



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية



الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف الدكتور:

أ.د. رايس محمد

من إعداد الطالب:

أ. عبد النور أحمد

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	أ. ميكالي هواري
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. رايس محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	أ. بن عصمان جمال
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	أ. بوسماحة الشيخ
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	أ. مقني بن عمار
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	أ. شامي أحمد

السنة الجامعية: 2015-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

إهداء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
إلى من أحن إلى دفء حنانها، وأتوق إلى لمسة دافئة من يدها إلى
التي رحلت ولم أرتو من حبها، وتركت روحها تطفو في عالمي
إلى روح أمي الغالية.

إلى مهجتي وفاكهة القلب، والتي عندما تقول أبي ترفرف معها
كل معاني ومشاعر الأبوة، إلى قرّة عيني ابنتي
الحاجة فاطمة الزهراء.

إلى أيقونة العائلة ورمزها إلى جدي بن عافي رحمة الله عليه
إلى والدي وإخوتي وأخواتي أصلح الله أحوالهم وبلغهم آمالهم.
إلى زوجتي ورفيقة دربي التي لم تدخر جهدا في مد يد العون
والمساعدة.

وإلى كل أعمامي وأخوالي وعائلتي كبيرا وصغيرا
إلى وطني الغالي، النفيس الجزائر
إليهم جميعا أهدي خلاصة جهدي ووافر امتناني.

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ

من لم يشكر الناس لم يشكر الله.

أتقدم بالشكر والامتنان إلى من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع، إلى من رسم لي الطريق وأنار لي الدرب، إلى قدوتي الذي طالما رسخ فينا روح التواضع والمبادرة، ولم يدخر جهداً في نصحي وإرشادي وتقويم عملي وتنقيحه

أستاذي الفاضل: الأستاذ الدكتور راييس محمد.

كما أتقدم بشكري الخالص إلى الأساتذة الكرام أعضاء

لجنة المناقشة الذين صبروا في قراءة هذا العمل المتواضع

وإلى أصدقائي وزملائي في الدراسة والعمل الذين دعموني

وساندوني، وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا

البحث على الصورة التي هو عليها اليوم.

قائمة المختصرات

ص: صفحة.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ع.: عدد

مج: مجلد

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A- JURIDICTIONS

CA	: Cour d'appel.
Cass. Ass. Plén.	: arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.
Cass. Ch. Mixte	: arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte).
Cass. Civ.	: arrêt de la Cour de cassation (chambre civile).
Cass. Com.	: arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale).
Cass. Req.	: arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes).
Cass. Soc.	: arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale).
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme.
CJCE	: arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes.
TGI	: jugement d'un Tribunal de grande instance.
TI	: jugement d'un Tribunal d'instance.

B - ORGANISMES D'ÉDITION, COLLECTIONS

BDIP	: Bibliothèque de droit international privé.
BDP	: Bibliothèque de droit privé.
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
PUAM	: Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille.
PUF	: Presses Universitaires de France.

C - PÉRIODIQUES

Bull.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
D.	: Recueil Dalloz jurisprudence.

D.P.	: Dalloz périodique.
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais.
JDI	: Journal de droit international (Clunet).
JCP	: Juris-Classeur périodique.
JO	: Journal officiel.
JOCE	: Journal Officiel des Communautés européennes.
RCDIP ; Rev. crit.	: Revue critique de droit international privé.
DIP	
RDC	: Revue des contrats.
Rev. arb.	: revue de l'arbitrage.
RTD Com.	: Revue trimestrielle de droit commercial.
RQDI	: Revue québécoise de droit international.
S.	: Recueil Sirey.

D - ABRÉVIATIONS DIVERSES, LOCUTIONS

&	: et.
§	: paragraphe.
a.	: autres.
aff.	: affaire.
art.	: article.
c/	: contre.
CE	: Communauté européenne.
CEE	: Communauté économique européenne.
ch.	: chambre.
comm.	: commentaire.
concl.	: conclusions.
éd.	: édition(s).
ibid.	: ibidem (au même endroit).
in	: dans.
n°	: numéro(s).
obs.	: observations.
op. cit.	: opere citato (ouvrage cité).
p.	: page(s).
préc.	: précité(e)(s).
s.	: et suivant(e)(s).
soc.	: société.
spéc.	: spécialement.
t.	: tome.
v.	: voir.
vol.	: volume.

المقدمة

المقدمة

في عصرنا الحاضر تطورت المجتمعات، واتسعت العلاقات بين الدول، وظهرت التشريعات والانظمة التي تنظم العلاقات الدولية بين الدول سواء العامة أو الخاصة، ومن بين هذه التشريعات القانون الدولي الخاص الذي ينظم العلاقات الدولية الخاصة المشتملة على عنصر اجنبي، والذي يعطي دورا هاما للإرادة من خلال قواعده، حيث يعتبر مبدأ سلطان الارادة من بين أهم المبادئ القانونية التي يركز عليها القانون الدولي الخاص، هذا المبدأ تم اقراره منذ نهاية القرن التاسع عشر في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، حيث يعطي هذا المبدأ الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية التي تربطهم¹.

إرتبط ظهور مبدأ سلطان الارادة بمسألة العقود الدولية إلا أنه انتشر في وقتنا الحالي ليشمل حتى العلاقات الدولية غير التعاقدية، أو تلك التي كان تنظيمها تحكمه قواعد آمرة في القانون الداخلي، هذا الانتشار ساهمت فيه ظاهرة العولمة التي حررت العلاقات الاقتصادية بين الدول، وكان لها الأثر الكبير على العلاقات الخاصة الدولية، حيث لم تسلم قواعد القانون الدولي الخاص من هذه الظاهرة التي تسعى إلى تدويل كل ما هو وطني، وهذا ما دفع الى البحث عن قواعد تتفق مع هذه التطورات من خلال محاولة التملص من قيود القوانين الوطنية الداخلية، لتحقيق طموحات أطراف المعاملات الخاصة الدولية².

دور الارادة لم يتوقف عند تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية، بل امتد ليلعب دورا أكثر أهمية في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فأصبحت لهذه الإرادة إمكانية تحديد المحكمة التي تفصل في النزاع الذي ينشأ بشأن العلاقة الخاصة الدولية بالرغم من أن مسائل الاختصاص القضائي الدولي هي على صلة وثيقة بسيادة الدولة، هذا الدور الممنوح للإرادة عن طريق السماح

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014م، ص 19 وما بعدها.

2- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة لدور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية والمسؤولية التقصيرية، والاختصاص القضائي الدولي)، دار الكتب، 2014م، ص 12.

لأطراف العلاقة الدولية باختيار قانون ما يطبق على علاقتهم أو اللجوء الى قضاء معين يرون فيه ملاذهم في التوصل لأحكام عادلة ومنصفة تساهم في تحقيق طموحات ورغبات الأطراف.

إن اقتحام مبدأ سلطان الإرادة لمعظم موضوعات تنازع القوانين والذي كان نتيجته الاعتراف بدوره أيضا على مستوى الاختصاص القضائي الدولي¹، تركز بإقرار فكرة الخضوع الاختياري لأطراف الخصومة لمحكمة أو محاكم دولة بعينها، عن طريق إسناد النزاع إليها حرصا على تحقيق العدالة في المعاملات الدولية، ورعاية المصالح المشروعة للأطراف، ففي المسائل الدولية عادة ما يلجأ الأطراف الى "الخضوع الاختياري" (élection de for)، بمعنى تعيين المحكمة أو المحاكم التي يجب أن تفصل في نزاعاتهم الناشئة أو المستقبلية عن طريق الاتفاق، هذا المبدأ هناك من يسميه ب: "الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة"²، هذه التسوية للنزاع تأتي غالبا في إطار عقد، وقد تأخذ شكل شرط مانح للاختصاص القضائي (clause attributive de juridiction)، هدف هذه الفكرة هو اقرار المصالح الخاصة للأشخاص، فموضوعها يستند الى فكرة أن الاختصاص القضائي الدولي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار إرادة المتقاضين خاصة عندما لا تمس هذه الاخيرة بالقواعد الأساسية لتنظيم وسير العدالة.

إن فكرة الخضوع الاختياري تثير اشكالية هامة تتعلق بالإجابة على السؤال التالي:

ما مدى إمكانية تأثير إرادة الأشخاص على الاختصاص القضائي الدولي؟ هذه الإشكالية تثير تساؤلات فرعية يمكن إجمالها فيما يلي: ماهي الضوابط التي تحكم تدخل إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي؟ ما هي الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري؟ ما مدى مشروعية فكرة الخضوع الاختياري في القانون المقارن؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذه الفكرة؟ أين تكمن أهمية هذا المبدأ؟ هل يخضع تنفيذ فكرة الخضوع الاختياري الى شروط معينة؟ ما هو النظام القانوني الذي يحكم اتفاق الخضوع الاختياري سواء من حيث صحته أو القانون الواجب التطبيق عليه أو القيود الواردة عليه؟ ما هو نطاق الآثار المترتبة عن إعمال هذه الفكرة؟ ما دور الاتفاقيات الدولية في تكريس هذا المبدأ؟

1- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 159.

2- نور حمد الحجابيا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 2، السنة 33، جوان 2009م، ص 283.

إن الإجابة على الإشكاليات المتعلقة بهذا الموضوع ستم من خلال البحث عن أسباب ومبررات هذه الفكرة والعوامل التي تتحكم فيها، وقبل الخوض في هذه المسائل يجدر بنا الإشارة إلى أهمية هذه الدراسة والتي تكمن في جانبين أحدهما نظري والآخر تطبيقي، فمن حيث الجانب النظري فإن اتفاق الأطراف حول الاختصاص القضائي يساهم في استبعاد قلق المتقاضين حول القضاء المختص في المجال الدولي، ويحقق الاستقرار القانوني فيما يخص تحديد المحكمة المختصة، والوصول الى التوفيق بين مصالح الافراد المتضاربة، فتحديد الاختصاص القضائي يتميز بصفة عامة بعدم اليقين في المسائل الدولية أين تكون عدة أنظمة قضائية مختصة بنفس النزاع، وهنا تظهر الفائدة العملية للشروط المانحة للاختصاص القضائي، فبفضلها يمكن الحد بشكل ملموس من عدم اليقين الذي يجسده غياب نظام اختصاص قضائي يحكم المجتمع الدولي، فعلى المستوى الدولي لا وجود لأي جهة قضائية تتولى فض المنازعات ذات الطابع الدولي، حيث تتولى كل دولة وضع قواعد تحدد ولاية قضائها بنظر المنازعات ذات العنصر الاجنبي، هذا الأمر كرس عدم الوضوح المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي على المستوى الدولي وانعكس على القانون المطبق على موضوع النزاع، حيث لا يمكن التنبؤ لا بالقانون الواجب التطبيق ولا بمفهوم النظام العام الذي سيخضع له هذا النزاع، ما دامت قواعد التنازع التي ستطبق على هذا النزاع ستكون تلك القواعد الخاصة بالقاضي المعروض عليه النزاع¹، لذلك فإن التعيين الاتفاقي لمحكمة معينة سيسمح بالإضافة الى معرفة المحكمة المختصة، معرفة نظام التنازع الذي سيطبق على النزاع، وكذلك مفهوم النظام العام الذي ستطبقه المحكمة المعنية.

هذه الدراسة ستساهم كذلك في التطرق الى موضوع يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي الذي يثير حساسية تتعلق بسيادة الدولة في مجال تحديد المحاكم المختصة، وكذلك يبين الحقوق التي يمكن ان تمنحها الدولة للوطنيين أو الأجانب في هذا المجال خاصة مع وجود اتفاقيات دولية تهتم بحق الأفراد في الالتجاء الى القضاء، أهمية هذه الدراسة يمكنها كذلك أن تساهم في مساعدة القضاة على تطبيق القواعد اللازمة بخصوص اتفاق خضوع اختياري حين يكون النزاع المتعلق به معروضا على المحاكم الجزائرية.

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 283.

من الجانب التطبيقي فإن عرض عدد من القضايا التي طرحت أمام الأنظمة القضائية المقارنة والتي تتعلق بمسألة اتفاق الخضوع الاختياري من خلال التعليق عليها وتحليلها، ومن ثم تحديد الصعوبات التي تواجه المحاكم الجزائرية عندما يمنح لها الاختصاص بشأن نزاع يشتمل على عنصر اجنبي بموجب اتفاق خضوع اختياري، أو يستبعد اختصاصها بنفس الطريقة؛ سيساعد في إيضاح الانظمة الملائمة التي يمكن أن تحكم اتفاق الخضوع الاختياري والتي يمكن تطبيقها في النظام القضائي الجزائري.

العلاقة بين الارادة المشتركة للأطراف والاختصاص القضائي كانت محل دراسة مستفيضة في القانون الدولي الخاص المقارن، غير أنه في المقابل وعلى المستوى الداخلي وعلى حد علمنا لم يكن هذا الموضوع محل دراسة علمية ممنهجة، وقد يرجع السبب في ذلك كون أن تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجزائري ما زال في طور النمو، غير أن أهميته النظرية والتطبيقية لا يمكن إهمالها في وقتنا الحاضر، ومن هنا تبرز فائدة هذه الدراسة الجديدة التي يمكن أن تكون ذات أهمية عملية تمكننا من بناء نقاط ارتكاز لدراسات لاحقة، لذلك سنحاول إثراء هذا الموضوع الذي يبدو مجالا خصبا يحتاج بحثا وفيرا وأكثر تحديدا، فالصعوبات العملية والنظرية المثارة عن طريق هذا الموضوع تبقى عديدة وعلى عدة مستويات، كتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقات الخضوع الاختياري، وحماية الطرف الضعيف التي لم تلقى إجابة كافية واضحة في القانون الداخلي، فمحاولة البحث عن مقارنة لهاته المسائل أمر مهم، حيث تبدو هذه المقارنة أكثر من ضرورة خاصة منذ إبرام الجزائر العديد من الاتفاقيات المتعلقة بموضوع الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام الاجنبية في المسائل المدنية والتجارية.

لقد اهتمت بفكرة الخضوع الاختياري الكثير من التشريعات المقارنة العربية منها والاوروبية خاصة، هذا الاهتمام يظهر بشكل واضح خصوصا في الاتفاقيات الثنائية والدولية، فقد كان لهذه الاتفاقيات دور كبير حيث تصدرت المشهد في محاولة منها للتوصل الى معايير ومفاهيم متطابقة من خلال إرساء قواعد إسناد محددة ونظم معينة في تقرير اختصاص المحاكم الوطنية، تلتزم بها كافة الدول المتعاقدة من خلال تضمين هذه القواعد في تشريعاتها، اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية الصادرة عن البرلمان والمجلس الاوروبي تعد من بين أهم هذه الاتفاقيات، ليست فقط هذه الاتفاقية بل هناك أيضا بعض الاتفاقيات العربية التي عاجلت هذه الفكرة وأدرجتها ضمن موادها.

التعيين الاتفاقي لمحكمة أو محاكم دولة للفصل في نزاع يشكل أحد مظاهر تدخل الإدارة المشتركة للأطراف في مجال الاختصاص القضائي، فالشرط المانع للاختصاص في القانون الداخلي كما في القانون الدولي الخاص، يمثل جانبا من الشروط المتعلقة بالاختصاص، التي يوجد من ضمنها اتفاقات التحكيم، لذلك نجد أن الدراسات المكرسة لهذا الموضوع تعتمد مقارنة تتمثل في مقارنة اتفاقية الخضوع الاختياري واتفاقية التحكيم بشكل متواز، هدف استعمال المقارنة بين الاتفاق المانع للاختصاص القضائي واتفاق التحكيم يتمثل في محاولة تحديد النظام القانوني للوحدة مع الأخذ بعين الاعتبار النظام القانوني للأخرى، لذلك نجد أن بعض الكتاب يرون بأن هذه المقارنة تسمح بتبرير التفريق بين مسألة القبول أو الشرعية لفكرة الخضوع الاختياري التي ترتبط بمسائل تنازع الاختصاص، ومسألة الصحة التي ترتبط بقانون العلاقة المعينة من طرف قواعد التنازع¹.

إن اتفاقية الخضوع الاختياري تختلف مع ذلك عن اتفاق التحكيم، فبينما الأولى هدفها تعيين محكمة أو محاكم عدة دول والتي يجب أن تفصل في النزاع، الثانية هدفها استبعاد اختصاص القضاء الوطني بإعطاء محكم أو عدة محكمين سلطة الفصل في النزاع، وهنا يبدو أن مجال شرط التحكيم كتعبير لإرادة الأطراف هو أكثر اتساعا من ذلك المتعلق بشرط الخضوع الاختياري، فهدفه إعطاء المحكمين سلطة القضاء، وبنفس العملية استبعاد القضاء الوطني، في حين أن شرط الخضوع الاختياري يعمل فقط على تعيين القضاء المختص محليا ليفصل في النزاع، إذا فجوهر اتفاق التحكيم يتعلق بمسألة اختيار العدالة (عدالة التحكيم عوضا عن عدالة القضاء الوطني)، بينما اتفاق الخضوع الاختياري يحدد فقط ما هو القضاء الوطني الذي سيفصل في النزاع (تحديد اختصاص محكمة دون أخرى)؛ ورغم ذلك فإن هذه التفرقة بين الاتفاقيتين لا نراها حاسمة، فأغلب الكتاب يبحثون جنبا إلى جنب اتفاق الخضوع الاختياري واتفاق التحكيم، فالاختلاف بين الاتفاقيتين أقل تأثيرا، هما يتشابهان أكثر فكلاهما يشتركان في عدة نقاط، وعليه فإن المقارنة البناءة لهذين الاتفاقيين يجب أن تؤدي لحلول ملموسة من خلالها يمكن استخراج مبادئ نظرية تسمح بتجاوز الصعوبات المثارة من طرف اتفاقات الخضوع الاختياري، في هذا

1- Philippe GUEZ, L'élection de for en droit international privé, Thèse sous la direction de Gérard DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Université Paris X-Nanterre, 2000; Nathalie COIPEL-CORDONNIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Bibl. dr. priv., t. 314, préf. M. Fallon, avant-propos P. Mayer, L.G.D.J. 1999 ; C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 49 n°4, Octobre-décembre 1997, p. 989.

السياق التركيز سيتمحور على كون أن هذين الاتفاقين يمثلان موضوعا أساسيا مختلفا عن العقد الذي يمكن أن يتضمنهما، فهما لا يتمحوران حول عناصر الموضوع بعكس الاشتراطات الأخرى، ولكن على مسائل إجرائية، وكلاهما له أثر على الاختصاص القضائي الوطني، بمعنى على السلطة السيادية التي تمارسها الدولة على إقليمها عن طريق اجهزتها القضائية، هما يمثلان طابعا هجيناً، ففي نفس الوقت طبيعتهما تعاقدية وقضائية، مما ينتج عنه تشابه في الصعوبات الناتجة عن هدفهما المتمثل في الخروج عن اختصاص المحكمة، إن التقارب بين اتفاق الخضوع الاختياري واتفاق التحكيم هو الذي يسمح لنا بتحليل الأثر القضائي لاتفاق الخضوع الاختياري، بسبب أنهما يشكلان مظهرا لتدخل الإرادة المشتركة للمتقاضين في تنظيم الاختصاص الدولي، ويثيران مسائل متشابهة خاصة فيما يتعلق بالشروط المتعلقة بتكوينهما، وحرصا منا على الموضوعية في هذا البحث فإنه مع ذلك يجب ان لا يكون هذا التقارب في الدراسة متروكا على إطلاقه.

إن أسباب اختيار هذا الموضوع تتركز أهمها على غياب دراسة دقيقة في القانون الدولي الخاص الجزائري تمحص في مبدأ فكرة الخضوع الاختياري، أضف الى ذلك غياب أي نص لهذا المبدأ في القانون الجزائري على مستوى المجال الدولي، فالقانون الجزائري لا يتضمن أية قواعد اختصاص دولي مثل ما هو موجود في التشريعات المقارنة الأخرى كالقانون التونسي، بالرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تم تعديله مؤخرا فقط.

دراستنا ستتعلق بدور الإرادة المشتركة للأطراف في تحديد اختصاص القضاء الوطني، هذه الدراسة ستمحور حول النزاعات المتعلقة بالقانون الخاص مع استبعاد النزاعات المتعلقة بالقانون الدولي العام، وهذا يعني أننا سنبحث هذا الموضوع في إطار القانون الدولي الخاص، نشير هنا إلى أن دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي غالبا ما كان يتم فحصه تحت زاوية القانون الواجب التطبيق، غير أن اتفاق الخضوع الاختياري يتمحور حول موضوع الاختصاص القضائي الذي لا يتعلق بتنازع القوانين، فهو يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي وحدها القدرة على تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، ومن هنا يتبين أن قانون القاضي هو من يقرر خاصة إمكانية تمديد أو استبعاد اختصاص المحكمة عن طريق اتفاق مبرم بين الأشخاص، هذا لا يعني أن تحديد نظام اتفاقية الخضوع الاختياري لا يخضع بأي حال من الأحوال إلى تنازع القوانين، وعملية التنازع تبقى مع ذلك مطبقة في حدود معينة،

هذه المسألة يبررها وجود تفرقة بين قبول تدخل الإرادة المشتركة للأطراف المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي الدولي والتي من المفروض أن تخضع لقواعد الاختصاص الدولي للقاضي الفاصل في النزاع، وصحة وآثار اتفاق ارادة الاطراف التي تبقى مبدئيا خاضعة لتنازع القوانين، إذن دراستنا هنا ستعتمد على التفرقة بين مسألة قبول فكرة الخضوع الاختياري بمعنى مدى امكانية الاعتراف للأطراف باختيار المحكمة، واتفاق الخضوع الاختياري المتمثل في اتفاق ارادة الأطراف على تنفيذ هذه الفكرة، هكذا فدراستنا ستقتصر في هذه الرسالة على البحث حول مدى دور سلطان الإرادة وأثره في تحديد المحكمة المختصة في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

بناءً على ما سبق فإن دراستنا لموضوع الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري ستعتمد على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، حيث سنبحث عن القواعد المنظمة لاتفاق الخضوع الاختياري التي جاءت بها التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية، وأحكام القضاء المقارن، ثم نقارنه بما يمكن أن نجده من قواعد في القانون الجزائري تتعلق بالاعتراف بدور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة، وسندعم هذا البحث بتحليل موقف الفقه المقارن بخصوص هذا الموضوع، في هذا الإطار سيكون التركيز على ما جاء به الفقه والقضاء الأوروبي خاصة الفرنسي، الذي كان له الدور الكبير على المستوى العالمي في تقرير عدة مبادئ بخصوص فكرة الخضوع الاختياري، هذه المبادئ تم تكريسها منذ زمن بعيد ولا زال الاجتهاد بخصوصها متواصلا إلى اليوم، وسنستعين أيضا بأهم اتفاقية في هذا المجال وهي اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية الصادرة عن البرلمان والمجلس الأوروبي، هذه الاتفاقية يزيد عمرها عن الأربعين سنة شهدت عدة تعديلات استجابة لآراء وتحليلات الفقهاء وكذا الاجتهادات الصادرة عن القضاء الأوروبي خاصة الفرنسي ومحكمة العدل الأوروبية.

في هذا البحث كانت أهم الصعوبات التي اعترضتنا هي شح الدراسات والبحوث المتعلقة بهذا الموضوع في القانون الجزائري، هذا الغياب قد يكون سببه الجانب العملي لهذا الموضوع الذي يصعب دراسته بسبب غياب قواعد منظمة لفكرة الخضوع الاختياري على مستوى التشريع الجزائري، أضف إليه النقص الكبير في الاجتهادات القضائية الجزائرية الصادرة بخصوص دور الإرادة في الاختصاص القضائي الدولي، مع ذلك هناك بعض الدراسات التي تم إجرائها على المستوى العربي حاولت إبراز أهمية فكرة

الخضوع الاختياري من جهة ومن جهة أخرى حاولت الوقوف على أهم الصعوبات التي تعترض تطبيق هذه الفكرة، إلا أنه يبدو لنا أن هذه الدراسات تبقى غير كافية للإحاطة بكل جوانب هذه الفكرة لأنها تتناولها بشكل غير معمق¹، وفي ظل هذه الظروف سنحاول عرض فكرة الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص من زوايا نراها مهمة في محاولة للإلمام بهذا الموضوع وتشكيل قاعدة بحثية يمكن من خلالها تطوير أفكار أخرى تساهم في فهم أكبر لهذا الموضوع، في هذا السياق البحث في هذا الموضوع الذي نقترحه سيعتمد أولاً على دراسة مفهوم فكرة الخضوع الاختياري (الباب الأول)، ثم التطرق الى النظام القانوني لهذه الفكرة (الباب الثاني).

1- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م؛ ناصر عثمان محمد عثمان، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م؛ محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في ضوء الفقه المقارن والقوانين العربية والأجنبية والاتفاقات الدولية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية لاهاي لعام 2005 بشأن اتفاقات اختيار القاضي)، دار النهضة العربية، 2009م؛

- Ashraf Wafa Mohamed, Le choix par les parties du tribunal compétent « A propos du principe d'autonomie de la volonté en matière d compétence judiciaire internationale», 1^{er} éd , Dar el-nahda el arabia, le caire, 2006.

الباب الأول

فكرة

الخضوع الاختياري

الباب الأول: فكرة الخضوع الاختياري

يمكن للإرادة أن تلعب دورا مهما في مجال الاختصاص القضائي الدولي خاصة في مسألة تحديد المحكمة المختصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، يظهر هذا الدور من خلال الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري التي تسمح للأطراف باختيار محكمة أو عدة محاكم لتفصل في النزاع القائم بينهم أو المحتمل الوقوع، حيث سارعت الدول وتحت ضرورة الاعتراف للإرادة بدورها في الاختصاص القضائي الدولي حرصا على تحقيق العدالة في المعاملات الدولية، وحماية المصالح المشروعة للأطراف؛ إلى تضمين تشريعاتها الداخلية قواعد تقضي بحق الاطراف في اختيار المحكمة التي تفصل في نزاعاتهم، ومن هنا فإن فهم هذه الفكرة والبحث عن أساسها يبدو ذا أهمية بالغة في إطار دراستنا هذه (الفصل الأول).

هذه الفكرة التي تتدخل في تحديد المحكمة المختصة تقرها العديد من الدول استجابة لتوقعات المتعاملين وتلبية لطموحاتهم؛ نجدها تشغل مجالا هو في الأساس مخصص للقوانين الوطنية، وهذا ما يجعلها أحيانا تصطدم بمفهوم النظام العام والقواعد الالزامية، وهذا يجتم البحث عن إمكانية وجود مقياس منضبط لهذه الفكرة، أو شروط محددة لتنفيذها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مفهوم فكرة الخضوع الاختياري

لقد اختلف الكتاب في إعطاء مصطلح ثابت لفكرة الخضوع الاختياري، سواء الكتاب العرب أو الكتاب في الغرب، فمن الكتاب العرب من يطلق مصطلح "الخضوع الاختياري" على هذه الفكرة¹، ومنهم من يطلق عليها اصطلاح "الخضوع الإرادي"²، آخرون يطلقون عليها مصطلح "اتفاق اختيار القاضي"³، وهناك من يطلق عليها مصطلح "التحديد الإرادي"⁴، كما أن هناك من يطلق عليها مصطلح "الشرط السالب"⁵، وهناك أيضا من يطلق عليه مصطلح "الخضوع لولاية القضاء"⁶، أما الكتاب في الغرب فهناك من يطلق عليها مصطلح "élection de for"، وهناك من يطلق عليها مصطلح "clause attributive de juridiction"⁷، هذه الاختلافات يرجع سببها إلى الطريقة التي ينظر بها لفكرة الخضوع الاختياري في حد ذاته، فمنهم من ينظر إليها من حيث أثرها السالب للاختصاص القضائي، وهناك من ينظر إليها من حيث أثرها المانع، وهناك من ينظر إليها من حيث دور الإرادة الاختياري في تفعيلها، والواقع أن هذه التسميات كلها تصب في فكرة واحدة تتعلق بالاتفاق على منح الاختصاص لمحكمة معينة الذي يكون نتيجته في نفس الوقت سلب الاختصاص من محكمة مختصة

- 1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي (الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م، ص 131؛ هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004م، ص 151؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1969م، ص 453.
- 2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م، ص 312؛ أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 134 وما بعدها.
- 3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها.
- 4- أشرف وفا محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 204 وما بعدها.
- 5- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.
- 6- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986م، ص 734.

7- V. HEUZE, *Conflits de juridictions et contrats internationaux*, Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux, Tom 2, Livre IX , 2010, p. 81.

أصلا، ففكرة الخضوع الاختياري تتمثل في التصرف القانوني¹ الذي بموجبه يقوم الأطراف "بمنح" الاختصاص القضائي² لمحكمة هي أصلا غير مختصة بالنظر في نزاعهم طبقا لقواعد الاختصاص في قانونها³، وفي نفس الوقت "يستبعدون" اختصاص المحكمة التي هي أصلا مختصة بالنظر في نزاعهم⁴، إن هذا "الاتفاق" الذي يهدف إلى تعيين المحكمة المختصة لا يسمح وحده بمنح الاختصاص للهيئة القضائية المحددة فيه، بل يجب أن يتم بموجب قاعدة اختصاص، فلا يكون لهذا الاتفاق أثر إلا حين يسمح له بذلك قانون الدولة التي تم تعيينها للفصل في النزاع⁵، هذه الفكرة التي يبدو فيها الخضوع الاختياري كاتفاق من جهة، وكتصرف يتدخل في تغيير الاختصاص القضائي من جهة أخرى، تثير بالحاح مسألة الطبيعة القانونية لهذا المبدأ (المبحث الأول).

بعد تحديد الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري سيكون من المهم معرفة مدى قبول هذه الفكرة في القانون الدولي الخاص، فحتى تنتج إرادة الأطراف المشتركة بناء على فكرة الخضوع الاختياري آثارها في النظام القضائي الوطني يجب أن تكون شرعية، حيث يفهم مبدأ الشرعية في إطار دراستنا هذه بأنه إمكانية أن يكون لاتفاق الأطراف في الخضوع الاختياري أثر على نظام قضائي معين، بمعنى آخر هل يسمح القانون للأشخاص باختيار محكمة معينة لتفصل في نزاعاتهم الناشئة أو المستقبلية؟ إذا الأمر هنا يتعلق بالاعتراف بالأثر المانع والسالب للخضوع الاختياري⁶، وعليه فإن تدخل قواعد الإجراءات المدنية

1- التصرفات القانونية هي التي ترتب التزاما يكون مصدره إرادة الإنسان، وعندما تتطابق هذه الإرادة مع أخرى نكون أمام التزام مصدره يسمى بالعقد، أنظر تفصيل ذلك: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م، ص 11؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 646.

2- الاختصاص القضائي الدولي هو احد موضوعات القانون الدولي الخاص من خلاله يتم تحديد المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل ضمن الولاية العامة لمحاكم الدولة، وما يخرج عن هذه الولاية، أو هو تحديد المحكمة المختصة دوليا في الفصل في النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا؛ أنظر: وسام توفيق عبد الله الكتي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص 09، انظر كذلك: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013م، ص 186.

3- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص 221-222.

4- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 739.

5- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 163.

6- Nathalie COIPEL-CORDONNIER, op. cit., n° 39.

الدولية هو الذي يحدد إمكانية قبول فكرة الخضوع الاختياري، لذلك في مرحلة ثانية سنهتم بدراسة مسألة قبول أو شرعية اتفاق الخضوع الاختياري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري.

في إطار دراستنا هذه، تحديد الطبيعة القانونية للخضوع الاختياري تكتسي أهمية بالغة، حيث سيسمح لنا كما سنرى لاحقا بالتفريق ما بين صحة وشرعية الخضوع الاختياري من جهة، ومن جهة أخرى تحديد القانون الواجب التطبيق عليه¹، فغالبا ما يكيف اتفاق الخضوع الاختياري على أنه عقد، وهذا الأمر يثير الكثير من الشكوك خاصة عندما نعلم أن هذا الاتفاق يعمل على خلق قاعدة اختصاص دولية إلى جانب تلك التي يضعها المشرع، هذه الشكوك الموجهة اتجاه الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري تدفعنا لتكييف هذا الاتفاق (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى نلاحظ أنه غالبا ما يتم إدراج هذا الاتفاق ضمن شروط العقد المبرم بين الأطراف وهذا ما يجعلنا نتساءل عن علاقة هذا الاتفاق بالعقد الذي أدرج فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكييف اتفاق الخضوع الاختياري.

يأخذ الخضوع الاختياري شكلان، فقد يكون صريحا عندما يتفق الأطراف بإدراج شرط يسمى بالشرط المانع للاختصاص (clause attributive de juridiction) في العقد أو أي وثيقة أخرى يمنح الاختصاص لمحكمة معينة، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا؛ وقد يكون الخضوع الاختياري ضمينا يستفاد من التصرف الإجرائي للأطراف²، حيث يرفع المدعي دعواه أمام محكمة أجنبية غير مختصة أصلا بالنزاع، ويقوم المدعى عليه بالتمثيل أمام هذه المحكمة الأجنبية دون أن يثير عدم اختصاصها، وفي نفس الوقت يقبل الخوض في موضوع الدعوى³، هذا التنوع في أشكال الخضوع الاختياري يفرض علينا أثناء

1- كما سنبينه فإنه في القانون الدولي الخاص المسائل المتعلقة بالإجراءات يطبق عليها قانون القاضي، بينما يطبق على المسائل المتعلقة بالموضوع القانون الذي أحالت عليه قواعد الإسناد المختصة في قانون القاضي، راجع أيضا: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 234.

2- Hélène Gaudemet-Tallon, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Bibl. dr. inter. priv., vol. 4, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1965, n° 258.

3- تقضي قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي بأنه يجب الدفع بعدم الاختصاص قبل كل دفع في الموضوع، المادتان 47 و50 من ق.إ.م.إ.ج، «: قانون رقم 08-09-25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع. 21، سنة 2008؛ راجع أيضا: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 153 وما بعدها.

تكييف اتفاق الخضوع الاختياري التفريق بين الاتفاقات الصريحة (الفرع الأول) والاتفاقات الضمنية (الفرع الثاني)، من جهة أخرى تكييف اتفاق الخضوع الاختياري يستدعي تمييزه عن كل الاتفاقات التي من المحتمل أن تحدث تأثيراً في مجال الاختصاص القضائي الدولي والتي لا يمكن أن تعتبر اتفاقات خضوع اختياري، لذلك من المهم تمييز هذه الاتفاقات عن اتفاق الخضوع الاختياري (الفرع الثالث)، وقبل الخوض في تكييف الخضوع الاختياري نذكر أن هذا التكييف سيتم عن طريق استعمال مفاهيم ومبادئ القانون الجزائري، فمن الثابت قانوناً أن مسائل التكييف تخضع لقانون القاضي وهو القانون الدولي الخاص الجزائري¹.

الفرع الأول: اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة.

اختلف الفقهاء في تحديد تكييف الخضوع الاختياري فمنهم من اعتبره عملاً إجرائياً (الفقرة الأولى)، آخرون اعتبروه عقداً (الفقرة الثانية)، وفريق ثالث كيفه على أنه ذو طبيعة خاصة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: التكييف الإجرائي للخضوع الاختياري.

جانب من الفقه يرى بأن موضوع الخضوع الاختياري المتمثل في سلب الاختصاص من محكمة مختصة أصلاً ومنحه لمحكمة أخرى غير مختصة أصلاً، هو الذي يمنح الخضوع الاختياري صفة العمل الإجرائي²، فالخضوع الاختياري لا ينظم مصلحة خاصة للأطراف، وإنما يعمل على تعديل الاختصاص القضائي³، ويتدخل في الدعوى القضائية، هذا الأثر المترتب عن الخضوع الاختياري يجعله مسألة تتعلق بالإجراءات لأنها تتصل بالاختصاص القضائي⁴، وهناك من يرى بأن الخضوع الاختياري له علاقة

1- تنص المادة 21 مكرر من ق.م.ج على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات »، كما تنص المادة 09 من نفس القانون على أنه: « يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه:» القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- P. Guez, thèse préc., p. 15.

- راجع أيضاً: ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 59.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 139.

4- حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156؛ هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 277.

واسعة مع الإجراءات، واستبعاده من بعض الاتفاقيات التي تخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية كاتفاقية روما¹، لدليل على أنه تصرف إجرائي لا يخضع للقواعد التعاقدية². إن تكييف ما يدخل ضمن المسائل الإجرائية، وما يدخل ضمن المسائل الموضوعية أثار جدلا واسعا في إطار القانون الدولي الخاص خاصة فيما يتعلق بالمعيار الواجب إتباعه للترقية بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي³، ويبدو أن هذا الاتجاه الفقهي الذي يصنف الخضوع الاختياري على أنه عمل إجرائي يركز على معيار منضبط في القانون الدولي الخاص يعرف بالمعيار "الغائي"⁴، هذا المعيار يخصص للترقية في إطار القواعد القانونية بين ما يدخل في مسائل الإجراءات و ما يدخل في المسائل الموضوعية، بحسب هذا المعيار الغاية أو الهدف من القاعدة القانونية هي أساس الترقية بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي، فكلما كان الهدف هو تنظيم وحسن سير جهاز العدالة، فالأمر يتعلق بالإجراءات⁵، ولما كان هدف الخضوع الاختياري هو التدخل في الدعوى القضائية وتعديلها اعتبر تصرفا يدخل ضمن المسائل الإجرائية.

في الحقيقة العمل الإجرائي يقصد به التصرف الصادر عن جهاز قضائي وفق أشكال إجرائية، يفصل في ادعاء يتعلق بحالة قانونية عن طريق تطبيق قاعدة قانونية⁶، كما يعرف كذلك أنه ذلك العمل القانوني الذي يترتب القانون عليه مباشرة أثرا قانونيا في إنشاء الخصومة أو تعديلها أو انقضاءها، فعندما مثلا ييادي المدعى عليه دفوعا فإنه يهدف إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في نفي طلبات المدعي⁷، دون

1- Article 1 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

2- Julien Maire du Poset, L'attribution de dommages et intérêts pour non-respect d'une clause attributive de juridiction, Versailles International Arbitration and Business Law Review, n°3, 2012, p. 37.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 224.

4- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها.

5- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 238.

6- Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS & Frédérique FERRAND, Procédure civile, 2013, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz., p. 110.

7- أسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)، أطروحة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008م، ص 12؛ راجع أيضا فوده عبد الحكم، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990م، ص 09.

شك العمل الإجرائي الصادر من الخصم هو عمل إرادي، غير أن إرادة الشخص ليس لها هنا أي سلطة لأن الآثار القانونية التي تترتب عن هذا التصرف محددة مسبقا من طرف القانون¹.

يبدو أن تحليل مفهوم العمل الإجرائي غير متطابق مع اتفاق الخضوع الاختياري، فإذا كان العمل الإجرائي لا علاقة له بإرادة الأطراف في حد ذاتها²، وإنما يهتم بوسائل التعبير عن هذه الإرادة وبسير مرفق العدالة أو أدائها لوظيفتها بصفة عامة³، فإن اتفاق الأطراف في الخضوع الاختياري عكس ذلك، يبنى على إرادة الأطراف⁴، التي يتجاهلها هذا الرأي، والتي على أساسها يتم منح الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة المعنية بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁵، هذه الأخيرة ليست لها طبيعة موضوعية فهي لا تهتم بالإرادة نفسها، رغم أنها تنظم الحماية القضائية للحق الموضوعي، إلا أنها لا تكفل بحد ذاتها تحقيق تلك الحماية، فهي تنظم فقط الوسيلة والشكل التي بهما يمكن حماية الحقوق، وهي هكذا أداة لتطبيق قواعد القانون الموضوعي⁶، إضافة إلى ذلك، اتفاق الأطراف على تعيين محكمة بناء على مبدأ الخضوع الاختياري يختلف عن العمل الإجرائي من حيث محله، فرغم أنهما ينتميان إلى نفس طائفة الأعمال القانونية، إلا أن موضوع اتفاق الأطراف على تعيين محكمة لتفصل في نزاعهم يترتب عنه التزامات متبادلة بين الأطراف تتمثل في الالتزام برفع الدعوى أمام المحكمة المعنية، والالتزام بعدم رفعها أمام محكمة أخرى، أما العمل الإجرائي فموضوعه يتمثل في أن القاضي ينظر في طلبات الخصوم ودفعهم، وهذا لا يترتب أي التزامات بين الأطراف ولا يؤدي إلى إبطال التصرف⁷.

-
- 1- والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980م، ص 407-406؛ راجع أيضا : أسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص 12.
 - 2- يرى الأستاذ عبد السلام ديب أن الخصومة هي علاقة قانونية من مصدر تشريعي، إذ أنه ليس هناك إرادة للخصوم في رفع الدعوى كما هو مطلوب في العقد، ففي أغلب الأحوال تكون المبادرة في الدعوى من طرف واحد، راجع في هذا المعنى: عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011م، ص 85-86.
 - 3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 238-239.
 - 4- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 86.
 - 5- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 274.
 - 6- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 35.
 - 7- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 60، راجع أيضا: P. Guez, thèse préc., p. 18.

الفقرة الثانية: التكييف العقدي للخضوع الاختياري.

يرى بعض الكتاب أن الخضوع الاختياري عقد، يأخذ صورة اتفاق مستقل تابع للعقد الأصلي، وقد يأخذ صورة شرط يدرج ضمن شروط العقد الأخرى، حيث أن محله يتمثل في تعيين المحكمة المختصة بالفصل في النزاع¹، نشير هنا إلا أن التكييف العقدي لاتفاق الخضوع الاختياري يجب أن يمر عبر التذكير بمفهوم العقد، حيث يعرف العقد دون إعادة التذكير بتطور نظرية العقد²، بأنه اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء أثر قانوني لاتفاقهما³، ويعرف بأنه: "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله"⁴، كما تعرفه المادة 54 من ق.م.ج بأنه: «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما».

إن العقد الصحيح يرتب التزامات بين المتعاقدين يجب تنفيذها⁵، وعدم احترام هذه الالتزامات يرتب قيام المسؤولية العقدية، حيث يكون جزاء عدم تنفيذ التزامات العقد هو التعويض⁶، فالعقد شريعة المتعاقدين طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يستمد منه العقد قوته الإلزامية⁷، رغم أن هناك من يرى أن أساس القوة الإلزامية التي يكتسبها العقد لا تكمن في إرادة الأطراف ولكن في القانون⁸، أي في القيمة التي يمنحها القانون للنية المشتركة للأطراف⁹، إلا أنه في الحقيقة لا يمكن نكران دور الإرادة في العملية

1- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 61.

2- علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2010م، ص 48 وما بعدها؛ راجع أيضاً: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 141.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 11.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 137.

5- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 61489 صادر بتاريخ 13/06/1990م، المجلة القضائية، ع. 04، 1991م، ص 66.

6- تنص المادة 177 من ق.م.ج على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام علينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...»؛ راجع أيضاً: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 656.

7- تنص المادة 106 ق.م.ج على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون».

8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1276؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 360.

9- P. Guez, thèse préc., p. 13.

التعاقدية، ورغم ذلك يبقى العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث أثر قانوني يتم بتطابق إرادة الأطراف، وهكذا يكون هذا الاتفاق هو معيار العقد وعنصره الأساسي¹.

إسقاط مفهوم العقد هذا على اتفاق الخضوع الاختياري يسمح بالتأكيد بالتمسك بالتكييف التعاقدية لهذا الشرط، فحق الأطراف بتعيين أو اختيار محكمة مختصة تحت بعض الشروط، يستلزم بالنتيجة تطابق الإرادة المشتركة للأطراف بهذا الخصوص، هذا الأمر يترتب عنه التزامات متقابلة بين الأطراف تتمثل من جهة في أن المدعي في الدعوى يلتزم بعرض النزاع على المحكمة المعينة بموجب شرط الخضوع الاختياري، وكيف هنا الالتزام على أنه التزام بالقيام بعمل؛ ومن جهة أخرى المدعى عليه يلتزم بعدم اللجوء إلى محكمة أخرى غير تلك المعينة في الشرط، وكيف هذا الالتزام على أنه امتناع عن القيام بعمل².

وبالمثل كما ينشئ العقد الصحيح التزامات متقابلة بين الأطراف يترتب القانون جزاء على خرقها، فإن شرط الخضوع الاختياري يعتبر عنصراً أساسياً في العقد الذي أبرم فيه حيث يعطي التزامات تعاقدية، ومن المحتمل أن ترتب جزاء عن عدم احترامها، هذه المسألة تم تكريسها من طرف الاجتهاد القضائي في فرنسا، كما في إسبانيا³، حيث قررت محكمة النقض أن دعوى التعويض المؤسسة على عدم التنفيذ من أحد الأطراف للشرط المانح للاختصاص هي ذات طابع تعاقدية⁴، هذا القرار عزز فكرة أن الخضوع الاختياري يكتسي طابعاً تعاقدياً، فإذا كانت الدعوى ذات طبيعة تعاقدية، فإن هذا يرجع إلى وجود خطأ تعاقدية يتمثل في خرق اتفاق الخضوع اختياري، وعليه نتيجة لذلك يجب اعتبار اتفاق الخضوع الاختياري شرطاً تعاقدياً كأى شرط تعاقدية أخرى⁵، هذه المسألة تم إعادة التأكيد عليها أيضاً في قرار صادر سنة 2009م، حين قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، أن الدعوى الرامية إلى تنفيذ الحكم المتضمن أمراً بوقف إجراءات التقاضي في فرنسا (anti suit injunction)، الذي أصدرته المحكمة العليا لمقاطعة كوب (Cobb) بجورجيا (Georgia) بالولايات المتحدة الأمريكية؛ تهدف إلى احترام

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

2- P. Guez, thèse préc., p. 13.

3- Julien Maire du Poset, op. cit., pp. 37 et 36.

4- Cass. com., 9 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 191.

5- P. Guez, thèse préc., p. 13.

شرط الخضوع الاختياري الموقع بين الطرفين وليست مخالفة للنظام العام¹، لأن هدفها يتمثل فقط في ترتيب جزاء عن خرق التزام تعاقدى موجود مسبقاً²، تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة أمريكية (إن زون براندرس انترناشنل إنك، In Zone Brands international INC) أبرمت مع الشركة الفرنسية (إن زون براندرس يوروب، In Zone Brands Europe) التي أصبحت بعد ذلك (إن بيفرديج انترناشنل، In Beverage international) عقد توزيع حصري لبعض السلع في أوروبا حيث تضمن هذا العقد اتفاق خضوع اختياري، يمنح الاختصاص لمحكمة جورجيا بالولايات المتحدة الأمريكية، ولأن الشركة الأمريكية فسخت العقد المبرم بينها وبين الشركة الفرنسية، قامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام المحكمة التجارية "لنانتير" (Nanterre) بفرنسا، حيث أعترض المدعى عليه على اختصاص هذه المحكمة مشيراً إلى وجود اتفاق خضوع اختياري ملزم للطرفين يمنح الاختصاص للقضاء الأمريكي، بالموازاة قامت الشركة الأمريكية برفع دعوى أمام القضاء الأمريكي، حيث صدر لصالحها حكم بتاريخ 03 مارس 2006م من المحكمة العليا لمقاطعة كوب (Cobb) بجورجيا (Georgia)، تضمن هذا الحكم من جهة أمراً (anti suit injunction) يمنع الطرف الفرنسي من متابعة الإجراءات القضائية المتخذة أمام المحكمة التجارية لنانتير بفرنسا، على اثر ذلك قامت الشركة الأمريكية برفع دعوى بفرنسا تطالب فيها بتنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الأمريكي، حيث كان لها ذلك حين تم مهره بالصيغة التنفيذية من طرف محكمة فرساي في 17 أبريل 2008م، طعنت الشركة الفرنسية في هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية، بحجة أنه مخالف للنظام العام الدولي الفرنسي، يتضمن أمراً يهدف الى حرمان طرف من الوصول للعدالة أمام القضاء الفرنسي، رغم أن هذا الأخير لم يعلن اختصاصه، كما أن هذا الأمر يمس بسيادة الدولة الفرنسية، وحق الوصول للعدالة، كما أن محكمة استئناف فرساي خرقت المادة 509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، والمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، مع ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الطعن معللة قرارها بأن اتفاق الخضوع الاختياري المدرج في العقد تم الاتفاق عليه من الطرفين، وأنه لا يوجد هناك أي غش من طرف الشركة الأمريكية حين رفعت دعواها أمام القضاء المختص بموجب الاتفاق الصريح، وأنه ليس هناك حرمان للوصول إلى العدالة، مادام أن الحكم الصادر

1- هذا النظام معروف في الدول الانجلوسكسونية حيث يسمح للقاضي بإصدار أمر يمنع المدعى عليه من مواصلة إجراءات تقاضي أمام محكمة أجنبية أخرى في نفس موضوع النزاع، ويمكن أن تصل العقوبة إلى حد التبريم والحبس لإهانة هيئة قضائية، راجع في هذا الصدد:

- G. Cuniberti· M. Requejo, La sanction des clauses d'élection de for par l'octroi de dommages et intérêts, ERA Forum ,Vol. 11. n°. 1, 2010 , p. 8.

2- Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009, n° 08-16.369 et 08-16.549, FS P+B+I, Wolberg et a. c/ Sté In Zone Brands Inc.

من طرف القضاء الأمريكي هدفه واضح وهو إعلان اختصاصه وفي النهاية احترام تنفيذ اتفاق الخضوع الاختياري الموقع بين الطرفين، والذي لا يخالف النظام العام الدولي الفرنسي، حيث أن موضوعه يتمثل في ترتيب جزاء عن خرق التزامات تعاقدية سابقة والتي أثبتتها القرار.

في التشريع المصري تنص المادة 32 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة، إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا¹، في هذا النص يستعمل المشرع المصري عبارة "قبل" وهذا إن دل إنما يدل على أن هناك إيجاب تبعه قبول، بمعنى أن هناك تراضي ناتج عن تطابق إرادتين، فضلا عن ذلك يلاحظ في هذا النص عبارة " صراحة أو ضمنا " التي تشير إلى التعبير عن الإرادة، وهذا دليل على أن الخضوع الاختياري ما هو إلا عقد².

في القانون الفرنسي، تحديد الطبيعة القانونية للشروط المانحة للاختصاص لا يبدو أنها تثير صعوبات لا في الاجتهاد القضائي ولا في الفقه³، إذ يعتبر أغلب الكتاب أن شرط الخضوع الاختياري يكتسي طابعا تعاقديا، فهو تصرف قانوني رضائي يخلق التزامات بين أطرافه⁴، هذا التكييف كرسته المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁵، التي تستعمل مصطلح " اتفاق " الذي يشير إلى اتفاق الإرادة، و"التزام" الذي يشير إلى العقد، وهذا يحيلنا مباشرة إلى الأحكام الخاصة بالعقد.

اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي نصت في بابها الأول، القسم الرابع المادة 34 منها على أنه: « في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: ... د) إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف

1- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 163.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 61-62.

3- العديد من الفقهاء في فرنسا يتحدثون عن شرط الخضوع الاختياري بأنه (تمديد اتفاقي للاختصاص) أنظر في هذا المعنى:

- J. HÉRON, T. LE BARS, Droit judiciaire privé, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2006, n° 976; V. HEUZE, op. cit., p. 81.

4- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 86.

5- Article 48: « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée »

المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها...»¹، هذه المادة تبين جليا الطابع التعاقدى لاتفاق الخضوع الاختياري حين تستعمل مصطلح "قَبْل"، هذا ما هو مقرر أيضا في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي التي تستعمل نفس المصطلحات المتعلقة بالعقد فقد نصت في المادة 28 منها على أنه: «... في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: ...هـ- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق...»².

الاجتهاد القضائي الجزائري أكد أيضا على الطابع التعاقدى لاتفاق الخضوع الاختياري، ففي القضية التي عرضت عليه اتفق الطرفان على أن تكون محكمة الجزائر العاصمة هي المختصة في حالة قيام النزاع إلا أن احد الاطراف خالف هذا الاتفاق ولجأ الى محكمة وهران، مما أدى بالطرف الثاني بالدفع بعدم اختصاص محكمة وهران، فاستجابت له المحكمة، لكن بعد الاستئناف قضى مجلس قضاء وهران بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وهران، بعدها قام الطرف الثاني بالطعن بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا التي قبلت الطعن بالنقض، وأكدت في قرار صادر عنها بخصوص هذه المسألة أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون³.

في القانون الإتفاقي الأوروبي تحرير المادة 25 من التنظيم الأوروبي رقم 2012/1215 المعروف باتفاقية بروكسل تبين بوضوح بأن الخضوع الاختياري ذو طبيعة عقدية⁴، والنص يشير إلى أن الأطراف

1- مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415هـ الموافق 27 يونيو سنة 1994م، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 09 و 10 مارس سنة 1991م، ج.ر، ع. 43، سنة 1994م، ص 06.

2- مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001م، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق 06 ابريل سنة 1983م، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997م من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج.ر، ع. 11، سنة 2001م.

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 160246 الصادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، ع. 01، 1998م، ص 167.

4- Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, 20 décembre 2012 L-351/1.

اتفقوا على محكمة، ويستعمل عبارة "الاتفاقية المانحة للاختصاص"¹، أكثر من ذلك، التعديل الأخير الذي جاء به هذا التنظيم الأوروبي أدرج فقرة تؤكد صراحة الطبيعة التعاقدية لشرط الخضوع الاختياري حيث نص في المادة 25 منه الفقرة الخامسة على أن الاتفاقية المانحة للاختصاص تعتبر مثل اتفاق مستقل²، محكمة العدل الأوروبية في قرار صادر عنها في 10 مارس 1992م من جهتها اعتبرت أن شرط الخضوع الاختياري هو عقد، حين قدرت أن هذا الشرط يمثل اتفاقية مانحة للاختصاص بمفهوم المادة 17 من اتفاقية بروكسل (المادة 25 حالياً من اتفاقية بروكسل 17)³.

في الولايات المتحدة الأمريكية، تم التأكيد على الطابع التعاقدى لاتفاق الخضوع الاختياري في قرار صادر عن المحكمة العليا الأمريكية⁴، حيث تم في هذا القرار تقرير عدم تطبيق نظرية المحكمة غير الملائمة (Forum non conveniens) على اتفاق الخضوع الاختياري⁵، هذه النظرية تسمح للمحكمة المختصة بأن تتنازل عن القضية، اذا قدرت أن محكمة أخرى هي أكثر ملائمة لحكم النزاع وذلك في صالح الأطراف وكذا المصلحة العامة⁶، مع العلم أنه قبل صدور هذا القرار فإن تقدير اتفاق الخضوع الاختياري كان يتم على ضوء هذه النظرية، التي لا تأخذ بعين الاعتبار اتفاق الأطراف⁷.

هناك من يرى أنه انطلاقاً من أن الخضوع الاختياري يرتب نتائجاً أرادها الطرفان فالأمر يتعلق بعقد، وبما أن هذه النتائج تساهم في سير عملية التقاضي، فالأمر يتعلق بعقد قضائي⁸، هذا الرأي يمكن استيعابه من منطلق أن الخضوع الاختياري يمثل عقداً، غير أنه من الصعب الاقتناع بفكرة أن الخضوع الاختياري يشكل عقداً قضائياً، حيث يعرف العقد القضائي بأنه كل اتفاق إرادي بين

1- Article 25: « 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre ..., sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est...».

2- « 5. Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. »

3- C.J.C.E., 10 mars 1992, Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit, aff. C-214/89, Rec., 1992, I-1745.

4- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 108; The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. 407 U.S. 1 (1972) ; Arrêt Zapata du 12 juin 1972, Rev. crit. DIP 1973, p. 530, note H. et D. Tallon.

5- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 80 et s.

6- THERY, Philippe, Droit judiciaire privé-Sources. Organisation judiciaire et juridiction. Compétence. Action, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, 2012, n° 2, p. 367 ; Richard Dufour & Alexandre Morin, Chronique de jurisprudence québécoise portant sur le droit international privé, (2007), 20.2 , Revue québécoise de droit international (RQDI) , p. 208-209.

7- P. Guez, thèse préc., p. 16.

8- Ibid., p. 13.

الأطراف يعاين وجوده القاضي ويمنحه القوة التنفيذية¹، وهناك من يعرف العقود القضائية بأنها عقود مرتبطة بسير الخصومة سواء كانت قضائية أو ولائية أو ترمي إلى تنفيذ جبري²، هذا الرأي الذي يشبه اتفاق الخضوع الاختياري بالعقد القضائي يبدو أنه يجانبه الصواب³، فتنفيذ اتفاق الخضوع الاختياري لا يعتمد على الاعتراف الصريح من طرف القاضي، ما يبرر هذا القول هو أن القاضي لا يمكنه إثارة عدم اختصاصه تلقائيا في مجال الاختصاص المحلي لأنه ليس من النظام العام⁴، وبذلك هو ليس بحاجة إلى التأكد الزاميا من وجود اتفاق بين الأطراف ليستقي منه اختصاصه⁵، في الأخير يبدو صعبا إنكار الصفة التعاقدية لاتفاق الخضوع الاختياري عندما تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في منح الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة المعنية، وما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص أنه دائما هناك في البداية عقد يعين المحكمة المختصة، حتى ولو كانت قواعد القانون الدولي الخاص للمحكمة المعنية هي الوحيدة المؤهلة لتأسيس اختصاصها أو عدم اختصاصها⁶.

الفقرة الثالثة: الخضوع الاختياري ذو طابع خاص.

جانب من الفقه يرى أن الخضوع الاختياري يكتسي طبيعة خاصة، فمن جهة هو عقد ومن جهة أخرى يعتبر عملا إجرائيا⁷، طبيعته القانونية لا هي تعاقدية خالصة ولا هي إجرائية خالصة هي تصرفات قانونية معقدة⁸، هذه المقاربة للطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري تم انتقادها أيضا، لأنها تشبه ما بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي والعقد الذي هو معيار اختصاص المحكمة المعنية، وبالتالي هناك خلط ما بين محل الاتفاق المتمثل في تعيين محكمة مختصة، والعقد في حد ذاته؛ إن الهدف

1- Y. Muller, Le contrat judiciaire en droit privé, Thèse Paris 1, 1995, n° 3; Nahid LYAZAMI, La prévention des difficultés des entreprises : Étude comparative entre le droit français et le droit marocain, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon, juin 2013, p. 314 ; B. Gorchs, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, Rev. arb., n° 1, 2008, p. 35

2- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 117.

3- P. Guez, thèse préc., p. 14.

4- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989م، ص 24؛ قوبعي بلحول، الحماية الإجرائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 19 وما بعدها خاصة الصفحة 25.

5- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 176، راجع أيضا:

- Y. MULLER, thèse préc., n° 170.

6- P. Guez, thèse préc., p. 16.

7- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 284.

8- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 50.

من شرط الخضوع الاختياري هو تنفيذ قاعدة اختصاص تجعل من الإرادة المشتركة للطرفين ضابط إسناد لنظام قضائي معين، وهذا ما يعني بكل بساطة أن اتفاق الخضوع الاختياري ليس قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، هو فقط يجعل من إرادة الأطراف ضابط اختصاص قضائي دولي يمنح الاختصاص لمحكمة معينة، لذلك ينبغي التمييز ما بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي والاتفاق الذي على أساسه يقوم هذا الاختصاص بمعنى فصل قاعدة الاختصاص عن العقد الذي يعتبر شرطا لتنفيذها أو عاملها المحرك¹، مع ذلك نجد أن الطابع المزدوج لاتفاق الخضوع الاختياري تم تكريسه من طرف بعض الاجتهادات القضائية الاجنبية ومنها الاجتهاد القضائي الألماني، حين قامت المحكمة الفيدرالية الألمانية بتطبيق قانون القاضي على مسألة قبول الاتفاق المانع للاختصاص بينما أخضعت شروط صحته الموضوعية باعتباره كعقد إلى القانون الذي أشارت إليه قواعد القانون الدولي الخاص².

هناك من يرى أيضا ان الشرط المانع للاختصاص هو تصرف شخصي (acte subjectif)، حيث أن آثاره تشكلها إرادة الأطراف لأنها تمثل مظهرا من مظاهر سلطان الإرادة، هذا التفسير يبدو منطقيا خاصة مع توجهات القانون الدولي الخاص اليوم، حيث نلاحظ ان حل النزاعات الدولية تتم بتدخل الأشخاص الذين يملكون حرية استعمال حقوقهم خاصة في المسائل التعاقدية، فهناك حرية كبيرة تمنح للأطراف في اختيار محكمة معينة أو اللجوء للتحكيم، هذه الأفضلية الممنوحة لإرادة الأطراف ليست سوى مظهر من مظاهر الحقوق الشخصية (droit subjectif) المعترف لهم بها من طرف الدولة، وهذه الفكرة تصب في اتجاه التكييف التعاقدي لاتفاق الخضوع الاختياري³، ومهما يكن فإن إرادة الأطراف لا يمكنها لعب دور في مسألة الاختصاص القضائي الدولي إلا في حالة عندما يعترف لها بهذا الدور من طرف الدولة صاحبة الشأن، ومما لا شك فيه أن قواعد الإجراءات المدنية الدولية خاصة الاتفاقية تمنح حرية أكبر للأطراف خاصة في مجال التجارة الدولية، مع ذلك هذه القواعد وحدها هي التي لها مهمة تحديد القيمة التي يمكن منحها للإرادة المشتركة للطرفين، ما يمكن أن نخلص إليه هو أن اتفاق الخضوع الاختياري يكتسي طبيعة خاصة فرغم أنه ينظم مسائل إجرائية إلا أنه يخضع لقواعد الموضوع المطبقة على العقد، وهذا ما سيتم إثباته في المراحل المتقدمة من هذه الدراسة.

1- نور حمد الحجابا، المرجع السابق، ص 285.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 158.

3- P. Guez, thèse préc., p. 20.

الفرع الثاني: اتفاقات الخضوع الاختياري الضمنية.

كما تم الإشارة إليه سابقا قد يكون الخضوع الاختياري صريحا عندما ينص الأطراف في عقدهم على اختصاص محكمة معينة لتفصل في نزاعهم الذي ينشأ بعد تنفيذ العقد، وقد يكون ضمنا عندما يمثل المدعى عليه أمام محكمة غير مختصة ليرافع ضد دعوى مرفوعة ضده دون أن يثير عدم اختصاص هذه المحكمة¹، فالقبول الضمني لا يكون إلا بعد نشوء النزاع، وهذا القبول لا يكون مكتوبا وإنما يستفاد من السلوك الإجرائي للمدعي أو المدعى عليه، حيث يتصور هذا القبول الضمني من طرف المدعي، حين يقوم هذا الأخير برفع دعوى أمام محكمة دولة ما غير مختصة أصلا بالنزاع وفقا لقواعد الاختصاص في قانونها؛ ويتصور القبول الضمني من جانب المدعى عليه، عند مثوله أمام المحكمة غير المختصة و التي رفعت فيها دعوى ضده دون أن يثير عدم اختصاصها في بداية النزاع قبل الخوض في موضوع الدعوى².

إذا كانت الاتفاقات الصريحة أثارت صعوبات عديدة عند تكييف طبيعة الخضوع الاختياري فإن الاتفاقات الضمنية تبدوا أكثر تعقيدا، حيث يرى بعض الفقهاء أنه بالنسبة للاتفاق الضمني اختصاص المحكمة التي هي أصلا غير مختصة ليس مصدره عقد حقيقي وإنما القانون الذي أعطى الأثر لتصرف المدعى عليه المتمثل في مثوله أمام المحكمة المختصة دون إثارة عدم اختصاصها، ويبرر هؤلاء هذا الرأي على أساس أن منح الاختصاص لمحكمة معينة وغير مختصة أصلا بعد نشوء النزاع لا يمثل اتفاقا عندما لا يثير المدعى عليه الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب جهله للقانون، حيث يبدو في مثل هذه الحالات أن تمديد الاختصاص لم يكن بإرادة المدعى عليه، بل كان نتيجة آلية وضعها القانون³.

رغم أن هذه الفكرة التي ترى أن التمديد الضمني لا يمثل عقدا حقيقيا بسبب إهمال أو جهل المدعى عليه؛ يمكن أن تكون مقنعة الى حد ما في مجال الاختصاص القضائي الداخلي، إلا أنها لا تتلاءم مع الاختصاص القضائي الدولي، فإغفال إثارة عدم الاختصاص في المجال الدولي تختلف عنها في المجال الداخلي، فمثلا إغفال إثارة عدم اختصاص محكمة تلمسان بالنزاع الذي تختص به أصلا محكمة سيدي بلعباس؛ و إغفال إثارة عدم اختصاص محكمة واشنطن، أو باريس، أو لندن بالنزاع الذي تختص

1- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 156.

3- P. Guez, thèse préc., p. 21.

به محكمة تلمسان أصلاً، أمران مختلفان، الاختصاص القضائي الدولي يختلف مع الاختصاص القضائي الداخلي، فعند تحديد النظام القضائي المختص يجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن الممكن أن تطبق المحكمة المعينة قواعد التنازع في قانونها، وقد تلجأ إلى استعمال مفهومها الخاص بالنظام العام، في هذه الأحوال وبصفة عامة فإن الأطراف في خصومة دولية يكونون أكثر انتباهاً، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمرافعة أمام محكمة أجنبية، ولذلك المدعى عليه الذي لا يعرف النظام القانوني المتبع من طرف المحكمة التي تم تمديد الاختصاص إليها، سيلجأ إلى استشارة قانونية بخصوص حقوقه قبل تكبد نفقات المثل أمام قضاء أجنبي، في هذه الأحوال لا يعقل أن المدعى عليه يجهل عدم اختصاص المحكمة الأجنبية المائل أمامها، وأنه يكفي إثارة عدم الاختصاص لإنهاء الخصومة البائدة، ولذلك من المرجح أن صمته هو مظهر لا لبس فيه عن إرادته بعدم معارضة اختصاص القاضي المائل أمامه، وبالتالي هي موافقة فقط على عقد الاختصاص الذي اقترحه عليه المدعى من خلال جلب النزاع أمام محكمة غير مختصة¹.

إن القول بأن الخضوع الاختياري في صورته الضمنية هو اتفاق له ما يبرره في القواعد العامة في القانون المدني بخصوص التراضي، فإذا كان اتفاق الخضوع الاختياري تصرف قانوني رضائي كما أشرنا إليه سابقاً، فمبدأ الرضائية هذا يتيح لأي طرف التعبير عن إرادته للتعاقد بكل حرية وبأي وسيلة، فقد يكون هذا التعبير باللفظ أو بالكتابة، أو باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته وهذا ما يعرف بالتعبير الضمني²، هذا ما تنص عليه صراحة المادة 60 من ق.م.ج التي جاء فيها: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.»، وفي مجال الخضوع الاختياري، فإن رفع المدعي دعوى أمام محكمة غير مختصة يمثل موقفاً لا يدع شك في معناه على أنه إيجاباً لعقد اتفاق الخضوع الاختياري، والذي يكون مقبولاً من المدعى عليه بمثوله أمام هذه المحكمة دون أن يعترض على اختصاصها، إذا هناك تعبير عن إرادتين، توافق بين هذين

1- P. Guez, thèse préc., p. 23.

2- بمعنى أن تصرف الشخص المعني وبناءً على الظروف المحيطة أو المرافقة لهذا التصرف تدل على نية التعاقد، أنظر: يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن (المبدأ وتطوره)، مجلة الشريعة والقانون، ع. 16، جامعة الإمارات العربية، جانفي 2002م، ص 100؛ راجع أيضاً: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 96 وخاصة الصفحة 98 و100.

الإرادتين، وبالتالي هناك عقد¹، ويبدو من هذا التحليل أن التمديد الضمني ما هو إلا عقد ضمني لا أكثر ولا أقل².

هذا الرأي تم تكريسه ضمناً من طرف محكمة العدل الأوروبية (CJCE) في قرار صادر في 24 جوان 1981م في قضية "إليفنتن" (Elefanten)³، وأعدت التأكيد عليه في قرار "شبيتزلي" (Spitzley)⁴، في هذه القضية رفع المدعي دعواه أمام محكمة بلجيكية، غير أن الأطراف كانوا قد اتفقوا على تعيين القضاء الألماني، بدأ المدعى عليه في الرد على صحة الطلبات الموجهة ضده، ثم بعد ذلك قام بالدفع بعدم الاختصاص الدولي للمحكمة البلجيكية على أساس أن الأطراف كانوا قد اتفقوا على شرط تمديد الاختصاص للقضاء الألماني، قامت محكمة النقض البلجيكية بطعن أولي أمام محكمة اللكسمبرغ (Luxembourg) لمعرفة إذا ما كانت المادة 18 (المادة 26 من التنظيم الأوروبي الحالي) من اتفاقية بروكسل تطبق عندما يعقد الأطراف اتفاق مانح للاختصاص بمفهوم المادة 17 (المادة 25 في التنظيم الأوروبي الحالي)⁵، وكان الجواب أنه لا يوجد أي سبب من الأسباب يقوم على الجوهر العام أو لأهداف الاتفاقية بمنع الأطراف في اتفاق مانح للاختصاص بمفهوم المادة من عرض نزاعهم بإرادتهم لاختصاص قضاء محكمة أخرى غير التي تم تعيينها في الاتفاق⁶، وبهذه القرارات أكدت المحكمة ضمناً بأن إرادة الأطراف هي التي يمكنها حل ما تم عقده من طرف نفس هذه الإدارة، وهذا ما تقره المبادئ العامة التي تحكم العقود، فلا نقض ولا تعديل للعقد إلا باتفاق الطرفين⁷، ما يمكن استنتاجه في الأخير

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 48.

2- P. Guez, thèse préc., p. 21.

3- C.J.C.E., 24 juin 1981 (Elefanten Schuh GmbH), C-150/80, Rec., 1981, 1671.

4- C.J.C.E., 7 mars 1985 (Hannelore Spitzley c. Sommer Exploitation SA), C-48/84, Rec., 1985, 794, n^{os} 25-26.

5- المادة 18 تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس اتفاق الخضوع الاختياري في صورته الضمنية حين يمثل المدعى عليه أمام المحكمة دون اعتراضه على اختصاصها، في حين أن المادة 17 تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس الاتفاقات الصريحة التي تمنح الاختصاص لمحكمة معينة.

6- «10- il n'y a pas de motif tenant à l'économie générale ou aux objectifs de la convention pour considérer que des parties à une clause attributive de compétence au sens de l'article 17 seraient empêchées de soumettre volontairement leur litige à une autre juridiction que celle prévue par ladite clause»: Wautelet, P, & Collienne, F. (2012). Règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale: synthèse de jurisprudence. In J.-F., Van Drooghenbroeck (Ed.), Droit judiciaire européen et international (pp. 123-306). Belgium: La Charte, p. 245.

7- تنص المادة 106 من ق.م.ج « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»، في هذا المعنى: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 360-361، أنظر أيضاً: P. Guez, thèse préc., p. 22.

هو أن الطبيعة العقدية للخضوع الاختياري لا يمكن إنكارها عندما يكون الخضوع ضمنيا، الاتفاق الضمني يعود أصله إلى اتفاق بين إرادتين أو أكثر وليس بمجرد تنفيذ آلية إجرائية فالأمر يتعلق بعقد ضمني تنفيذه يخضع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

التحليلات السابقة تبين أن اتفاق الخضوع الاختياري يكتسي طابعا معقدا، طبيعته القانونية خاصة، فهو بمثابة عقد وفي نفس الوقت بمثابة عمل إجرائي، فمصدره هو تطابق إرادتين أنشأتا عقدا، هذا العقد يتمحور محله وآثاره على سلب الاختصاص من محكمة هي مختصة أصلا، ومنحه لمحكمة أخرى، بتعبير آخر هو عقد متعلق بمسائل إجرائية².

الفرع الثالث: تمييز اتفاق الخضوع الاختياري عما يشابهه من اتفاقات أخرى.

حتى يتم تكييف أي اتفاق أنه اتفاق خضوع اختياري يجب أن يعين هذا الاتفاق محكمة أو محاكم دولة للفصل في نزاع ناشئ أو ممكن النشوء مستقبلا، فقد يحدث أحيانا أن الأطراف يعقدون اتفاقات تؤثر في تحديد المحكمة المختصة، من خلال تغيير العناصر التي تأخذها بعين الاعتبار قواعد الاختصاص القضائي، من بين هذه الاتفاقات، الاتفاق الذي من خلاله يختار الأطراف موطننا لتنفيذ تصرفاتهم القانونية³، في غالب الأحيان هذا الاتفاق يكون له أثر يتمثل في تركيز ضابط الاختصاص في دولة واحدة، بطريقة تجعل فقط محاكم تلك الدولة هي التي تنظر في النزاع، هذا الشرط يسمح للمتعاقد الموجود في موقف القوة أن يكون قادرا دائما للجوء إلى محكمة موطنه، هذا ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول إمكانية اعتبار هذا الاتفاق بمثابة اتفاق خضوع اختياري.

يعرف الموطن بأنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيس للشخص⁴، كما تنص المادة 39 من ق.م.ج التي تقابلها المادة 43 من القانون المدني المصري، على أنه: «... الموطن المختار لتنفيذ تصرف

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 147.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156؛ موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 24؛ راجع أيضا:

- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 86.

3- تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه،... وفي حالة اختيار الموطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

4- المادة 36 من ق.م.ج.

قانوني يعد موطننا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هذا المواطن على تصرفات معينة»، فحوى هذا النص أنه في مجال الاختصاص القضائي أن المحكمة التي يتبعها هذا المواطن تكون مختصة في الدعاوى المتعلقة بتنفيذ هذا العمل القانوني¹، في نفس السياق تنص المادة 30 الفقرة 1 من قانون المرافعات المصري، أن الأجنبي الذي ليس له موطن في مصر أو محل إقامة، واختار موطننا له في مصر لتنفيذ عمل قانوني معين، يكون بذلك قد قبل اختصاص المحاكم المصرية بخصوص الدعاوى التي ترفع عليه والمتعلقة بهذا العمل².

هذا الاختصاص القضائي القائم على أساس الموطن جعل بعض من الفقهاء يشبهون شرط اختيار الموطن بشرط الخضوع الاختياري³، في فرنسا تستند هذه الفكرة على أساس نص المادة 111 من القانون المدني المتعلقة باختيار الموطن التي تحيل على المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁴، كما أن بعض القرارات الصادرة عن الاجتهاد القضائي الفرنسي تبنت هذا التشبيه، واعتبرت أن اختيار الأطراف لموطن مختار في دولة معينة يدل على رغبتهم الضمنية في منح الاختصاص لمحاكم هذه الدولة⁵، لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي غير موقفه بعد ذلك، وأقر بأن اتفاق اختيار الموطن لا يعني بالضرورة وجود نية اختيارية⁶، وحتى يصبح الموطن المختار مانحا للاختصاص، يجب أن يكون هناك تعبير عن الإرادة من الأطراف في هذا الاتجاه⁷.

الفقه في بعض الدول العربية يرافع لصالح التشبيه بين ضابط الموطن المختار وفكرة الخضوع الاختياري⁸، ويرون أن اختيار المدعى عليه للموطن يصلح كمبدأ عام ليستفاد منه قبوله للاختصاص القضائي للمحكمة التي يتبعها هذا الموطن المختار، مشترطين في ذلك أن يكون هناك ما يسمح

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 123.

2- المرجع نفسه، ص 95.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 154.

4- P. Guez, thèse préc., p. 24.

5- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 103.

6- Cass. Com., 27 avril 1968, Bull. civ. n° 137 .

7- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 103، راجع أيضا:

- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 255.

8- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 104؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 95-96.

باستخلاص رضا المدعى عليه صراحة أو ضمنا بخضوعه لهذه المحكمة¹، ويترك هذا الأمر لتقدير القاضي، فلا يجوز اعتبار الطرف الذي قام بتعيين موطن مختار فقط لرغبته مثلا في أن يكون إعلانه بأي إخطار يتعلق بالتزاماته مع الغير في هذا الموطن المختار؛ أنه قد قبل بالخضوع الاختياري للمحاكم التي يتبعها هذا الموطن لتفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين المتعاقدين معه.

هناك أيضا من يشبه الاتفاق الذي يحدد مكان الوفاء بالدين باتفاق الخضوع الاختياري²، مع ذلك فإن أغلب الفقهاء يرفضون تشبيهه باتفاق الخضوع اختياري³، هذا ما هو مقرر في القانون الاوربي ففي قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية⁴ يتعلق بقضية أجابت فيها محكمة العدل الأوروبية على سؤال وجه لها من طرف المحكمة الفيدرالية الألمانية حول ما إذا كان الشرط الذي يحدد مكان الوفاء يجب أن يخضع لأحكام المادة 17 من اتفاقية بروكسل المتعلقة باتفاق الخضوع الاختياري، حكمت محكمة بأن اختصاص مكان التنفيذ المنصوص عليه في المادة 5 فقرة 1، والخاص بالمحكمة المختارة المنصوص عليها في المادة 17 هما مفهومان مختلفان، وان اتفاق الخضوع الاختياري هو الذي يخضع فقط للمادة 17 من الاتفاقية، إذن ليس هناك من شك في أن الاتفاق الذي يحدد مكان الوفاء ليس موضوعه المباشر هو تعيين المحكمة، وإنما يستهدف فقط الالتزامات المادية في العقد⁵.

وبالنتيجة فإذا كانت الاشتراطات الخاصة باختيار الموطن، والاشتراطات التي تحدد مكان الوفاء تعتبر "مانحة للاختصاص" عندما يكون الموطن ومكان الوفاء ضابطي اختصاص، يبدو منطقيا أن هدفهما الأساسي ليس التعيين المباشر للقاضي الذي سيفصل في النزاع، ومن ثم لا يمكن أن نشبههما

1- جمال محمد الكردي، مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 29.

2- تنص المادة 39 من ق.إ.م.إ.ج على انه: « ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية: ...4- في المواد التجارية... أو امام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها...»، كما يمكن للدائن والمدين حسب المادة 282 من ق.م.ج أن يتفقا على مكان الوفاء بالدين، راجع تفصيل ذلك: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر، 2010م، ص 320-321.

3- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 105؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 95.

4- CJCE, 17 janvier 1980, aff. 56/79. Rec. 1980, p. 89, Fallon Marc, Born Hugues, Van Boxstael Jean-Louis, Droit judiciaire international-Chronique de jurisprudence (1991-1998), Dossier du Journal des Tribunaux, 2001, p. 52.

5- P. Guez, thèse préc., p. 25.

باتفاق الخضوع الاختياري¹، هذا الطرح تبرره خاصة الحالة التي يمكن أن يفرض فيها شرط اختيار الموطن وكذا شرط تحديد مكان الوفاء، من قبل الطرف القوي على الطرف الضعيف للتحويل على القيود الصارمة المفروضة على اتفاق الخضوع الاختياري، خاصة في العقود المبرمة مع المستهلكين².

مسألة أخرى يجب الإشارة إليها في هذا الصدد تتعلق بمدى تأثير القانون المختار من الاطراف لتطبيقه على العقد على اختصاص المحكمة، بمعنى آخر هل إخضاع عقد معين لقانون دولة ما يسمح في حد ذاته باعتبار أن الأطراف أرادوا اختيار محاكم هذه الدولة الأجنبية؟ أو هل تحديد قانون دولة معينة ليحكم العقد المبرم بين الأطراف يكيف على أنه اتفاق يمنح الاختصاص لهذه الدولة؟ للإجابة على هذا السؤال وجب تحليل تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي، الواقع أن الفقه يكاد يجمع على أن لا تأثير للقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بصفة عامة³، والأصل أن ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة لا يجلب في ذاته الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة، استقلال الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي تلميه عدة اعتبارات خاصة، فمسألة تقرير الاختصاص القضائي الدولي هي مسألة أولية سابقة زمنيا عن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن غير المنطقي أن يؤدي الاختصاص التشريعي ابتداء إلى الاختصاص القضائي⁴، كما أن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي قد تخضع لأكثر من قانون مما يتعذر معه تحديد المحكمة المختصة بالارتكاز على الاختصاص التشريعي، كما أنه لا يجوز تشتيت النزاع بين عدة محاكم⁵.

فضلا عن ذلك، عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي يحقق هدفين: أولهما استبعاد الغش المتوقع من الخصوم نحو الاختصاص، فلو كان هناك تلازم بين الاختصاصين، وكان الخصوم على علم أن قضاء دولة معينة سيمكنهم من استبعاد القضاء المختص أصلا احتياليا، سيعمدون إلى تحديد

1- P. Guez, thèse préc., p. 25.

2- الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري ترفقها الدول بشروط صارمة هدفها حماية الطرف الضعيف من جهة، ومن جهة أخرى الحرص على عدم المساس بالاختصاصات الالزامية المنصوص عليها في القانون، وهذا ما سنبينه في حينه.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 40؛ حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 37؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 04.

4- حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1997م، ص 14؛ راجع أيضا: هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 21.

5- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 41.

قانون تلك الدولة لتكون مختصة بالنزاع بموجب هذا القانون، ولو لم تكن هناك صلة جدية بين المحكمة والنزاع¹، أما الهدف الثاني فيتمثل في توثيق روابط التبادل بين الدول لتحقيق الفعالية الدولية للأحكام القضائية وتناسق الحلول في المجال القانوني، وهذا الأمر يحققه تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني².

التمييز بين اتفاق اختيار القانون الواجب التطبيق واتفاق اختيار المحكمة، أكدته محكمة النقض الفرنسية حين قررت أن القاضي الفرنسي لا يمكنه أن يحكم بعدم اختصاصه بعد تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع بسبب فقط أن هذا القانون يعد قانوناً أجنبياً³، كذلك القانون الاتفاقي الأوروبي نجده يميز بينهما من خلال استبعاده لاتفاقية تمديد الاختصاص من مجال تطبيق اتفاقية روما المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁴، بالنتيجة وبناء على ما تقدم فإن شرط الخضوع الاختياري في مجال الاختصاص القضائي الدولي هو شرط مستقل عن شرط تحديد القانون الواجب التطبيق⁵.

إذا كان الخضوع الاختياري هو اتفاق الأطراف على منح مهمة حل نزاعهم الدولي إلى قضاء دولة أجنبية⁶، ما يميز هذا الاتفاق هو أن له أثاراً، أثر مانح يمنح الاختصاص لمحكمة معينة، وأثر سالب يسلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلاً بنظر المنازعة⁷، فهو من جهة يمنح الاختصاص لجهة قضائية معينة، ومن جهة أخرى يقوم بسلب الاختصاص من جهة قضائية هي مختصة بموجب قواعد الاختصاص العادية⁸، هذان الأثران مرتبطان ببعضهما البعض، ولا يمكنهما أن ينتجا آثارهما بشكل مستقل، في هذا الإطار نتساءل حول إمكانية وصف إرادة الأطراف القادرة على تعيين قضاء هو غير

1- عندما نقوم بدراسة صحة التعيين في اتفاق الخضوع الاختياري سنرى كيف أن بعض من الفقه يشترط أن تكون هناك صلة جدية بين اتفاق الخضوع الاختياري والمحكمة المعنية.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 30.

3- Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 1963, Bull. civ. n° 332.

4- Article 1, 2- e « Le présent règlement s'applique, dans des situations ... 2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: e) les conventions d'arbitrage et d'élection de for;...»: Règlement (CE) n° 593/2008, préc.

5- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 165.

6- طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص 177.

7- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 132.

8- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 24.

مختص أصلاً بأنها ضابط للاختصاص القضائي الدولي؟ في الواقع تقليدياً يفهم بأن اتفاق الأطراف في الخضوع الاختياري على أنه ضابط من ضوابط الاختصاص¹، وأن الإرادة هي الضابط الذي يبنى عليه الاختصاص²، فهل يصح هذا القول؟.

إن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص إلى محكمة معينة لا يعني أن سلطان الإرادة (l'autonomie de la volonté) هو من أنشأ هذا الاختصاص بشكل مستقل، ولو اعترفنا بذلك فهذا يعني أننا نفرض على القاضي اختصاص قضائي مصدره عقد ليس طرفاً فيه، حينها لا يمكن تبرير كيف يمكن للقاضي المعين من الأطراف أن يفصل في النزاع، وكيف يمكن تفسير انه تم منح الاختصاص لمحكمة ليس لها أي ذرة اختصاص، وان إرادة الأطراف من خلال اتفاق الخضوع الاختياري تخلق اختصاصاً دولياً إلى جانب ذلك الذي ينص عليه القانون³.

يجب أن نقبل بأن المشرع هو من يسمح للأطراف بالحق في الخضوع لقضاء دولة معينة، والخروج عن قواعد الاختصاص المرسومة من طرف القانون، فالخضوع الاختياري رخصة يمنحها القانون للأطراف، ولا أثر لاتفاق الأطراف في الخضوع الاختياري لمحكمة معينة إلا عندما يسمح بذلك القانون⁴، فسلطان الإرادة لا يمثل الأساس القاطع لاختصاص القضاء المعين، لكن يجب تدخل إرادة الدولة المعبر عنها بالقانون أو الاتفاقات الدولية، وهذا ما يخلق علاقة ثلاثية بين المدعي والمدعى عليه والمحكمة⁵، إرادة الطرفين لا يمكن لها أن تعين محكمة غير مختصة إلا إذا كانت قاعدة الاختصاص التي من المفروض أنها تطبق في حالة غياب اتفاق الخضوع الاختياري هدفها هو حماية المصالح الخاصة للأفراد⁶، منح الأطراف إمكانية تعيين محكمة معينة ليس له إي أهمية إذا كانت هذه المحكمة مجردة من

1- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 734؛ حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 222؛ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005م، ص 334.

2- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 739.

3- P. Guez, thèse préc., p. 34.

4- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 162-163.

5- سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية في لبنان)، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009م، ص 156؛ راجع في هذا الصدد أيضاً:

- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n°12.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 136.

أي اختصاص، ومن ثم قبول شرعية اتفاق الخضوع الاختياري من طرف قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الحقيقة هو الذي يمنح الاختصاص للمحكمة المعنية، قبول اتفاق الخضوع الاختياري في حد ذاته هو قبول للآثار التي يترتبها بمعنى قدرته على منح وسلب الاختصاص¹.

هذا التحليل يجعلنا نقر بأن اختصاص القضاء المعين موجود قبل اتفاق الأطراف، دور الأطراف يتمثل في تعيين المحكمة التي سيلتزمون بعرض نزاعهم عليها، غير أن هذا التعيين يفترض بالضرورة تدخل قاعدة من قواعد الاختصاص، قاعدة الاختصاص هذه ما هي إلا قاعدة قانونية من مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجتمع، فهي تقوم بدور مواجهة فروض عديدة وترتيب أثر قانوني عليها بطريقة يكون فيها ارتباط بين تحقق الفرض والحكم المقرر له²، وفي حالة اتفاق الخضوع الاختياري فإن الافتراض هو الاتفاق الذي من خلاله يلتزم الأطراف بعرض النزاع على القاضي المعين، والأثر القانوني هو اختصاص القضاء المعين، إذا اتفاق الخضوع الاختياري يعمل على تحريك قاعدة اختصاص موجودة والذي يمثل الشرط اللازم لتطبيقها، من هنا يمكن القول أن الإرادة المشتركة للطرفين تمثل ضابط ربط لنظام قضائي معين، بمعنى أن إرادة الأطراف أصبحت تشكل ضابط اختصاص مستقل³.

تحليلنا السابق كان يصب في جهة واحدة تتعلق بالأثر المانع أو الجالب للاختصاص القضائي الدولي، لكن ماذا عن الأثر السالب؟ إذا كانت الإرادة المشتركة للأطراف لا يمكنها وحدها أن تخلق اختصاصا قضائيا دوليا، فهل يمكنها بنفس الطريقة أن تسلب الاختصاص من قضاء هو أصلا مختص؟ في الواقع عندما يعين الأطراف محكمة معينة فهم يستبعدون بالضرورة قضاء دولة أو عدة دول التي يمكنها أن تتمسك باختصاصها، والاستبعاد هنا يبدو هكذا كحتمية للتعين، بمعنى أنه لا استبعاد إلا إذا كان هناك تعيين، ويترتب على ذلك أنه إذا كانت المحكمة التي تنظر في النزاع ليست هي المحكمة المعنية، استبعاد المحكمة المفروض أنها مختصة هو غير قانوني لأن التعيين لم يكن كذلك، هنا صحة الاستبعاد لا ترتبط فقط بشرعية التعيين، قانون المحكمة المستبعد بالتأكيد له كلمته، وهنا يطرح سؤال مهم هو: هل يمكن التمسك بأن الاستبعاد لن يكون صحيحا إلا إذا كان التعيين كذلك؟⁴.

1- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 39.

2- حبيب ابراهيم الخليفي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م، ص 16-17.

3- سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 157.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 57.

الأثر السالب لشرط الخضوع الاختياري هو نتيجة يمكن أن يرتبها إعمال أي قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فقد يحدث في مجال الاختصاص القضائي الدولي، أن يرتبط النزاع بشأن علاقة قانونية معينة بأكثر من نظام، كأن يتعلق النزاع بشأن تنفيذ عقد مبرم بين جزائري وفرنسي، أو يكون للدائن الجزائري مدينون متضامنون أحدهم في الجزائر والثاني في فرنسا والثالث في بلجيكا¹، فعندما يرفع المدعي دعواه أمام المحاكم الجزائرية حتما يتم إقصاء اختصاص المحاكم الأجنبية الأخرى، في الواقع أن إشكالية الاختصاص القضائي تتطلب بالضرورة مسبقا وجود تزامن على الأقل بين محكمتين حيث يفرض الاختيار بينهما، وهذا ما يعبر عنه بالنزاع الإيجابي للاختصاص القضائي، فلو أن هناك نظاما قضائيا واحدا لما وجد تنازع الاختصاص².

في المقابل إذا كان القاضي المعين هو القاضي الفاصل في النزاع، فهذا الأخير لا يمكنه أن يبحث في مسألة صحة الاستبعاد، فالاستبعاد ما هو إلا نتيجة للتعين، الذي يمثل دائما العنصر الرئيسي في شرط الخضوع الاختياري، الاستبعاد لا يمكن اعتباره إلا كأثر من آثار التعين³، فالقاضي المعين لا يجوز له أن يبحث في اختصاص المحاكم الأجنبية، بسبب الطبيعة غير المزدوجة أو المفردة لقواعد تنازع الاختصاص، القاضي الجزائري يبحث فقط هل القضية تدخل أو تخرج عن الاختصاص القضائي الدولي الجزائري، وعندما يتقرر الاختصاص للقضاء الجزائري فإنه يتم استبعاد الاختصاص الدولي للقاضي الأجنبي⁴، ولهذا تمسك القضاء الأجنبي باختصاصه الدولي بسبب أنه تم تعيينه من طرف الأطراف لا يؤدي إلى عدم اختصاص القضاء الجزائري، إلا في بعض الحالات الخاصة، خاصة عندما يكون النزاع معلقا أمام قضاء أجنبي مثل مسائل الإحالة لوحدة الموضوع (litispendance) وفي الدعاوى المرتبطة (connexité)⁵.

بالنتيجة القاعدة القانونية التي تسمح للأطراف بمنح الاختصاص لجهة قضائية معينة وحتى تكون لها قدرة على جعل اتفاق الأطراف فعالا، يجب أن تلازمها قاعدة قانونية أخرى أمرت المحكمة

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص 211-212.

2- راجع في هذا المعنى: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 10.

3- P. Guez, thèse préc., p. 36-37.

4- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 22؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 11.

5- حبار محمد، المرجع السابق، ص 211 وما بعدها.

التي تنظر في النزاع بأن لا تتمسك باختصاصها الدولي عندما يعين الأطراف قضاءً أجنبياً، بمعنى أن قاعدة الاختصاص التي تمنح الأطراف إمكانية تعيين محكمة أجنبية وحتى تكون فعالة يجب أن تراعي الأثر السلبي لهذه القاعدة، وهكذا فإن هذه القاعدة يجب أن تنص على أنه: عندما يتعاقد الأطراف عن طريق اتفاق إرادي على منح نزاعهم القائم أو المحتمل النشوء إلى محكمة أو محاكم جزائرية، فالنزاع يدخل في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية؛ في المقابل عندما يتفق الأطراف بإرادتهم على منح نزاعهم القائم أو المحتمل الوقوع أمام محكمة أو محاكم دولة أجنبية، القضية تخرج عن الاختصاص القضائي الدولي الجزائري.

في الأخير يمكن القول أن السماح لإرادة الأطراف بتمديد اختصاص القاضي الذي هو أصلاً غير مختص أو خروجها عن اختصاص القاضي الذي من المفروض أنه مختص، لا يعني في الحقيقة أن إرادة الأطراف هي التي تفرض على القاضي الفصل في النزاع، ولكن قواعد الإجراءات المدنية للمحكمة المعنية هي التي تسمح بذلك، فهي التي تبين في أي حالة يمكن للإرادة أن تلعب دوراً في مسائل الاختصاص القضائي الدولي، ومتى تفرض على القاضي التمسك باختصاصه أو عدم اختصاصه الدولي، من هنا يظهر أن قواعد الاختصاص تجعل من الإرادة المشتركة للأطراف كضابط ربط لنظام قضائي معين¹، فالاتفاق في شرط الخضوع الاختياري هو العنصر المحرك لتطبيق إحدى قواعد الاختصاص القضائي التي سنّها المشرع والتي تجعل من الإرادة المشتركة للأطراف ضابط ربط يسند الاختصاص لنظام قضائي معين، وقبول أن الإرادة المشتركة للطرفين تمثل في حد ذاتها معيار اختصاص، يدعونا بإلحاح لتنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائري، هذا الأمر يستوجب أولاً البحث عن شرعية هكذا اتفاقيات في القانون الجزائري وشروط صحتها، فالأمر هنا يتعدى مسألة اعتبار أن اتفاق الخضوع الاختياري وسيلة لاستبعاد أو مخالفة قواعد الاختصاص القضائي المحلية²، لكن قبل ذلك سنبحث عن العلاقة بين اتفاق الخضوع الاختياري والعقد الذي أدرج فيه، تلك أيضاً مسألة مهمة وجب الوقوف عندها.

1- صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 334.

2- هذا ما نبهته عند دراسة شرعية اتفاق الخضوع الاختياري.

المطلب الثاني: علاقة شرط الخضوع الاختياري بالعقد الأصلي.

بعد أن بينا الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري، وباعتبار انه يكتسي طابعا تعاقديا من المناسب البحث عن الروابط التي تجمع هذا الأخير مع العقد الذي أدرج فيه، وذلك من خلال البحث عن مدى استقلالية شرط الخضوع الاختياري عن العقد الرئيسي المدرج فيه (الفرع الأول)، ليتم بعد ذلك البحث عن الآثار المترتبة عن هذه الاستقلالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استقلالية شرط الخضوع الاختياري.

غالبا ما يشبه اتفاق التحكيم باتفاق الخضوع الاختياري، لأنهما ينتميان إلى نفس عائلة الاتفاقيات، فكلاهما يمثلان اتفاقية اختصاص، لهما طبيعة خاصة تتمثل في توقع ووضع طرق ووسائل تسوية النزاعات التي من المحتمل أن تنشأ عن العقد، فما يطبق على شرط التحكيم يطبق على شرط الخضوع الاختياري¹، لذلك يذهب جانب كبير من الفقه إلى اعتبار أن شرط الخضوع الاختياري اتفاق مستقل عن العقد الأصلي سواء ورد في صورة شرط مدرج فيه²، أو كان في اتفاق مستقل عن هذا العقد قياسا على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مسائل التحكيم التجاري الدولي، فالعقد وشرط الاختصاص القضائي - سواء شرط التحكيم أو شرط الخضوع الاختياري - تصرفان مختلفان، لأن هناك عقدين أحدهما يتعلق بالقانون المدني أو التجاري، والآخر يتعلق بالقانون الإجرائي³، وهناك من يرى أنه رغم أن شرط الاختصاص موجود ماديا في العقد الأصلي إلا أن هناك بالضرورة اتفاقين؛ لأنه حسب تحريه الاعتيادي، الشرط يهدف إلى تسوية النزاعات التي يمكن أن ينشئها هذا العقد، وهذا يعني أن العقد يمثل موضوع الشرط، ومن ثم لا ريب في أن هذا الأخير يوضع منطقيا خارج العقد، بالنتيجة هناك على الأقل استقلالية طبيعية بين العقد والشرط⁴.

آخرون يرون أن التمديد الصريح هو عقد مستقل عن العقد الأساسي، وأنه من غير الدقيق اعتبار أن الشرط مرتبط ارتباطا وثيقا مع الاتفاق الذي تم إدراجه فيه؛ لأن هناك اتفاقين صادرين عن

1- راجع في هذا المعنى:

- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 13; P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal, RDC, 2011, n° 1, p. 224 et 228.

2- محمد الروي، المرجع السابق، ص 170.

3- P. Guez, thèse préc., pp. 27-26

4- P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, op. cit., p. 224.

تعبير إرادتين مختلفتين، لا يربطهما مع بعض سوى رابط مادي وهو العقد الموجودان فيه¹، وعليه الشرط هو موضوع تراض مستقل عن التراضي الخاص بالعقد الأساسي²، وهناك من يضيف أن اتفاق التحكيم واتفاق تمديد الاختصاص القضائي هي عقود بذاتها³، لكن لها بعد تبعية طالما أنها ليست مبرمة فقط لنفسها ولكن دائما تتعلق بمسائل قانونية⁴، وهناك من يرى أن استقلالية العقد الأساسي و الشرط ينتج عن الأخذ بعين الاعتبار ازدواجية العقود التي تتمحور حول مواضع مختلفة، وبالنتيجة فإن الشرط هو دائما نتيجة تبادل رضا مختلف سواء أخذ شكل اتفاق منفصل أو مدرج ضمن الاتفاق الأساسي⁵.

الحجج المقدمة والتي هدفها إثبات استقلالية شرط الاختصاص عن العقد الأساسي تقوم على عدة أسباب، فإعطاء استقلالية لشرط الاختصاص له هدف سياسي قانوني، هذا الهدف الذي يسعى إليه المشرع يتمثل في منح الشرط "درع" يمكنه من أن يكون محصنا من أسباب زوال العقد الذي أدرج فيه، فهو الوسيلة الوحيدة لإعطاء الشرط فعالية كبيرة⁶، كذلك فإنه عادة ما يهدف المشرع إلى تكريس ما يسمى بالأمن القانوني الذي يهدف إلى طمأننة المتعاقدين في علاقتهم الخاصة خاصة منها التجارية، والذي يوفره الشرط المانح للاختصاص للمتعاملين التجاريين، حيث يبعث في نفوسهم الطمأنينة بخصوص القضاء الذي سيفصل في نزاعهم والذي ارتضوا به، ويؤمنون علاقتهم القانونية⁷، ومن ثم عدم استقلالية شرط الاختصاص عن العقد الذي أدرج فيه يمكن أن يمس بهذا المبدأ، فمثلا يمكن لأحد المتعاقدين أن يدعي ببطلان العقد الأساسي، حتى يبطل شرط الاختصاص، لان عدم استقلالية الشرط معناه امتداد بطلان العقد الرئيسي على شرط الاختصاص⁸.

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 92.

2- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي (الكتاب الثاني)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2008م، ص 237.

3- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، الارزاطية، الإسكندرية، سنة 2005م، ص 86، انظر أيضا:

- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n°s 296 et s.

4- Ibid., n° 10.

5- P. Guez, thèse préc., p. 27.

6- P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, op. cit., p. 224.

7- Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé, PUAM 2003, n°s 179 et s.

8- P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, op. cit., p. 224.

الطبيعة الاجرائية لشرط الخضوع الاختياري تشكل أيضا سببا من بين الأسباب التي تهدف إلى إثبات استقلالية شرط الخضوع الاختياري، فالمفهوم الإجرائي لشرط الخضوع الاختياري يمنحه مكانا أصليا خاصا ضمن العقد المدرج فيه، فهو ليس كالشروط الأخرى¹، وهناك من يرى أيضا أن استقلالية شرط الخضوع الاختياري تمكن المحكمة المختصة بموجب هذا الأخير من التعرض إلى النزاع والفصل فيه، خاصة إذا كان قانون هذه المحكمة لا يعترف ببطلان الشرط، فهذه الاستقلالية تمنع في مسائل البطلان، امتداد زوال العقد بأثر رجعي على الشرط الذي يبقى قائما²، كذلك فإنه في مسائل الاختصاص التشريعي فك الارتباط بين الشرط الاتفاقي والعقد الرئيسي سيسمح بإمكانية إخضاع الشرط إما إلى قانون غير ذلك الذي يحكم العقد الرئيسي أو إلى قواعد مادية خاصة بالعلاقات الدولية الخاصة³، أضاف إلى ذلك فإن استقلالية شرط الخضوع الاختياري يبررها اختلاف محل العقد الأصلي عن محل اتفاق الخضوع الاختياري، فإن كان محل هذا الأخير هو الالتزام بطرح النزاع أمام محكمة أجنبية معينة، والالتزام بعدم اللجوء إلى محاكم أخرى غير تلك المنصوص عليها في الاتفاق؛ فإن محل العقد يتغير بتغير موضوعه، فقد يكون بيعا، أو قرضا معاولة... الخ⁴.

استقلالية شرط الخضوع الاختياري عن العقد الأساسي يدعمها أيضا الاختلاف بين سبب اتفاق الخضوع الاختياري الذي يتمثل في سلب الاختصاص من محكمة ومنحه لأخرى؛ وسبب العقد الذي يختلف باختلاف الدافع إليه وبحسب الرغبة التي يريد الأطراف أن يحققوها⁵، مبدأ الاستقلالية هذا يمكن أن يجد له أساسا في نظرية انتقاص العقد، التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 104 من القانون المدني، فإذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل،

1- Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Contrats internationaux - Clause attributive de compétence – Principe d'autonomie par rapport au contrat principal, Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788, F-P+B+I., Clunet., numéro 1, 2011.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 143.

3- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 238-239، أنظر أيضا:

- P. Guez, thèse préc., p. 27.

4- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 65.

5- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 169-170؛ خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 65.

إلا في الحالة التي يتبين فيها أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، فإذا كان العقد الرئيسي باطلا وشرط الخضوع الاختياري المدرج فيه صحيحا يبقى الشرط قائما¹.

تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن هناك من يشكك في أن اتفاق الخضوع الاختياري يمثل عقدا بحد ذاته²، ويرى أنه شرط تبعي، بمعنى أن هذا الشرط يبقى دائما تابعا للعقد الأصلي، فرغم أن تجزئة هذا الشرط عن العقد الأساسي، ستعمل على إخضاع شرط الاختصاص إلى قانون آخر خاص به غير ذلك المطبق على العقد؛ إلا أن هذا لا يعني أن شرط الاختصاص هو عقد منفصل قائم بذاته، فعادة ما يقبل في إطار عقود التجارة الدولية تطبيق أكثر من قانون على العلاقة القانونية الواحدة³، ومن ثم اعتبار أن اتفاق الخضوع الاختياري هو عقد منفصل، لا يسمح بتبرير إمكانية أن يكون محصنا ضد بطلان العقد الأساسي، وبالنظر إلى بعده التبعي يجب لا محالة أن يتبع مصير العقد المدرج فيه في حالة البطلان أو الفسخ، فحسب ما سبق فإن شرط الخضوع الاختياري لا يمكن تصوره دون العقد الأساسي، فهدف الشرط الذي يمثل جزء من العقد هو ما تبقى من العقد⁴، بمعنى أن هدف اتفاق الخضوع الاختياري هو موضوع العقد، وإن لم يكن موضوع العقد موجودا فلا وجود للشرط، كما أن القول بأن الشرط هو عقد مستقل بذاته يؤدي إلى اعتبار أن اتفاق الخضوع الاختياري يكون موضوع قبول مختلف عن قبول العقد الرئيسي، بمعنى أن اتفاق الخضوع الاختياري يحتاج إلى إيجاب وقبول خاص به، منفصلا عن الإيجاب والقبول الخاص بالعقد الرئيسي، هذه النتيجة ستكون في غير صالح شرط الخضوع الاختياري، فمن وجه إليه الإيجاب سيء النية يمكنه أن يتذرع بأنه لم يقبل إلا العقد فقط دون الشرط، خاصة في حالة السكوت من جانبه⁵.

لكن ألا يمكن من جهة أخرى أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري عقدا منفصلا بذاته في بعض الحالات؟ مثلا عندما يتم إبرامه بعد نشوء النزاع، أو في اتفاق مستقل عن العقد الأساسي، أو عندما يكون الاتفاق ضمنيا، هذه الحالات تؤكد أن شرط الخضوع الاختياري يمثل اتفاقا مستقلا بذاته، وفي

1- راجع في هذا المعنى: زهرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ع. 08، جوان 2015م، ص 54.

2- P. Guez, thèse préc., p. 28.

3- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 380 وما بعدها.

4- P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 1998, p. 364.

5- P. Guez, thèse préc., p. 29.

رأينا أن "الاستقلالية" ينصرف مفهومها إلى الاستقلالية التامة بمعنى أن شرط الخضوع الاختياري يمثل عقد في حد ذاته، وحتى ولو لم يكن كذلك يبقى أن هذا الشرط هو شرط تبعي، غير انه لا يشبه الشروط الأخرى للعقد كالشرط الجزائي مثلا، هو شرط من نوع خاص نظرا لطبيعته الخاصة، فأثره يتمثل في حل النزاعات المحتملة الوقوع بشأن العقد المدرج فيه، هذه النزاعات يمكن أن تكون بخصوص صحة العقد الرئيسي في حد ذاته، لذلك يجب أن يعامل هذا الشرط معاملة مختلفة عن باقي الشروط الأخرى¹.

المشرع الجزائري بطريقة ضمنية كرس استقلالية اتفاق التحكيم من خلال القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص في المادة 1040 الفقرة الرابعة منه على أنه: «... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي...»، والتي من خلالها حصن اتفاقية التحكيم ضد البطلان الذي يصيب العقد الأصلي، وقياسا على التحكيم يمكن القول أن مبدأ الاستقلالية يطبق على شرط الخضوع الاختياري، لأنه في الحقيقة ليس هناك ما يدعو لقول خلاف ذلك، هذه المقاربة تستند إلى فكرة أن قانون التحكيم يمكن أن يعتبر كنموذج يقتدى به بالنسبة لشرط الخضوع الاختياري².

الاجتهاد القضائي في فرنسا أكد بما لا يدع مجالا للشك على استقلالية شرط الخضوع الاختياري في قرار صادر عنه سنة 2010م عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض³، وهذا ما تم تقريره أيضا بموجب المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لسنة 2005م المتعلقة بالاتفاقيات المانحة للاختصاص⁴، كما كرسته أيضا محكمة العدل الأوروبية في قرارها الصادر سنة 1997م⁵، أما فيما يخص اتفاقية بروكسل وفي نسختها الأخيرة كانت واضحة بشأن هذا الأمر حيث تنص الفقرة الخامسة من المادة 25 من هذا التنظيم صراحة على استقلالية الشرط المانح للاختصاص عن العقد الأصلي⁶.

1- P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, op. cit., pp. 223-224.

2- Ibid., p. 225.

3- Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788, F-P+B+I.: D. 2010, p. 1869, obs. X. Delpech ; D. 2010, p.2333, obs. L. d'Avout.

4- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 66.

5- C.J.C.E, 3 juillet 1997, Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl, affaire C-269/95, JDI 1998, p.581, obs. J.-M. B.

6- Article 25 « 5- Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. »

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على استقلالية شرط الخضوع الاختياري.

إقرار مبدأ استقلالية شرط الخضوع الاختياري يرتب أثرين: الأول يتمثل في منع امتداد زوال العقد على الشرط المدرج فيه بأثر رجعي، حيث يبقى الشرط قائما وفعالا؛ والثاني يتمثل في إمكانية إخضاع شرط الخضوع الاختياري إما إلى قانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الرئيسي أو إخضاعه إلى قواعد مادية خاصة بالعلاقات الدولية الخاصة¹.

في القواعد العامة للقانون المدني بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الذي أدرج فيه، فما بني على باطل فهو باطل، والعقد الزائل يزول بما تضمنه²، هذه القواعد لو طبقناها على الشرط المانح للاختصاص ستكون النتيجة أن الشرط يزول بزوال العقد الرئيسي، فإذا كان القاضي المعين بموجب الشرط يمكنه الفصل في بطلان العقد قد قضى ببطلان العقد فإن هذا البطلان سيرتد على الشرط بأثر رجعي، وهكذا يصبح القاضي غير مختص وهذا الأمر غير منطقي، خاصة عندما يكون مجال شرط الخضوع الاختياري هو حل النزاعات المتعلقة بزوال العقد، وهنا تظهر أهمية استقلالية شرط الخضوع عن العقد الأساسي، الذي يشكل الدرع الواقي الذي يحمي الشرط من الآثار التي يسببها زوال العقد الرئيسي.

هذا الأثر يحقق الأمن القانوني الذي يهدف إليه المشرع، ويمنع من الاعتراف للطرف سيء النية بإمكانية إعاقة شرط الخضوع الاختياري بمجرد الادعاء بأن العقد الأساسي لم يبرم أو أنه أصبح باطلا أو أنه فسخ لأسباب مستمدة من القانون الموضوعي المطبق، هذا الأثر تم إقراره في الاجتهاد القضائي الأجنبي بخصوص اتفاق التحكيم منذ قرار "جوسي" (Gosset) الشهير الصادر سنة 1963م عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية³، والذي قبل باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الرئيسي حيث استبعد هذا القرار إمكانية تأثر الشرط باحتمال بطلان العقد الأساسي واعتبر أن اتفاق التحكيم

1- P. Guez, thèse préc., p. 27.

2- فالشرط الجزائي مثلا هو التزام تابع لا التزام أصيل، وهذا ما ينتج عنه بالضرورة أن بطلان الالتزام الأصلي ينتج عنه بطلان الشرط الجزائي، أنظر في هذا المعنى: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 83، راجع أيضا: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس، المرجع السابق، ص 86، أنظر أيضا:

- P. Guez, thèse préc., p. 28.

3- Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky; JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman ; JDI 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; D. 1963, p. 545, note J. Robert.

يشكل عقدا ضمن العقد¹، وبخصوص شرط الخضوع الاختياري قضت محكمة النقض الفرنسية بأن انحلال العقد لعدم تنفيذه لا يحول دون تطبيق الشرط المانح للاختصاص² وأعدت التأكيد على هذا المبدأ سنة 2010م³، محكمة العدل الأوروبية من جهتها قضت بأن قضاء دولة متعاقدة معين بموجب اتفاق مانح للاختصاص، مبرم بشكل قانوني وفق للمادة 17 من اتفاقية بروكسل (المادة 25 من اتفاقية بروكسل الحالية) لسنة 1968م مختص حصريا، خاصة عندما تهدف الدعوى إلى إثبات بطلان العقد الذي يحتوي هذا الشرط⁴.

إن كان التوجه الغالب ينصب في أن أثر الاستقلالية يمثل حماية وتحصين للشرط من العيوب التي تصيب العقد الأساسي من خلال تجريد هذه الأخير من كل اثر يصيب الشرط الذي يبقى صحيحا ويمنح الاختصاص للقاضي المعين للنظر في النزاع، فإن السؤال الذي يطرح، هل يمكن لهذا الأثر أن يحصن الشرط حين الادعاء ببطلان الشرط في حد ذاته وليس العقد؟ ليس من المؤكد هنا أن الاستقلالية توفر تلك الحماية، المسألة هنا تتعلق بصحة الشرط، وهذا الأمر يثير الكثير من الإشكاليات، فهل يمكن مثلا أن تحل هذه المسألة بإعمال المبدأ المعروف في التحكيم (الاختصاص للنظر بالاختصاص)⁵ الذي يقضي باختصاص المحكم للنظر في اختصاصه؟⁶.

يجدر بنا هنا الإشارة الى أنه بالرغم من منح مفهوم واسع لمبدأ الاستقلالية يقضي بأن الشرط المانح للاختصاص لا يمكنه أن يتأثر بزوال العقد المحتمل، هناك من يرى بأن بعض آثار بطلان العقد يمكنها أن ترتد على كل الشروط التي يحتويها هذا الأخير، بما في ذلك شروط الاختصاص، كالحالة الخاصة بانعدام الأهلية أو التدليس أو الإكراه، في المقابل عندما يكون سبب البطلان يتعلق بجوهر العقد مثلا البطلان بسبب الغلط في الصفات الجوهرية للشيء، الشرط المانح للاختصاص لا يجب أن تلحقه هذه الآثار⁷.

1- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد (الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم)، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، الجزء الأول، 2009م، ص 38.

2- Cass. 2^e civ., 11 janvier 1978, Bull. civ. II, n° 13 ; Gaz. Pal. 1978, 1, p. 273, note J. Viatte ; RTD civ. 1978, p. 921, obs. J. Normand.

3- Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, préc.

4- CJCE, 3 juillet 1997, n° C-269/95, JDI 1998, p. 581, obs. J.- M. Bischoff.

5- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 240-241.

6- سنترك الإجابة على هذا السؤال إلى حين الحديث عن شروط صحة شرط الخضوع الاختياري.

7- P. Guez, thèse préc., p. 32

المبحث الثاني: قبول فكرة الخضوع الاختياري

في هذا المبحث سنحاول بحث إمكانية قبول اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص، فلكي تكون اتفاقات الخضوع الاختياري فعالة يجب أن تكون مقبولة أو شرعية بمعنى أنه يجب الاعتراف بها، إن مبدأ الشرعية الذي نتكلم عنه في إطار دراستنا هذه يفهم بأنه إمكانية أن يحدث اتفاق الأطراف حول الخضوع الاختياري أثره على نظام قضائي معين، بغض النظر عن الشروط المتطلبة لتنفيذه، بمعنى آخر هل يعترف نص القانون للأشخاص باختيار محكمة معينة لتفصل في نزاعهم الناشئ أو المحتمل الحدوث؟ إذا المسألة هنا تتعلق بالاعتراف بالأثر المانع والسالب لاتفاق الخضوع الاختياري، هذا التدقيق الاصطلاحي بالغ الأهمية لأنه يبين الأساس الذي بموجبه تكون فكرة الخضوع الاختياري فعالة¹، في هذا الإطار نلاحظ أن تدخل قواعد الإجراءات المدنية الدولية هو الذي يبين في ما إذا كانت فكرة الخضوع الاختياري مقبولة أو شرعية، لذلك يجب في مرحلة أولى دراسة مدى الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في القانون المقارن (المطلب الأول)، ثم في مرحلة ثانية تبيان موقف المشرع الجزائري من هذه الفكرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في القانون المقارن

بالرغم من بعض الاتجاهات المعارضة لمبدأ الخضوع الاختياري، فإن الفقه والاجتهاد القضائي المقارن سيكرس مبدأ شرعية الخضوع الاختياري (الفرع الأول)، هذا التكريس كان نتيجة للأهمية البالغة التي تتميز بها فكرة الخضوع الاختياري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس مبدأ شرعية الخضوع الاختياري.

لم يتم الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري إلا بعد وقت طويل من رفضها لاعتبارات عديدة، غير أنه في النهاية تم تكريس هذا المبدأ وذلك ما سنبينه الآن.

الفقرة الأولى: إنكار دور الإرادة في إنشاء اختصاص قضائي دولي.

اصطدم الاعتراف باتفاقات الخضوع الاختياري في المجال الدولي باعتراضات شديدة سواء من طرف الفقه أو الاجتهاد القضائي المقارن، شجعها في ذلك نظرة الشك والاستعلاء والريبة في حياد

1- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 39.

القضاء الاجنبي وكفاءته، أضف الى ذلك التزُّمُ الوطني والقومي في كل دولة لمرافقتها العامة خاصة مرفق القضاء، واعتبار أن العدالة الوطنية هي العدالة المثلى التي لا نظير لها في تحقيق العدالة¹.

عدة حجج قدمت لرفض الاعتراف باتفاقات الخضوع الاختياري، من بينها أن اتفاقات الخضوع الاختياري ترتبط بالطابع الذي يكتسيه الاختصاص القضائي الدولي، حيث كان يوصف بأنه اختصاص مطلق²، طبقا لنظرية السيادة المطلقة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للسيادة التي ترى في السيادة أنها السلطة الغير محدودة وغير المشروطة للدولة في تحديد وممارسة كل ما يتعلق باختصاصها الداخلي والخارجي، ودون الأخذ بعين الاعتبار امكانية اصطدام هذه السلطة بسيادة غيرها من الدول³. بعض الفقهاء أنكروا إمكانية حرية الأطراف في اختيار المحكمة التي ستفصل في نزاعهم واعتبروها شذوذ غريبا⁴، في وجهة نظرهم تحديد الاختصاص العام المباشر يمس بالنظام العام، وقواعد الاختصاص الدولي تتسم بالصفة الآمرة في كثير من الحالات⁵، وأن هناك تقاربا بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص من خلال اتحاد هدف كل منهما، فكلاهما يهدف إلى حسن سير العدالة في العلاقات الخاصة الدولية، هذا الامر يجعلهما يشتركان في نفس الخصائص الأساسية، أهمها الخاصية المتعلقة بسيادة هذه الدولة على إقليمها وعلى قضائها، وعليه وبما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتعلق بسيادة الدولة، ولأنه لا يجوز لإرادة الأشخاص أن تفصل في نزاع سيادي⁶، يجب حظر اتفاقات الخضوع الاختياري التي تمنح الاختصاص لمحكمة أجنبية لحماية للسيادة الوطنية.

آخرون يبررون هذا الحظر ارتكازا على طبيعة أداء العدالة التي يعتبرونها وظيفة من وظائف الدولة تنفذها بواسطة إحدى سلطاتها وهي السلطة القضائية، وحين تمنح الدولة الاشخاص وسيلة تحريك هذه السلطة المتمثلة في الدعوى فهذا لا يعني أن القضاء يعمل للمصلحة الخاصة للأفراد، بل هو يصبو لتحقيق مصلحة عامة تتمثل في بسط النظام والسكينة على إقليم الدولة، سماح الدولة للأشخاص باختيار المسائل المحركة للدعوى يبرره التقاء المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة للأشخاص، وهذا

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 20 و24.

2- سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 159.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 19.

4- E. BARTIN, Études sur les effets internationaux des jugements, L.G.D.J., 1907, p. 54.

5- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155.

6- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 290-291؛ أنظر أيضا:

- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 207 et s.

يمنعهم من تجاوز حدود ولاية القضاء التي رسمتها الدولة، عن طريق تحريك سلطة قضائية أجنبية بديلة؛ والتي ترى أنه لا يمكن لأية سلطة أخرى أجنبية أن تؤديها مكانها¹.

يرى كتاب آخرون أنه إذا كانت القواعد التي تحدد ولاية القضاء الوطني بالنسبة للنزاعات التي تثور في إقليمها ترتبط بوظيفة الدولة الأساسية والمتمثلة في أداء العدالة على الإقليم، وأن العدالة التي تمارسها الدولة عن طريق سلطتها القضائية هي أحد مهام الدولة الرئيسة، فإن منح إرادة الأشخاص دورا في مجال الاختصاص القضائي الدولي كما هو مقرر على المستوى الداخلي قد يمس بالنظام العام في بعض الحالات، فمن غير الممكن مثلا تشبيه لجوء طرف إلى محكمة وهران عوضا عن محكمة تلمسان كخضوع هذا الطرف لمحكمة باريس عوضا عن محكمة الجزائر العاصمة، في هذه الحالة الأخيرة الأمر يتعلق بسيادة الدولة (محكمة الجزائر ومحكمة باريس)، بينما في الحالة الأولى (محكمة وهران ومحكمة تلمسان) تخضع المحكمتين لدولة واحدة، وبالتالي لسيادة واحدة، فلا ضرر كأصل عام من اتفاق الخصوم على الالتجاء لأحدهما دون الأخرى²، هذه الآراء التي تنكر أي دور لإرادة الأشخاص في مجال الاختصاص القضائي، تركز على فكرة قديمة مؤداها أن تنازع القوانين وتنازع الاختصاص هي تنازع بين سيادات³، حيث يظهر مبدأ السيادة في العلاقات الدولية من خلال خضوع الأشخاص لقوانين ومحاكم دولتهم، كما يبرر بعض الفقهاء في إيطاليا رفضهم لاتفاقات الخضوع الاختياري بأنه مثلما لا يجوز للمواطن الخضوع لغير السلطة التشريعية أو الإدارية في دولته، فلا يجوز له أيضا أن يمتنع عن الخضوع للسلطة القضائية في دولته⁴.

1- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 83-84؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 739-740؛ خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضد دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 160 وما بعدها.

2- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها؛ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م، ص 36 و38؛ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر، 2005م، ص 13؛ هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع القوانين)، مج. 1 (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014م، ص 40؛ أنظر أيضا:

- E. BARTIN, op. cit., pp. 56 et s.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 14-15.

من بين الحجج أيضا التي قدمها المعارضون للاعتراف بشرعية مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري، هو أن السماح للأطراف باختيار محكمة معينة سيؤثر على القانون الواجب التطبيق، فقد تكون رغبة الأطراف هي الهروب من القواعد الآمرة لنظام قضائي معين وهو ما يمثل غشا نحو القانون¹، ويرون أن هذه الحجة تبرز أهميتها على مستوى الاختصاص التشريعي، بمعنى أنها تظهر على مستوى النتيجة أكثر مما تظهر على مستوى المبدأ نفسه المتمثل في الخضوع الاختياري، وإذا كان من الجائز تجنب النتيجة عندما يثبت أنها غير ملائمة، فإنه يمكن استبعاد المبدأ في حد ذاته، الذي يمكن أن يعطي نتائج غير مرغوب فيها².

الفقرة الثانية: الاعتراف بدور الإرادة في إنشاء اختصاص قضائي دولي.

وجهت انتقادات عديدة للاتجاه الذي ينكر دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فالفكرة التي كانت تربط بين السيادة وتنازع القوانين تم هجرها منذ مدة، فلقد كان للمذهب السافيني الفضل في تخلص تنازع القوانين من فكرة السيادة، حيث بين بأن اللجوء إلى منهج التنازع الذي يسمح بتطبيق قانون أجنبي، لا يترجم بأنه تخل عن مبدأ سيادة الدولة، بل أن دور السيادة يتمثل في تأمين نظام كاف لتنازع المصالح الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وعلى ذلك مصالح الدولة ليست هي المستهدفة، لأن عدم تطبيق القانون على علاقة لا يمثل مسا بالسيادة، وعلى ذلك فإن المشرع ليس له الإرادة ولا المصلحة بأن يتم تطبيق قانونه على هذه العلاقات بالذات، بل هو بذلك يحاول تجنب عدم التطبيق العام للقانون على العلاقات الداخلية، والتي من شأنها أن تحد من فعالية الوظيفة التشريعية للدولة، انطلاقا من هنا فإن أي نظام مقبول للعلاقات الدولية الخاصة لا يفترض بالضرورة تطبيق قانون المحكمة ولكن احترام التوقعات الشرعية للأطراف من خلال احترام إرادتهم³، فقواعد التنازع هدفها ربط العلاقة بالقانون الأكثر ملاءمة لها، بمعنى الأكثر تأهيلا لحكمها⁴.

1- V. HEUZE, op. cit., p. 82.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 206.

3- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 158؛ هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 41؛ أنظر أيضا:

- P. Guez, thèse préc., p. 45.

4- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989م، ص 73.

وإذا كان الأمر قد حسم في مجال تنازع القوانين من خلال "طرد" فكرة السيادة من مجال تنازع القوانين، حسب البعض يبدو أن هذه الفكرة ما تزال "لاجئة" في تنازع الاختصاص¹، ورغم ذلك فإن تلازم تنازع الاختصاص والسيادة أعترض عليه بشدة من طرف الفقه المعاصر²، فمن جهة وصف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بأنها مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها أمر مشكوك فيه، لأن هذه القواعد تمثل خدمة عمومية وضعت لمصلحة المتقاضين ولتوفير الحماية لهم والتسهيل عليهم، وليس فقط لحسن سير إدارة القضاء³؛ ومن جهة أخرى فإن الربط بين الاختصاص القضائي الدولي وسيادة الدولة، واعتبار الخروج عن ولاية القضاء الوطني يمس بتلك السيادة، من شأنه أن يؤدي إلى القول بأن المشرع عند وضعه لقواعد اختصاص القضاء الدولي فهو يهدف إلى تأكيد سيادة الدولة في مواجهة الدول الأخرى وهذا القول غير وجيه؛ لأن الجهاز القضائي لا يعتبر وسيلة دفاع أو سلاح ضد زحف سيادات دول أخرى تعلن أن محاكمها مختصة بشأن نزاع معين⁴.

إن اتفاق الأطراف على تعيين المحكمة المختصة دولياً لا يمس بسيادة الدولة، ولا يشكل اعتداء عليها، لأن معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي تعتمد على اعتبارات كثيرة منها مصلحة المتقاضين، وهذه المصلحة تعتبر بحق غريبة عن مبدأ سيادة الدولة⁵، إذن ليس هناك عائق يقف ضد الاعتراف بقبول شرعية اتفاق الخضوع الاختياري.

القول بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يجرم إرادة الأطراف من الاتفاق على سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية⁶، ويؤدي إلى إقحام فكرة النظام العام التي تتميز بالغموض وعدم الدقة في مجال الاختصاص القضائي الدولي القائم على اعتبار الملائمة، ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة، وعليه يجب استبعاد هذه الفكرة لأن إعمالها محفوف بالمخاطر⁷.

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 211.

2- Ibid., n°s 213 et s.

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 291؛ أنظر أيضاً:

- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 218.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 30-31.

5- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 291.

6- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 170.

7- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 292.

فيما يخص الاتجاه الذي أقر فيه أصحابه أنه ومثلما لا يجوز للأشخاص الخروج عن نطاق الاختصاص التشريعي أو الإداري لدولتهم فإنه كذلك لا يجوز لهم الخضوع لجهة قضائية أجنبية، فقد تم انتقاده على أساس أنه فيما يخص الاختصاص التشريعي، فإن للإرادة دور كبير في هذا المجال معترف لها به من طرف العديد من الأنظمة القانونية، حيث أنها لا تمثل فقط ضابط الإسناد الأصيل في مجال الالتزامات التعاقدية فقط، بل أنه يمتد الى الالتزامات غير التعاقدية، وإذا كان لإرادة الأطراف هذا الدور الهام في مجال الاختصاص التشريعي فكيف يمكن تجريدها منه على مستوى الاختصاص القضائي؟ مع العلم أن كلا الاختصاصين يكملان بعضهما البعض، أما في ما يتعلق بعدم جواز خضوع الشخص لغير الاختصاص الإداري لدولته فإن كان هذا الأمر يصح في حالة تواجد الشخص داخل إقليم دولته حيث لا يتصور وجود سلطة إدارية سواها، فإنه لا يصح عندما يكون هذا الشخص في دولة أجنبية¹.

إن القول بأن السماح للأطراف باختيار محكمة معينة سيؤثر على القانون الواجب التطبيق بمعنى أنه يؤدي إلى الغش نحو القانون يمكن استبعاده أو تجاوزه من خلال تطبيق حلول تنازع خاصة، كأن تطبق المحكمة المعنية عن طريق اتفاق الخضوع الاختياري قواعد تنازع القوانين للدولة التي من المفروض أن محاكمها هي المختصة².

إن القبول بشرعية اتفاق الخضوع الاختياري أصبح مؤكدا اليوم، فمن الثابت أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق كقاعدة عامة بالنظام العام، وسبب ذلك أن الاختصاص المحلي يقوم على أساس المساواة بين الخصوم من خلال التيسير على المدعى عليه، حيث ينعقد الاختصاص لمحكمة موطنه، وعدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام يترتب عنه أنه يمكن الخروج عنها³، كما أن غالبية الدول في الوقت الراهن تعترف بشرعية اتفاقات الخضوع الاختياري، حيث يقول الفيلسوف الاغريقي "افلاطون" أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها⁴.

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 49-50.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 356 et s.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 135؛ هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155.

4- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152-153.

ما يمكن استخلاصه هو أن قبول اتفاق الخضوع الاختياري تمليه عدة اعتبارات، فهدف قواعد الاختصاص المحلي هي حماية المصالح الخاصة للأفراد وتيسير المعاملات التجارية وهذه من الأهداف الأصلية للقانون الدولي الخاص، كما أنه يجب منح دور للإرادة على غرار ما تم تقريره في مجال الاختصاص التشريعي¹، حيث يمكن للأطراف اختيار قانون دولة ما ليطبقوه على عقدهم، اعتبارات التعاون القضائي المتطلب بين الدول في الجماعة الدولية يبرر هو أيضا قبول اتفاقات الخضوع الاختياري².

يبدو لنا أن الانتقادات التي وجهت ضد اتفاقات الخضوع الاختياري مبالغ فيها، رغبة الأطراف في تعيين محكمة لا يمثل بالضرورة غشا نحو القانون، فقد يكون اختيارهم هذا لنزاهة ذلك القضاء وخبرته في مسائل معينة، والسماح لهم بإبرام اتفاقات مأنحة للاختصاص يوفر لهم الأمان والثقة، لكن مهما يكن فالقضاء المختص سيتحدد دائما بشكل جيد بفضل اتفاق الخضوع الاختياري.

الفرع الثاني: أهمية اتفاق الخضوع الاختياري.

من خصائص قواعد تنازع الاختصاص القضائي أنها أحادية بمعنى أنها غير مزدوجة فهي تفصل فقط في اختصاص محاكم النظام القضائي للدولة، فلا يمكن لها أن تمنح أو تستبعد الاختصاص القضائي للمحاكم الأجنبية، وهذا الأمر يترك المكان للشك عند تحديد القضاء المختص دوليا، هذا الشك يزيد بتعدد الدول التي تتمسك باختصاص قضائها، يضاف إلى هذه النتيجة تعدد ضوابط الاختصاص الخاصة كتلك المتعلقة بالمسائل التعاقدية مثلا، أضف إلى ذلك ضوابط الاختصاص العادي مثل الجنسية وموطن المدعى عليه، الأمر يزداد تعقيدا في ظل غياب جهة قضائية دولية عليا تعمل على توزيع الاختصاص القضائي الدولي على محاكم الدول المختلفة، هذه النقائص السابقة الذكر تشجع على ترك المكان لإرادة الأطراف في مسائل الاختصاص القضائي الدولي³، فالسماح للأشخاص بالاتفاق على اختيار المحكمة المختصة بالنظر في نزاعاتهم الناشئة أو المحتملة النشوء، من شأنه أن يقلل من عدم الأمان القانوني المرتبط بغياب تلك السلطة العليا للدولة⁴.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 136.

2- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 158.

3- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 225 et s.

4- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 294.

اتفاقات الخضوع الاختياري هي عنوان للأمان والمرونة، فالسماح للأطراف بإمكانية اختيار المحكمة التي ستفصل في نزاعهم يزيل قلقهم من حياد المحاكم الأخرى، ويحقق مبدأ "توازي الأسلحة"، من خلال تجنب الأطراف احتمال عرض نزاعهم أمام بعض المحاكم المتهمه مسبقا بالميل اتجاه أحد الأطراف، وخاصة عندما يكون هذا الطرف من مواطنيها¹، من جهة أخرى اتفاقات الخضوع الاختياري تسمح بتعيين ما يصطلح عليه "بالمحكمة التقنية"، بمعنى تعيين محاكم متعودة على الصعوبات التي تنتج عادة عن بعض أنواع العقود، هذه المحاكم تتميز بخبرة خاصة، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم الانجليزية التي اكتسبت خبرة يشهد لها بها في المسائل البحرية مما يستدعي منحها الاختصاص في هذه المسائل²، اتفاق الخضوع الاختياري يحقق أيضا نوعا من التسوية بين التحكيم ومحاكم الدولة بالنظر إلى الاختصاص بالنزاع³.

اتفاقات الخضوع الاختياري تسمح أيضا بتحقيق التلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي، فغالبا ما يتم في العقود الدولية إدراج شرط اختيار القانون الواجب التطبيق الذي ينص على تطبيق قانون الدولة التي تم تعيين محاكمها عن طريق شرط لاتفاق الخضوع الاختياري في نفس العقد، وكما يقال أن أحسن المؤهلين لتطبيق قانون الدولة المفترض أنهم قضاة هذه الدولة⁴.

أهمية اتفاقات الخضوع الاختياري تظهر أيضا عندما يعمل تحديد الجهة القضائية المختصة على تقليل فرص التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي، من خلال منع أحد أطراف الدعوى من الاستفادة من اختلاف الأنظمة القضائية في الدول ليقوم باختيار القضاء الذي يظن أنه الأفضل لتحقيق مصالحه بغض النظر عن مصالح الطرف الآخر⁵، هذا ما يعرف بالغش نحو الاختصاص (Forum shopping)⁶، الطرف المحق سيختار حتما إذا كان هذا ممكنا محاكمه الوطنية التي يكون الوصول إليها سهلا والذي يمنحه ثقة أكثر من المحاكم الأجنبية، الطرف الآخر يجد نفسه في حالة لا

1- V. HEUZE, op. cit., p. 83.

2- Ibid., p. 82.

3- P. Guez, thèse préc., p. 50.

4- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 294.

5- المرجع نفسه.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 151.

يخسد عليها، وهذا الأمر يعجل من نشوء النزاع وتفاقمه، ويضيق من آفاق الحلول الودية، وهذا الواقع لا يتوافق مع روح التعاون والتسامح التي يجب أن تنشط العلاقات التعاقدية تحت سلطان النية الحسنة¹. نظريا اتفاقات الخضوع الاختياري توفر الثقة والأمان، رغم ذلك لن تكون فعالة إلا إذا كانت كل المحاكم سواء تلك التي تم منحها الاختصاص أو التي سلب منها الاختصاص، تقبل بشرعية مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري وتعترف بالحكم الصادر عن المحكمة التي كان لها الاختصاص عن طريق اتفاق الأطراف، هذه الفعالية يسهل تحقيقها عن طريق الاتفاقات الدولية خاصة الاتفاقيات المتعددة الأطراف، ففي ظل هذه الاتفاقات المحكمة الفاصلة في النزاع سواء كانت معينة أو مستبعدة تطبق نفس القواعد، والحكم الذي يصدر سيكون من السهل الاعتراف به وتنفيذه من طرف الدول المتعاقدة².

شرط الاختصاص القضائي يلعب دورا هاما في مجال التجارة الدولية، وعدم إعماله يؤدي الى إهدار متطلبات التجارة الدولية التي تتطلب سهولة الالتجاء الى القضاء³، هذا المجال لا يتلاءم مع التشريع المقيد جدا، فهو يمثل عائقا أمام إبرام العقود الدولية، ففي وقتنا الحاضر هناك دفع نحو عالمية القوانين، أو ما يسمى "بعولمة" قواعد القانون الدولي الخاص بسبب تدويل النشاطات الاقتصادية⁴، هذا التدويل كان نتيجته تطوير القانون من خلال إدخاله في دائرة التجارة مما أدى إلى المنافسة بين الأنظمة القانونية، وكما يقول البعض يبدو أن القانون واقعا قد دخل في مجال التجارة⁵، في هذا الإطار أصبح الجهاز القضائي يقدم خدمة بالمعنى التجاري وهذا ما يجعله ينافس الأنظمة القضائية المختلفة، بل أصبحت المنافسة حتى مع التحكيم⁶، فهناك تنافس على كسب زبائن في هذا المجال، اللجوء الى المحاكم الجزائرية دون شك سينعش العديد من المجالات، الضرائب، الفنادق، المكاتب الكبرى للمحاماة... الخ.

لكل هذه الأسباب التي تم ذكرها، الفائدة العملية لاتفاقات الخضوع الاختياري تم ترجمتها واقعا في القانون المقارن في تشريعات الدول الأكثر تورطا في التجارة الدولية، وكذلك في الاتفاقات

1- P. Guez, thèse préc., p. 50.

2- Ibid.

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 293.

4- العولمة هي تدويل كل ما هو وطني والبحث عن قواعد تصلح للتطبيق على كافة العلاقات القانونية، هذه الفكرة تدفع اتجاه انحصار سلطة الدولة لتترك مكانا لمؤسسات أخرى؛ أنظر في هذا المعنى: خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

5- P. Guez, thèse préc., p. 51.

6- V. HEUZE, op. cit., p. 84.

الدولية، فالقانون الانجليزي، والقانون السويسري، والقانون الفرنسي وقوانين دول أخرى عديدة تسمح للأشخاص بإبرام اتفاقات الخضوع الاختياري¹، في فرنسا اتفاقات الخضوع الاختياري معترف بها على المستوى الداخلي بموجب المادة 48 من قانون الاجراءات المدنية يذكر في هذا الإطار أنه بعد تقنين القانون الفرنسي، فقط نصين كانا مخصصين للاختصاص القضائي الدولي، وهما المادة 14 و15 من القانون المدني الفرنسي تقابلهما المادة 41 و42 من ق.إ.م.إ.ج، حيث أنه حسب هذين المادتين فان القضاء الفرنسي يكون مختصا دوليا في كل مرة يكون فيها الفرنسي مدعي (المادة 14) أو مدعى عليه (المادة 15)، تأسيسا فقط على هذين النصين، القانون الفرنسي لتنازع الاختصاص القضائي كشف قصوره، وفي مواجهة هذا القصور في القانون الخاص بنظام الاختصاص القضائي الدولي الذي يترك جانبا مسألة اختصاص القضاء الفرنسي عندما لا يكون أي فرنسي طرفا في النزاع، تم دفع الاجتهاد القضائي الفرنسي للعب دور مهم في وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، حيث قررت محكمة النقض بأن المادة 14 من القانون المدني ليست من النظام العام ويسمح للفرنسي أن يتنازل عن امتيازها، هذا التنازل يمكن أن يكون اتفاقيا وينتج عن شرط يعطي الاختصاص لقضاء أجنبي، وهكذا تم تأكيد شرعية مبدأ الشرط المانع للاختصاص².

الاجتهاد القضائي في الولايات المتحدة الامريكية يشهد منذ مدة تطورا جد ملحوظ نحو قبول اتفاقات الخضوع الاختياري من خلال العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية³، غير أن أهم القرارات التي مثلت انطلاقة في هذا المجال هو ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في 12 جوان 1972م⁴، في هذه القضية شركة ألمانية تسمى "أونترفيزر" (Unterweser) كلفت بقطر جهاز تنقيب من مدينة "لويزيان" (Louisiane) الأمريكية إلى إيطاليا لصالح شركة أمريكية تسمى "زاباتا" (Zapata)، عقد النقل البحري المبرم بين الشركتين تضمن اتفاق خضوع اختياري لمحكمة لندن "محكمة العدل العليا"، وبسبب عاصفة قوية تعرض جهاز التنقيب لأضرار معتبرة، أمرت شركة "زاباتا"

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 137؛ محمد الروي، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها.

2- محمد الروي، المرجع السابق، ص 53-54.

3- G. Cuniberti, M. Requejo, art. préc., pp. 7 et s.

4- The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S.1 (1972) ; Arthur T. von Mehren, Adjudicatory Authority in Private International Law A Comparative Study, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, usa , 2007, pp. 215 et s.

(Zapata) شركة "أونترفيزر" (Unterweser) بقطرها إلى مدينة "تامبا" (Tampa) في "فلوريدا" (Florida) بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث رفعت شركة "زاباتا" (Zapata) في هذه المدينة دعوى مسؤولية، المحكمة العليا الأمريكية عند فصلها في هذا النزاع استعملت عدة حجج لتخلص إلى صحة اتفاق الخضوع الاختياري، حيث قدرت أن حاجات التجارة الدولية تستلزم احترام اتفاقات الخضوع الاختياري¹، لأن توسيع نطاق التجارة والصناعة الأمريكية، والسماح باللجوء إلى محكمة حيادية يعزز إمكانية إبرام عقود دولية مع الأمريكيين، المحكمة العليا لاحظت بعد ذلك أنه في غياب اتفاق الأطراف على محكمة مختصة، سيؤدي إلى حالة عدم تعيين للمحكمة المختصة حين يمكن ان ترفع الدعوى أمام أي قضاء مختص بسبب مكان الحادث، فالأمر يتعلق هنا بالنقل البحري من ولاية "لويزيانا" (Louisian) عبر خليج المكسيك، المحيط الأطلسي والبحر الأبيض المتوسط والبحر الأدرياتيكي، لذلك استبعاد مثل هذه الشكوك من خلال إبرام اتفاق على محكمة معينة من الطرفين هو أمر لا غنى عنه في القانون التجاري الدولي، وأخيرا المكنة الممنوحة للأطراف في اختيار "محكمتهم" ما هي إلا تطبيق للمفهوم التقليدي للحرية التعاقدية، في الأخير المحكمة العليا استنتجت أن شرط الخضوع الاختياري يمثل عنصرا هاما في العقد².

من جهة أخرى وعلى مستوى القانون الاتفاقي، العديد من الاتفاقيات أعطت دورا هاما للإرادة في مجال الاختصاص القضائي، من بين أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في المواد المدنية والتجارية عن البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي³، حيث خصص لاتفاق الخضوع الاختياري مادتين المادة 25 والمادة 26، حيث نصت المادة 25 من هذا التنظيم على أنه: «1. إذا اتفق الأطراف، دون اعتبار لموطنهم على اختصاص محكمة أو عدة محاكم دولة متعاقدة لتفصل في نزاعاتهم الناشئة أو تلك التي يمكن أن

1- Muir Watt Horatia, « La fonction économique du droit international privé », Revue internationale de droit économique, 2010/1 t. XXIV, 1, p. 109.

2- Otto Kahn-Freund, Jurisdiction Agreements: Some Reflections, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris (Oct., 1977). pp. 825-856; P. Guez, thèse préc., pp. 51-52.

3- Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, préc.

تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة، هذه المحاكم هي مختصة...»¹، كما أقر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 2005م اتفاقية دولية خاصة باتفاقات اختيار القاضي²، وتعتبر هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات المتعلقة بشرط الخضوع الاختياري، هذه الاتفاقية قدمت الكثير من الحلول والمبادئ بشأن الخضوع الاختياري سنتطرق إليها خلال هذا الدراسة كلما يستوجب الأمر ذلك³.

على المستوى العربي بعض الدول أقرت بمبدأ الخضوع الاختياري إلا أن هذا الإقرار كان "أعرجاً"، حيث أن هذه الدول أقرت فقط بالاتفاقات المانحة للاختصاص، بمعنى فقط الاتفاقات التي لا تسلب الاختصاص من محاكمها الوطنية، وبهذا تكون قد أعطت شرعية فقط للأثر المانح لاتفاق الخضوع الاختياري دون أثره السالب، فالقانون المصري يتخذ من إرادة الأطراف ضابطاً يمكن أن ينعقد بموجبه الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حيث كرس هذا المبدأ في المادة 32 من قانون المرافعات التي تنص على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً»⁴، هذا النص يدل بوضوح أن المشرع المصري أخذ فقط بالأثر الإيجابي لاتفاق الخضوع الاختياري⁵، وفي نفس النهج المشرع الأردني أيضاً اعترف بقدرة الأطراف على جلب الاختصاص للمحاكم الأردنية من خلال الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون الأصول والمحاكمات المدنية والتي نصت على أنه: « تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً»⁶، القانون اللبناني

1- Article 25: « 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue:...»

2- هذه الاتفاقية وكل الوثائق التي تحيل عليها، يمكن الاطلاع عليها على الموقع الإلكتروني الخاص بمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص (www.hcch.net)، تحت باب « الاتفاقيات » « Conventions »، وتحت فضاء « اختيار المحكمة»، أما فيما يتعلق بالتطور التاريخي الكامل للاتفاقية، أنظر:

- Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Vingtième session (2005), tome III, Élection de for (ISBN 978-9-40000-053-7, Intersentia, Anvers, 2010, p. 871); <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37fr.pdf>, 09-08-2015.

3- انضمت إلى هذه الاتفاقية 29 دولة الى غاية اليوم (09-08-2015)، مع التذكير أن الجزائر لم تنظم لهذه الاتفاقيات، راجع: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=98>, 09-08-2015.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.

5- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 151.

6- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 287-288.

أيضا يجيز للأطراف إدراج اتفاقات الخضوع الاختياري في عقودهم والتي تمنح الاختصاص للمحاكم اللبنانية منذ صدور قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1945م الذي ألغى المادة 85 منه والتي كانت تحظر هكذا اتفاقات¹، نفس الحال في القانون الكويتي حيث تنص المادة 26 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: « تحتص المحاكم الكويتية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا»، أيضا المشرع السوري حيث تنص المادة 08 من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه: « يجوز للمحكمة السورية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها دوليا طبقا للمواد السابقة، إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة أو ضمنا»².

القانون الدولي الخاص التونسي هو الوحيد الذي قبل بمبدأ الخضوع الاختياري صراحة سواء كان جالبا للاختصاص الى المحاكم التونسية أو سالبا لها³، حيث نص في مادته الرابعة: « تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية.»، كما تنص المادة 05 منه على أنه « تنظر المحاكم التونسية أيضا: 2...- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية. ».

فيما يخص الاتفاقات العربية فقد تضمنت اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي نصا على قدر كبير من الأهمية حيث نصت في بابها الأول، القسم الرابع المادة 34 منها على أنه: « في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: ... د). إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها⁴، هذا النص يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك القبول بمبدأ الخضوع الاختياري، أما اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي فقد نصت

1- سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 90 و92.

3- قانون ع. 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998م يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية (الجريدة الرسمية)، س 141، ع 96، 01 ديسمبر 1998م، ص 2392؛ أنظر أيضا:

<<http://www.legislation.tn/sites/default/files/journal-officiel/1998/1998A/Ja09698.pdf>>, 15-09-2014

4- مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

في المادة 28 منها على أنه: «...في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: ...هـ- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق...»¹.

في الأخير يبدو لنا أن الفائدة العملية لفكرة الخضوع الاختياري تبدو ظاهرة للعيان بالرغم من الاعتراضات التي أثبتت ضدها، وإن كنا قد أوجزنا سلفا دراسة وتحليل الدوافع والأسباب التي تستدعي الاعتراف باتفاقات الخضوع الاختياري، سنقوم الآن بالبحث عن موقف المشرع الجزائري منها.

المطلب الثاني: الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في القانون الجزائري.

يبدو أن الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري تثير الكثير من الصعوبات في القانون الجزائري المتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي وذلك بسبب الشكوك الموجودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بهذا الخصوص، لذلك من المناسب بحث مسألة الاعتراف بهذه الفكرة في المجال الداخلي (الفرع الأول)، ثم في المجال الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الداخلي.

المشرع الجزائري على المستوى الداخلي يقبل باتفاقات الخضوع الاختياري، حيث يمكن للأطراف الاتفاق صراحة على عرض نزاعهم أمام جهة قضائية غير مختصة إقليميا يرونها مناسبة لتفصل في نزاعهم، أو الاتفاق ضمينا للخضوع لنفس هذه المحكمة من خلال المتول اختياريا أمامها، هذا ما يؤكد نص المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج: « يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار.»²، ونص المادة 46 من ق.إ.م.إ.ج الذي جاء فيه أنه: « يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا. يوقع الخصوم على

1- مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض، تم الإشارة إليه سابقا.

2- يقابلها نص المادة 48 في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي:

- Article 48: « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.»; v.: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, 05-10-2015.

تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له.¹ هتين المادتين تأكيدان شرعية مبدأ الخضوع الاختياري على المستوى الداخلي، وتسمح بمخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي ما دامت أغلبها ليست من النظام العام، والتي وضعت لحماية المصلحة الخاصة للمتقاضين، والتيسير عليهم¹، في هذا الإطار يلزم المشرع الخصم صاحب المصلحة (الذي وضعت قواعد الاختصاص لمصلحته) التمسك بإثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول حتى لا يسقط حقه، حيث لا يجوز للمحكمة أن تثير الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، هذا ما يبينه نص المادة 47 من ق.إ.م.إ.ج²، فالمدعى عليه إذا مثل أمام محكمة غير مختصة إقليميا وفق قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في القانون الجزائري، يجب عليه إثارة عدم اختصاص هذه المحكمة المائل أمامها قبل الخوض في موضوع النزاع وإلا اعتبر أنه قد قبل ضمينا اختصاصها.

الاجتهاد القضائي الجزائري أكد أيضا على الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في المجال الداخلي³، بل ويؤكد على ضرورة احترام الاتفاق المبرم بشأنه، ففي قضية كانت معروضة على المحكمة العليا تلخص وقائعها في أن شركة ذ.م.م (ج.س.س) طعنت بطريق النقض بتاريخ 1996/04/27م في قرار صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1995/12/04م القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيه الصادر عن محكمة وهران والحكم من جديد بإلغاء عقد التسيير المبرم بين الطرفين حول القاعدة التجارية الموجودة بالمحل التجاري للسيد (ج.م)، حيث جاء في أحد أوجه الطعن أن محكمة وهران غير مختصة إقليميا في هذا النزاع الذي يعود اختصاصه لمحكمة الجزائر وحدها طبقا لبنود العقد المبرم بين الطرفين والذي ينص في مادته السادسة بأن الاختصاص في حالة النزاع حول العقد أو تنفيذه يمنح لمحكمة الجزائر، وأن هذا الدفع بعدم الاختصاص قد تم إثارته أولا وقبل الخوض في الموضوع، أجابت المحكمة العليا بأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من ق.م.ج حيث لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا

1- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 39؛ أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية (دراسة في التنظيم القضائي- الاختصاص-الدعوى-المحاكمة-الأحكام وطرق الطعن فيها-التحكيم)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1989م، ص 125-126 وخاصة الصفحة 131.

2- تنص المادة 47 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول.»

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 160246 الصادر بتاريخ 1998/02/17، تمت الإشارة إليه سابقا.

باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وبما أن الطرفين قد اتفقا على أن تكون محكمة الجزائر هي المختصة عند قيام النزاع بينهما فإن قضاة الاستئناف بإلغائهم الحكم المستأنف فيه الصادر عن القسم التجاري بمحكمة وهران بتاريخ 1994/05/11م القاضي بعدم الاختصاص لم يطبقوا القانون تطبيقا سليما، ويعد ذلك تجاوزا لسلطتهم، وهكذا قامت المحكمة العليا بقبول هذا النقض على أساس هذا الوجه دون مناقشة الوجوه الأخرى. في قضية أخرى أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في صورته الضمنية حيث قضت بأن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، وأنه قانونا يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى¹.

إذا كان الاجتهاد القضائي الجزائري قد أكد على مبدأ الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري فإن تحليل موقف المشرع الجزائري بهذا الخصوص يبين وجود غموض على مستوى القاعدة التي تجيز هذا المبدأ، فالمادة 46 تتكلم عن مبدأ الخضوع الاختياري في صورته الضمنية، أي عندما يمثل المدعى عليه في دعوى رفعها ضده خصمه المدعي؛ أمام محكمة غير مختصة إقليميا ويبدأ في الكلام في الموضوع دون أن يدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة، ما يميز هذه المادة أنها تشترط تقديم طلب إلى القاضي المعروض عليه النزاع، وهنا يطرح السؤال: هل تدخل القاضي يعتبر عاملا حاسما في قبول هذا الاختصاص، هل يجب إخضاع صحة اتفاق الخضوع الاختياري للتصديق من طرف القاضي المعين عن طريق اتفاق الأطراف؟ هذا السؤال يقودنا إلى استحضار نظرية العقد القضائي المعروفة لدى الفقه الفرنسي، الذي يعرف العقد القضائي بأنه كل اتفاق إرادي بين الأطراف يعين وجوده القاضي²، بمعنى أن وجود هذا العقد القضائي يعتمد على المعاينة الصريحة من طرف القاضي الذي يتحقق من وجود الالتزام المتبادل بين الطرفين، هذا العقد القضائي يمثل التعبير عن إمكانية الأطراف التصرف بكل حرية في حقهم في الدعوى القضائية، كتنازل الطرفين مثلا عن كل أو بعض من حقهم في الدعوى، أو الاتفاق على تعليق الخصومة أو التنازل عنها اتفاقيا³.

في الحقيقة يبدو لنا أن فعالية اتفاق الخضوع الاختياري لا تعتمد على الاعتراف الصريح بها من طرف القاضي، ولو كان الأمر عكس ذلك لكن يجب على القاضي أن يعلن عدم اختصاصه تلقائيا،

1- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 55818 الصادر بتاريخ 1989/01/08، المجلة القضائية، ع. 04، 1990م، ص 99.

2- Y. MULLER, thèse préc., n° 3.

3- Ibid., n° 4.

غير أنه لا يمكنه فعل ذلك عندما يتعلق الأمر بالاختصاص المحلي، وهذا يعني أن القاضي ليس بحاجة لمعينة اتفاق الأطراف، وإن كان هناك من يعارض هذا الاختصاص، فإنه الطرف الذي تقررت الحماية لمصلحته، والذي يستوجب عليه إثارة عدم اختصاص المحكمة قبل الخوض في الموضوع، أضف إلى ذلك أن اشتراط موافقة القاضي على اتفاق الأطراف يؤثر على المرونة التي يتصف بها الشرط المانع للاختصاص، ولهذا السبب لا يجب أن يكيف كعقد قضائي¹.

من جهة أخرى الغموض الذي تعرفه المادة 46 من ق.إ.م.إ.ج يزداد تعقيدا عند قراءة المادة 45 من نفس القانون، هذه المادة تنظم اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة، حيث يمكن للأطراف ادراج شرط في العقد يعين محكمة غير مختصة إقليميا لتفصل في نزاعهم الناشئ أو المحتمل النشوء، غير أنها تمنع هذا النوع من الاتفاقات إن لم تكن معقودة بين طرفين لهما صفة التجار، هذا الحظر يبدو للوهلة الأولى أنه يخلق نوعا من التناقض بين نص المادة 45 والمادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمشرع من جهة في المادة 46 يجيز اتفاقات الخضوع الاختياري بين الأطراف بغض النظر عن صفتهم، ومن جهة أخرى في المادة 45 يقصر ابرام هذه الاتفاقات على فئة التجار، هذا التناقض يطرح كثيرا من الغموض حول موقف المشرع الجزائري اتجاه مبدأ الخضوع الاختياري ويمكن أن يفسر موقفه الى عدة تفسيرات.

يمكن أن يفهم أن المشرع الجزائري يقبل باتفاقات الخضوع الاختياري المعقودة فقط بين الأطراف الذين لهم صفة التاجر، حيث أن المادة 45 تنظم اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة، بينما المادة 46 تتعلق باتفاقات الخضوع الاختياري الضمنية، كما يمكن القول أن المشرع الجزائري يجيز اتفاقات الخضوع الاختياري الضمنية فقط بين الاطراف مهما كانت صفتهم، بينما يمنع اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة إن لم تكن بين طرفين لهما صفة التاجر، وربما أن المشرع الجزائري أراد أن يسمح للأطراف بإبرام اتفاقات الخضوع الاختياري في المجال الداخلي، وأراد أن يمنعها في المجال الدولي بإدراجه نص المادة 45 عندما تكون هذه الاتفاقات بين أطراف ليست لهم صفة التاجر، وقد يفهم موقف المشرع الجزائري أيضا على أنه أراد أن يعترف بمبدأ الخضوع الاختياري، غير أنه أراد أن يقصره في إطار العقود على التجار، أما خارج العقود فهي جائزة مهما كانت صفة الطرف سواء كان تاجرا أو غير

1- P. Guez, thèse préc., p. 35.

تاجر¹، كما يمكن القول أن المشرع الجزائري يقبل اتفاقات الخضوع الاختياري المبرمة فقط بين التجار، وأن المادة 46 تتناقض مع المادة 45 والتي ربما كان من المفروض أن المشرع الجزائري عند إصداره قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؛ أن يلغيها تماما غير أنه أغفل ذلك²، ويبدو أن هذا الرأي هو الأقرب للصواب حيث يبدو حسب رأينا أن المشرع الجزائري أراد من خلال تضمين نص المادة 45 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاعتراف بمبدأ الخضوع الاختياري في المجال الداخلي من جهة ومن جهة أخرى منع هذا النوع من الاتفاقات بين الأطراف التي ليس لها صفة التاجر حماية للطرف الضعيف خاصة في عقود الإذعان، كالعقود المبرمة مع المستهلكين³.

وإن كنا قد انهيينا تحليل الموقف المتخذ اتجاه مبدأ الخضوع الاختياري على المستوى الداخلي، يجب الآن البحث عن موقف المشرع الجزائري اتجاه هذا المبدأ في العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

الفرع الثاني: مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الدولي.

القانون الدولي الخاص الجزائري لا يتضمن قواعد واضحة تخص الاختصاص القضائي الدولي، فمنذ صدور قانون الإجراءات المدنية القديم سنة 1966م⁴، تم تخصيص مادتين فقط تتعلقان بالاختصاص القضائي الدولي هما المادة 10 والمادة 11، وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد سنة 2008م، اكتفى المشرع فقط بإعادة تكرار هاتين المادتين في نص المادة 41 والمادة 42 منه، هذان النصان يرجع أصلهما الى القانون الفرنسي حيث تم استئساخهما عن المادة 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، الذي بدوره لم يخصص غير هاتين المادتين الوحيدتين للاختصاص القضائي الدولي⁵.

تنص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: « يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ

1- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، الطبعة الثالثة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2011م، ص 97.

2- عبد الرزاق دربال، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 21-22 أفريل 2010م.

3- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 97؛ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 39.

4- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر، ع. 47، مؤرخة في 09 يونيو 1966، ص 582.

5- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 18؛ اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هوم، الجزائر، 2006م، ص 17.

الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائرين.¹، أما المادة 42 فتتص على أنه: « يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي. »²، حسب المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فان القضاء الجزائري يكون مختصا دوليا كل مرة يكون فيها الجزائري مدعي (المادة 41) أو مدعى عليه (المادة 42)، بينما تستبعد مسألة اختصاص القضاء الجزائري عندما لا يكون أي جزائري طرفا في النزاع.³

بتخصيصه مادتين فقط تتعلقان بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية يكون القانون الجزائري قد أبان عن قصوره في هذا المجال، وهذا ما أثر على الاتفاقات المانحة للاختصاص، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يعطي أي مكان لنص ينظم هذه الاتفاقات في المجال الدولي، فهل يعني هذا أن المشرع الجزائري يرفض الاعتراف بمبدأ الخضوع الاختياري في المجال الدولي؟

للإجابة على هذا السؤال يجب علينا من بين أمور أخرى التوجه صوب الفقه والقضاء الفرنسي نظرا للتشابه الكبير في هذه المسألة، هذه المقارنة بالقانون الفرنسي تبدو طبيعية لاعتبارات واضحة تتمثل كما سبق الإشارة إليه إلى أن نص المادتين 41 و 42 من ق.إ.م.إ.ج تم نقلهما عن المادة 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي منذ صدور قانون الإجراءات المدنية القديم سنة 1966م، ليس هذا فحسب بل تم أيضا نقل نص المادة 45 التي تحظر اتفاقات الخضوع الاختياري إن لم تكن بين التجار عن المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 05 ديسمبر سنة 1975م والمعمول به من أول يناير 1976م، حين إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد سنة 2008م، أضف الى ذلك أن القانون الدولي الخاص الجزائري اعتمد نفس نهج المشرع الفرنسي بسكوته كلية عن تحديد القواعد

1- تقابلها المادة 14 من القانون المدني الفرنسي:

- Article 14: « 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 tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.»; v.: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, 05-10-2015.

2- تقابلها المادة 15 من القانون المدني الفرنسي:

- Article 15: « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.»; v.: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, 05-10-2015.

3- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 18.

العامة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية سواء في ظل قانون الاجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹، وعلى ضوء ما تقدم سندرس أولاً موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة (الفقرة الأولى)، ثم نبحت عن الحلول الممكنة في القانون الجزائري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف القضاء الفرنسي.

يتميز النظام القضائي الفرنسي بسكوته عن تحديد القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، باستثناء المادة 14 و15 من القانون المدني التي لا تتعلق إلا بالنزاع الذي يكون فيه أحد الأطراف يحمل الجنسية الفرنسية، من جهة أخرى كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يفسر هذين المادتين تفسيراً ضيقاً، فمنذ وقت طويل كان يستخلص عدم اختصاص القضاء الفرنسي في النزاعات التي تقوم بين الأجانب².

هذا الموقف انعكس سلبياً على مسائل اتفاق الخضوع الاختياري، ففي أوائل القرن التاسع عشر كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يظهر أكثر تحفظاً عندما يتم تعيين النظام القضائي الفرنسي من طرف الأجانب، حيث كان يعتبر بأن القضاء الفرنسي المعين ليس هناك ما يجبره على الفصل في نزاع بين أجنبيين، لأن قضاء الدولة وجد لإقامة العدل بين الوطنيين فقط، فهو امتياز خاص منح للوطنيين دون الأجانب³، حتى ولو وافق هؤلاء بإرادتهم على أن يتقاضوا أمام محكمة فرنسية، فإن لهذه المحكمة الخيار في أن تقضي بينهما أو ترفض ذلك⁴.

موقف القضاء هذا انتقد بشدة من طرف الفقه⁵، الذي قدم عدة حجج تبرر هذا النقد، كانت أولى هذه الانتقادات تعتبر موقف القضاء الفرنسي متناقضاً، فكيف يعقل من جهة أن يتم منح حقوق للأجانب في فرنسا، ومن جهة أخرى لا تعطى لهم الوسيلة القضائية لحماية هذه الحقوق، كما انتقد هذا الموقف على أساس أنه يتضمن مساساً بقواعد العدالة، فعندما يرفض القضاء الفرنسي الفصل

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص 188.

2- المرجع نفسه، ص 189؛ راجع أيضاً:

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, Droit international privé, 10^e éd., Dalloz, 2013, n^{os} 695 et s.

3- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 18.

4- Civ. 17 juill. 1826, D.P. 1826.1.418, S. 1827.1.13; Cass. Req., 2 avr. 1833, D.P. 1833.1.250., S. 1833.1.435; Cass. Civ., 14 mai 1834, D.P. 1834.1.245.

5- حبار محمد، المرجع السابق، ص 189.

في نزاع نشأ في فرنسا طرفاه أجنبيان فذلك من شأنه أن يمس بمبدأ الحق في التقاضي المعتمد في فرنسا، انتقاد آخر وجه لموقف القضاء الفرنسي في هذه المسألة، يركز أساسا على أن هذا الموقف يهدد الأمن المدني الفرنسي، ومثال ذلك أن يهمل أب أجنبي أولاده الأجانب المقيمين في فرنسا، وعندما يرفع هؤلاء دعوى نفقة ضد والدهم سيعلن القضاء الفرنسي عدم اختصاصه، وهذا ما يؤدي بوضع هؤلاء الأبناء في وضع اجتماعي صعب يؤدي بهم الى ارتكاب أفعال تمس بالأمن المدني الفرنسي.

بسبب الانتقادات الشديدة الموجهة للقضاء الفرنسي بدأ هذا الأخير بالتخلي تدريجيا عن موقفه الراض للفصل في النزاعات التي تقوم بين الأجانب في القرن العشرين¹، غير أن هذا التخلي تم تكريسه بصفة نهائية عندما قررت محكمة النقض في قرار "باتينو" (Patino) عدم التمسك بمبدأ عدم الاختصاص في النزاعات التي تقوم بين الأجانب²، ويرى بعض الكتاب الفرنسيين أن هذا التطور كان مهما خاصة فيما يخص اتفاقات الخضوع الاختياري، فمبدأ عدم الاختصاص في النزاعات التي تقوم بين الأجانب يترك للقاضي حرية التخلي عن النزاع بحجة أن اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعينه تم إبرامه بين أطراف لها جنسية أجنبية، ومن هنا يثبت أنه ضار في نتائجه، فوجود هكذا اتفاق يفترض بالتأكيد توطين العناصر الأساسية للنزاع في فرنسا كتوطن على الأقل أحد أطراف العقد في فرنسا، أو أن فرنسا هي مكان تنفيذ العقد الخ...، فالسماح تحت هذه الظروف للمحاكم الفرنسية لكي لا تفصل في النزاع، بمعنى آخر إحالة المتقاضين إلى محكمة أجنبية، هو تجاهل لمصالح المتقاضين ويمكن أن يؤدي إلى إنكار للعدالة، خاصة إذا اعتبرت المحكمة الأجنبية الاتفاق بأنه صحيح، احترام التوقعات الشرعية للأطراف تفرض وبكل فعالية أعمال اتفاق الخضوع الاختياري سواء كان القاضي المعين فرنسي أو أجنبي، ومهما كانت جنسية المتقاضين³.

إزاء هذا النقص المسجل في التشريع الفرنسي الخاص بنظام الاختصاص القضائي الدولي، المُشكّل فقط من المواد 14 و15 من القانون المدني، تم دفع الاجتهاد القضائي الفرنسي للعب دور مهم في وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، من خلال توسيع حالات عرض النزاع على المحاكم الفرنسية، خاصة عندما لا يكون أي فرنسي طرفا في النزاع، فقد اضطر القضاء الفرنسي إلى التدخل

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 18.

2- V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op.cit., n° 695.

3- P. Guez, thèse préc., p. 44.

لوضع قاعدة هامة تتمثل في تمديد أحكام قواعد الاختصاص المحلية الداخلية لتحكم العلاقات الدولية، بمعنى أن الاختصاص الدولي يتحدد عن طريق تمديد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي إلى المجال الدولي، وهكذا فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست سوى تطبيق لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، هذه القاعدة تم تكريسها بحكمين شهيرين هما حكم "بيلاسا" (Arrêts Pelassa)¹ الصادر بتاريخ 19/10/1959م عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية التي صرحت فيه بمد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي ليتم تطبيقها في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، وحكم "شيفل" (Arrêt Scheffel)² الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 30/10/1962م الذي أكد المبدأين الهامين وهما³: أن كون طرفي النزاع من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص القضاء الفرنسي بنظر هذا النزاع، وأنه يتم استخلاص قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من قواعد الاختصاص المحلي الداخلية⁴.

بإقرار الاجتهاد القضائي الفرنسي للمبدأ الذي ينص على أن كون طرفي النزاع من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص القضاء الفرنسي بنظر هذا النزاع، وأنه يتم استخلاص قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من قواعد الاختصاص المحلي الفرنسي الداخلية؛ يكون الاجتهاد القضائي قد اعترف صراحة بأن الاختصاص القضائي الفرنسي يمكن أن يؤسس ليس فقط على روابط شخصية (الجنسية الفرنسية) بين واحد من المتقاضين على الأقل والمحكمة الفرنسية، ولكن أيضا على روابط اقليمية (موطن المدعى عليه للدعوى الشخصية، مكان وجود المال...)، وهكذا برز تنافس ما بين ضابط الجنسية والضوابط الأخرى للاختصاص المحلي مما دفع للتساؤل حول العلاقة بينها، هل هي تناوبية، تلعب دورها بحسب رغبة المدعي أو سُلْمية الواحدة لا تلعب دورها إلا عندما لا تؤدي الأخرى إلى اختصاص القضاء الفرنسي؟ وفي هذه الحالة ما هو الضابط المفضل على الآخر؟ هل تعتبر ضوابط

1- Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1959, Pelassa, D. 1960, p. 37, note G. Holleaux.

2- Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 1962, Scheffel, Bull. 1962 I n° 449 p. 385 ; RCDIP 1963 p. 387, note Francescakis; D. 1963, p. 109, note G. Holleaux.

3- Arrêt Scheffel du 30 octobre 1962 qui rappelait « que 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 interne ».

4- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009م، ص 373؛ حبار محمد، المرجع السابق، ص191.

الاختصاص المحلية بديلة بالنسبة لضابط الجنسية ولا يمكنها أن تتدخل إلا عندما لا يمكن تأسيس الاختصاص القضائي الفرنسي على الجنسية الفرنسية؟ أو بالعكس يجب اعتبار القواعد المؤسسة للاختصاص على أساس ضابط الجنسية الفرنسية لأحد المتقاضين ليست إلا قواعد احتياطية لا تتدخل إلا بشرط عندما لا يمكن للاختصاص الفرنسي أن يتحقق وفق رابط إقليمي ذو صلة بين النزاع والقضاء الفرنسي، الاجتهاد القضائي الفرنسي أجاب على هذه المسألة من خلال إلزام القاضي ترجيح الروابط المحلية على الروابط الشخصية المنصوص عليها في المادة 14 و15 عند تأسيسه اختصاصه¹، وبهذا تكون هاتان المادتان لهما صفة احتياطية فقط في مقابلة القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي المتمثلة في قواعد الاختصاص الداخلي².

الفقرة الثانية: حكم المسألة في القانون الجزائري.

في مواجهة النقص التشريعي المسجل على مستوى الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية تم دفع القضاء الجزائري للتدخل لسد هذا النقص معتمدا نفس الحل الذي أخذ به القضاء الفرنسي، ففي ما يخص إمكانية الأجانب للتقاضي أمام المحاكم الجزائرية عندما لا يكون أي جزائري طرفا في النزاع فقد أعلن القضاء الجزائري اختصاصه القضائي الدولي بنظر هذه المنازعات من خلال حكمين قضائيين³، الحكم الأول سبق إصداره عن محكمة استئناف الجزائر العاصمة بتاريخ 19/01/1966م حيث أكد على إمكانية الأجانب رفع دعوى أمام القضاء الجزائري وأن هذه المسألة تعتبر لصيقة بقانون الشعوب، وهي ليست حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم وليرتب على ذلك بأنه لا يوجد في القانون الجزائري أي نص قانوني يمنع الأجانب من عرض دعواهم أمام القضاء الجزائري سواء بصفتهم مدعين فيها أو بصفتهم مدعى عليهم فيها، وكون أن طرفي الدعوى من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية، أما الحكم الثاني الذي صدر عن محكمة قسنطينة بتاريخ 20/04/1972م فقد أكد بدوره على أن جهات القضاء الجزائري تبقى مختصة بالفصل في الدعوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه الأجنبي موطنا أو محل إقامة بالجزائر، حيث جاء في هذا القرار أنه: « مادام الثابت من عناصر الملف أن للمدعى عليه (الأجنبي) موطنا

1- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op. cit., n^{os} 697 et s.

2- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 19.

3- قرارين مشار إليهما من طرف الدكتور حبار محمد، راجع: حبار محمد، المرجع السابق، ص 191-192.

بالجزائر باعتباره يمارس بها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن الثلاث سنوات السابقة لتاريخ قيد الدعوى ضده (من طرف مدعي أجنبي) فإن ذلك يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي (الدولي) بالفصل في هذا النزاع المعروض أمامها».

ولمواجهة خلو القانون الجزائري من قواعد تحكم الاختصاص القضائي الدولي، قام القضاء الجزائري باستخلاص هذه القواعد من الأحكام المتعلقة بالاختصاص المحلي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية السابق والمنصوص عليها في المادة 08 وما بعدها من هذا القانون، هذه الأحكام هي المنصوص عليها اليوم في المادة 37 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر سنة 2008م، فليس هناك في القانون الجزائري ما يمنع من تبني ما انتهى إليه الفقه والقضاء في فرنسا بخصوص هذه المسألة، وعليه فإن هذا التمديد لقواعد الاختصاص الإقليمية يفترض أن تكون المحاكم الجزائرية مختصة بنظر النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا كل مرة يكون فيها أحد عناصر النزاع الأساسية موجودا في الجزائر، فاستلاف عناصر الربط المستعملة من طرف القانون الداخلي تسمح بتركيز النزاع الدولي في النظام القضائي الجزائري إذا كان هذا العنصر يتحقق في الجزائر، وعكس ذلك إذا كانت عناصر النزاع غير محققة في الجزائر فإن الاختصاص لن يكون معقودا لها¹، فمثلا تكون المحاكم الجزائرية مختصة بنظر النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الجزائر طبقا لنص المادة 37 من ق.إ.م.إ.ج، وتختص المحكمة أين يوجد موقع المال طبقا للقاعدة المنصوص عليها في المادة 39 الفقرة 01، لأنها هي المحكمة التي لها القدرة على اتخاذ كل الإجراءات التي قد يتطلبها الفصل في النزاع المتعلق بالمال المتنازع بشأنه، كإجراء خبرة قضائية بشأن هذا المال، أو اتخاذ إجراءات الحجز التحفظي أو الحجز التنفيذي... الخ²، وما يلاحظ هنا أنه إذا كانت قواعد الاختصاص الإقليمي تحدد لنا المحكمة المختصة داخل النظام القضائي الجزائري، فإنه عند نقلها إلى المجال الدولي بصفتها قواعد اختصاص دولي تغير من وظيفتها حيث تبين لنا فقط إذا كان النظام القضائي الجزائري مختصا أم لا دون أن تتعدى ذلك لتقوم بعقد الاختصاص لقضاء أجنبي آخر³، لكن ماذا عن اتفاق الخضوع الاختياري؟

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

2- حبار محمد، المرجع السابق، ص 193.

3- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22.

بالنسبة لمبدأ الخضوع الاختياري وإعماله في المجال الدولي، يبدو لنا أن شرعية هذا المبدأ في الجزائر ثابتة، يدعمها في ذلك عدة اعتبارات، من بين هذه الاعتبارات هي الاتفاقات الدولية التي تعتبر من بين أهم النصوص التي عبرت فيها الدولة الجزائرية عن قبولها لمبدأ الخضوع الاختياري، ومن أهم هذه الاتفاقيات¹ اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي التي نصت في بابها الأول، القسم الرابع المادة 34 منها على أنه: « في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: ... د) إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها. هـ) إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع»²، هذه المادة تبين جليا مبدأ قبول الخضوع الاختياري في صورته الضمنية (فقرة هـ) والصريحة (فقرة د)، هذا ما تم تقريره أيضا في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي فقد نصت في المادة 28 منها على أنه³: «... في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية: ... هـ- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق [اتفاق الخضوع الاختياري في صورته الصريحة] على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق، و- إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع [اتفاق الخضوع الاختياري في صورته الضمنية]،...»، ليس هذا فحسب ولكن بانضمام الجزائر الى اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة باعتماد القرارات

1- توجد اتفاقيات أخرى تنص على مبدأ الخضوع الاختياري نذكر منها: الاتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 17 منها الفقرة "ج" و"د": (مرسوم رئاسي رقم 64-06 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا، موقعة بمدريد في 24 فبراير سنة 2005، ج.ر، ع. 08، سنة 2006م، ص14).

2- مرسوم رئاسي رقم 94-181 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، تم الإشارة إليه سابقا.

3- مرسوم رئاسي رقم 01-47 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض، تم الإشارة إليه سابقا.

التحكيمية وتنفيذها¹، تكون قد وافقت على مبدأ دور الإرادة في سلب اختصاص القضاء الجزائري بشأن بعض المنازعات لتعهد به لقضاء خاص وفقا لإرادة الأطراف، ومن هنا فمن باب أولى يجب أن يسمح لإرادة الأطراف في اتفاق الخضوع الاختياري على منح الاختصاص لمحاكم دولة أخرى يثبت لها صفتها القضائية الخالصة، فالإرادة هي ذاتها في كلا الاتفاقين (اتفاق التحكيم واتفاق الخضوع الاختياري) فالمعطيات التي يتأسس عليها القول بمشروعية اتفاق التحكيم واتفاق اختيار القاضي هي واحدة، أضف إلى ذلك أن اتفاق الخضوع الاختياري لا يخلق اختصاصا جديدا كالتحكيم وإنما فقط ينقله لجهة قضائية أخرى².

اعتبار آخر يبرر قبول مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري، فإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي امتداد لقواعد الاختصاص الاقليمي الداخلية والتي في أغلبها ليست من النظام العام، فإنه يحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها، حيث يصح الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه أو على جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه³، وهكذا فعند نقل نص المادة 37 و39 من ق.إ.م.إ.ج الى المجال الدولي، فمن المحتمل أن المعايير المعتمدة من قبل هذين النصين (موطن المدعى عليه، ومكان تمرکز الوضعية القانونية) يمكن أن يعين أحدها نظاما قضائيا أجنبيا بينما يعين الآخر النظام القانوني الجزائري، وهذا ما يعني أن النظام القضائي الجزائري لم يعد يتمتع بالاختصاص الانفرادي، وما من شيء يمنع لاعتبارات الملائمة من اختيار محكمة تابعة لنظام قضائي ثالث، وعليه لا يوجد ما يمنع في القانون الجزائري من قبول مبدأ الخضوع الاختياري خاصة وأن الحالات المعددة في المادة 37 و39 هي ذات مصلحة خاصة⁴.

بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري هي قليلة تلك القرارات التي تتعلق باتفاق الخضوع الاختياري، مع ذلك يبدو أن الاجتهاد القضائي في الجزائر كان مترددا حول الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري حيث نجد أنه كان يرفض هذا المبدأ تماما في المجال الدولي، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا

1- مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 05 نوفمبر سنة 1988م، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958م، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر، ع. 48، سنة 1988م.

2- أنظر في هذا المعنى: موحد إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 25؛ محمد الروبي، المرجع السابق، ص 44 و95-96.

3- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 28.

4- موحد إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 25.

تم إبطال اتفاق خضوع اختياري مدرج ضمن وثيقة الشحن على أساس مبدأ سلطة الدولة والعدالة الجزائرية¹، ومخالفة المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية (المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج) التي تنص على جواز استدعاء الاجنبي أمام المحاكم الجزائرية، وكذلك مخالفة المادة 745 من القانون البحري²، التي تنص على أن محكمة ميناء التفريغ هي المختصة، والمادة 12 من الدستور الجزائري التي تكرس مبدأ السيادة الإقليمية³، هذا القرار يبدو أنه يخلط ما بين الاختصاص الجوازي المنصوص عليها في المادة 10 من ق.إ.م.إ.ج وقواعد الاختصاص القضائي العادية، حيث أن نص المادة 10 يمكن الخروج عنه فهو ليس من النظام العام كما سنبينه لاحقا، أما بالنسبة للمادة 12 من الدستور فقد أشرنا سابقا الى أن قواعد الاختصاص القضائي لم يضعها المشرع لمواجهة اختصاص الدول الأخرى، وأن السماح في بعض الأحوال للأطراف عن الخروج عن قواعد الاختصاص المحلية لا يمس بسيادة الدولة مثل ما هو الحال عند السماح للأطراف باختيار قانون دولة ما ليطبق على عقدهم.

في قرار آخر صادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا تم التأكيد فيه على الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري ضمنا حين اشترطت المحكمة العليا قبول اتفاق الخضوع الاختياري من طرف المرسل إليه في وثيقة الشحن البحري حتى يكون نافذا⁴، في هذه القضية قامت شركة "سلومان نتون" بالظعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضائي الجزائر العاصمة الصادر في 05 أكتوبر 2008م الذي

- 1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 120612 الصادر بتاريخ 1994/09/27، المجلة القضائية، ع. 01، 1995م، ص 182.
- 2- التي تنص على أنه: « ترفع القضايا التي تتعلق بعقد النقل البحري أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا حسب قواعد القانون العام. كما يمكن أن ترفع أمام المحكمة التي يوجد فيها ميناء شحن البضائع أو أمام محكمة ميناء التفريغ إذا كان في التراب الوطني »، نشير هنا الى ان الفقرة الثانية من هذه المادة لم يتم ذكرها في النص العربي، بينما نص عليها في النص الفرنسي على الشكل التالي: «...Elles peuvent, en outre, être portées devant la juridiction du port de chargement ou devant la juridiction du port de déchargement, si celui-ci est situé sur le territoire national ».
- راجع: الامر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، ج.ر.ع. 29، المؤرخة في 10 ابريل سنة 1977م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998، ج.ر.ع. 47، 1998م.
- 3- تنص المادة 12 من الدستور الجزائري لسنة 1989م على أنه: « تمارس سيادة الدولة على مجالها البري، ومجالها الجوي، وعلى مياهاها. كما تمارس الدولة الصلاحيات التي يقرها القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع اليها. »، مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989م، ج.ر.ع. 09 المؤرخة في 01/03/1989م، ص 234، راجع أيضا: سهيلة قمودي، مجال السيادة البحرية الجزائرية حسب المادة 12 من دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، ع. 04، مارس 2008، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 242.
- 4- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 661705 الصادر بتاريخ 2010/06/03، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2012م، ص 173.

ألغى حكم محكمة سيدي احمد المؤرخ في 11 فيفري 2004م والذي قضى عليها بأداء تعويضات للشركة الجزائرية لتأمينات النقل "كات"، أحد أوجه الطعن المقدمة من طرف شركة "سلومان نتون" تطرق لعدم اختصاص المحكمة الجزائرية بدعوى أن الطرفين اتفقا على اختصاص محكمة "بريمن" بألمانيا وأن القانون البحري يسمح للطرفين باختيار المحكمة المختصة، وأن المرسل إليه طرف في عقد النقل، أجابت المحكمة على هذا الطعن بأن المرسل إليه لم ييدي قبوله لبند الاختصاص المحلي الوارد في وثيقة الشحن لأنه لم يستلم البضاعة وقدم تحفظاته بشأن السلعة وقت التفريغ، وهذا دليل على عدم قبوله لشرط الاختصاص، إذن في هذا القرار وبمفهوم المخالفة لو ان المرسل اليه قبل بوثيقة الشحن عند التسليم يكون قد وافق على شرط الاختصاص الممنوح لمحكمة بريمن الألمانية، وهذا دليل لقبول الاجتهاد القضائي التوجه نحو الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري.

بناء على ما تقدم وكما اسلفناه سابقا، ليس هناك في القانون الجزائري ما يمنع من تبني ما انتهى إليه الفقه والقضاء في فرنسا بخصوص تمديد قواعد الاختصاص الاقليمي الداخلية إلى المجال الدولي، وهكذا بالنسبة لمبدأ الخضوع الاختياري وإعماله في المجال الدولي، فإننا نرى أنه من الاحسن عدم نقل المبدأ المنصوص عليه في المادة 46 الفقرة 01 من ق.إ.م.إ.ج الذي يميز اتفاقات الخضوع الاختياري إلى المجال الدولي، خلافا لما يراه بعض الفقهاء¹، هذه المادة كان من المفروض أن يتم إلغائها من طرف المشرع الجزائري كما بيناه سابقا، خلال اصداره قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد سنة 2008م، هذه المادة وجودها يخلق تناقضا مع المادة 45 من نفس القانون، المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج هي التي من المفروض أن يتم نقلها للمجال الدولي، خاصة في ظل عدم وجود قواعد قانونية جزائرية واضحة تحمي الطرف الضعيف في المجال الدولي²، هذه المادة تميز اتفاقات الخضوع الاختياري في المجال الداخلي إذا كانت معقودة بين التجار، ومع ذلك يجب من جهة أخرى عند نقل هذه المادة العمل على ملائمتها لتحكم العلاقات ذات العنصر الاجنبي، ومن جهة أخرى هذا النقل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار مسألة مهمة والتي تتعلق بطبيعة الاختصاص القضائي الجزائري حيث لا يمكن لمثل هذه الاتفاقات أن تخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام³.

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 28؛ حبار محمد، المرجع السابق، ص 194-195.

2- هذا ما سنبينه عندما نتكلم عن حماية الطرف الضعيف ضد اتفاقات الخضوع الاختياري.

3- حبار محمد، المرجع السابق، ص 221.

نص المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج يتعلق بشرط الخضوع الاختياري، وكما اشرنا إليه فإن المشرع أدرجها لتكون مانعا أمام إدراج شرط الخضوع الاختياري في كثير من الأحيان في عقود الإذعان، نقل نص هذه المادة كما هو الى المجال الدولي سيخلق الكثير من الصعوبات، بسبب طابعها المحدد حيث تنص المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار.» تمديد هذا النص إلى العلاقات الدولية ينتج عنه تحديد مجال اتفاق الخضوع الاختياري، حيث سيخلق قاعدة مؤداها أن كل شرط يخرج عن القواعد التي تعين محاكم النظام القضائي الجزائري هي غير شرعية إلا إذا أبرمت بين التجار، من هنا جاءت الحاجة لمعالجة هذه المسألة، التي تم مناقشتها بقوة في فرنسا عند دخول قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد حيز التنفيذ¹، مجموعة قليلة من الفقهاء الفرنسيين ترى أن المادة 48 من ق.إ.م.إ.ج يجب أن تمدد إلى المجال الدولي، وذلك ارتكازا على المبادئ المقررة من طرف قرار "بيلاسا وشيفل" (Pelassa et Sheffel)، باعتبار خاصة أن الأسباب التي استوتحتها كحماية المستهلكين أغلبها موجودة بكثرة في العلاقات الدولية، غير أن جانب آخر من الفقه يرى بأن المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية التي تقابلها المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لا تستهدف إلا الاشتراطات التي تخرج عن الاختصاص المحلي الداخلي، ولا ينبغي بالنتيجة أن توجه إلى قواعد الاختصاص الدولي التي أساسها قواعد الاختصاص المحلي، حيث أجمع الفقه في فرنسا على عدم نقل نص المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي المقابلة للمادة 45 من ق.إ.م.إ.ج إلى المجال الدولي²، وذلك لأن الأسباب التي أوجدت هذا النص في القانون الداخلي من حماية المستهلك أو الطرف الضعيف لا وجود لها في المعاملات ذات الطابع الدولي، غير أنه يبدو أن هذه الحجج مبالغ فيها إلى حد ما، فعقود الإذعان بدون شك موجودة في المجال الدولي غير أنها قليلة³، ولكن هذا لا يعني غياب

1- P. Guez, thèse préc., p. 60.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 143؛ أنظر أيضا:

- H. Gaudemet-Tallon, La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile: aménagement ou bouleversement ?, Rev. crit. DIP 1977, pp. 30 et s.

3- H. Gaudemet-Tallon, article préc., p. 33.

كل حماية للطرف الضعيف، وأحسن دليل على ذلك الحماية التي توفرها له اتفاقية بروكسل، والتي تحد بصراحة من اتفاقات الخضوع الاختياري في العقود المبرمة مع المستهلك المؤمن والأجير¹.

الاجتهاد القضائي في فرنسا رفض التمديد حتى الملائم للمادة 48 من ق.إ.م للعلاقات الدولية²، هذا ما قرره محكمة النقض في قرار "سورلك" الشهير (C.S.E.E. c/ Sorelec)³، في هذه القضية، شركة "سورلك" (Sorelec) الفرنسية أبرمت عقد مقاوله في 12 جويلية و30 أوت 1979م مع أمانة اللجنة الشعبية العامة للتعليم في ليبيا، يتعلق هذا العقد المبرم بين الطرفين بأن تقوم الشركة الفرنسية ببناء العديد من المدارس والمسكن في ليبيا، تم الاتفاق في هذا العقد أيضا على ان القانون المطبق على تفسير وتنفيذ العقد هو قانون الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية، كما ينص على أن جميع المنازعات المتعلقة بهذا العقد تخضع لاختصاص القضاء الليبي.

بعد ذلك عقدت شركة "سورلك" (Sorelec) في 18 أكتوبر 1979م مع شركة فرنسية أخرى تسمى "شركة الإشارات والمقاولات الكهربائية" (C.S.E.E.) عقد يجمع المقاولتين بموجبه اتفقت الشركتان على أن ينجزا مناصفة الأعمال التي تعهدت بها شركة "سورلك" (Sorelec) في ليبيا، هذا العقد ينص صراحة على أنه يخضع للقانون الليبي وأن النزاعات التي يمكن أن تنتج عنه تخضع للقضاء الليبي، تبعا للخلافات التي ظهرت بين الشركتين الفرنسييتين، طلبت شركة "سورلك" (Sorelec) من القضاء الليبي أن يقوم بتعيين خبير محلي، وهو ما حصلت عليه فعلا في 18 أبريل 1984م، من جهتها "شركة الإشارات والمقاولات الكهربائية" (C.S.E.E.)، التي قدرت بأن شركة "سورلك" (Sorelec) لم تنفذ كل التزاماتها حيث قامت بالاحتفاظ في حسابها الخاص بالأموال المدفوعة من طرف المنظمة الليبية عوضا عن دفعها في الحساب المشترك للشركتين؛ قامت بعرض النزاع على رئيس محكمة باريس التجارية بصفته قاضي الامور المستعجلة ليأمر بإجراء خبرة، هذه الدعوى تم رفضها بسبب أنها تؤدي إلى تقدير صحة وتنفيذ العقد الأساسي وفق القضاء الفرنسي في حين أن هذه المسألة متروكة لاختصاص القضاء الليبي بناء على الاتفاق المانع للاختصاص، هذا الرأي تم تأييده من طرف محكمة استئناف باريس، مما دفع "بشركة الإشارات والمقاولات الكهربائية" (C.S.E.E.) بالطعن بالنقض في هذا الحكم أمام محكمة النقض.

1- المواد 18 و19 و20 و21 و22 و23 من اتفاقية بروكسل (التنظيم الأوروبي رقم 1215/2012 المتعلق بالاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية، الصادر عن البرلمان والجلس الأوروبي) سابق الذكر.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 60.

3- Cass. 1^{er} civ., 17 décembre 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon.

قدم الطرف المدعي دعماً لطعنه عدة حجج، هذا الأخير ادعى أولاً أن وجود شرط الخضوع الاختياري لصالح قضاء أجنبي لا يمثل عائفاً أمام الاختصاص الدولي للقضاء الفرنسي الذي يفصل بشكل استعجالي في طلب الخبرة، بعد ذلك بتأسيسه على خرق أحكام المواد 42 و43 و46 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي الجديد، المدعي طعن بإثارته بطلان اتفاق الخضوع الاختياري لأنها تخرج عن قواعد الاختصاص العادية، بعد ذلك انتقد قرار محكمة الاستئناف لأنها قررت بأن "شركة الإشارات والمقاولات الكهربائية" (C.S.E.E.) وافقت على اتفاق الخضوع الاختياري بينما الترابط بين "الاتفاقية التي تجمع المقاولتين" مع العقد الأساسي لم يكن لا واضحاً ولا دقيقاً، كما تم إثارة أن شرط الخضوع الاختياري ليس صحيحاً كونه لا يعين بصفة واضحة ودقيقة المحكمة التي تتبع النظام القضائي للدولة الأجنبية والتي يجب أن تفصل بصفة خاصة في النزاع، وآخر حجة تم إثارتها هي أن محكمة الاستئناف كان يجب أن تتحقق إذا كان قانون المحكمة المعنية يميز شرط الخضوع الاختياري.

فيما يخص الطعن المقدم بخصوص خرق المادة 48 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي الجديد محكمة النقض الفرنسية ستشير قبل كل شيء بصراحة إلى عدم تمديد الحظر الوارد في نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي للعلاقات الدولية، معلنة أن الاشتراطات التي تعدل الاختصاص الدولي مبدئياً هي شرعية عندما يتعلق الأمر بنزاع دولي وعندما لا يؤدي إلى انتهاك الاختصاص المحلي الإلزامي للقضاء الفرنسي¹، هذا التصريح كان مميزاً في هذه القضية، فالنزاع كان بين تاجرين، وهذا هو بالتأكيد السبب الذي من أجله لم يثر المدعي في طعنه خرق المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي ليدعم عدم شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وبالطبع الغرفة الأولى المدنية كان يمكن لها أن ترفض الطعن، من خلال الإشارة إلى أن هذا المنع أو الحظر في هذا النص لا يتعلق بهذه الحالة، غير أنه وبنطقها بدون غموض لشرعية اتفاقات الخضوع الاختياري، أرادت محكمة النقض الفصل في هذه المسألة².

وبناء على ما تقدم فإنه في نظرنا وخلافاً لرأي بعض الفقهاء، الذي مؤداه أن الحظر الوارد في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا مجال لإعماله في إطار العلاقات الدولية، وهذا ما

1- « les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international...et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française ».

2- P. Guez, thèse préc., p. 64.

يعني أن اتفاق الخضوع الاختياري يكون صحيحا سواء تم ابرامه بين التجار أو غير التجار مادام ان النزاع هو ذو طابع دولي¹، نرى أنه في القانون الجزائري يمكن القول بأن المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج، لا تمنع ابرام الاتفاقات المانحة للاختصاص، هي فقط تشترط أن يكون الأطراف في هذا الاتفاق من التجار، ويبدو أن هذا النص لا يمثل خطرا بالنسبة للعقود التي تبرم في المجال الدولي والتي أغلبها تنطوي على مصالح التجارة الدولية، غير أنه من جهة أخرى صياغة نص المادة 45 ق.إ.م.إ.ج الذي يستوجب أن يكون الطرفان المتعاقدان من التجار، يجعل نقلها صعبا إلى المجال الدولي فالعقود الدولية ليست بالضرورة أن تكون بمحملها مبرمة بين أطراف لها صفة تاجر، فقد تبرم بين التاجر وغير التاجر، فمثلا احيانا قد يكون أطرافها شركات عمومية، أضف الى ذلك أن هناك دول لا تفرق بين القانون المدني والقانون التجاري²، لذلك يجب ملائمة هذه المادة لتطبق في المجال الدولي كما ذهب إليه بعض الفقه في فرنسا بخصوص المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي³، وكما اقترح البعض في فرنسا من الممكن استبدال التمييز الحالي بين التجار وغير التجار بالخاصة بالمحترف وغير المحترف، حتى يمكن التوفيق بين مصالح التجارة الدولية وحماية الطرف الضعيف⁴.

إن موضوع الاختصاص الدولي هو تحديد الاختصاص العام والشامل للقضاء الوطني، في الحالة التي يكون فيها النزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، وطبيعة هذا الاختصاص لا يمكن استنباطها إلا من النظام الداخلي، حيث المفاضلة فيه محدودة، فهي تتعلق إما بقواعد الاختصاص النوعي أو قواعد الاختصاص الإقليمي⁵، والقانون القضائي الداخلي في الجزائر يعرف صنفين من قواعد الاختصاص: قواعد الاختصاص النوعي وقواعد الاختصاص الإقليمي، الأولى تقوم على توزيع القضايا ما بين الجهات القضائية المختلفة في الدولة على أساس نوع الدعوى⁶، هذه القواعد هي من النظام العام⁷، وهذا ما

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 143.

2- B. Audit, L. d'Avout, Droit international privé, Economica, 7^e éd., 2013, p. 404.

3- Anne SINAY-CYTERMANN, «Validité de la clause attributive de juridiction»: note sous Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2008, Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, JDI (Clunet) 2008, n° 4, comm.14, p. 1087.

4- A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, thèse Strasbourg III, 1980, n° 120.

5- Ali MEZGHANI, Droit international privé, Etats et relations privées internationales, Système de droit applicable et droit judiciaire international, Cérés Productions et CERP, Tunis, 1991, p. 376.

6- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 81.

7- المرجع نفسه، ص 96.

يفرض على القاضي تطبيقها تلقائياً، كما أنها تستبعد كل اتفاقات الاختصاصات التي تخالفها¹؛ أما الثانية فبالعكس هدفها توزيع القضايا بين المحاكم المتطابقة، وتحدد من هي المحكمة التي يجب أن تفصل في النزاع بحسب موقعها الجغرافي²، وهي في أغلبها ليست من النظام العام، ونظامها مختلف عن الخاص بقواعد الاختصاص النوعي³.

إذا كانت وظيفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائرية تتمثل في تحديد مجال اختصاص النظام القضائي الجزائري بالنسبة لمجال اختصاص النظم القضائية الأجنبية، يبدو أن الحل المتبع من طرف القضاء الجزائري المتمثل في تمديد أحكام قواعد الاختصاص الإقليمي إلى المجال الدولي يثير مسألة طبيعة الاختصاص القضائي الدولي التي تؤثر حتماً على مبدأ قبول اتفاقات الخضوع الاختياري في المجال الدولي، فإذا اعتبرنا أن الاختصاص الدولي هو اختصاص إقليمي يجب أن يسمح هذا بشرعية شرط الخضوع الاختياري في الحالة التي تكون فيها قواعد الاختصاص الإقليمية الداخلية ذات مصالح خاصة، عكس ذلك إذا اعتبرنا أن الاختصاص الدولي بسبب الوظيفة المعهودة إليه يشبه بقواعد الاختصاص النوعي والتي في أغلبها هي من النظام العام⁴، فإن هذا يجب أن ينزع عملياً عن الأطراف كل إمكانية للخروج عن الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، لأن كل مخالفة لهذه القواعد تكون في هذه الحالة مستحيلة⁵، خاصة وأن المادة 36 من ق.إ.م.إ.ج تنص على أن: «عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.»، وبالنسبة للمحكمة العليا تنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجهاً أو عدة أوجه للنقض» ومن بين أوجه النقض المنصوص عليها في المادة 358 فقرة 03 هي عدم الاختصاص.

يرى جانب من الفقه بأن قواعد الاختصاص الدولي تقترب من حيث موضوعها وهدفها من القواعد الداخلية لاختصاص النوعي⁶، هذا التقارب ينتج عن التصنيف الذي يميز هذين النوعين من الاختصاص والذي من خلاله أن نوعاً من النزاعات يجب أن يناسب نوعاً من القضاء، فمثلاً في قواعد

1- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, Droit international privé, 6^e éd., Dalloz, 1999, n° 441.

2- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 36-37.

3- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, op. cit., n° 441.

4- P. Guez, thèse préc., p. 54.

5- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 24.

6- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, op. cit., n° 441; Ali MEZGHANI, op. cit., p. 376.

الاختصاص النوعي يجب أن تناسب النزاعات التجارية الدولية الأقطاب المتخصصة، كذلك في المسائل الدولية يلاحظ أيضا أن قواعد الاختصاص يكون هدفها ربط طبيعة نزاع معين مع طبيعة قضاء معين، فمجموعة النزاعات الجزائرية يجب أن تطابق الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية ومجموع النزاعات الأجنبية يجب أن تطابق الاختصاص القضائي الأجنبي وعليه، قواعد الاختصاص الدولي تختلف عن قواعد الاختصاص الإقليمي التي وظيفتها ليس توزيع النزاعات بين مختلف فئات الجهات القضائية، ولكن تحديدها في الفئة المعينة التي تكون جغرافيا مختصة¹، هذا التحليل يفترض بالنتيجة تحديد طبيعة النزاع، بمعنى "جنسيته"، حتى يمكن تحديد المجموعة التي يربط إليها، وبالتالي اختصاص القضاء الجزائري أو الأجنبي، في هذه النظرة الطابع الجزائري للنزاع مشتق أولا من الجنسية الجزائرية للمتقاضين مثل ما تنص المادتان 41 و 42 من ق.إ.م.إ.ج، لكن أصحاب هذا الرأي غير راضين عن هذه الأحكام وحدها ويذهبون إلى حد اعتبار مثلا أن النزاع يكون من اختصاص المحاكم الجزائرية عندما تكون عناصره المميزة مركزة في الجزائر، وللقيام بذلك وهذه هي المفارقة، أصحاب هذا الاتجاه يذهبون إلى استعمال بعض قواعد الاختصاص المحلية الداخلية، وهنا انتقد هذا الرأي على أساس أنه يشبه قواعد الاختصاص الدولي بقواعد الاختصاص النوعي ولكنه مع ذلك يستعمل بعض قواعد الاختصاص المحلي في المجال الدولي²، إن التقارب بين الاختصاص الدولي والاختصاص النوعي يبدو مثل تبرير لإلزامية هذا الاختصاص ويسبب طابع النظام العام الممنوح بصفة عامة لهذا الأخير، فإنه يترتب على ذلك حظرا عاما على اتفاقات الخضوع الاختياري.

جانب آخر من الفقه يرى بأنه من غير الدقيق القول أن الاختصاص الدولي يتحدد حسب المكان الجغرافي للنزاع، بمعنى عدم إمكانية تشبيه قواعد الاختصاص الدولي بقواعد الاختصاص الإقليمي، فقواعد الاختصاص الإقليمية الداخلية هدفها تحديد المحكمة المختصة في نفس النظام القضائي، بينما قواعد الاختصاص الدولي تجري اختيارا ما بين اثنين أو عدة أنظمة قضائية، ومن هنا يتضح الاختلاف في الطبيعة بين هذه وتلك، على المستوى الداخلي لا يهم أن يرفع المدعي دعواه أمام محكمة تلمسان أو بلعباس أو وهران؛ كلها توجد في نفس النظام القضائي وتمنح ضمانات متعادلة من حيث الاختصاص والإنصاف، الاختيار بينها لا ينص عليه إلا لأسباب الملائمة وتلبية للمصالح الخاصة، وليس مؤكدا أنه

1- Ali MEZGHANI, op. cit., p. 377.

2- En ce sens, P. Guez, thèse préc., pp. 54 et s.

نفس الشيء على المستوى الدولي، وأن التوافق بين قضائنا الوطني والأجهزة القضائية الأجنبية متطابق ويمنح نفس ضمانات حسن الوصول إلى العدالة، وبالتالي المصلحة العامة على المحك، وهذا ما يرتب إلزامية قواعد الاختصاص الدولية وتقريبها من قواعد الاختصاص النوعي¹.

هناك من قدر أن خصوصية الاختصاص الدولي تبرر اعتبارها على أنها اختصاص نوعي²، استعمال قواعد الاختصاص المحلية لا تمثل بالنسبة لهؤلاء الكتاب مصدر تناقض لأنها تغير طبيعتها عندما تدخل في النظام الدولي، فهي تتوقف عن وظيفتها المتمثلة في توزيع النزاعات على مستوى المحلي بين المحاكم الجزائرية في نفس الفئة، وستعمل على توزيع النزاع بين المحاكم الجزائرية والمحاكم الأجنبية بنفس طريقة القواعد الداخلية للاختصاص النوعي التي توزع النزاع بين مختلف الأنظمة وجهات القضاء الموجودة في الجزائر.

وفي مواجهة الآراء السابقة يرى جانب آخر من الفقه أن الاختصاص القضائي الدولي يشبه بالاختصاص الإقليمي³، فقواعد هذا الأخير هي التي نقلها الاجتهاد القضائي الفرنسي الى المجال الدولي حتى يحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي الفرنسي⁴، وبالتالي لا يمكن بأي حال أن ينظر إليها كاختصاص نوعي لأن هذا الأخيرة تفترض أولا أن طبيعة النزاع يجب أن يفصل فيه من طرف قضاء مختص، ومجرد أن النزاع يحتوي على عنصر أجنبي يتم الفصل فيه عن طريق القضاء الجزائري أو قضاء أجنبي لا يغير من طبيعته، وبالمقابل قواعد الاختصاص الدولي لا يمكن إلا أن تستخلص من قواعد الاختصاص المحلي لأنها تمثل القواعد الإجرائية الوحيدة التي تجري عملية توزيع مكاني للدعوى في المجال الدولي، مع ذلك فإن تمديد قواعد الاختصاص المحلية الداخلية للعلاقات الدولية يجب ملائمتها لتأخذ بعين الاعتبار خصوصية النزاع الدولي، وهكذا ستشكل على الأقل نقطة انطلاق لقواعد الاختصاص الدولي المباشرة⁵.

آخرون تبنا فهما مختلفا، بالنسبة لهذا الطرف من الفقه الاختصاص الدولي له طبيعة مختلطة، فهو يقترب من جهة من الاختصاص النوعي من حيث أن هدفه هو الاختيار بين قضاء عدة دول

1- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, op. cit., n° 441.

2- P. Guez, thèse préc., p. 55.

3- Ibid.

4- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 20؛ راجع في هذا المعنى أيضا:

- Ali MEZGHANI, op. cit., p. 378.

5- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op. cit., n° 700.

مختلفة، ومن الاختصاص المحلي من حيث أن معايير هذا الأخير تسمح بتوطين أو تحديد مكان الحالة التنزعية، هذا الاختصاص ينشطه القلق على راحة المتقاضين وحسن الوصول إلى العدالة، ومع أنه مستوحى من هذا وذاك فهو لن يكون لا هذا ولا ذاك، ولكنه يشكل اختصاصا ذو طابع خاص¹. هناك من يرى أن التفرقة بين الاختصاص الدولي والاختصاص الاقليمي لا يمكنها حجب عدم ملائمة صب قواعد الاختصاص الدولي في قالب قواعد الاختصاص النوعي، فهذه القواعد مؤسسة على معايير نوع النزاع، وهذه المعايير غير قادرة على أن تأخذ بعين الاعتبار الاختصاص الدولي، فإذا كان النزاع الدولي يختلف عن النزاع الداخلي فهذا بسبب خاصة عناصره المتعلقة بالأشخاص والأماكن؛ حيث نلاحظ أن هناك بحث عن "أبوة" لنفس الشيء سواء رفعت الدعوى بين جزائريين أو فرنسيين، كما يجب عدم إغفال أننا نستعمل نفس المعايير المحددة للاختصاص المحلي الداخلي في المجال الدولي²، لذلك قواعد الاختصاص القضائي الدولي ما هي الا قواعد الاختصاص الاقليمي الممددة للمجال الدولي³.

الاختصاص الدولي يبدو من الصعوبة اختزاله في اختصاص معين سواء نوعي أو اقليمي، كونه يستلهم قواعده من الاختصاص الداخلي فهذا لا يمنحه طابع هذا الأخير، الاختصاص الدولي لا يبدو لنا لا اختصاصا إقليميا ولا اختصاصا نوعيا، هو في الحقيقة اختصاص دولي من نوع خاص، كما يعتبره اليوم الفقه الغالب⁴، حتى ولو أن نقطة انطلاقه هي قواعد الاختصاص الإقليمي التي يتم ملائمتها لتستجيب لخصوصية هذا الاختصاص، فإن طبيعته تفرضها من ناحية أغراض عامة تتصل بقواعد العدل وحسن إدارة القضاء، ومن جهة أخرى مقتضيات حماية المصالح الخاصة للأفراد، فرغم أن قواعده آمرة غير أنها ليست كلها متعلقة بالنظام العام⁵.

تأسيسا على ما تقدم، وباعتبار أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي ذات طبيعة مختلطة، وأنها تتفاوت من حيث تعلقها بالنظام العام، يستحسن محاولة تقسيمها حتى نتمكن من معرفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي يبطل الاتفاق بين الأطراف على مخالفتها، وتلك التي لا تتعلق بالنظام العام

1- P. Guez, thèse préc., p. 56.

2- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22.

3- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, op. cit., n° 441.

4- Ibid.

5- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 189.

والتي الهدف منها التيسير على المتقاضين ورفع الحرج عنهم، فإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي امتداد لقواعد الاختصاص الاقليمي الداخلية والتي في أغلبها ليست من النظام العام، فإنه يحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فيجب الإشارة هنا على أن هناك قواعد اختصاص الزامية أو مانعة وهناك من يسميها أصلية¹، لا يجب مخالفتها عند الاتفاق على تعيين محكمة معينة، دور هذه القواعد لا يتوقف عند تقرير اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في النزاع، بل يتعاده إلى منع اختصاص محاكم الدول الأخرى بالفصل في هذا النزاع²، في هذا السياق المشرع الجزائري لم يبين بشكل صريح ما هي القواعد الإلزامية التي لا يجب الخروج عنها ولا الجزء المترتب عن ذلك، مع ذلك فإن المشرع الجزائري يبدو أنه عندما نص على قواعد الاختصاص الاقليمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الكتاب الأول، الباب الثاني، الفصل الرابع، المواد: 37، 38، 39، 40؛ فقد عدد اختصاصات مانعة في نص المادة 40 من ق.إ.م.إ.ج³، التي لا يجوز للأطراف الخروج عنها وفقا للمعيار اللفظي الذي أورده المشرع الجزائري، فقد نص في المادة 40 من هذا القانون على أنه: « فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة دون سواها...»، هذه الاختصاصات لا يمكن مخالفتها لأنها اختصاصات الزامية أو حصرية، وفي كل الأحوال كلما نص القانون على اختصاص إقليمي معين دون سواه فالقاضي ملزم بأن يقضي بعدم اختصاصه تلقائيا⁴، من جهة أخرى هناك اختصاصات جوازية والتي لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها عن طريق تقرير الاختصاص لمحكمة أجنبية⁵، وقد نصت المواد 37 و39 من ق.إ.م.إ.ج عليها، وتبعاً لما سبق فإن هذه الاختصاصات المانعة والجوازية التي نص عليها المشرع الجزائري يمكن حصرها في مايلي:

أولاً: الاختصاصات المانعة:

- 1- في المواد العقارية وما تعلق بها من أشغال أو دعاوى الإيجارات والمتعلقة بالأشغال العمومية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

1- هشام خالده، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 133.

3- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 38.

4- المرجع نفسه، ص 71.

5- هشام خالده، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 191.

- 2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.
- 3- في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة.
- 4- في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.
- 5- في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج.
- 6- في مواد مصاريف الدعاوى وأجور المساعدين القضائيين، أمام المحكمة التي فصلت في الدعوى الاصلية، وفي دعاوى الضمان أمام المحكمة التي قدم إليها الطلب الأصلي.
- 7- في مواد الحجز، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز، أو للإجراءات التالية له، أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز.
- 8- في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه. غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعى.
- 9- في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة.

ثانياً: الاختصاصات الجوازية:

- 1- يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، أو للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له إن لم يكن له موطن معروف، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار.
- 2- في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال.

- 3- في مواد تعويض الضرر عن جنائية أو جنحة أو مخالفة أو فعل تقصيري ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار.
- 4- في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان.
- 5- في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها.
- 6- في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه.
- بالنسبة للمادتين 41 و 42 اللتان تحددان الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية على أساس معيار الجنسية، والمقررتان كامتياز لصالح الجزائريين، فإن صياغتهما تفيد أنهما غير متعلقتان بالنظام العام، حيث وردتا باستعمال المصطلح "يجوز"، مما يسمح للطرف الجزائري الذي تقرر الامتياز لصالحه أن يتنازل عنه عن طريق اتفاق صريح بينه وبين طرف أجنبي على عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية؛ أو ضمناً عن طريق رفع الطرف الجزائري دعواه أمام محكمة أجنبية، أو أن هناك دعوى مرفوعة ضده أمام محكمة أجنبية ولا يدفع أمامها بعدم اختصاصها استناداً إلى الامتياز المقرر لصالحه في القانون الجزائري¹، للتذكير أن هذين النصين لا يمكن الاعتماد عليهما في تقرير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية عندما يكون الاختصاص في نفس الوقت معقوداً لهذه المحاكم بموجب القواعد العادية للاختصاص (قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلية المنقولة للمجال الدولي)، لأنه من غير المنطقي اللجوء إلى قواعد عامة بينما هناك قواعد خاصة تلي نفس النتيجة بمعنى اختصاص المحاكم الجزائرية، كما أنه في حالة تقرير اختصاص المحاكم الجزائرية بموجب هاتين المادتين 41 و 42 من

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 37.

ق.إ.م.إ.ج رغم إمكانية عقد الاختصاص لها بموجب القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي، فهذا سيكون عائقاً أمام تنفيذ الحكم الذي سيصدر من المحاكم الجزائرية في البلد الأجنبي معاملة بالمثل، وهذا ما انتهى إلى تقريره القضاء الفرنسي¹.

في الأخير يمكن القول أنه في القانون الجزائري فكرة الخضوع الاختياري معترف بها، فهي شرعية للاعتبارات التي ذكرناها، خاصة لأنه لا يوجد هناك نص خاص في القانون الجزائري يمنع من قبول اتفاقات الخضوع الاختياري، سواء عن طريق جلب الاختصاص للقضاء الجزائري رغم عدم اختصاصه، أو إمكانية سلب الاختصاص منه رغم اختصاصه، حين يتعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص غير الإلزامي، غير أن هذا القبول ليس على إطلاقه، يجب أن يتم بشروط هذه الشروط اقترحها الفقه والاجتهاد القضائي المقارن²، وهذا ما سنبحثه الآن.

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 34؛ راجع أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية:

- Cass. 1^{ère} Civ. 19 nov. 1985: Soc. Cognac and Brandies from France C. Soc.Orliac, J.D.I.P (Clunet) 1986.719, note Huet.

2- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الثاني: شروط قبول فكرة الخضوع الاختياري.

قبول فكرة الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، تعني الاعتراف بالأثر المانع والسالب لاتفاق الخضوع الاختياري، وهذا يتجسد بوضع قاعدة اختصاص قضائية دولية تكرس ذلك الاعتراف، غير أن هذا الأخير لا يكفي وحده ليعطي أثرا تلقائيا لاتفاقات الخضوع الاختياري، فعالية هذه الاتفاقات لا تنتج عن وجودها، فزيادة على ضرورة اتفاق صحيح للإرادة، فإن تطبيق قاعدة الاختصاص التي تسمح للأطراف باختيار محكمة معينة تتطلب مسبقا وجود عدة شروط هامة، لذلك فإن مبدأ الاعتراف بالخضوع الاختياري يجب أن ترافقه ضوابط تحدد الإطار الذي يمكن فيه للإرادة المشتركة للطرفين أن تتدخل في مسائل الاختصاص القضائي الدولي، بمعنى تحديد مجال ما هو مقبول، فهذه الحرية الممنوحة للأشخاص في مجال الاختصاص القضائي يجب أن لا تمس بحسن سير العدالة (المبحث الأول)، وأن لا تضر بمصالح الطرف الضعيف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حسن سير العدالة.

يقتضي الاعتراف باتفاق الخضوع الاختياري بأن لا يمس بحسن سير العدالة، لذلك يشترط أن يتصف النزاع الذي أبرم من أجله اتفاق الخضوع الاختياري بالطابع الدولي (المطلب الأول)، وأن لا يؤدي الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري إلى إنكار العدالة الشرط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطابع الدولي للنزاع.

يذهب غالبية الفقه إلى اشتراط أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري يتعلق بنزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، بمعنى متصلا بمنازعة تتصف بالصفة الدولية ليقبل مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري¹، هذا الاشتراط لا يهدف إلى تحديد نطاق امتداد اتفاق الخضوع الاختياري ولكن إخضاع تطبيق هذا الاتفاق على علاقة قانونية دولية، فاتصاف منازعة ما بالصفة الدولية تضي على المنازعة خصوصية فنية تميزها عن المنازعات الداخلية والمتمثلة في ضرورة الأخذ بعين الاعتبار استقرار العلاقات القانونية للأفراد عبر الحدود واحترام سيادة الدول الأخرى التي يكون النزاع على صلة بها، ومن هنا يبدو أنه من الأهمية

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 132-133؛ أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 151-152.

التفريق بين اتفاقات الخضوع الاختياري التي تتعلق بالعلاقات الداخلية والتي تتعلق بالعلاقات الدولية¹، احتراماً لحسن سير العدالة في الدولة، يدعمها في ذلك أهمية محتوى النظام القانوني المفترض تطبيقه، حيث غالباً ما تكون فيه هذه الاتفاقات محظورة من طرف القوانين الداخلية، وتكون موضوع تنظيم أكثر مرونة عندما تدخل في النظام الدولي، وعلى ضوء ما تقدم يجب أن نفرق ما بين شرط الدولية في حد ذاته (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك تحديد المعايير الدولية التي تستعمل في عملية تكييف ما هو دولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط دولية النزاع.

اشتراط دولية النزاع يعني أن اتفاقات الخضوع الاختياري التي تتعلق بنزاع ذو طابع وطني خالص، والتي تمنح الاختصاص لمحكمة دولة أجنبية؛ لا تكون منتجة لأي أثر قانوني²، كأن يتفق طرفان جزائريان على منح الاختصاص للمحاكم التونسية لتنظر في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد المبرم بينهما في الجزائر والمزمع تنفيذه فيها، فهذا الاتفاق لا يمكن أن يكون منتجا لأثره في منح الاختصاص للمحكمة الأجنبية التي أرادها الأطراف أن تفصل في نزاعهم، فالنزاع الناشئ عن تنفيذ هذا العقد هو نزاع ذو طابع وطني محض، لأن العقد المبرم بينهما لا يتضمن أي عنصر أجنبي أيا كانت طبيعة هذا العنصر (مكان التنفيذ، جنسية الطرفين، مكان إبرام العقد...).

في هذا الإطار تعتبر الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) من بين أكثر الفقهاء انتقاداً لفكرة اشتراط الصفة الدولية في النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص، حيث قدمت هذه الكاتبة عدة انتقادات ضد شرط الدولية في اتفاقات الخضوع الاختياري، حيث دعمت موقفها هذا بعدة حجج³، الحجج الأولى التي قدمتها الأستاذة تستند فيها على المعاهدات الدولية، خاصة معاهدة نيويورك لسنة 1958م المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب، وأيضاً معاهدة لاهاي الموقعة في 25 نوفمبر سنة 1965م والمتعلقة بالاتفاقات المانحة للاختصاص، حيث ترى الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) أن معاهدة نيويورك لسنة 1958م لم تشترط على الإطلاق ضرورة تواجد عنصر دولي من أجل تقرير صحة شرط التحكيم الذي يقضي بقيام

1- P. Guez, thèse préc., p. 66.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 133.

3- المرجع نفسه.

هيئة تحكيم أجنبية بالفصل في النزاع، وهذا الأمر هو الذي دفع باللجنة المعهود إليها إعداد اتفاقية لاهاي المنظمة لاتفاق الخضوع الاختياري بأن تتبنى موقفا معارضا لضرورة اشتراط توافر العنصر الأجنبي في النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص¹.

الحجة الثانية التي قدمتها الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon)، والتي تبرر فيها فصل قبول مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري عن الطابع الدولي للنزاع هي ذات طابع عملي، وحسب وجهة نظرها أنه من الصعب في الكثير من الأحيان تحديد دولية النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص، الكاتبة تعترف رغم ذلك بأنه إذا كان البحث عن معيار للدولية شاقا لكنه مع ذلك يبقى ممكنا²، ولتأكيد هذه الانتقاد تشير الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) الى جانب من الأحكام الفرنسية التي تضاربت في ما بينها حول إضفاء الصفة الدولية على نزاع معين استنادا إلى معيار موضوعي³، فبينما تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يكفي لكي يكون عقد النقل البحري متصفا بالصفة الدولية اللازمة لتطبيق معاهدة بروكسل لسنة 1924م أن يكون النقل محل البحث قد تم بين منائين كل منهما يقع في دولة مختلفة، نجد على العكس من ذلك أن محكمة استئناف باريس اشترطت بالإضافة إلى ما اشترطته محكمة النقض بأن يكون الأطراف في عقد النقل لا يتمتعان بجنسية دولة واحدة.

الحجة الثالثة ذات طابع نظري مضمونها أن هناك خلطا بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي الذي أدى إلى اشتراط الطابع الدولي للنزاع⁴، الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تعتبر أن هذا الاشتراط مجاله موجود في مسائل الاختصاص التشريعي لا مسائل الاختصاص القضائي، أين يكون هدف هذا الاشتراط تجنب تهرب الأطراف من قانون إلزامي فرنسي في نزاع داخلي محض.

الحجة الرابعة تتمثل في القول أن الاختصاص الدولي ما هو إلا امتداد للاختصاص الداخلي المحلي، وفي القانون الداخلي قواعد الاختصاص المحلي هي مبدئيا قواعد يمكن الاتفاق على مخالفتها إلا عندما ينص القانون على خلاف ذلك، وبناء على ذلك اتفاق الأطراف على عرض نزاعهم على قضاء

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 135.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 307.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 136.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 308.

أجنبي، هو فقط خروج عن ما تنص عليه قاعدة ذات مصلحة خاصة، لذلك لا يمكن منعهم عن الخروج عنها حتى ولو تعلق الأمر بنزاع وطني محض، قبول العكس سيؤدي بنا إلى إنكار أن قواعد الاختصاص الدولي هي امتداد لقواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي، الكتابة تُقيد في ذات الوقت إمكانية الأطراف في نزاع داخلي الاتفاق على عرض نزاعهم أمام قضاء أجنبي في الحالة التي سيؤدي فيها هذا الاتفاق إلى التهرب من تطبيق الاحكام الآمرة في القانون الداخلي الذي يرتبط به العقد على موضوع النزاع¹، وفي هذه الحالة حظر اتفاق الخضوع الاختياري لا ينتج عن غياب الطابع الدولي، ولكن بسبب تأثيره على القانون المطبق على النزاع².

ليست الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) وحدها هي التي دعمت فكرة إمكانية اختيار قضاء أجنبي في إطار نزاع داخلي، فقهاء آخرون دعموا هذه فكرة، غير أن رأي هذا الاتجاه من الفقه يختلف عن رأي الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon)، حيث يرى هؤلاء بأن هذه الدولية إن كانت ضرورية فيجب أن تتعلق باتفاق الخضوع الاختياري وليس بالعقد المدرج فيه، حيث يكفي إدراج شرط مانح للاختصاص في حد ذاته، لصالح محكمة أجنبية في عقد يتصف بالطابع الوطني ليضفي الطابع الدولي على هذه العلاقة القانونية³، وهنا نجد أنفسنا أمام ما سماه الفقه بـ "الدولية الشخصية" بمعنى الدولية المنبثقة عن نية الأطراف⁴.

موقف الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تم انتقاده لعدة أسباب فمن جهة تعد هذه الحجج بعيدة عن الصواب، ومن جهة أخرى هذا الرأي الذي تدافع عنه الأستاذة لا يمكن التمسك به في ظل التطورات التي عرفها قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي وهو نفس السبب الذي دفع بالأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) الى تغيير موقفها، حيث ترى أن المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تفرض التفريق بين النزاع الداخلي والنزاع

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 55.

2- P. Guez, thèse préc., p. 67.

3- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 23.

4- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 73.

- P. Guez, thèse préc., p. 69.

الدولي¹، وبالمثل هذه الكاتبة ترى أن وجود حالة دولية تمثل واحدا من معايير تطبيق المادة 17 من اتفاقية بروكسل (المعدلة)²، ومع ذلك فإن الحجج التي قدمتها في أطروحتها تستحق المناقشة.

بالنسبة للحجة الأولى التي قدمتها الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) ضد شرط دولية اتفاق الخضوع الاختياري، حيث ذكرت أن المعاهدات الدولية وبالخصوص معاهدة نيويورك لسنة 1958م المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، لا تشترط لصحة شرط التحكيم أن يكون النزاع محل التحكيم ذو طابع دولي، فقد تم الرد على هذا الانتقاد بأنه على الرغم من أن هذه المعاهدة قد أغفلت تحديد المعيار الذي يتركز عليه لأجل تحديد الطابع الدولي لاتفاق التحكيم سواء اتخذ صورة شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم؛ فإن هناك شبه إجماع بين الفقه في إطار القانون الدولي الخاص على أن المادة الثانية من اتفاق نيويورك تتعلق باتفاق التحكيم المتصل بنزاع ذو طابع دولي³، أما بخصوص معاهدة لاهاي الموقعة في 25 نوفمبر 1965م المتعلقة بالاتفاقات المانحة للاختصاص، فيبدو أن انتقاد الأستاذة غير دقيق، فهذه الاتفاقية تنص بشكل صريح في المادة الثانية منها على أنها تطبق على الاتفاقات المانحة للاختصاص المعقودة في إطار العلاقات الدولية في المسائل المدنية والتجارية⁴.

فيما يخص الحجة الثانية المتعلقة بصعوبة إيجاد معيار يتم على أساسه معرفة ما إذا كان النزاع محل الاتفاق يتصف بالطابع الدولي أو الوطني، فإن تلك الصعوبة ما هي إلا صعوبة غير حقيقية يمكن التغلب عليها عن طريق البحث عن معيار موضوعي منضبط، فمثلا يمكن اعتبار نزاع ما متصف بالصفة الدولية في كل مرة تكون العلاقة التي نشأ بصدد النزاع متصلة بأحد عناصرها بأكثر من دولة

1- الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) لاحظت أن محكمة النقض الفرنسية باعترافها بصحة شرط الخضوع الاختياري في قضية "سورلك" (Sorelec) تكون قد فرضت بأن يكون النزاع ذو طابع دولي وتضيف بقولها أن «مجرد إخضاع النزاع إلى محكمة اجنبية لن يكون كافيا لمنحه الطابع الدولي، هذا الاخير يجب أن ينتج عن ظروف أخرى ... حسب الحالة»:
«...le simple fait de soumettre le litige à un tribunal étranger ne saurait suffire à lui conférer un caractère international. Ce dernier doit découler d'autres circonstances...qui varieront selon les cas»: H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1985, préc., p. 543.

2- P. Guez, thèse préc., p. 67.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 138.

4- المرجع نفسه، ص 138-139.

(هذا العنصر قد يكون جنسية الأطراف، موطن أحدهم، مكان إبرام أو تنفيذ العقد... إلخ.)، كما يمكن القول أن النزاع يكون دوليا حين يكون قادرا على إحداث تنازع دولي بين جهات القضاء¹.

وفيما يخص الحجة الثالثة، فإن اشتراط الطابع الدولي في مسائل الخضوع الاختياري ليس من آثاره تبيد التفرقة بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، صحيح أن الاجتهاد القضائي المتعلق بمعيار الدولية أساسا معروف في مسائل تنازع القوانين، ولكن من حيث المبدأ، تحديد الاختصاص الدولي يمثل مرحلة أولية أو سابقة بالنسبة لتنازع القوانين، إذن انطلاقا من اللحظة التي يتحقق فيها اختلاف في الطبيعة مؤكّد بين الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي، تحديد طبيعة النزاع يتبين انه لا يمكن تفاديه لتنفيذ قاعدة الاختصاص، كما بينه بعض الفقهاء تعريف طبيعة الدعوى يجب أن تسبق البحث عن الاختصاص القضائي الدولي، ومنطقيا دولية أي علاقة قانونية هي شاملة، فدولية العقد تعتبر مسألة أولية لازمة لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص²، وهنا لسنا أمام دولية الاختصاص القضائي ودولية الاختصاص التشريعي، فالنزع الدولي يثير مشكلة الاختصاص الدولي كما يثير مشكلة القانون الواجب التطبيق، ومن هذا المنطلق فإن قبول الاختصاص الدولي يجب أن يرتبط باعتراف القاضي بدولية الحالة القانونية المتنازعة³.

بالنسبة للحجة الرابعة، فقد تم انتقادها على أساس أنها تنكر التفرقة بين الاختصاص القضائي الداخلي والاختصاص القضائي الدولي، والواقع أن قواعد الاختصاص الداخلي وظيفتها توزيع النزاعات بين مختلف الجهات القضائية التابعة لنظام قضائي واحد، بينما قواعد الاختصاص القضائي الدولي وظيفتها الربط بين النزاع وأنظمة قضائية أجنبية مختلفة مادام أن هدفها تحديد ما إذا كان النزاع يحتوي على روابط كافية مع المحكمة حتى تستطيع هذه المحكمة أن تختص بالفصل في النزاع، في هذه الإطار عدم الاختصاص القضائي الدولي ما هو إلا غياب لعنصر ربط، هذه التفرقة الأساسية تؤدي الى النتيجة التالية: أن النزاعات الداخلية تتلازم مع قواعد الاختصاص الداخلي وأن النزاعات الدولية تتلازم مع قواعد الاختصاص الدولية، وإذا كانت قاعدة اختصاص داخلية جوازية فإنها لا تسمح للأطراف في نزاع

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 113؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 140-141.

2- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 53.

3- P. Guez, thèse préc., p. 68.

داخلي محض للخروج عنها إلا باختيار محكمة أخرى تتبع لنفس النظام القضائي الذي يمنحه الاختصاص¹، وبناء على ذلك منع الأطراف في نزاع داخلي من الاتفاق على تعيين محكمة أجنبية لا يمكن التشكيك فيه، هذا الأمر يدعمه أيضا أن قواعد الاختصاص الدولي تمثل جسما واحدا من القواعد المستقلة، وإن كان بعضها له نقطة بداية واحدة تتمثل في قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلية، إلا أن هذه الأخيرة ليست هي المطبقة ولكن قواعد أخرى مادية مستلهمة من القانون الدولي الخاص²، وهكذا يمكن القول أن اتصاف المنازعة بالصفة الدولية هو الذي يسمح لنا بتحديد مجال تطبيق قواعد الاختصاص الداخلي ومجال تطبيق قواعد الاختصاص الدولي³.

بالنسبة لمن يرى بأن الدولية إذا كانت ضرورية يجب أن تتعلق باتفاق الخضوع الاختياري وليس العقد المرتبط به، بمعنى أن الدولية تتحدد على أساس نية الأطراف، وبالتالي يمكن عرض نزاع يتعلق بعقد ذو طابع وطني محض على قضاء أجنبي بمجرد أن نية الأطراف في اتفاق الخضوع الاختياري على عرض النزاع على قضاء أجنبي اعتبرت كميّار لدولية هذا العقد، فهذا الأمر غير منطقي، ولا يمكن الاستناد إلى المعيار الشخصي المتمثل في إرادة الأطراف إلى إضفاء الصفة الدولية على العقد لتحديد الصفة الدولية، فإرادة الأطراف ينظر إليها كعنصر شخصي محض لا يمكن الاستناد عليه لتحديد الصفة الدولية⁴، واتصاف علاقة قانونية ما بالصفة الدولية يبدو أنه أمر لا يتوقف على مجرد إعلان إرادة الأطراف التي يمكن أن تغير من طبيعة تلك الصفة هذا من جهة⁵، ومن جهة أخرى فإن المعيار الموضوعي الذي يلجأ إليه من أجل تحديد الصفة الدولية لعلاقة قانونية ما يواجه صعوبة من نوع جديد وهي المتمثلة فيما إذا كانت العلاقة القانونية التي نضفي عليها الصفة الدولية تعد حقيقية كذلك، فاعتبار أن الاتفاق المانع للاختصاص يتصف بالدولية بسبب فقط أنه يعين قضاء أجنبيا يؤدي بنا إلى عدم الاعتراف بطبيعته الحقيقية، فاتفاق الخضوع الاختياري يمثل شرطا تبعا، وبالتالي طابعه الداخلي أو الدولي لا يمكن أخذه إلا من العقد الذي تم اشتراطه فيه، فعندما يكون العقد دوليا اتفاق الخضوع الاختياري يكون كذلك بالضرورة، هذا الاتجاه ذهب إليه أيضا اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1958م

1- راجع في هذا المعنى: محمد الروبي، المرجع السابق، ص 113-114.

2- P. Guez, thèse préc., p. 68.

3- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 75.

4- حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 136.

5- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 45-46.

الخاصة باختصاص المحكمة المختارة في حالة البيع الدولي للبضائع¹، حيث نصت في الفقرة الرابعة من المادة الأولى منها على أن مجرد إعلان الأطراف المتعلق بتطبيق قانون أو اختصاص قاض أو محكم لا يكفي لإعطاء البيع الطابع الدولي²، رغم أن بعضهم يثير مبدأ استقلالية الاتفاق لدعم فكرة أن اتفاق الخضوع الاختياري والعقد الذي تم فيه هما تصرفان قانونيان مختلفان، وعلى افتراض قبول هذا الفهم للاستقلالية، والذي بينا عدم صوابه سابقاً³، نجد أنفسنا إذا أمام عقد (اتفاق الخضوع الاختياري) له اختصاص ذو طبيعة دولية وعقد (العقد الاساسي الذي ادرج فيه اتفاق الخضوع الاختياري) ذو طابع داخلي، وهذه النظرة لا تبدو واقعية، طابعها المصطنع يجعلها أقل ترجيحاً، وإذا رجعنا إلى التحكيم الدولي المجال الذي تبنى فيه الفقه الغالب هذه الفكرة المتعلقة بالاستقلالية، نجد ونلاحظ أن دولية التحكيم تنشأ عن العلاقة القانونية التي نشأ النزاع بسببها والذي سيُحكَم فيه، وليس من اتفاقية التحكيم نفسها⁴، ولا نرى لماذا ينظر بخلاف ذلك لاتفاقية الخضوع الاختياري.

من جانب آخر فإن معيار الدولية الشخصي يترك للأطراف إمكانية اختيار قضاء أجنبي في إطار نزاع داخلي وهذا ما يُمكنهم من الإفلات من النظام القانوني الصارم في أغلبيته والذي يطبق على الاتفاقات المانحة للاختصاص الداخلية، فإذا كان القانون لا يسمح للأطراف في بعض الحالات في اختيار محكمة تلمسان عوضاً عن محكمة وهران، فمن غير المنطقي أن يسمح لهم باختيار محكمة الرباط بالمغرب عوضاً عن محكمة وهران، هذا المثال يساعد في الكشف عن عيوب معيار الدولية الشخصي، حيث سيكون لها أثر ليس فقط في استبعاد الحظر الوارد في القانون الداخلي بكل سهولة، ولكن سيكون عائقاً أمام إمكانية الوصول إلى العدالة بالنسبة للطرف الضعيف والذي لا يمكنه على الأرجح أن يكون قادراً على تكبد مصاريف إجراءات المحاكمة في الخارج ليفصل في نزاع يتعلق بعقد داخلي،

1- Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, Cette Convention y compris la documentation y afférente, est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net), sous la rubrique «Conventions». Concernant l'historique complet de la Convention, voir Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Huitième session (1956).

2- Article premier: «... La seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international...»

3- راجع تفصيل ذلك في المحور الخاص بطبيعة الخضوع الاختياري.

4- P. Guez, thèse préc., p. 72.

وهكذا في هذه الحالة فإن خيار قضاء أجنبي يمثل خطورة كبيرة حيث يتم استعماله تعسفيا من طرف الطرف القوي لتجنب أي نزاع¹.

حتما الطابع الدولي للنزاع ضروري غير أن مجرد اختيار محكمة أجنبية لتفصل في النزاع ليس له أي تأثير على هذه الدولية، لأنه يجب أن نفرق بين حالتين: حالة العلاقة القانونية الداخلية المحضة والحالة التي تتضمن عنصرا أجنبي، في الحالة الأولى لا يثار المشكل المتعلق بالجهاز القضائي المختص، مادام أن كل عناصر النزاع متواجدة في بلد محدد، فقط محاكم هذه الدولة هي المختصة للفصل في النزاع، والأطراف ليس لهم منطقيا الحق في اختيار محكمة أجنبية في هذه الحالة، بينما في ما يتعلق بالحالة الثانية، هناك عنصرا أجنبيا لازم للحالة في حد ذاتها ومع ذلك نحن في وجود علاقة دولية تهم في نفس الوقت عدة أجهزة قضائية، ومن اللازم التساؤل عن المحكمة المختصة وهنا يمكن إعمال المبدأ الذي على أساسه يمكن للأطراف منح هذا الاختصاص لمحكمة أجنبية، بالنتيجة ما يمكن أن نخلص إليه هو أن شرط الدولية لا ينتج عن تعيين محكمة أجنبية، ولكن من دولية العلاقة القانونية نفسها²، فالرأي الذي يستخلص دولية العقد من مجرد اختيار المتعاقدين لمحكمة أجنبية يؤدي الى المصادرة على المطلوب، فدولية هذا الاتفاق هو الشرط اللازم لمنح الأطراف الحق في اختيار المحكمة التي تنظر في نزاعهم، وليس اختيارهم لهذه المحكمة هو الذي يعطي للاتفاق طابعه الدولي³.

إن الرأي الذي أخذت به الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) لا يمكن الاعتماد عليه، فقد ثبت عدم صحته للأسباب الآنفه الذكر، أضف إلى ذلك فإن القضاء الفرنسي ووفقا لما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية بمناسبة تفسيرها لنص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية في قضية "سورك" التي سبق ذكرها⁴، أكد صحة الشرط المانع للاختصاص كأصل عام مادام أن هذا الشرط يتعلق بنزاع يتضمن عنصرا اجنبيا⁵، كما أن دولية النزاع تمثل أيضا شرطا لتطبيق المادة 25 من اتفاقية بروكسل على الرغم من أن هذا النص لا ينص صراحة على هذا

1- P. Guez, thèse préc., p. 71.

2- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 24-23.

3- يبين الأستاذ هشام على صادق على الهامش عند حديثه عن المعيار القانوني لدولية العقد بأن "مجرد طرح النزاع أمام قضاء دولة معينة لا يفيد في ذاته ارتباط الرابطة العقدية التي تثار النزاع بسأها بمجده الدولة"، راجع: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 62 و55.

4- راجع: المحور المتعلق بمبدأ الاعتراف باتفاقات الخضوع الاختياري.

5- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 146.

الشرط، إلا أن هذه الفكرة يمكن تأسيسها على ديباجة المعاهدة التي تعلن عن القواعد العامة التي بموجبها الاتفاقية لا تحدد الاختصاص إلا في النظام الدولي¹.

شرط دولية النزاع دعمته العديد من الاتفاقيات التي اشترطت لتطبيقها ضرورة أن نكون بصدد موضوع نزاع يتصف بالطابع الدولي، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1958م الخاصة باختصاص المحكمة المختارة في حالة البيع الدولي للبضائع، إضافة إلى عنوانها الواضح، نصت مادتها الأولى على أن الاتفاقية الحالية واجبة التطبيق على البيوع ذات الطابع الدولي المنصبة على أشياء منقولة²، كما نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1968م المتعلقة باختيار المحكمة في مادتها الثانية على أن الاتفاقية الحالية تسري في العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي على اتفاقات الخضوع الاختياري المبرمة في المجال الدولي أو التجاري³، غير أن هذه الاتفاقية تركت الشك حول العنصر الدولي، فهل يتعلق فقط باتفاق الخضوع الاختياري أم أيضا بالنزاع الذي يتعلق به؟ حيث وردت عبارة "العلاقات القانونية" بشكل عام⁴، أما بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 2005م فقد ورد النص على هذا الشرط بشكل مفصل حيث نصت المادة الأولى الفقرة الأولى منه على أن الاتفاقية الحالية تسري بصدد المراكز القانونية ذات الطابع الدولي على الاتفاقات الحصرية لاختيار القاضي المبرمة في المجال المدني والتجاري⁵، وبينت الاتفاقية أيضا في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى منها أننا نكون بصدد حالة دولية ما عدا إذا كان الأطراف يقيمون في نفس الدولة المتعاقدة⁶، وإذا كانت العلاقة بين الأطراف وباقي العناصر الأخرى المرتبطة بالنزاع مهما كانت المحكمة المعينة مرتبطة فقط بهذه الدولة، ويبدو هنا أن الاتفاقية بينت الطابع الدولي بمفهوم المخالفة من خلال تحديدها متى يكون النزاع وطنيا وما عدا ذلك فالنزاع دولي⁷.

1- POCAR FAUSTO, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif, JO C 319 du 23 décembre 2009, p. 04, spéc. p. 27.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 116؛ أنظر أيضا:

- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 27-26.

3- Article 2: (La présente Convention s'applique, dans les rapports internationaux, aux accords d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.)

4- P. Guez, thèse préc., p. 70.

5- Article premier: (1. La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale...).

6- Article premier: (...2. Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même Etat contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet Etat...).

7- أنظر في هذا الصدد: محمد الروبي، المرجع السابق، ص 117-118.

بالنسبة للمشرع الجزائري وفي ظل غياب قواعد واضحة خاصة بالاختصاص القضائي الدولي، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم ينص على ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص بالصفة الدولية، هذا هو حال كثير من التشريعات الحديثة التي في أغلبها لم تفصح صراحة على شرط دولية المنازعة، والسبب يعود في ذلك أن هذه الدول أقرت بمشروعية اتفاق الخضوع الاختياري في إطار تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهذا ما يجعل من دولية المنازعة شرطا مفترضا دون الحاجة للنص عليه، ويبدو أنه من الضروري توافر هذا الشرط في القانون الجزائري، للأسباب التي ساقها الفقه والاجتهاد القضائي المقارن¹، على أن يكون تكييف العقد على أنه دولي أو وطني تبقى من مهمة القانون الجزائري وفقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: معيار دولية اتفاق الخضوع الاختياري.

دولية النزاع يجب كما أشرنا إليها سابقا أن تفهم على أنها الصفة الدولية للعلاقة القانونية التي لها صلة باتفاق الخضوع الاختياري، فهذا الأخير يكون ذو طابع دولي إذا كان العقد المدرج فيه مكيف كذلك (بمعنى دولي)، ومن ثم فإن تحديد الطابع الدولي لاتفاق الخضوع الاختياري يمر عبر تحديد معايير تكييف العقد الدولي، ولو أنه في الممارسة العملية تكييف العقد الدولي قليلا ما يثير صعوبات²، غير أن هذا الأمر يثير عدة اختلافات بين الفقهاء بسبب وجود عدة معايير للطابع الدولي للعقد.

الطابع الدولي للعقد عرضة لمعنيين، فالعقد الدولي يمكن أن يكون موضوع تعريف "قانوني"، فيكون العقد دوليا حسب هذا المعيار عندما تكون الأعمال المتعلقة بإبرامه أو تنفيذه أو حالة أطرافه فيما يتعلق بجنسيتهم أو موطنهم، أو توطين موضوعه له علاقة مع عدة أنظمة قانونية، بمعنى عندما تكون أحد عناصر العلاقة القانونية سواء الشخصية أو الموضوعية متصلة بأكثر من دولة أو نظام قانوني واحد³، أو عندما يعطي النزاع مكانا لتنازع القوانين⁴، فهكذا فإن عقد البيع يعد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا أبرم في الجزائر بين جزائري متوطن في الجزائر وفرنسي متوطن في فرنسا ويتعلق بسلعة موجودة في

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 152.

2- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 26.

3- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 62.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 119؛ راجع أيضا:

- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 26.

بلجيكا والمفروض تسلمها هناك على أن يتم دفع ثمنها في الجزائر، فهذا العقد يعتبر دوليا لاتصال عناصره بثلاث دول أنظمتها القانونية مختلفة.

إلى جانب هذا التعريف القانوني للعقد الدولي يمكن للعقد أن يكون موضوع تعريف "اقتصادي"، وحسب هذا المعيار وحتى يكون العقد دوليا يجب أن ينتج عن حركة مد وجزر عبر الحدود، فتكون آثاره في أكثر من بلد¹، بمعنى أن هذا العقد يتعلق بوجود حركة لرؤوس الأموال والسلع والخدمات عبر الحدود²، ويرى فريق آخر أن العقد يكتسب الصفة الدولية عندما يهتم مصالح التجارة الدولية حيث جاء هذا الرأي من أجل تليين المعيار الاقتصادي³، إذن فإن العقد يصبح دوليا حسب هذا المعيار عندما يكون العقد متعلقا بمصالح التجارة الدولية أو متولدا عنها، فهذا المعيار يأخذ بعين الاعتبار غاية العقد ووظيفته ومجموع العملية العقدية بغض النظر عن جنسية الأطراف أو موطنهم أو صفتهم سواء كانوا تجار أو غير تجار⁴.

لقد اختلف الفقه حول ضرورة اعتماد معيار دون آخر من بين هذين المعيارين لتحديد الصفة الدولية للنزاع، فذهب بعضهم إلى القول بأن المعيار القانوني والاقتصادي يشغل كل واحد منهم مجالا محددًا، فالمعيار "القانوني" سيستعمل عند تطبيق منهج التنازع بينما المعيار "الاقتصادي" سيستعمل عند تطبيق القواعد المادية للقانون الدولي الخاص⁵، ويرى آخرون أن المنازعة إذا كانت ذات طبيعة مدنية فيجب إعمال المعيار القانوني لتحديد دولية النزاع بسبب طبيعة هذه المنازعة، حيث لا يكون النزاع دوليا إلا إذا اتصلت عناصره المؤثرة بأكثر من نظام قانوني، في المقابل إذا كانت المنازعة ذات طبيعة تجارية فيجب تطبيق المعيار الاقتصادي لتحديد دولية المنازعة، وذلك لملائمة هذا المعيار لتطورات

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 86؛ هذا التعريف قدم من طرف المدعي العام "ماتر" (Matter) في نتاجه عن قضية "بليسي دي بيسي" (Pélissier du Besset)، التي أصدرت بشأنها محكمة النقض الفرنسية قرارا هاما يتعلق بهذا المعيار:

- Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928, I, p. 25, concl. MATTER, note H. CAPITANT.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 120.

3- هذه الليونة أبانت عنها قرارات "ماردولي ودومبريكور" (Mardelé et Dambricourt) الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية: - Cass. civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931, S. 1933, 1, p. 41, note J.-P. NIBOYET.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 120-121؛ أنظر أيضا:

- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 26.

5- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 61؛ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 11.

التجارة الدولية حيث يتميز هذا المعيار بمرونة تتماشى وواقع التجارة الدولية، وهذا ما اعتمدته قوانين التحكيم المقارنة والعديد من الاتفاقيات الدولية¹.

اختلاف تطبيق هذين المعيارين يوضح وجود تدرج ضمن العقود الدولية، فبعضها يكون دوليا "فعليا"² وبعضها الآخر يكون دوليا "نسبيا"³، فعند الأخذ بالمعيار القانوني الذي يحدد دولية العقد فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، هناك من رأى أنه يجب عدم التسوية بين هذه العناصر، حيث لا يجب منح العقد الطابع الدولي لمجرد اشتغال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي واحد، ودون الأخذ بالاعتبار أهميته وعلاقته بطبيعة العلاقة القانونية المطروحة، بل يجب التفرقة بين هذه العناصر من حيث مدى تأثير كل واحدة منها على دولية العقد فهناك عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة⁴، فمثلا الجنسية الأجنبية للمتعاقدين لا تعتبر عنصرا مؤثرا في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، فتعاقد شخص أجنبي مقيم في الجزائر لشراء سلعة من تاجر جزائري يقيم في الجزائر من السوق الجزائرية لاستعمالها لأغراضه الشخصية لا يثير مشكلة تنازع القوانين حين قيام النزاع بين الشخصين بشأن هذا العقد، بينما يعتبر مثلا اختلاف موطن المتعاقدين ومحل تنفيذ العقد من العناصر المؤثرة في إضفاء الصفة الدولية على العقد⁵، وقد يكون أحد عناصر العلاقة القانونية مؤثرا في علاقة معينة دون الأخرى، بمعنى أن العنصر المؤثر يختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية، فإذا كان ضابط جنسية الأطراف لا يعتبر عنصرا مؤثرا في إضفاء الصفة الدولية في العقود التجارية، فإنه يعتبر عنصرا حاسما في إضفاء الصفة الدولية على عقود الزواج مما يجعلها عند قيام النزاع تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص، وعلى ذلك تكون العلاقة القانونية مكيفة على أنها علاقة داخلية حتى ولو تعددت عناصرها الأجنبية غير المؤثرة، بينما يمكن إضفاء الطابع الدولي على علاقة قانونية لمجرد وجود عنصر أجنبي واحد مؤثر⁶.

من جهة أخرى يمكن ملاحظة تداخل بين المعيار الاقتصادي والقانوني، حيث يعتبر "المعيار القانوني" أوسع نطاقا فهو يشمل المعيار الاقتصادي، فتحقق المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 120-121.

2- B. Audit, Droit international privé, 3e éd., Paris, Économica, 2000, p. 341.

3- B. GOLDMAN, note sous l'arrêt Gosset, Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, préc.

4- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009م، ص 16.

5- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 65.

6- المرجع نفسه، ص 66-67.

بالضرورة إلى اتصاف الرابطة العقدية بالطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني، فمثلا بيع دولي للسلع، يشتمل على عناصر أجنبية في نفس الوقت حين يكون متعلقا بمصالح التجارة الدولية، في المقابل العكس غير صحيح، فقد تتصف الرابطة العقدية بطابعها الدولي حسب المعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لهذه الرابطة¹، فالعقد يمكنه أن يشتمل على روابط مع عدة دول دون أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، مثلا منتج قمح من ولاية ادرار يبيع محصوله إلى تاجر مغربي متوطن في وهران، وهنا يبدو جليا أن اجتماع المعيار الاقتصادي والقانوني في علاقة قانونية معينة يجعلها تتسم بالدولية المطلقة نتيجة تميزها بالتجمع التراكمي للمعيارين، معيار الدولية القانونية والدولية الاقتصادية.

التحليل السابق يبين أن دولية العقد هي عرضة للتدرج، فهناك عقود دولية نسبية وعقود دولية مطلقة، وبما أن المسألة نسبية تتوقف على طبيعة العقد وعلى العنصر الأجنبي الذي تتضمنه هذه العلاقة، يتضح هنا أن تكييف العقد بأنه دولي من عدمه ودون الدخول في الاختلافات الفقهية تبقى مسألة قانونية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي تحت رقابة المحكمة العليا.

إذا اعترفنا للدولية "القانونية" والدولية "الاقتصادية" بدورها في تحديد دولية العقد في مسائل تنازع القوانين، يطرح التساؤل حول مدى الدور الذي يلعبانه في مسائل تنازع الاختصاص القضائي، بالنسبة للتحكيم التجاري نجد أن المادة 1039 من ق.إ.م.إ.ج تحدد الطابع الدولي للتحكيم، حيث حسم المشرع الجزائري هذا الأمر باعتماد معيار فذ، وعليه فحسب هذا المعيار يكون التحكيم دوليا عندما يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل وما يميز هذا المعيار أنه يتجاوز المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني إلى معيار يجمع بين معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية ومعيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات بالرجوع لمصالح التجارة الدولية²، والواضح هنا ان المشرع الجزائري لا يكتفي عند تحديده دولية العلاقة القانونية بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية (المعيار القانوني) ولكنه يحرص على ارتباط العلاقة القانونية بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي)، ويمكن القول عن المشرع الجزائري بأنه لا يعتد إلا بالعقود الدولية المطلقة كما بينها سابقا في إطار التحكيم، ونحن نرى أنه من المناسب إعمال هذا المعيار الذي يجمع بين المعيار الاقتصادي والقانوني بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري مع بعض التعديل، حيث يجب أن لا يكون هناك تطبيق

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 90-91.

2- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 23-24.

جامع للمعيارين، يجب تحديد دولية العقد بحسب طبيعة العقد، فمجال الاختصاص القضائي الدولي أكثر اتساعاً، فهو يشمل عقوداً دولية في المسائل المدنية كما المسائل التجارية، وبهذه الطريقة يمكننا استبعاد العقود التي تعد دوليتها نسبية، وما يمكن أن نخلص إليه أن تحديد دولية اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن تحدد على أساس دولية العقد الذي أدرج فيه وفق معيار يجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي دون أن يكون هناك تطبيق جامع لهذين المعيارين ويمكن أن نتصور هذه القاعدة على النحو التالي: «يعتبر اتفاق الخضوع الاختياري دولياً إذا تعلق بعقد يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً أو إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية».

المطلب الثاني: تلافي إنكار العدالة.

في وقتنا الحاضر أصبحت مختلف الأنظمة القانونية تسعى إلى تحقيق العدالة لرعاياها وللأجانب، حيث تضمن لهم الحق في اللجوء إلى قضائها، وهكذا حين لا يجد هؤلاء من بين المحاكم التي لها ارتباط بنزاعهم المشتغل على عنصر أجنبي من تمكنهم من عرض النزاع أمام قضائها لسبب أو لآخر، فلا بد للدولة أن تمثل البديل لتلك المحاكم، فتكون محاكمها الملاذ الأخير لهؤلاء عندما لا يجدون من يعيد إليهم حقوقهم في الخارج وهذا ما يعرف بالاختصاص المبني على منع إنكار العدالة أو تلافي إنكار العدالة¹.

يعتبر مبدأ منع إنكار العدالة من بين المبادئ المعروفة في مجال القانون الدولي العام، حيث يبنى على هذا المبدأ العمل غير المشروع الصادر عن دولة ما ضد رعايا دولة أخرى²، هذا المبدأ انتقل إلى مواضيع القانون الدولي الخاص وبالخصوص إلى مجال الاختصاص القضائي الدولي³، ففي هذا الأخير إنكار العدالة يتمثل في الحالة التي يكون فيها المدعي وطنياً أو أجنبياً ليس له القدرة على رفع دعواه أما أي محكمة سواء كانت وطنية أو أجنبية، كأن يكون موطن المدعي عليه غير معروف أو أن المدعي يتعذر عليه إقامة الدعوى في موطن المدعي عليه لأسباب مادية معينة، وقد يتعلق إنكار العدالة بالحالة التي ترفض فيها الدعوى بسبب مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام في دولة القاضي

1- وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 107.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 2008م، ص 32.

3- وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 172.

المعروض عليه النزاع، وعدم إمكان إقامة الدعوى في دولة أخرى كحالة اللاجئ السياسي الذي لا يمكنه رفع الدعوى في محاكم دولته التي ينتمي إليها بجنسيته، ويمكن القول أن إنكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي هو الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي غير قادر على إقامة الدعوى اللازمة للحصول على حقه بسبب عدم تمكنه من الاستفادة من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في الدول التي لها صلة بالنزاع¹.

يعتبر مبدأ عدم إنكار العدالة من المبادئ الأساسية التي يحميها القانون الدستوري والقانون الدولي، في الجزائر تنص المادة 32 الفقرة الأولى من الدستور الجزائري على أن: « الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة...»²، كما تنص المادة 139 منه على أنه: « تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية.»، كما تنص المادة 140 منه في فقرتها الثانية على أن: «...الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون»، وتنص أيضا المادة 151 على أن: « الحق في الدفاع معترف به...»، هذه المبادئ المنصوص عليها في الدستور الجزائري من الواضح جدا أنها توفر ضمانات كافية لكل شخص للجوء إلى القضاء لحماية حقوقه أو استرجاعه³، على مستوى القانون الدولي هناك عدة وسائل دولية تتعلق بحماية حقوق الانسان تمثل مرجعية هامة في مجال إقرار مبدأ عدم إنكار العدالة، فهذا الحق مكرس عن طريق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر سنة 1966م في مادته الثانية الفقرة الأولى التي تنص على أنه: «1- تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو

1- وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 181-182.

2- الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417هـ الموافق 07 ديسمبر سنة 1996م، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996م في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع. 76، سنة 1996م، ص 06، معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002م، ج.ر، ع. 25، سنة 2002م، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008م، ج.ر، ع. 63، سنة 2008م.

3- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها وخاصة ص 49-50.

الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب...»¹، وكذلك المادة الرابعة عشرة الفقرة الأولى التي تنص على أن: «1- الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون...»، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م من خلال نص المادة 08 منه²، ومن خلال الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان³.

إذا كان مبدأ حق اللجوء إلى القضاء يكفله القانون، فإن كفالة هذا الحق في ظل وجود اتفاقات الخضوع الاختياري لا بد أن يمر عبر الإجابة على السؤال المتعلق بمدى إمكانية أن يمس شرط خضوع اختياري بهذا الحق؟ لكن قبل الإجابة على هذا السؤال يجب أن نذكر بأن تحقيق حسن سير العدالة في العلاقات الدولية الخاصة يستلزم وجود قواعد مؤسسة على القرب المادي والجغرافي بين المحكمة والنزاع⁴، وأنه في هذا الإطار يجب التفرقة بين الحق في اللجوء إلى القضاء وبين الحق في اختيار محكمة، فالحق في اللجوء إلى القضاء لا يعني الحق في اختيار المحكمة وقبول العكس سيفرض على الدول اختصاص محاكمها لمجرد أن اختيار هذه المحاكم من طرف أو من آخر يمثل مظهرا من مظاهر ممارسة الحق في الالتجاء إلى القضاء، هذا التشبيه قد يلغي قواعد الاختصاص القضائي للدول وعليه يمكن أن يمس بسيادتها ويهق محاكم الدولة⁵، ومن غير المعقول مثلا أن تكون الجزائر مختصة في كل النزاعات التي تنشأ في العالم فقط لأن الأفراد الذين عينوا محاكمها اختاروا ذلك.

1- مرسوم رئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409هـ الموافق 16 مايو سنة 1989م يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966م، والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع. 20، المؤرخ في 12 شوال عام 1409هـ الموافق 17 مايو سنة 1989م، ج.ر، ع. 11، سنة 1997م، ص 16.

2- المادة 08: « لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون.»، اعتمد هذا الإعلان ونشر بموجب لائحة للجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخة في 10 ديسمبر سنة 1948م: راجع موقع الإنترنت لهيئة الأمم المتحدة: <<http://www.un.org>>, 03-02-2015.

3- يمكن تحميل هذه الاتفاقية من موقع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

<<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>>, 22-03-2016.

4- Voir. Lycette CORBION, Le déni de justice en droit international privé, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, n° 218.

5- P. Guez, thèse préc., p. 158.

حالة إنكار العدالة في مسائل الاختصاص القضائي يمكن أن تحدث عندما يثور نزاع دولي يجد فيه الأطراف أنفسهم غير قادرين إلى الالتجاء إلى القضاء بسبب أن أية محكمة لا تقبل الاعتراف بنزاعهم والفصل فيه، هذه الحالة يمكن أن يعبر عنها بمصطلح "عدم الاختصاص المزدوج"، فعدم اختصاص المحكمة الجزائرية حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائرية، وعدم اختصاص المحكمة الأجنبية حسب قواعد الاختصاص الأجنبية لديها يؤدي إلى حالة "قصور قضائي"، هذه الحالة لعدم الاختصاص الدولي المباشر للقضاء الجزائري والقضاء الأجنبي يمكن أن تنتج عن تطبيق قواعد الاختصاص الدولية العادية أو غير العادية، كما يمكن أن تنتج عن تنفيذ اتفاق خضوع اختياري¹، وفي هذه الحالة الأخيرة، القانون الجزائري وحده هو الذي يمكن أن يسمح بشرط خضوع اختياري ليؤسس اختصاص القضاء الجزائري أو بالعكس يستبعده؛ في المقابل فقط قانون الدولة الأجنبية يحدد متى تكون محاكم هذه الأخيرة مختصة أو غير مختصة لتقبل أو تستبعد الآثار التي يترتبها الاتفاق²، ولهذا يمكن أن يحدث تنازع سلمي حين يقبل القاضي الجزائري بإعطاء أثر للشرط الذي يعين محكمة أجنبية فتكون النتيجة استبعاد اختصاصه، بينما المحكمة الأجنبية ترفض تمديد اختصاصها على أساس هذا الشرط، بمعنى ترفض إعطاء أي أثر لهذا الشرط، وبالتالي ترفض النظر في النزاع، وهكذا تبقى المنازعة معلقة لا محكمة تختص بها، هذه الحالة يعبر عنها بحالة الاستحالة القانونية³.

إنكار العدالة وفقا للحالة السابقة الذكر، قد يفهم منه بأنه ليس هناك إنكار للعدالة كل مرة يعترف القاضي المعين باختصاصه حتى ولو تبين أن اللجوء إليه هو غير ملائم لأحد المتقاضين، غير أنه في الواقع إنكار العدالة في مجال الاختصاص القضائي لا يمكن اختزاله في حالة الاستحالة القانونية عند اللجوء إلى القضاء، إذ أن إنكار العدالة يصبح ممكنا أيضا عند وجود استحالة مادية في اللجوء إلى القضاء، هذه الحالة لا وجود فيها إلى أي تنازع سلمي نتيجة وجود محكمة أجنبية تقبل بالاعتراف بالاختصاص؛ غير أن الاستحالة المادية للأطراف في اللجوء إلى هذه المحكمة سببه بعد مكانها، أو وجود

1- V. Lycette CORBION, op.cit, n° 213.

2- Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, R. 1986. 537, note H. Gaudemet-Tallon; D. 1986 IR 265, obs B. Audit; B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 72.: « Chaque État étant seul maître de sa compétence, aucun État ne peut prétendre régler la compétence des organes d'un autre État. Partant, la seule loi qui ait vocation à admettre ou à refuser, dans son principe, l'extension ou la restriction conventionnelle de la compétence des tribunaux d'un État est celle de cet État».

3- en ce sens, Lycette CORBION, op.cit, n° 213.

قوة قاهرة تحول دون الوصول إلى العدالة الأجنبية كحالة الحرب الأهلية، وهذه الحالة يجب تشبيهها بالاستحالة القانونية الناتجة عن رفض الاختصاص، لهذا يمكن القول أن مفهوم الاستحالة المادية يلعب دورا هاما أيضا في التأثير على اتفاق الخضوع الاختياري¹.

إن معالجة الحالات السابقة يتطلب فهما عميقا ودقيقا، إذ أن تأثير مبدأ عدم إنكار العدالة باعتباره معيارا أساسيا ينص عليه الدستور والقانون الدولي على نظام الخضوع الاختياري يستوجب مطابقة قواعد القانون الدولي الخاص للمحكمة مع المعايير الأساسية لمبدأ عدم إنكار العدالة، هذا الأمر يقتضي التأكد فيما إذا كانت قاعدة الاختصاص التي تطبقها المحكمة والتي تضع من الإرادة المشتركة للأطراف معيار ربط لنظام قضائي معين مطابقة للحق الأساسي للوصول إلى العدالة المعترف به من الاتفاقيات الدولية والدستور².

بناء على ما سبق في حالة الاستحالة القانونية يجب على القاضي الأجنبي قبل تصريحه بعدم اختصاصه عند تطبيق قواعد الاختصاص الدولي العادية أو غير العادية، أن يتحقق من وجود قاض أجنبي يقبل الاعتراف بالنزاع، وبنفس الطريقة القاضي الجزائري يجب أن لا يقبل بالأثر الذي يربته شرط الخضوع الاختياري الذي يسلب الاختصاص من المحاكم الجزائرية إلا بعد التأكد من أن القاضي الأجنبي المعين يقبل بإعطاء أثر لشرط الخضوع الاختياري، هذا الفحص الذي يطبقه القاضي والذي قد يؤدي إلى تقرير عدم إمكانية الأطراف في الالتجاء إلى القضاء، يفرض على القاضي حتى يتجنب إنكار العدالة أن يطوع وظيفة قواعد الاختصاص القضائي في حالة عدم الاختصاص المزدوج الناتج عن قواعد الاختصاص العادية أو غير العادية، هذا التطوع يتطلب السماح للقاضي الجزائري عند تطبيقه مبدأ عدم الاختصاص التمسك على الأقل باختصاصه على أساس ضابط اختصاص احتياطي أساسه معيار عدم إنكار العدالة³، وفي حالة عدم الاختصاص المزدوج الناتج عن اعمال شرط خضوع الاختياري فإن التطوع يتطلب من القاضي الجزائري اخضاع صحة شرط الخضوع الاختياري الذي يعين محكمة أجنبية لصحة فعاليته، بمعنى أنه إذا كان القانون الجزائري يميز للأفراد الخروج عن الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية عن طريق شرط الخضوع الاختياري، فإنه يتوجب على القاضي أن لا يسمح بهذا الخروج إلا

1- Lycette CORBION, op.cit, n° 214.

2- P. Guez, thèse préc., pp. 153 et 155.

3- Dusan Kitic, Droit international privé, Ellipses, Paris, 2003, p. 106.

بعد الرجوع إلى قانون الدولة التي تم الاتفاق على تعيين قضائها للتأكد من إجازتها لهذا الخضوع¹، أما في الحالة التي يجلب فيها الاختصاص إلى القضاء الجزائري فعلى القاضي الجزائري قبل أن يعلن عدم اختصاصه أن يأخذ بعين الاعتبار قواعد الاختصاص القضائي للمحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى التي سلب منها الاختصاص ليتأكد أنها ستقبل النظر في النزاع إن استبعد هو اختصاصه²، إذا في هذه الحالات إذا كان اتفاق الخضوع الاختياري يحرم أحد الأطراف من الوصول إلى العدالة، فإن هذا الشرط يجب أن يعتبر باطلاً³، فالأطراف باختيارهم محكمة معينة لم يريدوا التنازل عن الحق في اللجوء للقضاء بصفة عامة، ونلاحظ هنا أن خطر انكار العدالة يؤدي بالقاضي إلى استرجاع اختصاصه، إذا كان شرط فعال قد سلبه منه وفقاً لضابط اختصاص قضائي احتياطي⁴، لذلك نجد الكثير من الدول منها تركيا وإيطاليا تعمل على تلافي إنكار العدالة من خلال تقرير ضابط اختصاص قضائي استثنائي يركز على جنسية المدعي الوطنية أو توطنه في دولة ما⁵، يُمكن المدعي من رفع دعواه حينما لا تسعفه القواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي من ذلك⁶.

أما في حالة الاستحالة المادية التي تتمثل في فرضية وجود محكمة أجنبية تقبل الاختصاص ولا وجود لتنازع سلمي في الاختصاص⁷، فإن الوصول للعدالة ليس مستحيلاً نظرياً حيث لا يوجد في هذا المعنى إنكار للعدالة إذا كان القاضي يقبل اختصاصه، يجب الإشارة هنا إلى أنه واقعياً ورغم وجود محكمة مختصة فإن الطرف الذي يوجد في حالة ضعف سيكون محروماً من مباشرة دعوى قضائية أمام

1- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 163؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 157.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 141.

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 310.

4- Lycette CORBION, op.cit, n° 213.

5- حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 31 من مجموعة القانون الدولي الخاص التركي على أنه: « ومع ذلك إذا أعلنت المحكمة الأجنبية عدم اختصاصها فترفع الدعوى أمام المحكمة التركية. »، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة 04 من مجموعة القانون الدولي الخاص الإيطالي على أن: « استبعاد القضاء الإيطالي يكون غير ذي مفعول إذا تخلى القاضي أو المحكم عن الاختصاص، أو كانا لا يستطيعان الفصل في القضية لأي سبب كان. »: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 141-142؛ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها.

6- وسام توفيق عبد الله الكنتي، المرجع السابق، ص 182.

7- Lycette CORBION, op.cit, no 214.

هذه المحكمة إن لم يتمكن من اللجوء إليها بشأن النزاع¹، حيث يكون الطرف الذي يُفرض عليه اتفاق خضوع اختياري في حالة لا يمكنه فيها رفضه، هذا الطرف بالنسبة له أن مجرد التقاضي في الخارج أمام محكمة معينة قد يشكل خطرا حقيقيا بالنسبة له، وذلك بسبب البعد والصعوبات اللغوية ومصاريف الإجراءات، مما يجعل حقه في الوصول إلى العدالة أمرا مستحيلا وبالتالي تتكسر حالة إنكار العدالة، في هذه الحالة لا يجب أن نتجه إلى المنع الكلي لاتفاقات الخضوع الاختياري كما ينادي به البعض²، بل يجب الاعتراف بشرعية هذه الاتفاقات، ثم بعد ذلك البحث عن الحالات المختلفة التي يمكن فيها أن يؤدي قبول الاتفاق إلى المس بحق اللجوء إلى القضاء، فمن المؤكد أن اتفاقات الخضوع الاختياري لا تمنع بشكل تام كل إمكانية للوصول إلى العدالة ما دام أن هدفها هو تعيين محكمة أو محاكم نظام قضائي يمكن اللجوء إليه وقت النزاع، وعليه ضمان حسن سير العدالة لا يجب أن يكون عن طريق تمديد قواعد الاختصاص المحلية الداخلية التي تمنع كل اتفاق يعين محكمة مختصة إلى المجال الدولي عندما يتعلق الأمر بطرف ضعيف وطرف قوي، بل يجب أن تكون عن طريق اعتماد أسلوب مرن يتمثل في قبول اتفاق الخضوع الاختياري ثم تعديل هذا المبدأ عن طريق النص على قاعدة تمنح الاختصاص للقاضي الجزائري عندما يكون هناك خطر إنكار العدالة، هذا الاقتراح في الحقيقة مستلهم من قرار "زاباتا" (Zapata) الصادر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية³، الذي يقضي بأن المتقاضي الذي يبحث عن استبعاد شرط خضوع اختياري يجب عليه إعطاء الأدلة الكافية التي تبرهن بأن الخصومة التي ستقام أمام المحكمة المعنية بموجب هذا الشرط ستكون بالنسبة له شاقة وغير ملائمة لدرجة أنها تؤدي إلى حرمانه من حقه في اللجوء إلى العدالة، ويبدو في هذه الحالة أنه من الصعوبة بمكان حصر الحالات التي يمكن فيها للمحكمة الجزائرية من التمسك باختصاصها لتجنب إنكار العدالة، وعليه عندما تكون المحاكم الجزائرية غير مختصة يجب على المدعي أن يثبت أنه لا توجد أي محكمة أجنبية أخرى مختصة⁴، وهناك من يرى أن حماية الطرف الضعيف عند وجود حالة إنكار للعدالة تستدعي من المحكمة المعروض عليها النزاع وغير المعنية أن تستبعد أعمال الشرط وتقدر اختصاصها

1- P. Guez, thèse préc., p. 165.

2- نور حمد الحجابا، المرجع السابق، ص 310.

3- Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, 407 U.S. 1 (1972), Rev. crit. DIP 1973, p. 530, note H. Gaudemet-Tallon, et D. Tallon.

4- P. Guez, thèse préc., p. 165.

الدولي حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونها، بينما إذا كانت المحكمة الفاصلة في النزاع هي المحكمة المعنية فيجب عليها أن تثير تلقائياً عدم اختصاصها الدولي¹.

مع ذلك يجدر بنا أن نشير إلى أنه من غير المؤكد أن التفكير السابق سيكون مطابقاً للفعالية التي يجب أن تميز الحق في الالتجاء إلى القضاء، مقارنة واقعية تفرض علينا التفرقة بين المتقاضى الذي يشارك بانتظام في التجارة الدولية وبين من يشارك صدفة في هذه التجارة؛ وبين من له سلطة تمكنه من فرض اتفاق الخضوع الاختياري وبين من لا يملك إمكانية رفض ذلك، بالنسبة للأوائل الطرف الوحيد كون أن المحاكمة يجب أن تتم في الخارج يمثل لهم وضعاً عادياً في المنازعات الدولية، بالنسبة للآخرين مجرد التقاضي في الخارج غالباً ما يمثل إكراهاً حقيقياً، فالبعد أو الصعوبات اللغوية والقانونية وكذا المصاريف الاجرائية هي أكثر الأسباب التي تحول دون وصولهم إلى العدالة، وإذا أردنا أن نضع حماية فعالة وواقعية للحق في الالتجاء إلى القضاء والذي يأخذ بعداً أكبر من تطبيق مبدأ عدم انكار العدالة دون حظر أغلب اتفاقات الخضوع الاختياري يجب أن نتجه إلى إجراء تفرقة بين الحالات التي يتمركز فيها الأطراف، ولفعل ذلك هناك من يقترح استعمال معيار "تساوي الأسلحة"²، هذا المعيار يتم تطبيقه خصوصاً لضمان المساواة بين الأطراف أمام القاضي، ويمكن أن يستعمل لضمان مساواة الأطراف في مجال الحق في الالتجاء للقضاء، "تساوي الأسلحة" لا يمكن أن يحترم إذا كان أحد أطراف النزاع يمكنه بسبب حالته القوية أن يفرض على الطرف الآخر اتفاق خضوع اختياري لا يستطيع أن يرفضه، هذه الحالة تحيل إلى ظاهرة عامة وهي ظاهرة عقود الازدعان، أين الحقيقة الاجتماعية لا يمكن المناقشة فيها والتي يجب أن تؤخذ في الحسبان³.

هناك من يقدم حلاً مختلفاً يعتمد على تقرير ماهي الحالات التي يمكن أن تتدخل فيها الإرادة المشتركة للأطراف في مجال الاختصاص القضائي انطلاقاً من مفهوم مبدأ تلافي إنكار العدالة⁴، ويرون أن هذا الأمر تختمه فكرة أن فعالية حق الالتجاء إلى القضاء يهدف أساساً إلى ضمان فعالية الحق،

1- Lycette CORBION, op.cit, n° 214.

2- يقصد بتساوي الأسلحة إتاحة الفرصة للخصم في النزاع عن طريق تمكينه من تقديم مزاعمه ووسائله القانونية ووسائل إثباته لخصمه حتى لا يكون في مركز ضعيف في مواجهته، وهذا يعني أنه يجب أن يلتزم الخصوم بالصدق في معاملتهم لبعضهم البعض، أنظر في هذا المعنى: عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 22؛ راجع أيضاً:

- DINTILHAC Jean-Pierre, L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires, Cour de cassation, Rapport, 2003-II, Etudes et documents, Documentation française, 2003, p. 130.

3- P. Guez, thèse préc., p. 166.

4- Ibid., pp. 153 et 155.

ففعالية الحق تمر عبر فعالية الوصول إلى العدالة، وأن تكون صاحب الحق ولا تستطيع أن تكون قادرا على أخذه فهذا يعني بطريقة ما أنك لست صاحب هذا الحق، ولكي يكون الحق نافذا يجب أن يتمكن المتقاضى بفعالية الالتجاء إلى القضاء حتى يطبق القانون لصالحه، وهنا يبدو أن الوصول إلى العدالة وإلى الحق أمران لا يمكن الفصل بينهما، وعليه تظهر أهمية منع اتفاقات الخضوع الاختياري التي تعمل على حرمان الطرف الضعيف من اللجوء للقضاء وكذلك من تحقيق حقوقه، أصحاب هذا الحل يرون أنه فيما يخص حماية الطرف الضعيف، فإنه في الحالة التي يتم فيها إبرام اتفاق الخضوع الاختياري بعد نشوء النزاع، الطرف الضعيف لا يمكنه إثارة مسألة المس بحق الالتجاء إلى القضاء حتى ولو كان القضاء المعين بعيدا جدا، ففي هذه الظروف الاتفاق تم التفاوض عليه فعليا بين الأطراف، ولا وجود إذا لعدم المساواة بين الأطراف وهذا مهما يكن التكييف المكاني للحالة التنزعية، وعليه اتفاق الخضوع الاختياري المبرم في هذه الظروف يجب أن يحتفظ بفعاليته الكاملة¹، مع ذلك الوصول إلى العدالة يبقى فعلا حتى ولو تم إبرام اتفاق الخضوع الاختياري قبل نشوء النزاع، في هذه اللحظة الأطراف ليسوا على قدم المساواة ولكن يمكن أن يتم الاتفاق لصالح الطرف الضعيف، مثلا كالحالة التي لا يمكن فيها للطرف القوي اللجوء إلا لمحكمة موطن الطرف الضعيف، أو الحالة التي يمكن فيها للطرف الضعيف اللجوء إلى محكمة أخرى كمحكمة الطرف القوي، أو المحكمة التي تم إبرام العقد في دائرتها، أو محكمة مكان تنفيذ العقد، الاتفاق الذي يتم إبرامه مع الطرف القوي والذي يعين هاته المحاكم لتكون مختصة في الفصل في النزاع يعتبر ضامنا لفعالية الحق في اللجوء إلى القضاء ومن ثم يعتبر صحيحا²، فالخيار المتروك هنا للطرف الضعيف يسمح له ليس فقط بضمان فعالية حقه في الالتجاء إلى القضاء ولكن أيضا بدعم هذا الحق عن طريق توسيع الحالات المحتملة لهذه الإمكانية حين يكون الطرف الآخر على قدر من القوة ويتعسف في استعمال مركزه هذا لكي يفرض إنفاذ شرط خضوع اختياري مشروط لمصلحته فقط.

تعزيز حماية الطرف الضعيف في المجال الدولي على أساس مبدأ منع إنكار العدالة تتطلب العمل على إبرام اتفاقيات تركز هذه الحماية على غرار ما هو مقرر في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، هذه الاتفاقية ما يميزها أنها لا تكتفي بالنص على الحقوق الأساسية للأشخاص بل هي مجهزة بعدالة حقيقية تفرض على الدول المنظمة إليها إلزامية احترام وتقرير الحقوق والحريات التي

1- P. Guez, thèse préc., p. 167.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 310-311.

تكرسها، فبناء على هذه الاتفاقية تم تأسيس هيئات قضائية مكلفة بمراقبة مطابقة القواعد الوطنية مع الحقوق الأساسية الموجودة في الاتفاقية، مما ينتج عنه أن فحص هذه المطابقة يمكن أن تكون بمناسبة قضية محددة خاضعة لقضاء نظام قضائي لدولة منظمة هي نفسها خاضعة لرقابة الاتفاقية، كما يمكن أن تطبق على كل المحاكمات التي تتم في الدول المنظمة للاتفاقية، كما تهتم هذه الاتفاقية خاصة بالاختصاص الدولي غير المباشر، الأمر يتعلق بمنع تنفيذ حكم أجنبي أو الاعتراف به إذا كان محتواه مخالفا لحق مضمون كحق اللجوء إلى القضاء، أو إذا كان صادرا بموجب محاكمة غير عادلة بنظر الاتفاقية كالإلزام المدعي عليه المثل أمام محكمة بعيدة جدا عن محل اقامته¹.

إن إبرام اتفاق خضوع اختياري قد يؤدي كما رأينا في حالة تنازع سلبي إلى عدم الاختصاص المزدوج حيث لا توجد أي محكمة مختصة، كما أن هذا الاتفاق قد يجرم الطرف الضعيف من الوصول إلى العدالة حين تكون المحكمة المختصة بموجب الاتفاق بعيدة وغير ملائمة بالنسبة له، وإلى حين أن يتم معالجة هذه الفروض بالطرق العادية في التقاضي التي تستغرق وقتا طويلا قد يسبب ضررا للخصوم خاصة الطرف الضعيف، فهناك مسائل مستعجلة لا تحتمل التأخير واستعجال الحالة يفرض وضع حل سريع لهذه المسائل²، فمثلا إعلان القاضي الجزائري عدم اختصاصه قد يضع الأطراف في عدم إمكانية إيجاد قاض مختص في الحين، مما يتسبب في ضياع أدلة الإثبات المتعلقة بالدعوى أو إمكانية تحريفها من طرف الخصم، أو يخفي المدين أمواله التي تعتبر بمثابة الضمان العام لدائنيه، وقد تتلف الأموال المتنازع عليها³.

إن القاضي الجزائري إذا أراد تجنب إنكار العدالة توجب عليه أن يتمسك باختصاصه ليأمر بإجراءات وقتية أو تحفظية تحم من الأضرار المحتملة⁴، اختصاصه هذا يستند على فكرة اعتبارات العدالة وتحقيق التعاون القضائي الدولي طبقا لما هو مقرر في القانون الدولي، هذا الاختصاص لا يعتبر فقط

1- P. Guez, thèse préc., p. 157.

2- يقصد بالإجراءات الوقتية والتحفظية مجموعة الإجراءات والتدابير المؤقتة التي تتميز عادة بالطابع المستعجل، كنعين حارس قضائي أو تقدير نفقة مؤقتة أو حجز على الاموال، تأمر بها سلطة مختصة سواء كانت قضائية أو تحكيمية أو سياسية، بشأن نزاع معين معروض أمامها، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق المتقاضين أو أحدهما أو لمنع تفاقم النزاع، أو للإبقاء على الحالة التي كان فيها النزاع عند طرحه على تلك السلطة لحين الفصل في النزاع أو إيجاد تسوية نهائية له، أنظر: - وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها؛ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 211.

3- وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 108.

4- هذه الاختصاصات تنص عليها المواد من 299 إلى 305 من ق.إ.م.إ.ج.

مكملا بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائرية، وإنما يعتبر أيضا بديلا للاختصاص الدولي الأجنبي¹، تعيين محكمة أجنبية بموجب شرط خضوع اختياري لا يمكنه إذا أن يمنع طلب اتخاذ إجراءات مستعجلة من قبل محكمة أخرى حين يخشى من احتمال وقوع ضرر بالحق الموضوعي المحتمل إن لم يحصل المدعي على الحماية القضائية العاجلة بحجة أن هذه الأخيرة غير مختصة، هذا الأمر لن يؤدي إلى حالة تنازع في الإجراءات أو تناقض في الأحكام إذا ما تم فعلا تنفيذ شرط الخضوع الاختياري بين المحكمة المعنية والمحكمة التي عرض عليها طلب الاستعجال، فالقضاء المستعجل لا يسبغ إلا حماية قضائية وقتية ولا تمس بأصل الحق ولا تحوز على الحجية أمام القضاء الموضوعي².

هذه الحالة تنص عليها صراحة المادة 35 من اتفاقية بروكسل التي جاء فيها أن التدابير الوقائية والتحفظية المنصوص عليها من طرف قانون دولة عضو يمكن طلبها من قضاء هذه الدولة حتى ولو كان قضاء دولة أخرى عضو هو المختص بالنظر في النزاع³، وبناء على هذه المادة فإن اتخاذ التدابير المستعجلة لا يمكن بأي حال أن يكون ضمن الاختصاص الحصري لمحكمة ما سواء معينة أو غير معينة، المشرع المصري أخذ هذا الأمر في الحسبان حيث تنص المادة 34 من قانون المرافعات المصري على أنه: « تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقائية والتحفظية التي تنفذ في مصر ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية»⁴، المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة على المستوى الدولي ولذلك نرى ضرورة تمديد الاختصاصات التي تنص عليها المواد من 299 إلى 305 من ق.إ.م.إ.ج عندما تكون هناك حالة تقتضي اتخاذ إجراءات استعجالية أو تدابير تحفظية بشأن نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا ويكون الاختصاص الأصلي مقررا لمحكمة أجنبية بموجب شرط خضوع اختياري، غير أنه يبدو من الضروري وضع ضابط اختصاص احتياطي مخصص للاستعجال القضائي الدولي، هذا الضابط له طبيعته الذاتية، حيث يكون على خلاف الضوابط العادية المعروفة لذلك الاختصاص، ولا يقوم على اعتبارات لها ارتباط بالعلاقة

1- Lycette CORBION, op.cit, n° 214.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 185 وما بعدها؛ وسام توفيق عبد الله الكتي، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها؛ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 107.

3- Article 35: « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond.»

4- محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2013م، ص 119-120.

القانونية، أو الخصومة، أو أطرافها، أو محلها، أو سببها، بل يؤسس على الظروف الواقعية المحيطة بالحق أو المركز القانوني الذي يوشك أن يقع به ضرر يصعب جبره، من الخطر المحدق الذي يتهدهده¹.

في الأخير ما يمكن أن نخلص إليه أن تقرير حق اللجوء إلى القضاء مهم جدا لحماية الطرف الضعيف بشرط أن لا تضحي هذه الحماية باتفاقات الخضوع الاختياري، وحتى تتمكن من الاحتفاظ ببعض التوقعات في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، يجب أن لا تكون اتفاقات الخضوع الاختياري ممنوعة تماما، لكن يجب أن لا يسمح بإبرامها إلا إذا كانت لصالح الطرف الضعيف أو كانت لاحقة لنشوء النزاع، كما يتوجب على المشرع خاصة الجزائري أن ينص على ضابط اختصاص احتياطي يسمح للفرد الجزائري أو الأجنبي في منازعة تتضمن عنصرا أجنبيا أن يلجأ إلى المحاكم الجزائرية عندما لا يكون القضاء الجزائري مختص وفق اتفاق خضوع اختياري وفي نفس الوقت ترفض المحاكم الأجنبية النظر في هذا النزاع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أيضا اعتماد ضابط اختصاص قضائي دولي استعجالي يسمح للأفراد في حالة الاستعجال باللجوء للمحاكم الجزائرية عندما تعلن هذه الأخيرة عدم اختصاصها ويخشى من ضياع الحقوق ما بين إعلان عدم اختصاص القضاء الجزائري وإعلان اختصاص قضاء أجنبي آخر.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة واثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 44.

المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية، إلا أن هذا المبدأ يمثل خطراً على العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً، لأنه يستعمل كوسيلة ضغط من طرف المتعاقد القوي على المتعاقد الضعيف¹، من هنا برزت ضرورة حماية الطرف الضعيف سواء في القانون الداخلي أو القانون الدولي الخاص، فمنذ زمن بعيد مفهوم العقد كان يركز على أساس حرية الإرادة المطلقة للمتعاقدين، بحيث كان ينظر للعقد أنه من صنع الإرادة، والذي يعبر عن مصالح الأطراف، وبذلك هو يشكل توازناً بين مصالح المتعاقدين، فالأطراف لهم كامل الحرية في إبرام العقود وتضمينها ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم، فالعقد شريعة المتعاقدين²، هذه الفكرة كان نيتها إهمال عقود الإذعان³، غير أن تطور الانتاج والاستهلاك الكبير سيهدم فكرة العقود التفاوضية، ويهيئ لظهور عقود الإذعان، كما أن التطور الاقتصادي ساهم في تمتع أحد أطراف العقد بقوة اقتصادية نتيجة سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة، مما يسمح له بإبرام عقود غير تفاوضية، أضف إلى ذلك ظهور العقود النموذجية الموحدة التي يعدها المحترفون مسبقاً بأنفسهم، والتي بواسطتها وبموجب إرادتهم يفرضون على كل شخص يرغب في التعاقد معهم شروطاً معدة سلفاً، هذا الأخير لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها، أمامه خيارين فقط، إما رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، وعند ما تكون السلعة أو الخدمة محتكرة الاختيار سيكون لا محالة هو إذعان هذا الشخص لشروط المتعاقد القوي، فالخوف من أن يفرض الطرف القوي إرادته على الطرف الضعيف ودفعه إلى الإذعان تحت ضغط الحاجة⁴، أدى بالقوانين المعاصرة إلى فرض نظام إلزامي مخصص لحماية بعض المتعاقدين المعروفين بضعفهم ضد بعض المتعاقدين المعروفين بقوتهم، في هذا الإطار عقود الإذعان تم التوقف عن اعتبارها عقوداً مثل العقود

1- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2002م، ص 95.

2- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، الطبعة الثانية، دار هومه، 2010م، ص 10.

3- « عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها»: عبد المنعم الصدة فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974م، ص 120.

4- بودالي محمد، المرجع السابق، ص 11-12.

الأخرى، وهي بشكل ما متهمة بعدم التكافؤ وتستعمل لإنشاء نظام إقطاعي جديد¹، ويبدو أن قواعد الاختصاص القضائي ليست بعيدة عن هذه الظاهرة، ففي القانون الداخلي حماية الطرف في حالة ضعف مضمونة عن طريق تقييد الاتفاقات المانحة للاختصاص المبرمة مع المستهلكين (المطلب الأول)، ومع الأجراء والمؤمن لهم (المطلب الثاني)، ولأن الحرية الممنوحة للأطراف فيما يخص القضاء الدولي المختص سيتم الحد منها، بمعنى تقييدها في بعض عقود الإذعان الدولية، لذلك فإن الفقه يتفق على أن القواعد الداخلية للاختصاص المحلي الإلزامية يجب أن تمتد للمجال الدولي عندما يكون هدفها حماية متقاض في حالة ضعف اجتماعي واقتصادي².

المطلب الأول: حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك.

تعتبر عقود الاستهلاك من بين أهم العقود التي يتم إبرامها على المستوى الدولي خاصة مع الانفتاح على العالم الخارجي الذي ساهم في تحرير حركة السلع والخدمات عبر الحدود، يدعمه في ذلك ازدهار التعامل الإلكتروني، هذه العقود غالباً ما يكون طرفها المستهلك الضعيف اقتصادياً وقانونياً، وهذه العوامل هي التي جعلت من حماية المستهلك مسألة هامة سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وفي هذه الدراسة يطرح تساؤل مهم يتعلق بمدى صحة اتفاقات الخضوع الاختياري التي يتم إدراجها في عقود المستهلكين الدولية، هذا السؤال سيتم الإجابة عليه من خلال البحث عن مدى الحماية التي يوفرها القانون الجزائري للمستهلك في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، من خلال مقارنة هذه القواعد مع ما هو مكرس في القوانين المقارنة.

إن تطبيق أنظمة حماية المستهلك على اتفاقات الخضوع الاختياري المتعلقة بالعلاقة القانونية التنازعية في فئة العقود الدولية للمستهلكين لا تمثل في حد ذاتها أي استثناء، شأنها شأن أي قاعدة قانونية، القواعد الحمائية للمستهلك تقسم إلى افتراض وواقعة قانونية، وتنشيط هذه الواقعة القانونية، وهي حماية الطرف الضعيف اتجاه اتفاق الخضوع الاختياري يفترض بالنتيجة أن يكون أحد الأطراف في العقد مستهلكاً وأن يكون هذا العقد دولياً، ولذا نرى أنه من المناسب دراسة مفهوم عقد الاستهلاك الدولي (الفرع الأول) قبل دراسة مسألة القواعد المخصصة لحماية المستهلك (الفرع الثاني).

1- بودالي محمد، المرجع السابق، ص 15.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse. préc., n° 335.

الفرع الأول: مفهوم عقد الاستهلاك الدولي.

إن دراسة عقد الاستهلاك الدولي تقتضي التطرق إلى تحديد مفهوم المستهلك (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك تعريف عقد الاستهلاك الدولي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم المستهلك.

تردد المشرع الجزائري في تعريف المستهلك بين المفهوم الموسع والمفهوم الضيق، ويمكننا القول أن المستهلك في القانون الجزائري مازال يبحث عن تعريف خاص به، فأول قانون صادر في الجزائر يخص حماية المستهلك لم يُعرّف هذا الأخير¹، بينما آخر قانون يتعلق بحماية المستهلك صدر في الجزائر عرف المستهلك في مادته الثالثة الفقرة الأولى بأنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به»²، ويبدو أن المشرع في هذا التعريف اعتمد النهج المضيق لمفهوم المستهلك، وبالنتيجة استبعاد المهني المحترف حتى ولو تعاقد لغرض يخرج عن مجال نشاطه³، في حين أن نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الصادرة سنة 1990م تنص على أن المستهلك هو: « كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتوجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به»⁴، نص هذه المادة يشير بما لا يدعو للشك أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الموسع للمستهلك، عن طريق إدخاله مصطلح

1- قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر، ع. 06، سنة 2006م، ص 154-157.

2- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009م، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع. 15، سنة 2009م، ص 12-23.

3- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية (مخبر حماية الحقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر)، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة الجزائر، ع. 01، 2014م، ص 133.

4- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990م، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع. 06، سنة 1990م، ص 202-207.

المستهلك الوسيط¹، وهذا ما يعني إمكانية أن يكون الشخص الذي يقتني سلعا من أجل استعمالها الوسيط مهنيا، وبذلك إمكانية اعتبار المحترف مستهلكا².

بالنسبة للاتفاقيات الأجنبية فإن أهم اتفاقية على المستوى الأوروبي وهي اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية الصادرة عن البرلمان والمجلس الأوروبي تعرف المادة 17 منها المستهلك بأنه الشخص الذي يتصرف لغرض سد حاجيات تعتبر خارجة عن نشاطه المهني³، هذا التعريف يدخل ضمن التعريفات التي تعطي مفهوما ضيقا للمستهلك حيث أنها تخرج من نطاقها المحترف المستهلك، ومثال ذلك الخباز الذي يشتري الدقيق فهو دون أدنى شك يتعاقد في إطار نشاطه المهني، غير أن نفس هذا التاجر حين يجهز محله بنظام إنذار ضد السرقة فهو يتعاقد من أجل غرض يخرج من دائرة نشاطه المهني والمتمثل أساسا في إعداد وبيع الخبز، مفهوم المحترف المستهلك كرسته محكمة النقض الفرنسية أثناء فصلها في نزاع طرفه وكيل عقاري قام بشراء جهاز إنذار لمخلاته، حيث وصفته بالمستهلك الذي يستفيد من الشروط التعسفية الواردة في العقد، ويأخذ صفة المستهلك في حالة جهل⁴.

نفس اتجاه هذا التعريف أكدته المادة 05 من اتفاقية روما لسنة 1980م والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي جاء فيها بأن هذه المادة تطبق على العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات إلى شخص المستهلك من أجل استعمال يكون غريبا عن نشاطه المهني⁵.

فيما يخص التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997م المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد، عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يتصرف خارج نشاطاته المهنية، وعرّف التوجيه الصادر في 05 أبريل 1993م المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين في

1- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإزراطية، مصر، 2007م، ص 69.

2- زويبر ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011م، ص 39.

3- اتفاقية بروكسل (التنظيم الأوروبي رقم 1215/2012 المتعلق بالاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي) سابق الذكر.

4- زويبر ارزقي، المرجع السابق، ص 44.

5- Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 266, du 09.10.1980, p.01-19.

مادته الثانية بأن المستهلك هو كل شخص طبيعي وفي إطار العقود المتعلقة بالنصوص التوجيهية، يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطاته المهنية¹.

لم تخرج محكمة العدل الأوروبية عن هذا الإطار ففي حكم صادر عنها في 1993/07/03م قضت بأنه لا يعتبر الشخص مستهلكا إذا أبرم عقدا من أجل ممارسة أنشطة مهنية²، والملاحظ أن أغلب هذه الاتفاقيات تنفق حول المفهوم الضيق للمستهلك، وهي بذلك تستبعد المفهوم الموسع للمستهلك.

في الجزائر جانب من الفقه يرى ضرورة الأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك لتشمل المستهلك الوسيط والنهائي³، وهو نفس الاتجاه الذي ينادي به جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسيين بضرورة ضم فئات أخرى لاشراكها في ذات العلة وهي حالة الضعف الاقتصادي⁴، فاعتماد المفهوم الموسع للمستهلك حتما سيساهم من جهة في توفير حماية للمستهلك المهني حين يتعاقد وهو في حالة ضعف فنية واقتصادية مقارنة بمركز المهني المتخصص الذي يتعامل معه، ومن جهة أخرى في تطبيق حماية فعالة مؤسسة على قواعد تنتج عن علاقة المستهلك والمهني ولا تدخل ضمن أهداف الاستهلاك، لكنها ترتبط ارتباطا شديدا به، نذكر منها الاختصاص القضائي، عيوب الرضا، عدم تنفيذ العقد... إلخ، تطبيق هذه القواعد سيعود حتما بالنفع على المستهلك⁵.

الفقرة الثانية: تعريف عقد الاستهلاك الدولي.

تحديد عقد الاستهلاك الدولي أمر مهم جدا، لأن هذا التحديد هو الذي يسمح بإدراج هذه العقود ضمن أحكام نظام قانوني معين أو استبعادها منه، ومثالا على ذلك فإن معاهدة فيينا لسنة 1980م تشترط لخروج عقود البيع التي يجريها المستهلكين من نطاق تطبيقها أن يكون البائع عالما وقت

1- «... b) « consommateur »: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;...», Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les Consommateurs, Journal officiel des Communautés européennes , n° L 95 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

2- CJCE, 3 juillet 1997, Rec. I, p. 3767, concl. Damaso Ruiz-Jarabo Colomber; JDI 1998, p. 581, obs. J.- M. Bischoff.

3- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 69.

4- طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص 104.

5- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 134.

إبرام العقد بتخصيص المبيع لغرض الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو المنزلي¹، لهذه الأسباب تقتضي دراسة عقد الاستهلاك التعرض لأطراف هذا العقد (أولاً)، ثم معيار دولية هذا العقد (ثانياً).

أولاً: أطراف عقد الاستهلاك:

يرم عقد الاستهلاك بين طرفين أولهما المستهلك وثانيهما المحترف المتعاقد معه، وقد كنا قبل هذا بينا وحددنا تعريفاً للمستهلك سواء على المستوى الوطني أو الدولي، غير أنه عند الحديث عن شرط تمديد الاختصاص القضائي أو الخضوع الاختياري المدرج ضمن عقود الاستهلاك يجدر بنا أن نفرق بين المستهلك المتعاقد والمستهلك المستفيد أو المتضرر.

يعتبر المستهلك المتعاقد هو المستهلك المباشر أو الأول بالنظر إلى من قد يتبعه في الاستفادة من السلع والخدمات التي يتعاقد عليها، فمثلاً رب الأسرة الذي يتعاقد لشراء سيارة يحتل مركز المستهلك المتعاقد في نفس الوقت يستفيد من هذا التعاقد أبناء رب الأسرة، رغم أنهم من الأغيار²، ويطلق على هؤلاء في هذه الحالة مسمى المستهلك المستفيد³، أما المستهلك المضروب فهو المستهلك الذي يتعرض لحادث وهو بصدد استخدامه السلعة المشتراة، وقد يكون هذا المستهلك المضروب هو ذاته الذي يتعاقد على شراء السلعة أو غيره⁴، إن هذا الاختلاف في التصنيف يبرره اختلاف نظام الحماية المقررة للمستهلك المتعاقد عن تلك المقررة للمستهلك المستفيد، فالمستهلك المتعاقد هو من يستفيد من القواعد المقررة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية المدرجة في العقد، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة في الفصل في النزاع الناشئ عن عقد الاستهلاك.

بالنسبة للطرف الثاني وهو المهني أو المحترف فهو الشخص الملتزم بتقديم السلعة أو الخدمة للمستهلك، وقد اختلف الفقه حول إمكانية أن يكون هذا الطرف تاجراً أم يكفي أن يتعامل في نطاق نشاطه المهني، هناك من رأى أنه متى كان الطرف الآخر يتصرف في إطار نشاطه المهني لتوريد قيمة مادية منقولة أو خدمة أو ائتمان، يعتبر العقد من قبيل عقود الاستهلاك بغض النظر عن ما إذا كان

1- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 127.

2- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 69.

3- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 144.

4- المرجع نفسه، ص 145.

يحمل صفة التاجر أم لا¹، في هذا السياق المادة 17 الفقرة الأولى البند ج من اتفاقية بروكسل تشير صراحة إلى أن المتعاقد الآخر يمكن أن يكون تاجرا أو مهنيا².

ثانيا: معيار دولية عقد الاستهلاك:

إن إضفاء الدولية على العقد عن طريق تكييفه والقول ما إذا كان عقدا دوليا أم لا هو أمر لا تتحكم فيه إرادة الأطراف وإنما يستمدده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية، فقانون القاضي هو الذي يحدد دولية العقد وهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وكما أشرنا إليه سابقا، يتنازع الطابع الدولي للعقد معياران أحدهما قانوني والآخر اقتصادي، والسؤال الذي يطرح هنا ونحن بصدد دراسة عقود المستهلكين الدولية إلى أي معيار تخضع هذه العقود؟

يكون العقد دوليا إذا تعلقت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، بمعنى إذا اشتمل العقد على عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بجنسية المتعاقدين أو موطنهم أو بمسألة إبرامه وتنفيذه، ومثال ذلك لو أبرم عقد بيع في إسبانيا بين جزائري مقيم في الجزائر وبلجيكي مقيم في بلجيكا ويتعلق ببضاعة موجودة في فرنسا، فإن هذا العقد يعتبر دوليا لارتباط عناصره بأكثر من دولة، وهذا هو المعيار القانوني المحدد لدولية العقد، البعض الآخر يعتمد المعيار الاقتصادي، ويعتبر العقد دوليا كلما تعلق هذا العقد بمصالح التجارة الدولية، بمعنى أن العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، كتصدير واستيراد المنتوجات والبضائع والسلع والخدمات، وقد تبني القضاء الفرنسي هذا المعيار وأيدته محكمة النقض³، والملاحظ أن المعيار الاقتصادي يؤدي بالضرورة لزوما إلى تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد وهذا ما يثبت أن المعيار القانوني أوسع من المعيار الاقتصادي.

كما رأينا سابقا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المعيار الذي يجب إتباعه في تحديد دولية العقد⁴، لكن بالرجوع إلى المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده أعطى تعريفا للتحكيم التجاري الدولي حيث جاء فيها: « يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي

1- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 152.

2- «...Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles...»

3- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، الإسكندرية، 2009م، ص 11.

4- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006م، ص 316 وما بعدها.

يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل»¹، هذا التعريف يجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني.

بالنسبة لعقود المستهلكين فإن المعيار الاقتصادي رغم سهولته إلا أنه قد لا يصلح للاستخدام في تحديد دولية عقود المستهلكين لعدة أسباب فعقود المستهلكين الدولية خاصة عندما نتبنى المعنى الدقيق لمصطلح المستهلك كما تم شرحه سابقا لا تدخل ضمن التجارة الدولية وبالتالي لا يمكن اعتبارها اقتصاديا دولية، فالعقد المبرم بين المحترف والمستهلك يمثل عقدا مختلطا، فهو تجاري بالنسبة للمحترف ومدني بالنسبة للمستهلك، وعندما نتمعن في التعريفات الاقتصادية للعقد الدولي نجدها ترتبط بشكل عام بالعلاقات التجارية البحتة فقط، وهذا يكرس استخدام القواعد المادية الخاصة بالعقود التجارية الدولية، والنتيجة هنا هي إمكانية خضوع عقود الاستهلاك لنظام التحكيم التجاري الدولي وهذا لا يخدم مصلحة المستهلك²، كذلك فإن المعيار الاقتصادي يتجاهل وجود طرف ضعيف لذلك نجد بعض الدول سنت تشريعات وقائية ضد بعض العقود على الرغم من احتوائها على عنصر أجنبي، فمثلا اتفاقية بروكسل سابقة الذكر تعتبر اتفاق الخضوع الاختياري باطلا كأصل عام في عقود الاستهلاك الدولية، وذلك ما سنشرحه لاحقا، أضف إلى ذلك أنه بالنظر للمعيار الاقتصادي يمكننا مثلا اعتبار عقد استهلاك بين جزائريين في الجزائر بشأن سلعة مستوردة من الخارج هو عقد دولي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهنا يبدو واضحا إمكانية استعمال هذا المعيار للهروب من حكم القانون الداخلي خاصة في المسائل المتعلقة بشرط الخضوع الاختياري وشرط التحكيم³، كما نلاحظ أن الاعتبارات التي قام عليها المعيار الاقتصادي لا نجدها في عقود المستهلكين، وهذا ما يؤدي بنا بالنتيجة إلى الاعتماد على المعيار القانوني في تحديد دولية هذه العقود⁴.

في الأخير يمكن القول أنه لا يمكننا حصر العقود التي يبرمها المستهلكون، ويمكن القول أن عقود الاستهلاك هي: « كل عقد يبرمه المستهلك لغرض أجنبي على نشاطه المهني »⁵، مثل عقد الإيجار والتأمين وعقد العمل وعقد النقل وغيرها من العقود الأخرى، كما عرفت اتفاقية روما عقد

1- القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقا.

2- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 167-169.

3- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

4- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 165.

5- المرجع نفسه، ص 146.

الاستهلاك بصفة عامة ثم استثنت بعض العقود من نطاق تطبيقها، فعرفت هذه العقود بأنها العقود التي هدفها توريد أشياء مادية منقولة أو خدمات لشخص مستهلك، لغرض استعمال يعتبر خارجا عن نشاطه المهني، وأخرجت الاتفاقية من نطاق تطبيقها بعض العقود كعقد النقل وعقد توريد الخدمة إذا كانت الخدمة المستحقة للمستهلك يجب تقديمها فقط في دولة أخرى غير تلك التي فيها محل إقامة المستهلك المعتاد¹.

الفرع الثاني: حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري.

إن الطابع التعسفي في اتفاق الخضوع الاختياري يظهر بصفة واضحة عندما يكون هدفه تعطيل الوصول إلى التشريعات المقررة لحماية المستهلك، حيث يكون للبعد الجغرافي للقضاء المعين والتكاليف القضائية الباهظة دور مهم في حرمان الطرف الضعيف اقتصاديا من الوصول إلى العدالة، لذلك يتم حماية المستهلك من هذه الاتفاقات، إن القانون الدولي الخاص الجزائري في مجال الاختصاص القضائي الدولي لم يضع قواعد تتعلق بالمستهلك، لذلك كان من الواجب البحث عن قواعد مادية يمكنها حماية هذا المستهلك، ثم البحث عن الآلية التي تمكن من تطبيق هذه القواعد في المجال الدولي.

من خلال محاولة البحث في قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري عن الأحكام التي يمكنها أن تحمي المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري، تبادر لنا في الأذهان نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنه: « يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار.»، وكما هو معلوم وفي غياب تشريعات في القانون الجزائري تحدد الاختصاص القضائي الدولي، فإنه يتم إسقاط قواعد الاختصاص المحلي الداخلي على المستوى الدولي مع ما يتطلب ذلك من تكييف².

إذا كان الاتفاق على منح الاختصاص محظورا وتعسفا طبقا للمادة 45 من ق.إ.م.إ.ج داخليا إن لم يكن بين التجار فمن المفروض أن يكون كذلك في القانون الدولي الخاص أي في المجال الدولي، غير أن الاجتهاد القضائي والفقهاء المقارن في هذا المجال يرفضون تمديد هذا النص إلى المجال الدولي، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن اتفاقات الخضوع الاختياري هي مشروعة عندما يتعلق الأمر

1- Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, préc.,

2- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء ثاني، ص 18.

بنزاع ذو طابع دولي¹، هذه المسألة لم تعرض على القضاء الجزائري، لكن في أغلب الأحوال فإن الاجتهاد القضائي الجزائري سيستند إلى الحلول التي جاء بها القضاء الفرنسي، هذا ما حدث في كثير من المناسبات خاصة في المسائل المتصلة بالقانون الدولي الخاص²، إذن فالمادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تبدو غير مناسبة لتحكم العلاقات الدولية، هذا الاجتهاد وضع قاعدة اختصاص دولية، تأثيرها واضح على الطرف الضعيف والذي هو المستهلك، الذي تتركه دون حماية عندما يدرج النزاع تحت أحكام قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

رفض تمديد المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجعل من الضروري إجراء تعديلات في القانون الداخلي خاصة مسألة الاختصاص القضائي الدولي وبالتحديد وضع قواعد اختصاص دولية تحمي المستهلك، رغم أن المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج محددة جدا وواضحة لكن يبدو أنها غير فعالة لحماية المستهلك بالنظر للأسباب التي تم ذكرها.

إن تعيين نظام قضائي أجنبي سيثبط الطرف الضعيف اقتصاديا ويكبده نفقات طائلة للقيام بإجراءات التقاضي في بلد أجنبي، هذا هو الحال بالنسبة للمستهلكين، بالنتيجة في الجزائر نقر بأنه لا توجد قواعد اختصاص قضائية دولية صريحة تحمي المستهلك في العقود الدولية، وعلى ضوء كل هذا يبدو البحث عن قواعد أخرى أو تقنيات بديلة تمكنا من توفير حماية كافية للمستهلك ضد شرط الخضوع الاختياري هو أمر أكثر من ضروري.

هذه الحماية المرجوة للمستهلك قد توفرها لنا القواعد المادية في القانون الجزائري، إن اتفاق الخضوع الاختياري الذي يتم إبرامه بين الأطراف يستهدف رفع دعوى في حالة قيام نزاع، أمام محكمة معينة تابعة لدولة أجنبية أخرى غير تلك التي تشير إليها قاعدة الاختصاص، أي المحكمة المختصة أصلا، إذن هذا الاتفاق يبدو بمثابة عقد وكذلك بمثابة عمل إجرائي³، الأمر يتعلق هنا إذا في البحث عن ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية الخاصة بالعقود يمكن تطبيقها على الاختصاص

1- «...les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française...», Cass. 1^{er} civ., 17 décembre 1985, préc.

2- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 99.

3- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 24.

القضائي الدولي، بمعنى إمكانية تطبيق أحكام الشروط التعسفية في القانون الجزائري على أتفاق الخضوع الاختياري مادام هذا الاتفاق يبدو بمثابة عقد؟

إن خصوصية نظام الشروط التعسفية تفرض في الواقع هذا النهج خاصة في الحالة التي نتكلم فيها عن الشرط بصفة عامة، فالشروط التعسفية تعرف بمعيار واحد وهي عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد¹، فالطابع التعسفي في اتفاق الخضوع الاختياري يظهر بصفة واضحة عندما يكون هدفه تعطيل الوصول إلى التشريعات المقررة لحماية المستهلك، حيث يكون للبعد الجغرافي للقضاء المعين والتكاليف القضائية الباهظة دور مهم في حرمان الطرف الضعيف اقتصاديا من الوصول إلى العدالة، أمام هذه الحالة نكون أمام عقود اذعان تتضمن شروطا غير قابلة للنقاش وموجهة لمصلحة الطرف صاحب المركز القوي، حيث يكون فيها المتعاقد محتكرا لخدمة أو سلعة، والمستهلك مجبر على اقتنائها².

المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني نص على أنه: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»، هذه المادة تحول القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد، ويمكنه حتى أن يعفي المدعن من الشروط التعسفية³، وقد يكون إعمال هذه الفكرة هو السبيل لحماية المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري، غير أنه من الواضح أن هذه القواعد لا تتلاءم ووضع المستهلك، فهذه القواعد ذات طبيعة عامة، واستيفاء شروط تطبيقها أمر صعب المنال، كما أن إعمال هذه القواعد يتطلب تدخل القضاء عن طريق رفع الدعوى⁴.

إن المستهلك يحتاج ربما إلى حماية أكثر مما توفره هذه القواعد التقليدية، خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي تعرفه معظم الدول في الآونة الأخيرة، وكما هو معروف فإنه في حالة وجود نص خاص فإن القاضي يلتزم بهذا النص دون الرجوع للأحكام العامة احتراماً لمبدأ الخاص يقيد

1- المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادي الأول عام 1425 هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع. 41، سنة 2004م، ص 03-11.

2- عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي 14/13 أبريل 2008م، ص 176.

3- زويير ارزقي، المرجع السابق، ص 33.

4- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 32.

العام، فأغلب تشريعات دول العالم تخصص قوانيننا تتعلق بالمستهلك لتوفر له أكبر حماية ممكنة، المشرع الجزائري لم يشكل الاستثناء عن ذلك، إذن يمكننا أن نبحت عن حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في قانون المستهلك، فالمادة 29 من القانون رقم 04-02 التي تتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية تمنع إدراج شروط تعسفية في العقود التي يكون طرفها المستهلك، حيث أوردت بعضا من هذه الشروط على سبيل المثال¹، كما أن المادة 30 من نفس القانون والتي نصت على أنه: « بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية »، هذه الأحكام تتضمن قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي يمكن تطبيقها على اتفاقات شرط الخضوع الاختياري².

الأکید أن كل هذه الأحكام سواء كانت خاصة أو عامة هي في الحقيقة تنطبق على المستوى الداخلي فكيف يمكنها أن تحمي المستهلك في مسألة تعتبر في المجال الدولي؟ لأنها تتعلق بمسألة اختصاص قضاء دولي، يبدو الحل في أن إبطال اتفاق الخضوع الاختياري بين المستهلك والمهني لا يمكن إلا أن يأتي عن طريق أعمال فكرة النظام العام، فالحرية التعاقدية تحد منها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند التعامل على المستوى الدولي، وأهم قيد في هذا المجال هي فكرة النظام العام التي تمثل مجموع المصالح الأساسية للمجتمع والحد الأدنى الذي لا يمكن تصور بقاء الجماعة بدونه، فالقاعدة المتعلقة بالنظام العام هي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومما لا شك فيه أن قواعد قانون حماية المستهلك في مجموعها هي قواعد معتبرة من النظام العام حيث لا يجوز مخالفتها³.

يبقى أن نشير إلى أن اتفاق الخضوع الاختياري سينعكس حتما على القانون الواجب التطبيق الذي يعينه قانون القاضي، فكما نعلم أن الاختصاص القضائي يمكنه أن يؤثر في الاختصاص التشريعي، فلو أن نزاعا رفع أمام القاضي الجزائري فإن قواعد النزاع في القانون الجزائري هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق⁴، وبالتالي نستخلص أن شرط الخضوع الاختياري يمكن أن يعين قانونا يطبق على العقد لا يحمي المستهلك.

1- عادل عميرات، المرجع السابق، ص 180

2- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 151.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128.

4- موحد إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 23.

نفس المسألة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فاتفق التحكيم المبرم بين المستهلك والمهني أكثر خطورة من اتفاق الخضوع الاختياري، لأن المسألة تتعلق بمسألة اختيار محكمة تحكيمية عوضاً عن المحاكم الوطنية، وهذا غير ملائم لمنازعات المستهلكين، فتكاليف الإجراءات القضائية وتعقيدها يمكنها أن تجرد المستهلك من إمكانية اللجوء للعدالة، خاصة أن المستهلك ليس ملماً بالتجارة الدولية، لهذه الأسباب يجب إبعاد الطابع التعسفي لاتفاق التحكيم الدولي المبرمة بين المستهلك والمهني، وإعمال فكرة النظام العام الدولي هي وحدها التي ستحل المسألة في القانون الجزائري.

ولعلنا يمكن أن نستفيد من نظام الحماية المقرر في اتفاقية بروكسل من خلال أحكام المادة 19 من الفصل الرابع من الاتفاقية¹، حيث تنص هذه المادة على أنه لا يجوز مخالفة أحكام هذا الفصل بأي اتفاق إلا إذا كان لا حقا لنشوء النزاع، أو إذا كان يسمح للمستهلك اللجوء إلى نظام قضائي غير محدد في هذا الفصل، أو الذي يتم بين المستهلك والمتعاقد معه، ويكون وقت إبرام العقد موطنهما أو محل إقامتهما الاعتيادي في نفس الدولة العضو، ويمنح الاختصاص لقضاء هذه الدولة العضو، وذلك ما لم يكن قانون هذه الدولة العضو يحظر مثل هذه الاتفاقات.

نلاحظ أن المادة 19 الفقرة 01 من اتفاقية بروكسل تحظر وضع إي اتفاق خضوع اختياري والذي يسبق مرحلة النزاع كأصل عام²، فهذه المادة وظيفتها تعطيل الشروط المهيأة مسبقاً والمدججة ضمن العقود النموذجية في الشروط العامة للعقد، أو أي وثائق أخرى تتبع العقد، هذا الحظر يمثل الوسيلة الأكثر فعالية التي تسمح باستبعاد كل الحالات التي يوجد فيها المستهلك رافضاً لشروط تمديد الاختصاص المفروضة عليه من طرف المهني المتعاقد معه في عقود الإذعان، ولهذا نجد أن بعض قوانين

1- « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :

- 1- postérieures à la naissance du différend ;
- 2- qui permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section, ou
- 3- qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ».

2- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 195.

الدول تحظر شرط اتفاق الخضوع الاختياري في العقود المبرمة مع المستهلكين¹، غير أن اتفاقية بروكسل تضع بعض الاستثناءات على الأصل العام، حيث تسمح باتفاق الخضوع الاختياري في بعض الأحوال. حيث تسمح اتفاقية بروكسل فقط باتفاق الخضوع الاختياري المبرم بعد نشوء النزاع، ففي هذه المرحلة يكون الأطراف على قيد المساواة، ويكون للمستهلك كافة الحرية في رفض أي اتفاق يخالف مصلحته، ونشير هنا إلى أن المادة 18 الفقرة 2 من الاتفاقية تلزم المحترف المدعي أن يرفع دعواه فقط أمام قضاء دولة عضو والتي يتوطن فيها المستهلك.

المادة 17 الفقرة 02 من اتفاقية بروكسل تسمح استثناء أيضا باتفاق الخضوع الاختياري السابق لنشوء النزاع بشرط أن يسمح هذا الاتفاق للمستهلك دون المهني بتعيين محكمة غير المحاكم التي تنص عليها الاتفاقية في فصلها الرابع، بمعنى آخر فإن الاتفاق الذي يمنح الاختصاص لمحكمة دولة عضو والتي ليست لا موطن محكمة المستهلك ولا موطن المهني تكون مشروعة، يبدو أن الغرض من هذه الفقرة هو توسيع نطاق الخيارات المتاحة للمستهلك في اختيار القضاء المختص، مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يكون له أثر في حرمان هذا الأخير من الامتياز الذي توفره له المادة 18 الفقرة 01، فمثل هذا الاتفاق يتم إبرامه للمصلحة الحصرية للمستهلك، حيث يسمح له وحده بتعيين المحكمة المختصة دون تدخل من المهني².

كما تسمح اتفاقية بروكسل باتفاق الخضوع الاختياري المبرم مع المستهلك في حالة خاصة جدا هدفها حماية مصالح المهني نصت عليها في المادة 19 فقرة 03 من الاتفاقية، حيث تعتبر اتفاق الخضوع الاختياري المبرم بين المستهلك والمهني قانونية إذا كان الطرفان وقت نشوء العقد يتوطنان في نفس الدولة العضو، بشرط أن يكون هذا الاتفاق يمنح الاختصاص لمحكمة هذه الدولة، هذا النص هدفه استبعاد أي اتفاق متعلق أساسا بحالة قانونية داخلية، بالنظر لآثاره المعطلة عن طريق تغيير محل إقامة المستهلك لدولة أخرى متعاقدة، بمعنى تفادي حالة إنكار العدالة والتي تنشأ نتيجة سلب الاختصاص الأصيل لمحكمة معينة، وفي نفس الوقت ترفض المحكمة المختارة الاختصاص والتي هي الموطن المشترك للطرفين³، المادة 19 فقرة 03 يتم استبعادها إذا كانت الدولة المتعاقدة تمنع الشرط المدرج بين المستهلك والمهني.

1- المادة (L121) من قانون الاستهلاك الفرنسي، المادة 2149 من القانون الدولي الخاص بمقاطعة كيبك بكندا.

2- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 195.

3- المرجع نفسه، ص 198.

المادة 19 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بحماية المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري لا تطبق إلا إذا كان النزاع يدخل ضمن مجال الحماية المقررة في هذه الاتفاقية، فالقراءة الأولية لعنوان الفصل الرابع توحى بأن هناك حماية كاملة بمعنى تشمل جميع عقود المستهلكين¹، غير أن القراءة المتأنية للمادة 17 و18 من نفس الاتفاقية تنفي هذا التصور، حيث أن مجال تطبيق قواعد الاختصاص الخاصة بالمستهلك لا تتعلق إلا ببعض النزاعات والتي تنشأ بمناسبة بعض العقود المحددة في المادة 17 وهي البيوع بالتقسيط المتعلقة بالأشياء المادية المنقولة²، القروض بالتقسيط أو أي قروض لتمويل بيع مثل هذه الأشياء³، في جميع الحالات الأخرى العقد المبرم مع شخص يمارس نشاطات تجارية أو مهنية في دولة عضو على الأراضي التي يتوطن فيها المستهلك أو يوجه نشاطه بأي وسيلة كانت لهذه الدولة العضو أو عدة دول أخرى من بينها هذه الدولة العضو، شريطة أن يكون العقد في إطار هذه النشاطات⁴، وللإشارة هذه المادة تم تعديلها بحيث أعطت مفهوماً واسعاً للعقود المبرمة من طرف المستهلكين وبالتالي مددت نطاق الحماية الممنوحة عما كانت عليه، وتسمح بكل سهولة في تحديد ما هي العقود المشمولة بهذه الأحكام⁵.

بالإضافة إلى ذلك المادة 17 الفقرة 03 تستبعد عقد النقل بصفة عامة من مجال تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك، غير أنها تستثني وهذا بعد التعديل، عقود النقل التي تجمع بين السفر والإيواء بسعر جزائي، للتذكير أنه قبل تعديل الاتفاقية سنة 2007م كانت هذه المادة تستبعد عقود النقل تماماً من نطاق الحماية، وكان هذا الاستبعاد يبدو غير منطقي، حيث أن استبعاد عقد النقل سيؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قواعد اختصاص مختلفة على مختلف الخدمات المجتمعة في عقد واحد والذي ينظر إليه من الناحية التجارية على أنه صفقة واحدة⁶.

1- « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs »

2- المادة 17 فقرة 1- أ من اتفاقية بروكسل .

3- المادة 17 فقرة 1- ب من اتفاقية بروكسل.

4- المادة 17 فقرة 1- ج من اتفاقية بروكسل.

5- M. Fausto Pocar, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 319/1, du 23.12.2009, p.21.

6- M. Fausto Pocar, op.cit, p22.

ما يلاحظ بشأن هذه الاتفاقية أنه لا يكفي فقط أن يدخل النزاع في مجال تطبيق المادة 17 ليستفيد المستهلك من الحماية المقررة له في هذا الصدد بموجب المادة 19، بل يشترط أن تكون المحكمة المعنية بموجب اتفاق خضوع اختياري هي محكمة تابعة لدولة متعاقدة، وقد استبعد شرطاً آخر في هذه الاتفاقية، كان منصوصاً عليه قبل تعديلها ويتعلق هذا الشرط بمحل الإقامة في دول متعاقدة الوارد في المادة 23 من الفصل السابع من الاتفاقية السابقة (المادة 25 من اتفاقية بروكسل الحالية) والمتعلق بمسألة اتفاق الخضوع الاختياري¹.

نص المادة 19 لم يشير إلى مسألة تعيين دولة عضو بل سكت عن هذا الأمر، وهنا نكون أمام احتمالين الأول أن المادة تقصد الشرط الذي يعين محاكم دولة عضو في الاتفاقية، أو أنها تستهدف الشروط التي تستبعد قواعد الحماية الواردة في المادة 18، فهي تهدف إلى تنظيم كل إتفاق يتضمن شرط الخضوع الاختياري ويعطل قواعد الاختصاص في اتفاقية بروكسل والموضوعة خصيصاً لحماية الطرف الضعيف، بما في ذلك تلك التي تعين قضاء أجنبياً، بمعنى قضاء دولة غير عضو كالجنازير مثلاً.

قواعد اتفاقية بروكسل المعدلة أخيراً وسعت من دائرة الحماية المخصصة للمستهلكين في حالة تعيين قضاء دولة عضو، فبعدما كانت سابقاً الاتفاقية تنص على أن قواعد حماية المستهلك لا تطبق إلا إذا تم ربط النزاع باتفاقية بروكسل عن طريق محل إقامة أحد الأطراف على الأقل في دولة عضو في الاتفاقية، بمعنى أن تقتصر الاستفادة من هذه الحماية على الطرف المقيم في الدولة العضو في الاتفاقية، وهذا للأسف كان لا يخدم المستهلكين في الدول الأخرى كالجنازير مثلاً، مع الملاحظة أنه وفي الواقع أغلب المستهلكين يقيمون في دول غير دول الاتحاد الأوروبي، وحركة السلع والخدمات دائماً تنطلق من هذه الدول باتجاه دول العالم الثالث والدول الضعيفة اقتصادياً؛ اليوم يمكن للشخص حتى ولو يكن مقيماً في الاتحاد الأوروبي الاستفادة من هذه القواعد عند إبرامه اتفاق خضوع الاختياري²، وهذا ما يميز اتفاقية بروكسل الحالية حيث يعترف لها أنها في مجال حماية المستهلك تغيب أي تمييز بسبب الجنسية، بالنسبة لاتفاقية روما المادة 05 و02 من هذه الاتفاقية تؤكد أن اختيار القانون المطبق لا يمكن أن يكون

1- « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents...».

2- Article 25: « 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes,...».

له أثر يجرد المستهلك من الحماية التي تضمنها له الأحكام الملزمة في قانون الدولة التي يوجد فيها مكان إقامته المعتاد.

شرط الخضوع الاختياري بقدر ما يعطي للإرادة حرية في تحديد ضابط الاختصاص القضائي، ويساهم في تطوير التجارة الدولية، بالمقابل فإن إدراجه في عقود الاستهلاك يمثل تعسفا في حق المستهلك لكونه طرفا ضعيفا يتوجب حمايته، لذلك وكأصل عام مبدأ الخضوع الاختياري لا يمكن العمل به في مجال عقود المستهلكين¹، بمعنى آخر أن اتفاق الخضوع الاختياري لا يجوز إبرامه إلا حين يكون طرفي العقد متكافئين، ولا يتوافر بشأنه أي عنصر من عناصر الإذعان، كأن يكون أحد المتعاقدين في مركز اقتصادي قوي، أو أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية للمستهلكين، أو أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي مطبوع²، لهذه الأسباب رأينا كيف توفر اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية حماية كافية للمستهلك ضد اتفاقية الخضوع الاختياري، من خلال إبطال كل اتفاق يتعلق بالخضوع الاختياري، في الجزائر وفي ظل غياب قواعد واضحة تهتم بمسألة الاختصاص القضائي الدولي، خاصة تلك المتعلقة بالمستهلك فإنه من الضروري الإسراع بالتفكير في تنظيم هذه المسألة سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي، بوضع قواعد خاصة تسمح بتجنب إدراج أي اتفاق خضوع اختياري ضمن العقود التي يبرمها المستهلك، ما لم يكن هذا الاتفاق لاحقا لنشوء النزاع، أو أنه يتقرر للمصلحة الحصرية للمستهلك، خاصة ونحن نعلم أن الجزائر من البلدان المستقبلية للمنتوجات الخارجية، ولا شك أن ما تعرفه الجزائر من تدويل للسلع والخدمات، والتطور المعلوماتي المتمثل في بيع السلع عبر المواقع الالكترونية سيساهم حتما في زيادة الاستهلاك، وكثرة العقود الاستهلاكية التي قد تتضمن اتفاقات تعين محاكم أجنبية غير تلك المختصة أصلا³.

1- محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013م، ص 239.

2- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 282-283.

3- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف في عقود التأمين والعمل.

بعد أن تطرقنا بالدراسة لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الأكثر انتشاراً، سنبحث في هذا المطلب حماية الطرف الضعيف من اتفاقات الخضوع الاختياري في عقود التأمين (الفرع الأول)، وعقود العمل التي لا تقل أهمية عن عقود المستهلكين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين.

يعرف التأمين بأنه العملية التي يحصل بموجبها أحد أطراف عقد التأمين وهو المؤمن له في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفع له أو لغيره - عند تحقق خطر معين - المتعاقد الآخر وهو المؤمن، هذا الأخير يقع على عاتقه تحمل الأخطار الممكنة الحدوث¹، ويعرف المشرع الجزائي التأمين بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي أشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»².

بسبب التطور الاقتصادي الحديث ظهرت حالات ليس فيها وقت لإجراء المناقشات والمفاوضات التي تسبق إبرام العقد عادة، وهذا ما يدفع في حالات كثيرة بأحد المتعاقدين بتحديد شروط العقد مسبقاً على نحو لا يقبل فيها مناقشة هذه الشروط، ثم يقوم بعرضها على الجانب الآخر الذي يكون له الخيار في أن يقبلها بدون نقاش أو أن يمتنع عن قبولها، غير أن هذا الأخير كثيراً ما يكون في وضع المجبر على التعاقد لسبب أو لآخر مما يجعله يدع عن معنى يخضع لإرادة الطرف المتعاقد معه، ومن ثم يقدم على إبرام العقد دون مناقشة شروطه، ولذلك يوصف هذا العقد بعقد الإذعان³، صفة الإذعان هذه تصنف طرفي العقد إلى طرف قوي وآخر ضعيف، حيث يفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف وليس أمام هذا الأخير سوى التسليم بشروط الطرف القوي⁴، في عقد التأمين يتجلى ذلك حين يقوم المؤمن بإعداد عقد التأمين بكل تفاصيله من جانب واحد، حيث لا دور للمؤمن له في

1- هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2000م، ص 15.

2- المادة 619 من ق.م.ج.

3- عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006م، ص 92-93.

4- هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 44.

صياغته ووضع شروطه، ذلك أن المؤمن له عندما يقدم طلب التأمين فهو إما أن يقبل بوثيقة التأمين كما أعدها المؤمن أو يرفضها ويتصل بمؤمن آخر قد يستعمل شروطا عقدية مختلفة تجدد قبولا لدى المؤمن له¹، وانطلاقا من هذه الظروف يمكن القول أن القبول في عقد التأمين ما هو إلا مجرد التسليم بالشروط التي يضعها الموجب ولا يعطي فيها إمكانية للقابل لمناقشتها أو التفاوض بشأنها أو تعديلها²، ففي عقد التأمين غالبا ما نجد أن المؤمن يعلن عن التعاقد بوثائق تأمين مطبوعة ويقتصر دور المؤمن له الذي يرغب في التعاقد على مجرد التسليم بالشروط التي تحتويها هذه الوثائق وليس له حق مناقشتها أو التفاوض بشأنها، ومن هنا ينشأ احتلال في التوازن للمركز القانوني لأطراف العقد ما يستتبعه وصف عقد التأمين بأنه عقد إذعان³، فيعتبر المؤمن أو غالبا شركة التأمين هو الطرف القوي في العقد الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي يجعله يفرض شروطا تحقق مصالحه على حساب الطرف الآخر وهو المؤمن له أو طالب التأمين الذي يمثل الطرف الضعيف أو المدعن في هذه العلاقة، والذي لا يملك أي حرية في مناقشة شروط العقد، وتتجلى هذه الفكرة التي يكون فيها المؤمن له مجبرا على التأمين بنص القانون كما في التأمين الإلزامي⁴.

اتصاف عقد التأمين بصفة الإذعان جعل المشرع والقضاء في العديد من الدول يتدخل من أجل توفير حماية كافية للمؤمن ضد تعسف شركات التأمين سواء على المستوى الوطني أو الدولي⁵، فعلى المستوى الداخلي مثلا قرر المشرع المصري في التقنين المدني أحكاما ضمنها في المادة 149 تعطي الحق للقاضي في التدخل حين يجد تعسفا اتجاه أحد أطراف العقد، ليخفف من الشروط التعسفية المدرجة في العقد أو إلغائها⁶، هذه المادة تقابلها المادة 110 من ق.م.ج حيث حرص المشرع الجزائري على وضع قواعد تحمي الطرف الضعيف، فقد نصت هذه المادة على أنه: « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك

1- عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 92-93.

2- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م، ص 37؛ هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 44.

3- جديدي معراج، المرجع السابق، ص 37.

4- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 131-114؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 308-309؛ جديدي معراج، المرجع السابق، ص 29-30؛ هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 44.

5- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 114؛ هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 45.

6- هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 45.

وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.»، هذه المادة تقدم أهم الضمانات التي أتى بها المشرع الجزائري لحماية الطرف المدعى من تعسف الطرف القوي¹، نص آخر جد هام نص عليه المشرع في ق.م.ج، يتعلق الأمر بالمادة 622 خاصة الفقرة الخامسة والسادسة منها²، حيث جاء في هذه المادة أنه: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ...- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة، - كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.»، كما تنص المادة 625 على أنه: « يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.»، على المستوى الدولي فإننا نجد أن حماية المؤمن له تجسدت من خلال استبعاد عقد التأمين من مجال التنظيم العادي للعقود عند تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وأدخلته في فئة قواعد الإسناد الخاصة، فمثلا نجد أن اتفاقية روما أخرجت عقد التأمين من نطاق تطبيقها، ليتم تنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق عليه عن طريق لائحة خاصة³.

السؤال الجوهرى الذي يتم طرحه هنا في إطار دراستنا يتعلق بمدى إمكانية اعتبار شرط الخضوع الاختياري المبرم بشأن عقد التأمين صحيحا ومرتبلا لآثاره؟ في الواقع في مجال الاختصاص القضائي الدولي حاول المشرع في الكثير من الدول قدر المستطاع الحد من دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي عندما يتعلق الأمر بعقد التأمين لأنها تتعارض مع مبدأ حماية الطرف الضعيف، حيث تم تقييد حق الأطراف في تعيين المحكمة المختصة وفقا لشروط معينة⁴، فهناك من رأى أنه يجب التفرقة ما بين

1- جديدي معراج، المرجع السابق، ص 38.

2- تقابلها المادة 750 من القانون المدنى المصرى التى جاء فيها: « يقع باطلا ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1- الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. 2- الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو فى تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. 3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التى تؤدي إلى البطلان أو السقوط. 4- شرط التحكيم إذا ورد فى الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا فى صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. 5- كل شرط تعسفى آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه.»، راجع: هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 46.

3- المرجع نفسه، ص 162 وما بعدها.

4- المرجع نفسه، ص 332.

حالة الاتفاق على شرط الخضوع الاختياري مع العقد الأصلي وقبل نشوء النزاع، وحالة الاتفاق على هذا الشرط بعد نشوء النزاع¹.

في الحالة الأولى التي يتم فيها وضع شرط تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ضمن الشروط العامة لوثيقة التأمين² فإنه من الممكن اعتبار هذا الشرط شرطا تعسفيا يجب إبطاله قياسا على شرط التحكيم³، الذي لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين، وذلك على اعتبار أن هذا الشرط قد فرض على المؤمن له ومن شأنه أن يلحق ضررا به⁴، وهذا ما أكدته أيضا القضاء الجزائري بشأن شرط التحكيم⁵.

أما الحالة الثانية فهي التي يتم فيها إدراج شرط الخضوع الاختياري في اتفاق منفصل عن الشروط العامة لوثيقة التأمين ولاحقا لنشوء النزاع حيث يعتبر هذا الاتفاق صحيحا مرتبا لأثاره، لأنه من غير المعقول إمكان قبول المؤمن له لهذا الاتفاق إذا كان في غير مصلحته، فالمؤمن له في هذه الحالة له القدرة على أن يرفض الاتفاق الذي يمنح الاختصاص لمحكمة غير ملائمة بالنسبة له، كما أن شركة التأمين بعد حدوث النزاع لن تستطيع فرض اختصاص محكمة دولة ما على المؤمن له دون رضاه الصحيح⁶.

فيما يخص الاتفاقيات الدولية فإن اتفاقية بروكسل قررت إمكانية الاتفاق على اختيار محكمة معينة لنظر الدعوى في مجال عقود التأمين ولكن ذلك في حالات محددة نصت عليها المادة 15 من هذه الاتفاقية، حيث يمكن إبرام اتفاق خضوع اختياري إذا كان الاتفاق لاحقا على قيام النزاع، أو إذا كان الاتفاق يسمح للمكتب في التأمين، وللمؤمن له أو المستفيد باللجوء لقضاء دولة أخرى غير تلك المشار إليها في الاتفاقية، أو الاتفاق الذي يبرم بين مستأمن ومؤمن يكون لهما لحظة إبرام العقد موطن أو محل إقامة معتاد في نفس الدولة العضو، ويمنح الاختصاص لقضاء هذه الدولة العضو حتى ولو

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 309؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 114.

2- وثيقة التأمين هي من أهم الأشكال التي يتم بها عقد التأمين و التي تحتوي على معظم الشروط الخاصة بنوع التأمين المطلوب، وتعد في الواقع هي عقد التأمين والأكثر استعمالا في مجال التأمين، حيث يجري التعامل بموجبها بين شركات التأمين والمستأمنين، راجع تفصيل ذلك: جديدي معراج، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها؛ عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 121.

3- أنظر نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري.

4- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 114؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 309.

5- المحكمة العليا، قرار رقم 395807 الصادر بتاريخ 2007/01/10، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، 2007م، ص 361.

6- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 115؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 309.

حدثت الأضرار في الخارج، إلا إذا كانت هذه الدولة تمنع مثل هذه الاتفاقات، كما تسمح اتفاقية بروكسل بالاتفاق المبرم مع مستأمن ليس له موطن في دولة عضو، باستثناء إذا تعلق الأمر بتأمين إجباري أو المتعلق بعقار كائن في دولة عضو، أو الاتفاق الذي يتعلق بعقد التأمين والذي يغطي واحد أو أكثر من الأخطار التي وردت على سبيل الحصر في المادة 16.

أما بخصوص قانون التأمين الفرنسي المادة (R.114-1) من هذا القانون تفرض مبدأ اختصاص موطن المؤمن له في كل أنواع التأمين عندما تكون الدعوى تهدف إلى تحديد أو تسوية التعويضات المستحقة¹، وتستبعد هذه المادة من مجالها مسائل التأمين على العقارات والعقارات بالتخصيص بسبب طبيعتها أين المحكمة التي يتواجد بها العقار هي المختصة، ومع ذلك عندما يتعلق الأمر بالتأمين ضد الحوادث بكل أنواعها المؤمن له يملك الاختيار بين اختصاص محكمة موطنه أو محكمة مكان وقوع الضرر، قواعد الاختصاص هذه تعتبر إلزامية وهي من النظام العام²، هذه الإلزامية تنتج عن نص المادة (L.112-2) من قانون التأمينات الفرنسي والذي عن طريق أحكام عامة يمنع أي تعديل عن طريق الاتفاق ما تم النص عليه بشأن الاختصاص في مجال التأمين، قواعد الاختصاص الإلزامية هذه تم تمديدها إلى المجال الدولي من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي³، والذي أكد تفضيلها عن قواعد الاختصاص العادية وقواعد الاختصاص غير العادية المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من ق.م.ف، هذه الإلزامية هدفها جعل كل اتفاقات الخضوع الاختياري التي تعين قضاء أجنبيا كل مرة يكون فيها المؤمن له متوطنا في فرنسا غير شرعية، وعندما يكون الشيء المؤمن عليه موجود في فرنسا⁴.

ويبدو أن اتفاقية بروكسل أكثر مرونة في هذا المجال، فعندما يكون المؤمن له طرفا ضعيفا الحظر الكلي لاتفاقات الخضوع الاختياري يمكن أحيانا أن يكون في غير صالحه، كما أن صفة الإذعان يمكن أن تنتفي عن عقد التأمين إذا كان المؤمن له في مركز اقتصادي قوي كما لو كان شركة كبرى كإحدى شركات النفط أو الملاحة الكبيرة فإنها تستطيع أن تقف على قدم المساواة مع شركة التأمين بل وأحيانا تملئ عليها شروطها الخاصة⁵، وعليه فإن حماية الطرف الضعيف لا تمر بالضرورة عن طريق الحظر

1- <http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984>, 10-11-2015.

2- Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 56.

3- CA Paris, 21 janvier 1965, JCP 1965, II, n° 14173, concl. Souleau.

4- P. Guez, thèse préc., p. 128.

5- عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 94.

التلقائي والكامل لشرط الخضوع الاختياري¹، فالاتفاقات المبرمة بعد نشوء النزاع يمكن قبولها في مسائل التأمينات وهذا ما أقرته اتفاقية بروكسل، ونلاحظ هنا أن نقل النظام العام القضائي الداخلي للعلاقات الدولية هدفه في هذه الحالة حماية المؤمن له، فالطابع الاختياري للاختصاص القضائي الفرنسي في مسائل التأمين يمكن الاعتراف بها عندما يكون الاختيار يمكن المؤمن له من التفاوض، وعليه الاختيار وبكل راحة محكمة أجنبية يقدرها مطابقة لمصالحه.

في مجال الاختصاص القضائي القانون الجزائري لم يُصنّف قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد خاصة بالاختصاص في مجال التأمين، غير أنه بالرجوع إلى الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات² نجد أنه يتضمن نصا على قدر من الأهمية، فقد نصت المادة 26 منه على أنه: « في حالة نزاع يتعلق بتحديد التعويضات المستحقة ودفعتها يتابع المدعى عليه، مؤمنا كان أو مؤمنا له، أمام المحكمة الكائنة بمقر سكن المؤمن له وذلك مهما كان التأمين المكتتب، غير أنه في مجال: - العقارات، يتابع المدعى عليه أمام المحكمة التابعة لموقع العقار المؤمن عليه، - المنقولات بطبيعتها، يمكن للمؤمن له أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة لموقع الأشياء المؤمن عليها، - التأمين من الحوادث بكل أنواعها، يمكن المؤمن له أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار.»

هذه المادة تنظم الاختصاص القضائي على المستوى الداخلي وهي تكاد تتطابق مع نص المادة (R.114-1) من قانون التأمين الفرنسي، حيث تضع مبدأ اختصاص عام وهو موطن المؤمن له في كل أنواع التأمين عندما تكون الدعوى تهدف إلى تحديد أو دفع التعويضات المستحقة، غير أن هذه المادة تخضع مسائل التأمين على العقارات بسبب طبيعتها إلى المحكمة التي يتواجد بها العقار، أما بالنسبة للمنقولات بطبيعتها فيمكن أن تخضع لاختصاص المحكمة التابعة للأشياء المؤمن عليها، كما يمكن للمؤمن له عندما يتعلق الأمر بالتأمين ضد الحوادث بكل أنواعها الاختيار بين اختصاص محكمة موطنه أو محكمة مكان وقوع الضرر، هذا النص يشكل حماية كافية للطرف الضعيف في عقد التأمين، ويبدو لنا أنه في ظل غياب قواعد اختصاص دولي على مستوى ق.إ.م.إ.ج خاصة بالاختصاص في منازعات عقد التأمين الدولي، فإنه من الضروري اللجوء إلى استعمال القواعد الحمائية المنصوص عليها في القواعد

1- H. Gaudemet-Tallon, Note sous Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 546.

2- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995م يتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427م الموافق 20 فبراير 2006م، ج.ر، ع. 13 لسنة 1995م، و ع. 15 لسنة 2006م.

الداخلية، خاصة المادة 26 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات بسبب أن هذه النصوص التشريعية المتعلقة بعقد التأمين تعد نصوصاً آمرة بالنسبة للمؤمن لا يجوز مخالفتها من جهة، ويجوز النزول عنها لمصلحة المؤمن له من جهة أخرى¹، هذا الاستعمال يتم عن طريق مد هذه القواعد إلى المجال الدولي على غرار ما فعله الاجتهاد القضائي الفرنسي لتشكيل الضمانة الكافية للطرف الضعيف في عقد التأمين على مستوى العلاقة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً على أن يتم تطويعها لتلائم الاختصاص القضائي الدولي.

مع ذلك، فإننا ننادي بوضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي في مجال التأمين، خاصة فيما يتعلق باتفاقات الخضوع الاختياري المدرجة في عقود التأمين، هذه الاتفاقات لها أهميتها غير أنها عندما تكون ضارة بالطرف الضعيف فإنه يتوجب حظرها، وعليها نرى إمكانية صياغة هذه القاعدة على النحو التالي: « في عقود التأمين الدولية وفي حالة نزاع يتعلق بتحديد التعويضات المستحقة ودفعها يتابع المدعى عليه، مؤمناً كان أو مؤمناً له، أمام المحكمة الكائنة بمقر سكن المؤمن له وذلك مهما كان التأمين المكتتب، غير أنه في مجال: - العقارات، يتابع المدعى عليه أمام المحكمة التابعة لموقع العقار المؤمن عليه، - المنقولات بطبيعتها، يمكن للمؤمن له أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة لموقع الأشياء المؤمن عليها، - التأمين من الحوادث بكل أنواعها، يمكن للمؤمن له أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار، - في حالة الاتفاق على اختيار محكمة معينة لنظر الدعوى إذا كان الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع؛ ترفع الدعوى أمام المحكمة المعينة بموجب هذا الاتفاق. يستثنى من هذا النص عقود التأمين التي لا تتضمن احتلالاً في التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد».

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف في عقد العمل.

إن تقدير ملائمة شرعية إدراج اتفاقات الخضوع الاختياري في عقود العمل الدولية يتطلب أولاً فهماً دقيقاً لطبيعة العلاقة التي تربط بين العامل وصاحب العمل، وبصفة عامة طبيعة النصوص المنظمة لعلاقات العمل، ومدى قبولها أو رفضها لإدراج مثل هذا الشرط في عقد العمل.

1- هشام أحمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 45.

في الجزائر تعتبر القوانين الخاصة بتنظيم علاقات العمل من القوانين الحديثة نسبيا، حيث كان أول ظهور لهذا القانون سنة 1975م ومن أهم هذه القوانين التي تهم دراستنا هي القانون المتعلق بعلاقات العمل¹، والقانون المتعلق بتسوية المنازعات الفردية².

يعرف قانون العمل بأنه: « مجموعة القواعد القانونية والاتفاقية التي تحكم وتنظم مختلف أوجه العمل القائمة بين كل من العامل والمؤسسة المستخدمة، الناتجة عن عقد العمل، وما يترتب عنها من آثار ومراكز قانونية للطرفين»³، ويعرف كذلك عقد العمل بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر⁴، ويعرف أيضا بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه ويسمى حسب الأحوال مستخدما أو عاملا بأداء عمل مادي تحت إدارة طرف آخر يسمى صاحب العمل أو رب العمل، في مقابل أجر يحصل عليه⁵، وهناك من يعرفه بأنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بوضع نشاطه في خدمة شخص آخر وتحت إشرافه مقابل أجر"⁶، من جهة أخرى تعرف المنازعة الفردية في العمل بأنها كل خلاف في العمل يقوم بين العامل الأجير والمستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين، إذا لم يتم حلها في إطار عمليات تسوية داخل الهيئة المستخدمة⁷، وفي الجزائر لا يتم اللجوء للتسوية القضائية لمنازعات العمل الفردية إلا بعد فشل محاولات التسوية الودية عن طريق المصالحة، وهو إجراء تقضي به أغلب التشريعات المقارنة⁸.

يعتبر عقد العمل تقليديا ضمن عقود الإذعان، حيث يقتصر دور العامل على قبول الشروط التي يقدمها له صاحب العمل دون مناقشتها بحكم مركزه الضعيف في العقد، لذلك يهدف قانون

1- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتمم والمعدل، ج.ر، ع. 17 لسنة 1990م، ص 231.

2- القانون رقم 90-04 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتمم والمعدل، ج.ر.ع. 06 لسنة 1990م، ص 240.

3- أهمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، مطبوعة إلكترونية خاصة بطلبة السنة الثالثة ليسانس قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015.

4- شواخ محمد الأحمد، دراسة في ضوء القانون رقم 91 لسنة 1959م والقوانين المكملة والمعدلة، منشورات جامعة حلب، 2006م، ص 107.

5- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 116؛ بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل (علاقات العمل الفردية والجماعية)، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، 2006م، ص 55 وما بعدها.

6- أهمية سليمان، المرجع السابق.

7- المادة 02 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل السابق الذكر.

8- بشير هدي، المرجع السابق، ص 101.

العمل إلى حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، حيث يأخذ بعين الاعتبار عدم المساواة التي تميز علاقات العمل سواء وقت تشكيل العقد أو عند تنفيذه، فالمبادئ التقليدية للعقود تقوم على التساوي بين طرفي العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، غير أن الإفراط في هذا المبدأ خاصة في عقود العمل التي أصبحت تتميز بالخضوع القانوني للأجير، أدى إلى تدخل المشرع مباشرة لتنظيم العلاقة بين العامل وصاحب العمل، بهدف حماية الحقوق المكتسبة للعمال وخلق بعض من التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين الطرفين¹، وذلك من خلال وضع قواعد قانونية آمرة تنظم مسائل العمل، وهذا ما ترتب عنه نتائج عديدة من أهمها أن شروط وأحكام عقود العمل الفردية والجماعية لم تبقى خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد وإنما تخضع للأحكام الآمرة التي وضعتها الدولة².

غاية المشرع من إصباح القواعد التي تنظم علاقات العمل بصفة النظام العام هي إحداث توازن بين طرفي عقد العمل من خلال حماية الطرف الضعيف الذي غالباً ما يكون هو العامل من تعسف رب العمل، موازنة مع حماية صاحب العمل من تمرد العامل وعدم إبطائه وتنفيذ تعليماته، اعتبار هذه القواعد ذات طبيعة رضائية ستمكن صاحب العمل من فرض شروطه على العامل نظراً لما يتمتع به من قوة اقتصادية ومركز اجتماعي، هذا المبدأ تعتمده عدة قوانين مقارنة، فقانون العمل الأردني يعتبر في مادته الرابعة أن كل شرط في عقد العمل أو اتفاق يتنازل فيه أي عامل عن حق من حقوقه التي يمنحها إياه القانون يعتبر باطلاً، والهدف من ذلك منع صاحب العمل من أن يفرض على العامل اتفاقاً يخالف أحكام القانون³، قانون العمل السوري رقم 91 لسنة 1959م المعدل والمتمم ينص أيضاً في مادته السادسة على أنه: « يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به»، هذه المادة تبطل بطلاناً مطلقاً كل شرط يخالف قانون العمل كي لا يستغل ضعف العامل ليتم إدراج هذا الشرط في عقد العمل أو في اتفاق لاحق⁴، كذلك المادة 4-1412 R من قانون العمل الفرنسي⁵،

1- بشير هدي، المرجع السابق، ص 61.

- P. Guez, thèse préc., p. 130.

2- أهمية سليمان، المرجع السابق.

3- عمر عطين، التحكيم في القضايا العمالية، مجلة المنارة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الاردن، المجلد 15، ع. 02، 2009م، ص 195.

4- شواخ محمد الأحمدي، المرجع السابق، ص 107.

5- Article R.1412-4: «Toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R.1412-1, relatives aux règles de compétence territoriale des conseils de prud'hommes, est réputée non écrite.»

التي تنص على أن كل شرط في العقد يخرج بشكل مباشر أو غير مباشر عن أحكام المادة R.1412-1 المتعلقة بقواعد الاختصاص المحلية للمحاكم العمالية يعتبر باطلا، إلزامية النصوص المنظمة لعلاقات العمل يمكن ملاحظتها كذلك من خلال الجزاء الذي يترتب عن مخالفة هذا القانون والذي قد يصل الى حد تقرير عقوبات جنائية ما بين الغرامة والحبس كما هو الحال في القانون الجزائري¹.

إذا كان تدخل المشرع لاعتبار قواعد العمل أمرة هدفه حماية الطبقة العاملة، فإن هذه المسألة ليست على إطلاقها حيث يسمح بمخالفة أحكام قانون العمل إذا كان من شأن تلك المخالفة توفير حماية أكبر للعامل²، لذلك لقي الهدف المتبع من طرف قانون العمل معارضة من طرف البعض الذين يرونه قد أفرط في حماية العامل، ومع الأزمة الاقتصادية هذه الانتقادات حاولت أن تضع من قانون العمل المسؤول الأول عن البطالة، فالحماية المفرطة للعامل قد يترتب عنها نتائج عكسية، حيث تصبح عائقا أمام التشغيل والمنافسة بين المؤسسات³، وهذا ما دفع بهم للقول بأن هذا القانون يجب أن يبقى محايدا، بمعنى أنه لا يتدخل إلا عندما يتجاوز أحد طرفي علاقة العمل الحدود المرسومة له في إطار عقود العمل الفردية أو الجماعية، وهذا يترتب عنه بقاء قانون العمل محايدا في تنظيم علاقات العمل مع أصحاب العمل، غير أن هذا الحياد الذي يجب أن يتميز به قانون العمل لا يجعله قانونا فارغا من أي محتوى إلزامي⁴، هذه الانتقادات السابقة وجهت أيضا ضد منع اتفاقات الخضوع الاختياري في عقود العمل الدولية، فرغم أن منعها يضمن بالتأكيد حماية فعالة للأجير غير أنه يساهم بعدم تشجيع توظيف الجزائريين في الخارج.

إتصاف قواعد العمل بالإلزامية يترتب عنه أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، هذه الطبيعة التي تتميز بها الأنظمة التي تحكم علاقات العمل تثير الكثير من الشكوك حول إمكانية إدراج شرط خضوع اختياري في عقد العمل الدولي، وهذا ما جعل الفقهاء يختلفون حول مدى جواز إدراج مثل هذه الاتفاقات في عقود العمل الدولية.

في الواقع لا يمكن إنكار الدور المميز الذي تلعبه إرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي في عقود العمل الدولية على الرغم من أنها تمس بمبدأ حماية العامل، فإدراج اتفاق خضوع اختياري في

1- راجع المواد 138 وما بعدها من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل سابق الذكر.

2- شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص 107.

3- P. Guez, thèse préc., p. 130.

4- أهمية سليمان، المرجع السابق.

عقد العمل من شأنه أن يضر بمصلحة العامل، خاصة أنه في أغلب الأحيان يكون العامل هو الطرف الضعيف بينما رب العمل هو الطرف القوي في هذه العلاقة العقدية¹، ففي العلاقات الدولية غالباً ما يعود العامل إلى بلده الأصلي بعد تسريحه من عمله، فيجد نفسه عند قيام نزاع بينه وبين صاحب العمل ممنوعاً عن طريق شرط خضوع اختياري من اللجوء لقضاء دولته، وملزم بمتابعة صاحب العمل أمام قضاء أجنبي يكون الوصول إليه صعباً ومرهقاً للعامل، اتفاق الخضوع الاختياري في هذه الحالة يهدد إذاً مباشرة مصالح العامل المادية، لأنه من غير الممكن التحرك ضد صاحب العمل عندما تكون المحكمة الأجنبية بعيدة جداً، وحتى لو افترضنا أن العامل يمكنه اللجوء إلى المحكمة المعينة من طرف الشرط إلا أن التخوف سيكون من القانون المطبق على عقد العمل الذي قد يكون أقل حماية من ذلك الذي يطبقه قاضيه الوطني².

فيما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية بشأن شرط الخضوع الاختياري المدرج في عقد العمل الدولي، فإن اتفاقية بروكسل تنص في المادة 21 من القسم الخامس منها، على ضوابط الاختصاص المتعلقة بمسائل عقود العمل³، حيث يمكن للعامل أن يرفع دعواه ضد رب العمل أمام قضاء الدولة العضو أين يوجد موطنه أو أمام قضاء دولة عضو أخرى يكون فيها المكان الذي يمارس فيه عمله المعتاد، أمام قضاء دولة عضو أخرى أين يوجد آخر مكان لعمله المعتاد؛ أو عندما لا يمارس العامل عمله المعتاد في نفس الدولة، أمام قضاء مكان وجوده أو أين كانت توجد المؤسسة التي وظفت العامل، وفي المادة 22 من نفس الاتفاقية تشير إلى أن الدعوى المرفوعة من طرف صاحب العمل ضد العامل لا يمكن أن ترفع إلا أمام قضاء الدولة العضو مكان وجود موطن العامل⁴، رغم هذه الاختصاصات فإن الاتفاقية تسمح بمخالفة هذه القواعد عن طريق إدراج شرط خضوع اختياري لكن في حالات محددة

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 310.

2- P. Guez, thèse préc., p. 130.

3- Article 21 «1. Un employeur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré: a) devant les juridictions de l'État membre où il a son domicile; ou b) dans un autre État membre: i) devant la juridiction du lieu où ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant la juridiction du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail; ou ii) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant la juridiction du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur. 2. Un employeur qui n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré devant les juridictions d'un État membre conformément au paragraphe 1, point b).»

4- Article 22 « 1. L'action de l'employeur ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile...»

نصت عليها المادة 23 من الاتفاقية¹، هذه الحالات تتمثل في: أن يكون الاتفاق لاحقا للنزاع، وأن يسمح هذا الاتفاق للعامل اللجوء إلى محاكم أخرى غير المشار إليها في القسم الخاص بالاختصاص في مسائل عقود العمل، هذه المادة وضعت خصيصا لحماية الطرف الضعيف ضد اتفاقات الخضوع الاختياري عن طريق منع كل الاتفاقات التي تتم قبل نشوء النزاع حيث لا يملك العامل إمكانية مناقشة الشروط التي يفرضها عليه رب العمل، كما تسمح هذه المادة بإدراج اتفاقات خضوع اختياري في عقد العمل التي تعين محاكم غير تلك المنصوص عليها في الاتفاقية إذا كانت صادرة وبطلب من العامل نفسه وليست مفروضة عليه، والسبب يعود في أنه يفترض في هذه الحالة أن شرط الخضوع الاختياري سيكون حتما حصريا في صالح العامل.

في الجزائر وكما أشرنا إليه لا توجد قواعد تنظم الاختصاص القضائي الدولي، وهذا يطرح صعوبة بالغة في تحديد موقف المشرع الجزائري إزاء إدراج اتفاقات خضوع اختياري في عقود العمل الدولية، مما يستوجب علينا الرجوع إلى الأحكام المنصوص عليها داخليا ومحاولا نقلها لتطبق في المجال الدولي، ففيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي ينص ق.إ.م.إ.ج على أنه ترفع الدعاوى المتعلقة بالنزاعات التي تقوم بين صاحب العمل والعامل أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه، أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه، غير أنه في حالة إنهاء عقد العمل أو تعليقه بسبب حادث عمل أو مرض مهني، يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي²، وتعتبر هذه المادة من النظام العام لأن المشرع استهل هذه المادة بعبارة: « فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:...»، وهذا ما يدل على أن هذا الاختصاص هو اختصاص مانع لا يجوز مخالفته³.

هذا النص يكاد يتطابق مع نص المادة 24 من القانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 هـ الموافق لسنة 1990م المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل الذي ينص على أنه: « ترفع الدعوى أمام المحكمة الواقعة في مكان تنفيذ علاقة العمل أو في محل إقامة المدعى عليه، كما يمكن رفعها

1- Article 23 « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions: 1) postérieures à la naissance du différend; ou 2) qui permettent au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section.»

2- المادة 40 والمادة 501 من ق.إ.م.إ.ج.

3- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 38 و306.

لدى المحكمة التي تقع في محل إقامة المدعي عندما ينجم تعليق أو انقطاع علاقة العمل عن حادث عمل أو مرض مهني¹، ويبدو هنا أن مقارنة الضوابط الواردة في ق.إ.م.إ.ج مع تلك المنصوص عليها في القانون رقم 04-90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية تبين بأن ق.إ.م.إ.ج يضيف ضابط اختصاص جديد وهو مكان إبرام عقد العمل، كما تنص المادة 41 من قانون القانون رقم 04-90 على أنه تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ماعدا الحالات التي ينص فيها هذا القانون على أحكام مخالفة¹، وبالتالي فإن ضوابط الاختصاص التي يتم الارتكاز عليها هي الضوابط الواردة في القانون رقم 04-90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية، إضافة إلى الضابط المنصوص عليه في قانون ق.إ.م.إ.ج والمتعلق بمكان إبرام عقد العمل لأنه لا يخالف ما ورد في القانون رقم 04-90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية، ومن خلال كل هذه المواد فإن الاختصاص المحلي للمحاكم الفاصلة في منازعات العمل يعقد الاختصاص للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل²، أو لمحكمة مكان تنفيذ علاقة العمل، وهي القاعدة الأكثر تقبلا ويسرا للطرفين، كما يمكن رفع الدعوى من قبل المدعي أمام محكمة محل إقامة المدعى عليه وهي القاعدة العامة المألوفة في قانون الإجراءات المدنية، التي تأخذ في الاعتبار مصلحة العمال عندما يكون مكان تنفيذ علاقة العمل أبعد مسافة عن مكان إقامة المدعى عليه، وهذا الاختيار غير مقيد بشرط، ويمكن أيضا أن يرفع المدعي دعواه أمام المحكمة الواقعة في محل إقامته، ويقرر هذا الاختيار لمصلحة المدعي إلا أنه مقرون بشرط محصور في حالة معينة هي حالة تعليق أو إنهاء عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني، هذا الاختصاص كذلك قرره الاجتهاد القضائي الجزائري في أكثر من قرار يؤكد فيه على اختصاص المحكمة التي يتواجد بها مكان تنفيذ علاقة العمل أو محل إقامة المدعى عليه³.

1- تنص المادة 41 القانون رقم 04-90 على أنه: « تطبق أحكام الامر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ماعدا الحالات التي ينص فيها هذا القانون على أحكام مخالفة »، هذه المادة من المفروض أنها تعدل لتشير الى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي ألغى الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية وحل محله.

2- فتحي وردية، ضوابط إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة 2013م، ص 329-330.

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 98278، الصادر بتاريخ 1992/04/28م، المجلة القضائية، ع. 01، 1994م، ص 109؛ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 311653، الصادر بتاريخ 2005/11/09م، المجلة القضائية، ع. 02، 2005م، ص 269.

إن ما يلاحظ في هذه الاختصاصات أنها لا تفرق بين العامل وصاحب العمل سواء كان مدعي أو مدعى عليه، مع ذلك المشرع الجزائري ومن خلال قواعد الاختصاص الإقليمي يبدو أنه قد حاول مراعاة ظروف العامل لأنه الطرف الأكثر تضررا في الدعاوى العمالية والتي غالبا ما يكون فيها هو المدعي، وبسبب ضعف مركزه الاقتصادي مقارنة بصاحب العمل، فالمشرع أراد من خلال هذه القواعد تخفيف العبء على العامل، وهكذا يكون المشرع الجزائري أحسن فعلا عند تقريره هذه الخيارات¹، كما يلاحظ أن هذه الاختصاصات تعتبر من النظام العام حيث لا يجوز مخالفتها فقد نصت المادة 135 من القانون رقم 90-11 على أنه: « تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به...» وتنص المادة 136 على أنه: « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما. وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون.»، كما تنص المادة 137 على أنه: « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية».

يبدو من الواضح جدا أن تمديد نص المادة 24 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية، لتطبيقه في المجال الدولي سيعمل على منع إدراج أي اتفاق خضوع اختياري ضمن عقود العمل الدولية، لذلك نرى بأن الأمر يستلزم إجراء مقارنة لل صعوبات الناتجة عن إدراج اتفاقات الخضوع الاختياري في عقود العمل الدولية التي تتمحور حول معرفة في أي حالة يتم تمديد الطابع الإلزامي لهذه النصوص إلى المجال الدولي².

إن نطاق تطبيق قواعد الاختصاص التي ينص عليها قانون العمل في المجال الدولي، يمكنه ان يصطدم بالطابع الجوازي للمادة 41 والمادة 42 من ق.إ.م.إ.ج، فالاختصاص الإقليمي للغرفة الاجتماعية تحكمه المواد 24 الواردة في الفرع الثاني من الفصل الثاني، الباب الرابع من قانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، والمادة 136 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمادة 24 من قانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على اختصاص الإقليمي للغرفة الاجتماعية التي

1- فتحي وردية، المرجع السابق، ص 331.

2- Pascale DEUMIER, « Contrat de travail international et clause attributive de juridiction: de l'imprudence d'un attendu de principe » (Cass. Soc., 29 sept. 2010, n 09-40688: JCP S 2011, 1036, obs, J.-P Tricoit.), RDC 2011, p. 564.

يوجد في دائرة اختصاصها مكان إبرام عقد العمل، مكان تنفيذ العمل، أو محل إقامة المدعى عليه، وفي حالة تعليق أو انقطاع العمل نتيجة حادث عمل أو مرض يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع بها محل إقامة المدعي، ضوابط الاختصاص هذه تتصف بطابع النظام العام بناء على نص المادة 136 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

هذه النصوص يمكن نقلها إلى المجال الدولي، لأن هذه الأحكام تضم كل ضوابط الاختصاص المحلي في مسائل عقود العمل الدولية، ولأن طابعها المتعلق بالنظام العام مخصص لحماية الطرف الضعيف، هذا ما تؤكدته الكاتبة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) التي ترى أنه في الحالة أين الاختصاص الإلزامي مخصص لحماية متقاض مفترض أنه ضعيف اجتماعيا واقتصاديا بالنظر إلى خصمه، طابعه المتعلق بالنظام العام يفرض في المقام الأول حين يضع الطرف الآخر المصالح الدولية على المحك¹.

إذا من خلال ما تقدم يبدو أن نقل المادة 24 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى العلاقات الدولية سيحظر منطقيا الشروط التي تعين قضاء أجنبيا عندما يكون تنفيذ عقد العمل في الجزائر، أو مكان إبرام العقد أو محل إقامة المدعى عليه أو محل إقامة المدعي عندما ينجم تعليق أو انقطاع علاقة العمل عن حادث عمل أو مرض مهني موجود في الجزائر؛ في المقابل إذا كان مكان تنفيذ عقد العمل في الخارج، أو مكان إبرام العقد أو محل إقامة المدعى عليه أو محل إقامة المدعي عندما ينجم تعليق أو انقطاع علاقة العمل عن حادث عمل أو مرض مهني موجودة في الخارج، هكذا شرط يكون من المفروض أنه شرعي، وفي هذه الحالة الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري يمكن أن يؤسس فقط على المواد 40 و 41 من ق.إ.م.إ.ج، حيث يمكن للجزائريين التنازل عن الامتياز الذي يمنحه نص هاتين المادتين بسبب طابعهما الجوازي، وفي هذه الحالة العامل الجزائري يمكن أن يحرم من اللجوء إلى قضاء دولته عند نشوء النزاع إذا كان عقد عمله يتضمن شرطا يعين قضاء أجنبيا.

إذا عدم تطبيق قواعد الاختصاص العادية عندما تكون ضوابط الاختصاص غير مركزة في الجزائر يجرى العامل من كل حماية، ولمعالجة هذه الحالة هناك من تبنى موقفا يقضي بضرورة تقرير أنه إذا كان كقاعدة عامة للجزائري الحق في التنازل عن امتياز التقاضي المكرس لصالحه عن طريق المادة 41 من

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse. préc., n° 335.

ق.إ.م.إ.ج فإنه يمنع التنازل عن هذا الحق عندما يتعلق الأمر بعقد عمل دولي حيث يعتبر كل شرط مانح للاختصاص القضائي باطلا وعدم الأثر، إذا المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج.المعتبرة تقليديا ذات مصلحة خاصة ستصبح من النظام العام عندما يتعلق الأمر بنزاع يتعلق بعلاقات العمل الدولية¹، غير أننا نلاحظ أن إلزامية هذا الامتياز القضائي الذي اعتمده البعض سببه هو هدف المادة 24 من قانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثل في ضمان احترام ضوابط الاختصاص الواردة في هذه المواد، غير أننا نلاحظ أنه لا يمكن تأسيس عدم إمكانية التنازل على المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج بمبدأ في الحقيقة هو غريب عن مجاله².

هذا الحل قد يكون مناسبا بسبب خصوصية علاقات العمل، غير أننا نلاحظ أن وظيفة هذا الامتياز القضائي لا تتمثل في حماية الطرف الضعيف، ومن الواضح جدا أن هذا النص غير ملائم لحماية الطرف الضعيف الأجنبي انطلاقا من الوقت الذي يعتبر فيه افتراض إعمال المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج هو الجنسية الجزائرية للمدعي³، وعلى ذلك عندما يكون صاحب العمل جزائريا يوجد محل إقامته في الخارج والعامل أجنبيا في حين أن مكان إبرام وتنفيذ العقد موجود في الخارج، الشرط الذي يعين قضاء أجنبيا يعتبر باطلا، إلا إذا تم افتراض أن التنازل عن امتياز المادة 41 هو باطل عندما يصدر من العامل وهو صحيح عندما يصدر من صاحب العمل وهذا غير منطقي قانونا بسبب عمومية القاعدة القانونية⁴، وعلى ذلك حماية العامل بعيدا عن جنسيته لا يمكن تأسيسها انطلاقا من امتياز التقاضي.

ضعف الحماية الناتج عن تمديد المادة 24 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الى المجال الدولي، هو الدافع لتقرير عدم إمكانية التنازل عن امتياز التقاضي المنصوص عليه في المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج، فالمنع المتعلق بشرط الخضوع الاختياري الذي يعين قضاء أجنبيا لن يكون إلا حين تكون ضوابط الاختصاص مركزة في الجزائر، غير

1- هذا ما قرره الاجتهاد القضائي الفرنسي (الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية)، فقد أكد على أنه: إذا كان كقاعدة عامة الفرنسيون أحرار في التنازل مقدما عن الامتياز الممنوح لصالحهم من طرف المادة 14 من القانون المدني، فإن الامر عكس ذلك عندما يتعلق الامر بعقد تأجير خدمات أين كل شرط مانح للاختصاص يعتبر باطلا وعدم الأثر، راجع:

- Cass. Soc. 18 et 19 octobre 1967, JCP 1967, II, n° 15293, note G. Lyon-Caen; Rev. crit. DIP 1968, p. 490, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1968, p. 343, note M. Simon-Depitre.

2- En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, note préc., pp. 496-497 .

3- Ibid.

4- Ibid., p. 497-498.

أنه من المناسب عوضا عن تقرير إلزامية المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج، يبدو من الضروري ملائمة وتعديل قواعد الاختصاص العادية عند تمديدها إلى المجال الدولي لتناسب الحاجيات الخاصة للعلاقات التعاقدية الدولية¹، مثلا كاعتبار أن انعقاد عقد العمل المبرم في الجزائر يعطي اختصاص إلزامي للقضاء الجزائري وهذا سواء تم تنفيذ العمل في الجزائر أو في الخارج، هكذا ملائمة تمكننا من مضاعفة حماية العامل دون التشكيك في الطابع الجوازي للمادة 41 من ق.إ.م.إ.ج.²

بسبب متطلبات العلاقات الدولية المرتبطة خاصة بالقلق بخصوص تعيين المحكمة المختصة، موقف ثان أكثر تحررا (الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية)³ يرى أنه يجب السماح بإدراج شرط الخضوع الاختياري عندما يكون عقد العمل دوليا⁴، فالعامل الذي يقبل مقدما اختصاص قضاء أجنبي عن طريق شرط خضوع اختياري هو بفعله هذا يتنازل عن الاستفادة عن الامتياز الذي توفره المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج، وهذا لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي، وهكذا تكون النتيجة وفقا لهذا الرأي، أن المادة 24 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من ق.إ.م.إ.ج تكون غير مطبقة عندما يكون عقد العمل دوليا، وبالتالي اعتبار أن كل اتفاقات الخضوع الاختياري هي شرعية في هذه الحالة، حتى ولو تم تأسيس الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري عن طريق تمديد ضوابط الربط الموجودة في المادة 24 من قانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى المجال الدولي.

يبدو أن الرأي السابق مبالغ فيه لأنه يتحاشى خصوصية علاقات العمل ويشبهها مع أي علاقة تعاقدية أخرى، حتى ولو أن عدم تمديد نص المادة 24 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من ق.إ.م.إ.ج إلى العلاقات الدولية يمكن أحيانا أن يخدم مصالح الأجير، كحالة العامل الجزائري (المدعي) الذي يعقد في الخارج مع صاحب عمل أجنبي عقدا يجب تنفيذه في الخارج يتضمن شرطا يعين القضاء الجزائري، إذا في هذه الحالة، هذا العامل سيذهب للقيام بعمله في الخارج

1- Pascale DEUMIER, article préc., p. 564.

2- En ce sens, P. Guez, thèse préc., p. 137.

3- هذا الموقف تبنته أيضا محكمة استئناف باريس عندما اعتبرت أن الشروط المألوفة للاختصاص هي صحيحة مادامت أنها لا تتعلق بحالة الأشخاص وأنها لا تعيق الاختصاص المحلي الإلزامي للقضاء الفرنسي، وأنه تم إثارتها في عقد دولي، وأن البلد المعين بموجب هذا الشرط له رابطة جدية مع النزاع، راجع:

- Pascale DEUMIER, article préc., p. 563.

4- H. Gaudemet-Tallon, note préc., p. 500.

ويرجع بعد ذلك للجزائر، الشرط سيكون باطلا لأنه يخرج عن اختصاص المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للمادة 24 من الكتاب الرابع لقانون العمل وهذا الأمر غير منطقي لأن اختصاص المحاكم الجزائرية بموجب شرط خضوع اختياري هو في صالح العامل الجزائري¹.

موقف ثالث جاء ليوفق بين الموقفين السابقين (الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية)²، حيث يتبنى هذا الموقف إمكانية التنازل عن امتياز المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج عندما يتعلق النزاع بعقد عمل دولي، هذا الرأي يؤكد أن الشرط يكون باطلا فقط عندما تكون المادة 24 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل والمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي المطبقة، وعلى ذلك الفقه الغالب يقدر أن الاشتراطات التي تعين قضاء أجنبيا هي باطلة عندما يكون الاختصاص القضائي الجزائري ناتجا عن القواعد العادية للاختصاص وتكون صحيحة عندما لا يمكن أن تؤسس إلا على المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج³.

حسب الموقف السابق العمل الذي يتم في الخارج ويتفق فيه الأطراف على إخضاعه لقانون أجنبي ويجددون فيه أن المحاكم الاجنبية هي المختصة، يستنتج منه أن هذا العقد ليس خاضعا لأحكام القانون الجزائري المتعلقة بالاختصاص الداخلي وأن البطلان المقرر من طرف المادة 136 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل ليس معرضا للتطبيق، بمفهوم المخالفة أن الشرط يمكن اعتباره باطلا إذا تم إخضاع العقد للقانون الجزائري، ولهذا استنتج بعض الكتاب أن تطبيق قواعد الاختصاص الجزائرية أو الأجنبية يعتمد على القانون الواجب التطبيق على عقد العمل⁴، غير أنه في الواقع هنا يجب التذكير بأن مسألة معرفة إذا كان شرط الخضوع الاختياري يمكنه أن يؤسس أو يستبعد الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري هو بعيد عن مسألة تنازع القوانين، إذن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي الوحيدة المؤهلة لتحديد الحالات التي يمكن فيها لاتفاق الأطراف أن ينتج آثاره⁵، بالإضافة إلى ذلك هكذا تفسير

1- هذه الحجة تتجاهل خصوصية قواعد الاختصاص التي تتميز بأنها ذات طبيعة غير مزدوجة، فقواعد الاختصاص وجدت لتنظم اختصاص المحاكم الوطنية لا الأجنبية، وعليه القاضي المعين والفاصل في النزاع مبدئيا لا يهمه ما إذا كان القاضي الأجنبي مختصا أو غير مختص وما يهمه فقط هو احترام الشروط المحددة من طرف قاعدة الاختصاص التي تجعل من إرادة الاطراف المشتركة ضابط ربط لنظامه القضائي.

2- Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, Rev. crit. DIP 1975, p. 110, note P. Lagard; JDI 1975, p. 82, note D. Holleaux, JCP 1974, II, n° 17881, obs. G. Lyon-Caen.

3- P. LAGARDE, note préc.

4- P. Guez, thèse préc., p. 139.

5- Ibid., p. 140.

يتعارض مع مبدأ الاستقلالية بين تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع وتحديد الاختصاص القضائي الدولي.

موقف آخر ذهب إلى التفريق في الضوابط المقترحة من طرف الأحكام المنظمة لعلاقات العمل بشأن الاختصاص القضائي بين تلك التي تمثل رابطا قويا والتي تمثل رابطا ضعيفا¹، حيث أن ضوابط الاختصاص التي تمثل روابط قوية لا يمكن للأطراف مخالفتها، مثل تنفيذ العمل في الجزائر ومحل إقامة العامل في الجزائر عندما يكون مدعى عليه، في المقابل عندما ينص العقد على تنفيذ العمل في الخارج، الشرط الذي يعين قضاءا أجنبيا يجب السماح به إذا كان الاختصاص القضائي الجزائري لا يتركز إلا على مكان إبرام العقد، أو محل إقامة العامل في الجزائر إذا كان العمل ينفذ في الخارج، هذه الروابط مع النظام القضائي الجزائري هي أقل معنى في هذه الفرضيات.

إن هذا الرأي لا يمكن تجاهله، لأنه لا يمس بحماية العامل سواء كان جزائريا أو أجنبيا مادام العمل منفذا في الجزائر، وإذا كان مع ذلك العمل ينجز في الخارج، فإن العامل الجزائري لن يرهقه إدراج شرط يعين قضاءا أجنبيا في عقد عمله، لأنه غالبا ما يذهب بنفسه للخارج ليتفاوض على عقد العمل الخاص به، كما أن حظر شرط الخضوع الاختياري عندما ينفذ العقد في الخارج يمكنه أن يجرم العامل الجزائري من فرصة العمل، فمن حق أصحاب العمل عدم المخاطرة بأن تتم مقاضاتهم في كل الدول التي يشغلون منها مواطنيها²، زيادة على ذلك القضاء الأجنبي المعين سيصبح غالبا هو مكان تنفيذ عقد العمل والذي هو من دون شك الأحسن تعيينا للطرفين بنظر حسن سير العدالة.

وقد انتقد الرأي السابق على أساس أن التمسك بإلزامية بعض ضوابط الاختصاص لها نتائج تتمثل في التضحية بحماية العامل خاصة في الحالة أين المغترب يذهب للعمل ويعود إلى بلده بعد تسريحه، هذا الرأي بعيد عن منح حرية مفيدة للأطراف هو يضمن بالأحرى حماية مفيدة لصاحب العمل، بالإضافة إلى ذلك يبدو نوعا ما أن هذا الرأي يضع فرضيات تخمينية فقط³.

يرى بعض الكتاب أنه يجب أن يكون الهدف دائما هو حماية العامل، لأن مساوئ اتفاقات الخضوع الاختياري هي أكثر في المسائل الدولية عنها في المسائل الداخلية، رغم أنه في بعض الحالات توجد أسباب قوية تجعل هذه الاتفاقات صحيحة، خاصة لأسباب تتعلق بالتوقعات الشرعية للأطراف،

1- Cass. soc., 8 juillet 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 113, note H. Gaudemet-Tallon.

2- En ce sens, P. Guez, thèse préc., p. 142.

3- Ibid.

وعليه يرى هؤلاء أنه إذا تم الإقرار على أن يكون من المناسب في المسائل الدولية وضع حماية العامل في الميزان مع اعتبارات أخرى فيجب بالضرورة إجراء تفرقة دقيقة بين الحالات المتنوعة، ولفعل ذلك فإن فكرة الإلزامية غير المتساوية لضوابط الاختصاص ليست ملغاة ولكن منتقاة، حيث تصبح التفرقة بين معايير الاختصاص القوية والضعيفة غير كافية، لذلك يجب أيضا أن نأخذ بعين الاعتبار وبخصوص كل ضابط، روابط الحالة التنازعية مع الدولة المعينة والبحث عن احتمال وجود روابط مكملية مع الجزائر أو دولة ثالثة، بمعنى آخر إذ أخذنا بعين الاعتبار بكل التشكيل المكاني للحالة يمكننا تقييم المحاسن والمساوى الخاصة بشرط الخضوع الاختياري حتى نتمكن من قبولها أو إلغائها¹.

من خلال هذه النظرة فإن كل ضوابط الاختصاص سيتم فحصها حتى يتم وزن المحاسن والمساوى الناتجة عن تمديد إلزاميتها للنظام الدولي، وعليه ففي ما يخص تنفيذ العمل في الجزائر، فهناك من يرى أنه في أي ظرف لا يمكن تبرير خروج شرط الخضوع الاختياري عن هذا الاختصاص القوي، بالنسبة للمعايير المؤسسة على وجود محل إقامة العامل في الجزائر فإنه يفرق بين فرضيتين، فإذا كان العمل ينفذ في الجزائر، فإن الربط بين هذين المعيارين يجب أن يفرض اختصاص القضاء الجزائري، أما فيما يتعلق بالعمل الذي ينفذ خارج الجزائر فهناك ضرورة لتفرقة تحتية، فإذا كان صاحب العمل موجودا في الجزائر، فإن اختصاص القضاء الجزائري يفرض بقوة خاصة أنه من غير المقبول أن صاحب العمل الجزائري يمكنه إرغام العامل الذي يرجع إلى الجزائر التقاضي في بلد أجنبي والذي ليس له معه أي رابط، بالمقابل فعالية الشرط الذي يعين قضاء أجنبيا يجب الاعتراف بها عندما يكون صاحب العمل في الخارج، فمن الشرعي أن صاحب العمل الذي يوظف العامل الأجنبي لإنجاز عمل ليس له علاقة بالبلد الأصلي لهذا الأخير يمكنه استبعاد خطر أن يقاضى في البلد الذي يتبعه العامل بجنسيته²، إضافة الى ذلك، الأمر يتعلق غالبا بشرط لا غنى عنه في التوظيف³، فالعمال الجزائريين الذين يريدون العمل في الخارج سيجدون أنفسهم غير مشجعين بالنظر لعمال دول أخرى إذا لم يكن باستطاعتهم إبرام شرط

1- En ce sens, P. Guez, thèse préc., p. 145.

2- Ibid., p. 146.

3- يبدو أنه لا يمكن الأخذ بفكرة أن منع شرط الخضوع الاختياري يمثل عائقا أمام التشغيل، فأهمية شرط الخضوع الاختياري لا يجب المبالغة فيها، فمن المفروض اعتبار أنه يمثل شرطا أساسيا للتشغيل، فتحرية العامل المهنية وملائمته للمنصب هي عناصر هامة للتشغيل خاصة عندما يكون العامل مرشحا لشغل مناصب عليا، ورغم ذلك فإن غياب تحديد القضاء المختص يمكن أن يزعج صاحب العمل ولكن عوضا من التضحية بحماية العامل على حساب التوقعات الخاصة بالحلول يبدو أنه من المناسب التوفيق بينهما.

يعين قضاء دولة صاحب العمل أو العمل، وهنا الحلول ستكون متجانسة لأنها تأخذ في الحسبان معرفة ما إذا كان صاحب العمل موجودا في الجزائر أو في الخارج، أما فيما يتعلق بالاختصاص المؤسس على مكان انعقاد العقد لا يمثل أهمية عندما لا يتلاقى مع الظروف المشار إليها سابقا، لكن معيار الاختصاص هذا يبدو اصطناعيا عندما يتم تحقيق كل الروابط الأخرى في الخارج، وكون أنه يأتي ليتصادف مع محل إقامة العامل لا يمس بالأسباب التي تحكم إجازة الشرط عندما يكون العمل يتم تنفيذ العمل في الخارج لصالح صاحب عمل أجنبي.

إلى غاية الآن كنا نتكلم عن الحالة التي يكون فيها شرط الخضوع الاختياري سالبا للاختصاص القضائي الجزائري، لكن ماذا عن الحالة التي يكون فيها هذا الشرط جالبا للاختصاص؟ بمعنى الحالة التي يعين فيها شرط خضوع اختياري النظام القضائي الجزائري، في هذه الحالة إذا كان العمل ينفذ خارج الجزائر، وإذا كان العقد لم يتم إبرامه في الجزائر، ومحل إقامة المدعى عليه ليست في الجزائر، الاختصاص القضائي الجزائري يمكن أن يؤسس فقط على شرط الخضوع الاختياري، ومن المرجح أن تفصل المحاكم الجزائرية في هذا النزاع الذي يأخذ هذا التشكيل، في هذه الحالة غالبا ما يكون العامل هو المدعي، وبالنظر إلى موطنه، اللجوء إلى المحاكم الجزائرية سيكون بالنسبة له غير ملائم وهذا ما يجعله يلجأ إلى محاكم دولة أجنبية (قد تكون دولته التي يحمل جنسيتها)، والتي من المحتمل أنها ستبطل شرط الخضوع الاختياري الذي يعين المحاكم الجزائرية، المحاكم الجزائرية يمكنها أيضا أن تفصل في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي الذي فصل في الموضوع بعد إبطال شرط الخضوع الاختياري الذي يعين المحاكم الجزائرية، ولكن في الواقع هكذا طلب لن يكون إلا حين تكون أموال المدين موجودة في الجزائر، مع ذلك إذا تم اللجوء إلى القاضي الجزائري الميل الأول سيكون اتجاه قبول شرعية شرط الخضوع الاختياري، هنا نشير إلى أن القاضي المعين والفاصل في النزاع مبدئيا لا يجب عليه الاهتمام بمراقبة في ما إذا كان القاضي الأجنبي يمكن أيضا أن يتمسك باختصاصه، ما يهمه فقط هو احترام الشروط المحددة من طرف قاعدة الاختصاص التي تجعل من إرادة الأطراف المشتركة ضابط ربط لنظامه القضائي، وفي هذه الحالة إقرار هذا الاختصاص لا يعيق الاختصاص المحلي الإلزامي في القانون الجزائري¹، ومن الواضح جدا أن الشرط الذي يعين قضاء جزائريا لا يمكنه إعاقه الاختصاص المحلي الجزائري، وهذا ما يعني أن القاضي الجزائري

1- مثلما هو مقرر في قرار محكمة النقض الفرنسية: Cass. 1^{er} civ., 17 décembre 1985, préc.

المعين والفاصل في الموضوع لا يأخذ بعين الاعتبار الاختصاص الأجنبي سواء كان من النظام العام أو ذو مصلحة خاصة.

هذه المسألة تبدو في الحقيقة تمييزية عندما يكون أحد أطراف شرط الخضوع الاختياري ضعيفا، فهي تحمي العامل غالبا عندما يكون من جنسية جزائرية ومحل إقامته في الجزائر، عندما يعين الشرط قضاء أجنبيا، في المقابل يتم رفض أي حماية للآخرين عندما يتم تعيين القضاء الجزائري، وهنا علينا أن نذكر أن هدف القواعد الحماية ليس حماية اختصاص المحكمة ولكن حماية الطرف الضعيف، ولهذا يجب الأخذ بعين الاعتبار قواعد الاختصاص الإلزامية لإبطال الشرط الذي يخرج عنها¹.

انطلاقا مما سبق القانون الجزائري من المفروض أن لا يساهم في تنفيذ الشروط التي هدفها حرمان العامل من اختصاص المحاكم التي يكون اللجوء إليها ملائما بالنسبة له، التفرقة بين الشروط التي تحكم تعيين القضاء الجزائري والتي تحكم تعيين القضاء الأجنبي يجب أن تلغى، بعبارة أخرى يجب تطبيق نفس المعايير التي تجيز الشرط سواء عندما يتم تعيين نظام قضائي أجنبي، أو عند تعيين النظام القضائي الجزائري، هذا الحل تطبقه اتفاقية بروكسل التي لا يفرق فيها نظام الحماية بين ما إذا كان القاضي هو الفاصل في النزاع أو المعين أو المستبعد، كما أن هذا الحل يساهم أيضا في استبعاد الصعوبات الناتجة عن الأخذ بعين الاعتبار عدة قوانين أجنبية عندما تكون عدة محاكم مستبعدة، تجاهل وجهة نظر المحكمة المستبعدة يمكنه أن يؤدي إلى تنازع سلبي إذا أجازت المحكمة المستبعدة الشرط بينما يطله القاضي المعين، لكن هذا العيب يمكن استبعاده إذا كان القاضي المستبعد يتمسك باختصاصه حتى يتمكن من تجنب إنكار العدالة²، إن تطبيق نظام واحد على اتفاقات الخضوع الاختياري يبدو حلا مناسباً عندما يكون هدفه هو حماية الطرف الضعيف، فالأسباب التي تبرر شرعية الشرط هي مستقلة عن معرفة ما إذا كان النظام القضائي الجزائري هو المعين أو المستبعد.

كل الحلول والمواقف السابقة يميزها شيء واحد وهو أنها تتجاهل تنوع الحالات الدولية في مسألتنا هذه، وتعتمد في تقديم حلولها على حالات معينة بذاتها بعيدا عن وضع مبدأ ثابت بخصوص إدراج شرط خضوع اختياري في عقد العمل الدولي³، في الجزائر نرى أنه بالرغم من أن حماية العامل يجب أن تمحى أمام كل الاعتبارات الأخرى، مع ذلك يبدو أن منع إدراج شرط الخضوع الاختياري في

1- En ce sens, P. Guez, thèse préc., p. 148.

2- Ibid.

3- Pascale DEUMIER, article préc., p. 565.

عقد العمل الدولي يجب أن لا يجري على إطلاقه، ومن المناسب إعادة التفكير في حماية العامل عند تحديد الاختصاص القضائي الدولي، بحيث يتم مبدئياً منع إدراج شروط الخضوع الاختياري في عقود العمل الدولية في كل الأحوال، والسماح بها استثناء حين تكون مفيدة للطرف الضعيف، ولهذا يجب ان يترك مكان لإرادة الطرفين في هذا المجال على أن لا يضر ذلك بالعامل أين حمايته لا يمكن المناقشة بصدددها، فليس من المنطق ترك العامل يعين بكل حرية القانون الذي يحكم العقد ومنعه من اختيار قاضيه¹، في هذا المنظور اتفاقية روما تحتوي على أحكام خاصة تنص على أنه في ما يتعلق بعقد العمل الفردي اختيار القانون من طرف الأطراف لا يمكن أن يكون له أثر في حرمان العامل من الحماية التي تضمنها له الأحكام الإلزامية في القانون الذي سيطبق على العقد في حالة غياب الاختيار²، بمعنى قانون مكان التنفيذ أو مكان إبرام عقد العمل، بمعنى آخر إذا كانت حرية الاختيار معترف بها للأطراف فلا يمكن لهذه الحرية أن تمنع تطبيق القواعد الإلزامية الأكثر حماية للعامل، في هذه النظرة اتفاقات الخضوع الاختياري ليست ممنوعة ولكن يتم قبولها فقط عندما لا تمس بمصالح العامل، وعليه يجب أن نأخذ بعين الاعتبار فقط الإمكانية التي يمكن فيها للعامل اللجوء فعليا لمحكمة أجنبية معينة، هذه الفكرة يمكن تطبيقها على كل شروط الخضوع الاختياري المبرمة بين طرف ضعيف وطرف قوي يمكن تحقيقها.

تدخل إرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي لا يمكن أن نتصوره إلا إذا كان التعبير عن هذه الإرادة حقيقياً وهذا ما يفترض أن الطرف الذي يتم اقتراح شرط خضوع اختياري عليه يكون في حالة تمكنه من الرفض، فبعض الشروط المانحة للاختصاص ليست تعبيراً عن إرادة حقيقية ولكن بالأحرى هي إذعان لمجموعة من الشروط التعاقدية، لهذا يذهب البعض إلى القول أن اتفاقات الخضوع الاختياري هي عموماً مقبولة عندما يتم إبرامها بعد نشوء النزاع، أما إذا تم إبرامها قبل نشوء النزاع وأتضح بأنها تحقق المصلحة الحصرية لرب العمل فيجب إبطال هذا الاتفاق وتجريده من كل أثر³.

1- مع ذلك يبدو أنه لا فائدة من المقارنة بين مفهوم مبدأ الاستقلالية في مسائل تنازع القوانين ومسائل تنازع الاختصاص القضائي، فالأسباب التي تبرر استقلالية الإرادة لأحدهما ليست بالضرورة منقولة على الأخرى.

2- المادة الثامنة (08) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية السابق ذكرها.

3- وفي هذا السياق تذهب المادة 62 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل الجزائري والتي جاء فيها أنه: «يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية تملّي قواعد أكثر نفعاً للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل.»؛ راجع أيضاً نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 309.

الباب الثاني

النظام القانوني الذي يحكم تطبيق

اتفاق الخضوع الاختياري

الباب الثاني: النظام القانوني الذي يحكم تطبيق اتفاق الخضوع

الاختياري.

بعد أن بينا بأن مبدأ قبول اتفاق الخضوع الاختياري يقتضي وجود قاعدة اختصاص مستقلة مؤسسة على إرادة الأطراف، سنتطرق بالبحث الآن للنظام القانوني الذي يخضع له تطبيق هذه القاعدة المتعلقة بالاختصاص، فمن المؤكد أن تطبيق هذه القاعدة ينتج عن اتفاق إرادة الأطراف الذي من خلاله يتم الالتزام بعرض النزاع على المحكمة المعنية، تقليدياً هذا الاتفاق يستمد نظامه القانوني من القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين، وهذا ما يدفعنا أولاً إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك البحث عن الشروط اللازمة لصحة هذا الاتفاق والآثار التي يترتبها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع

الاختياري.

تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية تتضمن عنصرا أجنبيا يقتضي مبدئيا تطبيق منهج التنازع، هذا المنهج يعمل وفق آلية قانونية تسمح للقاضي عندما يعرض عليه نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا تحديد الفئة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة وهذا ما يعرف بالتكييف¹، ثم بعد ذلك الرجوع الى قاعدة التنازع الوطنية ليحدد القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا على هذه العلاقة²، لذا ونتيجة لذلك بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري، فإنه بعد أن يتم تكيفه، يكفي أن نطبق عليه القانون المعين عن طريق ضابط الربط للفئة القانونية التي ينتمي إليها، وكما أكدنا سابقا فإن اتفاق الخضوع الاختياري يعتبر عقدا، ومن المنطقي أن يطبق عليه قواعد التنازع المتعلقة بالعقود.

المصلحة المحققة من طرف الآلية التي يوفرها منهج التنازع لا يمكن لأحد أن ينكرها، مع ذلك فإن الحلول التي يقدمها لا يمكن تصور رجاحتها بماته السهولة، حيث تساءل البعض كيف يمكن للقضاة غير المتخصصين الذي ليسوا على دراية بتعقيدات الحياة الدولية المعاصرة من تطبيق نظرية تنازع القوانين تطبيقا صحيحا، خاصة مع اختلاف النظم القانونية على المستوى الدولي، وكيف يتم تفسير لجوء القاضي عند تكيف العلاقة القانونية إلى قانون دولته رغم أن العلاقة تتضمن عنصرا أجنبيا؟ كيف يمكن كذلك الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي وفهم هذا القانون؟³.

الآلية التي تميز عملية تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تأخذ بعين الاعتبار النتيجة المادية المترتبة عن هذا الاختيار ولا على قدرة هذا القانون في تحقيق العدالة للعلاقة القانونية محل التنازع، لذلك هناك من وصفها بأنها آلية تؤدي وظيفتها

1- التكيف بصفة عامة هو تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفا خاصا بها ثم وضعها في المكان المخصص لها ضمن التقسيمات السائدة في فرع معين من القانون تمهيدا لإعمال حكم القانون عليها، وفي القانون الدولي الخاص فإن التكيف هو آلية فنية يتم بموجبها تحديد طبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي، من أجل إدراجها في فكرة مسندة حتى يتمكن من إعمال القانون الواجب التطبيق الذي يشير إليه ضابط الإسناد، أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013م، ص 96-97.

2- عصام الدين القصي، القانون الدولي الخاص المصري، دون ذكر الناشر، دون ذكر بلد النشر، 2004، ص 602.

3- المرجع نفسه، ص 603.

وهي معصوبة العينين¹، هذه الانتقادات الموجهة إلى آلية قاعدة التنازع وأسلوب تطبيقها، أضف إليها التطور الذي اتسمت به العلاقات التجارية الدولية والحاجة إلى حلول موضوعية تتلاءم وهذا التطور لتلافي الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الداخلية²؛ دفع البعض إلى البحث عن دور محتمل لقواعد أخرى في هذا المجال لتكون ملائمة لتحكم هذه العلاقات القانونية³.

الانتقادات السابقة لمنهج التنازع تدعونا إلى عدم اليقين بأن ضوابط الربط المخصصة للعقود الدولية ليست بالضرورة هي الأكثر ملائمة بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري، خاصة وأن الهدف الخالص لهذا الاتفاق يتمثل في تنفيذ قاعدة اختصاص قضائي، وهذا ما يدعونا إلى الاختيار بين إمكانية البحث عن روابط ضبط جديدة تلائم اتفاق الخضوع الاختياري، أو محاولة اللجوء إلى قواعد مادية من القانون الدولي الخاص، أو اختبار نظام آخر يمكنه تحقيق هذه الملائمة، الأمر يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة المزدوجة لشرط الخضوع الاختياري المتمثل في الطبيعة الإجرائية والعقدية لهذا الاتفاق، أضف إليها الأثر المزدوج الناتج عن تطبيق هذا الشرط المتمثل في الأثر السالب والأثر الجالب.

طبيعة اتفاق الخضوع الاختياري تجعل من عملية البحث عن فئات ربط جديدة لتلائم شرط الخضوع الاختياري مسألة جد معقدة⁴، ففئات الربط هذه يمكن أن تكون متعددة كقانون القاضي المستبعد، أو قانون القاضي المعين، أو قانون القاضي المعروض عليه النزاع،... إلخ، هذا التعقيد يميل بنا إلى محاولة البحث عن إمكانية تطبيق قواعد مادية على هذا الاتفاق، خاصة وأن هذه القواعد معدة لتتلاءم مع احتياجات المجال الدولي، فالقاعدة المادية تستفيد كما يقول البعض من قرينة "نوعيتها الرفيعة" لأن هذه القواعد تم إنشائها لتأخذ بعين الاعتبار خصوصية المتطلبات الخاصة للحالة الدولية⁵، وربما يكون من المفيد البحث عن أنظمة أخرى أكثر ملائمة من منهج القواعد المادية وقواعد التنازع، ونحن هنا نلمح إلى ما يعرف بالمفهوم الأمريكي.

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 66.

2- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 45.

3- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op.cit., n° 97.

4- حبار محمد، المرجع السابق، ص 46-47.

5- Pierre Lalive, Cours général de droit international privé, Rec. cours La Haye, 1977, p. 97.

وفقا لما تقدم دراستنا تتمثل في مرحلة أولى في البحث عن إمكانية استبعاد منهج التنازع من خلال اللجوء إلى أنظمة أخرى أكثر ملائمة لاتفاق الخضوع الاختياري في العلاقات الدولية (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك نبحت عن مدى أهمية اللجوء الى منهج التنازع في حكم اتفاق الخضوع الاختياري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: استبعاد منهج التنازع.

القواعد المادية الخاصة بالقانون الدولي الخاص هي قواعد موضوعية وطنية والتي من خصوصياتها تحديدا مخاطبة العلاقات الدولية، إلى جانب المجالات التي تدخل ضمن مجالها مثل الجنسية، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص القضائي¹، هذه القواعد مصدرها هو التشريع والقضاء، والمعاهدات والأعراف التجارية الدولية، هذه الأخيرة شهدت فيها القواعد المادية تطورا ملحوظا، ووجود هذه القواعد المادية لا يبرره في الحقيقة عدم ملائمة منهج التنازع أو وجود أزمة تنازع قوانين، ولكن بالأحرى عدم ملائمة القوانين الوطنية الداخلية لمعاملتي التجارة الدولية²، عدم الملائمة هذا لا يعدو كونه رد فعل صادر عن معاملي التجارة الدولية في مجال محدد، يسعى من ورائه هؤلاء للاستعاضة عن قواعد داخلية لا يمكن تطويعها لتلائم المجال الدولي بقواعد مادية صادرة من وسطهم التجاري، وهم يستندون في ذلك على عادات تواتروا على القيام بها، كما أنهم يفضلون التحكيم على القضاء الوطني لتمتع هذا الأخير بحرية تمكنهم من استلهم قواعد فوق دولية³.

في هذا السياق يجب أن لا نشبه القواعد المادية للقانون الدولي الخاص بالقواعد ذات التطبيق الضروري، فرغم أنهما يشتركان في الأثر المتمثل في استبعاد منهج تنازع القوانين، إلا أن القواعد المادية للقانون الدولي الخاص تختلف من حيث مضمونها ونطاق تطبيقها عن القواعد ذات التطبيق الضروري، فهذه الأخيرة موجهة أصلا لحماية النظام الداخلي، وبسبب الهدف الذي تسعى إلى إدراكه يمتد تطبيقها

1- هناك فرق جوهري بين منهج القواعد المادية ومنهج التنازع، فمنهج التنازع الذي يسمى أيضا بالمنهج غير المباشر لا يقوم بإعطاء حل بشكل مباشر للتنازع بل يقتصر دوره على وضع قواعد قانونية وظيفتها إسناد حكم العلاقة القانونية لأحد القوانين المتصلة بها، أما منهج القواعد المادية والذي يسمى أيضا بمنهج القواعد المباشرة يقوم بوضع قواعد تنص على حكم النزاع مباشرة، راجع: جبار محمد، المرجع السابق، ص 45 و184.

2- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op.cit., n° 97.

3- موحد إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 125-126.

إلى مجال العلاقات القانونية الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، بينما القواعد المادية للقانون الدولي الخاص فهي موجهة فقط لتنظيم العلاقات الدولية والاستجابة لطبيعتها¹.

القواعد المادية الدولية للقانون الدولي الخاص تطورت حصرا في مجال التجارة الدولي أو ما يعرف بقانون التجار²، أين يُمثّل التحكيم التجاري الدولي بدون منازع الأرضية الخصبة لهذه القواعد المادية³، والتي فيها تم تأكيد حرية الإرادة في اتفاق التحكيم عن طريق القضاء، والذي يمثل بالنسبة لجانب من الفقهاء مرجعية من خلالها يمكن تطبيق هذه القواعد المادية على شرط اتفاق الخضوع الاختياري لتشابهه في الطبيعة القانونية مع اتفاق التحكيم⁴، وبناء على ما تقدم فإنه يبدو من الضروري أن يعرض وكمرحلة أولى الطريقة التي بها أقصت القواعد المادية بخصوص الشرط التحكيمي قواعد تنازع القوانين من خلال اللجوء إلى القواعد المادية للقانون الدولي الخاص (المطلب الأول)، حتى تتمكن من معرفة مدى ملائمة مثل هذه القواعد لشرط الخضوع الاختياري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اللجوء للقواعد المادية للقانون الدولي الخاص.

كان يستعمل منهج التنازع من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي ليتمكن من استبعاد تطبيق القواعد الآمرة في القانون الفرنسي في ذلك الوقت على مسائل الشرط التحكيمي⁵، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية على أن الشرط التحكيمي المبرم قبل نشوء النزاع - بخلاف مشاركة التحكيم التي تعقد عند نشوء النزاع-، أنه غير مطابق لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والذي يلزم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين في مشاركة التحكيم⁶، هذا المنع المقرر في المجال الداخلي بهدف حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، كان غير ملائم لمتطلبات التجارة الدولية، وحتى يسمح للأطراف التهرب من هذا الحظر، الاجتهاد القضائي أقر أولا بأن المادة 1006 من

1- هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 72؛ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 563.

2- هذا القانون يعتبر مصدرا من مصادر القواعد المادية للقانون الدولي الخاص يتولى تنظيم روابط التجارة الدولية ويتمثل في الاعراف والعادات الدولية التي نشأت بطريقة تلقائية بين معاملي التجارة الدولية في الأسواق العالمية أنظر: هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 78.

3- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 124.

4- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 21.

5- P. Guez, thèse préc., p. 194.

6- Cass., 10 juin 1843, S. 1983, 1, p. 562.

قانون الإجراءات المدنية القديم ليست من النظام العام¹، وعليه فإذا كانت اتفاقية التحكيم خاضعة إلى قانون أجنبي نافذ، فإن القانون الفرنسي لا يمكن أن يكون بديلا له²، وباعتبار أن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم كان هو قانون العقد أو القانون المختار من الأطراف، فإنه يسمح للأطراف التنصل من الحظر الذي يضعه القانون الفرنسي وذلك من خلال اختيار القانون المطبق على عقدهم³، هذا الاجتهاد كان نتيجته أن الشروط الخاصة بالمجال الداخلي المحض أو التي أخضعت للقانون الفرنسي في مسائل التحكيم الدولي فقط هي التي تبقى خاضعة للحضر المنصوص عليه في القانون الفرنسي.

الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان في البداية يفضل التستر وراء منهج التنازع حتى يتمكن من الهروب من تطبيق القواعد الآمرة في القانون الفرنسي التي كانت تحظر الشرط التحكيمي في القانون الداخلي بهدف حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، أين كان هذا الحظر غير ملائم لمتطلبات التجارة الدولية؛ سيذهب إلى أبعد من ذلك حين يستبعد منهج التنازع بصفة تامة.

تم التعرض لمنهج التنازع التقليدي في عدة اجتهادات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية، من بين هذه الاجتهادات الاجتهاد القضائي الصادر بخصوص قضية "جوسسي" (Gosset)⁴، في هذه القضية القضية شركة فرنسية تسمى "جوسسي" (Gosset) طعنت في تنفيذ حكم تحكيمي ايطالي يحكم عليها بدفع تعويضات لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية، حيث أثارت الشركة الفرنسية بطلان الشرط التحكيمي مدعية أن البيع المتنازع فيه لم يكن من الممكن تنفيذه بسبب مخالفته للمنع الذي يقره القانون الفرنسي في مجال الاستيراد، وأن هذا العيب أصاب العقد بالبطلان المطلق، وهذا البطلان كان يجب أن يمتد للشرط التحكيمي وبالنتيجة للتحكيم الذي يتبعه، محكمة النقض رفضت هذا الادعاء بسبب أنه في مسائل التحكيم الدولي الاتفاق التحكيمي سواء تم عقده منفصلا أو مدرجا في التصرف القانوني المتصل به هو دائما مستقل قانونيا استقلالاً تاماً إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وبالتالي تستبعد إمكانية تأثره باحتمال بطلان هذا التصرف⁵.

1- Cass. req., 21 juin 1904, D. 1906, p. 395.

2- Cass. civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931, S. 1933, I, p. 41, note J.-P. Niboyet.

3- Cass. req., 8 janvier 1924, JDI 1924, p. 974.

4- Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963 (Etablissements R. Gosset c. Sté carapelli), JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; Rev. crit. DIP, 1963, p. 615, note H. Motulsky.

5- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 99.

في هذه القضية محكمة النقض الفرنسية لم تتطرق مباشرة إلى القانون الواجب التطبيق على صحة شرط التحكيم، ولكنها فصلت في أثر بطلان العقد الرئيسي على هذا الشرط، في ذلك الوقت الاجتهاد القضائي الفرنسي كان يعتبر أن العقد الرئيسي والشرط التحكيمي مترابطان، وعليه بطلان العقد الرئيسي يؤدي لبطلان شرط التحكيم¹، غير أن هذا الترابط أنتقد من طرف الفقه على أساس أنه يفتح الباب أمام المناورات التي تهدف إلى تعليق أو إبطاء عملية التحكيم، لأنه يكفي إثارة أي سبب من أسباب البطلان لإعاقة الشرط التحكيمي ومسح كل أثر خاص به وبالتالي منع المحكمين من الفصل في اختصاصهم²، هذا البطلان كان يتم الحد من تأثيره في مجال التحكيم الدولي عن طريق استعمال عملية تنازع القوانين، حيث كان يسمح للأطراف باختيار القانون المطبق على عقدهم، فكان هذا القانون هو الذي يحكم على بطلان العقد وعلى آثار هذا البطلان، وبالتالي لا يمكن إبطال الشرط التحكيمي إلا إذا كان القانون المطبق على العقد يعتبر أن بطلان العقد يمتد إلى الشروط الثانوية، غير أن محكمة النقض الفرنسية ولتجنب الخطر المتعلق بعملية قواعد التنازع، قامت باستبعاد منهج التنازع في قرار "جوسي" (Gosset) واستعاضت عنه بقاعدة مادية تقضي بفك ارتباط الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي وذلك مهما كان موقف القانون الأجنبي المطبق على العقد ومهما كانت القواعد المطبقة على العقد التحكيمي ذاته³.

إذن هذا القرار يتحدد مجاله في مسألة واحدة وهي آثار بطلان العقد الرئيسي على الشرط التحكيمي، ويؤكد استقلالية الشرط التحكيمي عن طريق تحريره عن العقد الذي أدرج فيه، على مستوى تنازع القوانين ورغم أن المحكمة رفضت الخوض في مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في هذا القرار واكتفت بإقرار استقلالية اتفاق التحكيم⁴، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الرئيسي المعبر عنه من طرف قرار "جوسي" (Gosset) ليس من أهدافه إخضاع الشرط التحكيمي لرباط مختلف عن قانون الإرادة أو إلى قاعدة مادية، وإنما يؤكد إمكانية الأطراف إخضاع الشرط التحكيمي إلى قانون مختلف عن ذلك الخاص بالعقد الرئيسي الذي أدرج فيه الشرط⁵.

1- Cass. civ., 6 octobre 1953, S. 1954, I, p. 149, note J. Robert; RTD civ. 1954, p. 142, obs. P. Hébraud.

2- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 237.

3- المرجع نفسه، ص 232.

4- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 566.

5- H. Motulsky, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, préc.

ليس فقط الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كرس مبدأ قاعدة استقلالية عقد التحكيم، فقوانين عدة دول كرس هذا المبدأ صراحة أو ضمناً، حيث تبناه المشرع البلجيكي، والهولندي، والسويسري، والإسباني، والمصري، والتونسي، المشرع الجزائري أيضا كرس هذا المبدأ ضمناً حيث تنص المادة 1040 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: «...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.»، معاهدة روما ذهبت أيضا إلى أن العقد التحكيمي يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الاصيلي كون أن الشرط التحكيمي يشكل جزءا مستقلا¹، هناك أيضا من الأنظمة التحكيمية من أكدت مبدأ استقلالية العقد التحكيمي وربطه بسلطان الإرادة، حيث ينص نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على أنه لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم ما دام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم، نظام تحكيمي آخر يكرس هذه القاعدة هو نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة (الأونسترال) سنة 1976م والذي يكرس القاعدة التي تؤكد أن إثارة بطلان العقد لا تفضي إلى بطلان العقد التحكيمي².

اجتهاد قضائي فرنسي آخر تم التعرض فيه لمنهج التنازع كان في قضية "جلاكيس" (Galakis)، موضوع هذا القرار كان يتعلق بصحة شرط التحكيم الوارد في العقود الدولية التي تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة طرفا فيها، القانون الفرنسي كان يتبنى موقفا عدائيا اتجاه إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية³، فالمادتان 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم كانت تحظر قبول الشرط التحكيمي في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات الإدارية، غير أن بعض قرارات محكمة استئناف باريس كانت تتستر تحت منهج التنازع لكي تستبعد هذا الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي عندما يتعلق الأمر بعلاقة قانونية دولية وعندما يكون الشرط التحكيمي صحيحا وفق

1- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 239.

2- المرجع نفسه، ص 232 وما بعدها.

3- وهو نفس الموقف الذي كان يتبعه القانون الجزائري بوقت ليس ببعيد، حيث كان يمنع على الأشخاص العمومية اللجوء إلى التحكيم وفق نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر رقم 154/66 والمعدل بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي عدل فيه المشرع بشكل جذري موقفه السابق، ثم بعد ذلك في المادة 1006 الفقرة الثالثة من ق.إ.م.إ.ج الذي نص فيه صراحة على إمكانية الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق الأمر بعلاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

القانون الأجنبي المطبق على العقد¹، هذا الموقف وفي هذه الحالات كرسته محكمة النقض في قضية "سان كارلو" (San Carlo)²، ثم تم التخلي عنه في قضية "جلاكيس" (Galakis)، لصالح قاعدة مادية من القانون الدولي الخاص³، في هذه القضية الدولة الفرنسية كانت طرفاً في نزاع مع مجهزة سفينة يوناني كان قد رفض المشاركة في التحكيم الذي صدر رغم ذلك، محكمة النقض بعد أن أيدت محكمة استئناف باريس في قبولها صحة الشرط التحكيمي، قضت بأن حجة محكمة الاستئناف التي بها تعتبر أن الشرط التحكيمي صحيح حسب القانون الذي يحكم العقد مبالغ فيها، وأكدت أن قضاة الموضوع كان يجب فقط أن يفصلوا حول مسألة معرفة فيما إذا كان المنع الذي سن للعقود الداخلية يجب أن يطبق على العقود الدولية، كما قضت محكمة النقض الفرنسية أن أهلية الدولة على التسوية لا تعتمد لا على القانون المطبق على العقد ولا على القانون المطبق على الأهلية كما يذهب إليه الطعن بالنقض؛ وهكذا فمحكمة النقض بتخليها عن استعمال قواعد التنازع وتقريرها أن المنع المنصوص عليه في المجال الداخلي هو غير مطبق عندما يتعلق الأمر بنزاع دولي، تكون قد وضعت قاعدة مادية ذات تطبيق مباشر لا يعتمد إخضاعها لتطبيق منهج التنازع؛ وتؤكد حق الدولة في الخضوع للتحكيم في عقود التجارة الدولية بموجب هذه القاعدة⁴.

اجتهاد آخر أيضاً يكرس استبعاد منهج التنازع، يتعلق الأمر باجتهاد "أشت" (Hecht)⁵، هذا الاجتهاد الذي أعادت التأكيد عليه محكمة استئناف باريس سنة 1975م⁶، تمحور مباشرة حول مسألة المنع الخاص بشرط التحكيم في الأعمال المختلطة الدولية الخاضعة للقانون الفرنسي، في هذه القضية عكس قضية "جوسي" (Gosset) لم تكن مسألة بطلان العقد هي المثارة وإنما بطلان الشرط التحكيمي في حد ذاته، في قضية الحال متعامل تجاري يسمى "أشت" (Hecht) قاضي موكله شركة "بيزمنس" (Buisman's) أمام المحكمة التجارية بباريس، وحتى يتم إعاقة الاختصاص الدولي للمحكمة التي تفصل

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 69؛ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 564.

2- Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1964, D. 1964, p. 637, note J. ROBERT; JDI 1965, p. 645, note B. Goldman; Rev. crit. DIP 1966, p. 68, note H. Batiffol.

3- Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, D. 1966, p. 575, note Robert; JDI 1966, p. 648, note P. Level; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman.

4- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 565.

5- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1972, JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit; RTD com. 1974, p. 419, obs. Y. Loussouarn; Rev. crit. DIP 1974, p. 82, note P. Level.

6- CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, JDI, 1977, p. 107, note E. Loquin.

في النزاع، قامت شركة "بيزمنس" (Buisman's) بالدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية لباريس بإثارتها الشرط التحكيمي المدرج في عقد المتعامل التجاري وهو ما قبلته المحكمة، عارض المتعامل التجاري "أشت" (Hecht) هذا الحكم حيث أثار بطلان الشرط التحكيمي وكانت حجته في ذلك أنه حسب القانون الفرنسي المطبق على العقد، هذا الشرط لا يمكن إدراجه ضمن عمل مختلط، بحسب تنازع القوانين هذه الحجة مطابقة للاجتهاد القضائي الذي يعتبر أن الشرط التحكيمي الدولي ليس صحيحا إلا إذا كان قانون العقد يقبل بصحتها، محكمة استئناف باريس مع ذلك رفضت الطعن بدعمها أنه رغم هذه الإحالة للقانون الفرنسي الأطراف تمكنوا من استبعاد تطبيق القانون الفرنسي واعتمدوا شرط التحكيم؛ وأنه في مسائل التحكيم الدولي الاتفاق التحكيمي سواء كان عقدا منفصلا أو مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به، يمثل دائما بالنسبة لهذا الأخير ما عدا حالات استثنائية لا يمكن التذرع بها في هذه القضية استقلالية قانونية تامة؛ حيث يستوجب في قضية الحال مراقبة فقط ما إذا كان هذا الشرط التحكيمي المعتمد من الأطراف يجب استبعاده لأنه سيتم اشتراطه في مسألة يحكمها إلزاميا القانون الفرنسي، أو لأنه سيصبح مخالفا للنظام العام الفرنسي.

في هذا القرار الأطراف لم يخضعوا الشرط التحكيمي لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الرئيسي، ومبدئيا هنا فإن نفس القانون الذي يطبق على العقد الرئيسي يجب أن يطبق على شرط التحكيم¹، غير أن محكمة استئناف باريس رغم اعتبارها أن الشرط التحكيمي لا يخضع للقانون الفرنسي وهو قانون العقد الرئيسي، لم تشر إلى القانون الذي سيكون مطبقا عليه ويجعله صحيحا، القرار أكد أن اختصاص القانون الفرنسي مستبعد لأنه في مسائل التحكيم الدولي الشرط التحكيمي يمثل دائما استقلالية قانونية كاملة، ويبدو هنا أنه إذا كان مبدأ قرار "جوسسي" (Gosset) تم إعادته، فمن الواضح جدا أن محكمة استئناف باريس مددته إلى أكثر من مجرد انفصال العقد الرئيسي عن شرط التحكيم، حيث ذهب هذا الاجتهاد بعيدا جدا في تكريس مبدأ الاستقلالية، فلم يكتف فقط بفك الارتباط بين العقد الأساسي والعقد التحكيمي والاعتراف بخضوع العقد الأساسي لقانون غير ذلك الذي يحكم العقد الأساسي، بل ذهب إلى حد فك الارتباط بين العقد التحكيمي وأي قانون آخر، مستندا إلى سلطان الإرادة وحده².

1- H. Motulsky, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, préc.

2- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 241.

هذا القرار يطبق قاعدة مادية خاصة بالتحكيم الدولي، حيث يقدم مفهوما جديدا يتجاوز مبدأ الاستقلالية، فحسب محكمة استئناف باريس، الشرط التحكيمي يمثل استقلالية قانونية تامة، هذا التأكيد يبدو أنه يشكل بعضا من المغالاة، خاصة عند القول أن الشرط التحكيمي يأخذ قوته الإلزامية فقط من إرادة الأطراف، هذا التفكير يجد له أساسا في نظرية العقد بدون قانون المعارض عليها من طرف محكمة النقض الفرنسية في قرار "ميساجري مريتيم" (Messageries Maritimes)¹، هذه الأخيرة تبدو أنها ذهبت في هذا الاتجاه حين قررت أن حدود صحة الشرط التحكيمي هي القوانين ذات التطبيق الضروري والنظام العام الدولي، وقضت بأن محكمة استئناف باريس بالغت في الحجج التي قدمتها، قرار "أشت" (Hecht) خلق قاعدة مادية جديدة تتعلق بشرعية الشرط التحكيمي في المسائل الدولية، في هذا القرار محكمة النقض الفرنسية يبدو أنها لم تضع مطلقا أي إحالة إلى منهج التنازع الذي تم التحلي عنه تماما².

بدا واضحا أن القضاء الفرنسي يفكر بموجب القواعد المادية منذ بداية التسعينات من خلال العديد من الأحكام الصادرة في هذا الاتجاه³، كمسألة شروط الشكل الخاصة بالشرط التحكيمي، حيث تخلت محكمة النقض عن كل شكلية في قرار "سونيتكس" (Sonetex)⁴، ثم ذهبت إلى الفصل في مسألة الشرط التحكيمي بالإحالة⁵، في هذا المسألة يثار التساؤل حول مدى إلزامية اتفاقية التحكيم عندما تكون في وثيقة مستقلة عن العقد الرئيسي، فهل يجب أن يشير العقد الرئيسي الذي أبرمت

1- Cass. civ., 21 juin 1950, D. 1951, p. 749, note Hamel; S. 1952, 1, p. 1, note J.-P. Niboyet; JCP 1950, II, 5812, note J.- Ph. Lévy; Rev. crit. DIP 1950, p. 609, note H. Batiffol; B. Ancel et Y. Lequette, op. cit., n° 22.

2- B. Oppetit, Note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1972, préc.

3- بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014م-2015م، ص 105.

4- Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992, JDI 1993, p. 140, note B. Audit; Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer; RTD com. 1993, p. 647, obs. É. Loquin.

5- شرط التحكيم بالإحالة (la clause compromissoire par référence) أفرزته المعاملات الدولية، حيث يعتبر شكلا جديدا من أشكال اتفاق التحكيم، هذه الصورة لشرط التحكيم يكثر ملاحظتها في العقود التي تتم عن طريق التلكس والفاكس، والعقود الدولية المتشابكة والمرتبطة والتي تتصل ببعضها البعض وتهدف إلى تحقيق غاية واحدة، حيث لا تتضمن هذه العقود بين شروطها شرط التحكيم، غير أنها تحيل إلى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية أو إلى قواعد خاصة معدة سلفا والتي تسري على جميع العقود المبرمة بواسطته، إذن الإحالة تتم من عقد لا يتضمن شرط التحكيم إلى عقد آخر يتضمن الشرط حيث يعتبر العقد الأول بمثابة عقد يتضمن لشرط التحكيم عن طريق الإحالة عند توفر شروط معينة، أنظر: محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص 230.

لصالحه صراحة إلى وجودها، أو أنه يكفي أن يحال بصفة عامة للوثيقة التي تتضمن هذا الاتفاق التحكيمي، الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قضت بصحة الشرط التحكيمي بالإحالة، حتى مع غياب ذكره في الاتفاق الرئيسي وذلك في قرارها الشهير "بومار اويل" (Bomar Oil)¹، وأعدت التأكيد على هذا المبدأ في قرار "برودكسبورت" (Prodexport)²، حيث قضت بأنه عندما يكون الطرف الذي يعارض هذه الإحالة على علم بفحوى هذه الوثيقة وقت انعقاد العقد، وسكوته يعتبر موافقة على إدماج هذه الوثيقة بالعقد، وهكذا بتأكيدها بأن الشرط التحكيمي الموجود في وثيقة ملحقة يعتبر صحيحاً دون أن يحتاج إلى أن يشار إليه بالتحديد في العقد الرئيسي، محكمة النقض الفرنسية شكلت قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، هذه المسألة تم التصدي لها مرة أخرى في قرار "داليكو" (Dalico).

قرار "داليكو" (Dalico) الصادر سنة 1993م عن محكمة النقض الفرنسية³، يعتبر من أهم القرارات التي كرست دون غموض هجر منهج النزاع، هذه القضية تتعلق بعقد يتمحور حول إنشاء أعمال تتعلق بنظام صرف المياه المستعملة والذي تم عقده بين شركة دنماركية "داليكو كونتراكتورز" (Dalico Contractors) وبلدية المرقاب الليبية التابعة لبلدية طرابلس، حيث تنص المادة 32 من الشروط النموذجية التي تم إمضاؤها من طرف الأطراف والمدرجة في هذا العقد المشار إليه بأنه جزء من الاتفاقية ووثائق المناقصة؛ تنص على تطبيق القانون الليبي وتمنح الاختصاص للمحاكم الليبية وفق شرط خضوع اختياري، علماً أنه تبين وجود ملحق لم يتم إمضائه يحيل إلى شرط تحكيمي مدرج ضمن الشروط النموذجية لإحدى وثائق المناقصة والذي يعدل المادة 32، شركة "داليكو كونتراكتورز" (Dalico Contractors) بعد فسخها للعقد شرعت في تنفيذ إجراءات التحكيم حسب الشرط التحكيمي بالإحالة، المحكمة التحكيمية أصدرت حكماً ضد البلدية الليبية يقضي بانفساخ العقد بسبب خطأ البلدية الليبية، ويلزمها بدفع أموال مختلفة لشركة "داليكو" (Dalico)، حيث تم الطعن من طرف البلدية

1- CA Paris, 20 janvier 1987, Rev. arb. 1987, p. 482, note C. Kessedjian; JDI 1987, p. 934, note É. Loquin; Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, Rev. arb. 1990, p. 134, note C. Kessedjian; JDI 1990, p. 633, note É. Loquin; CA Versailles, 23 janvier 1991, Rev. arb. 1991, p. 291, note C. Kessedjian; Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1993, Rev. arb. 1994, p. 108, note C. Kessedjian.

2- Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, sté Prodexport c. sté FMT Productions et autres, inédit; Rev. arb., 2003.1341 (1^{re} esp.), note C. Legros ; D. et pat., 2001, n°95, p.122, note P. Mousseron.

3- Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, n° de pourvoi 91-16828, Bull., 1993, I, n° 372, p. 258; Rev. Arb., 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP, 1994, note P. Mayer, p. 662 ; JDI, 1994, note E. Gaillard, p. 494, et note É. Loquin, p. 690.

الليبية بطلان هذه الأحكام التحكيمية، إذ أسست طعنها خاصة على عدم اختصاص المحكمة التحكيمية، بسبب بطلان الشرط التحكيمي بحسب القانون الليبي، وأن الوثيقة المتضمنة الشروط النموذجية لم يتم إمضاءها من طرف البلدية، هذا الطعن بالبطلان تم رفضه من طرف محكمة استئناف باريس، حيث قدرت أولاً أنه بسبب مبدأ "صحة واستقلالية الشرط التحكيمي"، لم يكن من اللازم الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، ثم بعد تحققها من مختلف الوثائق أثبتت أن الشرط التحكيمي تم فعلاً إدراجه في المجال التعاقدى¹.

الطعن بالنقض المشكل ضد هذا القرار تم إثارته في وجهين: الأول يعاب فيه على قرار محكمة استئناف باريس أنها استبعدت القانون الليبي دون أن تبحث عن المعايير التي تحكم وجود وصحة وشكل الشرط التحكيمي حسب مبادئ القانون الدولي الخاص، أما عن الوجه الثاني فيعاب فيه أيضاً على محكمة استئناف باريس على أنها من جهة اعتمدت هذا الشرط الموجود ضمن وثيقة غير ممضاة بحجة أن العقد الرئيسي الممضى يحيل إلى هذه الوثيقة، ومن جهة أخرى أنها فضلت شرط التحكيم على شرط الخضوع الاختياري المدرج ضمن الشروط النموذجية الممضاة، هذا الطعن تم رفضه من طرف الغرفة الأولى المدنية على أساس أنه بموجب إحدى القواعد المادية من القانون الدولي للتحكيم، الشرط التحكيمي مستقل قانونياً عن العقد الرئيسي الذي يتضمنه مباشرة أو عن طريق الإحالة وأن وجوده وفعاليته يقدران تحت تحفظ القواعد الإلزامية للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي، حسب الإرادة المشتركة للطرفين، دون أن يكون من الضروري الرجوع إلى قانون دولة ما²، من جهة أخرى فيما يتعلق بالنقطة الثانية التي تخص تحليل وتفسير الوثيقة التعاقدية، محكمة النقض تحصنت وراء السلطة السيادية لقضاة الموضوع لتؤكد أنه وحسب النية المشتركة للطرفين الأطراف قبلوا الخضوع للشرط التحكيمي الذي حل مكان شرط الخضوع الاختياري.

في الخيثة الأولى لمبدأ قرار "داليكو" (Dalico) محكمة النقض ذكرت بوجود قاعدة مادية تركز الاستقلال القانوني للشرط التحكيمي بالنظر إلى العقد الرئيسي الذي يتضمنه مباشرة أو بالإحالة، هذه

1- CA Paris, 26 mars 1991, Rev. arb. 1991, p. 456, note H. Gaudemet-tallon.

2- « En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.»

الصياغة تلمح إلى الاستقلالية المعبر عنها بقرار "جوسي" (Gosset) والتي بموجبها مآل العقد الرئيسي لا يؤثر على اتفاق التحكيم، والذي بالنتيجة لا يخضع بالضرورة إلى قانون العقد، الحثية الثانية من قرار "داليكو" (Dalico) تستبعد كل عملية تنازع، وهذا عكس الاستقلالية المعبر عنها بمفهوم قرار "جوسي" (Gosset) الذي لا يستبعد منهج التنازع تماما، لأنه يقرر فقط أن الاتفاق التحكيمي لا يخضع بالضرورة لنفس القانون الذي يحكم العقد الرئيسي وهو هنا يفكر في ظل تنازع القوانين.

محكمة النقض الفرنسية في قرار "داليكو" (Dalico)، أكدت أن مبدأ الاستقلالية له أثران على الشرط التحكيمي¹، الأول هو ما يسمى بمبدأ الفصل (séparabilité) بين اتفاق التحكيم والعقد الرئيسي حيث أنه بموجب قاعدة مادية لقانون التحكيم الدولي، الشرط التحكيمي مستقل قانونيا عن العقد الرئيسي الذي يتضمنه بالإحالة أو مباشرة، أما الأثر الثاني المترتب عن استقلالية التحكيم فهو أن وجود وفعالية الشرط التحكيمي يقدران حسب الإرادة المشتركة للطرفين دون أن يكون من الضروري الرجوع إلى قانون دولة ما وتحت تحفظ القواعد الإلزامية للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي، ونلاحظ أن مفهوم هذا القرار يضم عدة مبادئ معبر عنها في القرارات السابقة من طرف محكمة استئناف باريس.

المبررات السابقة دعت البعض إلى القول بضرورة استبعاد منهج التنازع وتطبيق منهج القواعد المادية كبديل لمنهج التنازع فيما يخص شرط التحكيم، وهناك من اقترح أن يخضع اتفاق الخضوع الاختياري إلى قواعد مادية للقانون الدولي الخاص مثل شرط التحكيم²، هذه القواعد المادية هي التي تسمح بالتحقق من صحة الشرط المانع للاختصاص في المسائل الدولية دون أن يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق لتقرير هذه الصحة.

الأسباب المقدمة لتبرير ترك منهج التنازع عديدة، منها الصعوبات المرتبطة بتحديد ضوابط الربط وعدم ملائمة اللجوء إلى تنازع القوانين، وعدم إمكانية إلزام القاضي بالبحث عن القانون الواجب التطبيق ليقدر مدى شرعية اتفاق الخضوع الاختياري قبل أن يفصل في اختصاصه، لأن مسألة تحديد الاختصاص القضائي هي مسألة سابقة لعملية البحث عن القانون الواجب، إضافة إلى ذلك إذا كان القانون الذي يحكم العقد الرئيسي يبطل هذا العقد، فلا يجب بالضرورة استخلاص بطلان اتفاق

1- بودالي خديجة، المرجع السابق، ص 96.

2- Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, Rev. crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau

الخضوع الاختياري في هذه الحالة، فاستقلالية الشرط المانح للاختصاص بالنسبة للعقد الرئيسي يمكن تبريرها بفكرة أن أسباب بطلان العقد الرئيسي في كثير من الأحيان ليس لها صلة بالشرط، كذلك يمكن القول أن تطبيق القانون المختار على صحة الشرط الذي غالبا ما يكون قانون العقد، يبدو أنه لا يؤدي إلى نتيجة مهمة إذا كان هذا القانون مبطلا للعقد، فهو يبطل الشرط، وانطلاقا من ذلك فإن البحث عن القانون الواجب التطبيق على الشرط لا يعدو أن يكون شيئا من العبت¹.

البعض الآخر من الفقهاء اقترح تطبيق النظام القانوني المتحرر الخاص بالشرط التحكيمي على ذلك الخاص باتفاق الخضوع الاختياري، نظرا للتقارب الملحوظ بينهما على أساس عدة اعتبارات²، حيث أن هناك تقاربا من حيث الطبيعة بين هذين العقدين المانحين للاختصاص، فكلاهما له طبيعة قانونية مزدوجة، من جهة عقدية ومن جهة أخرى قضائية، لأنهما يتضمنان في مبدئهما آلية مأنحة للاختصاص³، هذا التقارب يظهر مثلا في أن مسألة الاستقلال عن العقد الرئيسي تطرح بنفس الطريقة في اتفاق التحكيم كما في اتفاق الخضوع الاختياري، ونلاحظ كذلك أن اتفاق الخضوع الاختياري يمنح أفضلية تشبه تلك الممنوحة من طرف اتفاق التحكيم، فهي تعطي نفس الإجابة لمتطلبات التوقعات والأمان في التجارة الدولية، لذلك فخصوصية هذه الشروط التعاقدية تسمح بالتساؤل حول أهمية إخضاعها إلى نظام خاص بها، وهذا ما يؤدي إلى التساؤل إذا كان النظام الذي تم إنشائه ليستجيب لمتطلبات اتفاقية التحكيم يمكن أن يمدد كما هو لاتفاق الخضوع الاختياري، هذا الاتجاه يرى أنه رغم أن اتفاق الخضوع الاختياري له خصوصية تميزه عن اتفاق التحكيم، ففي حين أن اتفاق التحكيم يسلب النزاع بشكل كلي من المحاكم الوطنية، فإن اتفاق الخضوع الاختياري يعمل على نقل الاختصاص من دولتين أو أكثر لصالح القضاء المعين، وهذا ما يمكن أن يكون له أثر على القاضي المستبعد، خاصة مع وجود حساسية لدى بعض الدول بهذا الخصوص أين تمثل السلطة القضائية مظهرا من مظاهر السيادة، بالإضافة إلى ذلك نجد أن الطابع الإجرائي أكثر تأثيرا بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري، لأنه يقوم بدور مهم في تسيير الخدمة العامة للعدالة عن طريق توزيع الاختصاص بين الأجهزة القضائية، بينما يظهر الشرط التحكيمي كمظهر لامتياز شخصي يمنح للأشخاص حرية تنظيم "عدالتهم الخاصة"؛ مع ذلك فإن هذه الفروق لا تشكل عائقا أمام تشبيه الأولى بالثانية، فهناك تقارب

1- Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 1990: *Rev. crit. DIP* 1991, p. 139, note H. Gaudemet-Tallon.

2- C. Blanchin, article préc., p. 989.

3- *Ibid.*, p. 990.

عام بين عدالة الدولة التي تصبح تحكيمية بفعل مشاركة قضاء الدولة في السير الحسن للتحكيم والتحكيم الذي يحاول أن يكون قضائيا بسبب خاصية الصفة المؤسساتية لأجهزة التحكيم، هذا الرأي السابق انتقد على أساس أنه ليس هناك تقارب بين التحكيم والقضاء الذي يبدو تقاربا اصطناعيا، وعليه فكيف يمكن للعدالة أن تكون تحكيمية بمجرد أنها تقوم بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، أما القول أن التحكيم يحاول أن يكون قضائيا فهذا غير ممكن لأن هناك خلطا في التشبيه بين الأنظمة التي تدير أجهزة التحكيم وبين الإجراءات المطبقة على التحكيم، هما شيان مختلفان¹.

المطلب الثاني: مدى ملائمة القواعد المادية لشرط الخضوع الاختياري.

حركة الاجتهاد القضائي الفرنسي المعادية لنظرية تنازع القوانين كانت نتيجة قراءة متطرفة لمفهوم "الاستقلالية التامة" الصادرة عن قرار "جوسي" (Gosset) و"أشت" (Hecht)، فهذه القواعد المادية الصادرة عن القضاء الفرنسي تم انتقادها من عدة أوجه، فهي تفتح السبيل أمام القضاة لوضع قواعد مادية يرونها ملائمة وفقا لمعتقداتهم الشخصية، وهذا ما يمكنه أن يمس بتوقعات الأفراد، رغم أن هناك من يرى أن هذه الانتقادات الموجهة للقواعد المادية السابقة يمكن مواجهتها فيما لو كانت القواعد المادية للقانون الدولي الخاص قد تم النص عليها في اتفاقيات دولية².

من بين الانتقادات الموجهة للقواعد المادية والتي تبرر التحفظات القوية المشككة من طرف جانب من الفقه بخصوص المواقف المقررة من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي³، هي المغالاة التي تميز مبدأ الاستقلالية الذي يعني أن الشرط التحكيمي في مجال التحكيم الدولي لا يمكن أن يخضع إلى أي قانون، فالقاعدة المادية المعلن عنها من طرف قرار "داليكو" (Dalico) تعتبر اتفاق التحكيم عقدا بدون قانون أين الحدود الدنيا والقصى الوحيدة هي القواعد الإلزامية للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي، والواقع أنه لا يمكن أن يكون العقد مصدرا للالتزامات إلا إذا كان القانون يمنحه هذا الأثر عند تقابل الإرادات، وجود وفعالية الشرط التحكيمي لا يمكن أن ينتج مبدئيا إلا من معايير موجودة مسبقا، سواء تعلق الأمر بقانون معين من طرف قاعدة تنازع القوانين، أو قاعدة مادية من القانون الدولي الخاص،

1- C. Blanchin, article préc., p. 990.

2- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 567.

3- بودالي خديجة، المرجع السابق، ص 106.

وليس فقط من مجرد تقابل الإرادات¹، إن مبدأ الصحة والفعالية الخاصة بالشرط التحكيمي مجرد من كل معنى، فالعقد لا يكون صحيحا إلا إذا لم يلحقه أي سبب من أسباب البطلان؛ وحسب هذا المبدأ الشرط التحكيمي غير معرض لأن يكون باطلا مثلا بسبب فقدان الأهلية أو التدليس أو عيب في الرضا، أو عدم القابلية للتحكيم الخ...²، وهذا الأمر غير منطقي، كما أن التصرف القانوني لا يمكن أن يكون صحيحا منذ نشأته، صحته تتقرر حين يستوفى الشروط الموضوعية والشكلية الموضوعية من طرف معايير منطقيا سابقة لهذا التصرف، هذه الشروط يمكن أن تكون أقل صرامة، ولكن لا يمكن أن تكون غير موجودة³، هذه الآراء التي تؤكد بأن الشرط صحيح بغض النظر عن كل قانون خاص بالدولة هي ضرب من الخيال، مثل أي عقد فاتفق التحكيم ليس منيعا وغير معرض للخطر بشكل حتمي، فعاليته لا يمكن أن تنتج من وجوده الخاص، فهي موجودة بالضرورة وخاضعة لمعيار موجود مسبقا والذي يحدد الشروط التي يتم فيها عقده⁴.

تبين بعض القرارات الصادرة عن الاجتهاد القضائي الفرنسي أن هذا الأخير كان يفضل الاستناد صراحة إلى منهج التنازع ليبرر ما وضعه من قواعد مادية تتعلق بعقود التجارة الدولية⁵، غير أنها في الأخير جنحت إلى مبدأ استقلال القواعد المادية الموضوعية خصيصا واستجابة لحاجات المعاملات الدولية عن منهج تنازع القوانين⁶، ما يلاحظ على هذه القرارات أن البعض منها تكتنفه نزعة تسلطية قانونية، ففي حين أن منهج التنازع يمكنه أن يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن إهماله لصالح قاعدة مادية فرنسية سيجعل القاضي المعروض عليه النزاع يقدر وجود وفعالية الشرط التحكيمي بنظر القانون الفرنسي فقط ولو تعلق الأمر في قضية الحال بقانون وضع خصيصا للعلاقات الدولية، هذه الحالة يعبر عنها قرار "داليكو" (Dalico) حيث يطرح السؤال هل كان من المنطقي في هذا القرار أن تطبق قاعدة مادية فرنسية على نزاع بين شركة دانماركية وبلدية ليبية من اجل أشغال كان يجب أن تتم في ليبيا؟⁷

1- H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, Rev. arb. 1994, p. 123

2- بودالي خديجة، المرجع السابق، ص 106.

3- H. Gaudemet-Tallon, Note sous CA Paris, 26 mars 1991, Rev. arb. 1991, p. 456.

4- P. Guez, thèse préc., p. 201.

5- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 566.

6- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 241.

7- P. Guez, thèse préc., p. 210.

في هذا الإطار وبمنظور القانون الدولي الخاص الجزائري يحق لنا أن نتساءل مثل البعض هل هاته القواعد المادية هي فعلا قواعد مادية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية المعبر عنها بقانون التجار، أم هي تطبيق لقواعد مادية فرنسية صادرة من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي؟ يبدو أن هذه القواعد ما هي إلا قواعد قانونية فرنسية، قد نقبل أن القاضي أحيانا يستوحي أحكامه من قانون التجار، لكن هذا لن يكون إلا حين تكون القاعدة المادية المعلن عنها من طرف القاضي قد تم إعلانها من قبل من طرف متعاملي التجارة الدولية، مع ذلك ليس بالسهولة بمكان أن يطبق القاضي مباشرة وببساطة هذه القواعد، فلا أحد يعارض اليوم الدور المنشئ للاجتهاد القضائي، المعبر كمصدر للقانون¹، والذي من بين أهدافه الأساسية هو ملائمة القواعد القانونية، القاضي يمكنه أن يستوحي من القانون المقارن، من الاتفاقات الدولية، أو حتى من معاملات التجارة الدولية، الخ... ولكن في النهاية القاعدة التي يصدرها هي قاعدة تابعة لنظامه القانوني، وليست قاعدة مادية دولية²، أضف إلى ذلك أن إعطاء مُكنة وضع القواعد المادية إلى قاضي دولة معينة ما هو إلا مجرد تعبير عن القناعة الشخصية لهذا القاضي وعن مفاهيم النظام القانوني الخاص بدولته، وهذا ما يشكل غموضا وإخلالا بتوقعات الأفراد الشرعية³، كما كما أن القاضي الوطني لا يمكن أن يتحول إلى قاض عالمي⁴، وهكذا فإن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها رغم ملائمتها إلا عند الفرضية التي يتم فيها اللجوء إلى القضاء الذي أصدر هذه القاعدة، أو عندما يعين اختصاص هذا القضاء من طرف قاعدة تنازع قوانين القاضي الأجنبي الذي يفصل في النزاع، مع ذلك فإننا نرى أنه ليس هناك ما يجمع القاضي الجزائري من تطبيق هذه القواعد حين يكون تطبيقها مفيدا وغير مخالف للنظام العام الدولي بالمفهوم الجزائري.

اللجوء إلى القواعد المادية يترجمه الخوف من أن قاعدة التنازع يمكن أن تشير إلى تطبيق قانون وطني معاد للتحكيم، فرغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم تتعارض مع عملية إبطال الشرط التحكيمي المدرج ضمن عقد دولي من طرف قانون يظهر عدم ثقته اتجاه هذا المجال، لذا يبدو أنه من الأحسن وفي كل الأحوال أن يخضع اتفاق التحكيم إلى قواعد مادية أكثر تحررا، فالتحكيم اليوم بدون

1- حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 136 وما بعدها.

2- P. Guez, thèse préc., p. 199.

3- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2015، ص 112-113.

4- أنظر في هذا المعنى: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 567.

شك هو الطريق المفضل لحل النزاعات بالنسبة لمعاملتي التجارة الدولية، وتأكيد شرعية شرط اتفاق التحكيم في هذه المسائل يمثل تطورا ايجابيا للقانون التجاري الدولي، أما في ما يخص الاختصاص القضائي الدولي فمن المنطقي أن هذه الشرعية لا تنتج عن عملية تنازع القوانين، وعليه ليس هناك ما يميز اتفاق التحكيم عن الشرط المانح للاختصاص، فالتمييز بين الشرعية، من جهة والصحة من جهة أخرى، يجب أن تكون مشتركة للاتفاقيين المتعلقين بالاختصاص¹، وفي هذا الإطار شروط الصحة المتعلقة باتفاق إرادة الأطراف تبدو غير متلائمة مع الاستبعاد الكلي لمنهج التنازع، في هذا الصدد نشير إلى أن اتفاقية نيويورك الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي تستعمل منهج التنازع في نصوصها²، أما الحجة التي يستند إليها البعض لتبرير اللجوء إلى القواعد المادية للقانون الدولي الخاص والمتمثلة في عدم تناسق القانون الداخلي مع العلاقات الدولية لا تجعل من عدم التناسق هذا مطلقا، فعيب الرضا مثلا لا يمثل أي خصوصية في المسائل الدولية، ومن هنا لا يوجد أي سبب يبرر سلب شروط صحة تنفيذ اتفاق التحكيم من القانون المطبق على صحة العقد، كما أن تطبيق عملية تنازع القوانين لا تمس بتوقعات الأطراف لأنها لا تتعلق بالمبدأ ذاته الذي يخضع النزاع للتحكيم، القانون المعين لن يتم مسائلته أو استجوابه لمعرفة ما إذا كان هذا الطرف يمكنه اللجوء للتحكيم ولكن لتحديد إذا كانت شروط التدليس قد اجتمعت مثلا³.

ليس فقط منهج القواعد المادية هو الذي يحاول أن يستبعد منهج تنازع القوانين المعروف بالمنهج السافيني (Savigny) الذي يقوم بحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق تحليل العلاقة القانونية، ثم بعد ذلك تكييفها من خلال تحديد طبيعتها لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية حتى يتم إسناد حكمها إلى قانون معين⁴، هذا الإسناد يتم وفق قواعد تنازع القوانين (Règles de conflit) أو ما يعرف بقواعد الإسناد (Règles de rattachement)، وهناك من يسميها بضوابط الإسناد التي يضعها المشرع

1- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n^{os} 48 et s.

2- المادة 05 الفقرة "أ" و"د" من اتفاقية نيويورك، أنظر مرسوم رقم 88-233 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المشار إليها سابقا.

3- P. Guez, thèse préc., p. 211-212.

4- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 22؛ فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2009م، ص 21.

لترشد القاضي إلى القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا¹، هذه القواعد تتميز بكونها قواعد مزدوجة وغير مباشرة لتسوية العلاقات الدولية، فعوضا من أن تعطينا حلا مباشرا للعلاقة القانونية، فهي تقوم فقط بتعيين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا وتترك له مسألة حلها²، هذا المنهج تأثرت به الكثير من الدول حيث تعتمد عليه في القانون الدولي الخاص بها، كالدول الأوروبية والدول العربية ومن بينها الجزائر.

منهج التنازع كان محل انتقاد واسع من طرف مفهوم أمريكي يرمي إلى تطوير القانون الدولي الخاص، حيث نادى بضرورة الاستغناء عن منهج التنازع كوسيلة فنية لحل مشكلة تنازع القوانين بحجة أنه يتصف بالجمود ولا تراعى فيه ظروف النزاع ولا الأهداف التشريعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية للقوانين المتنازعة لحكم مركز قانوني معين أو علاقة قانونية معينة، فطابعه الآلي والأعمى يؤدي إلى تعيين قانون دون الأخذ بعين الاعتبار النتيجة المحققة، وفي نفس الوقت هو لا يترك الفرصة للقاضي لمناقشة أهداف القوانين المتنازعة لحكم المسألة المعروضة عليه³، هذا الاتجاه الأمريكي المعاصر في فقه القانون الدولي الخاص يرى أن تطور القانون الدولي الخاص يكمن في إهدار قواعد الإسناد الجامدة، وإطلاق العنان للقاضي لبحث عن الحل الملائم للنزاع لكل حالة على حدة مراعي الظروف المحيطة بها بعد تحليل وتقدير الحلول التي تقدمها القواعد المادية التي تنازع حكم المسألة المعروضة وأهداف السياسة التشريعية التي تسعى القوانين لإدراكها، هذا الأمر سيؤدي إلى أفضل النتائج وأعد لها للأطراف⁴.

إن هذا المنهج مؤسس على عدة نظريات منها نظرية المصالح الحكومية، التي يتزعمها الأستاذ "كوري" (Currie)، ونظرية القانون الملائم التي يتزعمها الأستاذ "كافرز" (Cavers)، ويتمثل مضمون هذا الفقه في أن تنازع القوانين هو تنازع بين المصالح الحكومية كما يرى الأستاذ "كوري" (Currie)، بمعنى أن مصالح الدول هي التي تتزاحم لحكم المسألة المتنازع فيها، حيث لا تصلح قواعد الإسناد لحل

1- هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 38؛ حبار محمد، المرجع السابق، ص 50.

2- هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 45-46.

3- صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها؛ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 508.

4- حبار محمد، المرجع السابق، ص 66-67؛ صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 59-60.

هذا النزاع¹، وأحسن وسيلة لحل هذا النزاع يكمن في قيام القاضي بتحليل القواعد المادية المتنازعة لحكم العلاقة القانونية المعروضة عليه، حتى يتمكن من الكشف عن هدف كل قاعدة من هذه القواعد، والسياسة التي يرمي المشرع إلى تحقيقها والتي تمثل مصالح هذا المشرع، حيث لا يمكن التصديق بأن النزاع يقوم لمجرد وجود اختلاف في الأنظمة القانونية التي لها علاقة بالنزاع، بل هناك مصلحة لكل دولة يتنازع قانونها حكم النزاع في تطبيق قانونها، وإن لم توجد هكذا مصلحة لدولة ما من هذه الدول المرتبطة بالعلاقة، فإننا لا نكون أمام تنازع قوانين حقيقي بل "تنازع كاذب" أو "مشكلة كاذبة"²، فلا يطبق القاضي على النزاع في هذه الحالة إلا قانون الدولة التي لها مصلحة سواء كانت دولة القاضي أو دولة أجنبية³، من جهة أخرى إحدى نظريات هذا الفقه تقضي بضرورة إدخال تعديلات على قواعد الإسناد التقليدية التي تتسم بعدم تفصيلها وعدم مرونتها وعموميتها وقتلتها في مواجهة مواضيع واسعة ومعقدة، وذلك عن طريق تبني قواعد إسناد تحليلية بشأن كل جزئية يمكن أن يثار النزاع بشأنها، بمعنى جعل هذه القواعد أكثر عدداً وأضيق نطاقاً، بحيث تختص كل قاعدة بمشكلة تنازع مستقلة أو أكثر من مشكلة لكن بينها ارتباط⁴.

أما الأستاذ "كافرز" (Cavers) فإن فكرته تقتضي الأخذ بعين الاعتبار المحتوى المادي للقوانين المحتمل تطبيقها، فهو يقترح تعزيز دور القاضي عن طريق السماح له بالبحث عن أحسن الحلول في كل حالة عن طريق تحليل وتقدير النتائج والحلول التي تقدمها القواعد المادية التي تتنازع حكم المسألة المعروضة عليه، حيث يأخذ بعين الاعتبار مختلف نقاط التلاقي في النزاع حتى يحدد القانون الأجنبي الملائم⁵، هذا المنهج تأثر به القضاء الأمريكي، حيث مكنه من توسيع سلطاته التقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالعلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، ويظهر استبعاد المحاكم الأمريكية لمنهج النزاع في حل المنازعات الخاصة الدولية وتبنيها منهج القانون الملائم في الحكم

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 508.

2- المرجع نفسه، ص 509.

3- صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 61.

4- المرجع نفسه، ص 64.

5- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 504.

الشهير الصادر عن محكمة استئناف نيويورك بتاريخ 1963/05/09م في قضية "بابوك-جاكسون" (Babcock v. Jackson)¹.

في هذه القضية تم استبعاد قاعدة التنازع التي تقضي بأن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن الأفعال الضارة هو قانون مكان وقوعها²، وتلخص وقائع هذه القضية في أنه يوم الجمعة 16 سبتمبر 1960م سافرت السيدة "جورجيا بابوك" (Georgia Babcock) وأصدقائها السيد "وليام جاكسون" (William Jackson) وزوجته على متن سيارة كان يقودها هذا الأخير بنفسه من مدينة "روشستر" (Rochester) بولاية نيويورك متوجهين إلى كندا لقضاء عطلة نهاية الأسبوع، في الطريق وفي مقاطعة "اونتاريو" (Ontario) الكندية فقد السيد "وليام جاكسون" (William Jackson) السيطرة على السيارة مما جعلها تنحرف لتخرج عن الطريق وتصطدم بحائط صخري على جانب الطريق، هذا الحادث تسبب بإصابة السيدة "جورجيا بابوك" (Georgia Babcock) بإصابات خطيرة كانت سببا في قيامها برفع دعوى أمام إحدى محاكم نيويورك تطالب فيها السيد "وليام جاكسون" (William Jackson) بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة الإهمال الصادر عنه في سياقة السيارة.

القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع وفق قاعدة الإسناد في القانون الأمريكي في ذلك الوقت تقضي بخضوع المسؤولية عن الأفعال الضارة لقانون مكان وقوعها، وهو قانون المرور لمقاطعة اونتاريو الكندية، هذا الأخير كان ينص في أحكامه على عدم إلزام قائد السيارة بتقديم تعويض للراكب المسافر معه بالبحان في حالة حدوث ضرر للمسافر، هذا القانون وبناء على الدفع الذي قدمه المدعى عليه والذي يطالب فيه بتطبيق قواعد الإسناد الأمريكية؛ طبقته فعلا محكمة أول درجة وقضت بعدم استحقاق المدعية للتعويض.

تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة استئناف نيويورك، حيث لم تؤيد المحكمة حكم المحكمة الابتدائية الذي يقضي بتطبيق قانون المرور الخاص بمقاطعة "اونتاريو" (Ontario) باعتباره قانون محل

1- Eleanor Cashin-Ritaine , L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen: Exemples choisis d'une influence interactive, In: L'américanisation des droits suisse et continentaux, Schulthess/Bruylant, 2006, p. 275.

2- القانون الجزائري يأخذ بهذه القاعدة حيث ينص في المادة 20 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: « يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام... ».

وقوع الحادث، والذي يمنع الحق في التعويض، وقضت بأن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع هو قانون ولاية نيويورك الذي يمنح للمتضرر الحق في التعويض وقد سببت محكمة استئناف نيويورك حكمها على أساس أن قانون ولاية نيويورك هو الأقوى صلة بالنزاع بينما قانون ولاية أونتاريو لا يرتبط بالنزاع إلا بشكل عرضي، ويتبين ذلك من خلال العديد من عناصر الاتصال، فالسيارة مسجلة ومؤمن عليها في ولاية نيويورك، المتضرر ومسبب الضرر لهم موطن واحد وهو مدينة "روشستر" (Rochester) بولاية نيويورك، وأن الرحلة بدأت من هذه المدينة وانتهت إليها، كما أن صاحبة المصلحة الأقوى في تطبيق قانونها على النزاع هي ولاية نيويورك، هذه المصلحة تتمثل في حصول المتضررة على التعويض لما لحقها من ضرر بسبب الحادث، بينما ليس هناك مصلحة لمقاطعة "أونتاريو" (Ontario) بكندا من حرمان المتضررة من التعويض، حتى وإن كان لهذه المقاطعة مصلحة في حماية شركات التأمين الكندية من الدعاوى الكندية التي قد ترفع عليها نتيجة التحايل بين المتضرر ومحدث الضرر، إلا أن هذه المصلحة لا وجود لها في هذا النزاع، فالسيارة مؤمن عليها في نيويورك وإن كان هناك دعاوى ستترفع سيتم رفعها ضد شركات التأمين الأمريكية وليس ضد شركات التأمين الكندية.

أنتقد هذا المنهج الأمريكي على أساس أن تطبيقه سيؤدي إلى المساس بمبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية، فالسلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع تؤدي إلى إخضاع نفس العلاقة القانونية لقانون مغاير يختلف باختلاف القاضي مادام أن القاضي هو من يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة¹، لذلك فهذا المنهج لم يعرف قبولا واسعاً في القانوني الأوروبي وغيره من الدول حيث بقيت وفيه لمنهج التنازع، ولعل أبلغ تعبير على ذلك ما قاله أحد الفقهاء الأوروبيين الذي ذهب إلى الالتجاء إلى الله ليحميه من هذا الفقه الأمريكي²، ومع ذلك هذا المنهج ساهم في تطوير نظرية التنازع ذات الأصل السافيني عن طريق التخفيف من حدة توجهاتها ذات الصبغة التجريدية، هذا التطور تجلّى في ظهور أفكار أوروبية تقترب من الأفكار الأمريكية التي تدعو إلى هجر منهج التنازع³، من بين أهم هذه الأفكار هي تجزئة قواعد الاسناد واعتماد حلول

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص 67.

2- صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 56.

3- المرجع نفسه، ص 66-67.

تفصيلية للتنازع بغرض مواجهة الحالات العملية المتنوعة لتحقيق عدالة أفضل¹، المشرع الجزائري استبعد هذا المنهج من مجال التطبيق من خلال اتباع منهج التنازع حيث وضع العديد من قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق لكل حالة معينة من الممكن أن تعرض أمام القضاء الجزائري والمتضمنة عنصرا أجنبيا، هذه القواعد أدرجها المشرع في القانون المدني الجزائري².

في الأخير يبدو لنا أنه من غير المناسب استبعاد منهج التنازع كلية والتضحية به لصالح قواعد مادية، أو نظام آخر، هذا الطرح تؤكد عدة اعتبارات فالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تم ذكرها هي في الحقيقة قواعد فرنسية، وتطبيق القواعد المادية الفرنسية يعتمد بالنتيجة على عرض النزاع أمام المحاكم الفرنسية، لا على المحاكم الجزائرية، فهذه القواعد لا يمكن تحديدها إلا عندما يكون القاضي المعين والمعروض عليه النزاع هو القاضي الفرنسي.

اتفاق الخضوع الاختياري في الواقع يتعلق بعدة أنظمة قانونية منها: قانون المحكمة المعينة، وقانون المحكمة المستبعدة، وقانون المحكمة التي سينفذ فيها الحكم الصادر سواء طبقا لهذا الاتفاق أو مخالفا له، هذا الحل الذي يريد أن يخضع اتفاق الخضوع الاختياري إلى القواعد المادية، أو إلى قواعد أخرى يؤدي بالأحرى إلى زيادة الاختلافات بين الدول التي تفحص مدى صحة وشرعية الشرط المانع للاختصاص³، حيث لن يكون هناك أي تناسق للحلول إذا كانت كل محكمة تطبق قواعدها المادية الخاصة بها على اتفاقات الخضوع الاختياري⁴، أو حلولا يضعها القاضي حسب كل حالة كما هو الحال في النظام الأمريكي، مع ذلك التمسك ببعض القواعد المادية الصادرة في مسائل التحكيم بدلا من التوجه إلى قاعدة تنازع القوانين يبدو مفيدا جدا، فمخالفة التوقعات الشرعية للأطراف عن طريق اعتبار أن القاضي المعين غير مختص بسبب أن النزاع المعروض أمامه مرتبط ببطلان العقد الذي أدرج فيه شرط اتفاق الخضوع الاختياري وفق قانون معين يبدو غير عادل، ومن هنا تبدو استقلالية شرط الخضوع الاختياري تطبيقا لقاعدة مادية من القانون الدولي الخاص أمرا مهما، قد ينتقد هذا الرأي على

1- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 499.

2- ينظم المشرع الجزائري قواعد التنازع في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24، راجع: القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم.

3- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 360.

4- راجع في هذا المعنى: بلاق محمد، المرجع السابق، ص 113.

أساس أننا نطبق قاعدة مادية أصلها غير وطني، هذا الانتقاد يختفي عندما نكون في إطار القانون الاتفاقي، وادراج هذه القاعدة المادية في اتفاقية ثنائية أو دولية يسمح بتجاوز الانتقاد السابق.

في الأخير يمكن القول أن هذه الثورة اتجاه منهج التنازع قد يكون سببها المماثلة بين القانون الدولي الخاص وبين تنازع القوانين، وإهمال كافة العلاقات الدولية التي تخضع في حلها لمناهج أخرى غير منهج التنازع، وفي الحقيقة القانون الدولي الخاص هو قانون العلاقات الدولية مهما كان المنهج المعتمد، حينها نكون أمام تعدد للمناهج وليس أمام محاولة استبدال منهج بآخر¹.

إن تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر أصبح حتمية يصعب إنكارها، حالة القانون الدولي الخاص والظروف الدولية في يومنا هذا تقتضي التعايش والتعاون بين المناهج التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية لتحقيق الملائمة والعدالة لهذه العلاقات، فيكون من المفيد اللجوء إلى قواعد التنازع حين يتبين قصور القواعد المادية أو عند تعذر تحديد نطاقها، كما أن منهج القواعد المادية يتميز أيضا بخصوصيات تضيي مرونة في تطبيقه وتؤدي إلى نتائج مأمولة في أهدافه، وذلك من خلال تعايشه مع الأنظمة الوطنية شرط عدم مخالفته للمصالح المشروعة للدول، إذن العلاقة بين قواعد التنازع والقواعد المادية هي علاقة تجاور وتعايش، حيث أن القاضي أو المحكم يحتاج إلى الجمع بين هذين النوعين من القواعد عندما يتولى مسألة حسم المنازعات ذات الطابع الدولي، فمنهج القواعد المادية وبسبب حداثة لا يمكن أن يكون له القابلية المطلقة للتطبيق فهو نظام قانوني غير كامل لا يمكنه تنظيم كافة جوانب العقود الدولية بل لا بد معه من اللجوء إلى قواعد التنازع، والنتيجة التي يمكن الوقوف عليها أنه لا يمكن لأي منهج أن يستأثر وحده بتنظيم كل عناصر المنازعة بشأن العلاقة القانونية الخاصة الدولية دون طلب يد العون من المناهج الأخرى²، إسقاط هذه الفكرة على اتفاقات الخضوع الاختياري يبين أنه بالرغم من أن البعض يرى بأن هناك صعوبة في تحديد ضوابط ربط ملائمة لاتفاق الخضوع الاختياري الذي يبرر التخلي عن منهج التنازع، إلا أنه يتضح مع ذلك أن هناك إمكانية للتغلب على هذه الصعوبات، وذلك ما سنحاول توضيحه الآن.

1- موحند إسعاد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 126.

2- حسام فتحي ناصف، القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق التحكيم الى الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مج. 44، ع. 1. 2002م، ص 171 وما بعدها؛ بلاق محمد، المرجع السابق، ص 241.

المبحث الثاني: اللجوء إلى منهج التنازع

بناءً على ما سبق عرضه فإن منهج التنازع لا يمكن استبعاده كلية في مجال اتفاقات الخضوع الاختياري، فإعمال القواعد المادية يتعلق بمسألة قبول أو شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وبالتالي فإن معرفة ما هي الشروط التي يمكن فيها للإرادة المشتركة للطرفين أن تشكل معيار ربط لنظام قضائي معين لا يمكن أن تخضع إلا لقواعد مادية، هذه المسألة في الواقع تتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتي في جوهرها هي قواعد مادية¹، من جهة أخرى اللجوء إلى منهج التنازع ليحكم صحة وأثار اتفاق إرادة الأطراف التي تعتبر مثل ضابط اختصاص، لا يمس بهذا المبدأ الذي يقرر أن الاختصاص القضائي المباشر يجب أن يكون مستقلاً عن تنازع القوانين، هذا المبدأ يعني فقط أن ربط نزاع ما مع نظام قضائي معين لا يمكن أن يعتمد على قانون أجنبي، قواعد الاختصاص الدولي لدولة ما هي التي تقرر إذا كان النزاع يدخل أو يخرج عن اختصاص هذه الدولة، وعليه فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري لن يتم استشارته فيما يتعلق بقبول هذا الاتفاق ولكن فقط معرفة ما إذا كان اتفاق الإرادة تم عقده بشكل صحيح.

الواقع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يثير مسائل نظرية ذات صعوبات جمة، هذه الصعوبات تدعونا إلى التأي في دراسة القانون الواجب التطبيق على هذه الاتفاقات، وهذا ما يفرض علينا مسبقاً عرض قواعد التنازع التي يمكن تطبيقها على اتفاق الخضوع الاختياري (المطلب اول) ثم بعد ذلك التطرق إلى قواعد التنازع التي يمكن اعتمادها في القانون الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الاول: قواعد التنازع التي يمكن تطبيقها على اتفاق الخضوع الاختياري.

من بين النظريات المعدة عن طريق منهج التنازع نلاحظ تفرقة بين تلك التي تقترح الربط الأحادي (الفرع الأول) وبين تلك التي تؤسس على التطبيق الجامع لقانونين (الفرع الثاني)، والتي تقترح ربطاً أحادياً متعددداً (الفرع الثالث)، ونشير هنا أن قاعدة التنازع ذات الربط الأحادي، لا تعني بالضرورة أن يكون فيها قانون واحد يحكم اتفاق الخضوع الاختياري في مجمله، بل يمكن أن يكون هناك عدة قواعد تنازع تتضمن ربطاً أحادياً يطبق على مسائل مختلفة لهذا الاتفاق مثلاً كأن يطبق قانون واحد على

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص 184.

الأهلية، وقانون آخر يطبق على الموضوع، وقانون آخر يطبق على الشكل، هذه الحالة يجب أن نميزها عن تلك التي تكون فيها قاعدة التنازع تتضمن عدة روابط بحيث تعين عدة قوانين تطبق تطبيقا جامعا على نفس المسألة، مثلا ما ينص عليه المشرع الجزائري في مسائل الشروط الموضوعية للزواج حيث يسندها إلى قانون كل من الزوجين، فحين يختلف قانون جنسية الزوج والزوجة نكون أمام تطبيق جامع أو موزع للقانونين¹.

الفرع الأول: حلول التنازع المؤسسة على الربط الأحادي.

من بين حلول التنازع المؤسسة على الربط الأحادي بعضها يحيل إلى القانون الوطني للطرفين (الفقرة الأولى) وأخرى إلى قانون القاضي (الفقرة الثانية) وأخيرا إلى قانون الإرادة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: القانون الوطني لطرفي عقد الخضوع الاختياري.

القانون الوطني للطرفين يعني تطبيق قانون جنسية الطرفين، حيث يمكن اعتباره كضابط إسناد على أساس فكرة الاختصاص القانوني الشخصي للدولة على كل علاقة قانونية موضوعها أشخاص يرتبطون بها بواسطة الجنسية²، وكما هو مقرر فإن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية يقوم نتيجة لارتباط الدعوى موضوع النزاع بهذه المحاكم عن طريق أشخاصها الذين يحملون جنسيتها، حيث يكون هذا الاختصاص اختصاصا دوليا أصيلا³، فالاختصاص الدولي يقوم على فكرة وجود رابط بين السلطة الوطنية وموضوع هذه السلطة بمعنى الوطني نفسه⁴، هذا الاختصاص المبني على معيار الجنسية يعبر عن الولاية القضائية للدولة على وطنيها في الداخل والخارج وهي اعتبارات تتعلق بسيادة الدولة⁵، هذا المعيار يكرس في القانون الجزائري بنص المادتين 41 و42 من ق.إ.م.إ.ج، وجود هذه العلاقة والامتيازات القضائية المؤسسة على جنسية المتقاضين يمكن أن يبرر إذا تطبيق القانون الوطني على اتفاق الخضوع الاختياري، انطلاقا من الوقت الذي نعتبر فيه أن الجنسية هي ضابط اسناد يقوم عليها

1- تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه: « يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ».

2- عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، 2011م، ص 42.

3- عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 220.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 62.

5- عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 45.

الاختصاص الطبيعي للقضاء الوطني، وعليه عندما يتم تعيين محكمة أجنبية من طرف المتقاضين أنفسهم بواسطة اتفاق الخضوع الاختياري، فإن هذا التمديد يخضع لأحكام القانون الوطني لهاته الأطراف¹. مع ذلك فإن استعمال معيار الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري لاقى انتقادات كثيرة، من أهمها أن اعتماد هذا الضابط يثير صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا لم يكن للمتقاضين جنسية واحدة أو بالأحرى مشتركة، أو يغيران جنسيتها ما بين وقت الاتفاق على الخضوع الاختياري ونشوء النزاع، أو إذا كان أحدهما أو كليهما مزدوج الجنسية أو عدم الجنسية، يجب في هذه الحالة إذا أن نلجأ إلى التطبيق الجامع أو إلى التطبيق الموزع للقوانين، أو بالتناوب بمعنى تطبيق القانون الوطني للمدعي أو المدعى عليه، كما يمكن البحث عن عناصر ربط أخرى، وأي خيار من بين هذه الخيارات لا يبدو أن تطبيقه سيسهل عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، كما أن ضوابط الربط المخصصة لتنازع القوانين ليست كلها مرتبطة بجنسية المتقاضين، فالمواد 41 و42 من ق.إ.م.إ.ج لا تلعب إلا دورا احتياطيا اتجاه اختصاص المبدأ المصنف بالاختصاص العادي المتمثل في القواعد الداخلية للاختصاص المحلي المنقولة إلى المجال الدولي، طابعها الجوازي لا يسمح باعتمادها كضوابط تؤسس لتطبيق القانون الوطني على اتفاق الخضوع الاختياري، هذا التصور لدور الجنسية في الاختصاص القضائي الدولي، يتبعه بأنه لا يمكن التأسيس لتطبيق القانون الوطني على اتفاق الخضوع الاختياري، حيث يبدو أنه لا يمكن الاعتماد على القانون الوطني للطرفين كضابط اسناد يرشدنا إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري².

الفقرة الثانية: قانون القاضي.

يقصد بقانون القاضي (La lex fori) قانون المحكمة التي طرح أمامها النزاع سواء كانت المحكمة التي اتفق الخصوم على عرض النزاع عليها، أو المحكمة التي كانت مختصة أصلا بالنزاع وتم الاتفاق على استبعاد اختصاصها³، أو محكمة ثالثة لا هي المحكمة المختصة أصلا ولا هي تلك التي تم الاتفاق على منحها الاختصاص، في هذا الصدد إذا يمكننا أن نتوقع عدة قوانين وهي: قانون المحكمة الفاصلة في النزاع (أولا)، ثم قانون المحكمة المستبعدة (ثانيا)، ثم قانون المحكمة المعنية (ثالثا).

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 65.

2- Ibid., n° 66 et s.

3- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 244.

أولاً: قانون المحكمة الفاصلة في النزاع.

بالنسبة لجانب من الفقه يرى بضرورة تطبيق قانون القاضي أي قانون دولة المحكمة المعروض عليها النزاع¹، حيث يتوجب على المحكمة أن لا تبحث عن قوانين أخرى واجبة التطبيق عند تحديد اختصاصها، هذا التطبيق الحصري لقانون القاضي بصفة عامة تبرره الطبيعة الإجرائية لاتفاق الخضوع الاختياري، لأنه اتفاق يهدف إلى ترتيب أثر معين يتمثل في جلب الاختصاص إلى المحكمة التي طرح النزاع عليها وهذه المسألة متعلقة بالإجراءات لاتصالها بالاختصاص أكثر من اتصالها بفكرة العقد²، ومن ثم إذا كانت الإجراءات تخضع لقانون القاضي، فإنه يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لاتفاقات الخضوع الاختياري، هذا التبرير كما سبق الإشارة إليه منتقد لأنه يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الإجرائية لاتفاقات الخضوع الاختياري في حين يتجاهل الطبيعة العقدية لهذا الاتفاق حتى ولو أن الوظيفة الأساسية لهذا الأخير تتمثل في تنفيذ قاعدة اختصاص قضائي دولي.

في الحقيقة لا يمكن التمسك بتطبيق القانون الداخلي للقاضي الفاصل في النزاع لأن هذا القانون لا يمكن معرفته مسبقاً إلا في الفرضية التي يكون فيها القاضي الفاصل في النزاع هو القاضي المعين، فعندما يكون القاضي المعين ليس هو القاضي الفاصل في النزاع، القانون المطبق سيتحدد حسب رغبة المدعي الذي اختار هذا القاضي الغير معين بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، فنحن نعرف أنه من بين الأسباب التي تجعل المتقاضين عند إبرام اتفاق خضوع الاختياري يحددون بشكل دقيق المحكمة المختصة بالنزاع هو استبعاد كل التباس بخصوص تحديد القضاء المختص، هذا الهدف سيصبح مستبعداً بسهولة إذا كان يكفي لكي لا ينتج هذا الاتفاق أي أثر أن يقوم المدعي برفع القضية أمام قضاء مختلف عن ذلك الذي تم تعيينه فقط لأن قانون القاضي الفاصل في النزاع يبطل اتفاق الخضوع الاختياري، وهكذا ونتيجة لذلك ولما كان الأمر يتعلق بمسألة مهمة تتعلق بأهداف اتفاق الخضوع الاختياري، أين توقعات الأطراف مهمة جداً، فإن استبعاد تطبيق قانون القاضي للمحكمة الفاصلة في النزاع يفرض نفسه هنا³.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 139.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156.

3- P. Guez, thèse préc., p. 222.

ثانيا: قانون المحكمة المستبعدة:

تطبيق قانون المحكمة المستبعدة يتصور تطبيقه عندما تكون المحكمة الفاصلة في النزاع ليست هي المحكمة المعينة لكنها المحكمة المستبعدة، هنا المحكمة يجب عليها أن تفصل في مسألة صحة أو بطلان استبعادها، والأمر هنا لا يتعلق في النهاية إلا بتطبيق قانون المحكمة باعتباره قانون القاضي الفاصل في النزاع، في المقابل إخضاع فعالية اتفاق الخضوع الاختياري في مجملها إلى قانون المحكمة المستبعدة حتى ولو أنها ليست الفاصلة في النزاع معترض عليه بشدة، هذا الرابط المتمثل في تطبيق قانون المحكمة المستبعدة تم اقتراحه من طرف بعض الفقهاء خاصة الايطاليون¹، وتم رفضه من طرف المحكمة الفيدرالية السويسرية التي قدرت في مسائل التحكيم أن الأثر الإيجابي لاتفاقية التحكيم هو المفضل على الأثر السلبي، وأن تطبيق قانون المحكمة المستبعدة يصبح غير عملي عندما تكون هناك عدة محاكم مستبعدة²، فيما يتعلق باتفاق الخضوع الاختياري، اختصاص قانون قاضي المحكمة المستبعدة يبدو أنه لا يمكن أن يكون حلا مناسباً، خاصة وأنه يجعل من القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يعتمد على الأثر السلبي لهذا الاتفاق، فالاستبعاد ما هو إلا نتيجة بالنسبة لجوهر اتفاق الخضوع الاختياري والمتمثل في التعيين أي تعيين القاضي الذي سيفصل في النزاع، بالإضافة إلى ذلك يتضح أنه من الصعوبة تصور كيف يمكن لمحكمة أن تعتبر نفسها غير مختصة على أساس اختصاص حصري لقانون أجنبي، سواء كان مستبعداً أو معينا المحكمة لا يجب أن تقدر شرعية تعيينها أو استبعادها إلا بتطبيق قواعدها الخاصة والمتعلقة بالاختصاص حيث تقرر إذا كانت الإرادة المشتركة للأطراف يمكن لها أن تعين أو لا تعين قضاءً أجنبياً، هذا الأمر ترفضه طبيعة التنظيم القانوني للاختصاص القضائي الدولي، حيث تعتبر هذه القواعد مفردة الجانب ولا تهتم إلا بثبوت انتقاء ولاية القاضي الوطني³.

ثالثاً: قانون المحكمة المعينة:

هذا الضابط يقضي بتطبيق قانون دولة المحكمة المعينة على اتفاق الخضوع الاختياري⁴، هذا الربط تشير إليه أيضاً اتفاقية لاهاي الصادرة في 30 جوان 2005م في مادتها الخامسة، حيث تنص على أن محكمة ومحاكم الدولة المتعاقدة المعينة بموجب اتفاق خضوع اختياري حصري هي مختصة للفصل في

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 126 .

2- P. Guez, thèse préc., p. 224.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n°s 118 et s.

النزاع الذي يطبق عليه الاتفاق، إلا إذا كان هذا الاتفاق باطلا حسب قانون هذه الدولة (بمعنى قانون المحكمة المعنية)¹، هذا الربط وجهت له عدة انتقادات، فحسب البعض اختصاص قانون المحكمة المعنية لا يمكن التمسك به عندما يتنازع الأطراف حول وجود الشرط المانح للاختصاص في حد ذاته، كما أن هذا الربط يهمل الطبيعة المزدوجة لاتفاق الخضوع الاختياري، بمعنى أنه بجانب التعيين يتواجد بالضرورة عملية الاستبعاد، كما أن هناك صعوبات تواجهها المحكمة المستبعدة عندما تريد التعامل مع شرط يكون صحيحا من طرف القاضي المعين في حين أن قانونها يعتبره باطلا².

قد يبدو أن هناك تعارضا في تطبيق قانون القاضي المعين على اتفاق يمكن أن يكون أصلا باطلا، فإذا كان اتفاق الخضوع الاختياري باطلا يصعب تطبيق قانون الدولة التي عينت محاكمها، مع ذلك هناك من يرى بأنه في هذه الحالة يجب أن نأخذ في الحسبان أن هذا الربط مستقل عن مسألة معرفة هل الشرط سيكون صحيحا أم باطلا، فمهما يكن يجب أن يكون هناك قانون يفصل حول مسألة وجود الاتفاق من عدمه، وفي هذا الإطار التمسك باختصاص قانون القاضي المعين يسمح بتطبيق نفس القانون وذلك بغض النظر عن المحكمة الفاصلة في النزاع سواء كانت معينة أو مستبعدة أو محكمة ثالثة، أما بخصوص كون أن هذا الربط لا يأخذ بعين الاعتبار الأثر المزدوج للشرط، بمعنى أن هذا الربط لا يأخذ في الحسبان أثر الاستبعاد وبالتالي المحكمة المستبعدة، وبالتالي فإنه من الممكن جدا أن قانون القاضي المستبعد يظل الشرط رغم أنه صحيح حسب المحكمة المعنية، يبدو أن هذا الاعتراض لا يمكن أن يكون حاسما، كون القاضي المستبعد يفصل في النزاع لا يغير من شيء، خاصة إذا كان هذا الضابط يتم تطبيقه من طرف كل المحاكم سواء كانت مستبعدة أو معروض عليها النزاع، بالرغم من أننا نعلم مدى صعوبة هذا الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا في إطار اتفاقيات دولية كاتفاقية لاهاي، إذا يبدو أن ضابط المحكمة المعنية يعتبر الأحسن من بين الضوابط المقترحة، هذا الضابط يلائم كل الحالات خاصة الحالة التي تكون فيها المحكمة الفاصلة في النزاع ليست هي المحكمة المعنية، كذلك فإن المحكمة

1- Article 5: Compétence du tribunal élu: « 1. Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet Etat.

2- Actes et Documents de la Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. IV, For contractuel, Rapport du Comité ad hoc, pp. 30 à 32.

الفاصلة في النزاع والمستبعدة عندما تأخذ بعين الاعتبار صحة أو بطلان الشرط حسب قانون المحكمة المعنية سيسمح لها بتجنب إنكار العدالة كما رأينا سابقاً¹.

الفقرة الثالثة: قانون الإرادة:

هناك من يرى بأن اتفاق الخضوع الاختياري يخضع للقانون الواجب التطبيق في شأن الالتزامات التعاقدية وهو قانون الإرادة، لأن اتفاق الخضوع الاختياري له طبيعة عقدية فهو اتفاق بين الخصوم للخضوع لاختصاص محكمة معينة²، ومن ثم تطبيق قانون الإرادة على اتفاق الخضوع الاختياري يمكن تصوره بطريقتين، الأولى يطبق فيها قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق على الموضوع بسبب الروابط الجامعة بين القانون الموضوعي والدعوى القضائية (أولاً)، أو تطبيقه باعتباره قانوناً واجب التطبيق على العقد (ثانياً).

أولاً: تطبيق قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية.

تطبيق القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية على اتفاق الخضوع الاختياري يستمد أساسه من صعوبة الفصل بين الدعوى القضائية والحق أو المركز القانوني الذي تحميه هذه الدعوى، فلا دعوى بدون حق، فحسب هذا المفهوم الدعوى ترتبط مع الحق ارتباطاً كاملاً في الوجود والعدم، بحيث يستحيل إخضاع أحدهما لقانون مستقل عن الآخر³، هذا الاتجاه يرى أن الدعوى هي ذات الحق أو المركز القانوني، فهناك رابطة قوية بين الدعوى والحق الذي تحميه، فلا وجود لدعوى بدون وجود حق سابق تم الاعتداء عليه ويراد دفع هذا الاعتداء عنه، فيكون الحق في حالة سكون عند انعدام المنازعة في التمتع بهذا الحق، فإن تم الاعتداء عليه أو نُزِعَ التمتع به تحرك ذلك الحق لحماية ذاته وبذلك سمي بالدعوى، حينها يمكن القول بأن الدعوى هي الحق الموضوعي ذاته، وكما يقول الفقيه "ديمولومب" (Demolombe) الدعوى القضائية هي الحق في حالة حركة أو منازعة⁴، ولما كان الحق والدعوى كلا لا يتجزأ فالدعوى ليست شيئاً آخر غير الحق في مرحلته القضائية، هذه النتيجة تسمح بإمكانية حل تنازع

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 157؛ أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 141.

2- حسام الدين فتحى ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 245، راجع أيضاً: Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op.cit., n° 715.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 72.

4- المرجع نفسه، ص 66.

القوانين ما دام أنه لا انفصال بين الدعوى والحق وعليه يخضعان لقانون واحد يتم تحديده وفقا للأصول الفنية لحل تنازع القوانين¹، على ذلك إذا نظر للدعوى على أنها جزء ثانوي من الحق، فمن المنطقي بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري أن نطبق عليه القانون الواجب التطبيق على هذا الحق بمعنى القانون المختص بحكم العلاقة القانونية على الاتفاق الذي سيحدد المكان الذي ستم فيه الدعوى القضائية، ويتبع ذلك في المسائل التعاقدية أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري سيكون القانون الواجب التطبيق على الموضوع².

يعاب على هذا الاتجاه أنه أفرط في تقدير مدى ارتباط الدعوى بالحق محل النزاع، فرغم أن هذا الأخير يتحرك في حالة إمكانية اللجوء للقضاء لطلب حمايته، فلا يجب أن يؤدي هذا الأمر إلى إطلاق هذا الارتباط، فإن كانت الدعوى هي وسيلة للحماية القضائية مما يستتبعه وجود محل لهذه الحماية والمتمثل في الحق، إذن فإنه من غير الدقيق الخلط بين محل الحماية القضائية ووسيلتها، كما أن التكييف القانوني السليم يدعونا إلى الفصل بين الدعوى والحق، فالدعوى القضائية في حد ذاتها تترجم الحق في الالتجاء للقضاء، فهي ذاتها حق غير أنه حق من نوع خاص هو حق إجرائي، والدعوى أيضا مجرد حق يثبت للأشخاص مستقلا عن الحقوق التي يهدف إلى تأمينها، وعليه قد نجد دعوى بدون حق كالدعوى الرامية إلى اتخاذ اجراءات تحفظية أو وقتية، وقد يوجد الحق بغير دعوى حين يكون الحق موجودا دون وجود اعتداء عليه³.

إذا كانت الدعوى اليوم هي مفهوم مستقل يعبر عن الحق في الالتجاء إلى القضاء أو الوسيلة التي تمنح الحماية القضائية الفعلية للحق، وأنه لا ارتباط بينها وبين الحق محل الحماية، فليس هناك ما يرر إخضاع اتفاق الخضوع الاختياري لقانون هذا الحق، هناك حجة أخرى تدعم استبعاد هذا الربط وتتمثل في كون أن التفريق بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي يصبح في القانون الدولي الخاص ترجمة للتفريق بين الحق والدعوى القضائية، وانطلاقا من هذا الوقت أين يطرح اتفاق الخضوع الاختياري مسألة تنازع القوانين فقط بهدف حل مسألة تنازع الاختصاص القضائي، فإن تنازع القوانين هذا يجب أن يحل حسب المعطيات الخاصة لقواعد الإجراءات المدنية الدولية، وليس بحسب تلك التي

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 67.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 105 et s.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 67.

تؤدي إلى اختيار هذا وذاك القانون ليحكم موضوع النزاع¹، مع ذلك يجب أن نعترف أن الدعوى القضائية لا ترتبط كلية بتنازع الاختصاص القضائي، وهذا ما تؤكدته مثلا بعض مظاهر الدعوى مثل التقادم المسقط، فهو مرتبط بالموضوع في النظام الدولي، فهو أكثر ارتباطا بالحق المتنازع عليه²، وانطلاقا من هذا الواقع هناك من يرى أنه في إطار القانون الواجب التطبيق الدعوى القضائية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، وبعض هذه الدعاوى وبسبب القواعد المنظمة لها تخضع لقانون القاضي مثل ما هو الحال بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الدعوى غير المباشرة³، فضلا عن ذلك اتفاق الخضوع الاختياري يتعلق دائما بالدعوى القضائية، في هذا المفهوم هذا الاتفاق له أثر يتمثل في تحديد المكان الذي تقام فيه الدعوى، وعلى ذلك يمكن دائما إمكانية تصور أن القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية هو الذي يجب أن يطبق على اتفاق الخضوع الاختياري، هذا الرأي السابق انتقد على أساس أن اتفاق الخضوع الاختياري لا يتعلق بوجود الدعوى ولكن بممارسة هذه الدعوى بمعنى طلب للعدالة، كذلك الدعوى تختلف عن الطلب بحد ذاته إذا كانت هذه الأخيرة ستؤدي بطريقة ما إلى تجسيده، إن اتفاق الخضوع الاختياري دوره فقط تحديد مكان طلب العدالة والتي تخضع لقانون القاضي⁴.

تبرير رفض تطبيق القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية على اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل في أنه يتعلق بمفهومين أساسيين مختلفين، على مستوى طبيعتها القانونية أولا بما أن اتفاق الخضوع الاختياري هو ذو طبيعة عقدية، بينما الدعوى القضائية لا تظهر إلا من خلال تصرفات إجرائية، ثانيا على مستوى وظيفتها، لأن تعيين القاضي الذي سيفصل في النزاع شيء، والحق في الحصول على حكم من هذا القاضي شيء آخر، وعليه فإنه إذا كان هذان المفهومان لا يمكن التقارب بينهما، حتى ولو أنه من غير المشكوك فيه أن الواحدة (الخضوع الاختياري) يمكن أن تؤثر على الأخرى (الدعوى القضائية)، فإنه يصعب فهم الأسباب التي تبرر أن الربط الخاص بالدعوى القضائية يؤدي إلى تعيين القانون الأنسب ليحكم شرط الخضوع الاختياري⁵.

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 108 et 109 .

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 90.

3- المرجع نفسه، ص 86.

4- P. Guez, thèse préc., p. 226.

5- Ibid., pp. 226 et 227.

ثانيا: تطبيق قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد.

تطبيق قانون الإرادة على اتفاقات الخضوع الاختياري يجد له تبريرا قويا بسبب الطبيعة العقدية لهذا الاتفاق، ويبدو من الطبيعي التمسك بمعيار الربط الخاص بالعقود، خاصة مع ندرة الاجتهاد القضائي فيما يخص مسألة تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، والذي بصفة عامة يقرر إخضاعها لصالح قانون الإرادة¹، هذا ما كرسه القضاء الفرنسي في عدة مرات²، ففي قرار صادر عن محكمة النقض تم التأكيد على تطبيق قانون العقد على صحة شرط الخضوع الاختياري وكذلك على الطابع التبعية لهذا الشرط³، في قضية الحال يتعلق الأمر بنقل سلعة لصالح شركة بلجيكية بموجب وثيقة شحن صادرة في بلجيكا من طرف شركة هندية تتضمن شرطا يمنح الاختصاص للمحاكم الهندية، وتخضع عقد النقل للقانون الهندي، وبسبب ضياع السلعة في الطريق، شركات تأمين المرسل إليه قامت بمقاضاة الناقل الهندي أمام القضاء الفرنسي، الذي قبل الدفع بعدم الاختصاص المثار من طرف

1- قانون الإرادة هو القانون الذي تشير إليه إرادة المتعاقدين، اعتماد هذا الربط لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص إلا حديثا في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فقدما كانت العقود تخضع لقانون محدد مسبقا وهو قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ، هذا الإسناد كان إسنادا آمرا لا تملك الإرادة تغييره، ومن بين أهم الفقهاء الذين نادوا بهذا الربط هو الفقيه "لوران" "LAURENT" الذي نادى بضرورة الاعتداد بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وعند غياب هذه الأخيرة، فالأصل أن الأطراف أرادوا الخضوع لقانون جنسيتهم المشتركة، أما إذا اختلفت جنسيتهم فيفترض أنهم قد أرادوا الخضوع لعلاقتهم العقدية لقانون بلد الإبرام، هذا وقد تنازع قانون الإرادة نظريتان إحداهما شخصية والأخرى موضوعية، حيث يرى أنصار النظرية الشخصية أن قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد ترجع إلى مبدأ حرية التعاقد التي تمنح للإرادة سلطانا مطلقا يرتفع حتى فوق القانون، حيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يمكن للأطراف مخالفتها حتى ولو كانت آمرة، وهكذا يصبح العقد بلا قانون يحكمه، على عكس هذا الاتجاه النظرية الموضوعية تعلي سلطان القانون على الإرادة، فإذا شُح لهذه الإرادة أن تختار قانون العقد، فإن دورها يجب أن لا يخرج عن ابداء الرغبة في تركيز الرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يتصل بالضرورة بهذه الرابطة وبالنتيجة فإن الإرادة تخضع لسلطان القانون ولا يمكنها الخروج عن نصوصه الآمرة، والملاحظ أن القضاء الحديث يعتمد نظرية ثنائية تأخذ بالنظريتين الموضوعية والشخصية حيث يميز بين حالتين، الأولى يعتد فيها بخضوع الرابطة العقدية للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة أما الحالة الثانية فهي حالة سكوت الإرادة عن تحديد القانون المختار وفيها يتولى القضاء تركيز الرابطة العقدية وإخضاعها للقانون السائد في مركز ثقل هذه الرابطة، راجع: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها؛ بالنسبة للمشرع الجزائري فيبدو انه انحاز للنظرية الموضوعية حيث ينص في المادة 18 من القانون المدني على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ويشترط لذلك أن يكون لهذا القانون صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

2- Cass. soc., 14 janvier 1976, JDI 1977, p. 495, note A. Lyon-Caen; Cass. req., 22 janvier 1923, S. 1924, 1, p. 73, note J. P. Niboyet; CA Paris, 27 janvier 1955, Rev. crit. DIP 1955, p. 330, note H. Motulsky.

3- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, Rev. crit. DIP 1992, p. 340, note Hélène Gaudemet-Tallon.

الناقل، شركات التأمين شكلت طعنا لدى محكمة النقض الفرنسية بشأن صحة اتفاق الخضوع الاختياري، حيث طالبت هذه الشركات بتطبيق القانون الفرنسي وحده كونه القانون المؤهل ليقرر فيما إذا كان الشرط يمكن أن يستبعد اختصاص المحاكم الفرنسية، ويستتبع ذلك أن صحة قبول اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن تخضع إلى هذا الأخير، حتى ولو أن وثيقة الشحن كانت قد أخضعت للقانون البلجيكي، من جهة أخرى بافتراض أن القانون البلجيكي كان مطبقا، طالبا النقض أشاروا إلى أن قضاة الموضوع لم يثيروا العناصر المؤسسة واقعا لقبول الشاحن في وقت تكوين العقد، النقض تم رفضه بسبب أن القاضي الفرنسي لم يطلب منه الفصل في شرعية شرط الخضوع الاختياري ولكن فقط قبول هذا الشرط وفي هذا الصدد القانون الفرنسي لم تكن له الأهلية الحصرية باعتباره قانون القاضي ليحكم في صحة شكل وموضوع الشرط.

هذا القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية يكرس مبدأ التفرقة بين الشرعية والصحة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، ولا يستبعد تطبيق قانون القاضي تماما، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن اختصاص قانون القاضي ليس ضروريا ولا حصريا؛ وهذا ما يسمح بالتساؤل في أي حالة يمكن أن يطبق هذا الأخير، وحسب البعض من المحتمل أن محكمة النقض أرادت أن تحتفظ بتطبيق قانون القاضي في الحالة التي لا يحدد فيها القانون الذي يخضع له العقد صراحة¹، غير أنه لم يكن هذا هو الحال في هذه القضية ما دام أنه قد تم النص على أن القانون الهندي تم اشتراطه كقانون واجب التطبيق على العقد، القرار لا ينص صراحة ما هو القانون الذي يجب أن يحكم صحة الشروط الموضوعية، ويرجع سبب ذلك إلى أن محكمة النقض كيفت المسألة التي طرحت عليها على أنها تدخل ضمن مسائل شكل التصرفات، لذلك أحالت على القانون الواجب التطبيق على شروط الشكل الخاصة بعقد النقل، حيث كان في قضية الحال هو القانون البلجيكي وليس إلى القانون الخاص بالشرط، فمحكمة النقض كانت تقصد معاملة شرط الخضوع الاختياري مثل أي شرط تعاقدية آخر، طبيعته التبعية تم إعادة التأكيد عليها في هذا القرار، حتى ولو لم يكن قانون الإرادة هو المطبق ولكن القانون الواجب التطبيق على الشكل².

1- P. Guez, thèse préc., p. 229.

2- « il semble que la prorogation serait traitée comme n'importe quelle stipulation conventionnelle, c'est à dire que la validité au fond relèverait de la loi d'autonomie et la validité en la forme de la règle locus regit actum»: Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, préc..

بعض القرارات الصادرة عن الاجتهاد القضائي الفرنسي طبقت على الشرط المانع للاختصاص القانون الواجب التطبيق على العقد الرئيسي، وهناك من يرى أنه يمكن قبول تطبيق قانون إرادة خاص باتفاق الخضوع الاختياري، كما يمكن للأطراف إخضاع عقدهم إلى عدة قوانين، هذه الإمكانية تركز على أن اتفاق الخضوع الاختياري والعقد الذي تم اشتراطه لصالحه يمثل تصرفين قانونيين مستقلين¹. يبدو أن المنادين بتطبيق قانون الإرادة على اتفاق الخضوع الاختياري لا يفرقون بين صحة اتفاق الخضوع الاختياري وشرعية هذا الأخير، شرعية اتفاق الخضوع الاختياري تتعلق بالآثار التي يرتبها هذا الاتفاق وهي سلب الاختصاص من محكمة ومنحه لمحكمة أخرى، وهذه مسألة إجرائية من المفروض أن تخضع لقانون القاضي وليس لقانون الإرادة، فقد استقر فقه القانون الدولي الخاص الغالب على أن تطبيق قانون الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، وعليه ينطبق قانون الإرادة في شأن كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده كالتراضي والمحل والسبب، ونشير هنا إلى استبعاد مسألتين من مجال قانون الإرادة وهما مسألة أهلية التعاقد وشكل العقد، فالأهلية تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد كون أن هدف أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه، أما شكل العقد فإنه يخضع في الأصل إلى قانون بلد الإبرام تيسيرا للمتعاقدين²، في الأخير يمكن القول أن تطبيق قانون العلاقة القانونية التي أبرم لصالحها اتفاق الخضوع الاختياري على اتفاق الخضوع الاختياري، يمكن القبول به إذا تمسكنا بالبعد التبعي لاتفاق الخضوع الاختياري بالنسبة للعقد الأصلي، وعليه يبدو أنه من المناسب تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي المحدد من طرف قواعد التنازع في القانون الجزائري الخاصة بالالتزامات التعاقدية على اتفاق الخضوع الاختياري، وليس تطبيق قواعد التنازع في القانون الجزائري على شرط الخضوع الاختياري نفسه، غير أن هذا التطبيق يجب حصره في مسألة صحة اتفاق الخضوع الاختياري.

الفرع الثاني: حلول التنازع المؤسسة على التطبيق الجامع لقانونين.

هذه الحلول تعتمد على التطبيق الجامع لقانون العلاقة وقانون القاضي (الفقرة الأولى)، أو التطبيق الجامع لقانون المحكمة المعينة مع قانون المحكمة التي من المفروض أنها مختصة (الفقرة الثانية).

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 87 et s .

2- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 16-17.

الفقرة الأولى: التطبيق الجامع لقانون العلاقة وقانون القاضي:

التطبيق الجامع لقانون العلاقة وقانون القاضي تم تكريسه في الاجتهاد القضائي الفرنسي، ففي قرار صادر في سنة 1955م¹، محكمة استئناف باريس وعند تكريسها تطبيق قانون الإرادة على الشروط الموضوعية، لوجود وصحة اتفاق الخضوع الاختياري، قدرت أن آثارها توجد مع ذلك خاضعة أيضا لأحكام القوانين السارية في الدولة التي تم منح الاختصاص لقضايتها كما تخضع لقانون الدولة التي تم استبعاد اختصاصها، هذا القرار يحدد التطبيق الجامع على آثار اتفاق الخضوع الاختياري الذي يوجد خاضعا كذلك إلى قانون العلاقة التي ابرم لصالحها الاتفاق، وإلى قانوني قاضي المحكمة المعنية والمحكمة المستعبدة، هذا القرار يتقارب مع تصور بعض الكتاب الذين يقرون أنه عندما يخلق شرط اتفاق الخضوع الاختياري اختصاصا دوليا غير متوقع من طرف القانون، بينما من جانب آخر، يستبعد اختصاصا آخر متوقعا من طرف القانون، فإنه يجب معالجة هذين الأثرين كل على حدا، بمعنى إخضاع التعيين لقانون القاضي المعين والاستبعاد إلى قانون القاضي المستبعد².

الحل الذي يقدمه هذا القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس الذي تطرق بوضوح للقانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري تم انتقاده على أساس أنه يقسم تنازع القوانين بين الصحة والآثار في حين أن هذه المسألة يجب أن تلتقى إجابة واحدة³، كما انتقد على أساس أن التطبيق الجامع للقوانين غير مفيد عندما تكون المحكمة المعنية من طرف الأطراف هي الفاصلة في النزاع فعلا، فليس من الضروري أن تكون آثار اتفاق الخضوع الاختياري مقبولة من طرف قانون المحكمة المستعبدة، فالقاضي المعين إذا كان هو الفاصل في النزاع يهتم فقط بشرعية تعيينه، كما لا يمكنه أن يتوقع الصعوبات التي يمكن أن تعترض الأطراف على مستوى الاعتراف بقراراتهم في الدولة التي تم استبعاد اختصاصها القضائي الدولي من طرف اتفاق الخضوع الاختياري، فضلا عن ذلك القاضي المعين والفاصل في النزاع سيجد صعوبة في تحديد المحكمة أو المحاكم المستعبدة، أو الآلية التي يجب اعتمادها في تحديد هذا الاستبعاد، وهذه المسألة لا يمكن أن تعتمد على التقدير الشخصي للقاضي، فالطابع الأحادي لقواعد الاختصاص الدولي للقاضي الجزائري يجعلها لا تهتم إلا بتحديد الاختصاص الدولي

1- P. Guez, thèse préc., p. 231.

2- Ibid., p. 232.

3- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 33 et s.

للمحاكم الجزائرية، لذلك فإن هذا النظام المقترح من طرف قرار محكمة استئناف باريس يبدو أنه يثير الكثير من التعقيدات يصعب معها تطبيقه¹.

الفقرة الثانية: التطبيق الجامع لقانون المحكمة المعنية والمحكمة المفروض أنها مختصة.

الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تمسكت بمبدأ اختصاص قانون القاضي بسبب الطابع الإجرائي لاتفاق الخضوع الاختياري، وهذا ما طرح مسألة معرفة قانون أي قاض يجب الرجوع إليه، هل هو قانون قاضي المحكمة الفاصلة في النزاع، أو قانون قاضي المحكمة المعنية أو قانون قاضي المحكمة التي تم استبعاد اختصاصها، هذا الاختيار تجنبت الاستاذة القيام به وهذا ما أدى بها إلى تقديم حل تنازع يتمثل في التطبيق الجامع لقانون المحكمة التي اتفق الأطراف على منحها الاختصاص ولقانون المحكمة التي كانت مختصة أصلا بنظر الدعوى².

تري الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) أن صحة التعيين تعتمد على صحة الاستبعاد³، هذه النتيجة تبدو غير مقبولة فالاستبعاد ما هو إلا نتيجة التعيين، وبصفة عامة وعندما نكون بصدد تنفيذ أي قاعدة اختصاص يبدو أنه لا يوجد سبب من أجله صحة تعيين المحكمة يجب أن يعتمد على صحة الأثر الذي ينتجه وهو استبعاد محاكم أخرى، فلو مثلا أن اختصاص محكمة وهران قام على أساس معيار موطن المدعى عليه فإنه حتما سيستبعد اختصاص محاكم أخرى مثلا كمحل تنفيذ العقد في تلمسان، إذن استبعاد محاكم تلمسان لا يجب أن يكون أساسا لتعيين محكمة وهران، وبالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري عندما يكون القاضي الفاصل في النزاع هو القاضي المعين من الأطراف لا يمكن القول أن تعيينه كان نتيجة استبعاد المحكمة المختصة، فالتعيين سابق في الوجود عن الاستبعاد، وفي هذا المعنى لا يمكن القول أن التصرف هو نتيجة الأثر الذي خلقه هذا التصرف، مع ذلك الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) ترى بأنه يجب احترام اختصاص القاضي الذي أصبح مجردا من اختصاصه وأن تمديد الاختصاص يهمله هو أيضا⁴، هذا الاختصاص يمنع القاضي المعين والفاصل في النزاع فعليا التمسك باختصاصه إذا كان قانون القاضي المستبعد لا يسمح له

1- P. Guez, thèse préc., p. 232.

2- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 128 et s ;

- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140.

3- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 57.

4- Ibid., n° 131.

بذلك، ونستنتج أن اتفاق الخضوع الاختياري لن يُشكّل صحيحاً ولا يمكن أن ينتج آثاره إلا إذا وجد تبادل للصحة فيما يتعلق بالتعيين والاستبعاد، وسنصل أيضاً إلى نتيجة فيما يتعلق بتنازع القوانين مفادها: أن سلب الاختصاص يخضع للقانون الواجب التطبيق على منح الاختصاص وعلى قانون المحكمة التي استبعد الأطراف اختصاصها، في حين أن منح الاختصاص يعتمد على القانون الواجب التطبيق على سلب الاختصاص وعلى قانون المحكمة المعنية من طرف الأطراف، نلاحظ إذاً أن الحل المقدم لتنازع القوانين هو نفسه للوظيفتين، الإيجابية والسلبية، لاتفاق الخضوع الاختياري في الحالتين نطبق تطبيقاً جامعاً قانون المحكمة المعنية وقانون المحكمة التي يستبعد اختصاصها¹.

تطبيق هذا النظام ليس بالسهولة بمكان، فالأطراف حين يتفقون على منح الاختصاص لمحاكم دولة يكونون بالنتيجة قد سلبوا الاختصاص الدولي من قضاء دولة واحدة أو عدة دول، وهنا يمكن ملاحظة الصعوبة التي ستعترضنا في ما يتعلق بتحديد هذه الدول الأخرى، لأنه حتى يتم التطبيق الجامع لقانون المحكمة المعنية والمحكمة المستبعدة يجب معرفة إلى أي محكمة ينتمي إليها الأطراف بمعنى معرفة ما هي المحكمة المستبعدة، وكذلك معرفة إن كان هناك عدة محاكم مختصة، هذه المعرفة تتم عن طريق القيام بعملية بحث صعبة هدفها يتمحور حول معرفة ما هي المحكمة التي أراد الأطراف سلبها الاختصاص، مع ذلك الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تبين الطريقة التي يمكن بها تحديد المحكمة أو المحاكم المفروض أنها مختصة، ولهذا هي تقترح إجراء تمديد لقواعد تنازع الاختصاص القضائي للدولة التي عينت محاكمها من طرف الأطراف، هكذا إذا اختصاص القاضي المستبعد لا يتم تحديده بموجب قانونه الخاص ولكن بحسب قواعد الاختصاص الدولي المباشرة للقاضي المعين والتي تم جعلها مزدوجة لهذا الغرض²، هذا الحل يطبق أيضاً عندما تكون عدة أنظمة قضائية يفترض أنها مختصة، وتضيف الأستاذة بأن القوانين المادية لهذه المحاكم فقط هي التي يتم تطبيقها دون تلك الخاصة بتنازع القوانين، هذا التأكيد فيما يخص نطاق القانون المعين يسمح باستبعاد الإحالة وتستجيب لتحديد جيد للشرط المانع للاختصاص³، كما تشير إلى أنه بالرغم من طابع التطبيق الفوري لقواعد الإجراءات، يجب التموثق في وقت إبرام اتفاق الخضوع الاختياري لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق⁴.

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 57.

2- Ibid., n° 130.

3- Ibid., n°s 134 et 135.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n°s 139 et s.

بعض القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي طبقت النظام المقترح من طرف الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) من بينها قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض¹، في هذه القضية قام طيار باللجوء إلى المجلس العمالي للسين بفرنسا بعد تسريحه من شركة الخطوط الجوية الكاميرونية للمطالبة بالتعويضات الناجمة عن تسريحه، وللتهرب من الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الفرنسي الفاصل في النزاع، أثار شركة الخطوط الجوية الكاميرونية وجود شرط في عقد العمل يمنح الاختصاص للمحكمة المختصة الأقرب من مكان العمل، وبما أن الأمر يتعلق بالملاحة من دولة إلى أخرى فإن هذا التعيين كان غامضا، قضاة الموضوع لمحكمة النقض قدروا أن مكان عمل الطيار هو الكاميرون مكان تواجد مقر صاحب العمل، ولإبطال اتفاق الخضوع الاختياري هذا، محكمة النقض أسست على المادة 181 من قانون العمل الفرنسي لما وراء البحار التي تنص على أنه بالنسبة للنزاعات المتعلقة بفسخ عقد العمل ورغم كل منح اتفاقي للاختصاص، العامل الذي محل إقامته المعتاد في الأراضي الفرنسية وليس في مكان العمل، له الحق في الاختيار بين محكمة محل الإقامة هذا أو الخاص بمكان عمله، كما أسست أيضا على المادة 181 من القانون الكاميروني الصادر في 17 جوان 1959م والنافذ وقت فسخ العقد الذي ينص على أنه عندما لا يكون للعامل محل إقامة في المكان الذي ينفذ فيه العقد ويعود إلى المكان الذي تركه من أجل هذا التنفيذ، يمكنه رفع دعواه أمام المحكمة المختصة في محل إقامته المختلف عن ذلك الناشئ بمناسبة عقد عمله، هذا القرار يبدو أنه طبق تطبيقا جامعا لقانون المحكمة المعنية وهو القانون الكاميروني، وقانون القاضي الفاصل في الموضوع والمختص وهو القانون الفرنسي، وهذا يمثل في الواقع تنفيذا لنظام التنازع المقترح من طرف الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon)، رغم أن القضاة لم يشيروا صراحة أنهم أرادوا تطبيق هذين القانونين باعتبارهما قانون القاضي المعين وقانون القاضي المفروض أنه مختص.

قضية أخرى فصلت فيها محكمة استئناف باريس²، في قضية الحال قام القضاء الفرنسي مباشرة بالفصل في نزاع تقاضي فيه شركة كان مقرها في "جزيرة موريس" (Île Maurice) شركة موجودة في "ليشتنشتاين" (Liechtenstein) والتي أبرمت معها طلب توريد، نموذج الطلب كان يحتوي في ظهره على الشروط العامة للبيع مع شرط مانح للاختصاص والذي يمنح اختيارا بين المحاكم التجارية لمدينة "فاديز"

1- Cass. Soc., 25 janvier 1965, pourvoi n°64-40.079, Bull. civ.N° 81.

2- CA Paris, 10 octobre 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon.

(Vaduz) بليشتنشتاين ومحاكم باريس، المدعي أثار عدم الاختصاص الدولي للقضاء الفرنسي بسبب أن الشرط غير صحيح بنظر قانون المحكمة المعنية في هذه القضية القانون الفرنسي، ولرفض هذا التعارض محكمة استئناف باريس، لاحظت أن القواعد التي تحكم شرط اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الفرنسي والقانون الموريسي متطابقة، ثم وبمفهوم القانون الفرنسي محكمة استئناف باريس قضت بناء على حججها، أن الشرط المانع للاختصاص كان صحيحا في نظر القانون الفرنسي قانون المحكمة التي تفصل في النزاع، هذا الشرط لم يكن بالإضافة إلى ذلك مخالفا للقانون الموريسي، الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) لاحظت أن محكمة الاستئناف فحصت الشرط حسب القانون الفرنسي قانون المحكمة المعنية من طرف الشرط والفاصلة فعلا في النزاع، وتحققت من أنه غير مخالف للقانون الموريسي قانون المحكمة المستبعدة، المدعى عليه كان متوطنا في جزيرة موريس لذلك من المحتمل جدا أن المحاكم الموريسية كان يمكن أن تتمسك باختصاصها الدولي إذا أسند إليها النزاع، وما من أدنى شك أن القرار يحيل على القانون الموريسي بسبب هذه الظروف، حتى ولو أن محكمة استئناف باريس لا تشير صراحة إلى أن القانون الموريسي هو قانون القاضي المستبعد، هذا القرار المستأنف يثير اختصاص القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي المعين، غير أن محكمة استئناف باريس قدرت أن اختصاص القانون الفرنسي يطبق فقط باعتباره قانون القاضي الفاصل في الموضوع أو المعروض عليه النزاع، وفي الوقائع يظهر أن قانون القاضي الفاصل في النزاع تصادف مع كونه قانون القاضي المعين¹، وترى الأستاذة أن تطبيق القانون الفرنسي مبرر تماما لأن الاختصاص الدولي للقضاء الفرنسي لا يمكن تحديده إلا بحسب القانون الفرنسي الخاص بتنازع الاختصاص وليس هناك مسألة تنازع القوانين، كما يلاحظ أن القرار لا يفرق بين شرعية وصحة اتفاق الخضوع الاختياري، حيث أن مسألة معرفة صحة تراضي الأطراف على شرط الخضوع الاختياري طبقت عليها محكمة استئناف باريس القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي الفاصل في النزاع، دون أن تبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد حسب قواعد التنازع في قانونها، وهنا كما ترى الأستاذة نحن أمام تطبيق حصري لقانون القاضي الفاصل في النزاع، سواء في ما تعلق بمسألة الشروط الواجب توفرها لقبول اتفاق الخضوع الاختياري، أو فيما يخص الشروط الواجب توفرها لصحة هذا الاتفاق باعتباره تصرفا قانونيا، إذا هذا القرار يطبق

1- H. Gaudemet-Tallon, note préc., p. 611.

القانون الفرنسي لأن القاضي الفرنسي هو المعين، لكنه تطبيقه يركز على تطبيق قانون القاضي الفاصل في الموضوع وفي نفس الوقت قانون القاضي المستبعد.

قواعد التنازع التي أوصت بها الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تم انتقادها من عدة أوجه، أولاً لأن التطبيق الجامع للقوانين يميزه عيب واضح أشار له العديد من الفقهاء يتمثل في ترجيح القانون الأكثر صرامة على القانون الأكثر تحملاً وهذا يكون نتيجة إبطال أغلب اتفاقات الخضوع الاختياري¹، دون الأخذ بعين الاعتبار أن هذه الصعوبة تتضاعف مع تعدد المحاكم المستبعدة، كما أن التسليم بهذا الضابط ينطلق من مفهوم منتقد يتمثل في إخضاع فعالية التعيين إلى فعالية الاستبعاد، هذه النتيجة ستؤدي بالمحكمة المعينة والفاصلة في النزاع والتي قانونها يجيز اتفاق الخضوع الاختياري إلى الحكم بعدم اختصاصها مخالفة قانونها فقط لأن قانوناً أجنبياً يبطل اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعينها وهذا أمر غير مقبول بسبب الطبيعة غير المزدوجة لقواعد الاختصاص القضائي².

قاعدة التنازع هذه التي تقترحها الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon)، تم انتقادها كذلك على أساس أنها تمنح قواعد الاختصاص المباشرة للقاضي المعين طبيعة مزدوجة، هذا النفي للطابع الأحادي لقواعد الاختصاص الدولي المباشرة تم انتقاده من طرف بعض الفقهاء، فقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مفردة الجانب، وتتم فقط باختصاص أو عدم اختصاص القضاء الوطني، ولا تتم باختصاص المحاكم الأجنبية³، ومن هنا يصعب تصور الطريقة التي يمكن بها ضمان احترام اختصاص القاضي الأجنبي، حتى ولو تم افتراض إمكانية صحة الطرح الذي تقدمه الأستاذة، كيف يمكن تصور أن احترام قواعد اختصاص الدولة التي تم استبعاد اختصاص محاكمها، عند تقرير الاختصاص العادي لقاضي هذه الدولة يتم حسب قانون دولة أخرى⁴؟ بالإضافة إلى ذلك هذا المنهج لتحديد اختصاص القاضي الأجنبي يمكن أن يظهر عشوائياً، فتقدير أن القاضي ليس مختصاً بموجب قواعد الاختصاص المباشر الخاصة بالقاضي المعين، وليس بحسب قواعده الخاصة للاختصاص المباشر يمثل لا أكثر ولا أقل رهاناً على المستقبل، يتمثل في توقع أن القاضي المفروض أنه

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص 123.

2- P. Guez, thèse préc., p. 237.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140.

4- P. Guez, thèse préc., p. 237.

مختص (حتى تتمكن من أن نحدد أنه هو المستبعد) سيكون كذلك أيضا حسب قانونه الخاص، لأنه يمكن واحتمال كبير أن لا يكون كذلك، ونكون هنا أمام حالة شاذة يكون فيها القاضي الذي هو من المفروض أنه مختص، غير مختص بحسب قانونه، ومختص حسب قانون القاضي المعين، فهل يمكننا هنا الجزم بأنه مستبعد أو غير مستبعد؟

قاعدة التنازع هذه المعتمدة تؤدي إلى نتيجة مفاجئة عندما يكون القاضي المعروض أمامه النزاع ليس مختصا، في هذه الحالة القاضي الفاصل في الموضوع لن يسأل قانونه (قانون القاضي) ولكن يحدد اختصاصه بتطبيق قانونين أجنيين، وهذه مفارقة كبرى ألا يكفيه أنه تنازل لقانون أجنبي لتحديد اختصاصه حتى يخضعه لأكثر من قانون، كذلك أنه من غير المناسب أن القاضي لا يطبق قانونه لتحديد اختصاصه¹، نضيف هنا أن هذه الفرضية الأخيرة لا يمكن أن تحدث نظريا، فإذا كان القضاء المطروح أمامه النزاع ليس مختصا حسب قانونه الخاص لتنازع الاختصاص، فكيف يمكن لهذه المحكمة الاعتراف بالنزاع عند إبطالها اتفاق الخضوع الاختياري، إذا لن يكون هناك أي مصلحة لأي طرف لعرض النزاع أمام هذه المحكمة.

في الأخير نرى أن هذا النظام المقترح من طرف الأستاذة يمكن أن يجتفي في حالة وجود اتفاقيات دولية تضع قواعد مادية مشتركة بين الدول المتعاقدة، حينها لن يكون ضروريا استعمال التطبيق الجامع للقوانين ما دام هناك قانون واحد يطبق على كل الدول المتعاقدة سواء كانت الدولة المعينة أو المستبعدة بموجب اتفاق خضوع اختياري، أو تلك المطروح عليها النزاع، خاصة فيما يتعلق بشروط الشرعية الخاصة باتفاق الخضوع الاختياري.

مع ذلك فإن نظام التنازع المقدم من طرف الأستاذة "هيلين كودمت تالون" (Hélène Gaudemet-Tallon) تبرز أهميته في الحالة التي يمنح فيها إمكانية استجواب قانون القاضي المعين عندما يكون القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المستبعد هذه المسألة تسمح بتجنب إنكار العدالة، قاعدة التنازع الأحادية التي تطرحها الأستاذة تطبق عندما يكون القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين كما عندما لا يكون معين، غير أن هاتين الحالتين لا تستدعيان نفس الجواب في مسائل تنازع القوانين، فعندما يكون القاضي المعروض أمامه النزاع ليس هو القاضي المعين سيكون هناك مكان للقلق بشأن المخرج المحتفظ به للشرط من طرف القاضي المعين إذا كان قد عرض عليه النزاع.

1- P. Guez, thèse préc., p. 237.

الفرع الثالث: حلول التنازع المؤسسة على الربط الأحادي المتعدد.

هذه الحلول المقترحة تعتمد على وضع أكثر من قاعد تنازع أحادية، وأخرى تضع أكثر من قاعدة تنازع أحادية لكنها تفرق بين ما إذا كان القاضي المعروض عليه النزاع هو المعين أم لا.

الفقرة الأولى: تطبيق قانون القاضي على مسألة شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة على مسألة صحة هذا الاتفاق.

هذا الاتجاه يرى ضرورة تطبيق قانونين على اتفاق الخضوع الاختياري¹، أحدهما يفصل في مسألة صحة الاتفاق والآخر يفصل في الآثار التي يربتها اتفاق الخضوع الاختياري، حيث يبرر أصحاب هذا الاتجاه بأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن لا تستنتج من خلال التفرقة بين الطبيعة الإجرائية أو العقدية لهذا الاتفاق، فهذا الأخير طبيعته مزدوجة، فمحله وأثره يتمثل في سلب الاختصاص من محكمة ومنحه لمحكمة أخرى، أما مصدره فيكمن في اتحاد إرادتين بمعنى العقد، هذه الطبيعة تؤدي إلى استحالة تطبيق قانون واحد عليه، ومن ثم فمن الضروري تطبيق قانونين عليه، أحدهما يفصل في مسألة صحة الاتفاق والآخر يفصل في الآثار التي يربتها هذا الاتفاق، وهكذا فمن جهة يخضع الاتفاق المانع للاختصاص بوصفه عقدا لقانون الإرادة في كل المسائل المتعلقة بتكوين العقد والتي لا علاقة لها بأثره على الاختصاص كالتأكد من وجود وصحة الرضا، هذا القانون لا يشترط فيه أن يكون هو القانون المطبق على العقد الأصلي إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف في العقد الأصلي على إخضاع اتفاق الخضوع الاختياري إلى القانون الذي اخضع له العقد الأصلي².

ومن جهة أخرى فإن آثار اتفاق الخضوع الاختياري بوصفها مسألة تتعلق بالإجراءات يطبق عليها قانون المحكمة المعروض عليها النزاع، كون هذا الاتفاق يربط أثريين أحدهما سالب والآخر جالب، حيث يسلب الاختصاص من محكمة كانت مختصة أصلا ويمنحه لمحكمة أخرى لم تكن مختصة أصلا، وهذا يؤثر على قواعد الاختصاص التي تتمتع كل دولة بالسيادة المطلقة في تنظيمها، وعليه فالمحكمة التي منح

1- من أكبر الداعمين لهذه الاتجاه في الوطن العربي الاستاذة حفيظة السيد الحداد، راجع: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156 وما بعدها؛ هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، المرجع السابق، ص 277 وما بعدها.

2- الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة يرى عكس ذلك، فحسبه حكم شروط صحة الاتفاق تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد المدرج فيه الشرط المانع للاختصاص بمعنى قانون الإرادة، راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140-141.

لها الاختصاص وتلك التي سلب منها الاختصاص هي وحدها القادرة على الفصل في مسألة الأثر الذي يترتب هذا الاتفاق، ثم يضيف أصحاب هذا الاتجاه بضرورة أن يطبق القاضي المعروض عليه النزاع والمختص أصلاً قانونه وقانون القاضي المعين تطبيقاً جامعاً حتى لا يكون هناك إنكار للعدالة، بمعنى أنهم يخضعون صحة الاستبعاد لصحة التعيين، ويضربون لذلك مثلاً¹: إذا رفع أحد الأطراف النزاع أمام المحكمة التي كان الأطراف قد اتفقوا على سلب الاختصاص منها، وارتأت هذه الأخيرة أنه صحيح ومنتج لأثره فإنه يجب عليها قبل الحكم بعدم اختصاصها أن تتأكد من أن المحكمة الأجنبية المراد طرح النزاع عليها تقبل اختصاصها في الفرض محل البحث، وأن الاتفاق المانع للاختصاص سوف يترتب أثره المانع للاختصاص، والمحكمة عند تحديدها لهذا الأمر تفصل فيه بالرجوع إلى قواعد الاختصاص السائدة في قانون هذه الدولة الأجنبية المراد منح الاختصاص لها، بينما يرى آخرون أنه لتلافي إنكار العدالة لا غضاضة في أن نأخذ بعين الاعتبار قواعد الاختصاص القضائي للمحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر الدعوى بمعنى التي سلب منها الاختصاص وذلك كشرط لتطبيق قواعد الاختصاص في قانون القاضي الذي اتفق على تخويله الاختصاص².

هذا الموقف طبقه القضاء الألماني، حيث قررت المحكمة الفيدرالية الألمانية إخضاع الاتفاق المانع للاختصاص من حيث آثاره وقبوله لقانون القاضي بينما أخضعت صحته الموضوعية باعتباره عقداً للقانون الذي أشارت إليه قواعد القانون الدولي الخاص، هذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 17 ديسمبر 1985م الذي تم الإشارة إليه سابقاً، حيث ذهب إلى إخضاع الاتفاق المانع للاختصاص من حيث صحته إلى القانون الليبي وهو القانون المطبق على العقد الأصلي، بينما أخضع مسألة أثر اتفاق الخضوع الاختياري المتمثل في سلب الاختصاص من المحاكم الفرنسية إلى القانون الفرنسي³.

يبدو أن الرأي السابق يتجاهل حالة معينة ممكنة الحدوث ولا يعطي لها حلاً، وهي الحالة التي يعرض فيها النزاع على محكمة لا هي مستبعدة ولا هي معينة، وحينها يثار التساؤل عن القانون الذي تطبقه هذه المحكمة؟ كما أنه يناهز حين يكون النزاع معروضاً أمام المحكمة التي سلب منها الاختصاص

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 157.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 141.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 158.

بتطبيق قانون القاضي المعروض عليه النزاع وقانون القاضي الذي يعينه شرط الخضوع الاختياري بمعنى إخضاع صحة الاستبعاد لصحة التعيين، وحسب رأينا فإن هذا الأمر غير منطقي حيث لا يمكننا القبول بأن يؤسس المشرع الجزائري عدم اختصاصه على أساس قانون أجنبي، قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مفردة الجانب، وهي تهتم فقط باختصاص أو عدم اختصاص القضاء الوطني، ولا تهتم باختصاص المحاكم الأجنبية¹، وكما تم الإشارة إليه سابقا لا يمكن إخضاع فاعلية التعيين لفعالية الاستبعاد حيث لا يمكن أن تكون النتيجة وهي الاستبعاد خاضعة للسبب وهو التعيين، فالاستبعاد ما هو إلا نتيجة للتعين.

الفقرة الثانية: تطبيق قانون القاضي على شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة على صحة الاتفاق فقط عندما يكون القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين.

بعضهم يرى بأنه من المهم اقتراح ربط يعين نظاما قانونيا بموجبه يرتبط اتفاق الخضوع الاختياري بروابط أكثر ملائمة وهذا حتى تتمكن من تنظيم فعال لهذه العلاقة القانونية مع الأخذ بعين الاعتبار الوظيفة الخاصة باتفاق الخضوع الاختياري، التي تمثل أحد شروط تطبيق قاعدة اختصاص²، فحسب رأيهم أن هذه القاعدة تسمح للنظام القضائي الوطني بالتمسك باختصاصه الدولي إذا تم تعيينه بالإرادة المشتركة للأطراف، كما تسمح أيضا للأطراف بالخروج عن الاختصاص الدولي للقضاء الوطني إذا عينوا قضاء آخر، إذا تحدد قاعدة تنازع مناسبة يمر بالنسبة لهم عن طريق الأخذ بعين الاعتبار لهاتين النتيجةين المختلفتين، فقاعدة تنازع القوانين المقترحة تختلف حسب ما إذا كان القاضي الوطني معروض عليه النزاع ومعين أو معروض عليه النزاع وغير معين ولذلك يلجأون للتفريق بين هاتين الفرضيتين.

أولا: القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين.

في الحالة التي ينفذ فيها اتفاق الخضوع الاختياري بشكل صحيح، بمعنى أن القاضي المعروض أمامه النزاع هو القاضي المعين بموجب الاتفاق، يجب على القاضي أن يتحقق فيما إذا كانت الشروط المطلوبة من طرف قواعد اختصاصه والتي تحدد إطار تدخل إرادة الأطراف، تم تنفيذها بشكل صحيح وإذا كان المجال الذي يتدخل فيه هذا التعيين لا يخالف القواعد الآمرة في قانونه، فإذا كان اتفاق الخضوع الاختياري شرعيا وفق قانون هذا القاضي فمن غير المفيد استجواب قانون محكمة أو محاكم

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140.

2- P. Guez, thèse préc., p. 239.

الدولة المختصة أصلاً أو تلك التي يمكن أن تتمسك باختصاصها الدولي إذا لم يكن هناك أي اتفاق خضوع اختياري، فالاستبعاد ما هو إلا نتيجة للتعين فقط، شرعية هذا الأخير تهم فقط المحكمة المعنية، وفي ظل غياب قواعد تعمل على توزيع الاختصاص الدولي، من التقليدي أن تتمسك في نزاع دولي عدة محاكم باختصاص محاكمها، ومن التقليدي وبسبب الطابع الاحادي لهذه القواعد أن لا تهتم الدولة المعروضة عليها النزاع المشتمل على عنصر أجنبي باختصاص أو عدم اختصاص محاكم دولة أخرى باستثناء حالات الدعاوى المرتبطة والمرفوعة في عدة محاكم، وإذا كانت هذه الظروف غير مأخوذة بعين الاعتبار عندما تكون المحكمة معروض عليها النزاع لأن المدعى عليه متوطن في النظام القضائي للمحكمة، لماذا يكون غير ذلك عندما يكون اختصاصه ناتجاً عن اتفاق أطراف، في كل الحالات القاضي المستبعد كون أنه جرد من اختصاصه بمبادرة من المدعي فقط أو بالإرادة المشتركة للأطراف لا يغير شيئاً¹، من جهة أخرى التمسك بالطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري المتمثلة في اعتبار أن هذا الاتفاق عقد سيؤدى إلى إخضاعه إلى قانون الإرادة، فاتفق الخضوع الاختياري في حد ذاته ليس له معنى إلا إذا ارتبط بعلاقة قانونية حيث يمثل فيها هو العنصر التبعي، هذان المفهومان المجتمعان يبران الربط المناسب الذي يمنح لاتفاق الخضوع الاختياري عندما يكون القاضي المعين هو المعروض أمامه النزاع، والمتمثل في تطبيق قانون القاضي على شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة على صحة الاتفاق، ويرى هؤلاء أنه مادام اتفاق الخضوع الاختياري يمثل عنصراً تبعياً للعقد، فإن القانون المطبق على صحة هذا الأخير يجب أن يطبق عليه، هذا الربط حسب رأيهم يبرره أن قانون العقد الذي ادرج فيه اتفاق الخضوع الاختياري هو أحسن قانون يمكن أن يخضع له هذا الاتفاق².

ثانياً: القاضي المعروض عليه النزاع ليس هو القاضي المعين.

هذه الحالة تعتبر حالة شاذة حين يخرق المدعي التزامه ويلجأ إلى محكمة دولته بينما اتفاق الخضوع الاختياري يعين اختصاص محاكم دولة أو عدة دول، هذه الحالة يجب تفريقها عن الحالة التي يهمل فيها الطرفان اتفاق الخضوع الاختياري بمشاركتهم في الإجراءات التي يبادر بها أحدهم أمام قضاء آخر دون أن يثير الآخر عدم اختصاصه.

1- P. Guez, thèse préc., p. 240.

2- Ibid.

في هذه الحالة مهمة القضاء المعروض عليه النزاع وغير المعين، هو تقدير الاعتراف بالنزاع حسب شرعية الشرط المعين لقضاء أجنبي، محاكم الدولة المعروض عليها النزاع وغير المعينة ستكون مختصة أو غير مختصة حسب ما يقضي به القضاء الأجنبي حول بطلان أو صحة الاتفاق، هذا الحل يقضي بأن التأسيس المنطقي للاختصاص أو عدم الاختصاص للقاضي المعروض أمامه النزاع وغير المعين يفرض على هذا الأخير أن يكون شبه متأكد أن القاضي المعين إذا كان النزاع معروضا عليه سيعلم عدم اختصاصه أو اختصاصه، هذا التأكد يتم تقديره حسب القانون الذي كان يمكن أن يطبقه هذا القاضي المعين لو تم عرض النزاع عليه، بمعنى آخر القاضي المعروض عليه النزاع ولكن ليس المعين يقدر صحة اتفاق الخضوع الاختياري حسب القانون المعين من طرف قواعد تنازع القوانين القاضي المعين¹.

اعتماد نظام تنازع القاضي المعين من طرف القاضي المعروض عليه النزاع يبدو وفق قولهم أنه يمثل عدة فوائد، فهو يسمح مبدئيا بتحاشي أو تجنب التنازع السلي والتنازع الإيجابي، فإذا كان القاضي المعروض عليه النزاع يقدر أن الشرط باطل في حين أن القاضي المعين يعتبره صحيحا، الدولتان ستقبلان اختصاصهما، في المقابل القاضي المعروض عليه النزاع يقدر أن الشرط صحيح فيما القاضي المعين يعتبره باطلا، فهنا ولا دولة ستقدر نفسها مختصة، ونلاحظ هنا أنه في حالة كون النزاع معروض على دولتين، فإن التنازع الإيجابي يمكن أن يؤدي إلى تنازع بين حكمتين، في حين أن التنازع السلي سيؤدي إلى انكار للعدالة، وتطبيقنا نظام التنازع القاضي المعين، القاضي الفاصل في النزاع يخضع اختصاصه أو عدم اختصاصه للقاضي المعين وهذا نظريا يجب أن يستبعد خطر التنازع الإيجابي والسلي.

يرى هؤلاء أن قاعدة التنازع التي يقترح اعتمادها تمثل كذلك عامل تناسق للحلول، فهي تأخذ بعين الاعتبار الطابع "الوظيفي" لشرط الخضوع الاختياري من خلال الأخذ بعين الاعتبار الهدف الذي يتبعه وهو تنفيذ قاعدة اختصاص، والتي تهدف في الأخير لضمان التوقعات الشرعية للأطراف بخصوص المحكمة المختصة، فعند إبرام شرط اتفاق الخضوع الاختياري، من المنطقي أن الأطراف أرادوا أن يتم تقدير هذا الشرط حسب الشروط المحددة من طرف القانون الذي كان القاضي المعين ليطبقه لو تم عرض النزاع عليه، أما إذا كان هناك قانون مختلف سيطبق من طرف قاض آخر فهذا سيبتل الشرط، وهذا ما يساعد على الغش نحو الاختصاص لهذا نظام التنازع الخاص بالقاضي المعين يتضح أنه أحسن حل يمنع الأطراف من الاستفادة تعسفا من تنوع الأنظمة القضائية، اعتماد هذا النظام بشكل واسع

1- P. Guez, thèse préc., p. 241.

سيدفع اتجاه التقليل من محاولة سلب الاختصاص من القاضي المعين، ومنه فعالية اتفاق الخضوع الاختياري سيتم تعزيزها¹.

أما فيما يتعلق بالاختصاص الدولي غير المباشر، تطبيق نظام التنازع للقاضي المعين يكتسي أهمية كبيرة، فالقاضي المكلف بتنفيذ الأحكام الأجنبية يجب عليه من بين عدة شروط أخرى مراقبة اختصاص القانون المطبق على الموضوع، هذه المراقبة إذا كانت تتم عن طريق تطبيق قواعد التنازع في الدولة المطلوب منها التنفيذ، فإنه يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي كل مرة تكون قاعدة تنازع القوانين في المحكمة المطلوب منها التنفيذ والمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختلفتان²، بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري إذا كانت قواعد التنازع المستعملة هي تلك الخاصة بالقاضي المعين فإن حكم المحكمة الأجنبية، التي اختصاصها كان مؤسسا على شرط اتفاق الخضوع الاختياري، لن يتم رفض تنفيذه لأن القانون الذي سيطبق على الشرط من طرف المحكمة المعينة هو نفسه الذي سيطبقه قاضي المحكمة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم.

النظام الذي يقترحه هذا الاتجاه وإن كان يمكن قبوله من جانب واحد، بمعنى الحالة التي يكون فيها القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين، والتي يطبق فيها قانون القاضي على شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة على صحة هذا الشرط؛ فإنه يصعب تقبله في الحالة الثانية والتي يكون فيها القاضي المعروض عليه النزاع ليس هو القاضي المعين، لذلك هذا الاتجاه ينادي بتطبيق قواعد التنازع في الدولة المطلوب منها التنفيذ، وهو بذلك ينفي الطبيعة الإجرائية عن هذا الاتفاق حين يكون النزاع معروضا على المحكمة غير المعينة، بينما يعترف لها بتلك الطبيعة حين يكون النزاع معروضا على القاضي المعين، وهذا الأمر غير منطقي، فاتفاق الخضوع الاختياري لا يبدل طبيعته من محكمة إلى أخرى.

المطلب الثاني: قواعد التنازع التي يمكن اعتمادها في القانون الجزائري.

في الجزائر ومع القصور الكبير المسجل على مستوى تنازع الاختصاص القضائي الدولي وخاصة مسألة اتفاق الخضوع الاختياري أضف إلى ذلك نقص الاجتهادات القضائية في هذه المسألة، نرى أنه

1- P. Guez, thèse préc., p. 242.

2- الاجتهاد القضائي في فرنسا، عالج هذا الأمر عن طريق تطبيق نظرية التكافؤ " théorie de l'équivalence " التي بمقتضاها تنفيذ الحكم الأجنبي يتم قبوله إذا كان القانون المطبق يؤدي إلى نفس النتيجة.

فيما يخص القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يجب التّأني في وضع قواعد حاكمة لهذا الأخير، هذه المسألة لا تحتل التكهّن خاصة حين تؤدي إلى إنكار العدالة أو إلى مخالفة قواعد آمرة في القانون الجزائري، وعليه فإننا نرى أولاً أنه يجب عدم اللجوء إلى القواعد المادية ذات الأصل القضائي لتقرير شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، إلا فيما يتعلق بالقاعدة المادية التي تجعل من اتفاق الخضوع الاختياري اتفاقاً مستقلاً عن العقد الذي أبرم لصالحه، القواعد المادية المحتملة التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري هي تلك القواعد ذات المصدر الاتفاقي لأنها ستساهم في تنسيق الحلول في هذا المجال، بناءً على ما تقدم فإنه خارج أي اتفاقيات دولية، نرى بأن شرعية اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن يحكمها القانون الجزائري، فهو وحده من يقرر متى يسمح بسلب الاختصاص القضائي من المحاكم الجزائرية، ومتى يتم جلب هذا الاختصاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى بأن صحة اتفاق الخضوع الاختياري باعتباره تصرفاً قانونياً لا يمكن تناولها مبدئياً إلا وفق نصوص تنازع القوانين، في هذا الإطار، نرى أن شكل اتفاق الخضوع الاختياري يتم إخضاعه إلى قاعدة محل الإبرام¹، وأهلية الأطراف تخضع إلى القانون الشخصي للأطراف²، أما الموضوع فيجب إخضاعه إلى قانون الإرادة، غير أن هذه المسألة تحتاج بعضاً من الشرح خاصة فيما يتعلق بالقانون المطبق على صحة وشرعية اتفاق الخضوع الاختياري، نشير في هذا الصدد أن الفقه استقر على مبدأ تطبيق قانون الإرادة على الجانب الموضوعي للعقد، أما شكل العقد فيتم إخضاعه لقانون بلد الإبرام والهدف من ذلك هو التيسير على المتعاقدين، أما بالنسبة للإجراءات فهي تخضع كقاعدة عامة لقانون القاضي، وأما الأهلية ورغم أنها تعتبر شرطاً لصحة التعاقد من حيث الموضوع فإنها تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد سواء كان هذا

1- تنص المادة 19 من ق.م.ج على أنه: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».

2- تنص المادة 10 من ق.م.ج على أنه: « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيّنه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة. أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي».

القانون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن، والسبب في ذلك يعود إلى أن الهدف من أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه¹.

بناء على ما تم عرضه وفي منظور منهج التنازع فإنه بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري من المهم اقتراح ضوابط ربط تعين نظاما قانونيا بموجبه يرتبط اتفاق الخضوع الاختياري بروابط ناجعة تسمح بتنظيم جيد لهذه العلاقة القانونية دون إهمال الوظيفة التي يتميز بها اتفاق الخضوع الاختياري والمتمثلة في تنفيذ قاعدة اختصاص، هذه القاعدة التي تؤدي في نفس الوقت إلى جلب الاختصاص القضائي لنظام قضائي معين إذا تم تعيينه بالإرادة المشتركة للأطراف، وإلى سلب الاختصاص الدولي لنظام قضائي معين إذا عين الأطراف قضاءً أجنبياً، تستدعي الأخذ بعين الاعتبار لهاتين الوظيفيتين المختلفتين في تحديد قاعدة تنازع مناسبة، وعليه نرى أنه لا يمكن تطبيق قاعدة تنازع قوانين واحدة، قاعدة التنازع المقترحة تختلف بحسب ما إذا كانت المحكمة الجزائرية معروض عليها النزاع سواء كانت معينة أو مستبعدة، وما إذا كانت المحكمة معروض عليها النزاع فقط دون أن تكون معينة أو مستبعدة.

الفرع الأول: حالة عرض النزاع على المحكمة الجزائرية سواء كانت معينة أو مستبعدة.

هذه الحالة تتضمن فرضيتين، الأولى ينفذ فيها اتفاق الخضوع الاختياري بشكل صحيح، بمعنى أن المحكمة المعروض أمامها النزاع وهي المحكمة الجزائرية هي المحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، أما الفرضية الثانية وفيها قد لا ينفذ اتفاق الخضوع بشكل صحيح فتكون المحاكمة الجزائرية والمختصة أصلاً هي المحكمة المعروض عليها النزاع رغم أن اتفاق الخضوع الاختياري المبرم بين الطرفين يشير إلى تعيين نظام قضائي أجنبي (بمعنى أن المحكمة الجزائرية مستبعدة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري).

في هذه الحالة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة المزدوجة لهذا الاتفاق²، فمحله وأثره يتمثل في سلب الاختصاص من محكمة ومنحه لمحكمة أخرى، أما مصدره فيكمن في العقد الذي اتفق فيه الأطراف على منح الاختصاص لمحكمة معينة، هذه الطبيعة تؤدي إلى صعوبة تطبيق قانون واحد عليه، ومن ثم فمن الضروري تطبيق قانونين عليه، أحدهما يفصل في مسألة صحة الاتفاق والآخر يفصل في شرعية اتفاق الخضوع

1- راجع: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي (الكتاب الثاني)، المرجع السابق، ص 156 وما بعدها.

الاختياري، من هذا المنطلق فإن شرعية هذا الأخير التي تتعلق بمدى قبول الآثار التي يربتها هذا الاتفاق وباعتبارها مسألة تتعلق بالإجراءات يطبق عليها قانون المحكمة المعروض عليها النزاع، كون هذا الاتفاق يرتب أثرين أحدهما سالب والآخر جالب، حيث يسلب الاختصاص من محكمة كانت مختصة أصلا ويمنحه لمحكمة أخرى لم تكن مختصة أصلا، وهذا يؤثر على قواعد الاختصاص التي تتمتع كل دولة بسيادة مطلقة في تنظيمها، وعليه فالمحكمة التي منح لها الاختصاص وتلك التي سلب منها الاختصاص هي وحدها القادرة على الفصل في مسألة الأثر الذي يربته هذا الاتفاق، هذا الرأي يتوافق مع ما جاء في نص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».

وفقا لما سبق فإن القاضي الجزائري ملزم بالتحقق فيما إذا كانت الشروط المطلوبة من طرف قواعد الاختصاص الجزائرية التي تحدد مجال تدخل إرادة الأطراف في مسائل الاختصاص القضائي الدولي قد تم احترامها، وإذا كان المجال الذي يتدخل فيه هذا التعيين أو الاستبعاد لا يخالف القواعد الآمرة في القانون الجزائري، فإذا كان اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعين المحكمة الجزائرية أو يستبعدها شرعيا وفق القانون الجزائري، فإنه لا يجوز للقاضي الجزائري عند تعيينه بموجب الاتفاق أن يرجع إلى قانون المحكمة أو محاكم الدولة المختصة أصلا أو تلك التي يمكن أن تتمسك باختصاصها الدولي إذا لم يكن هناك أي اتفاق خضوع اختياري، ولا إلى قانون المحكمة التي تم تعيين قضاؤها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري على حساب الاختصاص الجزائري، شرعية اتفاق الخضوع الاختياري تم فقط المحكمة المعروض عليها النزاع سواء كانت معينة أو مستبعدة، وبسبب غياب قواعد تعمل على توزيع الاختصاص الدولي فمن التقليدي أن تتمسك في نزاع دولي عدة محاكم باختصاص محاكمها، ومن الطبيعي وبسبب الطابع الأحادي لهذه القواعد أن لا تهتم الدولة المعروض عليها النزاع المشتمل على عنصر أجنبي باختصاص أو عدم اختصاص محاكم دولة أخرى، ما عدا في حالة الدعاوى المرتبطة والمرفوعة في عدة محاكم، وإذا كان هذا هو الحال عندما تكون المحكمة المعروض عليها النزاع مختصة على أساس موطن المدعى عليه مثلا (توطنه في النظام القضائي للمحكمة)، فالأمر لا يختلف عندما يكون اختصاص المحكمة ناتجا عن اتفاق الأطراف، فكون القاضي الجزائري مستبعدا أو معيناً بمعنى كونه مجرد من اختصاصه، أو منح له هذا الاختصاص بمبادرة من المدعي فقط أو بالإرادة المشتركة للأطراف هذا لا

يغير من شيء¹، وهكذا فإن مسألة شرعية اتفاق الخضوع الاختياري يطبق عليها قانون القاضي سواء كانت المحكمة المعروض عليها النزاع معينة أو مستبعدة بموجب الاتفاق، مع ذلك فإننا نرى أنه من المناسب ولتلافي إنكار العدالة أن ينص المشرع الجزائري على ضابط اختصاص احتياطي يسمح للفرد الجزائري أو الأجنبي في منازعة تتضمن عنصرا أجنبيا أن يلجأ إلى المحاكم الجزائرية عندما يقرر القضاء الجزائري صحة اتفاق خضوع اختياري يعين محكمة أجنبية بينما تعلن هذه الأخيرة عدم اختصاصها، بمعنى أن استبعاد القضاء الجزائري بموجب اتفاق خضوع اختياري لن يكون له مفعول إذا تخلت المحكمة الأجنبية عن اختصاصها، وهذا ما أخذت به بعض التشريعات كالقانون الدولي الخاص التركي والقانون الدولي الخاص الإيطالي².

من جهة أخرى فإن الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري والتي تجعل منه عقدا تدفعا إلى إخضاعه إلى القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية وهو قانون الإرادة؛ في المسائل المتعلقة بتكوين العقد والتي لا علاقة لها بأثره على الاختصاص كالتأكد من وجود وصحة الرضا ومحل الاتفاق وسببه، فاتفاق الخضوع الاختياري يعتمد في وجوده على وجود علاقة قانونية أخرى حيث يمثل بالنسبة لها عنصرا تبعا، ويبدو أن هذا التحليل يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار حتى نتمكن من وضع ضابط ربط مناسب لاتفاق الخضوع الاختياري عندما تكون المحكمة المعروض أمامها النزاع هي المحكمة المعنية أو المستبعدة، وهكذا فإن القانون المطبق على العقد الأصلي يجب أن يطبق على اتفاق الخضوع الاختياري³، فنحن نميل إلى الفكرة التي على أساسها أن هذا الربط يبرره أن قانون العقد الذي ادرج فيه اتفاق الخضوع الاختياري هو أحسن قانون يمكن أن يخضع له هذا الاتفاق، في المقابل نرى استبعاد فكرة إمكانية خضوع اتفاق الخضوع الاختياري إلى قانون آخر غير ذلك المطبق على العقد أو خضوعه لأكثر من قانون، هذه الفكرة تشير إليها الأستاذة "حفيظة السيد الحداد"، حيث ترى أنه ليس من الضروري أن يكون قانون الإرادة المطبق على اتفاق الخضوع الاختياري هو نفسه القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلا إذا اتفق الأطراف في العقد الأصلي على اختيار قانون معين ليحكمه حينها يكون

1- P. Guez, thèse préc., p. 240.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 141.

3- الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة يرى أيضا أن شروط صحة الاتفاق يجب أن تكون خاضعة للقانون الذي يحكم العقد المدرج فيه الشرط المانع للاختصاص بمعنى قانون الإرادة، وحسب رأينا هذا رأي سديد، أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 140-141.

هذا الأخير أيضا حاكما لاتفاق الخضوع الاختياري، ويفهم من كلام الأستاذة أنه في حالة عدم اختيار قانون يحكم العقد الأصلي من جانب الأطراف فإنه يمكن أن يخضع اتفاق الخضوع الاختياري إلى قانون آخر غير ذلك المطبق على العقد، بمعنى اخضاع اتفاق الخضوع الاختياري إلى قواعد تنازع القوانين بشأن الالتزامات التعاقدية بنفس الطريقة التي اخضع لها العقد الاصلي، ونحن نرى أن هذه العملية تزيد الأمر تعقيدا، كما أنها لا تتوافق مع فكرة أن اتفاق الخضوع الاختياري لا وجود له دون العقد الاصلي، فاتفاق الخضوع الاختياري ابرم لصالح هذا العقد¹.

إذا صححة اتفاق الخضوع الاختياري تخضع للقانون المطبق على العقد والذي تحدده في القانون الجزائري المادة 18 من ق.م.ج التي جاء فيها أنه: « يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه.»، هذه المادة تبين أن القانون الجزائري يخضع للالتزامات التعاقدية للقوانين التالية: قانون الإرادة الصريح وإلا الضمني أو؛ قانون الوطن المشترك أو؛ قانون الجنسية المشتركة أو؛ قانون محل الإبرام، وإذا كان النزاع يتعلق بعقار فإن قانون موقعه هو الذي يسري عليه.

الفرع الثاني: المحكمة الجزائرية المعروض عليها النزاع ليست هي المحكمة المعنية ولا المحكمة المستبعدة.

هذه الحالة نادرة الحدوث، حيث غالبا ما يخالف أحد الأطراف التزامه القائم بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، فيقوم برفع دعواه أمام محكمة دولته والتي غالبا ما تكون هي المختصة بموجب قواعد الاختصاص في نظامها القضائي بمعنى المحكمة المستبعدة، لكن قد يحدث أن يلجأ هذا الطرف إلى محكمة محايدة لا هي معينة ولا هي مستبعدة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، هكذا قد تكون المحكمة الجزائرية معروضا عليها النزاع رغم أنها ليست هي المحكمة التي تم جلب الاختصاص إليها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري ولا هي المحكمة المفروض أنها مختصة وتم سلب اختصاصها بموجب هذا الاتفاق، نشير أنه في هذه الحالة إذا شارك المدعى عليه في الإجراءات التي بدأها المدعي دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة الجزائرية نكون هنا أمام اتفاق جديد للخضوع الاختياري، هو اتفاق

1- راجع: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156.

ضميني وهي حالة يهمل فيها الطرفان اتفاق الخضوع الاختياري، وهذه الحالة لا تثير أي إشكال، ويمكن للقضاء الجزائري أن يفصل فيها، بسبب الفوائد التي تقدمها للنظام القضاء الجزائري، أما الحالة التي نتكلم عنها هنا هي حالة عندما يرفع المدعي دعواه أمام المحكمة الجزائرية بينما يدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص لوجود محكمة أخرى مختصة بموجب اتفاق خضوع اختياري.

في هذه الحالة نرى أنه على القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع وغير المعين أن يقرر عدم اختصاصه، لأن في هذه المسألة النزاع حتما لا يرتبط بالمحاكم الجزائرية فهي ليست مختصة أصلا حسب قواعد الاختصاص القضائي الجزائري وليست معينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، أضف إلى ذلك أن هذا الاختصاص متنازع فيه، بمعنى أن هناك طرفا يرفضه، لذلك ليس على القاضي الجزائري أن يقلق على مسألة التنازع السلبي الذي يؤدي إلى إنكار العدالة هذه المسألة يتحملها القضاء المختص أصلا والقضاء المعين فهي ليست مسألتها، كما أن القضاء الجزائري بإعلانه عدم اختصاصه سيساهم في منع الغش نحو الاختصاص، فدور اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل في تنفيذ قاعدة اختصاص تهدف إلى ضمان التوقعات الشرعية للأطراف بخصوص المحكمة المختصة، وعندما يبرم الأطراف شرط اتفاق خضوع الاختياري، فإن من بين أهدافهم هو أن يتم تقدير هذا الشرط حسب قانون المحكمة التي قاموا بتعيينها، وفي حالة خضوع هذا الاتفاق إلى قانون مختلف يطبقه قاض آخر فهذا قد يؤدي إلى إبطال الشرط، وهذا ما يساعد على الغش نحو الاختصاص لهذا امتناع القاضي الجزائري عن الفصل في النزاع حينما يكون غير معين ولا مستبعد فقط معروض عليه النزاع سيساهم في حرمان الطرف الذي يريد الاستفادة من تنوع الأنظمة القضائية لإبطال شرط الخضوع الاختياري، اعتماد هذا الأمر بشكل واسع سيدفع اتجاه التقليل من محاولة سلب الاختصاص من القاضي المعين، ومنه فعالية اتفاق الخضوع الاختياري سيتم تعزيزها¹.

مع ذلك فإننا نرى أنه من المناسب وبسبب الصعوبات التي تثيرها مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، ضرورة اعتماد نظام واحد تطبقه جميع الدول، هذا النظام يمكن تصوره تحت مظلة اتفاقية دولية، فالدولة المعروض عليها النزاع سواء كانت مستبعدة أو معروض عليها النزاع فقط، اختصاصها يجب أن يتقرر بحسب قانون المحكمة الاجنبية المعينة، المحكمة المعروض عليها النزاع وغير المعينة أو المستبعدة ستكون مختصة أو غير مختصة حسب ما يقضي به القضاء الأجنبي

1- P. Guez, thèse préc., p. 242.

للمحكمة المعنية حول بطلان أو صحة اتفاق الخضوع الاختياري، بمعنى تقدير صحة الاتفاق تكون حسب قواعد تنازع القوانين التي كان يمكن أن يطبقها هذا القاضي المعين لو أنه تم عرض النزاع عليه. اعتماد قواعد تنازع القاضي المعين من طرف القاضي المعروض عليه النزاع ستسمح بتجنب التنازع السليبي والتنازع الإيجابي، فإذا قرر القاضي المعروض عليه النزاع أن الشرط باطل حسب قانونه، في حين أن القاضي المعين يعتبره صحيحا، الدولتان ستقبلان اختصاصهما، في المقابل إذا قرر قانون القاضي المعروض عليه النزاع أن الشرط صحيح، بينما يقرر القاضي المعين بأنه باطل، ولا دولة ستكون مختصة، وهكذا في حالة عرض النزاع على دولتين، التنازع الإيجابي يمكن أن يؤدي إلى تنازع بين حكّامين، في حين أن التنازع السليبي سيؤدي إلى انكار للعدالة، أما حين نطبق نظام تنازع القاضي المعين، القاضي الفاصل في النزاع يخضع اختصاصه أو عدم اختصاصه للقاضي المعين وهذا سيؤدي إلى استبعاد خطر التنازع الإيجابي والسليبي، هذه القاعدة ستساهم أيضا في تناسق الحلول، فهي تأخذ بعين الاعتبار الطابع الإجرائي لشرط الخضوع الاختياري من خلال الأخذ بعين الاعتبار الهدف الذي يسعى إليه، وهو ضمان التوقعات الشرعية للأطراف بخصوص المحكمة المختصة، فالأطراف عند إبرامهم اتفاق خضوع الاختياري يعينون محكمة محددة هدفهم في ذلك هو خضوع هذا الاتفاق للشروط المنصوص عليها من طرف القانون الذي كان القاضي المعين سيطبقه لو تم عرض النزاع عليه، أما إذا كان هناك قانون مختلف سيطبق من طرف قاض آخر فهذا سيطل الشرط، وهذا ما يساعد على الغش نحو الاختصاص لهذا نظام التنازع الخاص بالقاضي المعين يبدو أحسن حل يمنع الأطراف من الاستفادة تعسفا من تنوع الأنظمة القضائية، اعتماد هذا النظام بشكل واسع سيدفع اتجاه التقليل من محاولة سلب الاختصاص من القاضي المعين، ومنه فعالية اتفاق الخضوع الاختياري سيتم دعمها أكثر.

اعتماد نظام تنازع القاضي المعين يحتم علينا الأخذ بعين الاعتبار مسألة الإحالة في القانون الدولي الخاص¹، فكما هو معلوم أن لكل دولة قواعد قانونية موضوعية داخلية تطبق على مواطنيها في علاقاتهم الداخلية، وتعطي هذه القواعد الحل المباشر لنزاع ما، وقواعد أخرى تخص تنازع القوانين، وهذه الأخيرة وظيفتها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق حين يعرض عليه قانون يتضمن عنصرا

1- الإحالة هي نظرية تقضي بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أنظر: علي سليمان،

مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 47.

أجنيبا، والسؤال الذي يطرح هو حين نكون أمام نزاع يتطلب تطبيق قانون أجنبي، فما هو المقصود بالقانون الأجنبي الذي ترشدنا إليه قاعدة الإسناد؟ فهل هي القواعد الداخلية في هذا القانون؟ أم قواعد التنازع التي يجب أن يستشيرها القاضي أولا قبل أن يطبق أي قواعد أخرى؟ فمثلا إذا عرض نزاع أمام القضاء الفرنسي وكان القانون الواجب التطبيق عليه هو القانون الجزائري حسب قواعد التنازع الفرنسية، فهل سيطبق القاضي الفرنسي القواعد الداخلية في القانون الجزائري؟ بمعنى أنه يذهب مباشرة إلى تطبيق القانون التجاري، أو الأحوال الشخصية، أم أنه يجب أن يرجع إلى قواعد التنازع ويطبق ما تقضي به هذه القواعد؟ فإذا قلنا أنه يجب على القاضي الفرنسي أن يطبق مباشرة القواعد الداخلية في القانون الجزائري نكون من رافضي الإحالة، وإن قلنا أنه يجب أن يرجع إلى أحكام قواعد التنازع الداخلية في القانون الجزائري نكون من أنصار الإحالة¹.

وعليه عند تطبيقنا تنازع القاضي المعين قد يرشدنا إلى قانون دولة ثالثة وهذه الأخيرة ترشدنا إلى قانون دولة رابعة وهكذا دواليك، وسنبقى ندور في حلقة مفرغة، لهذا يجب حسم هذه المسألة حيث عندما ترشدنا قواعد التنازع في قانون القاضي المعين إلى قانون دولة أخرى يجب أن نطبق قواعدها الموضوعية فقط وليست تلك الخاصة بتنازع القوانين، إلا في الحالة التي تحيل فيها قواعد هذه الأخيرة إلى قانون القاضي المعين حيث نطبق القواعد الموضوعية في قانون القاضي المعين وهو ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى²، وهذا هو الذي اعتمده المشرع الجزائري حيث تنص المادة 23 مكرر 1: « إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.»

1- عبد النور احمد، إشكاليات تنفيذ الاحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 34 وما بعدها.
2- تكون هذه الصورة من الإحالة حين يحيل القانون الأجنبي على قانون القاضي، ومثال ذلك أن يقوم إنجليزي يقيم بالجزائر بتصرف ويثور النزاع حول أهليته حيث يطبق عليه القانون الجزائري قانون جنسيته حسب المادة 10 من ق.م.ج الذي هو القانون الإنجليزي، غير أن قواعد التنازع في القانون الإنجليزي تحيلنا إلى تطبيق قانون الموطن الذي هو القانون الجزائري، ونرى هنا أن القانون الإنجليزي أرجع حكم النزاع إلى القانون الجزائري، راجع: عبد النور احمد، المرجع السابق، ص 36.

فيما يتعلق بالاختصاص الدولي غير المباشر¹، بمعنى إثارة اتفاق الخضوع الاختياري بطريقة غير مباشرة، وذلك عند تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن طريق تنفيذ اتفاق خضوع اختياري، نحن نعلم أن القاضي المكلف بتنفيذ الأحكام الأجنبية يجب عليه من بين عدة مسائل أخرى مراقبة صحة اختصاص المحكمة مُصدرة الحكم، ففي الجزائر تنص المادة 605 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « لا يجوز تنفيذ الاوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الاقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص...»، هذا الشرط يقضي بضرورة أن يكون الحكم صادرا عن محكمة مختصة، غير أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد وفق أي قواعد يتم تحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي، فهل هو القانون الجزائري باعتباره قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ، أو قانون الدولة مُصدرة الحكم؟ عند بحثنا عن إجابة لهذا السؤال في الاتفاقيات التي عقدتها الجزائر مع دول أخرى في مجال التعاون القضائي، لاحظنا أن هذه الاتفاقيات تتباين حول هذه المسألة، فبينما يتم اللجوء إلى قواعد الاختصاص في قانون الدولة المطلوب منها منح الصيغة التنفيذية لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية كما هو الحال في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية²، فإنه على العكس من ذلك تماما يتم التعويل على قواعد الاختصاص في الدولة مصدرة الحكم الأجنبي كما هو الشأن في الاتفاقية الجزائرية المغربية³،

1- أطلق "بارتن" (Bartin) تسمية "الاختصاص غير المباشر" (Compétence indirect) على قواعد الاختصاص القضائي الأجنبي حين تقوم هذه القواعد بدور الرقابة على اختصاص المحكمة مصدرة الحكم الأجنبي، وهدفها تحديد ما إذا كان الحكم الأجنبي الصادر من الدولة الأجنبية قابل للتنفيذ في دولة القاضي أم لا، وتقابلها قواعد الاختصاص القضائي والتي تسمى بقواعد "الاختصاص المباشر" (Compétence directe) تهدف إلى تحديد الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة للنظر في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي عندما تعرض أمام القضاء الوطني، راجع في ذلك: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008م، ص 437؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004م، ص 331.

2- أمر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385هـ الموافق 29 جويلية سنة 1965م يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي الموقع عليها في 28 أوت 1962م، ج.ر، ع. 68، سنة 1965م.

3- أمر رقم 68-69 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1389هـ الموافق 02 سبتمبر 1969م يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، ج.ر، ع. 77، سنة 1969م.

والجزائرية التونسية¹، كما أن بعض الاتفاقيات التي عقدتها الجزائر حاولت تجاوز هذه المسألة من خلال نصها على بعض الحالات التي تكون فيها المحكمة المطلوب منها التنفيذ مختصة دون سواها في بعض النزاعات²، وحسب تقديرنا فإن المشرع الجزائري وعند عدم وجود اتفاقية نافذة فإنه يمنح السلطة التقديرية للقاضي لحل هذه المسألة وهذا يدفعنا بتحفظ إلى القول بأن المشرع الجزائري ربما عن قصد أو دون قصد يطبق هاهنا المفهوم الأمريكي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن مسألة تحديد القانون الذي يجب الاعتماد عليه في تحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم آثار خلافا واسعا³، ويزداد الأمر تعقيدا بالنسبة للحكم الصادر بناءً على اتفاق الخضوع الاختياري، بعض التشريعات تخضع تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في الدولة التي أصدرت الحكم، بينما على النقيض من ذلك دول أخرى كفرنسا وألمانيا وإيطاليا نجدتها تخضع مسألة اختصاص المحكمة الأجنبية إلى قواعد الاختصاص القضائي لقانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي⁴.

أولا نلاحظ أن هذه المراقبة التي يشترطها المشرع الجزائري إذا كانت تتم عن طريق تطبيق قواعد التنازع في الدولة المطلوب منها التنفيذ، فإنه يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي كل مرة تكون قاعدة تنازع القوانين الوطنية والأجنبية مختلفتان⁵، مع ذلك نرى أنه من الضروري تطبيق قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الصادر بناءً على اتفاق الخضوع الاختياري، وهذا ما يميل إليه القضاء الجزائري بصفة عامة عند مراقبته الاختصاص العام غير المباشر⁶، عندما يكون هذا الاتفاق قد استبعد اختصاص هذه

1- مرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963م المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 26 جويلية 1963م، ج.ر، ع. 01، سنة 1963م.

2- المادة 28 من اتفاقية الرياض، أنظر: مرسوم رئاسي رقم 01-47، سبق ذكره، والمادة 33 من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول اتحاد المغرب العربي، أنظر: مرسوم رئاسي رقم 94-181، سبقت الإشارة إليه.

3- رابح محمد، عبد النور أحمد، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: الضوابط والإجراءات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع. 02، كلية الحقوق بجامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011م، ص 37.

4- المرجع نفسه، ص 38.

5- الاجتهاد القضائي في فرنسا، عالج هذا الأمر عن طريق تطبيق نظرية التكافؤ (Théorie de l'équivalence) التي حسب محتواها أنه يكفي لقبول تنفيذ الحكم الأجنبي وفق شرط الاختصاص أن تكون المحكمة الأجنبية قد وصلت في حكمها إلى النتيجة ذاتها لو أنها طبقت القانون الفرنسي عندما يكون القانون الفرنسي مختصا حسب قواعد الإسناد فيه، راجع: عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 85؛ أنظر أيضا: Dusan Kitic, Op. cit, p. 128.

6- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 402333 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، 2008، ص 257.

المحاكم¹، وهكذا عندما لا يستبعد اتفاق الخضوع الاختياري اختصاص المحاكم الجزائرية فرى أنه من الأحسن تطبيق قانون المحكمة المعنية، هذا ما يقرره أيضا المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث جاء في المادة 258 منه الفقرة الأولى أنه: « لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: 1- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بما طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها...»²، فبالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري إذا كانت قواعد التنازع المستعملة هي تلك الخاصة بالقاضي المعين فإن حكم المحكمة الأجنبية، التي اختصاصها كان مؤسسا على شرط اتفاق الخضوع الاختياري، لن يتم رفض تنفيذه لأن القانون الذي سيطبق على الشرط هو نفسه الذي سيطبقه قاضي المحكمة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم.

تطبيق قانون المحكمة المعنية يجد له أساسا في الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث يرون أن مسألة تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي يرجع إلى أن هذه القواعد لا تختلف في طبيعتها عن القواعد المنظمة لتنازع القوانين، وبالتالي ليس هناك ما يمنع إسباغ صفة الازدواجية عليها، مما يجعل دورها لا يقتصر على تحديد متى تكون المحاكم الوطنية مختصة، بل وأيضا متى تكون المحاكم الأجنبية مختصة³، وقد انتقد الرأي السابق الذي يرى بضرورة خضوع تحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه إلى قانون تلك المحكمة، فالقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي سيجد صعوبة عملية في معرفة قواعد

1- هذا النظام يعتمد أيضا القانون التونسي ففي المادة 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن لا تكون المنازعة التي صدر فيها هذا الحكم من اختصاص المحاكم التونسية، ولا يَهْمُهُ بعد ذلك البحث في اختصاص المحكمة الأجنبية، راجع: عبد النور احمد، المرجع السابق، ص 91.

2- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 402.

3- هذا ما ذهب إليه المشرع العراقي، حيث حدد الحالات التي تكون فيها المحكمة الأجنبية مختصة في المادة 07 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 وهي: إذا كانت الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية، إذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسم منه يتعلق به الحكم، إذا كانت الدعوى ناشئة عن أعمال وقعت كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية، إذا كان المحكوم عليه مقيما عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغلا بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى، إذا حضر المحكوم عليه الدعوى باختياره، إذا وافق المحكوم عليه على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه؛ أنظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001م، ص 304.

الاختصاص لهذه المحكمة¹، غير أن هذا النقد رد عليه بأن هذه الحجة قد تم إثارتها عند بحث مسألة مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، واستقر الرأي على أنه يجب على القاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بمساعدة الخصوم، وهو نفس الحل الذي يجب الأخذ به عند بحث القاضي عن قاعدة الاختصاص².

ما يمكن أن نخلص إليه في الأخير فيما يخص الاختصاص العام غير المباشر هو أن مراقبة صحة قواعد الاختصاص عند تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بناءً على اتفاق خضوع اختياري من المناسب أن تخضع لقانون القاضي، وتكون خاضعة للقانون الأجنبي المعين بموجب اتفاق الخضوع الاختياري استثناء في كل مرة لا يكون فيها القضاء الوطني غير مختص للنظر في المنازعة التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2008م، ص 1116.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.

الفصل الثاني: صحة وآثار اتفاق الخضوع الاختياري.

بعد أن يتم الاعتراف بشرعية اتفاق الخضوع الاختياري والتي تقرها قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي سلب منها الاختصاص والمحكمة التي تم تعيين محاكمها حسب الأحوال، باعتبار أن اتفاق الخضوع الاختياري يمثل في جزء منه تصرفا اجرائيا، تطرح مسألة صحة هذا الاتفاق باعتباره عقدا، وحتى يكون هذا الاتفاق صحيحا يجب أن تتوفر فيه عدة شروط تتعلق أساسا بشروط صحة كل العقود الأخرى المنصوص عليها في القواعد العامة طبعاً مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية اتفاق الخضوع الاختياري، من جهة أخرى فإن اتفاق الخضوع الاختياري باعتباره عقدا، يتمثل أثره القضائي في التزام الأطراف بعرض النزاع على المحكمة التي تم تعيينها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، فالعقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله¹، هذا الأثر الذي يترتب عليه اتفاق الخضوع الاختياري يتحدد نطاقه مبدئياً بين المتعاقدين دون الغير.

بناءً على ما تم عرضه سنتناول بالدراسة صحة اتفاق الخضوع الاختياري (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى الآثار التي يترتبها هذا الاتفاق (المبحث الثاني).

المبحث الأول: صحة اتفاق الخضوع الاختياري.

حتى يكون اتفاق الخضوع الاختياري صحيحاً باعتباره عقداً يجب أن تتوفر فيه شروط معينة، هذه الشروط تتمثل في أن يكون التراضي صحيحاً، وأن يكون المحل مستوفياً لشروطه، وأن يكون سبب هذا الاتفاق مشروعاً، هذه الشروط في الحقيقة تتطلبها جميع الاتفاقات، ما يهمنا في إطار هذه الدراسة هو التراضي ومحل اتفاق الخضوع الاختياري وكذا الشكلية إن كان لها وجود، أما السبب فليس له خصوصية بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري، حيث يتمثل في رغبة الأطراف في استبعاد المحاكم المختصة أصلاً في النزاع ومنحه إلى محكمة أخرى يتم تعيينها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، وهذا السبب يفترض أنه دائماً مشروع إلا إذا قام الدليل على أن الباعث على التعاقد هو الغش سواء نحو القانون أو نحو الاختصاص أو نحوهما معاً، وعليه فإن ركن السبب يطبق عليه ما يطبق في القواعد

1- تنص المادة 106 من ق.م.ج على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»، راجع: علي فيلال، المرجع السابق، ص 360؛ راجع أيضاً: نور حمد الحجاب، المرجع السابق، ص 317.

العام¹، نذكر أن صحة اتفاق الخضوع الاختياري باعتباره تصرفا قانونيا، لا يمكن تناوله مبدئيا إلا وفق نصوص تنازع القوانين، فالموضوع يتم إخضاعه إلى قانون الإرادة، والشكل إلى قاعدة محل الإبرام²، والأهلية إلى القانون الشخصي للأطراف، وبسبب النقص الذي يسجله منهج التنازع يبدو أن وجود قواعد مادية سيكون لها دور مهم في هذا المجال.

صحة اتفاق الخضوع الاختياري تخضع إلى شروط تتعلق أساسا بالشكل، الذي يشكل أصل النزاعات الكثيرة المثارة بشأنه³، واحترام شكلية معينة مبدئيا ليس ضروريا لصحة اتفاق الخضوع الاختياري حيث لا يشترط أن يحرر الأطراف إرادتهم كتابيا، ووفق تنازع القوانين فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يحكم شكل اتفاق الخضوع الاختياري⁴، مع ذلك حاول الفقه إخضاع صحة اتفاق الخضوع الاختياري إلى قواعد مادية تتمثل في اشتراط يكون الطرف الذي يعترض على اتفاق الخضوع الاختياري على علم به عندما يتم دمجها في عقد نموذجي أو عقد إذعان⁵، وهذا ما أدى إلى البحث عن الوسائل التي يمكنها تبرير ضرورة حماية رضا الأطراف ضد بعض التصرفات المتمثلة في وضع الشرط المانع للاختصاص في فواتير ومراسلات أو أي وثيقة تعاقدية ملحقة، أو في كم هائل من الشروط المختلفة، فأحيانا تكون غير مقروءة، وأحيانا تكون مكتوبة بلغة أجنبية، ومن هنا فإن اتفاق الخضوع الاختياري يمكن أن يمر دون انتباه بسبب سرعة المعاملات، حيث يلزم طرفا رغما عنه دون أن يكون على علم بهذا الشرط، في هذه الظروف العودة إلى منهج التنازع لمعرفة ما إذا كان من اللازم اختيار الرضائية أو الشكلية يبدو غير ملائم، فنقص التكهن بالنتائج التي تفرزها قواعد تنازع القوانين يرتبط بصعوبة الحاجة لوضع متطلبات رسمية في حدها الأدنى، وضرورة التنظيم المادي المتعلق بالشكل يفرض نفسه في هذه الحالة، نذكر هنا بأن موضوع التراضي يصعب فصله عن الشكل حيث يمثل هذا الشكل تعبيرا عن هذا الرضا، وينتج عن ذلك أن هذه القواعد المادية لا تتناول صحة اتفاق الخضوع الاختياري في شكله ولكن يتم تناوله أيضا في مسألة التراضي، فقواعد الشكل تسمح بإثبات وجود التراضي، لهذا بالأهمية بمكان التطرق بالدراسة إلى التراضي وشكلية اتفاق الخضوع الاختياري (المطلب الأول).

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 111.

2- CA Paris, 27 janvier 1955, préc; Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, préc.

3- V. HEUZE, op. cit., p. 91.

4- هذا ما تنص عليه المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

5- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 250.

بالنسبة لمحل اتفاق الخضوع الاختياري فإنه يتمثل في التعيين، فموضوع هذا اتفاق هو التعيين، وكما أشرنا إليه أن قانون الدولة التي عرض النزاع على محاكمها هي المؤهلة لقبول أو رفض الإرادة المشتركة للأطراف التي تربط النزاع مع النظام القضائي المعروض عليه النزاع، فيبدو أن التعيين هنا يدخل ضمن مسائل الشرعية وليس تلك المتعلقة بالصحة، غير أن المسألة تختلف هنا لأننا في هذه الحالة لا نقرر حول ما إذا كان اختيار الأطراف للمحكمة المختصة شرعي، وإنما ندرس مسألة لاحقة لها وهي التحقق من صحة محتوى هذا الاختيار¹، وبالتالي فإن إبطال شرط اتفاق الخضوع الاختياري مثلا بسبب عدم الدقة في تعيين المحكمة المختصة بعينها لا يعني بأن الأطراف ليس لهم الحق في اختيار المحكمة، لذلك دراستنا ستمحور في مرحلة ثانية حول صحة محل اتفاق الخضوع الاختياري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التراضي وشكلية اتفاق الخضوع الاختياري.

التراضي (le consentement) بصفة عامة هو توافق أو تطابق إرادتي المتعاقدين التي يتم التعبير عنهما وتبادلها، فيندمج بعضها ببعض لتُكون الإرادة المشتركة، حيث تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية² »، فالتراضي يتم بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان نحو إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما³، بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري فالتراضي يكون عن طريق اتجاه إرادة الأطراف إلى عرض نزاعهم الناشئ أو الذي من الممكن أن ينشأ بمناسبة علاقتهم القانونية على قضاء دولة معينة، أو محكمة معينة ضمن هذا القضاء، عوض عرضها على المحكمة أو المحاكم المختصة أصلا بالفصل فيه، ولكي يكون هذا التراضي صحيحا يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال⁴.

إن إظهار الإرادة يعتبر أمرا لا بد منه حيث يتم بطرق مختلفة، في هذا الإطار تنص المادة 60 من القانون المدني على أن: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما

1- P. Guez, thèse préc., p. 245.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 82.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 28.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 126.

يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.»، ويقصد باللفظ الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة أو بواسطة الهاتف أو بإيفاد رسول، وبأي لغة كانت شرط أن يفهمها المتعاقدين، وأما الكتابة فقد تكون عرفية أو رسمية وقد تكون في شكل رسالة أو تليكس أو تليغراف، أو إعلان في الصحف أو كتابة في الشكل الإلكتروني... إلخ¹.

إرادة المتعاقدين إذا يلزم لها أن تأخذ مظهرها خارجياً حتى يعرف كل من المتعاقدين إرادة الآخر، وفي هذا السياق يجب أن نشير إلى أن الإرادة المشتركة الناتجة عن تقابل الإرادتين تتميز عن طرق التعبير عنها، فتقليدياً الطرق التي تنص عنها المادة 60 من القانون المدني تمثل طريقة التعبير عن هذه الإرادة، بمعنى إظهار أو تخريج الإرادة وليس الإرادة في حد ذاتها، فالإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر على اتخاذ موقف أو قرار².

استعمال الشكل من أجل إثبات حقيقة رضا الأطراف يجعل التفرقة بين الموضوع والشكل أمراً صعباً، نذكر هنا أن هذه الصعوبة من بين الصعوبات التي تواجه القانون الدولي الخاص والتي كانت سبباً في بروز نظرية التكييف، حيث تختلف الأنظمة في تكييف المسائل التي تدخل ضمن الشكل والمسائل التي تدخل ضمن الموضوع، ومن هنا تطرح مسألة البحث عن الفائدة من تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود التراضي، ولهذا ذهب بعضهم إلى القول بأن مسائل الشكل يجب أن تخضع عند تكييفها لقانون القاضي بسبب اختلاف الدول في هذه المسألة فهناك من يشترط الشكل باعتباره مسألة تتعلق بالإثبات، بينما هناك دول أخرى تشترطه كركن لصحة اتفاق الخضوع الاختياري³، بهذا الخصوص البعض يرى بأن عيوب التراضي مع ذلك تبقى خاضعة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري.

مسألة الشكلية ودورها في تكوين التراضي أثارت العديد من الإشكاليات والتي برزت خاصة في إطار مؤتمر لاهاي المكلف بتحضير الاتفاقيات الثلاثة الدولية المتعلقة باتفاق الخضوع الاختياري⁴، هذه

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 96-97.

2- المرجع نفسه، ص 83.

3- P. JENARD, Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Bruxelles le 27 septembre 1968), JOCE n° C 59, 5 mars 1979, p 37.

4- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 237 et s.

الاتفاقيات الثلاثة كل واحدة تطرقت إلى الشكل الخاص باتفاق الخضوع الاختياري بطريقة مختلفة، فاتفاقية لاهاي الصادرة سنة 1958م الخاصة باختصاص المحكمة المختارة في حالة البيع الدولي للبضائع تشير في مادته الثانية إلى أنه عندما يتم البيع شفهيًا، يتضمن تعيين محكمة، هذا التعيين لن يكون صحيحًا إلا إذا تم التعبير عنه أو تأكيده عن طريق تصريح كتابي ينبثق من واحد من الأطراف أو من طرف سمسار، دون أن يكون قد تم الاعتراض عليه¹، اتفاقية لاهاي الصادرة في سنة 1965م حول اتفاقات الخضوع الاختياري، في مادتها الرابعة الفقرة الأولى تنص على أن اتفاق الخضوع الاختياري يُشكّل صحيحًا إذا نتج عن قبول من طرف لاقتراح مكتوب من الطرف الآخر الذي يعين صراحة المحكمة أو المحاكم المعينة²، في الأخير اتفاقية لاهاي لسنة 1971م المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية تشترط في مادتها العاشرة الفقرة الخامسة اتفاقية مكتوبة أو اتفاقية شفوية كتابتها مؤكدة في مدة معقولة³.

الصعوبات المثارة بشأن إعداد قواعد الشكل تستهدف مسألة كيفية ضمان وجود الإرادة المشتركة للأطراف مع الأخذ بعين الاعتبار معاملات التجارة الدولية التي لا تتلاءم واشتراط الشكلية وفي نفس الوقت حماية من يقومون بإبرام عقود دولية صدفة، تجاوز هذه الصعوبات يمر حتما عن طريق

1- Article 2: «...Lorsque la vente, conclue oralement, comporte la désignation du for, cette désignation n'est valable que si elle a été exprimée ou confirmée par une déclaration écrite émanant de l'une des parties ou d'un courtier, sans avoir été contestée.»; Cette Convention, y compris la documentation y afférente, est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net), sous la rubrique « Conventions ». Concernant l'historique complet de la Convention, voir Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Huitième session (1956).

2- Article 4: «Pour l'application de la présente Convention, l'accord d'élection de for est valablement formé s'il résulte de l'acceptation par une partie de la proposition écrite de l'autre partie désignant expressément le tribunal ou les tribunaux élus...», Cette Convention, y compris la documentation y afférente, est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net), sous la rubrique « Conventions ». Concernant l'historique complet de la Convention, voir Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Dixième session (1964), tome IV, For contractuel (231 p.).

3- Article 10: « Le tribunal de l'Etat d'origine est considéré comme compétent au sens de la Convention:...5. lorsque, par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit dans un délai raisonnable, les parties se sont soumises à la compétence du tribunal de l'Etat d'origine pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé...», Cette Convention, y compris la documentation y afférente, est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net), sous la rubrique « Conventions ». Concernant l'historique complet de la Convention, voir Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements (514 p.).

اعتماد قواعد شكل متعددة، تبررها الحاجة إلى أشكال أكثر مرونة تأخذ في الحسبان معاملات وعمليات وعودات حياة الأعمال، هذه القواعد نجدها مجسدة في القانون الاتفاقي الأوروبي بالتحديد في اتفاقية بروكسل. ما يمكن ملاحظته بشأن التراضي هو أن وجوده في اتفاق الخضوع الاختياري يكرس عن طريق اتفاق معبر عنه كتابيا، هذا الشكل المكتوب تشترطه اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في المواد المدنية والتجارية عن البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي في مادتها الخامسة والعشرين، حيث جاء فيها أن اتفاق الخضوع الاختياري يبرم: «أ- عن طريق الكتابة...»¹.

في الجزائر ليس هناك قواعد لها خصوصية بشأن التراضي في اتفاق الخضوع الاختياري إلا أنه يحال على القواعد العامة في هذه المسألة، مع ذلك نتساءل عن مدى كفاية هذه القواعد لتحكم صحة اتفاق الخضوع الاختياري، ومدى الحاجة إلى قواعد أخرى يمكنها خاصة ضمان اكتمال تراضي الطرفين، الشكلية في مسائل اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل دورها في إثبات وجود رضا الأطراف، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الأوروبية عندما قررت أن شروط الشكل المنصوص عليها في المادة 25 من اتفاقية بروكسل (المادة 17 سابقا) تفرض على القاضي المعروض عليه النزاع أن يفحص إذا كان شرط الخضوع الاختياري موضوع تراض فعلي بين الطرفين ويظهر بطريقة واضحة ودقيقة، وأن الشكل المنصوص عليه في المادة 25 من اتفاقية بروكسل وظيفته ضمان أن التراضي تم إقامته فعليا بين الأطراف²، هذا ما ذهب إليه أيضا الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن الشرط المانع للاختصاص ليس ناجزا إلا على الطرف الذي كان على علم به، وقبله وقت تشكيل العقد³، من هنا يبدو من المفيد التطرق إلى الطرق التي يتم بها العلم باتفاق الخضوع الاختياري (الفرع الأول)، ثم إلى كيفية قبول هذا الاتفاق (الفرع الثاني).

1- Article 25 «1-... La convention attributive de juridiction est conclue: a) par écrit ou ...»

2- CJCE, 14 déc. 1976, Estasis Salotti: Rev. crit. DIP 1977, p. 577, note E. Mezger; JDI 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff.

3- Cass. com., 10 janv. 1989: Bull. civ. 1989, IV, n° 20; Cass. com., 9 juill. 1991, Bull. civ. IV, n°256; Cass. com., 26 mai 1992: Rev. crit. DIP 1992, p. 703, note H. Gaudemet-Tallon; Cass. com., 27 mai 1997: D. 1997, IR p. 143.

الفرع الأول: العلم باتفاق الخضوع الاختياري.

إبرام العقود غالبا ما يتم بتبادل وتسليم الوثائق المختلفة، ووجود شرط الخضوع الاختياري في أحد هذه الوثائق لا يسمح في كل الاحوال بإثبات أن أحد الأطراف كان على علم بهذا الاتفاق، فرغم أنه مبدئيا عندما يقبل أحد المتعاقدين العقد من المفترض أنه وافق على كل الشروط التي يتضمنها هذا العقد¹، إلا أن هناك بعض الحالات يشك فيها بأن الشروط تم العلم بها فعلا لعدة أسباب، كالحالة التي يتم فيها إدراج شرط الخضوع الاختياري بشكل خفي بسبب مكانها في الوثائق التعاقدية، أو لأنها غير مقروءة أو غير واضحة.

الفقرة الأولى: مكان ادراج اتفاق الخضوع الاختياري.

معرفة محتوى العقد يمكن في بعض الحالات أن يكون غير مؤكد، خاصة بسبب انتشار العقود النموذجية، فشروط العقد لا تكون غالبا موضوع أي مناقشة، حتى عندما يتم إبرام العقد بين محترفين، وهذا ما يمكن أن يجعل العلم بها غير مؤكد، وهنا تكمن أهمية موقع الاشتراطات في الوثيقة التعاقدية، وإذا كان منطقيا أن اتفاق الخضوع الاختياري مثل الشروط الأخرى يجب أن يكون مفترضا أن الأطراف على علم به عندما يكون موجودا في الوثيقة الممضاة، فإنه يثور الشك حول هذه المسألة عندما يتم إدراجه في ظهر الوثيقة الممضاة من طرف الأطراف أو في وثيقة خارجية عن العقد أو في قانون الشركة.

أولا: اتفاق الخضوع الاختياري الوارد في ظهر العقد.

أحيانا يتم وضع الشروط العامة على ظهر الوثيقة الممضاة، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى معرفة أحد المتعاقدين بشرط الخضوع الاختياري المدرج في هذه الشروط، هذه الحالة تثير ما يعرف بالشرط بالإحالة والتي تم التصدي لها في القانون الأوروبي، فاشتراط الإحالة على الظهر تم تكريسه في قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية²، في قضية الحال العقد تم تحريره في ورقة تجارية لأحد الأطراف وشملت في ظهرها الشروط العامة للبيع، هذه الشروط تضمنت شرطا مانحا للاختصاص دون أن يشير نص العقد صراحة إليه، وحتى يتم استبعاد اتفاق الخضوع الاختياري، تم القضاء بأن كتابة الشرط المانع للاختصاص على ظهر العقد ضمن الشروط العامة، لا تعطي أي ضمان بأن الطرف الذي وجه إليه اتفاق الخضوع الاختياري قد قبل فعليا بالشرط الذي يخرج عن قواعد الاختصاص القضائي، هذه

1- P. Guez, thèse préc., p. 258.

2- CJCE, 14 décembre 1976, préc.

الضمانة تكون عندما تكون هناك إحالة صريحة للشروط العامة التي تتضمن شرطا مانحا للاختصاص في نص العقد نفسه والذي تم إمضائه من طرف الأطراف، اشتراط الإحالة لظهور الوثيقة تم التأكيد عليها أيضا في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية التي أشارت إلى أن الشروط الموضوعية في ظهور الوثيقة التعاقدية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا كان يحتوي الوجه الأمامي للوثيقة على إحالة لظهور الوثيقة¹، مع ذلك يمكن استبعاد هذا الشرط إذا كانت هناك عادات بين الأطراف تقضي بعدم الإحالة على هذا الشرط؛ أو عندما تكون هناك معاملة تجارية يعلمها الأطراف أو يفترض أنهم يعلمون بها تعفي من هذا الشرط، وهذا ما تنص عليه المادة 25 من اتفاقية بروكسل حيث جاء فيها على أن اتفاق الخضوع الاختياري يبرم² وفقا للشكل الذي يكون مطابقا للعادات التي وضعها الأطراف بينهم؛ أو في التجارة الدولية، وفقا للشكل المطابق للعادات التي يكون الأطراف على علم بها، أو يفترض أنهم على علم بها، وأنها معروفة بشكل واسع وملاحظة بشكل منتظم في هذا النوع من التجارة من الاطراف في عقود من نفس النوع في الشعبة التجارية المعنية.

ثانيا: اتفاق الخضوع الاختياري موضوع في وثيقة مستقلة عن العقد.

عندما تكون الشروط المدرجة في وثيقة مستقلة وغير ممضاة من طرف الأطراف فإنها تثير الشك حول ارتباطها بالوثيقة التعاقدية، ففي العقود الدولية عادة ما يكون اتفاق الخضوع الاختياري غير مدرج مباشرة في الوثيقة التعاقدية للعقد ولكن في وثيقة مستقلة تتضمن الشروط العامة، كما يمكن أن تكون في عقد لاحق أو عقد نموذجي، وحتى يكون الشرط جزءا من الوثيقة التعاقدية، الاجتهاد القضائي الفرنسي يتطلب أن تكون الوثيقة التعاقدية تحيل بشكل واضح ودقيق إلى الوثيقة المستقلة عن العقد

1- حيث جاء في حيثيات القرار:

«...Attendu, encore, qu'après avoir constaté que les conditions générales de vente figuraient au verso du bon de commande, la cour d'appel a relevé que ce document portait au recto la mention imprimée suivante: " L'acheteur déclare avoir pris connaissance des conditions générales de vente et de garantie inscrites au verso et les accepter dans toutes leur teneur "; qu'ayant encore retenu que Mme Suret X... avait apposé sa signature au-dessous de cette mention imprimée, l'arrêt attaqué a pu en déduire qu'en signant le bon de commande litigieux, l'intéressée avait adhéré à son contenu, spécialement aux conditions générales de vente figurant au verso, dont elle avait déclaré avoir pris connaissance et les avoir acceptées...» voir: Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, Contrats, conc. cons. 1992, n° 57, obs. G. Raymond.

2- Article 25 «1...b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles; ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée...»

المضى أين يوجد الشرط، هذه الإحالة تهدف إلى إثبات أن المتعاقد كان على علم بهذه الوثائق، وأن إمضائه على الوثيقة يمثل إحالة لهذه الوثائق وبأنه قبلها¹، محكمة العدل الأوروبية تطرقت أيضا إلى مسألة اتفاق الخضوع الاختياري الموضوع خارج الوثيقة التعاقدية في قرار صادر سنة 1976م²، ففي قضية الحالة محكمة العدل الأوروبية قضت بأن الأطراف عندما يتفقون في عقد يجيل بطريقة صريحة إلى شروط عامة تتضمن شرطا مانحا للاختصاص إحالة صريحة، يمكن ملاحظتها من أحد الأطراف الذي يطبق عناية الرجل العادي؛ يكونون قد احترموا شروط الشكل المنصوص عليها من طرف المادة 25 (المادة 17 سابقا) الفقرة الأولى من اتفاقية بروكسل، وإذا كان قد ثبت أن الشروط العامة تتضمن شرطا مانحا للاختصاص فقد تم إبلاغها فعليا للطرف الآخر المتعاقد مع العقد الذي يجيل إليه، هذه القرارات تبين أن الإحالة تبدو كشرط بدونه لا يمكن أن يدمج شرط الخضوع الاختياري المدرج ضمن وثيقة مستقلة في المجال التعاقدية.

قرار آخر صادر في مسائل التحكيم الأمر يتعلق بقرار "بومار اويل" (Bomar Oil)، هذا القرار يتعلق بتطبيق اتفاقية نيويورك لسنة 1958م المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية³، وخاصة المادة الثانية الفقرة الثانية التي تنص على أن: «...2- المراد بالاتفاقية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من أطراف أو المتضمن في رسائل أو بقرات متبادلة...»، اتفاقية نيويورك التي تعتبر جزءا من القانون الوضعي الجزائري تتطلب الكتابة للاعتراف باتفاق التحكيم حيث تجعل من الكتابة شرطا للوجود وليس فقط للإثبات⁴، غير أن هذا النص السابق وفي فقرته الثانية يظهر نوعا كبيرا من المرونة حيث لا يمنع من أن هكذا شرط يمكن أن يوجد في وثيقة ملحقة انطلاقا من أن الإمضاء ليس إلزاميا وأن تقنيات أخرى مقبولة مثل تبادل الرسائل أو البقرات، مع ذلك هذا النص لا يقدم جوابا عن مسألة معرفة إذا كان شرط الإحالة يجب أن يشير بشكل دقيق إلى وجود شرط التحكيم أو أن تكفي إحالة عامة لذلك، هذا الخلاف كان مطروحا في هذه القضية، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م تشرط أن يشار إلى وجود الشرط

1- P. Guez, thèse préc., p. 253.

2- CJCE, 14 décembre 1976, préc.

3- مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988م، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958م، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، تمت الإشارة إليه سابقا.

4- محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 235.

التحكيمي في الاتفاقية الرئيسية، إلا إذا وجد بين الأطراف علاقات أعمال تضمن لهم علما كافيا بالشروط المكتوبة التي تحكم صراحة علاقتهم التجارية¹، وفي قرار ثان لها محكمة النقض الفرنسية غيرت من الشروط التي أعلنتها في قرارها الأول، حيث قررت أنه في مسائل التحكيم الدولي الشرط التحكيمي بالإحالة المكتوب في وثيقة تحتوي مثلا على شروط عامة أو عقد نموذجي يعتبر صحيحا حتى في غياب ذكره في الاتفاقية الأساسية²، عندما يكون الطرف الذي يعترض على الشرط كانت له معرفة بفحوى هذه الوثيقة وقت إبرام العقد، وأنه بسكوته قبل ادراج الوثيقة في العقد³، في هذا القرار محكمة النقض الفرنسية تخلت عن اشتراط إحالة خاصة بشرط التحكيم، حيث يكفي أن تكون هناك إحالة عامة، وما يلاحظ في هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية شددت على مسألة الشكلية باشتراطها الكتابة، وهذا عكس المرونة التي تشترطها اتفاقية بروكسل حيث يكفي أن تكون هناك عادات متبعة من الأطراف أو معاملة تجارية لإثبات وجود الشرط المدرج في وثيقة غير ممضاة.

ثالثا: شرط الخضوع الاختياري الموجود في قانون الشركة.

يمكن لشركة تجارية أن تشارك في العلاقات الدولية حيث يتضمن قانونها؛ الذي يعطيها الشخصية المعنوية والذي يتكون من مجموع الأحكام التي تدير الشركة⁴؛ شرط خضوع اختياري والذي عادة ما يعين محكمة مكان المركز الاجتماعي لتجنب تشتت النزاع الذي يمكن أن يخص الشركاء. في هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى شرعية وفعالية هذا الشرط المدرج في قانون شركة، بمعنى هل يعتبر هذا الشرط من بين الالتزامات التعاقدية للشركاء فيما بينهم أو بينهم وبين أجهزة الشركة، لمعرفة ذلك يجب تحديد إذا كان قانون الشركة يدخل ضمن المجال التعاقدية، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية للشركة.

مسألة معرفة هل الشركة عقد أو لائحة كانت دائما موضوع نقاش، المشرع الجزائري يعتبر الشركة عقدا حيث تنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري بأن: « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال

1- Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, préc.

2- محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، تهميش رقم 1، ص 137-238.

3- Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1993, préc..

4- Mohamed SALAH, Les sociétés commerciales, t. 1, Les règles communes, La société en nom collectif, La société en commandite simple, E.D.I.K., 2005, p. 82.; Véronique Magnier, Droit des sociétés, 6^{ème} édition, Dalloz, p. 67.

أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.»، يتضح من هذا التعريف أن الشركة عقد، لأنها تنشأ عن توافق إرادتين فأكثر من أجل القيام بمشروع مالي مشترك، وهذا ما يجعلها تخضع للشروط العامة لصحة العقد وهي التراضي والأهلية والمحل، والسبب¹، ومن هنا يتبين أن الرضا الشخصي هو أساس كل شركة².

في الواقع هناك عقود لا تبرم بالإيجاب والقبول، فقانون الشركة يشكل عقدا بين الشركة كشخص مستقل وبين الشركاء، وكذلك بين الشركاء أنفسهم، هذا ما تم تأكيده في إحدى القضايا المعروضة على القضاء الإنجليزي حيث كانت تتعلق بمخالفة أحد أصحاب الحصص في الشركة لإحدى مواد عقد إنشاء الشركة والذي كان ينص على أن من يرغب من الشركاء ببيع حصته عليه أولا أن يعرضها على هيئة المديرين التي لها حق شراء الحصة بالسعر العادل، غير أن هذا الشخص قام ببيع حصته دون إعلام هيئة المديرين، القاضي المكلف بالفصل في هذا النزاع قام بالإشارة إلى بعض النصوص في قانون الشركة وقرر أن هناك عقدا تم إبرامه بين الشركاء وكذلك بين كل شريك وهيئة المديرين فيما يتعلق بالحصص التي يملكها الشركاء³.

هذا المفهوم التعاقدي الخاص بالشركة ليس هو وحده الذي يؤكد وجود الشركة، فرغم أن الإرادة هي شرط ضروري لتشكيل الشركة، إلا أن القانون يتدخل أيضا ليحدد إلزامية شروط تأسيس الشركة، حيث نجد أن هذه الشروط بعضها مشترك لكل أنواع الشركات، ضف إلى ذلك فإن الشركة التجارية ليس لها شخصية معنوية إلا عن طريق قيدها في السجل التجاري⁴، من ناحية أخرى، نجد أن تسيير الشركة التجارية منظم بشكل صارم، فسلطات مسيري الشركات هي محددة ضمن قواعد إلزامية، حيث نجد أن الأغلبية تكفي لتعديل قانون شركة الأموال، بينما في المفهوم التعاقدي تعديل العقد أو إلغائه

1- عموره عمار، شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية)، دار المعرفة، 2010م، ص 126-127.

2- Mohamed SALAH, op.cit., p. 25.

3- يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 117.

4- تنص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: « لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...»، الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

يتطلب الإجماع بمعنى الإرادة المشتركة لكل المتعاقدين، لذلك هناك مفهوم آخر للشركة يرى بأن الشركة هي نظام قانوني، بسبب وجود قواعد إلزامية تحكم الشركة، أضف إلى ذلك أن القانون يسمح بتأسيس شركة بتصرف إرادة شخص واحد، مثل شركة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، مع ذلك هذا المفهوم يهمل العقد المؤسس للشركة والذي هو ذو طبيعة عقدية في الأنواع الأخرى للشركات¹، ويبدو أن الشركة لا هي كلها عقد ولا هي كلها نظام قانوني، هي في نفس الوقت تأخذ طبيعة عقدية، وطبيعة نظامية²، هي مجموعة من القواعد التي تنظم بطريقة إلزامية ودائمة تجمع أشخاص حول هدف محدد، إذن يبدو أنه من غير الملائم إعطاء مفهوم أحادي للشركة، وعليه إذا كانت الشركة ليست عقدا تماما ولا نظام قانوني تماما فهي تمثل الكيان الذي يتواجد فيه في نفس الوقت أحكام تعاقدية ونظام قانوني، ومن هنا ليس هناك مانع من اعتبار أن المفهوم التعاقدية للشركة يجب أن يطبق على اتفاق الخضوع الاختياري الموجود في قانون الشركة انطلاقا من الوقت الذي يكون فيه هكذا اتفاق يلبس بالتحديد طابع العقد³.

إذا كانت قوانين الشركة تمثل التزاما بالنسبة للطرف الذي يعارض شرط الخضوع الاختياري المدرج في هذا القانون، يبقى اثبات أن هذا الطرف كان على علم بالشرط وبالتالي بقانون الشركة، في هذا الإطار من الصعب افتراض أن كل شريك هو على علم بقانون شركته، بدون شك الشركاء الذين يشاركون بفعالية في حياة الشركة يمكن الاعتبار أن لهم علم بقانون الشركة، لكن ليس كل الشركاء يشاركون بفعالية في الحياة الاجتماعية مثل المكتتبين الذين يضعون مدخراتهم في أسهم الشركة.

محكمة العدل الأوروبية تطرقت إلى هذه المسألة في قرار صادر عنها سنة 1992م⁴، حيث قررت بأن قوانين الشركة التي تتضمن شرط خضوع اختياري يمكن أن تعتبر مثل اتفاقية مكتوبة بمفهوم المادة 17 من اتفاقية بروكسل⁵، في قضية الحال شركة بريطانية تسمى "باول ديفرين" (Powell Duffryn) قامت بالاكتتاب سنة 1970م في أسهم إسمية لشركة ألمانية تسمى "اي بي اش هولدينغ" (IBH-Holding) وبمناسبة زيادة في رأس المال، في سنة 1980م شاركت في جمعية عامة لهذه الأخيرة والتي فيها

1- Mohamed SALAH, op.cit., p. 26.

2- Ibid.

3- P. Guez, thèse préc., p. 264.

4- Olivier Caprasse, Roman Aydogdu, Les conflits entre actionnaires, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 404.

5- CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit, aff. C-214/89, Rec. C.J.C.E, 1992, p. 1745, concl. G. Tesauero; Rev. crit. DIP 1992, p. 528, note H. Gaudemet-Tallon.

اعتمد المساهمون تعديلات على قانون الشركة، بالخصوص بإدراجهم شرطا على أساسه أن المساهمين باكتسابهم في الأسهم، يخضعون إلى القضاء الذي تخضع إليه عادة الشركة، بالنسبة لكل النزاعات التي تعترض الشركة أو أجهزتها¹، في سنة 1982م الشركة البريطانية "باول ديفرين" (Powell Duffryn) اكتتبت في أسهم جديدة صادرة عن الشركة الألمانية "اي بي اش هولدينغ" (IBH-Holding) بمناسبة رفع رأس مال الشركة وتحصلت على أرباح، غير أنه في سنة 1983م الشركة الألمانية "اي بي اش هولدينغ" (IBH-Holding) تم وضعها في حالة إفلاس حيث قام مصفي الشركة بمقاضاة الشركة البريطانية "باول ديفرين" (Powell Duffryn) أمام المحكمة الألمانية لمدينة "ماينز" (Mayence) بسبب عدم دفعها مبالغ كانت مدينة بها بموجب زيادات في رأس المال، كذلك تعويض الأرباح التي قبضتها دون وجه حق، وبتقديرها أن اتفاق الخضوع الاختياري الموجود في قوانين الشركة لا يمكن أن يحتج به ضدها، الشركة التي تم مقاضاتها أثارت عدم اختصاص القضاء الذي عرض عليه النزاع، هذا الدفع تم رفضه، شركة "باول ديفرين" (Powell Duffryn) استأنفت الحكم امام محكمة استئناف "كوبلنز" (Coblence) والتي قررت أن النزاع يثير مسألة تفسير المادة 17 من اتفاقية بروكسل، وقررت وقف الدعوى وعرضها على محكمة العدل الأوروبية، هذه الأخيرة طلب منها الفصل في ما إذا كان الشرط الموجود في قانون الشركة الألمانية "اي بي اش هولدينغ" (IBH-Holding) يمثل اتفاق مانح للاختصاص. محكمة العدل الأوروبية قررت أن قانون الشركة يمثل عقدا وأن الروابط الموجودة بين المساهمين في شركة هي مثل تلك الموجودة بين أطراف العقد؛ ولذلك قوانين الشركات يجب أن تعتبر مثل عقد يحكم في نفس الوقت العلاقات بين المساهمين والعلاقات بين هؤلاء والشركة التي أسسوها وهذا ما ينتج عنه أن الشرط المانح للاختصاص الموجود في قوانين الشركات يمثل اتفاقية بمفهوم المادة 17 من اتفاقية بروكسل يربط كل المساهمين، وأنه لا يهم أن يكون المساهم معارضا لاعتماد شرط الخضوع الاختياري أو أنه أصبح مساهما بعد اعتماد هذا الشرط لأنه بكونه مساهما في الشركة، المساهم يعطي موافقته بالخضوع إلى مجموع الأحكام الموجودة في قانون الشركة وكذلك القرارات المعتمدة من طرف أجهزة الشركة، حتى ولو أن بعضا من هذه الأحكام أو القرارات لا تلقى قبوله²، وبعد قبولها أن اتفاق الخضوع

1- « l'actionnaire, en souscrivant ou en reprenant des actions ou des certificats provisoires, se soumet à la juridiction dont relève ordinairement la société, pour tous les différends l'opposant à la société ou à ses organes ».

2- Olivier Caprasse et Roman Aydogdu, op. cit., p. 404.

الاختياري المدرج في قانون الشركة يعتبر عقدا، قررت محكمة العدل أنه بغض النظر عن طرق اكتساب الأسهم كل شخص كسب على صفة مساهم في شركة، يعلم أو يجب أن يعلم أنه مرتبط عن طريق قوانين هذه الشركة أو عن طريق التعديلات التي تتم عن طريق أجهزة الشركة، وبالتالي فإنه ينتج عن وجود شرط اتفاق خضوع اختياري في قانون الشركة أن كل مساهم من المفروض أن يكون له معرفة بهذا الشرط ويوافق فعليا على منح الاختصاص الذي يتضمنه، انطلاقا من الوقت الذي توضع فيه قوانين الشركات في مكان يمكن للمساهم الوصول إليها، مثل مقر الشركة أو في سجلات عمومية.

قرار محكمة العدل يبدو واضحا أنه لا يجري أي تفرقة بين المساهمين، سواء الذين يشاركون بفعالية في حياة الشركة، أو الذين ليسوا إلا مجرد مدخرين عاديين الذين تقترب حالتهم كثيرا من تلك الخاصة بالمستهلك أكثر منها من تلك الخاصة بالمعامل الاقتصادي¹، هناك من اقترح الأخذ بعين الاعتبار هذه التفرقة رغم صعوبة إجرائها، من خلال اعتماد حل يكون فيه الشرط المانح للاختصاص الموجود في قانون الشركة غير ملزم للمساهم إلا إذا قام الدليل من طرف الشركة المدعية أنه حقيقة كان على علم به، وسواء صوت مع أو ضد الشرط، لأنه حتى ولو صوت ضده، هو يعلم أنه في الشركة القرارات المتخذة من الأغلبية تفرض على الأقلية، وإذا كان يريد عدم نفاذ الشرط يجب عليه ترك الشركة².

إن شرط الخضوع الاختياري المدرج ضمن قانون شركة يتطلب تنظيما خاصا يأخذ بعين الاعتبار فهم الطبيعة القانونية لهذا الأخير، ويبدو أن شرط اتفاق الخضوع الاختياري المدرج ضمن قانون الشركة لا يجب أن يطبق إلا على الشركاء الذين علموا حقيقة به وقبلوه واقعا.

الفقرة الثانية: وضوح ومقروئية اتفاق الخضوع الاختياري.

وضوح اتفاق الخضوع الاختياري لا يتعلق فقط بطريقة عرضه، فإلى جانب إمكانية قراءة الشرط التي تتعلق مبدئيا بطريقة كتابة الشرط، هناك مكان لإثارة مسألة فهم الشرط وهذا بدوره يثير مسألة تفسير الشرط الذي يجب أن يخضع مبدئيا إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، ولكن يفترض قبل كل شيء أن يكون الشرط مفهوما بمعنى يجب أن يعبر عنه بلغة يفهمها الطرفان.

1- H. Gaudemet-Tallon, note sous CJCE, 10 mars 1992, préc., p. 538.

2- Ibid., p. 539.

إذن التفرقة بين الوضوح المادي و"الوضوح الذهني"¹ تفترض مقارنة خاصة لكل واحدة منها، فالعقد الذي يتم إبرامه بين شركة جزائرية وشركة فرنسية ويثور النزاع حول كتابة شرط اتفاق الخضوع الاختياري المدرج فيه كونه مكتوبا باللغة الفرنسية، لا يمكن تشبيهه بفرضية الشرط المكتوب بحروف يابانية، لذلك من المناسب في هذه الظروف، علاوة على دراسة طريقة عرض شرط الخضوع الاختياري (أولا) الأخذ بعين الاعتبار اللغة التي تم بها كتابة الشرط (ثانيا) .

أولا: وضوح اتفاق الخضوع الاختياري.

عرض اتفاق الخضوع الاختياري يؤثر في تراضي الأطراف، ولكي يكون هناك تراض فعلي يجب أن يظهر اتفاق الخضوع الاختياري بطريقة واضحة ودقيقة، ولهذا إذا كان الشكل مظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة، فإن الوضوح في التعبير عن التراضي يفترض فيما يخص الشكل المكتوب أن يكون شرط الخضوع الاختياري مقروءا بشكل جيد، لذلك نجد بعض الاجتهادات القضائية الأجنبية في المسائل التعاقدية لا تعطي أثرا للشرط التعاقدية إذا كان غير واضح ماديا، ولذلك أيضا الشرط المانع للاختصاص إذا كان موجودا بحروف غير واضحة في العقد لا يمكن له أن يحدث آثارا²، مثل هذه الحالات عرضت على الاجتهاد القضائي الفرنسي، ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية تم التأكيد فيه على أن الشرط الموجود في نص يتضمن عددا كبيرا من السطور المكتوبة بحروف صغيرة مع إحالات يعتبر باطلا لأن القراءة السريعة للشرط يمكن أن تؤدي إلى الالتباس حول معناها³، وفي قضية أخرى أبطلت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية شرطا مطبوعا بحروف ذات لون رمادي غير مقروء⁴، وفي قرار آخر صادر من نفس الغرفة، أبطل شرط مطبوع عموديا على حافة اليسار وبحروف صغيرة⁵.

1- P. Guez, thèse préc., p. 269.

2- Ibid.

3- Cass. civ. 2^{ème} 20 février 1980 n°77-12800, Bull. civ. II n°37; Gaz Pal. 1980 p.494 note J. Dupichot.

4- حيث صرحت المحكمة بأن:

« Les clauses imprimées en caractères grisâtres et peu lisibles ne répondent pas aux exigences de l'article 48 du Code de Procédure Civile »: Cass. com., 30 novembre 1981, Bull. civ. IV, n° 415; D. 1982, IR p. 156, obs. P. Julien.

5- Cass. com., 16 novembre 1983, Bull. civ. IV, n° 313; Gaz. Pal. 1984, 1, Somm. p. 72, obs. S. Guinchard.

يبدو من القرارات السابقة أن شرط الخضوع الاختياري يجب أن يكون مكتوبا بشكل ظاهر حتى يتم العلم به من الطرف الذي يحتج على وجوده، على الأقل يكون مكتوبا بحروف مطابقة للشروط التعاقدية الأخرى الواردة في العقد، حيث يمكنه لفت انتباه القارئ، غير أننا نرى أنه ولأهمية هذا الشرط يبدو أنه يجب أن يكتب بحروف أكبر من تلك المكتوب بها الشروط الأخرى، على الأقل عنوان الشرط الذي يشير إلى شرط الخضوع الاختياري، وتعتبر هذه الطريقة خير ضمان ليكون الشرط معلوما.

اتفاقية بروكسل لا تتضمن أي إشارة متعلقة بمقروئية شرط الخضوع الاختياري لكنها في المقابل تلزم القاضي المعروض عليه النزاع بأن يلجأ للمعاملات التجارية لتحديد خاصة إذا كانت طريقة إظهار شرط الخضوع الاختياري مطابقة للأشكال المقبولة من طرف هذه المعاملات، وهذا ما ذهبت إليه أيضا الغرفة الأولى المدنية الفرنسية التي أيدت صحة شرط خضوع اختياري مطبوع بحروف صغيرة بسبب أن الأطراف كانوا في علاقة أعمال بينهم منذ عدة سنوات وأن من يعارض صحة هذا الشرط كان قد استلم عدة مئات من الوثائق التعاقدية، تنسخها في نفس الشروط¹، في النهاية يمكن القول أن مسألة عرض اتفاق الخضوع الاختياري تؤثر في صحة تراضي الأطراف، ولكي يكون هناك تراض فعلي يجب أن يظهر اتفاق الخضوع الاختياري بطريقة واضحة ودقيقة، ولهذا إذا كان الشكل هو مظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة، هذا الوضوح في التعبير عن التراضي يفترض فيما يخص الشكل المكتوب أن يكون شرط الخضوع الاختياري مقروء بشكل جيد، وهذا ما أكد عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي².

ثانيا: شرط الخضوع الاختياري المكتوب بلغة أجنبية.

في الجزائر القانون الصادر في 05-91 الصادر سنة 1991م والمتعلق باستعمال اللغة العربية وتعميمها ينص في مادته السادسة على أنه: « تحرر العقود باللغة العربية وحدها. يمنع تسجيلها وإشهارها إذا كانت بغير اللغة العربية. »³، احكام هذا القانون تعتبر الزامية ومن النظام العام، وهذا ما

1- Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, Rev. crit. DIP 1996, p. 731, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1997, p. 173, note A. Huet.

2- Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1982, Bull. civ. I, n° 106.

3- قانون رقم 05-91 مؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1411 هـ الموافق 16 يناير سنة 1991 يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية المعدل والمتمم، ج.ر، ع. 03، لسنة 1991، ص 44.

يؤكد الفصّل الرابع من هذا القانون¹، وهنا يطرح السؤال هل يمكن تمديد هذا القانون الى المجال الدولي؟ بمعنى هل يشترط أن يكتب اتفاق الخضوع الاختياري المدرج ضمن عقد دولي باللغة العربية؟ الفكرة التي يقوم على أساسها هذا القانون هي أن اللغة مرتبطة بمفهوم الأمة، وهذا ما يربط الدفاع عن اللغة العربية بالسيادة الجزائرية²، أساس هذه الفكرة يستند على الدفاع عن الهوية الجزائرية أين تعتبر اللغة العربية جزءا منها، فهل يمكن اعتبار أن قواعد القانون رقم 91-05 من النظام العام وبالتالي يمكنها استبعاد تطبيق تنازع القوانين؟

هذه المسألة تم إثارتها في القانون الأوروبي في قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية³، في هذه القضية نزاع يخاصم فيه ممثل تجاري بلجيكي صاحب عمل شركة ألمانية، حيث احتج الطرف البلجيكي على صحة اتفاق الخضوع الاختياري المحرر باللغة الألمانية بسبب أن القانون البلجيكي الذي ينظم استعمال اللغات في العلاقات الاجتماعية بين أصحاب العمل والعمال ينص على بطلان كل وثيقة غير مكتوبة بالهولندية، طرحت المسألة الأولية من طرف محكمة النقض البلجيكية على محكمة العدل الأوروبية حيث طلب من هذه الأخيرة تقرير مدى صحة شرط الخضوع الاختياري عندما يكون بغير اللغة المنصوص عليها من طرف تشريع الدولة المنظمة لاتفاقية بروكسل وتحت جزاء البطلان بسبب مخالفة المادة 17 من اتفاقية بروكسل، محكمة العدل أجابت أن الدول المنظمة للاتفاقية ليست لها الحرية للنص على متطلبات أخرى خاصة بالشكل عن تلك الموضوعة من طرف الاتفاقية، وأن تطبيق نظام الاتفاقية على مسائل اللغة الواجب استعمالها في الاتفاقية المانحة للاختصاص، يستلزم أن لا يكون تشريع أي دولة متعاقدة عائقا لصحة هكذا اتفاقية لسبب واحد هو أن اللغة المستعملة ليست تلك المنصوص عليها من طرف هذا التشريع.

1- تنص المادة 29 منه على أنه: « تعد الوثائق الرسمية المحررة بغير اللغة العربية باطلة. تتحمل الجهة التي اصدرتها أو صادقت عليها مسؤولية النتائج المترتبة عليها. ».

2- لقد كرس الدستور الجزائري حماية اللغة العربية باعتبارها من المكونات الأساسية للجمهورية الجزائرية ضمن "المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري"، حيث نصت المادة 03 منه على أن: « اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية »، كما نصت المادة 178 من نفس الدستور على أنه: « لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس: 4...- العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية»، انظر: الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ 07 ديسمبر سنة 1996م المشار إليه سابقا.

3- CJCE, 24 juin 1981, préc.

الاجتهاد القضائي الفرنسي تطرق أيضا لمسألة استعمال اللغة الفرنسية في قضية حيث كان هناك اعتراض على صحة شرط خاص بوثيقة التأمين يمنح الاختصاص للمحاكم الإنجليزية من عدة جوانب وخاصة لأنه تم تحريرها باللغة الإنجليزية، الغرفة التجارية قررت مبدأ عاما يقضي أنه في العقود الدولية في القانون الخاص الأطراف يختارون بكل حرية اللغة التي يجررون بها عقودهم¹.

استعمال اللغة الأجنبية لا يمثل في حد ذاته شرطا لصحة اتفاق الخضوع الاختياري، لكن الفقه الغالب يعتقد أنه إذا أثبت طرف أن اللغة المستعملة كانت غير مفهومة بالنسبة له، صحة الشرط ستصبح في موضع شك، بمعنى أنه يؤثر في التراضي²، لذلك نرى أنه يجب أن يكون نفس الشيء في القانون الجزائري، وبنفس الطريقة استعمال لغة أجنبية يمكن في بعض الحالات أن يضع وجود التراضي محل شك، هذا الأمر يؤكد عليه أيضا القضاء الجزائري حين أكد أن العقود المحررة بغير اللغة العربية تعتبر باطلة لخرقها قانون تعميم اللغة العربية المشار إليه سابقا³، لذلك نرى أنه يجب اشتراط اللغة العربية في كتابة اتفاق الخضوع الاختياري إلا أنه يجب تخصيص مكان للعادات الموضوعية من جانب الأطراف ومعاملات التجارة الدولية، وعليه فإن وجود علاقات أعمال تجارية بين الأطراف لا يسمح بالاعتراض على شرط الخضوع الاختياري الذي تم تحريره بلغة أجنبية، فمثلا وجود علاقة أعمال بين الأطراف تثبتها العقود العديدة المبرمة بينهم في ظروف سابقة مشابهة وبنفس اللغة، تعتبر دليلا على أن الذي يستلم هذه الوثائق بدون أن يقدم أدنى اعتراض من المفترض أن قبوله للعقد كان صحيحا⁴.

الفرع الثاني: قبول اتفاق الخضوع الاختياري.

القبول هو الرد الإيجابي من طرف الموجب له، وهذه المسألة تثير صعوبات خاصة، تتعلق بالطابع الثانوي لهذا الشرط، فاتفاق الخضوع الاختياري يمثل شرطا تبعا للعقد، ومن هنا تثار مسألة المجال الدقيق لقبول الطرف الذي وجه إليه التعبير عن القبول (الفقرة الأولى)، ثم نطاق هذا القبول (الفقرة الثانية).

1- Cass. com., 11 mars 1997, Rev. crit. DIP 1997, p. 537, rapp. J.- P. Remery.

2- P. Guez, thèse préc., p. 276

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 408837 الصادر بتاريخ 2008/05/21م، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، 2008م، ص 121.

4- Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, préc.

الفقرة الاولى: طرق التعبير عن قبول اتفاق الخضوع الاختياري.

القبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فالقبول الصريح هو انصراف نية من وجه إليه الايجاب إلى الإعلان والكشف عن إرادته للموجب، حيث يتمثل التعبير الصريح بالنسبة للفقهاء التقليدي في التعبير بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة¹، فقد يكون مثلا التعبير عن القبول بواسطة الإمضاء على الوثيقة التعاقدية، وقد يكون عن طريق رسالة أو توكيس، أما القبول الضمني فهو كل تصرف يمكننا منطوقا منه استنتاج إرادة المتعاقد، حيث لا تنصرف نية القابل عند كلامه أو إشارته أو كتابته إلى الكشف والإعلان عن إرادته، إلا أن الإرادة تظهر من الكلمة أو الإشارة أو الموقف المتخذ لهذا الغرض كأن ينفذ العقد من طرف من وجه إليه الإيجاب²، أما السكوت من طرف من وجه إليه الإيجاب لا يعني في الأصل القبول، فالسكوت يفيد عدم ويستحيل أن يستنتج منه قبول الموجب له إلا استثناءً عندما ينص القانون على ذلك³، كالحالة التي يكون فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، أو في حالة ما إذا كان الإيجاب في مصلحة الموجب له، أو في الحالة التي تكون فيها طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقتضيان ذلك، أو ظروف أخرى يقدرها القاضي⁴، وعليه فإن سكوت من وجه إليه اتفاق الخضوع الاختياري لا يعتبر على أنه قبول ضمني للاختصاص في كل الأحوال، واستثناء يعتبر سكوته تعبيراً عن إرادته بالقبول عندما تكون ملاسبات المنازعة والقرائن تفيد بقبوله للاتفاق، على أن يخضع هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي عرض عليه النزاع⁵.

مبدئياً إظهار قبول اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن يعبر عنه بأي طريقة من هذه الطرق السابقة، إذا يبدو أن صحة اتفاق الخضوع الاختياري لا تخضع لشكل معين في القانون الجزائري ما دام أنه لم يتم النص على ذلك، طبعاً مع مراعاة الأشكال التي يشترطها القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري، إلا أن بعضاً من الفقهاء لا يتصور اتفاق الخضوع الاختياري الصريح إلا إذا كان

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 98.

2- المرجع نفسه، ص 98-99.

3- تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على انه: « إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.»

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 117.

5- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 157.

مكتوبا، بل أن العديد من قوانين الدول تنص على ضرورة أن يكون الاتفاق مكتوبا كالقانون الدولي الخاص المجري الذي ينص على أن للأطراف في العقد الاقتصادي الدولي رخصة الاتفاق كتابة على اختصاص هيئة تحكيم أو محكمة، والقانون الدولي الخاص السويسري الذي ينص على أنه يمكن أن يتم الاتفاق كتابة أو بالتلغراف أو التلكس أو بأي وسيلة اتصال تسمح بإقامة الدليل بنص أو وثيقة، وكذلك القانون الدولي الخاص الإيطالي الذي ينص على أنه يمكن استبعاد القضاء الإيطالي لصالح قضاء أجنبي إذا تم إثبات الاتفاق كتابة¹.

في الاجتهاد القضائي المقارن نجد أن بعض القرارات تشترط لكي ينتج التراضي آثاره في مجال اتفاق الخضوع الاختياري أن يكون العقد قد تم إمضائه من الطرفين، حيث تشترط محكمة العدل الأوروبية أن تكون الاتفاقية المانحة للاختصاص مبرمة كتابيا وتستبعد كل قبول ليس مشكلا كتابيا²، كذلك اتفاقية بروكسل تشترط أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري مكتوبا³، وأنه يمكن التعبير عن الاتفاق في الوثيقة التعاقدية أو في وثيقة منفصلة، كما أنها تنص على طرق أخرى للقبول الصريح، مثل التأكيد الكتابي لاتفاق شفهي، ناهيك عن القبول الضمني، كما أن السكوت يمكن أن يمثل قبولا لوثيقة مكتوبة تتضمن شرط اتفاق خضوع اختياري إذا كانت هناك علاقات أعمال معتادة أو إذا وجدت معاملات تجارية دولية بهذا الشأن.

في مسائل النقل البحري الاجتهاد القضائي الفرنسي سابقا كان يقضي بأن الشرط المانح للاختصاص الذي يظهر في وثيقة الشحن⁴ التي لم يتم إمضائها من أحد الأطراف لا تلزم هذا الأخير⁵، هذا الموقف مؤسس بموجب شروط صحة وثيقة الشحن المنصوص عليها في المادة 37 من الأمر الصادر

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 155.

2- CJCE, 14 décembre 1976, préc.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 156.

4- وثيقة الشحن هي وثيقة تثبت انعقاد عقد النقل وتلقي الناقل للبضائع، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 749 من القانون البحري بأنها وثيقة تشكل الإثبات على استلام البضاعة، وسند الحيازة لها، راجع: نبات خديجة، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013م، ص 13.

5- Cass. com., 03 novembre 1983, Dr. marit. fr. 1984, p. 283, note R. Achard; D. 1984, IR p. 214, obs. B. Mercadal.

سنة 1966م¹ التي تقضي بأن وثيقة الشحن لا بد من أن تمضى من طرف الشاحن على الأكثر 14 ساعة بعد الشحن، غير أن المشرع الفرنسي ألغى هذا الشرط بأمر صادر في سنة 1987م، مع ذلك محكمة النقض الفرنسية وبعد أن كانت ترفض إعطاء أي أثر قانوني لوثيقة الشحن غير الممضية من طرف الشاحن، فقد أكدت أن غياب إمضاء الشاحن لا يترك مجالاً للاحتجاج ضد الشروط المخالفة للقواعد العامة²، وهكذا فإذا كان إمضاء الشاحن لا يمثل شرطاً لصحة وثيقة الشحن سيبقى مع ذلك مهما باعتباره طريقاً لإثبات القبول.

في التشريع الجزائري وبالعودة إلى القانون البحري الجزائري نجد أن المادة 760 الفقرة 02 تنص على إلزامية توقيع كل نسخة من وثيقة الشحن من طرف الناقل أو من يمثله والشاحن خلال 24 ساعة من التحميل وفي موعد أقصاه موعد مغادرة السفينة³، وبالتالي فإن اتفاق الخضوع الاختياري الذي تتضمنه وثيقة الشحن لا يمكن التمسك به إلا إذا كانت هذه الوثيقة ممضية وفق ما ينص عليه القانون البحري الجزائري، وبالتالي فإن قبول هذا الاتفاق يجب أن يعبر عنه بالإمضاء.

أما بالنسبة لاتفاقية بروكسل وحتى ينتج اتفاق الخضوع الاختياري آثاره يجب أن يعبر عنه بالأشكال المحددة التالية:

أولاً: كتابياً:

الطريقة الأولى تتمثل في أن يكون التعبير كتابياً، هذا الشرط الذي تنص عليه اتفاقية بروكسل يقضي بأن يكون اتفاق الخضوع الاختياري سواء كان مدرجاً في العقد الرئيسي الذي يتعلق به أو كان مبرماً في خارج هذا العقد، يجب أن يثبت في وثيقة مكتوبة وممضاة⁴، مع ذلك محكمة العدل الأوروبية قررت بأنه يعتبر اتفاق الخضوع الاختياري بمثابة اتفاقية مبرمة كتابياً إذا كان موجوداً في وثيقة غير ممضاة ولكن تحيل عليها الوثيقة التي أمضاها الأطراف مادام أن هذه الإحالة صريحة وبالتالي يمكن ملاحظتها

1- بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 53.

2- المرجع نفسه، ص 53-54.

3- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، ج.ر، ع. 29، المؤرخة في 10 أبريل سنة 1977.

4- V. HEUZE, op. cit., p. 91.

من طرف من يطبق عناية الرجل العادي، ومن جهة أخرى اعتبار أن الوثيقة التي يظهر فيها هذا الاتفاق خاصة المتعلقة بالشروط العامة قد تم إعلانها فعليا بين المعنيين¹.

ثانيا: اتفاق شفهي مؤكد كتابيا:

هذه الشكلية تسمح بإبرام اتفاق شفهي مؤكد كتابيا، وهنا يشترط توافر ثلاثة شروط أولا اتفاق الطرفين شفهيًا، ويجب أن يكون هذا الاتفاق الشفهي متعلقًا بالخصوص بتمديد الاختصاص القضائي الدولي لقضاء معين، ولا يكفي أن يتفق الأطراف على أن يحيلوا بصفة عامة إلى الشروط العامة التي يوجد بها شرط الخضوع الاختياري، إلا إذا كانت بينهم معاملة تجارية سارية تحكمها في مجموعها هذه الشروط العامة²، أخيرا الاتفاقية الشفهية يجب أن تؤدي إلى تأكيد كتابي، هذا التأكيد يمكن أن يصدر من الطرف الذي يتمسك بهذا الاتفاق وأن خصمه ليس بحاجة أن يقبله خصوصا، حيث يكفي أن استقبله لم يحتج عنه من طرف المرسل إليه³.

ثالثا: الشكل المطابق للعادات الموضوعة من طرف الأطراف:

اتفاق الخضوع الاختياري يمكن أن يبرم شفهيًا في شكل يكون مطابقًا للعادات التي أنشأها الأطراف بينهم، هذا الشكل يفترض وجود علاقات أعمال متبعة وتشكل عادات حقيقية بين المعنيين، هذه الأخيرة يجب أن تتعلق بالأشكال التي تعبر عنها الاتفاقات المتتابعة للأطراف كالاتفاقات الشفهية، أو الاتفاق مع عدم الاحتجاج باستقبال الرسالة، التلكس، الفاكس، وفي كل الأحوال يبدو أنه يترك للأطراف التي تريد التمسك باتفاق الخضوع الاختياري المبرم في شكل ما اثبات من جهة وجود هذا الاتفاق الذي يدعى فيه اختصاص المحكمة، ومن جهة أخرى حقيقة العادات التي يخضع لها شكل هذا الاتفاق⁴.

رابعا: الشكل المقبول من طرف معاملات التجارة الدولية:

يمكن للأطراف الاتفاق على شرط خضوع اختياري في شكل مقبول من طرف معاملات التجارة الدولية، ويشترط لذلك أن يكون الأطراف قد اتفقوا فعلا، ومن جهة أخرى أن يكون هذا

1- CJCE, 14 déc. 1976, Estasis Salotti: Rev. crit. DIP 1977, p. 577, note E. Mezger; JDJ 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff.

2- CJCE, 14 déc. 1976, Segoura: JDI 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff; Rev. crit. DIP 1977, p. 585, note E. Mezger.

3- V. HEUZE, op. cit., p. 91; CJCE, 11 juill. 1985, Berghoeffter: Rev. crit. DIP 1986, p. 335, note H. Gaudeinet-Tallon; JDI 1986, p. 453, obs. J.-M. Bischoff.

4- V. HEUZE, op. cit., p. 91.

الاتفاق تم التعبير عنه حسب الشكل المستعمل في التجارة الدولية، وأن تكون هذه المعاملة ناجزة في حق المتعاقدين وهذا ما يفترض أن يكون نافذا في المنطقة الجغرافية وفي المجال الذي يتعلق بنشاطهم.

الفقرة الثانية: نطاق قبول اتفاق الخضوع الاختياري.

الرضا المعبر عنه من طرف القابل ينطبق على جميع شروط العقد، حيث يشترط أن يكون القبول مطابقا تماما للإيجاب، فالقبول يعبر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد طبقا للشروط التي يتضمنها الإيجاب دون نقصان أو زيادة أو تغيير أو تعديل¹، ولذلك ليس المطلوب أن يكون شرط الخضوع الاختياري موضوع قبول مختلف عن ذلك الخاص بالعقد مادام أنه أدرج فيه²، غير أن هذا القبول قد يشوبه الشك أحيانا، مثلا عندما يقدم طرف وثيقة خارجة عن العقد تتضمن شروطا معينة من بينها مثلا شرط اتفاق خضوع اختياري ويدعي أنها تدخل ضمن شروط العقد المتفق عليه، هذه المسألة تثار بخصوص شرط الخضوع الاختياري عن طريق الإحالة، فإذا كان هناك شرط إحالة في العقد فإنه هو الذي سيسمح ليس فقط بافتراض معرفة شرط الخضوع الاختياري الموجود في ظهر الوثيقة أو في وثيقة ملحقة، لكن أيضا قبوله لأن من وجه إليه الإيجاب عبر عن رضاه على العقد الذي أدرج فيه شرط الإحالة، وأن الاشتراطات التي يحيل عليها تعتبر مقبولة من طرف الموجب له، بعبارة أخرى قبول العقد يؤدي إلى قبول الإحالة وقبول الإحالة يؤدي إلى قبول شرط الخضوع الاختياري³.

إذا قبول العقد يؤدي إلى قبول شرط الخضوع الاختياري، ومن المنطقي جدا كذلك أنه نفس الشيء فيما يتعلق بشرط الخضوع الاختياري بالإحالة، مع ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يشترط أن يكون شرط الخضوع الاختياري موضوع قبول مختلف عن ذلك الخاص بالعقد، كاشتراط الإمضاء في هامش اتفاق الخضوع الاختياري، عندما يكون الهدف حماية بعض المتعاقدين غير المحترفين أو للتأكد من وجود القبول⁴.

1- علي فيلال، المرجع السابق، ص 113.

2- Cass. com., 20 juillet 1981, Bull. civ. IV, n° 324.

3- P. Guez, thèse préc., p. 283.

4- CJCE, 6 mai 1980, Rec. p. 1517, rapp. Reischl; JDI 1980, p. 934, note A. Huet; Rev. crit. DIP 1981, p. 339, note P. Lagarde.

المطلب الثاني: صحة محل اتفاق الخضوع الاختياري.

التعيين في اتفاق الخضوع الاختياري يمثل محل هذا الاتفاق، تعيين محاكم الدولة دون أي تحديد آخر يتعلق بهوية هذه الأخيرة من بين تلك المحاكم التي سيعرض عليها النزاع بصفة محددة يثير صعوبات خاصة¹، خاصة في غياب أي اجتهاد قضائي في الجزائر حول هذه المسألة، فهذا التعيين يثير مجموعة من الأسئلة أهمها يتعلق بالطريقة التي يحدد بها الأطراف في اتفاق الخضوع الاختياري المحكمة المعنية، بمعنى هل يجب التدقيق بخصوص المحكمة المعنية من خلال تحديد محكمة مختصة بعينها لتنظر في النزاع الذي يثور بين الأطراف؟ (الفرع الأول)، أما الثاني فيتعلق بمسألة معرفة إذا كان من الممكن اشتراط رابطة جدية بين المحكمة المعنية والنزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التحديد الدقيق للقضاء المختص.

مسألة تحديد القضاء المختص من طرف اتفاق الخضوع الاختياري يثير مسألة التدقيق في تعيين هذا القضاء، هذا التدقيق يطرح وفق السؤال التالي: إذا كان اتفاق الخضوع الاختياري يعطي الاختصاص للقضاء الجزائري فهل يشترط في هذا الاتفاق أن يكون محددًا حتى ينتج أثره؟² بمعنى هل يجب أن يتفق الأطراف بشكل واضح على محكمة معينة من بين المحاكم الجزائرية لكي تكون مختصة في الفصل في النزاع كمحكمة تلمسان أو محكمة وهران أو محكمة العين الصفراء أو محكمة البيض أو ادرار... الخ؟ أم أنه يكفي تعيين النظام القضائي الجزائري فقط، لذا من المناسب دراسة الحالة التي يمكن فيها أن يعين شرط الخضوع الاختياري محاكم نظام قضائي (الفقرة الأولى)، أو محكمة مختصة بعينها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعيين نظام قضائي بشكل عام.

بعض القرارات الصادرة عن أحكام القضاء المقارن كانت تبطل كل اتفاق خضوع اختياري يتم فيه تعيين النظام القضائي المختص بشكل عام دون تحديد المحكمة المختصة محليا أو نوعيا³، هذا الموقف لم يلقى دعما كبيرا، فالراجح أن تقبل إمكانية تعيين اتفاق الخضوع الاختياري الاختصاص بشكل عام

1- V. HEUZE, op. cit., p. 92.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 162.

3- CA Aix-en-Provence, 15 juin 1972, Rev. crit. DIP 1973, p. 350, note H. Gaudemet-Tallon; Cass. soc., 23 mai 1973, Rev. crit. DIP 1974, p. 354, note P. Lagarde.

لمحاكم الدولة، وقد تم الاعتراف بهذا المبدأ من طرف اتفاقية لاهاي لسنة 1965م المتعلقة باتفاقات الخضوع الاختياري¹، فالأطراف غير ملزمين بتحديد محكمة معينة داخل النظام القضائي الذي تم الاتفاق على تعيينه، مادام أن المحكمة المختصة بعينها يمكن تحديدها عن طريق القانون الداخلي للنظام القضائي المعين من طرف اتفاق الخضوع الاختياري²، وهذا ما قرره أيضا محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير "سورلك" الذي تم الإشارة إليه سابقا حيث قضت بأن التعيين العام للنظام القضائي لدولة ما في شرط خضوع اختياري يعتبر صحيحا إذا كان القانون الداخلي لهذه الدولة يسمح بتحديد المحكمة المختصة بعينها³.

يضيف بعض الفقهاء بأن اتفاق الخضوع الاختياري يتعلق أساسا بولاية القضاء عموما للدولة التي تم تعيين قضائها، حيث أن فكرة ولاية القضاء تختلف عن فكرة الاختصاص القضائي، فولاية القضاء تحدد نطاق سلطة القضاء الوطني في مجموعته في مواجهة سلطة القضاء للدول الأخرى، أما فكرة الاختصاص القضائي فتحدد سلطة كل محكمة في مواجهة المحاكم الأخرى داخل الدولة الواحدة، ومن هنا فإن ولاية القضاء أوسع مجالاً من ولاية الاختصاص القضائي وعليه فإنه في مسائل النزاعات ذات العنصر الأجنبي تثار مسألة ولاية القضاء للمحاكم الوطنية قبل مسألة تحديد أي تلك المحاكم هي المختصة دولياً، وهذا ما تؤكد المصطلحات الواردة في القانون المصري حيث تنص المادة 32 منه عن قبول الخصم "ولاية" المحاكم المصرية صراحة أو ضمناً⁴.

لكن ماذا لو لم توجد أي قاعدة اختصاص محلية داخلية تسمح بتحديد محكمة بعينها، في هذه الحالة إما أن يتم رفض إعطاء أي أثر للشرط⁵، وهذا غير مرغوب فيه، وإما يجب على المحكمة المعينة التمسك باختصاصها احتراماً لإرادة الأطراف وهذا هو الرأي الراجح، هذه الحالة تشبه حالة

1- Article premier: « Dans les matières auxquelles s'applique la présente Convention et sous les conditions qu'elle prescrit, les parties peuvent, par un accord d'élection de for, désigner pour connaître des litiges nés ou pouvant naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé: 1. soit les tribunaux d'un des Etats contractants, le tribunal spécialement compétent étant alors celui que prévoient, le cas échéant, la loi ou les lois internes de cet Etat; 2. soit un tribunal expressément nommé d'un des Etats contractants à la condition toutefois que ce tribunal soit compétent selon la loi ou les lois internes de cet Etat.»

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 163.

3- Cass. 1^{er} civ., 17 décembre 1985, préc.; Cass. com., 19 mars 1991 Bull. civ. I, n° 115; Cass. 1^{er} civ., 13 avril 1999, Bull. civ. I, n° 127 et 128.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 163.

5- P. JENARD, rapport préc., p. 37.

الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج¹، حيث يمكن أن يكلف بالحضور كل أجنبي ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية، حيث لا تذكر هذه المادة أمام أي محكمة بالخصوص يتم تكليف هذا الأجنبي بالحضور، لذلك بعضهم يقترح أن يختار المدعي المحكمة المختصة على أن لا يؤدي هذا الاختيار إلى المس بحسن سير العدالة²، ويبدو أنه من الملائم في هذه الحالة وحتى لا يكون هناك إضرار بالمدعى عليه أن نطبق نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، وهكذا فإنه إذا كان للمدعى عليه موطن في الدولة التي تم تعيين قضائها، فإن محكمة هذا الموطن تكون هي المختصة، وإن لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجزائر فإننا نقترح أن يختار المدعي محكمة من بين المحاكم الجزائرية والتي يراها ملائمة، هذا الحل قرره أيضا القضاء الجزائري³، على أن لا يتعسف المدعي في استعمال هذا الحق ليلحق الضرر بخضمه كأن يختار مثلا المدعي الجزائري بموجب اتفاق خضوع اختياري تم عقده مع بريطاني يعين القضاء الجزائري؛ محكمة عين صالح لتفصل في النزاع⁴، المحاكم الجزائرية وعلى حد علمنا لم تتطرق حتى يومنا هذا إلى هذه المسألة ولم تعلن بعد عن هذا أو ذاك المبدأ الخاص بالتعيين، يمكن كذلك استعمال حل آخر، ففي حالة انعقاد الاختصاص للقضاء الجزائري على أساس اتفاق خضوع الاختياري والذي لا يحدد المحكمة المختصة محليا حينما لا يكون للمدعى عليه موطن أو

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 38.

2- P. Guez, thèse préc., p. 360.

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 325160 الصادر بتاريخ 2004/03/31م، نشرة القضاة، ع. 58، 2006م، ص 170.

4- المشرع الفرنسي وفي الحالة التي يكون فيها القضاء الفرنسي هو المختص بموجب المادة 14 و15 من القانون المدني الفرنسي التي تؤسس الاختصاص الدولي على أساس الجنسية الفرنسية للمدعي أو المدعى عليه (تقابلها المادة 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي إن لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة، وإن لم يكن لهذا المدعي موطن في فرنسا فيمكنه رفع دعواه أمام المحكمة التي يختارها، اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 38-39؛ أنظر أيضا في:

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, op. cit., n° 737; V. HEUZE, op. cit., p. 92.

محل إقامة في الجزائر فإن الاختصاص يعقد لمحكمة الجزائر العاصمة كما تفعله بعض الدول حين تمنح في مثل هذه الحالة الاختصاص لعاصمة البلد¹.

حالة أخرى قد يعين فيها اتفاق الخضوع الاختياري نظاما قضائيا لدولة فيدرالية دون أن يحدد أي محكمة من بين محاكم هذه الدولة هي المختصة، في هذه الحالة وانطلاقا من المبدأ أين القانون الداخلي للدولة التي محاكمها هي المعينة يسمح بتحديد المحكمة التي يجب أن تفصل في النزاع، فإن اتفاق الخضوع الاختياري لا يجب اعتباره غير محدد بصفة كافية ودقيقة²، فكون أن الدولة المعينة هي دولة فيدرالية لا يعني مطلقا أن قانون هذه الدولة لا يسمح بتعيين النظام القضائي المختص، وفي هذه الحالة فإنه يرجع إلى قواعد الاختصاص الداخلي لهذه الدولة لمعرفة أي من المحاكم هي المختصة قياسا على الحل المعتمد في مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في النظم القانونية التي تتعدد فيها الشرائع³.

قد يحدث أيضا أن اتفاق خضوع اختياري يعين نظاما قضائيا لدولة معينة، ثم يضع ضابطا يسمح بتحديد المحكمة المختصة بعينها، مثلا عندما يتم النص في اتفاق الخضوع الاختياري على أن المحكمة المختصة بعينها ضمن نظام قضائي هي موطن البائع، الناقل، محل الإقامة، المقر الاجتماعي، ميناء الشحن... الخ، هذا الاتفاق لا يمكن اعتباره غير دقيق وهذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في قرار صادر عنها سنة 2000م⁴، حيث يبدو لنا أنه ليس من الملائم إلغاء مثل هذا الشرط إلا إذا كان الضابط الذي يعتمده في تحديد هذه المحاكم ليس من السهل تطبيقه، مثلا كصعوبة تحديد المقر الاجتماعي للشركة بشكل واضح أو موطن المدعى عليه، أو محل إقامته، وهنا نلجأ الى الحل الذي أشرنا

1- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 38-39؛ محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 107.

2- CA Rouen, 28 janvier 1993, Rev. crit. DIP 1993, p. 307, note H. Gaudemet-Tallon.

3- حيث تنص المادة 23 من القانون المدني على أنه: «متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يطبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.».

4- CJCE, 9 novembre 2000, affaire C-387/98, Coreck Maritime GmbH, concl. M. Siegbert Alber, qui considère qu'il « suffit que la clause identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends ».

إليه سابقا حيث نترك هذه المسألة لقواعد الاختصاص المحلية في النظام القضائي للدولة المعنية، في المقابل وفي الحالة التي يمكن فيها تطبيق هذا المعيار بسهولة فإن هذا التعيين يعتبر صحيحا.

قد يحدث أيضا أن يتم النص في اتفاق الخضوع الاختياري على تعيين محكمة أو محاكم قضاء عدة دول، مثلا كتعيين محاكم الدول العربية أو أي محكمة يوجد على إقليمها المدعى عليه، هذه الحالة عرضت على محكمة العدل الأوروبية حيث قبلت بصحة شرط بين شركة ألمانية وشركة فرنسية يمنح الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد على إقليمها المدعى عليه¹، وقد يحدث كذلك أن ينص في شرط خضوع اختياري على أن تعيين القضاء المختص يمنح حصريا لأحد الأطراف حسب رغبته، هذا الاتفاق يجب أن يكون باطلا بحيث لا يرتب أي أثر².

الفقرة الثانية: تعيين محكمة مختصة بعينها ضمن نظام قضائي.

تعيين محكمة مختصة بعينها ضمن نظام قضائي تابع لدولة ما يمثل في حد ذاته التعبير المطلق لإرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي الدولي، هذه المسألة تثير التساؤل حول مدى حدود هذا التعيين الذي يسمح للأطراف بتعيين محكمة مختصة بعينها للفصل في نزاعهم، حين يتعلق بالاختصاص المحلي والاختصاص النوعي.

أولا: الاختصاص المحلي.

فيما يتعلق بالاختصاص المحلي، فإنه يثير مسألة مهمة تتعلق بالحالة التي فيها يعين الأطراف محكمة مختلفة عن تلك التي تشير إليها قواعد الاختصاص المحلي في قانون الدولة المعنية، وفي هذه الحالة يمكن أن يشكل نص المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج عائقا إذا كانت هذه المحكمة موجودة في الجزائر، حيث أن تطبيق المادة 45 يثير مسألة حظر اتفاقات الخضوع الاختياري التي لا تتم بين التجار، وبالتالي ستضع شرعية هذا الأخير على المحك إذا كان أحد أطرافه غير تاجر.

حتى يتم استبعاد هذه العائق تم في فرنسا اقتراح بعض الشروط من طرف بعض الفقهاء تسمح باستبعاد أو بالتمسك بتطبيق المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تقابلها المادة 45 من ق.إ.م.إ.ج³، هذا الاقتراح يقضي بأن نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية يستبعد لصالح تطبيق

1- CJCE, 9 nov. 1978, Meeth: JDI 1979, p. 863, obs. A. Huet; Rev. crit. DIP 1981, p. 127, note H. Gaudemet-Tallon.

2- V. HEUZE, op. cit., p. 92.

3- P. Guez, thèse préc., p. 351.

اتفاق الخضوع الاختياري عندما يعدل الشرط المانع للاختصاص الاختصاص الدولي بشكل أساسي فقط بشكل ثانوي الاختصاص الداخلي، بالمقابل إذا كان الشرط يعدل بشكل أساسي الاختصاص المحلي الداخلي، فإن أحكام المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هي التي ستطبق حتى ولو كنا في المسائل الدولية.

هذا الاقتراح السابق يرى ضرورة تقييد شرط الخضوع الاختياري الذي يعين نظاما قضائيا أجنبيا عندما يعين محكمة داخل هذا النظام القضائي تختلف عن تلك المعينة بموجب قواعد الاختصاص المحلية الداخلية عندما يكون طرفا النزاع أو أحدهما ليس تاجرا، هذا الاقتراح عمليا يصعب تقبله فكيف يمكن القبول مثلا بالتشديد على تعيين الاختصاص المحلي لمحكمة داخلية بينما يتم التساهل في تعيين اختصاص محكمة أجنبية، بمعنى إذا كانت محكمة وهران هي المختصة في مسائل عقود التجارة الدولية، فكيف يمكن منع اختصاص محكمة ادرار والسماح بتعيين محكمة مرسيليا، هذه الفكرة يبررها أن الاختصاص القضائي المباشر للنظام القضائي بصفة عامة يمر عبر مرحلتين مختلفتين، الأولى تتمثل في التحقق فيما إذا كان النزاع من اختصاص النظام القضائي، والثانية تتمثل في تعيين محكمة من بين محاكم النظام القضائي والتي يجب أن تفصل في النزاع، إذن فمن المنطقي أن الشرط الذي يعين المحكمة المختصة بعينها يضع على المحك قاعدة اختصاص دولية بحد ذاتها، التي تسمح للأطراف بإختيار النظام القضائي الجزائري، وقاعدة اختصاص محلية داخلية متعلقة بشروط صحة الشرط المانع للاختصاص، وفي هذه الظروف سيصبح من المستحسن استبعاد تطبيق المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية الجديد إذا أردنا أن يلعب مبدأ شرعية اتفاق الخضوع الاختياري دورا أكبر.

وكما بينا سابقا أن القواعد العادية للاختصاص الدولي ما هي في الحقيقة إلا قواعد الاختصاص المحلي الداخلي والتي تم نقلها إلى المجال الدولي، هذه الأخيرة في الواقع تستعمل نفس المعايير التي تستعمل في المجال الداخلي مثل الموطن، محل الإقامة، أو مكان وجود الشيء، الخ... هدفها الأساسي هو تعيين المحكمة المختصة بعينها، في هذه الظروف من الصعب تبرير أن القواعد التي تعين في اتفاق خضوع اختياري مثلا محاكم النظام القضائي لموطن المدعى عليه يجب أن تفرق عن القاعدة المتعلقة بالاختصاص المحلي الداخلي التي تعين محكمة موطن المدعى عليه، إلا إذا تم اعتبار أن تطبيق قواعد الاختصاص المحلية الداخلية يسمح بتعيين محكمة مختلفة، وهذا نظريا غير ممكن ما دامت نفس معايير الاختصاص هي المستعملة لتؤسس اختصاص المحكمة على المستوى الداخلي كما على المستوى الدولي.

في هذا الإطار نرى ضرورة وجود قاعدة اختصاص دولي معتبرة كقاعدة اختصاص خاصة، بمعنى قاعدة تحدد في نفس الوقت النظام القضائي المختص والمحكمة الخاصة بهذا النظام القضائي الذي يجب أن يفصل في النزاع، فمن غير المعقول أن نسمح للأطراف بتحديد نظام قضائي مختص وفي نفس الوقت نمنعهم من تحديد المحكمة المختصة محليا في هذا النظام القضائي، وعلى ذلك فإن شرط الخضوع الاختياري الذي يعين محكمة مختصة بعينها يضع محل تنفيذ قاعدة اختصاص دولي خاصة، فاتفاق الخضوع الاختياري ليس هدفه خلق أو تعديل أو تعزيز اختصاص قضاء معين، فالقضاء المعين مختص بموجب قاعدة اختصاص مصدرها الإرادة المشتركة للأطراف، لذا القانون هو الذي يسمح للإرادة بربط النزاع بنظام قضائي أو محكمة مختصة لهذا النظام القضائي بنفس الطريقة كموطن المدعى عليه، أو مكان تنفيذ العقد، وانطلاقا من هذا الوقت الذي فيه يمثل اتفاق الخضوع الاختياري في حد ذاته معيار اختصاص قضائي دولي، لا يهم بعد ذلك هل القضاء المعين يكون أو لا يكون قد اختص بنظر قواعد الاختصاص الأخرى، ولا يهم حين يحدد الأطراف محكمة معينة بحد ذاتها أن يكون هذا الاختصاص مطابقا لقواعد الاختصاص المحلي أو مخالفا لها.

ثانيا: الاختصاص النوعي.

قد يحدث وأن يعين شرط خضوع اختياري محكمة أو محاكم مدينة ما في دولة ما دون أن يكون هناك تدقيق للاختصاص النوعي وهنا نتساءل حول مدى قدرة اتفاق الخضوع الاختياري في تعيين محكمة غير مختصة نوعيا، فمثلا يمكن لاتفاق خضوع اختياري يعين القضاء الجزائري أن يعين محكمة دائرة بوسمغون بولاية البيض بشأن نزاع يتعلق بالتجارة الدولية، في حين أن المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج في فقرتها السادسة تنص على أنه: «...تختص الاقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية...»، وهذا الاختصاص من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى¹، كما يمكن لاتفاق خضوع اختياري أن يخالف مبدأ درجة التقاضي كأن يعين مثلا مجلس قضاء تلمسان عوضا عن المحكمة الابتدائية لتلمسان، وقد يخالف شرط الخضوع الاختياري القواعد التي تحدد نوع القضاء، كأن يعين شرط خضوع اختياري المحكمة

1- تنص المادة 36 من ق.إ.م.إ.ج على أن: «عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.»

الإدارية لتلمسان بدلا من المحكمة العادية، كما يمكن لشرط خضوع اختياري أن يعين القسم التجاري بدلا من القسم المدني في نفس المحكمة.

الأصل أن قواعد الاختصاص الداخلية النوعية تهتم بشكل مباشر بالسير الحسن للخدمة العمومية للعدالة للدولة التي تدخل تحتها المحكمة المعينة من طرف شرط الخضوع الاختياري، هذه القواعد على هذا النحو تعتبر من النظام العام¹، وهذا ما يقره القضاء الجزائري²، وعلى هذا يجب تطبيقها على الشرط الذي يعين المحكمة التي هي ضمن هذا النظام القضائي والتي ستفصل في النزاع وهذا بغض النظر عما إذا كان الأطراف قد حددوا أو لم يحددوا المحكمة المختصة بعينها في إطار الاختصاص النوعي، نشير هنا إلى أن بعض الاجتهادات القضائية الأجنبية كانت تبطل الشرط الذي لا يحدد المحكمة المختصة نوعيا بسبب أن الاختصاص القضائي لم يتم تعيينه بدقة³، غير أن هذا الحل تم انتقاده كونه يظهر صرامة أكبر خاصة عندما يسمح القانون الداخلي للدولة الأجنبية بتحديد المحكمة المختصة نوعيا⁴.

شرط الخضوع الاختياري يمكن أن يعين محكمة مختصة بعينها بنظر الاختصاص النوعي، كأن يعين اتفاق خضوع الاختياري مجلس قضائيا بدلا من محكمة ابتدائية، هذا التعيين يعتبر مخالفا للنظام العام ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه، فالمجالس القضائية هي جهات قضائية من الدرجة الثانية مهمتها الفصل في الاستئنافات الموجهة ضد أحكام المحاكم الأخرى⁵، وتكريسا لمبدأ التقاضي على درجتين يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى في جميع المواد⁶، وتصدر محاكم الدرجة الأولى أحكاما في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج)، وبالتالي فإن باقي الأحكام تكون قابلة للاستئناف⁷.

1- أحمد هندي، المرجع السابق، ص 128.

2- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 405413 الصادر بتاريخ 2008/01/16م، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2008م، ص 205.

3- Cass. com., 14 février 1983, Bull. civ. IV, n° 57.

4- Cass. com., 19 mars 1991, préc.

5- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 33.

6- تنص المادة 34 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئا. ».

7- نصت المادة 33 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار 200.000 دج... »

قد يحدث أيضا وأن يعين اتفاق الخضوع الاختياري القسم التجاري عوضا عن تعيين القسم المدني، فهل يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للاختصاص النوعي؟ في الواقع المحاكم الجزائرية تنظم بطريقة خاصة، حيث تشتمل المجالس والمحاكم على غرف وأقسام، فمثلا تنفرع المحاكم إلى أقسام حسب نوعية القضايا المطروحة، فهناك القسم المدني، وقسم شؤون الأسرة، وقسم الجنح، وقسم المخالفات، والقسم التجاري، والقسم البحري... إلخ، وهكذا كل قسم يفصل في النزاع المعروض عليه حسب طبيعة النزاع، فمثلا إن كان النزاع تجاريا فإنه يعرض أمام القسم التجاري¹، هذا التوزيع الداخلي بين الأقسام ليس من النظام العام ولا يترتب عليه التصريح بعدم الاختصاص النوعي، فالتوزيع الذي يتم على مستوى المحاكم هو ذو طابع إداري تنظيمي بحت²، وهذا ما يؤكد نص المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص على أنه: «... تفصل المحكمة في جميع القضايا... في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا...»، وبناء على ما سبق فإنه في الحالة التي يعين فيها اتفاق الخضوع الاختياري القسم التجاري بينما طبيعة النزاع هي مدنية فإن هذا الاتفاق يبقى صحيحا كل ما في الأمر أن النزاع يتم إحالته على القسم المختص³.

يمكن كذلك أن يعين اتفاق خضوع اختياري محكمة إدارية عوضا عن محكمة عادية، حيث تعتبر المحكمة الإدارية الجهة القضائية للقانون العام في المادة الإدارية، فالقانون الجزائري يكرس مبدأ ازدواجية النظام القضائي، هذا الازدواج يجد له أساسا في وجود نظامين قضائيين، نظام قضائي عادي ونظام قضائي إداري ولكل منهما جهات قضائية خاصة به⁴، حيث تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.»، وقد نصت المادة 801 من نفس القانون على الاختصاصات الأخرى للمحاكم الإدارية، وهكذا فإن اتفاق الخضوع الاختياري الذي يخالف هذا الاختصاص يعتبر مخالفا للنظام العام، ما يبرر ذلك هو نص المادة 807 من نفس القانون التي جاء

1- نصت المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: «... تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع...».

2- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

3- هذا ما أكدته العديد من الاجتهادات القضائية في الجزائر، راجع على سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 51730 الصادر بتاريخ 1988/10/02م، المجلة القضائية، 1990م، ع. 03، ص 98.

4- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

فيها: « الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية يعتبر من النظام العام. يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي. »، وهذا ما أكد عليه أيضا الاجتهاد القضائي الجزائري¹.

ما يمكن أن نخلص إليه أنه إذا كانت القواعد الداخلية المتعلقة بالاختصاص المحلي يمكن استبعادها عندما يعين اتفاق الخضوع الاختياري محكمة غير مختصة محليا، فإنه يبدو لنا بالمقابل أن هذا الاستبعاد يجب أن لا يكون بالنسبة لقواعد الاختصاص الداخلية النوعية، ليس هناك أسباب تبرر أن إلزامية القواعد الداخلية للاختصاص النوعي يمكنها أن تكون مختلفة عندما يتعلق الأمر بنزاع دولي معروض على المحاكم الجزائرية، لأنه لا يوجد أي خصوصية للقواعد الداخلية المتعلقة بالاختصاص النوعي وعليه يجب أن تطبق دون التفرقة بين كون النزاع داخليا أو دوليا، تحديد الاختصاص النوعي هي مسألة داخلية من اختصاص النظام القضائي الذي تم تعيين محاكمه من طرف اتفاق الخضوع الاختياري، حتى ولو كان النزاع يشتمل على عنصر أجنبي، وهكذا فإن الاتفاقات المتعلقة بالاختصاص النوعي لا يمكن تقديرها بحسب ما إذا كان النزاع داخليا أو دوليا هي مطبقة في الحالتين.

يبقى في الأخير أن نشير إلى مسألة أخرى يمكن أن تعترضنا في هذا الإطار وهي معرفة إذا كان بطلان الشرط فيما يتعلق بالاختصاص النوعي الداخلي يجب أن ينعكس على الاختصاص الدولي بأكمله، فمثلا لو كان هناك اتفاق اختصاص قضائي يعين النظام القضائي الجزائري وبالخصوص مجلس قضاء تلمسان عوضا عن المحكمة الابتدائية لتلمسان فهذا الشرط سيبطل لأنه يخالف درجة التقاضي، فهل سيبطل اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعين المحاكم الجزائرية برمته أم أنه تبطل فقط مسألة اختصاص المحكمة من الجانب النوعي، نرى أنه من الأحسن عدم إبطال الشرط برمته بل يكفي تصحيح هذا الأمر وإحالة النزاع على المحكمة المختصة به نوعيا، وهكذا فإن اتفاق الخضوع الاختياري الباطل فيما يتعلق بالاختصاص النوعي الداخلي يحتفظ بأثره المتعلق بالاختصاص الدولي.

1- المحكمة العليا، قرار رقم 328584 الصادر بتاريخ 2006/07/19م، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2006م، ص 201؛ راجع أيضا: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35724 الصادر بتاريخ 1985/01/09م، المجلة القضائية، ع. 03، 1989م، ص 25.

الفرع الثاني: الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المعنية.

اشتراط الرابطة الجدية مأخوذ من الحلول المطبقة في نظرية تنازع القوانين، أين يشترط غالبية الفقه ضرورة وجود صلة جدية بين العقد والقانون الذي اختاره الأطراف ليحكم هذا الأخير¹، وفي مسائل الاختصاص القضائي يقضي هذا الشرط بضرورة وجود رابطة جدية (lien Sérieux) بين المحكمة التي تم الاتفاق على تعيينها والنزاع المطروح أمامها أو الذي سي طرح أمامها بموجب هذا الاتفاق، هذه الرابطة قد تستوحى من العناصر الشخصية للعلاقة القانونية كأن يكون أحد الأطراف يحمل جنسية دولة المحكمة المعنية، أو أن يكون متوطنا فيها؛ وقد تستوحى هذه الرابطة من عناصر موضوعية تتعلق بالعلاقة القانونية محل النزاع، كاتصال أحد عناصر تلك العلاقة القانونية محل النزاع، كمحل تنفيذ العقد مثلا؛ بالدولة التي تتواجد بها المحكمة المعنية، وفي حالة عدم تحقق هذه الرابطة فعلى القاضي المطروح أمامه النزاع بناء على اتفاق الخضوع الاختياري أن يقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه²، فالدعوى المتعلقة بالفصل في نزاع يتعلق بعقار موجود في تونس المرفوعة أمام المحاكم الفرنسية على أساس اتفاق خضوع اختياري، لا تتوافر على الرابطة المطلوبة بين المحكمة الفرنسية والنزاع، فهذا الأخير يرتبط أكثر بالمحاكم التونسية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار محل النزاع، وعلى ذلك من اللازم على المحكمة الفرنسية أن تقضي بعدم اختصاصها لعدم توافر الرابطة الجدية.

في الواقع لم يتفق الفقه حول ضرورة اشتراط وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة أو المَعَيَّنة في اتفاق الخضوع الاختياري والنزاع المعروض أمامها، جانب من الفقهاء يؤيد ضرورة توافر هذه الرابطة، ويرون بأنه مادام المشرع جعل من إرادة الأطراف ضابطا للاختصاص القضائي الدولي يتوجب أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابتة، حتى لا يكون القضاء خاضعا لأهواء الخصوم بشكل يمس بحق الدولة في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتطابق ومبدأ سيادتها على إقليمها³، كما يرى أصحاب هذا

1- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 67؛ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 357.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 147؛ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 148؛ هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 166.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 148؛ محمد الروبي، المرجع السابق، ص 152؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 299؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 69؛ هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 167-168.

الرأي أنه يجب احترام مبدأ النفاذ، فعدم وجود أي رابطة بين النزاع وإقليم الدولة التي اختيرت محاكمها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري سيؤدي إلى صدور أحكام غير قابلة للتنفيذ، ومن غير المقبول أن يصدر القضاء حكما يعلم مسبقا أنه لا قيمة له، ويعطي أصحاب هذا الرأي مثالا لذلك فحواه أن صدور حكم عن المحاكم الجزائرية بشأن نزاع يتعلق بأجنيين متوطنين في الجزائر يتعلق بحق عيني موجود في الخارج يتعارض مع مبدأ قوة النفاذ بسبب انعدام وجود أية رابطة مادية جدية بين النزاع والإقليم الجزائري، وقد لا يلقي هذا الحكم التنفيذ في الدولة المعنية بالحق العيني والمختصة أصلا، لأنها ترى بأن الحكم صدر من قضاء غير مختص¹، يضيف أصحاب هذا الرأي أن عدم توافر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المعنية للنظر في النزاع يعبر عنه في النظام الانجلو أمريكي بنظرية المحكمة الغير ملائمة²، فالنظام الانجلو أمريكي يذهب وفق هذه النظرية إلى استلزام أن لا يكون اختيار المحكمة جائرا أو معيبا بالتحيز، وإلا كانت المحكمة غير مناسبة للنظر في النزاع³، حيث تتمثل نظرية المحكمة الغير الملائمة في أنه يمكن للمحكمة النازرة في النزاع أن تتخلى عن اختصاصها في الفصل في المنازعة ذات الطابع الدولي لصالح محكمة دولة أخرى أكثر ملائمة (More Conveniens)، إذا ثبت أنها ليست في وضع ملائم للفصل فيها أو لا ترتبط ارتباطا فعليا مع النزاع المطروح أمامها، حتى ولو ثبت الاختصاص الدولي لهذه المحكمة بناء على إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁴، فمن بين أهداف تنظيم الاختصاص القضائي الدولي هو إيجاد محكمة ملائمة لغايات العدالة، وعليه من غير الملائم أن تنظر محكمة صينية في دعوى تتعلق بنزاع حضانة طفل موجود في الجزائر، كذلك من غير الملائم أن تنظر محكمة أسترالية في دعوى يرفعها طرف سعودي على طرف جزائري يكون هدفها مضايقة المدعى عليه الجزائري بجره أمام قضاء بعيد دون أي فائدة مشروعة تعود على المدعي السعودي، أو تكون موجودة لكنها تافهة بالمقارنة بالأضرار التي ستلحق بالمدعى عليه الجزائري.

جانب آخر من الفقهاء نادى إلى عدم اشتراط وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة لقبول مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري، ويرون أنه من المناسب استبدال هذا الشرط بفكرة المصلحة

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 299؛ هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 166.

2- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 79 et s.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 151؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 299.

4- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 149؛ أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 310 وما بعدها.

المشروعة (Intérêt légitime)¹، هذه الفكرة تقوم على معيار لا يأخذ بعين الاعتبار مدى ارتباط النزاع بالمحكمة المعنية وإنما مدى المصلحة التي يحققها قضاء معين للأطراف، حيث تقدر تلك المصلحة بمدى ما يحققه اختصاص تلك المحكمة عند الفصل في النزاع بين الأطراف²، وبناء على ذلك يجب احترام إرادة الأطراف المعترف بها في مجال الاختصاص القضائي الدولي، من خلال ترك الحرية للأفراد في أن يختاروا المحكمة التي يرون أنها تحقق مصالحهم أكثر من غيرها من المحاكم الأخرى، ولا يمنعهم عن هذا الأمر سوى عدم مشروعية المصلحة التي ابتغوها وراء منح الاختصاص لهذه المحكمة³، ويقدم أصحاب هذا الرأي عدة أسباب لدعم هذه الفكرة، أولها يتمثل في أنه من الصعب في بعض الحالات اعتماد معيار ثابت يتحدد على أساسه مضمون الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة، فإن كان يسهل تحديد هذه الرابطة مثلاً عندما يكون أحد الأطراف ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمة المعنية في اتفاق الخضوع الاختياري، أو أنه متوطن فيها، فإنه بالعكس يصعب تحديد تلك الرابطة عندما مثلاً يختار الأطراف أحد أشكال العقود النموذجية المتعارف على استخدامها في دولة المحكمة المعنية ليطبّقها على عقدهم⁴.

يضيف أصحاب الرأي السابق أن شرط الرابطة الجدية لا ينص عليه بخصوص التحكيم الذي يعطي سلطة الفصل في النزاع لمحكم أجنبي، كما أنه لا يشترط وجود هذه الرابطة بين النزاع والدولة التي سيعقد بها التحكيم، ومن باب أولى أن لا يشترط وجود هذه الرابطة في اتفاقات الخضوع الاختياري التي تمنح الاختصاص لقضاء دولة أخرى وليس لقضاء خاص، فمن المفروض أن عدم النص على هذا الشرط من أجل صحة التحكيم ينتج عنه بالضرورة عدم النص عليه بخصوص اتفاق الخضوع الاختياري⁵، هذا سيساهم في رفع التناقض الذي يقع فيه الفقه حين يشترط هذه الرابطة في مسائل اتفاقات الخضوع الاختياري بينما لا يشترطها عندما تتعلق المسألة بالتحكيم⁶، كما يبرر هؤلاء الفقهاء

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 149.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 149.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 151-152؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 73.

4- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 150.

5- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 300.

6- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 154-155.

أن اشتراط رابطة جدية بين النزاع والدولة المتفق على اختصاص محاكمها، سيجبر الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعاتهم، في حين أنهم قد لا يقدرّون عليه أو قد لا يرغبون فيه، وقد يجرّمهم من الانتفاع من قضاء دولة معينة يشتهر بكفاءته ونزاهته أو تيسير إجراءاته وسرعته في الفصل في النزاع وهذه النتيجة لا تتوافق ومقتضيات التجارة الدولية¹.

رغم قوة الحجج التي قدمها أصحاب شرط الرابطة الجدية والمصلحة المشروعة، إلا أنّهما انتقدا على أساس أنّهما يتمسكان بأفكار فضفاضة غير منضبطة، أضف إلى ذلك أن هذين الشرطين يكادان يتقاربان من حيث المفهوم²، وإعمالهما كفيل بسحب معظم النزاعات ذات الطابع الدولي من اختصاص المحاكم الوطنية، ولن تستطيع فكرة الغش نحو الاختصاص (Fraude à la compétence) من الحد من خطورة هذا الأمر حيث لن يكون من السهولة تحديد ضوابط أعمال تلك الفكرة أي فكرة الغش نحو الاختصاص³، فإضافة إلى الانتقادات التي وجهت ضد فكرة الرابطة الجدية، انتقدت فكرة المصلحة المشروعة، بسبب أنه من الصعب تحديد مدى مشروعية المصلحة باعتبارها شرطاً لصحة اتفاق الخضوع الاختياري⁴، وأنه ليس هناك من له القدرة على تقرير ما إذا كان للأطراف مصلحة مشروعة يريدون تحقيقها من وراء اتفاق الخضوع الاختياري، ولا من يقدر هذه المصلحة حق قدرها إلا الأطراف أنفسهم، وباتفاقهم على تعيين تلك المحكمة يكون هؤلاء قد جسدوا هذه المصلحة المشتركة بينهم التي من المفروض أنّها مشروعة، ولا مجال حينها للمزايدة على اختيارهم أو الحلول محلهم أو فرض الوصاية عليهم⁵، هذه المصلحة فضلاً عن ذلك هي مفترضة يشترطها قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقبول أية دعوى بغض النظر عن سبب الاختصاص سواء كان إرادة الخصوم أو الضوابط الأخرى، فلا دعوى

1- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 148-149؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 300؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 71-72.

2- يكتب الأستاذ هشام صادق في معرض حديثه عن الرابطة الجدية "...أنه يجب أن تكون هناك ثمة مصلحة مشروعة دفعت الخصوم إلى الالتجاء إلى قضاء هذه الدولة، وهو ما يتحقق عادة فيما لو ارتبط النزاع على نحو أو آخر بدولة المحكمة التي اتفق على الخضوع لولايتها."، يبدو واضحاً في كلام الأستاذ هشام صادق أنه يطابق ما بين المصلحة المشروعة والرابطة الجدية، أنظر: هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 168.

3- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 74.

4- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 300.

5- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 157.

دون مصلحة¹، ويضيف منتقدو الرابطة الجدية ويقولون أنه بالمثل كما بالنسبة للرابطة الجدية، عدم اشتراط المصلحة المشروعة في اتفاقات الخضوع الاختياري كما هو الحال في التحكيم سيساهم في رفع التناقض الذي يقع فيه الفقه حين يشترط هذه الرابطة في اتفاقات الخضوع الاختياري دون أن يشترطها في مسائل التحكيم².

بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فقد نصت المادة 19 من اتفاقية لاهاي لسنة 2005م ضمن الفصل الرابع الخاص بالأحكام العامة على أنه يجوز للدولة أن تعلن أنه يمكن لمحاكمها رفض الفصل في المنازعات التي يطبق فيها اتفاق خضوع اختياري حصري إذا لم يوجد أي رابط آخر عدا مكان المحكمة المعنية؛ بين هذه الدولة والأطراف أو النزاع³، فهذه المادة تنص على إمكانية دولة ما لتعلن عدم اختصاصها بالفصل في المنازعة المطروحة أمام محاكمها بموجب اتفاق خضوع اختياري في حالة عدم وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة، ويبدو أن الشرط هنا هو أمر جوازي يمكن مخالفته بمعنى أنه يمكن الاتفاق للخضوع على محكمة معينة دون أن يكون هناك رابط بين هذه المحكمة والنزاع، هذه المادة تترك أمر اشتراطه لقانون الدولة التي عينت محاكمها، صياغة هذه المادة كان الهدف منه في نفس الوقت محاولة إرضاء الدول التي تعارض ضرورة اشتراط الرابطة الجدية وتشجع على إمكانية اختيار محكمة محايدة لا يربطها بالنزاع أية رابطة، والدول الأخرى التي ترى ضرورة توافر هذه الرابطة، هذا الأمر يؤكد التقرير التفسيري الصادر بشأن الاتفاقية الذي جاء فيه بأنه في الواقع العملي يختار الأطراف محاكم دولة لا تربطهم بها أية صلة كانت ولا توجد علاقة بينها وبين وقائع القضية، لأنه لا أحد من الأطراف يجذب التقاضي أمام محاكم الطرف الآخر: فيتفقون إذا على اختيار محاكم دول محايدة، وبعض الدول تجيز هذا الأمر، بينما دول أخرى ترى أن هذا من شأنه أن يفرض أعباء غير مبررة على نظامها القضائي، والمادة

1- أنظر المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج؛ راجع أيضا في هذا الصدد: بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها؛ حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 253؛ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

2- محمد الروي، المرجع السابق، ص 157.

3- Article 19: Déclarations limitant la compétence: «Un Etat peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet Etat et les parties ou le litige.»

19 هدفها إرضاء الدول التي تنتمي إلى هذه الطائفة الأخيرة¹، أما بخصوص اتفاقية بروكسل فلم تشترط هذه الاتفاقية ضرورة توافر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المعينة².

ليس الفقه وحده من اختلف في ضرورة اشتراط الرابطة الجدية من عدمه، القضاء المقارن أيضا تباينت قراراته بخصوص هذه الفكرة، ففي حين ذهبت بعض أحكام القضاء الأجنبية إلى اشتراط توافر هذه الرابطة الجدية³، البعض الآخر منها لم يشترط توافر هذه الرابطة الجدية بين المحكمة المختصة في الفصل في النزاع بناء على اتفاق الخضوع الاختياري وبين النزاع المطروح أمامها، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة الشرط المانع للاختصاص المبرم بين شركة فرنسية تدعى "سيفال" (Cifal) واخرى ألمانية تدعى "أوروبا كارتون" (Europa Carton) لمحكمة "زورخ" (Zurich) السويسرية، استنادا الى أن الأطراف قد رغبوا في اللجوء الى قضاء بلد ثالث تسهيلا لحل مشاكلهم المشتركة⁴، كما قضى القضاء الأمريكي أيضا بصحة الشرط المانع للاختصاص المدرج في عقد النقل البحري بيم الشركة الأمريكية "زاباتا" (Zapata) والشركة الألمانية "أونترفيزر" (Unterweser)، الذي يمنح الاختصاص للمحاكم الإنجليزية بخصوص المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بين الشركتين رغم أن هذا العقد لا يمت بأية صلة بالمحاكم الإنجليزية⁵.

وحسب رأينا يبدو أن اشتراط وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المعينة عن طريق اتفاق الخضوع الاختياري أو استبدالها بفكرة المصلحة المشروعة هدفه استبعاد الغش نحو الاختصاص، حيث يرى أصحاب هتين الفكرتين أن الاعتراف لإرادة الأطراف بدور في مجال الاختصاص القضائي الدولي وعلى غرار الاختصاص التشريعي يترك المجال أمام بعضهم للتحايل، خاصة عندما يعرفون أن المحكمة المعينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري يتحقق فيها التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص

1- « En pratique, les parties choisissent parfois les tribunaux d'un État avec lequel ni elles ni les faits de l'espèce ne sont liés d'une manière quelconque, car aucune des parties ne veut aller devant les tribunaux de l'État de l'autre partie: elles conviennent donc du choix des tribunaux d'un État neutre. Certains pays y sont favorables. D'autres considèrent que cela impose une charge injustifiée à leur système judiciaire. L'article 19 a pour objet de satisfaire les États de cette dernière catégorie»: T. Hartley et M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Publications de la HCCH, 2007, v.:

<<https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>>, p. 80, n. 230, 13-05-2015.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 301.

3- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

4- Cass. com., 19 décembre 1978, Rev. crit. DIP 1979, p. 61 note A. Huet; JDI 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon; D. 1979, IR p. 341, obs. B. Audit.

5- The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S.1 (1972), préc.

التشريعي خاصة في الأحوال الشخصية¹، أو يعرفون مسبقا أن هذه المحكمة ستطبق قانونها من تلقاء نفسها، فيلجأ الأطراف إلى اختيارها، وهذا ما يصطلح عليه بالغش نحو الاختصاص، وفي هذا الحالة الأطراف يعينون المحكمة غير المختصة أصلا بالنزاع، لاستصدار حكم لصالحهم يحتاجون به فيما بعد أمام المحكمة التي خرجوا عن اختصاصها، ويكون هنا الجزاء هو عدم تنفيذ هذا الحكم الصادر عن المحكمة الأجنبية لتضمنه غشا نحو الاختصاص²، غير أننا نرى خلاف ذلك وكما رأينا فكثير من تشريعات الدول تعترف بمبدأ الخضوع الاختياري، كضابط اختصاص قضائي دولي ونتيجة ذلك هو الاعتراف بالدور الذي تقوم به إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي، هذا الاعتراف ينفي عن الأطراف شبهة الغش نحو الاختصاص، فإرادة الأطراف في منح الاختصاص لقضاء معين تجتهد أساسها في القانون³، هذا الدور المعترف به لإرادة الأشخاص في مجال الاختصاص القضائي يسبح في فضاء واسع، غير أن هذا الفضاء وعائه هو القانون، لذلك لا داعي للقلق بشأن التحايل أو الغش.

يبدو في الأخير أنه في الجزائر يجب عدم اشتراط وجود رابطة جدية بين المحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري والنزاع، ولا اللجوء إلى فكرة المصلحة المشروعة للأطراف في اختيار المحكمة التي يرونها مناسبة، والسبب في ذلك أن من بين الأسباب التي ساهمت في الاعتراف بمبدأ الخضوع الاختياري من خلال تقرير دور مهم لمبدأ سلطان الإرادة يتمثل في جعلها كضابط اختصاص قضائي دولي هو أهمية هذا المبدأ، كما أن اشتراط وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة أو المصلحة المشروعة يعتبر متناقضا مع مبدأ اعتبار إرادة الأطراف ضابطا مستقلا للاختصاص القضائي الدولي⁴، أضف إلى ذلك أن فكرة الرابطة الجدية ستساهم في تجميد اتفاقات الخضوع الاختياري، فتوافر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المعنية يعني بالضرورة ارتباط أحد عناصر العلاقة القانونية محل النزاع سواء كانت شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم، أو عناصر موضوعية كمحل تنفيذ العقد بالمحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، وحينها نكون أمام اختصاص قضائي دولي يتحقق للمحكمة وفق

1- هذا الاعتبار أدى بالفقه الفرنسي إلى رفض فكرة الخضوع الاختياري في مسائل الأحوال الشخصية، وأنه يتوجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها في هذه المسائل، راجع في هذا المعنى: هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 167؛ أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 150.

2- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 152.

3- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 256.

4- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 155.

الضوابط المستقلة للاختصاص القضائي الدولي التي يتقرر على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية للفصل في النزاعات ذات الطابع الدولي؛ وهذا الاختصاص لا يحتاج إلى اتفاق الأطراف لتقريره، وهكذا يفرغ اتفاق الخضوع الاختياري من كل أهمية¹، وهذا الأمر ما هو إلا تحايل على مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري، ويتناقض مع اعتبارات تشجيع العلاقة الدولية الخاصة، ويتصادم مع مقتضيات التعاون الدولي²، ونضيف على ذلك أن اتفاقات الخضوع الاختياري وجدت لتغطية الحالات التي لا يشملها الاختصاص القضائي الدولي الذي نص عليه المشرع في القواعد العادية للاختصاص، والحالة التي يتعذر فيها إقامة الدعوى أمام قضاء أي دولة حتى نتفادى حالة إنكار العدالة³، كذلك يمكن القول أن ترك الحرية للأطراف في تعيين محكمة دون تقييدهم بشرط الرابطة الجدية أو المصلحة المشروعة سيساهم في تطوير التجارة الدولية⁴، وهذا لا يعني إطلاق العنان للأشخاص في اختيار ما يريدون من محاكم، أو طرح ما يريدونه من نزاعات دون تقييد.

1- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 251.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 156.

3- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 70-71.

4- M. Ashraf Wafa, op. cit., p. 35.

المبحث الثاني: آثار اتفاق الخضوع الاختياري.

اتفاق الخضوع الاختياري كما بيناه له طبيعة مزدوجة فهو ذو طبيعة عقدية وذو طبيعة إجرائية في نفس الوقت، فهو ذو طبيعة عقدية لأن الأطراف من خلاله يلتزمون باللجوء إلى محكمة معينة، وهو ذو طبيعة إجرائية لأنه يمثل قاعدة اختصاص تجعل من الإرادة المشتركة للأطراف ضابط ربط لنظام قضائي معين، إذن فاتفاق الخضوع الاختياري يمكن أن يرتب أثرين، فباعباره عقداً، هذا الاتفاق يتمثل أثره في إلزام الأطراف باللجوء إلى القاضي الذي تم تعيينه في العقد، وباعباره ضابط اختصاص أثره يتمثل في تنفيذ قاعدة تمنح الاختصاص للقضاء المعين.

إذا كان اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعتبر عقداً صحيحاً فإن أثره يتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع على المحكمة المختصة، وعدم الالتزام بهذا الاتفاق من أحد الأطراف يجب أن يؤدي إلى إلزامه بدفع التعويض، لأن العقد يكسب قوته الإلزامية من القانون، حيث يعتبر شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله¹، هذا الأثر الذي يرتبه اتفاق الخضوع الاختياري يتحدد نطاقه بين المتعاقدين دون الغير وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقد²، حيث تنص المادة 113 من ق.م.ج على أنه: « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، لكنه يجوز أن يكسبه حقاً.»، مع ذلك فإن هذه القاعدة قد يرد عليها الاستثناء مثلاً كأن يتعاقد الشخص باسمه لمصلحة الغير، وهنا تبرز العلاقة بين اتفاق الخضوع الاختياري والغير (المطلب الثاني).

من جهة أخرى إذا كان اتفاق الخضوع الاختياري يكتسي طابعاً إجرائياً كونه يعتبر قاعدة اختصاص تجعل من الإرادة المشتركة للأطراف ضابط ربط لنظام قضائي معين، وبالتالي أثره القضائي يتمثل في تنفيذ هذه القاعدة، وهي اللجوء إلى المحكمة المعنية في هذا الاتفاق وفي نفس الوقت استبعاد المحكمة التي من المفروض أنها مختصة، هذه العملية التي أراد الأطراف تحقيقها تدعونا إلى تحليل نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث أثره القضائي (المطلب الأول).

1- تنص المادة 106 من ق.م.ج « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»، أنظر أيضاً: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 360.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 317؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 397.

المطلب الأول: الأثر القضائي لاتفاق الخضوع الاختياري.

إذا كان أثر اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل في منح الاختصاص للمحكمة المعنية نتساءل هل يعتبر هذا الاختصاص حصريا بالنسبة لهذه المحكمة (الفرع الأول)، ومن جهة اخرى هل يتحدد نطاق هذا الاختصاص فقط في المسائل التي أراد الأطراف إخضاعها لاتفاقهم الإرادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص الحصري للمحكمة المعنية.

المشرع الجزائري لم يتكلم عن حصرية اختصاص المحاكم الجزائرية في الحالة التي تعين فيها المحاكم الجزائرية بموجب اتفاق خضوع اختياري سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمينا غير أن هذه الحصرية نبدها مؤكدة في القوانين والاجتهادات القضائية المقارنة¹، فحصرية الاختصاص الممنوحة للمحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري يجد له أساسا في القانون الاتفاقي الأوروبي في المادة 25 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي، التي تؤكد أن المحكمة المعنية هي وحدها المختصة². تبرير هذه الحصرية يبنى على أساس أنها تمثل أثر سلطان الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فالأما تأتي من اتفاق إرادي، اختصاص المحكمة المعنية يجب أن يعتبر حصريا احتراما لتوقعات الأطراف، خاصة عندما يؤسس على اتفاق تم التراضي عنه بكل حرية³.

تعلق الاختصاص الحصري بالاختصاص المباشر والاختصاص غير المباشر في نفس الوقت يجعل مفهومه صعبا، هذا المفهوم في مجال الاختصاص غير المباشر، يعني أن كل حكم أجنبي يعتبر وكأنه تم إصداره من طرف قضاء غير مختص، وبالتالي لا يمكن الاعتراف به في الجزائر، إذا كان النزاع الذي صدر بشأنه هذا الحكم يدخل ضمن الاختصاص القضائي الجزائري القائم على شرط خضوع اختياري، وفي مجال الاختصاص القضائي المباشر الاختصاص الحصري هو منح قاعدة اختصاص دولية مباشرة قوة تجعلها أكثر إلزامية من غيرها من القواعد الأخرى، ومن هنا يتضح أن حصرية الاختصاص القائم

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc, n^{os} 381 et s.

2- التنظيم الأوروبي رقم 1215/2012 المتعلق بالاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية، الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي سابق الذكر، حيث تنص المادة 25 منه على:

«1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes... Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties...»

3- P. Guez, thèse préc., p. 368.

بموجب اتفاق خضوع اختياري هي التي تبرر الطابع الإلزامي لاتفاق للخضوع الاختياري بالنسبة للمحكمة المعنية، من هذا المنطلق يجب أن نفهم المقصود من الاختصاص الحصري للمحكمة المعنية في مسائل الاختصاص المباشر (الفقرة الأولى) ثم بعد ذلك الاختصاص الحصري للمحكمة المعنية في مسائل الاختصاص غير المباشر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحصرية في مسائل الاختصاص المباشر.

إن الهدف من منح الأفراد الحق في اختيار المحكمة المختصة للفصل في النزاع الناشئ بينهم أو الذي قد ينشأ في المستقبل هو إزالة كل شك بخصوص تحديد المحكمة المختصة، هذه الإرادة يجب تشجيعها في مجال اختيار القضاء المختص وذلك عن طريق الأخذ بعين الاعتبار التوقعات الشرعية للأفراد، وعليه لا بد من أن ينتج عن اتفاق الخضوع الاختياري اختصاص حصري للمحكمة المعنية مادام قانون هذه المحكمة يسمح بهذا الاتفاق¹، هذه الحصرية الممنوحة في إطار الاختصاص القضائي المباشر للمحكمة المعنية تعطي لاتفاق الخضوع الاختياري طابعا إلزاميا للقاضي الفاصل في النزاع.

عندما تكون المحكمة الفاصلة في النزاع هي المحكمة المعنية من الأطراف، اتفاق الخضوع الاختياري يلزم هذه المحكمة المعنية بالفصل في النزاع، ما يبرر ذلك هو أن هذا الحل يجب أن يحدث ما يعرف بالأمن القانوني، فعدم حصرية الاختصاص الناتج عن اتفاق الخضوع الاختياري يقلل من الأهمية العملية لاتفاقات الخضوع الاختياري، فإذا كان الهدف الأساسي لمبدأ شرعية اتفاق الخضوع الاختياري يسمح باستبعاد القلق المتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة، فإن هذا الهدف يتعارض مع ترك مسألة تقدير اختصاص الجهة القضائية المعنية وفقا لهذه الأخيرة، كما هو الحال في نظرية المحكمة الغير ملائمة المعروفة في القانون الأنجلو أمريكي والتي تمثل خطرا على اتفاقات الخضوع الاختياري، هذا الحل كان مطبقا سابقا من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث كان يقبل إمكانية تعيين المحاكم الفرنسية من طرف الأجانب في بعض الحالات، غير أن هذا التعيين لا يلزم على القاضي المعروض عليه النزاع بالفصل فيه، هذا الأخير يمكنه حسب رغبته قبول أو رفض الفصل في النزاع²، وهذا يذكرنا أيضا بما هو موجود في الشريعة الإسلامية، حيث يرى مذهب الحنابلة والمالكية أنه إذا كان طرفا الدعوى مستأمنين

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 328.

2- P. Guez, thèse préc., p. 44.

أو ذميين¹، فيشترط لجواز الحكم بينهما ترافعهما ورضاها بحكم الشريعة الإسلامية، فإذا ترافعا الى القاضي راضين بحكمه، يخير القاضي المسلم بين الحكم بينهما وبين الإعراض عنهما². من جهة أخرى عندما تكون المحكمة المعروض، عليها النزاع ليست هي المحكمة المعنية من الأطراف، فهل يجب أن تصرح هذه المحكمة بعدم اختصاصها، في القانون الجزائري ليس هناك ما يلزم القاضي بإعلان عدم اختصاصه عندما تكون هناك محكمة أجنبية مختصة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، ونرى أنه من المناسب إدراج قاعدة اختصاص دولية في القانون الجزائري، تلزم القاضي الجزائري إعلان عدم اختصاصه عندما يكون اتفاق الخضوع الاختياري الذي يعين جهة قضائية أجنبية شرعيا وصحيحا.

إذا كان تعيين جهة قضائية أجنبية، يستلزم إنكار أي اختصاص صادر من محاكم الدول الأخرى، هل يجب كذلك في نفس الوقت أن يعتبر الاختصاص القائم على اتفاق الخضوع الاختياري حصريا من طرف قانون المحكمة الأجنبية المعنية؟ حتى تتمكن من تقرير الطابع الحصري لاختصاص القضاء الأجنبي، فإنه تم اقتراح الرجوع إلى القانون المطبق على اتفاق الخضوع الاختياري³، هذا الحل يؤدي في بعض الحالات إلى تطبيق قانون آخر غير قانون المحكمة المعنية لنتمكن من تحديد حصرية اختصاصها، كذلك إذا اعتبرنا أن قانون الدولة التي محاكمها هي المعنية والتي لها وحدها وظيفة قبول أو رفض مبدأ اختصاص أجهزتها القضائية، فإن قانون هذه الدولة أيضا هو الذي يجب أن يحدد حصرية محاكمها من عدمه⁴.

التساؤل السابق لا يجد مجالا في القانون الاتفاقي، ففي الحالة التي تنص فيها مثلا اتفاقية معينة على الطابع الحصري للاختصاص المبني على إرادة الأطراف، فإن هذا الاختصاص يفرض على كل الدول المنظمة للاتفاقية سواء كانت مستبعدة أو معينة، نشير هنا إلى أن اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي رغم أنها تأخذ بمبدأ شرعية اتفاقات الخضوع الاختياري إلا أنها

1- المستأمن هو الحربي (من أهل دار الحرب) الطالب للأمان، الذي يجوز له الدخول الى دار الإسلام آمنا ولا يجوز التعرض له بسوء، ويجب على المسلمين رعاية هذا الأمان ومقتضاه ما دام قائما، أما أهل الذمة فهم المعاهدون من النصارى وغيرهم ممن يقيم في دار الإسلام الذين يشترط فيهم تقديم الجزية والالتزام بأحكام الملة، راجع تفصيل ذلك في: عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982، ص 47 وص 22 وما بعدها.

2- المرجع نفسه، ص 570.

3- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 382.

4- P. Guez, thèse préc., pp. 369-370.

لا تنص على حصرية الاختصاص المبني على هذه الاتفاقات، بينما تنص عليه في الاختصاص المبني على ضوابط أخرى مثلا كالاختصاص المتعلق بالحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار موجود في بلد المحكمة¹، فقد جاء في المادة 35 من الاتفاقية أنه: « يجب على محاكم كل طرف متعاقد التصريح تلقائيا بعدم الاختصاص بالنظر في الدعاوى المرفوعة إليها بصفة أصلية: أ) إذا كان موضوعها قد اختصت به محاكم طرف متعاقد آخر دون سواها وفقا للمادة 33. ب) إذا لم يحضر المدعى عليه أو حضر وتمسك بعدم الاختصاص وذلك في الحالات المبينة بالفقرات أ. ب. ج من المادة 34»، وقد نصت الاتفاقية على مبدأ الخضوع الاختياري في المادة 34 الفقرة "د." و"هـ.".

مسألة الاختصاص الحصري هذه تطرح أيضا عندما يبنى الاختصاص على التصرف الإجرائي للمدعى عليه بمعنى الاتفاق الضمني، أين تكون المحكمة الفاصلة في النزاع ليست هي المحكمة المختصة، فعندما يرفع المدعي دعواه أمام محكمة غير مختصة، ويقوم المدعى عليه بالمثل أمامها دون أن يدفع بعدم الاختصاص، في هذه الحالة نرى أن هذه المحكمة تكون مختصة، ولا يمكن لهذه المحكمة أن تثير تلقائيا عدم اختصاصها، لأن الطرفين قد تراضيا على هذه المحكمة، فإذا كانت المحكمة المعنية عن طريق اتفاق صريح شرعي وصحيح يجب أن تكون مختصة حصريا، فإنه يجب أن يكون نفس الشيء عندما يكون اختصاصها قائما على اتفاق ضمني، حضور المدعى عليه دون اعتراضه على اختصاص المحكمة المعنية هو دليل على أن اختيار الجهة القضائية الفاصلة في النزاع من طرف هذا المدعي كان ملائما له.

1- المادة 33 و 34 من الاتفاقية تتعلقان بالاختصاص في القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية، حيث تنص المادة 33 على انه: « تختص محاكم كل طرف متعاقد بالفصل دون سواها في الامور التالية: أ) الحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن ببلده. ب) صحة او بطلان او حل الشركات او الاشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها ببلده وكذلك في صحة او بطلان قراراتها. ج) صحة القيد بالسجلات العامة الموجودة ببلده. د) صحة تسجيل براءات الاختراع وعلامات الصنع والرسوم والنماذج ونحوها من الحقوق المماثلة الواقع تسجيلها او إيداعها ببلده. هـ) تنفيذ الاحكام إذا كان مكان التنفيذ ببلده.»، كما تنص المادة 34 على أنه: « في غير الامور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية: أ) إذا كان موطن او محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعددوا وقت افتتاح الدعوى، موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله... ب) إذا كان الالتزام التعاقدي موضوع النزاع قد نفذ او كان واجب التنفيذ لدى الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح او ضمني. ج) في حالات المسؤولية غير التعاقدية إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في بلد ذلك الطرف المتعاقد. د) إذا قبل المدعي عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون ان يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع. و) إذا تعلق الأمر بدعوى مقابلة أو بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم مختصة بالنظر في الدعوى الاصلية بموجب أحكام هذه الاتفاقية. ز) إذا تعلق الدعوى بالأهلية او الأحوال الشخصية لمواطني الطرف المتعاقد المنتسبين إليه بجنسيتهم وقت رفع الدعوى.»، أنظر: مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ 27 يونيو سنة 1994م، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي مشار إليها سابقا.

قد يتأثر الطابع الحصري لاختصاص المحكمة المعينة بمسألة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين في المجال الدولي، هذا الدفع يهدف الى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها نفس النزاع¹، إذن حالة قيام ذات النزاع تفترض أن القاضي الجزائري معروض عليه النزاع في نفس الوقت مع محكمة أجنبية أخرى لقضية بين نفس الأشخاص ولها نفس الموضوع ونفس السبب، هذه الحالة قد تتماثل بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري مع حالة عرض النزاع أمام محكمة غير معينة حيث نكون أمام دعويين واحدة أمام المحكمة المعينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري والأخرى أمام محكمة غير معينة بموجب هذا الاتفاق، مسألة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية تم إثارتها أمام القضاء الفرنسي، حيث كانت مرفوضة رفضا مطلقا لفترة طويلة من طرف الاجتهاد القضائي، على أساس مبدأ السيادة وعدم الثقة في القضاء الأجنبي ووجود العديد من العقبات العملية التي لا تسمح بإعداد هذا الدفع، غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي في مرحلة لاحقة قبل بالدفع بالإحالة لوحدة الموضوع الدولية²، حيث تم تكريسها من طرف محكمة النقض عن طريق قرار صادر عنها سنة 1974م³.

في الجزائر وأمام غياب أي نص قانوني يتصدى لهته المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يتم مد مجال أعمال القواعد الإجرائية الداخلية المنصوص عليها في هذا القانون الى المجال الدولي عملا بالمبدأ الذي يقرر بأن "قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعتبر تطبيقا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلية"⁴، وفي هذا الإطار يتم مد نص المادتين 53 و54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 53 على أنه: « تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع على جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة»، وتنص المادة 54 من نفس القانون على أنه: « يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك. ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع. »، هذين النصين يبينان أنه حتى

1- هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 93؛ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 73.

2- حبار محمد، المرجع السابق، ص 212؛ هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.
3- Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1974, n° 73-13820, Bull. civ.I, n° 312, Rev. crit. DIP 1975, p. 491, note D. Holleaux ; JDI 1975, p. 108, note A. Ponsard.

4- حبار محمد، المرجع السابق، ص 210.

نكون أمام حالة الدفع بالإحالة يجب توفر شروط معينة، وهي: وجود دعوى قائمة أمام قضاء أجنبي¹، وحدة الأطراف في الدعويين، وحدة المحل في الدعويين، وحدة السبب في الدعويين، اختصاص المحكمتين المعنيتين².

في مسائل اتفاق الخضوع الاختياري مسألة الإحالة لوحدة الموضوع يمكن تصورها في حالتين، الأولى عندما تكون المحكمة الجزائرية هي المعينة والمعروض عليها النزاع أخيرا، بينما قضاء أجنبي معروض عليه النزاع للمرة الأولى ويتمسك باختصاصه الدولي بالرغم من وجود شرط خضوع اختياري يمنح الاختصاص للقضاء الجزائري، حسب القانون الجزائري، يبدو أن الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع سيكون مقبولا لأن اختصاص القاضي المعين ليس حصريا³، غير أننا نرى عكس ذلك إذا أردنا أن يكون لاتفاق الخضوع الاختياري دور مهم، والاعتراف للإرادة بدورها في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فيجب أن نقرر أن تعيين محكمة بموجب اتفاق خضوع اختياري يجعل اختصاصها حصريا بموجب هذا الاتفاق، وبالتالي في هذه الحالة لا يتحقق شرط الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع لأنه يشترط في ذلك أن تكون المحكمتين مختصتين وهذا الأمر غير موجود لأنه فقط المحكمة المعينة هي المختصة حصريا باقي المحاكم الأخرى غير مختصة حتى المحكمة المستبعدة.

الحالة الثانية يمكن فيها أن تكون المحكمة الجزائرية هي المستبعدة والفاصلة في النزاع ثانيا بينما القضاء الأجنبي الذي عرض عليه النزاع في أول مرة تم تعيينه عن طريق اتفاق خضوع اختياري، هنا نفرق بين حالتين، فإذا كان اختصاص المحكمة الأجنبية المعينة غير حصري في هذه الحالة يبدو لنا أن الإحالة تؤسس على الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع الدولية، حيث يجب على المحكمة الجزائرية التخلي عن القضية إذا طلب منها الخصوم ذلك كما يجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع، أما إذا كان اختصاص المحكمة الأجنبية حصريا بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، يبدو لنا أن هذا لا يمكن أن يؤسس على الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع الدولية، وقبول الدفع بالإحالة

1- هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 111؛ حبار محمد، المرجع السابق، ص 212 وما بعدها.

2- هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 132 وما بعدها.

3- هذه الحالة يمكن تصورها مثلا لو كان النزاع معروضا امام محاكم دول المغرب العربي، مثلا حين تكون نفس القضية معروضة أمام محكمة جزائرية ومحكمة مغربية، إذا كانت المحكمة الجزائرية معينة بموجب اتفاق خضوع اختياري وقد تم عرض النزاع عليها بعد عرضه على المحكمة المغربية، فاختصاص المحكمة الجزائرية طبقا لاتفاقية اتحاد المغرب العربي ليس حصريا وبالتالي يجب على المحكمة الجزائرية التخلي عن اختصاصها إذا طلب منها الخصوم ذلك، كما يجوز للقاضي تلقائيا أن يتخلى عن الفصل إذا تبين له وحدة الموضوع.

لوحة الموضوع يفترض أن الجهتين القضائيتين هما مختصتان حسب قواعدهما المتعلقة بالاختصاص الدولي المباشر، وعندما نعترف للقضاء الأجنبي المعين باختصاص حصري، القضاء الجزائري المستبعد يجب أن يصرح بعدم اختصاصه، وهنا لن نكون أمام جهتين قضائيتين مختصتين ولكن أمام جهة قضائية واحدة مختصة والتي لا يمكن أن تكون غير تلك المعينة بموجب اتفاق خضوع اختياري، وعليه فالجهة القضائية المعروض عليها النزاع أولا هي المختصة حصريا، أما الجهة التي تنظر في النزاع ثانية فلا يمكنها أن تكون مختصة.

الفقرة الثانية: الحصرية في مسائل الاختصاص غير المباشر.

يمكن أن يصدر حكم أجنبي عن محكمة مختصة بموجب شرط خضوع اختياري، كما يمكن أن يصدر من محكمة غير معينة بموجب ذات الاتفاق، هذا الأمر تتحكم فيه قواعد الاختصاص المباشر للمحكمة التي أصدرت الحكم، التي قد تعترف بشرط الخضوع الاختياري وبالتالي بدور الإرادة في هذا المجال، أو ترفض هذا المبدأ لأسباب متعددة، في الحالتين على القاضي، المطلوب منه الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي يجب أن يدقق في مدى صحة اختصاص المحكمة الأجنبية التي صدر عنها الحكم. نذكر أنه في مجال الأحكام الأجنبية، الشروط المطبقة في مسائل الاعتراف بتنفيذ الحكم الأجنبي تم تقريرها عن طريق قرار " سميتش و منزر " (Simitch et Munzer) الشهيرين¹، دون الدخول في تفصيلهما هذه الشروط القضائية هي اليوم ثلاثة شروط²: الأولى من هذه الشروط تتعلق بصحة الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، الذي يكون صحيحا كل مرة تكون فيها القاعدة الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص لا تمنح الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، وإذا كان النزاع يرتبط بطريقة مميزة مع المحكمة الأجنبية³، كأن يكون الطرفان من جنسية واحدة تتبع الدولة التي أصدرت الحكم، أو يتحد موطنهما في تلك الدولة التي أصدرت الحكم⁴، الشرط

1- Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1964, Munzer, Rev. crit. DIP 1964, p. 344, note H. Batiffol; JDI 1964, p. 302, note B. Goldman; JCP 1964, II, n° 13590, note M. Ancel; Cass. 1^{re} civ., 6 février 1985, Simitch, Rev. crit. DIP 1985, p. 369, note D. Holleaux ; JDI 1985, p. 469, note A. Huet ; D.1985, p. 469, note J. Massip .

2- Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, Cornelissen c. Avianca Inc. e. a., D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée

3- Cass. 1^{re} civ., 6 février 1985, préc.

4- Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, pourvoi n°92-22111, Bull. civ. 1994 I N° 214 p. 156.

الثاني وهو عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الدولي، الشرط الثالث هو غياب الغش نحو القانون أو الحكم¹.

فيما يخص المشرع الجزائري فقد وضع أربعة شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي نص عليها في المادة 605 من ق.إ.م.إ.ج وتتمثل هذه الشروط في: الشرط الأول يجب أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص، أما الشرط الثاني أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه، الشرط الثالث يقضي بأن لا يتعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه، والشرط الرابع ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، قراءة هذا النص تبين أن المشرع الجزائري لم يبين في الشرط الأول وفق أي قواعد تتم مراقبة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، هل يتم وفق قواعد الاختصاص في القانون الجزائري أم وفق قواعد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، أم وفق قانون دولة أخرى مثلا كقانون المحكمة التي تم تعيينها بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، وهذا الأمر يثير الكثير من التساؤلات ويترك القاضي في حيرة من أمره، قبل أن نحلل موقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة لمحاولة الوصول إلى حل مرض، نرى أنه من المناسب التطرق إلى موقف بعض الاتفاقيات في هذا المجال.

في اتفاقية بروكسل الاعتراف بحكم أجنبي صادر بناءً على شرط خضوع اختياري لا يثير أي صعوبات خاصة، فالقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من إحدى الدول المتعاقدة يمكنه أن يرفض الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا طلب منه كل من له مصلحة في ذلك وإذا كان الحكم الأجنبي ينكر الاختصاصات الواردة في الاتفاقية والمتعلقة بمسائل التأمين، والعقود المبرمة مع المستهلكين، والعقود الفردية للعمل، وإذا كان المؤمن له أو المستفيد من التأمين أو المستهلك أو العامل مدعى عليهم، وكذلك عند مخالفة قواعد الاختصاص الحصرية المنصوص عليها في المادة 24 من نفس الاتفاقية، وبالتالي فإن الحكم الأجنبي الصادر عن محكمة مختصة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري والذي يخالف الاختصاصات الحصرية السابقة لا يعترف به.

1- راجع: عبد النور احمد، إشكاليات تنفيذ الاحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

فيما يخص اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي فقد جاء في مادتها الخامسة والعشرون (25) الفقرة ب على أنه: «— مع مراعاة نص المادة 30 من هذه الاتفاقية، يعترف كل من الاطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم اي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية، والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، الحائزة قوة الامر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الاحكام المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى احكام هذا الباب، وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمة أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم...»¹، هذا النص من الاتفاقية يبين أن الحكم الصادر من أحد محاكم الدول المتعاقدة لا يمكن تنفيذه في الدولة المتعاقدة المطلوب منها التنفيذ إذا كانت إحدى محاكم هذه الدولة تختص اختصاصا حصريا بنظر النزاع الصادر بشأنه الحكم والمطلوب تنفيذه²، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نص هذه المادة يبين أيضا أن مراقبة هذا الاختصاص عند تنفيذ الحكم الأجنبي يتقرر وفق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب منه الاعتراف أو التنفيذ.

أما بالنسبة لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، فإنها تنص في مادتها 37 المتعلقة بالاعتراف بالأحكام على أن: « ما تصدره المحاكم القائمة ببلد أحد الاطراف المتعاقدة في الدعاوى المدنية وبما في ذلك الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية وفي الدعاوى التجارية بمقتضى صلاحياتها القضائية والولائية، يكون له قانونا ببلدان الأطراف الأخرى قوة الأمر المقضي به إذا توفرت فيه الشروط التالية: أ) أن يكون الحكم صادرا عن هيئة قضائية مختصة طبقا لقواعد الاختصاص الدولي المقرر لدى الأطراف المتعاقدة المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام الباب السابق.»، من الواضح جدا أن نص هذه المادة

1- مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 11 فبراير سنة 2001م، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المشار إليها سابقا.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 330.

يقضي بأن مراقبة مدى صحة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم يتم إما وفق قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الاتفاقية أو وفق قواعد الاختصاص الدولي للدولة المطلوب منها التنفيذ والاعتراف. في هذه الظروف الفحص الذي سيخضع له شرط الخضوع الاختياري في إطار الاعتراف بالحكم الأجنبي الصادر مطابقا أو مخالفا لهذا الشرط نرى أنه يعتمد على قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ هذا الحكم، وليس إلى تنازع القوانين، والسبب في ذلك أن المسألة هنا لا تتعلق بموضوع النزاع، بل هي تتعلق أكثر باختصاص القاضي الأجنبي بمعنى تتعلق بمسائل إجرائية، فإذا كان هناك طلب تنفيذ حكم أجنبي يتعلق باتفاق خضوع اختياري أمام القضاء الجزائري، فإننا نرى أن قبول أو رفض تنفيذ هذا الحكم يجب أن يكون حسب ما تشير إليه قواعد الاختصاص القضائي الجزائرية، فكل مرة يكون فيها النزاع الذي صدر بشأنه الحكم لا تختص به المحاكم الجزائرية اختصاصا حصريا فإنه يمكن تنفيذه، فإذا كان الحكم صادرا عن دولة أجنبية مختصة بموجب اتفاق خضوع اختياري، فإنه يشترط أن لا يكون النزاع من الاختصاص الحصري للمحاكم الجزائرية؛ أما في الحالة التي يكون فيها الحكم صادرا عن دولة أجنبية مخالفا للاختصاص الذي يقضي به اتفاق الخضوع الاختياري فإنه يمكن للقاضي الجزائري أن يرفض تنفيذ هذا الحكم إذا تمسك به من له مصلحة في ذلك، لأن احترام توقعات الأفراد، واحترام إرادة الأطراف تتطلب أن تكون المحكمة المعنية بموجب اتفاق شرعي وصحيح مختصة اختصاصا حصريا، وعليه يستبعد اختصاص المحاكم الأخرى، هذه الفكرة ينتج عنها أنه إذا صدر حكم عن محكمة غير معينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري فإنه احتراماً لتوقعات الأفراد يجوز عدم قبول تنفيذ حكمها¹.

مسألة مراقبة صحة اختصاص اتفاق الخضوع الاختياري في إطار الاختصاص القضائي غير المباشر ثار بشأنها خلاف كبير، وربما قد يكون هذا الأمر هو الذي جعل المشرع الجزائري لا يفصل في هذه المسألة، تحديدها يعتمد على الطريقة التي نفهم بها الاختصاص المبني على إرادة الأطراف، بمعنى هل نحن نميل إلى الطابع الإجرائي أو الطابع التعاقدية لاتفاق الخضوع الاختياري، بمعنى هل يتعلق هذا الاتفاق بالشروط المتعلقة باختصاص القاضي الأجنبي أو بالشروط المتعلقة بمراقبة القانون المطبق على الشرط، بعضهم يرى أن مسائل الاختصاص غير المباشر تدخل تحت مظلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع حيث يجب أن تخضع هذه المسألة لتنازع القوانين²، هذا الاقتراح يرى أنه من الملائم

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 331.

2- Gaudemet-Tallon, thèse préc., n^{os} 155 et s.

في مسائل الاختصاص الدولي غير المباشر إخضاع تمديد الاختصاص إلى القانون المعين من طرف قاعدة التنزع للمحكمة الأجنبية التي منحها هذا التمديد الاختصاص، تجدر الإشارة إلى أن هذا الموقف تم تقريره قبل صدور قرار "منزر وسميث"، في حقبة أين كان تحديد قواعد الاختصاص غير المباشرة غير مؤكّد ومختلف فيه¹.

الفرع الثاني: مجال اتفاق الخضوع الاختياري.

اختصاص المحكمة المعينة بالإرادة المشتركة للأطراف من المفروض أن لا يتعلق إلا بالنزاعات التي تدخل في مجال اتفاق الخضوع الاختياري، تحديد هذا المجال يتبين أحيانا أنه يثير العديد من الصعوبات فيما يتعلق بنطاقه، سواء من حيث طبيعة النزاع (الفقرة الأولى)، أو من حيث مضمونه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث طبيعة النزاع.

في هذا الإطار نتساءل هل أن نطاق اتفاق الخضوع الاختياري ينحصر فقط في العلاقات التعاقدية بين الأطراف، أي هل يمكن تصور عقد اتفاق خضوع اختياري يتعلق بنزاع من طبيعة غير تعاقدية، أو امتداد اتفاق بشأن علاقة ذات طبيعة تعاقدية إلى نزاع ذو طبيعة غير تعاقدية.

مسألة معرفة إذا كان النزاع يدخل في المسائل التعاقدية أو يخرج عنها يشكل صعوبة في بعض الأحيان، وما يزيد في هذا الأمر هو اختلاف الأنظمة القضائية المعنية بالنزاع حول مفهوم العقد، فمثلا هناك من يعتبر أن الخطأ المرتكب في إطار تكوين العقد يدخل ضمن المسؤولية العقدية لأن الطرفين حين قيامهما بالمفاوضات السابقة للتعاقد كانت إرادتهما تتجه إلى إبرام عقد صحيح، بينما هناك من يرى أن المسؤولية الناتجة عن هذه المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية²، وتزداد أهمية هذه المسألة مع انتشار القوانين الخاصة بالمسؤولية التي تتجاوز التفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية مثل ما هو الحال في مسائل المسؤولية عن حوادث المواد الفاسدة، في هذه الظروف نذكر أن التكييف يتم وفق قانون القاضي³، فالقاضي الجزائري الناظر في النزاع سواء كان معينا أو مستبعدا يجب أن يطبق مفهوم العقد حسب القانون الجزائري ليقرر ما إذا كان النزاع ذو طبيعة عقدية أو غير عقدية⁴.

1-N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n° 184, note n° 146.

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 122؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

3- تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أنه: « يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه»، أنظر: حبار محمد، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

4- المرجع نفسه، ص 159.

مسألة نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث طبيعة النزاع تم إثارتها أمام القضاء الفرنسي، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بين أنه أحيانا قد يتم تكييف النزاع خارج نطاق تطبيق الخضوع الاختياري رغم علاقته به، في قضية الحال شركة فرنسية تستغل محلا تجاريا للألبسة أبرمت عقد توريد مع مزود إيطالي يتضمن شرط تعيين القضاء الإيطالي، رفعت الشركة الفرنسية دعوى قضائية في فرنسا ضد موردها الذي رفض أن يبيعها بعض أنواع الألبسة، أثار المدعى عليه عدم الاختصاص الدولي للقضاء الفرنسي مرتكزا على شرط الخضوع الاختياري، هذا الدفع تم رفضه من طرف محكمة الاستئناف¹، وأيدته في ذلك الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، بسبب أن رفض البيع في هذه الحالة يمثل واقعة مادية ينتج عنه مسؤولية تقصيرية بسبب رفض البيع²، هذا القرار يبين أن محكمة النقض تعتبر أن مجال اتفاق الخضوع الاختياري لا يمكن أن يتعلق إلا بالعلاقات التعاقدية للأطراف.

في الجزائر هل يمكن القول أن اتفاق الخضوع الاختياري لا يمكن أن يطبق على نزاع يعتبر خارج عن المعاملات التعاقدية، على الرغم من أنه على علاقة بالعقد الذي يتضمن اتفاق الخضوع الاختياري؟ في الواقع نرى أن قواعد الاختصاص التي تجعل من الإرادة المشتركة للأطراف ضابط ربط لنظام قضائي يمكنها أن تشمل مجالا أوسع من المسائل التعاقدية، تدخل إرادة الأطراف ليس مقيدا في فئة محددة لها، مادام اتفاق الأطراف لا يمس بالاختصاص القضائي الدولي الإلزامي، وعليه فإن اختصاص المحكمة المعينة عن طريق اتفاق خضوع اختياري لن يكون بالضرورة محددا في النزاعات المكيفة بأنها تعاقدية، وإذا كان لا شيء يمنع من اعتبار أن مجال تطبيق اتفاق الخضوع الاختياري يتخطى مجال تطبيق العقد لحساب ما اشترط له، لذا لا نرى ما يمنع المتعاقدين من إجمال في مجال الشرط نزاعات لها علاقة مع العقد الذي أدرجت فيه بالرغم من عدم تكييفها على أنها مسائل تعاقدية، كحالة دعوى التعويض نتيجة إبطال عقد للتدليس والذي يعتبر في القانون الجزائري من مسائل المسؤولية التقصيرية³، والشيء نفسه يمكن أن نتصوره في ظروف أخرى عند تطبيق شرط الخضوع الاختياري على مسائل غير تعاقدية حين ينشئ التصرف التزامات على علاقة بالعقد الذي يحتوي على شرط اتفاق خضوع اختياري، مثلا

1- CA Colmar, 1^{re} ch. civ., 8 mars 1994.

2- Cass. com., 9 avril 1996, D. 1997, p. 77, note E. Tichadou ; RTD civ. 1997, p. 121, obs. J. Mestre.

3- حيث أن التدليس واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الوسائل، وإذا استطاع المدلس عليه إثبات التدليس يبطل العقد بطلب منه إذا كان الفاعل هو المتعاقد معه، ويمكنه الحصول على تعويضات طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 184.

كحالة المطالبة بإعادة المبالغ غير المستحقة بعد إبطال العقد¹، بعبارة أخرى شرط اتفاق الخضوع الاختياري لا يجب أن يطبق فقط على النزاعات التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية، بل يجب كذلك أن يطبق على النزاعات التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية إذا كانت هذه النزاعات لها علاقة مع العقد الذي تم اشتراطه فيه.

نشير في الأخير أنه إن كان مسموحاً للأطراف بإخضاع المسائل غير التعاقدية المرتبطة بعقدهم لاتفاق الخضوع الاختياري، فما هو موقف المحكمة المعنية عندما لا يشير الأطراف صراحة إلى أن اتفاقهم الخاص بالخضوع الاختياري يطبق على دعوى المسؤولية الناتج عن الإبطال، على طلب التعويض... الخ، في هذه الحالة نرى أنه لا يجب تحديد اختصاص المحكمة المعنية في النزاعات ذات الطبيعة التعاقدية فقط، لأن هدف اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل في استبعاد كل عدم يقين فيما يخص تحديد القضاء المختص دولياً، فإن كانت هناك بعض الدعاوى ذات علاقة مع العقد، رغم أنها مكيفة غير تعاقدية يجب افتراض أن التوقعات الشرعية للأطراف كانت إخضاع هذه النزاعات التي لها علاقة بالعقد إلى محكمة واحدة والتي اتفقوا على تعيينها، وليس تشتيت نزاعهم بين محاكم دول مختلفة.

الفقرة الثانية: نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث مضمون النزاع.

نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث مضمون النزاع يثير الكثير من الإشكاليات سواء بخصوص تحديد العلاقات القانونية المختلفة التي تخضع لهذا الاتفاق، أو من حيث تفسير هذا المضمون، وعليه سيتم التطرق إلى مسألة تحديد موضوع اتفاق الخضوع الاختياري بشأن النزاعات الناشئة والتي قد تنشأ بمناسبة علاقة قانونية (أولاً) ثم بحث مسألة تفسير مضمون اتفاق الأطراف (ثانياً).

أولاً: تحديد موضوع اتفاق الخضوع الاختياري بشأن النزاعات الناشئة والتي قد تنشأ بمناسبة علاقة قانونية.

نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث موضوع النزاع يثير صعوبات خاصة من حيث مجال امتداده للعلاقات القانونية المختلفة، لذلك يتطلب الأمر تحديد نطاق هذا الاتفاق في نزاع محدد، هذا التحديد لنطاق اتفاق الخضوع الاختياري على النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بمناسبة علاقة قانونية يمكن فهمه بأنه منع أحد الأطراف من أن يفرض على الآخر شرط خضوع اختياري يجمع كل علاقتهما

1- P. Guez, thèse préc., p. 384.

المستقبلية¹، وبالتالي هذه الفكرة تصب في حماية الطرف الضعيف من تسلط الطرف القوي في العلاقة القانونية²، من خلال حماية المتقاضى من نفسه أولاً عن طريق منعه من إبرام اتفاق خضوع اختياري بحاله غير محدد خاصة الطرف الضعيف، وحتى المحترف في مواجهة الطرف القوي الذي سيفرض عليه اختصاص محكمة معينة بشأن كل النزاعات التي تنشأ بينهم³، كذلك في هذا الإطار يتم استبعاد الحالة التي يفاجئ فيها طرف المتعاقد معه بمنح محكمة معينة الاختصاص بكل النزاعات التي تنشأ عن العلاقات التي يجريها مع المتعاقد معه، والتي هي في أصلها علاقات قانونية مختلفة عن تلك التي بمناسبةها تم عقد اتفاق خضوع اختياري⁴.

هذه الفكرة تؤكد عليها اتفاقية بروكسل حيث تنص في المادة 25 منها على أنه إذا اتفق الأطراف دون اعتبار لموطنهم على محكمة أو محاكم دولة عضو لتنظر في نزاعهم الناشئ أو الذي سينشأ مستقبلاً بمناسبة علاقة قانونية محددة، هذه المحاكم ستكون مختصة⁵، كما تنص عليها اتفاقية لاهاي لسنة 1965م المتعلقة باتفاقات الخضوع الاختياري في مادتها الأولى الفقرة 01⁶.

هذه الفكرة نجدتها أيضاً مطبقة على العلاقات بين الشركة ومساهميها، حيث تعتبر محكمة العدل الأوروبية أن شرط الخضوع الاختياري الموجود في قانون الشركة يتحدد بحاله حول النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بمناسبة العلاقات بين الشركة ومساهميها فقط، وهي على هذا النحو تؤكد على ضرورة أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري مبرماً بشأن علاقة قانونية محددة⁷.

مسألة العلاقة القانونية المحددة تثار بصفة خاصة في مجال عقود الإطار التي تحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة والتي تسمى بعقود التطبيق أو عقود

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 331.

2- المرجع نفسه، ص 332.

3- P. Guez, thèse préc., p. 385.

4- CJCE, 10 mars 1992, préc.

5- Article 25:« 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes...», Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, préc.

6- Article premier: « Dans les matières auxquelles s'applique la présente Convention et sous les conditions qu'elle prescrit, les parties peuvent, par un accord d'élection de for, désigner pour connaître des litiges nés ou pouvant naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé...», Convention sur les accords d'élection de for, Conclue le 25 novembre 1965, préc.

7- CJCE, 10 mars 1992, préc.

التنفيذ¹، الإشكالية تثور حول إمكانية الأطراف التمسك بشرط اتفاق خضوع اختياري مدرج ضمن عقد إطار بشأن نزاع يتعلق بعقد لاحق يتعلق بتنفيذ عقد الإطار لا يتضمن هذا الاتفاق، بمعنى آخر هل يمكن لشروط خضوع اختياري مدرج ضمن عقد الإطار أن يطبق ليس فقط على النزاعات التي من المحتمل أن تنشأ عن تنفيذ هذا الأخير، ولكن أيضا بخصوص العقود المنفذة لصالحه؟ وبالعكس هل يمكن لشروط خضوع اختياري مدرج ضمن عقد لاحق لعقد الإطار أن يمتد لعقد الإطار الذي لا يتضمن أي شرط خضوع اختياري؟

لا المشرع الجزائري ولا القضاء الجزائري حسب علمنا تصدى لهتين المسألتين، بينما يرى الفقه بخصوص التساؤل الأول أن شرط الخضوع الاختياري يمكنه أن يحيل إلى علاقة قانونية مستقبلية، إذا كان في وقت انعقاده، طبيعة هذه العلاقة معروفة بما فيه الكفاية قبل نشأتها، وأن تكون عبارات شرط الخضوع الاختياري تشير بشكل واضح على أنه يطبق على عقود التطبيق²، فمثلا إذا كان نفس المزود يورد بانتظام تاجر التجزئة بعض السلع، يمكننا قبول أن الاتفاق يمكن أن يستهدف كل البيوع المتتالية³، المتتالية³، أما بالنسبة للتساؤل الثاني فإنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الأجنبي نجد أن القضاء الفرنسي يرى بأن شرط الخضوع الاختياري المدرج في العقود المبرمة لصالح تطبيق عقد الإطار لا يمكن أن يمتد إلى النزاعات المتعلقة بعقد الإطار⁴.

حالة أخرى يمكنها أن تعترضنا في هذا المجال تتعلق بالحالة التي يبرم فيها الطرفان عقدان مختلفان، حيث يدرجان في العقد الأول شرط خضوع اختياري، أما العقد الثاني فلا يتضمن هذا الشرط، فهل يمتد الشرط المدرج في العقد الأول للنزاعات التي تخص العقد الثاني؟ في اجتهاد قضائي فرنسي كان واضحا فيه أن محكمة النقض طبقت مبدأ العلاقة القانونية المحددة بصراحة عندما يعقد طرفان عقدان مختلفان أين واحد فيهما فقط يتضمن شرط خضوع اختياري، في هذه القضية تم إبرام عقد وكالة تجاري يتضمن شرط خضوع اختياري، وعقد استشارة ومساعدة تجارية لا يتضمن هذا الشرط بين نفس الأطراف، الغرفة التجارية نقضت قرار محكمة الاستئناف التي تمسكت فيه هذه الأخيرة

1- عطية سليمان خليفة، عقد الاطار والقانون الواجب التطبيق عليه، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، 2013، مج.6، ع. 16، ص 123.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 332.

3- V. HEUZE, op. cit., p. 92.

4- P. Guez, thèse préc., p. 386.

بأن هذين العقدين رغم أنهما مختلفين يجب أن يؤخذوا على أنهما غير مجزئين وبالتالي يخضعان للمحكمة المعينة من طرف شرط الخضوع الاختياري؛ بسبب أن العقد الذي على أساسه رفعت الدعوى كان مختلفا عن ذلك الذي يتضمن شرطا مانحا للاختصاص كما أنه لا يتضمن هو نفسه شرط خضوع اختياري¹، مع ذلك هناك من الفقهاء من يرى أنه في هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا اتجهت إرادة المتعاقدين صراحة إلى اعتبار أن العقدين غير منفصلين ومرتبطين ارتباطا وثيقا، فإن شرط الخضوع الاختياري المدرج في أحدهما يمتد للآخر².

بالنسبة لنا في الجزائر نرى أن المشرع في هذه المسألة يجب أن يأخذ بمبدأ العلاقة القانونية المحددة كأصل عام حيث لا يمتد شرط الخضوع الاختياري المدرج في أحد العقود للثاني إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على ذلك، أما عندما يكون الاتفاق ضمينا على هذه المسألة ولصعوبة الوقوف على إرادة الأطراف في هذه الحالة³، فإننا نرى أنه يجب التفرقة بين الحالة التي لا يمكن فيها تجزئة العقدين والحالة التي يمكن فيها تجزئة العقدين، فإذا كان لا يمكن تجزئة العقدين بمعنى أنه لا يمكن أن نفرق بينهما، فإن شرط الخضوع الاختياري المدرج في أحدهما يجب أن يطبق على الآخر، وهذه المسألة تترك لتقدير القاضي، فمثلا إذا تعاقد شخص مع شخص آخر لإنشاء مصنع لإنتاج السكر يتضمن هذا العقد شرط خضوع اختياري، ثم يعقدان عقدا آخر بينهما لتوريد المادة الأولية لهذا المصنع لا يتضمن شرط خضوع اختياري، فمن المنطقي هنا أن يمتد شرط الخضوع الاختياري المدرج في العقد الأول إلى النزاعات التي تحدث بمناسبة العقد الثاني لارتباط العقدين مع بعضهما البعض، حيث يصعب تنفيذ العقد الأول دون تنفيذ العقد الثاني، أما إذا تعلق الأمر بالمقابل بعقدين مختلفين، فإن شرط الخضوع الاختياري لا يجب أن يمدد للنزاعات المتعلقة بالعقد الذي لم يشترط فيه.

في الأخير نتساءل هل يجب النص وتحت جزاء البطلان في اتفاق الخضوع الاختياري على أن هذا الأخير يستهدف علاقة قانونية محددة، بمعنى إلزام الأطراف بالإشارة في الاتفاق المكتوب إلى نوع العلاقة القانونية المستهدفة من الاتفاق؟ نرى هنا أنه في حالة إذا كان هناك عادات أو معاملات تجارية

1- Cass. com., 12 décembre 1989, JDI 1991, p. 158, obs. A. Huet; Rev. crit. DIP 1990, p. 358, note H. Gaudemet-Tallon.

2- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 333.

3- المرجع نفسه.

دولية سابقة تسمح كما أشرنا إليه سابقا بافتراض أن الشرط كان موضوع تراض، نفس هذه العادات ونفس هذه المعاملات يجب أن يكون لها تأثير على مفهوم العلاقة القانونية المحددة، فالمعاملة التي تثبت أن الأطراف قد تراضوا على اتفاق الخضوع الاختياري المدرج في عقد الإطار لأنهم عقدوا البيوع المتوقعة من طرف عقد الإطار هذا، يسمح بدون شك باعتبار أن هذه البيوع المتتالية تدخل ضمن العلاقة القانونية المحددة لشرط الخضوع الاختياري¹، أما في الحالة التي لا تكون فيها بين الطرفين عادات أو علاقات تجارية سابقة فإن الأطراف ملزمون بالاتفاق صراحة على العلاقة القانونية المحددة التي يخضع لها اتفاق الخضوع الاختياري.

ثانيا: مضمون اتفاق الخضوع الاختياري.

تحديد مضمون اتفاق الخضوع الاختياري يمكن تصوره حين يكون هناك غموض في العبارات التي تبين ماهي المنازعات التي تدخل ضمن نطاق اتفاق الخضوع الاختياري أو في الحالة التي تتعلق بمسائل تخرج من نطاق اتفاق الخضوع الاختياري لكنها تطرح بواسطة طلبات مقابلة، الحالة الأولى تثير مسألة تفسير الإرادة المشتركة للأطراف فيما يخص النزاعات التي أبرم لصالحها اتفاق الخضوع الاختياري، نشير هنا إلى أن معرفة مضمون الالتزامات التي ينشئها العقد يتم تفسيرها عن طريق القواعد المطبقة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية بمعنى قانون العقد²، وفي القانون الجزائري هو القانون الذي يختاره الأطراف حسب المادة 18 من ق.م.ج، غير أن هناك في الفقه من يفرق بين تفسير العقد الخاضع لقانون العقد، وتفسير عبارات العقد والتي هي في المبدأ مسألة واقع ولا شيء يفرض ربطها بقانون العقد، فالقاضي يمكنه مثلا تفسير عبارات العقد حسب النظام القانوني للبلد المستعملة لغته أو أيضا حسب معاملات التجارة الدولية³، وهذا ما قضت به محكمة العدل الأوروبية حين قررت أن تفسير الشرط المانح للاختصاص الذي يتم إثارته أمام القاضي الوطني لكي يتم تحديد النزاعات التي تدخل ضمن مجال تطبيقه يقوم به هذا الأخير، دون أن تشير المحكمة بأنه يتوجب على هذا القاضي أن يلجأ إلى قانون العقد للقيام بهذا التفسير⁴، هذا ما طبقه أيضا القضاء الفرنسي في القرار الشهير "سورلك" حين رفضت محكمة النقض أحد أوجه الطعن من أحد الأطراف الذي يرى بأن اتفاق الخضوع

1- P. Guez, thèse préc., p. 388.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 400 وما بعدها.

3- P. Guez, thèse préc., p. 389.

4- CJCE, 10 mars 1992, préc.

الاختياري أبرم لكي يفصل في موضوع النزاع وليس في المسائل الاستعجالية التي تتعلق به، وأكدت أن تحديد النطاق الدقيق للشرط المانح للاختصاص هو من اختصاص قضاة الموضوع، الذين استنتجوا عن طريق تحليل مجموع الاتفاقيات أن نية الأطراف المشتركة بهذا الخصوص كانت اخضاع كل الدعاوى حتى تلك المتعلقة بالمسائل الاستعجالية للمحكمة المعينة¹، وواضح هنا أن الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية لجأت إلى تفسير اتفاق الخضوع الاختياري حسب مفهوم القانون الفرنسي دون الإشارة للقانون المطبق على العقد.

استبعاد منهج التنازع في التفسير سيسمح بالاعتماد على قانون القاضي الفاصل في النزاع، سواء كان مستبعدا أو معينا لتفسير اتفاق الخضوع الاختياري، هذا الأمر قد يشكل عاملا سلبيا اتجاه محتوى اتفاق الخضوع الاختياري، خاصة عندما نعرف أن طرق التفسير تختلف حسب الأنظمة القضائية، مع ذلك نرى أنه من الأحسن أن يتم التفسير حسب قواعد قانون القاضي إذا كان القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، أما إذا كان القاضي المعروض عليه النزاع ليس هو القاضي المعين فنرى أنه من الأحسن أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، احتراماً للتوقعات الشرعية لهم، واستقرار المعاملات.

في القانون الجزائري تنص المادة 111 من ق.م.ج على أنه «... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.»²، طبقا لهذا النص فإن كان هناك اتفاق خضوع اختياري عبارته غامضة فيجب أن يتم تأويلها عن طريق البحث عن النية المشتركة للطرفين³، وحين يتعذر على القاضي الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين في هذا الشرط، كأن تكون العبارات ذات دلالات متعددة لا يمكن ترجيح

1- Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1985, préc.

2- وقد أكد القضاء الجزائري أن سلطة تفسير عقود واتفاقيات الأطراف إذا تعلق الأمر بعقود بها ليس أو غموض، مع ذلك لا يمكن للمحكمة إحلال تعبير خاص لها محل بنود واضحة وغير مبهمة، راجع: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 23713 الصادر بتاريخ 12/03/1983م، مجلة الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 165؛ راجع أيضا: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315 الصادر بتاريخ 13/04/1983م، المجلة القضائية، ع. 01، 1990م، ص 19؛ راجع أيضا: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 03/04/1985، المجلة القضائية، ع. 04، 1989م، ص 48.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 388، راجع أيضا: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 149300 الصادر بتاريخ 23/07/1997، المجلة القضائية، ع. 02، 1997م، ص 51.

إحداهما على الأخرى¹، فعليه أن يأخذ بقواعد العدالة وحسن النية مثل قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين²، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن، وعليه في حالة عدم تمكن القاضي من الوقوف على النية المشتركة للطرفين، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة الشخص الذي يتحمل عبء الشرط محل التفسير، وإذا كان العقد الذي ورد فيه شرط الخضوع الاختياري هو من عقود الإذعان، فإن تفسير الغموض في عبارات الشرط المتعلق باختيار المحكمة يجب أن لا تكون ضارة بمصلحة المدعن، سواء كان دائما أو مدينا فالطرف القوي هو من يتحمل مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو من وضع تلك الشروط³.

الحالة الثانية التي تثار بشأن مضمون اتفاق الخضوع الاختياري تتعلق بحالة الطلبات التي لا تدخل ضمن نطاق اتفاق الخضوع الاختياري ويتم طرحها أمام المحكمة المعينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، هنا نتكلم عن ما يعرف بالطلبات المقابلة (les demandes reconventionnelles)، وهي الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه للحكم له بمنفعة معينة وفي نفس الوقت لرفض الطلب الأصلي لخصمه، وتسمى كذلك بدعاوى المدعى عليه، وهي وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى، ووسيلة هجومية تؤدي إلى تغيير محل الخصومة، يعرض بها المدعى عليه على المحكمة إدعاء يطالب فيه الحكم له بما يدعيه على خصمه⁴، كطلب المقاصة القضائية، مثلا كأن يقوم البائع برفع دعوى ضد المشتري أمام المحكمة المعينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري للمطالبة بثمن المبيع، ويبييه هذا الأخير عن طريق طلب مقابل بالمقاصة عن سعر البيع المدعى به من طرف البائع، فهل يرفض القاضي طلب المشتري حيث لا يبقى له إلا اللجوء إلى محكمة موطن البائع حتى يتمكن أن يفصل في طلبه الخاص بالمقاصة، أو يقبل القاضي هذا الطلب رغم عدم دخوله ضمن نطاق اتفاق الخضوع الاختياري؟ في هذه الحالة تثار مسألة معرفة هل حقا أن الأطراف رفضوا إخضاع الطلبات المقابلة للقاضي المعين رغم أن عبارات

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 392.

2- تنص المادة 112 من ق.م.ج على أنه: « يؤول الشك في مصلحة المدين. غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن.».

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 334؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

4- راجع في هذا المعنى: أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 223؛ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 68؛ بويشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م، ص 127 و130.

الشرط واضحة، هذه الفكرة يكمن هدفها في أن هناك مصلحة في أن تكون محكمة واحدة فاصلة بجموع النزاع، حيث تختص المحكمة المعينة بموجب شرط خضوع اختياري لتفصل في الطلبات المقابلة والطلبات الإضافية دون التفريق في ما إذا كان الطلب يتعلق بالنزاع المستهدف من طرف شرط الخضوع الاختياري أو لا¹، إلا أنها تتعارض مع المبدأ الذي من خلاله أن عبارات شرط الخضوع الاختياري الواضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين²، وفي هذه الحالة نكون أمام خيارين إما أن نرجح إرادة الأطراف ونتقيد بمضمون اتفاق الخضوع الاختياري وبالتالي رفض أي طلب لا يدخل ضمن نطاقه، أو ترجيح مبدأ حسن سير العدالة الذي يقتضي بعدم تشتيت النزاع على عدة محاكم.

الخيار يبدو صعبا في هذه الحالة، غير أن هناك من يقدم حلا يعتمد على أن القاضي المعروض عليه النزاع الطلب الأصلي هو المختص ليفصل في الطلبات المقابلة، حيث يعتبر شرط الاختصاص في هذه الحالة شرطا جوهريا ليبرر عقد الاختصاص للمحكمة بنظر الطلبات المقابلة المقدمة من طرف المدعى عليه، ويستوي بعد ذلك أن يكون الاختصاص بالطلب الأصلي قد بني على ضابط الجنسية المدعى عليه، أو موطنه أو محل إقامته، أو ضابط الخضوع الاختياري، أو أي ضابط آخر يبنى عليه اختصاص المحكمة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وهذا ما يقرره المشرع المصري في قانون المرافعات حيث تنص المادة 33 منه على أنه: « إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن تنظر معها »³، هذا الحل يعتمد أيضا القانون الاتفاقي الأوروبي حيث تقرر المادة 07 الفقرة 03 من اتفاقية بروكسل بأن المحكمة الفاصلة في الطلب الأصلي هي مختصة للاعتراف بطلب مقابل مستمد من العقد أو من الوقائع التي بني عليها الطلب الأصلي⁴.

1- H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., n° 402

2- أنظر المادة 111 من ق.م.ج، أنظر أيضا: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 383-386.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 218 وخاصة الصفحة 224.

4- Article 8 «...3) s'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant la juridiction saisie de celle-ci;...», Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, préc.

المشرع الجزائري لم ينص على الطلبات المقابلة بصفة صريحة، نص فقط على ضرورة ارتباط الطلبات المقابلة بالطلبات الأصلية في المادة 25 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ.ج¹، ونرى أنه من الأحسن الأخذ بما أخذ به المشرع المصري في هذا المجال فحين تكون المحاكم الجزائرية مختصة بدعوى أصلية فإنها تكون مختصة في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، وتختص كذلك بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن تنظر فيه، وعليه فحين يتم إثارة مسألة لم تدخل ضمن نطاق اتفاق الخضوع الاختياري بموجب طلبات مقابلة فعلى المحكمة المعنية أن تعتبر هذه الطلبات داخلة ضمن اختصاصها، ثم لا يهم بعد ذلك أن الطلب المقابل يدخل أو يخرج من نطاق مجال تطبيق شرط الخضوع الاختياري، لأن إرادة الأطراف ليست هي التي تؤسس اختصاص القاضي الفاصل في النزاع للاعتراف بهذا الطلب ولكن بموجب قاعدة اختصاص نافذة، وهذا ما يستوجب على المشرع الجزائري وضع قاعدة خاصة بهذا المجال.

في الأخير يجب أن نشير إلى مسألة اختصاص القاضي المعين بالنظر في المسائل الوقتية والتحفظية، فهل يختص بها القاضي المعين عندما يسكت شرط الخضوع الاختياري حول هذه المسألة، جانب من الفقه يرى أن المحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن تكون مختصة بالنظر في الإجراءات الوقتية والتحفظية ولو لم تكن مختصة لتفصل في المسألة الأصلية، هذا الموقف تأخذ به المحاكم الأردنية لأن الفصل في هذه الإجراءات لا أثر له على الفصل في الدعوى الأصلية احتراماً لمبدأ وحدة القضاء الذي ينظر المسألة الأصلية²، وهو نفس الموقف الذي تأخذ به المحاكم المصرية، حيث تنص المادة 34 من قانون المرافعات المصري على أنه: « تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية»، حيث يبرر هذا الاختصاص على فكرة المقتضيات التي تفرضها مصلحة الخصوم حيث يشكل طول الإجراءات سبباً في الإضرار بمصلحة الخصوم لا يمكن جبره³، ذلك هو أيضاً موقف محكمة النقض الفرنسية في قرار "سورلك" (Sorelec)⁴، حيث كان الشرط في هذه القضية يشير دون أي توضيح آخر أن كل النزاع

1- تنص المادة 25 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: « يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد، غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية...».

2- نور حمد الحجابيا، المرجع السابق، ص 335.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 229.

4- Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1985, préc.

سيكون خاضعا لقضاء المحاكم الليبية، ورغم ادعاء أحد الأطراف أن المسائل الاستعجالية لا تدخل ضمن اختصاص المحكمة المعينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، محكمة النقض أيدت محكمة الاستئناف على تمسكها بأن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع كل الدعوى إلى القضاء الليبي، حتى تلك التي تتعلق بالمسائل الاستعجالية، ونحن نرى أن هذا الموقف يجب أيضا أن يطبق في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الآثار الشخصية لاتفاق الخضوع الاختياري.

يشير أثر اتفاق الخضوع الاختياري مسألة معرفة مدى إمكانية احتجاج طرف بهذا الاتفاق اتجاه شخص آخر لم يكن طرفا في العقد الذي تم اشتراطه فيه، للإجابة على هذه المسألة يتوجب الوقوف على مبدأ نسبية آثار العقد، فوفقا لهذا المبدأ آثار العقد لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين فقط ولا تمتد إلى الغير، حيث تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري على أنه: « ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام،...»، كما تنص المادة 113 من نفس القانون على أنه: « لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا»، هذه المواد تبين مبدئيا أن العقد لا ينتج أثره إلا تجاه العاقدين الأصليين دون الأشخاص الآخرين، وعندما نتكلم عن العاقدين الأصليين فإننا نقصد بهم الأشخاص الذين أبرموا العقد باسمهم ولحسابهم، أما الغير فهم كل باقي الاشخاص الآخرين، بمعنى كل شخص أجنبي عن العقد لم يكن طرفا في العقد¹، مع ذلك فإن آثار العقد لا تقتصر على العاقدين الأصليين بل تنصرف إلى الخلف العام وفي بعض الأحيان إلى الخلف الخاص، فالخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها حيث يحل الخلف مكان السلف في الحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية، ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية أو فيما يخص قواعد الميراث، أما الخلف الخاص فهو الذي يخلف غيره في شيء انتقل إليه، وقد يكون هذا الشيء حقا عينيا كحق الرهن مثلا أو حقا شخصيا كحوالة الدين مثلا، وقد يكون شيئا ماديا أو غير مادي²، ويشترط لانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص أن تكون الحقوق والواجبات التي رتبها العقد من مستلزمات الشيء الذي تلقاه الخلف الخاص، وأن يكون

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 398 و408.

2- المرجع نفسه، ص 401 وما بعدها.

الخلف الخاص على علم بما وقت انتقال الشيء إليه¹، ونشير هنا إلى أن الفقه قد اختلف بخصوص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون، فمنهم من اعتبر أنهم يدخلون ضمن الخلف العام لأن كلاهما يتأثر بالتصرفات التي يقوم بها السلف أو المدين، ومنهم من يرى عكس ذلك ويدخل الدائنون ضمن الخلف الخاص، مادامت حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء ومدينه على قيد الحياة²، غير أن المشرع الجزائري أدخل الدائن العادي ضمن طائفة الغير حين منحه الحق في رفع دعوى عدم النفاذ المقررة لصالح الغير³، وإن كان العقد في الأصل لا ينصرف إلا إلى العاقدين الأصليين والخلف العام، وفي بعض الحالات للخلف الخاص، فإنه يمكن على وجه الاستثناء أن ينصرف إلى الغير في بعض الحالات.

بعد هذا المسح المختصر لأطراف العقد والغير يبدو ملائما دراسة مدى إمكانية انتقال أثر اتفاق الخضوع الاختياري إلى هؤلاء، فهل يطبق اتفاق الخضوع الاختياري فقط على الأشخاص الذين قاموا بإبرامه، أم أنه مثله مثل العقود الأخرى قد تكون له آثار تمتد على وجه الاستثناء للغير، وإن كان هذا الأمر صحيحا فما هي الآليات التي تسمح بنقل اتفاق الخضوع الاختياري إلى شخص آخر لم يبرم العقد الذي أدرج فيه هذا الشرط، لذلك نرى أنه من المناسب مناقشة أطراف اتفاق الخضوع الاختياري (الفرع الأول) قبل أن نتكلم عن انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري للغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أطراف اتفاق الخضوع الاختياري.

طريفي العقد هم من يصدر عنهم التعبير عن إرادتهم بالالتزام حيث يساهمان في تكوينه ويلتزمان به، غير أنه يمكن التعاقد عن طريق النيابة وهي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب⁴، ولتحقق النيابة لا بد من توفر بعض الشروط، ومنها إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل، والتزام

1- تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أنه: « إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقا، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بما وقت انتقال الشيء إليه».

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 409-410.

3- تنص المادة 191 من القانون المدني الجزائري على أنه: « لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...؛ أنظر : علي فيلاي، المرجع السابق، ص 410.

4- المرجع نفسه، ص 398.

النائب حدود نيابته، والعلم بالنيابة¹، وهكذا فإنه في اتفاق الخضوع الاختياري، الاتفاق على تعيين محكمة معينة لا يلزم إلا الأطراف الذين ابرموا هذا الاتفاق، سواء قام الأطراف بإبرامه بنفسهما شخصيا أو بواسطة من ينوب عنهما، وعندما يبرمونه بواسطة من ينوب عنهما فإن آثار الاتفاق تنصرف إلى ذمة الشخص الأصلي لا إلى الشخص الذي ذكر في هذا الاتفاق أو وقع عليه بصفة غير صفة الأصل²، وهنا يعتبر النائب بالنسبة لآثار العقد من الغير حيث لا يكتسب حقا ولا يتحمل التزاما³، مع ذلك لا يقتصر أثر العقد الأصلي الذي أدرج فيه شرط الخضوع الاختياري على المتعاقد وحده، بل ينصرف إلى خلفه، هذا الخلف إما أن يكون عاما أو خاصا، وفي اتفاق الخضوع الاختياري يختلف مدى إلزام العقد للخلف بحسب ما إذا كان الخلف خاصا أو عاما⁴.

الفقرة الأولى: الخلف العام.

تنص المادة 108 من القانون المدني على أنه: « ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.»، هذا النص يبين أن الخلف العام يعتبر طرفا بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، وعليه فإن آثاره تنصرف إليه، في ما رتبته من حقوق والتزامات، على أن لا يمس هذا الأمر بقواعد بالميراث، من بينها مبدأ بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وهذا يعني أن التزامات المورث لا تنتقل إلى الوارث بل تبقى في تركة الوارث وتستحق منها، وما تبقى من حقوق يؤول إلى الوارث بعد سداد الديون⁵، وتنفيذ الوصايا، وبالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري لا ينتقل بدوره الى الخلف العام، إذا كان هذا النزاع ينصب مثلا على تصفية آثار العقد المنقضي، أو على طبيعة الحق الذي لا ينتقل إلى الخلف العام، مثلا كعدم انتقال حق الإيجار إلى الورثة⁶، لكن هناك من يعتقد أن شرط الخضوع الاختياري المبرم للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد المنقضي ذاته ينتقل إلى الخلف العام

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 319.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 168-169؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 319.

3- تنص المادة 74 من القانون المدني الجزائري على أنه: « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الاصيل.».

4- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 320.

5- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 170.

6- المادة 469 مكرر2 من ق.م.ج.

ويلزمه ما دام الاتفاق على تعيين المحكمة صحيحا في حد ذاته، وما يؤكد ذلك حسبهم هو أن اتفاق الخضوع الاختياري هو اتفاق ذو طبيعة عقدية تابع للعقد الأصلي المبرم بين الطرفين¹، وهناك من يرى بأن الطبيعة الإجرائية لاتفاق الخضوع الاختياري تجعله لا علاقة له بالتصرف في حد ذاته وبذلك تنصرف آثار هذا العقد إلى الخلف العام دون اعتباره من الغير².

الفقرة الثانية: الخلف الخاص.

بناء على نص المادة 109 من ق.م.ج فإن آثار العقد تنصرف إلى الخلف الخاص بتوافر شرطين، الأول يتمثل في أن يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، والثاني يتمثل في علم الخلف الخاص بهذا الحق، وبالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري فإن انتقال هذا الاتفاق إلى الخلف الخاص يتم بعد توفر شرطي المادة 109 من ق.م.ج، بخصوص الشرط الأول الذي يتطلب أن يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، هذا الشرط نرى أنه متحقق دائما بالنسبة لاتفاق الخضوع الاختياري لأن موضوع هذا الاتفاق هو تعيين محكمة لتتظر في النزاعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي انتقل للخلف الخاص، أما بالنسبة للشرط الثاني المتعلق بعلم الخلف الخاص بالحقوقي التي تعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه وقت الاستخلاف، في هذه الحالة هناك ضرورة للتفرقة بين اتفاق الأفراد إذا كان مندرجا في العقد الأصلي كشرط، أو كان منفصلا عنه في اتفاق مستقل، في الحالة الأولى يكون العلم بالاتفاق على اختيار المحكمة المختصة متحققا تبعا لتحقيق العلم بالعقد الأصلي، أما الحالة الثانية فقد لا يتحقق العلم باتفاق الخضوع الاختياري، وذلك لأن هذا الاتفاق جاء منفصلا عن العقد الأصلي، وفي هذه الحالة يمكن للخلف الخاص الدفع بعدم انتقال الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة³.

انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري إلى الخلف الخاص أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها حيث قضت بأنه إذا احتوى عقد على شرط الخضوع الاختياري يعين محكمة لتتظر في

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 321.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 172.

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 322-323.

النزاعات المتعلقة بهذا العقد أو شرط التحكيم فإن هذا الشرط يسري في مواجهة المتنازل إليه كما يمكن الاحتجاج به على من يحل محل أحد المتعاقدين¹.

الفرع الثاني: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري للغير.

قبل أن نتحدث عن الحالات التي تنتقل فيها آثار اتفاق الخضوع الاختياري إلى الغير (الفقرة الثانية) يبدو من المناسب التطرق بالدراسة إلى مسألة النظام القانوني لنقل اتفاق الخضوع الاختياري (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: النظام القانوني لنقل اتفاق الخضوع الاختياري.

الحديث عن النظام القانوني لنقل اتفاق الخضوع الاختياري يتطلب أولاً تحديد القانون الواجب التطبيق على نقل آثار اتفاق الخضوع الاختياري، ولفعل ذلك نرى أنه من الملائم الاستعانة بما هو مقرر في هذا المجال على نقل الشرط التحكيمي، مادام أن اتفاق الخضوع الاختياري وشرط التحكيم كلاهما يمثل اتفاقاً مانحاً للاختصاص، بالنسبة لشرط التحكيم يرى البعض أن تحديد القانون الواجب التطبيق على نقل الشرط التحكيمي تفرض التطبيق الجامع للقانون المطبق على الشرط التحكيمي والقانون الذي يحكم العقد الأساسي، بينما يرى آخرون أن القانون المطبق على شرط الاختصاص لا يجب أن يطبق على نقله حيث أن المسألة تهم فقط هذا الشرط في علاقاته مع العقد الأساسي، وعليه فإنه فقط القانون المطبق على نقل الحق الأصلي بمعنى قانون العلاقة الأصلية هو الذي يجب أن يفصل في عملية نقل اتفاق التحكيم أو اتفاق الخضوع الاختياري، مع ذلك يطوع هؤلاء هذا الحل في حالة أين الحال له العقد المتضمن اتفاقية الاختصاص يمتلك الصفة التي تمنعه عادة من إبرام هذا الشرط، كحالة نقل العقد المتضمن شرطاً تحكيمياً إلى شخص معنوي من القانون العام، أو فرضية شرط اختصاص منقول إلى مستهلك أو عامل، ويقترحون في هذه الحالة إعمال التطبيق الموزع، حيث يطبق قانون العقد الأساسي لمعرفة إذا كان يمكن نقل الشرط، وتطبيق قانون القاضي القانون الذي من المفروض أنه هو المطبق في مسائل قبول الشرط، لمعرفة إذا كان الأثر القضائي للشرط يمكن أن يقبل في النظام القانوني أين يثار هذا الشرط، وهكذا يمكن استبعاد الشروط غير الشرعية إذا كانت قد تمت بين الطرف الأصلي والشخص الذي أثير لديه نقل الشرط².

1- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 174.

2- N. COIPEL-CORDONNIER, thèse préc., n^{os} 317 et s.

جانب آخر يرى أن عملية نقل شرط الخضوع الاختياري لا يجب أن تحدد عن طريق منهج التنازع، ويقترح إمكانية تمديد آثار هذا الشرط إلى الغير، عن طريق إعمال قاعدة مادية تؤكد في المسائل الدولية، وعلى أساس انتماء شرط الخضوع الاختياري إلى جوهر العقد؛ على نقل الشرط الوارد في الاتفاقية إلى كل شخص يخلف الطرف المتعاقد الأصلي¹، الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية تلجأ أحيانا للقواعد المادية للقانون الدولي الخاص لحل مسألة انتقال شرط الخضوع الاختياري، فبعد تصريحها في إحدى القضايا بأن إدراج شرط مانح للاختصاص في عقد دولي يعد تنازلا عن أي امتياز يخص الاختصاص القضائي، اعتبرت أن هذا الشرط يلزم صاحب الحق القديم كما المؤمن الفرنسي الذي حل محله، حيث يجب أن يحدث هذا الشرط آثاره كاملة²، ولكن هذا الحل لا يبدو مطبقا على كل فرضيات نقل شرط الخضوع الاختياري، هذا على الأقل ما يبدو في المسائل البحرية، محكمة النقض الفرنسية تعتبر أن شرط الخضوع الاختياري المدرج في وثيقة شحن ليس ناجزا في حق المرسل إليه إلا إذا كان عالما به أو كان موضوع رضا خاص³، هذا المبدأ يؤكد على أن عملية نقل بوليصة الشحن إلى المرسل إليه تتم دون البحث عن القانون الواجب التطبيق، وهذا المبدأ يمثل قاعدة مادية من القانون الدولي الخاص، يبدو إذا أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية لم تلجأ إلى عملية التنازع، فهي لم تصدر مع ذلك قاعدة مادية تعلن مبدأ عام مطبق على كل حالات نقل شرط الخضوع الاختياري، ما يؤكد ذلك أن محكمة النقض الفرنسية طبقت منهج التنازع في قضايا أخرى، حيث قررت في حكم صادر عنها سنة 1991م أن القانون الفرنسي لا يحكم بالضرورة مسألة انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى الغير بوصفه قانون القاضي، فهو يخضع إما للقانون الخاص به أو القانون البلجيكي بوصفه قانون دولة الإصدار، أو القانون الهندي وهو القانون الواجب التطبيق على عقد النقل⁴، في قضية أخرى قررت محكمة النقض الفرنسية كذلك بضرورة اللجوء إلى القانون الوطني الواجب التطبيق لمعرفة مدى صحة نقل اتفاق الخضوع الاختياري للغير⁵، من جهتها محكمة العدل الأوروبية تسير في نفس هذا النهج حيث لا تستبعد منهج التنازع، حين قررت أن الشرط المانع للاختصاص المبرم بين الناقل والشاحن

1- P. Guez, thèse préc., p. 406.

2- Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 1986, Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon.

3- Cass. com., 1^{er} février 1955, JCP 1955, II, n° 8772, note J. Hemart.

4- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 179-180.

5- Cass.com., 16 décembre 2008, n°08-10460 ; Cass.civ., 1^{re}, 16 décembre 2008, n°07-18834; J.B Racine, L'efficacité des clauses attributives de juridiction stipulées dans un connaissance maritime, Revue des contrats 01 juillet 2009 n° 3, P. 1193.

والمدرج ضمن وثيقة شحن، ينتج آثاره تجاه الغير الحامل لوثيقة الشحن بشرط أن يكون اكتسابه لها قد حل محل الشاحن في الحقوق والالتزامات بموجب القانون الوطني المطبق¹.

يبدو واضحا من الاجتهادات القضائية السابقة أن مسألة القانون الواجب التطبيق على انتقال الخضوع الاختياري لم تلقى إجماعا كاملا، ونحن نرى أنه في القانون الجزائري مسألة القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق الخضوع الاختياري يحكمها القانون المطبق على الحق الذي أبرم لصالحه هذا الاتفاق فهو الذي يحدد إمكانية نقل الشرط من عدمه.

عملية نقل شرط الخضوع الاختياري يتحكم فيها طابعه التبعية، وهذه المسألة تثار بشأنها خلاف خصوصا فيما يتعلق بالشرط التحكيمي أين تساءل البعض عما إذا كانت استقلالية الشرط لا تمثل عائقا لنقله، فمنهم من يرى بأنه مادام أن الشرط التحكيمي (وهو نفس الشيء بالنسبة لشرط الخضوع الاختياري) لا يمسه البطلان الذي يمس العقد الذي اشترط فيه بسبب الاستقلالية عن العقد الأصلي، فإن القواعد المطبقة على انتقال الحق من المحيل إلى المحال له لا يجب أن تطبق بالضرورة على انتقال شرط التحكيم من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له الحق، لأن هاتين مسألتين مختلفتين لا تتبع إحداهما الأخرى²، آخرون يرون أن الشرط التحكيمي لا يستقل عن العقد استقلالا كاملا، فهو شرط تم النص عليه في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، ولذلك فهو ليس إلا شرطا كغيره من الشروط ولا يمكن فصله بصفة مطلقة عن العقد الأساسي الذي أدرج فيه، وهؤلاء لا يستعملون مصطلح الاستقلالية ولكن مصطلح التفريق (séparabilité) حيث أن العلاقة بين شرط التحكيم والعقد ليست منفصلة تماما، وبالتالي لا يمكن تصور وجود اتفاق تحكيم منفصل عن العقد الأساسي، ويرون أنه رغم الاستقلالية النسبية التي تبرر عدم تأثره ببطلان العقد الأساسي، إلا أن هذه الاستقلالية دورها يتحدد في مسألة آثار بطلان العقد على شرط الاختصاص³، أما فيما يتعلق بنقل الحق فالأمر يختلف فإن المبدأ هو عدم استقلالية شرط التحكيم لأنه يمثل شرط تبعية بالنسبة للعقد الأساسي وبالتالي فإن نقل الحق في شرط التحكيم يترافق مع نقل العقد الذي تم اشتراطه فيه⁴.

1- CJCE, 19 juin 1984, Rec. 1984, p. 2417, concl. G. Slynn ; Rev. crit. DIP 1985, p.391, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1985, p. 159, obs. J.-M. Bischoff.

2- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 217-218.

3- P. Guez, thèse préc., p. 410.

4- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 221.

نقل اتفاق الخضوع الاختياري قد يصطدم أيضا مع إرادة الأطراف في العقد الأساسي، فقد يتبين من نصوص العقد الأساسي أن الشرط المانع للاختصاص تم عقده بالنظر إلى أشخاصه، بمعنى أن الشخص يكون فيه محل اعتبار، هي فرضية نادرة ولكنها ممكنة الحدوث، وفي هذه الحالة لا ينتقل الشرط عند انتقال الحق المحال، فإذا قام الدائن الأصلي بنقل حقه إلى دائن آخر هذا الأخير لا يمكنه التمسك بشرط التحكيم، لأن المدين قد قبل هذا الالتزام بهذا الشرط بينه وبين الدائن الأصلي فقط دون أي شخص آخر، كما يمكن أن يتفق الأطراف سواء الدائن الأصلي والمدين أو الدائن الجديد والمدين على عدم انتقال شرط الخضوع الاختياري، وفي هذه الحالة ينتج هذا الاتفاق أثره في استبعاد إعمال الشرط وعليه ينتقل الحق المحال دون الشرط إلى المحال له الحق¹.

قد يتم أيضا إثارة مسألة امتياز التقاضي بمناسبة نقل حق معين، فقد يتم إبرام تصرف من طرف أجنبي مع أجنبي آخر، ويقوم الدائن الأجنبي بنقل حقه إلى دائن جديد جزائري، للدائن الجزائري المحال له الحق في أن يستفيد من امتياز الاختصاص القضائي طبقا لنص المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج، في هذه الحالة، إذا تضمن العقد الأساسي اتفاق خضوع اختياري يعين محكمة معينة لتفصل في النزاعات الناشئة بخصوص العقد، فإنه يجب على المحال له الحق بأن يلتزم برفع الدعوى إلى المحكمة المتفق عليها بين المدين والدائن الأصلي، هذا الأمر يبرره أولا أن الدائن الأصلي بقبوله إدراج شرط خضوع اختياري ضمن العقد الأساسي يكون قد تنازل عن امتياز التقاضي الممنوح له بموجب المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج، ولأن استعمال هذا الامتياز في هذه الحالة قد يؤدي إلى التحايل²، حيث يلجأ الدائن الغير جزائري المحيل بنقل حقه إلى شخص جزائري بهدف عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، هذا ما قضى به القضاء الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها في أن شركة سويسرية أبرمت عقدا مع إحدى الشركات الأمريكية المتخصصة في تصنيع الطائرات المدنية، حيث تم النص في العقد على أن يكون البيع للطائرات بصورة حصرية للشركة السويسرية، غير أن الشركة الأمريكية قامت ببيع بعض الطائرات من النوع المتفق عليه لشركة كونغولية، مما سبب نزاعا بين الشركتين السويسرية والأمريكية، حيث رفعت الدعوى أمام المحاكم الأمريكية، وبعد مرور سنتين على رفع الدعوى قامت الشركة السويسرية بنقل حقوقها تجاه الشركة الأمريكية لشركة فرنسية، فقامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية مستعملة امتياز

1- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 227 وما بعدها.

2- المرجع نفسه، ص 212 وما بعدها.

التقاضي الممنوح لها في المادة 14 من القانون المدني الفرنسي ، بعد عرض النزاع أمام المحكمة الابتدائية، قضت المحكمة التجارية لمدينة "بيربينون" (Perpignan) بقبول الدعوى استنادا لمعيار امتياز التقاضي الوارد في المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، وقضت بإدانة الشركة الأمريكية وحكمت عليها بدفع تعويض للشركة الفرنسية المحال إليها حقوق الشركة السويسرية، بعد الاستئناف الذي قامت به الشركة الأمريكية أمام محكمة مونتبيليه (Montpellier) قضت بتاريخ 2 ماي 1985م بنقض حكم الدرجة الأولى بسبب وجود تحايل من خلال تغيير ضابط الإسناد بهدف منح الاختصاص للمحاكم الفرنسية، وأنه لا وجود لأية علاقة بين الشركة السويسرية (الدائن الأصلي) والشركة الفرنسية (الدائن الجديد)، كما أن الحوالة قد تمت بعد قبول الشركة السويسرية رفع دعوى أمام القضاء الأمريكي مما يعد بمثابة تنازل عن التمسك بامتياز التقاضي، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في قرار صادر عنها سنة 1987م¹.

الفقرة الثانية: بعض حالات انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري.

تختلف صور انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري، فقد تأخذ صورة حوالة الحق، كما يمكن أن تتم في صورة اشتراط لمصلحة الغير، أو التعهد عن الغير... الخ²، حالات انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري لا يمكن حصرها ولذلك سنعرض بعضا منها في هذه الفقرة.

أولا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري بواسطة حوالة الحق.

بصفة عامة تنتقل الحقوق بواسطة حوالة الحق (cession de créance) والتي تعرف بأنها عقد يتم باتفاق الدائن الأصلي والدائن الجديد يحلّ الثاني بمقتضاه محلّ الأول في حقوقه قبّل المدين، ومن الواضح أن هناك ثلاثة أطراف وهم: الدائن الأصلي ويسمى المحيل (cédant)، والدائن الجديد ويسمى المحال له أو (cessionnaire)، والمدين ويسمى المحال عليه (cédé)، والغالب أن تتم الحوالة بقصد نقل الحق من المحيل إلى المحال له بالبيع أو الهبة مثلاً، وقد يتم إبرامها عندما يكون الدائن في حاجة للمال ويكون حقه مؤجلا، فيحيل حقه الى آخر نظير مبلغ من المال يكون عادة أقل من قيمة الحق المحال³،

1- Civ. 1^{re}, 24 nov. 1987, JCP 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadet ; JDI 1988. 793, note E. Loquin.

2- حسام فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 169.

3- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 05.

في هذا الإطار يثور التساؤل حول الأثر الذي يحدثه اتفاق الخضوع الاختياري في وجود حوالة الحق، حيث تخضع تقليدياً حوالة الحق للقواعد العامة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فتختص به محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه، إلا أن الإشكال يثور خصوصاً بحالة اتفاق الخضوع الاختياري حيث يجب معرفة مدى التزام المحال له الحق بهذا الاتفاق، فقد يقوم الأطراف بالاتفاق على تعيين محكمة مختصة للنظر في المنازعات المتعلقة بعقدهم، ثم يقوم الدائن بنقل حقه إلى شخص آخر فهل ينتقل شرط الخضوع الاختياري مع حوالة الحق؟ في هذا الشأن اتجهين أحدهما يرى عدم قابلية الشرط للانتقال إلى المحال له، أما الاتجاه الثاني فيرى بضرورة انتقال الشرط المانع للاختصاص إلى المحال له¹.

الاتجاه الأول يرى أن شرط الخضوع الاختياري الذي يرد ضمن أي اتفاق، لا ينتقل إلى الغير المحال له الحق الوارد في العقد الأصلي، لأن شرط الخضوع الاختياري يلتزم به فقط أطراف العقد الذي تضمن هذا الشرط، ولا ينتقل إلى الغير الذي انتقل له الحق الوارد في هذا الأخير، وينتج عن ذلك أن الحق الأصلي ينتقل طبقاً لعقد حوالة الحق، ولا ينتقل معه الشرط المانع للاختصاص، لأن الدائن الأصلي الطرف في العقد والذي وافق على تعيين محاكم دولة ما لتفصل في النزاعات التي قد تثار بشأن العقد قد تغير، في حين أن إرادة الدائن الجديد المحال له الحق لم تتجه إلى اختيار المحكمة التي عينها اتفاق الخضوع الاختياري²، وبناءً على ما سبق فإنه لا يمكن الاحتجاج بشرط الخضوع الاختياري ضد الدائن المحال له الحق حتى ولو أنه قبل حوالة الحق المتعلقة بالعقد الأصلي الذي تم فيه إدراج الشرط، إلا في حالة ما إذا قبل هذا الشرط صراحة³، هذا الاتجاه أخذت به الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث استندت في ذلك إلى فكرة الأثر النسبي للعقد، والتي يترتب عليها أن العقد لا يلزم إلا طرفيه، ولا يمتد الالتزام به إلى الغير، وذلك طبقاً لنص المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، هذا الاتجاه الذي تبنته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية يعتبر تطبيقاً لقاعدة من القواعد المادية وليس تطبيقاً لقواعد تنازع القوانين، وذلك لأنها لم تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، ولكنها حددت مباشرة الشروط

1- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 204.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 176.

3- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 205.

التي يتم وفقا لها انتقال الشرط المانح للاختصاص وقد تبنت هذا الاتجاه الكثير من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي¹.

الاتجاه الثاني يرى بأن شرط الخضوع الاختياري الذي يرد ضمن العقد الأصلي ينتقل إلى الغير المحال له الحق الوارد في العقد الأصلي، لأن شرط الخضوع الاختياري يلتزم به أطراف العقد الأصلي كما يلتزم به المحال له الحق الوارد في هذا العقد، ويترتب على ذلك أن العقد الأصلي ينتقل طبقا لعقد حوالة الحق وينتقل معه في نفس الوقت شرط الخضوع الاختياري، هذا الاتجاه يقدم حلا منطقيًا، لأن رفض قابلية شرط الخضوع الاختياري للانتقال إلى الغير مع الحق الأصلي يترتب عليه الإضرار بمتطلبات التجارة الدولية، لأن المدين قد قبل عقد الاختصاص للمحاكم التابعة لدولة ما، ومن غير الملائم مفاجأته بعد ذلك برفع الدعوى عليه أمام محكمة دولة أخرى، بحجة أن الدائن الأصلي قد تنازل عن حقه للغير بمقتضى عقد الحوالة الحق، وهذا الأخير لا يلتزم بشرط الخضوع الإرادي، هذا الاتجاه أكدته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية والتي تبنت مبدأ انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى المحال له الحق²، حيث يعد مبدأ انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى الغير استثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد والذي يقضي بأن أثر الشروط التعاقدية يقتصر على طرفي العقد ولا يتعداه إلى الغير³، وهناك من يضيف أيضا أنه ما دام قد تم قبول انتقال الشرط التحكيمي عن طريق حوالة الحق في الاجتهاد القضائي⁴، فلماذا يكون خلاف ذلك بخصوص شرط الخضوع الاختياري⁵.

محكمة العدل الأوروبية أيضا قررت استنادا إلى اتفاقية بروكسل اعتماد مبدأ انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى الغير، على أساس أن المحال له الحق يعتبر من الخلف العام بالنسبة للدائن الأصلي، ولذلك من المنطقي أن ينتقل إليه الحق المحال برمته، بما فيه من شروط منصوص عليها في العقد الأساسي المبرم بين الدائن الأصلي والمدين، ومنها بالخصوص شرط الخضوع الاختياري، ففي حكم صادر عنها سنة 1984م، قررت محكمة العدل الأوروبية أن شرط الخضوع الاختياري المنصوص عليه في عقد الشحن والذي يعتبر صحيحا في العلاقة بين الناقل وصاحب البضاعة المشحونة، يمكن الاحتجاج

1- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 177-178.

2- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 206 وما بعدها.

3- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 182؛ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 208.

4- CA Paris, 6 mai 1992, Rev. arb. 1993, p. 624, note L. Aynes ; Cass. 2e civ., 13 mai 1966, Rev. crit. DIP 1967, p. 335, note E. Mezger.

5- P. Guez, thèse préc., p. 412.

به من طرف الغير المتنازل له من طرف الناقل عن الحقوق ضد صاحب البضاعة، طالما أن القانون الوطني الواجب التطبيق يقرر أن الحوالة تتم في جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بعقد النقل¹. بعضهم يقيس على حكم آخر صادر عن محكمة العدل الأوروبية لا يتعلق بحوالة الحق ولكن بالاشتراط لمصلحة الغير ليؤكد على مدى جواز انتقال اتفاق الخضوع الاختياري للغير الذي لم تتجه إرادته إلى الالتزام به²، مادام الأمر يتعلق بشيء واحد وهو تحديد مدى جواز انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى الغير، حيث قررت محكمة العدل الأوروبية في هذا القرار بأن نص المادة 17 من اتفاقية بروكسل تشترط الكتابة لصحة شرط الخضوع الاختياري، وبعد تأكدها من ذلك قضت المحكمة بأن اشتراط الكتابة ليس أمرا لازما لاستفادة الغير الذي قرر لمصلحته الاشتراط لمصلحة الغير، بمعنى أنه مادام أن طرفي العقد الأساسي (عقد التأمين) قد أثبتوا شرط الخضوع الاختياري كتابة، فإن حق الغير المقرر لمصلحته الشرط لا يشترط أن يكون ثابتا بالكتابة، ومنه اعتبرت المحكمة أن هذا الشرط صحيح ويمتد أثره للغير³، وهكذا تكون محكمة العدل الأوروبية قد وضعت بهذا الحكم قاعدة مادية فحواها انتقال شرط الخضوع الاختياري للغير، وتستمد هذه القاعدة المادية من اعتبار أن الشرط المانع للاختصاص أمر فرعي يتبع الأمر الأساسي وهو العقد الأصلي الذي ورد فيه الشرط (عقد التأمين)، وذلك وفقا للقاعدة التي تقرر أن الفرعي يتبع الأساسي، فإذا ما انتقل الحق المتعلق بالعقد الأساسي إلى الغير فإن نفس المصير يكون محفوظا للشيء الفرعي⁴، نشير هنا إلى أن هناك من يرى أن مصير شرط الخضوع الاختياري في حوالة الحق وبصفة عامة بالنسبة للغير يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الحق

1- حيث جاء في هذا القرار:

« en ce qui concerne le rapport entre le transporteur et le tiers porteur, il est satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la Convention dès lors que la clause attributive de compétence a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et qu'en vertu du droit national applicable, le tiers porteur, en acquérant le connaissance, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations » ; CJCE, 19 juin 1984, préc.;

- راجع أيضا : ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 180.

2- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 209-208.

3- « dans le cadre d'un contrat d'assurance, [qu'] une clause attributive de juridiction stipulée en faveur de l'assuré, tiers, par rapport au contrat et personne distincte du preneur d'assurance, doit être considérée comme valide au sens de l'article 17 de la Convention s'il a été satisfait à la condition de forme écrite prévue par cet article, dans les rapports entre l'assureur et le preneur d'assurance et si le consentement de l'assureur s'est manifesté d'une manière claire et précise à cet égard », CJCE, 14 juillet 1983, Rec. 1983, p. 2503, concl. F. Mancini ; JDI 1983, p. 843, note A. Huet ; Rev. crit. DIP 1984, p. 142, note H. Gaudemet-Tallon.

4- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 181.

الأساسي، على اعتبار أن هذا القانون هو الواجب التطبيق على العقد الوارد النص فيه على شرط الخضوع الاختياري، وعليه يجب الرجوع إلى هذا القانون لتحديد مدى قابلية هذا الشرط للانتقال مع العقد الأصلي إلى الغير، أما القول بوجود قاعدة مادية فهذا سيؤدي إلى استبعاد القانون الذي يحكم الرابطة الأصلية وهو القانون الطبيعي لحكم هذه المسألة¹.

في مسائل النقل البحري انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى المرسل إليه والذي من المفترض أنه لا يشارك في إنشاء عقد النقل البحري الذي تم اشتراطه فيه²؛ يحكمه قبول خاص للشرط من طرف هذا الأخير، الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية يقدر أن الشرط المانع للاختصاص ليس ناجزا في حق المرسل إليه إلا إذا قبله صراحة³، في الحقيقة تحديد مركز المرسل إليه في وثيقة الشحن شكل صعوبات كثيرة، فبعض من الفقهاء يرون أن المرسل إليه يعتبر مبدئيا مثل الغير، ومع ذلك هو في صلة مباشرة بعقد النقل وله الحق المباشر ضد الناقل على أساس أن المرسل إليه يستفيد من عقد النقل عن طريق اشتراط لمصلحة الغير موضوعا لصالحه عن طريق المرسل، هذا الحل لا يسمح بتبرير تجاوز شرط الخضوع الاختياري على المرسل إليه، فالاشتراط لمصلحة الغير يترتب عليها اكتساب الغير حقا دون تحميله أي التزام⁴، لذلك يبدو أن الارتكاز على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير غير ممكن.

فقه آخر يرى أن المرسل إليه يعتبر من الغير غير أن الإرادة هي التي تسمح بانضمام المرسل إليه إلى عقد النقل البحري، فرضا هذا الأخير هو أساس انضمامه إلى عقد النقل البحري، فمثلا في حالة تسلم المرسل إليه البضائع يكون قد قبل العقد كما هو بجميع شروطه، بما فيها شرط الخضوع الاختياري، وهكذا فإن عقد النقل ليس عقدا ثلاثيا في أصله وإنما يصبح كذلك بعد انضمام المرسل إليه، حيث يصبح هذا الأخير طرفا في العقد بمجرد قبوله، المرسل إليه حسب هذا الرأي يمر من صفة الغير وقت تشكيل العقد إلى صفة الطرف في الوقت الذي ينظم إليه، فالمرسل إليه ينظم بقبوله إلى الإيجاب الجماعي للتعاقد الذي التزم به الناقل اتجاه المرسل⁵.

1- أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 209.

2- بسعيد مراد، المرجع السابق، ص 08.

3- Cf. Cass com., 26 mai 1992, Rev. crit. DIP 1992, p. 703, note H. Gaudemet-Tallon; 25 novembre 1997, Rev. crit. DIP 1998, p. 98, rapp. J.- P. Remery .

4- بسعيد مراد، المرجع السابق، ص 212.

5- المرجع نفسه، ص 223 وما بعدها.

ما يمكن أن نخلص إليه أن المرسل إليه لا يمكنه الانضمام إلى وثيقة الشحن دون أن تكون إرادته معبرا عنها في هذا الاتجاه، حتى ولو تعلق الأمر بالانضمام إلى عقد أين تم تحديد محتواه من طرف المتعاقدين الأوائل، في المقابل يجب أن يكون من الممكن اللجوء إلى عادات الأطراف أو معاملات التجارة الدولية لتأكيد أن قبول المستفيد يمكن أن يكون ضمنيا.

انتقال شرط الخضوع الاختياري لا يمكن تصوره فقط في حالة أين الغير يخلف في الحقوق طرفا متعاقدا أو يكون بديلا له، فيمكن في أن يكون هناك شخص لم يشارك في إبرام عقد اشترط فيه اتفاق الخضوع الاختياري، غير أنه كان ضحية عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ هذا العقد، هذه الحالة يمكن تصورها في حالة الدعوى الغير مباشرة، حيث تنص المادة 189 من ق.م.ج على أنه: « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصة بشخصه أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره...»، هذا النص يبين أن الدعوى غير المباشرة هي وسيلة وضعها القانون للدائن يحمي بها حقوقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في المطالبة بحقوقه، حيث يمكن للدائن رفع دعوى نيابة عن مدينه ضد مدين مدينه، وتنص المادة 190 من ق.م.ج على أنه: « يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين...»، حيث يتضح من هذا النص أن آثار الدعوى غير المباشرة مؤسسة على فكرة نيابة الدائن عن المدين في مباشرة هذه الدعوى، وهذا ما يسمح للدائن بالمطالبة بما كان يستطيع أن يطالب به مدينه¹، فإذا كان هناك اتفاق خضوع اختياري مدرج ضمن العقد يعين محكمة معينة فيمكن لهذا الدائن أن يرفع دعواه أمام تلك المحكمة ويتمسك باختصاصها.

ثانيا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري من خلال التعهد عن الغير.

تنص المادة 114 من ق.م.ج على أنه: « إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهد، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

صدر فيه التعهد»، يتبين من هذا النص أن التعهد عن الغير هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يجعل شخصا آخر يلتزم اتجاه الطرف الآخر، وهذا الغير له مطلق الحرية في رفض أو قبول هذا التعهد ولا شيء يقيده في ذلك، حيث لا يترتب على رفضه أي مسؤولية لأنه أجنبي بالنسبة للتعهد¹، لكن إذا ما قبل الغير بالتعهد فإن قبوله ينعقد به العقد باعتباره قبولاً للإيجاب الموجه من المتعهد إلى الطرف الآخر، ولا يشترط في قبول الغير للتعهد أن يتخذ شكلاً معيناً إلا إذا نص القانون على ذلك²، وفي ما يخص اتفاق الخضوع الاختياري فإن مسألة التعهد عن الغير لا تثير الصعوبات إلا عندما يرفض صاحب الشأن اتفاق الخضوع الاختياري، مثال ذلك أن يقوم أحد الشركاء في الشبوع بإبرام صفقة باسمه واسم شركائه في غيابهم، ويصر الطرف الآخر على وضع شرط خضوع اختياري، ولا يكون للطرف الأول توكيل خاص بالموافقة على إبرام اتفاق الخضوع الاختياري في العقد الأصلي، فيقوم بأبرام العقد مع الطرف الآخر عن نفسه، ويتعهد لهذا الأخير بأن يحصل على موافقة شركائه على الصفقة مع شرط الخضوع الاختياري، ولما كان للغير الحق الكامل في الموافقة أو رفض التعهد، لأنه أجنبي عن العقد، العقد المبرم بين المتعهد والمتعاقد الآخر لا يلزم الغير باتفاق الخضوع الاختياري إلا إذا قبل الالتزام بهذا العقد وما يتضمنه من شروط من بينها شرط الخضوع الاختياري، أما إذا رفضه في هذه الحالة على المتعهد أن يعرض المتعاقد معه³.

ثالثاً: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير.

تنص المادة 116 من ق.م.ج على أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.»، فالاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود متعاقدين وهما المشتراط

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 90؛ نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 323.

2- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 183.

3- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 324.

والمتعهد، حيث يبرمان عقدا ينشئ حقا لشخص ليس طرفا في العقد يسمى المنتفع¹، ويشترط لقيام هذا الالتزام شروط معينة وهي أن يكون التعاقد باسم أطراف العقد وهما المشتري والمتعهد ولمصلحة شخص آخر يظهر في العقد، وأن تتجه إرادتهما إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد ويمكن لهذا الأخير من المطالبة بالحق الناشئ عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد دون الرجوع إلى المشتري، وأن يكون للمشتري مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره، ولا يشترط قبول المنتفع، لأن اكتساب الحق غير معلق على قبوله للحق، فهذا الحق ثبت له من وقت انعقاد المشاركة، لكن قبول المستفيد للحق دوره يتمثل في حرمان المشتري من الرجوع عن المشاركة، بالإضافة إلى عدم فرض الحق الناشئ عن عقد المشاركة على المنتفع رغما عنه².

إذا توافرت جميع الشروط السابق ذكرها، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد، وعندما نطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير على اتفاق الخضوع الاختياري المدرج في عقد المشاركة، فإنه يجب التفريق في ما إذا كان هذا الشرط قد ورد ضمن شروط العقد أو في اتفاق لاحق، في الحالة الأولى يستطيع المستفيد التمسك بهذا الاتفاق مثله مثل المشتري، كما يستطيع المتعهد التمسك بهذا الاتفاق ضده، والمستفيد عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند إلى العقد الذي أنشأ هذا الحق، فيكون من الواجب عليه أن يلتزم بما احتواه العقد من شروط، ومن بينها شرط الخضوع الاختياري، أما الحالة الثانية فإنه يجب التفرقة بين أمرين الأمر الأول يتمثل في أنه إذا كان الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة قد أبرمه المشتري قبل قبول المستفيد، فإنه يكون ملزماً للمستفيد بعد القبول، شريطة أن يكون عالماً به قبل صدور القبول، أما الأمر الثاني، فيتعلق بالحالة التي يأتي فيها الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة بعد القبول، ففي هذه الحالة لا يكون المنتفع ملزماً بهذا الاتفاق³، انتقال شرط الخضوع الاختياري إلى الغير بموجب عقد فيه اشتراط لمصلحة الغير تم تكريسه أيضاً من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي يعتبره صحيحاً ويمتد أثره إلى الغير⁴.

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 90.

2- نور حمد الحجابا، المرجع السابق، ص 325.

3- المرجع نفسه، ص 325-326.

4- CJCE, 14 juillet 1983, préc.

رابعاً: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري عن طريق الحلول.

في بعض الأحيان قد يتم الوفاء بالدين من غير المدين، وفي هذه الحالة يكون للغير أي من قام بالوفاء أن يرجع على المدين بالدعوى ذاتها التي كان يمتلكها الدائن اتجاه المدين على أساس أنه حل محل الدائن في هذا الحق، والحلول إما أن يكون بالاتفاق أو بالقانون، وإذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على اختيار المحكمة المختصة فهل يترتب هذا الاتفاق أثره في حق الغير الذي قام بالوفاء عند رجوعه على المدين؟ للإجابة على هذا التساؤل السابق لا بد من التفرقة بين فرضين الفرض الأول يخص الحالة التي إذا رجع من أوفى بالدين على المدين بالدعوى الشخصية، والفرض الثاني يتعلق بالحالة التي يرجع فيها المدين بدعوى الحلول، ففي الفرض الأول لا يلزم بالاتفاق على اختيار المحكمة المختصة، لأنه يرجع بحق شخصي له وليس بحق الدائن الذي وفي له، أما لو رجع على أساس دعوى الحلول، ففي هذه الحالة يحل محل الدائن الذي أوفاه في حق هذا الدائن بما له من توابع، ومن بينها الاتفاق على الخضوع الاختياري شرط أن يكون عالماً بالاتفاق، أما إذا لم يكن عالماً بالاتفاق على اختيار المحكمة المختصة فلا يكون ملزماً به¹.

خامساً: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري من خلال العقد الجماعي.

يعرف العقد الجماعي على أنه العقد الذي يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد أو بمجموعة أخرى من الأفراد، ومن الملاحظ أن هذا العقد لا ينصرف أثره إلا لمن اشترك في إبرامه فقط، وإنما إلى سائر أفراد المجموعة حتى إلى من لم يشترك منهم في إبرامه مادام قد انعقد بالأغلبية التي يتطلبها القانون، مثال ذلك عقد تأجير المال الشائع الذي يعقد بأغلبية الشركاء مع المستأجر، فهذا العقد يلزم جميع الشركاء سواء اشتركوا في إبرام عقد الإيجار أم لا، وعليه إذا احتوى هذا العقد على شرط أو ابرمت الأغلبية اتفاقاً بخصوص الخضوع الاختياري للنظر في جميع المنازعات المتعلقة بعقد الإيجار فإن هذا الشرط أو الاتفاق يلزم الشركاء الآخرين الذين لم يشتركوا في إبرام العقد الأصلي أو الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة ما دام هذا العقد أو الاتفاق ابرم بالأغلبية التي حددها القانون².

1- نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 326.

2- المرجع نفسه، ص 326-327.

الختامه

الخاتمة

لقد تناولنا في هذه الدراسة بحث موضوع الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، حيث تمكنا من توضيح دور الإرادة المشتركة للأطراف في مسائل الاختصاص القضائي الدولي، وبيننا الدور المهم الذي تلعبه الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي خاصة في مسألة تحديد المحكمة المختصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، ويظهر هذا الدور من خلال الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري التي تسمح للأطراف باختيار محكمة أو عدة محاكم لتفصل في النزاع القائم بينهم أو المحتمل الوقوع، هذه الفكرة تقرها العديد من الدول استجابة لتوقعات المتعاملين وتلبية لطموحاتهم.

فكرة الخضوع الاختياري التي تهدف إلى تعيين المحكمة المختصة لا تسمح وحدها بمنح الاختصاص للهيئة القضائية المحددة فيه، بل يجب أن يتم ذلك بموجب قاعدة اختصاص، فلا يكون لهذا الاتفاق أثر إلا حين يسمح له بذلك قانون الدولة التي تم تعيينها للفصل في النزاع، هذه الفكرة يبدو فيها الخضوع الاختياري كاتفاق من جهة، وكتصرف يتدخل في تغيير الاختصاص القضائي من جهة أخرى، وقد خلصنا إلى أن اتفاق الخضوع الاختياري يمثل ضابط اختصاص قضائي لنظام قضائي معين. اتفاق الخضوع الاختياري يكتسي طبيعة خاصة، فمن جهة يعتبر عقداً ومن جهة أخرى هو عمل إجرائي، طبيعته القانونية لا هي تعاقدية خالصة ولا هي إجرائية خالصة بل هي تصرفات قانونية معقدة، فهو يكتسي طابعاً معقداً، إذن هو بمثابة عقد وفي نفس الوقت بمثابة عمل إجرائي، فمصدره هو تطابق إرادتين أنشأتا عقداً، هذا العقد يتمحور محله وآثاره على سلب الاختصاص من محكمة هي مختصة أصلاً، ومنحه لمحكمة أخرى غير مختصة، بتعبير آخر هو عقد متعلق بمسائل إجرائية، طبيعته هذه تؤدي بنا إلى التفرقة بين مسألة قبول فكرة الخضوع الاختياري التي يتم تحديدها حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي، ومن خلالها يتبين لنا الإطار الذي يمكن فيه للأطراف تعيين محكمة ما تابعة لنظام قضائي معين؛ وبين اتفاق الخضوع الاختياري الذي يمثل آلية تنفيذ فكرة الخضوع الاختياري في حد ذاتها.

في إطار بحثنا عن العلاقة بين شرط الخضوع الاختياري والعقد الأصلي المدرج فيه، بينا أن أغلبية الفقه والاجتهاد القضائي يعتبر شرط الخضوع الاختياري اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي سواء

ورد في صورة شرط مدرج فيه، أو كان في اتفاق مستقل عن هذا العقد قياسا على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مسائل التحكيم التجاري الدولي، فالعقد وشرط الاختصاص تصرفان مختلفان، لأن هناك عقدان أحدهما يتعلق بالقانون المدني أو التجاري، والآخر يتعلق بالقانون الإجرائي، فبالرغم من أن شرط الاختصاص موجود ماديا في العقد الأصلي إلا أن هناك بالضرورة اتفاقين؛ فالشرط يهدف إلى تسوية النزاعات التي يمكن أن ينشئها هذا العقد، وهذا يعني أن العقد يمثل موضوع الشرط، ومن ثم لا مناص من القول أنه ونتيجة لذلك هنالك على الأقل استقلالية طبيعية بين العقد والشرط المدرج فيه، هذه الاستقلالية ليست تامة حيث يبقى هذا الشرط شرطا تبعا، غير أنه لا يشبه الشروط الأخرى للعقد كالشرط الجزائي مثلا، فهو شرط من نوع خاص نظرا لطبيعته الخاصة، فأثره يتمثل في حل النزاعات المحتملة الوقوع بشأن العقد المدرج فيه، هذه النزاعات يمكن أن تكون بخصوص صحة العقد الرئيسي في حد ذاته، لذلك يجب أن يعامل هذا الشرط معاملة مختلفة عن باقي الشروط الأخرى، هذه الاستقلالية الممنوحة لشرط الخضوع الاختياري ترتب أثرين الأول يتمثل في منع امتداد بطلان العقد على الشرط المدرج فيه بأثر رجعي، حيث يبقى الشرط قائما وفعالا؛ والثاني يتمثل في إمكانية إخضاع شرط الخضوع الاختياري إما إلى قانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الرئيسي أو إخضاعه إلى قواعد مادية خاصة بالعلاقات الدولية الخاصة.

حتى تكون اتفاقات الخضوع الاختياري فعالة يجب أن تكون مقبولة أو شرعية بمعنى أنه يجب الاعتراف بها، حيث يفهم مبدأ الشرعية بأنه إمكانية أن يحدث اتفاق الأطراف حول الخضوع الاختياري أثره على نظام قضائي معين، بغض النظر عن الشروط المتطلبة لتنفيذه، فبالرغم من بعض الاتجاهات المعارضة لمبدأ الخضوع الاختياري الفقه والاجتهاد القضائي المقارن سيكرس مبدأ شرعية الخضوع الاختياري هذا التكريس كان نتيجة للأهمية البالغة التي تتميز بها فكرة الخضوع الاختياري، ولأن اتفاق الأطراف على تعيين المحكمة المختصة دوليا لا يمس بسيادة الدولة، ولا يشكل اعتداء عليها، لأن معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي تعتمد على اعتبارات كثيرة منها مصلحة المتقاضين، كما أنه من الثابت أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق كقاعدة عامة بالنظام العام، وسبب ذلك أن الاختصاص المحلي يقوم على أساس المساواة بين الخصوم من خلال التيسير على المدعى عليه، حيث ينعقد الاختصاص لمحكمة موطنه، وعدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام يترتب عنه إمكانية

الخروج عنها، وكما يقول البعض أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها.

قبول اتفاق الخضوع الاختياري تمليه عدة اعتبارات، حيث أن هدف قواعد الاختصاص المحلي هي حماية المصالح الخاصة للأفراد وتيسير المعاملات التجارية وهذه من الأهداف الأصلية للقانون الدولي الخاص، اعتبارات التعاون القضائي المتطلب بين الدول في الجماعة الدولية يبرر هو أيضا قبول اتفاقات الخضوع الاختياري، كما أن غياب جهة قضائية دولية عليا تعمل على توزيع الاختصاص القضائي الدولي على محاكم الدول المختلفة يشجع على ترك المكان لإرادة الأطراف في مسائل الاختصاص القضائي الدولي، فالسماح للأشخاص بالاتفاق على اختيار المحكمة المختصة بالنظر في نزاعاتهم الناشئة أو المحتملة النشوء، من شأنه أن يقلل من عدم الأمان القانوني المرتبط بغياب تلك السلطة العليا للدولة.

المشرع الجزائري على المستوى الداخلي يقبل باتفاقات الخضوع الاختياري، حيث يمكن للأطراف الاتفاق صراحة على عرض نزاعهم أمام جهة قضائية غير مختصة إقليميا يرونها مناسبة لتفصل في نزاعهم، أو الاتفاق ضمنا للخضوع لنفس هذه المحكمة من خلال المثول اختياريًا أمامها، هذا ما يؤكد نص المادة 45 ونص المادة 46 من ق.إ.م.إ.ج، هتين المادتين تؤكدان شرعية مبدأ الخضوع الاختياري على المستوى الداخلي، وتسمحان بمخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي ما دام أن أغلبها ليس من النظام العام، الاجتهاد القضائي الجزائري أكد أيضا على الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في المجال الداخلي، بل ويؤكد على ضرورة احترام الاتفاق المبرم بشأنه، فيما يخص اتفاق الخضوع الاختياري في المجال الدولي نلاحظ أن القانون الدولي الخاص الجزائري لم يتضمن قواعد واضحة تخص الاختصاص القضائي الدولي، مع ذلك فإن شرعية هذا المبدأ في الجزائر ثابتة، يدعمها في ذلك عدة اعتبارات، من بينها انضمام الجزائر إلى العديد من الاتفاقات الدولية التي تعتبر من أهم النصوص التي عبرت فيها الدولة الجزائرية عن قبولها لمبدأ الخضوع الاختياري، ومن أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، اعتبار آخر يبرر قبول فكرة اتفاق الخضوع الاختياري يتمثل في القول أنه إذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي امتداد لقواعد الاختصاص الإقليمي الداخلية والتي في أغلبها ليست من النظام العام، فإنه يحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها، حيث يصح الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه أو على جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه، بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري فإنه لا ينكر أي دور

للإرادة في مجال الاختصاص القضائي هذا ما تؤكد به بعض القرارات الصادرة عنه، ونشير هنا إلى أن هذه الاتفاقات وإن كان معترفا بها في القانون الجزائري فإنه يجب أن لا تخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام في الجزائر.

قبول فكرة الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، يتجسد بوضع قاعدة اختصاص قضائية دولية تركز ذلك الاعتراف، هذا الاعتراف لا يكفي وحده ليعطي أثرا تلقائيا لاتفاقات الخضوع الاختياري، فعالية هذه الاتفاقات لا تنتج عن وجودها فقط، وإنما تتطلب مسبقا وجود عدة شروط، لذلك فإن مبدأ الاعتراف بالخضوع الاختياري يجب أن ترافقه ضوابط تحدد الإطار الذي يمكن فيه للإرادة المشتركة للطرفين أن تتدخل في مسائل الاختصاص القضائي الدولي، فهذه الحرية الممنوحة للأشخاص في مجال الاختصاص القضائي يجب أن لا تمس بحسن سير العدالة وأن لا تضر بمصالح الطرف الضعيف، فحسن سير العدالة يقتضي أن يكون النزاع متصلا بمنازعة تتصف بالصفة الدولية حتى يقبل مبدأ اتفاق الخضوع الاختياري، هذا الاشتراط يهدف إلى استقرار العلاقات القانونية للأفراد عبر الحدود واحترام سيادة الدول الأخرى التي يكون النزاع على صلة بها، من جهة أخرى إذا كان اتفاق الخضوع الاختياري يحرم أحد الأطراف من الوصول إلى العدالة، فإن هذا الشرط يجب اعتباره باطلا.

فكرة الخضوع الاختياري وإن كانت مقبولة فإن فعاليتها يجب أن تنتج عن تراض معبر عنه من الطرفين، حيث لا يمكن أن يفرض طرف على آخر اتفاقا يجبره بالخضوع إلى محكمة معينة لا يستطيع الوصول إليها، هذا هو الحال في العقود المبرمة بين طرف قوي وطرف ضعيف كالعقود المبرمة مع المستهلكين والعمال وكذلك عقود التأمين، لهذا فإن فكرة الخضوع الاختياري يجب أن يتم تقييدها، عن طريق استبعاد أعمال هذه الفكرة في هذا النوع من العقود حتى يتم إعادة التوازن بين الأطراف، في الجزائر لا وجود لقواعد خاصة تحمي الطرف الضعيف من اتفاقات الخضوع الاختياري المدرجة في العقود التي يبرمها هذا الأخير، ولمعالجة هذا النقص المسجل في حماية الطرف الضعيف اقترحنا أن تتم معالجته إما عن طريق تمديد القواعد الداخلية المطبقة بخصوص عقود الإذعان خاصة المتعلقة بمسائل الشروط التعسفية، أو عن طريق أعمال فكرة النظام العام الدولي التي تبقى غير كافية، القواعد الحمائية للطرف الضعيف يمكن استلهاها من بعض الاتفاقيات الدولية نخص هنا بالذكر اتفاقية بروكسل التي توفر حسبنا حماية كاملة للطرف الضعيف عندما يتعلق الأمر باتفاق الخضوع الاختياري، وبصفة عامة

الغموض المسجل بشأن حماية الطرف الضعيف يمكن معالجته بإعمال مبدأ عدم إنكار العدالة، فكل مرة يكون فيها ادراج اتفاق خضوع اختياري يمس بحق أحد الأطراف للوصول إلى العدالة يجب استبعاد تطبيقه، فتقرير حق اللجوء إلى القضاء مهم جدا لحماية الطرف الضعيف، مع ذلك يجب أن لا تضحي هذه الحماية باتفاقات الخضوع الاختياري، وحتى تتمكن من الاحتفاظ ببعض التوقعات في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، يجب أن لا تكون اتفاقات الخضوع الاختياري ممنوعة تماما في هذه الحالة، لكن يجب أن لا يسمح بإبرامها إلا إذا كانت لصالح الطرف الضعيف أو كانت لاحقة لنشوء النزاع، ونرى في هذا المجال أنه من المناسب أن ينص المشرع الجزائري على ضابط اختصاص احتياطي يسمح للفرد الجزائري أو الأجنبي في منازعة تتضمن عنصرا أجنبيا أن يلجأ إلى المحاكم الجزائرية عندما لا يكون القضاء الجزائري مختصا وفق اتفاق خضوع اختياري وفي نفس الوقت ترفض المحاكم الأجنبية النظر في هذا النزاع، ويمكن القول أن تعزيز حماية الطرف الضعيف في المجال الدولي على أساس مبدأ تلافي إنكار العدالة تتطلب العمل على إبرام اتفاقيات تكرس هذه الحماية على غرار ما هو مقرر في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

تنفيذ فكرة الخضوع الاختياري يتطلب اتفاقا يعبر عن التراضي بين الأطراف، هذا الاتفاق باعتباره تصرفا قانونيا يجب أن يحكمه تقليديا القانون الذي تعينه قواعد النزاع، غير أننا مع ذلك لاحظنا كيف أن هناك تراجعا عن منهج النزاع في هذه المسألة لصالح قواعد مادية من القانون الدولي الخاص، فهناك من اقترح أن يخضع اتفاق الخضوع الاختياري إلى قواعد مادية للقانون الدولي الخاص مثل شرط التحكيم، هذه القواعد المادية تسمح بالتحقق من صحة الشرط المانع للاختصاص في المسائل الدولية دون إجراء عملية بحث عن القانون الواجب التطبيق لتقرير هذه الصحة، الأسباب المقدمة لتبرير ترك منهج النزاع عديدة، منها الصعوبات المرتبطة بتحديد ضوابط الربط وعدم إمكانية إلزام القاضي بالبحث عن القانون الواجب التطبيق ليقدر مدى شرعية اتفاق الخضوع الاختياري قبل أن يفصل في اختصاصه، لأن مسألة تحديد الاختصاص القضائي هي مسألة سابقة لعملية البحث عن القانون الواجب، مع ذلك يمكن القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون العلاقات الدولية مهما كان المنهج المعتمد، حينها نكون أمام تعدد للمناهج وليس أمام محاولة استبدال منهج بآخر، وبالرغم من أن هناك من يرى صعوبة في تحديد ضوابط ربط ملائمة لاتفاق الخضوع الاختياري والتي تبرر التخلي عن منهج النزاع، إلا أنه يبدو مع ذلك أن هناك إمكانية للتغلب على هذه الصعوبات.

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري فإننا نرى أنه في الجزائر ومع القصور الكبير المسجل على مستوى تنازع الاختصاص القضائي والدولي وخاصة مسألة اتفاق الخضوع الاختياري؛ يجب عدم اللجوء إلى القواعد المادية ذات الأصل القضائي لتقرير شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، القواعد المادية المحتملة التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري هي تلك القواعد ذات المصدر الاتفاقي لأنها ستساهم في تنسيق الحلول في هذا المجال، شرعية اتفاق الخضوع الاختياري خارج أي اتفاقيات دولية يجب أن يحكمها القانون الجزائري، فهو وحده من يقرر متى يسمح بسلب الاختصاص القضائي من المحاكم الجزائرية، ومتى يتم جلب الاختصاص له، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى بأن صحة اتفاق الخضوع الاختياري باعتباره تصرفاً قانونياً لا يمكن تناولها مبدئياً إلا وفق نصوص تنازع القوانين، في هذا الإطار نرى أن شكل اتفاق الخضوع الاختياري يتم إخضاعه إلى قاعدة محل الإبرام، وأهلية الأطراف تخضع إلى القانون الشخصي للأطراف، أما الموضوع يجب إخضاعه إلى قانون الإرادة، ففي الحالة التي يعرض فيها النزاع على المحكمة الجزائرية سواء كانت معينة أو مستبعدة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة المزدوجة لهذا الاتفاق، حيث يكون من الضروري تطبيق قانونين عليه، أحدهما يفصل في مسألة صحته والآخر يفصل في مسألة شرعيته، وبما أن شرعية اتفاق الخضوع الاختياري تتعلق بمدى قبول الآثار التي يرتبها هذا الاتفاق وباعتبارها مسألة تتعلق بالإجراءات يطبق عليها قانون المحكمة المعروض عليها النزاع، كون هذا الاتفاق يؤثر على قواعد الاختصاص التي تتمتع كل دولة بالسيادة المطلقة في تنظيمها، من جهة أخرى فإن الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري والتي تجعل منه عقداً تدفعنا إلى إخضاعه إلى القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية وهو قانون الإرادة؛ في المسائل المتعلقة بتكوين العقد والتي لا علاقة لها بآثره على الاختصاص القضائي كالتأكد من وجود وصحة الرضا ومحل الاتفاق وسببه، وبما أن اتفاق الخضوع الاختياري يعتمد في وجوده على وجود علاقة قانونية أخرى حيث يمثل بالنسبة لها عنصراً تبعياً، فإننا نرى أن القانون المطبق على العقد الأصلي هو الذي يجب أن يطبق على اتفاق الخضوع الاختياري، هذا الربط يبرره أن قانون العقد الذي أدرج فيه اتفاق الخضوع الاختياري هو أحسن قانون يمكن أن يخضع له هذا الاتفاق؛ أما في الحالة التي تكون فيها المحكمة الجزائرية هي المحكمة المعروض عليها النزاع ولكنها ليست المحكمة المعنية ولا المحكمة المستبعدة نرى أنه على القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع وغير المعين أن يقرر عدم اختصاصه، لأنه في هذه المسألة النزاع لا يرتبط بالمحاكم الجزائرية

فهي ليست مختصة أصلاً حسب قواعد الاختصاص القضائي الجزائري وليست معينة بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، ويبدو أنه من المناسب وحتى يتم التغلب على الصعوبات التي تثيرها مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري؛ اعتماد نظام واحد تطبقه جميع الدول، هذا النظام يمكن تصوره تحت مظلة اتفاقية دولية تسري على جميع المنظمين إليها.

صحة اتفاق الخضوع الاختياري تخضع إلى شروط تتعلق أساساً بالشكل، الذي يشكل أصل النزاعات الكثيرة المثارة بشأنه، احترام شكلية معينة مبدئياً ليس ضرورياً لصحة اتفاق الخضوع الاختياري حيث لا يشترط أن يجرر الأطراف إرادتهم كتابياً، ووفق تنازع القوانين فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يحكم شكل اتفاق الخضوع الاختياري، مع ذلك حاول الفقه إخضاع صحة اتفاق الخضوع الاختياري إلى قواعد مادية، في الجزائر ليس هناك قواعد لها خصوصية بشأن التراضي في اتفاق الخضوع الاختياري إلا أنه يحال على القواعد العامة في هذه المسألة، مع ذلك هناك حاجة إلى قواعد أخرى يمكنها خاصة ضمان اكتمال تراضي الطرفين، هذه القواعد يمكن استلهاها من التشريعات المقارنة التي تقرر بأن الشرط المانع للاختصاص لا يكون ناجزاً إلا على الطرف الذي كان على علم به، وقبله وقت تشكيل العقد، مع إمكانية إخضاع مسألة صحة اتفاق الخضوع الاختياري لقواعد أخرى مرنة عندما يتعلق الأمر بالمعاملات التجارية الدولية، وذلك عن طريق السماح بقواعد اعتماد التجار على استعمالها وتسمح بإثبات تراضي الطرفين في إطار المعاملات التجارية بينهم.

بالنسبة لصحة التعيين الذي يمثل محل اتفاق الخضوع الاختياري، فالراجح أن تقبل إمكانية تعيين اتفاق الخضوع الاختياري الاختصاص بشكل عام لمحاكم الدولة، حيث لا يلزم الأطراف بتحديد محكمة معينة داخل النظام القضائي الذي تم الاتفاق على تعيينه، مادام أن المحكمة المختصة بعينها يمكن تحديدها عن طريق القانون الداخلي للنظام القضائي، أما بخصوص تعيين محكمة مختصة بعينها فإنه يمثل في حد ذاته التعبير المطلق لإرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فإذا كان الأمر يتعلق بالاختصاص المحلي، نرى ضرورة اعتماد قاعدة اختصاص دولية خاصة، بمعنى قاعدة تسمح بتحديد في نفس الوقت النظام القضائي المختص والمحكمة الخاصة بهذا النظام القضائي التي يجب أن تفصل في النزاع، أما فيما يخص الاختصاص النوعي وبما أن قواعد الاختصاص الداخلية النوعية تهتم بشكل مباشر بالسير الحسن للخدمة العمومية للعدالة للدولة التي تدخل تحتها المحكمة المعنية من طرف شرط الخضوع الاختياري، فلا يجب استبعاد قواعد الاختصاص النوعي لصالح اتفاق الخضوع

الاختياري، فالاختصاص النوعي مسألة داخلية يختص بها النظام القضائي الذي تم تعيين محاكمه من طرف اتفاق الخضوع الاختياري.

فيما يخص ضرورة تعيين محكمة ترتبط ارتباطا جديا بالنزاع، هذه المسألة لم يتفق الفقه حول ضرورة اشتراطها، ويبدو لنا أنه في الجزائر يجب عدم اشتراط وجود رابطة جدية بين المحكمة المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري، لأن هذا الاشتراط يعتبر متناقضا مع مبدأ اعتبار إرادة الأطراف ضابطا مستقلا للاختصاص القضائي الدولي.

تنفيذ اتفاق الخضوع الاختياري ينتج عنه آثار هامة، من بينها الاختصاص الحصري للمحكمة المعنية من الأطراف، حيث لا يمكن لأي محكمة أخرى مبدئيا غير تلك المعنية بموجب اتفاق الخضوع الاختياري أن تتمسك باختصاصها إلا إذا رأى الأطراف خلاف ذلك، المشرع الجزائري لم يتكلم عن حصرية اختصاص المحاكم الجزائرية في الحالة التي تعين فيها المحاكم الجزائرية بموجب اتفاق خضوع اختياري سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، غير أن هذه الحصرية نجدها مؤكدة في القوانين والاجتهادات القضائية المقارنة، تبرير هذه الحصرية يبنى على أساس أنها تمثل أثر سلطان الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فلأنها تأتي من اتفاق إرادي، نرى أن اختصاص المحكمة المعنية يجب أن يعتبر حصريا احتراما لتوقعات الأطراف، خاصة عندما يؤسس على اتفاق تم التراضي عنه بشكل صحيح، فيما يخص تحديد نطاق اتفاق الخضوع الاختياري فإن إرادة الأطراف هي التي تسمح بتحديد هذا النطاق، فإذا كان اختصاص المحكمة المعنية مبدئيا لا يتعلق إلا بعلاقة قانونية محددة، فإنه في المقابل يمكن للأطراف تحديد نوع النزاعات الخاضعة لاتفاق الخضوع الاختياري، فيما يخص نقل الحق الخاص باتفاق الخضوع الاختياري فإن الطابع التبعية لهذا الاتفاق يبرر ضرورة نقله مع العلاقة القانونية التي ابرم لصالحها هذا النقل، في المقابل لا يجب أن يتم هذا النقل إلا إذا كان الطرف الذي يعترض عليه عالما به، حيث لا يمكن اجبار طرف بالخضوع إلى محكمة معينة، في حين أنه ليس له علم بالاتفاق الذي يعين هذه المحكمة.

خلاصة القول أنه في الجزائر هناك ضرورة ملحة لتنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وخاصة اتفاق الخضوع الاختياري، سواء بإصدار قانون خاص بهذه القواعد أو بتضمينها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الضرورة يبررها التطور الاقتصادي الذي تشهده الجزائر من خلال اتساع حركة التجارة الدولية، وضبابية قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تصعب من عمل القضاة،

ولا توفر الأمان القانوني اللازم للعنصر الوطني، لذلك نتمنى أن يعتمد المشرع الجزائري ما تم اقتراحه في هذه الدراسة فذلك سيوفر استقرارا للمعاملات التجارية ويساهم في حسن سير العدالة.

وصفوة القول أن نكون قد وفقنا إلى حد ما في عرض هذه الرسالة التي كانت رحلة جاهدة للارتقاء بدرجات العقل ومعراج الأفكار، الذي لا ندعي فيه الكمال، ولكن عذرنا أننا بذلنا قصارى جهدنا، فإن أصبنا فذاك مرادنا وإن أخطأنا فلنا شرف المحاولة والتعلم.

وأخيرا بعد أن تقدمنا باليسير في هذا المجال، آمليين أن ينال القبول ويلقى الاستحسان، أذكر نفسي وغيري بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ يَرْجُو لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا﴾¹، وأسأل الله التوفيق والسداد في الدنيا والآخرة وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

¹ - سورة الكهف، الآية 115.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية :

أولاً: المراجع العامة:

- 01- اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هوم، الجزائر، 2006م.
- 02- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2008م.
- 03- أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية (دراسة في التنظيم القضائي-الاختصاص-الدعوى-المحاكمة-الأحكام وطرق الطعن فيها-التحكيم)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1989م.
- 04- بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، الطبعة الثالثة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2011م.
- 05- بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل (علاقات العمل الفردية والجماعية)، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، 2006م.
- 06- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م.
- 07- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، الطبعة الثانية، دار هوم، 2010م.
- 08- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م.
- 09- جمال محمد الكردي، مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدي لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 10- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013م.
- 11- حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م.
- 12- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001م.

- 13- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013م.
- 14- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004م.
- 15- سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية في لبنان)، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009م.
- 16- شواخ محمد الأحمّد، دراسة في ضوء القانون رقم 91 لسنة 1959م والقوانين المكملّة والمعدّلة، منشورات جامعة حلب، 2006م.
- 17- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005م.
- 18- طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
- 19- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، الازراطية، الإسكندرية، سنة 2005م.
- 20- عبد الحميد الأحّدب، موسوعة التحكيم الدولي (الكتاب الثاني)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2008م.
- 21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 22- عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، الطبعة الثانية منشورات زين الحقوقية، 2011م.
- 23- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011م.
- 24- عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006م.

- 25- عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982م.
- 26- عبد المنعم الصدة فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974م.
- 27- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008م.
- 28- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986م.
- 29- عصام الدين القصي، القانون الدولي الخاص المصري، دون ذكر الناشر، دون ذكر البلد، 2004م.
- 30- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الاجنبية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1969م.
- 31- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م.
- 32- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م.
- 33- علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2010م.
- 34- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006م.
- 35- عموره عمار، شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية)، دار المعرفة، 2010م.
- 36- فوده عبد الحكم، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990م.
- 37- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة لإزراطية، مصر، 2007م.
- 38- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، الإسكندرية، 2009م.
- 39- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر، 2010م.

- 40- محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006م.
- 41- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م.
- 42- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012م.
- 43- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989م.
- 44- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989م.
- 45- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر، 2005م.
- 46- هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في القانون الدولي الخاص، درار النهضة العربية، مصر، 2000م.
- 47- هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012م.
- 48- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014م.
- 49- هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع القوانين)، المجلد الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014م.
- 50- هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004م.
- 51- والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980م.

ثانياً: المراجع الخاصة:

- 01- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

- 02- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة واثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 2008م.
- 03- أشرف وفا محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005م.
- 04- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.
- 05- حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1997م.
- 06- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي (الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م.
- 07- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة لدور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية والمسؤولية التقصيرية، والاختصاص القضائي الدولي)، دار الكتب، 2014م.
- 08- محمد الروي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في ضوء الفقه المقارن والقوانين العربية والأجنبية والاتفاقات الدولية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية لاهاي لعام 2005 بشأن اتفاقات اختيار القاضي)، دار النهضة العربية، 2009م.
- 09- محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2013م.
- 10- ناصر عثمان محمد عثمان، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
- 11- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م.
- 12- وسام توفيق عبد الله الكتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 01- أسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008م.
- 02- بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012م.
- 03- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016م.
- 04- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009م.
- 05- بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015م.
- 06- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009م.
- 07- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2002م.
- 08- زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011م.
- 09- عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2009-2010م.
- 10- فتحي وردية، ضوابط إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013م.

- 11- قوبي بلحول، الحماية الإجرائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009م.
- 12- محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013م.
- 13- نبات خديجة، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2012/2013م.

رابعا: المقالات والأبحاث:

- 01- زهرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ع. 08، جوان 2015م.
- 02- فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2009م.
- 03- أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، مطبوعة إلكترونية خاصة بطلبة السنة الثالثة ليسانس قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2014-2015م.
- 04- حسام فتحي ناصف، القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق التحكيم الى الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مج. 44، ع. 01، 2002م.
- 05- رايس محمد، عبد النور أحمد، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: الضوابط والإجراءات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع. 02، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011م.
- 06- سهيلة قمودي، مجال السيادة البحرية الجزائرية حسب المادة 12 من دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، ع. 04، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008م.
- 07- عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي 13/14 أبريل 2008م.
- 08- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد (الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم)، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، الجزء الأول، 2009م.

- 09- عبد الرزاق دربال، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 21-22 أبريل 2010م.
- 10- عبد النور أحمد، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية (مخبر حماية الحقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر)، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيده الجزائر، ع. 01، 2014م.
- 11- عطية سليمان خليفة، عقد الاطار والقانون الواجب التطبيق عليه، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، مج. 6، ع. 16، 2013م.
- 12- عمر عطين، التحكيم في القضايا العمالية، مجلة المنارة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الاردن، المجلد 15، ع. 02، 2009م.
- 13- نور حمد الحجايا، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 2، السنة 33، جوان 2009م.
- 14- يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن (المبدأ وتطوره)، مجلة الشريعة والقانون، ع. 16، جامعة الإمارات العربية، جانفي 2002م.

خامسا: النصوص القانونية:

1- الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية:

- 01- الاتفاقية الجزائرية التونسية المصادق عليها بالمرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963م المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 26 جويلية 1963م، الجريدة الرسمية، ع. 01، سنة 1963م.
- 02- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385هـ الموافق 29 جويلية سنة 1965م يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي الموقع عليها في 28 أوت 1962م، الجريدة الرسمية، ع. 68، سنة 1965م.

03- الاتفاقية الجزائرية المغربية المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 20 جمادي الثانية عام 1389هـ الموافق 02 سبتمبر 1969م يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، الجريدة الرسمية، ع. 77، سنة 1969م.

04- الاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها التي انضمت الجزائر إليها بالمرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 05 نوفمبر سنة 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية، ع. 48، سنة 1988.

05- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي انضمت إليه الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409هـ الموافق 16 مايو سنة 1989م يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966م، والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع. 20، المؤرخ في 12 شوال عام 1409هـ الموافق 17 مايو سنة 1989م، الجريدة الرسمية، ع. 11، سنة 1997م، ص 16.

06- اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415هـ الموافق 27 يونيو سنة 1994م، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 09 و 10 مارس سنة 1991م، الجريدة الرسمية، ع. 43، سنة 1994م، ص 06.

07- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001م، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادي الثانية عام 1403 الموافق 06 ابريل سنة 1983م، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997م من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورة انعقاده العادي الثالث عشر، الجريدة الرسمية، ع. 11، سنة 2001م.

08- اتفاقية التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 06-64 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا، موقعة بمدير في 24 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية، ع. 08، سنة 2006م.

2- النصوص القانونية:

أ- القوانين والأوامر:

- 01- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ع. 47، مؤرخة في 09 يونيو 1966، ص 582.
- 02- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 03- الامر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية، ع. 29، المؤرخة في 10 ابريل سنة 1977م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998، الجريدة الرسمية، ع. 47، 1998م.
- 04- قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، ع. 06، سنة 2006م، ص 154-157.
- 05- القانون رقم 90-04 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المتمم والمعدل، الجريدة الرسمية، ع. 06 لسنة 1990م، ص 240.
- 06- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المتمم والمعدل، الجريدة الرسمية، ع. 17 لسنة 1990م، ص 231.
- 07- قانون رقم 91-05 مؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1411هـ الموافق 16 يناير سنة 1991 يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، ع. 03، لسنة 1991، ص 44.

08- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995م يتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 مؤرخ في 21 محرم عام 1427م الموافق 20 فبراير 2006م، الجريدة الرسمية، ع. 13 لسنة 1995م و ع. 15 لسنة 2006م.

09- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادي الأول عام 1425هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، ع. 41، سنة 2004م، ص 03-11.

10- قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998م يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية (الجريدة الرسمية)، س 141، ع. 96، 01 ديسمبر 1998م، ص 2392.

11- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع. 21، سنة 2008.

12- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009م، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، ع. 15، سنة 2009م، ص 12-23.

ب- المراسيم:

01- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989م، الجريدة الرسمية، ع. 09 المؤرخة في 01/03/1989م، ص 234.

02- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990م، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، ع. 06، سنة 1990م، ص 202-207.

03- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 07 ديسمبر سنة 1996م، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996م في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع. 76، سنة 1996، ص 06، معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002م، الجريدة الرسمية، ع. 25، سنة 2002م، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية، ع. 63، سنة 2008م.

سادسا: أحكام القضاء:

- 01- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 23713 الصادر بتاريخ 12/03/1983م، مجلة الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 165.
- 02- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315 الصادر بتاريخ 13/04/1983م، المجلة القضائية، ع. 01، 1990م، ص 19.
- 03- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35724 الصادر بتاريخ 09/01/1985م، المجلة القضائية، ع. 03، 1989م، ص 25.
- 04- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 03/04/1985م، المجلة القضائية، ع. 04، 1989م، ص 48.
- 05- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 51730 الصادر بتاريخ 02/10/1988م، المجلة القضائية، ع. 03، 1990م، ص 98.
- 06- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 55818 الصادر بتاريخ 08/01/1989م، المجلة القضائية، ع. 04، 1990م، ص 99.
- 07- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 61489 الصادر بتاريخ 13/06/1990م، المجلة القضائية، ع. 04، 1991م، ص 66.
- 08- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 98278 الصادر بتاريخ 28/04/1992م، المجلة القضائية، ع. 01، 1994م، ص 109.
- 09- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 120612 الصادر بتاريخ 27/09/1994م، المجلة القضائية، ع. 01، 1995م، ص 182.
- 10- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 160246 الصادر بتاريخ 17/02/1998م، المجلة القضائية، ع. 01، 1998م، ص 167.
- 11- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 325160 الصادر بتاريخ 31/03/2004م، نشرة القضاة، ع. 58، 2006م، ص 170.
- 12- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 311653 الصادر بتاريخ 09/11/2005م، المجلة القضائية، ع. 02، 2005م، ص 269.
- 13- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 328584 الصادر بتاريخ 19/07/2006م، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2006م، ص 201.

- 14- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 405413 الصادر بتاريخ 2008/01/16م، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2008م، ص 205.
- 15- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 402333 الصادر بتاريخ 2008/03/12م، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، 2008م، ص 257.
- 16- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 661705 الصادر بتاريخ 2010/06/03م، مجلة المحكمة العليا، ع. 02، 2012م، ص 173.

❖ المراجع باللغة الأجنبية :

- Les ouvrages:

- 01- Ali MEZGHANI, Droit international privé, Etats et relations privées internationales, Système de droit applicable et droit judiciaire international, Cérès Productions et CERP, Tunis, 1991.
- 02- Arthur T. von Mehren, Adjudicatory Authority in Private International Law A Comparative Study, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, usa , 2007.
- 03- Ashraf Wafa Mohamed, Le choix par les parties du tribunal compétent « A propos du principe d'autonomie de la volonté en matière d compétence judiciaire internationale», 1^{er} éd , Dar el-nahda el arabia, le caire, 2006.
- 04- B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 5ème éd., Dalloz, 2006.
- 05- B. Audit, L. d'Avout, Droit international privé, Economica, 7 ème éd., 2013.
- 06- Dusan Kitic, Droit international privé, Ellipses, Paris, 2003.
- 07- E. BARTIN, Études sur les effets internationaux des jugements, L.G.D.J., 1907.
- 08- J. HÉRON, T. LE BARS, Droit judiciaire privé, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 3ème éd., 2006.
- 09- Lycette CORBION, Le déni de justice en droit international privé, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.
- 10- Mohamed SALAH, Les sociétés commerciales, t. 1, Les règles communes, La société en nom collectif, La société en commandite simple, E.D.I.K., 2005.

- 11- Olivier Caprasse et Roman Aydogdu, Les conflits entre actionnaires, Bruxelles, Larcier, 2010.
- 12- Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé, PUAM, 2003.
- 13- Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS & Frédérique FERRAND, Procédure civile, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013.
- 14- V. HEUZE, Conflits de juridictions et contrats internationaux, Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux, T. 2, Livre IX , 2010.
- 15- Véronique Magnier, Droit des sociétés, 6^{ème} édition, Dalloz, 2013.
- 16- Wautelet, P, & Collienne, F. (2012). Règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : synthèse de jurisprudence. In J.-F., Van Drooghenbroeck (Ed.), Droit judiciaire européen et international (pp. 123-306). Belgium: La Charte.
- 17- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, Droit international privé, 6^{ème} éd., Dalloz, 1999.
- 18- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. des Vareilles-Sommières, Droit international privé, 10e éd., Dalloz, 2013.

- Thèses.

- 01- A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, thèse Strasbourg III, 1980.
- 02- Hélène Gaudemet-Tallon, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Bibl. dr. inter. priv., vol. 4, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1965.
- 03- Nahid LYAZAMI, La prévention des difficultés des entreprises : Étude comparative entre le droit français et le droit marocain, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon, juin 2013.
- 04- Nathalie COIPEL-CORDONNIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Bibl. dr. priv., t. 314, préf. M. Fallon, avant-propos P. Mayer, L.G.D.J. 1999.
- 05- Philippe GUEZ, L'élection de for en droit international privé, Thèse sous la direction de Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Université paris X-Nanterre, 2000.

06- Y. Muller, Le contrat judiciaire en droit privé, Thèse Paris 1, 1995.

- ARTICLES ET RAPPORTS

01- Anne SINAY-CYTERMANN, «Validité de la clause attributive de juridiction» : note sous Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, Cass. 1re civ., 5 mars 2008, JDI (Clunet) 2008, n° 4, comm.14, p. 1087.

02- B. Gorchs, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, Rev. arb., n° 1, 2008.

03- C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 49 n°4, Octobre-décembre 1997, p. 989.

04- Dintilhac Jean-Pierre, L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires, Cour de cassation, Rapport, 2003-II, Etudes et documents, Documentation française, 2003.

05- Eleanor Cashin-Ritaine , L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen: Exemples choisis d'une influence interactive, In : L'américanisation des droits suisse et continentaux, N. Dongois, M. Killias (éds.), Enseignement de 3e cycle de droit, Schulthess/Bruylant, 2006, p. 269.

06- Fausto Pocar, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif, JO C 319 du 23 décembre 2009, p. 01.

07- G. Cuniberti· M. Requejo, La sanction des clauses d'élection de for par l'octroi de dommages et intérêts, ERA Forum ,Vol. 11. no. 1, 2010 .

08- H. Gaudemet-Tallon, La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ?, Rev. crit. DIP 1977, p. 01.

09- J.B Racine, L'efficacité des clauses attributives de juridiction stipulées dans un connaissance maritime, RDC, 2009, n° 3, P. 1193.

10- Julien Maire du Poset, L'attribution de dommages et intérêts pour non-respect d'une clause attributive de juridiction, Versailles International Arbitration and Business Law Review, n°3, 2012, p. 33.

11- Muir Watt Horatia, La fonction économique du droit international privé, Revue internationale de droit économique, 2010/1 t. XXIV, 1, p. 103-121.

- 12- Otto Kahn-Freund, Jurisdiction Agreements: Some Reflections, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris (Oct., 1977). pp. 825-856
- 13- P. Deumier, J.-B. Racine et E. Treppoz, La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal, RDC, 2011, n° 1, p. 223.
- 14- P. JENARD, Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Bruxelles le 27 septembre 1968), JOCE n° C 59, 5 mars 1979, p 01.
- 15- P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 1998, p. 364.
- 16- Pascale DEUMIER, « Contrat de travail international et clause attributive de juridiction: de l'imprudence d'un attendu de principe » (Cass. Soc., 29 sept. 2010, n 09-40688: JCP S 2011, 1036, obs, J.-P Tricoit.), RDC 2011, p. 563.
- 17- Richard Dufour & Alexandre Morin, Chronique de jurisprudence québécoise portant sur le droit international privé, (2007), 20.2 , Revue québécoise de droit international (RQDI) , p. 208-209 .
- 18- Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Contrats internationaux. - Clause attributive de compétence. – Principe d'autonomie par rapport au contrat principal, Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788, F-P+B+I., Clunet., numéro 1, 2011.
- 19- T. Hartley et M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Publications de la HCCH, 2007.
- 20- T. Philippe, Droit judiciaire prive-Sources. Organisation judiciaire et juridiction. Compétence. Action, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, 2012.

- La jurisprudence.

- 01- Civ. 17 juill. 1826, D.P. 1826.1.418, S. 1827.1.13.
- 02- Cass. Req., 2 avr. 1833, D.P. 1833.1.250., S. 1833.1.435.
- 03- Cass. Civ., 14 mai 1834, D.P. 1834.1.245.
- 04- Cass., 10 juin 1843, S. 1983, 1, p. 562.

- 05- Cass. req., 21 juin 1904, D. 1906, p. 395.
- 06- Cass. req., 8 janvier 1924, JDI 1924, p. 974.
- 07- Cass. req., 22 janvier 1923, S. 1924, 1, p. 73, note J. P. Niboyet.
- 08- Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928, I, p. 25, concl. MATTER, note H. Capitant.
- 09- Cass. civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931, S. 1933, I, p. 41, note J.-P. Niboyet.
- 10- Cass. civ., 21 juin 1950, D. 1951, p. 749, note Hamel; S. 1952, 1, p. 1, note J.-P. Niboyet; JCP 1950, II, 5812, note J.- Ph. Lévy; Rev. crit. DIP 1950, p. 609, note H. Batiffol.
- 11- Cass. civ., 6 octobre 1953, S. 1954, I, p. 149, note J. Robert; RTD civ. 1954, p. 142, obs. P. Hébraud.
- 12- CA Paris, 27 janvier 1955, Rev. crit. DIP 1955, p. 330, note H. Motulsky.
- 13- Cass. com., 01 février 1955, JCP 1955, II, n° 8772, note J. Hemart.
- 14- Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 1959, Pelassa, D. 1960, p. 37, note G. Holleaux.
- 15- Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 1962, Scheffel, Bull. 1962 I n° 449 p. 385 ; RCDIP 1963 p. 387, note Francescakis; D. 1963, p. 109, note G. Holleaux.
- 16- Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 (Etablissements R. Gosset c. Sté carapelli), JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; Rev. crit. DIP, 1963, p. 615, note H. Motulsky.
- 17- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 1963, Bull. civ. n° 332.
- 18- Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1964, Munzer, Rev. crit. DIP 1964, p. 344, note H. Batiffol; JDI 1964, p. 302, note B. Goldman; JCP 1964, II, n° 13590, note M. Ancel.
- 19- Cass. 1^{ère} civ., 14 avril 1964, D. 1964, p. 637, note J. ROBERT ; JDI 1965, p. 645, note B. Goldman; Rev. crit. DIP 1966, p. 68, note H. Batiffol.
- 20- CA Paris, 21 janvier 1965, JCP 1965, II, n° 14173, concl. Souleau.
- 21- Cass. Soc., 25 janvier 1965, pourvoi n°64-40.079, Bull. civ.N° 81
- 22- Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1966, D. 1966, p. 575, note Robert; JDI 1966, p. 648, note P. Level; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman.
- 23- Cass. 2^o civ., 13 mai 1966, Rev. crit. DIP 1967, p. 335, note E. Mezger.
- 24- Cass. Soc. 18 et 19 octobre 1967, JCP 1967, II, n° 15293, note G. Lyon-Caen; Rev. crit. DIP 1968, p. 490, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1968, p. 343, note M. Simon-Depitre.
- 25- Cass. Com., 27 avril 1968, Bull. civ. n° 137 .

- 26- Cass. com ., 9 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 191.
- 27- CA Aix-en-Provence, 15 juin 1972, Rev. crit. DIP 1973, p. 350, note H. Gaudemet-Tallon.
- 28- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1972, JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit; RTD com. 1974, p. 419, obs. Y. Loussouarn; Rev. crit. DIP 1974, p. 82, note P. Level.
- 29- Cass. soc., 23 mai 1973, Rev. crit. DIP 1974, p. 354, note P. Lagarde.
- 30- Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1974, n° 73-13820, Bull. civ.I, n° 312, Rev. crit. DIP 1975, p. 491, note D. Holleaux ; JDI 1975, p. 108, note A. Ponsard.
- 31- Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, Rev. crit. DIP 1975, p. 110, note P. Lagard; JDI 1975, p. 82, note D. Holleaux, JCP 1974, II, n° 17881, obs. G. Lyon-Caen.
- 32- CA Paris, 13 décembre 1975, Menicucci , JDI, 1977, p. 107, note E. Loquin.
- 33- CJCE, 14 décembre 1976, Estasis Salotti: Rev. crit. DIP 1977, p. 577, note E. Mezger ; JDI 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff.
- 34- CJCE, 14 décembre 1976, Segoura: JDI 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff; Rev. crit. DIP 1977, p. 585, note E. Mezger.
- 35- Cass. soc., 14 janvier 1976, JDI 1977, p. 495, note A. Lyon-Caen.
- 36- Cass. com., 19 décembre 1978, Rev. crit. DIP 1979, p. 61 note A. Huet; JDI 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon; D. 1979, IR p. 341, obs. B. Audit.
- 37- CJCE, 9 novembre 1978, Meeth: JDI 1979, p. 863, obs. A. Huet; Rev. crit. DIP 1981, p. 127, note H. Gaudemet-Tallon.
- 38- Cass. 2^e civ., 11 janvier 1978, Bull. civ. II, n° 13; Gaz. Pal. 1978, 1, p. 273, note J. Viatte; RTD civ. 1978, p. 921, obs. J. Normand.
- 39- CJCE, 17 janvier 1980, aff. 56/79. Rec. 1980, p. 89.
- 40- Cass. civ., 20 février 1980 n°77-12800, Bull. civ. II n°37; Gaz Pal. 1980 p.494 note J. Dupichot.
- 41- CJCE, 6 mai 1980, Rec. p. 1517, rapp. Reischl; JDI 1980, p. 934, note A. Huet; Rev. crit. DIP 1981, p. 339, note P. Lagarde.
- 42 - Cass. com., 30 novembre 1981, Bull. civ. IV, n° 415 ; D. 1982, IR p. 156, obs. P. Julien.
- 43- C.J.C.E., 24 juin 1981 (Elefanten Schuh GmbH), C-150/80, Rec., 1981, 1671.
- 44- Cass. com., 20 juillet 1981, Bull. civ. IV, n° 324.
- 45- Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1982, Bull. civ. I, n° 106.
- 46- Cass. com., 14 février 1983, Bull. civ. IV, n° 57.

- 47- Cass. com., 03 novembre 1983, Dr. marit. fr. 1984, p. 283, note R. Achard; D. 1984, IR p. 214, obs. B. Mercadal.
- 48- Cass. com., 16 novembre 1983, Bull. civ. IV, n° 313; Gaz. Pal. 1984, 1, Somm. p. 72, obs. S. Guinchard.
- 49- CJCE, 14 juillet 1983, Rec. 1983, p. 2503, concl. F. Mancini ; JDI 1983, p. 843, note A. Huet ; Rev. crit. DIP 1984, p. 142, note H. Gaudemet-Tallon.
- 50- CJCE, 19 juin 1984, Rec. 1984, p. 2417, concl. G. Slynn ; Rev. crit. DIP 1985, p.391, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1985, p. 159, obs. J.-M. Bischoff.
- 51- Cass. 1^{re} civ., 6 février 1985, Simitch, Rev. crit. DIP 1985, p. 369, note D. Holleaux ; JDI 1985, p. 469, note A. Huet ; D.1985, p. 469, note J. Massip .
- 52- C.J.C.E., 7 mars 1985 (Hannelore Spitzley c. Sommer Exploitation SA), C-48/84, Rec., 1985, p 794.
- 53- Cass. soc., 8 juillet 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 113, note H. Gaudemet-Tallon.
- 54- CJCE, 11 juillet 1985, Berghoeffter: Rev. crit. DIP 1986, p. 335, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1986, p. 453, obs. J.-M. Bischoff.
- 55- Cass. 1^{re} Civ. 19 novembre 1985 : Soc. Cognac and Brandies from France C. Soc.Orliac, J.D.I.P (Clunet) 1986.719, note Huet.
- 56- Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 1986, Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon.
- 57- Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1985, R. 1986. 537, note H. Gaudemet-Tallon; D. 1986 IR 265, obs B. Audit.
- 58- Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, JCP 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadiet ; JDI 1988. 793, note E. Loquin .
- 59- CA Paris, 20 janvier 1987, Rev. arb. 1987, p. 482, note C. Kessedjian; JDI 1987, p. 934, note É. Loquin.
- 60- Cass. com., 10 janvier 1989: Bull. civ. 1989, IV, n° 20 .
- 61- Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, Rev. arb. 1990, p. 134, note C. Kessedjian; JDI 1990, p. 633, note É. Loquin.
- 62- Cass. com., 12 décembre 1989, JDI 1991, p. 158, obs. A. Huet; Rev. crit. DIP 1990, p. 358, note H. Gaudemet-Tallon.
- 63- Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 1990: *Rev. crit. DIP* 1991, p. 139, note H. Gaudemet-Tallon.
- 64- CA Paris, 10 octobre 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon.

- 65- Cass. com., 19 mars 1991 Bull. civ. I, n° 115.
- 66- CA Paris, 26 mars 1991, Rev. arb. 1991, p. 456, note H. Gaudemet-tallon.
- 67- Cass. com., 9 juillet 1991, Bull. civ. IV, n°256.
- 68- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, Rev. crit. DIP 1992, p. 340, note Hélène Gaudemet-Tallon.
- 69- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, Contrats, conc. cons. 1992, n° 57, obs. G. Raymond.
- 70- Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992, JDI 1993, p. 140, note B. Audit; Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer; RTD com. 1993, p. 647, obs. É. Loquin.
- 71- CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit, aff. C-214/89, Rec. C.J.C.E, 1992, p. 1745, concl. G. Tesauro; Rev. crit. DIP 1992, p. 528, note H. Gaudemet-Tallon.
- 72- CA Paris, 6 mai 1992, Rev. arb. 1993, p. 624, note L. Aynes .
- 73- Cass. com., 26 mai 1992 : Rev. crit. DIP 1992, p. 703, note H. Gaudemet-Tallon.
- 74- CA Rouen, 28 janvier 1993, Rev. crit. DIP 1993, p. 307, note H. Gaudemet-Tallon.
- 75- Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1993, Rev. arb. 1994, p. 108, note C. Kessedjian.
- 76- Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, n° de pourvoi 91-16828, Bull., 1993, I, n° 372, p. 258
- 77- CA Colmar, 1^{re} ch. civ., 8 mars 1994.
- 78- Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, pourvoi n°92-22111, Bull. civ. 1994 I N° 214 p. 156.
- 79- Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 56.
- 80- Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, Rev. crit. DIP 1996, p. 731, note H. Gaudemet-Tallon; JDI 1997, p. 173, note A. Huet.
- 81- Cass. com., 9 avril 1996, D. 1997, p. 77, note E. Tichadou; RTD civ. 1997, p. 121, obs. J. Mestre.
- 82- Cass. com., 11 mars 1997, Rev. crit. DIP 1997, p. 537, rapp. J.- P. Remery.
- 83- Cass. com., 27 mai 1997 : D. 1997, IR p. 143.
- 84- C.J.C.E, 3 juillet 1997, Francesco Benincasa c. Dentalkit SrL, affaire C-269/95, JDI 1998, p.581, obs. J.- M. Bischoff.
- 85- Cass com., 25 novembre 1997, Rev. crit. DIP 1998, p. 98, rapp. J.- P. Remery .

- 86- Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, Rev. crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau
- 87- Cass. 1^{er} civ., 13 avril 1999, Bull. civ. I.
- 88- CJCE, 9 novembre 2000, affaire C-387/98, Coreck Maritime GmbH, concl. M. Siegbert Alber.
- 89- Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, sté Prodexport c. sté FMT Productions et autres, inédit ; Rev. arb., 2003.1341 (1^{re} esp.), note C. Legros ; D. 2001, n°95, p.122, note P. Mousseron.
- 90- Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, Cornelissen c. Avianca Inc. e. a., D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée
- 91- Cass.com., 16 décembre 2008, n°08-10460 ; Cass.civ., 1^{re}, 16 décembre 2008, n°07-18834.
- 92- Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2009, n° 08-16.369 et 08-16.549, FS P+B+I, Wolberg et a. c/ Sté In Zone Brands Inc.
- 93- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 07-17.788, F-P+B+I.: D. 2010, p. 1869, obs. X. Delpech ; D. 2010, p.2333, obs. L. d'Avout.

❖ مواقع الانترنت :

www.hcch.net
<http://www.legislation.tn>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://www.echr.coe.int>
<http://www.un.org>

الفهرس

الفهرس

01المقدمة
10الباب الأول: فكرة الخضوع الاختياري
11الفصل الأول: مفهوم فكرة الخضوع الاختياري
13المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاتفاق الخضوع الاختياري
13المطلب الأول: تكييف اتفاق الخضوع الاختياري
14الفرع الأول: اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة
14الفقرة الأولى: التكييف الإجرائي للخضوع الاختياري
17الفقرة الثانية: التكييف العقدي للخضوع الاختياري
23الفقرة الثالثة: الخضوع الاختياري ذو طابع خاص
25الفرع الثاني: اتفاقات الخضوع الاختياري الضمنية
28الفرع الثالث: تمييز اتفاق الخضوع الاختياري عما يشابهه من اتفاقات أخرى
37المطلب الثاني: علاقة شرط الخضوع الاختياري بالعقد الأصلي
37الفرع الأول: استقلالية شرط الخضوع الاختياري
42الفرع الثاني: الآثار المترتبة على استقلالية شرط الخضوع الاختياري
44المبحث الثاني: قبول فكرة الخضوع الاختياري
44المطلب الأول: الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في القانون المقارن
44الفرع الأول: تكريس مبدأ شرعية الخضوع الاختياري
44الفقرة الأولى: إنكار دور الإرادة في إنشاء اختصاص قضائي دولي
47الفقرة الثانية: الاعتراف بدور الإرادة في إنشاء اختصاص قضائي دولي
50الفرع الثاني: أهمية اتفاق الخضوع الاختياري
57المطلب الثاني: الاعتراف بفكرة الخضوع الاختياري في القانون الجزائري
57الفرع الأول: مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الداخلي
61الفرع الثاني: مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الدولي

63الفقرة الأولى: موقف القضاء الفرنسي.....
66الفقرة الثانية: حكم المسألة في القانون الجزائري.....
80أولاً: الاختصاصات المانعة.....
81ثانياً: الاختصاصات الجوازية.....
84الفصل الثاني: شروط قبول فكرة الخضوع الاختياري.....
84المبحث الأول: حسن سير العدالة.....
84المطلب الأول: الطابع الدولي للنزاع.....
85الفرع الأول: شرط دولية النزاع.....
94الفرع الثاني: معيار دولية اتفاق الخضوع الاختياري.....
98المطلب الثاني: تلافي إنكار العدالة.....
110المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف.....
111المطلب الأول: حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك.....
112الفرع الأول: مفهوم عقد الاستهلاك الدولي.....
112الفقرة الأولى: مفهوم المستهلك.....
114الفقرة الثانية: تعريف عقد الاستهلاك الدولي.....
115أولاً: أطراف عقد الاستهلاك.....
116ثانياً: معيار دولية عقد الاستهلاك.....
118الفرع الثاني: حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري.....
127المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف في عقود التأمين والعمل.....
127الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين.....
133الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف في عقد العمل.....
151الباب الثاني: النظام القانوني الذي يحكم تطبيق اتفاق الخضوع الاختياري.....
152الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق الخضوع الاختياري.....

154المبحث الأول: استبعاد منهج التنازع.
155المطلب الأول: اللجوء للقواعد المادية للقانون الدولي الخاص.
166المطلب الثاني: مدى ملائمة القواعد المادية لشرط الخضوع الاختياري.
176المبحث الثاني: اللجوء إلى منهج التنازع.
176المطلب الأول: قواعد التنازع التي يمكن تطبيقها على اتفاق الخضوع الاختياري.
177الفرع الأول: حلول التنازع المؤسسة على الربط الأحادي.
177الفقرة الأولى: القانون الوطني لطرفي عقد الخضوع الاختياري.
178الفقرة الثانية: قانون القاضي.
179أولاً: قانون المحكمة الفاصلة في النزاع.
180ثانياً: قانون المحكمة المستبعدة.
180ثالثاً: قانون المحكمة المعينة.
182الفقرة الثالثة: قانون الإرادة.
182أولاً: تطبيق قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية.
185ثانياً: تطبيق قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد.
187الفرع الثاني: حلول التنازع المؤسسة على التطبيق الجامع لقانونين.
188الفقرة الأولى: التطبيق الجامع لقانون العلاقة وقانون القاضي.
189الفقرة الثانية: التطبيق الجامع لقانون المحكمة المعينة والمحكمة المفروض أنها مختصة.
195الفرع الثالث: حلول التنازع المؤسسة على الربط الأحادي المتعدد.
الفقرة الأولى: تطبيق قانون القاضي على مسألة شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة
195على مسألة صحة هذا الاتفاق.
الفقرة الثانية: تطبيق قانون القاضي على شرعية اتفاق الخضوع الاختياري، وقانون الإرادة على
197صحة الاتفاق فقط عندما يكون القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين.
197أولاً: القاضي المعروض عليه النزاع هو القاضي المعين.
198ثانياً: القاضي المعروض عليه النزاع ليس هو القاضي المعين.

200	المطلب الثاني: قواعد التنازع التي يمكن اعتمادها في القانون الجزائري.....
202	الفرع الأول: حالة عرض النزاع على المحكمة الجزائرية سواء كانت معينة أو مستبعدة.....
205	الفرع الثاني: المحكمة الجزائرية المعروض عليها النزاع ليست هي المحكمة المعنية ولا المحكمة المستبعدة
213	الفصل الثاني: صحة وآثار اتفاق الخضوع الاختياري.....
213	المبحث الأول: صحة اتفاق الخضوع الاختياري.....
215	المطلب الأول: التراضي وشكلية اتفاق الخضوع الاختياري.....
219	الفرع الأول: العلم باتفاق الخضوع الاختياري.....
219	الفقرة الأولى: مكان ادراج اتفاق الخضوع الاختياري.....
219	أولاً: اتفاق الخضوع الاختياري الوارد في ظهر العقد.....
220	ثانياً: اتفاق الخضوع الاختياري موضوع في وثيقة مستقلة عن العقد.....
222	ثالثاً: شرط الخضوع الاختياري الموجود في قانون الشركة.....
226	الفقرة الثانية: وضوح ومقروئية اتفاق الخضوع الاختياري.....
227	أولاً: وضوح اتفاق الخضوع الاختياري.....
228	ثانياً: شرط الخضوع الاختياري المكتوب بلغة أجنبية.....
230	الفرع الثاني: قبول اتفاق الخضوع الاختياري.....
231	الفقرة الأولى: طرق التعبير عن قبول اتفاق الخضوع الاختياري.....
233	أولاً: كتابياً.....
234	ثانياً: اتفاق شفهي مؤكد كتابياً.....
234	ثالثاً: الشكل المطابق للعادات الموضوعية من طرف الأطراف.....
234	رابعاً: الشكل المقبول من طرف معاملات التجارة الدولية.....
235	الفقرة الثانية: نطاق قبول اتفاق الخضوع الاختياري.....
236	المطلب الثاني: صحة محل اتفاق الخضوع الاختياري.....
236	الفرع الأول: التحديد الدقيق للقضاء المختص.....

236	الفقرة الأولى: تعيين نظام قضائي بشكل عام
240	الفقرة الثانية: تعيين محكمة مختصة بعينها ضمن نظام قضائي
240	أولاً: الاختصاص المحلي
242	ثانياً: الاختصاص النوعي
246	الفرع الثاني: الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المعينة
254	المبحث الثاني: آثار اتفاق الخضوع الاختياري
255	المطلب الأول: الأثر القضائي لاتفاق الخضوع الاختياري
255	الفرع الأول: الاختصاص الحصري للمحكمة المعينة
256	الفقرة الأولى: الحصرية في مسائل الاختصاص المباشر
261	الفقرة الثانية: الحصرية في مسائل الاختصاص غير المباشر
265	الفرع الثاني: مجال اتفاق الخضوع الاختياري
265	الفقرة الأولى: نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث طبيعة النزاع
267	الفقرة الثانية: نطاق اتفاق الخضوع الاختياري من حيث مضمون النزاع
267	أولاً: تحديد موضوع اتفاق الخضوع الاختياري بشأن النزاعات الناشئة والتي قد تنشأ بمناسبة علاقة قانونية
271	ثانياً: مضمون اتفاق الخضوع الاختياري
276	المطلب الثاني: الآثار الشخصية لاتفاق الخضوع الاختياري
277	الفرع الأول: أطراف اتفاق الخضوع الاختياري
278	الفقرة الأولى: الخلف العام
279	الفقرة الثانية: الخلف الخاص
280	الفرع الثاني: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري للغير
280	الفقرة الأولى: النظام القانوني لنقل اتفاق الخضوع الاختياري
284	الفقرة الثانية: بعض حالات انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري
284	أولاً: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري بواسطة حوالة الحق

289 ثانيا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري من خلال التعهد عن الغير
290 ثالثا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير
292 رابعا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري عن طريق الحلول
292 خامسا: انتقال آثار اتفاق الخضوع الاختياري من خلال العقد الجماعي
294 الخاتمة
304 قائمة المراجع
326 الفهرس

ملخص:

فكرة الخضوع الاختياري تتمثل في التصرف القانوني الذي من خلاله يقوم الاطراف عن طريق الاتفاق بمنح الاختصاص الى محكمة غير مختصة، وفي نفس الوقت استبعاد اختصاص محكمة من المفروض انها مختصة، هذا الاتفاق لا يسمح وحده بتقرير اختصاص المحكمة المعنية، بل يجب ان تتدخل قواعد الاختصاص القضائي للمحكمة المعنية للاعتراف بهذه الفكرة التي تسمح بتمديد الاختصاص القضائي، وحتى يكون اتفاق الخضوع الاختياري صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، يجب أن يلي بعض الشروط القانونية التي تهدف أساسا الى منع اتفاق الخضوع الاختياري من مخالفة قواعد الاختصاص القضائي الالزامية، وحماية الطرف الضعيف، وعدم انكار العدالة، هذه الفكرة تساهم في تشجيع التجارة الدولية، وترك مكان مهم لإرادة الاطراف في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي الدولي - الخضوع الاختياري - إنكار العدالة - حماية الطرف الضعيف - المحكمة المختصة - القانون الواجب التطبيق - الخضوع الارادي.

Résumé:

L'idée de l'élection de for consiste à un dispositif juridique par lequel les parties conviennent d'attribuer la compétence à un tribunal qui est normalement incompétent et en même temps écarter la compétence d'un tribunal normalement compétent. Cette convention, à elle seule, ne permet pas de retenir la compétence d'une juridiction désignée, car il faut l'intervention des règles de compétence judiciaire internationale du tribunal désignée pour reconnaître cette idée permettant la prorogation de la compétence, pour que cette convention soit valable et puisse produire ses effets juridiques, il faut qu'elle remplisse quelques conditions visant essentiellement à interdire l'élection de for de contrevenir aux règles impératives de compétence juridictionnelle et la protection de la partie faible et éviter un déni de justice. Cette idée contribue à stimuler le commerce international et à laisser une bonne place à la volonté des parties dans la matière de la détermination de la compétence juridictionnelle internationale.

Mots clés: Clause attributive de juridiction – Conflit de juridictions – Compétence judiciaire internationale – La loi applicable – L'élection de for.

Resume:

The idea of the choice of court agreement is the legal act by which the parties agree to grant jurisdiction to a non-competent court at the same time exclude the jurisdiction of the court is supposed to have jurisdiction. This agreement alone does not allow to decide the jurisdiction of the designated court, but that it should interfere the rules of international jurisdiction to recognize this idea that authorize the extension of jurisdiction, and even be an agreements of jurisdiction valid and productive legal effects, must meet certain legal requirements which are mainly designed to prevent jurisdiction's agreements of violation of the rules of jurisdiction mandatory, and to protect the weaker party, and not the denial of justice. This idea contributes to promoting international trade, leaving an important space for the will of the parties in determining the international jurisdiction.

Key words: Agreements of jurisdiction – International jurisdiction – Denial of justice – The weaker party – Jurisdiction clause – Choice of court agreement – Applicable Law