكمه الوطنية².

يعتبر منح الاختصاص القضائي الدولي على أساس جنسية المدعي تكريسا لحق المواطنين في اللجوء إلى القضاء ولحق المساواة بين المتقاضين، فمن المنطقي أن يلجأ الشخص لقضاء دولته من أجل المطالبة بحقوقه في مواجهة أجنبي، حيث يشكل ذلك مراعاة للمدعي الوطني لأنه يجنبه، إذا ما رغب في ذلك، رفع دعواه أمام محكمة أجنبية لموطن المدعى عليه ويعفيه من التنقل ومن الوضع المتحيز للمحكمة الأجنبية تجاه مواطنيها، وحسب التفسير القضائي فإن هذه النصوص تمنح للطرف الوطني سواء كان مدعيا أو مدعى عليه امتياز قضائي بأن تكون المحاكم الوطنية مختصة³، وهذا الامتياز مؤسس على الجنسية⁴.

و قد تم تبرير اختصاص القضاء الوطني بناء على جنسية المدعي بأن الوطنيين يطلبون دائما العدالة أمام محاكمهم لأن المحاكم في كل الدول الأجنبية لا تمنح الضمانات الكافية و هذا ما يفترض منح الثقة في المحاكم الوطنية و عدم التشكيك فيها⁵، فكان هناك حكم مسبق ضد المحاكم الأجنبية و تم تقرير بصفة طبيعية أن الوطني لا يمكنه إلا اللجوء إلى المحاكم الوطنية، فعندما يكون الطرف الوطني هو المدعي يمكنه هذا الاختصاص من تكليف المدعى عليه (الأجنبي) المتوطن في الخارج أمام المحاكم الوطنية⁶.

و تمنح المادة 41 ق إ م إ الاختصاص للمحاكم الوطنية ليس فقط بالنسبة للالتزامات التعاقدية المبرمة في الجزائر مع جزائريين ولكن كذلك بالنسبة للالتزامات المبرمة في دولة أجنبية مع

¹ - L'article 14 du code civil français : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les juridictions de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français »

² - M-L.NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n°387, p 289.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 461, p 570 ; B.AUDIT : Op.cit, n° 358, p 299 ; H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 91 ; M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 387, p 289.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 461, p 570.

⁵ - B.AUDIT :Op.cit, n° 358, p 299.

⁶ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 461, p 571.

جزائريين، كما أنها تمنح الحق للمدعي الجزائري أن يرفع دعواه ضد جزائري ليس له موطن في الجزائر، وهذا حسب التفسير الموسع للنص، إذ يكفي أن يحمل المدعي الجنسية الجزائرية حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، وبغض النظر عن أي ضابط اختصاص آخر.

و لا يوجد نص مماثل في القانون المصري يمنح الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على جنسية المدعي، و أساس ذلك أن جنسية المدعي وحدها لا تكفي كضابط اختصاص، و لا يمكن القول أن سكوت المشرع يعني الأخذ بقاعدة منح الاختصاص لمجرد كون المدعي مصرية، ذلك لأن القواعد العامة في الاختصاص الدولي المأخوذ بها في معظم دول العالم لم تتضمن جنسية المدعي كضابط للاختصاص¹، و لم يأخذ ضابط الاختصاص من ناحية المدعي إلا في حالات قليلة²، فنص المادة 28 مرافعات مصري يتضمن فقط الفرض الذي يكون فيه المدعى عليه مصرية و هذا دليل قاطع على أنه لا يعتد بجنسية المدعي المصرية وحدها كضابط للاختصاص فهي ليست مبررا لوحدها لاختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية محدودة و بشروط معينة³، والاختصاص المبني على جنسية المدعي ليس مجردا بل مقيد بنوع الدعوى و كونها متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية⁴.

فحسب المادة 7/30 مرافعات مصري: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك... إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية و كان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، و ذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى"⁵.

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 127، ص 93، 94.

² - مصطفى مجدي هرجة: التعليق على قانون المرافعات المدنية و التجارية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار محمود للنشر و التوزيع، 2000، ص 324.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 43، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 638.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 646، ص 1041.

⁵ - فلقد قدر المشرع أن هناك اعتبارات تحيط بشخص المدعي بالرغم من أن المدعى عليه ليس متمتعاً بالجنسية المصرية وليس له موطن أو محل إقامة في مصر، فقد حرص المشرع المصري على التسهيل على المدعي وتمكينه من الوصول إلى حقه دون أي تأخير في المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية نظرا لأنها وثيقة الصلة بحياة الإنسان وكيانه، وقد اكتفى المشرع أن تكون الدعوى من دعاوى الأحوال الشخصية ولم يشترط أن ترد على موضوع معين من مسائل الأحوال الشخصية، واكتفى بالجنسية المصرية للمدعي مجردا من أي اعتبار آخر رعاية لمصلحته في قضية تتعلق بأحواله

و يرى بعض الفقه المصري¹ أنه لا مانع من انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على جنسية المدعي في جميع الدعاوى، دعاوى الأحوال الشخصية و دعاوى الأحوال العينية، التي يكون فيها المدعي مصري الجنسية إذا لم تكن هناك أية محكمة أخرى مختصة على أساس منع إنكار العدالة الذي يعد سببا من أسباب الاختصاص في كثير من الدول، و هذا ما يأخذ به القضاء الفرنسي و الفقه الألماني، "فتلافي إنكار العدالة كضابط للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها... لأن المبدأ عام لا يصح أن يكون حكرا على مواد الأحوال الشخصية " لكن خارج نطاق دعاوى الأحوال الشخصية يشترط بالإضافة إلى الشروط السابقة ألا تكون هناك محكمة أخرى مختصة بالدعوى على أساس ضابط آخر غير ضابط موطن المدعى عليه، فعدم وجود موطن معروف للمدعى عليه في دعاوى الأحوال العينية لا يمنع من اختصاص محكمة أخرى كمحكمة موقع المال أو محل الالتزام مما ينفي اختصاص المحاكم المصرية و تنتفي معه فكرة تلافي إنكار العدالة².

لكن و بالرغم من صحة الرأي السابق إلا أن بعض الفقه³ يعتقد أن الذي دفع المشرع المصري إلى قصر أعمال مبدأ منع إنكار العدالة على دعاوى الأحوال الشخصية له ما يبرره، "فالاهتمام بهذه الدعاوى يعكس فلسفة القانون المصري في مجمله حيث أن التنظيم القانوني في مجال الأحوال الشخصية تنظيم مركب يجد مصدره أساسا في الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة إلى جانب الشرائع الدينية الخاصة بغير المسلمين، وفي مسائل الأحوال العينية غالبا ما تكون هناك محكمة مختصة مثل محكمة موقع المال أو محل الالتزام و هنا تنتفي حكمة اختصاص المحاكم المصرية و هي تلافي إنكار العدالة"⁴.

الشخصية، و يوجد في قانون أصول المحاكمات السوري نص مماثل بمنح الاختصاص للمحاكم السورية في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي إذا كان المدعي سوريا ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، و هذا حسب المادة 7 الفقرة هـ، وإذا كان الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اللبنانية يرتكز على العنصر الشخصي المتعلق بشخص المدعى عليه إلا أنه لم يعتد بشخص المدعى إلا في حالات محصورة خاصة عندما لا تكون أية محكمة مختصة، وهذا حسب المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، التي تنص على أن: "تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أية قضية تتعلق بأحد اللبنانيين... إذا لم تكن هناك محاكم أخرى مختصة". انظر: حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 62.

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 177، ص 128.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 177، 178، 179، ص 128، 129، 130.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 81.

⁴ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

2- إذا كان المدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي

أما بالنسبة للمدعى عليه فتتص المادة 42 ق م إ على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

وهي منقولة من المادة 15 ق م ف: "يمكن أن يمثل أمام محاكم فرنسا كل فرنسي من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

وفي هذه الحالة تمنح فرصة مماثلة للمدعي الأجنبي ضد مدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي¹، وتراعي مصلحته عن طريق منحه إمكانية اللجوء إلى محاكم دولة القاضي، وفي نفس الوقت تجنب المدعى عليه من أن يحاكم في محاكم أجنبية يشتهه في تحيزها².

وتقوم على المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولي الخاص وهو أن الأصل في اختصاص القضاء في الدولة هو الإقليمية، بالإضافة إلى الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنيا بغض النظر عن موطنه أو محل إقامته، ويبين الاختصاص على اعتبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للمواطنين والأجانب إلا أنها شخصية بالنسبة للمواطنين فتشملهم وإن كانوا متوطنين أو كمقيمين خارج إقليم دولتهم، وكذلك على اعتبار أن الأصل هو رعاية المدعى عليه³، فمن المسلم به أن ولاية قضاء دولة ما تبسط على كافة المتمتعين بجنسيتها، فيمكنهم اللجوء إلى هذا القضاء كما يخضعون له، و أساس ذلك أن سيادة الدولة تمتد إلى رعاياها، و باعتبار أن ولاية القضاء تعبر عن السيادة فإنها تشمل ما تشمله هذه السيادة على مواطني الدولة، بالإضافة إلى أن للدولة القدرة على كفالة آثار الأحكام الصادرة عنها في مواجهة مواطنيها⁴، كما أن

¹ - M-L.NIBOYET، G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n°387، p 289.

² -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 290، p 211.

³ - مصطفى مجدي هرجه: المرجع السابق، ص 325، أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 08.

⁴ - أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 09.

جواز اختصاص الشخص أمام محاكم دولته يعتبر من المبادئ المسلمة أساسه فكرة سيادة الدولة الشخصية على رعاياها وما تستتبعه هذه السيادة من مباشرة ولاية القضاء على الوطنيين¹.

وتختص محاكم الدولة بالدعاوى التي ترفع على مواطنها سواء أكان مقيماً داخل الدولة أو خارجها و سواء أكان النزاع ناشئاً عن علاقة قانونية قامت في داخل تلك الدولة أو خارجها، ولذلك فإن الطرف الذي يحمل جنسية دولة القاضي الذي يقيم في الخارج و يتعامل مع شخص أجنبي لا يمكن أن يتفادى اختصاص محاكم دولته إذا قام ذلك الأجنبي برفع دعواه أمامها لمطالبة المدعى عليه بوفاء التزامه، ولا يجوز لهذا الأخير الاحتجاج بأن العلاقة نشأت في الخارج و بأنه يقيم في الخارج²، حيث يكفي توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه و لا يلزم بجانب هذا أن يكون متوطناً أو مقيماً أو موجوداً في دولته³، و بدون اشتراط توافر أي شرط في المدعي فقد يكون وطنياً و قد يكون أجنبياً متوطناً أو مقيماً في دولة القاضي أو في الخارج⁴.

وتعتبر المادة 15 م ف ممنوحة للأجانب أطراف النزاع مع فرنسيين مادام أنهم لا يخضعون للمحاكم الفرنسية إلا كمدعى عليهم (حسب المادة 14) فإن هذه المحاكم مفتوحة أمامهم كمدعين⁵، فالمادة 14 تنصف الطرف الفرنسي أما المادة 15 فتتصف الأجنبي، فعندما يكون الطرف الفرنسي هو المدعى عليه تجعله المادة 15 يقاضى أمام محاكمه الوطنية حتى و لو لم يكن له موطن في فرنسا⁶، و المادة 15 تجنب الأجانب طلب تنفيذ حكم أجنبي في فرنسا، و إن كانت عبارات النص توحى بأنها تمنح للمدعي الأجنبي الفرصة في مقاضاة خصمه الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية فهي تعبر عن حق للفرنسي في إنكار سلطة الأحكام الأجنبية، فهذا الامتياز للمدعى عليه الفرنسي يعتبر ضرورة للمدعي الأجنبي⁷ عبارة عن تعويض عن الضرر الذي كان سيلحقه جراء عدم

¹ - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 636.

² - أحمد مليجي: المرجع السابق، ص 10.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 676.

⁴ - أحمد مليجي: المرجع السابق، ص 10، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 676، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 636، هشام صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 48، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 85، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1043.

⁵ - B.AUDIT :Op.cit, n° 358, p 299.

⁶ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 461, p 571.

⁷ - B.AUDIT :Op.cit, n° 358, p 299.

إمكان تنفيذ حكم أجنبي ضد فرنسي في فرنسا¹، و هذا ما جعل القضاء الفرنسي يحوّل المادة 15 إلى حق للمدعى عليه الفرنسي في أن يحاكم أمام محكمة فرنسية فلم يكن اختصاص المحاكم الفرنسية مجرد رخصة للمدعي الأجنبي و لكن التزام إذا أراد الحصول على حكم فعال (قابل للتنفيذ) في فرنسا، و للمدعى عليه الفرنسي الذي يرفض القيام بإجراءات التقاضي أمام محكمة أجنبية له أن يعارض بصفة لاحقة الاعتراف بالحكم الأجنبي الذي صدر مخالفا للمادة 15²، و إن كانت المادتان 14 و 15 قواعد اختصاص مباشر³، إلا أن المادة 15 (خاصة) تحولت إلى قاعدة اختصاص غير مباشر مانع لاختصاص المحاكم الأجنبية بهدف حماية المدعى عليه الفرنسي المقام ضده دعوى في الخارج لكن تم التخلي عن هذا التفسير للمادة 15 من طرف محكمة النقض في قرار prieur في 23 ماي 2006⁴.

وفي القانون المصري تنص المادة 28 م م⁵: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري و لو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 461، p 572.

² - M-L.NIBOYET، G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 387، p 290.

³ - B.AUDIT : Op.cit، n° 358، p 299.

⁴ -P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، p 217،

« Suite à un jugement suisse rendu le 16 avril 1996 par le tribunal de grande instance de Genève ayant annulé un mariage pour vice du consentement, l'épouse a sollicité l'exequatur de la décision en France. La Cour d'appel de Poitiers a déclaré le 10 décembre 2002 ce jugement exécutoire sur le territoire français. Le mari décide de se pourvoir au cassation selon le moyen que la Cour a violé l'art 15 du c.civ en refusant de retenir la compétence exclusive des tribunaux français alors même qu'il n'avait pas renoncé à son privilège de juridiction, mais attendu que l'art 15 du c.civ ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisine et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ; qu'ayant retenu que les parties, toutes deux nées en Suisse, s'étaient mariées dans ce pays en convenant d'un contrat de mariage régi par le droit suisse et y avaient établi leur résidence, la Cour d'appel a exactement décidé qu'en l'absence de fraude dans la saisine du tribunal étranger, celui-ci était compétent ; par ces motifs, la Cour de cassation rejette le pourvoi », site d'internet de la Cour de cassation.

⁵ - يرجع الأصل التشريعي لهذا النص إلى المادة 13 من القانون المدني المختلط التي كانت تقضي باختصاص المحاكم المصرية بناء على جنسية المدعى عليه و لو كان بسبب التزامات عقدها في الخارج، و استمر القضاء في تطبيقه، و عند تعديل القانون المدني تضمن المشروع التمهيدي نصا مماثلا لكن تم حذفه عند المراجعة النهائية لحين إدراجه في قانون المرافعات المدنية و التجارية بسنة 1949 حيث نصت المادة 3 منه على اختصاص المحاكم المصرية في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1041، و كان خاليا من النص على ضابط الجنسية

و يرى الفقه المصري أن الأسباب التاريخية المبنية على سوء الظن بالمحاكم الأجنبية التي اعتمد عليها الفقه الفرنسي لتبرير قاعدة اختصاص المحاكم الفرنسية على أساس الجنسية لا يصح العمل بها في القانون المصري نظرا "لمستوى المدنية في بلاد العالم التي تضمها العائلة الدولية"¹، وأساس اختصاص المحاكم المصرية أن المصري يخضع لولاية القضاء المصري سواء أكان مقيما فيها أو خارجها لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين و الأجانب المقيمين في إقليم الدولة و هي شخصية بالنسبة للمصريين المقيمين في الخارج.²

3- شروط ونطاق تطبيق قاعدة الاختصاص على أساس الجنسية

باعتبار أن الجنسية ضابط اختصاص محاكم دولة القاضي فيجب أن تتوفر في وقت رفع الدعوى، ولايهم إذا كان المدعي أو المدعى عليه أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع عليه³، مثلا عند وقوع الفعل الضار أو عند التوقيع على العقد⁴، كما أن تغيير الجنسية بعد رفع الدعوى لا يؤثر على الاختصاص، ويعتبر توفر الجنسية شرطا كافيا للاختصاص فلا يشترط أي شرط إضافي كوجود موطن الشخص أو إقامته في دولة القاضي⁵، وفي حالة الدعاوى المشتركة، مثل دعوى المصفي ممثلا للتاجر المفلس في حالة التسوية القضائية وفي الدعوى غير المباشرة التي يباشرها الدائن فيشترط أن تتوفر الجنسية في التاجر المفلس وفي الدائن⁶ كما يشترط أن تتوفر الجنسية في شخص المدعي أو المدعى عليه الأصيل وليس من ينوب عنه⁷.

يمكن أن يكون المدعى عليه شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا، على أساس أن الاختصاص عام من حيث الأشخاص، ولأن نص المادتين 41 و42 ورد صريحا وواضحا دون

لاختصاص المحاكم المصرية مما أثار خلافا فقهيها حول سكوت المشرع، لتفاصيل أكثر حول هذا الخلاف انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1042، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 42، هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، بند 129، ص 95.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 674.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 674، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1043،

³ - أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي والجنسية، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 39.

⁴ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 291, p 212.

⁵ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 39.

⁶ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n°291, p 212.

⁷ - جبار محمد: المرجع السابق، ص 199.

اشتراط أي شرط أو أي قيد، و هذا رأي أغلب الفقه¹، في حين يرى الرأي المعارض أن "أساس القاعدة سيادة الدولة الشخصية التي تباشرها على رعاياها والتي لا تحدها حدود إقليمية، والشخص الاعتباري ليس عضواً في شعب الدولة حتى يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة للدولة لأنه لا يتمتع بأي جنسية بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، وبالتالي فإن الدولة لا يمكن أن تباشر على الشخص الاعتباري أي سيادة شخصية بل إن سيادتها عليه لا يمكن أن تكون إلا سيادة إقليمية، ولذا فإن القاعدة تفترض ثبوت الجنسية الوطنية للمدعي أو للمدعى عليه أن يكون من الأشخاص الطبيعيين ولا تطبق على الشخص الاعتباري"²، فلا يمتد الحكم إلى الأشخاص المعنوية لأن المشرع قدر معنى رابطة الجنسية باعتبارها رابطة الولاء بين الوطني ودولته وهذا لا يصدق إلا بالنسبة للأشخاص الطبيعية، لكن المشرع لم يميز بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي، وعند إيراد مصطلح "الجزائري" فإن نيته انصرفت إلى الجزائري بصفة عامة باعتباره مخاطباً بأحكام القانون والذي يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً³.

ولقد مدد القضاء الفرنسي الاستفادة من امتياز اللجوء إلى المحاكم الوطنية إلى عديمي الجنسية واللاجئين، وهو الحل الذي تمنى الأستاذ إسعد أن يأخذ به القضاء الجزائري لأنه من غير المعقول أن تقبل الجزائر عديمي الجنسية واللاجئين على إقليمها وتحرمهم من بعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون، بما فيها الحق في التقاضي، مع العلم أن اتفاقية جنيف للاجئين المبرمة في 18 جويلية 1951 واتفاقية نيويورك لعديمي الجنسية المبرمة في 28 سبتمبر 1954⁴، والمصادق عليهما من طرف الجزائر⁵، تخضعان أحوالهم الشخصية لقانون الموطن وفي حالة عدم وجوده لقانون محل الإقامة⁶، لكن يمكن الرد على هذا القول بأن المحاكم الجزائرية تكون مختصة لنظر الدعاوى التي يكون أحد

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 676، هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 48، 49، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 85، 86، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 44، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 652، ص 1044.

² - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 637، 638.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 652، ص 1044.

⁴ - للاطلاع على نصوص الاتفاقيتين، انظر: زروقي الطيب: القانون الدولي الخاص، علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص 191-215.

⁵ - انضمت الجزائر إلى اتفاقية جنف الخاصة باللاجئين بموجب المرسوم رقم 63-274 المؤرخ في 27 جويلية 1963، وانضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية بموجب المرسوم رقم 64-173 مؤرخ في 8 ماي 1964/ ج ر عدد 15، سنة 1964، مذكور في: زروقي الطيب: القانون الدولي الخاص علما وعملا، المرجع السابق، ص 174.

⁶ - انظر أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 40.

أطرافها عديم الجنسية أو لاجئ بالاستناد إلى معايير الاختصاص العادية مثل موقع المال أو العقار أو مسكن الزوجية...

من خلال التفسير الحرفي للمادتين 41 و 42 ق إ م إ يتبين أن الدعاوى التي تشملها تقتصر على الالتزامات التعاقدية المالية فقط، لكن حسب التفسير الموسع لا يكون القضاء مقيدا بهذه الدعاوى ولا يكون ملزما بذلك، وهذا أمر منطقي مادام أن الهدف من النصين هو حماية الطرف الجزائري وأن أساس الاختصاص هو الجنسية الجزائرية فلماذا تقتصر الحماية على نوع معين من الدعاوى التي يكون موضوعها الالتزامات التعاقدية المالية، وقياسا على موقف محكمة النقض الفرنسية التي تبنت تفسيراً موسعاً للمادتين 14 و 15 ق م ف، فعند النظر في دعوى تعويض عن الضرر مرفوعة من طرف فرنسي، قررت أن المادة 14 لها مدلول عام يمتد لكل المجالات، باستثناء الدعاوى العينية العقارية وطلبات قسمة عقارات موجودة في الخارج، وكذلك الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا¹، ويمكن للقضاء الجزائري أن يأخذ بهذا التفسير فيخرج من نطاق المادتين 41 و 42 ق إ م إ الدعاوى المتعلقة بالعقارات المتواجدة في الخارج وطرق التنفيذ التي تتم في الخارج بسبب ارتباط موضوعها بسيادة الدولة وحتى يكون للحكم الصادر في موضوعها حجية وقابلية للتنفيذ، لتشمل كل الدعاوى الشخصية المالية التعاقدية وغير التعاقدية ودعاوى الأحوال الشخصية التي يكون أحد طرفيها جزائرياً.

فيسقط اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع الدعاوى التي يكون المدعي أو المدعى عليه الجزائري طرفاً فيها²، سواء كانت دعاوى أحوال شخصية أو أحوال عينية³، في مواد الأحوال الشخصية كدعوى بطلان الزواج أو بالتطليق أو بنفقة زوجية أو بنفقة مطلقة أو بثبوت النسب، وكذلك الدعاوى في مواد الأحوال العينية مدنية أو تجارية سواء كانت الدعاوى شخصية أو عينية أو مختلطة حتى ولو كان مصدر الالتزام أو محل تنفيذه أو موقع المال خارج الجزائر، ومنها الدعوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر، و الدعوى التي يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار، و الدعوى التي يرفعها بائع العقار طالبا سداد الثمن لأنها تعتبر دعوى

¹ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 292, p 213.

² - أحمد مليحي: المرجع السابق، ص 10.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 51، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 88.

شخصية منقولة¹، إذ يعتبر ضابط الاختصاص المستمد من الجنسية ضابطا عاما لا يتقيد بنوع الدعوى²، بالإضافة إلى أن الاختصاص لا يتقيد بمكان نشوء النزاع، و هو ضابط قانوني غير إقليمي و عام يتعين توافره وقت رفع الدعوى³ و لا بالقانون المطبق على موضوعه، فيستوي أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري أو القانون الأجنبي⁴.

البند الثاني: طبيعة الاختصاص المبني على أساس الجنسية

اقتزنت المادتين 41 و 42 ق إ م إ بعبارة "يجوز..." وهذا يترتب عليه اعتبارهما قاعدتين غير متعلقتين بالنظام العام حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها بسبب أهمها تمنحان للطرف الجزائري امتيازاً إن شاء استعمله وإن شاء تنازل عنه، وقد يكون التنازل صريحا بادراج بند صريح في العقد، أو ضمنا بأن يقبل الطرف الجزائري اختصاص محكمة أجنبية ولا يثير عدم اختصاصها واختصاص المحكمة الجزائرية، فيتنازل عن تمسكه بالامتياز المقرر له عند رفع دعواه أمام محكمة أجنبية، أو عندما ترفع عليه الدعوى أمام محكمة أجنبية فيقدم طلباته ودفعه الموضوعية، ويعتبر حضوره قرينة على تنازله، لكنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس⁵، كما يترتب على الطابع الجوازي للمادتين أن القاضي لا يمكنه إثارة تطبيقهما من تلقاء نفسه، عن طريق التمسك باختصاصه على أساس الجنسية إذا رفع المدعي دعواه بدون الاستناد عليها وكان الاختصاص مبني على سبب آخر غير الجنسية.

فالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية المؤسس على المادتين 14 و 15 له طابع احتياطي مقارنة مع القواعد العادية للاختصاص الدولي، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 19 نوفمبر 1985 أن: "المادة 14 التي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية بسبب الجنسية الفرنسية للمدعي لا تطبق إلا إذا لم يتحقق أي معيار اختصاص إقليمي في فرنسا"⁶، فبمجرد ما يتوفر ضابط (معيار) الاختصاص لقاعدة عادية للاختصاص الدولي من

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 676، 677.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1040.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 179، ص 679.

⁴ - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 472، ص 636، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 650، ص 1043.

⁵ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 203، 204.

⁶ - « L'article 14 du code civil qui donne compétence à la juridiction française, en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsqu' aucun critère ordinaire

المستحيل أن يتم الاستناد إلى المادتين 14 و 15 ، فقد وضع قرار 19 نوفمبر 1985 حدًا لخلاف فقهي حول ما إذا كان من الضروري التمسك بالمادتين 14 و 15 عندما يتحقق الاختصاص الدولي عن طريق إعمال قاعدة عادية للاختصاص، وبالتالي يتم استبعاد تطبيق هاتين المادتين عندما تمنح قاعدة عادية الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية وعلى العكس إذا لم تكن هناك أية محكمة مختصة وفقا لقواعد الاختصاص العادية فيتم إعمال المادتين 14 و 15 من أجل تأسيس الاختصاص¹، بالإضافة إلى الطابع الاحتياطي يعتبر القضاء الفرنسي المادتين 14 و 15 ثانويتين أي قواعد اختصاص ثانوي أو احتياطي² بالنسبة للأطراف لكن بالنسبة للمحكمة فلا تعتبر كذلك عندما يتمسك بها الطرف المقررة لمصلحته فهي تمنح للمدعي أو المدعى عليه الفرنسي امتيازًا يمكن عدم استعماله إذا ما رغب في التقاضي في الخارج ، و الطابع الاختياري لا يمنع المحكمة من تطبيق المادتين بصفة تلقائية عندما يغفل المدعي التمسك بهما³، بالرغم من أن هناك رأي فقهي مخالف بعدم القابلية للتطبيق التلقائي للمادتين 14 و 15 ويستند على قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الصادر في 21 ماي 1963 أين رفضت إمكانية القضاة إثارة قابلية المادة 14 للتطبيق بصفة تلقائية، كما أن الغرفة التجارية في قرارها الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 1967⁴ أعطت نفس الحل بالنسبة للمادة 15، وهذا

de compétence territoriale n'est réalisé en France ».Cass. 1^{re} civ.19 nov1985, (soc. Cognacs and Brandies from France contre Soc.Orliac. Les faits : La société Orliac dont le siège est dans le Tarn-et-Garonne entend pratiquer à l'encontre de la Société Cognacs and Brandies from France dont le siège est dans l'Etat de Connecticut (Etats Unis) une saisie conservatoire portant sur des fonds déposés dans l'agence du Crédit agricole de Lons-le-Saunier (Jura). A cet effet, elle s'adresse au juge de son domicile, le président du Tribunal de grande instance de Montauban. Une ordonnance de saisie ayant été rendue, la société américaine demande au même magistrat de la rétracter, en soulevant son incompetence au regard de l'art 48 de l'ancien c.p.c lequel prévoit l'intervention, soit du magistrat du domicile du débiteur, soit de celui dans le ressort duquel sont situés les biens à saisir. Cette demande ayant repoussée en première instance, puis en appel par un arrêt de la Cour de Toulouse le 15 février 1984, aux motifs que l'art 14 du c.c instaure, au profit du demandeur français, un privilège de juridiction qui l'autorise à saisir tout tribunal de son choix et qu'il est de jurisprudence constante que la règle de compétence de l'art 14 ayant pour seul fondement la nationalité française du demandeur, les règles de compétence interne ne peuvent faire obstacle à son application, un pourvoi est formé et la Cour de cassation l'a cassé. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit , n° 71, p 639.

¹ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 96, 97.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 576.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 296, p 216.

⁴ « Les dispositions de l'art 15 du c.c ne sont pas d'ordre public , attendu que, pour dire le tribunal de commerce de La Seine compétent pour connaître de la demande formée par la

الوضع غير مفاجئ فهو نتيجة منطقية لطابع الامتياز الذي تتصف به المادتين 14 و 15 ماداً أنه يحمل رخصة التنازل عنه من طرف المستفيدين منه، وينتج عن ذلك عدم القابلية للتطبيق للمادتين بصفة تلقائية من طرف القاضي بالإضافة إلى أن المدعي قد يرغب في تأسيس الاختصاص على معيار آخر من أجل تجنب التردد الذي تثيره المحاكم الأجنبية عند طلب تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية والمؤسس على المادة 14 فلا يجب أن يعيق التطبيق التلقائي من طرف القاضي هذه الرغبة، و بالنسبة للاختصاص غير المباشر عدم التطبيق التلقائي يقود القاضي الفرنسي المختص بالتنفيذ إلى عدم رفض منح القرارات الأجنبية الصادرة بدون مراعاة المادة 15 عندما يكون المدعى عليه الفرنسي قد أغفل عن إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية أمام قاضي التنفيذ الفرنسي¹.

ويرى بعض الفقه المصري أن "الاختصاص المبني على جنسية المدعى عليه يراعي مصلحته، وليس له أن يدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية"²، لكن الفقه الغالب يعتبره اختصاصاً جوازي على أساس "أن سيادة الدولة الشخصية على رعاياها لا يمكن أن تصل إلى حد جعل الاختصاص وجوبي، فمجرد كون المدعى عليه مصرياً لا يتحتم معه رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، ولكن إذا رفعت الدعوى أمامها تثبت لها ولاية القضاء، والمدعى عليه المصري يجوز له أن يقبل اختصاص محكمة أجنبية ما لم يتحقق سبب من أسباب الاختصاص الأصلي للمحاكم المصرية"³، ويكون الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية قابلاً للتنفيذ في مصر ما لم يكن صادراً في منازعة تتصل اتصالاً وثيقاً

société Meublacier, ayant son siège a Alger, contre la société Oranit, en vue d'obtenir le règlement d'une fourniture de bureau promise et livrée en Algérie et qui était payable à Oran, l'arrêt attaqué déclare qu'il n'est pas contesté, que la société Oranit soit française, tout en relevant que cette dernière soutient que le lieu de son siège social est et demeure à La Senia, près d'Oran, et, jugeant que cette société possède à Paris une apparence d'établissement, décide qu'en application des dispositions de l'art 15 c.c, la société Meublacier était fondée à assigner la société Oranit devant un tribunal Français, en l'espèce ledit tribunal de commerce, attendu qu'en faisant ainsi état d'office des dispositions dudit art 15 qui ne sont pas d'ordre public...

Par ces motifs, La Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu entre les parties par la Cour de Paris le 30 juin 1964 », téléchargé d'internet du site legifrance.

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit, n° 465، p 576، 577.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 675.

³ - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 637.

بالنظام القانوني المصري¹، أو "تدخل في الاختصاص الإلزامي للمحاكم المصرية"² حيث أن الاختصاص المقرر للمدعى عليه المصري يمثل نوعاً من الامتياز المقرر له، ولذلك يجوز له التنازل عنه وقبوله المثل أمام محكمة أجنبية يعد بمثابة تنازل ضمني عن هذا الامتياز³.

البند الثالث: تقدير الاختصاص المبني على أساس الجنسية

تعتبر قواعد الاختصاص المبني على أساس الجنسية قواعد غير مألوفة تقرر امتيازاً للطرف الوطني يتم الاستناد عليها في حالة عدم امكانية الاختصاص وفق الضوابط العادية، لكن في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الوطنية فهل يضمن أن الحكم الذي ستصدره سيكون قابلاً للتنفيذ في الدولة الأجنبية التي يرتبط النزاع بقضائها سواء وفق ضابط الجنسية أو وفق ضوابط أخرى.

يذهب بعض الفقه الجزائري⁴ إلى اعتبار المادتين 41 و 42 ق إ م إ تقرران امتيازاً لصالح الطرف الجزائري فإنه يبقى قائماً مادام أنه لم يتنازل عنه، وبالتالي فإن الدفع (بعدم الاختصاص) الذي يقدمه الطرف الأجنبي يكون غير مؤسس وأن الحكم المضاد الذي سيصدر عن القضاء الأجنبي يكون غير قابل للتنفيذ في الجزائر. لكن هذا الرأي لا يعطي حلاً للمسألة وإنما يزيد تعقيداً إذ لا يعقل أن يصدر القضاء سواء الجزائري أو الأجنبي حكماً دون امكانية تنفيذه في أي من الدولتين، وإلا لا فائدة من القضاء، كما أن الرأي السابق يجعل الاختصاص المبني على أساس الجنسية اختصاصاً إلزامياً ومانعاً لاختصاص المحاكم الأجنبية، وبالتالي إذا كانت المنازعة الدولية الخاصة ترتبط بمحاكم دولة أجنبية بروابط أكثر جدية من رابطة جنسية المدعي أو المدعى عليه فيمكن الدفع بعدم اختصاص المحاكم الجزائرية لو رفعت أمامها الدعوى، ويمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم اختصاصه خاصة إذا كانت الدعوى عينية عقارية أو إذا كان اختصاص المحاكم الأجنبية متعلقاً بالنظام العام.

¹ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 47، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 84.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 654 ص 1046.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 47، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 84، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1046.

⁴ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 36.

والامتياز المقرر لمصلحة المدعى عليه هو ما جعل القضاء الفرنسي يعتبر المادة 15 ق م كحق للمدعى عليه الفرنسي في أن يحاكم أمام محاكم دولته والتزام على عاتق المدعى الأجنبي إذا أراد الحصول على حكم قابل للتنفيذ في فرنسا، لكن تمّ التخلي عن هذا التفسير من طرف محكمة النقض في قرار Prieur الصادر في 23 ماي 2006، حيث لم يعد الاختصاص المبني على المادتين 14 و 15 ق م اختصاصا مانعا¹، وبالتالي يقبل القضاء الفرنسي التوقف عن الفصل في الدعوى إذا أثير أمامه دفع باختصاص جهة قضائية أجنبية ويشترط أن يكون الحكم الصادر عنها قابلا للتنفيذ في فرنسا².

والاختصاص المبني على أساس الجنسية منتقد، خاصة في حالة جنسية المدعى الذي يمكنه اللجوء إلى محاكم دولته في غياب كل ارتباط للمنازعة مع دولته، بالرغم من اعتباره حقا طبيعيا، لكنه يعتبر في مواجهة القاعدة العامة والعالمية لاختصاص محكمة موطن المدعى عليه، لهذا فإن هذا الاختصاص غير عادل، لأنه لا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المدعى عليه وإنما يراعي مصلحة المدعى، ليس بسبب أنه طرف ضعيف في العلاقة وإنما بسبب انتمائه السياسي لدولة القاضي، وهذا ما يعتبر تمييز من جانب القضاء لحماية الوطنيين ضد الأجانب بدون أي اعتبار للعدالة.

لهذا يدعو بعض الفقه³ إلى إلغاء المواد التي تتضمن قاعدة الاختصاص على أساس الجنسية، وبشيء من المنطق يمكن القول أن القاعدة مقررة لمصلحة الطرف الوطني مادام أنه يحمل جنسية الدولة التي يلجأ لقضائها، حتى ولو كانت جنسيته مكتسبة، فقط من أجل تكريس حق المواطن في اللجوء إلى قضاء دولته لأنه لا بد وأن ينصفه، فيتم الإبقاء على هذه القاعدة وعدم إلغائها، فهي تمثل قاعدة اختصاص غير عادية وغير مألوفة، وفي نفس الوقت الإبقاء على قواعد اختصاص أكثر منطقية وعملية عندما يرتبط موضوع النزاع بقضاء دولة القاضي بروابط أكثر جدية، كأن يكون للمدعى عليه موطن في دولة القاضي أو أن تكون الأموال المراد التنفيذ عليها متواجدة في دولة القاضي.

¹ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 297, p 217.

² - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 36.

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 359, p 300.

كما أن الاختصاص المبني على أساس جنسية المدعى عليه لا يحقق مصلحته وإنما قد يضر بها بسبب اضطرابه التنقل لمحكمة دولته التي تبعد عن محكمة موطنه الموجود في الخارج¹، بالإضافة إلى أن فرضية تقرير الاختصاص لمحكمة دولة المدعى عليه يوفر للمدعي أجنبيا كان أو وطنيا محكمة يقاضي أمامها المدعى عليه الوطني الذي لا يكون متوطنا في دولته في دعوى قد لا تختص بها أية محكمة أجنبية²، تعتبر فرضية نظرية بحتة لا تتحقق إلا في الحالة التي لا يكون للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في أي دولة، وإلا يمنح الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته³.

و من الانتقادات التي وجهها الفقه لاختصاص المحاكم الوطنية على أساس جنسية المدعى عليه أنه يتنافى مع مبدأ جوهرى هو مبدأ قوة نفاذ الأحكام و فاعليتها الدولية⁴، فهو ضابط قليل الجدوى و لا يصلح لوحده في تحديد الاختصاص الدولي إذا لم توجد بجواره رابطة مادية تربط الشخص بإقليم الدولة التي يحمل جنسيتها كأن يقيم فيها أو تكون له أموال فيها⁵، حيث من الأفضل أن يمنح الاختصاص للمحكمة التي تملك سلطة فعلية حتى يكون للحكم قيمة حقيقية⁶، وأن لا يتم الخضوع له دون قيد أو شرط و إنما يجب تقييده باشتراط أن يكون للمدعى عليه أموال في دولة جنسيته حتى يمكن التنفيذ عليها⁷.

لكن وبالرغم من هذه الانتقادات إلا أن القاعدة مقررة قانونا فهي قاعدة وضعية يتعين على القاضي أن يطبقها و أن يؤسس اختصاص المحكمة على هذا الضابط منفردا، و هي مقررة في أغلب التشريعات، و منها العربية⁸.

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 96، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 47، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 1042، هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 44، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 81.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 675.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 48، هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 45، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 81.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 96، هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 45، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 82، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 48.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 96، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 42،

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 96.

⁷ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 45، 46، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 81، 82.

⁸ - منها القانون الدولي الخاص الكويتي في المادة 3: "إذا كان المدعى عليه كويتيا كانت المحاكم الكويتية مختصة"، و قانون الإجراءات المدنية السوداني في المادة 7: "يجوز إقامة الدعوى على السوداني أمام المحاكم السودانية"، انظر هشام خالد: المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، ص 64، 67، و

وإن بعض التشريعات العربية لم تتضمن نصوصاً صريحة بمنح الاختصاص القضائي الدولي بناءً على جنسية المدعى عليه، فلم يعرض قانون أصول المحاكمات الخاص بالاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية للاختصاص القائم على أساس الصفة الوطنية الأردنية للمدعى عليه¹، كما لم يرد نص خاص في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني².

ولم يتضمن القانون الدولي الخاص التونسي نصاً صريحاً يتعلق باختصاص المحاكم الوطنية بناءً على الجنسية لكن من خلال نص المادة 9 الذي جاء فيه أنه في حالة اختصاص المحاكم التونسية ولم يكن للمدعي و لا للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في تونس فإن الدعوى تنظر أمام محكمة العاصمة، وهنا يطرح التساؤل على أي أساس يمنح الاختصاص للمحاكم التونسية إذا لم يكن على أساس الجنسية و هذا ما لم يصرح به النص السابق.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الوطني بناءً على ارتباط موضوع النزاع بدولة القاضي

تشتق من العناصر الموضوعية في المنازعة (سبب العلاقة القانونية وموضوعها) بصرف النظر عن عنصر الأشخاص فيها، ضوابط موضوعية للاختصاص القضائي الدولي³، فقد يرتبط موضوع

القانون المدني العراقي في المادة 14: " يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج"، انظر: حسن الهداوي: المرجع السابق، ص 248، هشام خالد: المرجع السابق، ص 70.

¹ - ورغم خلو القانون الأردني من نص صريح يعقد الاختصاص القضائي على أساس الصفة الوطنية إلا أن بعض الفقه الأردني يعتقد أن المحاكم الأردنية مختصة بالنظر بالدعوى التي تقام على الأردني بمجرد كونه أردنياً، و يرى البعض الآخر أنه " قد يدفع الصمت التشريعي إلى الاعتقاد بعدم اختصاص المحاكم الأردنية للنظر في الدعوى المرفوعة على الأردني، إذ لو أراد المشرع النص على ذلك صراحة لفعل كما فعل غيره من المشرعين"، و جزم فقيه آخر بعدم إمكانية "أن تباشر المحاكم الأردنية اختصاصاً على الأردني عندما يكون في الخارج و النزاع يتعلق بأمر حدث في الخارج وليس له موطن دائم أو مؤقت أو مختار" ما دام أنه " لم ترد أية إشارة صريحة أو ضمنية بشأن هذا الاختصاص عندما يكون الأردني مدعى عليه و موجوداً خارج المملكة إذ يجب أن تكون للمدعى عليه الأردني الموجود في الخارج عند رفع دعوى عليه في المملكة موطن.... انظر حسن الهداوي: المرجع السابق، ص 248، 149، محمد وليد المصري: المرجع السابق، ص 304، 305، ممدوح عبد الكريم: المرجع السابق، ص 261، 262، 263.

² - إلا أنه من خلال نصوص المواد 74 التي نصت على أنه: " يخضع الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية دون تمييز بين لبناني و أجنبي"، حيث يستوي الأجنبي مع اللبنانيين في ممارسة حق التقاضي أمام المحاكم الوطنية، و للأجانب حق الإدعاء على اللبنانيين أمام المحاكم اللبنانية، كما يمكن للبنانيين أو المقيمين في لبنان حق الإدعاء على المقيمين في الخارج أمام المحاكم اللبنانية، و يجوز أيضاً للأجانب رفع الدعوى فيما بينهم أمام القضاء اللبناني، و من خلال نصوص مواد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني يتضح أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي لم تختلف عن الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي، حيث أخذ المشرع اللبناني بجنسية المتقاضين اللبنانية معياراً للاختصاص خاصة في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أطراف العلاقة من اللبنانيين و هذا ما جاء في المادة 75 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 62، 63، ادوار عيد: المرجع السابق، ص 10، 11، جميل عبده غصوب: المرجع السابق، ص 377.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 184، ص 710، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 92.

النزاع بإقليم الدولة مما يبرر انعقاد الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية¹، و هو ما يعبر عنه بالرباط الجدي بين النزاع و إقليم الدولة²، أين يكون للنزاع صلة بإقليم الدولة أكثر من غيرها من الدول، و يعتبر هذا من المبادئ التي تمنح الاختصاص العام المباشر لمحاكم الدولة والذي يرجع إلى فكرة سيادة الدولة الإقليمية³.

وفي هذه الحالة يرتبط موضوع النزاع بإقليم دولة القاضي مما يعني ارتباطه بسيادة الدولة، ويكون ذلك في أربع حالات: المنازعات العقارية (الفرع الأول)، منازعات الأحوال الشخصية (الفرع الثاني)، منازعات الإفلاس (الفرع الثالث) ودعاوى اتخاذ تدابير إستعجالية (الفرع الرابع)، وفي هذه الحالات يكون الاختصاص القضائي الدولي متعلقا بالنظام العام.

الفرع الأول: الدعاوى العقارية: اختصاص محكمة موقع العقار

تنص المادة 1/40 ق إ م إ على أن: " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها، في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

ويبرر اختصاص محكمة موقع العقار بأنها المحكمة الأقرب إلى العقار التي قد يتطلب انتقالها إلى مكان العقار لمعاينته أو ندب خبير لمباشرة هذه العملية، وكذلك فيما يتعلق بإيجار العقار حتى ولو كان الإيجار تجاريا أو يتعلق بأشغال عامة⁴.

وهذه قاعدة داخلية تطبق في المجال الدولي⁵، وتعتبر قاعدة تقليدية و معقولة⁶، واستثناء من قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه تفرضها طبيعة الأشياء، و الأسباب التي تبررها في المجال

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 155، ص 114.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 126.

³ - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 457، ص 615.

⁴ - فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 40.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit, n° 346, p 289, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 406, p 300.

⁶ -P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 348, p 254.

الداخلي هي القرب من المحكمة¹ وتسهيل إجراءات التحقيق² والخبرة³، حيث من الأفضل أن يكون القاضي المختص هو قاضي مكان تواجد العقار من أجل التنقل المباشر لعين المكان، فمحكمة موقع العقار أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المرتبطة بالعقار موضوع النزاع.

ويرجع اختصاص محكمة موقع العقار في مجال الاختصاص الدولي بالإضافة إلى الاعتبار السابق اعتبارات أخرى مهمة تتعلق بقدرة محاكم موقع العقار على النظر في الدعوى المتعلقة به وفقاً لمبدأ قوة النفاذ، فكفالة آثار الحكم الصادر في مثل هذه المنازعات لا يتأتى إلا لو كان صادراً عن قضاء دولة تملك القدرة على اتخاذ إجراءات التنفيذ الفعلي على المال المتنازع عليه، ومبدأ قوة النفاذ هو الأساس الأصيل لاختصاص محاكم دولة موقع العقار يرجع إلى سيادة الدولة على إقليمها⁴، ولأن غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بعقارات موجودة في إقليمها ولتعلق النزاع بالنظام العام⁵، ومراعاة احترام السيادة الإقليمية لكل دولة ومراعاة أن ضوابط الاختصاص التي تقوم على فكرة الإقليمية أقوى أثراً في مواجهة الضوابط الشخصية⁶.

فالأسباب الخاصة بالمجال الدولي تتعلق بارتباط المسائل العقارية بسيادة الدولة على إقليمها واختصاص القانون المحلي⁷ وضرورة تنفيذ القرار المتخذ في الدولة التي يقع فيها العقار⁸، بالإضافة إلى تدخل النظام العقاري للدولة⁹، ويبرر الاختصاص المانع لمحكمة مكان تواجد العقار بالتدخل النظامي لسلطات الدولة لتنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالعقارات، ومن الصعب اعتبار أن نظر قاضي دولة معينة لنزاع حول عقار موجود في دولة أخرى يشكل اعتداءً على سيادتها لأن الحكم القضائي يتعلق بعلاقات القانون الخاص بدون المساس بإقليم دولة موقع العقار، والاعتداء على سيادة

¹ -B.AUDIT :Op.cit, n° 364, p 289 ; Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 446, p 557.

² -B.AUDIT :Op.cit, n° 364, p 289.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 446, p 557.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 157، ص 115، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 61،

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 147، ص 107، بند 148، ص 108.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 655، ص 1046.

⁷ -B.AUDIT : Op.cit, n° 346, p 289.

⁸ - B.AUDIT : Op.cit, n° 364, p 289 ; Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 446, p 557 ; P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 348, p 254.

⁹ - P.MAYER, V.HEUZE :Op.cit, n° 348, p 254.

الدولة يكون أقل وضوحا عندما يأمر القاضي باتخاذ تصرف ضغط وإكراه ينفذ على إقليم الدولة الأجنبية، فإذا أعلن قاضي أجنبي باعتباره قاضي موطن المدعى عليه اختصاصه في نزاع حول عقار موجود في دولة ما، ولكنه يطبق قانون موقع العقار فيكون من الواضح أن سيادة دولة مكان وجود العقار تم الاعتداء عليها و يتعين منع الاعتراف بالحكم الأجنبي¹.

ومن خلال عبارات المادة 41 ق إ م إ فإن الاختصاص يشمل الدعاوى العقارية المتعلقة بالأشغال التي تقع على العقار أو دعاوى إيجار العقار، ويفهم من هذا أنه يشمل الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الشخصية العقارية أي التي يطالب فيها المدعي بحق شخصي وهو الإيجار متعلق بعقار، وكذلك الدعوى المختلطة التي تستند على الحق الشخصي وعلى الحق العيني على العقار كأن يرفع مشتري عقار دعوى على البائع يطالبه بتسجيل عقد بيع العقار، وبالتالي فتطبق المادة 41 بشأن دعاوى الملكية والحيازة ودعوى الرهن العقاري كحق التخصيص، أما الدعاوى الشخصية التي يطالب فيها المدعي بدين (كالايجار) دون أن ينازع حق ملكية العقار فمن الأفضل أن تختص بها محكمة موطن المدعى عليه لأن موضوع المنازعة لا يتعلق بحق عيني على العقار.

وبالنسبة للقانون الفرنسي تمنح المادة 44 ق إ م في الدعاوى العينية العقارية اختصاص مانع لمحكمة موقع العقار²، وكان اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى العينية العقارية يشكل استثناء على مبدأ عدم الاختصاص القضائي في المنازعات بين الأجانب الذي كان سائدا في السابق³، فمن أجل وضع حدود معقولة للاختصاص الدولي للمحاكم يجب قبول اختصاص القاضي الذي يرتبط بروابط أكثر وثوقا مع النزاع فيمنح اختصاص مانع لقاضي مكان وجود العقار في الدعاوى العينية العقارية⁴.

¹ - L.USUNIER : Op.cit, n° 329, p 273, 274.

² - Droit et pratique, n° 773, 774. B.AUDIT : Op.cit, n° 346, p 289, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 406, p 300.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 446, p 557.

⁴ - L. USUNIER : Op.cit, n° 107, p 98.

ويدخل مبدأ القرب من المحكمة كأساس لاختصاص محكمة موقع العقار في إطار الاهتمام بضمان حسن سير العدالة¹، كما تظهر إرادة الربط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي كمبرر أساسي للاختصاص المانع لمحكمة موقع العقار في الدعوى العينية العقارية².

والقانون الفرنسي يعلن عدم فعالية الشروط الاتفاقية المانحة للاختصاص والتي تكون مخالفة للاختصاص الأمر و المانع، حيث لا يقبل إجازة الشروط المانحة للاختصاص في المجال الدولي إلا إذا احترمت قواعد الاختصاص الأمر للمحاكم الفرنسية، فالشرط الاتفاقي للاختصاص لا يمكن أن يخل باختصاص القاضي الفرنسي لمكان تواجد العقار في الدعوى العينية العقارية³.

وهذه القاعدة مقررة للدعاوى العينية العقارية، أما الدعاوى المختلطة المنصوص عليها في المادة 46 ق إ م ف فيمنح بشأها اختيار للمدعي بين محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة موقع العقار، وهذا الحل يمكن تمديده إلى المجال الدولي، حيث أن المحاكم الفرنسية تكون مختصة إذا كان العقار موجودا في فرنسا أو إذا كان المدعى عليه متوطنا فيها⁴.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد جعل اختصاص محكمة موقع العقار كاستثناء على القاعدة العامة الخاصة باختصاص محكمة موطن المدعى عليه، وتطبيقا لاختصاص محكمة موقع المال، وهذا من خلال المواد 28، 29، 30 مرافعات، حيث تنص المادة 2/30 م على اختصاص محاكم مصر بالدعاوى التي ترفع على أجنبي إذا تعلق بمال موجود في مصر، هذه الفقرة تعالج طائفة من الدعاوى ترفع على أجنبي في مصر سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا على فرض أنه ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، وسبب اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى يرجع إلى نوع أو طبيعة الحق الذي تحميه الدعوى وكونه موجود في مصر، وهذا الضابط موضوعي⁵ لأنه يكتفي به وحده دون النظر إلى أشخاص الخصوم أي "دون توافر أي معيار شخصي من ناحية المدعى عليه بأن يكون

¹ - Louis PERREAU-SAUSSINE : L'immeuble et le droit international privé، éditions Defrénois، Paris، 2006، n° 509، p 298.

² - L.USUNIER : Op.cit، n° 329، p 274.

³ - L.USUNIER : Op.cit، n° 284 bis، p 226.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit، n° 346، p 289.

⁵ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، بند 176، ص 188، أشرف عبد العليم: المرجع السابق، ص 88، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 185، ص 711، 712، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 57.

أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، وبدون اشتراط أي شرط كسبق وجوده فيها، كما لا يجب توفر أي شرط في المدعي الذي يمكن أن يكون مصريا أو أجنبيا متوطنا أو مقيما في مصر أو في الخارج¹، وهو ضابط إقليمي² يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة، وواقعي يعتد بشأنه بالواقع دون أعمال أية فكرة قانونية، فإذا تعلق الدعوى بعقار موجود في مصر فيكون الاختصاص لمحاكمها بغض النظر عن التكييف الذي توصف به الدعوى³، ودون تفرقة بين المنازعات في الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية⁴، المالية، مدنية كانت أو تجارية، ودون تفرقة بين الدعاوى الشخصية والعينية⁵ والمختلطة، فهذا الاختصاص لا يتقيد بنوع الدعوى ويكون وفقا للتكييف الذي يقضي به القانون المصري⁶، وعند بيان حدود اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في مصر أو من حيث نوع المنازعة، فإن هذا الاختصاص مطلق ولا تستثنى منه إلا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار موجود في الخارج⁷،

ويشمل الاختصاص الدعاوى العقارية سواء كانت عينية أو شخصية أو مختلطة⁸، حيث لم يقم المشرع المصري أي تفرقة بينها⁹، ونص على الدعاوى العقارية¹⁰ بصفة عامة، فمفهومها ينصرف إلى الأنواع الثلاث¹.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 185، ص 711، 712.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 186، ص 713، أشرف عبد العليم: المرجع السابق، ص 88، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 57.

³ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، بند 176، ص 188.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 185، ص 712، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 94، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 162، ص 118.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 126، هشام هلي صادق: المرجع السابق، بند 161، ص 117، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 467، ص 629.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 186، ص 713، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 94.

⁷ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 685، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 464، ص 626، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 147، ص 107، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 61.

⁸ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 677، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 464، ص 626.

⁹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 150، ص 111.

¹⁰ - وحسب القواعد العامة فإن الدعوى العينية تستند إلى حق عيني، والحقوق العينية واردة على سبيل الحصر، وهي دعوى الملكية أو الاستحقاق وتحمي حق الملكية، يطالب فيها المدعي بحق عيني على عقار، ودعوى الحيازة وتحمي حيازة الحق العيني العقاري التي يرفعها الحائز لحق عيني عقاري على من ينازعه في حيازته، فهي الدعوى التي تستند على المركز القانوني الذي يشغله الحائز وهي لا تستند على الحيازة القانونية للعقار و الحيازة لا تعتبر حقا عينيا وتتفرع إلى ثلاث أنواع وهي: دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة، والدعوى بتقرير أو نفي

ويجمع الفقه على أن المحاكم لا تختص بنظر الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الشخصية العقارية إذا كان العقار متواجداً في الخارج²، حيث يوجد خلاف فقهي حول مدى شمول الاستثناء للدعاوى المختلطة المتعلقة بعقار³، في حين يرى البعض أن نطاق الاختصاص يشمل كافة أنواع الدعاوى العقارية⁴، وفي حالة تعدد المدعى عليهم وكانت الدعوى عينية عقارية فلا يجوز رفعها أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم، وإنما يتعين رفعها أمام محكمة موقع العقار⁵، أما الدعاوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر، أو التي يرفعها المؤجر على المستأجر طالباً

حق الارتفاق أو الانتفاع على عقار، ودعوى الرهن وهي تحمي حق الدائن المرهن تأمينياً أو حيازياً أو صاحب حق امتياز أو اختصاص، ولما كان الحق العيني سلطة شخص على شيء معين فإن الدعوى العينية يمكن أن ترفع على أي شخص يدعي حقاً على شيء، وبالتالي فإن الدعوى العينية العقارية هي التي تستند إلى حق عيني على عقار، ومن أمثلة الدعاوى العينية العقارية الدعوى التي يرفعها مالك العقار طالباً بتثبيت حق ملكيته وتقريره في وجه من يعتدي عليه أو من يبايع فيه، الدعوى الشخصية تستند إلى حق شخصي، والحقوق الشخصية لا يمكن حصرها، ويرجع ذلك إلى إعمال مبدأ سلطان الإرادة ولما كان الحق الشخصي رابطة بين شخصين فإن الدعوى الشخصية لا يمكن أن يرفعها إلا أحد طرفي هذه الرابطة في مواجهة الطرف الآخر، والدعاوى الشخصية العقارية هي الدعوى التي يطالب فيها المدعي بحق شخصي بحت كما يطالب في نفس الوقت بتقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق، في حين يكتفي فقهاء القانون الدولي الخاص بتعريفها بأنها تلك التي تستند إلى حق شخصي متعلق بعقار، مثل دعوى المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم نافذاً للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، الدعوى المختلطة تستند إلى الحقين معاً، توجه إلى المدعى عليه باعتباره مديناً بالحق الشخصي وملزماً في نفس الوقت باحترام الحق العيني باعتباره ثبوت الحق الأول، مثل دعوى مشتري العقار بعقد مسجل على البائع بتسليم العقار فهي تستند إلى حقين أحدهما شخصي والآخر عيني، يتمثل الحق الشخصي في حق المشتري قبل البائع في تسليم العقار المبيع أما الحق العيني فهو حق المشتري في الملكية التي تنتقل إليه بمقتضى العقد المسجل، وهي دعوى مختلطة لأنها تتكون من دعويين: دعوى شخصية للمشتري باعتباره متعاقداً مع البائع ودعوى عينية باعتبار المشتري مالكا للعقار فهي تهدف لغاية واحدة هي الحصول على حكم لزام البائع بتسليم العقار، وكذلك الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري، الذي يتقاعس في دفع الثمن، يطالب بمقتضاها فسخ البيع و رد العقار المبيع، وفي الدعوى المختلطة لا يجب الاستناد إلى الحق الشخصي ليكون أمام المدعي اختيار رفع الدعوى أمام محكمة موقع العقار أو أمام محكمة موطن المدعى عليه، مثلما هو الحال في مجال الاختصاص الداخلي، لأن في نطاق الاختصاص الدولي يكون الاختصاص مقتصرًا على محكمة موقع العقار.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 62، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 666، ص 1054.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 108، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 71، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 150، ص 110، 111.

³ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 71.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 677، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 464، ص 626، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 666، ص 1054. عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 64، أحمد مليجي: المرجع السابق، ص 10.

⁵ - أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 140.

سداد أجرة العقار، أو التي يرفعها بائع العقار على المشتري طالبا سداد الثمن فتعتبر دعوى شخصية منقولة¹ لا تختص بنظرها محكمة موقع العقار وإنما محكمة موطن المدعى عليه وفقا للقواعد العامة.

الفرع الثاني: دعاوى الأحوال الشخصية

تتمثل دعاوى الأحوال الشخصية، حسب المادة 40 ق إ م إ، في دعاوى الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، دعوى الحضانة، دعاوى المطالبة بالنفقة والسكن، لكن سيتم التطرق، على سبيل المثال، لتفصيل قاعدة الاختصاص في دعاوى الميراث ودعوى الطلاق لأنها مسائل يتعلق فيها الاختصاص بالنظام العام، ويقع فيها التلازم بين المحكمة المختصة والقانون المطبق، ويمكن القول في هذه الحالات أن الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي².

1- في دعاوى الميراث جاء في المادة 2/40 ق إ م إ أنه: "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها ... في مواد الميراث،... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى."

يفترض نظام الميراث تركيز العمليات في مكان افتتاح التركة من أجل أن يتم إعلام ذوي الحقوق لعرض إدعاءاتهم وتوزيع الأموال³، بهدف تركيز الدعاوى، و هذا الحل مطبق في المجال الدولي⁴، وهو ضروري أين رفع الدعوى أمام أكثر من محكمة قد يؤدي إلى تطبيق أكثر من قانون موضوعي إذ أن كل محكمة تطبق نظام تنازع القوانين الخاص بها، فيكون إعمال مبدأ تمديد قواعد الاختصاص الإقليمي على المجال الدولي بصفة خاصة⁵، لكن لا يجب أن يتم بصفة آلية وإنما يتم استبعاده أو تعديله عندما تتطلب حتمية المنازعات الدولية حلا متميزا⁶، عندما يكون معيار

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 678.

² - أما بالنسبة لدعوى الحضانة فإن المحكمة المختصة هي محكمة مكان ممارسة الحضانة، فإذا كانت تمارس في الجزائر فإن المحكمة الجزائرية تكون مختصة وإذا كانت تمارس في الخارج فتكون المحكمة الجزائري مختصة وفقا لمعيار الجنسية، وأغلب قرارات المحكمة العليا في مسألة الحضانة تتعلق بمنح حق الحضانة وبحق الزيارة، فإذا كانت الأم الحاضنة مقيمة في الخارج فتسقط عنها الحضانة بسبب بعد الأب، المقرر له حق الزيارة، عن أبنائه، أما إذا كان الأبوان مقيمان في نفس البلد الأجنبي فلا مشكل يثار، انظر عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 240 وما بعدها.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit, n° 800، p 597.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 347، p 289 ; B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 37-5، P 322.

⁵ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit, n° 800، p 597.

⁶ - M-L.NIBOYET، G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 407، p 301.

الاختصاص المعتمد لا يلاءم خصوصية النزاع الدولي¹، ففي مجال العقارات تخضع هذه القاعدة لتحريف مميز عندما تفتتح التركة في دولة القاضي وتتضمن عقارات موجودة في الخارج فليس للمحاكم أن تأمر بتوزيع العقار أو تقسيمه².

وتمنح المادة 45 ق إ م ف الاختصاص في أغلب دعاوى الميراث لمحكمة مكان افتتاح التركة، المحدد بموطن المتوفى حسب المادة 110 ق م ف، لكن ما أهمية أن تمنح المحكمة الفرنسية باعتبارها محكمة مكان افتتاح التركة لشخص معين مالا موجودا في الخارج في حين أن محكمة مكان وجوده تمنحه لشخص آخر³، حيث يستبعد اختصاصها بالرغم من أن المتوفى كان آخر موطنه في فرنسا⁴، في المقابل عندما يتم افتتاح التركة في الخارج فإن دعاوى الميراث المتعلقة بعقارات موجودة في فرنسا تحفظ الاختصاص للمحاكم الفرنسية⁵، فيكون النظام القضائي الفرنسي مختصا إذا و فقط إذا، كان العقار محل التركة موجودا في فرنسا⁶، وهذا بغض النظر عن مكان افتتاح التركة⁷، واستقلالاً عن المادتين 14 و 15 ق م⁸ التي تمنح الامتياز للطرف الفرنسي، كما أن ضرورة تركيز الدعاوى التي تجعل الاختصاص لمحكمة مكان افتتاح التركة في مجال العقارات، بالرغم من الامتيازات التي يمثلها اختصاص محكمة موقع كل عقار في الإجراءات المدنية، في القانون الداخلي، لا تتحقق في المجال الدولي لأن هناك اتجاه نحو الاعتراف باحتفاظ النظام القضائي للدولة التي يقع فيها العقار بالمنازعات التي تهمة⁹، وتكون المحاكم الفرنسية مختصة لنظر جميع الطلبات العينية والشخصية المرتبطة بانتقال

¹ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 287، p 208.

² - B.AUDIT : Op.cit، n° 347، p 289.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 800، P 598.

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 408، p 301.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit، n° 347، p 290 ; Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL :Op.cit، n° 450، p 561.

⁶ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 287، p 209 ; Arrêt Bartholo، 24 décembre 1889. B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 9، p 70 et s.

⁷ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 408، p 301.

⁸ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL :Op.cit، n° 450، p 561.

⁹ - ... la compétence du tribunal du lieu d'ouverture de la succession. en ce qui concerne les immeubles. L'utilité d'une centralisation l'emporte en procédure civile sur les avantages que présente la compétence du tribunal du lieu de situation de chaque immeuble. Il n'en ai plus ainsi au plan international. car il existe une forte tendance à réserver à l'ordre juridictionnel du pays où un immeuble est situé la connaissance des litiges qui le concernent. P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 287، p 209.

العقارات الموجودة في فرنسا¹، و في هذه الحالة يقرر الاجتهاد القضائي تلازما بين القانون المطبق والقضاء المختص²، فاستثناء على مبدأ تمديد معايير الاختصاص الإقليمي يمنح الاختصاص المانع للدولة التي يوجد فيها العقار لأن العمليات العقارية خاصة بيع العقار المشاع عند تعذر تقسيمه لا يمكن أن تتم إلا من طرف الهيئات المحلية³،

فالتلازم بين القانون المطبق والمحكمة المختصة في مجال التركة التي يكون موضوعها عقارات يقضي على عوائق تقسيم الميراث ويحقق ضمان تنفيذ وتسهيل التصفية والتقسيم القضائي للعقارات⁴.

2- وفي دعاوى الطلاق أو الرجوع جاء في المادة 40 / 2 ق إ م إ أن الاختصاص يكون لمحكمة مسكن الزوجية، ويختص قسم شؤون الأسرة بالفصل في هذه المنازعات اختصاصا نوعيا⁵ وهذا حسب المادة 423 من ق إ م إ، واختصاصا إقليميا حسب المادة 426 من نفس القانون والتي جاء في فقرتها الثالثة أنه في موضوع الطلاق أو الرجوع يكون الاختصاص بمحكمة مكان وجود المسكن الزوجي، لكن وبخصوص الطلاق بالتراضي فيؤول الاختصاص لمحكمة مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

والسؤال المطروح لماذا فرق المشرع بين دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة ودعاوى الطلاق بالتراضي من حيث الاختصاص؟

ورد النص على الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين والطلاق بالتراضي كأسباب انحلال الرابطة الزوجية في المادة 48 من قانون الأسرة، وعرفت المادة 427 ق إ م إ الطلاق بالتراضي بأنه طلاق يهدف إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، في حين أن الطلاق بالإرادة المنفردة يتم بإرادة أحد الزوجين، أي بدون تمييز بين الزوج أو الزوجة، ويكون الأول في شكل طلب مشترك

¹ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit، n° 408، p 301.

² - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 450، p 561 ; B.AUDIT : Op.cit، n° 347، p 290.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 800، p 598.

⁴ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 450، p 561.

⁵ - نبيل صقر: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص 68.

أو عريضة وحيدة موقعة من الزوجين¹، أما الثاني فيكون في شكل عريضة موقعة من المعني بالأمر وفقا للقواعد العادية².

ودعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة غالبا ما تتم من طرف الزوج الذي يرغب في طلاق زوجته³، فيرفع دعواه أمام المحكمة التي يقع في دائرتها المسكن الزوجي الذي من المفترض أن أقام فيه الزوجان معا، وبالتالي يكون اختصاص محكمة مسكن الزوجية منطقيا، لكن وحسب القاعدة التي تفرض على الزوجة الإقامة في موطن زوجها أين يتم إبرام عقد الزواج، فيكون موطن الزوج هو المسكن الزوجي وبالتالي يكون الاختصاص ضمينا لمحكمة موطن المدعي، وهنا قد تضطر الزوجة إلى التنقل من أجل مباشرة إجراءات التقاضي في مواجهة الزوج، و يمكن تصور العقبات في حالة إقامة الزوجة في الخارج حيث ستنقل إلى الجزائر لتقديم دفاعها أمام القاضي الجزائري، ولو كان من الممكن تجاوز هذه العقبات عن طريق إمكانية اتخاذ موطن مختار في دائرة اختصاص المحكمة، ونفس الأمر في حالة رفع دعوى الطلاق من طرف الزوجة أين يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، أو في حالة ما إذا كان موطن الزوجة هو نفسه المسكن الزوجي حيث سيضطر الزوج إلى التنقل لمباشرة إجراءات التقاضي، وعليه، وإن يبدو أن اختصاص محكمة مسكن الزوجية في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة منطقيا وعمليا لكن لا يمكن الجزم بأنه يحقق حسن سير العدالة وتقريبها من المتقاضين.

أما دعاوى الطلاق بالتراضي فتختص به المحكمة التي يتفق عليها الزوجان والتي تكون محكمة إقامة أحدهما، وهذا يعني أن لا يتم اختيار محكمة أخرى غير محكمة إقامة أحدهما، وهنا يلاحظ أن المشرع قد نص على اختصاص محكمة محل الإقامة عوضا عن محكمة الموطن، ولا تختص بذلك محكمة المسكن الزوجي لأنه لم يعد له أي اعتبار ولأن في هذه الدعوى يتم الاتفاق صراحة على الطلاق دون إمكانية تقديم طلب الرجوع على عكس دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، دون الإخلال بإمكانية الصلح⁴.

¹ - المادة 428 ق إ م إ.

² - المادة 436 ق إ م إ.

³ - فريجة حسين: المرجع السابق، ص 172.

⁴ - المادة 431 ق إ م إ.

وبالرغم من ذلك كان بإمكان المشرع أن يجعل الاختصاص في دعاوى الطلاق وبدون تمييز بين الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة لمحكمة مسكن الزوجية مادام أنه مشترك بين الزوجين.

ولقد كرست المحكمة العليا معيار محل الإقامة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الطلاق، حيث ورد في قرارها المؤرخ في 2008/03/12 أن القضاء الجزائري لا يختص بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية¹، حيث صدر قرار عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2004/11/24 صادق وأيد مبدئيا حكما مستأنفا لديه (يتعلق بالطلاق) وتعديلا له خفض مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة العدة ونفقة الإهمال، وطعن فيه الزوج بالنقض أمام المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/16، وأجابت الزوجة المطعون ضدها بأنه قدمت وثائق للمجلس القضائي مجموعة واثق من بينها أمر قضائي صادر بتاريخ 2003/06/25 عن محكمة فرنسية فصل في حضانة الولدين وحدد لهما نفقة شهرية، وهذا قبل صدور الحكم الجزائري، ووصل إيجار يبين أنها تسكن في فرنسا حيث قامت بتأجير مسكن تمارس فيه الحضانة، وهذه الوثائق تبين اختصاص المحكمة الفرنسية بالفصل في المسائل المادية للطلاق، فالزوجان يقيمان في فرنسا، كما أنه وفقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية فإن دعوى النفقة ودعوى الحضانة ترفع أمام محكمة موطن الدائن بالنفقة وأمام محكمة مكان ممارسة الحضانة على التوالي، وقد جاء في حيثيات القرار أن كلا من الطاعن والمطعون ضدها يقيمان خارج التراب الوطني لذلك فإن القضاء الجزائري غير مختص، لكن ومن خلال نفس القرار ركزت المحكمة العليا على عدم اختصاص القضاء الجزائري واختصاص القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالجوانب المادية فقط، "حيث ثبت أن الطرفين يقيمان خارج التراب الوطني، لذلك فإن القضاء الوطني الجزائري غير مختص بالفصل في نفقة الإهمال والنفقة المعيشية والمتاع وبدل الإيجار لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف ومكان تواجدهم، وذلك عملا بأحكام المادة الثامنة فقرتيها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية..."، و النص المذكور يشير إلى اختصاص محكمة مكان ممارسة الحضانة في دعاوى الحضانة، وإلى اختصاص محكمة موطن أو مسكن الدائن بالنفقة في الدعاوى المتعلقة بالنفقة، وهو ما جاء في المادة 40 فقرة 2 ق إ م إ، لكن يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا أقرت عدم اختصاص القضاء الجزائري فيما يتعلق بالجوانب المادية فقط في حين أنه يبقى مختصا فيما يتعلق

¹ - غ أ ش م م ع، ملف رقم 402333، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 257.

بالنطق بالطلاق، وهو ما لم تتطرق له المحكمة العليا، مع العلم أن المحكمة الابتدائية فصلت فيه بصفة نهائية، بالرغم من أن طرفي النزاع يقيمان في فرنسا وبالتالي فإن مسكن الزوجية موجود في فرنسا، كما أن قضاة القانون أهملوا مسألة غاية في الأهمية وهي أنه مادام الطرفان يتمتعان بالجنسية الجزائرية ولم يصدر مرسوم بنزعها بالرغم من إقامتهما في الخارج، فإن القضاء الجزائري يكون مختصا حتى ولو صدر حكم الطلاق من محكمة فرنسية، واختصاصه يكون على أساس الجنسية الذي يعتبر امتياز مقرر لمصلحة الوطنيين، وبالتالي ما توصلت إليه المحكمة العليا اقتصر على تفسير النص القانوني المتعلق بالاختصاص الاقليمي بناء على مسكن الزوجية ومكان ممارسة الحضانة بصفة قاصرة وجامدة، لكن ورغم ذلك يمكن القول أنها تجنبت الوقوع في تناقض بين الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي وعن القضاء الجزائري.

وفي القانون الفرنسي قبل تعديل 1975 لم تكن هناك قواعد اختصاص خاصة في مادة الطلاق، وكانت المحاكم الفرنسية تختص بها عندما يكون للمدعى عليه موطن في فرنسا¹، واتبعت محكمة النقض تطبيقا آليا للقواعد الداخلية للاختصاص الاقليمي حيث تم التخلي تدريجيا عن مبدأ عدم الاختصاص عن طريق استخدام مفهوم الموطن الفعلي، عندما قرر القضاء المدني الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1935 أن المرأة الأجنبية التي يقيم زوجها في باريس لا يمكن استدعاؤها في دعوى الطلاق خارج باريس²، و تمديد تطبيق القواعد الداخلية للاختصاص على المجال الدولي عندما قررت محكمة النقض في قرار Patino (12 جوان 1948) أن المحاكم الفرنسية تختص لنظر دعوى الطلاق بين أجنبيين " عندما يكون للزوج المدعي موطن في فرنسا حسب القانون المدني، والذي يعتبر في نفس الوقت موطنا قانونيا للزوجة حسب المادة 108..."³، فمحكمة موطن الزوج هي المختصة في دعوى الطلاق في المجال الداخلي وكذلك الدولي حسب المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي تمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، و ربطها بالمادة 108 مدني التي تعتبر الزوجة متوطنة مع زوجها بقوة القانون، لكن تطبيقها على المجال الدولي قد يؤدي إلى

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 348, p 290.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 452, p 562.

³ - « lorsque le mari, demandeur, a, en France, un domicile tel qu'il est défini par le code civil, qui est en même temps le domicile légal de la femme aux termes de l'article 108... » Cf. : B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 37-10, p 326.

نتائج غير مرضية إذ قد يلجأ الزوج إلى تأجير منزل منفصل لتدويل النزاع و لرفع الدعوى أمام محكمة موطنه غير مبال بالأضرار المتسبب بها للزوجة¹، بالإضافة إلى قرار scheffel (30 أكتوبر 1962) الذي قرر مبدأ أن " الصفة الأجنبية للأطراف ليست سببا لعدم اختصاص القضاء الفرنسي"²، إذ في الطلاق أو الانفصال الجسماني ذو العنصر الأجنبي لا تعتبر الجنسية الأجنبية للزوجين أو مسكن الزوجية في الخارج سببا لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية³، و قد أدخلت قواعد اختصاص خاصة بموجب المادة 5 من مرسوم 5 ديسمبر 1975 فأصبحت المادة 1070 من ق إ م بالإضافة إلى المادتين 1139 و 1140 الخاصتين بالانفصال الجسماني و المادة 1041 الخاصة بتحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق⁴.

و يتم التمييز بين ثلاث فرضيات أو حالات لتحديد الجهة القضائية المختصة لنظر طلب الطلاق أو الانفصال الجسماني، فحسب المادة 1070 ق إ م ف، المحكمة المختصة هي محكمة مكان إقامة الأسرة، و إذا كان للزوجين إقامة مختلفة، يحدد النص محكمة مكان إقامة الزوج الذي يقيم معه الأطفال القصر، و إذا لم يتوفر هذا الشرط يكون الاختصاص لمحكمة محل إقامة الزوج المدعى عليه⁵، و يتم الاختيار في حالة الطلب المشترك بين محكمة محل إقامة أحد الزوجين⁶، فهذه المادة تقرر قاعدة عامة و قاعدتين احتياطيتين، تعتبر جميعها من النظام العام⁷

¹ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 37-10، p 327.

لهذا و من أجل تجنب هذه التجاوزات تم اقتراح الاعتراف بالاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية عندما يكون للزوج المدعى عليه موطن في فرنسا و يتم تقديره بصفة مستقلة عن موطن زوجه، أو عندما يكون الموطن المشترك الأخير للزوجين موجودا في فرنسا. انظر المرجع السابق، نفس الصفحة.

² - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n°452، p 563.

³ - Patrick COURBE : Divorce et séparation de corps، Répertoire international DALLOZ، 1998، n° 21.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit، n° 348، p 290، droit et pratique de la procédure civile، Op.cit، n° 806، p 168.

⁵ - J.VINCENT، S.GUINCHARD: Op.cit، n° 359، p 363 ، B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 37-11، p 327.

⁶ - J.VINCENT، S.GUINCHARD: Op.cit، n° 359، p 363; P.COURBE: Op.cit، n°30.

⁷ - Droit et pratique de la procédure civile، Op.cit، n° 807، p 168.

و هذه المواد تطبق في المجال الدولي¹، و ينتج عنها أن المحاكم الفرنسية تكون مختصة إذا كانت إقامة الأسرة (العائلة) موجودة في فرنسا²، فمعيار إقامة الأسرة يعوض مسكن الزوجية و هو أكثر مرونة و يمكن من تجنب الصعوبات التي يطرحها تحديد مسكن الزوجية حيث أن إقامة الأسرة موجودة في المكان الذي يقيم فيه الزوجان بصفة مستقرة مع الأطفال إن وجدوا³، و في غياب ذلك إذا كان الزوج الذي يقيم معه الأطفال القصر مقيما في فرنسا، و في غياب المعيارين السابقين إذا كان الزوج الذي لم يقدم الطلب مقيما في فرنسا⁴، فمعيار الاختصاص هو الإقامة في فرنسا و هذه الرابطة مع الإقليم الفرنسي غير قابلة للمناقشة لأن مهمة القضاء هي ضمان الأمن الاجتماعي و الاهتمام بحماية مصالح الأطفال القصر حيث يمكن للزوج المدعي الذي يقيم معه الأطفال من استدعاء زوجه المقيم في الخارج أمام محكمة مقر إقامته، و في حالة عدم وجود أطفال قصر أو إذا لم يكونوا مقيمين مع أحد الوالدين فيكون الاختصاص وفقا للمبدأ العام : اختصاص محكمة موطن المدعى عليه⁵، و قضت محكمة النقض أن تدرج الاختصاص يحتفظ بطابعه الأمر في المجال الدولي عند تقرير أن الزوج المدعي و الذي يقيم معه الأطفال القصر في الخارج لا يمكنه رفع دعواه أمام المحكمة الفرنسية لمكان إقامة الزوج المدعى عليه⁶، و هذا ما قرره الغرفة المدنية الأولى في قرار De Bendorn في 13 جانفي 1981 حيث أن المحاكم الفرنسية غير مختصة لنظر طلاق سويدية مقيمة في السويد مع أطفالها القصر منذ 14 شهرا، على زوجها الإنجليزي المدعى عليه المقيم في فرنسا⁷، كما طبقت المعيار الثالث في قرارها الصادر بتاريخ 2 فيفري 1982 في قضية زوجة بلجيكية متزوجة في بلجيكا مع زوجها الإيطالي، استقرت في فرنسا مع أحد ابنيها القصر في حين أن الابن الآخر مقيم في بلجيكا، و القضاء بأن المحكمة الفرنسية غير مختصة للنظر في طلب الزوجة⁸، فهذه المعايير متدرجة و من أجل تحديد القاضي المختص يجب معالجة مختلف المعايير المنصوص عليها و لا يتم إعمال المعايير

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 348, p 290 ; M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 406, p 300 ; H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 39.

² - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 39.

³ - Droit et pratique de la procédure civile. Op.cit, n° 808, p 168.

⁴ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 39.

⁵ - P.COURBE : Op.cit, n°26, 27, 28.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit, n° 348, p 290.

⁷ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 39.

⁸ - P.COURBE : Op.cit, n° 29.

الاحتياطية إلا عند عدم تحقق المعيار الأساسي (وهو مسكن العائلة) في فرنسا¹، و في حالة الطلب المشترك بين الزوجين يكون القضاء الفرنسي مختصا إذا كان أحد الزوجين مقيما في فرنسا²، ونص المادة 1070 مستوحى من "اعتبارات حسن سير العدالة الفرنسية" التي لا تظهر أنها "مطابقة مع ضرورات النظام الدولي"³، لأن بعض الفقه اقترح أن تمديد النص القانوني على المجال الدولي يرافقه تحويله إلى قاعدة تحدد معايير اختصاص متناوبة وليست متدرجة⁴، فالزوج الذي يتحمل مسؤولية أطفاله يمكن أن يتابع في فرنسا زوجه المقيم فيها، حتى ولو كان يقيم مع أطفاله في الخارج، لكن هذا الاقتراح تم دفعه من قبل محكمة النقض في قرار De Berdern عندما وافقت المحكمة عند إعلان عدم اختصاصها⁵، كما أن محكمة الاستئناف بررت موقفها بكون أن الأسرة لا تقيم في فرنسا و أن الزوج الذي يقيم معه الأطفال القصر لا يقيم في فرنسا⁶، فاختصاص محكمة الزوج الذي يقيم معه الأطفال هو الأفضل باعتباره مركز العائلة، وهذا المبرر برز بصفة خاصة منذ أن سحبت فرنسا تحفظها على المادة 15 من اتفاقية لاهاي ل 5 أكتوبر 1961 الخاصة بتدابير حماية القصر الضرورية عند طلاق الأبوين، ومنذ ذلك الوقت أصبحت هذه المسألة تخضع للنظام المقرر من طرف الاتفاقية مادام أن الطفل يقيم بصفة عادية في إحدى الدول المتعاقدة (حسب المادة 13)⁷، و هذا الحل المتبنى من طرف محكمة النقض صادق عليه بعض الفقه و اعتبار أن محاكم السويد هي الأفضل لنظر النزاع أخذا بعين الاعتبار مركز العائلة مع التنبيه أن تدرج معايير الاختصاص على المستوى الدولي متوافق مع معايير الاختصاص المقررة لسطة الأبوين⁸.

¹ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 406، p 301.

² - P.COURBE : Op.cit، n°30.

³ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 37-11، p 327.

⁴ - H.GAUDEMET-TALLON، note، Rev. Crit. 1981. 335 ; cité par P.COURBE : Op.cit، n°35 et par B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، p 327.

⁵ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 37-11، p 327.

⁶ - P.COURBE : Op.cit، n° 32.

⁷ - B.ANCEL، Y.LEQUETTE : Op.cit، n° 37-11، p 328.

⁸ - P.COURBE : Op.cit، n° 34.

و يخضع تحديد الموطن الفعلي أو الإقامة كمعيار اختصاص القضاء لقانون القاضي¹، ويكون الاختصاص النوعي لمحكمة المرافعة الكبرى² أو لقاضي الشؤون الأسرية وفقاً للقواعد الفرنسية الداخلية³.

إذا لم يكن القضاء الفرنسي مختصاً وفقاً للمادة 1070 فيكون كذلك بصفة احتياطية على أساس المادتين 14 أو 15 ق مدني⁴.

و في القانون المصري ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة في حالتين منصوص عليهما في الفقرة 7 من المادة 30 مرافعات، تتعلق باختصاص المحاكم المصرية في الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كان المدعى عليه وطنياً أو إذا كان أجنبياً له موطن في مصر⁵، كما أورد المشرع في نفس المادة حالات أخرى للاختصاص في دعاوى الأحوال الشخصية مقيدة بنوع معين من الدعاوى، وهي الدعاوى المتعلقة بالزواج والانفصال أو التطلق، حيث يكون الاختصاص للمحاكم المصرية ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر⁶.

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit ، note 3، n°452، p 562; P.COURBE: Op.cit، n° 31.

² - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 594، p 438.

³ - P.COURBE : Op.cit، n° 26.

⁴ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n°39.

⁵ - لقد سبق التطرق لهذه الحالة عند دراسة الاختصاص المبني على موطن أو جنسية المدعى عليه.

⁶ - ففي دعوى المعارضة في إبرام الزواج، تنص المادة 3/30 مرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري"، أما دعاوى فسخ الزواج أو التطلق أو الانفصال، فنصت عليها المادة 4/30 مرافعات: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطلق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن في الجمهورية أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته و جعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلق أو الانفصال أو كان قد أبعده عن الجمهورية"، و يمنح الاختصاص للمحاكم المصرية بالنظر لنوع الدعوى إذا كان موضوعها طلب فسخ الزواج أو الانفصال أو التطلق مع اشتراط أن تكون الزوجة المدعية متوتنة في مصر، انظر: عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 183، ص 690، عكاشة محمد عبد العال: (الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية)، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 83، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 118، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 208، ص 148.

الفرع الثالث: دعاوى الإفلاس

تنص المادة 40 ق إ م إ في فقرتها الثالثة على أنه: " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة".

ويقصد بدعاوى الإفلاس كافة المنازعات التي تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس أو الناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة، مثل الدعوى التي يرفعها دائن المفلس للمطالبة بدينه، ودعوى استرداد البضاعة المودعة لدى المفلس، والدعوى التي يرفعها وكيل الدائنين ببطان التصرفات الصادرة من المفلس في فترة الرتبة، أو الدعوى التي يرفعها على مديني المفلس لمطالبتهم بالمبالغ المستحقة في ذمتهم، وكافة الدعاوى التي يختصم فيها وكيل الدائنين¹، وأساس الاختصاص هو ارتباط النزاع بإقليم الدولة أي على وقائع إقليمية بما يبرر اختصاص محاكم الدولة بما لها من سيادة إقليمية²، و ما يعبر عن فكرة الرابط الجدي بين المنازعة و الإقليم³.

ويقتضي مبدأ وحدة الإفلاس وجود محكمة وحيدة تختص بإعلان و تنظيم الإفلاس وأمامها ترفع جميع المنازعات الناشئة عن التفليسة، ولدعوى شهر الإفلاس طابع خاص، فهي تهدف إلى التحقق من وجود حالة التوقف عن دفع الديون⁴.

وطلب شهر الإفلاس يمكن أن يقدم من دائن المدين التاجر المتوقف عن دفع ديونه حيث يقوم باستدعائه للمثول أمام المحكمة المختصة و بهذا يتم افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية، كما يمكن للمدين أن يقدم للمحكمة إقرارا خلال 15 يوما من تاريخ توقفه عن الدفع قصد شهر إفلاسه أو قبوله في تسوية قضائية (المادة 215 من القانون التجاري⁵)، كما يحق للمحكمة من تلقاء نفسها افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بعد الاستماع للمدين أو استدعائه قانونا (المادة 216 من

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 188، ص 717، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 98، 99، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 129، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 167، ص 121، 122.

² - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 467، ص 629.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 126.

⁴ - راشد راشد: الأوراق التجارية، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 238.

⁵ - أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

القانون التجاري)، ويتميز الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية بأنه حكم معلن وكاشف عن حالة التوقف عن الدفع ومثبت لها (المادة 225 من القانون التجاري)، ويتم شهر الحكم بغرض تبليغ الغير أنه ممنوع من التصرف في أمواله لهذا أوجب المشرع الجزائري تسجيل الأحكام الصادرة بالتسوية القضائية أو بالإفلاس في السجل التجاري وإعلانها لمدة ثلاثة (03) أشهر في قاعة جلسات المحكمة و نشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية (المادة 228 من القانون التجاري)¹.

ومن هنا يمكن القول أن حالة توقف التاجر المدين عن دفع الديون شرط ضروري لشهر إفلاسه، وهذا يستلزم أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يمارس في دائرة اختصاصها نشاطه التجاري أو التي تقع فيها أمواله مادام أن شهر الحكم القاضي بالإفلاس يتم في الأماكن التي يكون له فيها مؤسسات تجارية، ولتطبيق نص المادة 3/40 ق إ م إ لابد من افتتاح الإفلاس في الجزائر، وإذا كان للتاجر المفلس نشاط في الخارج فيتم تنفيذ حكم الإفلاس وفقا للقواعد العادية لتنفيذ الأحكام الأجنبية.

في القانون الداخلي الفرنسي، يمنح الاختصاص في مادة الإفلاس للمحكمة التي يقع في دائرتها المقر الرئيسي للمدين. و هذه القاعدة تم تمديدها إلى المجال الدولي، وعلى العكس في حالة المدين الذي مقره الرئيسي في الخارج و لكن له نشاط في فرنسا، لقد قبل القضاء إمكانية إعلان إفلاسه في فرنسا في مكان مقره الثانوي لفرعه أو حتى على بعض أمواله و هذا حتى ولو خضع لإجراء الإفلاس في الخارج وخاصة في مكان مقره الرئيسي²، حيث يقبل القانون الفرنسي بصفة واسعة اختصاص المحاكم الفرنسية في مادة الإفلاس الدولي³، ويمنح الاختصاص لنظر التصفية أو التسوية للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر مؤسسة المدين، وعند غياب المقر على الإقليم الفرنسي يمنح الاختصاص للمحكمة الفرنسية التي يقع في دائرتها المركز الرئيسي لمصالحه⁴، وهذا الحكم يمكن من اتخاذ الإجراء في مواجهة الشركات التي لها مقر في الخارج و لكن لها فرع في فرنسا حتى و لو لم

¹ - راشد راشد: المرجع السابق، ص 238، 239، 240، 242، 243، 244.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 350, p 292.

³ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 51.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 350, p 292 ، H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit, n° 51.

تكن له الشخصية القانونية المستقلة، و حتى في حالة ما إذا كان المقر في الخارج خياليا والمقر الحقيقي في فرنسا¹.

ففي مادة الإفلاس الدولي يتطلب المنطق أن يتم افتتاح الإفلاس في دولة واحدة من بين الدول التي يكون للشركة أموال فيها، كما يتطلب أن هذا الإجراء ينتج آثاره في الدول الأخرى وهذا ما يعرف بنظام "عالمية" الإفلاس، و بالتالي يمكن إجراء التصفية في فرنسا عندما يكون مقر الشركة أو أحد فروعها فيها بشرط استقبال الحكم القضائي الفرنسي في باقي الدول، و يتعلق الإجراء بكل أموال المدين حتى تلك الموجودة في الخارج، و يمكن قبول كل الدائنين حتى أولئك الموجودين في الخارج، و الأحكام الأجنبية بالإفلاس تنتج آثارها في فرنسا بشرط عدم اتخاذ أي إجراء في فرنسا².

و في القانون المصري تنص المادة 30 فقرة 2 مرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في الجمهورية". فمتى أشهر إفلاس الأجنبي لدى محكمة من المحاكم المصرية اختصت هذه المحاكم بالدعاوى المتعلقة بالإفلاس³، والمشرع المصري عندما منح الاختصاص للمحاكم المصرية في دعوى إفلاس أشهر في مصر لم يبين الوقت الذي يختص فيه القضاء المصري بشهر إفلاس تاجر في العلاقات الدولية⁴، ولا الحالات التي تكون فيها المحاكم المصرية مختصة دوليا بنظر دعاوى الإفلاس⁵، و إزاء سكوت المشرع عن النص على ضابط الاختصاص الدولي يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة⁶، و أولها جواز شهر إفلاس التاجر في مصر إذا كان متوطنا أو مقيما فيها تطبيقا لمعيار الاختصاص العام الوارد في المادة 29 مرافعات، و يمكن أن تختص المحاكم المصرية إذا كان الموطن التجاري للمدين في مصر ولو كان موطنه العام في الخارج على أساس أن الموطن التجاري للمدين هو المكان الذي توجد فيه الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية و يعد موطنا خاصا و معيار

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 350, p 292.

² - M-L.NIBOYET : Op.cit, n°40, p 17.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 188، ص 717، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 167، ص 121، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 98.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 128، ص 122.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 99.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 128، ص 122، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 129، 130.

الاختصاص يتضمن الموطن العام والموطن الخاص¹، و تعتبر محاكم الدولة التي يوجد فيها الموطن التجاري للمدين و الذي توجد فيه الإدارة الرئيسية لأعماله التجارية هي أنسب المحاكم لإشهار إفلاسه لأنها توجد حيث يتركز نشاطه التجاري وبالتالي مصالح الدائنين، وهذا ما قد يجعل الاختصاص لمحكمة الموطن التجاري للمفلس دون غيرها من المحاكم لشهر إفلاسه رغم أن الأصل في قواعد الاختصاص المحلي هو عدم تعلقها بالنظام العام²، ويرد على اختصاص محكمة موطن التاجر استثناء خاص بالعقار الواقع في الخارج و المملوك للمدين المفلس حيث لا تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج وهذا ضمانا لفعالية الحكم الصادر واحتراما لمبدأ قوة النفاذ³، وهذا ما يؤدي إلى إضافة ضابط اختصاص محكمة مكان وجود أموال المدين كلها أو بعضها وديونه وتوقفه عن دفعها واختصاص محكمة الفرع الذي يزاول فيه جزءا من نشاطه التجاري⁴.

واختصاص المحكمة التي توجد فيها أموال المدين له اعتبارات عملية من الناحية الدولية إذ قد تقتضي مصالح الدائنين إشهار إفلاس التاجر أمام محاكم الدولة التي توجد فيها أمواله أو جزء منها حتى يسهل لهم اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها واستيفاء حقوقهم منها خاصة إذا كان للتاجر عقارات في دولة معينة فمن الأفضل منح الاختصاص لمحاكم هذه الدولة وإلا سيصعب تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من محكمة دولة أخرى⁵.

لكن وبالرجوع إلى ضابط اختصاص المحاكم المصرية في دعوى شهر الإفلاس وفقا لنص المادة 2/30 فإنها تكون مختصة إذا لم يكن للتاجر الأجنبي موطننا في مصر سواء كان موطننا عاما أو خاصا، وبمفهوم المخالفة إذا كان له موطن فيها فيكون لها الاختصاص وفقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 29، ومعيار الاختصاص هو أن يشهر إفلاسه في مصر أي أن يتوقف عن دفع ديونه فيها⁶،

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 128، ص 122، انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 720، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 130.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 129، ص 123.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 99.

⁴ - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 720، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 130، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 170، ص 124.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 170، ص 125.

⁶ - وهذا ما ذهبت إليه المحاكم المختلطة، انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 722.

وهذا الضابط لم يرد صراحة في النص وإنما استخلصه القضاء باعتبار أن أنوال المدين وديونه موجودة في مصر.

ويقتضي المنطق أن يعقد الاختصاص بجميع دعاوى الإفلاس أمام محكمة واحدة لتيسير الفصل فيها من أجل منع تضارب الأحكام القضائية¹، وهذا ما يؤكد مبدأ وحدة الإفلاس وعالميته لمحكمة الموطن التجاري للمدين أي لمركز الإدارة الرئيسي لأعماله التجارية والذي يناقضه مبدأ تعدد الإفلاس وإقليميته لمحكمة الموطن العام للتاجر المفلس².

الفرع الرابع: المواد الاستعجالية

جاء في المادة 40 الفقرة التاسعة من ق إ م إ على أنه في المواد الإستعجالية تختص بها المحكمة الواقع في دائرتها مكان وقوع الإشكال أو التدبير المطلوب دون سواها من المحاكم.

قد تؤدي مراحل رفع الدعوى وإصدار الحكم القضائي إلى طول أمد التقاضي وقد يتأخر الفصل في الدعوى إن تمت بصفة عادية مما يزيد في ممانعة الخصوم ذوي النية السيئة والتأخر في فصل النزاع، وقد تستدعي بعض الأوضاع سرعة الفصل فيها و اتخاذ إجراءات ضرورية ووقائية للمحافظة على الحقوق، لهذا فكر المشرع في إنشاء نظام القضاء المستعجل، ولقد سائر المشرع الجزائري ما جاءت به التشريعات الأخرى من أحكام³.

ولقد خصص له القسم الثاني من الفصل الخامس من الباب الثامن من الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالباب الثامن يتعلق بالأحكام والقرارات، والفصل الخامس بالأحكام الأخرى أي غير الأحكام الحضورية والغيبية والمعتبرة حضورية والأحكام الفاصلة في الموضوع، وهذا الفصل يتضمن أربعة أقسام، القسم الأول للأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والقسم الثاني في الاستعجال والأوامر الاستعجالية، والقسم الثالث لأوامر الأداء والقسم الرابع للأوامر على العرائض، وتنص المادة 299 على أنه: "في

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 98.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 1709، ص 124.

³ - العوئي بن ملح: القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص

جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة".

وتزداد أهمية القضاء المستعجل باتساع نطاق المعاملات وتشعبها بين المتعاملين خاصة مع تطور الأوضاع الاقتصادية والمالية¹، وتبدو أهمية المنازعة المؤقتة في المنازعات الدولية خاصة مع تنامي حركة رؤوس الأموال وازدياد تضارب مصالح الأشخاص²، فامتلاك الشخص لأموال موزعة على أقاليم عدة دول ودخوله في علاقات مالية وحتى أسرية قد تجعله ملتزماً بأداء معين تجاه المتعاملين معه مما يدفعهم لطلب الحماية القضائية ولو مؤقتاً، وتكون محاكم دولة معينة مختصة من تلقاء نفسها بداعي الاستعجال لنظر نزاع يجري على إقليمها عندما تكون سلامة الأشخاص أو المحافظة على مصالحهم في خطر³، فمنذ اللحظات الأولى للمواجهة القضائية يسعى كل طرف إلى الحصول على تدابير فورية تهدف إلى تجميد أموال المدين (الحجز التحفظي) تعيين مدير أو حارس قضائي مؤقت، المحافظة على أدلة الإثبات، البحث على تدابير مسبقة مثل تخصيص رصيد (دفع استعجالي مسبق - Référé-provision)، جميع الأنظمة القانونية تنظم بطريقة أو بأخرى مثل هذه التدابير التي تستجيب لحق أساسي في "الحماية القضائية المؤقتة" فهي تقدم مجموعة أكثر أو أقل توسعاً وفعالية لتدابير الحجز و للأوامر و للضمان من أجل تجنيب المترافعين ببطء وثقل الإجراءات ومن أجل تفعيل تنفيذ القرارات المتخذة⁴.

ويمكن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي من أجل حراسة تركة المتوفى قبل تصفيتها، ومن أجل حراسة العقار محل المنازعة أو من أجل تقرير نفقة وقتية أو من أجل حماية القصر حتى ولو كانت المنازعة تنظر أمام محاكم دولة أخرى، حيث يجوز لقاضي شؤون الأسرة عن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة (المادة 499 ق إ م إ)، ويمكن لرئيس القسم العقاري أن يتخذ عن طريق

¹ - الغوثي بن ملحمة: المرجع السابق، ص 06.

² - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 602، p 434.

³ - B.AUDIT : Op.cit، n°355، p 297 .

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 602، p 434، 435.

الاستعجال التدابير التحفظية اللازمة (المادة 521 ق إ م إ)، كما أن طلب إنهاء ممارسة الحضانة أو سحبها المؤقت يكون موضوع دعوى استعجالية من طرف أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة ليفصل فيها رئيس قسم شؤون الأسرة لمحكمة مكان ممارسة الحضانة وهذا وفقا للمواد من 453 إلى 463 ق إ م إ، ولحماية أموال القاصر يمكن للقاضي أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لذلك بما يحقق مصلحة القاصر حسب المادتين 467 و 474 ق إ م إ، وعند تعيين المقدم أو رفضه وفق المواد 471 و 472 و 473 ق إ م إ.

يتدخل القضاء الاستعجالي في المنازعات بين الزوجين أو الزوجين السابقين في مسائل تتعلق بالإقامة وحضانة الأطفال والنفقة الغذائية، لتكون المحكمة مختصة في المنازعات الدولية ليس وفقا للقواعد العادية للاختصاص ولا وفقا للاختصاص المبني على أساس الجنسية، حسب المادتين 41 و 42 ق إ م إ، التي تقابلهما المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي¹، حيث أنه في الوقت الذي سادت فيه قاعدة عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات بين الأجانب خرجت فكرة الاستعجال على المبدأ الجامد، وتم الاعتراف لها بالصفة الاستثنائية².

القاضي الفرنسي المختص دوليا في موضوع النزاع يكون كذلك لاتخاذ تدابير موجهة إلى وضع نظام حماية مؤقت في انتظار صدور حكم في الموضوع، لكن مثل هذه التدابير تؤسس على معيار اختصاص دولي مستقل سواء تعلق الأمر بالحجز أو بتدبير تحفظي آخر أو بإجراءات تحقيق مطلوبة بصفة استعجالية، وبالتالي فإن المحاكم الفرنسية تكون مختصة بصفة دائمة و خاصة (دون سواها) للأمر أو الموافقة على تدابير تحفظية قبل مباشرتها والسير فيها على الإقليم الفرنسي، وتم قبول هذا الاختصاص إخلالا بمبدأ تمديد قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلية على المجال الدولي حيث أن المسألة محل نقاش فيما إذا يبرر الاختصاص بإسناد التدابير التحفظية إلى طرق التنفيذ خاصة الإقليمية أو يفسر بوجود معيار اختصاص مستقل في المجال الدولي مؤسس على الاستعجال، و فيما يتعلق بالتدابير التي تهدف إلى الإثبات فقد قبل القضاء بدون صعوبة تمديد الحكم الداخلي المتمثل في المادة 145 ق إ م إ على المجال الدولي مادام أن التدبير المطلوب يجب السير فيه على إقليم دولة القاضي فاحتكار الدولة الإقليمية في مجال التحقيق يعيق القاضي الفرنسي فيما إذا كان يمكنه إصدار أمر

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n°355, p 297 .

² - أحمد عبد الكريم سلامة: الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 38، 39.

للحصول على أدلة في الخارج بدون الرجوع إلى التعاون الدبلوماسي أو القنصلي (إنابة قضائية نحو الخارج) و بالتالي فإن هذا الاختصاص غير أمر¹.

من المفروض في القانون الداخلي أن التدابير التحفظية و/ أو المؤقتة من اختصاص المحاكم التي تنظر موضوع النزاع و في الحالات التي يخضع فيها التدبير المؤقت لاختصاص قاضي آخر فإن القانون الفرنسي ينظم عملية توزيع الاختصاص القضائي²، الوضعية مختلفة في القانون الدولي فمن أجل أن يكون الاختصاص لاتخاذ التدبير المؤقت ضروريا يجب أن يرجع للقاضي أين يجب تنفيذ التدبير على إقليمه بالرغم من أنه قد يكون قاضي دولة أخرى مختصا في الموضوع³.

قد يلزم اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية سواء في مواد الأحوال العينية تجارية كانت أو مدنية كجرد الأموال ووضع الأختام والحراسة عليها، وإثبات وقائع معينة يراد الاستناد عليها في إثبات حق سترفع بشأنه دعوى مستقبلا كإثبات حالة بضاعة سريعة التلف و بيعها، وإثبات حالة عين شب فيها حريق، و تعيين حارس قضائي في حالة نزاع حول عقار من أجل الحفاظ عليه واستغلاله إلى أن يفصل في النزاع حول ملكيته، وتقرير تعويض مؤقت للمصاب من الفعل الضار، واختصاص الدائن بعقار مدينه تأمينا للدين، أو في مواد الأحوال الشخصية مثل تلك اللازمة أثناء دعوى التطليق أو الانفصال كالإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضي، و الأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة لاستعمالها اليومي، و تقدير نفقة وقتية لها، و تقدير نفقة وقتية للقريب، و وضع الأختام و الجرد في مسائل الإرث للمحافظة على الأموال محل التركة حين تعيين الورثة الشرعيين و الموصى لهم، و الإجراءات اللازمة للمحافظة على الحمل المستكن أو عديمي الأهلية أو الغائبين⁴.

ونظرا لأهمية الاختصاص بالإجراءات الوقتية و التحفظية نص المشرع المصري في المادة 34 مرافعات على أن: " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تنفذ في الجمهورية و لو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"، فمن المتصور أن يكون الإجراء المطلوب متعلقا

¹ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 449، p 559، 560.

² - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n°57.

³ - H.GAUDEMET-TALLON : Op.cit، n°57.

⁴ - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 191، ص 724، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 250، ص 190، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 108، محمد كمال فهمي: المرجع السابق، بند 470، ص 634، 635، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 728، ص 1099، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 168.

بعلاقة لا تختص المحاكم المصرية بنظر المنازعة فيها¹، فوجود منازعة ذات عنصر أجنبي رفعت بشأنها دعوى أمام محكمة أجنبية لا يعني إهمالها من جانب القضاء الوطني طالما توافرت الرابطة التي تبرر ذلك².

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 191، ص 724.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 728، ص 1099.

الفصل الثاني: مدى صحة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يشكل مسألة إجرائية أساسية متأثرة بالطابع الدولي للنزاع، و فيما يتعلق بسير المنازعة يقبل عالميا أن القضاء الداخلي يطبق قواعد الإجراءات الخاصة به، و هذا هو مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي¹، و هذا المبدأ ينتج عنه تغييب مشاكل تنازع القوانين و نقل القسم الأكبر من المشاكل الإجرائية الدولية إلى المجال الداخلي²، فبعد ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية يتعين تبيان المحكمة المختصة نوعيا و محليا، و هذه مسألة يحكمها قانون القاضي الذي تخضع له قواعد الإجراءات بالمعنى العام، تطبيقا للقاعدة المستقر عليها³، فبالإضافة إلى القواعد المحددة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، توجد القواعد المنظمة للإجراءات الواجبة الإتباع بصدد المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا و تحديد القانون الواجب التطبيق عليها⁴، و يقصد بالإجراءات طريقة السير في نزاع متضمن لعنصر أجنبي منذ رفع الدعوى حتى هأيتها⁵.

وتعتبر مدرسة الأحوال الإيطالية (المحشين Postglossateurs) من تصدت لظاهرة تنازع القوانين في نطاق مسائل المرافعات عندما ظهرت في غرب أوربا في القرن 13م⁶، حيث فرقت بين الإجراءات و الموضوع إذ تم إخضاع قواعد الإجراءات *ordinatoria litis* لقانون القاضي وقواعد الموضوع *decisoria litis* للقانون المحلي *locus regit actum*⁷ أو بحسب الحالات للقانون المشترك لأحوال المدينة أو لأحوال أجنبية أخرى⁸، أو للقانون الذي يحكم موضوع الحق محل النزاع⁹، أي لقانون آخر غير قانون القاضي وفقا لطبيعة المسألة المعروضة¹⁰، وهذه القاعدة قديمة بينها الفقيه

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 14, p 11.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 437, p 541.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 206، ص 790.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 221.

⁵ - محمد وليد المصري: المرجع السابق، ص 338.

⁶ - عنایت عبد الحمید ثابت: خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 4.

⁷ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 86, p 75, 76.

⁸ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 492, p 365.

⁹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 179، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 223.

¹⁰ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 221، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 261، ص 197، 198.

بارتول Bartole سنة 1235¹، كما طبق برلمان باريس قانون القاضي على الإجراءات و أخضع موضوع النزاع لأعراف مختلفة².

ولقد استقرت هذه القاعدة عند الفقه والقضاء في الدول الأنجلوأمريكية وفي الدول الأوروبية³ وفي دول العالم⁴، وقتنها بعض المشرعين العرب مثل المشرع المصري في المادة 22 من القانون المدني⁵، والمشرع الأردني في المادة 23 من القانون المدني⁶، وتبناها المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني سنة 2005 في المادة 21 مكرر بنصها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". فبالرغم من قدم ورسوخ قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي⁷، إلا ليست مطلقة وإنما ترد عليها استثناءات تتعلق بالإجراءات ذات الطبيعة المختلطة، ومن أجل بحث مدى صحة القاعدة، يتعين بداية التعرض لمضمونها (المبحث الأول) قبل تحديد نطاقها (المبحث الثاني).

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 207، ص 790، 791.

² - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 492، p 365.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 261، ص 197، 198.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 261، ص 197، عكاشة عبد العال: المرجع

السابق، ص 179، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 224.

⁶ - محمد وليد المصري: المرجع السابق، ص 338.

⁷ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 224.

المبحث الأول: مضمون قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

تعتبر قاعدة مسلم بها ومتفق عليها والعمل بها لا يثير خلافا بين التشريعات¹، إلا أنه ثار خلاف فقهي حول أساسها القانوني و المنطقي لتأصيلها و تبريرها، فعلى أي أساس يستند تطبيق قانون القاضي على المسائل الإجرائية (المطلب الأول)، وكيف يتم التمييز بينها وبين المسائل الموضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس تطبيق قانون القاضي هو فكرة النظام العام (الفرع الأول)، وذهب جانب ثان إلى أنها تطبيق لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام (الفرع الثاني)، واتجه فريق ثالث إلى أن قواعد الإجراءات قواعد تنظيمية لسلطة عامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: فكرة النظام العام كأساس لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

أن أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ينبع من فكرة النظام العام، فلما كان الهدف الذي ترمي إليه قواعد الإجراءات هو تمكين الخصوم من الوصول إلى حقوقهم فيجب الالتزام بها لارتباطها بالصالح العام و النظام الاجتماعي في كل دولة².

و يقر بعض الفقه³ فساد هذا الرأي لأن تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة النظام العام يفترض أن التطبيق الأصلي كان للقانون الأجنبي الذي تم استبعاده بالدفع بالنظام العام بسبب مخالفته للأفكار الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي و بالتالي يكون تطبيق قانون القاضي بصفة استثنائية، لكن الواقع أنه يطبق على قواعد الإجراءات باعتباره صاحب الاختصاص العادي⁴ والأصلي، فاختصاص قانون القاضي لا يتقرر على إثر الدفع بالنظام العام بصفة احتياطية أو على إثر

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 180.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 227، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 180، و هذا ما قال به واضع مشروع القانون المدني المصري و ما ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة 22، أن قواعد الاختصاص و إجراءات التقاضي يسري عليها قانون البلد الذي تبشر فيه و هذا حكم عام يقوم على اتصال هذه الإجراءات و تلك القواعد بالنظام العام، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 227، 228، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 180.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 180، 181، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 793، و هو لا يقر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 793.

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بصفة استثنائية، كما أن الدفع بالنظام العام تختلف آثاره بحسب ما إذا تعلق الأمر بمركز قانوني يراد إنشاؤه في دولة القاضي أو بمركز قانوني أنشأ في الخارج و يراد الاحتجاج به في دولة القاضي¹.

و لقد تساءل الفقه² أين يظهر هذا الاختلاف في قواعد الإجراءات، كما أن هناك من قواعد الإجراءات ما تعتبر قواعد اختيارية أي غير متعلقة بالنظام العام، و هي التي تهدف التيسير على الأشخاص و مراعاة مصالحهم الخاصة، و هي قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها و لمن له المصلحة وحده الحق في التمسك بها و له أن يتنازل عن حقه هذا صراحة أو ضمناً، و بالرغم من ذلك تبقى هذه القواعد خاضعة لقانون القاضي³، تماما مثل القواعد التي تتعلق بالنظام العام، و ذلك تطبيقاً لقاعدة سريان قانون القاضي على قواعد المرافعات جميعها بدون تخصيص لتلك المتعلقة بالنظام العام⁴.

و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية حيث قضت أن: " تطبيق القانون الوطني بناءً على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون أجنبي و استبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون، إما حيث يكون قانون القاضي الوطني طبقاً لقواعد الإسناد الواردة به هو صاحب الاختصاص العادي الواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضي فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه"⁵.

و من الفقه⁶ من لا يعترف بالموقف التقليدي من فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص التي تؤدي دورين مختلفين، يعتبر الدور الأول سلبي يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتعارض مع المبادئ الأساسية لقانون القاضي في حين يعتبر الدور الثاني ايجابي يتمثل في اختصاص قانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 180.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 793، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 181.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 181.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 229.

⁵ - انظر محمد عكاشة عبد العال: المرجع السابق، 181، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 228.

⁶ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 229، 230.

القاضي ابتداءً لنظر المنازعات المشتعلة على عنصر أجنبي مثلاً عند اختصاصه لحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج¹.

الفرع الثاني: القاعدة تطبيق لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام

لقد ذهب قلة من الفقه منهم جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن قاعدة خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي ما هي إلا تطبيقاً من تطبيقات قاعدة الإسناد المعمول بها في القانون الدولي الخاص "قانون المحل يحكم الشكل" *locus regit actum* ، لأن فكرة الشكل بالنسبة للتصرف القانوني و بالنسبة لإجراء المرافعات واحدة، إذ هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون اتخاذه، و هو يستلزم مراعاة أوضاع معينة و تدخل موظف عام هو بالنسبة للتصرف القانوني الموثق، و بالنسبة لإجراءات المرافعات هم عمال القضاء، و قانون المحل بالنسبة للتصرف القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه، و بالنسبة لإجراء المرافعات هو قانون البلد الكائنة به المحكمة التي يتخذ لديها الإجراء².

فاعتبارات العدالة والملائمة والضرورة العملية التي تستند إليها قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي هي أيضاً يمكن في ضوءها تبرير تطبيق قانون القاضي على الإجراءات³، واعتبارات الحالة الاجتماعية والاقتصادية لجماعة الدولة وآدابها وعاداتها ودرجة التعليم عند أعضائها وحالة المواصلات عندهم، هي ترجمة لدواعي العدالة والملائمة والضرورة العملية مما يراعي في شأن الإجراءات⁴.

و هذا الرأي منتقد، لأنه من الناحية التاريخية، قاعدة "المحل يحكم الشكل" قامت على اعتبار من تيسير المعاملات الدولية، و هو ليس نفس الاعتبار الذي تقوم عليه قاعدة خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي، فهذه الأخيرة نشأت في نطاق عينية الأحوال (إقليمية القوانين) عند الفقه الايطالي، و التي لم تكن الغاية منها تيسير المعاملات الدولية، كما أن قاعدة قانون المحل يحكم الشكل تتعلق بنشاط الأفراد في المجال القانوني تهدف إلى تسهيل إبرام التصرفات القانونية⁵، و هذا ما

¹ - المادة 14 مدني مصري، المادة 13 مدني جزائري.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 793، 794، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 182، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 262، ص 198، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 226.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 262، ص 198.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 793، 794.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 794، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 182، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 264، ص 199، 200، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 227.

يجعل هذه القواعد اختيارية¹، و هذا ما يذهب إليه بعض المشرعين²، أي يجوز للأفراد إخضاع شكل تصرفاتهم القانونية لقانون آخر غير قانون محل الإبرام، في حين أن المتفق عليه أن قاعدة خضوع المرافعات لقانون القاضي تعتبر قاعدة إلزامية، الهدف منها ضمان حسن سير التقاضي وتحقيق العدالة³، فقواعد المرافعات هي قواعد شكلية لا بد من وجودها لإعمال القواعد الموضوعية، و هي تتعلق بتنظيم السلطة القضائية⁴ الذي يتعلق بنشاط الدولة⁵، في حين أن الراجح أن قاعدة خضوع التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام لها طالع تخيري بحيث يمكن للأجانب أن يخضعوا تصرفاتهم للأشكال المقررة في قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسياتهم أو التي يتوطنون فيها، كما تهدف هذه القاعدة إلى ضمان سلامة عنصر الرضا في التصرف القانوني و لتهيئة وسيلة لإثباته، بالإضافة إلى أن الهدف من قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه هو دفع المشقة عن المتعاقدين عند إتباع الأشكال المقررة في القانون الذي يحكم التصرف من حيث الموضوع⁶.

و إن كان من المؤكد أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ليس تطبيقاً لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل، إلا أن هذا التأكيد يقتصر على قواعد الإجراءات المتبعة أمام المحاكم، أما إجراءات التحكيم فتخضع لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل التي تعتبر قاعدة اختيارية لأن المحكمون غير ملزمون بإتباع الإجراءات الواردة في قانون الدولة التي يباشرون فيها التحكيم بل يجوز للأطراف اختيار قانون يحكم إجراءات التحكيم⁷.

و يرى بعض الفقه⁸ أن تفسير خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي هو أن خضوع شكل العمل الإجرائي لقانون القاضي ليس تطبيقاً من تطبيقات قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه، لأن قانون القاضي إذا طبق على شكل العمل الإجرائي فليس لأنه قانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 182، 183، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 226.

² - منهم المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني و المشرع المصري في المادة 20 من القانون المدني.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 183، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 227، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص

794.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 263، ص 199 198.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 794.

⁶ - عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 146، ص 233، 234.

⁷ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 794، 795.

⁸ - عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، ص 232 و ما بعدها.

المكان (أو القانون المحلي) الذي يتخذ فيه هذا العمل ، و إنما لأنه قانون السلطة (Autor regit actum) التي يراد باتخاذها ، و من هنا كان إلزام الأجانب بأشكال الأعمال الإجرائية المقررة في دولة القاضي، لأن الشكل في الأعمال الإجرائية مقرر بهدف حسن القيام بوظيفة من وظائف الدولة و هي أداء العدالة¹.

الفرع الثالث: على أساس أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة

يعتبر الفقه² أن الأساس الصحيح الذي تقوم عليه قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هو أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة تباشر بواسطة سلطة من سلطاتها العامة، و أن هذه السلطة تؤدي وظيفتها وفقا للقواعد المقررة في قانون الدولة التي تباشر فيها دون قانون أية دولة أجنبية، والقواعد التي تنظم المرفق العام تعتبر جزءا من القانون العام، و هذا لاعتبار أن قانون الإجراءات من القانون العام و بالتالي فهو إقليمي مادامت أن سلطة القضاء إقليمية³، و انطلاقا كذلك من قاعدة خضوع المرفق العام لقانون الدولة التي أنشأته⁴، فالدولة لا تباشر القضاء خارج حدود إقليمها، و قواعد المرافعات تتعلق بمرفق من مرافق الدولة هو مرفق القضاء، و بالتالي فهي تتصل بكيان الدولة و تنظيم مرافقها، فهي قواعد تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني⁵، و قواعد الإجراءات قواعد تنظيمية لسلطة عامة تهدف أداء العدالة و تبين للسلطة القضائية طريقة أداء وظيفتها وفقا لما يحدده المشرع لهذا تطبق تطبيقا إقليميا⁶، فقواعد الإجراءات ليست إلا القواعد المنظمة لهذه السلطة العامة ترسم لها طريقة أداء وظيفتها، و من غير المعقول أن تقوم سلطة عامة بأداء وظيفتها وفقا للقواعد التي يضعها مشرع آخر بل إنه لا يمكن أن تتبع في ممارستها لوظيفتها إلا القواعد التي صاغها لها مشرعها⁷.

¹ - انظر عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 146، ص 233، 234.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 441, p 359 ; P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 103, p 75.

عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، 792، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 230، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 183.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، 792.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 146 مكرر، ص 236.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 266، ص 201، 202.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 183.

⁷ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 230، 231.

و التطبيق الإقليمي لقواعد المرافعات تبرره قواعد القانون الدولي العام التي تقرر أن لكل دولة الحق في أن تحدد بمحض إرادتها وحدها الهيكل التنظيمي لأجهزتها وكيفية توزيع الاختصاص بينها¹ و وضع القواعد التي تنظم أداء هذه الأجهزة لوظيفتها²، بالإضافة إلى أنه من غير العدل أن تختلف قواعد الإجراءات أمام محاكم نفس الدولة بحسب ما إذا كانت المنازعة وطنية أو أجنبية³، وهذا مبرر من الناحية العملية⁴.

وبرر الفقه الفرنسي⁵ اختصاص قانون القاضي أن قاعدة القانون الدولي العام تحدد لكل دولة الاختصاص المانع في تأسيس جهازها الداخلي الخاص أي وضع مختلف الأجهزة في مكائنها وتوزيع الاختصاص فيما بينها و إعداد قواعد سيرها، كما أن الجهات القضائية لا يمكن أن تتصرف إلا طاعة لقواعد الدولة التي نصبتها، فهي التي تحدد اختصاصها و أشكال تدخلها، فأى محكمة تؤدي العدالة باسم السيادة الفرنسية و تكون مختصة في المجال الدولي إذا نص القانون الفرنسي على ذلك و على هذه المحكمة أن تتبع الإجراءات المقررة في القانون الفرنسي⁶.

لكن اعتبار أن قواعد الإجراءات من القانون العام الذي يبرر تطبيقها الإقليمي قد يؤدي إلى إنكار مسألة تنازع القوانين في مجال الإجراءات، و هذا ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي⁷ عندما

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 183، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 231.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 231.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 183.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 231.

⁵ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 103، p 75.

⁶ - « Une règle de droit international public assigne à chaque Etat compétence exclusive dans l'établissement de sa propre organisation interne، c'est-à-dire dans la mise en place des divers organes، la répartition des compétences entre eux، et l'élaboration des règles de leur fonctionnement...Les organes judiciaires ne peuvent agir qu'en obéissant aux règles de l'Etat qui les a institués. Celles-ci définissent en particulier leur compétence et les formes de leur intervention. Un tribunal، par exemple، qui rend la justice au nom de la souveraineté française، est compétent، sur le plan international...si la loi française en dispose ainsi ; et il doit suivre la procédure prévue par la loi française »، P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 103، p 75.

⁷ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n°437، p 541، P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 492، p 365.

اعتبر أن مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي قد يؤدي إلى تغييب مشاكل تنازع القوانين¹، واستبعاد كل إمكانية لتنازع حقيقي للقوانين²، لكن بعض الفقه³ يرى أن ظاهرة تنازع القوانين قائمة و تحل لصالح قانون القاضي لأنه يشكل قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق في مجال تنظيم وتسيير المرافق العامة⁴.

وقاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي هي قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁵، و في نفس الوقت قاعدة من قواعد تنازع القوانين⁶، ذلك أنه لما كانت الغاية من قواعد الإجراءات هي حماية الحقوق الخاصة و هي بذلك وثيقة الصلة بالقانون الخاص، و من الضروري وضع الحد الفاصل بين ما يدخل في الإجراءات و ما يعتبر من الموضوع عن طريق التكييف، لهذا يظهر أنها قاعدة من قواعد تنازع القوانين تقوم بوظيفة مباشرة هي بيان قواعد الإجراءات التي يتعين على القاضي الوطني إتباعها في شأن المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي⁷.

و إذا كان الرأي الغالب يذهب إلى اعتبار قواعد الإجراءات من القانون العام مادام أنها تطبق تطبيقاً إقليمياً إلا أنها تتعلق كذلك بحقوق المتقاضين و مصالحهم و بالتالي تتصل بالقانون الخاص، و هذا ما يمكن اعتبار قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي من قواعد تنازع القوانين⁸، و هي قاعدة مزدوجة الجانب⁹، تقوم بوظيفة مباشرة هي بيان قواعد الإجراءات التي يتعين على القاضي

¹ - « Le principe de la soumission de la procédure à la loi du for a en effet pour conséquence d'escamoter les problèmes de conflits de lois » Cf. Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n°437، p 541.

² - « La justification de la compétence de la lex fori ...excluait toute possibilité d'un conflit de lois véritable »Cf. P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 492، p 365 .

³ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 147، 238.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 147، ص 238، و يواصل صاحب الرأي السابق استدلاله بقوله أن ظاهرة تنازع القوانين قائمة في مجال القانون العام مثل قيامها في القانون الخاص، فظاهرة تنازع القوانين تفترض أن تتواضع الدول على أن تعترف كل منها بأثر في إقليمها لقوانين غيرها من الدول، و كانت قابلية القانون لأن يكون له أثر ممتد خارج مجال سريانه، ... فهي إما أن تثبت للقانون العام كما هو مسلم ثبوته للقانون الخاص و إما ألا تثبت حتى للقانون الخاص، تطبيقاً لمبدأ الإقليمية المطلقة، لا سيما و أن القانون العام و القانون الخاص كثيراً ما يتداخلان.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 266، ص 201.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 268، ص 203، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 184.

⁷ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، 792.

⁸ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 267، ص 202، 203.

⁹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 267، ص 202، 203، بند 268، ص 203، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 233،

عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 2، ص 4.

الوطني إتباعها، كما تقوم بوظيفة غير مباشرة عندما يراد الحصول من القاضي الوطني على الأمر بتنفيذ حكم أجنبي، إذ يتعين عليه البحث فيما إذا كان القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم اتبع قواعد الإجراءات وفقا للقانون المختص أم لم يتبعها¹، و تظهر أهمية هذه القاعدة من ناحيتين، أما تحدد أن القانون الوطني² هو الذي يطبق على مسائل الإجراءات في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الوطني من ناحية، و من ناحية ثانية أن الإجراءات التي تباشر أمام قضاء دولة أجنبية تكون وفقا للقانون الأجنبي الساري في هذه الدولة، و هذا يظهر خاصة عند تنفيذ الحكم الأجنبي حيث عند إصدار الأمر بتنفيذه يتعين على القاضي الوطني أن يتأكد أنه صدر وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة الأجنبية التي أصدر قضاؤها هذا الحكم³، فقد يضطر القضاء الوطني إلى الالتجاء لقانون دولة أجنبية قبل إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها و ذلك للتحقق من أن الإجراءات التي بوشرت في هذه الدولة قد تمت صحيحة وفقا لقانونها⁴، حيث يشترط حتى يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون صادرا من هيئة قضائية مختصة و طبقا لإجراءات صحيحة و هذا بالرجوع إلى قانون الدولة أين بوشرت فيها إجراءات التقاضي أو التي صدر عن قضائها الحكم المراد تنفيذه⁵، كما قد يتم العمل الإجرائي في غير بلد القاضي المطروح أمامه النزاع عندما يناب القاضي الوطني في مباشرة عمل إجرائي لحساب قاضي في دولة أجنبية⁶.

و مع ذلك هناك من يعتبر قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي من القواعد ذات التطبيق المباشر لا تحتاج إلى إدخال العلاقات المتعلقة بها في فكرة مسندة معينة تمهيدا لإسنادها لقانون القاضي، فقواعد الإجراءات تطبق تطبيقا مباشرا و تتميز بصفاتها الآمرة⁷.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 207، ص 791، 792.

² - عبارة القانون الوطني للدلالة على قانون الدولة التي ينظر قضاؤها النزاع أي قانون القاضي و ليس القانون الوطني للأشخاص.

³ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 233.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 268، ص 203.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 184.

⁶ - عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 150، ص 241.

⁷ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 266، ص 201، 202.

و تناول الفقه الفرنسي¹ و الفقه العربي مسألة القانون الواجب التطبيق على قواعد الإجراءات أو مسألة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ضمن دراسة موضوع تنازع الاختصاص القضائي الذي يتميز بكون قواعده قواعد مادية موضوعية مباشرة تختلف عن قواعد تنازع القوانين، وبالتالي يمكن القول أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي تعتبر قاعدة موضوعية و ليست قاعدة تنازع قوانين.

المطلب الثاني: معايير التمييز بين قواعد الإجراءات وقواعد الموضوع

من السهل القول بإخضاع قواعد الإجراءات لقانون القاضي، فهذه قاعدة مسلم بها، لكن من الصعب تحديد ما يدخل في مجال أعمال قانون القاضي ووضع الحد الفاصل بين ما يعتبر من مسائل الإجراءات وما يعتبر من مسائل الموضوع².

والسبب أن قانون الإجراءات يتضمن قواعد موضوعية إلى جانب قواعد الإجراءات والأشكال والمواعيد، مثل الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة وآثار الأحكام بالنسبة للخصوم وبالنسبة للغير وطرق الطعن في الأحكام³، كما أن هناك من الإجراءات ما يتصل بموضوع الدعوى اتصالاً وثيقاً بحيث يتعذر الفصل بينهما.

والأصل أن قانون القاضي يطبق على إجراءات الدعوى في حين أن موضوع النزاع يخضع للقانون المختص وفقاً لما تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة⁴، لهذا يتعين تحديد طبيعة المسألة بصفة أولية لمعرفة ما إذا كانت تتصف بالطبيعة الإجرائية أو الموضوعية تمهيداً لإدراجها في الفكرة المسندة الخاصة بها⁵، وهذه مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي وفقاً للقاعدة العامة والمسلم بها في القانون

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 415 et s, p 341 et s ; Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 437, 437-1, p 541, 542.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، 270، ص 204، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، 186.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، 270، ص 204.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، 270، ص 204، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 234.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 234.

الدولي الخاص¹، إذ يتعين الرجوع إلى قانون القاضي لمعرفة المسائل التي تدخل في مضمون فكرة الإجراءات².

وهناك من الفقه الفرنسي³ من قال بذاتية أو خصوصية التكييف في هذا المجال الذي يقود إلى التخلي عن المنهج المتبع في التكييف⁴، بحيث يتميز عن التكييف في القانون الدولي الخاص⁵، حيث لا يتم الاختيار بين قاعدتين من قواعد تنازع القوانين، مثل الاختيار بين القاعدة المتعلقة بالشروط الشكلية وتلك المتعلقة بالشروط الموضوعية، وإنما يتم بين احترام اختصاص قانون القاضي المفروض بمقتضى هذا القانون نفسه إذا كان من الإجراءات، أو إذا لم يكن كذلك فيتعين الرجوع والاستناد على قاعدة من قواعد تنازع القوانين⁶، فتحديد طبيعة المسألة الخاصة بالتمييز بين ما هو من الإجراءات وما هو من الموضوع لا يقصد منه الاختيار بين قاعدتين من قواعد الإسناد محتملي التطبيق بحسب ما إذا كانت المسألة المعروضة أمام القاضي تدخل في إطار الفكرة المسندة لإحدهما دون الأخرى، وإنما يتعلق الأمر بالتطبيق الضروري لقانون القاضي وهو تطبيق يفرضه قانون القاضي نفسه إذا كانت المسألة متعلقة بالإجراءات، أما إذا كانت متعلقة بالموضوع فيتعين تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بها⁷، فالأمر يخرج من نطاق تنازع القوانين⁸، فهذا الرأي يقرر أن أساس تطبيق قانون

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، ص 204، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 234.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، ص 204.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 493، p 366.

مذكور كذلك في : عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 234، 235.

⁴ - « Le rôle de la qualification présente ici une originalité qui doit conduire à délaisser la méthode dans le paragraphe consacré au choix de la règle de conflit » Cf. P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 493، p 366.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 234.

⁶ - « Le choix à effectuer n'est، en effet، entre deux règles de conflit، telles celle relative aux conditions de forme et celle relative aux conditions de fond...mais entre le respect de la compétence de la lex fori، imposée par cette loi elle-même si elle est de procédure، et، si elle ne l'est pas، le recours à une règle de conflit de lois ; on n'est pas à la frontière de deux règles de conflit، mais à la frontière du droit de s conflits de lois entier ». Cf. P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 493، p 366.

⁷ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235.

⁸ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235.

القاضي أنه من القواعد ذات التطبيق المباشر¹، لكنه منتقد²، لأنه يخلط بين أمرين: بين تحديد نطاق تطبيق قانون القاضي على المسائل المتعلقة بالإجراءات والأساس القانوني لهذا التطبيق الذي يقول به هذا الرأي لتفسير القاعدة، وبالتالي فإن تحديد ما يدخل في إطار الفكرة المسندة الخاصة بالإجراءات وما يخرج من إطارها هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، ولا يغيّر من طبيعة التكييف ويجعله ذو طبيعة خاصة أو ذاتية أن يكون أساس تطبيق قانون القاضي على الإجراءات بسبب أنها من القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري³، ويكون الراجع لدى الفقه⁴ أن التكييف أي التمييز بين ما يعتبر من قواعد الإجراءات وما يعتبر من قواعد الموضوع يخضع وفق القاعدة العامة لقانون القاضي، واعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي قاعدة إسناد لا تختلف عن غيرها من قواعد الإسناد التقليدية يتعين تحديد نطاقها من خلال التكييف وفقاً لما هو معمول به في القانون الدولي الخاص⁵.

إذا كان تحديد ما يعتبر من الإجراءات و ما يعتبر من الموضوع مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، فإنه لا بد من الاعتماد على معيار للتمييز بين الإجراءات و الموضوع، و في هذا انقسم الفقه بين من سلم بصعوبة وضع معيار حاسم (الفرع الأول)، وبين من تمكن من وضع هذا المعيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه الأول: صعوبة وضع معيار حاسم للترقية بين قواعد الإجراءات وقواعد

الموضوع

يميل جانب من الفقه يتزعمه الاتجاه السائد في المدرسة الأنجلوسكسونية إلى القول بصعوبة وضع معيار حاسم وقاطع للترقية بين المسائل المندرجة في إطار فكرة الإجراءات وتلك المتعلقة

¹ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185.

² - انظر النقد: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235.

⁴ - P.MAYER. V.HEUZE : Op.cit, n° 493, p 366 : « ...à l'hypothèse ou le tribunal saisi du litige est un tribunal français, la qualification qu'il convient d'opérer est donc celle des règles françaises »

عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 269، ص 204، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 185، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235، عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 6، ص 8.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 235.

بالموضوع، حيث لا يوجد معيار موضوعي حاسم ومنطقي للفصل بينهما، بالرغم من أهميته وضرورته¹، ذلك لأنه يجب تناول المسائل التي تعرض حالة بحالة مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة²، وعند وضع هذا المعيار يجب مراعاة نسبية المصطلحات القانونية بالإضافة إلى احترام الهدف الحقيقي الذي من أجله يتم التمييز بين الإجراءات والموضوع في القانون الدولي الخاص، ويجب تحليل المسائل محل النزاع أخذاً في الاعتبار الخلفية القانونية لها والظروف الواقعية الخاصة بها، ولهذا يختلف المعيار الفاصل بين الإجراءات والموضوع من حالة إلى أخرى وفقاً لظروف كل حالة³.

وهذا الاتجاه بالرغم من أنه أبرز صعوبة وضع معيار حاسم إلا أنه حاول وضع معيار مرن يتماشى مع التحليل العملي للمسألة المعروضة على القاضي من أجل بناء اقتناعه⁴، حيث أن ذلك يعتبر ممكناً⁵، وقد اكتفى بعض الفقه بالقول أن التمييز بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، ومنهم من اكتفى بتحديد الطبيعة القانونية لبعض القواعد المختلف في تكييفها، وهناك من قال بقابلية اتصاف بعض قواعد الإجراءات بالصفة الموضوعية⁶.

لكن ما قال به هذا الاتجاه له طابع نسبي، حيث تختلف طبيعة المسألة الواحدة من منازعة لأخرى وبالتالي تختلف الحلول⁷، حيث سوف تعتبر بعض المسائل بالنسبة لنزاع معين متعلقة بالإجراءات في حين أنها لا تعد كذلك بالنسبة لنزاع آخر⁸.

¹ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 236.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 237.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 237.

⁵ - انظر عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 6، ص 7، و يذكر بعض الكتاب الذين أكدوا صعوبة أية محاولة ترمي إلى تقرير معيار للتمييز بين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية، من بينهم:

M-L.NIBOYET HOEGY : L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Economica, Paris, 1986.

⁶ - انظر عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 8.

⁷ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

⁸ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 237.

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: إمكانية وضع معيار منضبط للفرقة بين قواعد الإجراءات وقواعد الموضوع

هناك محاولات جادة في الفقه الحديث¹ عمدت إلى إقامة الحدّ الفاصل بين الإجراءات والموضوع²، ويمكن التمييز بين رأيين: الرأي الأول يتخذ معيارا يوصف بالمعيار الغائي، والرأي الثاني يستند إلى طبيعة القاعدة يطلق عليه المعيار الاصطلاحي³.

الرأي الأول: المعيار الغائي

وفقا لأصحاب هذا الرأي يستمد المعيار الفاصل كأساس للفرقة بين الإجراءات والموضوع من الغاية من القاعدة القانونية، فإذا كانت هذه الغاية هي تنظيم وحسن سير القضاء فإن القاعدة تتعلق بالإجراءات وبالتالي تخضع لقانون القاضي⁴، وكل ما عداها تعتبر من القواعد الموضوعية⁵ التي تخضع للقانون المختص حسب قاعدة الإسناد.

لكن الحقيقة الجوهرية التي يصطدم بها هذا المعيار أن جميع قواعد الإجراءات تساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في حسن سير القضاء، وبالتالي فإن العمل بهذا المعيار يؤدي إلى طريق مسدود حسب تعبير بعض الفقه⁶.

الرأي الثاني: المعيار الاصطلاحي المرتكز على تحديد طبيعة القاعدة

ذهب رأي من الفقه إلى أنه ليس من الصعب وضع معيار فاصل بين الإجراءات والموضوع⁷، وأنه يمكن وضع معيار دقيق جامع مانع⁸ للفصل بين الإجراءات و الموضوع. ويستند هذا الرأي⁹ على تعريف كل من المصطلحين المعنيين: اصطلاح قواعد الإجراءات في مقابلة اصطلاح القواعد الموضوعية، فالقواعد الموضوعية تعني القواعد التي تتعلق بتنظيم الحقوق

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 6، ص 8.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

³ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 237، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 238، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

⁶ - حسب تعبير حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 238.

⁷ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

⁸ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 238.

⁹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 6، ص 8.

الخاصة بالأفراد من حيث تقريرها ونشأتها و انتقالها وانقضائها وآثارها وكفالة أسباب حمايتها، أما قواعد الإجراءات فتعني القواعد التي تنظم سير مرفق القضاء أو أدائه لوظيفته، وبهذا التحديد تتميز كل منهما عن الأخرى ولا تختلطان مهما تداخلتا أو ارتبطتا فيما بينهما¹.

وإن كان هذا المعيار دقيق ، حسب بعض الفقه²، لأنه يقوم على تحديد حقيقة كل منهما، إلا أن هناك بعض المسائل الموضوعية في قانون الإجراءات مثل مسألة شروط قبول الدعوى تعتبر من المسائل الإجرائية ، عند هذا الرأي³، ما دام أنها تتعلق بوظيفة القضاء وتهدف إلى كفالة حسن سيره، وهذا ما يؤدي إلى اعتبار هذا المعيار غير جامع و غير مانع⁴.

وفي الواقع يلاحظ أن هناك تشابه بين المعيار الغائي والمعيار الاصطلاحي المستند على طبيعة القاعدة القانونية، فكلاهما يميز بين القواعد القانونية التي تتعلق بمرفق القضاء وتهدف إلى حسن سيره ويعتبرها قواعد إجرائية تخضع لقانون القاضي، وبين القواعد القانونية التي تتعلق بالخصوم أو بموضوع الدعوى وتهدف إلى تحقيق مصالح الأطراف في الدعوى ويعتبرها قواعد موضوعية تخضع للقانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد، وإذا كان التمييز- في إطار قانون الإجراءات نفسه- بين القواعد الإجرائية التي تتعلق بكيفيات وأشكال وآجال رفع الدعوى وطرق الطعن، وبين القواعد الموضوعية التي تتعلق بشروط قبول الدعوى وشروط قبول الطعن له محل في إطار هذا الفرع القانوني، إلا أن الأمر يختلف في نطاق القانون الدولي الخاص، لأن المشكل يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على قواعد الإجراءات، إذا كان فعلا، وكما سلم به الفقه، أن قواعد الإجراءات تخضع لقانون واحد هو قانون القاضي، وبالتالي عدم إمكانية تصور وقوع تنازع في الإجراءات، أم أن هناك محل للتنازع بين الإجراءات، وأن القاعدة التي سلم بها الفقه وجعلها المشرع ضمن قواعد الإسناد، وهي قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، لا يمكن التسليم بها بصفة مطلقة، وإنما تعتبر قاعدة عامة وترد عليها استثناءات.

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 8، 9، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 238، 239، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 186.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 9.

³ - عنایت عبد الحمید ثابت : المرجع السابق، بند 14، ص 19.

⁴ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 239.

المبحث الثاني: نطاق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

يتفق فقهاء القانون الدولي الخاص¹ حول صعوبة وضع معيار حاسم جامع مانع للتمييز بين ما يعتبر من الإجراءات وما يعتبر من الموضوع بسبب اتصال الإجراءات بموضوع الدعوى، وبالتالي صعوبة تحديد نطاق تطبيق قانون القاضي، لهذا تم التطرق لكل مسألة تتصل فيها القواعد الموضوعية بالقواعد الإجرائية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها الذي قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي، لأن هناك مسائل إجرائية بحتة تخضع لقانون القاضي لكن يراعى فيها طبيعة النزاع الدولي.

ويرى فقهاء المرافعات أن هذا الفرع القانوني يشمل قواعد موضوعية إلى جانب قواعد الشكل والإجراءات والمواعيد، مثل الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة والعلاقات التي تنشأ بين الخصوم وآثار الأحكام بالنسبة للخصوم والغير وطرق الطعن، وبيان ما يعتبر من قواعد المرافعات وما يعتبر من الموضوع هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي وفقا للقاعدة العامة و المسلم بها²، لكن هناك مسائل من الصعب القول أنها إجرائية أو موضوعية بحتة.

لهذا يرى بعض الفقه ضرورة العدول عن الاتجاهات الفقهية لتحديد نطاق تطبيق قانون القاضي، وطبق ما نادى له على الدعوى القضائية³، ذلك أن هناك مسائل يختلط فيها الموضوع بالإجراء وبالتالي يصعب القول أنها مسائل موضوعية خالصة أو إجرائية، كما أن هناك مسائل متصلة بالموضوع و بالإجراء منها الدعوى القضائية والإثبات والإجابة القضائية والتقادم.

وسيتم التركيز على الدعوى القضائية وشروطها (المطلب الأول) والتقادم المسقط (المطلب الثاني) والإثبات (المطلب الثالث)، لأنه فيما يتعلق بالإجابة القضائية فإنها تخضع من حيث إصدارها لقانون الدولة المنية ومن حيث التنفيذ لقانون الدولة المنابة.

¹ -انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 204، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 187، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 241.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796.

³ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 240.

المطلب الأول: الدعوى القضائية وشروطها

تعتبر الدعوى القضائية التجسيد الفعلي لحق اللجوء إلى القضاء والحق في الحصول على الحماية القضائية، وهي من الحقوق الطبيعية المعترف بها للأجنبي، لكنها قد تثير بعض الإشكالات فيما يتعلق بالحقوق الدولية وما إذا كان القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الحق الدولي الذي تحميه أو قانون القاضي باعتبار أن الأجنبي يمارسها في دولة القاضي، وبالتبعية لها تثير شروط قبولها نفس الإشكالات، لهذا ينبغي التطرق للدعوى (الفرع الأول) قبل التعرض لشروط قبولها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعوى القضائية

يتعين تعريف الدعوى وتمييزها عن مفاهيم تقترب منها (البند الأول)، ثم بحث طبيعتها القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها (البند الثاني).

البند الأول: تعريف الدعوى القضائية وتمييزها

باعتبار أن الدعوى وسيلة قانونية لتقرير حماية الحق الموضوعي، فقد تختلط به، لهذا يتعين تعريفها وتمييزها عن بعض المفاهيم التي تشبهها أو تقترب منها.

1- تعريف الدعوى القضائية

لم يعرف المشرع الجزائري الدعوى وإنما تطرق لشروط قبولها¹، كما تم إهمال نظرية الدعوى القضائية في القانون الفرنسي لفترة طويلة، ويعتبر فقهاء القانون العام من قاد دراستها، ومصطلح الدعوى يغطي مفهوما له طبيعة وخصائص تثير تناقضات فبواسطتها يلتقي الحق بالإجراءات²، فلم تحظ نظرية الدعوى بعناية من المشرع اعتقادا أن تعريفها وتحديد شروطها من عمل الفقه.

¹ - المادة 13 / 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، كذلك المشرع المصري أتى بنص وحيد (المادة 3).

² - J. VINCENT، S. GUINCHARD : Op.cit، n° 63، 64، p 113.

ويرى بعض الفقه¹ أن نظرية الدعوى تحتل مركزاً وسطاً بين القانون المدني وقانون المرافعات، لهذا يشوبها بعض اللبس والغموض².

وهناك آراء متعددة في تعريف الدعوى القضائية، حسب الفقيه الفرنسي "دوجي" هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون³، وهي السلطة المعترف بها للأفراد في التوجه إلى القضاء للحصول على احترام حقوقهم ومصالحهم المشروعة⁴، ودرج الفقه على أنها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته⁵.

فلا قيمة قانونية للحق ما لم تكن هناك سلطة شرعية تحميه من الاعتداء والعبث به وتنزعه من غاصبه لتعيده لصاحبه الحقيقي، ولكل فرد أن يلجأ إلى السلطة القضائية لإثبات حقه بوجه من ينازع فيه أو يعتدي عليه وهذا هو حق التقاضي أو الدعوى⁶.

وحسب التصور المكرس في فرنسا، تعرّف الدعوى بأنها الحق في أن يتم الاستماع لإدعاء، وبالتالي تتميز الدعوى عن الحق مادام أنه يمكن قبولها غير أنه قد تكون غير مؤسسة⁷، وتعرّف في المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنها: "الحق لصاحب إدعاء في أن يتم الاستماع له حول موضوعها من أجل أن يعلن القاضي أنها مؤسسة أو غير مؤسسة"، فيمكن أن يكون الشخص صاحب حق في رفع دعوى دون أن يكون فعلاً صاحب حق موضوعي: الطلب يكون مقبولاً والقاضي يعلن حكماً بالرفض⁸.

¹ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 113.

² - وما زاد في اللبس والغموض أن تعبير الدعوى يستعمل خطأ من طرف المشرع للدلالة على الخصومة أو المطالبة القضائية.

³ - انظر أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 114، نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 159.

⁴ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 64، p 113.

⁵ - انظر أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، بند 91، ص 114.

ويرى البعض أن من الأفضل تعريف الدعوى أنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون، وحسب بعض الفقه هي حق من الحقوق الإجرائية، والحق الإجرائي عبارة عن سلطة أو مكنة أو قدرة يمنحها القانون بطريق مباشر أو غير مباشر لشخص معين لحماية حقه أو الحفاظ عليه.

⁶ - خليل جريج: محاضرات في نظرية الدعوى، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، لبنان، بدون سنة، ص 49.

⁷ - B.AUDIT : Op.cit، n° 442، p 359.

⁸ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 495، p 368.

ويرى الفقه الفرنسي¹ أن المادة 30 وضعت تعريفاً يستحق الوضوح، فالدعوى هي حق لصاحب الإدعاء في أن يتم الاستماع له حول موضوع ادعائه من أجل أن يعلن القاضي أنه مؤسس أو غير مؤسس، وبالنسبة للخصم الآخر الدعوى هي حق مناقشة مدى تأسيس هذا الإدعاء، فمصطلح ادعاء ينصرف إلى كل شخص في منازعة سواء كان مدعي أو مدعى عليه، خصم أو متدخل، مستأنف أو مستأنف عليه "يرافع" يجب عليه استيفاء شروط معينة، وفي المقابل من النادر تقييد مجال الدعوى على الحالات المؤسسة في الموضوع².

2- تمييز الدعوى القضائية عن الحق في اللجوء إلى القضاء وعن الحق الموضوعي الذي تحميه وعن المطالبة القضائية

كل الأنظمة القانونية تعلم الفرق الأساسي بين الدعوى القضائية والحق الموضوعي الذي تحميه والعمل الإجرائي الذي يكرسها³، بالإضافة إلى وجود فرق بينها وبين الحق في اللجوء إلى القضاء.

فينبغي التمييز بين الحق في اللجوء إلى القضاء والحق في الدعوى، الحق في اللجوء إلى القضاء يظهر بصفة افتراضية لكل شخص⁴، وهو من الحقوق العامة التي يكفلها الدستور لكل الأشخاص القانونية ومعناه أن باب القضاء مفتوح لأي شخص يريد أن يعرض ادعاء سواء أكان هذا الشخص

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 68، p 117.

² -« Le nouveau code de procédure civile، dans son article 30 pose une définition qui le mérite de la clarté : l'action est le droit، pour l'auteur d'une prétention، d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire، l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention، on se réjouit de ce que le terme de prétention ait été accueilli dans un texte ayant cette portée، que celui-ci fasse bien ressortir que toute personne qui impliquée dans une relation processuelle، qu'elle soit demanderesse ou défenderesse، partie ou tiers intervenant، appelé ou intimé، « agit » et doit، et doit، pour le faire avec efficacité، remplir certaines conditions، en revanche، il est singulier de limiter le domaine de l'action aux cas où l'on veut être entendu sur le fond » J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 68، p 117.

³ - M-L.NIBOYET : Action en justice، Répertoire international، DALLOZ ، Paris، 1998، n°2.

⁴ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 72، p 120.

صاحب حق أو ليس صاحب حق¹، وهو حق قائم بذاته بغض النظر عن عرضه أمام القضاء²، ويتم اللجوء أمام القضاء عن طريق الدعوى التي تعتبر وسيلة استعمال الحق في اللجوء إلى القضاء³، ويرى بعض الفقه الفرنسي أن مفهوم اللجوء إلى المحاكم سابق في الوجود على حق اللجوء إلى القضاء، ظهر في الواقع منذ أن تم إلغاء القاعدتين اللتان تنكران أو تقيدان لجوء الأجانب إلى المحاكم الفرنسية (من أجل تأكيد أن الحق في اللجوء إلى القضاء حق طبيعي يتمتع به الأجانب في فرنسا)⁴.

لقد ثار خلاف فقهي حول علاقة الدعوى القضائية بالحق أو المركز القانوني محل النزاع، إذ أن الفقه التقليدي كان يشبه الحق الموضوعي الذي يراد الحصول على اعترافه بالدعوى، حيث أنها الحق في حالة الحركة ولا يوجد أي تمييز من حيث الطبيعة بينها وبين الحق، فلا يوجد حق بدون دعوى ولا توجد دعوى بغير حق⁵، وكان يعتبر مبدأ مستقرا عليه في الفقه والقضاء أن الحق حالة قانونية ساكنة مادام أنه ليس محلا للنزاع وأن الدعوى تمثل الحالة نفسها عندما يتحرك صاحب الحق ويلجأ إلى السلطة المختصة مطالبا بحمايته وبمنع التعرض له⁶، فلا يوجد فاصل واضح بين الدعوى والحق بالنظر إلى الدعوى كحالة طارئة على الحق بسبب تحريك النزاع حيث يتم الانتقال من القوة الكامنة إلى مظهر الحركة⁷، فالدعوى القضائية هي الحق الموضوعي ذاته وهما شيء واحد فالحق طالما لا يعتدي

¹ - نيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 163.

² - خليل جريج: المرجع السابق، ص 50.

³ - نيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 163.

⁴ - L'action en justice doit être distinguée du droit d'ester en justice. Cette notion d'accès aux tribunaux- que H.MOTULSKY estimait préexistante au droit d'agir en justice - n'a cependant plus guère l'occasion de se manifester en pratique depuis qu'on été supprimées les deux règles déniaient ou limitant l'accès des étrangers aux tribunaux français (pour l'affirmation que le droit d'ester en justice est droit naturel dont l'étranger jouit en France)، M-L.NIBOYET : Op.cit, n°7.

⁵ - « Cette conception des auteurs du XIXe siècle mais aussi du début du XXe siècle est héritée du droit romain. dans lequel le préteur donnait l'action par une formule à celui qui lui demandait le droit d'agir en justice ; en donnant cette action، il créait un droit et، à l'inverse، sans cette action il n'y avait pas de droit » J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit, n° 65، p 114.

يرجع السبب في عدم التمييز بين الحق و الدعوى إلى القانون الروماني الذي كان يخول القاضي الولاية لمنح الدعوى لمن يدعي حقا ذاتيا أو إلى اعتبار أن الدعوى الممنوحة تفترض وجود الحق، انظر خليل جريج: محاضرات في نظرية الدعوى، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، لبنان، بدون سنة، ص 52، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، بند 93، ص 116.

⁶ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 50، أبو الوفا: المرجع السابق، ص 116.

⁷ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 52.

عليه يظل هادئاً مستقراً ، فإذا ما وقع اعتداء عليه تحرك في شكل دعوى قضائية إلى المحاكم لحسم النزاع الواقع عليه، دليل ذلك أن الحق و الدعوى يولدان معا ويبقى أحدهما ما بقي الآخر وأن موضوع الدعوى هو موضوع الحق ذاته¹، وصاحب الحق يلجأ إلى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التي يكتسبها إذا اعترف له بحقه وأن الدعوى تتصف بنفس أوصاف الحق فهي إما عينية أو شخصية أو عقارية أو منقولة².

ولقد ذهب سافيني إلى القول بأن الدعوى لا يمكن أن توجد منفصلة عن الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، بل هي الحق أو المركز القانوني ذاته، ولقد تبني بعض فقهاء القانون الدولي الخاص نفس الفكرة من حيث أن الحق والدعوى كل لا يتجزأ، ويترتب على هذا الاتجاه أنهما يخضعان لقانون واحد يتم تحديده وفق مبادئ حلّ تنازع القوانين³.

لكن هذه المطابقة بين الحق الموضوعي والدعوى تثير اعتراضات موضوعية لسببين: من جهة، يمكن وجود دعاوى بغير حق موضوعي، وعلى العكس وجود حق بغير دعوى، وهذا عندما تمارس النيابة العامة الدعوى العمومية أو في المجال المدني عندما تقدم طعنا بالنقض لمصلحة القانون، فيبدو من الصعب مناقشة وجود حق موضوعي، كذلك بعض الدعاوى تقرر لمعاقبة الاعتداء على واجب وليس على حق موضوعي مثل دعوى المنافسة غير المشروعة، كما أن الالتزام الطبيعي يشكل مثالا لحق لا يتلاءم مع دعوى، ومن جهة أخرى النظام القانوني للدعوى والنظام القانوني للحق الموضوعي الذي يشكل أساسا لها ليسا متماثلين، فالتشريع قد يؤثر على الدعوى دون أن يشكل اعتداء على الحق، فعندما يمنع تشريع لاحق الطعن أمام المحاكم يبقى الحق الموضوعي خاضعا للتشريع الذي نشأ في ظلّه في حين أن الدعوى تنظم دائما بالقانون ساري المفعول في الوقت الذي ترفع فيه⁴، بالإضافة إلى أن موضوع الحق يختلف عن موضوع الدعوى، فالحق الشخصي رابطة بين الدائن والمدين والحق العيني تسلط صاحب الحق على محل الحق، أما موضوع الدعوى فهو مجرد الحصول على الحماية القضائية للحق المتنازع عليه، وسبب الحق هو الواقعة المولدة له (أو التصرف القانوني) أما سبب

¹ - نيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 159، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 116.

² - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 116.

³ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 66، 67.

⁴ - J. VINCENT، S. GUINCHARD :Op.cit، n° 66، p 115.

الدعوى فهو النزاع الواقع على الحق ذاته¹، وهناك من يفصل تماما بين الحق والدعوى حيث يعتبرها حقا دائما من الحقوق العامة الموضوعية التي لا يمكن التنازل عنها والتي لا تتأثر بطبيعة الحق المتنازع فيه، لكن هذا الرأي يخلط بين الحق في الدعوى والحق في الالتجاء إلى القضاء²، فالدعوى ليست الحق الذي تحميه ولا حقا منفصلا عنه وإنما هي عنصر من عناصره ومقوماته ومن نتائجها أن تضيف إليه عاملا جديدا يؤدي إلى استيفائه خاصة عندما يقوم القضاء بتعيين الحق كما في التعويض³، فالدعوى القضائية وإن هي ليست الحق ذاته إلا أنها عنصر الحماية القانونية فيه، وذلك بسبب أن الحق لا يكتمل وجوده إلا بوجود سلطة الالتجاء إلى القضاء لحماية المنفعة التي يخولها الحق لصاحبه، كما لا يتصور وجود دعوى دون حق تستند إليه، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى، وإذا تعددت الدعاوى لحماية حق معين فلأن الاعتداء عليه قد أنشأ من الدعاوى بقدر الأضرار التي أصابته⁴.

وتتميز الدعوى عن الحق من عدة نواحي، منها أن الحق يمكن أن يخضع لقانون أجنبي بسبب نشوئه في الخارج أما الدعوى فتخضع دائما لقانون المحكمة المعروض أمامها النزاع⁵، وهذا القول إذا اعتبرنا أن الدعوى حق إجرائي، لكن هناك من يعتبرها سلطة شرعية أو قانونية تمكن الشخص من التوجه إلى القضاء من أجل الحصول على احترام القانون⁶، فالدعوى القضائية هي السلطة القانونية التي تفضل عن الحق الإرادي و يراها البعض أنها حق موضوعي طرفه السليبي هو القاضي يرفع أمام المحاكم لإجبارها على الفصل في الموضوع و هي ليست سلطة عامة و مجردة تمارس في الفراغ⁷.

¹ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 160، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 116، 117.

² - نبيل إسماعيل عمر : المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 50.

⁴ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 160، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، بند 94، ص 117.

⁵ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 54، 55.

⁶ - L'action est un pouvoir légal permettant aux agents publics ou aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi، cette faculté de s'adresser aux tribunaux a un caractère impersonnel، objectif، permanent، ce pouvoir légal est réglé par la loi، J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 70، p 119.

⁷ - L'action en justice est le « pouvoir légal »، à laquelle l'on peut préférer celle de droit potestatif، H.MOTULSKY y voyait un véritable droit subjectif ayant pour sujet passif le juge de saisir les tribunaux pour les obliger à statuer au fond. Mais ce n'est pas pour autant un pouvoir général et abstrait qui s'exercerait « dans le vide »، M-L.NIBOYET : Op.cit، n° 6.

و تتميز الدعوى عن المطالبة القضائية التي تعتبر ترجمة مادية بموجب تصرف خاص في حين أن الدعوى تمثل الطريق القانوني العام و الطلب القضائي يحقق حركيتها¹، فإذا كانت الدعوى حق إجرائي فإن محله مادي يتمثل في المطالبة القضائية أي تقديم طلب قضائي إلى المحكمة يتضمن بيانات معينة فهو محرر مكتوب يتضمن الإدعاء الذي يقدم من طرف المدعي²، و تشمل المطالبة القضائية توجيه الإجراءات اللازمة أمام السلطة القضائية ضد شخص معين للحصول على حكم عليه³، كما تتميز الدعوى عن الخصومة القضائية التي تعتبر مجموعة من الأعمال الإجرائية اللازمة لرفع الدعوى و السير فيها إلى أن يصدر حكم في الموضوع أو حكم ينهي الخصومة دون صدور حكم في الموضوع، و الأعمال الإجرائية هي الصادرة عن الخصوم و عن القاضي و أعاونيه، و زوال الخصومة لا يؤثر على الحق في الدعوى⁴.

الدعوى القضائية هي سلطة الشخص في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية حقه أما المطالبة القضائية فهي الإجراء الذي تباشر به هذه السلطة فعلا و الخصومة هي الحالة القانونية التي تنشأ بالمطالبة القضائية و تضم عدة إجراءات تهدف إلى الفصل في النزاع.

إن الإجراء الذي تباشر به الدعوى و هو المطالبة القضائية يخضع لقانون القاضي، كما تخضع إجراءات الخصومة المتخذة أثناء نظر الدعوى إلى غاية صدور الحكم أو انقضاءها بغير حكم في الموضوع، و إذا اتخذ إجراء من إجراءات الخصومة في الخارج فإنه يخضع لقانون الدولة التي اتخذ فيها و يخضع تقدير نتيجته (أثره) في الخصومة لقانون القاضي⁵.

¹ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 72، p 120.

² - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 163.

³ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 51.

⁴ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 163.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 798.

البند الثاني: تكييف الدعوى القضائية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها1- تكييف الدعوى القضائية

يرى بعض الفقه الفرنسي¹ أن تعريف المشرع للدعوى يعبر عن طبيعتها المختلطة، فبين معالجة موضوع الإدعاء الموجه إلى القاضي والصحة الإجرائية للدعوى، تعتبر مفهوما هجيناً، فهي تتميز عن الحق الموضوعي كما لا يمكن أن تختلط مع ممارسة الطلب القضائي²، فالدعوى مستقلة عن عناصر موضوع النزاع، تتميز عن الحق الموضوعي المتنازع فيه، وهذا لأنها توجد حتى ولو لم يكن هذا الحق موجوداً، خاصة عندما يعاين القاضي عدم وجود الحق أو انقضاؤه، والحق في الدعوى الذي يسبق افتتاح الطلب القضائي لا يختلط مع الأعمال الإجرائية التي بواسطتها تمارس الدعوى³.

في حين تعتبر الدعوى عند البعض الآخر⁴ حق ذو طبيعة إجرائية على عكس، حسب هذا الرأي، ما يعتقد البعض من أنها مظهر للحق الموضوعي لأنه يمكن أن يكون الشخص صاحب حق في رفع الدعوى دون أن يكون صاحب حق موضوعي، لكن ورغم ذلك تشكل الدعوى التي تسبق الخصومة رابطة ضيقة مع الحق الموضوعي⁵.

ويرى بعض الفقه المصري⁶ أن الدعوى القضائية حق إجرائي، وهي عبارة عن سلطة أو مكنة أو قدرة يمنحها القانون بطريق مباشر أو غير مباشر للشخص لحماية حقه أو الحفاظ عليه ويجب استعمالها في الشكل الذي حدده القانون ببيانات معينة، وهي تثبت لشخص في مواجهة شخص

¹-M-L.NIBOYET، G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 502، p 361 ; M-L.NIBOYET HOEGY : Op.cit، n° 3.

² - M-L.NIBOYET HOEGY : Op.cit، n° 3.

³ -« Elle est autonome des éléments de fond du litige. L'action se distingue du droit substantiel litigieux، ne serait-ce parce qu'elle est accordée quand bien même ce droit ferait défaut، précisément pour qu'un juge constate l'inexistence ou l'extinction de ce droit ...Le droit d'action، qui préexiste à l'introduction d'une demande en justice، ne se confond pas avec les actes de procédure au moyens desquelles l'action est exercée (assignation، requête، plainte etc.» M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit، n° 502، p 361

⁴ - P.MAYER، V.HEUZE: Op.cit، n° 495، p 368، 368.

⁵ -L'action « C'est un droit de nature processuelle. Il n'est pas contrairement à ce que pensait la doctrine، un simple aspect du droit substantiel » P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 495، p 368.

⁶ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 161.

آخر لا يلتزم بأي التزام وإنما يكون في مركز خضوع وتحمل لكل الآثار الناجمة عن استعمال الحق في الدعوى.

ويستدل صاحب الرأي السابق أنه مهما كان نوع الحق الموضوعي شخصي أو عيني أو معنوي فهو يتكون من عنصرين عنصر المنفعة أو الميزة التي يخولها لصاحبه وعنصر الحماية القانونية التي تكفل لصاحب الحق التمتع بحقه، وتعني الحماية القانونية التزام كل من يتعرض لصاحب الحق بالكف عن التعرض و تعويض الأضرار الناتجة عن هذا التعرض، و هذه الحماية القانونية هي التي تنشأ الحق في الدعوى عن طريق عرض الأمر على القضاء و المطالبة بالحماية القضائية، فالحماية القانونية قائمة و موجودة في القاعدة القانونية المنشئة للحق الموضوعي و تكون في حالة سكون طالما لم يتعرض صاحب الحق لأي اعتداء فإذا ما اعتدي عليه ينشأ التزام على المعتدي بتعويض الضرر و هذا الالتزام مصدره الحماية القانونية و مع ذلك تكون هذه الحماية غير فعالة دون اللجوء إلى القضاء عن طريق وسيلة الدعوى القضائية التي تعتبر بهذا حقا إجرائيا تتحرك عند عدم فعالية الحماية القانونية و هي حق مستقل عن الحق الموضوعي يوجد إلى جانبه لتعزيز الحماية القانونية.

و تعتبر الدعوى من المسائل التي يصعب فيها بيان ما يدخل في مجال قانون القاضي¹، و هي محل خلاف²، حيث تعتبر من المسائل المختلطة³، التي تضم قواعد إجرائية و قواعد موضوعية⁴، ولدراة القانون الواجب التطبيق على الدعوى فصل الفقه في دراسة القانون المطبق على كل شرط من شروطها.

في مقابل ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أن التكييف الإجرائي أو الموضوعي للقواعد المطبقة على القواعد المطبقة على الدعوى القضائية لا يثير مشاكل كبيرة⁵، و هناك من يرى وجوب تحديدها بدقة لأنها مرتبطة بالحق الموضوعي نفسه⁶.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 208، ص 796.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 187.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 243، 244.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 270، ص 204.

⁵ - Y.LOSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 437-1، p 541.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit، n° 442، p 359.

و بهذا التحليل إذا كانت الدعوى حق إجرائي و ليست حقا موضوعيا ، فهي تتميز عن الحق الموضوعي الذي تحميه، إلا أن هذا لا يمنع من وجود نقاط التقاء بينهما، فالدعوى تحقق اتصال الحق الموضوعي بالإجراءات لضمان توقيع الجزاء، كما أن تصنيف الدعاوى القضائية يكون بحسب أنواع الحقوق الموضوعية، بالإضافة إلى أنه من أجل التقاضي لابد من تبرير اعتداء أو إضرار بالمصلحة عندما يرفع الشخص دعوى يدعي تكريس أو إنكار حق موضوعي¹، ذلك أن المصلحة شرط لقبول الدعوى و تبرر المصلحة باعتداء على حق موضوعي²، ومن خلال التعرض لشروط قبول الدعوى قد يتبين عكس ذلك.

2- القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية:

من المبادئ المستقرة في معظم التشريعات الحديثة أن حق التقاضي مكفول للجميع و طينون أو أجنب³، و تحتل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق مركزا هاما في القانون القضائي الخاص الدولي و ازدادت أهمية خاصة عند الاعتراف للأجنبي بحق الالتجاء إلى القضاء بتقرير اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى بين الأجنب⁴.

نظرا لصعوبات إسناد الدعوى القضائية في المنازعات الدولية⁵، تعددت الآراء و اختلفت بشأن إخضاع الدعوى القضائية لقانون واحد أو لقوانين متعددة بحسب طبيعة المسألة المتنازع فيها، حيث تخضع الدعوى لقانون واحد يتمثل في قانون القاضي أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و هذا لاعتبار الدعوى مسألة إجرائية بحتة مرتبطة بسير الجهاز القضائي⁶، لاعتبارها مؤسسة إجرائية تظهر عبر أعمال إجرائية فالتكييف الإجرائي يتطلب تطبيق قانون القاضي بدون قبول

¹ - Cf. J.VINCENT، S.GUINCHARD :Op.cit، n° 67، p 115، 116.

² - مفهوم مصلحة التقاضي يشكل رابطة بين الدعوى و الحق، لكن قد يؤدي إلى الخلط بينهما، عندما يشترط القانون أن تكون المصلحة قانونية أو شرعية و اشتراط أن يكون للشخص مصلحة للتقاضي من أجل قبول دعواه أو طلبه أو دفعه، فالتحقق المرد من وجود الحق الموضوعي يمر عبر دعوى قضائية، و عند تعريف الحق بأنه مصلحة شرعية محمية قانونا. انظر: J.VINCENT، n° 67، S.GUINCHARD : Op.cit، p 116.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 195.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 244.

⁵ - ...l'action en justice. dont les difficultés de rattachement dans les litiges internationaux sont liées à l'ambiguïté foncière de l'action débouchant en droit international privé sur un conflit de méthodes، M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit، n°10.

⁶ - انظر محمد عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص 195، 196، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 246، 247.

احتمال وقوع تنازع قوانين¹، أو باعتبارها تهدف إلى تحقيق الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني المتنازع فيه و هي مقررة لصالح الأفراد و بالتالي ترتبط بعلاقات القانون الخاص لهذا يتعين تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع².

لكن إخضاع الدعوى القضائية لقانون القاضي يجعلها عملاً إجرائياً يشبه المطالبة القضائية، والواقع أنها تتميز عنها³، و هذا الحل المقترح في القانون البريطاني خاصة مع بعض الاستثناءات لم يكرس في فرنسا لأنه لا يتفق مع الروابط المتعددة للحق في رفع الدعوى مع عناصر موضوعية للنزاع كشرط الصفة في التقاضي الذي يرتبط مباشرة مع اعتبارات موضوعية⁴، كما أن تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع على الدعوى يجعل تطابقاً بينها و بين الحق الموضوعي المطالب به⁵، كما يرى الفقه الفرنسي⁶ أنه من الصعب تصنيف الدعوى مع الحقوق الموضوعية بصفة بحتة، ذلك أنها " المرحلة النهائية لممارسة الحقوق " تستجيب بالضرورة لاعتبارات المصلحة الخاصة التي تتمحور حول الاهتمام بضمان فعالية حقوق الأفراد⁷.

و لا ينكر الفقه السابق قابلية أن يكون تنظيم الدعوى من اهتمام سير المرفق العام للقضاء وتطبيق قانون أجنبي، الذي يعبر عن افتراض وجود تنازع قوانين غير متصورة، لأن سلطات القاضي كأى سلطات هيئة وطنية رسمية تابعة للدولة لا يمكن أن تحدد بموجب قانون آخر غير قانون الدولة، فلا تتعلق المسألة بمناهج تنازع القوانين و إنما بتنازع الاختصاص القضائي الذي يتطلب التطبيق الضروري و المانع لقانون القاضي⁸.

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n° 11.

² - انظر محمد عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص 195، 196، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 246، 247.

³ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 246، 247.

⁴ - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n° 11.

⁵ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 246، 247.

⁶ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 12.

⁷ - « Mais il paraît difficile de ranger l'action purement et simplement dans les tiroirs des droits substantiels. Certes, l'action qui n'est que la « phase finale de l'exercice des droits » paraît obéir essentiellement à des considérations d'intérêt privé tournées vers le souci d'assurer l'efficacité des droits subjectifs consentis aux particuliers ».

⁸ - Toutefois l'on ne serait méconnaître que la réglementation est susceptible aussi d'intéresser le fonctionnement du service public de la justice, ...Or, sur ce point, l'application d'une loi étrangère, et donc la virtualité d'un conflit de lois paraissent inconcevables. Les pouvoirs du

لهذا يميل الرأي السائد في الفقه إلى ضرورة تطبيق أكثر من قانون على الدعوى و هذا بالنظر إلى الطبيعة الإجرائية أو الموضوعية لكل شرط من شروط قبول الدعوى¹، أو بالنظر إلى وظيفة الدعوى، حيث أن الشروط العامة والمتمثلة في الغالب في المصلحة والصفة والأهلية و عدم انقضاء الحق بالتقادم قد تخضع في بعض جوانبها لقانون القاضي وفي جوانب أخرى للقانون الذي يحكم موضوع النزاع²، حيث يرى هذا الفقه أن الدعوى ذات طبيعة مختلطة أو هجينة³، و بالتالي فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية تتم بالنظر إلى تحليل العناصر المكونة للدعوى إلى عناصر متصلة بالإجراءات.

إن إثبات الصفة الإجرائية للقواعد المقررة للشروط العامة لقبول الدعوى لا يعني خضوعها في جميع ما يتعلق بها لقانون القاضي، فما يخضع لقانون القاضي منها هو، بصفة عامة، جانبها المتعلق بتقريرها و تحديد مفهومها، أما جانبها المتعلق بتقدير توفرها أو تخلفها فيخضع، كقاعدة عامة، للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، و في ذلك دليل على صحة الاستهداء بالغاية المبتغاة من الشرط في تحديد طبيعته الإجرائية أو الموضوعية، فالمقتضيات الإجرائية الكامنة وراء تقرير الشروط العامة لقبول الدعوى لا تستلزم إخضاع هذه الشروط لقانون القاضي إلا فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي يكون فيه على مرفق القضاء أن يتدخل لتقرير الحماية القضائية المنوط به توفيرها⁴.

وهذا ما يعبر بعض الفقه⁵ عنه بوجود العدول عن مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق في مسألة الدعوى القضائية لأن هذا ما تفرضه اعتبارات العدالة والملائمة، بالرغم من أن مبدأ وحدة

« juge, comme ceux de n'importe quel organe étatique, ne peuvent être définis par une autre loi que celle de l'Etat dont il relève. La matière ne ressortit plus aux méthodes des conflits de lois mais relève de celle des conflits de juridictions ordonnant l'application nécessaire et exclusive de la loi du for. M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 12.

¹ - انظر محمد عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص 196، 197، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 247، 248.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 248.

³ - « La nature hybride du droit d'agir en justice » cf. M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 502، p 361 ; « L'action est une notion hybride » cf. M-L.NIBOYET : Op.cit, n° 3.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 84، ص 106، 107.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولي، المرجع السابق، بند 57، ص 72، 73.

القانون الواجب التطبيق في تنازع القوانين تفرضه مبادئ السياسة التشريعية ولتفادي تعدد القوانين المطبقة على مسألة قانونية واحدة وهو المعمول به في مجال العقد الدولي.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شروط قبول الدعوى

أول عمل يقوم به القاضي عندما ترفع أمامه الدعوى بحث مسألة اختصاصه خاصة في المسائل التي يرتبط بها الاختصاص بالنظام العام، و إذا تأكد من اختصاصه يتطرق لبحث شروط قبول الدعوى لأن قبولها يؤكد أن رافعها صاحب حق في رفعها، و إذا لم تتوفر الشروط فإن الدعوى لا تكون مقبولة و يكون المدعي قد استخدم حقه في الالتجاء إلى القضاء و يصدر القاضي حكماً بعدم قبول الدعوى و ليس برفضها لأن رفض الدعوى يعتبر قضاء في الموضوع¹، فقبل البحث عما إذا كان الطلب مؤسسا يجب على القاضي أن يفحص ما إذا كان مقبولاً أو لا ، لأن شروط افتتاح الدعوى لها علاقة مع قبول الطلب القضائي فهذا الأخير يكرس، بالمفهوم الإجرائي، ممارسة الدعوى².

و شروط قبول الدعوى شروط عامة تطبق على جميع أنواع الدعاوى سواء كانت موضوعية أو وقتية، ابتدائية أو عارضة³، مرفوعة أمام محاكم الدرجة الأولى أو الثانية⁴.

بالنسبة للفقهاء التقليدي تمثل شروط رفع الدعوى في وجود حق والمصلحة والصفة والأهلية، يتعلق الشرطان الأولان بوجود الدعوى والشرطان الأخيران بممارستها، وقد تم انتقاد هذا التصور باعتبار الأهلية شرط لصحة الدعوى⁵، ويرى بعض الفقهاء⁶ أن الشروط المتعلقة بالمقاضي تمثل في المصلحة والصفة، ويرى بعض الفقهاء⁷ أن شروط سماع الدعوى تمثل في المصلحة والصفة والأهلية،

¹ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 200.

² - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 98، p 137.

³ - أي مرفوعة بموجب طلب عارض بالتدخل.

⁴ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 200.

⁵ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 98، p 137.

⁶ - J.VINCENT، S.GUINCHARD : Op.cit، n° 99، p 138.

⁷ - انظر خليل جريج: المرجع السابق، ص 69.

وهناك من يضيف احترام الآجال¹، وهناك من يرى أن شروط قبول الدعوى هي المصلحة والصفة وعدم منعها قانونا كعدم مخالفتها للنظام العام واحترام الميعاد المحدد لرفعها²، ويضيف البعض الآخر شرط عدم سبق الفصل فيها وعدم الاتفاق على التحكيم³، ويرجح البعض المصلحة كشرط وحيد لقبول الدعوى⁴، والفقهاء الذي يميز بين الدعوى القضائية والمطالبة القضائية يجعل المصلحة القانونية الشخصية والمباشرة والحالة والقائمة شرط لقبول الدعوى ويجعل الأهلية شرط لقبول المطالبة القضائية⁵، ويرى بعض الفقهاء⁶ أن قانونية المصلحة هو ما يعبر عنه بشرط وجود الحق أي أن تستند الدعوى على حق أو مركز قانوني يراد تقريره أو حمايته، أما شرط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة فهو ما يعبر عن الصفة وهي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يمثله، ومن الفقهاء⁷ من يعتبر أن شروط الدعوى متماثلة في الأنظمة القانونية وتقسم إلى شروط شخصية تتعلق بشخص المدعي والمدعى عليه وتمثل في الأهلية والصفة، أما المصلحة فهي امتياز مجرد للمدعي، وشروط موضوعية تتعلق بآجال التقاضي وعدم التعارض مع حجية الشيء المقضي فيه، لكن من جهة أخرى يعتبر وجود الحق في التقاضي مرتبط باجتماع شرطين هما الصفة ومصلحة التقاضي وفي المقابل لا تشكل الأهلية شرطا لافتتاح الدعوى وإنما هي شرط لوجود أي حق ما دام أنها مرتبطة بوجود الشخصية القانونية⁸.

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 442, p 359 ; Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 437-1, p 541 ; P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 495, p 368.

² - أحمد مسلم: أصول المرافعات، ص 338، مذكور في نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 200.

³ - أحمد أبو الوفا: المرافعات، ص 106، مذكور في نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 200.

⁴ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 200، انظر خليل جريج: المرجع السابق، ص 69.

⁵ - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 797.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 797.

⁷ - M-L.NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 506, 513, p 364. 368 .

⁸ - « L'existence du droit d'action est subordonnée à la réunion de deux conditions générales : la qualité et l'intérêt pour agir. La capacité ne figure pas en revanche parmi les conditions d'ouverture de l'action. La capacité de jouissance du droit d'ester en justice peut être analysée comme une condition d'existence de l'action. Mais, comme elle s'identifie à l'existence juridique de la personne, c'est une condition d'existence de tout droit », M-L.NIBOYET-HOEGY : action en justice, n° 21.

ومادام أن الحق محل الدعوى يخضع للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، ومادام أن أغلب الفقه، وإن اختلفت آرائهم، يعتبرون المصلحة شرطاً ضرورياً لقبول الدعوى ومتى كانت شخصية ومباشرة فإنها تعبر عن الصفة، فعدم وجود الحق يجعل المصلحة معدومة¹، والمصلحة شرط لوجود الدعوى ولقبول الطلب القضائي²، في حين أن الصفة ليست سوى وجه من أوجه قيام المصلحة، أما الأهلية فهي شرط لقبول الطلب القضائي³، وهي تخضع لقانون جنسية الشخص، فلهذا يتعين البحث في كل من المصلحة (البند الأول) والصفة (البند الثاني) وبحث الاختلافات الفقهية فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليهما.

البند الأول: شرط المصلحة في الدعوى

يعتقد بعض الفقه⁴ أن المصلحة شرط لوجود الدعوى القضائية و في نفس الوقت شرط لقبول الطلب القضائي، و هي شرط مسلم به حتى و لو لم يرد نص قانوني بشأنه⁵، وقد تكون المصلحة الشرط الوحيد للدعوى، فحيث لا مصلحة لا دعوى، و هي لصيقة بالمركز الموضوعي المتنازع فيه وتنعكس على صاحب المركز أو الحق المتنازع فيه لهذا يتم تقديرها بالنظر للحق الموضوعي.

لا يمكن التوسع في تقدير المصلحة بعيداً عن الحق موضوع الدعوى، لهذا يتم التمييز بين سماع الدعوى و صحتها، حيث يعتبر وجود الحق شرط لوجود الدعوى لأنه مصدرها و تعتبر المصلحة شرط لقبول الدعوى⁶.

فإذا كانت المصلحة شرط لقبول الدعوى أي شرط لقبول الطلب القضائي، و في نفس الوقت شرط لوجودها، و ارتباطها بالحق الموضوعي المتنازع فيه، فهذا يعني ارتباط الدعوى بالحق الموضوعي، و هذا ما قال به أصحاب النظرية التقليدية في اعتبار الدعوى الحق الموضوعي المطالب به.

¹ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 70.

² - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 238.

³ - حيث تدخل الصفة في خصائص المصلحة التي يجب أن تكون شخصية و مباشرة، فالصفة هي المصلحة الشخصية و المباشرة، و الأهلية شرط لصحة المطالبة القضائية و يترتب على انتفاؤها دفع شكلي لا دفع بعدم القبول، انظر خليل جريج: المرجع السابق، ص 70.

⁴ - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 238.

⁵ - أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، بند 101، ص 121.

⁶ - انظر خليل جريج: المرجع السابق، ص 71، 72.

تعرف المصلحة بأنها مناط الدعوى و أن لا دعوى بغير مصلحة، و هي المنفعة التي يحصل عليها المدعي عند التجائه إلى القضاء¹، فهي المنفعة المادية أو المعنوية اقتصادية كانت أو اجتماعية يدعيها الشخص أو يدعي طلب حمايتها قانوناً²، و الدفع بانتفاء أو عدم توفر المصلحة مرتبط بالنظام العام³.

مادام أن التكييف يعتبر مسألة أولية قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، لا بد من الفصل في مسألة تحديد طبيعة المصلحة و ما إذا كانت تعتبر شرطاً إجرائياً يخضع لقانون القاضي أو شرطاً موضوعياً يخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع و الذي قد يكون قانوناً أجنبياً أو قانون القاضي، و من هنا يرى بعض الفقه الفرنسي⁴ أن الشروط الأساسية لقبول الدعوى، بما فيها المصلحة، مرتبطة بالحق الموضوعي و لا بد من تحديد تكييفها الإجرائي أو الموضوعي، في حين أن جانباً آخر من الفقه الفرنسي⁵ يعتبر أن التكييف الإجرائي أو الموضوعي لا يثير إشكالات كبيرة نظراً للطبيعة المختلطة لشروط ممارسة الدعوى مما يجعل من غير المؤكد توزيع الاختصاص بين قانون القاضي و القانون الذي يحكم الموضوع.

و يتفق أغلب الفقه⁶ أن اشتراط المصلحة يهدف إلى قطع المنازعات غير الضرورية أو عديمة الفائدة، و التخلص من ازدحام المحاكم، و عدم إزعاج المدعى عليه في غير ضرورة بادعاءات غير صحيحة، و من أجل وضع حدّ للمنازعات غير الجادة و للتخفيف من تكديس القضايا، و هذا الهدف يجعلها ذات طبيعة إجرائية واضحة⁷، و هذا ما أعلنته محكمة النقض الفرنسية¹، و ما يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي.

¹ - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، بند 101، ص 121.

² - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 238.

³ - خليل جريج: المرجع السابق، ص 74.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 442, p 359.

⁵ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 437-1, p 541.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit, n° 444, p 360 ; P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 496, p 369 ; M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 513, p 368 ;

أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، بند 63، ص 78، أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 121.

⁷ - B.AUDIT : Op.cit, n° 444, p 360 ; P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 496, p 369 ;

أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، بند 63، ص 78، 79.

و المصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية و يشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة حالة²، و لقد اختلف الفقه فيما يخص القانون الواجب التطبيق على أوصاف المصلحة وكونها قائمة أو ناشئة، حالية، شخصية و مباشرة³.

فالفقه الفرنسي⁴ الذي اتبع ما أعلنته محكمة النقض من اعتبار المصلحة ذات طبيعة إجرائية، مع التحفظ على الحالة التي لا يمنح فيها القانون المطبق على الموضوع حقوقا للمتناضي، اعتبر أن المصلحة ذات طبيعة مختلطة، وإن كانت ذات طبيعة إجرائية فإن القانون المطبق على الموضوع يحتفظ بمجال تحديد مفهومها و صفاتها القائمة و الحالية و المباشرة.

لكن الفقه الفرنسي⁵ الذي انطلق من الطابع الإجرائي لشرط المصلحة المستخلص من هدفها، اعتبر أن قاعدة "أن المصلحة يجب ألا تكون طفيفة أو تافهة" تفرض نفسها على القاضي حتى ولو كان القانون المطبق على الحق الموضوعي لا يعرفها، و بالتالي فالقانون المطبق هو قانون القاضي.

و من جهة أخرى، بعض الفقه الفرنسي⁶ و انطلاقا من ارتباط الدعوى مع مضمون الادعاء الذي يحركها فضل تطبيق قانون موضوع النزاع و تطبيق الحل على القاعدة السابقة "أن المصلحة التافهة تعني انعدام المصلحة" و أن تقديرها يختلف حسب موضوع النزاع، و بالتالي يطبق قانون موضوع النزاع، بالرغم من أن هذا الرأي اعتبر أن تقييم وجود مصلحة المتناضي يكون حسب معايير قانون القاضي.

¹ - Civ.1، 4 déc 1990، Sté COVECO، cité par B.AUDIT : Op.cit، n° 444، p 360.

² - أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، بند 102، ص 123.

³ - المصلحة القانونية يعني أنها تستند إلى حق فيجب أن يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو بمركز قانوني، و لا يجوز الادعاء بمصلحة غير قانونية أي غير مشروعة، و تكون المصلحة قانونية إذا كان القانون يعترف بها و يحميها، و تكون المصلحة غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام أو إذا كانت اقتصادية، و المصلحة الشخصية و المباشرة تعني أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته و هي ما يعبر عنها بالصفة، و المصلحة القائمة و الحالة تعني أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدي عليه بالفعل، انظر أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 123، نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 239.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit، n° 444 ، p 360.

⁵ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 496، p 369.

⁶ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 513، p 368.

ويتفق أغلب الفقه على اختصاص قانون القاضي لتقدير الطابع القائم والحالي لمصلحة التقاضي¹، فاشتراط المصلحة القائمة والحالية يعتبر قاعدة إجرائية² لأنه مرتبط بتصور دور القاضي وبالتالي غير قابل للاستبعاد بقاعدة أجنبية³.

فعالمية شرط المصلحة تمكن من تقييم مصلحة التقاضي حسب معايير قانون القاضي بدون طرح التساؤل حول احتمال تنازع القوانين⁴، وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أن اشتراط المصلحة القائمة و الحالية يخضع بالنظر لطابعها الإجرائي لقانون القاضي⁵.

أما اشتراط أن تكون المصلحة محمية قانوناً فهو مرتبط بالحق الموضوعي⁶، و أن القانون الذي يجب استشارته ليس قانون القاضي و إنما القانون الذي يحكم موضوع النزاع⁷، فتقدير شرعية المصلحة المتمسك بها و الفصل في مسألة ما إذا كانت المصلحة المحتج بها يجب أن تكون مادية أو تكفي المصلحة المعنوية يقدر حسب موضوع النزاع و بالتالي يطبق قانون موضوع النزاع⁸.

و يرى الفقه العربي⁹ تطبيق قانون القاضي على بيان معنى المصلحة لأن تقدير احتياج الشخص لحماية القضاء بالالتجاء إليه بالدعوى هو من الأمور العامة التي تتصل بتنظيم أداء القضاء، فقانون القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان من اللازم لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة وحالة أو أنه يمكن قبولها على أساس المصلحة المحتملة، و هو الذي يقرر أيضاً مما إذا كانت المصلحة المادية واجبة لقبول الدعوى أم أنه يكفي لقبولها المصلحة الأدبية، و قانون القاضي هو الذي يحكم

¹ - Cf. M-L.NIBOYET-HOEGY : Action en justice، Op.cit، n° 60.

² - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 437-1، p 541، B.AUDIT : Op.cit، n° 444، p 360.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 496، p 369.

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 513، p 368.

⁵ - Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 1990، M-L.NIBOYET-HOEGY : Action en justice، Op.cit، n° 59.

⁶ - Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL : Op.cit، n° 437-1، p 541.

⁷ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 496، p 369.

⁸ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 513، p 368.

⁹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 800، 801، أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، بند 62، ص 77، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 205.

شروط المصلحة و تحديد أوصافها، فهو الذي يسري بشأن تحديد مشروعية المصلحة و كونها قائمة و حالة، مباشرة و شخصية.

لكن بعض الفقه¹ استثناء من قاعدة خضوع المصلحة لقانون القاضي، اعتبر أن مسألة قانونية المصلحة، أي أن يكون لرافع الدعوى حق يريد حمايته، تخرج من نطاق تطبيق قانون القاضي وتخضع للقانون الذي يسري في شأن الحق المدعى به، كما أن مسألة بيان ما إذا كانت المصلحة التي يقرها القانون و يحميها من طبيعة مادية أو أدبية تدخل في نطاق اختصاص القانون الذي يحكم الموضوع أي الحق المدعى به، و يترتب على ذلك أنه يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى في دولة القاضي إذا تبين أن القانون (الأجنبي) الذي يحكم الحق المدعى به لا يقره أو لا يحميه بعد انقضاء مدة زمنية معينة أو إذا تبين أن شروط نشأته لم تتوفر حتى ولو كان قانون القاضي يعترف به.

وللقانون الفرنسي تصور أقل توسعا للتكييف الإجرائي مقارنة مع القانون الأنجلوسكسوني²، من حيث توزيع الاختصاص بين قانون القاضي والقانون الذي يطبق على الموضوع، وهذه هي حالة المصلحة و الصفة، فإذا كان اشتراط مصلحة قائمة و حالة حسب محكمة النقض قاعدة إجرائية فإن شرط المصلحة المحمية قانونا يرتبط بالحق الموضوعي³.

والطابع الإجرائي للمصلحة و لقاعدة (لا مصلحة لا دعوى) هو الظاهر، اشتراط أن تكون المصلحة قائمة و حالة و صفاتها عند قبول بعض الطلبات الوقائية غير قابلة لاستبعادها بقاعدة أجنبية، لكن اشتراط أن تكون المصلحة محمية قانونا قاد لفترة طويلة الغرفة المدنية لمحكمة النقض لإعلان عدم قبول دعوى المسؤولية التي ترفعها الخلية وهذا الشرط مرتبط مباشرة بالموضوع، فالمصلحة محل التساؤل تتعلق بالضرر الذي يشكل أساس تعويض الخلية فمادام أنها لم تتعرض لضرر يستحق التعويض لم يكن لها الحق في التعويض، و بالتالي فإن قانون القاضي لا يطبق وإنما القانون الذي يحكم الموضوع هو الواجب التطبيق⁴.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 205.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 441, p 359.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 437-1, p 541.

⁴ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 496, p 369.

وخلاصة القول أن شرط المصلحة في الدعوى هو ذو طبيعة مختلطة وهذا ما يؤدي إلى مزاحمة القانون الأجنبي الذي يحكم موضوع النزاع قانون القاضي الذي يحكم المسائل الإجرائية، فقانونية المصلحة تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بسبب ارتباطها بالحق محل الدعوى أمّا شرعية المصلحة فتخضع لقانون القاضي بسبب ارتباطها بالنظام العام، فلا يمكن المطالبة بحق غير مشروع في قانون القاضي ولو كان مقررا في القانون الأجنبي، أمّا اشتراط ألا تكون المصلحة تافهة فيخضع لقانون القاضي من أجل منع دعاوى التافهة التي يريد المدعي من خلالها الحصول على مصلحة قليلة لأن الأمر يرتبط بمرفق القضاء، واشتراط أن تكون المصلحة قائمة وحالة يخضع لقانون القاضي، وفي هذا تشير المادة 13 ق إ م إ إلى أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، والمقصود بالقانون هنا هو قانون القاضي وهذا دليل على أن اشتراط أن تكون المصلحة قائمة وحالة أو أن تكون محتملة يخضع لقانون القاضي، أمّا اشتراط أن تكون شخصية ومباشرة يجعلها تعبر عن شرط الصفة، وفي البند الموالي سيتم البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها.

البند الثاني: شرط الصفة في الدعوى

لم تثر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة في الدعوى نقاشا حادا في إطار القانون الدولي الخاص إذ أن هناك شبه إجماع بين الفقه على خضوع شرط الصفة في الدعوى للقانون الذي يحكم موضوع النزاع¹.

تتقابل الصفة مع المصلحة عندما يتصرف المدعي لحسابه الخاص، فتصبح شرطا خالصا عندما يمنح القانون حق ممارسة الدعوى لبعض الأشخاص بصفة حصرية خاصة في قانون الأسرة (الطلاق، نفي الأبوة...) هذا التحديد يشير بصفة عامة إلى منح المعني بالأمر تقدير مدى ملائمة رفع الدعوى أو عدم رفعها، و هنا يكون رافع الدعوى محل تقدير شخصي ممّا يتطلب تطبيق القانون الذي يحكم الموضوع².

¹ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 252.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 444, p 360. « la qualité se superpose à l'intérêt lorsque le demandeur agit pour son propre compte, elle devient une condition propre lorsque la loi réserve l'exercice de l'action à certaines personnes exclusivement notamment en droit de la

فدائرة الأشخاص الذين لهم المصلحة في رفع الدعوى ليست مماثلة لأصحاب الحق في رفع الدعوى، فكل اختلاف بين الدائرتين مرتبط بتصور الصفة التي تتضمن قواعد مختلفة عن قواعد المصلحة، وبصفة عامة فإن من بين الأشخاص الذين لهم المصلحة في رفع الدعوى، واحد فقط له صفة رفع الدعوى بادعائه بأنه صاحب الحق الشخصي، وهذه القاعدة موجهة لفرض احترام أحد الامتيازات المرتبطة بالحق الشخصي يتمثل في حرية ممارسة حق رفع الدعوى أو عدم ممارسته، فهي إذن ليست إجرائية¹.

ويمكن تعريف صفة التقاضي بأنها شرط حصول أو امتلاك حق التقاضي وهي شرط أول من أجل منح حق التقاضي في عدة فرضيات، ففي الدعاوى العادية يبدو الشرط متوفرا بحيث يكفي أن يدعي الشخص أنه صاحب حق شخصي من أجل الحصول على ممارسة حق التقاضي والدفاع عن حقه الشخصي قضائيا، في فرضيات أخرى يحدد القانون بصفة خاصة دائرة أصحاب حق التقاضي عن طريق اشتراط تبرير صفتهم الخاصة، صفة التقاضي تمنح للشخص الذي يمارس الدعوى لحسابه الخاص واختصاص القانون الذي يحكم الموضوع مفروض بدون نقاش².

إذن لا تعتبر الصفة من قواعد الإجراءات ولا تخضع لقانون القاضي، ذلك لأن معنى الصفة هو كون الشخص هو صاحب الحق المدعى به أو كونه نائبا عنه، ولا شك أن القانون الذي يحكم

famille. Cette limitation vise en général à permettre à l'intéressé d'apprécier l'opportunité d'agir ou de ne pas agir ; c'est là une considération d'ordre substantiel qui commande d'appliquer la loi de fond ».

¹ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 497, p369, 370. « le cercle des personnes qui ont intérêt à agir n'est pas identique à celui des titulaires du droit d'agir. Toute différence entre les deux cercles est rattachée au concept de qualité, qui recouvre en fait des règles très diverses. De façon général, seul, parmi les personnes intéressées, a qualité pour agir le prétendu titulaire du droit subjectif. La règle est destinée à imposer le respect de l'une des prérogatives attachées au droit subjectif. la liberté d'en user ou de ne pas en user. Elle n'est donc pas essentiellement procédurale ».

² - M.L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 508, p 365, « la qualité pour agir peut être définie comme la condition de titularité ou d'appartenance du droit d'action. C'est donc la condition première pour se voir conférer le droit d'agir...la qualité pour agir est attribuée à celui qui exerce l'action pour son propre compte et la compétence de la loi du fond s'est imposée sans discussion »

كون الشخص صاحب حق أم ليس صاحبا له هو القانون الذي يحكم الموضوع وليس قانون القاضي¹.

جانبا من فقه المرافعات اعتبر صفة الخصوم في الدعوى مجرد تعبير عن أحد شروط المصلحة وهي كونها شخصية ومباشرة، بينما ينظر جانب آخر من الفقه على أنها شرط مستقل لقبول الدعوى يقوم إلى جانب شرط المصلحة²، ويرجع سبب اعتبار الصفة من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع للصلة الوثيقة التي تربط بين الصفة في الدعوى والحق الذي وقع عليه الاعتداء، فمادام أن الدعوى هي وسيلة حماية الحق المعتدى عليه فإنه لا يمكن رفعها إلا من الشخص ذو الصفة بأن يكون هو صاحب الحق المدعى به أو نائبا عنه³.

فإذا ما وقع الاعتداء على الحق المدعى به فإن مباشرة الدعوى يجب أن تتم بمعرفة صاحب هذا الحق قبل أو في مواجهة الشخص الذي اعتدى على هذا الحق أو ينازع في المركز القانوني للمدعي، و يعبر عن هذا بأنه يجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، فالصفة يقصد بها أن يكون صاحب الحق المدعى به هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع بطلب تقرير هذا الحق الموضوعي أو حمايته⁴، كما يجب أن يكون الشخص الموجه ضده الادعاء ذو صفة في الدعوى.

إن الشخص المؤهل للتقاضي أي الذي تمنح له صفة التقاضي أو حق التقاضي ليس دائما هو الشخص الذين له الحق في اللجوء إلى القضاء، فقد تتشابه شروط ممارسة الدعوى والحق المتنازع فيه و قد يختلفان أو يتباعدان لفائدة توسيع حق أو صفة التقاضي لشخص آخر غير صاحب الحق المتنازع فيه، وفي هذين الفرضين يمكن أن تختلف حلول تنازع القوانين⁵.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 799، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 274، ص 206، انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 199.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 274، ص 206.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 199، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 252.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 252.

⁵ - M.L.NIBOYET : Action en justice, Dalloz, n°22, « la notion de qualité pour agir qui fait l'objet de nombreuses controverses peut être assez simplement définie comme la condition de titularité du droit d'agir en justice. La liste des personnes qualifiées pour agir, c'est-à-dire des personnes auxquelles un droit d'action est accordé, ne s'identifie pas toujours à celles des titulaires du droit déduit en justice. Tantôt les conditions d'appartenance de l'action et du droit

فإذا كانت سلطة استعمال الحق في الدعوى تثبت لصاحب الحق المعتدى عليه في مختلف الفروض، فإن القانون مراعاة منه لاعتبارات قد تتعلق بالطبيعة المجازية للشخص القانوني أو بنقص أهليته، و قد تتعلق بالحرص على توفير رعاية خاصة لبعض الأفراد عملا على اطراد المعاملات القانونية أو توفيراً للسكينة في المجتمع قد تثبت تلك السلطة لغير صاحب الحق المعتدى عليه كأن تثبت لممثله القانوني أو لدائنه، ويعدّ كل من تثبت له سلطة استعمال الحق في الدعوى صاحباً للصفة في الدعوى، سواء المدعي أو المدعى عليه¹.

وتعريف الصفة في الدعوى لا يؤدي إلى اختلاطها بمسألتي أهلية التقاضي والوكالة في الخصومة بل على النقيض إلى تمييزها عنهما، فالصفة في الدعوى تتحصل وظيفتها في تحديد الأشخاص الذين تكون لهم إحدى السلطات التي تشكل مضمون الحق في الدعوى وهي سلطة استعماله، فيكون صاحب السلطة في استعمال الحق أن يباشرها بنفسه، أما مسألة الوكالة فهي أن ينيب غيره في مباشرتها، أما مسألة أهلية التقاضي فهي تحدد الشرط أو مجموعة الشروط التي يتعين على صاحب الصفة في الدعوى أن يستوفيها².

فعندما يمنح القانون بصفة استثنائية لشخص آخر غير صاحب الحق، الحق في رفع الدعوى لحساب صاحب الحق، مثل الدائن عند ممارسة الدعوى غير المباشرة، ممثل الشخص المعنوي، الشركاء عند البحث عن مسؤولية الإداريين في مواجهة الشركة، يتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم العلاقة بين صاحب الحق و الشخص الذي يخول له ممارسة الدعوى، وهو بحسب الحالات القانون الذي يطبق على الدين، القانون الذي يحكم الشركة، وهذا تطبيق متميز لمبدأ الحل الوظيفي لتنازع فئات

substantiel litigieux correspondent étroitement : il en est ainsi dans tous les cas où la qualité pour agir est attribuée au titulaire du droit litigieux. Tantôt elles divergent au bénéfice d'une extension du droit d'agir à d'autres personnes que les titulaires du droit litigieux. Dans les deux séries d'hypothèses, les solutions du conflit de lois peuvent être différentes ».

¹ - وحسب عنايت عبد الحميد ثابت من الأحسن أن يستبدل "تعبير سلطة استعمال الحق في الدعوى" و هو التعبير الذي يقدمه تعريفاً لتعبير "الصفة في الدعوى" لا سيما و أن التعبير الذي يقترحه هو أدل بمنطوقه على مفهومه كما أن تعبير "الصفة في الدعوى" كثيراً ما يؤدي إلى اللبس أو يفضي إلى الخلط بحكم تعدد المعاني التي يستعمل للدلالة عليها في مجال الدعوى القضائية، انظر عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 98، ص 138، 139.

² - عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 99، ص 141 140. فهل يجب أن يكون الوكيل محامياً أم أن ذلك ليس ضرورياً إذ يكفي أن يكون قريباً، و ما هو نطاق الوكالة الإجبارية و ما هي صلة القرابة المستلزمة

الإسناد¹، إذ يجب الرجوع لقانون المؤسسة (التنظيم: الدين، الشركة) لمعرفة من يمنح له حق رفع الدعوى².

لكن يعتبر قانون القاضي، عند بعض الفقه³ هو صاحب الاختصاص فيما يتعلق بتقرير شروط قبول الدعوى، ومؤدى ذلك أن يكون هو المرجع في شأن تفسير هذه الشروط فهو القانون الذي يحدد من تكون له سلطة المطالبة بالحق المعتدى عليه أمام القضاء، وعليه، فإذا كان المراد بالحق المعتدى عليه في دولة القاضي هو الحق الذاتي أو الموضوعي فقانون القاضي هو المرجع في شأن تحديد ما إذا كانت سلطة المطالبة به أمام القضاء لا تثبت إلا لصاحبه أو لمن ينوب قانونا عنه، وإذا كان قانون القاضي يحدد مفهوم الصفة في الدعوى بحيث يقصر سلطة رفع الدعوى على صاحب الحق المعتدى عليه أو على من يكون نائبا قانونيا عنه فإنه يدخل في اختصاصه بيان ما إذا كان تحديده لمفهوم الصفة هو تحديد صارم لا يرد عليه استثناء أم أن الدعوى تكون في بعض الحالات مقبولة بالرغم من أن رافعها ليس صاحبا للحق ولا نائبا قانونيا عنه، فإذا كان قانون القاضي يجهل دعوى من الدعاوى التي لا يكون المدعي فيها صاحبا للحق المعتدى عليه ولا نائبا قانونيا عنه فإنها تكون غير مقبولة في دولة القاضي حتى وإن كان القانون الذي يحكم الحق الذي ترمي هذه الدعوى إلى حمايته يعرفها ويقرر قبولها في الدولة التي يسري فيها، فالتصدي لتحديد القانون الذي يحكم توفر شرط الصفة لا يكون له محل إلا في الحالة التي تكون فيها الدعوى مقررة في دولة القاضي.

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 444, p 360 , 361, « lorsque exceptionnellement une autre personne que le titulaire du droit se voit conférer le droit d'agir pour celui-ci : mère pour la paternité de son enfant, créancier dans l'exercice de l'action oblique, représentant d'une personne morale, associés en vue de rechercher la responsabilité des administrateurs envers la société . on se référera alors en principe à la loi qui régit le lien entre le titulaire du droit et celui qui prétend exercer l'action ; selon les cas, la loi personnelle, la loi de la créance, celle de la société...C'est une application caractéristique du principe de solution fonctionnelle du conflit de catégories ».

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n°497, p 369 et s, « ...des exceptions à la règle : droit pour la mère d'agir en recherche de paternité naturelle dans l'intérêt de son enfant, droit pour le créancier d'exercer l'action oblique, droit des associés de rechercher à la place de la société la responsabilité des administrateurs, etc. Il faut appliquer « la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle le droit d'agir est accordé » ».

³ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 100، ص 141، 142.

وهذا يتعين التمييز بين حالتين، الحالة التي يكون فيها المدعي هو صاحب الحق المتنازع فيه، أو ما يصطلح عليه بالصفة المباشرة، والحالة التي يختلف فيها رافع الدعوى عن صاحب الحق المتنازع فيه، أو ما يصطلح عليه بالصفة غير المباشرة.

1- صفة التقاضي لصاحب الحق المتنازع فيه

يميز الفقه بين نوعين من الدعاوى، في الدعاوى العادية « banales » تتوفر شرط الصفة إذا ادعى رافع الدعوى أنه صاحب حق شخصي من أجل الحصول على حق ممارسة هذا الحق والدفاع عنه قضائياً¹، وفي الدعاوى "المصنفة" les actions attirées أي الدعاوى التي يحتفظ بحق رفعها لشخص معين بالذات فإن القانون الذي يحكم الموضوع هو المطبق وبالتالي فإن قانون القاضي غير مختص²، إذ يحدد بصفة خاصة دائرة أصحاب حق التقاضي باشتراط تبريرهم صفتهم³، وفي كلتا الحالتين يطبق القانون الذي يحكم الموضوع.

في الدعاوى العادية، مجرد الاحتجاج أو ادعاء الشخص بأنه صاحب حق يخول له صفة التقاضي، وغالبا ما يجري الاجتهاد القضائي طريقا مختصرا، حيث لا يناقش الصفة، وإنما النقاش يفتح مباشرة حول شروط مدى تأسيس الادعاء، ونفس الطريق المختصر يلاحظ في القانون الدولي الخاص، إذ تقبل الصفة ضمنيا عن طريق استنتاج مدى تأسيس الادعاء، بعد استشارة القانون المطبق على الموضوع، فالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الصفة ليس له ضرورة⁴، حيث يخضع تحقق

¹ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 508، p 365، « dans les actions dites « banales » cette condition est satisfaite à l'évidence. Il suffit en effet de se prétendre titulaire d'un droit subjectif donné pour avoir le droit de faire valoir ce droit en justice ».

² - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n°497، p 370، « dans les cas d'action « attirée »، c'est-à-dire réservée à certaines personnes c'est en fait le droit substantiel lui-même qui est réservé، et la lex fori n'est pas donc compétente ».

³ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 508، p 365، « le droit délimite plus précisément le cercle des titulaires du droit d'agir en exigeant qu'ils justifient d'un titre particulier. L'action est alors dite « attirées » ».

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 508، p 365، 366، « dans les actions banales، le simple fait d'alléguer que l'on est titulaire d'un droit confère qualité pour agir. A donc automatiquement qualité pour agir celui qui se prétend titulaire d'un droit de créance sur le défendeur، par exemple. Le plus souvent la jurisprudence opère un raccourci. La qualité n'est pas discutée، le débat s'ouvre directement sur les

شرط الصفة في الدعوى في الفرضية التي يكون فيها رافع الدعوى هو صاحب الحق المعتدى عليه للقانون الذي يحكم الحق المدعى به.

فالادعاء البسيط لحق ما يمنح الصفة من أجل طرحه أمام القضاء، وتبرير وجود حق ما لصالح المدعي ينعكس على قبول طلبه، لكن اشتراط صفة التقاضي ينتج بصفة ضمنية عن الحصول على الحق المتمسك به، أو رفض صفة التقاضي في حالة غياب الحق المتمسك به، إذن في حالة نزاع دولي، غياب الحق يؤدي إلى غياب صفة التقاضي، وخضوعه لقانون الحق المتنازع فيه¹.

وقد يثير تحديد من له الحق في رفع الدعوى نوعاً من الصعوبة في بعض الفرضيات، ويقصد بذلك حين يتعدد الأطراف في علاقة قانونية ما ويكون كل منهم قابلاً لأن يكون صاحب الحق المعتدى عليه، ففي عقود النقل البحري للبضائع يثور التساؤل عما تكون له الصفة في رفع دعوى التعويض عن التلف الذي يصيب البضائع المشحونة، لو كبل الشحن أو للشاحن أو لحامل سند الشحن أو للمرسل إليه، وقد حكم القضاء الفرنسي في دعوى التعويض المرفوعة أمامه من قبل إحدى الشركات الفرنسية بوصفها المالكة والمرسلة إليها البضاعة ضد مجهز السفينة والريان وكلاهما فنلنديا، بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط الصفة، حيث أخضع للقانون الفرنسي الذي يحكم عقد النقل ومن ثم يحكم مسألة المسؤولية العقدية للناقل البحري، لأن القانون الفرنسي يقضي بأن حامل سند الشحن الأخير هو صاحب الحق في اقتضاء التعويض عما يصيب البضاعة المشحونة من تلف

conditions de bien-fondé de l'allégation. Le même raccourci s'observe en droit international privé. La qualité est admise implicitement par déduction du bien-fondé de la prétention, après consultation de la loi applicable au fond. Dans les actions banales, la recherche de la loi applicable à la qualité n'a donc pas d'autre utilité que de vérifier qu'on est bien en présence d'une action banale. ».

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n°24, « c'est vrai dans les actions dites « banales » où il suffit pour avoir qualité pour agir de se prétendre titulaire d'un droit. La simple allégation d'un droit confère qualité pour le déduire en justice. A l'inverse, la contestation de l'existence au profit du demandeur du droit qu'il réclame rejait sur la recevabilité de la demande. Mais dans un cas comme dans l'autre, l'exigence d'une qualité pour agir résulte- ou est déniée- implicitement de l'appartenance- ou du défaut d'existence- du droit invoqué. On ne s'étonnera pas donc pas que dans l'hypothèse d'un litige international ce défaut de droit, rejait sur le défaut de qualité pour agir, soit soumis à la loi du droit litigieux ».

ولم تكن الشركة الفرنسية المدعية حاملة سند الشحن قابل للتظهير وقت الشحن وبالتالي ليست لها صفة رفع الدعوى¹.

أما في الدعوى المصنفة لا يكتفي المدعي بمجرد إدعاءات بسيطة لكن يجب أن يبرر، من أجل قبول طلبه، أنه يجوز الصفة المشتركة لافتتاح الدعوى، الدعوى المصنفة متعددة خاصة في قانون الأسرة وفي قواعد البطلان، بالنظر إلى دائرة أصحاب الحق المتنازع فيه فإن دائرة أصحاب الحق في التقاضي تارة تكون مقيدة (دعوى إبطال للغبن التي يرفعها عديم الأهلية المغبون) وتارة تكون موسعة (دعوى إبطال الزواج في حالة التعدد المفتوحة لكل من له مصلحة) في كلتا الحالتين، يظهر التأثير الواضح لاعتبارات موضوعية، حماية عديم الأهلية أو جسامه الشرط الذي تمت مخالفته، هذا التأثير يتحكم في تطبيق قانون الحق المتنازع فيه من أجل تقدير شرط الصفة²، فكل دول العالم تنفق على الاعتراف بأن تحديد أصحاب الحق في التقاضي مرتبط بالتأثير الواضح للتنظيم الأساسي للمصالح المتنازع عليها، فشرط قبول دعاوى الأحوال الشخصية يفسر التصورات الأسرية ونظام الأخلاق في المجتمع، وشرط منح حق التقاضي في دعاوى البطلان يستنتج من أساس القاعدة التي تمّ حرقها³.

إذن بالنسبة للدعاوى ذات الأوصاف المعينة *attirées* فإن تحديد أصحاب الحق في رفع الدعوى يكون محلاً لتنظيم قانوني يحدد دائرة الأشخاص الذين لهم الحق في رفع الدعوى، وهذه الدائرة

¹ - انظر حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ص 254 253، انظر كذلك عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، ص 147، 148.

² - M-L.NIBOYET، G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 510، p366.

³ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit، n°25، “ c'est vrai dans les actions « attirées » où le plaideur ne peut se contenter d'alléguer un droit à son profit mais doit justifier، au stade de la recevabilité de sa demande، qu'il dispose du titre auquel la loi subordonne l'ouverture de l'action. Une telle délimitation du droit d'agir est très fréquente en matière d'état des personnes (action en divorce réservée aux époux، actions relatives à la filiation de l'enfant réservées à l'enfant ou à ses parents et ouvertes très restrictivement à leurs héritiers) et dans le contentieux de nullités (actions en nullité relatives réservées aux personnes protégées par la nullité). Tout le monde s'accorde à reconnaître que la délimitation des titulaires de droit d'agir subit ici l'influence évidente de la réglementation substantielle des intérêts litigieux. Ici les conditions de recevabilité des actions d'état traduisent les conceptions familiales et l'état des mœurs d'une société، là les conditions d'attribution du droit d'agir en nullité se déduisent du fondement de la règle violée.

قد تضيق وقد تتسع بالمقارنة بدائرة أصحاب الحقوق الشخصية المعتدى عليها، في دعوى البطلان النسبي الشخص الذي تقرر البطلان من أجل حمايته أي الشخص الذي تقرر القاعدة القانونية، التي تمت مخالفتها، تحقيق مصلحته، و بالنسبة لدعوى إبطال عقد بسبب عيب من عيوب الإرادة فإن الشخص الذي شاب العيب إرادته هو صاحب الصفة في رفع هذه الدعوى و القانون الذي يحدد من له الصفة في رفع الدعوى هو القانون الذي يحكم العقد¹.

فإذا كان القانون الذي يحكم الحق المدعى به لا يقيد سلطة صاحبه في المطالبة به أمام القضاء، فإنه لا يكون هناك محل لتقييد قبول دعوى المطالبة بهذا الحق بقيد مستمد من القانون الشخصي للمدين به (المدعى عليه) لأن حكم هذا القانون يطبق حين يكون هو الواجب التطبيق، مثلا لو أن زوجا ينتمي إلى إحدى الدول الأنجلوسكسونية، وهي دول تمنع الزوجين من أن يقيم أحدهما دعوى المسؤولية عن الفعل الضار على الآخر أو تقييدها بشروط معينة حفاظا على رباط الزوجية الذي يجمعهما، بصدم زوجه بسيارته فألحق به بعض الأضرار في دولة لا تقرر مثل هذا القيد الذي تقرره الدول الأنجلوسكسونية، فلا تقييد سلطة الزوج المضروب في المطالبة باقتضاء تعويض عن الأضرار التي أصابته بحكم القانون الشخصي للزوج المتسبب بالضرر، حتى و إن اختار الزوج المضروب قضاء الدولة التي ينتمي إليها الزوج المتسبب بالضرر لرفع دعواه، ذلك أن المرجع في تقدير توفر شرط الصفة في الدعوى حيث يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المعتدى عليه هو القانون الذي يحكم الحق المدعى به، و هذا القانون لا يضع قيودا على سلطة أحد الزوجين في مقاضاة الآخر بدعوى المسؤولية عن الفعل الضار²، و بالتالي فإن تحديد الصفة يتطلب الرجوع إلى أحكام التنظيم القانوني للحق المعتدى عليه، وفي نطاق المراكز القانونية ذات الطابع الدولي تبرز أهمية تعيين القانون الذي تستمد منه تلك الأحكام³.

¹ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 254، 255.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 103، 104، ص 144، 145، 146، و يرى المؤلف أنه حتى و لو كان القانون المختص يقيد أو يمنع رفع دعوى المسؤولية عن الفعل الضار المتسبب به أحد الزوجين للآخر فإنه لا يمتنع عن قبول دعوى المسؤولية، لأن المنع يقتصر على دعاوى المسؤولية عند الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد الزواج و بالتالي تطبيق القانون الشخصي.

³ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 104 مكرر، ص 147.

2- صفة الغير بالنسبة للحق المتنازع فيه

العديد من التقنيات في القانون الخاص تؤهل شخص ما لينوب في الحقوق والدعوى عن شخص آخر¹، فيمنح حق التقاضي أحيانا لشخص ليس صاحب الحق المتنازع فيه، هذا التمديد لدائرة الأشخاص المعنيين بالتقاضي يكرس غالبا وجود حق خالص للمدعي، لكن في فرضيات أخرى، لا يمكن للمدعي أن يستفيد من أي حق خالص له، وإنما يدعي في إطار اختصاص وظيفي باعتباره ممثلا لتجمع ما أو للمجتمع ككل².

يمكن توسيع حق التقاضي في دعوى البطلان لمصلحة الغير الذي له علاقة بالحق بالرغم من كونه حقا خالصا لصاحبه، على أساس القاعدة التي تمت مخالفتها، إما بسبب حماية الغير المؤهل للتقاضي بصفة حصرية أو تنافسية مع أحد الأطراف، أو بسبب الاهتمام بتأمين أكبر فعالية ممكنة للأحكام القانونية عن طريق فتح الدعوى لأكثر عدد من الأشخاص، هنا القانون المطبق على الدعوى هو نفسه القانون الذي يحكم موضوع الحق المتنازع فيه³.

¹ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n°511، p 366.

² - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit، n° 27،”le droit d’action est parfois accordé à une personne qui n’est pas le sujet du rapport de droit litigieux. Cette extension du cercle des personnes qualifiées pour agir consacre souvent l’existence d’un droit propre du demandeur. Dans d’autres hypothèses، le demandeur ne peut se prévaloir d’aucun droit propre، il agit dans le cadre d’une compétence fonctionnelle en tant qu’organe d’un groupement ou de société tout entière ».

³ - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit، n° 28. “ l’action fondée sur un droit propre du demandeur peut être illustrée par des extensions du droit d’agir en nullité au profit d’un tiers au rapport de droit annulé. L’extension du droit d’agir obéit à la même logique que celle qui conduit inversement à limiter les titulaires du droit de critique dans les actions attirées. L’économie du droit de critique est indissociable du fondement de la règle violée. L’élargissement du cercle des titulaires du droit de critique procède soit d’une volonté de protection d’un tiers particulier، qualifié pour agir exclusivement ou concurremment avec l’une des parties، soit du souci d’assurer la plus grande efficacité possible aux dispositions qu’elle sanctionne en ouvrant l’action au plus grand nombre de personnes. Ici encore la loi de l’action s’identifie à la loi du droit substantiel litigieux ».

ولقد صدرت أحكام قضائية عن القضاء الفرنسي أخضعت قبول طلب بطلان الزواج من طرف أحد الحواشي لأحد الزوجين (بطلان لغياب الإشهار، أو بطلان لعيب الرضا) للقانون الذي يحكم بطلان الزواج (القانون الذي يحكم الشرط الذي تمّ حرقه)¹.

كما يختص قانون الميراث من أجل تحديد الأشخاص المؤهلين للحلول في الدعاوى محل مورثهم (صفة التقاضي للموصى له من أجل ممارسة دعوى إصلاح الضرر الذي تعرض له المالك، اختصاص قانون الميراث من أجل تحديد من له الصفة للدفاع في دعوى كان المالك قد رفعها)².

وتظهر الصفة غير المباشرة في التقاضي من خلال التمثيل القانوني لصاحب الحق المعتدى عليه، بسبب صغر السن وهو ما يعبر عنه بالاستحالة القانونية للقاصر في ممارسة الدعوى بنفسه بسبب عدم كمال أهليته، أو بسبب حماية حق الدائن، أو بسبب الاستحالة المادية إذا تعلق الأمر بالشخص المعنوي كالتقابات والجمعيات والشركات من أجل الدفاع عن مصلحة التجمع، وعند الدفاع عن مصلحة المجتمع ككل تكون الصفة للنيابة العامة.

أ- التمثيل القانوني للقاصر:

بالنسبة للصفة بناء على أن المدعي نائب في التقاضي عن غيره، فإن النيابة عن القاصر ومن في حكمه تخضع لقانونه الشخصي، قانون جنسيته لأنها تدخل في نطاق حمايته (م 15 مدني)³، فقانون جنسية القاصر هو من يحدد من ينوب عنه في التقاضي⁴.

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n° 29, “ ainsi, une abondante jurisprudence a-t-elle soumis à la loi de la nullité du mariage (loi de la condition violée) la recevabilité de la demande en nullité du mariage formée par le collatéral de l’un des époux (nullité pour défaut de publicité, nullité pour vice de consentement) ».

² - M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 41, “la compétence de la loi successorale est retenue pour déterminer les personnes qualifiées pour se substituer dans les actions qui appartenaient au défunt(sur la qualité pour agir du trustee pour exercer l’action en réparation du préjudice subi par le défunt contre l’auteur de délit,...la qualité pour agir d’une fondation dans l’exercice des droits de la personne à laquelle elle succède ».

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 800، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 275، ص 207.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 200.

فإذا كان رافع الدعوى ممثلاً قانونياً لصاحب الحق المعتدى عليه، كأن يكون ممثلاً قانونياً لناقص أو عديم الأهلية، فإن القانون الذي يحكم علاقة التمثيل القانوني القائم بين رافع الدعوى وصاحب الحق المعتدى عليه هو المرجع في تحديد ما إذا كان لهذا الممثل القانوني سلطة تمثيل الأصيل أمام القضاء، ويرجع إلى القانون الذي يحكم الولاية على النفس لتحديد الشخص الذي ينطبق عليه وصف الممثل القانوني ومعرفة مدى سلطته في تمثيل ناقص أو عديم الأهلية لدى القضاء.¹

فالقانون مراعاة منه لا اعتبار عدم قدرة صاحب الحق المعتدى عليه على استعمال حقه في الدعوى بنفسه بحكم نقص أهليته يثبت سلطة استعمال الحق في الدعوى أو الصفة في الدعوى لشخص آخر يتولى أمر تمثيل الشخص الطبيعي ناقص الأهلية أمام القضاء، وهذا ما يتفق عليه الفقه²، لكن هناك من يرى أن الممثل القانوني إذ يستعمل الحق في الدعوى لا يفعل ذلك باعتباره صاحب صفة في الدعوى وإنما باعتباره صاحب صفة إجرائية هي صفة كممثل قانوني لصاحب الحق في الدعوى لأنه حين ترفع الدعوى من الممثل القانوني لصاحب الحق المعتدى عليه فإن المسألة تتعلق بأهلية التقاضي و ليس بمسألة الصفة في الدعوى.³

ويعرض بعض الفقه⁴ حججاً لنقض الرأي السابق، الحجة الأولى أنه إذا تبين للقاضي أن رافع الدعوى ليس له الحق في تمثيل صاحب الحق في رفع الدعوى فإنه يقضي بعدم قبولها وليس ببطلان رفعها، فلو أن مسألة التمثيل القانوني تتعلق بمسألة أهلية التقاضي لتعين عليه القضاء بالجزء الأخير، وهذا ما يرفضه الرأي المناقض، لأن هناك اختلاف بين القوانين الوضعية في تحديد جزاء تخلف السلطة في تمثيل صاحب الحق المعتدى عليه لدى رافع الدعوى، وتتمثل الحجة الثانية في أن القانون قد يخول الحق في رفع دعوى القاصر لقاصر غيره مراعاة منه لاعتبارات معينة، مثلاً حكم القانون الفرنسي الذي يثبت للأمر فقط وإن كانت قاصراً الحق في إقامة دعوى ولدها غير الشرعي في إثبات نسبه، ولو كان الأمر يتعلق بصحة التمثيل القانوني وبأهلية التقاضي لاقتضى أن تخول صلاحية إقامة الدعوى لولي الأمر القاصر، غير أن الأمر في هذا الفرض يتعلق بتحديد من تكون له سلطة استعمال

¹ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 255.

² - و من بينهم عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 105، ص 148.

³ - انظر عرض هذا الرأي في: عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 148، 149.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 107، ص 151.

ما للقاصر من حق رفع الدعوى أي بالصفة في الدعوى، ولكن تخويل القاصر صلاحية تمثيل قاصر غيره أمام القضاء إنما يتقرر على سبيل الاستثناء من أصل انتفاء أهلية التقاضي، وتتمثل الحجة الثالثة في أن إنكار الصفة في الدعوى على من يمثل قانونا صاحب الحق المعتدى عليه أمام القضاء بالقول بأن الدعوى ليست دعواه وإنما هي دعوى من يمثله من شأنه قصر الصفة في الدعوى على صاحب الحق المعتدى عليه الأمر الذي يعارض إرادة واضع التشريع الذي يثبت الصفة في الدعوى لبعض الأشخاص دون أن يكونوا أصحابا لحق معتدى عليه ولا نوابا عن صاحبه.

وبالتالي إذا كان رافع الدعوى ممثلا قانونيا لصاحب الحق المعتدى عليه فإن القانون الذي يحكم علاقة التمثيل القانوني القائمة بين رافع الدعوى وصاحب الحق المعتدى عليه هو القانون الذي يتعين الرجوع إليه للتحقق من قيام هذه العلاقة ومما إذا كانت تخول النائب سلطة تمثيل الأصيل أمام القضاء، و عليه فإنه يرجع إلى القانون الذي يحكم الولاية على النفس أو على المال لتحديد الشخص الذي ينطبق عليه وصف الممثل القانوني ومعرفة مدى سلطته في تمثيل ناقص أو عديم الأهلية لدى القضاء¹، ولا محل لتدخل قانون القاضي في شأن تحديد ما إذا كان لرافع الدعوى سلطة تمثيل صاحب الحق المعتدى عليه أمام القضاء طالما أن هذا القانون يجيز قبول الدعوى ممن هو نائب قانوني عن صاحب الحق المعتدى عليه، وأما محل تدخل قانون القاضي فإنما يكون حيث يقتضي هذا القانون استيفاء الممثل القانوني لبعض شروط من طبيعة شكلية كأن يستلزم أن يظهر اسم الأصيل إلى جانب اسم الممثل القانوني في جميع ما يقوم به الأخير من أعمال إجرائية، فإذا كان قانون القاضي يقرر مثل هذا الحكم فإنه تتعين مراعاته حتى وإن كان القانون الذي يحكم علاقة التمثيل القانوني القائمة بين رافع الدعوى و صاحب الحق المعتدى عليه لا يستلزم شيئا من ذلك، و من قبيل تدخل قانون القاضي بوصفه قانونا إجرائيا أن يتضمن حكما يتعين بمقتضاه رئيس المحكمة المطروح أمامها النزاع أن يقوم بتعيين ممثل قانوني مؤقت لناقص الأهلية أو عديمها الذي ليس هناك من يمثله².

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 107، ص 151.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 107 مكرر، ص 154، 155.

وبالتالي يخضع لقانون نظام حماية عدس الأهلية، وهو قانونه الوطني، تحديد الأشخاص المؤهلين لافتتاح وصاية أو ولاية، كما يحدد القانون الوطني للقاصر الشخص المؤهل لطلب ترشيده¹.

وفي قرار قديم للقضاء الفرنسي (17 جانفي 1899) اعتبر أن القانون الوطني للطفل - وهو القانون الايطالي في القضية - هو الذي يقرر ما إذا يمكن إنكار الاعتراف الارادي بالطفل من طرف حواشي صاحب الاعتراف من أجل الحصول على مصلحة معنوية لهم².

ب - الدعاوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه:

قد جرى خلاف في شأن القانون الذي يخضع له بيان ما إذا كان للدائن الحق (الصفة) في استعمال حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة) ودعوى عدم نفاذ تصرف مدينه (الدعوى البوليصية) والدعوى الصورية.

الدعوى غير المباشرة هي الوسيلة القانونية التي يكون بمقتضاها للدائن، ولو لم يكن دينه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوقه وذلك إذا تقاعس هذا الأخير عن استعمال حقه ونتج عنه إعساره أو الزيادة فيه³، فالدائن لا يستعمل حقوق مدينه لحسابه الخاص وإنما باسم وحساب المدين ونيابة عنه، والفائدة التي تنتج عن ذلك لا ترجع إلى الدائن إلا عن طريق غير مباشر حيث يدخل عنصر الضمان العام ذمة المدين ويكون للدائن بعد ذلك أن ينفذ عليه بحقه⁴.

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 31، “ De même faut-il soumettre à la loi du régime de protection de l’incapable-loi nationale- la désignation des personnes qualifiées pour requérir l’ouverture d’une tutelle ou d’une curatelle، et à la loi nationale du mineur celle qui a qualité pour demander son émancipation.

² - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 30،” un arrêt ancien a très justement décidé qu’il appartenait à la loi nationale de l’enfant-loi italienne en l’espèce- de dire si la reconnaissance volontaire dont l’enfant avait fait l’objet pouvait être contestée par les collatéraux de l’auteur de la reconnaissance se prévalant d’un intérêt moral. L’affaire liait donc une question d’intérêt à agir et de qualité comme souvent lorsqu’une personne est habilitée à défendre un intérêt distinct de celui du titulaire du droit litigieux -، et l’on doit approuver la solution respectueuse de l’économie du droit de critique ».

³ - عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 202، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 257

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، بند 68، ص 85.

لقد أربك إسناد الدعوى غير المباشرة الفقه الذي تردد بين تفضيل الطابع الإجرائي - باعتبارها تدبير تحفظي، تمهيدا للتنفيذ من أجل إخضاعها لقانون القاضي، أو الطابع الموضوعي - حماية حق الضمان للدائنين - الذي يشير نحو قانون موطن المدين أي قانون الدين الذي تعتبر الدعوى لازمة له، ويتفق بعض الفقه على إخضاع الدعوى غير المباشرة للقانون الذي يحكم علاقات الدائن (الذي يرفع الدعوى) ومدينه (قانون الدين المحمي) مع ملاحظة بأن هذا الإسناد يتلاءم مع وظيفة الدعوى غير المباشرة: حماية دين من يرفع الدعوى، الحل يتطابق مع المبدأ العام لتحديد قانون الدعوى، فالصفة من أجل ممارسة الدعوى غير المباشرة تتبع القانون الذي يحكم الدين المحمي، ولفائدة من تقرر لمصلحته¹.

ووفقا لذلك، رأى البعض أن الحق في استعمال حقوق المدين يخضع لقانون القاضي وحسب بعض الفقه² فإن من السهل إخضاع الدعوى المباشرة لقانون القاضي واعتبارها من وسائل التنفيذ التي يمنحها القانون للدائن وهذا بدليل النص عليها في القانون الداخلي³، ويبرر بعض الفقه⁴ رأيه على أساس أن هذه الدعوى هي من قبيل الإجراءات السابقة على إجراءات التنفيذ الجبري التي تخضع لقانون القاضي بوصفها من القوانين ذات التطبيق المباشر أو قوانين البوليس والأمن المدني، وهي مثل الدعوى المباشرة والدعوى التي يرفعها الدائن بالتعويض في مواجهة شركة التأمين عندما يحل محل المدين الأصلي، بالإضافة إلى أن إقامة الدعوى غير المباشرة من الدائن يخلق نوعا من الروابط الإجرائية وبالتالي تخضع لقانون القاضي كما أن ممارستها تعتبر إجراء سابقا على إجراءات التنفيذ الجبري، وتهدف الدعوى غير المباشرة إلى حماية مقتضيات الضمان العام في الدولة التي رفع النزاع أمام محاكمها⁵، وهو الأمر الذي تتحقق معه وحدة القانون المطبق على إجراءات التنفيذ في مجموعها، فضلا على أن هذه الدعوى تحدد النطاق الحقيقي لحق الضمان العام المقرر للدائن على أموال

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 36.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 800.

³ - المواد من 235 إلى 245 مدني مصري، والمواد 189، 190، 191 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 86، 87.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 276، ص 707، 708.

مدينه¹، إذ يعمد الدائن إليها قصد أن يتبعها في حال نجاحه فيها بمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري على ما يصل إلى إدخاله في ذمة مدينه أو استعادته إليها من حقوق هذا الأخير لدى غيره².

وانتقد هذا الرأي لأنه يقوم على أساس اعتبار أن استعمال الدائن حق مدينه هو وسيلة من وسائل التنفيذ³، ومن الفقه⁴ من لا يقر الاستناد إلى العلاقة بين الدعوى غير المباشرة والتنفيذ في تبرير اختصاص قانون القاضي، ذلك أن من شأن هذه الصلة إسناد الاختصاص لقانون الدولة التي يباشر فيها التنفيذ و ليس بلازم أن يتطابق قانون القاضي و قانون بلد التنفيذ، والواقع أن هذا الرأي محل نظر حيث أنه لا يمكن القول بالطبيعة الإجرائية للقواعد الحاكمة للدعوى غير المباشرة بصفة مطلقة⁵، كما أن الطبيعة الإجرائية لا تثبت لشرط الصفة في الدعوى إلاّ فيما يخص جانبه الذي يتعلق بتقريره، أما جانبه الذي يتعلق بتقدير توفره فهو في من طبيعة موضوعية، فإذا كان قانون دولة القاضي هو المرجع في شأن تقرير مبدأ إمكان رفع دعاوى حماية ما للدائن من حق الضمان العام على أموال مدينه بحيث لا يتأتى أن تقام أمام محاكمها إلاّ إذا كانت مقررة فيها، فإن قانونا آخر هو القانون الذي يحكم الحق الذي ترمي هذه الدعاوى إلى حمايته هو ما يتعين الرجوع إليه استظهارا لثبوت وصف الدائن لرافع الدعوى و تحققا من تخويله سلطة إقامتها له، كما أن الفقه الذي يستند إلى أن القوانين المقررة لدعاوى حماية ما للدائن من حق الضمان العام على أموال مدينه هي من قبيل "قوانين البوليس" فإنه لم يشر بتطبيق هذه القوانين على الدعوى غير المباشرة أمام قضاء الدولة المقررة لهذه القوانين وإنما حيث يتوفر ضابط الإسناد الذي يرفع بتوفره ثبوت الاختصاص لهذه القوانين⁶،

وإتجاه ثاني يفضل تطبيق قانون موطن المدين، أي موطنه الأصلي، لأن فيه تتركز حقوقه ومصالحه⁷، فمن غير المتصور أن يعطي قانون آخر هذا الاختصاص كقانون موطن الدائن مثلا وإلاّ

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 202، 203.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 121، ص 182.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 799، 800.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 183.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 257، 258.

⁶ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 183، 184.

⁷ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 276، ص 207، 208، عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 202، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 257.

كان هناك تعدد في القوانين الواجبة التطبيق على الصفة وذلك في حالة ما إذا تعدد الدائنون¹، وهذا الرأي منتقد لما قد يترتب عليه من التحايل والغش في الحالات التي يستطيع فيها المدين أن يغير موطنه²، كما يؤخذ على هذا الرأي أن الاستدلال الذي يقول به يتعلق بتحديد القانون الذي يرجع إليه في تقدير يسار أو إعسار المدين وليس بتعيين القانون الذي يرجع إليه في تحديد ما إذا كان للدائن أن يقيم الدعوى المذكورة أو أن ذلك ليس في مقدوره، وقانون موطن المدين ليس له دخل في ذلك، وإن كان هذا القانون هو الذي ينبغي الرجوع إليه للتحقق من شرط إعسار المدين المتطلب لقبول الدعوى المذكورة³.

ولذلك يرى الفقه الغالب إخضاع استعمال الدائن حق المدين للقانون الذي يحكم هذا الحق، فهذا القانون هو الذي يبين صاحب الحق ويبين خلفائه الذين يحق لهم استعماله⁴، وحسب بعض الفقه⁵ أن القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة في الدعوى غير المباشرة هو القانون الذي يحكم الدين الواجب حمايته ويقتصر نطاق هذا القانون على تحديد ما إذا كان الدائن قادراً أم لا على أن يستعمل حق مدينه في الدعاوى الخاصة به ووفقاً لأية شروط، ويفضل البعض الآخر⁶ القول بأن تدخل الدائن باسم المدين لاستعمال حقوق هذا الأخير لا يضر بمصالح الغير، مما يبرر إخضاع الدعوى غير المباشرة للقانون الذي يحكم حق الدائن سواء كان مصدر هذا الحق هو العقد أو المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب، ومن ثم فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة في الدعوى غير المباشرة يستخلص من الوظيفة التي تقوم بها هذه الدعوى، ولما كانت هذه الأخيرة تهدف إلى حماية دين الدائن الذي يقوم برفعها، فإن المميز الأساسي لهذه الدعوى هو أنها تترجم العلاقة بين الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة بمدينه الأصلي⁷، و يلاحظ على هذا الرأي أن الدائن إذ يرفع الدعوى غير المباشرة استعمالاً لحق مدينه لا يفعل باعتبار أنه من خلفائه وإنما استناداً

¹ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 257.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 202.

³ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 122 مكرر، ص 185.

⁴ - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 209، ص 799، 800، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 276، ص 207، 208،

عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 122 مثلث، ص 185.

⁵ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 259.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 276، ص 208.

⁷ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 258.

إلى تقاعس المدين أو تراخيه في اقتضائه من شأنه أن يؤثر فيما له من حق الضمان العام على أمواله¹.

ومهما يكن الاختلاف، فإن هناك² من يفضل التمييز بين أمرين، الأول تحديد القانون الذي وفقا له تتقرر مسألة إمكانية رفع الدعوى غير المباشرة، وهذه يحكمها قانون القاضي، والثاني خاص بتحديد القانون المختص بمدى توافر الصفة في رفعها، وهذه يحكمها القانون الذي يحكم الحق الذي ترمي هذه الدعوى إلى حمايته.

لكن الرجوع لقانون الدين المحمي يتقيد بمسألة معرفة ما إذا كان يمكن للدائن أو لا يمكنه ممارسة دعاوى مدينه، اختصاص قانون الحق المتنازع فيه (الدين من الباطن *sous-créance*) يظهر من أجل تحديد وجود و امتداد هذا الحق، هذا القانون يجب استشارته من أجل معرفة ما إذا كان الحق لا يمثل طابعا شخصيا محضا من أجل السماح بإنابة (نيابة)³.

ويشير بعض الفقه⁴ إلى "أن إدراج الدعاوى التي يرفعها الدائن في إطار التمثيل القانوني، يفترض أن المدين هو صاحب الحق الذي يستند إليه الدائن، وأن الدائن إذ يرفع الدعوى غير المباشرة لا يرفعها نيابة عن مدينه، أما ما يراه البعض، حسب نفس الفقه، من أن الدائن إذ يقيم الدعوى غير المباشرة إنما يفعل ذلك نيابة عن المدين، هو قول له وجاهته، حيث يكون رافع الدعوى ممثلا قانونيا لصاحب الحق الذاتي المعتدى عليه، وفي شأن تحديد القانون الذي يحكم صفة الدائن، تجدر الإشارة إلى أن الأمر يتعلق بتحديد القانون الذي يحكم توفر شرط الصفة في رفع هذه الدعوى، أما تقرير مبدأ إمكان رفعها فيخضع، بحسبان تعلقه بتقرير شرط الصفة في الدعوى، لقانون القاضي، فهذا القانون هو الذي يدخل في اختصاصه بيان ما إذا كانت الدعوى تقبل حيث لا يكون رافعها صاحباً

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بنود 120، 121، 122، 122 مكرر، 122 مثلث، ص 182 إلى 186.

² - عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 202، 203.

³ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 37، "Mais la vocation de la loi de la créance protégée se limite à la question de savoir si le créancier peut ou non exercer les actions de son débiteur. La compétence de la loi du droit litigieux (la sous-créance) réapparaît pour déterminer l'existence et l'étendue de ce droit. De même cette loi doit-elle être consultée pour savoir si le droit ne présente pas un caractère trop personnel pour autoriser la substitution. Il faut réserver en outre la compétence de la loi de la faillite lorsque l'action est exercée au cours d'une procédure collective ».

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 113، ص 173.

للحق الذاتي المعتدى عليه ولا نائباً عن صاحبه، ولما كان تقرير قانون القاضي للدعوى غير المباشرة، التي لا يكون المدعي فيها صاحباً للحق المعتدى عليه ولا نائباً عن صاحبه إنما يرمي إلى حماية حق يخضع لقانون القاضي مقرر لغير طرفي العلاقة القانونية محل النزاع، كانت الدعوى غير المباشرة لا تقبل في دولة القاضي ما أريد رفعها فيها، وإنما حيث يكون الحق الذي ترمي إلى حمايته خاضعاً لقانون هذه الدولة، أو حيث تكون سلطة رفع هذه الدعوى مقررة في القانون الذي يحكم هذا الحق، و مؤدى هذا أن قانون القاضي إذ يقرر إمكان رفع الدعوى غير المباشرة إنما يورد على ذلك في نطاق المراكز القانونية ذات الطابع الدولي قيماً حاصله أن تكون للمدعي في هذه الدعاوى سلطة إقامتها طبقاً لأحكام القانون الذي يحكم الحق الذي ترمي الدعوى المقامة إلى حمايته، و عليه فإذا كان قانون القاضي هو المرجع في شأن تقرير مبدأ إمكان رفع الدعوى غير المباشرة فإن القانون الذي يحكم الحق الذي ترمي هذه الدعوى إلى حمايته هو القانون الذي يتعين الرجوع إليه في شأن استظهار توفر الصفة في رفعها، و تبدو أهمية هذه الملحوظة في تفسير لم يقتصر الرجوع إلى القانون الذي يحكم توفر شرط الصفة في الدعوى، على مجرد استظهار ثبوت الوصف الذي يرهن قانون القاضي بتحقيقه توفر الصلاحية لاستعمال الحق في الدعوى لدى رافعها حين يتسع مجال اختصاص ذلك القانون ليشمل استظهار ثبوت وصف الدائن لدى رافع الدعوى التحقق مما إذا كانت لهذا الأخير سلطة الاختصاص طبقاً لأحكامه"¹.

بالنسبة للدعوى البوليصية أي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائئه، فبعض الفقه المصري² يرى إخضاعها لقانون موطن الدائن على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه الحقوق التي أراد المدين الإضرار بها، لأن تدخل الدائن للطعن بعدم نفاذ تصرف المدين قد يضر بمصلحة الغير، ولهذا يستحسن إخضاع دعوى عدم نفاذ التصرفات للقانون الذي يحكم حق الدائن الطاعن وهو ما ينتهي بالضرورة إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً، و مؤدى ذلك أنه لا يجوز للدائن الطعن إلا إذا كانت الدعوى معترف بها وفقاً للقانون الذي يخضع له حقه³، وسلطة الدائن في إقامة الدعوى البوليصية

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بنود 113، 114، 115، 116، ص 173، 174، 175، 176.

² - هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، بند 277، ص 208، عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 203.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، بند 389، ص 259.

تخضع لقانون موطنه وذلك على أساس أن حق الدائن الذي أضر به المدين بتعاqude بالرغم من إعساره إنما يتركز في موطنه.

وهناك من يفضل تطبيق قانون بلد وقوع غش المدين، وهو قانون مكان إبرام التصرف المطعون فيه، لأنه أنسب القوانين التي يمكن الرجوع إليها للتحقق من توفر السلطة لدى الدائن في إقامة الدعوى البوليصية، وذلك استنادا إلى أن الدعوى البوليصية إنما ترمي إلى مجازاة المدين عن فعل ضار غير مشروع يأتيه إضرارا بدائنيه هو غشه لهم، والعمل التقصيري، كما هو مقرر، إنما يخضع لقانون بلد وقوعه، وهذا يعني تكييف هذه الدعوى بأنها دعوى مسؤولية مدنية، وإن كان صحيحا أنها كانت في أصل نشأتها دعوى تعويض عن فعل خاطئ، إلا أن هذا التكييف لم يعد ذلك الذي يتفق وأحكامها المقررة، فهي لا تؤدي إلى الحكم على المدين بالتعويض لصالح الدائن الذي أصابه من جراء تصرفه بسوء نية إلا حيث يتعذر تقرير عدم نفاذ تصرف المدين المنطوي على غش في مواجهة الدائن، و حيث يتعذر بالتالي استعادة المال الذي خرج من ذمة المدين و إدخاله في الضمان العام لدائنيه، و مؤدى هذا أن الأثر الذي يترتب على النجاح في الدعوى البوليصية هو، بحسب الأصل، تقرير عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في مواجهة الدائن واستعادة المال، محل التصرف، إلى الضمان العام، ومقتضى ذلك أن تكون الدعوى البوليصية، من حيث تكييفها، هي دعوى عدم نفاذ و ليست دعوى تعويض و لا دعوى بطلان، ولو أن الدعوى البوليصية دعوى مسؤولية مدنية لاستلزم لقبولها أن يكون المدين قد ارتكب غشا وأن يكون المتصرف إليه شريكا له في هذا الغش، إذ القاعدة "لا مسؤولية بدون خطأ"، غير أنه من المقرر أنها تقبل حتى وإن ثبت أن المدين لم يرتكب غشا كأن يكون قد تصرف تبرعا، وأن من صدر له التصرف كان حسن النية¹.

و يلاحظ بعض الفقه²، في شأن الرأي محل المناقشة، أنه مما لا يتفق وحاجة المعاملات ذات الطابع الدولي، في شأن تقرير سلطة الدائن في إقامة الدعوى البوليصية، وهي تشكل إحدى الوسائل المقررة لحماية حقه، تطبيق قانون مكان إبرام التصرف المطعون فيه، وهو قانون لا يكون في وسع الدائن، واستعمال الدعوى البوليصية يفترض أن يكون التصرف المطعون فيه تاليا في وقوعه لنشأة حقه، أن يحيط بحكمه وقت التعاقد.

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 122 مثلث، ص 185.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 122 مربع، ص 187 186.

و يرى جانب من الفقه المصري ضرورة إخضاع صفة الدائن في الدعوى البوليصية لقانون القاضي على اعتبار أن هذا الحل يعد أكثر تماشياً مع أحكام القانون المصري (المواد 235 إلى 245 من القانون المدني)¹، باعتبار أنها تعد تمهيداً للتنفيذ الجبري و تتضمن تحديداً لمدى حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه²، فقانون القاضي هو ذلك القانون الذي يتعين الرجوع إليه قصد معرفة ما إذا كان للدائن سلطة رفع دعوى حماية ما للدائن من حق الضمان العام على أموال مدينه، وفي اختيار هذا القانون بسبب أن هناك علاقة بين هذه الدعوى بالتنفيذ الجبري، وأن الصفة فيها هي ذات طبيعة إجرائية، وأنها من قوانين البوليس³.

أما الدعوى الصورية فتخضع لكل من القانون الذي يحكم حق الدائن الطاعن بالصورية والقانون الذي يخضع له التصرف الصوري المطعون في جديته⁴، والسبب حسب بعض الفقه أن تدخل الدائن للطعن بصورية التصرف قد يضر بمصلحة الغير⁵.

يرى جمهور الفقه أن القانون الذي يتعين الرجوع إليه في شأن تحديد ما إذا كان للدائن أن يرفع الدعوى المذكورة هو القانون الذي يحكم حقه، وهو القانون الذي يحكم مصدر هذا الحق، مضافاً إليه عند بعضهم ليطبق معه تطبيقاً جامعاً في الدعوى البوليصية وفي الدعوى تقرير الصورية، القانون الذي يحكم التصرف المطعون فيه، ومؤدى التطبيق الجامع لهذين القانونيين، أن الدائن لا تثبت له الصفة في إقامة الدعويين الأخيرتين إلا إذا كانتا مقررتين في كل من القانونيين، و سبب اختيار القانون الذي يحكم حق الدائن رافع الدعوى هو حماية هذا الحق، كما أن سبب اقتراح إدخال القانون الذي يحكم التصرف المطعون فيه أن في إسناد الاختصاص إلى هذا القانون رعاية لمصلحة من تصرف إليه المدين حتى لا يفاجأ بالحكم بتقرير عدم نفاذ تصرفه أو بتقرير صورته إعمالاً لأحكام غير مقررة في القانون الذي يحكم هذا التصرف⁶.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 800.

² - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 800، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 277، ص 208، 209، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 203.

³ - نفس ما قيل سابقاً فيما يتعلق بالدعوى غير المباشرة وأساس تطبيق قانون القاضي عليها وكذا الانتقادات الموجهة إليه.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 277، ص 209.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 204، انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 259، 600.

⁶ - انظر عنايت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 122 خمس، ص 188، 189.

ويتحفظ بعض الفقه¹ على ذلك، "من حيث أن من الأدق القول في منح الاختصاص إلى القانون الذي يحكم حق الدائن رافع الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليصية أو دعوى الصورية، إن هذه الدعوى تهدف إلى حماية ما للدائن من حق الضمان العام على أموال مدينه وأن القانون الذي يحكم هذا الحق هو القانون الذي يحكم حق الدائن، وكذلك لا محل لإدخال القانون الذي يحكم التصرف المطعون فيه ليطبق تطبيقاً جامعاً مع القانون الذي يحكم حق الدائن في شأن تحديد ما إذا كان لهذا الأخير أن يرفع الدعوى البوليصية أو دعوى تقرير الصورية، وذلك، لأن من يتصرف إليه المدين لا يكون جديراً برعاية مصلحته إلاّ حيث يكون حسن النية لا يعلم بالتصرف المستتر أو الحقيقي، أو لا يعلم، في فرض الدعوى البوليصية، بأن المدين معسر أو بأن التصرف سيؤدي إلى إعساره، و لا محل للحديث عن حسن نية من يتصرف إليه المدين في فرض دعوى تقرير الصورية، وذلك لأن الصورية يفترض تحققها أن يكون هناك عقدان أحدهما ظاهر معلن وهو العقد الصوري، والآخر وهو العقد الحقيقي، خفي مستتر، ومؤدى هذا أن طرفي العقد الصوري لا بد وأن يكونا على علم بالعقد المستتر والعقد الحقيقي، وحيث يكون من يتصرف إليه المدين في فرض الدعوى البوليصية حسن النية فإن أحكام هذه الدعوى تتكفل بتأمينه منها، لأنه من المقرر، طبقاً لأحكامها، أنه يلزم لقبولها أن يكون المتصرف إليه على علم بغش المدين، أي سبب النية، وعليه فلا حاجة أن تكون الدعوى البوليصية مقررة في القانون الذي يحكم تصرف المدين حتى يكون المتصرف إليه في مأمن من الدعوى البوليصية خاصة إذا كان المتصرف إليه حسن النية، لكن في حالة ما إذا تصرف المدين بغير عوض، أي عندما يكون تصرفه تبرعاً، وهنا لا تفترض حسن نية المتصرف إليه، تظهر أهمية الرأي القائل بإضافة تطبيق القانون الذي يحكم التصرف المراد تقرير عدم نفاذه من أجل تحديد ما إذا كان للدائن الصفة في رفع الدعوى البوليصية، لكن إذا لم تكن الدعوى مقررة في هذا القانون فتصطدم مصلحة الدائن مع مصلحة المتبرع إليه".

ج- صفة الجمعيات و النقابات في التقاضي

يكون موضوع دعاوى النقابات والجمعيات إما المطالبة بحق لها باعتبارها شخصاً معنوياً له ذمة مالية مستقلة مثل رفع دعوى على المعتدي على مال مملوك لها لمطالبته بالتعويض، وإما الدفاع

¹ - عنيت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، ص 189، 190، 191.

عن المصالح المشتركة التي أنشأت قصد حمايتها مثل الدعاوى التي ترفعها نقابة المحامين أو اتحاد الأطباء ضد من ينتحل صفة المحامي أو الطبيب، وإما المطالبة بحق خاص لأحد أعضائها المنتمين إليها مثل دعوى نقابة العمال للمطالبة بإعادة إدماج العامل المنخرط فيها والذي تمّ فصله بصفة تعسفية، وتوصف هذه الصورة بأنها مباشرة جماعية لدعوى فردية باعتبار النقابة نائبة عن العامل بحكم القانون، ولكن تبقى الصفة في الدعوى للعامل، أما الدعاوى التي ترفعها النقابات أو الجمعيات للمطالبة بحقوق تخص أشخاصا غير أعضاء فيها، فالأصل عدم قبولها لانعدام الصفة، وقد يحدث أن ترفع دعويان في نفس الوقت، دعوى ترفعها النقابة أو الجمعية للدفاع عن المصالح الجماعية، ودعوى يرفعها الشخص المعتدى عليه، وجدير بالذكر أن تنازل المعني عن الدعوى أو تركه لها يؤدي إلى انقضاء الدعوى أو زوال الخصومة¹.

تختلف القوانين فيما يتعلق بحق النقابات والجمعيات في رفع الدعاوى بقصد الدفاع عن المصالح الجماعية التي أنشأت لحمايتها، فما هو القانون الذي يحكم شرط الصفة في قبول دعوى النقابات أو الجمعيات، هل هو قانون القاضي الذي رفع أمامه النزاع أم هو القانون الذي يحكم نظام النقابة؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يتعين لقبول الدعوى المرفوعة من نقابة أو جمعية أجنبية للدفاع عن المصالح المشتركة لأعضائها أن تتمتع هذه النقابة، طبقا للقانون الذي يحكم تنظيمها وهو قانون جنسيتها، بسلطة رفع مثل هذه الدعوى²، فالقانون الذي تخضع له النقابة أو الجمعية هو الذي يتكفل بتبيان من لهم صفة رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة النقاوية أو مصلحة الجمعية³.

و في إطار ممارسة حق التقاضي من طرف شخص آخر غير صاحب الحق يرى بعض الفقه الفرنسي⁴ أنه يتم الرجوع مبدئيا للقانون الذي يحكم الرابطة بين صاحب الحق ومن يمارس الدعوى،

¹ - بوبشير محمد أمقران: قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 69، 70، 71.

² - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 260.

³ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 200.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 444، p 360.

أي القانون الموضوعي الذي ينظم النقابة، فالمشكلة، كما يرى بعض الفقه¹، تتعلق في دعوى النقابات بمسألة التمثيل القانوني أمام المحاكم، فالممثل القانوني أو القضائي يرفع الدعوى نيابة عن له الحق فيها أصلاً، ويتعين عدم الخلط بين الصفة والتمثيل القانوني، حيث يتصل التمثيل بموضوع النزاع لا بإجراءاته و بالتالي لا يتدخل قانون القاضي لحكمه وإنما يختص به القانون الذي يحكم الموضوع.

وقبل التساؤل عن صفة التقاضي لتجمع أجنبي يتعين بداية التأكد ما إذا كان قانونه الوطني يعترف له بأهلية التقاضي، فوفقاً للمادة 50 من القانون المدني يعتبر حق التقاضي حقاً معترف به للشخص المعنوي، كما أن الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطاً في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري، وبالتالي فإن لها حق التقاضي يمارسه ممثلها، لكن وإن كان المشرع يسمح بإنشاء أو فتح فروع للشركات الأجنبية إلا أنه يكون متشدداً تجاه قبول الجمعيات والنقابات على إقليمه بسبب نشاطها الذي قد ينطوي على ممارسات سياسية قد تمس بالنظام العام وبأمن الدولة، ولهذا فإن الدول المستقبلية لفروع الجمعيات والنقابات الأجنبية عادة ما تتطلب الحصول على ترخيص مسبق يؤهلها للقيام بممارسة نشاطها، كما يمكن للدولة سحب الترخيص كلما اقتضت الضرورة، ووفقاً لمبدأ التخصيص، يكون للجمعيات والنقابات الأجنبية التمتع بالحقوق فيما يخص نشاطها، فهذه الحقوق تكون محددة وفقاً للغرض الذي أنشأت من أجله الجمعية أو النقابة².

وفي القانون الفرنسي، لا بد من التأكد أنه لا توجد أية قاعدة فرنسية تتعلق بوضعية الأجانب تضيق منح حق التقاضي للتجمع، يجب التذكير بمنع الشركات المجهولة الأجنبية من حق التقاضي عندما لا يرخص لها بموجب مرسوم أو اتفاقية، وهذا المنع حكم عليه مؤخراً بأنه مخالف للمواد 6-1 و 14 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية و للمواد من 1 إلى 5 من البروتوكول الإضافي للاتفاقية، و حسب محكمة النقض الفرنسية "كل شخص معنوي، مهما كانت جنسيته، يمكنه التقاضي في فرنسا من أجل الدفاع عن أمواله و مصالحه" و "أن كل شخص معنوي يكون ضحية جنحة مؤهل لأن يتأسس كطرف مدني ضمن الشروط المقررة في المادة 2 من

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 82.

² - حبار محمد: المرجع السابق، ص 341، 348.

قانون الإجراءات الجزائية"، ويتوقع نفس الحل من أجل رفض إخضاع الحق في رفع الجمعيات الأجنبية دعوى أمام القضاء للتصريح الإداري المسبق¹.

لكن تطبيق القانون الموضوعي الذي ينظم التجمع لا يحل إلا مسألة صفة التقاضي، ويبقى التساؤل حول طبيعة المصالح التي يكلف هذا التجمع أو التنظيم (شخص معنوي أو نيابة عامة) بضمان الدفاع عنها، في القانون الداخلي الفرنسي يمكن للنقابات المهنية أن تتقاضى من أجل الدفاع عن مصلحة جماعية للمهنة التي تمثلها، في حين أن الجمعيات يمكنها ضمان حماية بعض المصالح الجماعية المحددة في القانون الذي منحها الأهلية، في المجال الدولي يطرح السؤال من أجل معرفة القانون الذي تتم استشارته من أجل تقدير ما إذا كانت الاعتداءات المبلغ عنها من طرف نقابة مهنية أو جمعية تتعلق بالمصالح الجماعية التي تؤهل للدفاع عنها النقابة أو الجمعية، كما أن منع دعوى جماعية لا يعتبر امتيازاً قابلاً للممارسة بصفة مجردة، فتعتبر التجمعات مساعدة للسلطات العمومية من أجل ترقية بعض المصالح الجماعية التي تعتبر حمايتها ضرورية للنظام القانوني الذي نصبها لهذه المهمة².

كذلك هل يمكن قبول الدعوى الجماعية للجمعيات، أو دعوى التمثيل المشترك لجمعيات المستهلكين التي تشكل النوع الأول لدعوى التجمع في القانون الفرنسي مادام أنها مؤهلة لذلك وفقاً للقانون الذي يحكمها و أن المنازعة تتعلق بحماية الجماعة التي تمثلها مهما كان القانون المطبق على الموضوع، يمكن أن يكون موضوع المنازعة بالمنتجات المستوردة المستهلكة من طرف عدد كبير من المستهلكين الفرنسيين حتى و لو كان عقد البيع خاضعاً لقانون أجنبي، حقيقة أنه في هذه الحالة الغالب أن تحل الصعوبة بتطبيق قوانين البوليس الحمائية الفرنسية على الموضوع³.

لقد قضت أحكام القضاء الفرنسي بأن القانون الأجنبي الذي تخضع له النقابات هو الذي يختص بتحديد صفتها في الدعوى المرفوعة للدفاع عن الجماعة التي تمثلها، وبالتالي لا يمكن تخويل نقابة أجنبية صفة في الدعوى للدفاع عن المصالح المشتركة التي تمثلها إذا كان القانون الأجنبي الذي

¹ - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n° 48.

² -Ibid, n° 51.

³ -Ibid, n° 52.

يحكم نظامها القانوني ينكر عليها تلك الصفة¹، وبالتالي ليس للنقابة الأجنبية صفة في رفع الدعوى الجماعية إلا إذا كان ذلك معترف لها به في القانون الذي يحكمها والذي منح لها هذه الصفة، وفي قانون القاضي الذي تريد ممارسة هذا الحق وفقا له².

وبالتالي فإنه لحلّ مسألة تنازع القوانين حول الحق في التقاضي للدفاع عن مصلحة جماعية، يستخرج من الاجتهاد القضائي مبدأ التطبيق الجامع للقانون الذي يحكم تنظيم التجمع وقانون الدولة أين تمارس الدعوى (قانون القاضي) وتمّ تبرير الحل بالأخذ بعين الاعتبار المزوج بأن أي تجمع لا يمكنه أن يدافع قضائيا عن مصالح ليس مؤهلا وفقا لقانونه الوطني لتمثيلها وأن يجاوز الحدود-ذات الطابع الإجرائي- المفروضة في القانون الفرنسي على دعاوى النقابات أو الجمعيات في إطار الاهتمام بعدم منافسة النيابة العامة.

وهناك رأي فرنسي³ يرى أن إنكار الاعتراف للجمعيات والنقابات بالصفة يفسر بالاهتمام بعدم منافسة النيابة العامة باعتبارها الهيئة الرسمية المكلفة بالدفاع عن المصالح العامة، في هذا الإطار، القواعد التي تحدد الدعوى النقابية أو الجمعية تعتبر إجرائية لكن حق التقاضي من المميزات الخاصة للتنظيم فإذا كانت النقابة أجنبية ليست مؤهلة وفقا للقانون الذي يحكمها من أجل الدفاع عن المهنة التي تمثلها، لا يبدو أن تقبل للتقاضي في فرنسا كما يمكن لنقابة فرنسية أن تفعله. وهذا ما يؤدي إلى التطبيق الجامع لقانون القاضي و قانون النقابة: فلا يمكن لها التقاضي إلا إذا كان القانونيين يسمحان بذلك معاً، المبدأ يجب أن يمتد للجمعيات، لكن هناك صعوبة إضافية تنشأ من حيث أن القانون الفرنسي لا يفتح الدعوى الجماعية إلا للجمعيات محددة أو معينة.

التطبيق الجامع للقانون الأجنبي ولقانون القاضي برز في قرارين قديمين أعلن القضاء الفرنسي بصفة محدودة قبول الدعوى الجماعية في المنازعات الدولية في قرارات scotch whisky حيث طبق بصفة جامعة القانون الانجليزي الذي يحكم التجمع وقانون القاضي الفرنسي من أجل رفض الحق في التشهير أو التبليغ droit de dénoncer في فرنسا لجمعية مقطري وموزعي الويسكي écossais

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، بند 66، ص 81.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 261.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 497، p 370.

عن ممارسات تجارية غير مشروعة تمس سمعة وشهرة الويسكي، وبالتالي تمس المصلحة الجماعية لكل من يساهم في تجارته، من هذه القرارات تم استخلاص المبدأ الذي من خلاله لا يمكن لتجمع أجنبي ممارسة حقوق في فرنسا أكثر من حقوقه المعترف له بها في بلده الأصلي ولا يمكن أن تجاوز الحقوق التي تملكها التجمعات المشابهة لها في فرنسا، وفي قضية طيران إفريقيا منعت نقابة فرنسية من التدخل في دعوى تتعلق بتفسير عقد عمل خاضع للقانون الإفواري بسبب أن المنازعة لم تكن من طبيعة تمس بالمهنة الفرنسية للطيارين¹.

حيث تمّ طرح المسألة في قضية طيران إفريقيا بمناسبة تدخل نقابة وطنية للطيارين في منازعة تتعلق بأحد أعضائها من جنسية فرنسية، تمّ الحكم على التدخل بعدم القبول بسبب أن المنازعة تتعلق بـ "تفسير هذا التنظيم"، المدرج في عقد عمل خاضع للقانون الإفواري، للطاغم التقني حول شروط منح ترخيص التأسيس "لم تكن من طبيعة تمس بالمهنة الفرنسية للطيارين، لم يكن للنقابة الصفة من أجل التمسك بالاعتداء عن طريق التدخل في الدعوى". يمكن التساؤل عما إذا لا يمكن الحكم بقبول دعوى تجمع فرنسي إذا تبين أن المنازعة تمس بالمصالح الجماعية التي يمثلها هذا التجمع حتى ولو كان القانون المطبق على الموضوع قانوناً أجنبياً، و هل يمكن قبول دعوى مرفوعة من طرف نقابة فرنسية تتعلق بتطبيق قاعدة أجنبية تثير مسألة مبدأ هم العديد من أعضاء المهنة الممثلة المدعوون للتنقل أو لممارسة مهنة متنقلة مثل الطيارين.

إن قضايا scotch whisky وطيران إفريقيا تفسر الصعوبات الناتجة عن استقلالية ثلاثة مسائل قابلة للاستجابة أو الخضوع لقوانين مختلفة: صفة التجمع للدفاع عن مصلحة جماعية (تأهيل عام أو رخصة خاصة)، المصلحة الفتوية التي يؤهل هذا التجمع للدفاع عنها مثلاً فئة المستهلكين، وطبيعة المصالح المرتبطة باحترام تشريع معين مطبق على الموضوع، الارتباط بين أوجه المشكلة الثلاثة تجعل تدويل دعاوى النقابات أو الجمعيات أمراً صعباً، عندما لا تتقلد الجمعيات صفة التقاضي إلاّ بسبب تمثيلها الوطني، فلا يمكن لأي تجمع أجنبي أن يلي الشروط الموضوعية في قانون القاضي بسبب خطأ التمثيل في فرنسا، يمكن أن ينكر حق التقاضي على تجمع فرنسي إذا كانت الوقائع المتنازع فيها تمت في الخارج أو أن الأحكام المطبقة على الموضوع أجنبية، وبالتالي فإن القراءة الضيقة لهذه

¹ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE: Op.cit، n° 522، p 373.

الوضعيات يمكن أن تشكل في أن المصالح التي يتمسك بها التجمع تعود للذين له مهمة الدفاع عنهم. هذه الصعوبات ليست دائما معضلة كما يبينه القبول المقبول للحملة الجديدة التي قادتها جمعية scotch whisky للدفاع عن الويسكي بعدما كان لتعديل أحكامها أثر على منحها حق التقاضي حسب قانونها الوطني. لكن تسهيل قبول الدعوى بسبب أن التقاء القانون الذي يحكم الموضوع مع قانون القاضي¹.

وفي جميع الأحوال يمكن الشك في تبرير ملائمة التطبيق الجامع للقانون الفرنسي، يمكن تفضيل رد فعل النظام العام الدولي الفرنسي في مواجهة التشريعات الأجنبية التي تفتح بصفة واسعة اللجوء إلى المحاكم لتجمعات لا تمثل، من وجهة نظر القانون الفرنسي، ضمانات كافية لتمثيلها حسب موضوع نشاطها أو شروط تنظيمها و بالتالي تكون مهددة للنظام القانوني لدولة القاضي²، فالرأي المستمد من أحكام القضاء الفرنسي، حسب البعض، منتقد على أساس أن التطبيق الجامع يعني إثبات الطبيعة الإجرائية والموضوعية لحق التقاضي للجمعيات والنقابات وهذا أمر غريب³.

مادام أن الجمعيات الأجنبية لا تمارس نشاطها في الجزائر إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق، وبما أنه يشترط أن تتأسس وفقا للقانون الجزائري الذي تخضع له والذي يعترف لها بحق التقاضي، فيكون هو الواجب التطبيق حتى ولو لم تكن لها أهلية التقاضي وفق القانون الأجنبي، لكن يشترط أن لا تمارس هذا الحق بما يخالف النظام العام. وما يلاحظ هنا أن مسألة أهلية التقاضي تختلط مع الصفة في التقاضي، بالرغم من أن الأهلية تتعلق بممارسة النشاط بعد الحصول على ترخيص بذلك أما الصفة فتتمثل في أن تكون الجمعية أو النقابة الأجنبية في مركز المدعي أو المدافع عن الحقوق الجماعية أو النقابية أو حقوق أحد أعضائها، وإذا تجاوزت ذلك يتدخل النظام العام ليسحب الترخيص ولا تكون لها بالتبعية صفة التقاضي.

¹ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 523, p 373,374.

² - M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n° 50.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 261.

د - صفة النيابة العامة في التقاضي

باعتبار أن حق النيابة العامة يتعلق بتحديد سلطة عامة¹، وبوصفها ممثلة لمصالح الجماعة ومصالحة القانون حولها المشرع في أحوال استثنائية حق رفع بعض الدعاوى في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، وإذا تضمن النزاع عنصراً أجنبياً فإن الراجح فقهاً² أن القانون الذي يحكم شرط صفة النيابة العامة في رفع الخصومة المدنية أو التدخل فيها هو قانون القاضي وليس القانون الذي يحكم موضوع العلاقة القانونية محل النزاع، فقانون القاضي المنظور أمامه النزاع هو الذي يتكفل ببيان ما إذا كانت النيابة العامة صاحبة الصفة من عدمه وهو الذي يعين الشروط التي بمقتضاها يكون لها الحق في أن تكون خصماً في الدعوى³، فهو القانون الذي يحكم هذه الهيئة في أدائها لوظائفها، ومن غير الوارد أن تباشرها خارج حدود إقليم الدولة التي تعمل باسمها⁴، وهذا الحل يبرره أن حق النيابة العامة يتعلق بمصالح جوهرية تمس مصالح الجماعة⁵، فهي تمثل المجتمع و لا تتدخل إلا حينما تكون المصلحة العامة للمجتمع مهددة بخطر سواء كانت المصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية و القوانين التي تنظم هذه المصالح تدخل في إطار قوانين البوليس أو الأمن المدني و بالتالي تطبق مباشرة⁶، ويبرر كذلك بقاعدة خضوع المرفق العام لقانون الدولة التي أنشأته فلا يجوز أن تأتمر النيابة العامة بأوامر صادرة إليها من غير الدولة التي تخضع لها⁷، لأن النيابة العامة تعتبر جهازاً متصلاً بالسلطة القضائية وتتبع أيضاً السلطة التنفيذية وبالتالي لا يتصور قبول دعوى سلطة عامة أجنبية في مسألة تمس المصلحة العليا لمجتمع دولة القاضي وإلا اعتبر هذا تعدياً على أحد مظاهر السيادة⁸، والسبب في تطبيق قانون القاضي هو الرغبة في حماية النظام العام والآداب العامة ولهذا تعتبر فكرة

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 207.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 800، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 274، ص 207، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 200: حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 261، عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 111، 112، 112 مكرر، ص 170، 171، 172، 173، أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة، بند 67، ص 83 و ما بعدها.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 200، 201، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 261، 262.

⁴ - عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 112، ص 171.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 201 200.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 83، 84.

⁷ - عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 112، ص 172.

⁸ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 84.

النظام العام أساس إعطاء الاختصاص لقانون القاضي¹، بالإضافة إلى حسن تطبيق القانون في دولة القاضي².

وبالتالي فإن المرجع في تحديد ما إذا كان للنيابة العامة سلطة رفع الخصومة المتعلقة بالقانون الخاص أو التدخل فيها هو قانون القاضي المختص بالفصل في النزاع، وتدخل النيابة العامة في الدعوى يكون متعيناً متى كان قانون القاضي يوجب حتى وإن كان القانون الذي يحكم موضوع النزاع لا يرى محلاً لهذا التدخل أو كان يجيزه فقط، وعلى العكس فإن الحكم الصادر لا يكون باطلاً لعدم تدخل النيابة العامة الذي يستلزمه القانون الأجنبي الذي يحكم موضوع النزاع متى كان قانون القاضي لا يوجب تدخلها أو كان يجيزه ولم تر النيابة العامة محلاً له³.

ويرى بعض الفقه الفرنسي⁴ أنه من البديهي اعتبار أن صفة النيابة العامة في التقاضي لا تتعلق إلاً بقواعد النظام القانوني لقانون القاضي الذي يمنحها مهمة الدفاع عن المصلحة العامة، وهذا ما يؤدي إلى القول أن النيابة العامة لا يمكن لها أن تكون حارسة للنظام العام الأجنبي، ويواصل الفقه السابق القول أن مثل هذا الاستدلال يقود إلى حصر تدخل النيابة العامة في الفرضيات التي يخضع فيها موضوع النزاع لقانون القاضي أو على الأقل عندما يقرر القانون الأجنبي المطبق في الموضوع حلولاً مماثلة لتلك المقررة في قانون القاضي، أي أن النيابة العامة الفرنسية لا تتدخل كطرف أصلي في النزاع إلاً في الحالات أين يعتبر القانون الفرنسي أن هناك مساس بالنظام العام الفرنسي، وتثير الدعوى التي تمارسها النيابة العامة صعوبات في الإسناد، إذ لها صفة ضمان الدفاع عن المصلحة العامة التي تفوق المصالح الخاصة ويظهر الحق في الدعوى كمنحة للاختصاص التي لا يمكن أن تنشأ إلاً من القانون الذي وظفها وحدد سلطاتها وهو قانون القاضي، ووضوح هذا الحل (تطبيق قانون القاضي على صفة التقاضي للنيابة العامة) مفاده أن الموظف العمومي لا يمكنه التصرف إلاً في إطار السلطات المخولة له وفقاً لقاعدة *lex auctoris*.

¹ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 261، 262، عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 112، ص 171.

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 112، ص 170.

³ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 112، ص 172.

⁴ - M-L.NIBOYET، G. LE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 512، p 367، 368.

لكن هذا التصور الضيق لوظيفة النيابة العامة كدَّبه القضاء الذي قبل أن النيابة العامة الفرنسية يمكن أن تتدخل كطرف أصلي طبقاً للقانون الأجنبي في حالتين: دعوى بطلان زواج خاضع للقانون الجزائري¹ (لكن الحل ضمني) ودعوى الاعتراف بطفل زنا حسب القانون البلجيكي²، وحسب الرأي السابق فإن هذا الحل يستحق القبول والمصادقة عليه لأنه يحترم العلاقات التي توحد بين تعيين أصحاب دعوى البطلان وأسس البطلان ويمكن من التعاون الدولي بين النيابات العامة لمختلف الدول، ومن أجل احترام مبدأ عدم خروج القاضي من اختصاصاته الضرورية المحددة بموجب قانونه، يجب إدخال التمييز التالي: أن القانون الذي يحكم الموضوع يقرر الحالات التي تمنح فيها الدعوى للنيابة العامة، مع التحفظ على دور الدفع بالنظام العام، في حين أن قانون القاضي يقرر الهيئة التي تمارس هذه الدعوى وسلطاتها، وبالتالي فيكون للنيابة العامة الفرنسية الحلول في الدعاوى أمام المحاكم الفرنسية محل الهيئة المعينة بموجب القانون الأجنبي، ومبدأ الحلول يفترض التماثل الوظيفي بين الهيئات في قانون القاضي وفي القانون الأجنبي³.

ويعرض بعض الفقه المصري⁴ رأياً يُخضع سلطة النيابة العامة في الخصومة المدنية ذات العنصر الأجنبي للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، حيث يفرق بين "تدخل السلطة العامة" و"أدائها لوظائفها" وبالتالي تخضع السلطة العامة في أدائها لوظائفها لقانون القاضي في حين أن تدخلها يمكن أن يخضع لقانون أجنبي، وقد انتقد الفقه السابق هذا الرأي بشدة⁵.

¹ -Cass.1ère civ.،13 octobre 1998. RCDIP 1999، p 281، Cf. M-L.NIBOYET، G. LE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 512، p 367، 368.

« Ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, parce que nouveau et mélangé de fait et de droit, le moyen, pris de l'absence de qualité pour agir, qui reproche aux juges du fond de n'avoir pas recherché si, selon la loi étrangère applicable (la loi algérienne), l'annulation du mariage était susceptible d'être obtenue à la demande exclusive du ministère public », « Attendu que M.M fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé la nullité du mariage par lui contracté le 26 décembre 1989 avec Mme K. alors, selon le moyen, d'une part, qu'en s'abstenant de rechercher si l'annulation du mariage était susceptible d'être obtenue à la demande exclusive du ministère public et contre la volonté de l'époux, soumis à la loi algérienne... », RCDIP , p 281.

² - TGI Créteil، 19 février 1981، RCDIP 1982، p 910، Cf. Ibid.

³ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 512، p 367، 368.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 112 مكرر، ص 172، 173.

⁵ - انظر عنایت عبد الحمید: المرجع السابق، بند 112 مكرر، ص 173.

وقد اقترح الفقيه TRAVERS حلا فيما يخص منازعة إلغاء زواج يتعلق بالتطبيق الجامع للقانون الموضوعي - من أجل تحديد سبب البطلان والأشخاص المؤهلين للاستفادة منه - وقانون القاضي الذي يحدد سلطات النيابة العامة (اتفاقية لاهاي المتعلقة بالزواج) وهذا الحل منقول من الحل المقترح عند تحديد القانون المطبق على صفة النقابات و الجمعيات في رفع دعاوى جماعية. من الصعب تصور أن النيابة العامة لدولة القاضي تهتم بتطبيق قانون أجنبي يضع نوعا من التنظيم الاجتماعي لا تعتبر حارسة له و صعوبة الحل تجعله مقيدا¹.

انطلاقا من نفس المعطيات، اقترح الفقيه G.BOLARD حلا مناقضا للحل الأول بصفة جذرية، يتمثل في قبول الدعوى المقامة في فرنسا من طرف النيابة العامة الأجنبية بصفتها طرفا أصليا من أجل الدفاع عن مصالح المجتمع الذي تمثله على أساس القانون الأجنبي المطبق على موضوع المنازعة، وهذا يحفز روح التعاون الدولي لكن يتعرض للنقد من حيث عدم معرفة العلاقة التي تربط نشاط هيئة عامة ودائرة الاختصاص الإقليمي التي يحدد فيها مجال اختصاص القانون المحلي².

من أجل احترام الروابط بين التنظيم الموضوعي للمؤسسة محل النزاع و تحديد أصحاب حق التقاضي من جهة، والاختصاص المانع لقانون القاضي من أجل تحديد اختصاص نيابته العامة من جهة أخرى، تم اقتراح من طرف M-L.NIBOYET-HOEGY إخضاع وجود حق النيابة العامة في التقاضي لقانون الحق المتنازع فيه، وعندما يتعلق الأمر بقانون أجنبي تحل النيابة العامة في دولة

¹ -« Transposée au droit d'action du ministère public, la solution rappelle celle qui avait proposée par TRAVERS à propos du contentieux de l'annulation du mariage favorable à une application cumulative de la loi du fond-pour déterminer la cause de la nullité et les titulaires de droit de s'en prévaloir-et de la loi du for définissant les pouvoirs du ministère public(la convention de La Haye relatives aux mariages). On retrouve en effet la considération selon laquelle il est difficile de concevoir que le ministère public du for soit intéressée à l'application d'une loi étrangère établissant un type d'organisation sociale dont il n'est pas le gardien. Mais la solution a l'inconvénient d'être très restrictive »M-L.NOBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 53.

² -« A partir des mêmes prémisses, une solution radicalement opposée a été proposée par G.BOLARD :accueillir l'action intentée en France par le ministère public étranger, en qualité de partie ordinaire, pour défendre les intérêts de la société qu'il représente sur le fondement de la loi étrangère applicable au fond.Néanmoins, la solution, séduisante par l'esprit de coopération internationale qui l'inspire, encourt le reproche de méconnaître le lien qui unit l'activité d'un organe public et le ressort territorial dans lequel la lex auctoris définit son champ de compétence »M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 54.

القاضي محل السلطة الأجنبية عند ممارسة الدعوى، حلول سلطات دولة القاضي- في إطار احترام الإطار العام لاختصاصاتها المحدد في القانون الذي ينظمها- يعتبر ماثلاً للحلول الذي وفقاً له يقبل ضرورة التدخل القضائي (من أجل تبني طفل مثلاً) و الذي يخضع لقانون الموضوع، في حين يمكن أن يمنح الترخيص من طرف السلطات القضائية لدولة القاضي وفقاً للشروط التي يحددها القانون الأجنبي، وما يؤخذ بعين الاعتبار ليس أن قانون القاضي يمنح للنيابة العامة الحق في رفع الدعوى في مجال أو مسألة معينة ولكن لأنه يجب على هذا الجهاز أن يتولى بصفة عامة سلطة التقاضي بصفة أساسية عندما تقتضي المصالح المعنية ذلك. كما يجب الاحتفاظ بالدفع بالنظام العام من أجل منع أو على العكس توسيع حق النيابة العامة في رفع الدعوى بالنظر لمصالح النظام القانوني لدولة القاضي¹.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التقادم

كل الأنظمة القانونية تربط الحق في التقاضي (رفع دعوى قضائية) بشروط تتعلق بالوقت (الزمن)، وتثير مسألة الطبيعة القانونية للتقادم خلافاً بين الفقه في القانون الداخلي، كما تختلف النظم القانونية فيما بينها بخصوص هذه المسألة الأمر الذي انعكس على القانون الواجب التطبيق على التقادم بوصفه سبباً من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به²، ولهذا يثير جدلاً فقهيًا

¹ - « Pour respecter, d'une part, les liens qui unissent la réglementation substantielle de l'institution litigieuse et la détermination des titulaires du droit d'agir et, d'autre part, la compétence exclusive de la loi organique du for pour définir les attributions de son ministère public, on a proposé de soumettre à la loi du droit litigieux l'existence du droit d'action du ministère public et, lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère, de substituer, dans l'exercice de cette action, à l'autorité étrangère le ministère public du for. Cette substitution des autorités du for- dans le respect du cadre général de leurs pouvoirs fixé par leur loi organique-est exactement similaire à celle par laquelle on admet que la nécessité d'une intervention judiciaire (pour adopter un enfant, par exp.) soit soumise à la loi du fond, tandis que, lorsque celle-ci est requise, l'autorisation puisse être accordée par les autorités judiciaires du for dans les conditions prévues par la loi étrangère. Ce qui compte en effet n'est pas que le droit du for confère au ministère public un droit d'action dans telle ou telle matière mais que cette organe soit investi de façon générale du pouvoir d'agir à titre principal lorsque les intérêts en cause le requièrent. Il faut en outre réserver le jeu de l'exception de l'ordre public pour interdire ou au contraire étendre le droit d'action du ministère public en fonction des intérêts de l'ordre juridique du for ». M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 55.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 206، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 265.

في القانون الدولي الخاص¹، فهناك من يخضعه لقانون القاضي (الفرع الأول) واتجاهات مختلفة تذهب لإخضاعه للقانون الذي يحكم الموضوع (الفرع الثاني)، مع العلم أن هناك نوعين من الآجال يسهل تكييفها، الآجال المحددة المرتبطة بالموضوع وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، وفي المقابل آجال الإجراءات التي تشكل جزءاً من تنظيم الدعوى وتخضع بالتالي لقانون القاضي وحده.

الفرع الأول: الاتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي

إن مواعيد الإجراءات التي تهدف إلى تعيين مدة من الزمن تمنح للأطراف من أجل إتمام أعمالهم² ولإثارة حماس المترافعين أو لمنحهم الوقت لتحضير دفاعهم³، وكذلك الأجل من أجل ممارسة أحد طرق الطعن⁴، فهذه الآجال تشكل جزءاً من تنظيم الدعوى⁵، وهي آجال الإجراءات - تسمى كذلك آجال سقوط الحق أو ردّ الدعوى لانقضاء الميعاد - تخضع بدون شك في المنازعات الدولية لقانون القاضي⁶.

لكن من المسائل الأكثر نقاشاً، مسألة عندما يتعلق الأمر بميعاد ممارسة الدعوى، أي ميعاد أو أجل التقادم الذي يكون محددًا، فالتقادم ينهي الدعوى القضائية وليس الحق نفسه، ولأسباب تتعلق بالإثبات (قرينة تنفيذ الالتزام) يتعين إسناد التقادم إلى قانون القاضي باعتباره قاعدة إجراءات، وكان هذا هو الحل التقليدي لقوانين الكومنولث (دول القانون المشترك common law)، الهدف من المواعيد هو إثبات الوضعيات المكتسبة وتعدد الآجال الخاصة يبين أنها محددة بالنظر لاعتبارات خاصة بمجال الدعوى، وهذا بصفة خاصة واضح في الآجال المحددة أو آجال سقوط الدعوى لانقضاء الميعاد⁷، فأجل التقادم ترتبط بالدعوى القضائية وسريتها يجعل الحق مستمرا والطابع

¹ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 265، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 282، ص 211.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361.

³ - M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 69.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361, M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 69.

⁵ - P.MAYER, V.HEUZE: Op.cit, n° 498, p 370.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361, P.MAYER, V.HEUZE: Op.cit, n° 498, p 370, M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 69.

⁷ - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361, 362.

الإجرائي يبدو مهيمنا¹، وهذا ما يميل إليه بعض الفقه الفرنسي على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع².

و هناك عدة اعتبارات حسب هذا الرأي لإخضاع التقادم لقانون القاضي:

1 - من بين الغايات التي يرمي إليها التمسك بالتقادم إبعاد الطلبات المشكوك في جديتها أو التي يبدو من العسير تبريرها ذلك أن غاية التقادم وطيدة الصلة بحسن سير العدالة في إقليم الدولة الأمر الذي يبرر إخضاعه لقانون القاضي،

2- لما كان التقادم يرمي إلى تقوية المراكز المكتسبة فان اعتبارات الضمان العام تحتم إخضاعه لقانون القاضي و بعبارة أخرى هناك اعتبارات متعلقة بالنظام العام في داخل دولة القاضي هي التي تفرض تطبيق قانونه³.

مادام أن نظام التقادم المسقط يهدف إلى كفالة الاستقرار في المعاملات، ولا يتحقق ذلك إلا بإغلاق أبواب القضاء على الدائن الذي لا يطالب بحقوقه مدة زمنية يصعب عليه بفوائها إقامة الدليل عليها، كما يصعب على مدينه إثبات براءة ذمته، لهذا يتعين إثبات الطبيعة الإجرائية للقواعد الحاكمة للتقادم وبالتالي تطبيق قانون القاضي عليها، بالإضافة إلى أن التقادم لا يلحق بالحق موضوع النزاع وإنما يلحق بصفة أصلية بالحق في الدعوى، فالذي يتقادم هو الدعوى القضائية وليس الحق، وبالتالي إذا طالب الدائن مدينه بالوفاء بالتزام متقادم وتمسك هذا الأخير بسقوط الدين بالتقادم يتعين على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى لكن يبقى حق الدائن قائما وإن كان مجردا من أي دعوى تحميه⁴، ولهذا يؤسس اختصاص قانون القاضي على طبيعة قواعد التقادم باعتبارها قوانين بوليس بسبب وظيفتها لتحقيق الأمن الاجتماعي.

¹- P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 498،p 370، 371.

عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 801، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 207، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 282، ص 211، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، 268.

²- انظر هشام علي صادق: المرجع السابق: بند 282، ص 211.

³- انظر: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 206، 207.

⁴- حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 268.

لكن هذا الاتجاه منتقد من الفقه الفرنسي¹ ، لأن التكييف الإجرائي يمثل صعوبة ترك الحرية للمدعي في المناورة مما قد يؤدي إلى forum shopping عند البحث عن محكمة تقبل آجالاً أكثر امتداداً²، حيث يمكن للمدعي في حالة وجود عدة محاكم مختصة أن يختار تلك التي تعتبر أن الدعوى لم تسقط بالتقادم³، بالنظر لمحاكم الدولة التي يضع قانونها مواعيد تقادم مختلفة⁴. فالتكييف الإجرائي لوسيلة الدفع بالتقادم أو انقضاء ميعاد محدد مسبقاً لا يجب أن يقود لتطبيق قانون القاضي.

وحسب الفقه المصري⁵ من الصعب القول بالطبيعة الإجرائية المحضة للقواعد الحاكمة للتقادم المسقط وإنكار صلته بموضوع الحق، فإذا كان أثر التقادم المسقط يتمثل في انقضاء الحق في الدعوى وأن الدفع به يشكل دفعا بعدم القبول، فإن ذلك لا يترتب ثبوت الطبيعة الإجرائية للقواعد المنظمة للتقادم المسقط حيث لا علاقة لها بمرفق القضاء، وإنما تتصل قواعد التقادم بمسألة ثبوت الحق المدعى به وهي مسألة تتصل بتنظيم الحقوق الخاصة للأفراد، وبالتالي يترتب على ذلك إثبات الطبيعة الموضوعية لقواعد التقادم، كما أن القول بإخضاع التقادم لقانون القاضي له نتائج خطيرة من الناحية العملية لأنه قد يفتح باب الغش و التحايل forum shopping من طرف الدائن لأنه يستطيع أن يختار المحكمة بين أكثر من دولة لرفع دعواه التي يكون قانونها في مصلحته أي تلك التي لا يكون وفقاً لقانونها قد سقط حقه بالتقادم وهذا ما سيمس بمركز المدين، و من جهة المدين، فهو الآخر تكون لديه الفرصة في اختيار المحكمة التي يضع قانونها ميعاداً للتقادم يكون في صالحه، باعتبار أن الاختصاص القضائي يعتمد بصفة أساسية على موطن المدعى عليه فإن المدين قد يسعى لتغيير

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 498,p 371.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 498,p 371.

⁴ - « la qualification processuelle du moyen tiré de la prescription ou de l'expiration d'un délai préfix ne doit pas pour autant conduire à l'application de la loi du for. Cette solution qui avait été préconisée par une ancienne doctrine présenterait un risque sérieux de forum shopping, toutes les fois, notamment, où le plaideur disposerait d'une option de compétence entre les tribunaux de pays dont la loi édicterait des délais de prescription différents ». M-L.NIBOUET-HOEGY : Op.cit, n° 70.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 207، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 268.

موطنه واكتساب آخر في الدولة التي يعرف مقداً أن قانونها يقرر ميعادا أقصر لتقادم الدين، وهذا ينطوي على العش و التحايل¹.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بتطبيق القانون الموضوعي

الحل الفرنسي يخضع التقادم لقانون الموضوع ويرر بالصعوبة العملية للتكييف الإجرائي²، فالاجتهاد القضائي يخضع التقادم للقانون الذي ينظم الحق، فيخضع تقادم دعاوى الحالة للقانون الشخصي، وتقادم دعاوى البطلان للقانون الذي يحكم التصرف، وتقادم الدعاوى العقدية وغير العقدية لقانون الالتزام، والتقادم المسقط للدعاوى العينية يخضع لقانون الموقع³، كما أن أجال التقاضي تخضع للقانون الواجب التطبيق على الحق الموضوعي فهو الذي يقيس آثارها الزمنية، وفي مختلف المواد تحديد الأجل وأسباب توقفه (وقفه) أو انقطاعه مرتبط بموضوع الحقوق محل الدعوى⁴.

وقد يتم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي، ففيما يخص التقادم المسقط للحق العيني يسري عليه قانون موقع المال لأنه يدخل في نظام الأموال، أما التقادم المسقط للحق الشخصي فقد رأى البعض إخضاعه لقانون القاضي، وذلك لأنه يتعلق بالدعوى أكثر من تعلقه بالحق ولأنه يتعلق بالحق المدني، ورأى البعض الآخر إخضاعه لقانون موطن المدين تأسيساً على أن الحكمة منه هي حماية المدين، ورأى فريق ثالث أن يسري على هذا التقادم القانون الذي يحكم الموضوع استناداً إلى أنه يتعلق بالحق وليس بالدعوى ولأن من شأن تطبيق هذا القانون حماية الدائن من المفاجأة غير العادلة التي يواجهها إذا ما أخضع التقادم لقانون موطن المدين وغير هذا الأخير موطنه⁵.

ويفضل بعض الفقه المصري⁶ القول مع بعض الفقه الفرنسي، بخضوع التقادم للقانون الذي يحكم الموضوع، فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الحق، ومن ثم فإن القانون الذي يسري في شأنه هو

¹ - نفس المرجعين السابقين.

² - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 498، p 370، 371.

³ - B.AUDIT : Op.cit، n° 445، p361، 362.

⁴ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 515، p 369.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 801، 802.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 282، ص 211، 212.

نفس القانون الذي يحكم الحق موضوع النزاع، ولا شك أن هذا الحل يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم وفقا لقانون موطن المدين فيما لو غيرّه.

ووفقا للمادة 67 ق إ م إ، فإن من بين الدفوع بعدم القبول ما يهدف إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي بسبب التقادم وانقضاء الأجل المسقط، وذلك دون النظر في موضوع النزاع، وهو ما يظهر أن أسلوب الدفع بالتقادم أو انقضاء أجل محدد مسبقا (مثل أجل الطعن) من بين الدفوع بعدم القبول، وما ورد كذلك في المادة 122 ق إ م ف، وبالتالي يتضح أمرين متناقضين: أحدهما حول الطبيعة الإجرائية أو الموضوعية لوسيلة الدفع بالتقادم- عن طريق تكييف التقادم دفعا بعدم القبول، والنص يكرس فرضية انقضاء حق الدعوى وترك مسألة معرفة بقاء الحق الموضوعي- ويتعلق الأمر الثاني حول غياب اختلاف في الطبيعة (القانونية) بين آجال التقادم والآجال المحددة مسبقا التي ينظر إليها على أنها شروط ممارسة الحق في الدعوى¹، ويعتبر الدفع بعدم القبول دفعا شكليا لكنه يؤثر على الموضوع، فهو ذو طبيعة خاصة يؤدي إلى انقضاء الحق في التقاضي ويمكن إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو بعد تقديم الدفوع الموضوعية، كما يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا كان متعلقا بالنظام العام².

وفي مسألة حالة الأشخاص، ينظم قانون النسب قابلية الدعوى للتقادم، والاجتهاد القضائي أخضع تحديد مهلة أجل دعاوى البحث عن الأبوة الطبيعية ودعاوى منازعة الأبوة الشرعية للقانون الذي يحكم النسب المتنازع فيه³، وآجال رفع دعاوى البطلان، للإبطال أو للفسخ، لعلاقة قانونية ما

¹ - « si l'on suit l'article 122 du code de procédure civile français figurent parmi les fins de non-recevoir les moyens tirés de la prescription ou de l'écoulement d'un délai préfix. Ainsi se trouvent tranchées deux fameuses controverses. l'une sur la nature processuelle ou substantielle du moyen tiré de la prescription- en qualifiant la prescription de fin de non-recevoir le texte consacre la thèse selon laquelle c'est le droit d'action qui est éteint، laissant ouverte la question de savoir si elle laisse survivre le droit substantiel-، et l'autre sur l'absence de différence de nature entre les délais de prescription et les délais préfix qui sont tous regardés par ce texte comme des conditions du droit d'action، indépendamment de la diversité de leur régime ». M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 69.

² - المادتين 68 و69 ق إ م إ.

³ - « en matière d'état des personnes، la loi du lien de filiation régit la prescriptibilité de l'action. De même، une jurisprudence abondante a soumis la fixation de la durée de délai des actions en recherche de paternité naturelle et des actions en contestation de paternité légitime à la loi du lien de filiation litigieux ».M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 72.

تخضع للقانون الذي قرر سبب هذا البطلان، الإبطال أو الفسخ، فيطبق القانون الشخصي لعدم الأهلية على تقادم دعوى البطلان لعيب انعدام الأهلية، والقانون الذي يحكم الزواج على تقادم دعوى بطلانه، ويطبق قانون العقد على تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية¹، كذلك يختص قانون الحق العيني محل المنازعة بتقرير عدم قابلية الدعوى التي تخميه للتقادم أو شروط الأجل الذي يمكن خلاله رفع الدعوى أمام القضاء²، وبتردد كبير تم استخراج الحل بالنسبة لتقادم الديون بسبب اختلاف وتنوع الأسس التي تقوم عليها: فهو أداة لتحقيق الأمن الاجتماعي، وله دور صالح للإثبات أو الإقناع، وتعزيز وضعيات واقعية أو جزاء إهمال الدائن، فبحسب أفضلية النتيجة المتبغاة يختلف الإسناد³.

أما اختصاص قانون مكان التنفيذ-باعتباره قانون جزاء تخلف الدائن- لم يدافع عنه لأنه من السهل معارضته وأن هذا المكان لا يناسب بالضرورة المكان الذي يجب أن تنفذ فيه المتابعات- في المقابل اقترح عدّة كتاب تطبيق قانون موطن المدين سواء مراعاة له أو لأن في هذا المكان يتركز الدين، و قد رجع القضاء لهذا القانون إلى غاية 1950، فمن الصعب تبيان أن الالتزام يتركز في موطن المدين و ليس في موطن الدائن، و لكن هذا الحل معرض لتغيير المدين لموطنه⁴.

¹ -« les délais pour agir en nullité, en révocation ou en résolution d'un rapport de droit sont constamment soumis à la loi de la cause de cette nullité, révocation ou résolution. C'est ainsi que fut applicable la loi du partage à la fixation du délai de l'action en rescision pour lésion d'un acte de partage, la loi personnelle de l'incapable à la prescription de l'action en nullité pour incapacité, la loi du mariage à la nullité de celui-ci, la loi du contrat à l'action en garantie contre les vices cachés ».M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 73.

²-« de même encore, appartient-il à la loi du droit réel mis en cause de décider de l'imprescriptibilité de l'action qui le protège ou des conditions de temps pendant lequel il peut être déduit en justice ».M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 74.

³ - « la solution s'est dégagée avec plus d'hésitation pour la prescription des créances en raison de la variété des fondements assignés à celle-ci : instrument de pacification sociale, rôle probatoire, consolidation des situations de fait ou sanction de la négligence du créancier. Selon la finalité privilégiée, le rattachement choisi diffère ».M-L.NIBOYET-HOEGY: Op.cit, n°75.

⁴ -« la compétence de la loi du lieu d'exécution-à titre de loi de la sanction de la défaillance du créancier- n'a guère été défendue car il est aisé de lui objecter que ce lieu ne correspond pas nécessairement à celui où devaient être exécutées les poursuites. En revanche, de nombreux auteurs, à des titres divers, ont préconisé l'application de la loi du domicile du débiteur soit dans un esprit de faveur pour celui-ci, soit parce que c'est en ce lieu que serait localisée la

وابتداء من قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1950¹، والذي اختلف المعلقون في تفسيره، فيما يخص ربط قانون موطن المدين بقانون العقد، الذي بموجبه توجه القضاء نحو تطبيق قانون العقد على تقادم الالتزامات التعاقدية، وبصفة عامة تطبيق قانون مصدر التقادم على كل الالتزامات ذات المصدر التعاقدية أو غير التعاقدية، والحل يبرر بالاحترام الضروري لوحدة الأحكام التنظيمية للحق في التقاضي وللالتزام، فهو يمثل امتيازات اليقين والتقدير المسبق بالنسبة للأطراف الذين تمكنوا وقت إبرام العقد تقويم مدة التقادم، وهذا الحل يناسب ما في أغلب الأنظمة القانونية الأجنبية ومكرس في اتفاقية روما لـ 19 جوان 1980 حول القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية²، وفي مسألة المسؤولية التقصيرية تم استخراج اختصاص قانون الفعل الضار الموجب للالتزام، لتأكيد تعميم القاعدة من أجل ضبط التقادم على كل التزام مهما كان مصدره³.

créance. C'est à cette loi que la jurisprudence s'est référée majoritairement jusqu'en 1950. Toutefois, non seulement il est difficile- et peu pratique dans les contrats synallagmatiques- de démontrer que l'obligation se localise au domicile du débiteur et non à celui du créancier, mais surtout la solution est sujette aux changements de domicile du débiteur». M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n°76.

¹ - « la mise en œuvre de la nullité encourue(...), et notamment la prescription de l'action destinée à la faire valoir forment avec l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble indissociable soumis à une loi unique, ainsi la prescription de l'action en nullité relève de la loi de la condition transgressée ». B.ANCEL, Y.LEQUETTE :Op.cit, p 345.

² -« c'est à partir d'un arrêt de la cour de cassation du 31 janvier 1950, diversement interprété par ses commentateurs en ce qu'il combinait loi du domicile du débiteur et loi du contrat, que la jurisprudence s'est orientée vers l'application de la loi du contrat à la prescription des obligations contractuelles, et plus généralement de la loi de la source à la prescription de toutes les obligations d'origine contractuelle ou délictuelle. La solution est justifiée d'abord par le respect nécessaire de l'unité des réglementations du droit d'agir et de l'obligation. Elle présente, en outre, des avantages de certitude et de prévisibilité pour les parties qui ont pu apprécier au moment de la conclusion du contrat la durée de la prescription. Elle correspond à celle de nombreux systèmes étrangers et elle est consacrée par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 ». M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n°77.

³ -« en matière délictuelle, la compétence de la loi de la source s'est dégagée sensiblement à la même époque, d'abord par une série imposante de décisions des juridictions du fond, puis par des arrêts récents de la cour de cassation venant confirmer la généralité de la compétence de la loi de la source pour régir la prescription de toute obligation, quelle qu'en soit l'origine. Les conventions de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière(art 8-8) et du 2 octobre 1973 sur la responsabilité du fait des produits(art

ومجال القانون المطبق عام، لا يغطي فقط القابلية أو عدم القابلية للتقادم للحق المتمسك به، و لكن كذلك كل المسائل التي تهم الأجل، كتحديد نقطة انطلاق التقادم ومدة المهلة وكذلك نظام أجل التقادم خاصة إمكانية وأسباب الوقف أو الانقطاع، إمكانية الترك أو التنازل أو إبرام اتفاقيات تتعلق بالتقادم¹.

ويتدخل النظام العام في مواجهة الآجال المفرطة أو القصيرة جدا، أما الأعياد وأيام العطل الرسمية فتطبق باسم قوانين البوليس على التصرفات التي تتم على الإقليم².

فيستبعد القانون الذي يحكم الحق الموضوعي المتنازع فيه في كل مرة عندما يصطدم مع تصورات النظام العام الدولي لدولة القاضي، لكن إذا تمّ تقرير الدفع بالتقادم تحقيقا للمصلحة الخاصة، فإن القوانين الأجنبية التي تملّي آجالا طويلة وتلك التي تنص على آجال قصيرة، لا تعتبر مناقضة للنظام العام الدولي³.

8-8)retiennent pareillement la compétence de la loi du fait générateur » M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 78.

¹ -« le domaine de la loi ainsi dégagée est général. Il couvre non seulement le caractère prescriptible ou imprescriptible du droit invoqué, mais aussi toutes les questions intéressant la computation du délai-la fixation du point de départ de la prescription et la durée du délai-ainsi que le régime du délai de prescription, notamment la possibilité et les causes de suspension ou d'interruption, la possibilité de renoncer, ou de conclure des conventions relatives à la prescription »M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 79.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 445, p 361, 362.

³ -« La loi gouvernant le droit substantiel litigieux est écartée néanmoins toutes les fois que son application heurte les conceptions d'ordre public international du for. L'intervention de l'exception d'ordre public est néanmoins assez rare dans ce domaine qui laisse peu de place à des principes de justice universelle érigés en valeurs intangibles. De fait, malgré l'influence qu'exercent les considérations de fond- notamment sur les actions d'état soumises aux grands principes du droit de la famille-, la fixation d'un délai présente une « part d'arbitraire et de contingence ». de plus le moyen tiré de la prescription présente en droit français un caractère d'intérêt privé. C'est pourquoi ni les lois étrangères édictant des délais plus longs que la loi française, ni celles qui prévoient un délai plus court, même très rigoureux(la prescription trentennale du droit allemand en matière d'accident de la circulation, la prescription annale du droit espagnol en la même matière) ne sont jugées contraire à l'ordre public international ».M-L.NIBOYET-HOEGY : Op.cit, n° 80.

فقد تمّ القضاء من طرف محكمة النقض الفرنسية أن قابلية الدعوى للتقادم لإقرار البنوة (البنوة الشرعية) يبرر استبعاد القانون البلجيكي المطبق، وإحلال محله التقادم الثلاثيني (30 سنة) في القانون الفرنسي، واستبعاد القانون الفيتنامي الذي ينص على عدم قابلية دعاوى الحالة للتقادم¹.

وبالنسبة لتطبيق قواعد الدعوى العمومية-التي تخضع للاختصاص المانع لقانون القاضي-على تقادم الدعوى المدنية عندما ترفع أمام المحاكم الجزائية باعتبارها تابعة (مرتبطة) بالدعوى العمومية، لا تستجيب لأجل تقادم مختلف (أي تخضع لنفس تقادم الدعوى العمومية)، وفي المقابل إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية، فإن استقلالية تقادم الدعويين يمكن من تطبيق قانون أجنبي ينص على أجل مختلف².

وقد تطرح مسألة الإحالة في التقادم عندما يكون هناك اختلاف (تباعد) في التكييفات بين النظام الأجنبي المعين، وهو غالبا القانون الأنجلوسكسوني الذي يصنف التقادم ضمن مسائل الإجراءات المنظمة وفقا لقانون القاضي، وبين قانون القاضي الذي يقدر اختصاص قانون الحق المتنازع فيه³، وينبغي رفض الإحالة إذا أدت إلى تناقض معنى ووظيفة قاعدة التنازع⁴.

¹ -« Toutefois, il a été jugé(cass.1^{re} civ., 13 nov. 1979) que la prescriptibilité d'une action en contestation de légitimation caractérisait « un intérêt de bien commun » justifiant l'éviction du droit belge applicable et la substitution de la prescription trentenaire du droit français. Et la loi vietnamienne édictant l'imprescriptibilité des actions en contestation d'état a été écartée ».M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 81.

² -« Il convient de réserver la question de l'incidence des règles de l'action publique-relevant de la compétence exclusive de la loi du for- sur la prescription de l'action civile lorsque l'action civile est portée devant les tribunaux répressifs. L'action civile étant accessoire à l'action publique, elle ne saurait obéir à un délai de prescription différent. En revanche, si l'action est portée devant les tribunaux civils, l'indépendance des prescriptions des deux actions permet d'appliquer une loi étrangère prévoyant un délai discordant ».M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 83.

³ -« Enfin, il convient d'examiner le jeu d'un éventuel renvoi de qualification. La question se pose lorsqu'il y a une divergence de qualifications entre le système étranger initialement désigné- en pratique un droit anglo-saxon rangeant la prescription dans les matières de procédure régies par la loi du for et de nombreuses exceptions concernant des délais spéciaux soumis à la loi du droit litigieux ».M-L.NIBOYET-HOEGY :Op.cit, n° 84.

⁴ - ibid.,n° 86.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الإثبات

يقصد بالإثبات إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية¹، أو هو إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة معينة يترتب على ثبوتها إقرار حق أو مركز قانوني معين، وهو يرتبط من جهة بإجراءات الدعوى ومن جهة أخرى بموضوعها ومن جهة ثالثة بشكل العلاقة القانونية، والهدف الأساسي له هو اقتناع القاضي بهدف الحصول منه على حكم معين²، ويمكن تعريفه أيضا بأنه النظام الذي بواسطته يضع أحد الأطراف للقاضي الذي ينظر في الادعاء عناصر اقتناعه الخاصة لتبرير الحقيقة لواقعة مدعى بها ينكرها الطرف الآخر، وهذا التعريف يستبعد الإثبات خارج القضاء³.

ويوجد ثلاث صور للإثبات، الإثبات المطلق أو الحر، والإثبات المقيد، والإثبات المختلط⁴، ويأخذ المذهب المختلط بمزايا المذهبين السابقين ويتجنب مساوئهما، فهو يمنح للقاضي حرية تقدير الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة معينة كالاستماع إلى الشهود، القرائن القضائية، توجيه اليمين المتممة⁵.

¹ - حفيفة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 277.

² - وسام توفيق عبد الله الكتي: مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 11. ويعرف كذلك بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة، مشار إليه في: عبد الكريم مامون: عبد الكريم مامون: محاضرات في طرق الإثبات، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، 2011، ص 1 و 2، ويعرفه البعض على أنه تقدم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم، محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 06.

³ - Thomas HABU GROUD : La preuve en droit international privé، Presses Universitaires d'Aix-Marseille، faculté de droit et de sciences politiques، 2000، p22

ويتميز الإثبات القضائي من حيث أن الخصوم أنفسهم يقومون به ولا يجوز أن يشاركهم فيه طرف آخر بما فيهم القاضي الذي يجب أن يقف موقفًا محايدًا، كما أنه يتم عادة أمام القضاء وفقا للطرق التي حددها القانون وبتن قيمة كل منها كالكتابة والبيئة، بالإضافة إلى أن ما يثبت أمام القضاء يعتبر عنوانا للحقيقة ولا يقبل إثبات عكسه أمام القضاء مرة ثانية وهذا طبقا لمبدأ حجية الأمر المقضي به وعملا بمبدأ ضرورة استقرار المعاملات، انظر عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 1 و 2.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 214.

⁵ - انظر: عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 4.

كما يتم التمييز بين ثلاثة أنظمة للإثبات، نظام الإثبات الأولي والديني الذي يتميز باستعمال وسائل تستدعي تدخلا دينيا مثل أداء اليمين، بينما يتميز النظامان الآخران باللجوء إلى وسائل إثبات عقلية يرتبط أحدهما من حيث أن اكتشاف الحقيقة مرتبط بضمير القاضي، وهو نظام الاقتناع الخالص، في حين أن في النظام الآخر قيمة الأدلة محددة بصفة أولية من طرف المشرع وهو نظام الإثبات القانوني¹.

وفي نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بشأن علاقة ذات طابع دولي على وجود حق متنازع فيه، وباعتبار أن الحق يعبر عن حقيقة مجردة فإن الإثبات ينصب على الواقعة المنشئة لهذا الحق، ولا يمكن إنكار الأهمية البالغة لنظرية الإثبات في القانون الدولي الخاص لأن تعذر الإثبات يعني انعدام الحق².

ويعتبر بحث مشكلة الإثبات في خصوص المنازعات ذات العنصر الدولي من أدق مباحث المرافعات المدنية الدولية والقانون الدولي الخاص، فهي تمثل مجالا خصبا لنظرية تنازع القوانين، فلا يكفي البحث في اختصاص المحاكم بنظر النزاع الذي يثور حول وجود حق أو مركز قانوني ذو طابع دولي، ولا يكفي تحديد القانون الذي يحكمه، لأن البحث عن القانون الواجب التطبيق يهدف إلى بيان وجود "الحماية القانونية" للحق أو المركز القانوني، والبحث في الاختصاص القضائي يهدف إلى تحويل الحماية القانونية إلى "حماية فعلية"، وعملية التحويل هذه لا تتم إلا عن طريق الإثبات، ولما كان الإثبات يثور بشأن علاقة ذات عنصر دولي فإن الطابع الدولي يتطرق له بالتبعية³، ويعتبر الإثبات من أشق المسائل التي تدق في شأها التفرقة بين الإجراءات والموضوع، فمن قواعده ما يتصل بالموضوع ومنها ما يتعلق بالإجراءات، وهناك قواعد من الصعب القول بصفتها الإجرائية البحتة أو

¹ - Cf. T.HABU GROUD : Op.cit, p 19, « ...trois grands systèmes de preuve. Le système de la preuve primitive et religieuse. qui se caractérise par l'utilisation, non exclusive, de moyens faisant appel à des interventions divines...le serment. Les deux autres systèmes se distinguent par le recours à des moyens de preuves rationnels. Il se différencie en ce dans l'un, la découverte de la vérité est abandonnée à la conscience du juge. c'est le régime de l'intime conviction, tandis que dans l'autre la valeur des preuves est fixée a priori par le législateur. c'est le régime des preuves légales. »

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 213، 214.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، بند 402، ص 497.

طبيعتها الموضوعية الخالصة¹، لأنها تتسم بطبيعة مزدوجة، فهي تهدف إلى حسن أداء العدالة وإظهار الحقيقة وترتبط في نفس الوقت بموضوع الحق المعتدى عليه، ومن ثم فإن تغليب الطابع الإجرائي أو الموضوعي بالنسبة لهذا النوع من القواعد فيه إهدار لطبيعتها المزدوجة².

ويظهر من الوهلة الأولى الطابع الإجرائي لقواعد الإثبات حيث تتعلق بوجود الحق وحمل اقتناع القاضي حول حدوث بعض الوقائع³، ويهدف إلى أداء العدالة مما يشير إلى إخضاعها لقانون القاضي⁴، حيث يبدو أنه مسألة نفسية محضة جوهرها تقديم الأسباب التي تحمل القاضي على الاقتناع⁵، لكن قواعد الإثبات مرتبطة بالموضوع عندما تشير إلى ضمان استقرار الحالة المدنية أو حماية إرادة الأطراف⁶، وهذا يؤدي إلى الاعتراف بالدور الواسع للقانون الذي يحكم الموضوع أو لقانون محل التصرف⁷، فالإثبات يعمل أساساً على تأكيد وجود حق أو مركز قانوني معين، وهناك ارتباط وثيق بين الحق وإثباته، وهذا يدعو إلى تطبيق القانون الذي يحكم هذا الحق على إثباته، كما لا يتخذ الإثبات طابعاً قضائياً حيث توجد أدلة معدة مسبقاً تتعلق بمهية التصرف أو محل إعداده ولا يجب إغفال حماية الغير وهو عامل يجعل قاعدة الإثبات من قوانين البوليس⁸.

ومن ناحية أخرى فالإثبات كنظام قانوني يتكون من نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تحدد طرق الإثبات وحالات تطبيق كل طريق منها وحجية كل دليل والشروط اللازمة للإثبات، وهناك قواعد إجرائية الغرض منها بيان الأوضاع التي تتبع عند سلوك كل طريق من طرق الإثبات وعند الالتجاء إلى القضاء، وهذه التفرقة تفتح الباب لتدخل قانون أجنبي بجانب قانون القاضي وهو إما أن يكون القانون الذي يحكم موضوع الدعوى أو قانون المحل باعتباره القانون الذي يحكم مسائل

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 284، ص 212.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 277، 278.

³ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 500، p 371.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit، n° 446، p 362.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، بند 402، ص 497.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit، n° 446، p 362.

⁷ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 500، p 371.

⁸ - B.AUDIT : Op.cit، n° 446، p 362.

الشكل في الأعمال والتصرفات القانونية، فنظام الإثبات لا يمكن إدراجه برمته في طائفة المسائل الإجرائية أو الموضوعية فهو يتوزع بين كلا الطائفتين وبالتالي يحكمه أكثر من قانون¹.

وتتميز العلاقات الخاصة الدولية بتنوع الأنظمة القانونية وتنظيمها وفقا لمنهج تنازع القوانين مما يجعل الإثبات في مفترق الفئات القانونية فيمكن أن يكون إجرائيا كما يهتم بالقانون الذي يحكم موضوع العلاقة القانونية ويتعلق كذلك بالشكل²، وإثارة الخلاف حول طبيعة الإثبات يتأثر بالاختلاف بين النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني من حيث اعتباره من مسائل الإجراءات أو من مسائل الموضوع³، كما لاشك أن اختلاف مذاهب الإثبات بين الإثبات الحر أو المطلق والإثبات المقيد أو القانوني والإثبات المختلط يؤدي بالضرورة إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق، حيث يأخذ النظام الأنجلو أمريكي بمذهب الإثبات الحر وبالتالي إخضاع الإثبات في جميع جوانبه لقانون القاضي، أما مذهب الإثبات المقيد فيتضمن إمكانية إخضاعه لقانون آخر غير قانون القاضي خاصة القانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما مذهب الإثبات المختلط فيجعل التنازع بين قانون القاضي و قانون الموضوع⁴.

ففي الدعوى المدنية الدولية تمثل مسائل الإثبات أهمية حاسمة من أجل تأسيس الطلبات وتستجيب كذلك لقواعد قابلة للاختلاف بين نظام الإثبات الحر، أين يمكن للقاضي قبول كل دليل (شهادة شهود أو قرائن) وتقدير درجة اعتماده، ونظام الإثبات القانوني الذي يعين وسائل الإثبات المتسلسلة حسب معايير قانونية مفروضة على القاضي⁵، ومن المؤكد أن اقتناع القاضي غير كاف ومن الضروري أن يقتسمه مع المتقاضين⁶.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 403، ص 498.

² - T.HABU GROUD : Op.cit, p 24.

³ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 12.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 404، ص 499، 500.

⁵ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 592، p 422.

⁶ - T.HABU GROUD : Op.cit, p 21.

وبشأن مكان إدراج قواعد الإثبات يوجد ثلاثة اتجاهات في التشريعات¹، ويأخذ المشرع المصري بنظام الإثبات المختلط بين الجوانب الإجرائية والجوانب الموضوعية²، ويميز القانون الفرنسي حسب الموضوع المراد إثباته، فالإثبات حر في المواد التجارية، ويجب تقديم دليل كتابي في التصرفات القانونية المدنية، و القوة الثبوتية للكتابة تكون متزنة حسب طرق إقامتها³، كما لا تقبل شهادة الشهود عندما تتجاوز قيمة التصرف القانوني المتنازع فيه حداً معيناً⁴.

ويمكن القول أن القانون الجزائري متأثراً بكل من القانون الفرنسي والقانون المصري يأخذ بنظام الإثبات المختلط، كما أنه أدرج قواعد الإثبات في القانون المدني في الجزء المتعلق بإثبات الالتزام في الباب السادس من الكتاب الثاني، المواد من 323 إلى 350، و في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الجزء الخاص بوسائل الإثبات في الباب الرابع من الكتاب الأول، في المواد من 70 إلى 193، مما يوحي إلى أن مسائل الإثبات تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع أما وسائل الإثبات فتخضع لقانون القاضي.

ويثير الإثبات عدة مسائل وهي محل الإثبات، وعبءه، وطرقه، أي الأدلة وقوة الدليل، ثم الإجراءات والأوضاع الواجبة لاتباع لتقديم الدليل، وإذا كان من المفهوم أن المحل والعبء وبيان الأدلة وقوة كل منها هو الجانب الموضوعي الذي يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، وأن الإجراءات والأوضاع هي الجانب الإجرائي الذي يعتبر من قواعد الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي، إلا أن من مسائل الجانب الموضوعي ما يثير خلافاً، بحيث يزاحم قانون القاضي القانون الذي يحكم موضوع

¹ - فالإنجاز الأول يذهب إلى وضع القواعد الموضوعية للإثبات في القانون المدني والقواعد الإجرائية في قانون الإجراءات وهذا هو موقف القانون الفرنسي، وهذا الاتجاه يشتمل قواعد الإثبات على الرغم من أنه يسهل الفصل بين القواعد الموضوعية والإجرائية، ويذهب الاتجاه الثاني إلى جمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية ضمن قانون الإجراءات، كما فعل المشرع اللبناني، ويرر بعض الفقه ذلك من أن قواعد الإثبات لا تتعلق إلا بخصوصية قضائية، أما الاتجاه الثالث فيجمع قواعد الإثبات في قانون مستقل مثل المشرع المصري وقانون الأدلة الفدرالي الأمريكي، والقانون الإنجليزي

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 214.

جمع المشرع المصري بين القواعد الموضوعية التي تحدد الأدلة وتبين الحالات التي يستعمل فيها كل دليل والتي تبين محل الإثبات والخصم الذي يقع عليه عبئه وبين القواعد الشكلية أو الإجرائية التي ترسم السبيل الواجب إتباعه عند تقديم الأدلة أمام القضاء، وهذا ما يجعل التنزع بين القوانين محتوماً.

³ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 592، p 422.

⁴ - T.HABU GROUD : Op.cit، p 20.

النزاع، ففي الدول الأنجلوأمريكية يخضع الفقه و القضاء محل الإثبات للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، إلا أن هناك خلافا بشأن عبء الإثبات حيث يخضعه البعض للقانون الذي يحكم الموضوع في حين يخضعه البعض الآخر لقانون القاضي، أما باقي المسائل فالمستقر خضوعها لقانون القاضي¹، وفي الدول اللاتينية منها فرنسا يرى بعض الفقه² أن قانون القاضي يستبعد كلية في محل وعبء الإثبات، وبصفة جزئية عند قبول أدلة الإثبات وقوتها الثبوتية، وفي المقابل يحكم بصفة منفردة إجراءات الإثبات.

وتحديد الطبيعة القانونية لمسائل الإثبات يعتبر مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي وفقا للقاعدة العامة في القانون الدولي الخاص، والتي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 9 من القانون المدني، وإن يبدو أن الأمر سهل إلا أن هناك مسائل تثير إشكالات في تحديد القانون الواجب التطبيق، مما يحتم التطرق لكل مسألة وتحديد القانون المطبق على محل الإثبات (الفرع الأول) وعلى عبء الإثبات (الفرع الثاني) ومسألة قبول الأدلة وحجيتها (الفرع الثالث)، أما فيما يتعلق بإجراءات الإثبات، فالقاعدة العامة والرأي الغالب فقها³ هو خضوعها لقانون القاضي⁴، وإن كان بعض الفقه⁵ يرى، فيما يتعلق بالشهادة، أن مسألة عدد الشهود وأهليتهم وتجريرهم وإعفائهم من الشهادة تتعلق بالمراكز القانونية الموضوعية، وتهدف إلى حماية مصالح الأفراد، تندرج ضمن فكرة قبول الدليل وحجيته وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع وهو قانون شكل التصرف.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، بند 210، ص 802، 803.

² - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 500، p 371.

³ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 812، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 305، ص 229، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 446، ص 539.

⁴ - ولقد ذهب القضاء الجزائري، متمثلا في غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 2006/12/13، في ملف رقم 375053، أنه لا يمكن إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد مسجل بتراب دولة لأجنبية، وهذا ما يمكن تفسيره أن المحكمة العليا طبقت القانون الأجنبي باعتباره القانون المحلي في مسألة تسجيل النسب، وبالتالي فإن اثباته يخضع لقانون الدولة التي يسجل فيها.

⁵ - عنليت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 61، ص 74 وما بعدها.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات

محل الإثبات هو الواقعة القانونية¹ المنشئة للحق أو المركز القانوني محل النزاع، وقد تكون هذه الواقعة مادية مثل فعل ضار أو طبيعية مثل الميلاد أو الوفاة أو كوارث طبيعية، وقد يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً مثل عقد البيع أو الإيجار، وتختلف التصرفات القانونية عن الوقائع المادية من حيث أن الوقائع المادية يتكفل القانون بتحديد آثارها في حين أن إرادة الشخص هي التي تحدد آثار التصرفات القانونية، كما يمكن إثبات الوقائع المادية بكافة الطرق في حين أن في التصرفات القانونية يشترط المشرع الكتابة لإثباتها²، ولا ينصب الإثبات مباشرة على الحق لأنه حقيقة مجردة وإنما على الوقائع التي يتولد عنها والتي تشكل عنصراً لا ينفصل عن الحق وتعتبر مصدراً له³، كما لا ينصب على القاعدة القانونية التي تقر وجود الحق أو المركز القانوني⁴ لأن القاضي يفترض علمه بها⁵، حتى ولو كانت القاعدة القانونية أجنبية تم تعيينها وفقاً لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، بالرغم من أن هناك من يعتبر أن القانون الأجنبي مجرد واقعة ينبغي على الخصوم إثباته، إلا أن الصحيح أن القانون الأجنبي لا تتغير طبيعته بمجرد أنه يعبر الحدود الإقليمية لدولته وبالتالي يتعين على القاضي احتراماً لقاعدة الإسناد في قانونه أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي⁶.

وما دام أنّ الواقعة القانونية المنشئة للحق موضوع النزاع فإنها تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، لكن شروطها الإجرائية تخضع لقانون القاضي.

¹ - ويشترط في الوقائع محل الإثبات مجموعة من الشروط، كأن تكون الواقعة القانونية بطبيعتها قابلة للإثبات، وهو أمر منطقي، فلا يجب أن تكون مستحيلة الإثبات بسبب استحالة تصديقها عقلاً كمن يدعي الانتساب لشخص أصغر منه سناً، أو أن يزعم الشخص عدم وقوعه في الخطأ مطلقاً، كما يشترط أن تكون الواقعة محل نزاع فإذا لم يحدث نزاع حول مسألة معينة فلا يمكن للقاضي أن يطلب من الخصوم إثباتها، ويجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى، ويقصد بذلك أن تكون مؤثرة في الحكم الذي سيصدره القاضي، وأن تكون مقبولة أي جائزة للإثبات قانوناً أي غير مخالفة لاعتبارات أخلاقية مثل عدم جواز إثبات النسب غير الشرعي وعدم جواز إثبات الدين الناشئ عن القمار وعدم جواز إثبات ما تتعارض إذاعته مع سر المهنة، عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 9.

² - عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 6.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 215.

⁴ - القاعدة القانونية ليست محلاً للإثبات، انظر في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 408، ص 503، 504، 505.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 215، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 279.

⁶ - للمزيد انظر موضوع مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني و الاختلافات الفقهية حول اعتباره كواقعة أو كقانون و النتائج المترتبة على ذلك.

1- تطبيق قانون موضوع النزاع على الواقعة محل الإثبات

يجمع الفقه¹ على أن محل الإثبات يخضع للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع، لأنه ناتج عن موضوع الحق فالمدعي يثبت إدعاءه وفقا لقانون معين يمكن ألا يكون قانون القاضي، مثلا عندما يطلب تعويضا عن ضرر ناتج عن فعل وقع في الخارج فالقانون المختص يطلب ما يجب إثباته²، والذي يتمثل في عناصر واقعية تتلاءم مع القاعدة القانونية المفترض تطبيقها على الموضوع حتى يبدأ النفاذ القانوني لهذه القاعدة³، فالقانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يحدد لوحده شروط وجود الحق وتحويله وانقضاؤه، ويطبق عندما يستعمل وسائل الإثبات من أجل تحديد أو نقل محل الإثبات مثل منع إثبات بعض الوقائع لأنها غير مشروعة أو أنها خاضعة للالتزام بضمان السرية⁴، وهذا الحل متبع في الدول اللاتينية التي تقف موقفا وسطا بين مذهب الإثبات المطلق ومذهب الإثبات المقيد⁵.

فالقانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي من حيث وجوده هو الذي يبين الواقعة التي ينصب عليها إثبات النسب، ففي دعوى إثبات النسب الشرعي التي يطلب فيها الابن الانتساب إلى أبيه فإن قانون جنسية الأب، وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، هو الذي يحدد الواقعة محل الإثبات، كأن يقرر ضرورة إثبات واقعة انتساب الابن إلى أمه عند قيام رابطة الزوجية بينها وبين الأب المراد الانتساب إليه⁶، وإذا ادعى مثلا شخص أنه دائن لآخر فعليه إقامة الدليل على

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 447, p 362, P.MAYER, V.HEUZE :Op.cit, n° 501, p 371, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 423.

عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 803، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 288، ص 214، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 216، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 282، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 410، ص 507، عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 50، ص 62، وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 33 وما بعدها، حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 208.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 447, p 362.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 501, p 371.

⁴ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 423, 424.

⁵ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 803.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 215.

ذلك بأن يثبت الوقائع أو الأعمال القانونية مصدر هذا الدين سواء تمثلت في عقد أو فعل ضار أو نافع، وقانون العقد أو قانون محل وقوع الفعل هو الذي يحكم الواقعة محل الإثبات¹.

2- تطبيق قانون القاضي على الشروط الإجرائية للواقعة محل الإثبات

يمكن الادعاء أن القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يحكم شروط الواقعة القانونية، لكن هذا غير صحيح وليس له أساس، إذ يجب التفرقة بين نوعين من الشروط، مما يترتب معه منح مجال لتطبيق قانون القاضي، فالواقعة تتصل بشروط تعتبر جوهرية وداخلية تتعلق بوجود الواقعة أو عدمها وصلاحياتها لأن تكون مصدرا للحق أو المركز القانوني محل النزاع، فلكي يرتب الفعل الضار المسؤولية والحق في التعويض يجب أن يكون هناك خطأ قد تم ارتكابه وضرر ترتب باعتباره نتيجة ذلك الفعل ثم علاقة السببية بينهما، وكذلك في خصوص التصرفات القانونية كالعقد، يجب لكي يمكن التمسك بحق نشأ عنه أن يكون قد توافر في العقد كافة أركانه من توافق إرادة الأطراف على إحداث أثر قانوني معين بخصوص محل معين وسبب مشروع، وهذه الشروط الجوهرية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية أو قانون إرادة الأطراف في العقد الدولي²، فهي إذن شروط موضوعية.

أما اشتراط أن تكون الواقعة محل نزاع، ومحددة، ومتعلقة بالحق المتنازع فيه، ومنتجة في الدعوى، ومقبولة، فتعتبر مسائل إجرائية³، أي شروط خارجية⁴، وبالتالي يتفق الفقه⁵ على إخضاعها لقانون القاضي.

فاشترط أن تكون الواقعة محل نزاع، أمر تقتضيه وظيفة الإثبات أمام القضاء كوسيلة لفض المنازعات، فإذا لم تكن الواقعة محل نزاع فلا تكون ثمة حاجة لإثباتها، كأن يقر الخصم مثلا بالواقعة المدعى بها، لأن الواجب ألا تشغل المحاكم بدعاوى لا يستفيد منها أحد، وإذا لم تكن الواقعة مصدر

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 216، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 281، 282.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 412، ص 507.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 217، 218، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 413، ص 507.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 282.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 219، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 413، ص 507، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 282، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 216.

الحق متنازعا فيها فلا تكون هناك مصلحة من مبدأ الحق في الادعاء، واشتراط أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المتنازع فيه، يبرره أن الإثبات لا ينصب على الحق وإنما على الواقعة مصدره، ولاشك أن اتصال واقعة بموضوع النزاع من عدمه مسألة يقدرها قاضي الموضوع على حسب وقائع كل نزاع وظروفه ومن ثم يكون له الطابع الإجرائي فيخضع هذا الشرط لقانون القاضي، ونفس الوصف ينصرف على الشرط المتعلق بضرورة أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات، أما اشتراط أن تكون الواقعة محل الإثبات مقبولة، فيبرر خضوعه لقانون القاضي أمران: منع شغل القضاء بأمر لا جدوى من ورائها وهو ما يتحقق في حالة ما إذا كانت الواقعة متعذر إثباتها أي مستحيلة، وكذلك حماية النظام العام الوطني، ولذا يمتنع إثبات الواقعة إذا كانت ماسة بالنظام القانوني لدولة القاضي¹.

ويختص قانون القاضي لحكم الوقائع المحاورة للواقعة الأصلية، والتي يعد إثباتها قرينة يمكن أن تؤدي عقلا وبطريق مباشر إلى ثبوت الواقعة الأصلية، فبيان مدى تعلق الواقعة المحاورة بالدعوى أمر يقدره القاضي وفقا لقانونه، كما يقدر ما إذا كانت منتجة في الدعوى ويتوفر فيها عنصر من عناصر الإقناع، ذلك أن مدى تعلق الوقائع المحاورة بالواقعة الأصلية محل نزاع و مدى تأثيرها على الحكم في الدعوى هي مسائل تتصل بتكوين اقتناع القاضي و بالتالي يتعين تقديرها وفقا للمبادئ السائدة في قانونه².

فمادام أن الشروط الخارجية تهدف إلى تكوين اقتناع القاضي وإلى حسن أداء العدالة وعدم شغل القضاء بأمر لا جدوى منها، فلا مجال لتدخل القانون الذي يحكم موضوع النزاع³، فهي شروط إجرائية تبرز عناصر الثبوت أو القوة الثبوتية للواقعة محل الإثبات، وكل التشريعات تتضمن حدا أدنى من تلك الشروط، مثل المادة الثانية من قانون الإثبات المصري بنصها: "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جائز قبولها"⁴، كما تستخلص هذه الشروط⁵ من المواد

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 218.

² - انظر: هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 289، ص 215، 216.

³ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 282، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 508.

⁴ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 508.

⁵ - انظر عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 8.

26 و 28 و 75 و 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، ولعل ورودها في هذا القانون دليل على طابعها الإجرائي البحت و بالتالي خضوعها لقانون القاضي.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، يرى البعض² أن معيار تنظيم سير مرفق القضاء أو أدائه لوظيفته المأخوذ به في تمييز القواعد الإجرائية عن القواعد الموضوعية، يؤدي إلى إثبات الطبيعة الإجرائية للقواعد التي تحدد نطاق محل الإثبات، لأنها تتعلق بتنظيم عمل القاضي وبتحديد سلطاته في شأن عملية الإثبات، فهي تحدد ما يفترض في القاضي العلم به فلا يكون عليه أن يطالب الخصوم بإثباته، وما لا يفترض فيه العلم به يتعين على الخصوم إثباته، كما أنها تحدد الأوصاف التي يتعين أن تجتمع في الواقعة المراد إثباتها كي يتسنى للقاضي أن يأمر بمباشرة الإثبات في شأنها، وتثبت الطبيعة الإجرائية للقاعدة التي تمنع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي، كما تثبت الطبيعة الإجرائية للقواعد التي تشترط في الواقعة محل النزاع أن تكون من الوقائع التي يتمسك بها الخصوم وأن تكون متنازعا فيها، متعلقة بالدعوى، منتجة فيها وجائز إثباتها، وهذا ما يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، أما القواعد التي تحدد محل الإثبات في صدد الحق فهي قواعد موضوعية لأنها تحدد العناصر التي يجب أن تتوفر حتى ينشأ الحق.

ويرى البعض³، انطلاقا من أن القاضي في الدعوى المشتملة على عنصر أجنبي بعد أن يطلع على الوقائع المدعى بها من قبل الخصوم، يبدأ بتكييفها وتحديد ما إذا كانت تكيف على أنها عقود أو أفعال ضارة أو غير ذلك، ثم يرجع إلى قاعدة الإسناد الخاصة التي توصله إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، وهذا يعني أن تحديد محل الإثبات في الدعوى يتزامن مع التكييف وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، وهذا ما يجعل هذا الفقه يدعي بوجود دور واضح

¹ - تنص المادة 26 ق إ م إ على أنه: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات"، والمادة 28: "يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا"، المادة 75: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أم كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"، المادة 150: "يجوز سماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية".

² - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 49، ص 61 و 62.

³ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 35.

لقانون القاضي في شأن تحديد محل الإثبات¹، أما بالنسبة لشروط الواقعة، فيرى الاتجاه السابق، أنه يشترط فيها ستة شروط، ثلاثة منها بديهية يفرضها المنطق القانوني، وهي أن تكون الواقعة محددة وممكنة ومتنازع فيها، وثلاثة أخرى يفرضها القانون، وهي أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائز قبولها، وأن دور القانون الواجب التطبيق، ليس في استلزام توافر تلك الشروط أو بعضها لأنها محل اتفاق بين القوانين مما ينفي وجود التنازع، وإنما يكون دوره في التحقق من توافر هذه الشروط، فالواقعة المنتجة في إثبات النسب في قانون معين قد لا تكون كذلك في قانون آخر، كما لا يوجد تمييز بين الشروط الجوهرية أو الداخلية والشروط الخارجية أو الإجرائية أو الثبوتية التي يقول بها الفقه²، لأن وصف الواقعة بأنها منتجة مبني على أساس تحقق الشروط الجوهرية فيها، فإذا كان العقد محلاً للإثبات فكيف يوصف بأنه واقعة منتجة إذا لم تتوافر فيه أركانه الصحيحة ولم ينعقد أصلاً، كما أن إسناد مجمل الشروط إلى القانون الذي يحكم الموضوع فيه إهدار للدور الكبير الذي يؤديه قانون القاضي، حسب الاتجاه السابق، ويمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق تحديد الشروط التي تخرج من نطاق تنازع القوانين، والتي يطبق عليها قانون القاضي بصفة أصلية، مثل اشتراط كون الواقعة محددة وممكنة ومتنازعا فيها ومتعلقة بالحق محل الدعوى، أما بالنسبة لشرطي كون الواقعة منتجة وجائز قبولها فيخضعان للقانون الذي يحكم الموضوع، إلا إذا كانت مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، وبالتالي فإن قانون القاضي هو الذي يحدد الوقائع ثم من خلال القانون المطبق على الموضوع يحدد ما إذا كانت منتجة ومقبولة³.

ويلاحظ أن هذا الرأي الأخير قد عكس الأمور، فما يعتبر من الشروط خاضعا للقانون الذي يطبق على الموضوع، وفقا للرأي الراجح، يعتبر حسبه، خاضعا لقانون القاضي، و ما يخضع لقانون القاضي، وفقا للرأي الراجح، يطبق عليه القانون الذي يحكم الموضوع. ويمكن القول حقيقة أن

¹ - وسام توفيق عبد الله الكنتي : المرجع السابق، ص 36، ولتوضيح ذلك يعطي مثلا في أنه لو ادعى شخص (أ) بأنه أبرم عقدا مع (ب) في دولة (س) وأنه سلمه مبلغا من المال استنادا إلى ذلك العقد في الدولة (ص) فإن القاضي سيكيف العلاقة على أنها عقدية على تقدير ثبوت العقد ومن ثم يطبق القانون المتفق عليه أو القانون المعين بموجب قاعدة الإسناد، ولكن إذا ثبت عدم توافر ذلك العقد وأن (أ) سلم المال ل(ب) فإنه سيطبق قانون الدولة التي تم فيها تسليم المال، وهذا يؤكد أن تحديد محل الإثبات يسبق تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، فالقاضي يطلب إثبات وجود العقد المدعى به بوصفه محلاً للإثبات وبعد ذلك يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، لذلك فإن تحديد محل الإثبات يكون وفقا لقانون القاضي.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 218، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 507.

³ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 39، 40.

تكييف الوقائع وإدخالها ضمن طائفة قانونية معينة يخضع دون جدال لقانون القاضي، وهو ما يعرف بالتكييف الأولي، فإذا كيفت الوقائع على أنها عقد يتم تطبيق قانون العقد المعين بموجب قاعدة الإسناد، فحسب هذا القانون يوجد العقد صحيحاً أو يكون باطلاً، وهو ما يمثل حسب الرأي الراجح الشروط الجوهرية في الواقعة، وبالتالي يطبق عليها قانون العقد، أما اشتراط أن تكون الواقعة بطبيعتها قابلة للإثبات وأن تكون محل نزاع وأن تكون متعلقة بالدعوى، فهي شروط بديهية يتفق عليها أغلب الأنظمة القانونية، وبالتالي سواء طبق قانون القاضي أو القانون الذي يحكم الموضوع فالنتيجة ستكون واحدة، أما اشتراط أن تكون الواقعة منتجة فإنه يتعلق بأداء العدالة، وحتى لا يتم رفع دعاوى لا فائدة منها فإنها تخضع لقانون القاضي، واشتراط أن تكون الواقعة مقبولة فإنه يتعلق بعدم مخالفتها للنظام العام في دولة القاضي وبالتالي تخضع لقانونه.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات

الإثبات عبء يقع على عاتق الخصوم طبقاً لمبدأ حياد القاضي، والقاعدة العامة بأن يسند عبء الإثبات لمن يدعي وفقاً للقاعدة المشهورة "البينة على من ادعى"، فمن يتمسك بواقعة يقع على عاتقه عبء إثباتها، أما المدعى عليه الذي ينكرها فإنه غير مجبر على إثبات إنكاره¹، وتعتبر هذه القاعدة من المبادئ المستقرة في التشريعات والأنظمة القانونية²، فهي حكم عام³، ومبدأ عالمي⁴.

ونظراً لاتصال عبء الإثبات بموضوع النزاع فإن القانون المطبق عليه هو قانون موضوع النزاع، لكن مسألة توزيع عبء الإثبات ونقله إلى المدعى عليه تخضع لقانون القاضي، لكن قد يتم نقل عبء الإثبات عن طريق القرائن القانونية وفقاً للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وفي بعض الحالات يتدخل قانون القاضي ليحكمها.

¹ - عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 11.

² - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 283، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 414، ص 509.

P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 501, p 371.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 219.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 447, p 362.

1- تطبيق قانون موضوع النزاع على عبء الإثبات

المبدأ المتفق عليه فقها¹ هو إخضاع عبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع، وهذا يتفق مع مذهب الإثبات المختلط، حيث أن هذا القانون هو الذي يحدد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الوقائع وواجب تقديم الدليل، وهو الذي يتولى توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، ولاشك أنه يرتبط بالحق أو المركز القانوني محل النزاع فهو يتصل بحماية أحد أطرافه وبإعفائه من إقامة الدليل على صفته كصاحب لهذا الحق حسب الوضع الثابت أصلا².

و يعترف الفقه³ أن عبء الإثبات لا يثير تنازعا بين القوانين، نظرا لوضوح قاعدة أن من يدعي واقعة معينة على خلاف الأصل أن يثبت ذلك، ونظرا لعمومها وعالميتها وتبينها في القوانين المقارنة، فإن القانون الذي يحكم الموضوع يطبق دون مزاحمة من قانون آخر، لكن هذا دفع البعض⁴ إلى الاعتراض على إخضاع عبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع، فإذا لم تثر حالة تنازع القوانين، لم لا يطبق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، لأن تنازع القوانين هو استثناء بررته قواعد العدالة، وتطبيق القانون الأنسب على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وتحقيقا لمصالح الأفراد، فكيف يطبق قانون الموضوع (قانون أجنبي) مع غياب تنازع القوانين.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 803، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 291، ص 216، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 219، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 283، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 415، ص 509، حبار محمد: المرجع السابق، ص 208.

B.AUDIT :Op.cit, n° 447, p 362, P.MAYER, V.HEUZE :Op.cit, n° 501, p 371, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 423.

² - من بين الأمثلة على الأصل: أن الأصل في الالتزامات براءة الذمة، وأن الأصل في الحقوق العينية الأمر الواقع (الحيازة في المنقول سند الملكية)، الأصل في الملكية أنها خالية من الحقوق العينية التبعية، الأصل هو ما يتفق مع المبادئ العامة (العقد شريعة المتعاقدين، جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه)، الأصل ما قام عليه الدليل فعلا، الأصل هو ما قام عليه الدليل فرضا(القرائن القانونية، مثل الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة)، انظر: عبد الكريم مامون: المرجع السابق، ص 12، 13.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 217، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 220، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 284، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 510.

⁴ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 41.

2- تطبيق قانون القاضي على مسألة توزيع عبء الإثبات

هناك من يرى أن القواعد التي توزع عبء الإثبات بين القاضي والخصوم هي قواعد إجرائية، لأنها تتعلق بتحديد سلطات القاضي في عملية الإثبات، خاصة وأنه لا يقف موقف المحايد، وإنما يتحرى إدعاءات الخصوم، وله أن يأمر بما يراه مناسباً من طرق الإثبات التي وضعها القانون تحت تصرفه، مثل الشهادة والاستجواب والمعينة، وهذا في إطار أداء القضاء ويهدف حسن سير العدالة، كما أن تكليف المدعي بإثبات ما يدعيه قد يكون فيه مشقة أو قد يكون مستحيلاً، لهذا يتعين القول بالطبيعة الإجرائية للقاعدة التي توزع عبء الإثبات بين الخصوم، وتطبيقاً لذلك يكون الاختصاص لقانون القاضي¹.

3- تطبيق قانون موضوع النزاع على القرائن القانونية

إن الفقه الذي يخضع عبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع، فيرى أنه قد يتعذر على المدعي النجاح في إثبات الواقعة الأصلية التي يتولد عنها الحق المدعى به، ولهذا يجري القضاء على تخويل المدعي حق إثبات واقعة مجاورة يؤدي ثبوتها عقلاً إلى ترجيح صدق دعواه، ومن ثمّ ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه²، عن طريق القرائن القانونية³، ويعتبر الإثبات في هذه الحالة إثباتاً غير مباشر⁴، ويلاحظ الاختلاف بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بالقرائن القانونية⁵، حيث لا تتفق التشريعات على تنظيمها⁶.

وتوضع القرائن لاعتبارات موضوعية، فهي تشير إلى الشخص بالنظر لوضعيته القانونية وليس صفته الإجرائية-مدعي أو مدعى عليه- أي أن المستفيد منها غير معين بصفته الإجرائية وإنما بمركزه في العلاقة القانونية الموضوعية، وبالتالي يطبق عليها القانون الذي يحكم الموضوع و ليس قانون

¹ - انظر عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 52، ص 63 وما يليها.

² - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 217.

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 447, p 362.

عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 220، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 416، ص 510، 511.

⁴ - حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 284.

⁵ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 501, p 371.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 220.

الإجراءات¹، فهي وسيلة يستنبطها المشرع من وقائع ثابتة ليفرض بها ثبوت واقعة مجهولة لم يقيم عليها دليل ويراد إثباتها²، فتقام لصالح المدعي الذي قد يصعب عليه إثبات الواقعة الأصلية المنشئة لحقه المتنازع فيه³، ويترتب على ذلك إعفائه بصفة مؤقتة من إقامة الدليل على ما يدعيه⁴، وتسهيلا لمهمته حيث يكفيه إثبات الواقعة المخاورة لتكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية⁵، ومن ثمّ ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه⁶، وفي هذه الحالة يوجب المشرع الأخذ بهذا الافتراض في كل الأحوال دون أن يكون للقاضي أية سلطة تقديرية ولهذا يقال أن دلالة القرائن القانونية دلالة مجردة وملزمة للقاضي⁷، ومن هنا ترتبط القرائن القانونية بموضوع النزاع لهذا يتعين إخضاعها للقانون الذي يحكم الحق المدعى به أي قانون الموضوع⁸ وهو الذي يبين ما إذا كانت القرينة قاطعة أم تقبل الدليل العكسي أو قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها⁹.

ويذهب بعض الفقه¹⁰ إلى أن القرائن القانونية تتعلق بمحل الإثبات و ليس بعبئه، فهي حقيقة تخفف عبء الإثبات عمّن تقررت القرينة لمصلحته، غير أن القواعد المقررة لها ليست قواعد توزيع عبء الإثبات بين الخصوم، وإنما تعدل نطاقه فيما يتعلق بالحق الذي تقررت القرينة في شأن

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 447, p 362, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 501, p 371, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 423.

تنص المادة 14 فقرة 1 من اتفاقية روما لسنة 1980 حول الالتزامات التعاقدية أن القرائن القانونية والقواعد التي توزع عبء الإثبات تخضع لقانون العقد

² - انظر: حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 285، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 418، ص 512، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 221، وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 43.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 217، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 221، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 512.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 418، ص 512.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 217.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 217، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 418، ص 512.

⁷ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 221.

⁸ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 811، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 218، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 285، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 221، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 418، ص 512، وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 43، 44.

⁹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 222، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 512.

¹⁰ - عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، ص 76، 77.

تنظيمه فهي تضيقه بالنسبة لمن تقررت القرينة لمصلحته، وأن تعيين نطاق عبء الإثبات هو تعيين محل الإثبات، فهي لا تعفي من تقررت لمصلحته من الإثبات ولا تنقل العبء بل أنها تغير محل الإثبات من واقعة إلى أخرى، ويبقى من تقررت لمصلحته مكلفا بالإثبات في جميع الأحوال¹.

4- مجال تطبيق قانون القاضي على القرائن القانونية

على أن هناك بعض الحالات التي تخضع فيها القرائن القانونية لقانون القاضي في المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا، عندما تكون القرينة القانونية عنصرا من العناصر المكونة لقاعدة الإسناد الوطنية للكشف عن ضابط الإسناد²، فالالتزامات التعاقدية تخضع لقانون إرادة المتعاقدين، وقد تكون الإرادة صريحة أو ضمنية، وللكشف عن هذه الأخيرة قد يضع المشرع قرائن تساعد القاضي في ذلك، فقانون القاضي هو الذي يبين ما إذا كان تنفيذ العقد في دولة معينة يعد قرينة على اختيار قانونها، فالقرينة هنا تتعلق بقاعدة الإسناد وليس بموضوع النزاع³. كما يستعين القاضي بالقرائن القانونية لإثبات الموطن الدولي⁴.

كما تخضع القرائن القانونية لقانون القاضي عند استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام في دولة القاضي، ولقد حكم القضاء الفرنسي باستبعاد القرينة القاطعة في خصوص النسب الطبيعي والتي يقيمها القانون الذي يحكم النسب والتي تؤسس النسب على مجرد وجود علاقات معايشة جنسية بين أم الطفل والأب المزعوم⁵.

وإذا لم يتضمن القانون الأجنبي قرائن قانونية مماثلة لتلك التي يعرفها قانون القاضي أو إذا تضمن شروطا خاصة بإعمال القرائن القانونية مغايرة للشروط المنصوص عليها في قانون القاضي فهذا لا يعني أنه مخالف للنظام العام⁶.

¹ - هذا الرأي ورد في مرجع وسام توفيق عبد الله الكتي: المرجع السابق، ص 44.

² - هشام علي صادق : المرجع السابق، بند 293، ص 218، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 224، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 286.

³ - المراجع نفسها، وسام توفيق عبد الله الكتي: المرجع السابق، ص 46.

⁴ - وسام توفيق عبد الله الكتي: المرجع السابق، ص 46، 177 و ما بعدها.

⁵ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 420، ص 514، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 287.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 224.

وإذا لم يتضمن القانون الأجنبي المطبق على الموضوع قرائن قانونية تعتبر وفقا لقانون القاضي من القواعد ذات التطبيق الضروري مثل القرائن المقررة لحماية أحد أطراف العلاقة (حماية الطرف الضعيف) فإن قانون القاضي هو المطبق على أساس التطبيق الضروري أو المباشر فهي لا تدخل أصلا في نطاق تنازع القوانين ما دام أن لها أهداف حمائية تتعلق بحماية الأمن المدني¹.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات وحجيتها

انطلاقا من العلاقة بين طرق الإثبات وحجيتها، فإن الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على كل منهما اتفقت في إخضاعها لنفس القانون، وعليه يعين التطرق للقانون الذي يحكم طرق الإثبات (البند الأول) وقوتها الثبوتية (البند الثاني).

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات

تتمثل طرق الإثبات² في الكتابة، البينة (شهادة الشهود)، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة والخبرة، وتنظيم هذه الطرق يتم بموجب قواعد موضوعية وأخرى شكلية³، بالإضافة إلى الإنابة القضائية⁴، وتثير مسألة قبول الأدلة، التساؤل حول القانون الذي يحكمها بين إخضاعها لقانون

¹ - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 45.

² - تقسم طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات، فمن حيث حجيتها، إلى طرق ملزمة للقاضي وهي التي حددها القانون ولم يتركها لتقدير القاضي وهي الكتابة المعترف بها من الخصوم والإقرار واليمين، وطرق غير ملزمة للقاضي تتمثل في شهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة، كما تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مباشرة هي الكتابة وشهادة الشهود والمعاينة والخبرة لأنها تنصب مباشرة على الواقعة محل الإثبات سواء كانت واقعة مادية أو تصرفا قانونيا، وطرق غير مباشرة هي القرائن والإقرار واليمين لأنها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما تستخلص صحة هذه الواقعة عن طريق الاستنباط، كذلك تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مهينة وهي التي يتم إعدادها مقدما لإثبات حق لو ثار بشأنه نزاع وهي الكتابة التي تعد مقدما لإثبات تصرف قانوني أو واقعة وتسمى سندا، وطرق غير مهينة وهي التي يتم إعدادها وقت النزاع مثل شهادة الشهود، انظر: محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 40، 41، 42.

³ - وزع المشرع الجزائري طرق الإثبات بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون التجاري، الكتابة في المواد 323 إلى 332 ق.م ومن 70 إلى 74 ق.إ.م.إ، البينة في المواد من 333 إلى 336 ق.م ومن 150 إلى 163 ق.إ.م.إ، القرائن في المواد 337 إلى 340 ق.م ولا توجد لها قواعد إجرائية، الإقرار في المادتين 341 و 342 ق.م و نظم استجواب الخصوم في المواد من 98 إلى 107 ق.إ.م.إ، اليمين في المواد من 343 إلى 350 ق.م ومن 189 إلى 193 ق.إ.م.إ، انتقال المحكمة للمعاينة في المواد من 146 إلى 149 ق.إ.م.إ ولا توجد لها أحكام موضوعية، الخبرة في المواد من 125 إلى 145 ق.إ.م.إ ولا توجد لها أحكام موضوعية.

⁴ - نظمها المشرع الجزائري في المواد من 108 إلى 124 ق.إ.م.إ.

القاضي بسبب طبيعتها الإجرائية أو إخضاعها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويعتبر هذا محل خلاف فقهي¹.

1- إخضاع طرق الإثبات لقانون القاضي

يذهب اتجاه من الفقه وبعض القوانين، مثل القانونين الانجليزي والأمريكي، إلى تطبيق قانون القاضي²، ويبرر البعض أن ذلك يرجع في الغالب إلى اعتناق مذهب الإثبات الحر أو المطلق، أين لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات، وإنما تكون للخصوم الحرية في اختيار الأدلة التي يقدرُون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي، الذي يكون حراً في تكوين اقتناعه من أي دليل يقدم إليه، وله أن يقوم بدور إيجابي في تحري الحقيقة بكافة الطرق التي يراها مؤدية لها³، فالأمر يتعلق بكيفية اقتناعه ومدى ثقته في الأدلة المقدمة⁴، ويتصل بوظيفته، فله سلطة تقدير قوة إقناع الدليل المقدم⁵، ولأن تقدير الدليل أمر يتعلق بحسن أداء العدالة⁶، فالقواعد التي فرضها القانون على القاضي تتعلق بصفة أساسية بتحقيق عدالة سريعة ومؤكدة⁷، لهذا فإن قانون القاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة⁸.

¹ - انظر الاختلافات الفقهية : هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 294، ص 219، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 225، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288،

B.AUDIT : Op.cit, n° 448, p 363, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 502, p 372, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 424, T.HABU GROUD : Op.cit, p 31 et s.

² - انظر عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805، هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 294، ص 219، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 518.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 518.

⁴ - انظر هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 294، ص 219، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 289.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 424، ص 517.

M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit , p 425.

⁶ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805.

⁷ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226،

P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 503, p 372, T.HABU GROUD : Op.cit, p 35.

⁸ - انظر هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 294، ص 219، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 424، ص 517.

كما يبرر بالرجوع إلى التكييف الإجرائي لقبول أي دليل، إذ تعتبر طرق الإثبات من مسائل الإجراءات¹، وقد حكم القضاء الإنجليزي بأن "القاعدة التي تقرّر وجوب تقديم دليل كتابي لإثبات التصرفات القانونية هي من قبيل القواعد الإجرائية التي يحكمها القانون الإنجليزي باعتباره قانون القاضي ولا يجوز الخروج عليها وبالتالي لا يمكن الحكم بتنفيذ عقد شفهي غير مكتوب وخاضع للقانون الفرنسي"².

إذن يمكن القول أنه بالنسبة للدول الأنجلوسكسونية التي تأخذ بمذهب الإثبات الحر فإن طرق الإثبات تخضع لقانون القاضي على أساس تكييفها الإجرائي.

وإن كان الأخذ بمذهب الإثبات المقيد لا يعني عدم إخضاع طرق الإثبات لقانون القاضي، فالتكييف الإجرائي للقواعد المتعلقة بقبول طرق الإثبات، هو رأي الفقيه الفرنسي "باتيفول Batiffol" والفقهاء الذين انضموا لتحليله، الذي يستند على توضيح تماثل أو تشابه بين تسيير أوسير إجراءات شهادة الشهود، وقبول طرق الإثبات (أجرى مقارنة بين قواعد قبول الشهادة وباقي طرق الإثبات)، ومن هذا التماثل استنتج نفس الحل فيما يتعلق بالتكييف (فمادام أن قواعد قبول الشهادة هي قواعد إجرائية، فبالقياس تعتبر القواعد التي تحدد طرق الإثبات إجرائية)، وتساءل "باتيفول Batiffol" حول طبيعة القواعد التي تحدد الأشخاص المؤهلين للشهادة، حيث أجرى مقارنة في ذلك مع درجة الثقة التي تمنح لأي طريق من طرق الإثبات، واستنتج أن الأمر يتعلق باقتناع القاضي، وهذا الاستدلال أدى لنفس النتيجة في القانون الدولي الخاص، فقانون الإجراءات وحده المختص، وتحديد الأشخاص المؤهلين لأداء الشهادة مستبعد من مجال اختصاص القانون الذي يحكم الموضوع، وبالتالي إذا اعتمد أحد الخصوم على شاهد معين حسب القانون الذي يحكم الموضوع، فسيمنع من ذلك وفقاً لقانون القاضي الذي من الصعب أن يتوافق مع القانون الموضوعي فيما يتعلق بأهلية الشخص

¹ - انظر: هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 294، ص 219، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 289، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 518.

² - ورد ذكره في: أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 518.

للسهادة¹. وهذا ما يلاحظ على القواعد التي تنظم القابلية للشهادة حيث توجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة² 153) مما يوحي منحها الطابع الإجرائي.

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية توجهها نحو تطبيق قانون القاضي في قرار الغرفة المدنية الأولى في 24 فبراير 1959 في قضية Issac³، كما أن من بين الملاحظات التي أبدت في قضية ميراث المالطي bortholo، أن الزوجة قدمت ما يثبت صفتها كزوجة عن طريق مستخرج لعقد الزواج مصادق عليه من طرف السلطات المالطية المختصة و من طرف قنصل فرنسا في مالطا، واقتنع مجلس القضاء في الجزائر العاصمة بجميعة صفة الزوجة بالاستناد على المادة 196 من القانون المدني⁴.

¹ - Cf. T.HABU GROUD : Op.cit, p 32 et Ss, « La qualification procédurale des règles relatives à l'admissibilité des preuves est l'aboutissement des réflexions de Batiffol dans son célèbre ouvrage « les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé » ou il expose pour la première fois sa pensée. Son raisonnement s'appuie sur la détermination d'une similarité de questions entre l'administration de la preuve par témoins et l'admissibilité des modes de preuve. De cette similarité découle, selon lui, une solution identique quant à la qualification. Batiffol s'interroge sur la nature des règles qui déterminent les personnes dont le témoignage peut être accueilli... Il s'agit d'une question d'admissibilité d'une preuve... la question de savoir si tel moyen de preuve pourra être jugé convaincu par le juge. Le rapprochement entre ses deux questions est dès lors naturel... La conviction du juge étant en jeu, seule la loi de la procédure peut être compétente. la détermination des personnes ayant qualité pour témoigner est exclue de la compétence de la loi du fond. Ainsi l'une des parties qui aurait pu compter sur tel témoin que la loi du fond admet à déposer, s'en verra interdite. La loi du for peut difficilement transiger pour établir la crédibilité d'un individu».

وقد جاء في حيثيات حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 22 ديسمبر 1953: " أنه يخلص للقضاء المرفوعة لديه الدعوى أن يقضي فيها وفقا للإجراءات المقررة في قانونه وأن يقبل الأدلة المقررة فيه"، مذكور في: عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805.

² - تنص المادة 153 ق.إ.م.إ على أنه: " لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه و لو كان مطلقا.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، لا يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.

يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال (الاستثناس).

تقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية".

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 448, p 363, référence n°2, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 503, p 372, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 424, référence n° 107 : RCDIP, 1959, p 368.

⁴ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^e édition, Editions DALLOZ, 206, p 73.

لكن ليس صحيحاً أن بيان الأدلة المقبولة في الإثبات يتعلق بمطلق تقدير القاضي واقتناعه ذلك أن القاضي يتقيد في تكوين عقيدته بطرق الإثبات التي حددها القانون فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة وإنما يبحث عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التي حددها القانون والتي يتعين عليه قبولها ولو لم يكن مقتنعاً بها في إثبات الحق المدعى به¹.

كما تعرض رأي الفقيه "باتيفول" للنقد، من حيث أنه أخلط بين مسألة قبول الأدلة ومسألة حجيتها أو قوتها الثبوتية، أي بين تحديد الأدلة التي يمكن أن تقدم للقاضي وبين اقتناعه الذي يمكن أو يجب أن ينتج عن ذلك، كما أنه اعتمد على التكييف الإجرائي للقواعد المقيدة للإثبات بالنظر لهدفها أو الغاية منها، وجعل الغاية هي اقتناع القاضي، وهذا المفهوم عام، وعموميته يجب أن تؤدي إلى التكييف الإجرائي لجميع قواعد الإثبات وهذا ما لا يؤيده الفقيه نفسه².

ويبدو لبعض الفقه³ أن الاتجاه الذي يضفي على طرق الإثبات الطابع الإجرائي ليؤدي إلى تطبيق قانون القاضي يفتقد إلى الأساس السليم على الأقل في الدول التي تأخذ بنظام الإثبات المطلق.

إذن لا نظام الإثبات المقيد ولا نظام الإثبات المطلق يبرران إضفاء الطبيعة الإجرائية على طرق الإثبات و إخضاعها لقانون القاضي.

2- إخضاع طرق الإثبات لقانون موضوع النزاع

يرى بعض الفقه⁴ أن القواعد المتعلقة بتحديد أدلة الإثبات وتعيين حجيتها من شأنه إثبات الطبيعة الموضوعية لها، لأن المشرع لم يقصد عند تقريرها تنظيم سير مرفق القضاء وإنما قصد تحقيق حماية الحقوق الخاصة للأفراد، وهذا من شأنه نفي الطبيعة الإجرائية على هذه القواعد، كما أن نظام الإثبات القانوني أو المقيد يتعلق بتنظيم المصالح الخاصة للأفراد، وأن حسن سير العدالة مرتبط بإظهار

¹ - انظر هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 219.

² - Cf. T.HABU GROUD : Op.cit, p 35 et s.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 219، 220.

⁴ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، بند 55، ص 77

-T.HABU GROUD : Op.cit, p 64

حقيقة النزاع وليس بحسن سير مرفق القضاء¹، كما يرى بعض الفقه² أن اختلاف الدول عند تنظيم علاقة خاصة دولية يتطلب تدخل منهج التنازع، هذا الأخير يستعير معايير القانون الداخلي للدولة أو عدة دول ترتبط بها العلاقة، ويتعين تحديد نقاط الارتباط التي تساهم في إسنادها لنظام قانوني معين، هذه الطريقة تطبق على قيود الإثبات³، فالتكييف الموضوعي لها استخراج انطلاقاً من تحليل وظيفتها في العلاقات القانونية، لأن ارتباطها الوظيفي بها يؤثر على حل التنازع، فالتكييف الموضوعي يهدف إلى عدم قطع الارتباط بين طرق الإثبات والعلاقة القانونية، فهذا التوجه يستبعد وضع قاعدة إسناد خاصة بشروط قبولها، وبالتالي عدم جمع أدلة الإثبات في فئة إسناد مستقلة، وإنما يتعين ربطها بفئة إسناد العلاقة القانونية، إذن القانون المطبق على طرق الإثبات يجب أن يكون قانون العلاقة المنظمة، وهذا الحل المقترح يفسر بتصنيف كل طريق من طرق الإثبات في نفس فئة العلاقة محل النزاع، فيتعلق الأمر بمجرد عملية تكييف بسيطة⁴.

ويذهب الفقه السابق⁵ إلى أن هناك علاقة بين أدلة الإثبات و الحق المدعى به، وقد تتحد مع العناصر المكونة للحق، وأن تحديد طرق الإثبات وبيان ما يقبل منها في الدعوى وثيق الصلة بموضوع النزاع، مما يبرر إخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذي يحكم الحق المدعى به، فهذا القانون هو الذي يبين ما إذا كان من الجائز قبول كل من الشهادة والإقرار واليمين الحاسمة كدليل للإثبات من

¹ - عنایت عبد الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 78.

² - T.HABU GROUD : Op.cit, p 71 et s.

³ - تعرف طرق الإثبات بقيود الإثبات لأنها تحلل كاستثناءات على مبدأ حرية الإثبات.

⁴ - « La qualification substantielle des restrictions aux preuves a été retenue à partir d'une analyse de leur fonction dans les institutions. Les liens de fonctionnement établis influent aussi sur la solution conflictuelle. La classification substantielle visait à ne pas rompre ces liens...Une telle perspective exclut l'élaboration d'une règle de rattachement spécifique aux conditions d'admissibilité des procédés de preuve...L'établissement d'une règle propre aux restrictions aux preuves ...entraînerait une césure dans la réglementation de la relation internationale litigieuse...Par conséquent, les conditions d'admissibilité des preuves ne seront pas réunies dans une catégorie indépendante, elles devront être rattachées à la catégorie de l'institution au fonctionnement duquel elles participent... : la loi applicable aux restrictions aux preuves doit être celle de l'institution qu'elles servent.

La solution proposée se traduit par le rangement de chaque restriction aux preuves dans la même catégorie que la relation litigieuse. Il ne s'agit que d'une simple opération de qualification »T.HABU GROUD : Op.cit, p 72, 73.

⁵ - عنایت عبد الحمید ثابت : المرجع السابق، ص 78، هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 220.

عدمه¹، لأن قابلية دليل إثبات أو عدم قابليته في مجال معين يتم وفق اعتبارات خاصة بكل مادة، ولأن القواعد الموضوعية تتطلب ذلك، مثلاً استبعاد الإقرار كدليل إثبات في القانون الفرنسي في مادة الطلاق قبل تعديله سنة 1975 يعتبر نتيجة طبيعية لاستبعاد الطلاق بتراضي الزوجين².

ويتعين بالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على كل دليل من أدلة الإثبات، إذ يميز فقهاء القانون الدولي الخاص بين أدلة الإثبات المهيأة أو المعدة مسبقاً، وهي أدلة الإثبات التي يعدها صاحب الحق لإثبات حقه قبل منازعته فيه، وأدلة الإثبات غير المهيأة أو المعدة مسبقاً³، أو بين أدلة الإثبات المعدة في إقليم دولة القاضي وأدلة الإثبات المعدة في الخارج⁴.

3- القانون الواجب التطبيق على الكتابة باعتبارها دليل معد مسبقاً

تعتبر المحررات الكتابية من الأدلة المعدة مسبقاً⁵، وهي من أهمها إن لم تكن الطريق الوحيد الذي يمكن إعداده وقت نشوء التصرف وقبل أن ينشأ بشأنه أي نزاع⁶، وهي إما أن تكون رسمية تتم بواسطة شخص ذي صفة رسمية في حدود سلطته واختصاصه، وإما أن تكون عرفية يتم تحريرها بمعرفة أشخاص عاديين ليست لهم الصفة الرسمية⁷، ويقدم المحرر الكتابي لإثبات التصرفات القانونية كعقد

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 220 221، ولقد أيد القضاء المصري هذا الحل حيث جاء في حيثيات حكم قلم لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 8 يناير 1953 أنه "لما كان طرفا الدعوى فرنسيين (فإن) القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها"، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² - B.AUDIT :Op.cit, n° 448, p 363, P.MAYER, V.HEUZE :Op.cit, n° 504, p 373.

وفي هذا يسلم أنصار تطبيق قانون القاضي على طرق الإثبات، بتطبيق القانون الذي يحكم الحق المدعى به لبيان الدليل المقبول في الدعوى، في الحالات التي تكون الأدلة وثيقة الصلة بالموضوع، أما بالنسبة لطرق الإثبات التي لا تتصل اتصالاً وثيقاً بموضوع الدعوى، فإنه يتعين الرجوع بشأها لقانون القاضي، لأن القاعدة العامة، حسب هذا الاتجاه، هي إخضاع الأدلة لقانون القاضي، وترد عليها استثناءات تتعلق بالقرائن القانونية والتصرف القانوني، وأكثر المسائل التي يتعدى فيها الفصل بين الإثبات والموضوع مسائل الأحوال الشخصية بحيث يغلب فيها تطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة قبول الأدلة مثل إخضاع النسب للقواعد التي يقرها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين، انظر: هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 221، عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 807، 808.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 225، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 423، ص 516.

⁴ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, 595, p 423, 427.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 225، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 423، ص 516.

⁷ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 225.

البيع الدولي أو عقد الزواج أو الوصية، أو لإثبات الوقائع المادية الطبيعية كالميلاد أو الوفاة¹، وللكتابة قوة إثبات مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، مهما بلغت قيمة الحق المدعى به، ولها حجية ملزمة للقاضي ما لم يدعى بتزويرها، ويتعين التمييز بين الشكلية والكتابة².

ويثار تنازع القوانين عندما يتم إعداد دليل إثبات خارج دولة القاضي الذي ينظر النزاع، فتحدد القانون الواجب التطبيق يتم من خلال تحديد الشكل المطلوب للإثبات، وما إذا كان يتطلب الدليل الكتابي، أم يمكن قبول أي دليل، وهذا يتعلق بالتصرفات القانونية التي تتم خارج دولة القاضي³.

أ- إخضاع الكتابة لقانون القاضي

يذهب اتجاه في الفقه⁴ والقانون (الفقه الفرنسي والبلجيكي والقانون الانجليزي⁵) إلى أن الكتابة تخضع لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، نظرا لطبيعتها الإجرائية لأنها تهدف إلى تحقيق عدالة سريعة ومؤكدة كما أن مسألة اقتناع القاضي ظاهرة نفسية لا علاقة لها بالمكان الذي أبرم فيه التصرف⁶.

¹ - انظر حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 516.

² - تعتبر الكتابة ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية وهي أداة إثبات، وقد يتطلب القانون شكلا خاصا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار (المادة 334 مكرر 1 ق م ج) وعقد الرهن الرسمي (المادة 883 ق م ج) وفي هذه الحالة تكون الكتابة لازمة لانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا، أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف مثل الكفالة (المادة 645 ق م ج) فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا ويمكن إثباته بالإقرار أو اليمين، فالأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية وأن اشتراط الكتابة يكون مجرد إثبات، انظر: محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 47، 48.

³ - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 81.

⁴ - H.BATIFFOL، Cf. T.HABU GROUD : Op.cit, p 35.

⁵ - مشار إلى ذلك في: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 517.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 288، 289، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 517.

Selon BATIFFOL : « La conviction du juge est un phénomène psychologique qui est indépendant du lieu de rédaction de l'acte litigieux. Les règles que la loi impose tiennent principalement au souci d'une administration de la justice rapide et sure » Cf. T.HABU GROUD : Op.cit, p 35.

على أن القائلين بذلك يقررون أنه من الصعب التمييز بين الإجراء والموضوع في مختلف النظم القانونية الوضعية، وهذا ما يظهر في التصرف الإرادي، إذ قد يختلط دليل إثباته مع شكله وأحياناً مع موضوعه، ولذلك رأى فريق منهم التفرقة بين التصرف الإرادي والواقعة القانونية، بحيث يخضع قبول الدليل لإثبات التصرف للقانون الذي يحكم شكله، ويخضع قبول دليل إثبات الواقعة لقانون القاضي¹، وعندما يبين المشرع بطريقة محددة وواضحة طريق الإثبات بالكتابة، ويحدد الأوراق التي تصلح دليلاً كتابياً، وحجيتها في الإثبات، وهو أحد مظاهر الإثبات المقيد، التي تنافي السلطة التقديرية الواسعة للقاضي، مما يبرر خضوع الدليل الكتابي ولزومه لقانون القاضي².

ب- الراجع في تطبيق القانون المحلي على الكتابة

بين إخضاع طرق الإثبات لقانون القاضي أو للقانون الذي يحكم الموضوع، يتفق أغلب الفقه³ على إخضاع الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرف القانوني للقانون المحلي تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، وأساس هذا الحل أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي تدخل ضمن فكرة شكل التصرفات، ولهذا تخضع لقانون مكان إبرام التصرف، وهي قاعدة تقوم على اعتبارات التيسير على المتعاقدين، كما أن هناك علاقة بين إثبات التصرف وشكله، والقول بالطبيعة الإجرائية للقواعد المقررة لأدلة إثبات التصرف القانوني التي تستتبع تطبيق قانون القاضي، فيه إهدار لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، التي تعني الرجوع لهذا القانون من أجل تحديد ما إذا كان يجب إفراغ التصرف في شكل معين، سواء تعلق بصحته أو بإثباته، وعليه إذا كان قانون بلد الإبرام لا يتطلب الكتابة أو البينة، فإن اشتراط هذا الدليل وفقاً لقانون القاضي من شأنه الإخلال بتوقعات الأفراد، خاصة إذا كانوا يجهلون المحكمة التي قد يلجئون إليها عند حدوث نزاع⁴، كما أن القول بإخضاع الدليل الكتابي لقانون القاضي فيه مجافاة للمنطق، فالاعتبارات المنطقية تقضي بأنه إذا كان القانون المحلي لا يتطلب الدليل الكتابي خلافاً لقانون القاضي، فيعفى الأطراف من تقديم الدليل

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805، 806.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 425، ص 519.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 298، ص 223، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 227، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 290، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 425، ص 519، عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 56، ص 79.

⁴ - عنایت عبد الحميد ثابت: المرجع السابق، بند 56، ص 79، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 519، 520.

الكتابي تيسيرا عليهم، ومن غير المنطق إلزامهم بقيد يفرضه قانون القاضي الذي لم يمكن التنبؤ بأحكامه¹، خاصة إذا كان اختصاص المحكمة تم بصفة عرضية، أما إذا كان اختيارها نتيجة غش، فسيكون إرهاقا للأطراف إلزامهم بتقديم دليل كتابي لم يقوموا بإعداده مسبقا وفقا لقانون الدولة أين أبرموا اتفاقهم فيها، كما أنه غير صحيح أن تقدير الأدلة يخضع لمطلق تقدير القاضي واقتناعه، لأنه يتقيد بالأدلة التي حددها له المشرع ولو لم يكن مقتنعا بها²، وهناك من يرى أن خضوع الدليل الكتابي لقانون محل إبرام التصرف يتناسق مع مذهب الإثبات المختلط، لأن المشرع حدد أدلة معينة ويبيّن قوة بعضها في الإثبات، وفي نفس الوقت منح للقاضي سلطة تقدير الأدلة التي لم يحدد لها قوة معينة، ولأن قواعد الإثبات الخاصة بقبول الأدلة لا تهدف إلى اقتناع القاضي للوصول إلى الحقيقة المطلقة وإنما تهدف إلى الوصول إلى حقيقة نسبية³.

وطبقت محكمة النقض الفرنسية، بداية، قانون مكان إبرام التصرف، حيث تخضع الأشكال القابلة للإثبات لنفس الإسناد الذي تخضع له الأشكال الرسمية⁴، وذلك بقياس الإثبات مع الشكل نظرا لارتباطهما، ثم أعلنت توجهها لفائدة قانون القاضي⁵، فبمناسبة إثبات الزواج المبرم في الخارج، حددت عدة قرارات قاعدة تعاقبية أو تناوبية (خيار بين أمرين) حيث أن قبول أدلة الإثبات يكون وفقا لقانون القاضي، بدون الإضرار بحق الأطراف بالتمسك بقانون مكان إبرام العقد، إذا كان هذا الأخير أقل تشددا، وتم التوسع في تطبيق القاعدة عند إثبات الاعتراف بالدين⁶.

إذن الصلة بين الشكل والإثبات هي التي تبرر خضوع قبول الأدلة للقانون الذي يحكم الشكل، فهو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة وقد يكون مطلوبا للانعقاد أو للإثبات، ومسألة معرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بالشكل أو بالموضوع هي عملية تكييف أولي تخضع لقانون القاضي، أما معرفة ما إذا كان الشكل مطلوبا للانعقاد أو للإثبات فهي مسألة تكييف لاحق تتم وفقا للقانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 227، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 289، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 519.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 227، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 289.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 452. ص 519.

⁴ - P.MAYER، V.HEUZE : Op.cit، n° 503، p 372.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit، n° 448، p 363.

⁶ - M-L.NIBOYET، G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit، n° 593، p 424.

الواجب التطبيق، وقد يكون التمييز بين الشكل والموضوع مستحيلا في العقود التي تتطلب شكلية معينة أو يفرض فيها القانون بيانات ملزمة، وإذا كان الشكل مطلوباً للانعقاد فإن التصرف لا يمكن إثباته إلا بهذا الشكل، ولأن انعدام الشكل يعني انعدام التصرف¹، فإذا تطلب القانون شكلاً معيناً للانعقاد التصرف، فلا يصح الإقرار بهذا التصرف إذا تخلف هذا الشكل²، أما إذا كان الشكل مطلوباً للإثبات فينعتد التصرف صحيحاً، ولكن لا يمكن إثباته إلا عن طريق الإقرار أو اليمين، وعليه إذا حدث نزاع حول التصرف الذي يتطلب فيه القانون شكلاً معيناً للانعقاد أمام قاضي دولة أخرى، فإنه لا يمكن له أن يخالف هذا الشكل، لأن التصرف لم ينعقد، أما إذا ثار نزاع حول التصرف القانوني الذي يتطلب فيه القانون شكلاً للإثبات، فإنه يمكن للقاضي أن يقبل إثبات التصرف وفقاً لقانونه، وعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه قانون دولة مكان الإبرام³.

ج- نطاق تطبيق القانون المحلي على الكتابة ومدى الزاميته

لقد رأى فريق من الفقه أن إخضاع إثبات التصرف للقانون الذي يحكم الشكل، تطبيقاً لقاعدة قانون محل يحكم الشكل، يجب أن لا يؤخذ بصورة مطلقة، بل يجب أن يقتصر معناه على أنه إذا كان قانون محل إبرام التصرف يعني من الدليل الكتابي، أمكن إثبات التصرف بسائر الأدلة الأخرى، أيا كان القاضي الذي ينظر النزاع، أما إذا كان هذا القانون يستلزم الدليل الكتابي فليس ثمة ما يوجب التقييد بحكمه لدى القاضي المرفوع لديه النزاع، بحيث يجوز الإثبات بالشهادة متى كان قانون القاضي يسمح بذلك⁴، أي إذا كان القانون الذي يحكم شكل التصرف يميز الإثبات بالشهادة أو القرائن، بينما يستوجب قانون القاضي الكتابة للإثبات، كان من الممكن الإثبات بالشهادة أو القرائن طبقاً للقانون الذي يحكم الشكل، لكن إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يستلزم الدليل الكتابي، بينما يعني منه قانون القاضي طبقاً لقانونه⁵. إذن يمكن للقاضي أن

¹ - وسام توفيق عبد الله الكندي: المرجع السابق، ص 84، 85، 86.

² - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 244.

³ - وسام توفيق عبد الله الكندي: المرجع السابق، ص 86، 90، 91.

⁴ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805، 806.

⁵ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 226، 227.

يستغني عن الدليل الكتابي الذي يتطلبه قانون محل الإبرام إذا كان قانونه لا يشترط هذا الدليل¹، وهذا من شأنه التوفيق بين الغاية المقصودة من قاعدة قانون المحل يحكم الشكل وهي تيسير المعاملات الدولية وبين قاعدة أن القاضي يؤدي العدالة وفقا للقواعد المقررة في قانونه².

فيطبق قانون القاضي تطبيقا لقاعدة الدليل الأيسر في الإثبات، التي تعد استثناء على قاعدة الشكل يحكم الإثبات، ومن أمثلة الدليل الأيسر، أنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يشترط الدليل الكتابي الرسمي لإثبات العقد، وكان قانون القاضي يكتفي بالدليل الكتابي العادي، فيأخذ القاضي بهذا الشكل من الكتابة، ، وقد يقصد بقاعدة الدليل الأيسر هو أن قانون الإثبات في قانون القاضي يكون أسهل وأكثر وضوحا من قانون الإثبات الأجنبي الواجب التطبيق، وقد يقصد بالدليل الأيسر التنازل عن الدليل الأقوى أو الأصعب الذي يشترطه القانون الأجنبي، والاكتفاء بالدليل الأضعف أو الأسهل إذا كان قانون القاضي يقبل به، ويمكن وصف مفهوم قاعدة الدليل الأيسر بمفهومها الضيق، لأنه يقتصر على تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي الذي يحكم الشكل، أما مفهومها الواسع فيتجسد في تطبيق القانون الذي يشترط الدليل الأيسر من بين القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية دون أن يكون قانون القاضي³.

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 222.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 805، 806.

³ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 109، 110، 111.

وجاء في قرار¹ issac لمحكمة النقض الفرنسية أنه: " إذا كان للقاضي الفرنسي قبول أدلة الإثبات في قانون القاضي إلا أن ذلك لا يمس بحقوق الأطراف في التمسك بقواعد الإثبات في القانون الأجنبي محل إبرام التصرف"، ونفس الحل أخذت به اتفاقية روما ل19 جوان 1980 حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها 2/14 التي وسعت لكل شكل معروف في أحد القوانين القابلة للتطبيق على شكل التصرف²، حيث نصت على أنه: " يجوز إثبات التصرفات القانونية بكل طرق الإثبات المقبولة سواء في قانون القاضي أو في إحدى القوانين المشار إليها في المادة التاسعة" فسمحت للأطراف بتقديم أدلة الإثبات المقبولة في قانون القاضي أو القانون الذي يحكم الموضوع أو القانون الذي يحكم الشكل³.

وجدير بالذكر أن قاعدة خضوع الإثبات بالكتابة لقانون محل إبرام التصرف القانوني هي قاعدة اختيارية وليست إلزامية، مادام أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه هي قاعدة

¹ -« Dans l'affaire Issac : il s'agissait d'établir la preuve d'un mariage more hebraico célébré à Smyrne(Turquie) entre Issac et dame Florentin. Celle-ci produisait aux fins de preuve- à l'encontre des assertions d'Issac- un certificat rabbinique établi d'après les déclarations de deux témoins. La Cour d'appel de Paris reprit les constatations des juges du premier degré et estima que la preuve était rapportée. Elle se fonda sur le certificat rabbinique. Issac se pourvut en cassation. Il invoquait une contradiction de motifs en ce que la cour d'appel tout en faisant application de l'article 46 du code civil, avait apprécié la force probante du certificat rabbinique au regard du droit confessionnel en vigueur au lieu de l'acte. Il estimait, par ailleurs, que les conditions d'application de l'article 46 n'étaient réunies. Le certificat litigieux ne pouvait être qualifié ni de titre, ni de témoignage en l'absence d'un procès verbal d'enquête. La critique de l'arrêt d'appel ne portait pas sur la loi applicable à l'admissibilité des preuves du mariage. Issac considérait implicitement que l'appréciation du certificat devrait être faite selon la loi du for. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle énonce dans un attendu de principe que « s'il appartient toujours au juge français d'accueillir les modes de preuve de la loi du for, c'est néanmoins sans préjudice du droit, pour les parties, de se prévaloir également des règles de preuve du lieu étranger de l'acte ». Puis la Cour précise que les juges du fond ont pu valablement se placer « successivement au point de vue des droits français et mosaïque » ». T.HABU GROUD : Op.cit, p 107, 108.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 503, p 372, 373.

³ - وسام توفيق عبد الله الكنتي: المرجع السابق، ص 103.

اختيارية، حيث يمكن أن يخضع الشكل لأكثر من قانون فنفس الأمر بالنسبة للشكل اللازم للإثبات¹.

فحسب المادة 19 من القانون المدني²: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

فيمكن إجراء التصرف أو إثباته وفق القانون المحلي أو قانون الموطن المشترك أو قانون الإرادة أو قانون الجنسية المشتركة باعتبار هذين الأخيرين يشكلان القانونين اللذان يحكمان الموضوع، بالإضافة إلى قانون موقع المال أو قانون القاضي، وهذه المرونة تهدف إلى التيسير على المتعاقدين في مجال العلاقات الخاصة الدولية و التجارة الدولية. ويمكن القول أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه تكون اختيارية تطبق بشأن إثبات التصرف إذا كان الشكل مشروطا للإثبات، أما إذا كان الشكل مشروطا لانعقاد التصرف فتصبح إلزامية.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الطابع الاختياري لقاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي³، وذهبت إلى اعتبار أن الزواج هو المجال الوحيد الذي تعد فيه القاعدة إلزامية في قضية (زاجا)⁴.

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 448, p 363.

عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 227، 228، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 290، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 426، ص 521، 522، وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 97 وما يليها.
² - تقابلها المادة 20 من القانون المدني المصري.

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 448, p 363.

⁴ - التي تتلخص وقائعها في أن (زاجا) زوجان يهوديان سوريان تزوجا في إيطاليا وفقا للشكل المقرر في التوراة، ولما طرحت مسألة صحة الزواج على تلك المحكمة طبقت قواعد الإسناد الإيطالية بوصفها قانون مكان إظهار الزواج، التي أحالت إلى القانون السوري الذي أخذ بالقانون الموسوي، وبذلك تكون المحكمة قد أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية واعترفت بالصفة الأمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، مشار إليه في: وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 100.

ولقد تساءل البعض¹ عن مدى الحاجة إلى قاعدة إسناد خاصة بالأدلة المهيأة للإثبات²، ومن خلال إجراء مقارنة بين مختلف النصوص، توصل إلى أن النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات لا تجدد إلا تفسيرا واحدا، وهو أن المشرع أراد أن يخصص قاعدة الإسناد المتعلقة بالشكل، للشكل المطلوب للانعقاد، وبنص خاص يعالج القانون الواجب التطبيق على الأدلة المهيأة للإثبات، أي الشكل المطلوب للإثبات، وعلى العكس هناك من يرى عدم الحاجة لقاعدة إسناد خاصة بأدلة الإثبات³.

وبالإضافة إلى الكتابة التقليدية، ونظرا لتأثر الإثبات بالتكنولوجيا، ظهرت الكتابة الالكترونية⁴، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على المحرر الالكتروني، فإن قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون محل الإبرام أو قانون مكان هئية الدليل، يصعب تطبيقها بسبب صعوبة تحديد مكان انعقاد العقد أو مكان إصدار المحرر، وبالقياس على انعقاد العقد بين غائبين، والأخذ بنظرية انعقاده في مكان علم الموجب بالقبول، أو مكان وصول القبول، أو مكان إعلان القبول، فإنه يصعب تحديد ذلك المكان نظرا لإمكانية تنقل الأشخاص، وارتباط أي جهاز حاسوب من أي مكان بشبكة الانترنت، لهذا لجأت الكثير من قوانين المعاملات الالكترونية وقانون الاونسترال للتجارة الالكترونية إلى الاعتماد على مكان مفترض، وهو مقر عمل الشخص صاحب العلاقة، فيعد مكان عمل مرسل الرسالة، هو مكان الإرسال أو الإيجاب، ومكان عمل متلقي الرسالة مكانا مفترضا للقبول، وفي حالة

¹ - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

² - مثلما جاء في المادة 24 من القانون المدني السوري: " يسري في شأن الأدلة التي تعد مقديما قانون البلد الذي أعد فيه الدليل" ولا يوجد نص في القانون المدني و لا قانون الإثبات المصريين، في حين تنص المادة 64 من القانون الدولي الخاص الكويتي على أن: " يسري على الدليل الكتابي للتصرف من حيث لزومه وقوته وثبوت تاريخه وطرق هذا الثبوت القانون الذي يسري على شكل التصرف"، والمادة 1/13 على أن: " يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي"، والمادة 139 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني: " يخضع قبول الدليل على الأعمال المادية لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، تخضع القوة الثبوتية للإسناد لقانون المحل الذي أنشأت فيه"، انظر وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 102، 103.

³ - T.HABU GROUD : Op.cit, p 72.

⁴ - الكتابة الالكترونية لا تتخذ الشكل الورقي المتضمن الكتابة والتوقيع الحي وإنما تأخذ إما الشكل المطبوع وهو ما يمثل مستخرجات الحاسوب المرتبط بشبكة الانترنت أو الشكل الالكتروني المخزن في جهاز الحاسوب، ويقصد بالكتابة الالكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشاهمة وتعطى دلالة قابلة للإدراك، ويشترط أن تتوفر في المحرر الالكتروني شرطين نصت عليهما المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، وهما إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر الالكتروني، وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته. انظر: وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 146، و للمزيد من التفاصيل حول المحررات الالكترونية، انظر مامون عبد الكريم: المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

تعدد أمكنة العمل فيأخذ بعين الاعتبار المقر الرئيسي، وإذا لم يكن للشخص مقر عمل فيأخذ بمكان إقامته¹.

4- القانون الواجب التطبيق على الأدلة غير المهية مسبقا

تتمثل الأدلة غير المهية أو غير المعدة مسبقا، في تلك التي لا يتم إعدادها وقت نشوء العلاقة أو التصرف، من باب الاحتياط لما قد يحدث من منازعات، وإنما يتم إعدادها وقت حدوث النزاع، وتسمى بالأدلة العارضة²، وهي طرق الإثبات ماعدا الكتابة، لكن قد تصبح الكتابة دليلا غير معد مسبقا مثل دفاتر التجار، كما أن هناك من الطرق التي تدخل ضمن الأدلة غير المهية، وتصبح من الأدلة المهية مثل الشهادة، فقد يقوم صاحب الحق بإعداد شهادة الشهود قبل حدوث النزاع³، وذلك بموجب دعوى استعجالية.

وقياسا على الكتابة هناك من يخضع الأدلة الأخرى لقانون القاضي، نظرا لطبيعتها الإجرائية ولأنها تتعلق باقتناع القاضي وتكوين عقيدته⁴، فشهادة الشهود والخبرة والمعاينة واليمين والإقرار لا يمكن قبولها إلا في الحالات التي يجيزها قانون القاضي⁵، لكن الفقه⁶ يذهب إلى إخضاع الأدلة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع لأنها مسألة وثيقة الصلة بالموضوع، فلا يجوز للقاضي أن يقبل الشهادة أو الإقرار أو اليمين أو القرائن القانونية، إلا إذا أجازها القانون الذي يطبق على الموضوع، لأن طرق الإثبات تؤثر في نطاق وصفة الحق أو المركز القانوني المتنازع فيه، فلا يجوز للقاضي أن يقبل دليلا غير مقرر في القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ففي القانون الفرنسي قبل تعديله سنة 1975

¹ - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 152.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 228، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 429، ص 524.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 524.

⁴ - انظر: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 228، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 430، ص 525.

⁵ - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 525.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 298، ص 223، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 229، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 431، ص 525.

كان يمنع الإقرار كنتيجة طبيعية لمنع الطلاق بالتراضي المشترك للزوجين، وفي مجال النسب تظهر العلاقة وثيقة بين قواعد الإثبات و القواعد الموضوعية¹.

كما أن الفقه² الذي يجعل القاعدة العامة في إخضاع الأدلة لقانون القاضي، قيدها بخضوع قبول الدليل للقانون الذي يحكم الموضوع، عندما يكون موجها لخدمة نظام قانون معين وثق المشرع في شأنه الصلة بين الإثبات والموضوع، بحيث يتعذر الفصل بينهما ويظهر ذلك في مسائل الأحوال الشخصية، أما اليمين المتممة فتحضخ لقانون القاضي.

ويطبق قانون القاضي إذا كان يستبعد طرقا معينة للإثبات مثل عدم جواز قبول شهادة الأولاد في دعوى الطلاق، أو بناء على الدفع بالنظام العام³.

وهناك من الفقه⁴ من يعتبر أن هناك علاقة بين الإقرار واليمين وبين فكرة شكل التصرف، مما يبرر خضوعها لنفس هذا القانون، وعدم اختصاص قانون القاضي، نظرا لما لهما من دور احتياطي في إثبات التصرف، لأنهما يقومان مقام الكتابة عند تخلفها، وبالتالي يتعين الرجوع للقانون الذي يحكم شكل التصرف لتقرير جواز الالتجاء إلى الإقرار واليمين، لكن هذا القانون يتقيد باختصاص القانون الذي يحكم موضوع التصرف.

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على قوة الدليل

كما قيل سابقا، تتمثل الأدلة في الكتابة باعتبارها دليل معد مسبقا، قبل نشوء النزاع، وفي الأدلة التي تعد عند حدوثه.

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 448 , p 363.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 807، 808.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 299، ص 223، 224، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 231، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 434، ص 528، 529.

⁴ - عنایت عبد الحمید الحمید ثابت: المرجع السابق، ص 80.

1- القانون المطبق على حجية الدليل الكتابي

إن الفقه القائل بالصفة الإجرائية لطرق الإثبات واعتبارها تدخل ضمن الاقتناع الخاص للقاضي يخضع قوة الدليل الكتابي لقانون القاضي، لكن هذا الرأي مرفوض فقها¹.

وهناك من يرى أن قوة الدليل الكتابي تعتبر محلاً للتردد، حيث يمكن إسنادها لقانون الشكل، لنفس السبب الذي يبرر الاختصاص الاحتياطي لهذا القانون في مجال قبول الدليل، ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية قانون القاضي الفرنسي، عند تكييف عقد مقدم على أنه من عقود الحالة المدنية²، فبالنسبة لعقود الحالة المدنية الأجنبية طبقت المادة 47 من القانون المدني الفرنسي، بأنها (عقود الحالة المدنية) تثبت أنها حررت وفقاً للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي، مع التحفظ على ألا يتم نقضها بوثائق أخرى، وكذلك بمعطيات خارجية أو عناصر مستخرجة من العقد في حد ذاته تشير إلى أنه غير شرعي، أو مزور أو أن الوقائع المصرح بها فيه لا تتناسب مع الحقيقة³.

ومن خلال قرارات محكمة النقض الفرنسية لاحظ الفقه⁴، فيما يتعلق بقبول الأدلة وحجيتها، وضعت قاعدة بتطبيق قانون القاضي لكن دون الإضرار بحق الأطراف بالتمسك بتطبيق قانون محل إبرام التصرف إذا كان أقل تشدداً، وهذه القاعدة توحى التوازن بين اعتبارين، من جهة تمس بدور القاضي في إصدار الحكم القضائي وبالتالي الخضوع لقانون القاضي، ومن جهة أخرى لا يمكن تجاهل العلاقة بين مسائل الإثبات، وشكل التصرفات، لكن هذا الاجتهاد القضائي الذي يعد بعيداً عن تحقيق إجماع فقهي، تمت معارضته بقرار أخضع القوة الثبوتية لتصرف محرر في ألمانيا لقانون محل إبرامه فقط.

وما يتفق عليه الفقه⁵، إخضاع قوة الدليل الكتابي أو حجيته لنفس القانون الذي يحكم الشكل أي القانون المحلي، حيث يتعين الرجوع للقانون الذي يحكم شكل التصرف من أجل تحديد

¹ - سبق التعرض لهذا الرأي الذي يخضع طرق الإثبات لقانون القاضي والانتقادات الموجهة له.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 449, p 364.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 505, p 373, 374.

⁴ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 593, p 424.

⁵ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 300، 302، ص 224، 225، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 438، ص 532،

حجية الورقة الرسمية، وحجية صورها إذا لم يوجد أصلها، وكذلك هو المختص لبيان حجية الورقة العرفية لصدورها ممن وقعها، وبالنسبة لتاريخها، ذلك أنه متى كانت الشكلية لازمة للإثبات، واتخذ التصرف القانوني وفقا للشكل المقرر في القانون المختص بحكم الشكل، فمن غير المعقول أن تخضع قوة الشكل في الإثبات لقانون آخر، كما أن في تطبيق القانون المحلي فيه حماية لتوقعات الأطراف.

وبعض الفقه¹ انطلاقا من إقامة العلاقة بين طرق الإثبات وحجيتها، ومادام أن طرق الإثبات تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، فإن القوة الثبوتية للدليل تخضع بدورها لنفس القانون، وفي مجال الالتزامات التعاقدية تخضع قوة الدليل إما للقانون الذي يحكم الموضوع أو القانون المحلي.

ويجب التمييز بين المحررات أو السندات العادية والمحررات الرسمية حيث تخضع حجية المحررات العادية لقانون مكان إعداد الدليل، أما المحررات الرسمية فتخضع حجيتها لقانون السلطة التي أصدرت المحرر وأضفت عليه الصفة الرسمية، وقد تكون هذه السلطة محلية أجنبية أو سلطة قنصلية تابعة لدولة القاضي، فبالنسبة للمحررات الرسمية الصادرة عن السلطة الأجنبية يجب مراعاة قانون السلطة التي يخضع لها الموظف الذي حرر السند، ويظهر تأثير تنازع السلطات في تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أن هناك أكثر من سلطة تتبع كل منها دولة مختلفة كما أن هناك سلطات إقليمية داخلية هي المختصة أصلا بتبشر عملها داخل إقليم الدولة بإصدار الوثائق المتعلقة بالوطنيين والأجانب وسلطات ممتدة بتبشر عملها خارج إقليم الدولة كالسفارة والقنصلية، ويجب ألا يتعارض نطاق اختصاص السلطات القنصلية مع نطاق اختصاص السلطات المحلية الأجنبية، ولا يوجد معيار محدد للفصل بين نطاق اختصاص كل منهما، وإنما يتعين الرجوع أولا لقانون دولة مكان إبرام التصرف أو توثيق المحرر فإذا كان يعتبر أن هذا التوثيق يندرج ضمن الاختصاص الحصري للسلطات المحلية فإنه لا يمكن تحريره من طرف السلطات القنصلية².

وفيما يتعلق بحجية السندات الالكترونية في الإثبات فقد اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية قبول السندات الالكترونية كدليل إثبات وعدم تطبيق أي قانون يهدر حجيتها، فإذا لم يكن للخصم دليل أفضل من

¹ - T.HABU GROUD : Op.cit, p 143 et s.

² - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 120 وما بعدها.

السند الإلكتروني فإنه لا يجوز إهدار قيمته¹. فإذا صدر المحرر الإلكتروني من دولة يعترف قانونها بمثل هذه المحررات وأريد الاحتجاج به في دولة لا يعترف قانونها بذلك، فيمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على حجية المحرر الإلكتروني هو قانون القاضي، وإذا كان هذا الأخير يعترف بها فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان إصدار المحرر.

2- القانون المطبق على حجية الأدلة غير المهياة مسبقا

أما بالنسبة لحجية الأدلة غير الكتابة أو الأدلة غير المهياة أو المعدة مسبقا، فإن بعض الفقه² يرى أن القوة الثبوتية أو الحجية تتبع قانون القاضي على أساس ارتباطها بالإجراءات وتعلقها بتكوين الاقتناع الخاص للقاضي. في حين يرى جانب آخر من الفقه³ إخضاع قوة الأدلة للقانون الذي يحكم الموضوع لأنه هو الذي يحدد ما إذا كان الدليل قاطعا أم يؤخذ به على وجه الاستدلال وهو الذي يبين ما إذا كان من الجائز نقض الدليل بدليل آخر. على أن هذه القاعدة لا يؤخذ بها على إطلاقها أي على جميع الأدلة و إنما يتم التمييز بين اليمين والإقرار والقرائن القانونية من جهة وبين الشهادة والقرائن القضائية⁴، حيث تستثنى هذه الأخيرة من الخضوع لقانون الموضوع⁵.

فالقانون الذي يحكم الموضوع والذي يحدد الحالات التي يجوز فيها الإثبات باليمين أو الإقرار هو الذي يبين قوة هذه الأدلة⁶، وهو الذي يحدد قوة القرينة القانونية فيما إذا كانت قاطعة أو تقبل الدليل العكسي⁷.

¹ - وسام توفيق عبد الله الكتيبي: المرجع السابق، ص 155 وما بعدها، انظر كذلك: مامون عبد الكريم: المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 449, p 364, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 505, p 373, 374.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 301، ص 225، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 233، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 440، ص 533، 534.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 225.

⁵ - يستثنى عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 234 كل من الشهادة والقرائن القضائية، أما أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 441، ص 534، فيستثنى القرائن القضائية من مجال تطبيق القانون الموضوعي.

⁶ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 225.

⁷ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 811.

أما بالنسبة لشهادة الشهود أو البينة فالقاعدة أن للقاضي الحرية المطلقة في تقديرها وله أن يأخذ بشهادة شاهد أو يرفضها بحسب ما يطمئن إليه، كما أنه ليس ملزماً بتصديق الشاهد في كل أقواله فله أن يجرى شهادته فيأخذ منها ما يستلهم فيه الصدق دون أن يلتزم بقاعدة عدم التجزئة، والبينة دليل مقنع لا يلتزم بها القاضي إلا إذا اقتنع بدلائلها وله أن يطرح أقوال الشاهد بعد سماعها متى لم يقتنع بما جاء فيها وهو غير مقيد بقواعد خاصة في اقتناعه فله أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة ولا التزام عليه بأن يقيم وزنه للشهادة بالنظر إلى وضع الشهود وصفاتهم، وتقدير الشهادة يعتبر من السلطة المطلقة لقاضي الموضوع فلا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، وبالتالي فإن بيان مدى قوة الشهادة في الإثبات يخضع لتقدير القاضي حسب المبادئ العامة السائدة في قانونه فلا يرجع للقانون الأجنبي الذي يحكم الموضوع وإنما لقانون القاضي، غير أن القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يبين الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة، أما قوتها فتكون وفقاً لقانون القاضي.

أما بالنسبة للقرائن القضائية، ويقصد بها القرائن التي يستنبطها القاضي مما يعرض عليه من وقائع، فيتوصل عن طريقها إلى الاقتناع بصحة وقائع أخرى، فإن القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يبين الحالات التي يمكن للقاضي أن يستخدم سلطته في استنباطها، والمسائل التي يجوز له فيها استخدام القرائن القضائية كوسيلة للإثبات فتخضع للقانون الذي يطبق على الموضوع¹.

إلا أن تقدير قوة القرينة يخضع لتقديره وفق المبادئ السائدة في قانونه، وما يمليه اقتناعه وعقيدته، لأنه ذو طبيعة نفسية²، كما لا يعقل امتثال القاضي لحكم قانون أجنبي³، لأن له حرية استخلاص القرائن القضائية دون تقييد بما يقضي به القانون الذي يسري على موضوع الدعوى⁴.

كما أن القرائن القضائية تستند على القانون الذي يميزها، وهو قانون المحكمة التي تنظر النزاع، فلا يجوز للقاضي الوطني أن يخضع في عمله في جمع الأدلة لأوامر مشرع أجنبي، كما له الحرية

¹ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 216.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 221.

³ - هشام علي صادق: المرجع السابق، بند 304، ص 227، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 234.

⁴ - هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 216.

المطلقة في اختيار أية واقعة من الوقائع القريبة المتصلة بموضوع النزاع، ليستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المدعى بها، كما له السلطة المطلقة في الاعتماد عليها أو طرحها لعدم اقتناعه بها¹.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 441، ص 534.

الباب الثاني

نظيره قانون القاضي

على موضوع المنازع الدولية الخاصة

الباب الثاني: تطبيق قانون القاضي على موضوع المنازعات الدولية الخاصة

يقصد بتطبيق قانون القاضي، التطبيق الأصلي والمباشر على موضوع المنازعات الدولية الخاصة، حيث يخرج من نطاق الدراسة التطبيق الاحتياطي الذي يكون بعد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام في دولة القاضي أو ثبوت الاختصاص له بسبب الغش نحو القانون.

يطبق قانون القاضي بسبب تفوقه على القانون الأجنبي وهذا بموجب قاعدة تنازع القوانين الانفرادية نفسها أين يهيمن قانون القاضي لحكم المنازعات الدولية الخاصة (الفصل الأول) كما يطبق تطبيقا مباشرا ليس بموجب منهج التنازع وإنما بموجب مناهج بديلة عنه (الفصل الثاني)، وفي الحالتين يطبق قانون القاضي قبل معرفة القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد، وهذا يتدخل قانون القاضي ليطبق بصفة مباشرة وانفرادية.

الفصل الأول: انفراد تطبيق قانون القاضي بموجب منهج التنازع

من المعلوم أن من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة أو ثنائية تشير إما إلى تطبيق قانون القاضي أو القانون الأجنبي، لكن في بعض الحالات تتصف قاعدة الإسناد بكونها انفرادية تشير إلى تطبيق قانون القاضي فقط دون مزاحمة القانون الأجنبي له، وهنا يتفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي.

يستند تطبيق قانون القاضي على عدة أسس منها ما هو منطقي يفرض نفسه (المبحث الأول)، ومنها ما هو عملي، اجتماعي، يهدف لحماية مصالح الطرف الوطني في علاقته مع طرف أجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي على أساس منطقي

يطبق قانون القاضي على أساس أصالته وانفرديته ودون اعتبار للقانون الأجنبي، ومختلف التشريعات تأخذ بهذا التطبيق، بالرغم من أن بعض الفقه¹ يبيّن هذا الاختصاص على أساس سياسي رعاية للفلسفة التشريعية التي تهدف إلى تثبيت بعض المسائل ذات الطابع السياسي والحيوي ولتأكيد سيادة الدولة، لكن وخلافا للرأي السابق، يمكن استبعاد مبدأ سيادة الدولة لما فيه من تأثير السياسة على مجال العلاقات الدولية الخاصة، فالمنطق يفرض نفسه أكثر من السياسة، ويقتضي إخضاع وصف العلاقات الدولية الخاصة لقانون القاضي بسبب أن هذه العلاقات تتطلب عملية استدلالية أولية مبنية على العقل تتمثل في التكييف (المطلب الأول) وترجيح جنسية دولة القاضي في حالة تعدد الجنسيات خاصة في مسائل الأحوال الشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي

تعتبر قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة، أي أنها لا تحل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي مباشرة، وإنما تشير إلى القانون الواجب التطبيق، ويتحدد ذلك عن طريق إدخال العلاقة القانونية الدولية ضمن إحدى فئات الإسناد، وهي الأحوال الشخصية، الأموال، العقود، الفعل الضار، الشكل والإجراءات، فمثلا يتم إدخال مسألة الأهلية ضمن الأحوال الشخصية، وهذا ما يعرف بالتكييف أو التصنيف² في القانون الدولي الخاص، وتتمثل المشكلة في اختلاف المسائل التي تندرج ضمن فئة إسناد معينة أي مضمون فئات الإسناد، لأن فئات الإسناد متماثلة في مختلف الأنظمة القانونية، فبعض الأنظمة القانونية تدخل مسائل الميراث ضمن فئة الأحوال الشخصية وبعضها يدخلها ضمن فئة الأموال. وهذا ما سوف يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق، لأن اعتبار الميراث مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يعني تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن، في حين أن اعتباره مسألة مالية يعني تطبيق قانون موطن المتوفى إذا تعلق الأمر بالمنقولات، أو قانون موقع العقار، وهذا ما يعرف بتنازع التكييفات، كذلك بالنسبة للطلاق الذي يمكن أن يتم الإعلان عنه بسبب

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 31، ص 75.

² - استعمال مصطلح التصنيف في بعض المراجع مثل عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 91.

الخطأ، فلا أحد ينازع أن الأمر يتعلق بالحالة الشخصية أكثر من اعتباره فعلا غير مشروع أو تصرف قانوني، لكن التردد بين التكييف التعاقدي أو تكييف المسؤولية التقصيرية يجعل القاضي يصدر حكمه بالنظر للنتيجة المرغوب فيها، كما أن تكييف العلاقة الناشئة عن نقل مجاني على أنها علاقة تعاقدية يعتبر وسيلة خاطئة لحل النزاع الناشئ عن حادث مرور وقع في الخارج بين وطنيين¹.

ويقوم تفعيل مشكل تنازع القوانين على حقيقة واقعية تتمثل في ارتباط علاقة قانونية خاصة بعدة أنظمة قانونية، إذ لا بد من البحث عن مجال تطبيق كل قانون، وهذا ما أدى إلى بروز مشكل الترابط أو التناسق بين الأنظمة والملائمة بينها، فعلاقة الزواج، من حيث الشكل، تخضع لقانون محل الإبرام، في حين أن الشروط الموضوعية تخضع لقانوني الزوجين، إذ ينبغي إعطاء حل ملائم، لحكم علاقة واحدة بقانونيين أو أكثر، مما يؤدي إلى توظيف نظاميين قانونيين أو أكثر وتحقيق تناسب بينهما، هذا التناسب، حسب بعض الفقه²، كانت ورائه مشكلة التكييف.

وللتكييف أهمية في القانون الدولي الخاص لأنه يتحكم في حل تنازع القوانين³، أي أنه يؤثر على القانون الواجب التطبيق. كما أن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد فإنه لا يخصص لكل مسألة قانونية قاعدة إسناد، وإنما نظرا لعدم قبول العلاقات القانونية للحصر وتجدها وتطورها وعجزه عن الإحاطة بها، مما يؤدي إلى تجميع المسائل القانونية المتشابهة في طوائف أو فصائل أو فئات قانونية، وكل فئة تخصص لها قاعدة إسناد على الأقل، لهذا يعتبر التكييف عملية لازمة وأولية وسابقة لتحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن الحل النهائي للنزاع يختلف بحسب ما إذا ألحقت المسألة القانونية ضمن فئة أو أخرى⁴، ولا يعتبر التكييف في القانون الدولي الخاص مشكلا في حد ذاته وإنما القانون الواجب التطبيق عليه أي وفقا لأي قانون يتم تكييف العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وفقا

¹ - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, R.I.D.C, n°2, 1998, n° 15, p 431.

² - H.BATTIFOL : Aspects philosophiques du droit international privé, éditions DALLOZ, Paris, 2002, n° 12, p 27.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 183, p 206.

⁴ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 92، 93.

لقانون القاضي الذي ينظر النزاع أو وفقا للقانون الذي يحكم الموضوع أو وفقا لقانون آخر، اختلفت الآراء الفقهية في ذلك، أبرزها إخضاع التكييف لقانون القاضي وهو محل الدراسة.

ترجع جذور نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي للفقهاء الألماني "Kahn" الذي يعدّ أول من تصدى لبحث مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص، وانتهى في أبحاثه إلى ضرورة حسم هذه المشكلة بالرجوع إلى المفاهيم السائدة في قانون القاضي، وذلك في مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891¹ تحت تسمية "التنازع الكامن أو المستتر" (conflits latents)، لكن ترتبط مسألة التكييف باسم الفقيه الفرنسي "بارتان Bartin"، فهو من أطلق تسمية "مشكل التكييف" وذلك في مقاله المنشور سنة 1897، ويعد هذا اكتشافا حقيقيا في علم تنازع القوانين الفرنسي، فكل المؤلفين توصلوا لنفس الحل (إخضاع التكييف لقانون القاضي) بصفة مستقلة³. كما أن الفقيه الفرنسي "Dumoulin" في استشارته سنة 1525 للزوجين Ganey أجرى تكييفا عندما ربط النظام المالي القانوني بقانون موطن الزوجية على أساس قرينة إرادة الزوجين عن طريق تحليل النظام المالي للزوجين على أنه نظام اتفاقي ضمني، لكن الميزة الكبرى لـ "بارتان Bartin" أنه بيّن مشكل التكييف ونظمه وأبرز أهميته وخصوصيته في القانون الدولي الخاص⁴. فقد توصل من خلال بحثه إلى أن القضاء كان يجري بصفة ضمنية وصامتة تكييفا أوليا حتى يتمكن من ربط المسألة القانونية المطروحة بإحدى الفئات المسندة⁵.

ويقرر الفقه الفرنسي أن الفقيه "بارتان Bartin" هو أول من أبرز أهمية مشكلة التكييف وحدد لها حجمها الطبيعي في القانون الدولي الخاص، فهو الذي نظمها ومنهجها بالكيفية التي

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 81.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE :Op.cit, n°291, p 474, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 183, p 206, H.BATTIFOL : Op.cit, n° 12, p 28.

عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 110، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 81.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 183, p 206, H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 291, p 474.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL :Op.cit, n° 183, p 206.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 110، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 82.

جعلت منها نظرية متكاملة متميزة، فرغم أنه أكد في عام 1897 من خلال أسس ومبادئ النظرية أن مشكلة التكييف لا تحسم إلا بالرجوع إلى أحكام قانون القاضي، ومن ثم توصل إلى نفس النتيجة التي سبقه إليها "كاهن Kahn"، إلا أنه لم يكن على علم بأبحاث كاهن، وقد شيد بارتان نظريته بعد دراسات مستفيضة لقرارات القضاء الفرنسي الذي كان يمنح العلاقة محل النزاع الوصف القانوني المقرر في القانون الفرنسي وكأنه يتجاهل وجود تنازع قوانين وكأن الحل من المسلمات التي لا تثير جدلاً¹.

لقد وضع كل من الفقيهين "كاهن Kahn" و"بارتان Bartin" نفس الحل، والذي قوبل، على الأقل في مبدأه من طرف أغلب الفقه في فرنسا وفي الخارج: القاضي يكيّف (يجري التكييف) حسب تصورات قانونه الخاص، قانون القاضي².

والمثالان الكلاسيكيان المذكوران من طرف الفقيه الفرنسي "بارتان Bartin": قرار مجلس قضاء الجزائر العاصمة الصادر في 24 ديسمبر 1889 المعروف بـ Bartholo³، ووصية الهولندي⁴، تتلخص وقائع القرار الأول في أن زوجين مالطيين تزوجا بمالطا وفق القانون المالطي، ثم هاجر الزوج إلى فرنسا وأقام فيها، وبالتحديد في الجزائر حين كانت مستعمرة فرنسية، أين اكتسب أموالاً عقارية، بعد وفاته، طالبت زوجته بنصيبها في العقارات وفقاً للقانون المالطي، الذي يمنح لها ما يعرف بنصيب الزوج المحتاج، في حين أن القانون الفرنسي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلاّ الحق في اقتسام الأموال المشتركة واسترداد أموالها الخاصة، فالتردد بين تطبيق القانون المالطي والقانون الفرنسي، لأن المسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، فيما إذا كان جزء من الميراث فيطبق عليه القانون الفرنسي طبقاً لقواعد الإسناد باعتباره قانون موقع العقار، وبالتالي لا تحصل الزوجة على ما تطالب به، أو إذا كان حق للزوجة الباقية على قيد الحياة واعتباره جزء من

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 81، 82.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE :Op.cit, n° 292, p 477, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 186, p 209 .

³ - Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 9, p 70 et s.

⁴ - لكن منذ أن صادقت هولندا سنة 1982 على اتفاقية لاهاي ل5 أكتوبر 1961 حول تنازع القوانين في مجال شكل أحكام الوصية بدون التحفظ على المادة 11 الخاصة بحالة الوصية المحررة باليد، لم يعد له قيمة تاريخية، و المثال يبقى ساريا بالنسبة للبرتغال حيث لا يمكن لبرتغالي تحرير وصية بيده حتى ولو كان متواجدا في دولة تقبل هذا الشكل.مذكور في H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 476.

النظام المالي، ليطبق عليه القانون المالطي باعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين، لكن القاضي رفض طلب الزوجة طبقاً للقانون الفرنسي. وتتلخص وقائع القرار الثاني في أن هولندياً مقيماً بفرنسا، حرّر فيها وصية بخط اليد طبقاً لأحكام القانون الفرنسي، وبعد وفاته طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان وفقاً للقانون الهولندي، باعتباره قانون الجنسية، الذي يمنع الهولنديين من تحرير وصاياهم في الشكل العرفي، لأنه يعتبرها مسألة مكتملة للأهلية، في حين أن الموصى له تمسك بكون المسألة شكلية وبالتالي تخضع للقانون الفرنسي، ولقد اعتبر القضاء أن الوصية صحيحة طبقاً للقانون الفرنسي.

وهذه الأمثلة تبين نتائج الطابع الوطني للقانون الدولي الخاص الوضعي لكل دولة، حتى ولو ظهر أن دولتين تجمعان بصفة مماثلة المسائل القانونية في فئات محددة، وتبنيان نفس قواعد الإسناد، إلا أن الحلول المعطاة من طرف قضائهما على نفس الحالة المعروضة، يمكن أن تختلف من دولة لأخرى لأن مضمون الفئات المستعملة لن يكون نفسه¹.

فباعتبار أن التكييف عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق تتم بالرجوع لقانون القاضي، وهذا الحل هو ما ذهب إليه القضاء ولو بصفة ضمنية، فرفض القضاء الفرنسي طلب زوجة المالطي بما يسمى بـ "نصيب الزوج المحتاج" على عقارات زوجها الكائنة في فرنسا (الجزائر) يرجع إلى إجراء التكييف وفقاً للقانون الفرنسي، وإدخال ما تطالب به الزوجة ضمن الفكرة المسندة الخاصة بالميراث، وبالتالي تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون موقع العقارات، ولما كان القانون الفرنسي لا يمنح للزوجة الحق في أن ترث زوجها فقد رفض طلبها. وبالنسبة لوصية الهولندي، يرى بارتان أن تكييف مسألة الإيصال في الشكل الخطي قد تم وفقاً لقانون القاضي الفرنسي الذي ألحق هذه المسألة ضمن الفكرة المسندة الخاصة بشكل التصرفات، ولما كان شكل التصرفات يحكمه القانون الذي أبرمت الوصية وفقاً له وهو القانون الفرنسي فمن الطبيعي اعتبارها صحيحة².

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 208.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 111.

ففي حالة وصية الهولندي المحررة بخط اليد، أخذ القاضي الفرنسي بعين الاعتبار تصورات القانون الفرنسي، وأن الأمر يتعلق بمسألة شكلية وبالتالي تطبق قاعدة قانون المحل يحكم الشكل، فالقانون الفرنسي مختص والوصية صحيحة، ولقد أعطي الحل لفترة طويلة دون طرح المشكل، وعبر عنه بصفة واضحة من طرف محكمة النقض الفرنسية في قرار Caraslanis في 22 جوان 1955¹، أو ما يعرف بزواج اليوناني الأرثوذكسي، حول مسألة معرفة ما إذا كان تحرير أو إبرام الزواج في الشكل الديني يجب أن ينظر إليه كمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ويخضع للقانون الشخصي، أو كمسألة شكلية تخضع لقانون مكان الإبرام، وتتلخص وقائعها في أن يونانيا تزوج في فرنسا مع فرنسية طبقا للشكل المدني المعمول به في فرنسا، وعلى إثر قيام الزوجة برفع دعوى الطلاق في مواجهة زوجها أمام محكمة باريس، دفع هذا الأخير ببطان زواجه، لأنه أبرم وفق الشكل المدني وحده طبقا للقانون الفرنسي، في حين أنه لم يستوف ركن تدخل السلطة الدينية الذي يشترطه القانون اليوناني، واستند على أن الشرط الديني المقرر في القانون اليوناني يعتبر شرط موضوعي لإبرام الزواج، وأنه عنصر للحالة الشخصية، لهذا يخضع للقانون الوطني للزواج، وقد أعلنت محكمة النقض " أن مسألة معرفة ما إذا كان عنصر إبرام الزواج يندرج ضمن فئة قواعد الشكل أو فئة القواعد الموضوعية يجب الفصل فيها من طرف القضاة الفرنسيين حسب تصورات القانون الفرنسي، والتي حسبها الطابع الديني أو اللائكي للزواج يعتبر مسألة شكلية"².

وأول مسألة يثيرها التكييف تتعلق بالأساس الذي اعتمد عليه الفقه من أجل تبرير قاعدة إخضاعه لقانون القاضي (الفرع الأول) ليتحدد نطاق تطبيق هذا الأخير (الفرع الثاني) وإن كانت القاعدة مقننة في بعض التشريعات من بينها التشريع الجزائري فإنه موقف المشرع يحتاج إلى تقييم (الفرع الثالث)

¹ - Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 27, p 243 et s.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE :Op.cit, n° 292, p 478, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n°156, p 121, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit, n° 241, p 161, B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 27, p 245.

الفرع الأول: أسس إخضاع التكييف لقانون القاضي

برر بارتان صاحب النظرية مسألة إخضاع التكييف لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة (البند الأول)، لكن وجهت لها انتقادات (البند الثاني) وهذا ما دفع الفقه الحديث لرفض الأساس وإعطاء مبررات أخرى (البند الثالث).

البند الأول: على أساس فكرة السيادة

يرى الأستاذ "Bartın" أن إخضاع التكييف لقانون القاضي حل تبرره فكرة سيادة دولة القاضي على إقليمها، فتنازع القوانين هو تنازع بين السيادة، وفي الفرض الذي يسمح فيه المشرع الوطني بتطبيق قانون أجنبي على إقليم دولته، فإنه يتنازل عن قدر من سيادته لأنه يخرج بذلك بعض المسائل من نطاق سيادته الإقليمية التي يحكمها هو أصلاً ويعهد بها للقانون الأجنبي. ولما كان التكييف هو بيان للحالات التي تسمح فيها الدولة بالحد من سيادة قانونها وإفساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، كان من المتعين الرجوع إلى قانون القاضي الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل ونطاقه، فتحديد طبيعة المسائل القانونية التي تخرج من نطاق السيادة الإقليمية هو تحديد لقواعد تنازع القوانين وبالتالي تحديد للسيادة ذاتها، لهذا يجب خضوع هذا التحديد لقانون القاضي، وأن أمر المشرع الوطني إلى قاضيه بتطبيق قواعد الإسناد يعني إزماءه بأن يجري التكييف وفق التصورات السائدة في قانونه لأن بمقتضاها يتحدد الإطار الفعلي لتطبيق القانون الأجنبي باعتبار أنه انتقاص من السيادة الإقليمية لقانون القاضي، فتحديد المسألة القانونية محل التكييف يكشف عن نطاق تطبيق القانون الأجنبي بما فيه من معنى التنازل عن السيادة، والتكييف هو الوسيلة التي بمقتضاها يتحدد مقدار هذا التنازل ونطاقه ولا يتم ذلك إلا وفقاً لقانون القاضي¹.

اعتبر الأستاذ "Bartın" أن مشكل التكييف يمس في نتائجه المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق سيادة قانون القاضي من حيث أن التكييف هو الذي يحدد هذا القانون الأجنبي الذي يتسبب في انتقاص السيادة التشريعية الوطنية من خلال التضييق من نطاق تطبيق قانون القاضي

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 112، 113.

مقابل استحواذ القانون الأجنبي على جزء من مجال التطبيق، فيكون من المنطقي أن من سمح بتطبيق القانون الأجنبي هو وحده الذي يتولى تحديد مجال هذا التطبيق، ومادام أن تحديد مجال التطبيق يستلزم سبق تحديد الوصف القانوني للعلاقات أو المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فيفرض المنطق أن يتولى قانون القاضي هذه المهمة، فبالنظر للاعتبار السياسي والسيادي من الضروري ترك مسألة التكييف لقانون القاضي تحصينا للسيادة التشريعية وتغاديا لاحتمال المساس بها أو الانتقاص منها¹.

تم تقديم ضرورة تغليب أو تفوق التكييف وفقا لقانون القاضي بعبارة احترام السيادة، فتطبيق القانون الأجنبي يعتبر تنازلا عن السيادة المحلية، وحدود هذا التنازل لا يمكن أن تتبين إلا بالسيادة، مثلا تقرير أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بشكل الوصية يجب أن تطبق عليها أحكام الوصايا المحررة في فرنسا، وقبول اعتبار وصية صحيحة وفقا للقانون الفرنسي أنها باطلة إذا طبق قانون أجنبي سيكون خضوعا ورضوخا للسيادة الأجنبية، هذا المبرر يعكس تشبيه تنازع القوانين بتنازع السيادة². إن غياب نظام مرجعي عالمي يجبر الرجوع للقوانين الداخلية، لكن الاختلاف في التصورات بين القوانين الداخلية هو مصدر المشكل، ومن أجل تجنبه، يجب أن يتم التكييف وفق قانون واحد هو قانون القاضي. أساس الحل يكمن في فكرة السيادة، فقاعدة التنازع تشير تارة إلى القانون الفرنسي وتارة أخرى إلى القانون الأجنبي، في الاحتمال الثاني كما في الاحتمال الأول فإنها تضيق من مجال تطبيق القانون الفرنسي، وبالتالي فالدولة التي تضع قاعدة التنازع فإنها تعرف مدى سيادتها التشريعية أو المدنية، ومفهوم السيادة يستبعد كل تدخل أجنبي، ومادام أن الدولة، عن طريق قاعدة التنازع، اعترفت بالتزام تطبيق قانون أجنبي على علاقة ما، فمن البديهي أنها لم تتمكن من قياس مدى القيد الذي وضعته على هيمنة قوانينها المدنية إلا بالرجوع إلى مفهومها لهذه العلاقة، وبالتالي مطلوب رد القانون المالطي لأن السيادة الفرنسية تمنع القاضي الفرنسي الذي يطبق قواعد التنازع الفرنسية من أن يصنف ريع الزوج المحتاج ضمن التكييف المالطي، وهذا المنع يتبين أن هناك علاقة ضيقة بين مسائل القانون الداخلي و مفهوم فئات الإسناد في القانون الدولي الخاص لدولة القاضي³.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 37، ص 86، 87.

² -B.AUDIT : Op.cit, n° 206, p 174.

³ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 76, n° 6, arrêt n°9 : Bartholo.

البند الثاني: تقدير فكرة السيادة كأساس لنظرية التكييف

تعرضت نظرية بارتان للنقد من حيث اعتبارها نظرية غير مستساغة عند حل مشاكل القانون الدولي الخاص، ومن بين الانتقادات اعتبار مبرر السيادة باطلاً¹، كما أن مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي يستفاد منه أن هذا القانون يحتوي على كل الأوصاف اللازمة لتطبيق قواعد التنازع وهو ما يتجاوز المنطق، كما أن هذا المبدأ يجعل النظرية تتصف بالانعزالية القانونية لأن تفرد قانون القاضي بحل مشكلة التكييف فيه إنكار تام للدور الذي يمكن أن يساهم فيه القانون الأجنبي وهو ما يؤدي إلى غياب التناسق بين الأنظمة القانونية الذي يسعى القانون الدولي الخاص إلى تحقيقه²، ذلك أنه حتى ولو كانت قواعد التنازع لمختلف الدول متماثلة فإن قضاها يهدمون هذا التناسق عن طريق إخضاع التكييف وفق قانون القاضي وعن طريق إدخال نفس العلاقة في فئات مختلفة لهذا السبب فإن معارضي التكييف وفق قانون القاضي اعتبروه وسيلة الانعزال القانوني³.

ويرى بعض الفقه⁴ أن إخضاع التكييف لقانون القاضي من شأنه تجاهل المقتضيات الجوهرية لمبادئ تنازع القوانين سواء على مستوى قاعدة التنازع أو على مستوى غموض معرفة القانون الواجب التطبيق، فمن حيث تطبيق قاعدة التنازع يلاحظ أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع للقانون الشخصي مهما كانت المحكمة التي تنظر النزاع، سواء كان هذا القانون قانون الجنسية أو قانون الموطن، فتطبيق القانون الشخصي يؤدي إلى تماثل الحلول في مختلف الأنظمة القانونية نظراً لتماثل مفهوم الحالة الشخصية في دولة الشخص أو في دولة أخرى، وهذا ما سيضمن استمرارية الحالة الشخصية وعدم قابليتها للتجزئة، لكن عند إخضاع التكييف لقانون القاضي فإنه سيؤدي إلى القضاء على هذه الاستمرارية وعدم القابلية للتجزئة لأن مضمون الحالة الشخصية سيختلف وفقاً لاختلاف الأنظمة القانونية حسب المحكمة التي تنظر النزاع، وكذلك مسألة المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار فالمبدأ هو إخضاعها لقانون مكان وقوع الفعل الضار، لكن إخضاع التكييف لقانون

¹ - D.GUTMANN : Op.cit, n° 59, p 59.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 53، 54، ص 100، 101.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 190, p 214.

⁴ - هذا الرأي مذكور في: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 122 وما يليها.

القاضي سيؤدي إلى تشويه المبدأ وجعل دور قانون مكان وقوع الفعل الضار دورا ثانويا ومحصورا، من جعل الفعل الضار في دولة وقوعه فعلا مباحا في دولة القاضي¹.

ومن حيث القانون الواجب التطبيق فيلاحظ أنه إذا تم إخضاع التكييف لقانون القاضي، فالغالب عدم معرفة القانون الذي يحكم العلاقة القانونية وقت نشوئها، مثلا إذا أبرم شخص موجود في دولة ما عقدا اشترى بمقتضاه مالا موجودا في دولة أخرى وتم إبرام العقد في الشكل العرفي الذي يتطلبه قانون محل الإبرام، وقانون دولة مكان وجود المال يعتبر المسألة الخاصة بالشكل اللازم لكسب حق عيني مسألة شكلية، فإذا عرض نزاع حول عقد البيع أمام محاكم دولة ثالثة يعتبر قانونها مسألة الشكل اللازم لإنشاء حق عيني مسألة مرتبطة بنظام الأموال وبالتالي تخضع لقانون موقع المال، فإن إخضاع التكييف لقانون القاضي يجعل التصرف القانوني أي عقد البيع معلقا غير معروف القانون الواجب التطبيق²، خاصة إذا تطلب قانون موقع المال الشكل الرسمي.

كذلك أخذ على نظرية باتان سعيها إلى توحيد الوصف القانوني للعلاقات الوطنية وتلك المشتملة على عنصر أجنبي لتخضع لحكم قانون القاضي، رغم أن الوصف القانوني الممنوح للعلاقات الأولى لا يناسب العلاقات الثانية، وذلك لاختلاف التكييف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص³.

كما تم انتقاد إخضاع التكييف لقانون القاضي بسبب عدم الكفاية المادية لمبدأ التكييف، حيث تظهر عقبة تواجه القاضي عندما تعرض عليه علاقة أو مسألة غريبة أو مجهولة في نظامه القانوني، فكيف يمكن للقاضي الفرنسي أن يخضع تكييف الزواج المتعدد للبحث عن صحته أو ترتيب آثاره، أو إخضاع نظام الوفاق للقانون الفرنسي، فهما نظامان مجهولان في القانون الفرنسي، لكن لا يصح القول أن القضاء الفرنسي لم يجد صعوبة في تكييف علاقات مجهولة في القانون الفرنسي وأنه لم يتردد في تصنيف الزواج المتعدد كنوع من أنواع الزواج، فلا شيء يدل على أن القضاء

¹ - وهذا ما نصت عليه المادة 20 فقرة 2 من القانون المدني.

² - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 124.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 55، ص 104.

الفرنسي صنف الزواج المتعدد على أنه زواج بالنظر إلى مفهوم الزواج المعروف في فرنسا وليس بالنظر إلى القانون الأجنبي الذي يحكم الزواج المتعدد¹.

كما تواجه القاضي عقبة أخرى إذا كان قانونه من القوانين المتعددة تعددا شخصيا، فعندما تنور المنازعة أمام قاضي دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا مثل لبنان، فإنه يتعذر إجراء التكييف وفق قانون القاضي نظرا لتعدد التكييفات بعدد القوانين الطائفية، فإذا طرحت أمام القاضي اللبناني منازعة متعلقة بالحالة الشخصية فوفقا لأي قانون من القوانين الطائفية، لما فيها من اختلاف، يمكن تكييفها².

كما يمثل التكييف وفق قانون القاضي عائقا عند منح الصلاحية لزواج في فرنسا يمكن أن يكون باطلا في البلد الأصلي للزوجين (الزواج الأعرج) ويمكن أن يقود إلى تشويه القانون الأجنبي عندما يكون واجب التطبيق حسب تكييف قانون القاضي، لكن على عكس التصورات الخاصة للقانون الأجنبي³.

هذا، وأن تكييف العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وفق قانون القاضي قد يؤثر على الحل النهائي للنزاع بأن يطبق قانون القاضي على موضوعه، ويؤدي بالتالي إلى عدم الاعتراف بهذه العلاقات وخاصة صفتها الدولية إذ تصبح في نفس حكم العلاقات الوطنية وقد يقضي هذا على الهدف من وجود القانون الدولي الخاص، كما أن إخضاع التكييف لقانون القاضي وإخضاع موضوع النزاع لقانون أجنبي قد يؤدي إلى إجبار التعايش بين قانونين أو بالأحرى بين تصورين لقانونيين مختلفين قد يصل إلى درجة التناقض، فهل يعقل إخضاع تكييف مسائل الزواج والطلاق لقانون قاضي علماني وتطبيق الشريعة الإسلامية على الموضوع، فهذا يؤدي إلى تأثر الحل النهائي ولو بصفة جزئية أو غير مباشرة بتصورات قانون القاضي، مثلا عند تكييف طلب زوجة الماطي، أي تكييف طبيعة نصيب الزوج المحتاج، وإدخاله ضمن مسألة الميراث، فقد أدى إلى تطبيق القانون الفرنسي ورفض

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 125.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 125، 126.

³ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 242, p 161, 162.

طلب الزوجة التي تعتبر أجنبية، إذ مما لا شك فيه أن التكييف يؤثر على القانون الواجب التطبيق، أي أن التكييف تم وفق قانون القاضي وكذلك الحل النهائي. ونفس الملاحظة بالنسبة لباقي الأمثلة، فهل هذا يعني اعتبار قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام أو من قوانين البوليس مادام أنها تطبق على العلاقات الوطنية والعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وما الحل إذا كان قانون القاضي يجهل المؤسسة المعروضة عليه، فهل يعني هذا عدم الاعتراف بالعنصر الأجنبي للعلاقة أو المؤسسة محل النزاع.

لكن تم الرد من طرف بعض الفقه¹ على هذه الانتقادات، فإذا كان صحيحاً أن قانون القاضي لا يحتوي على جميع الأوصاف الضرورية لتطبيق قواعد تنازع القوانين بدليل وقوف القضاة في بعض الدول عاجزين عن فك رموز بعض الأنظمة القانونية الأجنبية عن قانونهم مثل نظام "ترست trust" الذي يعرفه القانون الأنجلوسكسوني والذي حير رجال القانون الأوربيين، أو نظام "الوقف" الذي تعرفه الشريعة الإسلامية، إلا أن الوصف القانوني للمنازعات الخاصة الدولية لا يرجع فيه لقواعد موضوعية في قانون القاضي، بل هو عملية استدلال عقلي يستعين فيها القاضي بثقافته القانونية وهذا ما يتطلب منحه الحرية في الاجتهاد، كما يتطلب ذلك الانطلاق من المفاهيم الثابتة في قانون القاضي والاستئناس بالأنظمة القانونية الأجنبية، وبالنسبة لتوحيد الوصف القانوني للعلاقات الوطنية وتلك المشتملة على عنصر أجنبي، فيرى الرأي السابق أن اختلاف هدف التكييف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، لا ينبغي أن يحول دون توحيد الوصف القانوني للعلاقات الوطنية البحتة أو الدولية، لأن الهدف وظيفي يتعلق بمجال تطبيق قاعدة وطنية (قاعدة إسناد أو قاعدة موضوعية) وتغيير مجالها لا يعني تغيير طبيعتها، كما أن القانون الدولي الخاص يتميز بالصفة الوطنية وهذا ما يمنع منح نفس المسألة أكثر من وصف قانوني، فالقانون الوطني يحدد الأوصاف القانونية التي تطبق دون تغيير على العلاقات الدولية الخاصة، ولأن العنصر الأجنبي يعتبر عنصراً سلبياً ينبغي عدم أخذه بعين الاعتبار أثناء عملية التكييف، فالصفة الأجنبية للأشخاص أو الأشياء أو الأمكنة هي صفة ساكنة

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

لماديات محسوسة، وإن كانت ذات أثر في القانون الواجب التطبيق إلا أنها لا تؤثر في إعطاء صفات متغيرة لأفكار معنوية لكل منها أركانها وشروطها المتميزة، مثل الأهلية والزواج والميراث.

كما أن الفقه الفرنسي¹ يذهب إلى توسيع فئات الإسناد في القانون الداخلي للقاضي وملاءمتها مع العلاقات أو المؤسسات الأجنبية، حيث أن الهيمنة الحصرية لقانون القاضي محددة وفي بعض الحالات يتم تشويه فئات القانون الداخلي عند توسيعها من أجل أن تتمكن من استقبال مؤسسات أجنبية، مثلاً فئة انعدام الأهلية، التي على خلاف انعدام الأهلية في القانون المدني، تتضمن انعدام أهلية المحنون غير الموضوع تحت وصاية أو قوامة وانعدام أهلية الزواج من أجل إدخال بعض العلاقات أو الاتحادات الحرة مثل التعدد، أي أنه يتم توسيع فئة انعدام الأهلية لتشمل بالإضافة إلى انعدام الأهلية الطبيعية انعدام الأهلية للزواج المتعدد، ومثل هذا التشويه قاد بعض المؤلفين إلى القول أنه لا يوجد تكييف وفق قانون القاضي وإنما بالرجوع إلى تصورات قانونية مستقلة، أي تطبيق ما قال به "رابل Rabel" من إخضاع التكييف للقانون المقارن، لكن الحقيقية أن توسيع فئات الإسناد في قانون القاضي يكون استثنائياً لا يلعب دوره إلا عند الضرورة، حيث ينطلق القاضي من تصوراته القانونية الخاصة ليوسعها، وهذه الملائمة تمكن من تبرئة التكييف من شبهة اتصافه بالوطنية المبالغ فيها²، فمن النادر تشويه تصورات القانون الداخلي في تنازع القوانين لأن هدف قواعد التنازع هو تنظيم العلاقات الدولية التي لا تشبه العلاقات الداخلية، وبالتالي يفسر بكون أن التصورات المطبقة على العلاقات الدولية ليست نفسها، فقاعدة "قانون المحل يحكم الشكل" تأخذ بعين الاعتبار الصعوبة التي يمكن أن يواجهها المتعاقدون عند العلم بمضمون قانون آخر غير قانون محل إبرام العقد، لكن هذا الاعتبار غير موجود في العلاقات الداخلية، بالتالي فإن مفهوم الشكل يفسر بصفة واسعة في مجال القانون الدولي الخاص³، فالتصورات التي تستعملها قاعدة التنازع ليست بالضرورة تصورات القواعد الداخلية، وبدون طرح مشكل فلسفي حول قيمة التصورات يمكن قبول أن مواضيع القواعد

¹ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 296, p 484, 485, 486, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 192, p 216, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 160 et s, p 123 et s.

² -Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 192, p 216.

³ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 296, p 485.

الداخلية ومواضيع قاعدة التنازع ليست نفسها بصفة كلية أي غير متطابقة لكن عدم التناسب الكلي نادر، وهذا ما يقود إلى التعمق في تصورات قانون القاضي¹.

فالتكييف وفق قانون القاضي لا يعني جهل طبيعة المؤسسة الأجنبية كما يصورها القانون الذي وضعها، وإنما يتطلب تحليلها، وهذا يعتبر إحدى العمليات المنطقية الأساسية، وكما صوره أحد الفقهاء بأنه وضع النسيج القانوني الأجنبي في أدرج النظام الوطني²، وهذا ما يجعل إمكانية التعايش بين نظامين قانونيين عن طريق الربط والتنسيق بينهما، فلا يتعلق الأمر بتشويه الوضعيات الأجنبية وإنما إخضاعها لتحليل دقيق لتناسبها فئة من فئات قانون القاضي، وهناك أنظمة قانونية متقاربة مع النظام الفرنسي مثل الأنظمة الأوروبية وبصفة جزئية النظام الإسلامي، وهذا التقارب نسبي بالرغم من الاختلاف في الصيغ القانونية، ولهذا فإن التكييف وفق قانون القاضي يقود إلى التعمق في فئاته، بهذا فإن القضاة الأوروبيون لا يجدون صعوبة كبيرة في تكييف العلاقة المتعددة على أنها زواج³.

هذه المنهجية أو الطريقة تركز على مفهوم القانون الداخلي وتوسيعه ليشمل مفاهيم أجنبية مقارنة له، لأن واضع قاعدة التنازع على علم، ليس بالمفهوم الضيق المحدد في القانون الداخلي، بل على الأقل بمفهوم مركز حوله أكثر توسعا وشمولا، فمادام أن واضع قاعدة التنازع ليس مشرعا فوق وطني، وإنما مشرع داخلي لكن لا يمكن له أن يضع تجريدا لمحيطه القانوني، وتطبيقا لذلك قبل القضاء الفرنسي إدخال المسائل المتعلقة بالزواج المتعدد ضمن فئة الزواج، لكن هذا التوسيع لا ينبغي أن يكون دون حدود لأنه يجب على الأقل إيجاد "نواة" (مركز) لتصور قانون القاضي في المؤسسة الأجنبية، أي إيجاد شراكة أو وحدة طبيعية (نقطة مشتركة)، وهذا من شأنه منع خطر الفراغ القانوني، وهنا تظهر ضرورة ترك الحرية للقضاء من أجل إنشاء قواعد قانونية في حالة وجود مؤسسة أجنبية مجهولة لا تدخل ضمن أي من فئات الإسناد في قانون القاضي، حيث يصيغ القاضي قاعدة التنازع التي تظهر له مناسبة بالتنسيق مع نظامه القانوني، وعلى العكس إذا كانت قواعد التنازع ذات المصدر

¹ - H.BATIFFOL :Op.cit, n° 18, p 41.

² - هذه العبارة لم ترق لمعارض التكييف وفق قانون القاضي، لأن الصورة القاسية للأدرج خلقت في أذهانهم اختصاص قانون القاضي بصفة مطلقة ومجاهل المؤسسات الأجنبية، فإذا تم تقطيع النسيج القانوني الأجنبي من أجل إدخاله في الأدرج الوطنية فسيتم تغيير طبيعته وجعله مجهولا.

³ - للمزيد من التفاصيل H.BATIFFOL : Op.cit, n° 13,....,20, p 29 et s

التشريعي جامدة، فلن يكون أمام القاضي إلا إمكانية تجريد المؤسسة الأجنبية من كل أثر عن طريق رفض تطبيق أي قانون أجنبي أو تطبيق قانونه الخاص على افتراض جهله بها، وهذا من شأنه المساس بتوقعات الأطراف¹.

فئات إسناد قواعد التنازع لا يمكن أن تكون منقولة بصفة بحتة من تصورات القانون الداخلي، فهي تستند على مفاهيم أكثر مرونة وأكثر تركيبيًا مما يمكنها من احتواء وضعيات مرتبطة بمؤسسات أجنبية، كما يجب أن تحدد وضعيات متناسقة من أجل الاستجابة لإسناد مماثل في القانون الدولي الخاص، ولتتمكن من استقبال مؤسسات أجنبية ومجهولة مثل تروست "trust" فمصير هذه المؤسسة المعروفة في النظام الأنجلوسكسوني (common law) في أنظمة القانون المدني (النظام اللاتيني)، مثل القانون الفرنسي آثار العديد من الترددات بسبب تعدد وظائفها كأداة لتسيير وتحويل الأموال، بين الأحياء وبسبب الوفاة، كما أن أصلاتها ترجع لاجتماع عدة عناصر تميزها: فهي علاقة ثلاثية بين مؤسسها و trustee والمستفيدين منها (ويمكن لشخص طبيعي أو معنوي أن يأخذ هذه الصفات) ناتجة عن عقد مبرم بين الأحياء أو بموجب وصية، وهي تحويل الأموال لهدف معين أو لأشخاص محددين أي المستفيدين، تسيير هذه الأموال من طرف شخص هو trustee الذي يملك سلطات على هذه الأموال أكثر من سلطات المالك لكن بدون أن تدخل في ذمته المالية، ويمكن تقريب هذه المؤسسة إما من العقود، أو تسيير الأموال أو حماية الأشخاص، أو الشخص المعنوي، أو الميراث، والقضاء الفرنسي في حكم محكمة المرافعة الكبرى لبايون توجه نحو اعتبار le trustee أكثر من مسير أو وكيل، له ملكية أموال الإرث، فهو مالك سلطاته محددة بموجب عقد التأسيس (العقد المؤسس) وبموجب قواعد العدالة²، فهذه المؤسسة المنشئة في الخارج طبقا لقانون يعرفها وبالتالي اعتبارها كتقسيم خاص لحق الملكية، ومادام أنها مجهولة في قائمة الحقوق العينية في القانون الفرنسي

¹ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 162, p 124.

² - " Le trustee est plus qu'un administrateur ou un mandataire ; qu'il doit considéré comme ayant, à un certain moment, la propriété des biens héréditaires(...) que la trustee est un propriétaire dont les prérogatives sont limitées par l'acte de constitution du trust et par les règles de l'équity ».TGD Bayonne, 28 avril 1975, Cf. M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, p 165.

ولكنها تنتج آثارها في فرنسا بشرط احترامها للأحكام الآمرة للقانون الذي يحكم الميراث واحترام حقوق الغير على الأموال الموجودة في فرنسا¹.

وفي مسألة الزواج، إذا كان قانون القاضي هو المختص لتفسير الشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية، فإنه لا يجب تفسيرها بصفة عامة ومجردة وإنما تعطى تفسيراً عملياً وواقعياً بالنظر للقانون الأجنبي المحتمل تطبيقه، فإذا كان تفكير القاضي ينصرف عادة إلى تقسيمات القانون الداخلي، فيحاول الاستئناس بها، إلا أنه يجب ألا يغفل العوامل الملازمة للشروط المنصوص عليها في القانون الأجنبي، من أجل إدراك حقيقتها قبل إدخالها ضمن فئة الشروط الموضوعية أو الشكلية، وعلى القاضي أن يتحلى بقدر كبير من المرونة بحيث يهتم بأحكام القانون الأجنبي الذي يحتمل تطبيقه، عند تكييف شروط الزواج وفق قانونه، ليتمكن من تطبيق قاعدة الإسناد تطبيقاً عملياً بما يحقق العدالة والمصلحة العامة، ويؤدي إلى إشراك القانون الأجنبي المتعلق بزواج الأجانب، خاصة في النظم القانونية التي تعتبر الشريعة الإسلامية نظاماً غالباً فيها، فهي تتضمن أحكاماً إقليمية تسري على كل المقيمين في الدولة الإسلامية، ولا تقبل تطبيق قانون آخر، كما أن مبادئها العامة لا تتفق مع أسس النظم اللاتينية، وهذا يجعل من الصعب أن تكون الشريعة الإسلامية كافية لتكييف الشروط المتعلقة بزواج الأجانب، بالإضافة إلى أن السماح بتطبيق الشرائع غير الإسلامية على غير المسلمين، يبرر عدم الاكتفاء بتطبيق الشريعة الإسلامية وحدها عند تكييف شروط الزواج، لأن التكييف وفق الشرائع غير الإسلامية قد يجعل ما هو شرط شكلي شرطاً موضوعياً، ويتعلق الأمر بالمراسيم الدينية، ولهذا على القاضي أن يوسع مفهوم الشروط الموضوعية للزواج بحيث يستوعب ما تتضمنه القوانين الأجنبية وعدم الاقتصار على المعنى الذي تقره الشريعة الإسلامية، والرجوع إلى الشرائع الطائفية، التي تحكم الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وتندرج ضمن قانون القاضي².

¹ -M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit,n° 246, p 164, 165.

²² - انظر: صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، مصر، 2007، ص 9، 10، 11، 12.

البند الثالث: أسس تطبيق قانون القاضي على التكييف عند الفقه الحديث

لقد آمن الفقه الحديث بما قال به "بارتان Bartin"، وأيد مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي لكن اختلف عنه في الأساس ونقض المبرر الذي قال به، فليس صحيحا أن تنازع القوانين هو تنازع بين السیادات¹ لأن المشرع الوطني عندما يجيز تطبيق قانون أجنبي بمقتضى قواعد الإسناد فإنه لا يتنازل عن قدر من سيادته ولا ينتقص منها، إنما يتقرر إعماله بوصفه أكثر القوانين المتزاحمة اتصالا بالعلاقة و أكثرها ملائمة لحل المنازعة الخاصة الدولية²، فلا تصلح فكرة السيادة كأساس للمبدأ³، لهذا بحث فقهاء القانون الدولي الخاص عن أسس أخرى حيث يستند التكييف وفق قانون القاضي على الأسباب التالية:

1-التكييف تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية

جوهر هذه الحجة أن التكييف في القانون الدولي الخاص ليس إلا مسألة تفسير قاعدة الإسناد، ولما كانت هذه الأخيرة قاعدة وطنية يضعها المشرع الوطني في كل دولة فإن تفسيرها يرجع لواضعها لأنه أعلم من غيره بمضمونها، وهذا يعتبر نتيجة طبيعية ومنطقية ذلك أن التكييف لا ينفصل عن معنى قاعدة الإسناد⁴.

ويجمع الفقه الفرنسي⁵ على أن التكييف تفسير لقاعدة تنازع القوانين، فعلى القاضي الفرنسي أن يجدد معنى قاعدة تنازع القوانين الفرنسية عن طريق إخضاع شكل التصرف لقانون مكان إتمامه من أجل توضيح ما يعتبر من "الشكل" من أجل معرفة ما إذا كانت مسألة الشكل العرفي(تحرير الوصية بخط اليد) تدخل ضمنها أو لا، كما يجب على القضاء أن يفسر قاعدة التنازع عن طريق

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 206, p 173, 174 , D.GUTMAN : Op.cit, n° 59, p59.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 113.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 48، ص 95.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 114، 115، انظر حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 48، ص 95.

⁵ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 293, p 478, 479, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 186, p 209, 210, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 156, p 121, 122, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n°242, p 161, B.AUDIT : Op.cit, n° 206, p 173 .

إخضاع الميراث لقانون موقع الأموال من أجل معرفة ما يعتبر بـ "ميراث" وما إذا كان طلب ريع الزوج المحتاج يدخل ضمنه أو لا، ويبدو أقل نقاشاً أن معنى القاعدة الفرنسية لا يمكن أن يتم إلا وفق القانون الفرنسي، وبصفة عامة، بالنسبة لكل قاضي فإن قانونه الذي يحدد مجال الفئات التي يستعملها، فهو بعبارة أخرى يعطيها تكييفاً¹، كما أن التكييف وفق قانون القاضي هو النتيجة الحتمية للطابع الوطني لأنظمة حل تنازع القوانين مادام أن قاعدة التنازع الفرنسية تعين قانون أجنبي تمنحه الاختصاص، فيجب على المحكمة، في حالة واقعية، تحديد مجال تطبيق القانون المعلن أنه مختص بمقتضى قاعدة تنازع دولته حتى ولو لم يمنح الاختصاص للقانون الفرنسي، وحسب المحاكم الفرنسية، فإن تنظيم كل تنازع يرتبط بقاعدة التنازع الفرنسية، هذه الأخيرة لا يمكن أن تفسر إلا بالرجوع إلى المفاهيم التي يأخذها بعين الاعتبار القانون الدولي الخاص الفرنسي، ولأسباب إرشادية، لا يجب عزل مشكل التكييف فهو ليس إلا وجه لمنهجية الاستدلال التنازعي، أين يلعب معنى قواعد التنازع دوراً في ذلك، فلا يمكن إعطاء معنى للقواعد الفرنسية إلا بالاستناد على التصور الفرنسي، وهذا لا يفرض أن تكون كل المعطيات التي يتأسس عليها القانون الدولي الخاص متميزة لأنها تفهم احتياجات التجارة الدولية، وتهتم بالمصالح السياسية للدول، لكن هذه الاحتياجات وهذه المصالح تعتبر موضوع التقدير الفرنسي مهما كانت قيمة المعطيات التي يقدرها القانون الدولي الخاص²، إذن مشكلة التكييف تحلل بتفسير إرادة واضع قواعد التنازع وبالتالي مادام أنه يقبل أن قاعدة تنازع القاضي هي التي ستطبق فيجب أخذها بالمعنى الذي يتصوره مشرع القاضي فالذي يضع قاعدة عليه أن يفسرها³، قاعدة التنازع هي قاعدة القاضي وبالتالي لا يمكن أن تفسر إلا بالنظر لتصورات النظام القانوني للقاضي الذي تنبثق عنه⁴.

وحسب بعض الفقه الفرنسي⁵ فإن تنازع التكييفات ما هو في الحقيقة إلا مظهر للتنازع بين السياسات التشريعية أي "تنازع حقيقي" بين القوانين حسب مفهوم الفقيه الأمريكي "كيري

¹ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 293, p 478, 479.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 186, p 209, 210.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 156, p 121, 122.

⁴ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n°242, p 161.

⁵ - B.AUDIT : Op .cit, n° 16, p 432.

"Currie"، وبالتالي فإن اختيار تكييف ما من طرف نظام معين يعكس الاعتبارات الداخلية للمسألة محل النزاع في القانون الداخلي، فعندما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الأساسي رفض إبطال الزواج بسبب غياب الشكل الديني المقرر في قانون أحد الزوجين (القانون اليوناني) بسبب أن الأمر يتعلق بمسألة شكلية، وتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون مكان الإبرام، وليس بمسألة أحوال شخصية، فمن الواضح أنها غلبت السياسة الفرنسية اللائكية الزواج على السياسة الأجنبية.

وحسب نفس الفقيه، فإن السياسة التشريعية لدولة القاضي غير مؤكدة في جميع الحالات، حيث أن هناك أمثلة لقرارات صادرة في مسائل مشابهة لكن لها حلول مختلفة، حيث تمت مناقشة مسألة تقادم عقد خاضع للقانون الإنجليزي، فحسب التكييف الفرنسي يتعلق الأمر بمسألة عقدية وبالتالي يخضع التقادم للقانون الإنجليزي، لكن القانون الإنجليزي يعتبره مسألة إجرائية، وبالتالي هناك إحالة للتكييفات للمحكمة التي تنظر النزاع، وبالتالي تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامة المدين، وفي حالة مشابهة تمّ تقرير أن إحالة التكييفات تؤثر في تجزئة العقد وإخضاعه لقوانين مختلفة مما يتعين معه تطبيق القانون الإنجليزي¹.

ويرى البعض² أن الأساس الذي قال به الفقه الحديث لا يتعد عن أساس السيادة الذي قال به بارتان نظرا لعدم وجود أساس منطقي يبرر النظرية ماعدا فكرة السيادة التي تظهر من جديد عند تحليل الأساس البديل، فالسيادة التشريعية هي التي تبرر ضرورة أن يتم تفسير القاعدة الوطنية بمفاهيم القانون الوطني (قانون القاضي) وليس بمفاهيم القانون الأجنبي، وبارتان قد وضع الأساس السليم والوحيد الذي يبرر انفراد قانون القاضي بحكم مشكلة التكييف إلا أنه أخطأ في التصور الذي بنى عليه الأساس إذ صور تنازع القوانين على أنه تنازع سيادات، وهو ما ينفيه واقع القانون الدولي الخاص لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يفرض على قضاء الدولة وإنما يكون على سبيل التسامح.

¹ - B.AUDIT: Op.cit, n° 16, p 432.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 95، 96.

2- تجنب الحلقة المفرغة

هو حجة عملية، حيث من المتعذر معرفة قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق قبل إجراء التكييف، فإجراؤه وفق قانون القاضي هو الذي يجنب الدوران في حلقة مفرغة، مادام أنه أمر لازم لمعرفة القانون الواجب التطبيق فيتعين الرجوع لقانون القاضي لأنه من المتعذر إجراؤه وفق قانون أجنبي يعتبر مجهول أصلاً¹.

يعتبر بعض الفقه الفرنسي² أن هذا المبرر مناقض للمبرر الأول، فكيف يمكن طلب إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي في حين أنه مجهول ما إذا كان هذا القانون هو الواجب التطبيق أو لا، فليس لذلك أي معنى، ومادام أنه لا يوجد قانون معين من أجل حكم موضوع النزاع، فالقانون الوحيد الذي يمكن أن يقرر القاضي وفقاً له هو قانونه، كما أن المبرر يعبر عن صياغة موضوعية، فمنطقياً ليس هناك محل للأخذ بعين الاعتبار تكييف القانون الأجنبي مادام أنه لم يعين بعد من طرف قاعدة النزاع، مادام أن اختصاصه محل شك، فإدخال تصورات القانون الأجنبي في عملية الاستدلال يخلق حلقة مفرغة³، يجد معارضو التكييف أنفسهم فيها، والمنطق يجنبها بسبب مكانة التكييف في عملية الاستدلال لحل النزاع، كما أن القاضي هو الذي يقوم بعملية التكييف التي تتميز بالطابع الدولي والسابق، والإسناد الوحيد المؤكد هو الإسناد القضائي مما يبرر إخضاع التكييف لقانون القاضي⁴.

فقانون القاضي يستأثر بعملية التكييف باعتباره قانون لا يقبل مزاحمة قانون أجنبي مجهول له، ولا يمكن إعطاء امتياز تطبيقي لأحد القوانين التي تتنازع حكم العلاقة محل النزاع لأن هذا الامتياز يعتبر بمثابة اختيار عشوائي للقانون الواجب التطبيق دون سند قانوني، فالتكييف هو الذي يمنح هذا الامتياز أين لا يكون أمام القاضي الوطني أي حل سوى الرجوع لقانونه، كما أن إخضاع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي معناه الاعتماد على مجرد التخمين والتنبؤ بالقانون الواجب التطبيق،

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 115.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 293, p 479.

³ - D.GUTMAN : Op.cit, n° 59, p 59, 60.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 186, p 210.

وهذا الأمر يخالف المنطق القانوني لأنه يعتبر بمثابة قفزة تتجاوز المراحل الاستدلالية تؤدي إلى إدراك النتيجة دون تحديد السبب¹.

3- الحجة المنطقية

كما أن هناك حجة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء حيث يقاس التكييف على الإسناد، بمعنى أن التكييف يعتبر بمثابة وسيط² بموجبه تطبق قاعدة الإسناد ويعين القانون الواجب التطبيق، لهذا لا ينفصل التكييف عن قاعدة التنازع، فالتكييف هو مثلا توضيح أن الاسم يندرج ضمن فئة حالة الأشخاص، ويشير إلى القاعدة التي تخضع الاسم للقانون الشخصي، وهو مرحلة من مراحل الاستدلال لحل التنازع³، وما يفرضه النظام العقلي للأشياء⁴، وبالتالي فإن المنطق هو الذي يفرض إخضاع التكييف لقانون القاضي لأنه معقول.

4- الحجة النفسية

وهناك من الفقه⁵ من يضيف حجة ذات طابع نفسي تتمثل في أن القاضي يتأثر بالمبادئ السائدة في قانونه، فالقاضي المطروح عليه النزاع يتأثر دون شك، عند قيامه بإجراء التكييف، وبمحكم ثقافته وعقليته ومهاراته التي ترسبت في أعماقه، ببيئته القانونية والنظام القانوني الذي يعيشه، وبالتالي يتأثر بالأفكار السائدة في نظامه القانوني، وباعتبار أن التكييف استدلال عقلي يستعين فيه القاضي بثقافته ومعارفه القانونية، فهو عملية اجتهادية تتطلب إماما واسعا وعميقا بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه، لكن هذا المبرر النفسي لا يصح التذرع به لمواجهة مشاكل القانون الدولي الخاص لأن قبول يجعل القانون الأجنبي مهما لا يهتم القاضي بتطبيقه أو التعرف على مفاهيمه القانونية، كما يشجع القاضي على عدم الاجتهاد، ويجعل النظام القانوني للقاضي مغلقا⁶.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 51، ص 99.

² - H.BATIFFOL, P.BOUREL : Op.cit, n°293, p 479.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 186, p 210.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 206, p 173, 174.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 117، 118، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 50، ص 98.

⁶ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 50، ص 98، 99.

بالإضافة إلى أن هناك من الفقه¹ من يعتبر أن إخضاع التكييف لقانون القاضي معناه رفض ما تمليه قوانين البوليس الأجنبية، ففي وصية الهولندي، تعتبر قاعدة منع تحرير الوصايا بخط اليد ولو تم ذلك في الخارج قاعدة أهلية و ليست قاعدة شكل وهي تعتمد على ضابط الجنسية وليس ضابط مكان إبرام التصرف، وتطبق على الوطنيين ولو كانوا في الخارج، فتعتبر إذن قاعدة تطبيق مباشر وهذا ما رفض القضاء الفرنسي أخذه بعين الاعتبار.

وهناك من يرى² أن تطبيق قانون القاضي يفسر باعتباره قانون بوليس، ففي زواج اليوناني، كان التناقض حقيقيا بين التكييف الفرنسي والتكييف اليوناني بسبب علمانية القانون الفرنسي وفرض تكييف الشكل، واشترط الإبرام الديني واعتباره شرطا موضوعيا، واعتبار أن القانون الفرنسي هو قانون بوليس يمنح ضابط الحالة المدنية الفرنسي الاحتكار عند إبرام الزواج في فرنسا، وهذا يتعارض مع تطبيق القانون اليوناني الذي يفرض، على العكس، على مواطنيه احترام الشكل الديني.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون القاضي

أورد الفقيه "بارتان Bartin" على نظريته تحفظا أو قيادا واحدا أتبعه باستثناء، يتعلق التحفظ بما أسماه التمييز بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي، أما الاستثناء فيتعلق بإخضاع تكييف المال لقانون موقعه (البند الأول) لكنه تعرض للانتقادات (البند الثاني).

البند الأول: التحفظ والاستثناء

ميز "بارتان Bartin" بين نوعين من التكييف، فموضوع نظريته ينحصر فيما أسماه بالتكييف الأولي أو الاختصاصي أو السابق أو التمهيدي préalable الذي بمقتضاه يتم ربط المسألة القانونية محل المنازعة بطائفة أو فئة إسناد خصص لها المشرع قاعدة إسناد، وهو اللازم إجراؤه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع وهو الذي يخضع لقانون القاضي، أما مؤدى التحفظ أن ما يثور من تكييفات ثانوية أو تعريفات لاحقة أو مفاهيم لازمة لتطبيق قاعدة الإسناد تطرح بمناسبة تطبيق

¹ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 158, p 122.

² - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 242, p 161, 162.

القانون الأجنبي المختص فتكون خاضعة لهذا القانون لأنها جزء منه، فهي لا تطرأ إلا بعد تحديد ومعرفة القانون المختص، أي أن قانون القاضي لا يحكم إلا التكييف الأولي اللازم لمعرفة القانون المختص ثم يتعين الاستناد على هذا القانون من أجل تحديد التكييفات اللاحقة اللازمة لتطبيقه والفصل في المنازعة، وهذا يعتبر منطقياً.

مثلاً تكييف مسألة قانونية معينة على أنها من مسائل الأهلية أو من مسائل الشكل هو عملية تكييف أولي يتم وفقاً لقانون القاضي، فإذا اعتبرت من مسائل الأهلية فإن تحديد معنى أهلية الأداء والوجوب وسن القصر وسن الرشد وعوارض الأهلية تعتبر مسائل خاضعة للقانون الأجنبي المختص وهو القانون الشخصي إما قانون الجنسية أو قانون الموطن، فهي تعتبر تكييفات ثانوية، وإذا اعتبرت من مسائل الشكل فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يبين ما إذا كان يتطلب الشكل الرسمي لإجراء التصرف أو الشكل العرفي، لأن هذه التكييفات اللاحقة هي عبارة عن أوصاف موضوعية تنصب على جوهر النزاع وتساهم في حله وفقاً للقانون الذي تحدد بناءً على التكييف الأولي¹.

أما الاستثناء الذي أورده "بارتان Bartin" على نظريته واعتبره استثناءً حقيقياً هو ذلك الخاص بتكييف المال وتحديد طبيعته، فوصف المال وما إذا كان عقاراً أو منقولاً يتحدد بالرجوع إلى قانون موقعه لا إلى قانون القاضي، ويبرر هذا الاستثناء بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات²، ونظراً لأهمية المال وارتباطه بالحياة الاقتصادية، كما أن المتعاملين به يحتاجون للثقة والعلم المسبق بتحديد طبيعة المال وإذا كان منقولاً أو عقاراً، ولا يتم هذا إلا بالرجوع لقانون موقعه، وهذا الاعتبار الجوهري يتخلف إذا تم تكييف المال وفق قانون القاضي لأن الأمر يتوقف على المحكمة التي سيرفع النزاع أمامها³، لأن الرجوع لقانون الموقع يضمن وحدة التكييف بشأن المال محل النزاع، وهناك مبرر قال به ستوري في أمريكا، مقتضاه أن احترام سيادة الدولة على إقليمها يوجب احترام ما تقرره بالنسبة للأموال الموجودة عليه، فلكل دولة سلطة وضع القواعد المنظمة للملكية تلك

¹ - انظر: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 119، 120، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 39، ص 87، 88.

² - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 66، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 42، ص 90.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 122.

الأموال وسلطة منح الصفة التي تختارها على الأشياء الموجودة تحت سلطتها ولا يجوز لدولة أخرى أن تنكر أو تغير تلك الصفة¹.

بالإضافة إلى ما سبق، أورد "بارتان Bartin" استثناء آخر يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للعلاقات العقدية، فطبيعة العقد يجب أن تتحدد في ضوء مفاهيم القانون الذي اختاره الأطراف لحكم علاقتهم وهو قانون الإرادة، وذلك تكريسا لحرية التعاقد واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة، لكن هذا الاستثناء مرفوض لأن تكييف المسألة على أنها علاقة عقدية هو تكييف يترتب عليه تحديد قاعدة النزاع المطبقة وهو بهذا يخضع لقانون القاضي، كما أن بحث اعتبار المسألة تتعلق بالشكل الرسمي أو العرفي، أو بحث أهلية التصرف في العقد يعد فصلا في النزاع وتطبيقا للأحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق والذي تم التوصل إليه بمقتضى تكييف قانون القاضي².

ويضيف الفقه استثنائين آخرين، أحدهما يتعلق بحالة وجود معاهدة ملزمة بين دولة القاضي ودولة أجنبية غرضها توحيد بعض قواعد الإسناد وقواعد التكييف في مسائل العلاقات الخاصة الدولية في الأحوال الشخصية والتجارية والمالية وجعلها من اختصاص قانون آخر غير قانون القاضي، فيلتزم القاضي بما نصت عليه الاتفاقية، والاستثناء الثاني يتعلق بالنظم القانونية غير المعروفة في قانون القاضي، إذ يجب الرجوع فيها إلى القانون الأجنبي لتحديد مفاهيمها³.

البند الثاني: تقدير الاستثناء المتعلق بإخضاع تكييف المال لقانون موقعه

يرى بعض الفقه في مصر إمكانية الأخذ بهذا الاستثناء، حسب ما ورد في الأعمال التحضيرية لنص المادة العاشرة من القانون المدني لأنها تشير إلى إعمال القواعد العامة وقواعد الاجتهاد الذي يؤدي إلى التسليم بهذا الاستثناء⁴.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 222، ص 688، 678.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 43، ص 90، 91.

³ - انظر: محمد خيرى كصير: حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 100، 101.

⁴ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 689.

ومن جهة أخرى لقي الاستثناء نقدا شديدا من الفقه على أساس أن الاعتبارات العملية المبنية على استقرار المعاملات ليست مرتكزا قانونيا يبرر الخروج عن قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي¹، ومن غير المستساغ بعد التسليم بسلامة الأساس الذي يقوم عليه إخضاع التكييف لقانون القاضي التفريق بين حالة وأخرى، وتطبيق قانون الموقع على العقار لا يكون إلا على ما يعد عقارا وفق قانون القاضي²، ونظرا لأن تكييف المال لا يثور إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد أي في مرحلة تطبيق القانون المختص³، كما أن إخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها ينطوي على مصادرة على مطلوب، لأن التكييف عملية أولية سابقة على معرفة القانون الواجب التطبيق، فيتعين أولا تحديد طبيعة المال لمعرفة القانون الواجب التطبيق وإخضاعه لقانون موقعه⁴، خاصة في الدول التي تختلف فيها قواعد النزاع التي تحكم العقار عن تلك التي تحكم المنقول⁵، فالقانون يميز في بعض الحالات بين التصرفات الواردة على العقار والتي تخضع لقانون الموقع والتصرفات الواردة على المنقول والتي تخضع لقانون الإرادة⁶، وفي حالات أخرى يميز في مسألة الميراث بين ما إذا كان محله عقارا يخضع لقانون موقعه أو منقولا يخضع لقانون موطن المتوفى⁷، وفي هذه الحالة لا يمكن معرفة القانون المطبق وما إذا كان قانون العقار أو قانون موطن المتوفى إلا إذا قام القاضي بعملية تكييف أولي وفق قانونه، وبالتالي فمنطقيا لا يمكن اعتبار أن هذا يعد استثناء⁸، كما أن غالبية التشريعات تقرر أن القانون الواجب التطبيق في مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى هو قانون موقع المال سواء كان عقارا أو منقولا، وبالتالي يتعين على القاضي أن يكيف المسألة المتعلقة بالمال بالرجوع إلى قانونه وإذا تبين له

1- حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 91، 92.

2- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 68.

3- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 127، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 66، 67.

4- أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 690.

5- حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 92.

6- أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 690.

7- حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 92، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 67.

8- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 128.

أن الأمر يتعلق بحق عيني يخضعه لقانون موقعه، أما ما يعرض بعد ذلك من تكييفات لاحقة بشأن وصف المال وما إذا كان عقارا أو منقولاً فيخضع للقانون المختص أي لقانون موقعه¹.

ويثير إخضاع تكييف المال لقانون موقعه صعوبة في حالة ما إذا كان المال موزعا بين إقليم أكثر من دولة واحدة، أو إذا كان المال دائم التنقل مثل السفن والطائرات، أو إذا كان مالا معنويا كحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية².

وفي الحقيقة، ما يلاحظ حول هذا الاستثناء هو أنه لم يأت بشيء جديد، ذلك أن موقع المال يعتبر ضابط إسناد في مجال تنازع القوانين وضابط اختصاص قضائي للمحكمة، وهو ما سوف يؤدي إلى التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وتكون النتيجة بالتالي تطبيق قانون المحكمة التي تنظر النزاع أي قانون القاضي، مما يعني ولو بصفة ضمنية إخضاع تكييف المال لقانون القاضي.

الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري من التكييف

تعرض المشرع الجزائري لمسألة التكييف في القانون الدولي الخاص في المادة 9 من القانون المدني التي جاء فيها: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين (لمعرفة القانون) الواجب تطبيقه".

وتجدر الملاحظة إلى أن هناك اختلاف بين الصياغة باللغة العربية وباللغة الفرنسية، فقد جاء في الصياغة الفرنسية عبارة « pour qualifier la catégorie ... » أي تكييف الفئة وهذا غير صحيح لأن التكييف يتعلق بالعلاقة القانونية وليس بالفئة، كما أن النص الفرنسي تضمن عبارة « objet de droit » غير الموجودة في النص العربي³.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 127، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 67.

² - انظر هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 68، أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 690، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 128، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 92، 93.

³ - عليوش قريوع كمال: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 100.

ويستخلص أن المشرع أخذ بنظرية الفقيه الفرنسي بارتان في التكييف كقاعدة عامة، وإن كان قد اعتمد الصياغة الأحادية في المادة 9، وأنه يستحسن بالمشرع أن يكتفي بها على أن "التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع" وذلك أسوة بقوانين الدول العربية الأخرى، غير أن ذلك لا يمنع من استخلاص قاعدة مزدوجة لهذه المادة، فإن كان المشرع يقرر بشأن مسألة التكييف الرجوع للقانون الوطني (الجزائري)، فإنه من البديهي أن كل قاض في أية دولة أخرى سيرجعه بدوره بخصوص هذه المسألة لقانونه الوطني أيضا، وهو أمر سيؤدي في نهاية المطاف لاستخلاص قاعدة مزدوجة مفادها " إخضاع التكييف لقانون القاضي"¹، كما أن المشرع قد قصد التكييف الأولي الذي يهدف إلى " معرفة القانون الواجب التطبيق" دون التكييف الثانوي أو التكييف اللاحق لأنه لا علاقة له بالاختصاص التشريعي ويدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذا التمييز ما قال به الفقيه بارتان².

ويلاحظ بعض الفقه³ أمرين، الأمر الأول: أنه إذا كان المبدأ العام هو وجوب إخضاع التكييف بشأن كل مسألة تطرح أمام القضاء الجزائري للقانون الجزائري وحده عملا بالمادة 9 من القانون المدني، فإن ذلك ليس من شأنه إطلاقا أن يمنع القاضي الجزائري من أن يستهدي بالقانون الأجنبي بشأن العلاقة القانونية المعروضة أمامه، ويتم ذلك متى كانت هذه العلاقة القانونية مجهولة في القانون الجزائري ومعروفة في ظل قانون أجنبي، فهنا يبقى بإمكان القاضي الجزائري أن يرجع لهذا القانون الأجنبي ليتعرف على مكونات هذه العلاقة القانونية، غير أنه حين قيامه بعملية تكييفها فإنه يرجع وجوبا للقانون الجزائري وحده، أما الأمر الثاني: أنه لو تعارض التكييف المأخوذ به في القانون الجزائري مع التكييف المعتمد في ظل معاهدة دولية نافذة في الجزائر، فإنه يجب تغليب التكييف الوارد بهذه المعاهدة عملا بمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي.

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 76.

² - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 94.

³ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 77، 78.

ويرى البعض الآخر¹ أنه لا يوجد في صياغة المادة 9 ما يمنع من التوسيع في مفهوم الفئات المسندة لتشمل الأنظمة القانونية الأجنبية غير المعروفة، لكن ما يعيب على النص عدم تركه للقانون الأجنبي مجالاً لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري للكشف عن ملامحه الأساسية للاهتمام إلى حقيقة طبيعته التي تسمح للقاضي بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، ومن شأن هذا العيب أنه يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع الذي نص عليها في قانونه.

وفيما يتعلق بصياغة المادة 9 يمكن اقتراح أن تكون على النحو التالي: " يرجع للقانون الجزائري من أجل تكييف العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لإدخالها ضمن فئة الإسناد المناسبة، كما يمكن للقاضي الاستعانة بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية"، وبهذا تتمتع الحرية التقديرية للقاضي للتوسع في فئات الإسناد وعدم تقييده بقانون القاضي فقط، وهذا من أجل تجنب العلاقات المجهولة في قانونه.

وفيما يتعلق بوصف المال فيلاحظ أن المشرع لم يوافق الصواب حينما نص في المادة 1/17 من القانون المدني المضافة بموجب تعديل 2005، على إخضاع تكييف المال من حيث كونه عقارا أو منقولا لقانون موقع هذا المال، متأثراً بالاستثناء الذي قال به بارتان، ففيما إذا كان موضوع النزاع عقارا، فإنه يخضع لقانون القاضي وهذا نتيجة أن المحكمة التي تنظر النزاع هي محكمة موقعه، وهنا يتحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، ولهذا يخضع تكييف المال من حيث كونه عقارا لقانون القاضي، فكان ينبغي عدم إيراد نص فيما يخص العقار وإرجاع التكييف للقاعدة العامة، كما كان يتعين على المشرع أن يميز بين حالتين، الحالة الأولى إذا تعلق الأمر بتركة أين لا يثار أي إشكال لأنه اعتمد في المادة 16 مبدأ وحدة التركة بنصه على إخضاعها بكاملها لقانون واحد هو قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، دون إجرائه لأي تفرقة بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتركة عقارية أو تركة منقولة، لكن هذا القانون لا يكون هو الواجب التطبيق على الحقوق العينية العقارية وإنما يحدد فقط كيفية تقسيم العقار محل التركة، أما الحالة الثانية فهي التي ورد النص عليها في المادة 18

¹ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 94، 95.

المعدلة سنة 2005 والتي تميز بين العقود المتعلقة بمنقول والعقود المتعلقة بعقار، حيث تخضع الأولى إما لقانون الإرادة أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون الجنسية المشتركة لهما أو لقانون محل الإبرام، في حين أن الثانية تخضع لقانون موقع العقار، وعليه فإنه في هذه الحالة الثانية فإن وصف المال يعتبر مسألة أولية وضرورية لأن هذا الوصف هو الذي سيفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يكون المشرع، حسب بعض الفقه، قد أخطأ بإيراده حكماً عاماً في المادة 1/17 من القانون المدني¹.

كما نص المشرع في المادة 20 من القانون المدني على إخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، أي القانون المحلي، وتعتبر هذه هي القاعدة العامة، لكن في الفقرة الثانية أورد استثناءً يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار حيث لا يطبق قانون محل وقوع الفعل الضار إذا كان الفعل المرتكب مشروعاً وفق القانون الجزائري، من هنا يمكن القول أن تكييف الفعل وما إذا كان ضاراً أو لا يكون وفق قانون القاضي، واتجاه المشرع الجزائري وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث يعتبر الفقه المصري² أن ذلك يستجيب إلى المبادئ السائدة في بعض التشريعات والتي أفسحت بدورها مجالاً لتطبيق قانون القاضي باسم النظام العام، وبعض الفقه الجزائري³ يرى عدم ضرورة إيراد هذا الاستثناء إذ يكفي للقاضي الجزائري أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي باستخدام آلية الدفع بالنظام العام.

ويمكن القول كذلك أن المشرع الجزائري لم يكتف بإخضاع التكييف لقانون القاضي وإنما أخضعه للقانون الأجنبي وللقانون المقارن وذلك من خلال التوسع في فئات الإسناد بإدخال الانفصال الجسماني ضمن فئة انحلال الزواج في المادة 2/12 ق م و إدراج التبني مع الكفالة في المادة 13 مكرر 1 ق م، وهذا ما هو معمول به في مختلف التشريعات، ومن شأنه تجنب الانتقادات الموجهة لإخضاع التكييف بصفة مطلقة لقانون القاضي، لأن القاضي سيتمكن من تكييف العلاقات المجهولة والغريبة في قانونه مثل الانفصال الجسماني والتبني.

¹ - حبار محمد : المرجع السابق، ص 77.

² - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 409، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 84، ص 157.

³ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 166، 167.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يضع نصاً صريحاً خاصاً بالتكييف، وإنما حسب بعض الفقه¹، فإنه أورد المبدأ بصورة ضمنية يمكن استلهاها من صياغة الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون المدني الفرنسي والخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم والتي تنص على أن: "القوانين المتعلقة بحالة وأهلية الأشخاص تحكم الفرنسيين حتى ولو كانوا مقيمين في بلد أجنبي"²، فهذه الفقرة تفيد ضمناً ضرورة أن يكون تكييف المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم مستنداً إلى مفاهيم القانون الوطني للقاضي عن هذه المسائل، ذلك أن تطبيق القوانين المتعلقة بالحالة والأهلية يفترض سبق إجراء تحديد لطبيعة المسائل المتنازع فيها لمعرفة ما إذا كانت تتعلق بحالة الأشخاص أو بأهليتهم، كما أن الصفة الأجنبية للمحكمة المعروض عليها النزاع لا ينبغي أن تغير القانون الواجب التطبيق بشأنه، وذلك إذا ما اعتبرت تلك المحكمة المسألة محل النزاع تتعلق بحالة أو أهلية الأشخاص وهو ما يوجب تطبيق القانون الشخصي، وهو ما يعني التسليم بأن التكييف لا يمكن أن يطلب إلاً وفقاً للدولة التي تطبق قواعد تنازعها وهو قانون القاضي، وصياغة مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي على نحو ضمني تؤدي إلى فهم ذلك على نحو مطلق إذ أنها صياغة تفتقد الحدود ولا تعترف بالقيود والاستثناءات، وحسب نفس الفقه فإن المشرع الفرنسي قد أحسن بذلك حيث تفادى مساوئ الصياغة الصريحة بالنسبة لهذا المبدأ، وأخذ بما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بإطلاق المبدأ من أجل منح الحرية للقاضي في تفسير مفاهيم نظامه القانوني والاستئناس بما تقرره الأنظمة الأجنبية.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فتتضمن المادة العاشرة من القانون المدني على أن: "القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها"، ويبدو من النص أن المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري هو التكييف اللازم لتحديد القانون الواجب التطبيق، وكأن المشرع المصري قد أخذ بالتفرقة التي قال بها بارتان بين التكييف الأولي الذي يخضع لقانون القاضي وبين التكييف الثانوي الذي يرجع بشأنه للقانون المختص بحكم النزاع، ويثير الفقه المصري فيما يتعلق بالمقصود

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 57، ص 106.

² - Art 3, Alinéa 3 du code civil français : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger »

بالقانون المصري ملاحظتين، أولهما أنه ليس المقصود به تلك القواعد الواردة بالنصوص التشريعية فقط، بل المقصود به القانون المصري في جملته بما يتضمنه من قواعد أيا كان مصدرها، أما الملاحظة الثانية فهي أنه ليس المقصود بالقانون المصري الذي يرجع إليه في شأن التكييف تلك القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون فقط، بل إن طبيعة العلاقات الدولية قد تقتضي أن تكون لفكرة معينة معنى يختلف في نطاق القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي، وذلك عن طريق الاستئناس بالقانون الأجنبي وإتباع المنهج المقارن للتوسع في مفهوم الفكرة المسندة¹.

وعلى خلاف ذلك يرى بعض الفقه² أن الصياغة الصريحة تفرض على القاضي التحرك في إطارات ضيقة وهو ما لا ينسجم مع طبيعة مشاكل القانون الدولي الخاص، ولذلك كان أولى بالمشرع المصري أن يسلك نفس سبيل المشرع الفرنسي في معالجة هذه المسألة حتى يتيح للقضاء الحرية بغير تقييد بحدود جامدة بهدف تحقيق المرونة والاتفاق مع تطور النظريات الفقهية، كما لا يمكن اعتبار أنه أخذ بالتكييف السابق أو التمهيدي، وعبارة "لمعرفة القانون الواجب التطبيق" لا تفيد التفرقة بين نوعي التكييف ولكنها جاءت لتبين مفهوم التكييف ومقصوده في القانون الدولي الخاص من حيث كونه مجرد مسألة أولية ينبغي حسمها منذ البداية للتوصل إلى القانون الذي يحل النزاع الخاص الدولي، وإضافة العبارة السابقة يعتبر من باب التزديد، كما يستحب اقتضاء المرونة والتحرر لمواجهة مشاكل القانون الدولي الخاص وعدم الاقتصار على المفاهيم الوطنية البحتة وإنما يتعين الاستعانة بالمفاهيم الأجنبية.

أما فيما يتعلق بالاستثناء فإنه لم يرد نص خاص به وإنما ترك للاجتهاد وهذا ما جعل الفقه ينقسم بين من أيد الأخذ به ومن رفض ذلك وهو المتفق عليه لأنه يتفق مع الصياغة المطلقة لقاعدة التكييف³.

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 83 وما بعدها، انظر كذلك: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 150 وما بعدها.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 58، 59، ص 109 وما بعدها.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 113.

ويشكل التكييف صعوبة عند إعمال قاعدة الإسناد، وأن إخضاعه كقاعدة عامة لقانون القاضي، بالإضافة إلى مزاياه، فهو يعتبر الحل الأفضل، لكن لا يعني هذا أنه الحل العادل، انطلاقاً من أن قاعدة الإسناد في حدّ ذاتها لا تعبّر إلاّ عن عدالة شكلية، لهذا يقدم كحيلة من أجل الوصول لنتيجة معينة، حيث يمثل، حسب بعض الفقه الفرنسي¹، عند الفقه الأمريكي حيلة أو خدعة موجهة من أجل معالجة تحليل ما، لكن هذا لا يعني أنه أمر سيء. لهذا حسب منهج الملائمة الأمريكي القائم على النفعية واستخلاص حلول لتنازع القوانين بطريقة استقرائية والدراسة حالة بحالة، لا يتعين وضع حلول كمبادئ عامة أصيلة تطبق على جميع الحالات لأنها تؤدي إلى عدالة عمياء، وإنما تطبيق أكثر القوانين ملائمة وتحقيقاً للعدالة²، وبالتالي يتعين عدم تبني قاعدة عامة بإخضاع التكييف لقانون القاضي لأنه سيؤثر على القانون المطبق على موضوع النزاع، وإنما يترك الأمر لتقدير القاضي وتكييف العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي حسب القانون الملائم سواء كان قانون القاضي أو القانون الأجنبي أو القانون المقارن.

ويمكن القول في الأخير، أنه بالرجوع للقضايا التي أثارَت مشكلة التكييف، خاصة قضية ميراث المالطي، فيلاحظ أن القضاء الفرنسي كان أمام حلين أو اختيارين، بين أن يقبل طلب الزوجة المالطية في عقارات زوجها المتوفى الموجودة في الإقليم الفرنسي (الجزائر باعتبارها مستعمرة فرنسية) وذلك تطبيقاً للقانون المالطي الذي يعترف بما يسمى بربع الزوج المحتاج، أو أن يرفض طلبها ولا يعطيها سوى الحق في قسمة الأموال المشتركة واسترداد أموالها الخاصة تطبيقاً للقانون الفرنسي، وبعد الموازنة اعتبر أن ما تطالب به الزوجة حقاً في الميراث ويخضع للقانون الفرنسي باعتباره قانون موقع العقار والنتيجة أنها لا تتحصل عليه، ولم يعتبره حقاً ضمن النظام المالي للزوجين الخاضع للقانون المالطي لأنها ستحصل عليه إضافة إلى حقها في الميراث، لهذا السبب طبق القانون الفرنسي ورفض طلب الزوجة باعتبارها أجنبية، نتيجة لتكييف طلبها ضمن الميراث وليس ضمن النظام المالي للزوجين، فبالرغم من أن ربع الزوج المحتاج نظام أو مؤسسة مجهولة في القانون الفرنسي فلم يكلف القضاء الفرنسي نفسه عناء لتطبيق القانون المالطي الذي يعرف هذه المؤسسة وإنما طبق القانون الفرنسي.

¹ - B.AUDIT : Le droit international privé à fin du XXe siècle..., Op.cit, n° 14, p 431.

² - انظر حول منهج الملائمة: زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

المطلب الثاني: تفضيل جنسية دولة القاضي عند تعدد الجنسيات

نكون بصدد تعدد الجنسيات أو التنازع الايجابي للجنسيات، عندما تثبت للشخص الطبيعي الواحد أكثر من جنسية، والغالب أن يكون الشخص مزدوج الجنسية، وهناك عدة أسباب تؤدي إلى ذلك، ومن الفقه من يعتبر ذلك شذوذاً¹، وهذا التعدد ناتج عن الاعتراف بحق الدولة في منح جنسيتها الأصلية، إما على أساس الدم أو النسب من جهة الأب أو الأم، أو على أساس الإقليم، وتحديد شروط اكتساب جنسيتها وفق ما يخدم مصالحها من حيث كونها دولة مستقبلية أو مصدرة للأشخاص، وقد يكون اكتساب الجنسية بطريق عادي وانتقالها إلى الأطفال القصر أو بطريق الزواج، فالمشكل يثور خاصة بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الجنسية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية، والحل المأخوذ به عند أغلب الدول هو تطبيق قانون جنسية واحدة هو قانون القاضي في حالة الشخص متعدد الجنسية الذي يحمل جنسية دولة القاضي، لهذا يتعين البحث في مبررات إعمال مبدأ تفضيل جنسية دولة القاضي (الفرع الأول)، والانتقادات الموجهة له (الفرع الثاني) ليطم تقييم موقف المشرع الجزائري الذي أخذ بهذا المبدأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعمال مبدأ تفضيل جنسية دولة القاضي

يشترط بدهاة أن تكون جنسية دولة القاضي من الجنسيات المتنازعة، بدون أن تكون جنسية فعالة، وأن يكون الشخص متعدد الجنسية، حيث يطلب من قضاء الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها حل مشكل تعدد الجنسيات، ذلك أنه، وبمفهوم المخالفة، في الحالة التي لا تكون فيها جنسية دولة القاضي من الجنسيات المتنازعة يتم ترجيح الجنسية الفعلية بكل حيادية، غير أنه في الحالة المقابلة يكون القاضي مقيدا وملزما بالانحياز لجنسية دولته وكأنها جنسية ممتازة ومفضلة²، لهذا يتعين بحث أسباب التعدد (البند الأول) قبل تفسير مبررات المبدأ (البند الثاني).

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 67، ص 120، استنادا إلى اتفاقية لاهاي 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الجنسية حيث أن من المبادئ وجوب أن تثبت لكل شخص جنسية واحدة من أجل القضاء على ظاهري التعدد والانعدام.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 70، ص 127.

البند الأول: أسباب تعدد الجنسية

من بين الأسباب مبدأ حرية الدولة في منح جنسيتها، ففي القانون الدولي العام تعتبر مسائل الجنسية من المسائل المخصصة للدولة التي تملك الحق لوحدها ودون مشاركة أية دولة أو منظمة معها في وضع شروط منح جنسيتها، كما تحدد آثار ذلك خاصة فيما يتعلق بالحماية الدبلوماسية، ويمكن اعتبار أنه عند منح الجنسية فإن الدول تتصرف بتفويض من القانون الدولي لهذا يتعين عليها احترام قواعده، كما أنه عند دراسة معايير منح الجنسية يبيّن وجود معطيات معقولة وتكشف عن أن المعايير التي تعتبر شرعية يمكن أن تستخدم في حالة معينة وأن وضعية مختلف الدول تقودها للجوء إليها، مثلاً الدول التي تعرف هجرة قوية (أي الدول المصدرة للأشخاص) تلجأ لاستعمال رابطة الدم من أجل المحافظة على وطنيتها، أما الدول التي تعتمد على الهجرة (أي الدول المستقبلية للأشخاص) فتلجأ لرابطة الإقليم¹.

وقد تنشأ ظاهرة التعدد وقت الميلاد أو بعده، فقد تتعدد الجنسية الأصلية بأن يتمتع الشخص بجنسيتين أو أكثر منذ ميلاده، وذلك في عدة حالات، الحالة الأولى: أن يولد لأب يتمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم من جهة الأب في إقليم دولة أخرى تأخذ بحق الإقليم، ففي هذه الحالة يكون له منذ ميلاده جنسيتان أصليتان، جنسية دولة الأب وجنسية دولة الإقليم، في الحالة الثانية: أن يولد لأبوين مختلفي الجنسية ويكون قانون دولتي الأبوين يوجب الجنسية بناء على الدم من جهة الأب ومن جهة الأم، فتكون للشخص جنسيتان أصليتان، جنسية دولة الأب وجنسية دولة الأم، وقد يولد من أب هو نفسه مزدوج الجنسية وكل دولة من الدول التي يتمتع الأب بجنسيتها تأخذ بحق الدم من جهة الأب².

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 938, p 754, 755.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 84.

وبالتالي يتحقق تعدد الجنسية المعاصر للميلاد لأسباب ترجع إما لاختلاف الأسس التي تأخذ بها التشريعات في منح جنسيتها، وإما عند اتحاد الأسس لكن تختلف التشريعات في إعمالها، كما أن إعمال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية أدى إلى تزايد حالات تعدد الجنسية¹.

ومن هنا يظهر أن تعدد الجنسية قد يكون في حالة الاعتماد على رابطة الدم أو النسب في عدة دول، أو عند الاعتماد على رابطة الدم ورابطة الإقليم، أي أن اختلاف قوانين الدول في الأخذ بمعيارين أحدهما حق الدم والآخر رابطة الإقليم لا يعتبر عاملاً وقائياً لمنع ظاهرة التعدد، كما أن اتحاد الدول في الأخذ بمعيار واحد وهو رابطة الدم لا يمنع ظاهرة التعدد، في حين أن اعتماد الدول على معيار الإقليم قد يكون سبباً في التخفيف من ظاهرة التعدد، أو الأخذ برابطة الدم من جهة الأب فقط قد يقلص من الظاهرة.

وبعد ميلاد الشخص قد تتعدد جنسيته، عند اكتسابه جنسية جديدة دون أن يتخلى عن جنسيته القديمة، أو في حالة اكتساب الجنسية بناءً على اعتبارات خاصة ببعض الأشخاص الذين قدموا خدمات استثنائية، أو ما يعرف بالجنس الاستثنائي، دون اشتراط تخليهم عن الجنسية القديمة، كذلك عند اكتساب الجنسية بسبب الزواج وذلك في حالة زواج امرأة من جنسية معينة مع رجل من جنسية دولة أخرى، وكان قانونها يتبنى وحدة الجنسية في الأسرة ويدخل الزوجة بقوة القانون في جنسية زوجها دون اشتراط تخليها عن جنسيتها الأولى، وإذا كان قانون دولتها لا يرتب على مجرد زواجها من أجنبي زوال جنسيتها، كذلك عند اكتساب الجنسية كأثر جماعي يلحق الأطفال القصر في حالة تجنس الأب، فيكون الأطفال متعددي الجنسية إذا كان قانون جنسية الأب الأولى يسمح لهم بالاحتفاظ بجنسيتهم²، ويكون الأطفال القصر متعددي الجنسية إذا اكتسبوا جنسية دولتين نتيجة اكتساب كل من الأب والأم جنسية الدولتين كل على حدى وكان قانون كلا من الدولتين يأخذ بمبدأ الأثر الجماعي للأطفال القصر.

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 276، 277.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 85.

ومن هنا يمكن القول أن اكتساب جنسية دولة قانونها لا يشترط التخلي عن الجنسية الأولى يعد سببا في ازدياد ظاهرة التعدد، كما أن الزواج المختلط وانتقال الجنسية إلى الزوج الأجنبي أو إلى الأطفال القصر من شأنه أن يساهم في ازدياد الظاهرة، واختلاف أسس اكتساب الجنسية واختلاف أسباب فقدها بين مختلف قوانين الدول يعتبر كذلك سببا في تعدد الجنسية اللاحق على الميلاد¹، وهناك وسائل للوقاية منها²، يكفي مثلا ذكر موقف المشرع الجزائري للتقليص من الظاهرة، حيث تنص المادة 07 من قانون الجنسية على منح الجنسية الأصلية لمن يولد على الإقليم الجزائري لأبوين مجهولين، لكن إذا ثبت خلال فترة قصوره انتمائه لأحد أبويه الأجنبيين وكان قانونه يعترف له بالجنسية الأصلية فيعد كأنه لم يكن جزائريا أبدا وتسقط عنه الجنسية الجزائرية بأثر رجعي، بالإضافة إلى النص في المادة 18 على حالات الفقد الإرادي للجنسية الجزائرية.

البند الثاني: مبررات مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي

جدير بالذكر أنه إذا كانت إحدى الدول التي منحت جنسيتها غير معترف بها من طرف دولة القاضي فمن المقبول أن هذه الأخيرة لا تأخذ بعين الاعتبار هذه الجنسية، كما يمكن لدولة القاضي أن تعتبر أن منح إحدى الجنسيات مخالف لاتفاقية دولية، ففي هاتين الحالتين لا يوجد تعدد جنسيات³.

بداية قد يطرح التساؤل: كيف تثار مشكلة تعدد الجنسية وكيف ينظر إليها؟ هل ينظر على أنها مسألة مستقلة لها ذاتيتها، يخصص لها حل واحد يعتبر مبدأ عاما يطبق في جميع الحالات، أم أنها مسألة أولية تثار بمناسبة مسائل أصلية محددة (التمتع بالحق أو التحمل بالالتزام، تحديد القانون الواجب التطبيق، تحديد المحكمة المختصة، تنفيذ الحكم الأجنبي) ويكون من الملائم حلها في ضوء حل كل حالة على حدة بمقتضى حكم ينسجم مع طبيعة المسألة الأصلية التي أثرت بصددتها مشكلة تعدد الجنسيات⁴. وفي هذا يوجد اتجاهان، الاتجاه الأول ينظر للمسألة بطريقة مجردة ووضع

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 126.

² - للمزيد من التفاصيل في الموضوع انظر أحمد عبد الكرم سلامة: المرجع السابق، بند 136 وما بعده، ص 86 وما بعدها.

³ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 857, p 631.

⁴ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 659.

حل موحد مطلق وعمام، الاتجاه الثاني يرى أن الأمر يتعلق بحل نسبي يختلف من مسألة لأخرى على حسب طبيعة وغاية المسألة الأصلية التي ترتبط بها المسألة الأصلية، ويتميز هذا الحل بالمرونة وتحقيق الانسجام والتناسق بين الحلول، وهذا ما يسمى بالحل الوظيفي، وفي إطار الاتجاه الأول يطبق قانون القاضي إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتنازعة، ويعتبر هذا الحل موحدًا ومجردًا موضوعًا مهما كان النزاع المعروض أمام القاضي أي سواء تعلق الأمر بتنازع القوانين أو تنفيذ الحكم الأجنبي أو الاختصاص القضائي الدولي¹، وأيا كان محل إقامة الشخص أو موطنه، وأيا كانت الطريقة التي حصل بها على الجنسية أي يستوي أن تكون جنسيته أصلية أو مكتسبة².

يطرح مركز مزدوج الجنسية مشاكل في عدة مجالات، في مجال مركز الأجانب، التنظيم الإداري (الدخول إلى الإقليم، الإقامة فيه، النشاط المهني، الإبعاد)، التمتع بالحقوق، الخدمة العسكرية، وفي مجال تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وكذلك مشكل كيفية تطبيق الاتفاقيات الدولية التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد سواء تعلق الأمر بالقانون المطبق أو بالسلطة المختصة، وخاصة في مجال حماية القصر³.

تثور مسألة تحديد معاملة متعدد الجنسية لدى هيئة قضائية أو تنفيذية في دولة من الدول التي يحمل جنسيتها أي في دولة قانونها يعتبره من وطنيها، والغالب أن فقه القانون الدولي الخاص وعلم الجنسية والقانون المقارن يذهب إلى اختيار جنسية دولة القاضي وبالتالي تطبيق قانون القاضي، فعندما تكون إحدى الجنسيات المتنازعة جنسية دولة القاضي الذي ينظر النزاع فإن هذا الأخير لا يمكنه إلا أن يتمسك بها، بغض النظر عن أي جنسية أخرى، ونفس الأمر بالنسبة للهيئات الإدارية، وهذه القاعدة هي نتيجة الطابع الانفرادي لقوانين الجنسية المتفرع عن مبدأ القانون الدولي بأن كل دولة لها أن تحدد مواطنيها بكل حرية⁴، كما أن التطبيق التقليدي للدول هو أن السلطة التي تنظر

¹ - انظر: عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 660، 677 وما بعدها.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 160، ص 101.

³ - Paul LAGARDE : Nationalité, Rèp.international, Dalloz, Paris, 1998, n° 42.

⁴ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 78, p 119 , P.LAGARDE : Op.cit, n° 44.

النزاع لا تأخذ بعين الاعتبار إلا الجنسية الممنوحة من طرف الدولة التي تمثل مصالحها¹، ومن المؤكد أن جهاز الدولة لا يمكن له إنكار صفة الوطني الممنوحة من طرف الدولة التي أنشأته².

وعند ترجيح جنسية دولة القاضي لا يوجد تنازع قوانين أمام القاضي الداخلي حيث لا يوجد اختيار بين قانونيين عن طريق تطبيق القاعدة القانونية التي توزع مجال اختصاصه فقانون القاضي الذي ينظر النزاع يحل المسألة بدون الرجوع إلى قانون آخر³، وتعتبر هذه القاعدة عالمية من قواعد القانون الدولي، وليست من قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين⁴.

ويبرر الحل في المجال الدولي بالسيادة والمساواة بين الدول في منح الجنسية، وفي المجال الداخلي بمبدأ الفصل بين السلطات فقواعد منح الجنسية محددة من طرف المشرع والسلطات الإدارية والقضائية المكلفة بتطبيق القانون مؤسسة لتطبيق الأحكام الموضوعية من طرف المشرع⁵، فكل دولة من الدول تضطلع بوضع قواعدها الخاصة بجنسيتها وعلى ضوء ظروفها ومصالحها ويكون على السلطات المختصة إدارية أو قضائية بوصفها من عمال النظام الداخلي أن تطيع أوامر مشرعها، وإذا تجاهلت الصفة التي أضفاها المشرع على شخص معين فإنها تكون قد خالفت النظام القانوني الذي تستمد منه سلطاتها وتستوحي منه ولايتها، وهذا الحل يتفق وما تقضي به قواعد القانون الدولي التي تحول لكل دولة من الدول اختصاصها المطلق في تحديد وطنيتها متى راعت في ذلك مبدأ الواقعية⁶.

فسيادة الدولة عند ترجيح جنسية دولة القاضي تكون معنية بصفة مباشرة وهذا بسبب أهميتها عند تحديد الجنسية والأخذ بعين الاعتبار الاهتمام الأساسي والحصري بسيادة الدولة عند التصور الكلاسيكي للجنسية، والسلطات العمومية يجب عليها التمسك بجنسية الدولة التي تتبعها وعدم الأخذ بعين الاعتبار أية جنسية أخرى، والحل (ترجيح جنسية دولة القاضي) نتيجة منطقية

¹ - B.AUDIT : Op.cit, n° 948, p 762.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 858, p 632.

³ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 78, p 119.

حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 78، ص 139، 140.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 161، ص 102.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit, n° 948, p 762.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 662.

للمبدأ القديم " سيادة الدولة" الذي يتأكد بشدة، فحسبه الدولة وحدها تحدد جنسية الشخص وتقرر ذلك بكل سيادية، والقاضي، أو أية هيئة أخرى، لا يمكن له الخضوع إلا لقرارات الدولة التي يتبعها، بالإضافة إلى أن الجنسية من القانون العام، لهذا فإن التمسك بجنسية القاضي يبرر بكون أن قوانين الجنسية من قواعد القانون العام يجب تطبيقها، فهي تفرض نفسها دون أن تنافسها القواعد الأجنبية¹.

إذا كان مبدأ حرية الدولة في مجال الجنسية يلعب دورا هاما في خلق مشكلة تعدد الجنسيات إلا أن الوجه الآخر لنفس هذا المبدأ هو ما يعبر عنه بالاختصاص المنفرد لكل دولة، أو بفكرة النطاق المحجوز أو المحفوظ للدولة والتي تعني وجود إطار يحوي بعض المسائل التي يترك أمرها للدولة، فيكون الاختصاص خالصا للدولة دون أن تتقيد بقواعد القانون الدولي²، فمسألة الجنسية من المسائل التي تدخل في الاختصاص المانع والقاصر لكل دولة، ومن غير المقبول أن يترك أمر تحديد الجنسية الوطنية لدولة أخرى، فالأمر يتصل بكيان الدولة وبيادتها³، وفكرة الاختصاص المنفرد لا محل للجدل بشأنها لأنها تحفظ للدولة سيادتها، حيث تجعل من قانونها الحكم الأوحد في شؤونها الحيوية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ومن ثم تتعد عن تناول أي قانون أجنبي⁴.

ويستند مبدأ ترجيح جنسية القاضي إلى فكرة السيادة وحرية الدولة في تنظيم جنسيتها وعدم قبول أي تدخل خارجي لأن القاضي لا يأتمر إلا بأوامر المشرع الوطني في دولته ولا يحكم إلا بقوانين دولته تطبيقا للقواعد العامة في ذلك، فهو الذي يعين من هو الوطني ومن هو الأجنبي في النزاع المعروض عليه ويحدد جنسية كل من أثبتها له قانونه الوطني⁵.

¹ - Amélie DIONISI-PEYRUSSE : Essai sur une nouvelle conception de la nationalité, Editions Defrénois, lextenso éditions, 2008, n° 139, 140, 141, 142, p 48, 49, 50.

² - وقد أقرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي مبدأ الاختصاص المنفرد في رأيها الاستشاري الصادر في 7 فبراير 1923 بشأن النزاع بين إنجلترا وفرنسا حول مراسيم الجنسية الصادرة في تونس ومراكش، حيث أوضحت أن " الاختصاص المنفرد يواجه مجموعة المسائل التي رغم أنها تمس مصالح أكثر من دولة إلا أنها لا ينظمها، من حيث المبدأ، القانون الدولي، وأنه فيما يتعلق بهذه المسائل تكون كل دولة وحدها صاحبة الأمر والنهي"، انظر حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 76، ص 136، 137.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 164، ص 103.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 76، ص 137.

⁵ - غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص، الجنسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 273.

تعبّر الجنسية عن الولاء السياسي وتستند على قرينة الانتماء للمجموعة الوطنية، وفي حالة التناقض بين عدة قرائن، لما لا يتم البحث عن تلك التي تتناسب أكثر مع الحقيقة، لكن التصريح بذلك يعني أن القاضي يضع نفسه في تناقض مع السلطة التي يضبط مهامها والتي بدورها لا يجوز أية صفة، والسماح للقاضي باستبعاد الجنسية الوطنية بسبب أنها ليست الجنسية الفعالة يعني خلق حالة فقد للجنسية غير مقررة من طرف المشرع¹، وهذا الحل له أسباب سياسية، ويعني منح وسائل في دولة تعرف هجرة قوية لتجنب مخاطر مجتمع متعدد الثقافات خاصة في مادة الأحوال الشخصية، وحسب بعض الفقه الفرنسي أن " دولة مثل فرنسا ترفض أن يتمسك فرنسي، يحمل كذلك جنسية دولة إسلامية، في فرنسا، في مرحلة إنشاء حق ما، بحالته الشخصية المسلمة الأجنبية بسبب أن جنسيته الأخرى أكثر فعالية من جنسيته الفرنسية"².

ولمبدأ ترجيح جنسية القاضي امتيازات أساسية فبساطة تطبيقه تمنح الاستقرار والأمن القانوني³، كما أن اختيار جنسية القاضي يضمن المساواة بين الوطنيين، وتجنب أن يتم إخضاع مواطن، ولو يحمل جنسية أخرى، لقواعد مختلفة عن تلك التي تطبق على الوطنيين الآخرين⁴، كما أن الحل المكرس من طرف محكمة النقض الفرنسية يبين أن تطبيق القانون الوطني في مجال الأحوال الشخصية لا يبرر فقط بالامتيازات العملية للاستقرار وعلى قرينة الانتماء الفعلي للجماعة الوطنية ولكن يستند على رابطة تبعية وخضوع الفرد للدولة⁵.

¹ - حسب بعض الفقه الفرنسي، المشرع الفرنسي استكمل جهدا يستحق التقدير من أجل ترجيح الحقيقة عن طريق فتح خيارات أمام مزدوجي الجنسية في المواد 19 و 24 و 87 و 94 من قانون الجنسية التي أصبحت المواد 18-1 و 19-4 و 23 و 23-5 من القانون المدني ومنحهم التماس

حرية الولاء الفرنسي، والقاضي لا يمكنه الذهاب أبعد من ذلك، انظر: B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 414 .

² - Comme le souligne Paul LAGARDE : « un pays comme la France est fondé à refuser qu'un Français possédant aussi la nationalité d'un Etat musulman se prévale en France, au stade de la créance d'un droit, de son statut musulman étranger au motif que son autre nationalité serait plus effective que sa nationalité française ».Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 414.

³ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120.

⁴ - A.DIONISI-PEYRUSSE : Op.cit, n° 143, p 50.

⁵ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, p 632.

وبالتالي مادام أن الجنسية تمس السيادة الوطنية وتتعلق بالسياسة التشريعية للدولة فيتعين إذن أن يطبق قانونها تطبيقاً أصلياً وانفرادياً بدون مزاحمة القوانين له، لأن المحافظة على الكيان السيادي أمر وثيق الصلة بالنظام العام في الدولة¹.

وهذا الحل مكرس في المادة 3 من اتفاقية لاهاي لـ 12 أبريل 1930 بالإعلان " أن كل شخص يجوز جنسيتين أو أكثر يمكن أن يعتبر مواطناً (رعية) بالنسبة لكل واحدة من الدول التي يحمل جنسيتها"²، وفي أغلب التشريعات الوطنية، مثل القانون الجزائري في المادة 2/22 من القانون المدني بنصها: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"، ويلاحظ على صياغة المادة أن الجزء الثاني لا محل له ويمكن الاستغناء عنه والاكتفاء بالقول أنه إذا كان الشخص الجزائري مزدوج أو متعدد الجنسية فإن القانون الجزائري وحده الواجب التطبيق بغض النظر عن أي قانون أجنبي آخر، والمشرع المصري أخذ كذلك بنفس الحل في المادة 25 من القانون المدني. كما أيده الفقه والقضاء في الدول التي لم تورد تشريعاتها نصاً خاصاً مثل الفقه والقضاء الفرنسيين، وهذا الحل يتميز بالعمومية يطبق بصفة واسعة في جميع مجالات القانون الدولي الخاص، سواء تعلق الأمر بمسألة التمتع بالحقوق، أو بالاختصاص القضائي الدولي، أو من أجل حل تنازع القوانين، أو عند الاعتراف بحكم أجنبي.

والحل المبدئي يستند على الاجتهاد القضائي الفرنسي، فعلى مستوى التمتع بالحقوق، تمّ الحكم على أن مزدوج الجنسية الفرنسي الجزائري الراغب في التسجيل في نقابة المحامين الفرنسية، لا يمكن له التمسك بجنسيته الجزائرية من أجل الاستفادة من الإعفاء من شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة الممنوحة خاصة للجزائريين من أجل القبول في مهنة المحاماة³، كما تمّ القضاء أن الطلاق بين تركي وفرنسية أصبحت تركية بالزواج دون أن تتخلى عن جنسيتها الفرنسية، يجب اعتباره طلاقاً

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 140.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 858, p 632.

أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 162، ص 102.

³ -Cass.1^{re} civ., 16 février 1994, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 45.

بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، خاضع بالتالي، حسب قاعدة تنازع القوانين السارية، لقانون الموطن المشترك، وفي الدعوى الحالية، للقانون الفرنسي¹، كما لا يمكن لمزدوج الجنسية الفرنسي اللبناني التمسك بتطبيق أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة المقررة في القانون اللبناني أمام الهيئات القضائية الفرنسية²، وأن زواج مغربيين اكتسبا كلاهما الجنسية الفرنسية بدون فقد الجنسية المغربية، لا يمكن أن ينحل إلاّ وفقا للقانون الفرنسي مع اعتبار أهما مقيمان في فرنسا³، كما أن مزدوج الجنسية فرنسي جزائري متعدد الزوجات لا يمكن له التمسك في فرنسا بزواجه الثاني حتى ولو كان صحيحا وفق القانون الجزائري من أجل معارضة زواج زوجته الثانية مع غيره⁴، وفي قرار آخر أن القاضي الألماني عندما منح الجنسية الألمانية لأحد الأطراف، الذي يعتبر وفقا للقانون الفرنسي، أو بصيغة أدق، وفق التفسير الفرنسي لاتفاقية فرساي المختلف عن التفسير الألماني، حاملا للجنسية الفرنسية، فإنه قد خالف بذلك النظام العام الفرنسي⁵، وأن الوصاية على أطفال يحملون في نفس الوقت الجنسيات الجزائرية والفرنسية يجب الفصل فيها وفق القانون الفرنسي⁶، وفي قرار آخر أن أهلية مزدوج الجنسية فرنسي تونسي لإبرام عقد زواج ثاني يفصل فيها وفق القانون الفرنسي فقط⁷، وأنه لا يمكن الاعتراف في فرنسا بصلاحيّة زواج ميرم أمام القنصلية الجزائرية في باريس لمزدوج الجنسية فرنسي جزائري مع جزائرية⁸، كما لا يمكن قبول أثر قرار أجنبي في فرنسا عدّل اسم طفل مزدوج الجنسية فرنسي انجليزي لأن الجنسية الفرنسية هي الجنسية الفعالة، وأن الطفل مقيم في فرنسا رفقة أمّه الفرنسية⁹، كما أن أولوية الجنسية الفرنسية أمام القاضي الفرنسي قادت محكمة النقض إلى الحكم بأن القانون الفرنسي يكون واجب التطبيق على طلاق سنغالية متوطنة في فرنسا ومزدوج الجنسية فرنسي سنغالي متوطن في

¹ - Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1968, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 46, B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n°46, p 412.

² - TGI Paris, 30 sept. 1992, ibid., Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 46

³ - Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993, ibid.

⁴ - Cass. 1^{re} civ., 09 nov. 1993, ibid.

⁵ - CA Colmar, 22 oct. 1968, ibid.

⁶ - Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1972, ibid.

⁷ - TGI Paris, 24 avr. 1979, ibid.

⁸ - TGI Paris, 22 déc. 1981, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 46.

⁹ - TGI Paris, 13 mai 1992, ibid.

السنغال، بسبب أن القانون السنغالي يحيل الزوجين من جنسيتين مختلفتين إلى قانون المحكمة التي تنظر النزاع، بالرغم من أنه يعترف باختصاصه عندما يكون الزوجين سنغاليين¹.

وفي مجال تنازع الاختصاص القضائي، تمّ الحكم من طرف القضاء الفرنسي على أن المادة 14 من القانون المدني الفرنسي والتي تعتبر قاعدة اختصاص مباشر، يمكن التمسك بها من مزدوجة الجنسية فرنسية إسبانية²، وأن المادة 15 من نفس القانون والتي تعتبر قاعدة اختصاص غير مباشر وحصري، تعتبر عائقاً أمام الاعتراف بحكم إيراني في فرنسا أعلن الطلاق بين زوجين فرنسيين إيرانيين³، وبأن السلطات الفرنسية تعتبر مختصة في مواجهة سلطات محل الإقامة العادية للأطفال، باعتبارها سلطات وطنية للأطفال بالنظر للمادة 4 من اتفاقية لاهاي ل 5 أكتوبر 1961 حول حماية القصر، من أجل اتخاذ تدابير تخص القصر مزدوجي الجنسية الفرنسية الألمانية⁴، وأن مزدوج الجنسية فرنسي لبناني لا يمكن قبوله للتقدم في مسابقة باعتباره أجنبياً⁵. كما أن الممارسة الإدارية حددت بدقة ما ذهب إليه القضاء، وهناك عدة إجابات وزارية لم تتوقف عن ترديد مبدأ تفوق جنسية السلطات التي تنظر النزاع، خاصة فيما يتعلق بوضعية مزدوجي الجنسية الفرنسيين الجزائريين في فرنسا⁶.

لكن المبدأ المعمول به لا يأخذ به على إطلاقه، حيث أن له حدود، فإذا كانت جنسية دولة القاضي ممنوحة بدون اهتمام كاف بالفعالية فإن المبدأ يقود في بعض الحالات إلى تطبيق قانون له روابط قليلة (غير متينة) مع الوضعية المعنية⁷، فهو محدود على المستوى الدولي والداخلي، فعلى المستوى الدولي، القاعدة التقليدية أن الدولة لا يمكن أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لفائدة أي من مواطنيها في مواجهة دولة يحمل المواطن المراد حمايته جنسيته⁸، فإذا كان من شروط طلب الدولة

¹ - Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1992, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 47.

² - CA Paris, 16 févr. 1979, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 48.

³ - Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1987, ibid. Cass. 1^{re} civ., 2 oct 2001, Cf. P.MAYER, V.HEUZE: Op.cit, n° 858, p 632.

⁴ - TGI Paris, 9 nov. 1982, Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 48.

⁵ - CE, 8 juill. 1983, ibid.

⁶ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 49.

⁷ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120.

⁸ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 51, H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 122.

ممارسة الحماية الدبلوماسية لشخص ما أن يكون متمتعاً بجنسية تلك الدولة، وأن دعوى الحماية الدبلوماسية تباشر من دولة يحمل الشخص جنسيتها في مواجهة دولة أخرى أجنبية نتيجة الضرر الذي أصابه، فإن من المنطقي ألاّ يسمح لإحدى الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها بأن تطالب بحمايته دبلوماسياً في مواجهة دولة أخرى يتمتع هذا الشخص أيضاً بجنسيتها¹، وهذا نتيجة منطقية لمبدأ اختصاص الدولة² في تحديد رعاياها، وهذا الحل يعد استثناءً على المبدأ الذي يخول الدولة أن تعتبر متعدد الجنسية الذي يحمل جنسيتها مواطناً قاصراً عليها، لكن يجب ملاحظة أن هذا الاستثناء لم يعد مقبولاً بصفة مطلقة فهناك إرهابات لاتجاه قوي يعتمد إلى حسم مسألة الحماية الدبلوماسية عبر مفهوم وظيفي³، وقد أقرت اتفاقية لاهاي لسنة 1930 هذا الاستثناء حيث نصت مادتها الرابعة على أنه: "لا يجوز لدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لمصلحة أحد وطنيها ضد دولة يعتبر هذا الفرد أيضاً من مواطنيها"، وبالتالي يعتبر هذا مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام⁴.

وقد تمسكت الحكومة الفرنسية بالقاعدة من أجل تبرير استحالة ممارسة الحماية الدبلوماسية ضد الجزائر لفرنسي يحمل الجنسية الجزائرية، ونفس القاعدة تم التمسك بها عقب أحداث الشيلي نهاية 1973 بمناسبة حماية مزدوجي الجنسية اللاجئين في سفارات سنتياغو، وفي هذه الحالة لا يمكن لفرنسا حماية مواطنيها إلاّ بواسطة إجراءات غير عامة⁵، فمن أجل أن تمارس الدولة الحماية الدبلوماسية لمواطنها الذي يحمل كذلك جنسية الدولة المدعى عليها، يجب أن تكون الجنسية الأخرى الأجنبية قد منحت بدون رابطة مشابهة (للرابطة التي بموجبها منحت الدولة الحماية جنسيتها)، وبالتالي يحل النزاع الدولي لفائدة الجنسية الأكثر فاعلية⁶.

كما يجب على كل دولة احترام دور القانون الأجنبي النافذ في الإقليم، في مواجهة الأعوان الدبلوماسيين والقناصل، الذين ترتبط مهمتهم باختصاص القانون المحلي⁷، ويمكن التساؤل عن

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 134، 135.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 122.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 669.

⁴ - انظر: حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 135.

⁵ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 51.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit, n°949, p 762, 763.

⁷ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 122.

إمكانية قنصل فرنسي في الخارج، في إطار إصدار بطاقات هوية لأطفال قصر فرنسيين يحملون كذلك جنسية دولة الإقامة، تطبيق القانون الفرنسي أو القانون المحلي المتعلق بالسلطة الأبوية على شروط تمثيل هؤلاء الأطفال، في الحالة العكسية، وجهت فرنسا تعليمة في 24 ماي 1983 من أجل منع إصدار جواز سفر للقصر الحاملين في نفس الوقت الجنسية الفرنسية إذا كانوا متواجدين في فرنسا وموضوعين تحت حماية أحد الأبوين غير الراضي عن هذا التنقل، وهذا بالنظر للقانون الفرنسي المطبق لوحده¹.

وعلى المستوى الداخلي تم التخفيف من المبدأ عن طريق الاستثناءات الواردة على التزام القاضي بالأخذ بعين الاعتبار جنسيته، هذه الاستثناءات التي أصبحت متعددة ، بداية تم قبول الاعتراف بأي أثر واقعي ناتج عن التمتع بجنسية أجنبية، وبالتالي بمناسبة المتابعة بسبب تعدد الأزواج لامرأة أورغوانية أصبحت فرنسية بعد زواجها من فرنسي ثم أعادت الزواج في الأورغواي بعدما حصلت على الطلاق حسب قانون الأورغواي، في ظروف غير شرعية من وجهة نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي (مخالفة القانون الدولي الخاص الفرنسي)، تم الحكم أن العنصر المعنوي للجنحة غير مؤسس مادام أن المتهمة التي بالنظر لقانونها كانت محتفظة بجنسيتها الأورغوانية، اعتقدت بحسن نية صحة طلاقها المعلن عنه من قضاء دولتها، وكذلك بالنسبة لزواجها الثاني²، كما قبلت محكمة النقض الفرنسية تنفيذ حكم سويسري أعلن الطلاق بين زوجين يحملان الجنسيتين الفرنسية والسويسرية تطبيقاً للقانون السويسري³، لكن هذا التحرر بالنسبة للقانون المطبق من طرف القاضي الأجنبي لم يظهر على مستوى الاختصاص القضائي غير المباشر للقاضي الأجنبي، في الحالة التي لا تسمح فيها المعاهدات استبعاد الاختصاص الحصري للقضاء الفرنسي بموجب المادتين 14 و 15 من القانون المدني⁴، كما رفضت محكمة النقض التخفيف (المرونة) من مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي الفرنسي من أجل استبعاد قاعدة الاختصاص القضائي غير المباشر وفقاً للمادة 15 من القانون المدني⁵. لكن

¹ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 51.

² - CA Paris, 30 février 1964, Cf. P.LAGARDE : Op.cit, n° 52.

³ - Cass.1^{re} civ, 10 mars 1969, ibid., H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 123.

⁴ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 53.

⁵ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 123.

في إطار الاتفاقية الفرنسية البولونية ل 5 أبريل 1967 حول القانون الواجب التطبيق، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في مجال قانون الأشخاص والعائلة، قاد موقف احترام اختصاص الدولة الأجنبية مجلس قضاء باريس (18 جوان 1985) ومحكمة النقض (22 جويلية 1987) إلى قبول تنفيذ حكم بولوني طبق القانون الوطني البولوني على مسألة رعاية طفل قاصر يحمل الجنسيين البولونية والفرنسية، حيث تمسك القاضي بجنسيته البولونية كما يفعل القاضي الفرنسي بالنسبة لجنسيته، وموقف محكمة النقض بسبب أن قضاة الاستئناف أصابوا بتقديرهم بكون أن الجهات القضائية الأجنبية عند تحديد القانون الواجب التطبيق أخذت بعين الاعتبار، كما يفعل القاضي الفرنسي لو عرض عليه النزاع، جنسية الطفل الممنوحة له من القانون المحلي، والتي تعتبر حسب الدعوى المعروضة، الجنسية البولونية، وهذا تكون قد طبقت صحيح القانون، حيث أن محكمة النقض ارتأت أن رفض منح الصيغة التنفيذية سيكون من أثره منع تطبيق الاتفاقية، وبينت أن روح الاتفاقية هي تنظيم مجموع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي في مجال قانون الأشخاص والعائلة، وبالتالي يتعين إعمالها مادام أن النزاع يهم الأشخاص الحاملين للجنسية البولونية حتى ولو كانوا يحملون كذلك الجنسية الفرنسية، وبالتالي يعتبر هذا الاتجاه لمحكمة النقض الفرنسية متفتحا سواء بالنسبة لتطبيق الاتفاقيات الدولية أو بالنسبة للقانون الدولي الخاص الفرنسي¹.

هذا ويرد على مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي قيدين أو استثناءين آخرين يتمثل الأول في حالة وجود معاهدة بين مختلف الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية بخصوص الجنسية التي يتم ترجيحها، وبالتالي يلتزم القاضي الوطني في كل من تلك الدول بتطبيق حكم المعاهدة وهو ما يؤدي إلى ترجيح جنسية أجنبية ومعاملة متعدد الجنسية على أنه أجنبي في دولة يتمتع بجنسيتها²، أما القيد الثاني فيتعلق بالحالة التي يحمل فيها متعدد الجنسية جنسية دولة من الأعداء في زمن الحرب، وقد جرى قضاء بعض الدول على ترجيح جنسية الدولة العدو ومعاملة الشخص على أنه أجنبي رغم تمتعه بالجنسية الوطنية، وهذا القيد تستوجبه في زمن الحرب دواعي أو أسباب أمنية تتطلب المحافظة على أمن الدولة وسلامتها، فيحق لسلطاتها أن تتخذ في مواجهته الإجراءات الاستثنائية كوضع أمواله تحت

¹ - P.LAGARDE : Op.cit, n° 54, H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 123.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 75، ص 132، 133، 134.

الحراسة¹. لكن من الصعب، وليس من العدل، تطبيق ذلك بصفة عامة وإنما يتعين إعماله في حالة الضرورة ومنح القاضي الوطني السلطة التقديرية في ذلك.

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لمبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي

بالرغم من منطقية الحل واستقراره فقها وقضاء وتشريعا، وبالرغم من انتشاره وكثرة أنصاره في القانون المقارن، إلا أنه وجد معارضة ووجه له نقد. لأن جنسية الدولة المعروض أمام سلطاتها القضائية النزاع المتعلق بتعدد الجنسيات قد لا تكون جنسية واقعية، ولذا يجب عدم تغليب جنسية هذه الدولة والنظر إلى الأمور نظرة واقعية تغلب الجنسية الواقعية على الجنسيات الأخرى التي يحملها متعدد الجنسية بما فيها جنسية دولة القاضي²، حيث أن هذا الحل يعطي الهيمنة والغلبة في كل الفرضيات لقانون جنسية دولة القاضي بصرف النظر عن ارتباط المعني بهذه الدولة من عدمه أو معيشتة على إقليمها وولائه لها، وبصرف النظر عن طبيعة المسألة التي أثرت بمناسبة مسألة تنازع الجنسيات فهذا الحل يكرس عدم واقعية الجنسية، وينكر ما يقضي به القانون الدولي العام من حكم مفاده ضرورة أن تكون الجنسية القانونية مطابقة للجنسية الواقعية³، وهناك من يضيف أنه إذا كان احترام سيادة الدولة هدف جدير بالثناء فإنه لا يبدو أنه يمكن المساس به بدون الاهتمام بالواقعية، فسيادة الدولة يجب أن تكون عنصرا لتحديد الجنسية لكن فقط عندما تمارس حقيقة وبصفة فعلية، فلا فائدة من اعتبار شخص وطنيا إذا لم تمارس عليه سيادتها فعليا، لذا ينبغي اتفاق الدول على التخفيف من المبدأ⁴.

كما أن الحل سياسي لا قانوني مأخوذ به تحقيقا للمصلحة الوطنية والذاتية للدولة، وإن تعارض مع مصلحة متعدد الجنسية نفسه أو مصالح الدول الأخرى، فالدولة التي تعتبر متعدد الجنسية من مواطنيها قد تغير رأيها وتعتبره أجنبيا إذا قدرت أن مصالحها تقتضي ذلك، لاسيما في حالة الحرب بينها وبين الدول التي يحمل جنسيتها، فقد لا تتردد الدولة في أن تعامل الوطني متعدد الجنسية

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 668، 669، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 134.

² - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 279، 280.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 670.

⁴ - A.DIONISI-PEYRUSSE : Op.cit, n° 147, P 52, 53.

على أنه ينتمي لدولة معادية وتطبق عليه الإجراءات الخاصة بمعاملة رعايا الأعداء حماية لكيانها السياسي والاقتصادي، كما أن فاعلية المبدأ أو الحل ذات نطاق إقليمي محدود حيث لا يعمل به إلا أمام سلطات الدولة التي يعتبر متعدد الجنسية من مواطنيها وتطبق عليه قوانينها¹، وهذا ما يؤدي إلى تباين في الجنسية التي سيعتد بها بالنسبة لمتعدد الجنسية بحسب الدولة التي يثار النزاع أمام قضائها، واختلاف الصفة الوطنية للشخص، وهذا ما ينتج عنه اضطراب في المركز القانوني لمتعدد الجنسية²، إذن هذا الحل له عوائق تطبيقية مادام أنه يؤدي إلى تقسيم حقيقي لحالة مزدوج الجنسية، خاصة وأن أغلب الدول تبنت هذا الحل، فلا يعامل مزدوج الجنسية على أنه كذلك في الدول التي يحمل جنسيتها وإنما يعتبر مواطناً بدون الأخذ بعين الاعتبار جنسيته الأخرى، وفي الحقيقة ليست له جنسيتان ولكن له جنسية متغيرة ومتحركة، وحالته الشخصية تتغير منذ أن ينتقل من دولة إلى أخرى أي بالنظر لتنقلاته، فهي مهددة، فمزدوج الجنسية يمكن أن يكون مطلقاً في دولة ومترجماً في دولة أخرى، وهذا مناقض لتصور الجنسية الذي يجب أن يمثل رابطة أحادية المعنى³.

بالإضافة إلى إمكانية تعطل العمل بهذا الحل في حالة الحماية الدبلوماسية وعند وجود اتفاقية دولية⁴، كما أظهر التطبيق العملي للمبدأ إمكانية إثارة حالات جمود مضرة تمس السير الحسن لبعض الاتفاقيات الدولية⁵، خاصة تلك التي تجعل من الجنسية ضابطاً للإسناد⁶، وكذلك عند الاعتراف في دولة بوضعيات أنشأت في دولة أخرى، فمثلاً، عندما تمنح اتفاقية لاهاي ل 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في مجال حماية القصر الاختصاص لقانون الهيئات الوطنية للقاصر، فإنها تجرد نفسها عاجزة إذا كان القاصر مزدوج الجنسية وأن كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها تدعي الاختصاص وترفض الاعتراف باختصاص الدولة الأخرى⁷، إذ الغالب أن هذه الاتفاقية تطبق على الأطفال المولودين لأبوين مختلفي الجنسية، فإذا عرض النزاع أمام

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 165، ص 103، 104.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 670، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 130.

³ - A.DIONISI-PEYRUSSE : Op.cit, n° 145, p 51, 52.

⁴ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 104، كما سبقت الإشارة إلى ذلك في هذا البحث.

⁵ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 671.

⁷ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120.

قضاء إحدى الدول التي ينتمي إليها أحد الأبوين فإنه سيطبق قانونه، وهذا ما سيؤدي إلى نتائج يصعب التوفيق بينها في كل دولة من الدول التي يحمل الطفل جنسيتها وبالتالي انعدام التجانس والتوافق الذي هدفت إليه الاتفاقية¹، فعندما تتبنى الاتفاقيات الدولية مبدأ جنسية القاضي فهي تهدف إلى التنسيق بين قواعد القانون الدولي الخاص وتربطها وإلى تسهيل الاعتراف بالأحكام الأجنبية، لكن تطبيق هذا المبدأ يهدم هذا الجهد ويقيد ضرورة هذه الاتفاقيات، ومن غير الكاف أن تختار الدولة الجنسية كضابط إسناد لتنتهي إلى عدم الاعتراف بها، وعدم الاعتراف بالقرارات القضائية الأجنبية التي أخذتها بعين الاعتبار (كضابط إسناد)، وهذا ما يعرض للخطر الجهد المبذول من أجل التوحيد الدولي لقواعد تنازع القوانين والاختصاص القضائي على أساس أن الإسناد للجنسية إذا لم يرافقه ذلك مراجعة لمبادئ الحل الشائعة المقبولة لحل التنازع الإيجابي للجنسيات، وهذه الوضعية المنتقدة تبين ثقل فكرة السيادة².

وكذلك عند الاعتراف بالأحكام الأجنبية المرتبط باحترام قواعد تنازع القوانين لدولة الاعتراف، خاصة في فرنسا، فإن ترجيح جنسية دولة القاضي يعتبر عائقاً ضد الاعتراف بالحكم الصادر عن الدولة الأخرى في إحدى دولتي مزدوج الجنسية عندما تطبق دولة إصدار الحكم قانونها الوطني³، وهذا ما يؤدي إلى ندرة إمكانيات تنفيذ الحكم الأجنبي خاصة في الدولة التي يقيم أو يتوطن فيها متعدد الجنسية إذا كان الاختصاص القضائي لدولة الإصدار قد بني على روابط غير جدية⁴.

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن ترجيح جنسية دولة القاضي يعتبر نوع من التعارض بين التناسق الداخلي والتناسق الدولي لأن الأمر يتعلق بعنصر من القانون العام كما يؤدي لوضعيات جامدة⁵.

¹ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 671.

² - A.DIONISI-PEYRUSSE : Op.cit, n° 146, p 52.

³ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 120, 121.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 672.

⁵ - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle, Op.cit, n° 32, p 443, « Un autre type d'opposition entre l'harmonie internationale et l'harmonie interne s'est manifesté...à l'occasion du problème présenté par l'application de la loi nationale lorsqu'elle est requise par la règle de conflit (pratiquement en matière du statut personnel) en ca de

أمام هذه الانتقادات ومن أجل معالجة الصعوبات والعوائق الناتجة عن تطبيق المبدأ، تم تقديم بعض الاقتراحات الاحتياطية مثل الرجوع للجنسية الفعلية¹، ففي مجال تنازع القوانين في القانون الخاص، يكون تطبيق القانون الشخصي ليس على أساس فكرة الولاء السياسي وإنما على أساس الرابطة الأكثر اتصالاً، فيأخذ بعين الاعتبار الجنسية الأجنبية التي تكون أكثر فاعلية ومتفوقة على جنسية دولة القاضي²، لهذا يذهب جانب من الفقه إلى تطبيق قانون الجنسية الواقعية حيث ينبغي تحديد الجنسية التي يجب تطبيق قانونها من خلال منظور واقعي وعلى أساس معيار منضبط يكفل وحدة الحل بغض النظر عن السلطات القضائية التي تثار المسألة الخاصة بتعدد الجنسيات أمامها، فهو معيار لا يقوم على فكرة التبعية السياسية وإنما على أساس التبعية الواقعية والتي يمكن للقضاء الكشف عنها وأن يستوحيها من العناصر الواقعية التي تحيط بكل حالة على حدة، ومضمون الحل هو تغليب الجنسية الواقعية أو المهيمنة حتى ولو كان التزاحم بين جنسية دولة القاضي وجنسية دولة أجنبية، ويتم ذلك في جميع الأحوال، فهو مبدأ عام يطبق بغض النظر عن طبيعة أو هدف موضوع المنازعة الأصلي، وهذا الحل كرسه أحكام القضاء في عدة دول³، ويفضل معارضو مبدأ ترجيح جنسية القاضي توحيد معيار الترجيح بين الجنسيات المتنازعة من خلال الجنسية الفعلية من أجل توحيد الجنسية التي يعامل متعدد الجنسية على أساسها، وهو ما يعني ثبات مركزه القانوني واستقراره⁴.

لكن هذا الحل منتقد بدوره، فالرجوع للجنسية الفعلية يمكن أن يكون مصدراً لعدم الاستقرار القانوني ويؤدي إلى وضعيات جامدة في حالة اختلاف تقدير محاكم دولتين معنيتين حول فعالية جنسية الشخص المعني، بالإضافة إلى أنه لا يمكن الاتفاق بين الدول عند حل مشاكل التمتع بالحقوق، فلا جدال أنه إذا كان القانون الفرنسي يحتفظ التمتع بحق ما للمواطنين الفرنسيين فإنه

plurinationalité. Traditionnellement, un conflit de nationalités est réglé en donnant préférence à la nationalité du for, parce qu'il s'agit d'un élément de droit public est donc touchant à l'harmonie de l'ordre interne. Mais il a été observé que ceci conduit à des situations de blocage, puisque les décisions prises selon la loi locale dans l'un des Etats dont l'intéressé a la nationalité sont exposées à être repoussées dans l'autre ».

¹ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 121.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 949, p 763, Le droit international privé à la fin du XXe siècle..., Op.cit, n° 32, p 444.

³ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 673، 674، 675.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 131.

يستند ضمناً على الأحكام التي تنظم الجنسية الفرنسية من أجل تحديد مجال تطبيقه فيمكن كل المواطنين الفرنسيين التمسك به حتى ولو كان البعض منهم يحمل جنسية أخرى وتكون فعالة¹. وعلى الرغم من أن فكرة الجنسية الواقعية قد كرستها محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر بتاريخ 6 أبريل 1955 في القضية الشهيرة المعروفة بقضية Nottbohm²، والتي وضعت معياراً واضحاً ومنطقياً لحل مشكلة تعدد الجنسيات، حيث قررت أن الجنسية صلة قانونية تقوم على واقعة اجتماعية للإسناد، وعلى تضامن فعلي في المعيشة والمصالح والمشاعر، يساندها تبادل في الحقوق والواجبات، وأنها التعبير القانوني على أن الفرد الذي منحت له، سواء عن طريق القانون مباشرة، أو عن طريق السلطات، يكون في الواقع مرتبطاً بشعب الدولة التي منحتة الجنسية أكثر من ارتباطه بأية دولة أخرى³، إلا أنه لم تسلم من النقد نظراً للاختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها مما يؤدي إلى وجود نوع من عدم الأمن القانوني⁴، وقد ينتج عن هذا الاختلاف مشاكل فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية نتيجة اختلاف تقدير كل دولة ممن يحمل الشخص جنسيتها لمفهوم الجنسية الواقعية أو الفعلية، بالإضافة إلى عدم الأخذ به من طرف أغلب التشريعات التي تفضل معيار جنسية دولة القاضي⁵، ومن الفقه⁶ من يرى أن معيار الجنسية الفعلية غير مستساغ نظراً لتعلق أحكام الجنسية بالقانون العام، فضلاً على أنه حتى ولو لم يكن للشخص متعدد الجنسية مصلحة في ترجيح جنسية دولة القاضي فإن ذلك لا ينفي أن لهذه الدولة مصلحة مؤكدة في تطبيق جنسيتها، كما أن تطبيق

¹ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 121.

² - تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعو "فريدريك نوتبوم" F.NOTTEBOHM قد ولد في ألمانيا (مدينة هامبرج) في عام 1881 وتحصل بمقتضى ذلك على الجنسية الألمانية، وفي عام 1905 غادر ألمانيا ليستقر في دولة غواتيمالا بصفة أساسية، ولكنه في سنة 1939 وقبل اندلاع الحرب العالمية الثانية، تجنس بجنسية دولة ليشتنشتاين LIECHTENSTEIN حيث كان دائم التردد عليها لزيارة أحد اخوته الذي يعيش فيها، وعلى إثر قيام الحرب العالمية الثانية ودخول غواتيمالا فيها إلى جانب الولايات المتحدة الأمريكية، قامت بالقبض عليه في سنة 1943 والاستيلاء على أمواله دون تعويض على أساس أنه من رعايا دولة من الأعداء وهي ألمانيا، وسلمته للولايات المتحدة الأمريكية التي ظل معتقلاً فيها حتى سنة 1945، وبعد إخلاء سبيله، لجأ إلى دولة ليشتنشتاين طالبا حمايتها، فرفعت دعوى أمام محكمة العدل الدولية ضد دولة غواتيمالا، مطالبة باسترجاع أمواله التي استولت عليها وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به، وطلبت الحماية الدبلوماسية له، لكن المحكمة قررت عدم قبول الدعوى التي رفعتها دولة ليشتنشتاين وعدم أحقيتها في طلب حمايتها الدبلوماسية للمدعو نوتبوم، لعد توافر الرابطة الواقعية، انظر أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 112، 113.

³ - انظر أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 113.

⁴ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 280.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 676، 677.

⁶ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 131، 132.

الجنسية الفعلية قد يؤدي إلى وضع شاذ وهو معاملة الوطنيين معاملة الأجانب وإنكار الصلة الثابتة قانونا بين الشخص ودولته، وتجريد ضمني من جنسيته وهو ما لا يملكه القاضي، الذي وإن فعل ذلك يكون قد خرج عن إرادة مشرعه.

وهناك اقتراح آخر بترك اختيار الجنسية المناسبة للشخص المعني بالعلاقة، لكن هذا الحل لا يمكن تطبيقه بسبب اختلاف الأشخاص وعدم إمكانية التطبيق التناوبي للقانون الوطني.¹

أمام هذا الوضع هناك من يرى² أن الحل الأمثل والذي يكفل استقرار المركز القانوني ووحدة المعاملة الدولية لمتعدد الجنسية هو تفضيل جنسية دولة الموطن أو الإقامة العادية إذا كانت جنسية تلك الدولة من بين الجنسيات المتنازعة لأنها تعتبر الجنسية الواقعية أي الجنسية التي يرتبط بها الشخص فعلا، كما تجسدها الروابط القائمة والمصالح الاجتماعية والاقتصادية بينه وبين الدولة.

ومن جهة أخرى يرجح البعض³ العمل بما يسمى بالحل الوظيفي⁴، ويتلخص في أنه لا يجب النظر لمسألة تعدد الجنسيات على أنها مسألة مستقلة قائمة في ذاتها لها حل ثابت في جميع الحالات، بل يجب النظر إليها على اعتبار أنها مسألة أولية تثار بمناسبة مسألة أصلية، ولهذا من الأنسب إيجاد حل لها على ضوء النظر إلى المسألة ذاتها من حيث طبيعتها والغاية منها، سواء تعلق الأمر بمركز الشخص أو بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بالاختصاص الدولي للمحكمة ومدى إمكانية الاعتراف أو تنفيذ الحكم الأجنبي⁵، حيث يأخذ بعين الاعتبار الهدف من القاعدة القانونية سواء

¹ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 121.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 166، ص 104، 105.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 677.

⁴ - أخذ بهذا الحل بعض القوانين مثل القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 23 من الخاصة بحل مشكلة تنازع الجنسيات بنصها على أنه: "إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية وتعلق الأمر بالاختصاص القضائي المباشر للمحاكم السويسرية، فإن المحاكم السويسرية وحدها هي التي يتعين التعويل عليها كضابط للاختصاص لهذه المحاكم، أما إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية فإنه يجب الاعتداد بالجنسية الواقعية أي تلك التي يكون لها رباط وثيق، وذلك ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك. أما إذا كان الاعتراف بالحكم الأجنبي في سويسرا يتوقف على الفصل في مسألة جنسية الشخص متعدد الجنسية فإنه يستوي للاعتراف بهذا الحكم أن يكون الاختصاص قد انعقد صحيحا للمحكمة الأجنبية وفقا لقانون أي من الجنسيات التي يتمتع بها هذا الشخص"، انظر هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 280، 281، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 677.

B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle..., Op.cit, p 444.

⁵ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 280، عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 678.

كانت اتفاقية أو من القانون العادي¹ كما تستند الفكرة على أنه إذا تعلق الأمر بمشكلة تعدد الجنسية وكانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، وطبق القاضي الوطني الجنسية الأجنبية فإن هذا لا يعني أنه ينكر الصفة الوطنية للشخص لأنه لا يمكن لأية سلطة من سلطات الدولة إنكار ذلك².

ويرى جانب من الفقه المصري إمكانية الأخذ بهذا الحل الوظيفي في الحالة التي يكون فيها متعدد الجنسية يحمل الجنسية المصرية، وهذا الحل يتقيد بطبيعة قواعد الإسناد ووظيفتها ودور الجنسية بوصفها ضابطاً للإسناد في بعض المسائل مثل الأحوال الشخصية أو بوصفها ضابطاً ينعقد بموجبه الاختصاص القضائي الدولي المباشر وغير المباشر للمحاكم المصرية³.

وفي تطبيق الحل الوظيفي في القانون اللبناني، يشرح الفقه⁴ ذلك، أنه إذا كان الشخص متعدد الجنسية يحمل الجنسية اللبنانية وثار مسألة التعدد أمام القضاء اللبناني فإن مركزه القانوني وما إذا كان له مركز الأجنبي أو الوطني، يتحدد وفقاً لقانون القاضي، لأن المبدأ العام يتمثل في النظر إليه على أنه وطني وإلا تجردت الجنسية من كل معنى قانوني لها، وما هذا إلا نتيجة طبيعية، في القانون الدولي العام، لمبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، وبالتالي يعامل متعدد الجنسية الذي يحمل الجنسية اللبنانية على أنه وطني يتمتع بكافة الحقوق ويتحمل كل الالتزامات الوطنية مثل أداء الخدمة العسكرية وتحمل الضرائب، فله حق الدخول إلى لبنان والإقامة فيها وتولي الوظائف العامة وحق الانتخاب والترشح، وحق التقدم للمسابقات التي تقتصر على الوطنيين، لكن لا يكون له الحق في التقدم للمسابقات التي تقتصر على الأجانب عن طريق الادعاء أنه يتمتع بجنسية أجنبية، كما لا يمكن اتخاذ قرار الإبعاد في مواجهته، وهذا ما يحفظ ما للجنسية معناها بوصفها رابطة سياسية وقانونية، وينسجم مع الرغبة في المحافظة على ارتباط الشخص بدولته ولو كان متواجداً في الخارج، وحسب تقدير الفقه السابق أنه يجب النظر للمسألة بمرونة وإدخال اعتبارات الملائمة، فلو تعلق الأمر بلبناني يحمل جنسية

¹ - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle... , p 444.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 677، 678.

³ - انظر هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 281.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 278 وما يليها.

دولة معادية وكانت هذه الأخيرة فعلية، فليس هناك ما يحول دون معاملته على أنه ينتمي لدولة أجنبية معادية ويخضع بذلك لنفس الإجراءات والمعاملة التي يخضع لها رعايا الدول المعادية، لكن بشرط التأكد من ارتباطه الوثيق بها، وفي إطار الملائمة كذلك يمكن أن يعامل اللبناني معاملة الأجنبي ومنحه حقوقا تفوق حقوق المواطن في حالة وجود اتفاقية دولية ثنائية، أو عندما يقرر القانون اللبناني ذلك خاصة في مجال الاستثمار، أما في مجال تنازع القوانين، فالقاعدة العامة هي تطبيق قانون جنسية الشخص على أحواله الشخصية وفي حالة ما إذا كان الشخص متعدد الجنسية فيطبق قانون جنسية القاضي، وهذا الحل مستمد طبعاً من فكرة السيادة ووجوب الإبقاء على تبعية الشخص لدولته ولو كان متواجداً في الخارج لاعتبارات اجتماعية ودينية، وحتى يتمتع المسلم بالمزايا التي يحققها قانونه مثل الطلاق بالإرادة المنفردة وتعدد الزوجات، لكن يجب تحليل قاعدة الإسناد من أجل تحديد الغاية منها والبحث عن روحها، مثلاً إذا كان القانون الأجنبي يعترف بآثار الزواج الظني أكثر من قانون القاضي، فيرى نفس الفقه ضرورة إعمال قانون الجنسية الأجنبية على اللبناني متعدد الجنسية، وكذلك في مجال الحضانة، حيث أن الحرص على مصلحة الطفل متعدد الجنسية يؤدي إلى تفضيل القانون الذي يوفر أكبر حماية له، وهذه هي الغاية التي تهدف إليها قاعدة الإسناد، ونفس الأمر بالنسبة لخضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام، فإذا كانت القاعدة اختيارية تهدف إلى التيسير على المتعاقدين، وكان القانون المطبق، من بين القوانين المحددة، مثلاً في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین الذين يحملان جنسية أخرى غير جنسية دولة القاضي، فحتى تتحقق الغاية من قاعدة الإسناد، وهي أن يكون التصرف صحيحاً، فيطبق قانون الجنسية المشتركة الأجنبية إذا كان يحقق ذلك¹.

وبالنسبة للفقه الفرنسي² فإنه يعتبر الحل الوظيفي تخفيفاً من المبدأ، إذ سيكون من الملائم وضع استثناءات على مبدأ تفضيل جنسية القاضي، ويبدو قبول فكرة أن هذا التفضيل ليست له نفس القوة في مختلف الوضعيات التي يظهر فيها التنازع بين الجنسيات. وبدون التنازل عن مبدأ ترجيح جنسية القاضي المكرس في القانون الوضعي، سيكون من الأفضل أن يأخذ القاضي الفرنسي

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 274، 275.

² - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 122.

بعين الاعتبار أن قضاة الدول الأخرى سيطبقون نفس المبدأ لحساب قانونهم، فإذا كان القاضي الفرنسي، على أساس قاعدة القانون الدولي العام التي تمنح لكل دولة الاختصاص عند تحديد مواطنيها، يتمسك بالجنسية الفرنسية في حالة ازدواج الجنسية من بينها الجنسية الفرنسية، عليه أن يحترم أن القانون الدولي قد منح نفس الاختصاص لدولة أخرى ينتمي لها مزدوج الجنسية، وعدم تجاوز مبدأ تفضيل هذه الدولة لجنسيتها بناء على السيادة.

لكن تم انتقاد الطرح المتعلق بالحل الوظيفي لأنه يحمل اعتداء على استقرار مفهوم أساسي لترابط النظام الاجتماعي، وهو الجنسية، مادام أن لكل دولة مفهومها لتركيبية شعبها¹.

الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري

لقد تبني المشرع الجزائري مبدأ تفضيل جنسية دولة القاضي في المادة 2/22 من القانون المدني بنصها: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائري، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"، ومن خلال هذا النص يتبين أنه لم يمنح الحرية للقاضي في تقدير ما إذا كانت الجنسية الجزائرية، أصلية كانت أو مكتسبة، فعلية أو غير فعلية، كما أنه لم يمنحه الحرية في الملائمة بينها وبين القانون المطبق والذي يتمثل في القانون الجزائري وما إذا كان يعتبر القانون الأفضل المحقق للعدالة، فالأخذ بالمبدأ على إطلاقه قد يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري بالرغم من عدم ارتباط المعني به، كما أن ذلك سيشكل مشكلا عند تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري في الخارج، لهذا يتم إبرام الاتفاقيات الثنائية مثلا الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بالتعاون القضائي، المبرمة في 1962/08/28، حيث حددت في المادة 21 فقرة 2 الجنسية الواجب أخذها بعين الاعتبار في حالة ازدواج الجنسية، إلا أن المبادئ التشريعية الخاصة بالقانون الدولي الخاص جاءت منقوصة من الفعالية والأثر المباشر، فأمام هذا النقص في الفعالية من جهة والتطور البطيء الذي يعرفه القانون الدولي العام من جهة أخرى، على المشرع أن يغير موقفه و يأخذ بالحل الوظيفي، الذي يؤدي إلى تطبيق القانون الملائم ودون تحيز لقانون القاضي، الذي قد لا يكون ملائما في جميع الحالات، فالحل

¹ - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle... , p 444.

الذي أخذ به المشرع يعبر عن منح الأولوية لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة واعتبار قاعدة تنازع القوانين قاعدة سياسية تهدف لتحقيق مصلحة الدولة ولو كان ذلك على حساب الأفراد، فالأمر يتعلق بمصالح فردية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وبالتالي لا فائدة من إدراج فكرة السيادة ومصلحة الدولة، لأن هذا سيؤدي إلى نفور متعددتي أو مزدوجي الجنسية من اللجوء إلى القضاء الجزائري إذا كانت قواعد القانون الجزائري غير منصفة ومتحيزة بدون أي أساس عملي، فليس المهم أن يأخذ المشرع بما هو معمول به في مختلف التشريعات وإنما المهم أن يراعي مصلحة الأفراد، التي لا تتعارض حتما مع مصلحة الدولة.

المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي على أساس حماية الطرف الوطني

إن تطبيق قانون القاضي يستند على المنهجية المتبعة في حل مشكل تنازع القوانين، كقاعدة عامة، وهي منهجية قواعد الإسناد الازدواجية، حيث يطبق إلى جانب القانون الأجنبي بالاستناد على ضابط إسناد معين، لكن حل مشكل تنازع القوانين الذي يمنح أهمية شبه حصرية لقانون القاضي يعتبر حلاً غير مبرر، خاصة مع قبول منح مكانة فعلية للقانون الأجنبي، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية أين يكون تطبيق قانون الجنسية هو القانون الملائم فعلاً، لكن منح الهيمنة لتطبيق قانون القاضي بصفة انفرادية ودون مزاحمة القانون الأجنبي قد ينبأ إماماً عن تطور القانون الدولي الخاص وإماماً عن تخلفه، فهذا التطبيق الانفرادي يهدف إلى حماية مصلحة الطرف الوطني، وإن كانت هناك مبررات أخرى، فعند الموازنة بين مصلحة الوطني الذي يدخل في علاقة مع الطرف الأجنبي يفضل ترجيح مصلحة الطرف الوطني، ويمكن القول أن القاضي إذا عرضت عليه منازعة مختلطة أي أحد أطرافها يكون وطنياً يحمل جنسية دولة القاضي، فإنه يرجح جنسيته، وهو المبدأ المعمول به في حالة تعدد الجنسية، بغض النظر عن مصلحة الطرف الأجنبي، ويطبق قانون القاضي في هذه الحالة نظراً لكونه قانون جنسية أحد الأطراف، وحماية مصلحة الطرف الوطني تظهر في قواعد الإسناد في مسألة المعاملات المالية التي تعتبر موضوع المنازعة الدولية الخاصة التي تتم بين طرف وطني وآخر أجنبي (المطلب الأول) وفي مسائل الزواج والطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الطرف الوطني في مجال المعاملات المالية

بعد أن قررت المادة 10 / 1 ق م ج إخضاع الأهلية لقانون الجنسية بنصها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وضعت استثناء في الفقرة الثانية "ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

فالتصرفات أو المعاملات المالية التي تتم في الجزائر بين جزائري وأجنبي تخضع للقانون الجزائري، بما فيها مسألة الأهلية، باعتباره قانون القاضي، بشروط يجب توفرها (الفرع الأول) ولقد اختلفت أسس تطبيق قانون القاضي (الفرع الثاني) وتحتاج قاعدة إخضاع أهلية الأجنبي لقانون القاضي إلى تقييم (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط تطبيق قانون القاضي

بداية يثور التساؤل، قبل التطرق لهذه الشروط، عمّا إذا كان الاستثناء (حسب الفقه) أو الحكم المقرر في المادة 2/10 قاعدة إسناد أو قاعدة مادية، فمن خلال إجراء مقارنة بين الفقرتين الأولى والثانية لنفس المادة، يلاحظ أن هناك اختلاف في البنية، فالفقرة الأولى من المؤكد أنّها قاعدة إسناد بسبب تضمينها فئة الإسناد وهي الحالة المدنية والأهلية وضابط الإسناد وهو الجنسية، أمّا بالنسبة للفقرة الثانية فلا تتضمن نفس البنية، وإنما يتعلق الأمر باستثناء يتضمن شروط إعماله، إذن فهذه الفقرة ليست قاعدة إسناد وإنما هي قاعدة موضوعية أو مادية، وكما يرى بعض الفقه¹ أنّها قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص خاصة بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي تطبق مباشرة إذا توافرت شروطها، وهي ليست قاعدة تنازع وليست قاعدة من قواعد التطبيق الضروري أو قواعد البوليس، لكن على خلاف ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أنّها قاعدة من قوانين البوليس وقاعدة مادية للقانون الدولي الخاص، نتيجة طابعها الضروري لتطبيقها على كامل الإقليم في مقابل استبعاد القانون الأجنبي المختص، وكذلك بسبب تطبيقها إذا توفرت شروطها المتمثلة في حسن نية التاجر وتعاقده دون رعونة².

يرجع أصل تقريرها إلى قرار في قضية شهيرة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1861 تعرف بقضية "ليزارد"، حيث قررت أن "الالتزامات التي تعاقد عليها أجنبي، ناقص الأهلية حسب قانونه الوطني ولكنه كامل الأهلية حسب القانون الفرنسي، لبائع أو تاجر فرنسي، تعتبر صحيحة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 836.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, p 390.

ونافذة إذا تصرف الطرف الفرنسي دون استخفاف ودون رعونة وبجسنة¹، وتتلخص وقائعها أنه في سنتي 1853 و 1854 اشترى شاب مكسيكي يدعى ليزاردي، يبلغ من العمر 21 سنة لكنه لا يزال قاصراً وفق القانون المكسيكي الذي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة، مجوهرات من تجار باريسيون ووقع صكوكا بقيمة كبيرة ومهمة (80 ألف فرنك فرنسي)، وفي سنة 1857 أصبح ليزاردي راشداً حسب قانونه الوطني، فرفع دعوى قضائية ضد المتعاملين معه أمام محكمة السين (tribunal de la seine) من أجل الحكم ببطالان العقود التي حررها لصالح التجار بسبب نقص أهليته، لكن دفع المدعى عليهم بأن ليزاردي كان كامل الأهلية حسب القانون الفرنسي في وقت التعامل معه، وأنهم كانوا يجهلون جنسيته الأجنبية وأنهم تعاقدوا أو تعاملوا معه بحسن نية، وفي النتيجة التزاماته صحيحة، حيث قام ليزاردي بتسديد المبالغ الدائن بها، فرفضت المحكمة طلب ليزاردي لعدم التأسيس وتمّ تأييد الحكم بالرفض على مستوى الاستئناف من طرف مجلس قضاء باريس في 18 جويلية 1859، ليطعن فيه بالنقض، لكنه رفض من طرف محكمة النقض.

وبالتالي من أجل أن تخضع أهلية الأجنبي لقانون القاضي وليس لقانون الجنسية، يجب أن يتعلق الأمر بتصرف أو معاملة مالية، وأن تتم في دولة القاضي وتنتج آثارها فيها، وأن يكون الطرف الأجنبي، المتعامل مع الطرف الوطني الذي يحمل جنسية دولة القاضي، ناقص الأهلية وفق قانونه وأن يكون نقص أهليته غير بيّن.

ومن الفقه² من يشترط لتطبيق قانون القاضي مجموعة من الشروط، يصنفها أو يقسمها إلى شروط موضوعية تحدد نطاق تطبيق قانون القاضي سواء النطاق من حيث المكان أو من حيث التصرف القانوني محل النزاع أو من حيث حكم الأهلية واختلافه بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، وشروط شخصية يتعين توافرها في الطرف الوطني والذي يجب أن يجهل القانون الأجنبي في شأن

¹ - « Les engagements contractés par un étranger, mineur selon sa loi nationale mais majeur selon la loi française, envers un marchand français n'en sont pas moins valables si le Français a agi sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi » Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 39.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 167، ص 355.

الأهلية وأن يكون حسن النية ومتبصرا، وفي الطرف الأجنبي الذي يجب أن يكون قاصرا وبالغا في نفس الوقت ولكن وفقا لقانونيين مختلفين وألا يكون قد ارتكب غشا أو تحايلا.

1- أن يكون التصرف ماليا

يجب أن يكون موضوع التصرف الذي يقوم به الطرف الأجنبي مع الطرف الجزائري ماليا، مثل البيع والإيجار، وسواء أكان مدنيا أو تجاريا¹، أما التصرفات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية مثل الزواج فإنها غير معنية، لأن الزواج والطلاق تعتبر تصرفات خطيرة وتتطلب وقتا كافيا للاستعلام على جنسية المعني، فهي ليست عقود يجب إبرامها بسرعة².

ولقد انتقد الأستاذ "إسعد" هذا الشرط، حيث يرى أن المسألة يمكنها أن تخص كذلك مجال الأحوال الشخصية، حيث على فرض أن أجنبيا عقد زواجه (تزوج) في الجزائر واتضح فيما بعد أنه عديم (أو ناقص) الأهلية لأسباب متعددة وفقا لقانونه الوطني، فإذا تبين أن زوجته كانت حسنة النية وقت الزواج، فمن غير المرغوب فيه إعلان بطلان العقد³، ومن غير المستحسن أن تغلق الأبواب لإمكانية تصحيح الزواج⁴.

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري إلى تقييد مجال الاستثناء في إطار التصرفات المالية والعقود الجارية واليومية، أما التصرفات الخطيرة أو ذات أهمية خاصة مثل التصرفات الواردة على عقار فإنها تخرج من نطاق التصرفات المالية المعنية، لأن مثل هذه التصرفات تقتضي الحيطه والحذر وتستلزم من العاقد أن يتحرى أحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي⁵ (خاصة أحكام الأهلية)، ويتعلق الأمر بالتمييز بين التصرفات العادية اليومية التي تخضع لقانون القاضي باعتباره قانون مكان الإبرام

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 361.

² - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 40.

³ - موحند إسعد: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 161،

⁴ - عليوش قريوع كمال: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 205.

⁵ - انظر هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، ص 313، 314.

وبوصفه قانونا إقليميا خاصا بالأمن المدني، وبين التصرفات الخطيرة التي تخضع للقانون الأجنبي فيما يتعلق بمسألة الأهلية¹.

والسبب أن التصرفات اليومية تتميز بأنها تتم بسرعة وفي لحظة، فلا تتيح الفرصة للمتعاقد مع أجنبي بأن يتأكد، في وقت زمني قصير، من أهليته، أما التصرفات الخطيرة فبالنظر لأهميتها فتتطلب التبصر وبالتالي فإن عدم قيام المتعاقد بذلك يجعله مقصرا² وبالتالي لا يستفيد من دفعه بجهله لأحكام القانون الأجنبي.

غير أن بعض الفقه³ يعتقد أنه لا محل لهذا التقييد، مادامت العلة هي أن التصرفات ذات الخطر تقتضي قدرا من الحيطة وتقصي عن أهلية العاقد، فيكفي ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص الأهلية راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه لأن مدى القدرة على تبين نقص الأهلية بسهولة يعتبر مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، فكلما زادت خطورة التصرف كلما تطلبت المزيد من الحذر، كما أن إخراج التصرفات الهامة التي يكون محلها أموال طائلة من مجال استبعاد القانون الأجنبي ورفض تطبيق قانون القاضي، يعتبر ظلما⁴ في حق المتعاقد حسن النية الذي قام بالتحري عن نقص أهلية المتعاقد الأجنبي وفق معيار الرجل العادي.

والراجح أن مجال التصرفات المالية يشمل المعاملات العادية والجارية وكذلك العقود المهمة والخطيرة بشرط أن يكون المتعاقد مع الطرف الأجنبي قد سلك سلوك الرجل العادي في البحث عما إذا كان الأجنبي قاصرا أو بالغا لكن خفي عنه ذلك.

لكن وبالقياس مع أحكام قانون الأسرة المستوحاة من الشريعة الإسلامية والتي تميز فيما يخص تصرفات ناقص الأهلية بين كونها تصرفات نافعة له أو مضرّة أو دائرة بين النفع والضرر، لماذا لم يأخذ المشرع بها ويطبّقها في نطاق القانون الدولي الخاص، فيميز بين التصرفات النافعة ويجعلها صحيحة

¹ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 156.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 362.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 314.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 362.

وبين التصرفات الضارة فتكون باطلة أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجعلها متوقفة على إجازة المسئول عن ناقص الأهلية، أي أن تكون القواعد المتعلقة بتصرفات ناقص الأهلية حتى ولو كانت مع طرف وطني متعلقة بالنظام العام أو قواعد بوليس وأمن مدني.

2- أن يتم التصرف في دولة القاضي وأن ينتج آثاره فيها

يشترط أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها، فلا يكفي أن يبرم في الجزائر وينتج آثاره في الخارج أو العكس إذ يجب أن يكون التصرف مرتبطا بالجزائر باعتبارها دولة القاضي من حيث الإبرام والآثار، ولهذا فإن اختصاص المحاكم الجزائرية يكون بناء على أن التصرف ينفذ على الإقليم الجزائري، كما أن القانون المطبق على موضوع التصرف يكون القانون الجزائري بسبب كونه أكثر ارتباطا بالتصرف، ماعدا في مسألة الأهلية حيث أن القانون المطبق هو قانون الجنسية كقاعدة عامة.

ويتمثل الهدف من هذا الشرط في الرغبة في حماية المعاملات التي تتم في إقليم دولة القاضي والعمل على استقرارها¹.

انتقد الأستاذ "إسعد" هذا الشرط، فما من مبرر لحصر القاعدة على العقود المبرمة في الجزائر حيث يجب أن تنتج آثارها، إذ قد يتعلق الأمر بعقد أبرم في الخارج وأنتج آثاره في الجزائر أو العكس، خاصة وأنه ليس بالإمكان معرفة مسبقا ما إذا كان العقد سينتج آثاره في الخارج أو لا، وإذا تمسك أحد الأطراف ببطان العقد فيتعين على القاضي الذي ينظر الدعوى أن يقدر وجود الخطأ (الغلط) في وقت وفي مكان إبرام العقد، فهو وحده يستطيع تقدير ذلك استنادا على القانون واجب التطبيق وفقا لقواعد التنازع في قانونه² (قانون القاضي).

ويذهب جانب من الفقه المصري إلى وجوب أعمال الاستثناء (تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون محل الإبرام بعد استبعاد القانون الأجنبي) ولو أبرم التصرف خارج الإقليم المصري، وذلك إذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية وفق قانونه الشخصي لكنه كامل الأهلية وفق قانون دولة مكان إبرام

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 356.

² - موجند إسعد: المرجع السابق، ص 162.

التصرف، لأن الهدف هو حماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التي تبرم داخل إقليم الدولة وتلك التي تبرم خارجها¹، وهو ما يتلاءم مع الهدف من القانون الدولي الخاص في تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة².

ويتم التمييز بين حالتين، حالة إبرام التصرف في الخارج بين وطني وأجنبي، وحالة إبرامه بين أجنبي من جنسيات مختلفة في الخارج، الحالة الأولى أن يكون المتعاقد الوطني ناقص الأهلية وفقاً لقانون الوطني ولكنه كامل الأهلية وفقاً لقانون محل إبرام العقد³، ويلاحظ أن هناك خطأ، لأن الصحيح أن نكون بصدد عقد مبرم في الخارج بين شخصين أحدهما أجنبي والآخر وطني أي أنه يحمل جنسية دولة القاضي الذي ينظر النزاع، وأن الطرف الأجنبي هو الناقص الأهلية وفقاً لقانون دولة القاضي وقانون محل الإبرام، لأن الطرف الوطني إذا ما أثر بطلان التصرف فإنه في الغالب يلجأ لقضاء دولته، وبالتالي يتمسك بجهله بالقانون الأجنبي، وفي الحالة الثانية فيمكن كذلك إعمال الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي في حالة ما إذا كان قانون محل الإبرام يتضمن حكماً مماثلاً⁴.

لكن من الأرجح التقييد بشرط أن يكون التصرف أبرم وأنتج آثاره في دولة القاضي وعدم التوسع بشأن التصرفات المبرمة في الخارج سواء بين وطني وأجنبي أو بين أجنبي من جنسيات مختلفة، لأن الأمر يتعلق بداية باستثناء لا يجوز التوسع فيه، كما أن اشتراط أن يكون التصرف قد أبرم وأنتج آثاره في دولة القاضي (الجزائر) فهذا يعني أنه وثيق الصلة بما يبرر تطبيق قانون القاضي على أحكامه الموضوعية وعلى مسألة الأهلية إذا وقع المتعاقد مع الطرف الأجنبي في غلط فيها.

وتقييد المشرع مجال تطبيق قانون القاضي على التصرفات التي تبرم وتنتج آثارها في دولة القاضي، كان بهدف أن يجنب قاضيه الوصول إلى نتائج شاذة، ذلك أن المنطق القانوني والتطبيق السليم للقانون يقتضي إبطال العقد الذي يبرمه القاصر باعتباره طرفاً وطنياً يحمل جنسية دولة القاضي، ولو أبرمه في الخارج، إذا تمسك بالبطلان أمام قاضيه الوطني، حتى ولو كان هذا القاصر

¹ - انظر: هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 315.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 359.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 358.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 358.

راشدا وفق قانون دولة محل الإبرام، أما إذا قبل القاضي المنطق العكسي، وقبل دفع المتعاقد الأجنبي مع القاصر بجهله للقانون الوطني لهذا الأخير، فإن ذلك سيؤدي به إلى اعتبار التصرف صحيحا ومعاملة القاصر كأنه راشد، وهذا ما يخالف الواقع، إذ سيختلف مركزه القانوني في دولته¹، إذ ستكون التصرفات أو المعاملات التي يجريها القاصر صحيحة سواء قام بها في دولته أو في الخارج مع أطراف مجهلون جنسيته وأهليته.

3- أن يبرم التصرف بين طرف وطني وآخر أجنبي

وفيهم هذا من خلال عبارات النص "...إذا كان أحد الطرفين أجنبيا..."، وبالتالي يشترط أن يكون أحد الطرفين جزائريا أو وطنيا وهذا ما يبرر تدخل وتطبيق قانون القاضي، وبالتالي إذا كان الطرفين أجنبيين فلا ضرورة لتطبيق قانون القاضي على مسألة الأهلية.

لكن القضاء الفرنسي عمم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بأهلية الأجنبي ولو كان المتعاقد الآخر أجنبيا²، واستقر على هذا ولم يتردد في حماية العاقد الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعامل معه، فلا يشترط أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين لأن الهدف هو حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم³، فيطبق قانون القاضي بوصفه قانونا إقليميا سواء كان المتعاقد مع الطرف الأجنبي ناقص الأهلية وطنيا أو أجنبيا⁴، ويمكن إرجاع التفسير الموسع للشرط للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري⁵، أما إذا كان كل من المتعاقدين يحمل نفس الجنسية الأجنبية فلا يطبق قانون القاضي لأن المفروض أن كل منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي⁶.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 360.

² - الطيب زروقي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 156.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 314.

⁴ - انظر الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 156.

⁵ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 206.

⁶ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 314.

وبالتالي يمتد مجال الحماية من الوطنيين ليشمل الأجانب، ويعتقد أن هذا الحل عادل يهدف لحماية المتعاقد حسن النية، أمّا إذا تعاقد أجنبي مع وطني ناقص الأهلية دون أن يتبيّن نقص أهليته فإنه لا يستفيد من عدم تطبيق القانون الشخصي على ناقص الأهلية، الذي يعتبر قانون القاضي، وإلاّ لأدّى عدم تطبيق القانون الشخصي الذي يدفع الطرف الأجنبي بجهله له إلى اختلاف المركز القانوني للقاصر واعتباره راشداً، فيكون أمام المتعاقد الأجنبي الدفع بالغش والتحايل للحصول على تعويض وفق القواعد العامة¹.

كما لا يلزم أن يكون الطرف المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية تاجراً وإنما يمكن أن يكون شخصاً عادياً، فالتصرف المالي قد يكون مدنياً أو تجارياً، أمّا البنوك فلا تستفيد من الدفع بجهلها للقانون الأجنبي لأن من واجباتها الأساسية الاستعلام عن أهلية المتعامل الأجنبي معها².

وعلى خلاف المشرعين الجزائري والمصري، جاء في المادة 2/40 من القانون الدولي الخاص التونسي أن العلاقة لا تكون بين تونسي وأجنبي وإنما يمكن أن تكون بين أجنبان لأنها تستعمل عبارة "عن إحدى الأطراف في التصرف المالي"³.

لكن يمكن القول أن مادام أن الأمر يتعلق باستثناء وجب بالتالي تقييد نطاق تطبيق قانون القاضي على المعاملات المالية التي يكون أحد أطرافها وطنياً والآخر أجنبياً، كما تمّ تقييد الاستثناء على التصرفات التي تتم في دولة القاضي وتنتج آثارها فيها.

4- أن يكون ناقص الأهلية فيه خفاء من الصعب تبينه

بداية يشترط أن يكون الطرف الأجنبي ناقص الأهلية، وحسب البعض⁴ فإن ناقص الأهلية لا يرجع فقط إلى السن بل يرجع كذلك إلى حكم قضائي بالحجر على من كان سفيهاً أو انتابه عارض آخر من عوارض الأهلية وخضع لأحكام الوصاية المقررة في قانونه. ويلاحظ أن هذا التفسير الموسع

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 367، 368.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 369.

³ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 206.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 834.

لمفهوم نقص الأهلية يمنح فرصاً أكثر لحماية الطرف الوطني، لكن تجب الإشارة إلى أنه يشترط أن يكون الطرف الأجنبي كامل الأهلية وفق قانون القاضي، وبالتالي إذا كان الشخص سفيهاً أو طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية وفقاً لقانونه الوطني وصدر حكم قضائي بذلك فإنه يكون كامل الأهلية مادام أن هذا الحكم لم يعترف به ولم ينفذ في إقليم دولة القاضي. فإذا تقرر نقص الأهلية بموجب حكم قضائي أجنبي فمن الصعب في أغلب الحالات معرفة هذا الحكم القضائي¹.

يشترط أن يكون نقص أهلية الأجنبي فيه خفاءً على المتعاقد الوطني ولا يسهل عليه اكتشافه، وأن يكون الشخص قد تعاقد بدون خفة وبغير رعونة وأن يكون حسن النية²، ومن ثمّ يتطلب فيه ألا يكون مقصراً في تبصره واحتياطه³، ومسألة تحديد متى يكون نقص الأهلية فيه خفاءً يرجع للسلطة التقديرية للقاضي⁴، وفقاً لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي عن طريق مقارنة سلوك المتعاقد مع ناقص الأهلية الأجنبي مع سلوك الرجل العادي⁵.

أما إذا كان سبب نقص الأهلية واضح بسبب صغر السن أو بسبب تصرفات الشخص فلا يطبق قانون القاضي ولا يمكن للمتعاقد مع ناقص الأهلية الأجنبي أن يتمسك بتطبيق قانون القاضي وبجهله للقانون الأجنبي، وكذلك إذا سبق للطرف الوطني أن تعامل مع الأجنبي ناقص الأهلية فلا يجوز له الاحتجاج بجهله بنقص أهليته.

إذ يجب في التعامل مع ناقص الأهلية الأجنبي أن يجهل حكم القانون الأجنبي فيما يتعلق بالأهلية، وأن يكون جهله به بحسن نية أو دون استخفاف وعدم رعونة، فنتيجة له يقع المتعاقد مع ناقص الأهلية الأجنبي في غلط، أي في اعتقاد مخالف للحقيقة، ينصب على مضمون القانون الأجنبي وعلى أهلية المتعاقد معه، فهو غلط في القانون وغلط في الواقع، ويجب لقبول الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي أن يقع المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية فيهما معاً، ويؤسس الغلط في القانون على

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 795.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 315.

³ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 156.

⁴ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 206.

⁵ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 315.

الاختلاف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي فيما يتعلق بحكم الأهلية، ويشترط أن يكون الغلط شرعياً، أي أن يكون المتعاقد حسن نية، وحسن النية يكون في العقود الفورية أو العادية، قد تعاقد بدون خفة وبدون رعونة، ويتعلق هذا بالعقود المهمة¹.

ويتنقد الأستاذ "إسعد" بشدة كون نقص الأهلية "السبب غامض"، فحسبه إما أن يكون الشخص ذو أهلية أثناء تعاقدته أو لا يكون على الإطلاق، أما عدم الأهلية لسبب غامض فإنها تعني وجود شك حولها، وفي هذه الحالة يتعين إما تكليف الأجنبي بإثبات أهليته أو رفض التعاقد معه، وإذا تمّ التعاقد معه، بالرغم من العلم بعدم أهليته دون معرفة سببها، فإن حسن النية تزول ولا يعتد بها².

وتقدم المادة 2/40 من القانون الدولي الخاص التونسي حلاً واضحاً لا يترك مجالاً لأحد المتعاقدين من أن يتذرع بجهله للقانون، ذلك أنه إذا كان أحد المتعاقدين متمتعاً بالأهلية بالنظر إلى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد فإنه لا يمكنه أن يحتج بانعدام أهليته أو نقصها بالرجوع إلى قانونه الوطني³.

بالإضافة إلى ما سبق يشترط الاختلاف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي فيما يتعلق بالأهلية، وأن يكون المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية وفق قانونه الشخصي وكامل الأهلية وفق قانون القاضي، وألاً يكون قد تعاقد باستعمال الغش والخداع كتقديم وثائق مزورة تثبت كمال أهليته، لأنه في هذه الحالة لا يثار الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي وإنما يتابع الأجنبي ويلزم بالتعويض وفق القواعد العامة كما أن العقد يكون باطلاً، وهذا على خلاف آثار الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي حيث يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي ويصحح العقد⁴.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 370، 371، 372.

² - موحد إسعد: المرجع السابق، ص 162.

³ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 207.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 376، 377.

الفرع الثاني: أساس تطبيق قانون القاضي

إذا توفرت الشروط السابقة فإن القانون الأجنبي الذي يحكم الأهلية لا يطبق، وبدلاً منه يطبق قانون القاضي، ولقد اختلفت آراء الفقه في تفسير أساس تطبيق قانون القاضي، بين رده إلى فكرة النظام العام (البند الأول)، أو إلى فكرة الإثراء بلا سبب (البند الثاني)، أو إلى فكرة جواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبي (البند الثالث)، أو على أساس حماية المصلحة الوطنية (البند الرابع).

البند الأول: على أساس الدفع بالنظام العام

اتجه جانب من الفقه إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام مادام أن تطبيق هذا القانون يضر بمصالح الوطنيين¹، وإحلال قانون القاضي محله، وبالتالي فيتم اعتبار استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسألة الأهلية تطبيق لفكرة النظام العام الدولي². ومعنى ذلك أنه إذا قرر القانون الأجنبي سن أهلية أقل من السن المقررة في قانون القاضي فإنه يكون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي لهذا يتعين استبعاده، ويمكن اعتبار الحكم المقرر في المادة 2/10 ق م ج تطبيقاً للدفع بالنظام العام في مجال المعاملات بين الوطنيين والأجانب يستند على مسألة الأهلية.

لكن وجهة انتقادات إليه بسبب أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي يكون بسبب أن أحكامه تتعارض تعارضاً صارخاً مع الأسس الجوهرية لقانون القاضي³، وكذا بسبب تجاهله الأصول التي تقوم عليها فكرة النظام العام باعتباره دفع استبعادي يوجه ضد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ذلك أن المبدأ في القانون الدولي الخاص أن الدفع بالنظام العام يقوم عند وجود تعارض بين القانون الأجنبي وقانون القاضي واختلاف في الأسس والأفكار الأساسية التي يقوم عليها كل من النظامين القانونيين بحيث تنعدم فكرة الاشتراك القانوني⁴، ومجرد كون سن الرشد في القانون الأجنبي يزيد عن

¹ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 339.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 339.

السن المحددة في قانون القاضي لا يصطدم مع النظام العام في دولة القاضي¹، كما أن اختلاف القوانين في مسألة الأهلية لا يعني انعدام الاشتراك القانوني فيما بينها، لأن هذا الاختلاف مشروع ومقبول.

وهناك تباين بين مسألة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسألة الأهلية واستبعاده بسبب إثارة الدفع بالنظام العام، ففي الحالة الأولى لا بد من التأكد من توافر الشروط الموضوعية المتمثلة في نوعية العقد، إذ يشترط أن يتعلق الأمر بتصرف مالي، والشروط الشخصية المتمثلة في حسن نية المتعاقد الوطني وجهله بالقانون الأجنبي، أمّا في الحالة الثانية فيستبعد القانون الأجنبي بعد تقدير موضوعي للتعارض بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، وإذا كان صحيحاً أن أساس تطبيق قانون القاضي في مسألة الأهلية يقوم على فكرة النظام العام لما اشترط توافر الشروط السابقة، بالإضافة إلى أنه في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم مسألة الأهلية إذا كان المتعاقد مع الطرف الأجنبي ناقص الأهلية أجنبي ليس من نفس جنسيته فلا يكون هناك مساس بالنظام العام لدولة القاضي².

البند الثاني: على أساس فكرة الإثراء بلا سبب

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تأسيس قرار محكمة النقض على فكرة الإثراء بلا سبب لتبرير استبعاد أحكام القانون الأجنبي الخاصة بسن الرشد، ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته من أجل إبطال العقد قد أثري على حساب الطرف الوطني لهذا يخضع النزاع لقانون القاضي باعتباره قانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء بلا سبب³.

ويعاب هذا الرأي بسبب عجزه عن تفسير القرار القضائي الذي قضى بصحة التصرف القانوني الذي قام به الأجنبي ناقص الأهلية دون تفرقة بين ما إذا أثري بهذا التصرف أو لا⁴، لأن

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 340، 341.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 335.

⁴ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311.

القضاء يحمي المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية حتى ولو لم يكن هذا الأخير قد حقق إثراء، وإن كان الإثراء هو الوضع الغالب، كما أن الأثر المترتب على الإثراء بلا سبب يؤدي إلى حصر طلبات الطرف الذي تم الإثراء على حسابه في مقدار ما افتقر به بينما الأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبي يتمثل في تصحيح العقد عملاً بحكم قانون القاضي¹، وإخضاع أهلية الطرف الأجنبي لقانون القاضي.

البند الثالث: على أساس الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي

يبرر أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص² تطبيق قانون القاضي على مسألة أهلية الأجنبي المتعاقد مع طرف وطني، وبالتالي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، على فكرة الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي³، وهذا انطلاقاً من القرار القضائي الذي ورد في حثياته أن الفرنسي لا يمكنه أن يعلم قوانين مختلف الأمم والدول والأحكام الخاصة بنقص الأهلية وبسن الرشد وأثر الالتزامات التي يقوم بها الأجانب بالنظر لأهليتهم المدنية⁴.

فإذا كانت أحكام القانون الأجنبي، فيما يتعلق بمسألة الأهلية، مجهولة لدى الطرف المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية فإنها لا تطبق، ولا يمكن للطرف الأجنبي ناقص الأهلية أن يحتج بنقص أهليته في مواجهة المتعاقد معه، من أجل طلب إبطال ما تعاقد عليه، حيث يعذر الطرف الوطني في هذه الحالة بجهله أحكام القانون الأجنبي بصفة استثنائية، لأن القاعدة العامة هي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، والتي لا تطبق إلا على مستوى الإقليم الوطني فيما يتعلق بالقانون المحلي، فالعذر

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 335، 336.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 279, p 340,341, B.AUDIT : Op.cit, n° 615, p 489, 490, P.MAYER, V.HEUZE :Op.cit, n°525, p 389, 390.

حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 327 وما يليها.

³ - l'ignorance excusable de la loi étrangère.

⁴ - ... « que, dans ce cas, le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile » Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 39.

مقبول ويترتب عليه عدم تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله واعتبار العقد صحيحا بالرغم من كونه في الأصل باطل.

ويبرر الرأي السابق جواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبي لأن هذا الأخير لا يعتبر قانونا وإنما مجرد واقعة¹.

لكن بعض الفقه²، وإن كان يؤيد عدم تطبيق القانون الأجنبي في هذه المسألة ومبدأ عدم معاملة القانون الأجنبي بنفس معاملة قانون القاضي، إلا أنه يرفض التبرير، واعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، ويرى أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تطبق في شأن القانون الأجنبي أسوة بقانون القاضي، وإن كان من المسلم به عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي وأنه يجوز له الاعتذار بجهله له في الحالات التي يبذل فيها جهده ولو بمساعدة أطراف الدعوى للبحث عن مضمونه وإثباته، إلا أنه بالنسبة للأفراد لا يجوز لهم الاحتجاج بجهلهم للقانون، لأن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، على المستوى الداخلي، قاعدة ضرورية لاستقرار المعاملات وفرض النظام، ومادام أنه على مستوى العلاقات الدولية الخاصة يتم تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد على قاعدة الإسناد الوطنية أي قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فإنه لا فرق بين القانون الأجنبي وقانون القاضي فيما يتعلق بالعلم بأحكامهما فلا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبي، وهذا بهدف استقرار المعاملات، فالجهل بنقص الأهلية كان نتيجة الغلط في قابلية القانون الأجنبي للتطبيق وليس في مضمونه، والمتعاقد مع ليزاردي لم يكن يعلم أن القانون الأجنبي يقرر سن رشد مختلف عما هو مقرر في قانونه، فقد اعتقد أن القانون المحلي هو المطبق، في حين أن قاعدة التنازع تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي (باعتباره القانون الوطني لناقص الأهلية) فالغلط انصب على قاعدة التنازع الوطنية في حدّ ذاتها³، لكن القضاء قيد جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبي في مسألة الأهلية فقط، ولو طبق في كافة المسائل كالزواج والطلاق لكان مخالفا للواقع⁴، ولأدّى ذلك للاحتجاج بالجهل بالقانون الأجنبي

¹ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 311.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 312، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 345، 346.

³ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 43.

⁴ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 313.

كحيلة للإفلات من تطبيق أحكامه، وبالتالي القضاء عليه كفكرة قانونية يقوم عليها القانون الدولي الخاص. ولو كان صحيحا أن الجهل بالقانون الأجنبي هو أساس "قرار ليزاردي" فلماذا تمّ حصره في مسألة الأهلية فقط ولم يتم قبوله في جميع الحالات التي يدّعي فيها الشخص جهله بأحكام القانون الأجنبي¹. أمّا في مجال النشاط الاقتصادي فلا محل لعذر الجهل المعتفر للقانون الأجنبي لأن البحث عن المعلومات من بينها الأهلية يعتبر ضروريا².

ويرى بعض الفقه الجزائري³ أن القانون الأجنبي لا يعدّ واقعة وإنما هو قانون، لكنه لا يخضع لقاعدة لا يعذر بالجهل بالقانون، وإنما يعذر بجهله ويكون العذر مقبولا مادام أنه أجنبي.

وفي المقابل يرى بعض الفقه⁴ أن فكرة الجهل المعتفر بالقانون الأجنبي تبدو أكثر الأفكار القانونية صلاحية لأن يؤسس عليها استبعاد القانون الأجنبي وأكثر ضمانا لتقييد هذا الاستبعاد في نطاق ضيق، حيث لا يتم التمسك به إلا بخصوص الأهلية اللازمة للمعاملات المالية، وتتوفر الشروط اللازمة، التي إن تخلف أحدها يبقى القانون الأجنبي واجب التطبيق، وهذا ما يرد على الانتقادات الموجهة لفكرة الجهل المعتفر، لهذا تتم إقامة التوازن بين مصلحة طرفي العقد، بحماية الطرف حسن النية عن طريق استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يضار من تطبيقه وحماية الطرف الآخر ناقص الأهلية عن طريق تطبيق قانونه الشخصي إذا لم تتوفر الشروط، وبهذا يمثل الدفع بالجهل المعتفر بالقانون الأجنبي حلا أصليا ومتميزا، يبرر الاستبعاد الاستثنائي للقانون الأجنبي صاحب الاختصاص العادي.

وفي المقابل، هناك من يرفض اعتبار قاعدة الجهل المعتفر بالقانون الأجنبي مجرد دفع أو استثناء ملازم لقاعدة التنازع الخاصة بالأهلية، مثل الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون، لأن القاعدة المقررة للجهل المعتفر تعتبر قاعدة موضوعية ينحصر مضمونها في عدم الاعتداد بنقص

¹ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 43.

² - Cf. B.ANCEL, Y.LAQUETTE : Op.cit, p 46.

³ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 204.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 347، 348.

الأهلية¹، فهذا الرأي يعتبر أن تطبيق قانون القاضي يكون بصفة مباشرة، وهو ما يمكن تأييده، بحيث لا يستبعد القانون الأجنبي، فيما يتعلق بالأهلية، وإنما يطبق قانون القاضي مباشرة متى توفرت شروط تطبيقه.

البند الرابع: على أساس حماية المصلحة الوطنية

ذهب بعض الفقه² إلى أن الحكم في قضية "ليزاردى" يستند على فكرة المصلحة الوطنية والتي تستلزم ألا يضار الطرف الوطني من تطبيق القوانين الأجنبية³، فالمقصود بالمصلحة الوطنية مصلحة الطرف الوطني، ومن الضروري أن يتجه القاضي في الحالة التي يكون فيها الخصم أجنبياً إلى الحكم لفائدة الطرف الوطني وتطبيق القانون الوطني⁴.

لكن انتقد هذا التبرير لأن مؤداه حماية مصالح الوطنيين على حساب الأجانب وهو ما يخالف حكمة التشريع، ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى حماية مصالح الأفراد دون تفرقة بين وطنيين وأجانب، كما أن هذا التبرير يتجاهل أحكام القوانين الأجنبية في عدّة فرضيات بهدف حماية المصلحة الوطنية⁵، ويؤدي إلى إنكار القانون الدولي الخاص⁶، فهذه الفكرة فيها كثير من الظلم الذي يرفضه المنطق القانوني الذي يفرض المساواة، فليس من العدل أن تضار مصلحة الأجانب ولا أن تؤثر عليها مصلحة الوطنيين⁷، كما أن القضاء الفرنسي لم يتردد من تمديد الاستفادة من عدم تطبيق القانون الأجنبي في حالة ما إذا كان كلا المتعاقدين أجانب لا يحملان نفس الجنسية، فليس الهدف هو الاهتمام بمصلحة المتعاقد مع ناقص الأهلية في حدّ ذاتها لأنها ليست أفضل من مصلحة ناقص الأهلية⁸.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 837، 838.

² - منهم الطيب زروي: المرجع السابق، ص 155.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 310.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 333.

⁵ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 310.

⁶ - B.ANCEL, Y.LAQUETTE : Op.cit, p 44.

⁷ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 334.

⁸ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 44.

وإن كان أغلب الفقه لا يؤيد فكرة المصلحة الوطنية ولا يعتبرها أساساً لتطبيق قانون القاضي، إلا أنه بالنظر لحثيات قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزاردى"، فإنه لم يثبت أن المتعاملين مع ليزاردى كانوا على علم بصفته كأجنبي عندما تعاملوا معه، وأهم قاموا بعدة عمليات بيع مجوهرات بحسن نية، وأن قيمة المبيعات كانت مرتفعة جداً، وتم ذلك بحضور عائلته ودون معارضة منها¹، فلو أن قيمة المبيعات كانت زهيدة، أو أن المعاملة تمت بين أجنبى، فهل كانت ستتجه محكمة النقض الفرنسية لنفس الاتجاه؟ الإجابة على هذا السؤال ستكون بالنفي، لأن الأمر يتعلق بالموازنة بين مصلحتين، مصلحة الطرف الوطني ومصلحة الطرف الأجنبي، والاختلاف في الجنسية بين المتعاقدين بحيث أن أحدهما يحمل جنسية دولة القاضي - بالرغم من أن البعض يذهب إلى قبول الاختلاف في الجنسية بين متعاقدين كلاهما أجنبي لا يحمل جنسية دولة القاضي - هو الذي جعل محكمة النقض الفرنسية تبني عذر الجهل بأحكام القانون الأجنبي، باشتراط التعاقد بحسن نية وبدون خفة ورعونة، لأنه لو على فرض أن الطرف الفرنسي كان يعلم بنقص أهلية الطرف الأجنبي المتعاقد معه فإن محكمة النقض كانت ستجعل العقود المبرمة صحيحة بهدف أن يتحصل الطرف الفرنسي على حقوقه، أي أن السند أو التبرير الذي اعتمدت عليه هو التعاقد بحسن نية.

ويذهب بعض الفقه إلى القول أن "قرار ليزاردى" يعد تطبيقاً لنظرية المظاهر، فالحقيقة الموضوعية أن نقص الأهلية الخاضع للقانون الوطني المعين بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي كان مختلفاً وراء الأهلية الظاهرة الناتجة عن تطبيق قانون مكان إبرام العقد²، وهو ما يعرف بحماية الأوضاع الظاهرة واستقرار التعامل في الأسواق الوطنية، فالأجنبي الذي يتعامل في هذه الأسواق ويكون بالغ سن الرشد وفق القانون المحلي لا يجوز له أن يحتج بنقص أهليته وفق قانون جنسيته حماية للمتعاملين معه³، كما أن الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية يهدف إلى حماية التجارة الوطنية

¹ - « Attendu, en fait, qu'il n'est pas établi que les défendeurs éventuels aient connu la qualité d'étranger de demandeur quand ils ont traité avec lui ; qu'il résulte des déclarations de l'arret attaqué qu'en lui faisant diverses ventes d'objets mobiliers de leur commerce, ils ont agi avec une entière bonne foi,..., que ces fortunes lui ont été faites en présence de sa famille et sans aucune opposition de la part de celle-ci,... » Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 40.

² - Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 44.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 313.

أو المحلية، وتجنّب المفاجأة وتطوير المعاملات والتبادلات، وباعتبار أن القاعدة المقررة في هذا القرار تعتبر قاعدة موضوعية فإنها تهدف إلى ترقية العلاقات التجارية الدولية وحماية السوق الوطنية¹.

إذن كان الهدف من "قرار ليزاردي" هو حماية المعاملات التي تتم في إقليم دولة القاضي واعتبارها صحيحة بالرغم من أنها معيبة بعيب نقص الأهلية، وهذا في إطار حماية السوق الوطنية التي تعبّر عن المصلحة الوطنية، فإنه رغم اختلاف التبريرات إلا أنها تصب في قالب واحد وهو حماية المصلحة الوطنية.

الفرع الثالث: تقييم قاعدة إخضاع أهلية الأجنبي لقانون القاضي

جدير بالذكر أن القرارات التطبيقية لما جاء في "قرار ليزاردي" نادرة، لأن المجال الطبيعي لها هو العقود الجارية والعادية، وأغلب الحالات كانت في الدعاوى أين تقوم المرأة المتزوجة ببعض العمليات مع أصحاب محلات الخياطة والجواهر دون رخصة من الزوج المشترطة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق². وهذا ما يدل على أن الحكم المقرر لتطبيق قانون القاضي على أهلية الأجانب استثناء لا محل له.

فما ذهب إليه القضاء الفرنسي كان حالة نادرة بهدف حماية التصرفات التي تتم بين الوطنيين والأجانب والتي تكون معيبة بسبب نقص أهلية الأجنبي المجهولة لدى الطرف الوطني، وقد تمّ تبني هذا الحكم من طرف المشرع الجزائري في المادة 10 الفقرة الثانية ق م ج نقلا عن المشرع المصري (المادة 11 من القانون المدني)، فالقرار القديم الصادر في سنة 1861 لا يزال معمولا به من وجهة نظر المشرع الجزائري، فأين تكمن أهميته؟

إذا كان مجال هذا الحكم هو التصرفات المالية التي تتم في الجزائر وتنتج آثارها فيها، فمن المفروض توخي الحيطة وأخذ الاحتياطات اللازمة عند إبرامها، وإذا كان الأمر يتعلق بعقود الحياة اليومية، فأمام العديد من المعاملات اليومية التي يجريها أصحاب المحلات من الصعب معرفة ما إذا

¹ - Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 44, 46.

² - Cf. B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, p 46.

كان المتعاملون معهم كاملي أو ناقصي الأهلية بسبب صغر السن أو بحكم قضائي، سواء تعلق الأمر بمواطنين أو أجنب، فلماذا يستفيد الوطني من عدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي ويدفع بعذر جهله بواقعة الأهلية وبنص القانون الأجنبي المحدد لسن الرشد، وفي المقابل لا يستفيد المتعاقد مع ناقص أهلية بحكم قضائي، في إطار العلاقات الداخلية، من عدم تطبيق القانون ودفعه بجهله بواقعة نقص الأهلية، طبعاً لأن الأمر يتعلق بالموازنة بين مصلحتين، مصلحة الطرف الوطني ومصلحة الطرف الأجنبي، وتفضيل مصلحة الطرف الوطني على حساب الطرف الأجنبي ناقص الأهلية، بالرغم من أن من أهداف القانون الدولي الخاص حماية ناقصي الأهلية عن طريق تطبيق القانون الملائم وهو قانون جنسيتهم، لكن هذه المادة قررت حكماً يخالف مبادئ القانون الدولي الخاص ويمس بمبدأ المساواة، لهذا من الأفضل إلغاءها، فليس كل ما يقرره القضاء الفرنسي يكون صالحاً لأن يشرع. ومن أجل حماية الطرف الوطني يمكن الاستعانة بالدفع بالنظام العام الذي يعتبر مبدأ سائداً في القانون الدولي الخاص، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بصحة العقود المبرمة مع الأجنب أو إبطالها، ويمكن إضافة أن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية "ليزاردى" يبقى معمولاً به مادام أن التجار الفرنسيين يتعاملون مع سياح أجنب دون معرفة جنسياتهم وقوانينهم الشخصية التي تحدد سن أهليتهم ومادام أنهم يستفيدون من هذه المعاملات، فهنا تعطل مبادئ القانون الدولي الخاص القائمة على تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن لفائدة تطبيق قانون القاضي وحماية المعاملات المالية التي تتم في إقليم دولة القاضي. لكن وعلى فرض أن التاجر الفرنسي تعامل في الخارج مع أجنبي ناقص الأهلية وكان من الصعب تبين نقص أهليته فهل كان من الممكن أن يستفيد الطرف الفرنسي لو عرضت المنازعة أمام قاضي أجنبي من نفس ما استفاد منه من قضاء دولته، الإجابة ستؤدى إلى نتيجة أن القضاء الفرنسي هو قضاء الفرنسيين وبالتالي كان "قرار ليزاردى" ومازال قراراً نادراً تمّ تقريره على أساس حماية مصلحة الطرف الفرنسي ولو كان غير عادل.

المطلب الثاني: حماية مصلحة الطرف الوطني في الزواج المختلط

الزواج المختلط هو الزواج الذي يتم بين طرفين مختلفي الجنسية، وغالبا ما يكون بين طرف وطني وآخر أجنبي، ويثير الزواج المختلط مسألة تحديد القانون المطبق، هل هو قانون الزوجين معا أو قانون أحدهما، وبمعنى آخر هل يطبق على كل طرف قانونه أو يطبق على كلا الطرفين قانونيهما معا.

هذا ما يعرف في القانون الدولي الخاص بالتطبيق الموزع والتطبيق الجامع، والغالب أنه فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج يطبق قانوني الزوجين تطبيقا موزعا، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي وما أخذ به مشرعو بعض الدول، فيكفي أن تتوفر في كل من الزوجين على حدة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه وحده، وتعتبر هذه الشروط شروطا فردية تهدف لحماية الشخص منها شرط الأهلية أي بلوغ الشخص سنا معينة تؤهله للزواج وشرط الرضا، فالتطبيق الموزع يهدف لحماية الطرف الوطني. لكن الشروط التي تتعلق بالزوجين معا أو بالعلاقة الزوجية أو ما يصطلح عليها بالشروط المزدوجة فتخضع للتطبيق الجامع لقانوني الزوجين وحتى لا يكون لأحد القانونيين امتياز على الآخر، بسبب أنها تهدف لحماية مصالح اجتماعية وتعبّر عن مبادئ إنسانية وخلقية وتهدف لحماية العلاقة الزوجية في ذاتها، ومن بين هذه الشروط موانع الزواج المستمدة من القرابة والعدّة والموانع الصحية كالأمراض الجسمانية المعدية والأمراض العقلية، والارتباط بزواج سابق واختلاف الدين، فبالنسبة للمانع الصحي، اعتبره الفقه من الموانع المزدوجة لأنه يتعلق بالعلاقة الزوجية ولو كان يمس أحد الزوجين، أمّا بالنسبة للمانع الديني فهناك من يعتبره من الموانع المزدوجة والبعض الآخر يعتبره من الموانع ذات الصفة الفردية، لكن القضاء الفرنسي يعتبره مانعا مزدوجا¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يحدد طريقة تطبيق قانوني الزوجين، لكن طبقا للمادة 11 ق م والمادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تعتبر زواج الجزائري مع أجنبية في الخارج صحيحا بشرط ألا يخالف الزوج الشروط الموضوعية المتطلبية وفقا للقانون الجزائري، يمكن استخلاص أنه يأخذ بالتطبيق الموزع.

¹ - انظر: الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 161، 162، أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 232 وما بعدها، عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

وجدير بالتذكير أن المشرع الجزائري يأخذ بضابط الجنسية في مسألتي الزواج والطلاق، هذا الضابط الذي يثير العديد من الإشكالات منها ما يتعلق بانعدام الجنسية أو بتعددتها، في الحالة الأولى أوجد المشرع حلًا بإحلال ضابط الموطن وفي الحالة الثانية تفضيل جنسية دولة القاضي أو الجنسية الفعلية (المادة 22 ق م).

كما يثير ضابط الجنسية مشكلة تغييرها ما بين وقت انعقاد الزواج ووقت المطالبة بأحد الحقوق المترتبة عليه أو وقت انحلاله، أو ما يعرف بالتنازع المتحرك، كأن يتم زواج بين أجنبيين ثم يغيّر الزوج جنسيته إلى جنسية دولة أخرى، ويعيد الزواج للمرة الثانية أو يطلق زوجته الأجنبية بإرادته المنفردة، خاصة إذا كان قانونه جنسيته الأولى لا يسمح بالتعدد أو يقيد الطلاق وكان قانون الجنسية الثانية يسمح بذلك، أفلا يمكن اعتبار تغيير الجنسية غشا نحو القانون. من خلال المادة 12 ق م لجأ المشرع الجزائري لتفضيل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بالنسبة لآثاره، وتطبيق قانون جنسيته وقت رفع دعوى الطلاق على مسألة انحلال الزواج والانفصال الجسماني، حيث جعل ظرف الإسناد الزمني ركنا في قاعدة الإسناد، لكن هذا الحكم لا يخلو من الصعوبات، فلو تمّ تعديل قانون جنسية الزوج بإضافة حقوق أو التزامات أو الإنقاص منها، فإنه يكون له أثر فوري يسري على الروابط الزوجية منذ تاريخ سريانه ويطبق على آثارها ولو انعقد الزواج في ظل القانون القديم وبالتالي لا تتوقف آثار الزواج على تاريخ انعقاده¹، كذلك لو غيّر الزوج جنسيته أو غيّر الزوجان جنسيتهما المشتركة، فمن غير المنطقي ومن غير الواقعي أن يحكم آثار الزواج قانون الجنسية السابقة وإنما تخضع لقانون الجنسية الجديدة، لأن المفروض أن يختص القانون الجديد بحكم الآثار المستقبلية، ولأن التمسك بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يكون فارغا من كل معنى وتقديس نص يصطدم مع الواقع²، ولو أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يعتبر المرأة المتزوجة غير كاملة الأهلية ثمّ تمّ تعديله وأصبح يعتبرها كاملة الأهلية فلا يمكن لها أن تبقى سجيئة القانون القديم³، لهذا من الأفضل تطبيق القانون الجديد مادام أن تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش.

¹ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 171.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 865.

³ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 227.

وفيما يتعلق بأهلية المرأة المتزوجة يرى البعض¹ أنه من الصعب إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج خاصة إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية لأن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفق قانونها الشخصي لتصبح بعد الزواج ناقصة الأهلية ومن الأفضل إبقاءها خاضعة لقانونها الشخصي وعدم تأثير الزواج عليها.

كما أنه من الأفضل، في حالة تغيير الزوجين لجنسيتها المشتركة إلى أخرى جديدة تطبيق قانون جنسيتها المشتركة الجديدة على مسألتي آثار الزواج وانحلاله².

وبالتالي فإن المشاكل التي تثيرها المادة 12 ق م ج أمّا لا تأخذ بعين الاعتبار قانون الجنسية الجديدة ليكون الواجب التطبيق على آثار الزواج خاصة وأن هذه الآثار تعتبر من النظام العام ومنظمة بموجب أحكام آمرة، وهذا ما يجعل النص القانوني مخالف لمبادئ قانونية³.

كذلك إن مسألة إخضاع آثار الزواج وانحلاله لقانون واحد وهو قانون الزوج وعدم إخضاعه لأكثر من قانون، حيث لا يخضع لقانوني الزوجين معا، تتجنب مشكلة كيفية تطبيقهما خاصة إذا كانا مختلفين، فلا يتصور أن تخضع آثار الزواج كنظام قانوني واحد لعدّة أحكام والتي قد تكون متناقضة، هذا من جهة، لكن من جهة أخرى فإن الاختيار بين قانون كل من الزوجين وتفضيل قانون الزوج باعتباره رب الأسرة والمكلف بشؤونها، نظرا لدوره وأهميته بالنسبة للدول الإسلامية، قد يطرح مشكلا فيما يتعلق بمبدأ المساواة بين الزوجين لهذا تلجأ بعض الدول الغربية إلى تطبيق قانون الموطن المشترك باعتباره ضابط إسناد محايد في حالة اختلاف جنسية الزوجين⁴.

ومن بين الانتقادات الموجهة للمادة 12 خاصة في فقرتها الثانية، أن اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق ليطبق على مسألة انحلال الزواج اختيار تعسفي، مادام أنه ليس قانونا محايدا باعتبار أن الزوجين مختلفي الجنسية، كما أنه يتعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، والإشكال يطرح بالنسبة للزوجة، عندما يغير زوجها جنسيته ما بين انعقاد الزواج وانحلاله،

¹ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 254، 255.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 865، 875.

³ - انظر عليوش قريوع كمال : المرجع السابق، ص 227، 228.

⁴ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 289، 290.

إذ تنحل الرابطة الزوجية وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولا تعلمه فلم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج وهذا ما يؤدي إلى مفاجئتها ويكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من العدل والإنصاف أن يعتد المشرع بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لأنه القانون المعلوم لدى الطرفين¹. فهذه القاعدة تشكل تمييزا بين الرجل والمرأة، كما أن التمييز بينهما يكون كذلك عند منح الاختصاص لتطبيق قانون الزوج فيما يتعلق بالآثار الشخصية والمالية للزواج، فإذا كانت الشروط الموضوعية للزواج تنظم بموجب القانون الوطني للزوجين، وهذه القاعدة تكرس المساواة بين الزوجين، فلم لا تخضع آثار الزواج للقانون المشترك للزوجين أو لقانون الموطن المشترك.

ذلك أن نتيجة تطبيق قانون الزوج فيما يتعلق بالحلل الزواج قد تمس بمركز الزوجة الأجنبية غير المسلمة المتزوجة بمسلم، حتى ولو كان غير جزائري لأنها ستخضع للشريعة الإسلامية، وأكثر من ذلك قد تكون ضحية اعتناق زوجها الإسلام بطريقة احتيالية للتهرب من تطبيق قانونه الوطني، خاصة إذا كان يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، والاستفادة من امتيازات القانون الإسلامي، في هذه الحالة تعوّض الجنسية بالديانة كضابط إسناد².

وعلى خلاف ذلك، نص المشرع التونسي في المادة 49 من القانون الدولي الخاص على حل يحفظ المساواة بين الزوجين على تطبيق القانون الوطني المشترك للزوجين وقت رفع الدعوى إذا كانت لهما جنسية مشتركة، وفي غياب ذلك، تطبيق قانون آخر موطن مشترك إذا اختلفا في الجنسية، وإلا يطبق قانون القاضي في حالة الاختلاف في الجنسية وفي الموطن³.

وإذا كانت المادتين 11 و12 ق م ج تمثلان قاعدتا إسناد مزدوجة، أي بإعمالهما تؤدي إتما إلى تطبيق قانون القاضي أو القانون الأجنبي، حيث حددت القانون الواجب التطبيق على الزواج فيما يتعلق بانعقاده من حيث الشروط الموضوعية وآثاره وانحلاله عن طريق الطلاق أو الانفصال الجسماني، فيكون القانون المختص هو قانوني الزوجين المطبق تطبيقا موزعا، أو قانون جنسية الزوج

¹ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 233، 234.

² - Layachi MESSAOUDI : La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain , RIDC, 1992 , volume 44 , n° 4 p 953.

³ - انظر الطيب زروني: المرجع السابق، ص 180، عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 234.

وقت انعقاد الزواج، أو قانونه وقت رفع دعوى الطلاق، لكن هذه القواعد تطبق فقط في حالة ما إذا كان الزوجان أجنبيان، سواء اشتركا في الجنسية أو لم يشتركا، وبالتالي يمكن القول أنها لا تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي وإنما في جميع الفروض تكون النتيجة هي تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما يدفع إلى القول أنها لا تتصف بالصفة الازدواجية، وفي نفس الوقت لا يمكن اعتبارها قاعدة انفرادية.

والمرجع الجزائري، ومثله المشرع المصري، قرر حكما في المادة 13 ق م ج، والتي تقابلها المادة 14 م مصري، بمنح الاختصاص لقانون القاضي وحده ودون مزاحمة القانون الأجنبي له وهذا بموجب قاعدة إسناد انفرادية في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ليطبق القانون الجزائري على مسائل الشروط الموضوعية وآثار الزواج وانحلاله. وهذا ما يعتبره الفقه استثناء مقررًا لصالح قانون القاضي، فهو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بمنح الاختصاص للقانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد التي تمنح الاختصاص لقانون جنسية الزوجين، وهو لا يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي تطبيقا استثنائيا وإنما يطبق هذا الأخير تطبيقا مباشرا لهذا فهو في الحقيقة ليس استثناء وإنما امتياز مقرر لمصلحة الطرف الوطني، ولا يقصد به، عند بعض الفقه¹، رعاية قانون القاضي، لأن المادة اشترطت ضرورة أن يكون أحد الزوجين وطنيا ولم تكتف باشتراط أن يكون أحد القانونيين وطنيا، وينبغي البحث عن طبيعة المادة 13 ق م ج ونطاقها (الفرع الأول) قبل تقييمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة المادة 13 ق م ج ونطاق تطبيقها

إن تطبيق المادتين 11 و12 ق م ج على مسائل الزواج والطلاق في الحالات التي تكون بين زوج أجنبي وزوجة جزائرية قد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي على آثار الزواج إذا كان الزوج أجنبيا وقت انعقاد الزواج، وعلى انحلال الزواج إذا كان الزوج أجنبيا وقت رفع الدعوى، وهذه النتيجة غير مرغوب فيها، لهذا عمد المشرع إلى وضع المادة 13 ليطبق القانون الجزائري في جميع الحالات التي

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 222.

تكون فيها الزوجة جزائرية وقت انعقاد الزواج، لأنه إذا كان الزوج جزائريا فيطبق القانون الجزائري بمقتضى المادتين 11 و 12 ق م.

لكن الفرق بينها أن المادتين 11 و 12 ق م تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج على الشروط الموضوعية وعلى آثار الزواج، ووقت رفع دعوى الطلاق على مسألة انحلال الزواج، أما المادة 13 ق م فتؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا أو الزوجة جزائرية وقت انعقاد الزواج على كل ما يتعلق بالزواج من الشروط الموضوعية وآثار الزواج وانحلاله، فالفرق يتمثل في أن العبرة بوقت انعقاد الزواج في المادة 13 ق م.

والمشروع لم يميز بين الزوج والزوجة في الاستفادة من النص، فلم يحدد من هو الطرف الذي يشترط أن تتوفر فيه الصفة الوطنية، إلا أنه من خلال قواعد الإسناد المزدوجة التي تنظم الزواج في القانون الدولي الخاص، يتبين أن الطرف المستفيد هو الزوجة التي يشترط أن تكون وطنية، ولو أن المشروع اشترط وطنية الزوجة لما تغير النص¹.

ومن أسباب وجود المادة 13 أنه عند إعمال المادة 11 التي تخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين، قد تؤدي إلى اعتبار زواج الجزائري المسلم مع أجنبية غير مسلمة باطلا وفقا للقانون الأجنبي، بالرغم من صحته وفقا للقانون الجزائري، وعند إعمال المادة 12 قد تخضع الزوجة الجزائرية لقانون جنسية زوجها الأجنبي فيما يتعلق بآثار الزواج وانحلاله ويكون ذلك في غير مصلحتها، لهذا تختلف المادة 13 عن المادتين 11 و 12 ق م ج من حيث الطبيعة، فهي قاعدة انفرادية وليست ازدواجية (البند الأول) وتطبق على مسألتى الزواج والطلاق (البند الثاني).

البند الأول: طبيعة المادة 13 ق م ج

إن نص المادة 13 م ج يتضمن قاعدة تنازع انفرادية قصد بها المشروع تحديد حالات تطبيق القانون الجزائري على الزواج المختلط وضابط الإسناد فيها هو الجنسية الجزائرية لأحد الزوجين وقت انعقاد الزواج، ومضمون هذه القاعدة أمران، الأول: أنه يجب تطبيق القانون الجزائري كلما كان أحد

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 222.

الزوجين سواء الرجل أو المرأة جزائريا وقت انعقاد الزواج، والثاني: أنه لما كان لقانون القاضي، وهو القانون الجزائري، الأولوية في التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الانفرادية فإنه يتعطل العمل بقواعد الإسناد ازدواجية¹ المنصوص عليها في المادتين 11 و12 م ج.

فرغبة من المشرع في تحقيق الاستقرار الاجتماعي لوطنيته، اتجه في مسائل الزواج إلى وضع قواعد انفرادية ترجح تطبيق قانونه وتعطل حكم القواعد المزدوجة التي تتسم بالحيادية والتي لا تراعي بالضرورة مصلحة الطرف الوطني، كما أن الدافع إلى الانفرادية التنبؤ بمساوئ الازدواجية نتيجة تطبيقها العملي وإضرارها بمصلحة الطرف الوطني في علاقة الزوجية، لهذا تثار مسألة عدم كفاية قواعد الإسناد الازدواجية في المحافظة على النظام الاجتماعي وعجزها عن تحقيق رغبة المشرع في تحقيق الحماية للطرف الوطني².

وتعتبر الانفرادية منهجا لحل منازعات القانون الدولي الخاص، يتم الاستعانة بها لحماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة³، وتؤدي إلى التطبيق الأصلي لقانون القاضي دون مزاحمة القانون الأجنبي له، وهي طريقة يلجأ إليها المشرع لفرض سيادة قانونه وهيمنته والحماية لمواطنيه في علاقاتهم الخاصة العابرة للحدود.

وقواعد التنازع الانفرادية أو الفردية هي التي يقتصر دورها على تحديد مجال تطبيق قانون القاضي، ومثالها المادة 10 ق م ج قبل تعديلها والتي كانت تنص على أن تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، لكن عند تفسيرها بمفهوم المخالفة فإنها تعني تطبيق القانون الأجنبي على الأحوال الشخصية للأجانب، لهذا تعتبر قاعدة ازدواجية أو ثنائية.

وذهب رأي في الفقه إلى أن قواعد التنازع يجب أن تكون ذات صياغة إسنادية انفرادية، أي قاعدة ذات جانب واحد تقتصر على تحديد متى يكون قانون القاضي واجب التطبيق على منازعات

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 454، ص 877.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 111، ص 215، 216.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 110، ص 213.

العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولا شأن لها بتحديد حالات وجوب تطبيق القانون الأجنبي، حيث يجب أن يترك ذلك التحديد لقواعد التنازع في ذلك القانون، ويستند هذا الرأي إلى حجتين، أولها أن جوهر تنازع القوانين هو تنازع السيادة التشريعية للدول التي تتصل بها العلاقة الخاصة الدولية، ولا يملك المشرع أن يحدد إلا حالات تطبيق قانونه في المكان، وإن حدد حالات تطبيق القانون الأجنبي فيكون قد وضع نفسه محل المشرع الأجنبي وبالتالي يعتدي على سيادة الدولة الأجنبية، والحجة الثانية أن الصياغة الثنائية لقاعدة التنازع تؤدي إلى مخالفة إرادة المشرع الأجنبي عند تطبيقها على حالات لا يكون القانون الأجنبي مختصاً بتنظيمها، لهذا فإن قواعد التنازع مفردة الجانب تحترم إرادة المشرع الأجنبي في تطبيق قانونه¹. بالإضافة إلى أن أعمال قاعدة الإسناد ازدواجية من الناحية العملية أثار بعض المشاكل التي توجب حلها عن طريق تطبيق قانون القاضي وحده واعتبارها كأها انفرادية، فقاعدة التنازع الخاصة بالتكييف تعتبر قاعدة انفرادية لأنها تخضع لتكييف العلاقات وإدخالها ضمن فئات الإسناد لقانون القاضي، حيث تعامل العلاقات الدولية معاملة العلاقات الداخلية، كما أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى والتي تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي يجعل قاعدة الإسناد المزدوجة دون فائدة وكأنها قاعدة انفرادية، كذلك تعتبر مسألة ترجيح جنسية دولة القاضي إذا كانت من بين الجنسيات المتزاحمة في حالة تعدد الجنسية من المسائل التي تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي على الحالة الشخصية لمزدوج أو متعدد الجنسية، دون الاهتمام بقانون جنسيته الأجنبية، فهذه القاعدة هي قاعدة انفرادية، كما يعتبر عذر جهل القانون الأجنبي من طرف المتعاقد الوطني مع آخر أجنبي موضوع قاعدة انفرادية، بالإضافة إلى أن استحالة إثبات القانون الأجنبي واستبعاد تطبيقه باسم النظام العام تعتبر وسائل منحها المشرع للقاضي وتؤدي إلى نتيجة تطبيق قانون القاضي وهي نفس النتيجة التي تقود إليها قاعدة التنازع الانفرادية.

وبالتالي يظهر منهج الانفرادية في إطار تنازع القوانين كمنهج مجاور لمنهج الازدواجية، وهناك من يعتبره منهج منافس له، خاصة عند إدخال قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري ضمنه.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 57، ص 578، 579.

وهناك من يرى أن النظرية أو المنهج الفردي يبدو كوسيلة لحل المنازعات ولكن على أقصى حدّ كتجميع لأنظمة غير قادرة على تسوية الصعوبات المتولدة عن التجاوزات والتداخلات التي لا بد منها أو لا مفر منها¹.

وإذا كانت المادة 13 ق م ج قاعدة تنازع انفرادية قصد المشرع من خلالها حماية مصلحة الطرف الوطني في علاقات الزواج الدولية فإنها في نفس الوقت تعتبر قاعدة متعلقة بالنظام العام.

ويبدو من خلال صياغة المادة 13 أن المشرع متأثر بمبدأ شخصية القوانين وقد قصد منه ربط الأسرة التي يكون أحد أطرافها وطنيا بالجماعة الوطنية وبالنظام القانوني الوطني وتحقيق الحماية التي يكفلها هذا النظام للطرف الوطني، والحل مقرر لمصلحة قانون القاضي².

وقد تمّ تقريرها من أجل مواجهة بعض الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي، مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم مع أجنبية كتابية يمنع قانونها زواجها مع غير من ينتمي إلى طائفتها، ومثال الحالة الثانية زواج الجزائرية المسلمة مع أجنبي غير مسلم³.

وتبعا لذلك يرى بعض الفقه المصري⁴ أن القاعدة المقررة، بالنظر لوظيفتها، هي من القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر، وبالتالي فهي تطبق دون قواعد التنازع المزدوجة، ولا تثور في إطارها مشكلة تنازع القوانين، وبالنظر إلى الأساس الذي يقوم عليه حكمها، في حين يرى البعض الآخر⁵ أنه من الممكن حماية الطرف الوطني المسلم في الزواج عن طريق استخدام فكرة النظام العام، لكن، ونظرا للفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري والدفع بالنظام العام، يرفض الفقه السابق هذا الرأي الذي ينادي بإلغاء هذه القاعدة والاستغناء عنها بفكرة النظام العام، وحسبه فإن المادة 14 ق م م

¹ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 78.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 455، ص 877، بند 456، ص 878.

³ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 163.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 455، ص 877، 878.

⁵ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 301.

التي تقرر هذه القاعدة لا يقصد منها حماية الطرف المصري المسلم في الزواج بل حماية الطرف المصري أيا كانت ديانته¹.

وإذا اعتبرت المادة 13 م ج متعلقة بالنظام العام ومن قوانين البوليس، بالإضافة إلى أن القانون الذي تؤدي إلى تطبيقه هو قانون الأسرة الذي يتضمن أحكاما في أغلبها آمرة، فهذا يعني أنه قانون متعلق بالنظام العام ومن القوانين ذات التطبيق الضروري أو الفوري، وهذا ما تؤكد المادة 221 من قانون الأسرة بنصها: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، فإذا كانت الأحكام الواردة في القانون المدني تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي بناء على ضابط الجنسية، فإن المادة 221 تسند الاختصاص لقانون القاضي بناء على ضابط الموطن.

البند الثاني: نطاق تطبيق المادة 13 ق م ج

يمتد حكم المادة 13 ق م ج على كل ما يتعلق بالزواج وانحلاله ماعدا مسألة الأهلية التي تبقى محكومة بالقاعدة العامة وهي خضوعها لقانون جنسية الشخص، ومسألة الشكلية التي تخضع لقانون مكان إبرام عقد الزواج، وبالتالي تطبق على الشروط الموضوعية وآثار الزواج وانحلاله، فيطبق قانون القاضي في جميع مراحل الزواج.

وطبقا لذلك يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين سواء الزوج أو الزوجة جزائريا وقت انعقاد الزواج على مسألة الشروط الموضوعية الخاصة بانعقاد الزواج، والنص صريح من حيث اشتراط أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ولا يهم ما إذا كانت جنسيته أصلية أو مكتسبة وما إذا اكتسبها منذ فترة طويلة أو قصيرة.

وبالتالي إذا كانت القاعدة العامة تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالة اختلافهما تطبيقا موزعا إلا فيما يتعلق بالموانع، فحسب المادة 13 ق م فإن قانون الأسرة الجزائري يطبق تطبيقا جامعا، ولن يكون أمام القاضي التمييز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية ولن تطرح أمامه

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 455، ص 877، 878.

مسألة التكييف أو الإحالة ولن تثار مسألة الدفع بالنظام العام لأنه سيعامل العلاقة الزوجية ذات العنصر الأجنبي، والمتمثل في جنسية أحد الزوجين، كأثما علاقة وطنية محضة، فيتأكد من وجوب توفر الشروط المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة من أجل أن ينعقد الزواج صحيحا، ويحكم ببطلان الزواج أو بفسخه وفقا للمواد 32 ق أ ج وما بعدها.

وفيما يتعلق بآثار الزواج المتمثلة في حقوق وواجبات الزوجين فتطبق بشأنها المادتين 36 و 37 من قانون الأسرة، منها ما يتعلق بال عشرة وبالذمة المالية، ومادام أن القانون الجزائري هو المطبق فهذا يعني أنه يمنح الحق للزوج في التعدد ولو كان غير جزائري ولو كان قانونه يمنع التعدد، لكن بما أنه يمنع زواج المسلمة مع غير المسلم، فإن الزوج يكون بالضرورة مسلما وبالتالي له الحق في التعدد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ويندرج ضمن آثار الزواج تأثيره على جنسية الزوجين وعلى اسم الزوجة وأهليتها، وهذه المسائل يحكمها القانون الجزائري وحده، فيبقى الطرف الأجنبي محتفظا بجنسيته لكن تخفف له شروط الحصول على الجنسية الجزائرية حسب المادة 9 مكرر من قانون الجنسية، كما تحتفظ الزوجة الأجنبية بلقبها باعتباره من عناصر حالتها المدنية ولا تقيد أهليتها حتى ولو كان قانونها الوطني يقضي بغير ذلك.

أما فيما يتعلق بالنسب، فباعتباره من آثار الزواج من المفروض خضوعه للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وتطبق بشأنه أحكام المواد 40 وما يليها من قانون الأسرة، لكن مادام أن المشرع خصص قاعدة إسناد للنسب بأن أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته وفقا للماد 13 مكرر ق م ج، فإن النسب يخرج من نطاق المادة 13 ق م ج، ونتيجة لذلك لا يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ويخضع بالتالي للقانون الأجنبي إذا كان الأب أجنبيا والأم جزائرية¹، وهناك من يرى أفضلية استبعاد تطبيق حكم المادة 13 ق م ج من

¹ - تنص المادة 6 من الأمر 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمعدل بموجب الأمر 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية على أن الجنسية الجزائرية الأصلية تثبت للطفل المولود من أب جزائري أو أم جزائرية، ويلاحظ أن هذه المادة لا تفرق بين النسب الشرعي

مسألة النسب¹، لكن في حالة الولد مجهول الأب ومعلوم الأم، فيتعين تطبيق قانون جنسية الأم باعتبار أنها الشخص المطلوب الانتساب إليه²، مع العلم أن قانون الجنسية يمنحه الجنسية الأصلية من جهة الأم.

وبالنسبة لانحلال الزواج يكون القانون الجزائري هو الواجب التطبيق سواء فيما يتعلق بأسبابه (المادة 48 وما يليها ق أ ج) أو بآثاره (المادة 58 وما يليها ق أ ج)، حيث تنحل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجين أو بالتطليق أو بالخلع، لكن القانون الجزائري لا يعرف ما يسمى بالانفصال الجسماني، وبالتالي فلا يحكم القاضي به ولو كان قانون جنسية الزوج الأجنبي يعرف هذا النظام، وفي المقابل يمكن للزوج الأجنبي أن يطلق زوجته الجزائرية بإرادته المنفردة حتى ولو كان قانونه الوطني لا يعترف بذلك، كما يمكن للزوجة الأجنبية أن تخالع زوجها الجزائري مادام أن قانونه يسمح لها بذلك، كذلك يكون القانون الجزائري هو المطبق على مسائل العدة والحضانة والنفقة ومتاع البيت والسكن الزوجي والتعويضات المالية، هذه الأخيرة يمكن أن تندرج ضمن المسؤولية التقصيرية ليطبق عليها قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار.

وبالنسبة للحضانة تطبق أحكام المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، فتكون الأم أولى بحضانة ولدها، كما يجب مراعاة مصلحة المحضون³ وتربية الطفل على دين أبيه، وقد يستبعد تطبيق

والنسب غير الشرعي والنسب الطبيعي حيث أن الطفل المولود من أم جزائرية ويكون مجهول الأب ولا يتمكن من إثبات نسبه لأبيه، يطبق عليه القانون الجزائري فيما يتعلق بحالته الشخصية، مادام أن المشرع لم يقيد إثبات الجنسية الجزائرية بالميلاد من أم جزائرية، ولا حاجة في هذه الحالة إلى تطبيق المادة 13 مكر ق م ج لأن الأب مجهول، ويكون القانون الجزائري هو المطبق على الحالة الشخصية للطفل المولود من أم جزائرية، ولا يطبق على مسألة إثبات النسب.

¹ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 189.

² - فتيحة يوسف: مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03 سنة 2005، ص 188.

³ - لتفاصيل أكثر حول مسألة الحضانة، انظر زكية حميدو: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ولنفس المؤلف: حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 سنة 2000، ص 39-58.

القانون الجزائري حتى وإن كان هو الواجب التطبيق بموجب المادة 12 م ج أو المادة 13 م ج كلما كان إسناد الحضانة إلى الأم فيه مخالفة للشرع والقانون أي مخالفة النظام العام¹.

ولقد قررت غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1993/02/23 أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أما في حالة الإقامة ببلد أجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، ومادام أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي فإنه لا يمكن التحلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة أجنبية²، وما يثير الانتباه في هذا القرار أنه جاء مقتضبا وغير واضح في مسألة القانون الواجب التطبيق على مسألة الطلاق، مركزا على مسألة الاختصاص، ومكتفيا بأن قضاء القرار المطعون فيه يتفق وأحكام المادة 12 من القانون المدني، ويلاحظ أنه استند على هذه المادة مهملا المادة 13 من القانون المدني التي تعتبر أجدر في التطبيق من المادة 12، لأن هذه الأخيرة تطبق في حالة ما إذا كان الزوجان أجنبيين، لكن مادام أن الزوجين جزائريين فيطبق القانون الجزائري بصفة أولية.

كما نقضت غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17³، القرار الصادر عن قضاة الموضوع والذي طبق المادة 2/12 ق م في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون الزوج، حيث أثارت المحكمة العليا تلقائيا وجه النقض المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13، وجاء في حيثياتها أن الزوجة الطاعنة بالنقض لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، وكان على القاضي تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة

¹ - فتيحة يوسف: المرجع السابق، ص 194. انظر قراري المحكمة العليا الصادرين بتاريخ 1990/02/19، وبتاريخ 1989/01/02، المذكورين في المرجع نفسه.

² - انظر نبيل صقر: الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2015، ص 66.

³ - غ أ ش م م ع، ملف رقم 170082، المحلة القضائية، العدد الأول، سنة 2000، ص 167.

13 عوض القانون الايطالي. وما يلاحظ أن المادة **13** م ج قررت حماية للزوجة الجزائرية لتستفيد من تطبيق أحكام قانونها حتى ولو كان زوجها أجنبيا، وهنا لا مجال لتطبيق المادة **12** ق م ج.

وجدير بالذكر أن قانون القاضي يطبق بشرط رفع المنازعة أمام قضاء دولة القاضي، فيطبق القانون الجزائري إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية جزائريا، ويكون القضاء الجزائري مختصا وفقا لقواعد الاختصاص العادية أو غير العادية، إذا كان مسكن الزوجية أو مكان ممارسة الحضانة موجودا في الجزائر (المادة **40** ق م إ) أو إذا كان موطن المدعي الدائن بالنفقة الزوجية (المادة **40** ق م إ) أو موطن المدعى عليه موجودا في الجزائر (المادة **37** ق م إ) أو إذا وقع الفعل الضار في الجزائر (المادة **39** ق م إ) ، ويكون القضاء الجزائري مختصا في حالة ما إذا كان المدعي أو المدعى عليه يحمل الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى وفقا للمادتين **41** و **42** ق م إ.

الفرع الثاني: تقييم المادة **13** ق م ج

وجهت عدّة انتقادات للحكم الوارد في المادة **13** ق م ج والمتعلق بتطبيق قانون القاضي وحده على مسائل الزواج متى كان أحد الزوجين يحمل جنسية دولة القاضي، بشرط أن ترفع المنازعة أمام قضاء دولة القاضي، وفي هذه الحالة يقع التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فلو أن المنازعة لا ترفع أمام القضاء الجزائري فلا محل لتطبيق المادة **13** ق م ج و لا لتطبيق القانون الجزائري، وإنما يطبق القاضي الأجنبي المرفوعة أمامه المنازعة قواعد التنازع في قانونه، وهذا ما سيؤدي إلى اختلاف الحل لأنه قد يطبق قانونه، وبالتالي تثبت المادة **13** ق م ج محدوديتها وعدم فعاليتها، كما أن إعمالها قد يصعب مسألة تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الجزائري والذي طبق القانون الجزائري في الخارج، ويصبح الحكم القضائي دون فعالية.

كما أن أغلب التقنيات وضعت نفس الحل المقرر باستثناء قانون القاضي بالتطبيق على العلاقات الخاصة الدولية كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها، وبالتالي فإن كل قاضي سيطبق قانونه

مباشرة وهذا ما سيؤدي إلى إحداث مشاكل على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي ومدى مخالفته للنظام العام في دولة التنفيذ¹.

وإذا عرض النزاع أمام قاضي أجنبي ولو كان بين جزائريين أو بين أجنبي وجزائري، فإنه سيطبق قواعد التنزع في قانونه ويلجأ إلى التطبيق الموزع لقانوني جنسية الزوجين إذا كانت قاعدة الإسناد مماثلة للمادة 11 ق م ج، وسيعتبر زواج الجزائرية المسلمة مع أجنبي غير مسلم صحيحا ولا يعتد بالمانع المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري لأنه مخالف للنظام العام في دولته على أساس أنه تمييز مبني على الحالة الدينية، ولهذا انتقدت المادة 13 لأن اختصاصها تحكمي وحيد الطرف هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص، لكن لا مانع من إملائها مادامت تهدف لحماية مصلحة الطرف الوطني دون الاهتمام بما يقضي به القانون الأجنبي بل المهم أن يكون الزواج صحيحا أو باطلا طبقا للقانون الجزائري².

لكن تطبيقها قد يؤدي إلى نتائج غير معقولة، فإذا أبرم الزواج في الخارج بين زوجين أجنبيين ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية، فلا محل لإعمال المادة 13 ق م لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، وإذا أبرم الزواج بين طرفين أحدهما أو كلاهما جزائريا ثم غير أو غيرا جنسيتها معا إلى جنسية أجنبية بعد الزواج فسيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري الذي سيطبق على أجنبان خاصة فيما يتعلق بآثار الزواج وانحلاله، وسيكون الحكم الذي يصدره القاضي الجزائري لا معنى له إذ كيف يتصور تطبيق القانون الجزائري على آثار الزواج المستقبلية وعلى انحلاله لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الجزائري³، ونفس الإشكال تطرحه المادة 12 ق م ج لهذا فإن إعمالها يؤدي إلى حلول غريبة⁴، لأنه إذا الزوجان أجنبيان ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية فإن القانون الأجنبي سيكون هو الواجب التطبيق فيما يتعلق بآثار الزواج لأن العبرة بوقت

¹ - مثلا في مسألة الحضانة عندما يسند القانون الأجنبي الحضانة لأشخاص غير معترف لهم بها وهذا ما يجعله مخالفا للنظام العام في دولة تنفيذ الحكم الأجنبي، انظر فتيحة يوسف: المرجع السابق، ص 195.

² - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 163، 164.

³ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 172.

⁴ - عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 245.

انعقاد الزواج، والنتيجة أن يطبق القانون الجزائري على أجنب كانوا جزائريين وقت انعقاد الزواج ولا يطبق على جزائريين كانوا أجنب وقت انعقاد الزواج، أما بالنسبة لانحلال الزواج إذا تجنس الزوج الأجنبي بالجنسية الجزائرية فيطبق القانون الجزائري وفقا للمادة 12 فقرة 2 ولا مجال لإعمال المادة 13 ق م ج.

والمشكل الذي تطرحه المادة 13 عندما تمنح الاختصاص للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا حتى ولو كان يحمل جنسية أخرى لدولة لا تعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، حالة متعددي الجنسية الجزائريين الفرنسيين، فتطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية حتى ولو كانوا يجهلون الإسلام تماما، وقد يلجأ الزوج الجزائري الفرنسي للمحاكم الجزائرية ويرفع دعوى طلاق بإرادته المنفردة ويحتج بهذا الحكم في مواجهة زوجته المتواجدة في فرنسا، فهنا يكون الزوج قد احتال على القانون بحيث أنه رفع دعوى أمام محاكم بلده التي تعتبر مختصة وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادتين 41 و 42) من أجل الحصول على حكم لصالحه، لكن هذا الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا إذا لم يحترم قواعد الدفاع، وهذا الأمر يحدث غالبا من طرف المغاربة بصفة عامة المتواجدين في فرنسا¹.

وهكذا فإن انفراد قانون الزوج بالتطبيق على انحلال الزواج وقت الطلاق لا يخلو من النقد²، خاصة فيما يتعلق بمركز الزوجة إذا غير الزوج جنسيته ولم تدخل هي في جنسيته، وكان قانون الزوج وقت الزواج لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وقانونه وقت رفع الدعوى يعترف له بذلك.

ولهذا يعتبر الحكم الوارد في المادة 13 غير واقعي³، وقد يؤدي لنتائج شاذة⁴، غريبة ومتناقضة⁵، لأن المشرع حدّد وقت الاعتراف بالجنسية بوقت انعقاد الزواج، وقد يغير الشخص

¹ - Cf La documentation française : « L'étranger en France , face et au regard du droit : rapport/Ministère de la justice, Mission de recherches Droit et justice : Université Jean Moulin, Lyon 3 , centre de droit de la famille , sous la direction de Hugues Fulchiron.(internet).

² - عز الدين عبد الله : المرجع السابق رقم 99 ، ص 309

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 457، ص 879.

⁴ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 302.

⁵ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 115، ص 223.

جنسيته، فيصبح الطرف الوطني أجنبيا ويرتبط قانونيا وواقعا واجتماعيا بدولة أجنبية، وفي المقابل يصبح الأجنبي وطنيا ويرتبط واقعا واجتماعيا بدولة القاضي، ولهذا تثير مسألة مدى تحقيقها للأمن القانوني.

ومن الأفضل أن يكون نص المادة حاليا من أي تحديد لوقت الاعتراف بالجنسية الوطنية لأحد الأطراف، خاصة وأنه يشمل كل المسائل المتعلقة بالزواج، وحتى يتيح للقاضي حرية اختيار القانون المناسب لكل مسألة، فإذا كان وقت انعقاد الزواج مناسبا للأخذ بعين الاعتبار الجنسية الجزائرية بالنسبة للشروط الموضوعية وآثار الزواج، لكن ليس من المنطق أن يأخذ بهذا الوقت فيما يتعلق بانحلال الزواج¹.

ويبين بعض الفقه المصري² أنه من خلال الأعمال التحضيرية للقانون المصري أن واضعي نص المادة 14 مدني قد أبدوا مخاوفهم من اعتبار زواج المصري المسلم مع أجنبية غير مسلمة صحيحا وفقا لقانونه الوطني وباطلا وفق قانون جنسيته نتيجة التطبيق الموزع لقانونيهما، لهذا طرح إمكانية تبديد هذه المخاوف وحماية الطرف المصري المسلم عن طريق استخدام فكرة النظام العام التي تحمي الأجنبي كذلك مادام أنه يدين بالإسلام.

فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتغيرة بحسب الظروف السائدة في الدولة، ويمكن أن تستوعب حماية الطرف المسلم بغض النظر عن جنسيته، إذ يتعطل إعمال قواعد الإسناد التي تأخذ بضابط الجنسية، ولهذا تطرح الديانة كضابط إسناد بديل أو داعم لضابط الجنسية³.

وإذا كان الهدف الأساسي من تطبيق قانون القاضي على مسائل الزواج هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن فكرة النظام العام يمكن أن تغني عن نص المادة السابقة، حيث أنها توصل بسهولة إلى القضاء بصحة زواج المسلم مع غير المسلمة سواء كان الزواج بين وطني وأجنبية أو بين أجنبي،

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 225.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 300، حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 116، ص 225، 226.

³ - يعتبر ضابط الديانة الانتماء الفعلي للشخص بدلا من ضابط الجنسية القابلة للانعدام والتعدد والاندثار، في حين أنه لا يمكن القول بتعدد الديانة، وإن جرد الشخص من جنسيته فيتبقى علاقته بالدين، للمزيد انظر: ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 117.

والمقصود بفكرة النظام العام، النظام العام بمفهومه التقليدي الذي يستبعد حكم القانون الأجنبي الذي يعارض الأفكار الأساسية لدولة القاضي، لكن قد تكون قلة استعمالها من طرف القضاء هو ما دفع المشرع المصري إلى إيراد نص المادة 14 مدني، التي لها مجال متميز، خاصة عند حماية مصلحة الزوجة الوطنية التي لم تكفل تحقيقها قواعد الإسناد المزدوجة ولا فكرة النظام العام، وبالتالي فإن التطبيق الانفرادي لقانون القاضي يستند على فكرة النظام العام لكن بمفهومها الحديث، لأن الانفرادية تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي مباشرة دون أي مزاحمة له من طرف القانون الأجنبي¹.

بالإضافة إلى ما سبق، يمكن القول أنه قبل تطبيق قانون القاضي يجب على القاضي أن يتأكد، في حالة تغيير الزوج أو الزوجة جنسيته إلى جنسية دولة القاضي، من أن هذا التغيير لم يتم بقصد الغش نحو القانون²، فإذا كان تغيير الجنسية بإرادة الشخص تم بهدف الاستفادة من الأحكام المقررة في قانون القاضي، فيمكن أن تتجه نيته إلى التهرب من أحكام قانون جنسيته الأولى، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية بناء على القرائن أن يستخلص سوء النية، من بين هذه القرائن أن لا تكون المدة الزمنية ما بين الحصول على الجنسية الجديدة والمطالبة مثلا بالطلاق مدة طويلة، لكن قد يطرح التساؤل فيما إذا تبين للقاضي أن هناك غشا نحو القانون الأجنبي لفائدة قانونه فهل سيثير الدفع بالغش نحو القانون الأجنبي أم أنه لا يثيره مادام أن قانونه سيكون هو الواجب التطبيق؟

الراجح فقها أنه لا فرق بين القانون الأجنبي وقانون القاضي في إثارة الدفع بالغش نحو القانون، لأن التحايل على القانون الأجنبي هو في الحقيقة تحايل على قاعدة الإسناد الوطنية التي منحتها الاختصاص³.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 226، 227، 228.

² - يعرف الغش نحو القانون بأنه تغيير عمدي لضابط الإسناد بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المركز القانوني، وقد أثارته محكمة النقض الفرنسية في 18 مارس 1878 في قضية الأميرة دي بوفورمون، وتتلخص وقائعها في أن الأميرة دي بوفورمون وهي بلجيكية الأصل اكتسبت الجنسية الفرنسية من زواجها من الأمير دي بوفورمون لكن حدث بينهما انفصال جسماني لأن القانون الفرنسي لم يكن يسمح آنذاك بالطلاق، فانتقلت إلى ألمانيا وغيرت جنسيتها إلى جنسية دوقية سايكس التيمبورغ واستصدرت حكما بالطلاق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة ثم تزوجت مع الأمير الروماني بيسكو وعادت للعيش معه في فرنسا، فرجع زوجها الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي، واعتبرت محكمة النقض أن بتجنس الزوجة قد حصل غش نحو القانون الفرنسي ولذلك لا يحتج به ولا يرتب آثارا في فرنسا.

³ - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 298.

لكن من خلال المادة 24 ق م ج يلاحظ أنها لم تتطرق لمسألة الغش نحو القانون الأجنبي بهدف تطبيق قانون القاضي، وإنما نصت على حالة ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي عن طريق الغش وهنا يحل قانون القاضي وهو القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، وبالتالي يطبق قانون القاضي حتى ولو تبين للقاضي أن الشخص الأجنبي غير جنسيته لجنسية دولة القاضي وللتهرب من أحكام قانون جنسيته السابقة، أي حتى ولو ثبت الاختصاص لقانون القاضي عن طريق الغش نحو القانون.

ويستخلص من هذا أن قانون القاضي يستأثر بالتطبيق حماية للمصلحة الوطنية على أهلية أجنبي في التصرفات المالية، وعلى جميع جوانب الزواج ماعدا مسألة الأهلية، لكن هذا الاستثناء قد يكون مبني على أسس غير متينة، لأنه بالنسبة لاختصاص قانون القاضي في مسألة أهلية الأجنبي المتعامل مع طرف وطني في مجال التصرفات المالية، قد حكم به القضاء الفرنسي في قضية تعتبر نادرة وليس لها تطبيقات عملية، وهذا ما يبين عدم جدواها، أمّا بالنسبة لاختصاصه لحكم مسائل الزواج والطلاق فمن الأفضل عدم تقييده بوقت الزواج، وبالتالي يمكن للمشرع إلغاء حكم المادة 2/10 ق م ج، وتعديل المادة 13 ق م ج بحذف الوقت الذي يعتد به لتطبيق القانون الجزائري ليكون النص على تطبيقه متى كان أحد الطرفين جزائرياً على مسائل الزواج والطلاق.

الفصل الثاني: التطبيق المباشر لقانون القاضي

المبدأ أن القاضي الوطني، وهو بصدد الفصل في نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، يطبق قواعد الإسناد باعتبارها المنهج التقليدي لحل مشكل تنازع القوانين، دون التفرقة بين ما إذا كان القانون الواجب التطبيق قانونه أو قانون أجنبي، لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً دون قيد¹، إذ قد يبدو أن قاعدة الإسناد كمنهج للاختيار بين الحلول المعروضة من قبل العديد من القوانين المرتبطة بالعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي تترجع على عرش تنظيم الحياة الدولية للأفراد دون منافس، غير أن تطور الفكر السياسي والاقتصادي أثر على تطور الدول داخليا وخارجيا حيث اتجهت إلى ترتيب بنيتها الاقتصادية والاجتماعية عن طريق التدخل بقوانين توجيهية آمرة لا تفرق في تطبيقها بين العلاقات الداخلية أو الدولية، كما أن ازدياد نشاط التجارة الدولية حفز الدول لاتخاذ أدوات وتدابير قانونية لتدعيمه، منها وضع القواعد الملائمة لذلك، وهذا ما أدى، على مستوى القانون الدولي الخاص، إلى ظهور مناهج جديدة من بينها منهج القواعد المادية أو الموضوعية ومنهج قوانين البوليس ومنهج الملائمة الأمريكي أو المنهج الواقعي الأمريكي²، إذ تم الاعتراف بعدم الاكتفاء بمنهج قاعدة الإسناد كمنهج وحيد، وإنما منهج من بين مناهج متعددة، وانكشفت أسباب عدم ملائمتها وظهرت عيوبها³، خاصة في ظل المتغيرات التي عرفها المجتمع الدولي والتي اصطلح على تسميتها بالعمولة، التي كان من نتائجها وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية بغرض تحرير التجارة العالمية وانضوائها تحت المنظمة العالمية للتجارة، وكان لا بد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص باعتباره يكرس التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي⁴.

¹ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 105.

² - أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، مصر، 1988، ص 4.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 110، 111، ص 623.

⁴ - بلمامي عمر: نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عمولة القانون، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2007/04، ص 152.

ولقد أبرز البعض مشكلة تنازع مناهج تنازع القوانين لدرجة الحديث عن أزمة القانون الدولي الخاص وأزمة المنهج التقليدي¹، وعن الصراع والتعايش بين مختلف المناهج²، خاصة عند التدخل لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة بموجب مناهج قوانين البوليس (المبحث الأول) ومنهج القواعد الموضوعية، الذي يسود مجال التجارة الدولية، والذي وفقا له يتحدد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، فيؤثر مباشرة في منهج الإسناد عن طريق التلازم بين المحكمة المختصة والقانون المطبق (المبحث الثاني).

ولتبرير اللجوء إلى كل من منهج قوانين البوليس ومنهج القواعد الموضوعية، وجهت انتقادات لمنهج تنازع القوانين (منهج سافيني) المؤسس على الطريقة التقليدية أو الكلاسيكية لحل مشكل تنازع القوانين، حيث يعاب عليه تعقيده، لأنه يقوم على نظريات فقهية مبهمة كنظرية المسألة الأولية ونظرية تجزئة العقد³، ويظهر التعقيد خاصة عند تنازع ضوابط الإسناد في الإحالة، أو عند التكييف مما يؤدي إلى اعتباره مصدرا لعدم الاستقرار. فهو كلعبة الشطرنج يستخدمه قضاة غير متخصصين في القانون الدولي الخاص مما يزيد في صعوبته عليهم وعلى المتقاضين⁴. كما أنه متهم بعدم الاهتمام بجمالية وضرورة خصوصية العلاقات الدولية، ذلك أن مصالحها تتطلب ملاءمتها للتمكن من تطبيق القواعد المادية أو الموضوعية للقانون الدولي⁵، فهو منهج يفتقر إلى توقع الأحكام والأمن القانوني في أهم مجالاته وهي المعاملات التجارية الدولية بحيث يشوب تطبيق ضابط قانون الإرادة الغموض وإحلال القاضي آرائه الشخصية تحت ستار الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة⁶، كما أن عدم وضوح قاعدة الإسناد التي غالبا ما تكون ذات مصدر قضائي يقود إلى عدم القدرة على التنبؤ بالحلول التي

¹ - انظر أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، مصر، 1988، ص 3.

² - ميكالي الهواري: أبعاد وانعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الخليلي لياس، سيدي بلعباس، 2010، 2011، ص 97 وما يليها.

³ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 80.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 14.

⁵ - Jean DERRUPPE : Droit international privé, éditions Dalloz, Paris, 2001, p 80.

⁶ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 80، أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 16.

تكون وفقا لمفهوم القاضي للعدالة¹، بالإضافة إلى عدم ملائمة قواعد الإسناد مع موضوع المعاملات الالكترونية ومع خصوصية التعاقد عبر الانترنت أو السوق الالكتروني والخدمات الالكترونية².

فقاعدة الإسناد قاعدة مجردة ومحايدة، لكن هذا الحياد قد يقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له البحث في مضمون القانون الداخلي الأجنبي الواجب التطبيق، طالما أنه، من حيث المبدأ، يجب عليه أن يجمله، فإنه من غير المتصور استطاعته اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمضمون أحكامه، وإذا تبين له عدم ملاءمته للعلاقة محل النزاع فإنه لا يستطيع عدم تطبيقه بالنظر للصفة الملزمة لقاعدة الإسناد³، فالمنهج التقليدي قد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي في حين أن قانون القاضي يفرض نفسه لأسباب ملحة⁴، ذلك أن العلاقة محل النزاع تكون أكثر اتصالا بقانون القاضي⁵.

بالإضافة إلى أن القانون المعين بموجب قاعدة الإسناد هو قانون موضوع أصلا لحكم العلاقات الوطنية، ونقل قواعده الداخلية إلى المجال الدولي لا يتفق مع اختلاف وتباين بين نوعي مشاكل كل من العلاقات الداخلية والدولية، فضلا على أن بعض قواعد الإسناد بدائية لا تتفق مع حاجات التجارة الدولية، وليس من المغالاة القول بأن منهج قاعدة الإسناد أصبح أعمى وزائف وتحكمي (تعسفيا) بين يدي القاضي لأن قاعدة الإسناد قاعدة ميكانيكية أو آلية يتم إعمالها متى توفرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع⁶، فهي تعتمد على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن كون هذا الاختيار يحقق العدالة من عدمه، وهو ما يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني⁷، لهذا فإن منهج التنازع نظام هش غير متماسك يسوده القصور والغموض، تؤدي قواعده إلى عدالة عمياء أساسها التركيز الجغرافي للعلاقات القانونية بغض النظر عن مضمونها⁸.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 16.

² - بلمامي عمر: المرجع السابق، ص 154.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 112، ص 624.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

⁵ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 105، 106.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 113، ص 625.

⁷ - بلمامي عمر: المرجع السابق، ص 153، 154.

⁸ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 80، 81.

ويظهر تعقيد المنهج من حيث أنه لا تبرز فائدة قاعدة الإسناد إلا إذا رفع النزاع أمام القضاء، فهي قاعدة لا يعمل بها إلا القضاء، وهذا من شأنه إظهار عجزها لأنها تفتقد الوظيفة الوقائية، كما أنها صعبة الإعمال، حيث يجب القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل التعرف على القانون الواجب التطبيق، مثل تفسير ضوابط الإسناد والتكييف وتحديد طبيعة القواعد الواجبة التطبيق فيما إذا كانت قواعد إسناد أو قواعد موضوعية، وكذلك احتمال إعمال عدّة قواعد إسناد تتعلق بجوانب النزاع¹.

كما يعاب على هذا المنهج إمكان تحريف القانون الأجنبي مما يؤدي إلى نتائج شاذة ناتجة عن عدم فهمه فهما صحيحا، بحيث يفسر بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي وضع من أجله، مما يؤدي إلى مسخه²، حيث يطبق على طريقة أو في قالب قانون القاضي.

لكن هذه الانتقادات تعتبر نسبية لا تتمتع بقيمة مطلقة³، وإن كانت لا تخلو من الصحة إلا أنها تتعلق بمشاكل منهجية⁴، وتنطلق من فكرة التجارة الدولية متجاهلة الدور الاجتماعي لقاعدة النزاع ومعطيات مشاكلها وظروفها التاريخية، والواقع أن حلول النزاع توفيقية بين الوطنية عملا بمبدأي الإقليمية والشخصية وبين العالمية التي تراعي خصوصيات العلاقات الخاصة الدولية وما تقتضيه من تنظيم موضوعي مجرد من الاعتبارات الوطنية الضيقة والأناية⁵.

وأغلب هذه الانتقادات كانت من الاتجاه الذي يمنح الأولوية لتطبيق قانون القاضي ومن أنصار تطبيق القواعد الموضوعية⁶، لهذا اقترح الفقه المعارض لمنهج النزاع عدّة طرق لحل مشكل تنازع القوانين ومعالجة عائق إعمال منهج النزاع، عن طريق عدم استعمال قاعدة الإسناد، ومن بين المناهج

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 113، 114، ص 624، 625.

² - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 15، بلمامي عمر: المرجع السابق، ص 153.

³ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 81.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 18.

⁵ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 81.

⁶ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 18.

البديلة، إلى جانب منهج القواعد الموضوعية، منهج قوانين البوليس أو القوانين ذات التطبيق الفوري¹ والمباشر.

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

المبحث الأول: التطبيق المباشر لقانون القاضي عن طريق منحج قوانين البوليس

لقد ساهم المشرع الوطني، ولو عن غير قصد، حسب بعض الفقه¹، عند وضع قاعدة الإسناد في التضييق منها، وذلك عن طريق وضع قواعد أمرة واجبة التطبيق على كافة العلاقات القانونية التي تدخل في مجالها، سواء كانت وطنية أو دولية، وهذه القواعد داخلية تتولى بنفسها تحديد نطاق تطبيقها، وهي قواعد موضوعية تطبق مباشرة على المراكز القانونية ولو تضمنت عنصراً أجنبياً، وهي تحد من مجال تطبيق قواعد الإسناد، يتعين إعمالها بغض النظر عما يقضي به القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد²، وتكثف بأحكام قواعد انفرادية³. وهذا ما يؤدي إلى التساؤل عما إذا كانت قوانين البوليس تعتبر منهجاً مستقلاً لحل مشكل تنازع القوانين أو لا؟

لهذا يتعين تحديد مفهومها (المطلب الأول) وتبيان خصوصية منحجها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم قوانين البوليس

من بين الانتقادات التي وجهت لمنهج التنازع أن قاعدة الإسناد قد تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي على حالات يكون فيها تطبيق قانون القاضي هو الأجدر، وبالتالي من أجل تجنب هذه المشكلة يتعين تطبيق قانون القاضي على هذه الحالات بصفة مباشرة عن طريق اللجوء لقوانين البوليس، هذه الفكرة القديمة امتدت لتنافس منحج قاعدة التنازع⁴، فإذا كانت الفكرة واحدة لدى الفقه إلا أن الاختلاف انصب حول التسمية أو المصطلح والتعريف (الفرع الأول)، كما ينبغي التطرق لأسباب ظهورها (الفرع الثاني) والمعايير التي تحددها (الفرع الثالث).

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 115، ص 626.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 16.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 110, p 104, H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 254, p 425, B.AUDIT : Op.cit, n° 117, p 97, J.DERRUPPE : Op.cit, p 81.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 74.

الفرع الأول: تحديد مصطلح قوانين البوليس وتعريفها

يشير كل من مصطلح قوانين البوليس وتعريفها بعض الغموض، لهذا اختلف الفقه في تحديد المصطلح (البند الأول)، وفي تعريف قوانين البوليس (البند الثاني).

البند الأول: تحديد المصطلح

لقد استعمل المشرع الفرنسي في المادة الثالثة الفقرة الأولى (1/3) من القانون المدني مصطلح "قوانين البوليس والأمن" أين يكرس الجانب الأول لتنازع القوانين¹، وتظهر عبارة قوانين البوليس بالالتصاق مع قوانين الأمن²، لكن معنى النص مبهم³، وإن ينبغي الإبقاء على مصطلح قوانين البوليس وإسقاط مصطلح قوانين الأمن، لأن المشرع الفرنسي استعمل الاصطلاح ليرز مبدأ الإقليمية في تطبيق قوانين البوليس، والإقليمية تنصرف أساسا إلى قواعد القانون الجنائي والقانون الإداري وباقي قواعد القانون العام التي لا ينشأ بشأنها تنازع بين القوانين، على عكس قوانين البوليس التي تغطي فقط بعض قواعد القانون الخاص التي تتصل بالمصلحة العامة والأسس التي يقوم عليها المجتمع⁴، وأخذ المشرع الجزائري الفكرة في المادة الخامسة (5) من القانون المدني، حيث يخضع كل سكان الإقليم أو المقيمين فيه لقوانين الأمن والبوليس، لكن يلاحظ من خلال موقع النصين أن هناك فرق بينهما فالمشرع الفرنسي يجعل قوانين البوليس ضمن نطاق تنازع القوانين في حين أن المشرع الجزائري يخرجها من دائرة تنازع القوانين.

بداية، عند اكتشاف وبناء نظرية قوانين البوليس في فرنسا من طرف الفقيه "فرانسيسكاكيس Francescakis"، تم استعمال مصطلح القوانين ذات التطبيق الفوري من أجل توضيح خصوصية المنهج أو الإجراء حيث تطبق أحكام القانون الداخلي على المجال الدولي بدون الرجوع لقاعدة تنازع

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n°126, p 124.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 117, p 97.

³ - P.MAYER : Lois de police, Rèp.international, Dalloz, 1998, n° 8.

⁴ - انظر محمد خيرى كصير: حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 108، 109، نقلا عن أحمد عبد الكرم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 40، 1984، ص

القوانين، وبعد التعمق في تحليلها تم اقتراح تسمية قوانين البوليس انطلاقاً من وظيفتها في النظام القانوني الذي وضعها¹.

غير أن مصطلح قوانين البوليس تعرض للنقد لأنه لا يكشف عن جوهر ومضمون قواعده كما أنه قاصر عن استيعاب كافة الحالات التي تندرج ضمنه، وقد يكون قاصراً على قواعد تدخل الدولة في مجال القانون الخاص أو واسعاً ليشمل كل القواعد المتصلة بالمصلحة العامة².

وحالياً أغلب الفقه الفرنسي³ يستعمل مصطلحات "قوانين التطبيق الفوري أو الضروري"⁴ كمرادف لـ "قوانين البوليس"، بينما يرى البعض⁵ أن تسمية "قوانين التطبيق الفوري أو الضروري" تصف الأسلوب أو الطريقة أو الآلية، وتسمية "قوانين البوليس" تصف المضمون أو الغايات التي يبرر الرجوع إليها، فعبارة القانون ذو التطبيق الفوري شاملة في حين أن عبارة قانون البوليس خاصة بالقوانين الحمائية لمصالح الدولة، لكن القوانين ذات التطبيق الفوري، والتي لا تعتبر قوانين بوليس، تعتبر استثنائية ويمكن اعتبارها كمرادفين⁶، لأن قوانين البوليس تعتبر من القواعد ذات التطبيق المباشر⁷ أو الفوري، تتمثل النقطة المشتركة بينهما في ضمان تطبيق أحكام قانون القاضي الذي لا يمكن

¹ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-2, p 490.

يرى بيار مايير أن عبارة قوانين البوليس التي استعملها الفقيه فرانسيسكاكيس تختلف عن عبارة قوانين البوليس المستعملة في القانون المدني الفرنسي، انظر مرجعه السابق، هامش ص 89.

² - انظر محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 110، نقلاً عن أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الفوري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 150.

³ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 254, p 427, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n°126, p 124, J.DERRUPE : Op.cit, p 81, B.AUDIT : Op.cit, p 96, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 120, p 88

⁴ - البعض يفضل تسمية "القوانين ذات التطبيق الفوري" *les lois d'application immédiate* مثل فرانسيسكاكيس، ولوسوارن وبورال، وأودي، والبعض يفضل تسمية "القوانين ذات التطبيق الفوري" *les lois d'application nécessaire* مثل مايير وأوزي، ومن الفقه العربي أحمد عبد الكريم سلامة.

⁵ - M-L.NIBOYET, G.GE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 189, p 119 , B.AUDIT : Op.cit, n° 117, p 98.

⁶ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 189, p 119, D.GUTMAN : Op.cit, p 49.

⁷ - انظر محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 109.

لقاعدة الإسناد أن تحققه، كما أن قانون البوليس يقوي أو يعزز اختصاص النظام القانوني الذي ينتمي إليه¹.

ويرى البعض² أن اصطلاح " القوانين ذات التطبيق الضروري " جامع حيث يشمل قوانين البوليس التي يطبقها القاضي مباشرة وغيرها، ويظهر أن القواعد التي يغطيها هي ضرورية من حيث التطبيق أي مدى إلزاميتها حماية للنظامين الاقتصادي والاجتماعي مجتمع بلد القاضي، وأن لقانون القاضي بصدها اختصاصا عاديا لا استثنائيا كما هو الحال في الدفع بالنظام العام، وأن تطبيق تلك القواعد لا يقتصر فقط على الإقليم بل خارجه طالما كان ذلك ضروريا لإدراك أهدافها، وتنصرف هذه التسمية إلى مشكلة سريان القوانين من حيث المكان أي تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الدولي، على عكس تسمية القوانين ذات التطبيق الفوري (أو المباشر) التي قد توحي بأن المقصود هو مشكلة سريان القوانين من حيث الزمان، غير أن هذا المصطلح يعبر عن القواعد التي تطبق مباشرة دون المرور على قواعد الإسناد، وتطبق فورا بمجرد ما يتحقق القاضي من وجودها وتوفر شروط تطبيقها، وهذه الفورية تعكس أنها قواعد ضرورية التطبيق³.

أما القضاء الفرنسي فإنه لم يفصل في مسألة المصطلح مما يؤدي إلى زيادة حدة عدم اتخاذ قرار في ذلك وإثارة الخلط عند استعمال عبارات قوانين النظام العام أو القوانين ذات التطبيق الأمر أو المفروض، وهذا التردد ليس عرضيا لأن كل تسمية تتعلق بجانب من المنهج وتعدد التسميات يؤثر على صياغة نظرية قوانين البوليس⁴.

البند الثاني: تعريف قوانين البوليس

عرفها الفقيه الفرنسي " فرانسيسكاكيس " على أنها القوانين التي تكون ضرورية للحفاظ على التنظيم السياسي، الاجتماعي أو الاقتصادي للدولة⁵، أو القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ

¹ - B.AUDIT : Op.cit, p 98.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 115، ص 626.

³ - انظر محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 111، 112.

⁴ -B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-2.

⁵ - Ph. FRANCESKAKIS a proposé comme lois de police« les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays », cf. H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 428, P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 121, p 89.

على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية الأساسية¹، وقد أثار هذا التعريف انتقادات بسبب عدم دقته²، وعدم وضوحه وغموضه³، فحسب بعض الفقه⁴ من المستحيل تعريف قوانين البوليس بصفة واضحة لأنه لا يوجد اختلاف من حيث الطبيعة بينها وبين باقي القوانين، ففي الدول المتطورة يمكن القول أن كل قانون يهدف إلى ضمان المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية بصفة فعلية، وهذا ليس امتيازاً مخصصاً لقوانين البوليس، وفي الحقيقة يوجد بينها وبين باقي القوانين اختلاف بسيط في الدرجة، مما يجعل الفصل بينهما صعباً، فالمسألة إذن مسألة إجراء أو تدبير، إذ منذ أية لحظة يكون اعتبار المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية ملحا حتى نكون بصدد قوانين البوليس، خاصة في سياق التدخل المستمر للدولة في مجال القانون الخاص، وعلى العكس، حسب بعض الفقه⁵، يعتبر التعريف السابق ضيق جداً لأنه توجد قوانين بوليس تنافس غيرها من قوانين التنظيم الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة لكن ليس لها طابع التطبيق الضروري المستنتج من هدفها⁶، المتمثل في حماية الأشخاص وليس حماية تنظيم المجتمع، مثل قواعد حماية المستهلكين، لهذا فإن التعريف السابق غير مناسب⁷، فقواعد حماية المستهلكين تهدف لحماية فردية وهذا الهدف لا يجعل تطبيقها أقل ضرورة على كل المستهلكين المقيمين في إقليم الدولة حتى ولو كان العقد خاضعاً بإرادة المتعاقدين لقانون أجنبي أقل حماية⁸، وبعض الفقه⁹ يعتبر أن التعريف السابق مادي ومركب جداً من أجل صياغة معيار عملي، كما أن قوانين البوليس ليست مرتبطة بمجال معين، لهذا فإن قوانين البوليس تطرح مشكلاً فيما يتعلق بمفهومها¹⁰، وتزداد الصعوبة بوجود أحكام مختلطة تكشف تارة عن إجراء القوانين ذات التطبيق الفوري وتارة أخرى عن المنهج التنازعي¹¹.

¹ - انظر الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 84، 85.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 122, p 89.

³ - D.GUTMAN : Op.cit, p 50.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 133.

⁵ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 123, p 90, D.GUTMAN : Op.cit, p 50, 51.

⁶ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 123, p 90.

⁷ - D.GUTMAN : Op.cit, p 51.

⁸ - P.MAYER, V.HEUZE, n° 123, p 90.

⁹ - B.AUDIT : Op.cit, p 99, 100.

¹⁰ - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 121, p 89.

¹¹ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-13, P 499.

وتعرف قوانين البوليس على أنها عبارة عن قواعد آمرة، وهي حسب قانون الدولة الصادرة عنها، واجبة التطبيق مهما كان القانون المعين بموجب قاعدة إسناد هذه الدولة، ميزة هذا التعريف وفي نفس الوقت، حدوده، أنه لا يشير إلى الأسباب التي من أجلها تكون هذه القواعد مطبقة على الرغم من أنها لا تنتمي بالضرورة للنظام القانوني المختص، فهذا تعريف وظيفي يتناقض مع التعريف التصوري أو الذهني السابق، والتقارب بين التعريفين يؤدي إلى اعتبار قوانين البوليس قواعد آمرة، وبسبب دورها في التنظيم السياسي، الاجتماعي أو الاقتصادي للدولة، تكون واجبة التطبيق حتى ولو أنها لا تنتمي للنظام القانوني المختص¹.

وهناك من الفقه² من يرى أن قوانين البوليس هي قواعد متعلقة بالدولة تطبق مباشرة على علاقة دولية بسبب مضمونها، فيتعلق الأمر بقواعد القانون الخاص التي يكون تطبيقها مهما بالنسبة للهيئات العامة، وترجم المصلحة التي تحصل عليها الدولة عند تطبيق قانونها الداخلي في مسألة لا يقبل فيها الرجوع للقوانين الأجنبية.

تعتبر قوانين البوليس قواعد داخلية³ وطنية محضة، كما أنها انفرادية، لأنها تشير لنوع معين من القانون وليس لوضعية أو علاقة، وتحدد مجال تطبيقه⁴، لكنها على عكس قواعد الإسناد الانفرادية التي تحدد بصفة واضحة مجال تطبيق قانون القاضي، فإن قوانين البوليس تعتبر أحكام في القانون الداخلي⁵، كما تعتبر قواعد آمرة، لأنها إملاء لمقتضيات اجتماعية واقتصادية⁶، تطبق فوراً دون المرور على واسطة قاعدة الإسناد⁷، فعبارة التطبيق الفوري تقابل التطبيق غير المباشر لقاعدة مادية عن طريق

¹ - P.MAYER : Lois de police, Rèp. international, Dalloz, 1998, n°1, 2.

² - Peggy CARLIER : L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, thèse de doctorat en droit international privé, université de lille 2, 2008, téléchargée d'internet, n° 160, p 96.

³ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 17.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 117, p 97.

⁵ - D.GUTMAN : Op.cit, p 50.

⁶ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

⁷ - B.AUDIT : Op.cit, n° 117, p 97.

قاعدة الإسناد¹، ويطبّقها القاضي مادام أن تحقيق الهدف الذي تسعى إليه يتطلب ذلك حتى ولو أن قاعدة الإسناد لا تشير إليها، فهي قواعد ضرورية التطبيق².

الفرع الثاني: أسباب ظهور قوانين البوليس

تعتبر قوانين البوليس منافسة لقواعد الإسناد ويرجع السبب الرئيسي في تطورها إلى اكتساح الدولة للقانون الخاص، حيث ظهرت قوانين البوليس مع تزايد الأحكام الآمرة والتدخلات المباشرة للدولة في القانون الخاص الداخلي ("عمومية" القانون الخاص)³.

وظهر هذا الغزو في مجالين مهمين، أولهما المجال التعاقدي حيث تتضاعف الأحكام الآمرة التي تضيق من حرية إرادة المتعاقدين، ففي عقد العمل تظهر الأوامر الإدارية فيما يخص النظافة والسلامة في العمل لأنه من غير المعقول أن تخضع لقانون آخر غير قانون الدولة التي ينفذ عقد العمل على إقليمها⁴، أو ضرورة الحصول على إذن إداري للتسريح إذا كان عقد العمل ينفذ في إقليم دولة القاضي⁵، وبالتالي تخضع القواعد المتعلقة بالشروط الصحية والأمن وأجور العمال وحقوقهم لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ عقد العمل⁶، أي لقانون القاضي لأن المنازعات المتعلقة بهذه المسائل تكون من اختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد.

وكذلك في مجال الأحوال الشخصية، مثل وجوب أن يكون لكل شخص لقب واسم، وهذا حسب المادة 28 ق م ج، وفي قانون الأسرة، حيث تعتبر النفقة الوقتية من الإجراءات الوقائية التي يحكم بها القاضي لمن هو في حاجة إليها بالاستناد لقوانين البوليس وليس لقواعد الإسناد⁷، وفي مسألة الأهلية حيث يتم تأمين حماية القصر وعديمي الأهلية بموجب قانونهم الشخصي، وهذا ما

¹ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 190, p 119.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 121, p 89, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 190, p 119.

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 119, p 99.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

⁵ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 254, p 425, 426.

⁶ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 75.

⁷ - ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 131.

نصت عليه المادة 15 من القانون المدني¹، لكن هذه الحماية تكون مضمونة من طرف الدولة التي يقيم فيها الطفل عن طريق اتخاذ تدابير المساعدة التربوية التي تطبق على جميع القصر المقيمين في إقليم الدولة²، حيث يمنح للجهات الإدارية والقضائية اختصاص هذه الحماية³، عن طريق اتخاذ تدابير استعجالية. وهو ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1958 في قضية "بول Boll"، حيث قدرت أن السويد لم تخل بالتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهاي المبرمة سنة 1902 والمتعلقة بالوصاية على القصر حين طبقت قانونها المتعلق بالوصاية على قاصر هولندي (Boll) متوطن في الإقليم السويدي، على الرغم من أن المعاهدة كانت تقضي بتطبيق القانون الشخصي أي القانون الهولندي على مسألة الوصاية⁴، وما ورد في المادة 2/15 ق م ج حيث يطبق القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي على التدابير المستعجلة على القصر وعديمي الأهلية الموجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1961 من حيث اختصاص سلطات الدولة التي يوجد في إقليمها القاصر باتخاذ تدابير الحماية الضرورية في حالة الاستعجال⁵، ويمكن القول أن قوانين البوليس تتدخل من أجل حماية مصلحة الطفل والأسرة.

وقد تتدخل كذلك في مسألة الميراث حيث تخضع التركة المملوكة لأجنبي لا وارث له لقانون القاضي على أساس السيادة الإقليمية والنظام العام لأنه مال شاغر، فتستولي عليها الدولة التي يوجد المال في إقليمها، وهذا حسب القانون المدني⁶، قانون الأسرة⁷، وقانون أملاك الدولة⁸. والحقيقة أن مسألة التركة الشاغرة تثير العديد من النقاط سواء فيما يتعلق بتكييفها وبطبيعة حق الدولة في

1 - " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

2 - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

3 - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 75.

4 - انظر أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 76، هامش رقم 1.

5 - الطيب زروقي: المرجع السابق، ص 158.

6 - المادة 773: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة، جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين لم تتركهم".

7 - المادة 2/180 بنصها: "إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

8 - قانون رقم 90-30 المؤرخ في الأول ديسمبر 1990، ج ر عدد 52، المعدل بموجب قانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44.

الحصول عليها، فوفقاً للقاعدة العامة في القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضي هو الذي يحكم التكييف (المادة 9 ق م ج) وبالتالي يرجع له الاختصاص من أجل الحكم بأن تركة ما تعتبر تركة شاغرة، وكذلك باعتباره قانون موقع المال (المادة 17 ق م ج)، أي أن القانون الجزائري هو الذي يحدد متى تكون التركة شاغرة، عند عدم وجود ورثة تربطهم بالهالك صلة قرابة، أي عند عدم وجود ذوو فروض أو عصابة أو ذوو أرحام، وهذه الأصناف الثلاثة للورثة حددتها المادة 139 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري، وإن كان البعض¹ يرى أن القانون الذي يحدد ما إذا كانت التركة شاغرة هو القانون الذي يحكم الميراث أي قانون جنسية الهالك وفقاً لقاعدة التنازع (المادة 16 ق م ج)، كما أن المقصود بالتركة العامة المنصوص عليها في المادة 180 من قانون الأسرة الخزينة العامة الجزائرية وليست التابعة لدولة أجنبية، وعليه فإنه في حالة عدم وجود ورثة كما يحدد ذلك قانون القاضي فإن التركة الشاغرة المملوكة لأجنبي تؤول مباشرة للتركة العامة لدولة القاضي، حيث يتعطل العمل بقاعدة الإسناد ولا يطبق قانون جنسية الهالك، ويطبق قانون القاضي مباشرة وبصفة انفرادية وبدون مزاحمة القانون الأجنبي له، ومن هنا يستنتج أن القواعد التي تحكم التركة الشاغرة تعتبر قوانين بوليس تطبق على المواطنين والأجانب على أساس السيادة الإقليمية، فلا تكون الدولة وارثة لمن لا وارث له وإنما تمارس حقها السيادي على الأموال الموجودة في إقليمها².

إن تطور تدخل الدولة ينتج عنه نقل الحدود بين القانون العام والقانون الخاص، وهذا ما يؤدي إلى تضيق مجال القانون الدولي الخاص العاجز عن ضبط قواعد القانون العام عن طريق منهج التنازع، وهذا ما أدى بالبعض إلى إلحاق القانون الدولي الخاص بالقانون العام ودفعهم إلى بعث دفعة

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، بند 100، ص 189.

بالرجوع لقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 24 جوان 1878 في قضية فورغو يلاحظ أن القانون الفرنسي طبق باعتباره قانون الموطن الفعلي بحجة أن القانون البافاري وهو قانون الموطن القانوني أو قانون الجنسية لا يميز بين الموطن الفعلي والمواطن القانوني، فكانت النتيجة حصول مصلحة الأملاك الفرنسية على تركة فورغو المنقولة، ولو طبق القانون البافاري لحصل أقارب فورغو من جهة أمه على التركة، وهذا ما أدى بالفقه إلى تبرير القرار بما يسمى بالإحالة، التي تعتبر حيلة قانونية لتعطيل العمل بقواعد التنازع، كما أن تكييف تركة فورغو واعتبارها شاغرة كان وفقاً للقانون الفرنسي لأن القانون البافاري يعطي الحق في التركة للحواشي بالنسبة للولد غير الشرعي، فلا تعتبر تركة شاغرة.

² - للمزيد انظر: حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 186 وما يليها، ومناقشة الموضوع انظر: ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 137 وما يليها، ص 146.

جديدة لقوانين البوليس وتقديمها كمنهج خاص مختلف عن منهج التنازع¹، فبالاستناد إلى موضوع قوانين البوليس تمت ملاحظة أن أغلبها يوجد في حدود القانون العام في التنظيم الاقتصادي (قانون المنافسة) والاجتماعي (تشريع العمل والضمان الاجتماعي) وتنظيم التجارة الخارجية بمفهوم واسع: التبادلات، العملة والصرف، والاستثمار²، لهذا فإن زيادة سياسة تدخل الدولة عن طريق قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي كقوانين الأسعار والرقابة على النقد وعمليات البنوك وأسعار الفائدة والعمليات الجمركية والقوانين الخاصة بحماية المستهلك، وظهور فكرة النظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي ساهم في ظهور هذا المنهج وتطور القانون الدولي الخاص³، لأن المنهج التقليدي القائم على قاعدة الإسناد عاجز عن التلاؤم مع قواعد القانون العام التي تعتبر في أغلبها قواعد آمرة، كما أن الفقه يثير نوعاً من الحساسية⁴ تجاه هذه القواعد في نطاق القانون الدولي الخاص، لهذا تعتبر قوانين البوليس التي تصدر استجابة لأوامر ومقتضيات اجتماعية واقتصادية منهاجاً ملائماً ومستقلاً لتطبيق قواعد القانون العام على العلاقات الدولية الخاصة.

الفرع الثالث: معايير تحديد مفهوم قوانين البوليس

اختلف الفقه حول المعايير التي يمكن الاستعانة بها لتحديد مفهوم قوانين البوليس، فلا صعوبة في الأمر إذا كان المشرع قد أفصح عن إرادته صراحة في أن القانون الذي يضعه من القوانين ذات التطبيق الضروري، ويكون ذلك عن طريق بيانه للنطاق المكاني لسريانه⁵، لكن في بعض الحالات قد يصعب تحديد قوانين البوليس، لهذا تم اقتراح عدة معايير.

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 125.

² - B.AUDIT : Op.cit, n°119, p 99.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 115، ص 626.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 76.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 627.

فالاتفاق على قبول وجود قوانين البوليس يتوقف على إعطاء معيار قابل لتحديد مفهومها، وتختلف المعايير المقترحة، لهذا ينبغي التمييز بين المعايير؛ الشكلي (البند الأول)، العضوي (البند الثاني) والتقني (البند الثالث) والغائي (البند الرابع)¹.

البند الأول: المعيار الشكلي

يتخذ المعيار الشكلي صورتين، الأولى أن يكون القانون قانون بوليس عندما يحرص المشرع الذي وضعه على تحديد مجال تطبيقه من حيث المكان، وهو بهذا يسجل الطابع الأمر والملح له والذي يربطه بتطبيق قانون القاضي تحت شكل قاعدة انفرادية، حيث يظهر إرادته في عدم ترك تطبيق قانونه بناء على قاعدة الإسناد²، فعندما يحدد المشرع النطاق المكاني للقوانين الذي يصدرها فإنه يعبر عن الأهمية التي يوليها لتطبيق قانونه الوطني وعن رغبته في عدم تعليق تطبيق قانونه على أعمال قاعدة التنازع³، وهذا يعني التحديد التشريعي الصريح لنطاق تطبيق القواعد القانونية⁴.

ويعطي الفقه الفرنسي⁵ مثالين: 1- المادة 3 من القانون المدني التي تعتبر النص الوحيد العام وغير التام الذي، انطلاقاً منه، تم وضع نظرية تنازع القوانين، ونصها كالاتي: "1- قوانين الأمن والبوليس تجبر كل المقيمين على الإقليم،

2- تخضع العقارات، حتى تلك المملوكة لأجانب للقانون الفرنسي،

3- القوانين التي تنظم الحالة والأهلية تحكم الأشخاص الفرنسيين حتى ولو كانوا في الخارج".

إذا طبق المعيار الشكلي حرفياً، تعتبر الفئات الثلاثة للقوانين المشار إليها في الفقرات الثلاثة قوانين بوليس، ففي الحالات الثلاثة هناك تحديد، بالنص الصريح، مجال تطبيق القانون من حيث المكان، عن طريق قاعدة انفرادية، ويبدو أن واضعي القانون المدني لم يظهروا القوانين المشار إليها في

¹ - Y.LOUSSOUARN , P.BOUREL : Op.cit, p 127.

² - Ibid.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 82.

⁴ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 118.

⁵ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 127, p 127.

ثوب قوانين البوليس، لأنه حسب منهج الشرح على المتون، تمت الإشارة إلى قوانين البوليس والأمن في الفقرة الأولى، ما يعني، بمفهوم المخالفة، أن هذه القوانين لا تغطي المجالات المقررة في الفقرتين 2 و3¹.

وعلى الرغم من هذه الصياغة التي تبين الطابع الانفرادي للقاعدة إلا أن القضاء قد عمل على تطبيقها واضفاء طابع الازدواجية عليها مما أدى إلى تطبيق القانون الأجنبي إلى جانب القانون الفرنسي، وهذا ما يبين قصور المعيار الشكلي في تحديد قوانين البوليس².

2- المثال الثاني (أكثر حداثة)، يتمثل في المادة 3 من قانون 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية، بنصها: " الشركات التي يكون مقرها الاجتماعي موجودا في الإقليم الفرنسي تعتبر خاضعة للقانون الفرنسي.

يمكن للغير التمسك بالمقر التأسيسي، وهذا الأخير لا يمكن معارضته من طرف الشركة إذا كان مقرها الفعلي موجود في مكان آخر".

على مستوى القانون الدولي الخاص، لم تأت هذه المادة بشيء جديد، فهي تكريس بحث وعادي لاجتهاد قضائي ثابت، حيث تخضع الشركات لقانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الحقيقي، أما الفقرة الثانية فتسترجع نظرية الصورية عن طريق دور المقر الاجتماعي الوهمي، لكن هل هذا يعني أن المشرع حوّل قانون الشركات إلى قانون بوليس، الإجابة بنعم تقوم على مجرد الخيال بسبب أن المشرع إذا لم يستدل بعبارات تنازع القوانين فلأن الأمر يتعلق بقانون داخلي لا يملك فيه سوى تحديد مجال تطبيقه، وبالنسبة للقضاء فإنه يعتبر المادة 3 من قانون 1966 مثل المادة 3 من القانون المدني، كلتاهما تدعو إلى الازدواجية، ويعاملهما كقواعد إسناد³.

أمام هذا تمّ تقديم صورة ثانية للمعيار الشكلي، حيث يتخذ القانون طابع قانون بوليس عندما ينص المشرع صراحة على مجال تطبيقه بالإضافة إلى منحه مجالاً أكثر توسعاً من مجال قاعدة

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 127, p 127.

² - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 84.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 127, p 128.

الإسناد، مثلما جاء في المادة 16 من قانون 18 جوان 1966 المتعلق بالنقل البحري التي تقرر أن القانون الفرنسي، تحت تحفظ الاتفاقيات الدولية، يطبق على كل عملية نقل تتم انطلاقاً من أو وصولاً إلى ميناء فرنسي، وهذا ما يفسر إلزامية القانون الفرنسي، وهنا يوجد إسناد عادي يمكن اعتباره كمؤشر لإرادة المشرع، لكن هذا لا يشكل المعيار الوحيد لتحديد قوانين البوليس إلا إذا تم تقليصها لأن تدخل المشرع يكون نادراً¹.

ويذهب الفقه الفرنسي² إلى تبني المعيار الشكلي إذا تعلق الأمر بتحديد المشرع في دولة ما بصفة انفرادية مجال تطبيق القواعد التي يضعها من حيث المكان فإن القاضي لا يملك إلا الخضوع لذلك³، فبعض القوانين تطالب صراحة تنظيم بعض العلاقات الدولية، عندما تحدد مجال تطبيقها الدولي من أجل تنظيم مسألة محددة، لكن هذا نادر⁴، لكن في حالة سكوت المشرع يجب على القاضي أن يتأكد مما إذا كانت المصالح المعنية مهمة لدرجة تجعل تطبيق الأحكام الآمرة لقانون القاضي ضرورة⁵.

لكن هذا المعيار غير صامد لأنه يستند على تفسير وهمي لإرادة المشرع، فليس صحيحاً أنه عندما يحرص المشرع على تحديد مجال تطبيق القانون من حيث المكان أنه يعتبره قانون بوليس، كما يخشى الوصول لنتائج غير معقولة إذا اعتبر ذلك قرينة لا يمكن نقضها⁶، كما انتقد لأنه يشترط إرادة المشرع الصريحة حتى يكتسب القانون صفة قانون البوليس مما قد يخالف ما قصده⁷، والبعض⁸ يضيف أنه يجب عدم الخلط بين قانون البوليس وقاعدة الإسناد الانفرادية، والحذر من المصطلحات المستعملة من طرف المشرع، فعبارة قوانين البوليس والأمن قد تستخدم كأساس لقواعد الإسناد المزدوجة، كما

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 128, 129.

² - H.BATIFFOL, P.BOUREL : Op.cit, n° 254, 427, M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE: Op.cit, n° 193, p 121, P.MAYER: Op.cit, n° 12.

³ - H.BATIFFOL, P ?LAGARDE : Op.cit, n°254, p 427.

⁴ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 193, p 121.

⁵ - H.BATIFFOL, P .LAGARDE : Op.cit, n°254, p 427, 428.

⁶ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 127, p 127.

⁷ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 119.

⁸ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 194, p 122, 123, n° 195, p 123.

أن المشرع عندما يحدد مجال تطبيق قانون ما من حيث المكان (مثلا القانون الفرنسي لإقليم الألزاس واللورين) فهذا لا يعني أنها قوانين بوليس.

البند الثاني: المعيار المادي

ذهب البعض إلى اقتراح معيار مادي أو عضوي يقوم على فكرة تنظيم الدولة للمسألة التي يتعلق بها القانون، حيث يعتبر القانون قانون بوليس إذا كان احترامه ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة¹، فمن ميزة قوانين البوليس أن الأجهزة الإدارية والقضائية هي التي تطبقها وهذا ما جعل التعريف الأول (تعريف فرانسيسكاكيس) لها يتصف بالوصف المادي²، كما يربط أنصار القوانين ذات التطبيق الفوري مفهوم تنظيم الدولة بقوانين البوليس، مثل قوانين تنظيم الصرف وتدابير المساعدة التربوية حيث يتطلب تطبيقها تدخل أجهزة دولة القاضي، أو تدخل مرفق عام أو سلطة عامة³.

وحسب البعض⁴، هذا ما أخذت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 16 فيفري 1966، بأن القوانين المتعلقة بتنظيم الدفاع عن البلد بما فيها الأحكام الخاصة بأهلية القصر للانخراط في الجيش هي من قوانين النظام العام التي تسري على الأجانب⁵، حيث استندت على فكرة تنظيم الدولة للمرفق الذي وضعت تلك القواعد لحكمه⁶.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 627، 628.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 119, p 99.

³ - Cf . Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 131, p 133.

⁴ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 121.

⁵ - تتلخص وقائع القضية في أن شابا ألمانيا في 18 من عمره تطوع في الجيش الفرنسي ضمن نظام الفرق الأجنبية دون موافقة أبويه، ولما علما والداه بذلك طالبا أمام القضاء الفرنسي بإبطال تطوع ابنهم في صفوف الجيش الفرنسي وذلك وفقا للقانون الألماني الواجب التطبيق على حالته الشخصية وأهليته، وقد أجابت محكمة باريس الوالدين إلى طلبهما وقضت بإبطال التطوع وذلك وفقا لأحكام القانون الفرنسي بحجة أن تنظيم الدفاع عن البلد من قوانين النظام العام وأنها من القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر، مذکور في محمد خيرى كصير: المرجع السابق، هامش ص 121، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 40، 1984، ص 166.

وتعرف بقضية Moeller، وقد استعمل القضاء عبارة قوانين النظام العام مما يؤدي إلى الخلط بينها وبين عبارة قوانين البوليس، مذكرة في: B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-2, Rev.crit. DIP, 1966, p 453, note P.Lagarde.

⁶ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 121.

لكن ما يؤخذ على هذا المعيار أنه يوسع نطاق قوانين البوليس ليشمل كل القوانين بما فيها القانونين الإداري والجنائي إلى جانب قواعد القانون الخاص، كما أن فكرة تنظيم الدولة غامضة وغير محددة¹.

البند الثالث: المعيار التقني

أما المعيار التقني أو الفني² فيقصد به السير العادي للتفكير من أجل فهم ما هو مجهول عن طريق فئات أو تصورات معروفة، وهكذا يتم تقريب قوانين البوليس من القوانين الإقليمية وقوانين النظام العام³ باعتبارها أفكار عامة ومعروفة في القانون الدولي الخاص.

1- قوانين البوليس والقوانين الإقليمية

انطلاقاً من فكرة أن قوانين البوليس هي قوانين ذات تطبيق إقليمي، حلل القضاء الفرنسي في بعض الحالات القوانين الإقليمية على أنها قوانين بوليس، وعلى أنها على هامش قواعد الإسناد باعتبار وجود استقلالية مزعومة بين مفهوم الإقليمية ومفهوم تنازع القوانين⁴، فقوانين البوليس هي ذات تطبيق إقليمي وتطبيقها لا يكون مضموناً إلاً من طرف هيئات الدولة التي وضعتها⁵ باعتبار أن القانون الإقليمي يطبق من طرف الهيئات المسؤولة عن الإقليم⁶، ويمكن أن يفسر ذلك بضرورة التطبيق الموحد للقانون على الإقليم مثل تطبيق الأحكام الحمائية للمستهلكين على إقليم محل إقامتهم⁷.

لكن هذا التصور منتقد، لأنه يدعي تفسير مفهوم غامض عن طريق مفهوم لا يقل غموضاً عنه، فيمكن تصنيف قانون القاضي، القانون المحلي، قانون الموقع، قانون الموطن على أنها قوانين

¹ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 122، نقلاً عن أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 169.

² - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 86.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 129.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 128, p 129.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit, n° 120, p 100.

⁶ - D.GUTMAN : Op.cit, p 49.

⁷ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE :Op.cit, n° 196, p 123.

إقليمية، فالإقليمية مفهوم متنوع ، إضافة إلى أنه ليس صحيحا أن من آثار الإقليمية وضعها خارج تنازع القوانين، كما ليس صحيحا أن كل قانون إقليمي هو قانون بوليس، فإذا كان النظام العيني يقوم على قانون الموقع فهو لا يشكل إلا فئة إسناد تقليدية¹، لهذا السبب وقع القضاء الفرنسي في خلط بين قوانين البوليس والقوانين الإقليمية²، وكما وصف البعض³ أن المحاكم الفرنسية عندما لجأت لإقليمية التطبيق كضابط لتحديد ماهية قوانين البوليس فإنها لم تقم بأكثر من تفسير الماء بعد الجهد بالماء.

إذا كان قانون البوليس قانونا إقليميا فهذا يعني أنه ينتمي للقانون العام، وفي المقابل لا يسمح بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية مادام أنها قوانين عامة ذات تطبيق إقليمي، لكن الاعتراض على تطبيقها ليس له محل حاليا، بالإضافة إلى أن مفهوم قوانين البوليس والقانون العام ليسا متماثلين⁴، إذ يجب التمييز بينهما بسبب أنه لا يوجد تنازع بين قوانين القانون العام للدول المختلفة، فلا يمكن لأي دولة أن تتدخل في سيادة دولة أخرى، مثلا التشريع الجمركي لدولة ما ينظم دخول البضائع لإقليمها فإن قانونها هو الواجب التطبيق على مسألة ترخيص الاستيراد وليس هناك محل لإثارة مسألة اختصاص قانون دولة أخرى باعتباره قانون العقد، وهذا ما يمنح لقواعد القانون العام طابع قوانين البوليس⁵، لكن مادام أن القاضي يمكنه تطبيق قوانين البوليس الأجنبية فهذا ما ينفي الخلط بين قواعد القانون العام وقوانين البوليس.

ويرى أنصار قوانين البوليس إمكانية امتداد تطبيقها في بعض الحالات خاصة في مسائل الزواج والانفصال والطلاق، مثلا يطبق القانون البلجيكي على كل طلاق بين زوجين يحمل أحدهما الجنسية البلجيكية حتى وإن تم في الخارج⁶.

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 128, p 129, 130.

² - انظر الأحكام القضائية المذكورة في: D.GUTMAN :Op.cit, p 49, référence n° 22.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 87.

⁴ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, n° 254, p 428 et s, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 133, p 139 et s, D.GUTMAN : Op.cit, p 51, B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-15, p 501.

⁵ - P.MAYER : Op.cit, n°22.

⁶ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 88.

2- قوانين البوليس وقوانين النظام العام

محاولة أخرى ذات مصدر قضائي تركز على تشبيه قوانين البوليس بقوانين النظام العام¹، فنظرا لعمومها تستعمل عبارة "قوانين النظام العام" من طرف القضاء في معان مختلفة، عندما يكون القانون من النظام العام فإن تطبيق قانون القاضي يفرض نفسه حتى ولو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي²، وهذا انطلاقا من أن قوانين البوليس عبارة عن قواعد آمرة، فتمّ تكييفها على أنّها "قواعد النظام العام"، فالصفة الآمرة لقانون القاضي تؤدي إلى تطبيقه بصفة انفرادية، حيث يتعلق الأمر بنظام عام ايجابي³، وتقترب قوانين البوليس من الدفع بالنظام العام من حيث الآثار المتمثلة في استبعاد قاعدة الإسناد وعدم تطبيق القانون الأجنبي، وهذا سبب تسمية قوانين النظام العام التي أطلقها القضاء⁴ على قوانين البوليس، حيث يستخدمها في كل مرة عندما تظهر له أحكام قانون القاضي أكثر أهمية، فتحول الإجراء إلى دفاع ضد القوانين الأجنبية، ويلعب دورا مماثلا للدفع بالنظام العام لكنه يختلف عنه في أنه يعمل به قبل استشارة القانون الأجنبي⁵، ومن مجموع الأحكام الداخلية الآمرة باعتبارها قواعد النظام العام، بعض النظريات جعلت من النظام العام "فئة إسناد"، مثل فئة الأحوال الشخصية أو العينية، وتخضع بالتالي لقانون القاضي⁶.

لكن هذه المحاولة تعتبر خطيرة، لأنها تقود إلى غلو (تطور مفرط) حتمي لقانون البوليس وتحجب مفهوم النظام العام عن طريق إعطائه معنى جديد، فمفهوم النظام العام في القانون الداخلي لا يحدد قوانين البوليس، مثلا إن أغلب القواعد في مادة الطلاق والنسب تعتبر قواعد من النظام العام في القانون الداخلي لكنها لا تعتبر قوانين بوليس في القانون الدولي الخاص، أما بالنسبة لمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص فهو بعيد عن قوانين البوليس، وهو مقدم تحت شكل الدفع بالنظام العام أي كاستثناء، وكمصحح للقواعد العادية للإسناد من أجل استبعاد القانون (الأجنبي) المطبق،

¹ - انظر الحكم القضائي السابق الإشارة إليه.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 129, p 130.

³ - B.AUDIT : Op.cit, n° 118, p 98, 99.

⁴ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-10, p 496.

⁵ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, P 125, 126.

⁶ - B.AUDIT : Op.cit, n° 309, p 256.

فدخله إذن يفرض تعيين مسبق للقانون الأجنبي من طرف قاعدة الإسناد، أما قوانين البوليس، فعلى العكس، لم يتم تعيين القانون الأجنبي، وبالتالي فإن تأسيس قوانين البوليس على النظام العام يعني تحويل هذا الأخير إلى ظرف (أو ضابط) إسناد، وهذا الخلط لم يسبق للقضاء أن وقع فيه¹، كما أن تصور أن النظام العام يشمل قوانين البوليس مرفوض لعدة أسباب، منها أنه إذا اعتبر أن النظام العام فئة إسناد فهذا يعني أنها تضم قواعد متباينة مثل القواعد الجنائية والعقارية، قواعد الإجراءات وكل قواعد القانون الخاص الآمرة بما فيها قواعد قانون الأسرة، بالإضافة إلى أنه يقود إلى اعتبار أن قواعد النظام العام في القانون الداخلي ضمن فئة النظام العام في القانون الدولي الخاص ومن المعلوم أن مجال النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق من مجاله في القانون الداخلي²، إضافة إلى إعطاء دور مؤقت لقاعدة الإسناد في المجال غير المخصص لقوانين البوليس³.

وبالتالي يختلف النظام العام عن قوانين البوليس من حيث طبيعة الوظيفة ووقت التدخل وكيفية تطبيق قانون القاضي، حيث أن وظيفة النظام العام علاجية تكون بعد إعمال قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي المستبعد وإحلال قانون القاضي محله بصفة استثنائية، في حين أن وظيفة قوانين البوليس وقائية دون تدخل قاعدة الإسناد مما يعني تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية⁴.

لكن هناك من يعتبر أن التمييز بين النظام العام وقوانين البوليس من حيث وقت التدخل غير مقنع لأنه نظري، كما أنه أهمل أن التمييز بين وجود قاعدة الإسناد وبين إعمالها مركز عليه بصفة مفرطة في منهجية القانون الدولي الخاص، وبالتالي فإن القاضي الذي ينظر النزاع على علم بوجود قاعدة الإسناد من أجل حل المنازعة الدولية قبل استعمال قوانين البوليس باعتبارها تصورا خاصا في القانون الدولي الخاص⁵.

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 129, p 130, 131.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 309, p 256.

³ - B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Op.cit, n° 53-10.

⁴ - انظر محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 117.

⁵ - P.CARRIER : Op.cit, n° 165, 166, p 98, 99.

البند الرابع: المعيار الغائي

تمّ التعبير عن المعيار الغائي من خلال الصياغة المقترحة للفقهاء فرانسيسكاكيس، حيث يتعلق الأمر بضرورة المحافظة على التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويتم الاعتماد عليه من أجل تكييف القواعد القانونية على أحكام قوانين بوليس¹.

يعتمد الفقه على المعيار الغائي من أجل تحديد مفهوم قوانين البوليس الذي يقوم على الغاية الاجتماعية للقاعدة القانونية، فإذا كانت تهدف إلى حماية النظام العام ومصصلحة الجماعة فهي من القواعد ذات التطبيق الضروري²، وتطبق فقط داخل إقليم الدولة ولا تمتد خارجه³.

ويتم الاعتماد على هذا المعيار في حالة سكوت المشرع وغياب التحديد التشريعي لقوانين البوليس، حيث يجب على القاضي أن يتأكد مما إذا كانت المصالح المعنية مهمة لدرجة أنها تجعل من الضروري تطبيق الأحكام الآمرة في قانون القاضي⁴، فالتطبيق الفوري الذي يجريه القاضي ليس إلا نتيجة للطابع الأمر لقوانين البوليس المرتبط بالهدف الذي تسعى إليه⁵، فيمتد تطبيق القواعد الموضوعية المخصصة للعلاقات الداخلية على العلاقات الدولية لأن تطبيقها يكون ضروريا بالنظر للهدف الذي تريد تحقيقه⁶. فتطبق قاعدة ما باعتبارها من قوانين البوليس إذا تبين أن من الضروري تحقيق أهداف المصلحة العامة التي تسعى إليها على العلاقة المعروضة على القاضي بغض النظر عن القانون الذي عينته قاعدة الإسناد⁷.

وقد يرتبط الهدف بحماية مصالح الجماعة عن طريق حماية فئة معينة من الأشخاص مثل العمال الأجراء، المستأجرين، المستهلكين، الأطفال القصر المعرضين للخطر، أو من أجل ضمان أمن

¹ - Benjamin REMY : Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, éditions Dalloz, Paris, 2008, n° 216, p 119.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 627.

³ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 120.

⁴ - H.BATIFFOL, P.LAGARDE : Op.cit, p 427, 428.

⁵ - B.AUDIT : Op.cit, p 100.

⁶ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 190, p 119.

⁷ - P.MAYER : Op.cit, n° 13.

المعاملات في مواجهة الغير¹، حيث توجد قوانين تساهم في التنظيم الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة، لها طابع التطبيق الضروري المستنبط من هدفها، يتعلق الأمر مثلا بقواعد حماية المستهلكين التي تهدف لتحقيق حماية فردية، لكن هذا الهدف لا يجعل تطبيقها على جميع المستهلكين المقيمين على الإقليم أقل ضرورة، بالرغم من أن العقد يخضع وفقا لإرادة أطرافه لقانون أجنبي أقل حماية، فطابع قوانين البوليس المعترف به لهذه الأحكام هو مصحح للطابع الليبرالي والمتحرر لقاعدة الإسناد الازدواجية².

وفي إطار المعيار الغائي تم التمييز بين قوانين البوليس والقوانين السياسية التي تعتبر قوانين تضع استثناء على المبادئ والقواعد القانونية لمصلحة الدولة أو حزب معين أو اعتقادات وأفكار معينة، ولا يثار فيها تنازع القوانين، وتكون سارية المفعول وتطبق مبدئيا على كل الأشخاص والتصرفات والعلاقات القانونية، وفي المقابل لا تثار في الخارج³، وقد ظهرت هذه الفكرة في قرارات محاكم بعض الدول لتبرير رفض تطبيق القانون الأجنبي⁴، حيث اعتبرت القوانين السياسية قوانين بوليس⁵.

لكن هذه القرارات تعتبر نادرة ومنعزلة، كما أن هذا التشخيص لم يقبل إلا في فرضية رفض تطبيق القانون الأجنبي، التي لا يجذب أن تفقد طابعها الاستثنائي والعرضي، لأن معيار القوانين السياسية أوسع، ويترك مجالا لتعسف القاضي تبعا لتصوراته السياسية التي ستؤدي به إلى تقدير مختلف للقوانين الأجنبية⁶، لهذا ينبغي أن يقتصر استخدام فكرة القوانين السياسية لتحديد قوانين البوليس في أضيق نطاق نظرا لغموضها⁷.

¹ - B.AUDIT: Op.cit, p 100.

² - P.MAYER, V.HEUZE : Op.cit, n° 123, p 90.

³ - Cf. Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 130, p 131.

⁴ - مثل قرار المحكمة الفدرالية الألمانية، باعتبارها أعلى هيئة قضائية للجمهورية الفدرالية، ل17 ديسمبر 1959، حيث قررت أنه يجب تقدير العلاقة القانونية بالنظر للقيود الملزمة المقررة في القانون العام التي تخدم تحقيق الأهداف السياسية أو الاقتصادية للدولة التي وضعتها، وعلى هذا الأساس رفضت الأخذ بعين الاعتبار قيود الصرف التي فرضتها الجمهورية الديمقراطية الألمانية، وقرار محكمة النقض البلجيكية ل2 جوان 1960 التي اعتبرت أن تدابير التأميم ليس لها هدف تنظيم حقوق الأفراد وتحقيق مصالحهم وإنما تخدم مباشرة مصالح الدولة عن طريق المصادرة، انظر:

Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 130, p 131, 132.

⁵ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 130, p 131, 132.

⁶ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 132.

⁷ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 93.

ولقد تعرض المعيار الغائي لانتقادين متعارضين فيما بينهما، فبالنسبة للبعض ينتقد المعيار لأنه واسع جدا وغير مؤهل لتفعيل آلية قوانين البوليس، في حين ينتقده البعض الآخر لأنه ضيق جدا ولا يأخذ في الحسبان مجموع مظاهر آلية قوانين البوليس، حسب الرأي الأول فإن تنظيم المجتمع يشكل موضوع كل قاعدة قانونية مما يعني أن كل قواعد القانون تعتبر قوانين بوليس، ويذهب لاعتبار أن حلول القانون الوضعي التي يصنفها الفقه ضمن فئة قوانين البوليس غير موجودة، فهو ينكر وجود قوانين البوليس، أما الرأي الثاني فيبرر مسألة محدودية وضيق المعيار الغائي بمثال القواعد التي تهدف لحماية المستهلك التي تعتبر من قوانين البوليس بالرغم من أنها تهدف لتحقيق مصالح خاصة وفردية، لكن تم الرد على هذه الانتقادات بتذكير أن منهج قوانين البوليس يتطلب وجود علاقة بين السياسة والهدف المتبع من طرف واضع القاعدة القانونية من جهة، ومجال تطبيقها من جهة أخرى، ومن أجل الحكم على أن قاعدة قانونية ما تندرج ضمن قوانين البوليس يجب تحديد سياسة وهدف إصدارها، وليس من الضروري أن تحقق كل قاعدة قانونية ذلك، وبالتالي ليست كل القواعد القانونية قوانين بوليس، وموضوع الحماية التي تهدف إليها قوانين البوليس ليس تنظيم المجتمع وإنما السياسة التشريعية والهدف الذي يريده المشرع، كما أن أحكام قانون الاستهلاك وبصفة عامة التشريعات التي تضمن "حماية الطرف الضعيف" مؤسسة على التوفيق بين مصالح الأطراف، وليست ذات هدف فردي أو مصلحة خاصة، وبالتالي ليست ضمن منهج قوانين البوليس، ومن الملائم الكشف عن التعليمات التي تمكن القاضي من التمييز بين نوعي القواعد القانونية، وبالتالي، بعد تحليل مضمون المعيار الغائي، تم تبرير الحالات التي استعملت فيها آلية قوانين البوليس بالاهتمام بالمحافظة وحماية ما تعتبره أجهزة النظام القانوني المعني على أنه سياسة لتنظيم الدولة¹.

حيث وضع أنصار نظرية القوانين ذات التطبيق الفوري (النظرية الحديثة) فكرة "تنظيم الدولة" كمفهوم دال ومفتاحي للكشف عنها، فهناك علاقة بين قوانين البوليس وتنظيم الدولة، وتمّ التساؤل

¹ - B.REMY : Op.cit, n° 217 et s, p 119 et s. « ...après avoir jaugé le contenu du critère finaliste, il apparait qu'il est possible et courant en doctrine de considérer que les espèces dans lesquelles il a été fait usage du mécanisme des lois de police étaient justifiées par le souci de sauvegarder ce qui est perçu par les organes de l'ordre juridique en question comme une politique portant sur l'organisation du pays. ».

عما إذا يجب اعتبار قانون بوليس كل قانون موضوع بموجب أوامر اجتماعية أو اقتصادية، وإذا ما يجب الاستناد على تنظيم الدولة عند تطبيق قوانين البوليس؟ لهذا ذكر البعض قوانين تنظيم الصرف وتدابير المساعدة التربوية كقوانين بوليس لأنها تطبق بموجب تدخل مرفق عام أو سلطات دولة القاضي، والبعض ذكر القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلكين، والبعض الآخر أشار إلى حالات تظهر فيها المصالح الاقتصادية والاجتماعية أكثر أهمية لدرجة أن القاضي الذي ينظر النزاع يطبق قانونه¹.

ويقترح بعض الفقه² معيارا وظيفيا موضوعيا يجمع بين المعيار الغائي والمعيار العضوي، يركز على غاية القاعدة القانونية في تحقيق المصلحة العامة وحمايتها، كما يركز على تدخل أجهزة الدولة أو مرافقها في رسم إطار تلك المصلحة، بحيث يمكن تعريف قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها القواعد التي تلازم تدخل الدولة وتهدف إلى تحقيق وحماية المصلحة الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تقصده السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كل العلاقات التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت وطنية أو دولية.

ويرى البعض³ أنه في الحقيقة لا يوجد معايير موضوعية لتعريف وتمييز قوانين البوليس عن غيرها من القوانين الداخلية، ولا توجد معايير حاسمة لتحديد مفهوم قوانين البوليس. فقوانين البوليس لا يتم الكشف عنها بمعيار مركب ولا تطبق بتوظيف معايير عامة ومحددة مسبقا لأنها أحكام أمره دوليا بالنظر لمضمونها وهدفها في النظام القانوني الذي تنتمي له، ويكون تطبيقها على حالة معينة توظيف لإسنادها⁴.

فمن المستحيل تحديد قوانين البوليس بصفة واضحة لأنه لا يوجد اختلاف بينها وبين القوانين الأخرى من حيث الطبيعة، حيث يمكن القول أن كل قانون يهدف إلى ضمان المصالح الاقتصادية

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 133.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 628.

³ - P.CARLIER : Op.cit, n° 161, p 97.

⁴ - B.AUDIT : Op.cit, n° 120, p 102.

والاجتماعية بصفة فعلية، وهذا ليس امتيازاً خاصاً بقوانين البوليس، وإنما يوجد اختلاف في الدرجة مما يجعل التمييز بينهما صعباً، فمنذ أية لحظة تعتبر المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية مهمة حتى نكون بصدد قوانين البوليس؟ فالأمر معقد لدرجة أن فرانسيسكاكيس لا يأخذ بعين الاعتبار هدف القانون فقط (المعيار الغائي) وإنما كذلك الطابع الضروري للقانون، فهو يتحدث عن قوانين تكون ضرورية لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة¹.

كما أنه من الصعب وضع معيار محدد لسببين، الأول أن المعايير التي وضعت تتناول جانباً واحداً من جوانب قوانين البوليس، والثاني هو التقارب بين مفهوم قوانين البوليس وبعض المفاهيم الأخرى خاصة مفهوم النظام العام مما يخلق نوعاً من التداخل بينها².

ومن المستحيل اعتبار وجود فئة أو مجموعة موحدة من قوانين البوليس لأن الأمر يتعلق بإجراء تكييف قوانين البوليس الذي لا يمكن أن ينتج إلا عن طريق فحص مجرد لكل حكم تشريعي وفق منهجية حالة بحالة التي تقترب من تلك المتبعة عند إعمال الدفع بالنظام العام³.

فوجود قوانين البوليس يقوم على تقدير القاضي حسب الدعوى المعروضة عليه، وهذا ما يؤدي إلى عدم تبصر الحل، حيث يتعلق الأمر بصعوبة إضافية من أجل تكريس أمن العلاقات القانونية المنشئة ومن أجل تخمين المخاطر فيما يخص العلاقات القانونية المستقبلية⁴، ويرى بعض الفقهاء⁵ أن توجيه القاضي بموجب تعليمات أو أوامر مرنة يفتح له سلطة تقديرية واسعة تتضمن حتماً التحكم والتعسف وفقاً لمعتقداته، فيمكن له أن يجد قوانين البوليس في عدة نواحي، أو على العكس لا يجد واحدة منها، ودون شك فإن الاحتمال الأول معقول أكثر أخذاً بعين الاعتبار تكليف القضاة

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 133.

² - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 122.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134.

⁴ - P.CARLIER : Op.cit, n° 163, p 97.

ويذكر هذا المؤلف مثلاً من القضاء الفرنسي (نقض مدني الغرفة الثانية، 3 جوان 2004) في قضية تعويض ضحية فرنسية لحادث مرور وقع في إيطاليا، حيث قرر قضاة الموضوع تطبيق قانون القاضي ومحكمة النقض لم تنقض ذلك بسبب أن "التشريع الفرنسي المتعلق بتعويض ضحايا المخالفات يشكل قانوناً لإصلاح الضرر المرتكب في الخارج ومؤسس على التضامن الوطني... وأن له طابع القانون ذو التطبيق الضروري والذي يستبعد الرجوع للقانون الأجنبي"، المرجع نفسه، ص 98.

⁵ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134.

بتطبيق قانونهم، ومن هنا تظهر شدة خطورة قوانين البوليس من حيث عدم تعيين القانون الأجنبي منذ البداية في حين أن في حالة الدفع بالنظام العام يتم استبعاده بعد تعيينه، وبالتالي فإن النتيجة هي استحالة إيجاد معيار مقبول ودقيق لقوانين البوليس التي تفتقد التجانس وتعتبر مجرد مجموعة من الأحكام والاستثناءات المتناثرة في مختلف مجالات القانون.

واستحالة أو صعوبة التوصل لمعيار حاسم لتحديد قوانين البوليس، التي تظهر أنها تفتقد الوحدة والاشترك لأها مبعثرة ومفرقة في عدة مجالات، فما هي إلا مجموعة من الأحكام والاستثناءات المتناثرة في مختلف مجالات القانون، قد يضعف ادعاء أنصارها مما يؤدي إلى التشكيك في الأساس السليم من أجل إقامتها كنظام واعتبارها منهجا قائما بذاته ومنافسا لمنهج التنازع التقليدي في حل مشكل تنازع القوانين¹، وهو ما يقود إلى البحث عن خصوصية المنهج.

المطلب الثاني: خصوصية منهج قوانين البوليس

تعتبر قوانين البوليس قواعد القانون الدولي الخاص التي توسع مجال تطبيق بعض القواعد المادية الداخلية المخصصة للعلاقات الداخلية لتطبق على العلاقات الدولية، فمضمون هذه القواعد المادية هو الذي يتطلب تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية²، وفي إطار القانون الدولي الخاص، تكشف قوانين البوليس عن أهمية سياسات تشريعية لا تحتمل أي تأجيل على إقليم من وضعها³.

فهي منهج لحل تنازع القوانين، بالرغم من أن بعض الفقه ينكر أنها منهج بديل لمنهج الإسناد لأن مجال قوانين البوليس والأمن ليس محلا للتنازع، فهي تطبق على كل المتواجدين في إقليم الدولة عملا بمبدأ الإقليمية الذي ينفي التنازع⁴، في حين أن البعض الآخر⁵ يرى أن نظرية قوانين البوليس تشكل إحدى التطورات المهمة للقانون الدولي الخاص، كما أنها تمثل نقطة التقاء بين القانون الدولي الخاص الأوربي والنظرية الأمريكية الخاصة بتحليل المصالح الحكومية.

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134.

أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 97.

² - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 190, p 119.

³ - D.GUTMAN : Op.cit, p 49.

⁴ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 85، 86، 87.

⁵ - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle..., Op.cit, n°29, p 440.

وسبقت ملاحظة أن المشرع الجزائري يخرج قوانين البوليس من دائرة تنازع القوانين إذ نص عليها في المادة 5 من القانون المدني على عكس المشرع الفرنسي.

وتعتبر كل من قواعد الإسناد وقوانين البوليس وكذلك القواعد الموضوعية مناهج لحلّ مشكل تنازع القوانين، فهي عبارة عن طرق أو أساليب تتميز عن بعضها البعض في عدّة نقاط، لهذا ينبغي تبيان خصوصية قوانين البوليس مقارنة بقواعد الإسناد باعتبارها المنهج التقليدي لحلّ تنازع القوانين، هذا من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى التطرق لخصوصيتها مقارنة بالقواعد الموضوعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمييز بين منهج قوانين البوليس ومنهج الإسناد

أول مظهر لخصوصية منهج قوانين البوليس يتمثل في أن القاضي ينطلق من القانون في حين أن في منهج التنازع ينطلق من العلاقة القانونية¹، كما أنه يضحى بالتناسق بين الأنظمة القانونية على المستوى الدولي لفائدة النظام الداخلي فهو يهتم بتحقيق التناسق الداخلي مادام أنه يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي باسم قوانين البوليس².

إن منهج قاعدة الإسناد يقوم على تحليل العلاقة القانونية محل النزاع وتركيزها في مكان أو إقليم الدولة التي نشأت وارتبطت به أكثر من غيره واختيار قانون تلك الدولة باعتباره القانون الأكثر صلاحية وملائمة لحكمها³.

فيقصد بالإسناد إلحاق العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، والتي يتزاحم أو يتنازع على حكمها أكثر من قانون، بقانون معين نظرا لارتباطها به أكثر من غيره وفق معيار أو ضابط معين، وقد يكون هذا الضابط شخصي يتمثل في الجنسية أو الوطن أو إقليمي يتمثل في مكان نشأة

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134.

² - B.AUDIT : Le droit international privé à la fin du XXe siècle..., Op.cit, n° 29, 30, p 440, 441.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 117، ص 628.

التصرف أو إبرامه أو مكان وقوع الفعل الضار أو موقع المال أو مستخلص من إرادة المتعاقدين، ويستخرج هذا الضابط من العنصر الأجنبي المؤثر في العلاقة.

ويعرف هذا المنهج بالمنهج التقليدي لأنه منهج قديم ساد منذ العصور الوسطى وظهرت في نطاقه عدّة نظريات فقهية، وهو المنهج الشائع والمستخدم كقاعدة عامة من طرف أغلب التشريعات الوطنية، ويعرف كذلك بمنهج سافيني لأن هذا الفقيه الألماني هو أول من تحدث عن تحليل العلاقة القانونية وتركيزها.

أما منهج قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري، فيقوم على تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لمجتمع دولة القاضي ومن هنا تطبق القاعدة القانونية التي تعمل على تحقيق هذا الهدف مباشرة¹. كما يعتبر هذا المنهج حديث مقارنة بالمنهج التقليدي.

وتبين أوجه الاختلاف بين المنهجين من عدّة أوجه:

1- من حيث النطاق:

أن منهج الإسناد يخص العلاقات الخاصة الدولية أو العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، أما منهج قوانين البوليس فيطبق على العلاقات القانونية سواء كانت وطنية داخلية أو دولية، ومن هنا فنطاقه أو مجاله أوسع من مجال منهج الإسناد وأشمل منه، فهو لا يهتم بتقسيم الفئات القانونية إلى فئة الأشخاص وفئة الأموال، ولا بتصنيف العلاقات القانونية إلى علاقات أحوال شخصية أو عينية أو عقود أو أفعال ضارة. ومنهج قوانين البوليس لا يهتم بالعنصر الأجنبي أو بالطبيعة الدولية للعلاقة²، في حين أن هذا العنصر الأجنبي يعتبر مفتاح عمل قاعدة التنازع والفاصل بين تطبيقها وتطبيق باقي قواعد قانون القاضي³.

1 - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 628.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 120، ص 629، محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 114.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 629.

2- أما من حيث الطريقة:

فإن منهج الإسناد ينطلق فيه القاضي من العلاقة القانونية أو المسألة المعروضة عليه للبحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، أما في منهج قوانين البوليس فإن القاضي ينطلق من القانون أو القاعدة القانونية ليطبقها على العلاقات القانونية الخاضعة لها¹.

لكن يمكن ملاحظة أن هذه الطريقة أو المنهجية ليست خاصة بقوانين البوليس وأن الأمر في هذا لا يتعلق بتعارض بين المناهج²، فإذا كان منهج قوانين البوليس ينطلق من القانون، وهو ما يميزه عن منهج الإسناد الذي ينطلق من العلاقة القانونية، فإن هذا لا يعني التعارض بينهما، وإن كان يبدو ظاهريا فهو ليس حقيقيا³.

3- أما من حيث موضوع كل منهج:

فإن منهج الإسناد يقوم على التنازع بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، فتعتبر قاعدة الإسناد قاعدة اختيار⁴ بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، في حين أن مسألة الاختيار لا تطرح أبدا عندما يطبق القاضي قوانين البوليس على العلاقة المعروضة عليه لأنه يطبق قانونه مباشرة وبصفة انفرادية ودون الاهتمام حتى بالبحث عن القانون الأجنبي الذي ترتبط به العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي مادام أن الأمر يتعلق بتطبيق الأحكام الآمرة المنصوص عليها في قانونه، لأن لها أولوية التطبيق على قواعد الإسناد⁵.

والقول أن قاعدة الإسناد هي قاعدة اختيار فيقصد بها قاعدة الإسناد الازدواجية أو الثنائية التي تشير إلى تطبيق إما قانون القاضي أو القانون الأجنبي، لهذا تختلف عنها قوانين البوليس التي لا تشير إلى تطبيق إلا قانون القاضي وحده دون مزاحمة القانون الأجنبي له.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 628، محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 113، 114.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 98.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 118، ص 628، 629.

⁵ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 114.

4- من حيث الهدف:

إذا كان منهج الإسناد يقوم على المساواة بين القانون الأجنبي وقانون القاضي فإن منهج قوانين البوليس لا يعرف هذه المساواة وإنما يفضل تطبيق قانون القاضي، ومن هنا يختلف هدف كل منهما عن الآخر، حيث يهدف الأول إلى تطبيق حل ملائم ومناسب ويحقق الأمان القانوني والعدالة في علاقات الأفراد عبر الحدود، أما الثاني فيهدف إلى حماية وتأكيد فعالية النظام القانوني لدولة القاضي، وإدراك الأهداف المحددة للسياسة التشريعية وتحقيق المصلحة الوطنية وليس مصلحة العلاقات الدولية الخاصة¹.

وفي إطار العلاقة بين المنهجين فإن البعض يرى أن هدف الأساس الفلسفي لنظرية قوانين البوليس يتمثل في استبعاد منهجية تنازع القوانين والاستغناء عنها كمنهجية متميزة وأصيلة في حل مشكلة تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، مما أدى إلى تصور هجوم من الأولى على الثانية بمثابة الحرب الأهلية، وأن منهجية قوانين البوليس تحفر قبر منهجية قواعد الإسناد².

وهناك اتجاه يذهب إلى أن منهج قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة التنازع، وبناء عليه فإن وجود قاعدة ذات التطبيق الضروري يستتبع نفي قاعدة الإسناد، فالقواعد ضرورية التطبيق كمنهج يكون لها الأولوية في التطبيق على قاعدة التنازع، وعلى القاضي أن يرجع أولاً إلى قانونه ليطبق قوانين البوليس القابلة للتطبيق على العلاقة أو المسألة المعروضة عليه، فإذا انعدمت يلجأ القاضي إلى منهج التنازع ليطبق قاعدة الإسناد المناسبة والقانون الأجنبي الذي أشارت إليه، وكأن منهج التنازع يلعب دوراً احتياطياً أو من الدرجة الثانية³.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 119، ص 629.

² - انظر: محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 115.

³ - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 121، ص 630.

لكن وردًا على ذلك من الصعب التسليم بأن غاية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو القضاء على منهج التنازع لأن ذلك يؤدي إلى تهديد كيان القانون الدولي الخاص، ونفي علاقة التعايش والتكامل بين المنهجين¹.

ويقرر بعض الفقه²، رافضا فكرة التنافس والإنكار بين المنهجين، أنها تخلط بين عمليتين مستقلتين، الأولى: تحديد القانون الواجب التطبيق، والثانية: إعمال هذا القانون وتطبيقه، وفي المرحلة الأولى فإن العملية الذهنية تظل واحدة، فالقاضي يقوم بتحديد نطاق عمل القاعدة محل التساؤل، وهنا يمكن الكلام عن "أولوية" تحديد نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري وتأخير ما يتعلق بمنهج قاعدة التنازع، أما في المرحلة الثانية، فهناك تجاوز أو "تعايش" بين المنهجين، لكل منهما نطاق إعماله، ففي مجال العقد الدولي، يمكن تطبيق قوانين البوليس على بعض جوانبه كسعر الصرف والقواعد الجمركية، ويمكن تطبيق قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون الإرادة على باقي جوانب العقد.

فعند وجود قوانين التطبيق المباشر والفوري في قانون القاضي، فإن القاضي يطبقها مهما كان القانون المعين من طرق قاعدة الإسناد، لهذا تكون منهج قوانين البوليس أولوية أو له أسبقية التطبيق على منهج قاعدة التنازع³، فعندما يحدد المشرع مجال التطبيق الضروري للقاعدة القانونية التي وضعها فإن القاضي المعروضة أمامه المنازعة التي تدخل في مجال هذه القاعدة مجبر على تطبيقها مهما كان النظام القانوني المعين من طرف قاعدة الإسناد، وحتى في حالة غياب هذا التحديد، إذا تبين للقاضي أن الهدف الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي لقانون القاضي يستدعي تطبيقه على المنازعة فيجب عليه تطبيقه بالرغم من أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، ذلك لأن المصلحة المحررة المرتبطة باحترام قانون بوليس دولة القاضي تتصدر المصلحة التي تحميها قاعدة الإسناد والتي تهتم بالتركيز الموضوعي للمسألة أو العلاقة القانونية⁴.

¹ - انظر: محمد خيري كصير: المرجع السابق، ص 115، 116.

² - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، بند 122، ص 630.

³ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 190, p 119.

⁴ - P.MAYER : Op.cit, n°24.

ويرى البعض¹ أن منحه قوانين البوليس يندرج ضمن منحه الانفرادية أو هو نفسه، فهو يخلط بينهما، خاصة عندما تعرض لتصور أن منهجية قوانين البوليس تكاد تقضي وتنهى منهجية تنازع القوانين، والحقيقة أن المقصود بالانفرادية تطبيق قانون القاضي دون مزاحمة القانون الأجنبي له، انطلاقاً من تطبيقه المباشر والفوري عن طريق قوانين البوليس، أو عن طريق قواعد الإسناد الانفرادية، التي تتضمن ضابط إسناد فردي والتي تعتبر، حسب البعض²، قواعد اللاتنازع، مثل القاعدة التي تمنح التكييف لقانون القاضي، فيكون وحده المرجع في تكييف طبيعة العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي (المادة 9 ق م ج)، أو القاعدة التي تمنح الامتياز لتطبيق قانون القاضي بسبب انتماء أحد أطراف النزاع لجنسية دولة القاضي، سواء كان متعدد الجنسية (المادة 22 ق م ج)، أو في حالة الزواج المختلط (المادة 13 ق م ج)، فقوانين البوليس لا تعبّر لوحدها عن الانفرادية وإنما هي جزء منها.

وهذا ما يقود إلى التمييز بين قوانين البوليس وقواعد الإسناد الانفرادية، فهل تعتبر هذه الأخيرة قواعد ذات التطبيق الضروري.

كلاهما يحدد مباشرة مجال تطبيقه، فقوانين البوليس تطبق في حدود إقليم الدولة على جميع العلاقات القانونية سواء كانت وطنية أو دولية، أما قواعد الإسناد الانفرادية فتطبق على العلاقات الدولية الخاصة وتنظم مسألة محددة، ويعطي بعض الفقه الفرنسي³ مثلاً لذلك: المادة 370/4 ق م ف التي تعلن أن "آثار التبني المتخذ في فرنسا هي الآثار التي يقرها القانون الفرنسي"⁴، فتحلل كقاعدة إسناد انفرادية، حيث تمّ تقطيع مؤسسة التبني من طرف المشرع لتخضع شروط التبني لقانون (الوالد) المتبني، أما آثاره فتخضع لقانون آخر، وميّز فيما يتعلق بالآثار، بين التبني الذي يتم في فرنسا والتبني الذي يتم في الخارج، وبالنسبة للأول تطبق عليه المادة 4/370 التي تعتبر القاعدة الوحيدة في القانون الدولي الخاص التي تحدد هوية القواعد المادية المطبقة. ومن قوانين البوليس التي تحدد بصفة

¹ - محمد خيرى كصير: المرجع السابق، ص 115، بالمقارنة مع حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص 19 وما يليها، خاصة ص 33.

² - حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص 25، 26.

³ - M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 193, p 121.

⁴ - L'article 370-4 du code civil : « Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française » Cf. M-L.NIBOYET, G.DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op.cit, n° 194, p 122.

انفرادية مجال تطبيقها، يعطي الفقه السابق مثالا المادة 311/15 ق م ف التي تخضع آثار النسب للقانون الفرنسي عندما يكون الطفل و أحد والديه أو كلاهما مقيما في فرنسا، أما بالنسبة لباقي أوجه النسب فينظم بالقانون المعين بموجب قواعد التنازع (المادة 311/14 ق م ف).

الغالب إن المشرع لا يحدد بنفسه مجال تطبيق قوانين البوليس وإنما على القاضي أن يحدد فيما إذا كان القانون الذي يطبقه قانون بوليس، وذلك بمناسبة التعرض لحالة مادية واقعية معينة ومضمون حكمه أو قراره سيكون محددا بالحجية النسبية للأمر المقضي به¹، أي أن تقدير ما إذا كانت قاعدة قانونية ما تنتمي لقوانين البوليس مخول للقاضي الذي سيختلف تقديره بحسب الحالات والعلاقات القانونية المعروضة عليه والتي سيصدر بشأنها الحكم القضائي الحائز على حجية نسبية، فهو لا يمنح تقديرا واحدا ومطابقا لقوانين البوليس.

ومن أجل تحديد قوانين البوليس عمل القضاء والفقه على الاعتماد على عدّة معايير اختلفت بين المعيار الشكلي والمعيار التقني والمعيار الغائي، ليتوصل الفقه إلى نتيجة صعوبة إيجاد معيار حاسم وإنما إلى معيار مركب يتعلق بتحقيق أهداف المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وتنظيم الدولة، ويندرج ضمن هذه المصلحة العامة مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ولهذا حاول الفقه البحث عن ضوابط لتطبيق قانون بوليس القاضي تشبه الضوابط التي تؤدي لتطبيق قواعد الإسناد.

فعندما يصدر القاضي قراره بتطبيق قانون بوليس دولته عليه أن يؤسسه ويرره على ضابط معين، وقد تمّ التفكير في مبدأ الإقليمية لكنه رفض من طرف أنصار النظرية الحديثة لقوانين البوليس، وحتى لا يبقى المشكل قائما ودون حلّ، اقترح الفقه "الإسناد" أو الربط، فلا يمكن التخلص من مشكل الإسناد حتى ولو كنا بصدد قوانين البوليس، لأنه إذا كان هناك محل لتطبيق قانون البوليس المحلي فلأن هناك علاقة أو رابطة (صلة) بين العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي ودولة القاضي، ويمكن لهذا الإسناد أن يتخذ أشكالا مختلفة، مثل إتمام التصرف أو حدوث الواقعة أو وجود موطن أو

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 134, 135.

محل إقامة الشخص في إقليم دولة معينة، فيوجد ربط في المادة 3 ق م ف والمادة 5 ق م ج بحيث تطبق قوانين البوليس على كل من يقيم أو يسكن في الإقليم¹.

فالغالب أن الأمر يتعلق برابطة إسناد خاصة مع الإقليم مثل الإقامة المعتادة للشخص (الطفل الموجود في حالة خطر أو المستهلك) أو تحقق واقعة الاعتداء على حق (المنافسة أو حق المؤلف) أو مكان تنفيذ العقد (الإيجار أو العمل)، لكن يمكن تطبيق قانون البوليس بالنظر لضابط أو معيار شخصي مثل اشتراط شكل معين لبعض التصرفات العائلية التي تتم في الخارج².

كما أن المدافعين عن خصوصية قوانين البوليس يقبلون مسألة "الإسناد"، بالرغم من أنها التعبير المستخدم في المنهج التنازعي التقليدي، ولا يمكن إثبات هذه الخصوصية إلا إذا كان الإسناد المستعمل من أجل تحديد مجال تطبيقها من حيث المكان يختلف عن الإسناد الذي يعرفه المنهج التنازعي³.

وهناك من يقترح تبني ضوابط مزدوجة خاصة من أجل تحقيق هدف قوانين البوليس في مجال مراقبة الصرف وفي مجال المنافسة وفي مجال عقد العمل، فضايط الإسناد المستخلص بالنسبة لكل واحدة من هذه المجالات هو الذي يحدد مجال التطبيق الضروري لقوانين بوليس دولة القاضي حيث يمنح مدى ازدواجي (ثنائي)، هذه الازدواجية تعتبر شرعية لأن في أغلب الدول توجد نفس أنواع المصالح العامة التي تتطلب معيارا مماثلا للتطبيق الضروري، ففي بعض المجالات يمكن ملاحظة تقارب بين التشريعات عند حماية المصالح العامة من نفس النوع أو عند حماية بعض الأشخاص الموجودين في وضعية الطرف الضعيف، مثلا المادتين 5 و6 من اتفاقية رومال 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تستند في مجال العقود المبرمة من طرف المستهلكين وفي عقد العمل على ضابط ازدواجي خاص، حيث أن تطبيق القانون المختار وفقا لضابط الإرادة لا يمنح المستهلك أو العامل من الحصول على الحماية التي توفرها القواعد الآمرة لقانون محل الإقامة العادية للمستهلك أو مكان تنفيذ عقد العمل، فهذه الازدواجية لا تفسر تبني قاعدة التنازع (حسب المنهج

¹ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 132, p 135.

² - B.AUDIT : Op.cit, n° 120, p 100, 101.

³ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 132, p 135.

التقليدي)، وترتبط تطبيق قانون محل الإقامة العادية للمستهلك أو قانون مكان تنفيذ عقد العمل بالطابع الحمائي لقواعده باعتبارها أكثر حماية من قواعد القانون المختار، ويمكن إصباح صفة "المشروطة" على ازدواجية لتصبح ازدواجية مشروطة من أجل أن تقابل ازدواجية ضوابط الإسناد في المنهج التقليدي، لأنها إذا لم تكن مشروطة فإنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، من تقطيع العلاقة التعاقدية بدون مبرر، وإلى خطورة فرض تطبيق قانون بوليس دولة القاضي حتى ولو كان أقل حماية من القانون المختار¹.

وبعض المدافعين عن منهج التنازع يبيّن خصوصية الإسناد في مجال قوانين البوليس إذ يكتفيها على أنها قواعد تنازع (إسناد) خاصة بالمقابلة مع قواعد الإسناد العامة أو التقليدية، وفي إطار نفس الرأي، هناك من يعبر عنها بمصطلح مختلف حيث يعتبر قوانين البوليس قواعد إسناد استثنائية، من حيث محتواها أو مضمونها لأنها تعطي حلاً مختلفاً عن قاعدة الإسناد العادية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى من حيث مجال تطبيقها بسبب طابعها الانفرادي، وبالنسبة لهذا الفقه، فإن ضرورة اللجوء لإسناد خاص من أجل تحديد مجال تطبيق قوانين البوليس من حيث المكان ناتجة عن عدم جدارة أسلوب الإسناد التقليدي²، فضوابط الإسناد التقليدية غير كافية وغير ملائمة، وهو ما يدعو إلى محاولة البحث عن ضوابط جديدة خاصة نظراً لانتشار قوانين البوليس في عدّة مجالات جديدة وعدم اتفاقها مع الضوابط التقليدية المستخدمة في منهج التنازع³.

ويرى بعض الفقه الفرنسي⁴ عدم التوسع في الامتيازات التي يجب منحها لخصوصية قوانين البوليس بالنظر لخصوصية الإسناد، لأن هذه الخصوصية قابلة للنقاش ويجب إعادتها إلى حجمها الحقيقي، والغالب أن يستعمل الإسناد التقليدي كما هو، وأن الإسناد الجديد المستخدم في تحديد مجال تطبيق قوانين البوليس من حيث المكان لا يشكل مجموعة. فمنذ نشأة القانون الدولي الخاص، حسب هذا الفقه، تمّ التمعن في جميع أنواع الإسناد في إطار نظرية تنازع القوانين، واكتشاف أنواع

¹ - P.MAYER : Op.cit, n°33, 34, 36, 38, 39.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 136.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 101.

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 136 et s.

أخرى يتطلب قوة تحيّل كبيرة، بحيث يكون التوصل لضوابط جديدة ضرب من الخيال¹، لهذا لا يتعلق الأمر باكتشاف ضوابط إسناد جديدة وإنما تعديل وملائمة بعض الضوابط الموجودة وتركيبها أو تطبيقها بصفة متناوبة واختيارية.

وفي ظل شروط خصوصية قوانين البوليس، استخرج الفقه الفرنسي² ثلاث نقاط:

• ليس لضوابط الإسناد التقليدية كفاءة متساوية عند استخدامها في منهج قوانين البوليس، حيث يرفض أنصار النظرية الحديثة للقوانين ذات التطبيق الفوري تشبيه قوانين البوليس بالقوانين الإقليمية. والحقيقة أن 95 من ضوابط الإسناد المستخدمة من أجل تحديد مجال تطبيق قوانين البوليس تنتمي للنظام الإقليمي أي ذات طبيعة إقليمية (مثل إقامة الشخص في الدولة، موقع المال، مكان إبرام التصرف)، أما ضابط الإسناد الشخصي المتمثل في الجنسية فإن استعماله نادر.

ضوابط الإسناد المستعملة في مجال قوانين البوليس تستند على مفاهيم واقعية أكثر منها قانونية، وهذا واضح في قوانين تنظيم الصرف، حيث يفضل الاستناد على مفهوم الإقامة من مفهوم الموطن، وهذا التفضيل يجد أساسه في أن قوانين البوليس تطبق على كل ما يحدث على الإقليم وتستند على عناصر واقعية بحتة، لكن تجدر الإشارة إلى أن منهج التنازع التقليدي يستند على ضوابط إسناد تعتبر واقعية، مثل المكانة التي يحتلها محل الإقامة في اتفاقيات لاهاي.

فدرجة الاعتماد بالعناصر الواقعية بالنسبة لمنهج قوانين البوليس تفوق درجة استخدامها في منهج التنازع التقليدي³.

• أن الجانب المهم لخصوصية قوانين البوليس بالنسبة للإسناد يتمثل في اهتمام المشرع أو القاضي في حجز أكبر قدر ممكن من الوضعيات أو العلاقات لتخضع لقانون البوليس المحلي، هذه الرغبة في توسيع هيمنة قوانين البوليس تقود إلى استعمال عدّة معايير إسناد بصفة متناوبة، في حين أن

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 102.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 136 et s.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 104.

قاعدة الإسناد التقليدي التي لا تتبع نفس النهج في تطبيق القانون المحلي أو قانون القاضي لا تستعمل إلا ضابطاً أو معياراً واحداً.

فقوانين البوليس تقوم بتحديد نطاق تطبيقها بطريقة غير متوازنة بحيث تصبح مصدر صعوبات عندما يتبنى مشرعو دول أخرى نفس الموقف الذي يهدف إلى منح قوانينهم نفس الحظ في التطبيق¹، فكل دولة ترغب أخذ حصة الأسد لصالح قانونها².

والصفة الآمرة لقوانين البوليس تفسر وجوب الرجوع والاستناد عليها عندما يؤدي تطبيق قاعدة التنازع الكلاسيكية إلى نتائج غير مرضية³.

• إن تحديد مجال تطبيق قوانين بوليس دولة القاضي من حيث المكان يُظهر وجود بعض الملائمة الضرورية لأسلوب الإسناد التقليدي، لكن هذه الملائمة غير كافية، في نظر بعض الفقه الفرنسي⁴، للتحدث عن منهج مختلف ومتميز عن منهج الإسناد (منهج التنازع التقليدي)، لأنه إذا كان المنهجين متناقضين فإن الربط (أو العلاقة) بينهما سيكون صعباً، وهو حتمي سواء تعلق الأمر بربط قوانين البوليس في مجال العقد مع قانون العقد، أو قواعد تدابير المساعدة التربوية مع القانون الذي ينظم السلطة الأبوية.

ففي المادة التعاقدية يعتبر منهج قوانين البوليس مصححاً لمنهج التنازع القائم على قاعدة الإسناد، والسبب أن اختيار القانون المطبق على العقد يكون بناءً على إرادة المتعاقدين، فإذا كان العقد دولياً لا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يناسبهم دون اكتراث بالمصلحة العامة أو بحماية الطرف الضعيف، وهذا تعتبر قوانين البوليس المكمل الضروري لقاعدة الإسناد، بدونها لا مبرر لتطبيق قانون الإرادة⁵.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 104.

² - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 137.

³ - Ibid., loc.cit

⁴ - Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, p 138.

⁵ - P.MAYER : Op.cit, n° 26.

تم انتقاد منهج قوانين البوليس لأنه يشكل خطورة من حيث تفضيل تطبيق قانون القاضي، فالقاضي قد يكتف بصفة تعسفية قواعده على أنها قوانين بوليس من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لكن هذا الانتقاد لم يلق رواجاً لأن حالات تطبيق قوانين بوليس دولة القاضي على حساب القانون الأجنبي تعتبر نادرة، وفي بعض الحالات يكون تطبيق قانون القاضي حتمي، فالخوف من الاستعمال التعسفي غير مؤسس، ولا يجب منع المشرع والقاضي من حماية المصالح المشروعة¹.

الفرع الثاني: تمييز قوانين البوليس عن القواعد الموضوعية

يرى الفقه المعارض² لمنهج قوانين البوليس، إذ لا يعترف بها كمنهج مستقل، أن اقتراح إعمالها يهدف إلى إلحاق وصف المنهج بالقواعد الموضوعية الدولية المطبقة على العقود الدولية كي تتحرر من هيمنة نظام الإسناد وتجد مبرراً قانونياً لتطبيقها وحدها بصفتها قواعد ضرورية للتطبيق.

فقوانين البوليس تشبه القواعد الموضوعية من حيث أنها ليست قواعد إسناد، كما أنها ليست خاصة بالعلاقات الخاصة الدولية وإنما تسري على جميع العلاقات القانونية سواء كانت وطنية داخلية أو دولية.

لكن تختلف القواعد الموضوعية للتجارة الدولية عن قوانين البوليس لأنها لا تطبق إلا بشأن عقود التجارة الدولية وهي بديل لمنهج الإسناد الذي يسند الاختصاص التشريعي للقانون الداخلي متجاهلاً طبيعة العقود الدولية وأهميتها، في حين أن قوانين البوليس وضعت أصلاً لحكم العقود والعلاقات الداخلية ولا تهتم بطابعها الدولي، ومن جهة أخرى فإن القواعد الموضوعية الدولية نشأت لتلائم حاجيات التجارة الدولية وتطبق بصفة مستقلة عن النظم الوطنية عملاً بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد وهو الهدف من إقرارها خلافاً لقوانين البوليس التي تهدف إلى حماية المصلحة الوطنية³.

فلقد أثبت منهج القواعد الموضوعية تفوقه نتيجة أزمة منهج الإسناد، الذي تراجع في مجال التجارة الدولية وأصبح العمل به محصوراً في نطاق العلاقات الأسرية، خاصة من خلال الاتفاقيات

¹ - P.MAYER : Op.cit, n°25.

² - زروي الطيب: المرجع السابق، ص 86، 87.

³ - زروي الطيب: المرجع السابق، ص 86، 87.

الدولية التي تتضمن تطبيق أحكام موضوعية موحدة، مثلاً في مجال عقد البيع الدولي، وكذلك تدخل التحكيم التجاري الدولي لخلق قواعد القانون التجاري الدولي، وهذا ما يساهم في وضع القانون الخاص الدولي¹.

وتجد القواعد الموضوعية مصدرها في التشريع الوطني الداخلي أو في أحكام القضاء، فقد يأخذ المشرع الوطني بعين الاعتبار المتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي وخصوصية المعاملات التجارية الدولية، ويضع قواعد خاصة بهذه العلاقات الدولية تكون واجبة التطبيق إذا ثبت الاختصاص القضائي لمحاكمه أو إذا كان قانون دولته هو الواجب التطبيق وفقاً لضابط الإرادة كأن يختاره المتعاقدان، أو عن طريق تركيز العقد، ومن أمثلة هذه القواعد الأحكام المقررة في مدونة المصطلحات التجارية الأمريكية².

لكن وجود هذه القواعد الوطنية لا يعني أنها تلغي منهج الإسناد، لأنها لن تكون واجبة التطبيق إلا إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اختيارها³.

كما رسّخ القضاء لبعض الدول خاصة محكمة النقض الفرنسية بعض القواعد الخاصة بمجال التجارة الدولية والتي تعتبر باطلة في مجال المعاملات الداخلية، من بينها قاعدة استقلالية شرط التحكيم وقاعدة جواز التعامل بالذهب بدل الوفاء بالعملة المتداولة⁴.

ولقد انتقد الأخذ بمفهوم قوانين البوليس لأنه يؤدي إلى منح القاضي السلطة التقديرية بحيث يغلب ميوله الشخصية ونزعه الوطنية من خلال تكييف القواعد الموضوعية وإدراجها ضمن القواعد ذات التطبيق المباشر⁵.

1 - ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 97 وما يليها.

2 - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 81، 82.

3 - ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 83.

4 - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 82.

5 - ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 103..

المبحث الثاني: التلازم بين قاعدة الاختصاص القضائي وقاعدة الإسناد

من المبادئ التقليدية في فقه القانون الدولي الخاص عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، أي أنه في حالة اختصاص قضاء دولة معينة لنظر المنازعات الدولية الخاصة لا يعني بالضرورة أن يطبق قانون تلك الدولة على موضوع المنازعات، لأن عكس هذا المفهوم يؤدي إلى تبني مبدأ إقليمية القانون على إطلاقه، وبالتالي فإن عدم التلازم هو أساس وجود القانون الدولي الخاص¹.

وعند إجراء مقارنة بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع القوانين يتبين أن هناك فرق بينهما من عدة أوجه، فالأولى قواعد مادية أو موضوعية في حين أن الثانية قواعد تنازع أو قواعد إسناد، الأولى قواعد انفرادية لأنها تشير إلى حالات اختصاص قضاء الدولة دون القضاء الأجنبي بينما تشير قواعد الإسناد الازدواجية إلى تطبيق قانون القاضي أو القانون الأجنبي، كما أن المنهج السائد من أجل تحديد حالات اختصاص محاكم الدولة هو المنهج المادي أو منهج القواعد الموضوعية، وتندرج قواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام ضمن منهج قوانين البوليس، بينما يحلّ تنازع القوانين بموجب منهج الإسناد، كقاعدة عامة، ومنهج القواعد الموضوعية ومنهج قوانين البوليس.

وهناك نوع من التقارب بين المفهومين من حيث المصطلح، حيث يستعمل مصطلح تنازع الاختصاص القضائي المشتق من مصطلح تنازع القوانين، وإن كان هذا الأخير لا يعبر عن تنازع حقيقي وإنما عن مفاضلة أو اختيار بين القوانين²، فإن مصطلح تنازع الاختصاص القضائي لا يعبر عنه لأن الأمر لا يتعلق بتنازع اختصاص قضائي يشبه تنازع القوانين لأنه منظم بموجب قواعد مادية انفرادية وليس بموجب قواعد تنازع، ولأن الأمر يتعلق باختصاص قضاء دولة معينة واستبعاد اختصاص قضاء دول أجنبية أخرى، فبالنظر لمبدأ سيادة الدولة، لا يمكن لأي دولة أن تمنح

¹ - انظر: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، الكتاب الثالث: القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، ص 13.

² - حول الإشكالية التي يثيرها مصطلح تنازع القوانين، انظر ميكالي الهواري: المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.

الاختصاص للقضاء الأجنبي، كما يعبر الاختصاص القضائي عن مصالح الدولة¹، كما أن اعتبارات الاختصاص القضائي تتعلق بالسيادة أكثر من اعتبارات الملائمة والعدالة التي تركز عليها قواعد تنازع القوانين.

لكن مادام أن تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق عليها فإنه يبدو أمراً منطقياً أن يتحقق التلازم بينهما وأن يؤثر الاختصاص القضائي على القانون المطبق بصفة مباشرة وغير مباشرة.

ويعني التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، حسب ما يعبر عنه، أن المحكمة المختصة تطبق قانونها دون غيره ويكون تبيان المحكمة المختصة تعيين للقانون المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وإن كان الأصل هو عدم التلازم بينهما إلا أنه قد يؤدي تطبيق قواعد كل من الاختصاصين إلى منح الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة والاختصاص التشريعي لقانونها²، ويعني كذلك وجود روابط ضيقة بين المحكمة المختصة والقانون المطبق، كما يبين أن مبدأ عدم التلازم غير مطلق، وبعبارة أخرى أن قانون القاضي يجوز على الشرعية لحل تنازع القوانين، كما أن التلازم يفسر وجود هدف مشترك بين الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق انطلاقاً من إعطاء تركيز جغرافي لعنصر من عناصر العلاقة القانونية³.

ويتحقق التلازم إما نتيجة لوحدة الأساس الذي بنيت عليه قاعدة الاختصاص القضائي وقاعدة الاختصاص التشريعي كمرعاة نظام الملكية العقارية في قاعدتي اختصاص محكمة العقار بالمنازعة فيه وخضوع العقار لقانون موقعه، وإما نتيجة لكون أن أحد الاختصاصين يجلب الآخر مثل التزام المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بتطبيق ما يقضي به النظام العام الوطني على المنازعة المطروحة أمامها، وإما نتيجة للمصادفة كما لو أبرم عقد بين شخصين في دولة معينة اتخذها

¹ -P.CARLIER :Op.cit, n° 792, p 453.

² - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 26.

³ -P.CARLIER : Op.cit, n° 794, p 454.

مواطنهما، فتختص محاكم تلك الدولة بنظر المنازعة العقدية على أساس أنه أبرم فيها ويختص قانونها بحكم الالتزامات العقدية لأنه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين¹.

والمشرع الوطني عند صياغته لقواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي قد يسعى إلى تحقيق مبدأ الوحدة والتلازم بينهما، عن طريق إتباع عدّة وسائل، من بينها، أن يمنح الاختصاص لقانونه بمجرد ما يتحقق الاختصاص القضائي لمحاكمه، أي يتبنى قاعدة إسناد يكون من مقتضاها تطبيق القواعد القانونية المادية والموضوعية للمحكمة التي تنظر المنازعة أي تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية، وهنا يتحقق نوع من الاستغراق أو الامتصاص من جانب الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي، أو يتبع صورة عكسية عن طريق منح الاختصاص للقاضي الوطني في جميع الحالات التي يكون فيها قانونه المادي هو المطبق على موضوع النزاع استناداً إلى قاعدة إسناد وهذا ما يعرف بحالة جذب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي، أما الوسيلة الأخيرة التي تحقق التلازم فهي عن طريق تبني ضابط إسناد موحد بالنسبة لكل من الاختصاصين كموقع العقار ومكان وقوع الفعل الضار المستوجب للمسؤولية التقصيرية².

وبالتالي يستند التلازم على عدّة مبررات، تتمثل في وحدة ضابط الإسناد في قاعدة الاختصاص القضائي وقاعدة تنازع القوانين، وفي تبني المشرع قاعدة إسناد توجب تطبيق قانون القاضي، أو تبني قاعدة إسناد تجعل الاختصاص للمحكمة الوطنية كلما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، أو في بعض الحالات قد تؤدي المصادفة إلى اختصاص محكمة دولة ما وتطبيق قانونها، بالإضافة إلى تأثير المحكمة المختصة بنظر المنازعة الدولية الخاصة في القانون المطبق، ذلك أن تحديد المحكمة المختصة يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا أمر منطقي، فهي التي تتولى اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم المنازعة متبعة قواعد الإسناد التي وضعها مشرعها، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف القانون المطبق بحسب المحكمة التي تنظر المنازعة³.

¹ - عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 26.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 14، 15، 16.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 19 وما يليها، ص 25، 26.

وفي إطار ما تقدم، يتعين التركيز على فكرة تحقق التلازم عن طريق تبني ضابط إسناد ومعيار اختصاص قضائي موحد (المطلب الأول) وعن طريق تأثير المحكمة المختصة في تعيين القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وحدة ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي

من خلال استعراض ضوابط الإسناد ومعايير الاختصاص القضائي الدولي، يتبين أن هناك تشابه بينها، من حيث تبني ضابط أو معيار واحد لحكم مسألة قانونية معينة، وهذه الحالات عديدة إذ من خلالها تبرز حالات التلازم بين المحكمة المختصة والقانون المطبق (الفرع الأول)، الذي يتعين البحث في طبيعته، انطلاقاً من اختلاف طبيعة قواعد الاختصاص القضائي، بين كونها متعلقة بالنظام العام أو أمّا غير ذلك، وكون قاعدة الإسناد قاعدة ملزمة قد تتضمن ضابط واحدًا أصلياً وضوابط احتياطية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والقانون المطبق وفقاً لوحدة

ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص

بالرغم من تعددها، فإن معايير الاختصاص القضائي وضوابط الإسناد ليست مختلفة بصفة مطلقة وإنما هناك تشابه بينها، وبالتالي تشابه المصالح المعتبرة التي من أجلها وضعت قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الإسناد¹، مثلاً بالنسبة للعقار، من المعلوم أن المحكمة المختصة هي محكمة موقعه وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون موقعه وبالتالي يتحقق التلازم بينها لتكون النتيجة تطبيق قانون القاضي الذي ينظر المنازعة، وهذا التلازم يعبر عن مصلحة الدولة في عدم التنازل عن سيادتها باعتبار أن العقار يشكل جزءاً من السيادة الإقليمية.

وتتمثل المحكمة في اتحاد ضابط الإسناد في قاعدتي الاختصاص القضائي والتنازع أن وجود العقار في إقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع بها ويعبر عن سيطرتها الفعلية عليه، وهذا ما يؤدي إلى كفاءة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكمها، كما يجعل المحاكم أقدر من غيرها على

¹ - P.CARLIER : Op ;cit, n° 795, p 455.

الفصل في المنازعة واتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على العقار، بالإضافة إلى أن سلامة المعاملات في مجال العقار تستلزم تمكين الأفراد من معرفة حالة العقار وما إذا كان مثقلا برهن قانوني أو قضائي، كما أن الحقوق العينية الواردة على عقار يتم إشهارها وفقا لقانون الموقع حماية للغير، إضافة إلى أن العقار جزء من إقليم الدولة التي يوجد فيها وبسيادتها وجزء من ثروتها الاقتصادية¹.

وفي مجال المسؤولية التقصيرية، قد يتحقق التلازم نظرا لوحدة ضابط الإسناد ومعياري الاختصاص القضائي المتمثل في مكان وقوع الفعل الضار، ويبرر ذلك بأن مكان وقوع الفعل الضار هو المكان الذي تم فيه الإخلال بالمصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها، مع العلم أن الالتزام بالتعويض لا يهدف إلى توقيع العقاب وإنما جبر الضرر، كما أن المنازعة ترتبط إقليميا مع محاكم الدولة التي وقع الفعل الضار في إقليمها، وبالتالي فإن الرابطة الإقليمية بين المنازعة الدولية وقضاء الدولة تعني تحقيق الفاعلية لكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنها².

ونتيجة لذلك تكون محاكم دولة القاضي هي الأكثر ملائمة للفصل في المنازعة الدولية الخاصة المتعلقة بالعقار أو بالمسؤولية التقصيرية ويكون قانون القاضي الذي ثبت له الاختصاص وفقا لفكرة التلازم القانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع المنازعة الدولية الخاصة.

وإذا كانت ضوابط الإسناد ومعايير الاختصاص في هاتين المسألتين عالمية أي بمعنى أن أغلب الأنظمة القانونية تقرها، فإنه بالنسبة لمسائل أخرى مثل الأحوال الشخصية خاصة مسألة الزواج والطلاق، قد يلجأ المشرع إلى حيلة جعل ضابط الإسناد معيارا للاختصاص القضائي ليحقق التوحيد بينهما، فإذا كانت الجنسية ضابطا عاما ومنطقيا وملائما لإسناد الأحوال الشخصية إلا أنها قد لا تكون كذلك بالنسبة للاختصاص القضائي لكن المشرع الجزائري اعتمد عليها لمنح الاختصاص لمحاكمه، بالرغم من أنها تشكل معيار اختصاص استثنائي وغير مألوف، ليحقق التلازم بين اختصاص قضاؤه وتطبيق قانونه، وهنا قد يطرح التساؤل عن أيهما أسبق، وأيها أثر في الآخر، أو أن المشرع

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر المحكمة المختصة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 21.

² - حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص 22.

وضع كل قاعدة وهو يجهل القاعدة الأخرى، أي أنه منح الاختصاص لمحاكمه بناء على جنسية الأطراف وهو يجهل أن هناك قاعدة إسناد مبنية على أساس الجنسية.

وإذا كان الشخص عديم الجنسية فيؤول الاختصاص لمحاكم دولة موطنه وفي نفس الوقت يطبق قانون موطنه على حالته الشخصية، فيكون الموطن ضابط إسناد ومعيار اختصاص قضائي.

وبالنسبة للالتزامات التعاقدية أو العقود الدولية قد يتحقق التلازم بين اختصاص المحكمة التي تنظر المنازعة والقانون الواجب التطبيق، عندما يختار المتعاقدان بإرادتهما الصريحة قضاء الدولة المختص ويسكتان فيما يتعلق بالقانون المطبق، ومن هنا قد يفهم ضمنا أنهما اختارا قانون المحكمة التي تفصل في النزاع أو قانون القاضي، أو في حالة عدم الاختيار لا صراحة ولا ضمنا، حيث توجد ضوابط احتياطية تتمثل في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو محل الإبرام، من شأنها أن تحقق التلازم فيطبق القاضي قانونه إذا كان للمتعاقدين موطن مشترك في دولة القاضي، أو كانا يحملان جنسية دولة القاضي، أو أبرما العقد في دولة القاضي.

أما بالنسبة للشركات التجارية الأجنبية التي تمارس نشاطها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري وتختص محكمة مقرها الاجتماعي بنظر منازعات الشركاء، وهنا كذلك يتحقق التلازم نتيجة وحدة ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي.

يمكن القول أن هذا التلازم لم يقع على سبيل الصدفة وإنما لابد وأن يكون نتيجة سياسة تشريعية الغرض منها إبراز دور قانون القاضي ومنح الهيمنة له لحكم المنازعات الدولية الخاصة إلى درجة معاملتها كمنازعات داخلية، وهذا بالنظر لإرادة المشرع والقاضي، خاصة في فرنسا، إذ يلعب القضاء الفرنسي المتمثل في محكمة النقض دورا بارزا في خلق قواعد الإسناد وتطبيق قانون القاضي كلما سنحت له الفرصة.

ذلك أن التلازم بين قاعدة التنازع وقاعدة الاختصاص القضائي قد يقع على سبيل المصادفة إذا اختلف ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي لكن كلا منها موجود ومتمركز في إقليم دولة القاضي، مثلا بالنسبة لدعوى المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار الذي وقع في إقليم دولة القاضي من

طرف شخص، وهو المتسبب بالضرر، له موطن في إقليم دولة القاضي، يتحقق التلازم بين الاختصاص القضائي، لأن المحكمة المختصة وفقا للقاعدة العامة هي محكمة موطن المدعى عليه، والقانون المطبق، وهو قانون مكان وقوع الفعل الضار، وهذا نتيجة وجود المعيارين في دولة القاضي، وهذا ما يؤدي بالقاضي الذي ينظر المنازعة إلى تطبيق قانونه¹ بالرغم من عدم تحقق شرط وحدة ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص. فيتحقق التلازم دون تدخل إرادة المشرع أو القاضي، وبالتالي لا يمكن انتقاد تطبيق قانون القاضي مادام أن كلا من قاعدة الإسناد وقاعدة الاختصاص القضائي طبقت في إطار وظيفتها الخاصة².

فإذا كان ضابط الاختصاص القضائي موجودا في إقليم دولة القاضي وكان ضابط الإسناد مرتبطا بدولة القاضي فإن تطبيق قانون القاضي يكون أمرا بديهيا ومنطقيا لأن المنازعة ترتبط أكثر به، ويعتبر القانون الأكثر ملائمة لحكمها من أي قانون أجنبي حتى ولو اشتملت المنازعة على عنصر أجنبي، فبالنسبة للمنازعات التي يكون موضوعها عقار موجود في دولة القاضي، حتى ولو كان المتعاملون فيه أجناب إلا أن القانون الأجنبي لا يختص بحكم المسائل العقارية، باستثناء أهلية الأجناب والالتزامات الناشئة عن العقد، فيكون تطبيق قانون القاضي أمر طبعيا، وبالنسبة لمسألة الزواج المختلط وما يترتب من آثار، فمادام أن أحد الطرفين يحمل جنسية دولة القاضي وأن المنازعة مرفوعة أمام قضاة بناء على معيار محدد كمسكن الزوجية أو موطن المدعى عليه فالنتيجة تكون بتطبيق قانون القاضي ويتحقق هنا التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، ليس بسبب وحدة معيار الاختصاص وضابط الإسناد، وإنما بسبب ارتباط المنازعة بدولة القاضي، حيث أن ضابط الاختصاص القضائي والممثل في مسكن الزوجية أو الموطن يكون موجودا في إقليم دولة القاضي، ويكون ضابط الإسناد وهو الجنسية مرتبطا بدولة القاضي، وهذا ما نجده محققا في المادة 13 من القانون المدني التي لا يكون لها مبرر للتطبيق إلا إذا رفعت المنازعة أمام قضاء دولة القاضي.

¹ - P.CARLIER: Op.cit, n° 802, p 458.

² - P.CARLIER : Op.cit, n° 803, 804, p 458.

الفرع الثاني: طبيعة التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والقانون المطبق نتيجة وحدةضابط الإسناد ومعيار الاختصاص

لكن قد يثور التساؤل حول طبيعة التلازم أو طبيعة كل من ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي، من حيث وجوب أن يكون الاختصاص القضائي متعلقا بالنظام العام أي أن يكون الاختصاص آمرا وأن يكون ضابط الإسناد وحيدا وغير اختياري.

من خلال استعراض حالات التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، يلاحظ أنه في حالة المنازعات العقارية يكون ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي وحيدا ومتعلقا بالنظام العام، وبالتالي يتحقق التلازم الأمر، فلا يملك القاضي إلا تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية، أما في منازعات المسؤولية التقصيرية المبنية على الفعل الضار فضايط الإسناد وحيد في حين الاختصاص القضائي غير متعلق بالنظام العام، حيث يكون أمام المدعي إما رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه كقاعدة عامة أو محكمة ومكان وقوع الفعل الضار، وهنا قد لا يتحقق التلازم، ويكون أمام قاضي محكمة موطن المدعى عليه أن يطبق قانون مكان وقوع الفعل الضار، وفي منازعات الزواج والطلاق، أين يطبق قانون الجنسية، يعتبر ضابط الإسناد وحيد غير أن الاختصاص القضائي المبني على أساس الجنسية غير متعلق بالنظام العام، وبالتالي ليس من الضروري أن يتحقق التلازم، لكن يطبق القاضي قانونه لأن الأمر يتعلق بحماية مصلحة الطرف الوطني بالرغم من أن التلازم غير أمر، وقد تطرح مشكلة تنفيذ الحكم الصادر في دولة الطرف الأجنبي.

وارتباط كل من معيار الاختصاص القضائي وضايط الإسناد بدولة القاضي يعني بمفهوم المخالفة أن العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية غير كاف لنزاعها من قانون القاضي، ولا يوجد تنازع قوانين بسبب أن الروابط مع دولة القاضي قوية وأن العنصر الأجنبي يمر بصمت وتظهر المنازعة كأثما داخلية¹.

¹ - P.CARLIER : Op.cit, n° 805, 807, p459.

فوفقا للمبادئ العامة تكون المنازعة دولية وتثير تنازع القوانين بين القانون الأجنبي وقانون القاضي إذا اشتملت على عنصر أجنبي، لكن يشترط أن يكون العنصر الأجنبي بالنظر للقاضي الذي ينظر المنازعة و أن يكون هذا العنصر مؤثرا فيها، فإذا كان العنصر الأجنبي المؤثر مرتبطا بدولة القاضي، ورفعت المنازعة أمام قضاء دولة القاضي، فيكون تطبيق قانون القاضي شرعيا ومبررا ويطبق بصفة أصلية ومباشرة، ففي مجال الأحوال الشخصية يتمثل العنصر المؤثر في أطراف العلاقة وفي الجنسية، حسب القانون الجزائري، فإذا كان أحد الطرفين جزائريا واختصت المحاكم الجزائرية بالنظر في المنازعة وفقا لمعايير الاختصاص العادية والمتمثلة في موطن المدعى عليه أو في مسكن الزوجية، بحيث يوجد في الجزائر، باعتبارها دولة القاضي، حتى ولو كان الطرف الآخر أجنبيا فإن هذا العنصر الأجنبي لا يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي، وهنا يكون هذا العنصر الأجنبي، بالرغم من أنه عنصر مؤثر، حسب المبدأ العام في القانون الدولي الخاص، إلا أنه ساكن، وهذا ما يجعل المنازعة داخلية بالرغم من اشتمالها على عنصر أجنبي، وإذا بني اختصاص المحاكم الجزائرية على أساس الجنسية فهنا يتحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق بسبب وحدة معيار الاختصاص وضابط الإسناد.

وإذا كان العنصر الأجنبي يلعب دورا في مجال تنازع القوانين إذ له أهمية لتعيين القانون الواجب التطبيق، إلا أنه في مجال الاختصاص القضائي ليست له أهمية بالغة، حيث أنه لا يعتبر أساسا للاختصاص القضائي، فلا توجد قواعد قانونية تمنح الاختصاص القضائي لمحاكم دولة أجنبية على أساس أن موطن المدعى عليه موجود في إقليم هذه الدولة الأجنبية، بسبب أن قواعد الاختصاص القضائي قواعد انفرادية وبسبب احترام مبدأ السيادة¹.

فإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي مبينة على أساس سيادة الدولة وعدم التدخل في سيادة الدول الأجنبية، فإن الظاهر أن قواعد الإسناد غير مرتبطة بمبدأ السيادة، وإن كانت متأثرة بها ولو بصفة غير مباشرة، وبالتالي فإن التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق لا يبرر على أساس السيادة، وإنما يجد تبريرا في مبدأ الفاعلية من أجل أن يكون الحكم الصادر قابلا للتنفيذ، فإذا أصدر القاضي حكمه في منازعة مشتملة على عنصر أجنبي مطبقا في ذلك قانونه بناء على توفر

¹ - P.CARLIER : Op.cit, n° 810, p 461.

حالة التلازم فإن هذا الحكم يكون واجب التنفيذ لأنه ينفذ في دولته، خاصة إذا تعلق موضوع المنازعة بعقار موجود في دولة القاضي، لكن في منازعات الزواج والطلاق، إذا أصدر القاضي الجزائري حكما يقضي بالطلاق بين جزائري وأجنبية بناء على الإرادة المنفردة للزوج فإن هذا الحكم قد لا ينفذ في دولة الزوجة الأجنبية بسبب مخالفته للنظام العام، وبالتالي لا أساس للتلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

المطلب الثاني: تأثير المحكمة المختصة في القانون المطبق

إن انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة يكون من شأنه أن يؤثر تأثيرا مباشرا على القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المعروضة أمامها، وهذا نتيجة عدة عوامل، من بينها وطنية مصدر كل من قواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي، فعندما تنظر محكمة ما منازعة مشتملة على عنصر أجنبي فإنها بالضرورة تطبق قواعد الإسناد لقانونها وهذا ما سيؤثر على الحل النهائي للنزاع، بالرغم من أن مبدأ عدم التلازم يقضي بأن لا يطبق القاضي القواعد المادية الداخلية لقانونه، إلا أن هذا المبدأ غير مطلق لأن القاضي لن يمتنع عن تطبيق قواعد تنازع القوانين لقانونه إذا كانت قواعد مادية أو قوانين بوليس¹.

فيطبق القانون الجزائري مباشرة نتيجة اختصاص القضاء الجزائري لنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، عن طريق تطبيق المادة 2/10 ق م ج المتعلقة بحماية الطرف الوطني المتعاقد مع طرف أجنبي ناقص الأهلية، بسبب أن نقص أهليته غير الواضح، والتي تعتبر قاعدة موضوعية أو قاعدة من قوانين البوليس، وعن طريق تطبيق المادة 13 ق م ج الخاصة بحالة الزواج المختلط.

كذلك في حالة اتخاذ تدابير استعجالية لحماية القصر، حيث يكون القضاء مختصا على أساس مكان اتخاذ التدبير الاستعجالي، ويؤدي هذا إلى تطبيق مكان إقامة القاصر أو مكان وجود أمواله، فإذا كان القاصر مقيما في الجزائري أو كانت أمواله موجودة فيها، فإنه من أجل اتخاذ تدابير استعجالية لحماية القاصر أو لحماية أمواله، فيكون الاختصاص القضائي للمحكمة الجزائرية، وبالتالي

¹ - هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 19

يطبق القانون الجزائري تطبيقا مباشرا، وهذا ما جاء في المادة 2/15 من القانون المدني الجزائري، بنصها: "يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر"، وهذا تندرج هذه القاعدة ضمن قوانين البوليس.

كما أن تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص التي يأخذ بها المشرع قد يخلق نوع من تأثير المحكمة التي تنظر المنازعة في القانون الواجب التطبيق، فيظهر هذا التأثير عند إعمال قاعدة الإسناد (الفرع الأول) وعند تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تأثير المحكمة المختصة في القانون الواجب التطبيق عند إعمال قاعدة الإسناد

عند إعمال أو تفسير قاعدة الإسناد قد تواجه القاضي المعروضة أمامه المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي بعض الصعوبات المتعلقة بتكييف العلاقة القانونية وتمدى تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، ومن المعلوم أن هذه الصعوبات تحل وفقا لمبادئ يقوم عليها القانون الدولي الخاص، من حيث منح الهيمنة لتطبيق قانون القاضي، في مرحلة التكييف وعند قبول الإحالة من الدرجة الأولى، ويختلف الحل النهائي للنزاع وفقا لقضاء الدولة الذي يفصل في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية عند تكييف العلاقة القانونية موضوع المنازعة، إذ أن القاعدة أن يتم التكييف في القانون الدولي الخاص وفقا لقانون القاضي وبالتالي اختلاف التكييفات باختلاف محاكم الدول التي تنظر المنازعة (البند الأول)، وفي حالة ما إذا كان قانون القاضي يقبل الإحالة الصادرة إليه من القانون الأجنبي (البند الثاني).

البند الأول: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق عند تكييف العلاقة

القانونية

تعتبر مشكلة القانون الواجب التطبيق على مسألة إدخال العلاقة موضوع المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي ضمن طائفة معينة من المشاكل التي اختلف الفقه بشأن حلها، وما زاد المشكلة تعقيدا أن المبدأ الذي استخلصه الفقه من أحكام القضاء وقرره المشرع هو إخضاع التكييف لقانون

القاضي، وبالتالي فإن اختلاف التكييفات بين الأنظمة القانونية يؤدي إلى اختلاف الحلول وإلى نتيجة أن كل قاضي في كل دولة يطبق قانونه، مثلا الاختلاف في اعتبار زواج اليوناني الأرثوذكسي زواجا صحيحا وفقا للقانون الفرنسي الذي نظر قضائه المنازعة لأنه يكتيف مسألة إبرام الزواج كمسألة شكلية تندرج ضمن طائفة شكل التصرفات القانونية، واعتباره زواجا باطلا لو عرضت المنازعة على القضاء اليوناني الذي يحكم وفق القانون اليوناني الذي يعتبر المسألة موضوعية، وهذا يكون التكييف سببا في تأثير المحكمة المختصة على القانون الواجب التطبيق.

فالاختصاص القضائي للمحكمة يسبق تحديد القانون الواجب التطبيق، ولمعرفة هذا الأخير على القاضي أن يفصل في التكييف باعتباره مسألة أولية، والمبدأ أن يفصل القاضي في مشكلة التكييف وفقا لقانونه، وهذا ما قد يؤدي به إلى تطبيق الأحكام الموضوعية في قانونه على المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي والمعروضة عليه.

لكن إخضاع التكييف وفقا لقانون القاضي لا يعني أن يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق¹ في كل الحالات لأن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة، كقاعدة عامة، تشير إلى تطبيق إما قانون القاضي أو القانون الأجنبي، كما يشترط أن تكون المنازعة مرتبطة بدولة القاضي كأن يبرم الزواج في إقليم دولة القاضي.

ويظهر تأثير اختلاف التكييف بين الأنظمة القانونية وخضوعه لقانون القاضي الذي يكون هو الواجب التطبيق في حالة الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، حيث يتم تكييف الفعل وما إذا كان ضارا وفق قانون القاضي الذي ينظر المنازعة حتى ولو وقع الفعل الضار في الخارج، وإذا تم تكييفه على أنه فعل مشروع فلا يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار وإنما يطبق قانون القاضي الذي يعتبره مشروعا، وهنا يؤثر اختصاص قضاء الدولة المرفوعة أمامه المنازعة على القانون المطبق، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 2/20 من القانون المدني، بقولها: "غير

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 35.

أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

البند الثاني: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق عند قبول الإحالة من

الدرجة الأولى

تعتبر قواعد الإسناد قواعد وطنية وبالتالي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، خاصة عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي على معايير مختلفة، وهو ما يؤدي إلى الاختلاف في ضوابط الإسناد لحكم نفس الفئة القانونية، ومن هنا تنشأ مشكلة الإحالة نتيجة تخلي كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي عن حكم المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، كأن تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، وفي المقابل تشير قواعد الإسناد في قانون الجنسية، باعتباره القانون الأجنبي، إلى تطبيق قانون الموطن الذي يمكن أن يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، وهنا يكون قانون الجنسية قد رفض الاختصاص الممنوح له بموجب قواعد الإسناد المحكمة التي تنظر المنازعة، محترماً في ذلك ما تقرره قواعد إسناده بسبب توطن الشخص في إقليم دولة القاضي، وإذا قبل قانون القاضي الاختصاص الممنوح له من طرف قواعد الإسناد الأجنبية فيكون قد قبل الإحالة من الدرجة الأولى.

وإذا كان تصور محكمة النقض الفرنسية، في قضية فورغو، أن القانون البافاري أعاد الاختصاص للقانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي، فإن الاختلاف بين ضوابط الإسناد لم يكن جسيماً لأنه كان بين الموطن الفعلي والموطن القانوني لحكم مسألة الميراث، وقد قبل القانون الفرنسي الإحالة الموجهة له من القانون البافاري حتى لا تبقى المنازعة دون حل، وإن كان الحل الذي توصل إليه خدم مصلحة الخزينة العامة الفرنسية، لأنه اعتبر تركة فورغو شاغرة، فهي مال بلا وارث وتكون الدولة وارثة لمن لا وارث له، فلقد أثر التكييف القانوني الذي وضعه القضاء على مسألة قبول الإحالة، فتمّ التكييف وفقاً لقانون القاضي، وطبق قانون القاضي نتيجة قبول الإحالة من الدرجة الأولى.

وعند قبول الإحالة من الدرجة الأولى فإن المحكمة تطبق القواعد الموضوعية في قانونها، وهذا التطبيق يتم بصفة غير مباشرة، وعلى العكس يؤدي رفض الإحالة إلى تطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه يشترط لتطبيق قانون القاضي أن تكون المنازعة مرتبطة بالقضاء المعروضة أمامه، كأن يكون الشخص، الذي تفصل المحكمة في مسألة من مسائل أحواله الشخصية الخاضعة لقانون جنسيته وفق قانون القاضي، متوطنا في دولة القاضي، وهذا ما يجعل المنازعة مرتبطة بقانون القاضي بسبب الموطن، ففي قضية فوغو، لو كان هذا الأخير متوطنا في دولة غير فرنسا فإن المشكلة لا تثور، فالقضاء الفرنسي كان مختصا بسبب وجود الموطن الفعلي لفورغو في فرنسا، وهنا تحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق بناء على ضابط الموطن ومكان وجود مال التركة.

فقبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي دائما إلى تطبيق قانون القاضي وهذا ما سيجنب المشاكل والصعوبات الناتجة عن تطبيق القانون الأجنبي، من صعوبة إثباته والدفع بالنظام العام، ويحقق التطابق بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، ولا يخل بتوقعات الأفراد إذا كانوا مرتبطين بدولة القاضي عن طريق الإقامة أو الموطن أو وجود الأموال موضوع النزاع، فيكون من السهل الإحاطة بالقواعد الموضوعية في قانون القاضي¹، وهو ما يحقق الأمن القانوني.

والأخذ بالإحالة، يعني عدم تجزئة القانون الأجنبي الفصل بين قواعد النزاع والقواعد المادية، وهو نتيجة تطبيق تقنية منهج النزاع بكافة أبعادها، والتي قد تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي باعتباره القانون الذي عينته قاعدة النزاع الأجنبية التي أشارت بتطبيقها قاعدة النزاع في قانون القاضي².

وبالنسبة للمشرع الجزائري الذي يقبل الإحالة من الدرجة الأولى وفقا لحكم المادة 23 مكرر 1، المضافة بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 10/05، فإنه لم يقيد مجال تطبيقها، بالرغم

¹ - عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 252.

² - سامي بديع منصور: الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، 2003، ص 23.

من الخلاف بين من يرى وجوب استبعادها في مجال الأحوال الشخصية لأنها تؤدي إلى تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية على الأجانب غير المسلمين وبالتالي استفادتهم من نظم غير مقررة في قوانينهم مثل نظام تعدد الزوجات، ولأن الأحكام القانونية المنظمة للأحوال الشخصية مستمدة من الديانة والأشخاص يرغبون في الخضوع لما تمليه أحكام معتقداتهم الدينية وبين من يرى خلاف ذلك¹، حيث من الصعب تطبيق القانون الجزائري على أمريكي أو إنجليزي، حسبما يرى الأستاذ "إسعد" لأنه سيؤدي إلى مطالبة الأجانب بتطبيقه للاستفادة من نظام تعدد الزوجات على الرغم من أنه نظام منتقد، "ومادام أن قانون الأحوال الشخصية لم يتحول إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة يبدو مستحيلاً"²، وفي المقابل تمنى الأستاذ "علي علي سليمان" "لو أن القانون الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في نطاق الأحوال الشخصية، لأن الجزائر دولة مستوردة للأجانب وليست مصدرة لأهلها، وكثير من هؤلاء الأجانب من أصل إنجلوأمريكي، وبلادهم تسيطر الأحوال الشخصية بقانون الموطن، فرفض الإحالة معناه أن تطبق على هؤلاء الأجانب قوانينهم الشخصية وهي عديدة، وفي تطبيقها إرهاب للقضاء الجزائري، إذ يجب عليه أن يرجع إلى هذه القوانين الأجنبية العديدة والغريبة، مما يترتب عليه تضيق مجال القانون الجزائري، وفي قبول الإحالة إفساح مجال تطبيقه وتخفيف الحرج والإرهاب على القضاء الجزائري"³، لكن ما يلاحظ أن صاحب هذا الرأي الأخير يجهل الواقع الجزائري، لأن الجزائر دولة مصدرة لأهلها وليست مستوردة للأجانب، خاصة ذوو الأصل الأنجلوأمريكي.

ويمكن القول أنه في مجال الأحوال الشخصية التي تتعلق بحقوق لا يمكن للأفراد التنازل عنها والاتفاق على ما يخالفها، يعتبر موقف المشرع الجزائري واضحاً عند معاملة القانون الأجنبي كقانون لأنه يمنح المحكمة العليا الحق في رقابة صحة تطبيقه، من هنا يلزم القاضي تطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، وبالتالي حتى ولو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى تطبيق قانون

¹ - انظر عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 111 وما يليها، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 109، 110.

² - موحد إسعد: المرجع السابق، ص 208.

³ - علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 55، 56.

القاضي فينبغي عدم قبول ذلك وتطبيق القواعد الموضوعية الأجنبية مباشرة، وهذا ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي مادام أن المشرع قد اختار الجنسية كضابط إسناد فيجب احترامه، وبالتالي ينبغي رفض الإحالة في مجال الأحوال الشخصية وعدم تطبيق قانون القاضي.

كما أن إطلاق الأخذ بمبدأ قبول الإحالة من الدرجة الأولى لا يأخذ بعين الاعتبار الحل الوظيفي الذي اقترحه الفقه، على أساس وظيفة قاعدة الإسناد، فإذا تبين للقاضي أن قبول الإحالة إلى قانونه وتطبيق القواعد الموضوعية فيه، سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد ويتناقض مع الهدف من قاعدة الإسناد، تعين عليه رفض الإحالة وتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي، وأهم مجال يتحقق فيه الإخلال بتوقعات الأفراد هو مجال الأحوال الشخصية نتيجة ارتباطها بالعقائد الدينية، وتزداد الصعوبة إذا كان القانون المحال عليه قانوناً طائفياً متعددًا¹.

فإذا كان الهدف هو إخضاع العلاقات القانونية إلى القانون الملائم لها، فإن إخضاع حالة الشخص الذي ينتمي إلى مجتمع علماني لقانون ديني (الشريعة الإسلامية) قد لا يتلائم مع الحضارة التي ينتمي إليها الشخص، كما أن موقف الدول التي يوجد فيها دين غالب وواحد (غالباً الدول الإسلامية) ترفض مبدأ الإحالة وتضع عليه استثناء، وهو ما يؤكد رفض الإحالة كتطبيق وليس كمبدأ، بدليل قبولها في الحالات التي يمكن فيها تطبيق القانون المحال عليه، لتبقى حالة قبول الإحالة من الدرجة الأولى، حسب بعض الفقه، إحالة شاذة، فكيف يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية التي وضعت لتحكم المسلمين، أن تلزم غير المسلمين بها، وهم يخضعون لقوانين مختلفة².

وفي مجال الأموال العقارية ينبغي عدم قبول الإحالة من الدرجة الأولى، لأن أغلب التشريعات تمنح الاختصاص القضائي لمحاكمها إذا كان العقار موجوداً في دولة القاضي وفي نفس الوقت تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون موقع العقار، وهنا مادام أن التلازم محققاً بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق على أساس وحدة ضابط الإسناد ومعياري الاختصاص فإن الإحالة لا تثور أصلاً³.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 253.

² - سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص 24، 26، 27.

³ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 261.

وأن النتيجة هي تطبيق قانون القاضي بسبب التلازم وليس بسبب قبول الإحالة من الدرجة الأولى، كما أنه وفقاً لمبدأ السيادة وفاعلية الحكم القضائي يحكم القاضي من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه لنظر المنازعة المتعلقة بعقار موجود في الخارج.

وفي مجال الالتزامات التعاقدية، مادام أن ضابط الإسناد يتمثل في الإرادة، وهذا ما هو مقرر في أغلب التشريعات وما يعتبر مبدأ في القانون الدولي الخاص، حيث تمنح الحرية للمتعاقدين لاختيار القانون الذي يحكم عقدهما الدولي، بشرط أن يكون على صلة حقيقية بالعقد، فإن المقصود بالقانون المختار هو القواعد المادية، وبالتالي تستبعد الإحالة، لكن في الحالة التي لا يختار فيها أطراف العقد صراحة أو ضمناً قانوناً معيناً، فإن المشرع يتجه نحو التركيز الموضوعي للعقد عن طريق تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد عند الاختلاف في الموطن وفي الجنسية، وإذا تبين للقاضي أن هذا القانون غير ملائم، وكانت قواعد الإسناد فيه تشير إلى قانون آخر مثل قانون دولة التنفيذ، فيكون في قبول الإحالة إلى قانون القاضي، إذا كانت دولة القاضي هي دولة التنفيذ، ما يحقق مصالح الأطراف ويحمي توقعاتهم¹.

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، فيمكن تقرير، بصفة عامة، أن قبول الإحالة من قانون جنسية الشخص إلى قانون القاضي باعتباره قانون الموطن سببه اعتبارات تجعل من الملائم تفضيل تطبيق قانون الموطن أو قانون القاضي، مما يحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، وهذا على أساس التركيز الموضوعي والواقعية والفاعلية وما يحقق الغاية من قاعدة الإسناد، التي تتمثل وظيفتها في تصحيح الاختيار الذي قرره بداية عند اختيار قانون الجنسية الذي يبدو أنه القانون المناسب، لكن إذا أشارت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون الموطن، فلا يمكن تطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي على الشخص الأجنبي على غير رغبة منه، مع العلم أن رابطة الموطن هي رابطة واقعية أكثر من الجنسية كما يسهل للشخص الاندماج في الدولة التي يتوطن فيها، وبالتالي يكون قانون القاضي هو الملائم².

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 272، 273، 274.

² - للمزيد من التفاصيل، انظر المرجع نفسه، ص 262 وما يليها.

وبالتالي يمكن القول أن في قبول الإحالة من الدرجة الأولى ما يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي وما يحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

الفرع الثاني: تأثير المحكمة المختصة على القانون المطبق عند تطبيق القانون الأجنبي

يختلف النهائي للنزاع في مرحلة تطبيق القانون المعين من طرف قاعدة الإسناد، من حيث معاملة القانون الأجنبي وموقف قانون القاضي عند تعذر إثباته، وفي حالة ما إذا تبين أن القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي حيث تكون النتيجة استبعاده وإحلال قانون القاضي محله.

المبدأ أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي والذي يقصد به القواعد الموضوعية أو المادية فيه، في غير المسائل التي تثار فيها مسألة قبول الإحالة، لكن قد تواجه القاضي بعض المشاكل فيما يتعلق بتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي (البند الأول) وفي حالة ما إذا كان القانون الأجنبي المعين مخالفا للنظام العام في دولة القاضي (البند الثاني)، والحل لمواجهة المشكلتين يكمن في تطبيق قانون القاضي، وهو ما قرره المشرع الجزائري.

البند الأول: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق إذا تعذر إثبات القانون

الأجنبي

تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني، الموضوعة بموجب التعديل، على أن: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه". ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع يعامل القانون الأجنبي كقانون وليس كواقعة، لأنه في الحالة العكسية، فإن الدعوى ترفض بسبب عدم تمكن الأطراف من إثبات القانون الأجنبي الذي يعتبر مثله مثل أي واقعة في الدعوى، ومادام أن المشرع الجزائري استبدل القانون الأجنبي المتعذر اثباته بتطبيق قانون القاضي فهذا يعني أن القانون الأجنبي قانون بآتم معنى الكلمة، لكن كل ما في الأمر أنه يعامل معاملة خاصة¹.

¹ - انظر الاختلاف بين معاملة القانون الأجنبي كواقعة أو كقانون مختلف مراجع القانون الدولي الخاص، منها أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 138 وما يليها، عليوش فربوع كمال: المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

وهناك عدّة طرق لإثبات مضمون القانون الأجنبي منها الشهادة العرفية الصادرة عن السفارة أو القنصلية الأجنبية، المجموعة الرسمية للقانون الأجنبي، المؤلفات القانونية وشهادات الخبراء، ويقع عبء الإثبات على كل من أطراف المنازعة وعلى القاضي، حيث إذا تمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي فللقاضي أن يكلفهم بتقديم مصدره، وله أن يتحقق من صحة المصدر¹.

ويمكن التمييز بين حالتين أو فرضيتين، في الحالة التي يكون القاضي عالماً بالقانون الأجنبي فيطبقه بشرط أن يعلم الأطراف به احتراماً لمبدأ الوجاهية في الدعوى، وفي الحالة التي لا يكون فيها القاضي على علم بالقانون الأجنبي، لأنه لا يفترض العلم بالقانون الأجنبي مثل قانون القاضي أو القانون الوطني، له أن يكلف الخصوم بإثبات مضمونه، إذا نجح الأطراف في ذلك، فعلى القاضي أن يطبقه، أما إذا فشلوا في تقديم دليل لإثبات القانون الأجنبي، فيتعين عليه أن يسجل استحالة إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصوم ويطبق قانونه، والغالب أن تمنح مهلة للخصوم للإتيان بما يثبت القانون الأجنبي وتوقف الدعوى مؤقتاً لمدة معينة، إذا انقضت فيكون الخصم قد تقاعس في تقديم الدليل ليطبق القاضي قانونه².

وتطبيق قانون القاضي هو من أجل تفادي أن تبقى المنازعة دون حكم فيها وحتى لا يكون القاضي منكراً للعدالة، وهذا الحل مقرر من أجل تفادي سلبات عدّة لحلول ونظريات، بين اقتراح تطبيق القانون الأجنبي الأقرب للقانون الأجنبي المختص، أو تطبيق القانون الأجنبي المرتبط بالعلاقة القانونية محل النزاع، أو تطبيق المبادئ العامة للقانون لمختلف الأمم، أو البحث عن الحل في المصادر المختلفة للقانون الأجنبي المختص³، وتطبيق قانون القاضي هو الحل السائد في أغلب الأنظمة القانونية.

ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول أساس تطبيق قانون القاضي، إذ استقر القضاء الأنجلوأمريكي على أن تطبيق قانون القاضي الأمريكي أو الانجليزي يستند إلى افتراض تطابق هذا

¹ - زروقي الطيب: المرجع السابق، ص 260، 261.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 423، 424.

³ - انظر تفصيل هذه النظريات حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 428 وما يليها.

القانون مع أحكام القانون الأجنبي المتعذر إثباته، وهذا الافتراض يقبل إثبات العكس من طرف من يدعي وجود اختلاف بين أحكام القانونيين، لكن انتقد هذا الاتجاه لأنه من الصعب التسليم بتطابق أحكام قانونيين ولو كانا ينتميان لنفس العائلة القانونية لأن الظروف الخاصة بكل دولة تجعل قانونها متميزا عن باقي القوانين، ويبنى اتجاه آخر أساس تطبيق قانون القاضي على أن له اختصاص عام لحكم جميع علاقات القانون الخاص، لكن لا يمكن إقرار فكرة الاختصاص العام لأنها تعني اختصاص قانون القاضي على كل منازعات القانون الدولي الخاص ليصبح اختصاصه شاملا على المنازعات الوطنية والدولية، وهذا يتنافى مع فلسفة المشرع عند تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بموجب قواعد الإسناد والسماح بتطبيق القانون الأجنبي، والرأي الراجح أن يكون الاختصاص الاحتياطي أساسا لتطبيق قانون القاضي¹.

فتطبيق قانون القاضي ليس على أساس أن أحكامه مطابقة في مضمونها لأحكام القانون الأجنبي المختص والذي تعذر إثباته والكشف عنه، وليس لأن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، وإنما لأن له اختصاص احتياطي عام².

ومنح الشرعية للاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي عند تعذر إثبات القانون الأجنبي يعني توافر قدر من الارتباط بين العلاقة محل النزاع وقانون المحكمة التي تنظره، لأنه مادام اختصت بالمنازعة وفقا لأية قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي، حتى ولو قبل الخصوم الخضوع لاختصاصها صراحة أو ضمنا، فهذا يعني أن هناك رابطة بين المنازعة وقضاء الدولة تقرب قانون القاضي من المنازعة³.

ومن المبررات لتطبيق قانون القاضي، أنه ليس قانونا غريبا عن المنازعة المطروحة، فهو يتصل بها، لأن المشرع عندما يمنح الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه للفصل في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي فإنه ينطلق من ضرورة وجود صلة بين النزاع ومحكمته، ويكون قانون القاضي محققا للغاية من قاعدة الإسناد في تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة القانونية الخاصة الدولية، بالإضافة

¹ - حسام الدين فتحي ناصف: تطبيق قانون القاضي...، المرجع السابق، بند 212 وما يليه، ص 443، وما يليها.

² - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 435.

³ - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر المحكمة...، المرجع السابق، ص 72.

إلى أنه لا يخل بتوقعات الأطراف، ويجنبهم رفض دعواهم عند استحالة إثبات القانون الأجنبي لهذا يعتبر حلاً عادلاً¹.

وبالتالي تقوم المحكمة المختصة بتغيير القانون الواجب التطبيق، فبعد ما كان قانوناً أجنبياً أصبح القانون الوطني للمحكمة المختصة، فيكون تأثيرها في تعديل القانون المطبق تأثير غير مباشر، حيث يتعين أن تحدد القانون الأجنبي أولاً ثم يتعذر عليها معرفة حكمه لترجع إلى تطبيق قانونها².

ويعتبر التطبيق الاحتياطي أساساً لتطبيق قانون القاضي ومحققاً في نفس الوقت التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، وهو ما يتوفر في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي.

البند الثاني: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق إذا خالف القانون

الأجنبي النظام العام في دولة القاضي

النظام العام فكرة تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه³، وتتعلق بالأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والثقافية والدينية، وهي انعكاس للقيم الجوهرية، ولا يمكن وضع تعريف جامع مانع لها وإنما توضع محددات لمساعدة القاضي في تقديرها، ومن أهم مميزات النظام العام أنه وطني ومتغير من دولة إلى أخرى، وله دورين في نطاق تنازع القوانين، حيث يطبق في صورة قوانين الأمن والبوليس ليجعل تدخل قانون القاضي بصفة مباشرة، ويطبق في صورة دفع موضوعي حيث أنه يلعب دور المدافع عن قيم مجتمع دولة القاضي إذا تبين أن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد مخالف لهذه القيم الأساسية، فيتم استبعاده وإحلال قانون القاضي محله.

1 - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 436.

2 - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر المحكمة...، المرجع السابق، ص 71.

3 - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 560.

ويختلف النظام العام من دولة لأخرى، فهو ترجمة للظروف الواقعية التي تحكم كل مجتمع، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية، وانعكاس لتغيرها وتطورها، وهذا ما يبرر ميزته في كونه مرنا وغير محدد ونسي¹.

والتسلح بالنظام العام هو الوسيلة الفنية التي يستخدمها القاضي في كل مرة تشير فيها قاعدة الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي، ويمكن تعريف الدفع بالنظام العام على أنه دفع موضوعي وليس إجرائي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة أسس قانون القاضي، فإثارة الدفع مرتبطة باصطدام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في قانون القاضي، فلا مجال للدفع عند الاختلاف بين القانونيين².

وينتج عن استخدام الدفع بالنظام العام جلب اختصاص غير عادي واستثنائي لقانون القاضي، وهذا الاختصاص لا يتحقق إلا بالرجوع إلى قاعدة الإسناد، ولهذا يطلق عليه تسمية النظام العام التابع أو المقيد³.

ويمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما يحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ولا يتوقف على إرادة الخصوم، ويشترط لإثارته توافر شرطان: أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، وأن يكون التعارض والتنافر بين أحكام القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي⁴.

والمشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني لم يصرح بهذه الشروط وإنما منع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، وتكون النتيجة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وتعتبر هذه آثار أو نتائج الدفع بالنظام العام.

1 - انظر حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 58، 59.

2 - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 554.

3 - حسام الدين فتحي ناصف: تطبيق قانون القاضي...، المرجع السابق، بند 218، ص 452، 453.

4 - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 577، 578.

حيث يعتبر استبعاد القانون الأجنبي الأثر السلبي، في حين أن الأثر الإيجابي يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول نطاق الاستبعاد وفيما إذا يمس كل أحكام القانون الأجنبي أو الحكم المخالف فقط، والرأي الراجح يميل إلى الاستبعاد الجزئي، لأن الدفع بالنظام العام دفع استثنائي لا يهدف إلى تقييم القانون الأجنبي وتحقيق الغاية من قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي إذ يحفظ له مكانته واختصاصه الأصيل¹.

لكن ما يلاحظ على موقف المشرع الجزائري أنه يأخذ بالاستبعاد الكلي، وهذا من خلال عبارات المادة 24 ق م حيث جاء فيها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... " ولم يرد فيها: " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي... " وكأن الأمر يتعلق بتقييم للقانون الأجنبي ككل على أنه مخالف للنظام العام الجزائري.

وتكون العبرة بتطبيق أو إعمال القانون الأجنبي، فقد لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي ولكن تطبيق أحكامه يؤدي إلى ترتيب نتائج متعارضة مع النظام العام لدولة القاضي².

فإذا تم استبعاد القانون الأجنبي بسبب الدفع بالنظام العام، الراجح فقها وتشريعا وقضاء أن يطبق قانون القاضي حتى لا تبقى المنازعة دون حل ودون قانون يطبق عليها، وحتى لا يكون القاضي منكرا للعدالة بعدم الفصل فيها، إذ أن هناك تلازم بين استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله، ويكون تطبيقه على أساس أن له اختصاص احتياطي عام يتعين إحلاله محل القانون الأجنبي المختص، ولأن تدخله يكون لفرض احترام المبادئ والأسس التي خالفها القانون الأجنبي، بالإضافة إلى أن البديهي أن القاضي يكون على علم وعلى دراية بقانونه وبالتالي يتجنب الصعوبات التي أثارها تطبيق القانون الأجنبي، لكن إحلال قانون القاضي يكون بصفة جزئية لسد النقص إذ يبقى الاختصاص الأصيل للقانون الأجنبي بأحكامه غير المخالفة للنظام العام لدولة القاضي إلا إذا كان من الصعب الفصل بين الأحكام المخالفة والأحكام غير المخالفة للنظام العام، وفي حالة إذا لم

¹ - انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 597 وما يليها.

² - انظر حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 61.

يتضمن قانون القاضي حكما تشريعا يطبق على المسألة محل النزاع، على القاضي الاجتهاد بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون¹ وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

وخلاصة القول أنه نظرا لاختلاف النظام العام من دولة لأخرى ونظرا لواقعيته، فإن اختصاص قضاء دولة معينة في ومن معين يؤثر في نظرهما للنظام العام وبالتالي في اعتبار أن أحكام القانون الأجنبي المختص مخالفة للنظام العام، فالقضاء له السلطة التقديرية في تقرير مدى التعارض مع النظام العام² وهذا بسبب نسبيته ومرونته، وهذا ما يجعل اختلاف الأحكام القضائية لدولة ما تحتل من زمن لآخر في اعتبار مسألة معينة في القانون الأجنبي مخالف أو موافقة للنظام العام، وبالتالي يظهر تأثير اختصاص المحكمة في القانون المطبق من خلال استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي محله أو تطبيق القانون الأجنبي الذي كان مخالفا في فترة زمنية ماضية للنظام العام لدولة القاضي، ويظهر كذلك التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 620 وما يليها.

² - حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر المحكمة المختصة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 61، 63.

خاتمة

خاتمة

إن دراسة موضوع تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة تطلبت تحديد مفهوم المنازعات الدولية الخاصة، ولو بإيجاز، قبل التطرق لحالات اختصاص القاضي لنظر هذه المنازعات، وكذلك لإجراءات التقاضي خاصة تلك التي تثير إشكالية من حيث طبيعتها القانونية المختلطة، وبالتالي من حيث القانون المطبق عليها، واستعراض لحالات تطبيق قانون القاضي على الجانب الموضوعي للمنازعات، وتبين هيمنة قانون القاضي ليطبق بصفة أصلية ومباشرة على مجال الاختصاص القضائي وعلى الجانب الإجرائي، وكذا تفوقه مقارنة بالقانون الأجنبي عند حلّ مشكل تنازع القوانين الذي يشكل الجانب الموضوعي للمنازعات.

وتمّ التوصل من خلال المادتين 41 و42 ق إ م إ، أن المشرع الجزائري يعتبر المنازعات الدولية الخاصة تلك التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، باعتبار أنهما قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهذا ما يتناقض مع المبادئ التي تحدد معايير دولية العلاقات القانونية، فالمقبول أن العلاقة القانونية يتخللها العنصر الأجنبي إتما من حيث أطرافها أو موضوعها أو سببها، وهذا طبعا بالنسبة للقاضي الذي ينظر النزاع، فليس كل العلاقات التي يكون أحد أطرافها أجنبيا تعتبر علاقة دولية خاصة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، من خلال دراسة معايير اختصاص القضاء الوطني تبين أن هناك نوعين من المعايير، المعايير العادية التي تعتبر امتدادا للمعايير الداخلية المتعلقة بالاختصاص المحلي أو الإقليمي على المجال الدولي، ومعيار غير عادي واستثنائي، تتعلق المعايير العادية بارتباط موضوع المنازعات الدولية الخاصة بإقليم دولة القاضي، وتتمثل في موطن أطراف العلاقة القانونية، ومكان وجود العقار، ومكان وقوع الفعل الضار، ومسكن الزوجية...، في حين أن المعيار غير العادي يتعلق بارتباط أشخاص العلاقة القانونية بدولة القاضي عن طريق الجنسية، فإذا كان المعيار غير العادي يجعل المنازعة دولية فإن بمفهوم المخالفة المعايير العادية تجعل المنازعة داخلية أو وطنية، مثلا وجود العقار في دولة القاضي يمنح الاختصاص المانع لقضائها حتى ولو كان المتعاملون فيه أجنبيا، وحسب المفهوم العام فإن المنازعة التي يكون محلها عقارا موجودا في الخارج، تتحدد دوليتها بالنظر لمكان تواجده، وبالتالي فإن وجود العقار في دولة القاضي يعني أن المنازعة وطنية وليست دولية، وهذا ما يرتبط بكون قاعدة الاختصاص القضائي في المواد العقارية متعلقة بالنظام العام.

فمن قواعد الاختصاص القضائي العادي ما هو متعلق بالنظام العام ومنها ما لا يعتبر من النظام العام، في حين أن قاعدة الاختصاص غير العادي غير متعلقة بالنظام العام، فالاختصاص القضائي المبني على الجنسية اختياري، أما الاختصاص القضائي المبني على أساس الموطن لا يمكن الاتفاق على مخالفته أو التنازل عنه، وهنا تظهر المفارقة لأن الجنسية رابطة سياسية وقانونية وقد تكون غير فعلية في حالة متعدد الجنسية بينما يعتبر الموطن رابطة قانونية وواقعية، وبالتالي يظهر انعكاس مفهوم سياسي يتمثل في فكرة السيادة وسيطرتها على قواعد الاختصاص.

وبالرغم من أن الاختصاص القضائي المبني على أساس الجنسية غير متعلق بالنظام العام، إلا أن المشرع الجزائري جدد ثقته فيه من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وهذا ما يدل على إبقاء ارتباط الجزائريين بقضائهم الطبيعي حتى ولو كانت المنازعة مرتبطة أكثر بقضاء دولة أجنبية، وهذا لا يعني أن القضاء الجزائري يحقق الفاعلية وإنما هو مجرد ارتباط شكلي وغير واقعي هدفه إبراز الهيمنة، فقد واجهت الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الجزائري صعوبة في تنفيذها في دول أجنبية يرتبط قضائها بروابط جديدة مع المنازعات المعنية.

ومن خلال تحليل قواعد الاختصاص القضائي الدولي تمّ التوصل إلى أن هذا الفرع من القانون الدولي الخاص يظهر ارتباطه بسيادة الدولة وهيمنة تطبيق قانون القاضي عليه بصفة أصلية ومباشرة، أما فيما يتعلق بالإجراءات فإن المختلطة منها، والتي أثارت اختلافات فقهية فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها، أبرزت خطأ قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، لأن هذا الأخير لا يسيطر عليها وإنما يتقاسمها مع القانون الأجنبي المختص، وبالتالي فإن هذه القاعدة ليست عامة وإنما ترد عليها استثناءات، فيما يخص الإجراءات المختلطة التي يصعب التمييز فيها بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الإجراءات البحتة، فالدعوى القضائية تختلط بالحق الموضوعي الذي تحميه والإجراء القضائي الذي يكرسها، لهذا تعتبر من طبيعة هجينة، تثير إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والذي يتحدد بالنظر لشروط قبولها، حيث تخضع المصلحة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، إلا مسألة كونها جدية وشرعية فتخضع لقانون القاضي، أما الصفة، فتتنوع بين ما إذا كان صاحب الحق المطالب به هو رافع الدعوى، أو إذا رافع الدعوى يختلف عن صاحب الحق الموضوعي، فإن القاعدة العامة خضوعها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما بالنسبة لصفة الجمعيات والنقابات وصفة النيابة العامة، فإنها تخضع، كأصل عام، لقانون القاضي.

وبالنسبة لنظرية تنازع القوانين فإذا كان الظاهر أنها تحقق تناسقا بين الأنظمة القانونية عن طريق فتح المجال لتطبيق القانون الأجنبي إلا أنه من خلال تحليل قواعد الإسناد تبين وجود نوع من هيمنة قانون القاضي، ابتداء بتكييف العلاقة القانونية، الذي رفض الفقه الحديث ربطه بسيادة الدولة وبرره على أساس أن التكييف تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، وأن القاضي يتأثر بالمبادئ القانونية السائدة في قانونه، وفي حالة تعدد الجنسية يأخذ بالمبدأ وهو ترجيح جنسية دولة القاضي إذا كانت من بين الجنسيات المتزاحمة حتى ولو لم تكن الجنسية الفعلية، على أساس أن الجنسية رابطة سياسية وقانونية وبموجبها تحدد الدولة وطنيها فلا يمكن للقاضي أن يهمل هذه الصفة وإنما عليه تطبيق أمر المشرع، وكذلك في حالة تعامل الوطنيين مع الأجانب سواء في مجال المعاملات المالية أو الزواج والطلاق فترجح مصلحة الطرف الوطني الذي يحمل جنسية دولة القاضي، وتظهر هيمنة قانون القاضي عند تطبيق قوانين الأمن والبوليس على العلاقات الدولية الخاصة، كما أن التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، من خلال وحدة ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي ومن خلال تأثير اختصاص المحكمة على القانون المطبق، يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي واتساع مجاله كلما كانت محاكم دولة القاضي مختصة، لكن ينبغي ألا يكون هذا التلازم بصفة مطلقة.

وبالتالي فإن لقانون القاضي دور جد مهم سواء من خلال منهج التنازع ومنهج قوانين البوليس، أو من خلال منهج القواعد المادية، وهذا ما يجعله منافسا للقانون الأجنبي، ولكنه لا يلغيه، فإذا كانت صياغة قواعد الإسناد توحى بأنها تحقق المساواة بين القانونين إلا أن هذه المساواة تعتبر نسبية من خلال قواعد الإسناد الانفرادية مثل المادة 13 ق م ج الخاصة بمسألة الزواج والطلاق بين طرف جزائري وآخر أجنبي، وقواعد التنازع، التي يمكن القول أنها موضوعية، مثل المادة 9 ق م ج الخاصة بالتكييف، وقاعدة إخضاع أهلية الأجنبي لقانون القاضي في المادة 2/10 ق م ج، وقواعد الإسناد التي تظهر في صورة الازدواجية لكنها في حقيقتها تعتبر انفرادية، مثل قاعدة إخضاع العقار لقانون موقعه، وفقا للمادة 18 فقرة أخير ق م ج، التي يتحقق فيها التلازم بقوة بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي حسب المادة 21 مكرر ق م ج.

وتختلف أسس تطبيق قانون القاضي بين الأساس السياسي المتمثل في ارتباط المنازعة بدولة القاضي عن طريق الجنسية، وفي تأثير مبدأ سيادة الدولة على مجال العلاقات الخاصة، والأساس

الاجتماعي المتمثل في حماية مصلحة الطرف الوطني، والأساس الأمني وتحقيق مصلحة الدولة وحماية نظامها العام، والأساس القانوني المتمثل في اعتبار قانون القاضي القانون الملائم والأفضل والقانون الطبيعي للقاضي الذي يفصل في المنازعة الدولية الخاصة، بالإضافة إلى الأساس الواقعي نظرا لارتباطه بالمنازعة ولأنه يحقق العدالة، من وجهة نظر القاضي، خاصة مع الصعوبات التي يطرحها تطبيق القانون الأجنبي.

كما أن اختلاف طرق أو مناهج تطبيق قانون القاضي يؤدي إلى اعتباره منهجا خاصا يجمع بين مختلف المناهج التي تحقق نوعا من التناسب والتناسق بينها.

ويحقق تطبيق قانون القاضي امتيازات بالنسبة للأطراف، حيث يحسن القاضي اختيار القاعدة القانونية المناسبة وبالتالي الحل المناسب، والتقدير الجيد للعلاقة القانونية وبالتالي حسن تقدير العدالة، وفي حالة الخطأ في تطبيق قانون القاضي فإن الحكم يطعن فيه بالنقض ويكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا في جميع الأحوال، بينما عندما يطبق القاضي القانون الأجنبي فإنه لا يكون ملزما بالعلم به، وإذا ما بحث عن مضمونه بمساعدة الخصوم فإن هذا قد يكون مرهقا له وللخصوم وبطيل أمد التقاضي، وقد لا يحسن تطبيقه عن طريق الخطأ في اختيار القاعدة القانونية الأجنبية المناسبة، ورغم ذلك لا يكون الحكم الصادر قابلا للطعن فيه بالنقض ورقابته من طرف المحكمة العليا، ماعدا في مسائل الأحوال الشخصية.

وفي مقابل هذه الامتيازات يعاب على تطبيق قانون القاضي اتساع مجاله مقارنة بالقانون الأجنبي مما قد يؤدي إلى سوء فهم والاعتقاد أنه هو الأصل وأن تطبيق القانون الأجنبي استثناء عليه، لكن الحقيقة عكس ذلك، إذ يظل تطبيق القانون الأجنبي هو الأصل وإن مجاله ضيقا، فلولا ذلك لما وجدت نظرية تنازع القوانين ولا القانون الدولي الخاص.

كما أن اختصاص قانون القاضي لحكم المسائل الأولية كالتكييف قد يؤثر على موضوع المنازعة الدولية الخاصة وعلى حلّها النهائي وبالتالي يمس بتوقعات الأطراف، ويمكن تفادي هذه السلبية عن طريق توسيع فئات الإسناد وإخضاع التكييف للقانون المقارن وللقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية.

إن اختصاص محكمة القاضي الذي يؤثر على القانون المطبق يمس بتوقعات الأطراف، واختلاف الحل النهائي من قضاء دولة إلى قضاء دولة أخرى، وبالتالي يمس بمصادقية الحكم الصادر وبمبدأ الفاعلية، ويجعل الحكم حبيس حدود إقليم دولة القاضي نظرا للصعوبات التي قد تعترضه عند الرغبة في تنفيذه في الخارج، وهذا يخل بمبدأ استقرار الحلول وبالأمن القانوني، ومن أجل تحقيق الفاعلية يمكن مراجعة حالات التلازم لتكون مبنية على روابط أكثر جدية، ففي مسائل الأحوال الشخصية مثلا، يمكن الاستعانة بالموطن ليكون ضابط إسناد وفي نفس الوقت معيارا للاختصاص القضائي، لبناء تلازم أقوى من ذلك الذي يبنى على الجنسية، نظرا لواقعيته، فيطبق قانون القاضي على أساس الواقعية والفاعلية وحسن أداء العدالة.

إن ترجيح جنسية دولة القاضي في حالة تطبيق القانون الشخصي على متعدد الجنسية حل غير واقعي، مبني على أساس سياسي، وهذا ما يفتح الباب أمام تحايل متعددي الجنسية على القضاء والقانون لاختيار قضاء الدولة التي يطبق قانونها نظرا لما يحقق لهم من امتيازات على حساب التضحية بحقوق شركائهم، ومن أجل تفادي حالة التحايل نحو القانون الأجنبي ولو كان لصالح قانون القاضي يفضل تطبيق الحل الوظيفي الذي يحقق الغاية من قاعدة الإسناد وبالتالي تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يمنح مزايا تفوق تلك المنصوص عليها في قانون القاضي.

إن تطبيق قانون القاضي على مسألة الزواج المختلط وانحلاله قد لا يكون حلا ملائما خاصة وأنه يعتد بوقت انعقاد الزواج، ولا يأخذ بعين الاعتبار حالة تغيير الجنسية بعد ذلك، ولهذا فإنه يمس بمركز الزوج الآخر وبمؤسسة الزواج واعتبارات العدالة، لهذا من الأفضل عدم تقييده بوقت محدد.

إن اختصاص قانون القاضي بمسألة أهلية الأجنبي المتعامل مع الطرف الوطني بموجب تصرف أبرم ونفذ في دولة القاضي حل شاذ مما يستحسن إلغاؤه والاستغناء عنه بفكرة الدفع بالنظام العام.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى التي تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي حل مطلق لم يراعي غاية قاعدة الإسناد، ومن الأفضل تعديله وإيراد استثناءات عليه، فيتعين رفض الإحالة في مجال العقارات والعقود.

إن تطبيق قانون القاضي بعد تعذر إثبات القانون الأجنبي قد يجعل هذا الأخير تحت تحكم القاضي في التدرع بجهله له، لهذا يتعين عليه أن يبرر حكمه وأن يسببه تسببا كافيا وأن يكون

خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فالاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبي مبرر ضعيف خاصة مع توفر إمكانيات التعرف على مضمون القانون الأجنبي في ظل المعلوماتية والانترنت.

وفي الأخير يمكن القول أن دراسة موضوع تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، بالرغم من أنها اقتصرت على حالة التطبيق الأصلي لقانون القاضي إلا أنها تطرقت ولو بصفة مختصرة لحالة تطبيقه الاستثنائي أو الاحتياطي، وهي كأي دراسة في مجال القانون الدولي الخاص تستأهل المزيد من البحث، وحتى لا تكون الدراسات نظرية بحتة أو تبقى حبيسة أدرج المكتبات، ينبغي إقامة علاقة تعاون مع الجهاز القضائي للتزويد بمختلف القرارات القضائية، ومنح الباحث فرصة التعليق عليها، بالرغم من قلة هذه الأحكام نظرا لكون الجزائر دولة غير مستقطبة للأجانب، ولتبيان النقاط القانونية التي تتطلب تدخل المشرع لتعديلها، ولتطبيق القانون الملائم والعاقل سواء كان قانون القاضي أو القانون الأجنبي.

وكل عمل مهما تمّ فهو ناقص، مهما بذل فيه من جهد ووقت، والحمد والفضل لله الذي وفقني لإتمامه.

قائمة بأهم المراجع

قائمة بأهم المراجع

1- المراجع باللغة العربية

أ- الكتب و المؤلفات العامة:

- 1- إسعاد موحد: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989.
- 2- إسعاد موحد: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989.
- 3- بوبشير محمد أمقران: قانون الإجراءات المدنية، الجزء الأول: مبادئ النظام القضائي، التنظيم القضائي الجزائري، نظرية الاختصاص، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
- 4- بوبشير محمد أمقران: قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 5- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2003.
- 6- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 7- سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 8- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، مصر، 2007.
- 9- حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 10- هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 11- هشام خالد: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

- 12- هشام خالد: قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، دراسة مقارنة في قوانين مصر والإمارات والبحرين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 13- يوسف دلاندة: اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 14- أشرف عبد العليم الرفاعي : الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 15- الطيب زروقي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2008.
- 16- أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص: الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 17- أحمد عبد الكريم سلامة: التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- 18- علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 19- حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 20- حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 21- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
- 22- هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 23- هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- 24- هشام صادق، عكاشة عبد العال: القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- 25- أنور طلبة: موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 26- محمد طيبة: الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسية، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 27- عبد الهادي عباس: الاختصاص القضائي وإشكالاته، منشورات أديب استانبولي، دمشق، 1995.
- 28- عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- 29- عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- 30- عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 31- ممدوح عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 32- عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 33- نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 34- إدوار عويد: موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء الثاني، المجلد الثاني: نظرية الاختصاص، الطبعة الثانية، مطبعة المتنبي، 1994.
- 35- محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- 36- محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
- 37- أحمد مليحي: اختصاص المحاكم الدولي والولائي وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 38- أبو العلا علي أبو العلا النمر: دراسات في القانون الدولي الخاص: الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 39- أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1989.
- ب- المراجع المتخصصة والرسائل:
- 1- عنایت عبد الحمید ثابت: خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة: الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 4- أحمد عبد الحمید عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، 1988 .
- 5- وسام توفيق عبد الله الكتيبي: مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 6- محمد خيرى كصير: حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 7- حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 8- حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

9-ميكالي الهواري: أبعاد وانعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلاي لياس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2010-2011.

ج- المقالات:

1- بلمامي عمر: نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عوامة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، عدد 2007/04، ص 145-165.

2- عدنان السرحان، غالب الداودي: الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن، مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد 24، العدد 2، ديسمبر 1997، ص 270-280.

3- الطيب زروتي: قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2006، ص 51-101.

4- سامي بديع منصور: الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، 2003، ص 7-96.

5- يوسف فتيحة: مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 3، سنة 2005، ص 185-208.

د- النصوص القانونية

1-الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 21، مؤرخة في 27 فبراير 1970، ص 274.

2-الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر عدد 105، مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، ص 1570، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 15.

- 3-الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005، ص 17 وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007، ص 3.
- 4-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18.
- 5-الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13، مؤرخة في 08 مارس 1995، ص 3، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006، ص 3..
- 6-القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص 3.
- 7-مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة برأس لانوف (ليبيا) في 9 و 10 مارس 1991، ج.ر عدد 43، مؤرخة في 03 يوليو 1994، ص 6.
- 8-مرسوم رئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001 المتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض و كذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج.ر عدد 11، مؤرخة في 12 فبراير 2001، ص 3.
- 9-مرسوم رئاسي رقم 05-72 المؤرخ في 13 فبراير 2005 يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني و التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الإيطالية، الموقعة بالجزائر في 22 يوليو 2003 ، ج ر العدد 13 ، ص 3 و ما يليها.

10- مرسوم رئاسي رقم 06-64 المؤرخ في 11 فبراير 2006 يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني و التجاري بين الجمهورية الجزائرية ومملكة اسبانيا موقعة بمدير في 24 فبراير 2005 ، ج ر عدد 08 ، ص 14 و ما يليها.

هـ- القرارات القضائية:

- 1-قرار غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 17/02/1998، منشور بالمجلة القضائية، عدد 2000/1، ص 167 - 170.
- 2-قرار غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 13/12/2006، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2007، ص 521 - 525.
- 3-قرار غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 12/03/2008، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2008، ص 257 - 261.
- 4-قرار غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 12/01/2012، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2012، ص 243 - 247.

2- المراجع باللغة الفرنسية:

A- OUVRAGES :

- 1-B.ANCEL, Y.LEQUETTE : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^e édition, DALLOZ, Paris, 2006.
- 2-Bernard AUDIT : Droit international privé, 4^e édition, ECONOMICA, Paris, 2006.
- 3-Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE : Traité de droit international privé, tome 1, 8^e édition, LGDJ, Paris,
- 4-Henri BATIFFOL : Aspects philosophiques du droit international privé, DALLOZ, Paris, 2002.
- 5-Jean DERRUPPE : Droit international privé, 14^e édition, Dalloz, Paris, 2001.
- 6-Amélie DIONISI-PEYRUSSE : Essai sur une nouvelle conception de la nationalité, DEFRENOIS , Paris, 2008.
- 7-Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de Serge GUINCHARD, 3^e édition, DALLOZ, Paris, 2000.

- 8- Mohand ISSAD : Droit international privé, tome 2 : les règles matérielles, OPU, Alger, 1986.
 - 9- Thomas habu GROUD : La preuve en droit international privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
 - 10- Daniel GUTMANN : Droit international privé, 3^e édition, DALLOZ, Paris, 2002.
 - 11- Jean LARGUIER, Philippe CONTE : Procédure civile, droit judiciaire privé, 17^e édition, DALLOZ, Paris, 2000.
 - 12- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL : Droit international privé, 7^e édition, DALLOZ, Paris, 2001.
 - 13- Pierre MAYER, Vincent HEUZE : Droit international privé, 9^e édition, éditions MONTCHRESTIEN, Paris, 2007.
 - 14- Emmanuel NERAUDAU D'UNIENVILLE : Ordre public et droit des étrangers en Europe, BRUYLANT, Bruxelles, 2006.
 - 15- Marie-Laure NIBOYET, Géraud de Geouffre DE LA PRADELLE : Droit international privé, LGDJ, Paris, 2008.
 - 16- Etienne PATAUT : Principe de souveraineté et conflits de juridictions, LGDJ, Paris, 1999.
 - 17- Louis PERREAU-SAUSSINE : L'immeuble et le droit international privé, éditions DEFRENOIS, Paris, 2006.
 - 18- Benjamin REMY : Exception d'ordre public et mécanismes des lois de police en droit international privé, DALLOZ, Paris, 2008.
 - 19- François TERRE, Dominique FENOUILLET : Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 7^e édition, DALLOZ, Paris, 2005.
 - 20- Laurence USUNIER : La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, ECONOMICA, Paris, 2008.
 - 21- Jean VINCENT, Serge GUINCHARD : Procédure civile, 27^e édition, DALLOZ, Paris, 2003.
- B- **THESE ET ARTICLES** :
- 1- Peggy CARLIER : L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, thèse de doctorat, université de Lille 2, 2008.
 - 2- Bernard AUDIT : Le droit international privé vers la fin du XXe siècle : progrès ou recul ? R.I.D.C, n°2/1998, pp 421, 448.
 - 3- Jean-Yves CARLIER : Le code belge de droit international privé, Rev.Crit.DIP, n°1/2005, pp 11, 39.

- 4- Patrick COURBE : Divorce et séparation de corps, Encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 5- Pascal DE VAREILES-SOMMIERES : La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, Rev.Crit.DIP, n°3/1996, pp 397,437.
- 6- Hélène GAUDEMET-TALLON : Compétence civile et commerciale, Encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 7- Paul LAGARDE : Ordre public, Encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 8- Paul LAGARDE : Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la 1^e chambre civile du 22/07/1987, Rev.Crit.DIP, n°1/1987, pp 29,54.
- 9- Paul LAGARDE : Nationalité, Encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 10- Pierre MAYER : Lois de police, encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 11- Layachi MESSAOUDI : La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain, R.I.D.C, n°4/1992, pp 947, 957.
- 12- Marie-Laure NIBOYET-HOEGY : Action en justice, encyclopédie DALLOZ INTERNATIONAL, Paris, 1998.
- 13- Hans SMIT : Les conflits de juridiction en procédure civile, R.I.D.C, n°3/1990, pp 871, 884.

C- ARRETS DE LA COUR DE CASSATION

- 1- 1^{re} chambre civile, 30 octobre 1962.
- 2- 1^{re} chambre civile, 21 mai 1963.
- 3- Chambre commerciale, 09 octobre 1967.
- 4- 1^{re} chambre civile, 19 novembre 1985.
- 5- 1^{re} chambre civile, 13 octobre 1998, Rev.crit.DIP, n° 2, avril-juin 1999, pp 281- 284.
- 6- 1^{re} chambre civile, 23 mai 2006.

الفهرس

الفهرس

1	مقدمة عامة.....
8	الباب الأول: تطبيق قانون القاضي على إجراءات المنازعات الدولية الخاصة.....
9	الفصل الأول: خضوع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لقانون القاضي.....
12	المبحث الأول: النظرية العامة للاختصاص القضائي الدولي.....
12	المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي.....
14	المطلب الثاني: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي.....
14	الفرع الأول: قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية ومادية.....
	الفرع الثاني: مدى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد اختصاص محلي أو
16	نوعي.....
21	الفرع الثالث: مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام.....
24	المطلب الثالث: امتداد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي على المنازعات الدولية الخاصة.....
24	الفرع الأول: تطور اجتهاد القضاء الفرنسي.....
29	الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائريين.....
31	المبحث الثاني: معايير اختصاص القضاء الوطني للفصل في المنازعات الدولية الخاصة.....
32	المطلب الأول: الاختصاص القضائي بناء على الرابطة بين دولة القاضي وأطراف المنازعة... ..
32	الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الموطن.....
33	البند الأول: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.....
54	البند الثاني: اختصاص محكمة موطن المدعي.....
62	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الجنسية.....
64	البند الأول: المدعي أو المدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي.....
74	البند الثاني: طبيعة الاختصاص المبني على أساس الجنسية.....
77	البند الثالث: تقدير الاختصاص المبني على أساس الجنسية.....
80	المطلب الثاني: اختصاص القضاء الوطني بناء على ارتباط موضوع النزاع بدولة القاضي.....
81	الفرع الأول: الدعاوى العقارية: اختصاص محكمة موقع العقار.....
87	الفرع الثاني: دعاوى الأحوال الشخصية.....

97	الفرع الثالث: دعاوى الإفلاس
101	الفرع الرابع: المواد الاستعجالية
106	الفصل الثاني: مدى صحة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي
108	المبحث الأول: مضمون قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي
108	المطلب الأول: أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي
108	الفرع الأول: فكرة النظام العام كأساس لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي
110	الفرع الثاني: القاعدة تطبيق قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام
112	الفرع الثالث: على أساس أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة
116	المطلب الثاني: معايير التمييز بين قواعد الإجراءات وقواعد الموضوع
	الفرع الأول: الاتجاه الأول: صعوبة وضع معيار حاسم للترقية بين قواعد الإجراءات وقواعد الموضوع
118	الموضوع
	الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: إمكانية وضع معيار منضبط للترقية بين قواعد الإجراءات وقواعد الموضوع
120	الموضوع
122	المبحث الثاني: نطاق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي
123	المطلب الأول: الدعوى القضائية وشروطها
123	الفرع الأول: الدعوى القضائية
123	البند الأول: تعريف الدعوى القضائية وتمييزها
130	البند الثاني: تكييف الدعوى القضائية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها
135	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شروط قبول الدعوى
137	البند الأول: شرط المصلحة في الدعوى
142	البند الثاني: شرط الصفة في الدعوى
174	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التقادم
175	الفرع الأول: الاتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي
178	الفرع الثاني: الاتجاه القائل بتطبيق القانون الموضوعي
184	المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الإثبات
190	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات

- 196..... الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات.
- 201..... الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات وحجيتها.
- 201..... البند الأول: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات.
- 217..... البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على قوة الدليل.
- 223..... الباب الثاني: تطبيق قانون القاضي على موضوع المنازعات الدولية الخاصة.**
- 224..... الفصل الأول: انفراد تطبيق قانون القاضي بموجب منهج التنازع.
- 225..... المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي على أساس منطقي.
- 225..... المطلب الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي.
- 231..... الفرع الأول: أسس إخضاع التكييف لقانون القاضي.
- 231..... البند الأول: على أساس فكرة السيادة.
- 233..... البند الثاني: تقدير فكرة السيادة كأساس لنظرية التكييف.
- 241..... البند الثالث: أسس تطبيق قانون القاضي على التكييف عند الفقه الحديث.
- 246..... الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون القاضي.
- 246..... البند الأول: التحفظ والاستثناء.
- 248..... البند الثاني: تقدير الاستثناء المتعلق بإخضاع تكييف المال لقانون موقعه.
- 250..... الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري من التكييف.
- 257..... المطلب الثاني: تفضيل جنسية دولة القاضي عند تعدد الجنسيات.
- 257..... الفرع الأول: أعمال مبدأ تفضيل جنسية دولة القاضي.
- 258..... البند الأول: أسباب تعدد الجنسية.
- 260..... البند الثاني: مبررات مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي.
- 271..... الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لمبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي.
- 279..... الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري.
- 281..... المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي على أساس حماية الطرف الوطني.
- 281..... المطلب الأول: حماية الطرف الوطني في مجال المعاملات المالية.
- 282..... الفرع الأول: شروط تطبيق قانون القاضي.
- 292..... الفرع الثاني: أساس تطبيق قانون القاضي.

- 292.....البند الأول: على أساس الدفع بالنظام العام
- 293.....البند الثاني: على أساس فكرة الإثراء بلا سبب
- 294.....البند الثالث: على أساس الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي
- 297.....البند الرابع: على أساس حماية المصلحة الوطنية
- 299.....الفرع الثالث: تقييم قاعدة إخضاع أهلية الأجنبي لقانون القاضي
- 301.....المطلب الثاني: حماية مصلحة الطرف الوطني في الزواج المختلط
- 305.....الفرع الأول: طبيعة المادة 13 ق م ج ونطاق تطبيقها
- 306.....البند الأول: طبيعة المادة 13 ق م ج
- 310.....البند الثاني: نطاق تطبيق المادة 13 ق م ج
- 314.....الفرع الثاني: تقييم المادة 13 ق م ج
- 320.....الفصل الثاني: التطبيق المباشر لقانون القاضي
- 325.....المبحث الأول: التطبيق المباشر لقانون القاضي عن طريق منحج قوانين البوليس
- 325.....المطلب الأول: مفهوم قوانين البوليس
- 326.....الفرع الأول: تحديد مصطلح قوانين البوليس وتعريفها
- 326.....البند الأول: تحديد المصطلح
- 328.....البند الثاني: تعريف قوانين البوليس
- 331.....الفرع الثاني: أسباب ظهور قوانين البوليس
- 334.....الفرع الثالث: معايير تحديد مفهوم قوانين البوليس
- 335.....البند الأول: المعيار الشكلي
- 338.....البند الثاني: المعيار المادي
- 339.....البند الثالث: المعيار التقني
- 343.....البند الرابع: المعيار الغائي
- 348.....المطلب الثاني: خصوصية منحج قوانين البوليس
- 349.....الفرع الأول: التمييز بين منحج قوانين البوليس ومنهج الإسناد
- 360.....الفرع الثاني: تمييز قوانين البوليس عن القواعد الموضوعية
- 362.....المبحث الثاني: التلازم بين قاعدة الاختصاص القضائي وقاعدة الإسناد

المطلب الأول: وحدة ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي	365
الفرع الأول: حالات التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والقانون المطبق وفقا لوحدة	
ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص	365
الفرع الثاني: طبيعة التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والقانون المطبق نتيجة وحدة	
ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص	369
المطلب الثاني: تأثير المحكمة المختصة في القانون المطبق	371
الفرع الأول: تأثير المحكمة المختصة في القانون الواجب التطبيق عند إعمال قاعدة الإسناد	
	372
البند الأول: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق عند تكييف	
العلاقة القانونية	372
البند الثاني: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق عند قبول الإحالة	
من الدرجة الأولى	374
الفرع الثاني: تأثير المحكمة المختصة على القانون المطبق عند تطبيق القانون الأجنبي...	379
البند الأول: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق إذا تعذر إثبات	
القانون الأجنبي	379
البند الثاني: تأثير الاختصاص القضائي على القانون الواجب التطبيق إذا خالف القانون	
الأجنبي النظام العام في دولة القاضي	382
خاتمة	386
قائمة بأهم المراجع	392
الفهرس	401



الملخص:

يلعب قانون القاضي دورا مهماً في القانون الدولي الخاص، بحيث يهيمن تطبيقه على الجانب الإجرائي وفي بعض نواحي الجانب الموضوعي للمنازعات الدولية الخاصة فيطبق بصفة أصلية ومباشرة وانفرادية على قواعد الاختصاص القضائي الدولي وعلى قواعد الإجراءات وفق قاعدة خضوع الإجراءات والاختصاص لقانون القاضي.

ويطبق باعتباره القانون المختص بموجب قواعد الإسناد الانفرادية عند تكييف العلاقات الدولية الخاصة، وعند حماية مصلحة الطرف الوطني، ويطبق بصفة ضرورية ومباشرة إذا تعلق الأمر بقوانين الأمن والبوليس، ونتيجة للتلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

الكلمات المفتاحية: منازعة دولية خاصة، اختصاص قضائي دولي، تنازع القوانين، جنسية الأطراف، الدعوى القضائية، التكييف، تعدد الجنسية، حماية الطرف الوطني، قوانين البوليس.

Résumé :

La loi du for (la lex fori) en droit international privé est la loi du tribunal saisi. Elle a un rôle très important pour régir les litiges internationaux de droit privé. Elle est dominante aux questions de la compétence judiciaire et aux procédures selon le principe de soumission des règles de compétence et de procédures à la loi de l'Etat où l'action est intentée. L'application de la loi du for au fond des litiges, en cas de conflit de lois, intervient selon la méthode unilatérale (qualification, protection de la partie nationale), par coïncidence entre le tribunal compétent et la loi applicable et en tant qu'une loi de police.

Les mots-clés : litige international, compétence judiciaire internationale, conflit de lois, nationalité, action judiciaire, qualification, pluralité de nationalités, protection de la partie nationale, lois de police.

Summary:

The law of the forum (lex fori) in private international law is the law of the tribunal seizure. It has got a very important role in controlling the international lawsuits of private law. It dominate in questions of jurisdiction competence and proceeding according to the principal of subjection of competence laws and law proceeding of the state where the action is bring. The application of lex fori in the bottom of lawsuits, in circumstance of laws conflicts, take a part according to the unilateral method (qualification, protection of the national part), by coincidence between the competence tribunal and the applicable law, as police law.

Key-words: lawsuits international, jurisdiction competence, laws conflicts, nationality, jurisdiction action, qualification, several nationalities, protection of the national part, police law.