

محاضرات مقياس القانون الدولي الخاص المعمق

مقدمة عامة: مفهوم القانون الدولي الخاص

يتعين تحديد مفهوم القانون الدولي الخاص من خلال ما يلي:

أولاً: تعريف القانون الدولي الخاص.

ثانياً: موضوعات القانون الدولي الخاص.

ثالثاً: مصادر القانون الدولي الخاص.

رابعاً: مناهج القانون الدولي الخاص.

أولاً: تعريف القانون الدولي الخاص:

يتكون القانون الدولي الخاص من 03 مصطلحات يتحدد مفهومه بتحديد المقصود منها:

- القانون: هو مجموعة من القواعد القانونية.

- الدولي: ينظم علاقة تجاوزت إطار حدود الدولة الواحدة، أي العلاقات المحتوية على عنصر أجنبي أو أكثر.

- الخاص: أي العلاقة بين أشخاص القانون الخاص وليست بين أشخاص القانون العام.

ومنه فالقانون الدولي الخاص هو: القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة أي بين

أشخاص القانون الخاص التي تجاوزت حدود الدولة الواحدة أي تحتوي على عنصر أجنبي أو أكثر، أي القانون المنظم للعلاقات الخاصة المحتوية على عناصر أجنبية.

ثانياً: موضوعات القانون الدولي الخاص:

لقد اختلف الفقه في تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص الى ثلاثة اتجاهات قانونية:

- **الاتجاه الأول:** يضيق من مجال القانون الدولي الخاص فيقصره على تنازع القوانين فقط.

- **الاتجاه الثاني:** يذهب إلى ضم تنازع الاختصاص الدولي القضائي إلى جانب تنازع القوانين ويعرفه بأنه القانون الذي يختص ببيان القانون الواجب تطبيقه و المحكمة المختصة في العلاقات الدولية الخاصة.

- **الاتجاه الثالث:** وحدد موضوعاته في خمسة موضوعات وهي: الجنسية والمركز القانوني للأجانب وتنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص الدولي القضائي وتنفيذ الأحكام والعقود الأجنبية، فالقانون الدولي الخاص حسب هذا الاتجاه يتضمن القواعد القانونية التي

تتعلق بتوزيع الأفراد توزيعاً دولياً (الجنسية والموطن)، وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) واستعمال الحقوق وحمايتها (أو تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين وتنفيذ الأحكام والعقود الأجنبية) وكل هذه الموضوعات تشترك في هدف واحد هو تنظيم الحياة الدولية الخاصة، أي العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، الأمر الذي جعلها تندرج ضمن قانون واحد هو القانون الدولي الخاص.

ثالثاً: مصادر القانون الدولي الخاص:

كباقي القوانين فإن القانون الدولي الخاص متعدد المصادر والتي قد تكون مصادر رسمية أو غير رسمية أو تفسيرية، وسنقتصر على ذكر المصادر الأصلية، وذلك كما يأتي:

1 - **التشريع:** متمثلاً في قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني، وقانون الجنسية وقواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المتعلق بمركز الأجانب.

2 - **المعاهدات:** تعتبر من أهم مصادر القانون الدولي الخاص، ولها الأولوية في التطبيق استناداً لنص المادة 150 من الدستور الجزائري والمادة 21 من القانون المدني، يكثر لجوء الدول للاتفاقيات الدولية لتنظيم مركز الأجانب و تنازع القوانين و تنظيم قواعد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام والعقود الأجنبية، ومن أمثلة ذلك : اتفاقيات جنيف بخصوص الشيك والكمبيالة والسند الاذني، واتفاقيات بروكسل بخصوص الملاحة البحرية، و اتفاقية وارسو بخصوص الملاحة الجوية، ومعاهدة بروكسل بين دول الجماعة الأوروبية لتحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدول الاعضاء في تلك الجماعة ولتحديد شروط تنفيذ الأحكام الصادرة من تلك المحاكم، والمعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص نوعان وهما: النوع الأول: معاهدات موحدة لقواعد التنازع، وهي معاهدات تهدف الى توحيد قواعد الإسناد، والنوع الثاني: معاهدات موحدة للقواعد الموضوعية ، وتهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تطبق بشأن المنازعات الدولية الخاصة، وفي النوع الأول هدف المعاهدة يقتصر فقط على توحيد ضوابط الإسناد في القانون الداخلي بين الدول الأطراف، أما في النوع الثاني فليس الهدف هو توحيد قواعد الإسناد بل هو توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع مباشرة.

3 - **العرف:** وهو مصدر هام للقانون الدولي الخاص، إلا أن أهميته تختلف بحسب اختلاف موضوعاته، فهي ضعيفة في الجنسية نظراً للطبيعة السياسية لها ولا اتصالها بكيان الدولة

وسيادتها، وتزداد أهمية العرف بالنسبة لمركز الأجانب إذ يعد مصدر تاريخي لكثير من القواعد التي تحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب والتي تم تكريسها تشريعياً في الكثير من الدول الحديثة، وتزداد أهميته في موضوع تنازع القوانين، لأن معظم هذه القواعد نشأت عرفية في الأصل ثم تم تكريسها في التشريع، ومن أمثلة ذلك : قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وخضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى وخضوع موضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، فكلها قواعد عرفية تم تكريسها في قوانين الدول، كما ان للعرف أهمية بالغة بالنسبة لقواعد الاختصاص الدولي القضائي فغالب قواعده عرفية قبل تقنينها، ومن أمثلة هذه القواعد قاعدة اختصاص محكمة موقع المال، وقاعدة اختصاص قضاء موطن المدعي عليه.

4 - مبادئ القانون الخاص: نص القانون المدني في المادة 23 مكرر 2 منه علي أنه تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في التشريع او الاتفاقيات الدولية.

وللاشارة فإن المصادر الاحتياطية للقانون الدولي الخاص هي القضاء والفقه مثله في ذلك مثل أي فرع قانوني آخر.

رابعاً: مناهج القانون الدولي الخاص:

يقصد بمناهج القانون الدولي الخاص الطريقة أو الوسيلة التي ينظم بها المشرع مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص، وتلك الطريقة أو الوسيلة يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يأخذ بها للفصل في النزاع الدولي الخاص المعروض عليه، ويعرف القانون الدولي الخاص نوعين من المناهج وهما:

1 - المنهج التنازعي أو قواعد الإسناد : يقوم هذا المنهج على قواعد الإسناد التي ب يتم فيها إسناد العلاقة القانونية المتنازع بشأنها بسبب احتوائها على عنصر أجنبي إلى قاعدة الإسناد المناسبة لها، وهذه القاعدة هي التي تحدد للقاضي القانون الواجب التطبيق عليها، وتتصف قواعد الإسناد بكونها قواعد غير مباشرة بحيث يقتصر دورها على تحديد القانون واجب التطبيق ولا تقدم للقاضي مباشرة القاعدة الموضوعية التي يفصل بموجبها في النزاع، كما أنها قواعد مزدوجة بحيث ترشد إلى القانون واجب التطبيق الذي قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

2- المنهج الموضوعي أو القواعد الموضوعية: وهي قواعد موضوعية مادية تشمل على حلول للمنازعات الدولية الخاصة، وهي قواعد تتسم بكونها مباشرة بحيث تقدم الحل المباشر للنزاع، ومن ذلك القواعد المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب وكذلك القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية، ويمتاز المنهج الموضوعي بكون قواعده مباشرة إذ تقدم حلولاً مباشرة للمسألة المعروضة على القاضي.

الفصل الأول

الاختصاص الدولي القضائي

أولاً: مفهوم الاختصاص الدولي القضائي.

ثانياً: خصائص قواعد الاختصاص الدولي القضائي وتمييزها عن قواعد تنازع القوانين.

أولاً: مفهوم الاختصاص الدولي القضائي:

يتحدد مفهوم الاختصاص الدولي القضائي من خلال تعريفه وتحديد مصادره:

1- تعريف الاختصاص الدولي القضائي:

يمكن تعريف تنازع الاختصاص الدولي القضائي بأنه فرع من القانون الدولي الخاص يضم القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وقواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي هي التي تنظم كيفية حل النزاعات الناشئة عن العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، فإذا ما طرح أمام القضاء منازعة خاصة ذات عنصر أجنبي تعين على القاضي وقبل أن يفصل فيها أن يبحث أولاً عما إذا كان قضاء دولته مختصاً بالفصل في تلك المنازعة أم لا.

ويقوم القاضي بذلك استناداً على قواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي والتي تحدد الحالات التي يختص فيها القضاء الوطني بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

ومنه فقانون الاختصاص الدولي القضائي هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد

اختصاص محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، ويحدد هذا الاختصاص عن طريق قواعد موضوعية تتحدد اختصاص القضاء الوطني بشكل مباشر، وتكون هذه القواعد وطنية المصدر وتحدد متى يختص القضاء الوطني بالنزاع الدولي الخاص، كما تحدد القيود والحالات التي التي تقيد اختصاص القضاء الوطني وتمنع اختصاصه بالنزاع الدولي الخاص، وقد اطلق عليه البعض مصطلح تنازع الاختصاص الدولي

القضائي وهناك من سماه الصلاحية الدولية للمحاكم الوطنية كما اسماه البعض بالإجراءات المدنية التجارية الدولية.

ويتعين الإشارة الى أن القواعد الموضوعية المندرجة ضمن قانون الاختصاص الدولي القضائي هي قواعد ذات مصدر وطني ذلك أن المشرع الوطني يستأثر بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية في النزاعات الدولية الخاصة، وهذا الاختصاص الاستثنائي للمشرع الوطني في رسم حدود اختصاص محاكمه نابع من أن الاختصاص القضائي مظهر من مظاهر سيادة الدولة، وهذه القواعد مفردة الجانب لأنها تبين حدود الاختصاص الدولي القضائي للمحاكم الوطنية دون المحاكم الأجنبية ، فمثلاً: قواعد الاختصاص الدولي القضائي في الجزائر تبين للقاضي الجزائري ما إذا كان القضاء الجزائري يختص بالفصل في النزاع المطروح أمامه والمتضمن عنصراً أجنبياً من عدمه.

مثال:

رفع جزائري دعوى قضائية ضد طبيب صيني أمام القسم المدني بمحكمة الطارف أين يقيم المدعي يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عملية جراحية قام بها الطبيب الصيني في تركيا.

يجد القاضي المدني بمحكمة الطارف أن النزاع يتضمن عنصرين أجنبيين وهما المدعي عليه الطبيب الصيني ومكان اجراء العملية الجراحية وهي تركيا، وبالتالي كيف القضية على أن النزاع يندرج ضمن القانون الدولي الخاص، ولذلك يتعين على القاضي طرح مسألتين والفصل فيهما قبل الفصل في النزاع وهما: المسألة الأولى تتعلق بمدى اختصاص القضاء الجزائري بالفصل في هذا النزاع الدولي الخاص وذلك لكون المدعي عليه غير جزائري والواقعة مصدر الالتزام والنزاع وقعت بتركيا أي خارج التراب الجزائري، والمسألة الثانية تتعلق بالقانون واجب التطبيق على هذا النزاع، وبالتالي فقبل الفصل في مسألة القانون واجب التطبيق على النزاع استنادا لقواعد تنازع القوانين، يتعين الفصل في مسألة الاختصاص القضائي أي يجيب على السؤال الخاص بمدى اختصاصه بالفصل في هذا النزاع وذلك استنادا الى قانون الاختصاص الدولي القضائي.

2 مصادر قانون الاختصاص الدولي القضائي:

يجد قانون الاختصاص الدولي القضائي قواعده في نفس مصادر القانون الدولي الخاص المشار إليها في المحاضرة الأولى باعتباره فرعاً من فروعها، وتتمثل تلك المصادر في التشريع

والاتفاقيات الدولية والعرف والمبادئ العامة للقانون الدولية الخاص باعتبارها مصادر رسمية، إضافة الى الفقه واحكام القضاء باعتبارها مصادر تفسيرية.

الا أنه يتعين الاشارة هنا الى مبدأ هام من مبادئ قانون الاختصاص الدولي القضائي، وهو مبدأ حرية المشرع الوطني في تحديد الحالات التي تدخل ضمن ولاية محاكم دولته في المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، وهي الحرية التي تعد تجسيدا لمبدأ سيادة الدولة، وعادة ما يتم النص على هذه حالات اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات الدولية الخاصة ضمن قواعد الاجراءات المدنية، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ولا شك ان مبدأ حرية الدولة في سن قواعد الاختصاص الدولي القضائي ليس مطلقا ذلك أن الدولة عضو في المجتمع الدولي مما يلزمها ببعض القيود التي يفرضها العرف الدولي او الاتفاقيات الدولية في مجال الاختصاص الدولي القضائي، ومن تلك القيود قيد التزام الدولة بتمكين الأجنبي من حق اللجوء لقضاء الدولة المقيم فيها، وهو قاعدة عرفية، وقيد التزام الدولة باحترام الحصانة القضائية للدول الاجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين. بمعنى أنه لا يجوز أن تقوم المحاكم الوطنية بمقاضاة دول أخرى أو الاشخاص ممن يتمتعون بالحصانة القضائية. احتراماً لسيادة الدول والمعاملة بالمثل، وهو القيد الذي يعجد عرفيا في منشئه لكنه تم تكريسه في اتفاقيات دولية.

ثانيا: خصائص قواعد الإختصاص الدولي القضائي وتمييزها عن قواعد تنازع

القوانين:

يتفق قانون الاختصاص الدولي القضائي وتنازع القوانين في مسألة العنصر الاجنبي الذي يجعل النزاع دوليا خاصا، ومنه فانه عندما يكون النزاع الخاص مشتملا على عنصر أجنبي فقط تنثور مسألة مدى اختصاص القاضي الوطني بالفصل في ذلك النزاع، كما يثور أيضا سؤال بشأن القانون واجب التطبيق على ذلك النزاع، فتحديد طبيعة النزاع بكونه نزاعا دوليا خاص هو العنصر المشترك بين قانون الاختصاص الدولي القضائي وقواعد تنازع القوانين، ورغم ذلك فإن قانون الاختصاص الدولي القاضي يتميز عن تنازع القوانين وتفصيل ذلك فيما يأتي:

1 خصائص قواعد الإختصاص الدولي القضائي:

تبين لنا مما سبق بأن قواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي هي قواعد موضوعية تتكفل مباشرة بتحديد الحالات التي يختص القضاء الوطني فيها بفض النزاع الدولي الخاص،

أي أنها قواعد يطبقها القاضي مباشرة للحكم باختصاصه أو بعدم اختصاصه بالنزاع الدولي الخاص المعروف عليه، أما قواعد تنازع القوانين فليست قواعد موضوعية مباشرة بل هي قواعد تسند النزاع الى القانون الذي يطبق عليه، أي انها قواعد تنازع القوانين لا تتيح للقاضي الفصل في النزاع مباشرة بل هدفها ان ترشده وتحدد له القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهي قواعد ارشادية غير مباشرة.

كما ان قواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي تقتصر على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية ولا تشير مطلقا الى حالات اختصاص او عدم اختصاص محاكم دولة أجنبية، فهي قواعد أحادية، خلافا لقواعد تنازع القوانين التي تكون مزدوجة الجانب أي أنها قواعد تتضمن ضوابط اسناد حيادية والتي قد تشير على القاضي ان يطبق قانونه الوطني كما قد تشير عليه ان يطبق القانون الأجنبي.

2 مظاهر تمييز قواعد الاختصاص الدولي القضائي عن قواعد تنازع القوانين:

تبعاً للخصائص سالفة الذكر لقانون الاختصاص الدولي القضائي، يمكن تلخيص مظاهر اختلاف قواعد قانون الاختصاص الدولي القضائي عن قواعد تنازع القوانين فيما يأتي:

- قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد) يقتصر دورها على ارشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، أما قواعد الاختصاص الدولي القضائي فهي تحدد مباشرة ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة بالفصل في المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي أم غير مختصة.
- قواعد تنازع القوانين هي قواعد محايدة ومزدوجة الجانب بمعنى أنها تتضمن ضوابط اسناد ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق والذي قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، أما قواعد الاختصاص الدولي القضائي فهي قواعد أحادية الجانب وغير محايدة لكونها تحدد للقاضي مباشرة هل قضاء دولته مختص ام لا بالفصل المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر الأجنبي.
- قواعد تنازع القوانين هي قواعد غير مباشرة لكونها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضي مباشرة، فبل تحدد للقاضي القانون الواجب التطبيق على النزاع، أما قواعد تنازع الاختصاص الدولي القضائي فهي قواعد مباشرة لكونها تحدد مباشرة مدى اختصاص القاضي أو عدم اختصاصه بالنزاع الدولي الخاص المعروف عليه ، وبالتالي فمنهجية تنازع القوانين تختلف عن منهجية قواعد الاختصاص الدولي القضائي.

ثالثا: قواعد تحديد الاختصاص الدولي القضائي:

تخصص كل دولة المعايير أو الضوابط التي تمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية للفصل في النزاعات الدولية الخاصة، وتتفق غالبية في تلك الضوابط والمعايير، والتي نتطرق إليها، ثم نتطرق لاحقا الى موقف المشرع الجزائري أي ضوابط اختصاص المحاكم الجزائرية للفصل في المنازعات الدولية الخاصة، لنتطرق أخيرا الى ضوابط هذا الاختصاص في الاتفاقيات الدولية، وذلك كما يأتي:

1 - الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي القضائي:

- أ - الاختصاص الأصلي على أساس شخصي: الجنسية أو ما يسمى بقواعد الإمتياز .
- ب- الاختصاص الأصلي على أساس إقليمي: موطن المدعى عليه أو موقع المال أو مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه.

ج- الاختصاص الأصلي على أساس القواعد العادية للاختصاص القضائي في المجال الدولي.

2- ضوابط الإختصاص الدولي القضائي الطارئ:

- أ - الإختصاص الدولي القضائي المبني على إرادة الخصوم: الخضوع الإرادي من الخصم.
- ب- الاختصاص الدولي القضائي المبني على بالإرتباط بالدعوى الأصلية: المسائل الأولية والطلبات العارضة.
- ج- الاختصاص الدولي القضائي المبني على النظام العام الدولي وحسن سير العدالة.
- د- الاختصاص الدولي القضائي المبني على تلافي إنكار العدالة.

1_ الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي القضائي:

تشترك عديد الدول في الضوابط التي ينعقد بها اختصاص محاكمها الوطنية للفصل في المنازعات الدولية الخاصة، والتي تنقسم الى ضوابط أصلية وضوابط طارئة، وتتمثل الضوابط الأصلية أو العادية في ضابط شخصي وهو الجنسية وضابط إقليمي وهو الموطن وموقع المال ومكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه، ويضاف الى ذلك الضوابط الواردة في القواعد الداخلية المتعلقة بالاختصاص المحلي الداخلي.

وينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للفصل في النزاعات الدولية الخاصة بصفة أصلية عندما تتصل المنازعة بالدولة عن طريق الصفة الوطنية لأطراف النزاع من خلال الجنسية أو الموطن أو موقع الأموال أو مكان نشأة الالتزامات أو مكان تنفيذه، فهناك صلة شخصية أو

إقليمية بين المنازعة وبين الدولة، فلا ينعقد اختصاص محاكم الدولة عرضيا بل بسبب تلك الصلة.

وتفصيل تلك الضوابط، كما يلي:

- أ - الاختصاص الأصلي على أساس شخصي: الجنسية أو ما يسمى بقواعد الإمتياز .
ب- الاختصاص الأصلي على أساس إقليمي: موطن المدعى عليه أو موقع المال أو مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه.

ج- الاختصاص الأصلي على أساس القواعد العادية للإختصاص القضائي في المجال الدولي.

أ - الاختصاص الأصلي على أساس شخصي: الجنسية أو ما يسمى بقواعد

الإمتياز:

هذا الضابط شخصي لاستناده الى صفة شخصية في طرفي الدعوى أو أحدهما وهي الجنسية، فيختص قضاء الدولة بالمنازعة الدولية الخاصة اذا كان المدعي أو المدعى عليه يحمل جنسية تلك الدولة، وهذا ضابط قانوني لاستناده الى فكرة قانونية وهي الجنسية. وقد تأثر المشرع في عديد الدول عند اعتناقه لجنسية المدعي عليه كضابط ينعقد وفقا له الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنهج المشرع الفرنسي حين عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية متى كان المدعي عليه فرنسيا إعمالا للنص المادة 15 من التقنين المدني الفرنسي وقد استندت تلك المادة في حينه إلى مبررات تركز على اعتبار القضاء مرفقا خاصاً بالوطنيين وعلى عدم الثقة في كفاءة قضاء الدول الأجنبية وعدالة أحكامه، وهي اعتبارات لا تتفق مع حاجة العلاقات ذات الطابع الدولي في المجتمع الدولي الحديث.

وخلافا لذلك يستند جانب من الفقه بقصد تبرير أخذ المشرع في عديد الدول بضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية على فكرة السيادة، اذ يعد اختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للمواطنين تعبيرا عن سيادة الدولة في المجال القضائي.

وقد اختلفت الدول في الأخذ بهذا الضابط فهناك دول تأخذ بالجنسية وحدها لتقرير اختصاص محاكمها بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة ومن ذلك المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والمشرع المصري، فيما هناك دول أخرى تأخذ بضابط الجنسية وتضيف له شرط أن يكون للشخص حامل جنسية الدولة محل لإقامة في دولته، وهو ما يأخذ به القانون الانجليزي.

ب - الاختصاص الأصلي على أساس إقليمي: موطن المدعى عليه أو موقع المال

أو مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه:

يختص القضاء الوطني في عديد الدول بالمنازعات الدولية الخاصة باستنادا الى معيار الاقليم، والذي يعني موطن المدعى عليه أو موقع المال او مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه، وتفصيل ذلك كما يلي:

- ضابط الموطن:

كرس المشرع الوطني في عديد الدول قاعدة اختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، وقد أكد بعض الفقه أن تقرير هذا الاختصاص يرجع إلى أن الموطن هو صلة بين شخص المدعى عليه وبين إقليم الدولة، من ثم فالمنازعة لها صلة بسيادة الدولة، كما انه يترتب على اختصاص الدولة بالمنازعة الدولية الخاصة فائدة عملية وهي امكانية تنفيذ الحكم في مواجهة المدعى عليه متى صدر ضده لكونه متواجد باقليم الدولة، وبالتالي فإن ضابط موطن المدعى عليه كأساس لاختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الدولية الخاصة يستند الى سيادة الدولة على اقليمها وعلى الفعالية التي تعني قدرة الدولة على تنفيذ الحكم على الشخص المقيم بترابها.

- ضابط موقع المال:

ويقصد بذلك منح الاختصاص للمحاكم الوطنية التابعة للدولة التي يوجد على ترابها المال محل النزاع، وذلك دون تفرقة بين العقار والمنقول، والغرض من هذا الضابط هو ان محكمة دولة الموقع هي الأقدر بنظر الدعوى المتعلقة بالمال المنقول او العقاري، كما انه عند صدور الحكم يمكن تنفيذه على ذلك المال طالما يتواجد على تراب الدولة.

ويتميز هذا الضابط بكونه ضابط موضوعي واقليمي في بن واحد لانه لا يعتد فيه بالشخص واقليمي لكونه يتحدد عن طريق اقليم الدولة، كما يتميز بكونه ضابط خاص لانه يتعلق بالمنازعات الخاصة بالمال دون غيرها من المنازعات الأخرى.

- ضابط مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه:

كرست التشريعات الوطنية في مختلف الدول اختصا قضاء الدولة بالمنازعة الدولية الخاصة استنادا الى ضابط مكان نشأة الالتزام بأن يكون مصدر الالتزام محل المنازعة نشأ في تلك الدولة، بأن تم ابرام العقد فيها، او وقع الفعل الضار على ترابها، كما كرس أيضا اختصاص القضاء الوطني للدولة بالمنازعة الدولية الخاصة استنادا الى ضابط مكان تنفيذ الالتزام، فمحاكم الدولة مختصة اذا كان الالتزام يتم تنفيذه في تراب تلك الدولة.

ويتصف هذان الضابطان - ضابط مكان نشأة الالتزام وضابط مكان تنفيذه - بكونهما ضابطين موضوعيين لا علاقة لهما بالأشخاص اطراف المنازعة، كما انهما ضابطان اقليميان لارتباطهما بإقليم الدولة الذي نشأ فيه الالتزام أو يتم تنفيذه فيه، كما أنهما ضابطان خاصان لكونهما مرتبطين بالمنازعات الدولية الخاصة التي تنصب على الالتزامات.

ج- الاختصاص الأصلي على أساس القواعد العادية للإختصاص القضائي في

المجال الدولي:

بالإضافة إلى الضابط الشخصي والضابط الاقليمي كضابطان أصليان أو عاديان لإختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة، تكرر تشريعات مختلف الدول أساسا آخر لمنح الاختصاص للمحاكم الوطنية وهو القواعد العادية للاختصاص المحلي الداخلي، فيكون الإختصاص منعقدا للمحاكم الوطنية كلما كان الضابط معتمدا للإختصاص المحلي الداخلي موجودا في الدولة، فإذا كان مثلا الضابط في الإختصاص المحلي الداخلي هو موطن المدعى عليه، و كان هذا الضابط متوفرا في المنازعة بأن كان المدعى عليه له موطن بالدولة، فإن الإختصاص الدولي القضائي يكون منعقدا لمحاكم تلك الدولة، وأيضا إذا كان ضابط الإختصاص المحلي الداخلي بالنسبة للدعوى العينية العقارية هو مكان تواجد العقار، فإن هذا العقار إذا كان موجودا في الدولة يكون الإختصاص معقودا لمحاكمها، و بذلك فإن هذا الضابط معناه تطبيق قواعد الإختصاص المحلي الداخلي لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة.

وبالتالي فقواعد الإختصاص المحلي الداخلي تحدد المحكمة المختصة اقليميا داخل النظام

القضائي الوطني، أما قواعد الإختصاص الدولي القضائي فتبين إذا كان القضاء الوطني بمختلف محاكمه مختصا أم لا بالمنازعة الدولية الخاصة دون تمييز بين محكمة وأخرى ودون أن تتعدى ذلك إلى عقد الإختصاص لنظام قضائي أجنبي آخر، فنكون بذلك قد استعملنا نفس الضوابط المحددة للإختصاص المحلي الداخلي في المجال الدولي.

ويعد المشرع الفرنسي أهم تشريع نص صراحة على منح الإختصاص للقضاء الفرنسي

للفصل في المنازعات الدولية الخاصة استنادا على قواعد الإختصاص المحلي الداخلي اذ

تضمن نصا مفاده: " يخضع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الفرنسي لقواعد

الإختصاص المحلي الداخلي و ذلك مهما كان القانون المطبق و جنسية أطراف الدعوى".

2- ضوابط الاختصاص الدولي القضائي الطارئ:

إذا لم يتوفر أيا من الضوابط الأصلية أو العادية لعقد اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الدولية الخاصة، وهي جنسية الأطراف أو موطنهم أو موقع المال محل النزاع أو مكان نشأة التزاماتهم أو مكان تنفيذها، ولم يمكن تطبيق القواعد الداخلية للاختصاص المحلي لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، فإنه في هذه الحالة تنص التشريعات أو اجتهادات القضاء على منح الاختصاص للمحاكم الوطنية استنادا على معايير أو ضوابط عرضية أو طارئة، واستنادا لتلك الضوابط الطارئة فإنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للفصل في النزاعات الدولية الخاصة بصفة عرضية وذلك لكون المنازعة لا تتصل بالدولة بأي صلة فلا الأطراف يحملون جنسية الدولة ولا يتوطنون بها ولا الأموال موجودة بتراب الدولة ولا نشأت التزامات الأطراف ولا يتم تنفيذها بها، ولم يتوفر أيا من ضوابط الاختصاص المحلي الداخلي في المنازعة الدولية الخاصة، وبالتالي فليست هناك أي صلة بين المنازعة وبين الدولة، فلا ينعقد اختصاص محاكم الدولة بصفة أصلية بل بسبب تلك الصلة، ولا تكون محاكم الدولة مختصة بحسب الأصل، بل ينعقد اختصاصها بصفة طارئة وذلك في ثلاث حالات، يتم تفصيلها كما يلي:

أ - الإختصاص الدولي القضائي المبني على إرادة الخصوم: الخضوع الإرادي من الخصم.
ب- الاختصاص الدولي القضائي المبني على بالإرتباط بالدعوى الأصلية: المسائل الأولية والطلبات العارضة.

ج- الاختصاص الدولي القضائي المبني على النظام العام الدولي وحسن سير العدالة.

د- الاختصاص الدولي القضائي المبني على تلافي إنكار العدالة.

أ - الإختصاص الدولي القضائي المبني على إرادة الخصوم: الخضوع الإرادي من

الخصم:

يقصد بإرادة الخصوم الخضوع الارادي الإختياري، و الذي يعرف على أنه اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء الدولة حتى و لو لم تكن محاكمها مختصة بالنظر في النزاع أصلا، وفقا لأي من ضوابط الإختصاص الدولي الأخرى المقررة في قانونها، و قد يكون هذا الاتفاق صريحا عندما يتضمنه عقد مكتوب بين الخصوم ، و قد يكون ضمنيا ، بأن يرفع أحد الخصوم دعواه أمام جهة قضائية لدولة معينة دون أن يعترض خصمه على عدم اختصاصها، وفي

الحالتين ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية التي كانت غير مختصة بالمنازعة الدولية الخاصة وذلك استنادا على اتفاق الطرفين.

وتبعا لهذا الضابط الطارئ وهو اتفاق الأطراف المتنازعين فإن محاكم الدولة التي لم تكن مختصة بحسب الضوابط الأصلية تصبح مختصة بالفصل في المنازعة الدولية الخاصة، كما ان محاكم الدولة التي كانت مختصة بحسب تلك الضوابط الأصلية تصبح غير مختصة بمقتضى الاتفاق على اختصاص قضاء دولة أخرى، وبالتالي فالاتفاق بين طرفي المنازعة الدولية الخاصة ينصب على جلب الإختصاص لمحاكم دولة على الرغم من عدم اختصاصها بحسب القواعد الأصلية، كما ينصب على سلب الإختصاص عن المحاكم التي كانت مختصة بحسب الأصل.

وهذا الموقف هو الذي كان سائدا في فرنسا قبل تعديل سنة 1972 لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي استنادا على قواعد الإختصاص القضائي المحلي الداخلي التي تم تمديدها الى المنازعات الدولية الخاصة، وقد كانت قواعد الاختصاص المحلي الداخلي تنص على صحة الإتفاق على مخالفة أحكام الإختصاص القضائي المحلي الداخلي، لكن بعد هذا التعديل فإن المادة 48 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي صارت تبطل كل اتفاق على تعديل قواعد الإختصاص المحلي الداخلي باستثناء حالة ما إذا كان مبرما بين التجار ، مما جعل الفقه يستنتج منه أن الإتفاق في غير المجال التجاري على تعديل أحكام الإختصاص القضائي الدولي يعتبر باطلا لأن قواعد الإختصاص القضائي الدولي هي امتداد لقواعد الإختصاص القضائي المحلي الداخلي، لكن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الإستنتاج، و قضت بصحة الإتفاق على تعديل أحكام الإختصاص القضائي لما يكون النزاع دوليا، وكرست بذلك حق أطراف المنازعة الدولية الخاصة في الاتفاق على منح الاختصاص الى محاكم دولة معينة أو سلبه عنها. ويتعين الإشارة الى أن اختصاص محاكم دولة معينة بالنزاع الدولي الخاص استنادا لاتفاق الطرفين وخضوعهم الإرادي لا يستند الى ضابط أصلي ولا يعد قاعدة عادية بل يعد اختصاصا طارئا واستثنائيا، وبالتالي فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه كأي استثناء.

ب - الإختصاص الدولي القضائي المبني على الارتباط بالدعوى الأصلية:

المسائل الأولية و الطلبات العارضة:

هذا الضابط يمنح الاختصاص لمحاكم دولة معينة للفصل في طلبات ومسائل لم تكن مختصة بها بحسب الضوابط الأصلية، وانما صارت مختصة بالفصل في تلك الطلبات

والمسائل لكونها مرتبطة بدعوى أصلية تنظرها محاكم تلك الدولة، وذلك استنادا الى مبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وقاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وتبعا لذلك فمحاكم الدولة التي تفصل في منازعة دولية خاصة تختص بالفصل في المسائل الأولية وفي الطلبات العارضة لارتباطهما بالدعوى الأصلية، وأساس هذا الاختصاص هو حسن سير العدالة وتقادي صدور أحكام متعارضة في المنازعة الواحدة، ويمتاز هذا الضابط بكونه ضابط عام فيسري على كل المنازعات ولا يقتصر أثره على نوع معين من المنازعات.

ويقصد بالمسائل الأولية تلك المسائل التي يتوقف الفصل في الطلبات عليها فلا يمكن الفصل في النزاع الا بعد الفصل فيها، ولذلك يتعين على المحكمة في حالة اثاره تلك المسائل الأولية امامها أن ترجئ الفصل في الدعوى وتفصل أولا في تلك المسائل، وبناء على حكمها في تلك المسائل الأولية تفصل المحكمة في الدعوى الأصلية، والمشكلة ان المحكمة وان كانت مختصة بحسب الأصل في الدعوى فهي غير مختصة بالفصل في المسائل الأولية، وباعتبار ان تلك المسائل مرتبطة بالدعوى، فان المحكمة تصبح مختصة اختصاصا طارئا بتلك المسائل الأولية.

مثال:

رفع فرنسي دعوى امام محكمة جزائرية تتعلق بتقسيم تركة تتمثل في منقولات وعقارات موجودة بالجزائر فقدم أحد الورثة دفعا مفاده ان المدعي لا يحوز الجنسية الفرنسية التي استند عليها للمطالبة بنصيبه في التركة، فهنا المحكمة الجزائرية لا يمكنها تقسيم التركة وتحديد نصيب كل وارث وهو موضوع الدعوى الأصلية، الا بعد الفصل في حيازة المدعي للجنسية الفرنسية او عدم حيازته عليها، وتسمى مسألة جنسية المدعي مسألة أولية لأن الفصل في الدعوى الأصلية يتوقف على الفصل عليها فيتم الفصل فيها أولا ثم الفصل في الدعوى بعد ذلك، وهنا يتعين على المحكمة الفصل في مسألة حيازة المدعي للجنسية الفرنسية لكونها مرتبطة بالدعوى الأصلية، فالمحكمة مختصة بها اختصاصا طارئا أساسه الارتباط بالدعوى الأصلية.

ويقصد بالطلبات العارضة ما يقدمه الاطراف خلال سير الدعوى من طلبات تعدل الطلبات الأصلية، وتسمى طلبات مقابلة اذا تقدم بها المدعى عليه وطلبات اضافية اذا تقدم بها المدعي خلال سير الدعوى وتدخل في الخصومة إذا قدمت من الغير، ويشترط لقبول هذه الطلبات

العارضة أن تكون مرتبطة بالطلبات الأصلية، وبسبب هذا الارتباط فإن المحكمة تختص بالفصل فيها وإن كانت في الأصل غير مختصة بالفصل فيها.

مثال:

رفع فرنسي دعوى ضد تونسي امام محكمة جزائرية تتعلق بتمكينه من مبلغ 100 مليون سنتيم ثمن سيارة باعها له بالجزائر، فتقدم المدعى عليه التونسي بطلب المقاصة القضائية بين دين المدعي وبين دينه المساوي له والناشئ عن خدمات قدمها له بتونس وقدم فواتير لاثبات ذلك، فالدعوى الأصلية تتعلق بالتزام تعاقدى ناشئ عن عقد بيع أبرم بالجزائر، والمقاصة القضائية تعد طلبا عارضا لتقديمه خلال سير الدعوى وتسمى طلبا مقابلا لتقديمها من طرف المدعى عليه، وهنا المحكمة الجزائرية يتعين عليها الفصل في طلب المدعي المتعلق بثمان السيارة كما يجب عليها الفصل في طلب المقاصة القضائية باعتبارها طلبا عارضا، والمحكمة مختصة بالفصل في المقاصة القضائية اختصاصا طارئاً أساسه الارتباط بالدعوى الأصلية، لأنها ان ثبت الدين الذي يدعيه المدعى عليه ستقضي المحكمة بثبوت دين المدعى عليه على عاتق المدعي وتقضي بالتبعية بانقضاء دين المدعي على عاتق المدعى عليه ان كانا بنفس المقدار وتفصل بالنتيجة برفض دعوى المدعي لعدم التأسيس.

ج- الاختصاص الدولي القضائي المبني على النظام العام الدولي وحسن سير

العدالة:

المقصود بالنظام العام الذي يمنح الاختصاص الى محاكم دولة معينة بصفة استثنائية، أنه اذا كان محل النزاع يتعارض مع النظام العام في الدولة، فيجب استبعاد القانون الاجنبي من التطبيق على النزاع، واستبداله بقانون القاضي، وبالتبعية ينعقد الاختصاص الى محاكم الدولة استنادا الى ضابط النظام العام الذي يتعين على تلك المحاكم حمايته.

وأما حسن سير العدالة فيقصد منه أن محاكم دولة معينة بحكم كونها تنظر في دعوى معينة وهي مختصة بها تكون بالتبعية لذلك مختصة أيضا بالفصل في دعوى ثانية مرفوعة أمام محاكم دولة أخرى، على الرغم من عدم اختصاصها بالفصل فيها بحسب القواعد الأصلية، وسبب اختصاصها بالدعوى المرفوعة أمام محاكم دولة أخرى هو الارتباط الموجود بين الدعويين، وكذلك مقتضيات حسن سير العدالة، وهي المقتضيات التي تفرض اصدار حكم واحد في كلا الدعويين وذلك حتى لا تصدر أحكاما متناقضة قد تخلق اوضاعا قانونية لا يمكن معها حماية الحقوق.

ويقتضي أيضا حسن سير العدالة منح الاختصاص لمحاكم دولة معينة لاتخاذ تدابير تحفظية واستعجالية وقتية بهدف حفظ الأموال والحقوق مؤقتا، وإن كانت غير مختصة بالمنازعة الموضوعية في تلك الأموال والحقوق بحسب قواعد الاختصاص الأصلية، ومثال ذلك تعيين حارس قضائي أو توقيع حجز تحفظي أو تقرير نفقة مستعجلة، فهي تدابير يمكن لمحاكم دولة معينة اتخاذها رغم عدم اختصاصها بالمنازعة الدولية الخاصة، وذلك لكون هذه التدابير والاجراءات تحقق حسن سير العدالة لكونها توفر حماية وقتية مستعجلة للحقوق وتخدم بالتبعية الدعوى الأصلية.

د - الاختصاص الدولي القضائي المبني على تلافي إنكار العدالة:

وهذا الضابط معناه انه يتعين على محاكم الدولة التي رفع أمامها نزاع دولي خاص ان تقضي باختصاصها بالفصل فيه بغض النظر عن عدم توفر أي ضابط عادي أو طارئ لاختصاصها، وذلك متى تبين لها ان النزاع لا يختص بالفصل فيه أي محاكم لأي دولة، وبالتالي فالنزاع لا يختص به أي قضاء وطني، وحينها سيكون الحكم بعدم الاختصاص معناه انكار العدالة لأن النزاع لا يندرج ضمن اختصاص أي قضاء وطني، وبالتالي يتعين على محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع أن تتمسك باختصاصها على أساس تلافي انكار العدالة.

2- ضوابط الاختصاص الدولي القضائي في التشريع الجزائري:

بعد أن تناولنا ضوابط الاختصاص الدولي القضائي الأصلية والطارئة، نتناول ضوابط الاختصاص الدولي القضائي في التشريع الجزائري، وذلك كما يأتي:

نصت المادة 21 مكرر من القانون المدني على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، والمقصود طبعا بالاختصاص هو الاختصاص الدولي القضائي، أي قواعد وضوابط تحديد اختصاص المحاكم الوطنية بالنزاعات الدولية الخاصة، فهذه الضوابط يجدها القاضي الجزائري في القانون الجزائري متمثلا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فما هي ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية في هذا القانون؟.

لم يضع المشرع الجزائري للاختصاص الدولي القضائي سوى المادتين: 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي.

وهو ما يدل على أن المشرع الجزائري اعتمد معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية، ومنه فيتعين التساؤل عن مدى اعتماد المشرع الجزائري لضوابط ومعايير أخرى لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية؟.

باعتبار أن اللجوء إلى المحاكم الجزائرية هو حق مكفول لكل شخص بغض النظر عن جنسيته وموطنه، وذلك لكون حق اللجوء للقضاء هو أحد حقوق الإنسان المكرس في الدستور الجزائري والاتفاقيات الجزائرية، وباعتبار أنه لا يوجد ما يمنع تبني المحاكم الجزائرية نفس ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية المكرسة في الفقه والقضاء المقارن، فإنه يتعين تفصيل ضوابط اختصاص المحاكم الجزائرية بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة بنوعيتها الضوابط الأصلية والضوابط الطارئة، وذلك كما يلي:

- أ - الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية:
- الاختصاص الدولي الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس معيار الجنسية.
 - الاختصاص الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس القواعد العادية للاختصاص الإقليمي الداخلي.

ب - الضوابط الطارئة للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية: الاختصاص الدولي الطارئ للمحاكم الجزائرية المبني على اتفاق الطرفين.

أ - الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية:

تضمن التشريع الجزائري تكريسا لنفس الضوابط الأصلية أو العادية المعروفة في التشريعات المقارنة والتي تمنح الاختصاص للمحاكم الجزائرية للفصل في المنازعات الدولية الخاصة، وتفصل هذه الضوابط الأصلية فيما يأتي:

- الاختصاص الدولي الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس معيار الجنسية.
- الاختصاص الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس القواعد العادية للاختصاص الإقليمي الداخلي.

أ - 1- الاختصاص الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس معيار الجنسية:

ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الخاص بقواعد الاختصاص الإقليمي قسما خاصا بالدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب والذي تضمن المادتين 41 و 42:

- تنص المادة 41 على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".
- وتنص المادة 42 على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي". ويفهم من المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المحاكم الجزائرية مختصة بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة التي يكون أحد أطرافها جزائرياً وهو ما يجعل المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار شخصي وهو معيار الجنسية في منح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية، ويعتبر هذا الاختصاص امتياز مقرر لصالح الجزائريين سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم.
- وتشير المادتين 41 و 42 سالفتي الذكر عدة تساؤلات:
- ما هو مجال تطبيق معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية؟ أي هل هذا المعيار له صفة احتياطية فلا يلجأ إليه في حالة عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بأي معيار أو ضابط آخر؟ أم أنه ضابط أصلي يلجأ إليه حتى ولو كانت هناك قاعدة أو معيار آخر منح القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية؟.
- ما هي شروط الاختصاص على أساس الجنسية كامتياز لصالح الجزائريين المقرر بموجب المادتين 41 و 42؟.
- ما هي طبيعة الاختصاص المقرر لصالح الجزائريين على أساس الجنسية بموجب المادتين 41 و 42؟ هل هو امتياز من النظام العام فلا يمكن التنازل عنه أم ليس من النظام العام فيمكن التنازل عنه أم لا؟.

- مجال تطبيق معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية:

- ما هو مجال تطبيق معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية؟ أي هل هذا المعيار له صفة احتياطية فلا يلجأ إليه في حالة عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بأي معيار أو ضابط آخر؟ أم أنه ضابط أصلي يلجأ إليه حتى ولو كانت هناك قاعدة أو معيار آخر منح القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية؟.

قد تعقد القواعد العادية للاختصاص القضائي الاختصاص للمحاكم الجزائرية للفصل في المنازعات الدولية الخاصة، وقد لا تعقد الاختصاص لها، فهل بإمكان المحاكم الجزائرية التمسك باختصاصها استنادا إلى الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 في كلتا الحالتين؟. من المؤكد أنه بالنسبة للحالة الأولى، أين تكون الحاكم الجزائرية مختصة بالنزاع الدولي الخاص اعتمادا على القواعد العادية الأخرى للاختصاص الدولي الخاص والتي تتصف بالطابع الموضوعي، فإن المحاكم الجزائرية ليست في حاجة للاعتماد على الامتياز الشخصي الممنوح للجزائريين المقرر بالمادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكون الاختصاص ممنوح لها بمقتضى معيار عادي موضوعي كالموطن مثلا، كما انه من غير المنطقي اللجوء إلى المعيار الشخصي المقرر لامتياز خاص في حالة وجود معيار عام موضوعي كافي لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية.

أما بالنسبة للحالة الثانية والتي تكون فيها المحاكم الجزائرية غير مختصة بالنزاع الدولي الخاص بمقتضى أي ضابط اختصاص عادي آخر، فإن المادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجيزان للقاضي الجزائري التمسك باختصاصه الدولي استنادا إلى معيار الجنسية الجزائرية للمدعي أو المدعى عليه، فالمادتين: 41 تجيزان مقاضاة الأجنبي من طرف جزائري أمام المحاكم الجزائرية ولو لم يكن مقيما بالجزائر كما تجيزان للأجنبي مقاضاة الجزائري.

وتلك الأحكام تستند إلى تفسير نصي المادتين: 41 و 42 سالف الذكر، فعبارة النصين تمنحان للقاضي الجزائري الاختصاص بالنزاع الدولي الخاص استنادا إلى الجنسية الجزائرية للمدعي أو المدعى عليه والحال انه ليس مختصا طبقا لقواعد الاختصاص العادية، وبمفهوم المخالفة أي عندما يكون الأجنبي المدعى عليه مقيما بالجزائر فان القضاء الجزائري يكون مختصا بالنزاع بمقتضى ضابط موطن المدعى عليه دونما حاجة لإثارة امتياز التقاضي للجزائري المدعي، وبالتالي فضابط الجنسية المقرر لصالح الجزائريين بمقتضى المادتين: 41 و 42 سالف الذكر يعد ضابطا احتياطيا فلا يطبق في حالة توفر ضابط آخر لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية، فيما يطبق في الحالة الأخرى أي في حالة عدم توفر أي ضابط آخر لاختصاص المحاكم الجزائرية.

- شروط تطبيق معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية:

ما هي شروط اختصاص المحاكم الجزائرية بالنزاع الدولي الخاص على أساس الجنسية كامتياز لصالح الجزائريين المقرر بموجب المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟.

يفهم من المادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المحاكم الجزائرية مختصة بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها جزائريا، وذلك وهو ما يجعل المشرع الجزائري قد اشترط لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية على أساس الجنسية شرطان وهما:

الشرط الأول: الأشخاص المستفيدين من امتياز التقاضي:

ذكرت المادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة أن يكون أحد أطراف الدعوى جزائريا ليستفيد من الامتياز المتمثل في منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وصفة الجزائري يقصد بها أن يكون الشخص حاملا للجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، بمعنى أن العبارة في جنسية أطراف الدعوى بوقت رفع الدعوى، فلو كان الشخص أجنبيا وقت إبرام العقد وصار جزائريا وقت رفع الدعوى فإنه يستفيد من هذا الامتياز، وعلى العكس من ذلك لو كان الشخص جزائريا وقت إبرام العقد وفقد صفته الجزائرية قبل رفع الدعوى أو أثناءها فإنه يفقد الحق في هذا الامتياز.

وبالنظر لعبارة المادتين: 41 و 42 فإنه يستوي أن يكون الطرف الجزائري في الدعوى شخصا طبيعيا أو معنويا، ذلك أن مصطلح الجزائري يصدق على كل شخص طبيعي يتصف بالجنسية الجزائرية وكل شخص معنوي له الجنسية الجزائرية أو يخضع للنظام القانوني الجزائري.

الشرط الثاني: نوع المنازعات المقررة للامتياز القضائي:

تنص المادتين: 41 و 42 صراحة على أن الامتياز الممنوح للجزائريين بسبب جنسيتهم الجزائرية إنما يتعلق بالدعاوى التي موضوعها الالتزامات التعاقدية المبرمة مع أجنبي، وتبعا لذلك فإن التفسير الضيق المستند إلى عبارة النص يجعل مجال تطبيق امتياز التقاضي للجزائريين منحصرا فقط على الالتزامات التعاقدية.

ويشار إلى أن القضاء الفرنسي لم يتقيد بهذا التفسير الضيق للمادتين: 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي المقابلتين للمادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بل أخذ

بالتفسير الواسع وطبق هذا الامتياز الممنوح للفرنسيين على جميع الالتزامات، التعاقدية وغير تعاقدية، وعلى الدعاوى المالية وغير المالية، واستند في ذلك على أن الامتياز المقرر في المادتين مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع، وبالتالي فالقضاء الفرنسي أبطل هذا الشرط وهو أن يتعلق النزاع بالالتزامات التعاقدية، وطبق الامتياز المقرر للفرنسيين استنادا على شرط واحد وهو شرط الجنسية الفرنسية للمدعي أو المدعى عليه، ولم يستثن القضاء الفرنسي من هذا التعميم إلا الدعاوى العينية العقارية، و الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة في الخارج.

- طبيعة معيار الجنسية لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية:

ما هي طبيعة الاختصاص المقرر لصالح الجزائريين على أساس الجنسية بموجب المادتين: 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ هل هو من النظام العام فلا يجوز التنازل عنه أم ليس من النظام العام فيمكن التنازل عنه أم لا؟.

تتضمن صياغة المادتين: 41 و 42 واللذان تقرران منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية متى كان أحد الطرفين جزائريا عبارة: يجوز، وهي العبارة التي تجعل من الأحكام الواردة بالمادتين ليست من النظام العام، إذ يستعمل المشرع في النصوص المتضمنة أحكاما من النظام العام عبارة: يجب، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية لم تتضمن المادتين أي عبارة أخرى تدل على كون الأحكام الواردة بهما من النظام العام، كعبارة عدم جواز الاتفاق على ما يخالف تلك الأحكام، أو اعتبار كل اتفاق مخالف باطلا، أو أن القاضي يثير من تلقاء نفسه تلك الأحكام أو حق أي شخص ذو مصلحة أن يثير تلك الأحكام، كل تلك العبارات الدالة على طابع النظام العام غير موجودة.

ومن جهة أخرى فإن المادتين: 41 و 42 تتضمنان أنه يجوز للجزائري أن يكلف بالحضور كل أجنبي، أمام الجهات القضائية الجزائرية، كما يجوز للأجنبي أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية، ومعنى التكليف بالحضور هو رفع الدعوى القضائية، وبالتالي فالمادتان منحتا حقا للجزائري لرفع دعوى ضد أجنبي وحقا للأجنبي لمقاضاة جزائري أمام المحاكم الجزائرية، وهو ما يعني أن هذا الحق هو حق شخصي وخاص بصاحب ذلك الحق، ولا يجوز لغيره استعمال هذا الحق، وبالتالي فالمادتين قررتا حقا شخصيا وخصوصا بصاحبه، وهو ما يجعل الأحكام الواردة بالمادتين: 41 و 42 مقررة للصالح الخاص وليس للمصلحة العامة.

وبالنتيجة فامتياز التقاضي للجزائريين المقرر بالمادتين: 41 و 42 سالفتي الذكر الأحكام ليس متعلقا بالنظام العام، ويترتب على ذلك أنه يمكن الطرف الجزائري الذي تقرر الامتياز لصالحه، وحده أن يتنازل عن هذا الامتياز، ويكون هذا التنازل بموجب اتفاق صريح بين طرفي الدعوى الجزائري والأجنبي على منح الاختصاص لمحكمة أجنبية، كما يمكن التعبير عن التنازل عن طريق رفع الجزائري دعواه أمام محكمة أجنبية وتتمسك باختصاصها.

وهنا يثور التساؤل في حالة ما إذا قد كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي، وهذا الأخير يكون مختصا بالفصل فيها وفقا لقواعد الاختصاص الدولي القضائي في قانونه، وفي نفس الوقت رفع الجزائري دعوى أخرى مماثلة أمام القضاء الجزائري أسسها على امتياز التقاضي المقرر في المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهل يملك الأجنبي المدعى عليه أمام القضاء الجزائري الدفع بسبق رفع نفس الدعوى أمام القضاء الأجنبي؟ وهل يملك القاضي الجزائري أن يقضي بوقف الفصل في الدعوى أو التخلي عنها في هذه الحالة؟. لما تبين كما هو وارد أعلاه أن امتياز التقاضي المقرر بالمادتين: 41 و 42 هو امتياز

شخصي قرر لصالح الجزائريين، فإن هذا الامتياز يمكن استعماله أو التنازل عنه من طرف الجزائريين الذين قرر الامتياز لصالحهم، ومنه فيبقى الامتياز قائما طالما أن الجزائري صاحب الامتياز لم يتنازل عنه، ومنه فالدفع المقدم من الأجنبي أمام القضاء الجزائري لوقف الفصل في الدعوى أو التنازل عنها لصالح القضاء الأجنبي، لا يستند إلى نص قانوني، ويتعين القضاء برفضه، ومواصلة الفصل في الدعوى.

وللملاحظة فإن القضاء الفرنسي قضى بقبول الدفع بسبب رفع نفس الدعوى أمام جهة قضائية أجنبية وقرر وقف الفصل في الدعوى، واشترط لذلك أن يكون الحكم الصادر من الجهة القضائية الأجنبية قابلا للاعتراف به في فرنسا.

أ - 2 - الاختصاص الأصلي للمحاكم الجزائرية على أساس القواعد العادية للاختصاص الإقليمي الداخلي:

تبين لنا من خلال المحاضرة الثالثة أن القضاء الوطني في عديد الدول يختص بالمنازعات الدولية الخاصة استنادا إلى معيار الإقليم، والذي يعني موطن المدعى عليه أو موقع المال أو مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه، فهل المشرع الجزائري كرس هذا المعيار ومنح الاختصاص للمحاكم الجزائرية بالمنازعات الدولية الخاصة استنادا لمعيار الإقليم؟

لا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص على ذلك، فهل معنى ذلك ان هذا المعيار أي معيار الإقليم لا يعد معيارا لتحديد اختصاص المحاكم الجزائرية للفصل في النزاعات الدولية الخاصة؟

يؤكد الفقه أنه بصدد ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية يتعين اللجوء إلى القواعد العادية للاختصاص المحلي الداخلي والتي يمكن تطبيقها بصدد الاختصاص الدولي، فيكون الاختصاص منعقدا للمحاكم الوطنية للفصل في المنازعات الدولية الخاصة كلما كان الضابط المعتمد للاختصاص المحلي الداخلي موجودا في المنازعة الدولية الخاصة، ذلك أن المشرع بصدد ضوابط الاختصاص المحلي لم يميز بين الوطنيين والأجانب ولا بين المنازعات الداخلية ولا المنازعات الدولية الخاصة.

وقد نص المشرع على ضوابط الاختصاص المحلي الداخلي في المواد من: 37 إلى 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي الضوابط التي يمكن تطبيقها للفصل في اختصاص المحاكم الجزائرية في النزاعات الدولية الخاصة متى كانت تلك الضوابط متوفرة في المنازعة:

- فمثلا المواد: 37 و 38 و 40-4 نصت على أن الضابط في الاختصاص المحلي الداخلي هو موطن المدعى عليه، فإذا كان هذا الضابط متوفرا في المنازعة الدولية الخاصة بأن كان المدعى عليه له موطن بالجزائر، فإن الاختصاص الدولي القضائي يكون منعقدا للمحاكم الجزائرية.

- والمادة 40-1 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي الداخلي بالنسبة للدعوى العقارية هو مكان تواجد العقار، فإذا كان العقار محل المنازعة الدولية الخاصة موجودا في الجزائر فإن الاختصاص يكون منعقدا للمحاكم الجزائرية استنادا إلى موقع العقار.

- والمادة 39-2 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي في دعاوى المسؤولية التقصيرية هو مكان وقوع الفعل الضار، فإذا كان الفعل الضار أساس المنازعة الدولية الخاصة قد وقع بالجزائر فإن الاختصاص يكون منعقدا للمحاكم الجزائرية استنادا إلى مكان وقوع الفعل الضار.

- والمادة 39-1 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي في الدعاوى المختلطة هو موقع الأموال، فإذا كان المال أساس المنازعة الدولية الخاصة قد وقع بالجزائر فإن الاختصاص يكون منعقدا للمحاكم الجزائرية استنادا إلى موقع الأموال.

- والمادة 39-3 و 4 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي في منازعات التوريدات والأشغال والخدمات وفي المواد التجارية غير الإفلاس والتسوية القضائية هو مكان إبرام

العقد أو مكان تنفيذه، فإذا كان المال أساس المنازعة الدولية الخاصة تتعلق بالتوريدات أو الأشغال أو المواد التجارية وتم إبرام العقد بالجزائر أو تم تنفيذه فيها فإن الاختصاص يكون معقودا للمحاكم الجزائرية استنادا إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

- والمادة 39-4 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي في الدعاوى المرفوعة ضد شركة هو المقر الاجتماعي للشركة أو لأحد فروعها، فإذا كان المدعى عليه في المنازعة الدولية الخاصة شركة يقع مقرها الاجتماعي أو مقر أحد فروعها بالجزائر فإن الاختصاص يكون معقودا للمحاكم الجزائرية استنادا إلى المقر الاجتماعي للشركة.
- والمادة 40-3 نصت على أن ضابط الاختصاص المحلي في الدعاوى المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية هو مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية، فإذا كانت المنازعة الدولية الخاصة تتعلق بالإفلاس أو التسوية القضائية وكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية بالجزائر فإن الاختصاص يكون معقودا للمحاكم الجزائرية.
- ومنه فانه يتم الاستناد الى قواعد الاختصاص المحلي الداخلي لتحديد اختصاص المحاكم الجزائرية بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة متى كان المعيار المعتمد للاختصاص المحلي الداخلي متوفر في المنازعة الدولية الخاصة.

وقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تتعلق بضوابط اختصاص المحاكم الجزائرية

في المنازعات الدولية الخاصة منها:

- القرار رقم: 86305 مؤرخ في: 27/10/1992 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول 1995 الذي ورد فيه أنه: " من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وان موطن كل جزائري هو المحل الذي فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الإقامة العادي، ولما ثبت من قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وان المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قراراتهم المطعون فيه."، فالمحكمة العليا استندت إلى معيار الجنسية للتمسك باختصاص المحاكم الجزائرية رغم كون الموطن ليس بالجزائر.
- وفي نفس الاتجاه صدر القرار رقم: 91144 مؤرخ في: 23/06/1993 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول 1994 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن

الزوجية أما في حالة الإقامة ببلد أجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي فإنه لا يمكن التحلي والامتناع عن الفصل في النزاع القائم بين جزائري لصالح قضاة أجنبان وأن بإجابة قضاة الموضوع على الدفع بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد أعطوا تعليلا كافيا لقرارهم.

- وعلى النقيض من ذلك قررت المحكمة العليا في القرار رقم: 40233 مؤرخ في: 12/03/2008 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول 2008 أن: "المبدأ لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية، وحيث ثبت أن الطاعن والمطعون ضدهما يقيمان خارج التراب الوطني لذلك فإن القضاء الوطني (بالجزائر) غير مختص بالفصل في نفقة الإهمال ونفقة المعيشة والمتاع وبديل الإيجار لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف ومكان تواجدهم وذلك عملا بأحكام المادة الثامنة فقرتها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية، ولما قضى قضاة مجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء مخالف للقانون"، ففي هذا القرار فرضت المحكمة العليا على قضاة المجلس أن يتخلوا عن الاختصاص لصالح القضاء الأجنبي استنادا إلى موطنهما الواقع بدولة أجنبية، رغم كون الطرفين جزائريين وفي منازعة تتعلق بشؤون الأسرة وبالتالي يطبق فيها القانون الجزائري قطعا.

ب- الضوابط الطارئة للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية: الاختصاص الدولي للمحاكم

الجزائرية المبني على اتفاق الطرفين:

رأينا في المحاضرة الرابعة كيف أن الفقه والقضاء المقارن كرسا ضوابط عرضية أو طارئة لمنح الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، واستنادا لتلك الضوابط الطارئة فإنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للفصل في النزاعات الدولية الخاصة بصفة عرضية وطارئة وذلك في ثلاث حالات، وهي ضابط اتفاق الطرفين وضابط الارتباط وضابط النظام العام وحسن سير العدالة، فهل يمكن تطبيق نفس تلك الضوابط لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في المنازعات الدولية الخاصة في حالة عدم توفر ضوابط الاختصاص الدولي القضائي العادة؟ سنتطرق للإجابة عن ذلك السؤال للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على اتفاق الطرفين، وفي هذه الحالة يتفق الخصوم على قبول ولاية المحاكم الجزائرية التي تعد غير مختصة بالنظر في النزاع طبقا لضوابط الاختصاص الدولي القضائي العادية، وقد يكون هذا

الاتفاق صريحا عندما يتضمنه عقد مكتوب بين الخصوم يتضمن منح الاختصاص للقضاء الجزائري، وقد يكون ضمنا بأن يرفع أحد الخصوم في المنازعة الدولية الخاصة دعواه أمام محكمة جزائرية دون أن يعترض خصمه على عدم اختصاصها، والسؤال يثور في الحالتين: هل ينعقد اختصاص المحاكم الجزائرية التي كانت غير مختصة بالمنازعة الدولية الخاصة وذلك استنادا على اتفاق الطرفين؟.

لا يوجد نص قانوني يجيب على هذا السؤال سلبا ولا إيجابا، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 46 من قانون لإجراءات المدنية والإدارية فإننا تجيز للخصوم الحضور باختيارهم أمام المحكمة غير المختصة محليا بنظر الدعوى، مما يفيد بأن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام لأنه يمكن الاتفاق على مخالفتها، ونفس الحكم أي كون قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام أشارت إليه المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولما كانت قواعد الاختصاص الدولي القضائي في الجزائر هي تطبيق لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فأنها ليست من النظام العام، ويمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها، ومنه فيجوز للأطراف الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه، أو على منح الاختصاص للقضاء الجزائري رغم كونه غير مختص طبقا لقواعد الاختصاص العادية.

وللإشارة فإن محكمة النقض الفرنسية حكمت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية لما يكون النزاع دوليا، وقد دعم جانب كبير من الفقه الفرنسي توجه محكمة النقض الفرنسية، و لكن بشروط وهي: أن يكون النزاع له طابع دولي و له علاقة معتبرة بقضاء الدولة التي عقد الاختصاص له، وأن لا يكون الاختصاص المعقود للقضاء الفرنسي اختصاصا مقصورا عليه، وألا يكون النزاع متعلقا بحالة الأشخاص، وبالتأكيد فانه لا يوجد مانع من الأخذ بهذه الشروط الثلاثة من طرف القضاء الجزائري لأنها شروط منطقية ولا يوجد في التشريع الجزائري ما يمنع الأخذ بها.

وتبعاً لهذا الضابط الطارئ وهو اتفاق الأطراف المتنازعين فإن محاكم الدولة التي لم تكن مختصة بحسب الضوابط الأصلية تصبح مختصة بالفصل في المنازعة الدولية الخاصة، كما أن محاكم الدولة التي كانت مختصة بحسب تلك الضوابط الأصلية تصبح غير مختصة بمقتضى الاتفاق على اختصاص قضاء دولة أخرى، وبالتالي فالاتفاق بين طرفي المنازعة الدولية الخاصة ينصب على جلب الاختصاص لمحاكم دولة على الرغم من عدم اختصاصها

بحسب القواعد الأصلية، كما ينصب على سلب الاختصاص عن المحاكم التي كانت مختصة بحسب الأصل.

وهذا الموقف هو الذي كان سائدا في فرنسا قبل تعديل سنة 1972 لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي استنادا على قواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلي التي تم تمديدها إلى المنازعات الدولية الخاصة، وقد كانت قواعد الاختصاص المحلي الداخلي تنص على صحة الاتفاق على مخالفة أحكام الاختصاص القضائي المحلي الداخلي، لكن بعد هذا التعديل فإن المادة: 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي صارت تبطل كل اتفاق على تعديل قواعد الاختصاص المحلي الداخلي باستثناء حالة ما إذا كان مبرما بين التجار، مما جعل الفقه يستنتج منه أن الاتفاق في غير المجال التجاري على تعديل أحكام الاختصاص القضائي الدولي يعتبر باطلا لأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي امتداد لقواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلي، لكن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الاستنتاج، وقضت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي لما يكون النزاع دوليا، وكرست بذلك حق أطراف المنازعة الدولية الخاصة في الاتفاق على منح الاختصاص إلى محاكم دولة معينة أو سلبه عنها.

ويتعين الإشارة إلى أن اختصاص محاكم دولة معينة بالنزاع الدولي الخاص استنادا لاتفاق الطرفين وخضوعهم الإرادي لا يستند إلى ضابط أصلي ولا يعد قاعدة عادية بل يعد اختصاصا طارئا واستثنائيا، وبالتالي فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه كأي استثناء.

وللإشارة أيضا فقد صادقت الجزائر على عدة اتفاقيات دولية نصت صراحة على حق الأطراف في النزاع الدولي الخاص في الاتفاق على منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية ومنها اتفاقية التعاون القضائي بين دول الجامعة العربية (1983) واتفاقية التعاون القضائي بين دول المغرب العربي (1991).

وفي هذا الإطار فقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكما مهما في هذا الإطار وذلك بتاريخ: 2014/3/24 وقد أيدت فيه حكما صدر عن قضاة الموضوع قضى بعدم الاختصاص في دعوى أقامها شقيقان يقيمان في مصر ضد بنك أمريكي كانا قد أبرما معه عقدا للاستثمار في فرع الواقع في جزيرة جيرسي البريطانية، واتفق فيه الأطراف على الخضوع لمحاكم جزيرة جيرسي عن كل ما ينشأ عن العقد من منازعات، وعندما عرض النزاع على محكمة الموضوع المصرية قضت بعدم الاختصاص ليس تأسيسا على اتفاق الخضوع الاختياري لمحكمة جزيرة جيرسي، وإنما لعدم وجود ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية،

فلا يوجد موطن للمدعى عليه في مصر، ولا المال المتنازع عليه موجود في مصر، ولا مصر كانت هي مكان نشأة الالتزام أو مكان تنفيذه، وقد أيدت محكمة النقض الحكم، لكن بناء على أسباب جديدة مختلفة عما ساقته محكمة الموضوع، فقد بدأت حكمها بالتأسيس لقبول فكرة التخلي عن الاختصاص في النظام القانوني المصري، وقررت أنه يجوز تنحية القضاء المصري والقضاء بعدم الاختصاص بنظر الدعوى في حال وجود اتفاق بين أطراف النزاع باختصاص محاكم دولة أجنبية بنظر النزاع علي أن تتوافر عدة شرائط أولها أن يكون النزاع دوليا أي أن تكون المنازعة ذات صبغة دولية، والثاني ألا يمس تنحي القضاء المصري عن نظر النزاع بالسيادة المصرية أو النظام العام، وثالث شرط أن يتوافر الارتباط بين المنازعة والمحاكم الأجنبية، أما الشرط الرابع أن يكون هذا الاتفاق صحيحا وفقا لقانون الدولة الأجنبية، وبهذا تكون محكمة النقض المصرية قد عدلت عن مبادئها السابقة في هذا الشأن تماشيا مع نظام العولمة والحرية الاقتصادية وتشجيعا علي الاستثمار وهو ما نادي به الكثير من فقهاء القانون واختتمت المحكمة بانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة الأجنبية نظرا لأنها الأكثر ملاءمة لنظر النزاع.

ونظرا لكون حيثيات حكم محكمة النقض المصرية متضمن تفصيل لبعض أحكام الاختصاص الدولي القضائي للقضاء المصري الشبيه بالوضع التشريعي في الجزائر فإننا نورد تلك الـحيثيات كاملة: "وحيث إن النعي في أساسه غير سديد، ذلك أن النص في المادة 32 من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا مفاده أن المشرع أضاف لحالات ضوابط اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى، ضابطاً آخر هو ضابط إرادة الخصوم، ذلك عندما يتفقوا صراحة أو ضمنا على قبول ولاية القضاء المصري لنظر النزاع حال أن النزاع غير خاضع في الأصل لاختصاص محاكمها وفقا للضوابط الواردة على سبيل الحصر في المواد من 28 وحتى 31 من القانون السالف، وهو المعروف بالخضوع الاختياري للقضاء الوطني، إلا أن المشرع لم يواجه أثر الاتفاق السالب للاختصاص عندما يتفق الأطراف على الخضوع اختياريًا لقضاء دولة أجنبية رغم اختصاص المحاكم الوطنية بالنزاع، وهو ما يؤدي إلى تخلي هذه المحاكم عن نظر الدعوى، إلا أن هذا السكوت لا يمكن اعتباره رفضا من المشرع وتمسكه باختصاص المحاكم الوطنية، ذلك أن المشرع المصري سبق وأن أخذ بمبدأ قبول التخلي عن اختصاص محاكمه - للدعاوى التي تدخل في اختصاصها وفقا لضوابط الاختصاص المنصوص عليها بقانون المرافعات - في

حالة اتفاق الأطراف علي التحكيم سواء في مصر أو خارجها والتي يتعين معه أن تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى لسابقة الاتفاق على التحكيم، بالإضافة إلى أن المشرع استثنى في المادتين: 28 و 29 من قانون المرافعات الحالي الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار يقع في الخارج من الخضوع لاختصاصه ولو أقيمت الدعوى على المصري أو الأجنبي لاعتبارات تتعلق بمبدأ الملائمة، إلا أن قبول القضاء الوطني التخلي عن اختصاصه لصالح قضاء دولة أخرى بناء على اتفاق الأطراف وفق ما سلف يفترض أن يتصف النزاع بالصفة الدولية وأن يكون تخلى المحاكم المصرية عن اختصاصها لا يمس بالسيادة المصرية أو النظام العام في مصر، فضلا عن ضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح ودولة المحكمة التي اتفق على الخضوع لولايتها وأن يقر القانون الأجنبي سلامة الاتفاق المانع للاختصاص تلافيا لتنازع الاختصاص إيجاباً أو سلباً، وأن تقدير توافر الضوابط سالفة الذكر مما يدخل في تقدير محكمة الموضوع الخاضع لرقابة محكمة النقض، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن كلا الطاعنين والبنك المطعون ضده سبق أن اتفقوا على خضوع الاتفاقات المبرمة بينهم موضوع النزاع لاختصاص محكمة جيرسى - جزيرة شانيل - وقوانينها وهي مسألة ليست محل خلاف بين أطرافه، وكان الثابت من مطالعة الحكم الصادر من المحكمة العليا بنيويورك وترجمته الرسمية المقدم من الطاعن في الطعن رقم 15808 لسنة 80 أن كلا الطاعنين في الطعنين سبق أن أقاما دعوى ضد البنك المطعون ضده عن ذات الاتفاقات موضوع النزاع أمام المحكمة العليا بولاية نيويورك الأمريكية في غضون عام 1999 وقضى فيها بتاريخ الأول من أغسطس سنة 2000 بعدم اختصاص المحكمة واختصاص محكمة جيرسى - جزيرة شانيل - بنظر النزاع، كما أن الثابت من الأوراق أن الطاعن سالف الذكر اتفق مع البنك المطعون ضده عن نفسه وبصفته وكيلًا عن شقيقته الطاعنة في الطعن الأول أن يقوم البنك بسحب مبالغ من حسابهما لدى بنك كريدي سويس بزيورخ بدولة سويسرا بناء على تلك الاتفاقات مقابل تسهيلات تتيح لهما التعامل والمتاجرة في العملات الأجنبية من خلال فرع البنك بجيرسى - جزيرة شانيل - وغرفتي البنك التجارية بمدينة نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية ودولة سنغافورة، بما يتصف معه النزاع بالصيغة الدولية لكون البنك المطعون ضده أجنبياً - أمريكي - وأن التعاملات جميعها تمت من خلال البنك بجزيرة جيرسى وفرعيه بولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية ودولة سنغافورة خارج الإقليم المصري فضلاً عن انتفاء الرابطة الجدية الوثيقة بين النزاع والإقليم المصري بما لا يهدد سيادته وارتباطه جدياً بدولة المحكمة التي اتفق علي الخضوع لولايته - جزيرة جيرسى -

باعتبارها المحكمة الأكثر ملاءمة لنظر النزاع وتفعيلاً لمبدأ قوة نفاذ الأحكام، سيما أن القضاء الأمريكي في الحكم الصادر من المحكمة العليا بولاية نيويورك أقر اختصاص محكمة جزيرة جيرسي بنظر النزاع ونفاذ قوانينها في مواجهة تلك الاتفاقات والتعاملات، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعويين الأصلية والفرعية لسبق اتفاق كلا الطاعنين والبنك المطعون ضده على خضوع الاتفاقات المبرمة بينهم محل المنازعة للاختصاص القضائي وقوانين جزيرة جيرسي فضلاً عن أن البنك المطعون ضده لا يمارس نشاطاً مصرفياً بمصر وفق كتاب البنك المركزي المشار إليه سلفاً وإذ خلص الحكم المطعون فيه لهذه النتيجة الصحيحة، فإنه لا يعيبه ما وقع في أسبابه من تقارير قانونية خاطئة مادامت لا تتال أو تؤثر في سلامة النتيجة التي انتهى إليها، إذ لمحكمة النقض تصحيح ما وقع فيه من خطأ دون أن تنقضه من اعتبار المطعون ضده الأول في الطعن رقم 15807 لسنة 80 الطاعن في الطعن الثاني خصماً غير حقيقي في الدعوى حال كونه خصماً وجهت إليه طلبات موضوعية في الدعوى، كما أنه لا ينال من ذلك ما أورده الطاعن في الطعن رقم 18808 لسنة 80 بمذكرة دفاعه المودعة رفق طعنه بخطأ الحكم في تطبيق القانون بعدم إحالة الدعوى لجهة القضاء المختصة، إذ أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة 110 من قانون المرافعات أن الإحالة تكون في الاختصاص الداخلي أي المنازعات المرددة بين جهات القضاء على اختلاف درجاتها وأنواعها، فإذا تعلق الأمر باختصاص دولي فلا تتم الإحالة، الأمر الذي يضحى النعي على الحكم المطعون بما سلف على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

وعلى النقيض من ذلك فإن القضاء القطري لا يزال متمسكاً بالاختصاص الدولي للمحاكم القطرية معتبراً إياه من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على تحية القضاء الوطني القطري، وقد تضمن الحكم الصادر بتاريخ: 2011/6/14 في الطعن رقم: 62 لسنة 2011 في حيثياته ما يلي: "لما كان أداء العدالة مصلحة عامة تباشرها الدولة وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه لما كان أداء العدالة مصلحة عامة تباشرها الدولة في الحدود التي تحقق هذه المصلحة بواسطة قضائها الذي تراه دون غيره من قضاء أجنبي جديراً بتحقيق هذه الغاية، فإن الاختصاص الدولي المعقود للمحاكم القطرية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يكون بهذه المثابة من النظام العام لارتباطه بسيادة الدولة، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على تحية القضاء القطري لصالح قضاء أجنبي، ويقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك، وإذ فرض الحكم المطعون فيه اختصاص القضاء القطري بنظر النزاع الماثل ترتيباً على تعلقه بنشأة العلاقة القانونية سبب

النزاع وتنفيذها داخل دولة قطر، فإنه يكون قد أعمل صحيح القانون، الأمر الذي يضحى معه النعي قائماً على غير أساس".

3 ضوابط الاختصاص الدولي القضائي في الاتفاقيات الدولية:

بعد أن تناولنا ضوابط الاختصاص الدولي القضائي الأصلية والطارئة في التشريع والقضاء والفقه المقارن و في التشريع الجزائري، نتناول ضوابط الاختصاص الدولي القضائي في الاتفاقيات الدولية، وذلك كما يأتي:

لقد تبين من خلال ما سبق أن قواعد الاختصاص الدولي القضائي تحدد مجال اختصاص المحاكم الوطنية في الفصل في المنازعات الدولية الخاصة، فإذا ما طرح أمام القضاء الوطني منازعة تحتوي على عنصر أجنبي وجب على القاضي أولاً أن ينظر في مدى اختصاصه بنظر هذه المنازعة استناداً على قواعد الاختصاص الدولي القضائي.

وقواعد الاختصاص الدولي القضائي هي قواعد وطنية واردة في التشريع الوطني، ولكن يمكن أن ترد أيضاً في الاتفاقيات الدولية والتي تعد من أهم مصادر الاختصاص الدولي القضائي، ولها الأولوية في التطبيق استناداً لنص المادة 150 من الدستور الجزائري التي تنص على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."، والمادة 21 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"، وتبعاً لذلك فقواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالمنازعات الدولية الخاصة الواردة في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها هي القواعد الواجبة التطبيق. ومن أمثلة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وتضمنت ضوابط اختصاص المحاكم الجزائرية بالمنازعات الدولية الخاصة نذكر الاتفاقيات التالية:

1 - اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المبرمة بتاريخ 1983/4/6 ودخلت حيز النفاذ ابتداء من تاريخ 1985/10/30، وقد صادقت عليها الجزائر بتاريخ 2001/5/20 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 47/01 المؤرخ في: 11/02/2001 وقد تضمنت هذه الاتفاقية ثلاثة مواد تتعلق بضوابط اختصاص محاكم الدول الأعضاء بالمنازعات الدولية الخاصة وهي المواد الآتية:

- **المادة 26: الاختصاص في حالة النزاع حول أهلية الشخص طالب التنفيذ أو حالته الشخصية:** "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية إذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا

الشخص أو حالته الشخصية" ، فهذه المادة تبين ضابط الاختصاص الدولي القضائي في المنازعة المتعلقة بأهلية الشخص أو حالته الشخصية، وهو ضابط الجنسية، وتبعا لذلك فالمحاكم الوطنية للشخص هي المختصة بالفصل في المنازعات الدولية الخاصة المتعلقة بقضايا الأهلية والحالة الشخصية، فإذا كان النزاع يتعلق بأهلية شخص جزائري الجنسية أو حالته الشخصية فإن القضاء المختص هو القضاء المختص هو القضاء الجزائري، أما إذا كان غير جزائري فلا يختص القضاء الجزائري بل تختص دولة جنسيته.

- **المادة 27: الاختصاص في حالة الحقوق العينية:** "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به" ، وفي هذه المادة تم النص على ضابط موضوعي وهو ضابط موقع العقار بالنسبة للمنازعات الدولية الخاصة بالحقوق العينية العقارية، فمحاكم الدولة العربية التي يوجد بها موقع العقار هي المختصة بالفصل في النزاع، فلو كانت المنازعة العقارية بين جزائري وتونسي مقيم في تونس، وكان محل النزاع دعوى استحقاق عقار موجود بالجزائر، فإن الاختصاص يكون للمحاكم الجزائرية استنادا إلى ضابط موقع العقار محل النزاع.

- **المادة 28: حالات اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم** : "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:

أ - إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.

ب- إذا كان للمدعى عليه وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) محل أو فرع ذو صبغة تجارية أو صناعية أو غير ذلك في إقليم ذلك الطرف المتعاقد، وكانت قد أقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذا الحل أو الفرع.

ج- إذا كان الالتزام التعاقدي موضوع النزاع قد نفذ، أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعى والمدعى عليه .

د- في حالات المسؤولية غير العقدية، إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.

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 .

- و- إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.
- ي- إذا تعلق الأمر بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي بموجب نص هذه المادة.
- وفي هذه المادة تم النص على عدة ضوابط اختصاص حسب نوع المنازعات، وهي:
- ضابط الموطن: يختص قضاء الدولة العربية التي يوجد بها موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى.
 - ضابط موقع المحل التجاري أو الصناعي الخاص بالمدعى عليه: يختص قضاء الدولة العربية التي يوجد بها محل أو فرع ذو صبغة تجارية أو صناعية، وكانت الدعوى تتعلق بممارسة نشاط هذا المحل أو الفرع التابع للمدعى عليه.
 - ضابط مكان وقوع الفعل الموجب للمسؤولية: في حالات المسؤولية التقصيرية يختص القضاء التابع للدولة العربية التي وقع في إقليمها الفعل الضار.
 - ضابط مكان تنفيذ العقد: يختص قضاء الدولة العربية الذي نفذ في إقليمها الالتزام التعاقدى موضوع النزاع أو كان واجب التنفيذ فيه بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعى والمدعى عليه.
 - ضابط الخضوع الاختياري: يختص قضاء الدولة العربية إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاصه أو تم اتفاق الطرفين الصريح أو الضمني على اختصاص قضاء تلك الدولة وكان قانونها الوطني لا يمنع مثل هذا الاتفاق.
 - ضابط الارتباط بالطلبات الأصلية: يختص قضاء الدولة العربية بالطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأصلي الذي يختص به قضاء تلك الدولة.
- وأضافت المادة 28 سالفة الذكر أن الاختصاص الدولي القضائي المتفق على ضوابطه بهذه الاتفاقية ليس من النظام العام، لكونها نصت على أنه إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع، تصبح المحكمة النازرة في النزاع.
- 2 - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول المغرب العربي: الموقعة بمدينة رأس لانوف ليبيا يومي 09 و 10 مارس 1991، وقد صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1994/06/27

بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 181/94 وقد تضمنت هذه الاتفاقية عدة مواد تتعلق بضوابط اختصاص محاكم الدول الأعضاء بالمنازعات الدولية الخاصة وهي المواد الآتية:

المادة 33: تختص محاكم كل طرف متعاقد بالفصل دون سواها في الأمور التالية:

(أ) الحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن ببلده .

(ب) صحة أو بطلان أو حل الشركات أو الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها ببلده وكذلك في صحة أو بطلان قراراتها .

(ج) صحة القيد بالسجلات العامة الموجودة ببلده .

(د) صحة تسجيل براءات الاختراع وعلامات الصنع والرسوم والنماذج ونحوها من الحقوق المماثلة الواقع تسجيلها أو إيداعها ببلده .

(هـ) تنفيذ الأحكام إذا كان مكان التنفيذ ببلده .

وطبقا لهذه المادة فضوابط الاختصاص الدولي لمحاكم الدول المغاربية ومنها المحاكم الجزائرية هي:

- ضابط موقع العقار: بالنسبة للدعوى العينية العقارية.

- ضابط مقر الشركة: بالنسبة لدعوى صحة أو بطلان الشركات أو قراراتها.

- ضابط مكان التسجيل أو الإيداع: بالنسبة لمنازعات براءات الاختراع والعلامات والرسوم والنماذج.

المادة 34: في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية:

(أ) إذا كان موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعدوا، وقت افتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله .

ويقصد بالموطن بالنسبة للشخص الطبيعي محل إقامته المعتاد أو محل نشاطه فيما يخص الدعاوي المتعلقة بذلك النشاط أو موطنه المختار أو آخر موطن معلوم إذا غادره وأصبح مجهول الموطن، وبالنسبة للشخص الاعتباري مقره أو مكان مركزه أو فرعه إذا تعلقت الدعوى باستغلال هذا المركز أو الفرع وتم استدعاؤه به .

(ب) إذا كان الالتزام التعاقدي موضوع النزاع قد نفذ أو كان واجب التنفيذ لدى الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني

(ج) في حالات المسؤولية غير التعاقدية إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في بلد ذلك الطرف المتعاقد.

- (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.
- (و) إذا تعلق الأمر بدعوى مقابلة أو بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية بموجب أحكام هذه الاتفاقية .
- (ز) إذا تعلق الدعوى بالأهلية أو الأحوال الشخصية لمواطني الطرف المتعاقد المنتسبين إليه بجنسيتهم وقت رفع الدعوى ."
- وطبقا لهذه المادة فضوابط الاختصاص الدولي لمحاكم الدول المغاربية ومنها المحاكم الجزائرية هي:
- ضابط مكان التنفيذ: بالنسبة لدعاوى الالتزامات التعاقدية.
 - ضابط مكان وقوع الفعل الموجب للمسؤولية: بالنسبة لدعاوى المسؤولية التقصيرية.
 - ضابط الاتفاق والخضوع الإرادي.
 - ضابط الارتباط بالنسبة للطلبات العارضة.
 - ضابط الجنسية: بالنسبة لمنازعات الأهلية والأحوال الشخصية.
 - ضابط موطن المدعى عليه: في غير الحالات المذكورة سابقا.
 - **المادة 36:** إذا رفعت دعاوي متحدة في الأشخاص والموضوع والسبب أمام عدة محاكم مختصة طبقا لأحكام هذه الاتفاقية انعقد الاختصاص للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا، وذلك دون الإخلال بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 33 من هذه الاتفاقية.

وتبعا لهذه المواد فقد تم تكريس نفس ضوابط الاختصاص الدولي الخاص للمحاكم الجزائرية المكرسة في التشريع الجزائري وفي اتفاقية الرياض الخاصة بالدول العربية، اتفاقية ثنائية بين سوريا والجزائر في مسألة تنازع القوانين .

5- عوارض الاختصاص الدولي القضائي:

بعد أن تطرقنا إلى ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، يتعين الإشارة إلى أنه قد يعفى المدعى عليه من اختصاص المحاكم الوطنية لوجود صفة معينة فيه رغم كون تلك المحاكم مختصة استنادا لأحدى ضوابط الاختصاص، ويستفيد من هذا الإعفاء والحصانة من

الخضوع لاختصاص المحاكم الوطنية كلا من: الدول الأجنبية ورؤساء الدول الأجنبية والمبعوثون الدبلوماسيون، وذلك كما يلي:

أ - الدول الأجنبية:

يقوم إعفاء الدول الأجنبية من ولاية المحاكم الوطنية على مبدأ سيادة الدول، وقد كرست هذا المبدأ محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في: 22 جانفي 1849، إذ أكدت فيه: "إن مبدأ استقلال الدول هو من المبادئ المسلمة في القانون الدولي العام، وهو يمنع أن تقضي محاكم دولة حق دولة أخرى، وإن حق الدولة في القضاء في المنازعات التي تتعلق بتصرفاتها هو حق لصيق بسيادتها، لا تستطيع دولة أخرى مباشرته دون أن تفقد علاقتهما، وأن من يتعامل مع دولة أجنبية يخضع لسلطان قانونها، و لولاية قضائها".

وتبعاً لذلك فقد كان إعفاء الدول الأجنبية من ولاية القضاء الوطني مطلقاً، ولكن محكمة النقض الفرنسية تراجعت لاحقاً عن الحصانة المطلقة واستبعدت الأعمال التجارية التي تقوم بها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة، وقررت أن مبدأ سيادة الدولة يرتبط بحالة تصرفها كسلطة عامة، أما إن تصرفت بصفتها تاجرة فإنها لا تحوز أية حصانة من ولاية القضاء الوطني، ومنه صارت الدولة الأجنبية تتمتع بالحصانة من ولاية القضاء الوطني لما تتصرف كسلطة عامة، أما إذا تصرفت كشخص عادي فإنها لا تتمتع بهذه الحصانة القضائية. وقد تم إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية والتي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 38/59 المؤرخ في 2 ديسمبر 2004 وقد تضمنت ديباجتها: "إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية: إذ ترى أن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية مقبولة بوجه عام، كمبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي، وإذ تضع في اعتبارها مبادئ القانون الدولي المجسدة في ميثاق الأمم المتحدة، وإذ تعتقد أن وجود اتفاقية دولية لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية من شأنه أن يعزز سيادة القانون والوثوق القانوني، ولا سيما في المعاملات بين الدول والأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وأن يساهم في تدوين القانون الدولي وتطويره ومواءمة الممارسة في هذا المجال، وإذ تأخذ في الاعتبار التطورات التي جرت في ممارسة الدول فيما يتعلق بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية."

وقد نصت المادة 05 من تلك الاتفاقية على أنه: "تتمتع الدولة، في ما يتعلق بنفسها وبممتلكاتها، بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى، رهنا بأحكام هذه الاتفاقية."

ونصت المادة 10 منها على استثناء بخصوص الأعمال التجارية التي تقوم بها الدولة، وجاء فيها: "إذا دخلت دولة ما في معاملة تجارية مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، وكانت المنازعات المتعلقة بالمعاملة التجارية تقع، بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق، ضمن ولاية محكمة دولة أخرى، لا يجوز للدولة أن تحتج بالحصانة من تلك الولاية في دعوى تنشأ عن تلك المعاملة التجارية".

ب رؤساء الدول الأجنبية:

من بين القواعد العرفية الدولية قاعدة تمتع رؤساء الدول الأجنبية بالحصانة القضائية، وقد اختلف الفقه والقضاء في نطاق حصانة رؤساء الدول هل هي حصانة مطلقة أم نسبية، فقد اتجه الفقه والقضاء الانجليزي على اعتبارها حصانة مطلقة، أما في فرنسا فقد تم اعتبارها حصانة نسبية، فالأعمال التي يقوم بها الرئيس وتعلق بمصالحه الخاصة لا يتمتع بشأنها بأي حصانة قضائية، أما الأعمال التي يقوم بها بصفته رئيسا لدولة أجنبية. ويشترط في الحصانة القضائية التي يتمتع بها رؤساء الدولة أن يكون الرئيس متمتعاً بهذه الصفة، فهي حصانة موقوتة بالفترة التي يحوز فيها على صفة الرئيس، فإذا زالت عنه صفة الرئيس زالت الحصانة القضائية، ويمكن عند زوال صفة الرئيس عنه مقاضاته حتى عن الأعمال التي صدرت عنه وهو يتمتع بهذه الصفة. وقد جاء في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 النص على الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي، ولا شك أن هذا الحكم يستفيد منه رؤساء الدول من باب أولى. كما جاء في اتفاقية فينا للبعثات الخاصة 1969 أنه: "يتمتع رئيس الدولة ورئيس الحكومة أو وزير الخارجية أو نظرائهم من الدرجة العليا بالتسهيلات والمزايا والحصانات التي يقرها لهم القانون الدولي إذا ترأسوا أو شاركوا في أعمال بعثات خاصة"، وجاء فيها أيضاً أن رئيس البعثة الخاصة قد يكون رئيس الدولة ولديه حصانة أو حرمة شخصية ضد أشكال التوقيف والحبس، كما أن الاتفاقية الدولية لمنع ومعاقبة الجرائم ضد الأشخاص المحميين دولياً 1973 نصت على منح حماية خاصة لرئيس الدولة حتى يتمكن من القيام بمسؤولياته على أكمل وجه على الصعيد الدولي. وتبعاً للعرف الدولي وللاتفاقيات الدولية سألقة الذكر فإن رؤساء الدول يتمتعون بحصانة قضائية تعفيهم من الخضوع للقضاء الوطني في الدولة الأجنبية، فيعفى رؤساء الدول من الخضوع للقضاء الوطني.

ج- المبعوثون الدبلوماسيون:

لقد تم النص على حصانة الممثلين الدبلوماسيين من ولاية القضاء الوطني في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في: 1961/04/18، وقد جاء في ديباجتها: "الدول الأطراف في هذه الاتفاقية: إذ تذكر أنه منذ زمن بعيد وشعوب كل البلدان تعترف بنظام الممثلين الدبلوماسيين، وتعرف أهداف ومبادئ ميثاق هيئة الأمم المتحدة الخاصة بالمساواة في حق سيادة كل الدول وفي المحافظة على السلام والأمن الدوليين، وفي تنمية علاقات الصداقة بين الأمم، وهي مقتنعة بأن اتفاقية دولية عن العلاقات والامتيازات والحصانات الدبلوماسية ستساعد على تحسين علاقات الصداقة بين البلدان مهما تباينت نظمها الدستورية والاجتماعية . وهي على يقين بأن الغرض من هذه المزايا والحصانات ليس تمييز أفراد بل تأمين أداء البعثات الدبلوماسية لأعمالها على أفضل وجه كمثلة لدولها، وتؤكد أنه يجب أن يستمر تطبيق قواعد القانون الدولي التقليدي في المسائل التي لم تفصل فيها نصوص هذه الاتفاقية صراحة."

وقد نصت المادة 31 من الاتفاقية سالف الذكر على أنه: "يتمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة القضائية الجنائية في الدولة المعتمد لديها، ويتمتع أيضا بالحصانة القضائية المدنية والإدارية إلا إذا كان الأمر يتعلق بما يأتي:

أ - إذا كانت دعوى عينية منصبة على عقار خاص كائن في أراضي الدولة المعتمد لديها إلا إذا شغله الممثل الدبلوماسي لحساب دولته في خصوص أعمال البعثة.

ب - إذا كانت دعوى خاصة بميراث ويكون الممثل الدبلوماسي منفذا للوصية أو مديرا للتركة أو وارثا فيها أو موصى له بصفته الشخصية لا باسم الدولة المعتمدة .

ت - إذا كانت دعوى متعلقة بمهنة حرة أو نشاط تجاري -أيا كان- يقوم به الممثل الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها خارج نطاق أعماله الرسمية."

والخلاصة أن الدول الأجنبية ورؤساؤها ورؤساء حكوماتها ووزرائها وممثليها الدبلوماسيين لا يخضعون لاختصاص وولاية القضاء الوطني، وهذه الحصانة تجد مصدرها في القانون الدولي العام متمثلا في العرف الدولي والاتفاقيات الدولية، وفي هذا إشارة إلى كون القانون الدولي الخاص متمثلا في فرعه الاختصاص الدولي القضائي يأخذ بعض قواعده من القانون الدولي العام.

الفصل الثاني

تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص

بعد أن تناولنا في المحاضرات السابقة موضوع الاختصاص الدولي القضائي، نتناول في هذه المحاضرة والمحاضرات التي تليها بعض المسائل التي تعترض القاضي الوطني بعد أن يقرر اختصاصه بالفصل في النزاع الدولي الخاص، وهذه المسائل يتعين على القاضي الوطني الفصل فيها ليتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، وتدرج تلك المسائل ضمن مفهوم تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وتتمثل فيما يلي:

أولاً : التكييف في القانون الدولي الخاص.

ثانياً: الإحالة في القانون الدولي الخاص.

ثالثاً: طبيعة القانون الأجنبي.

رابعاً: استبعاد القانون الأجنبي.

أولاً: التكييف في القانون الدولي الخاص:

من المؤكد أن التكييف من مهام القاضي عندما يتصدى للفصل في أي نزاع سواء كان داخلياً " مدنياً أو جزائياً أو إدارياً" أو دولياً خاصاً، ولكن أهمية تزداد في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك لكون المشرع في مختلف الدول اعتمد المنهج التنازعي القائم على قواعد الإسناد التي تتضمن طوائف الإسناد، إذ تضم طائفة الإسناد في كل قاعدة إسناد مجموعة من المسائل أو العلاقات التي تتشابه في أوصافها، وهو ما يفرض على القاضي وهو بصدد الفصل في نزاع دولي خاص أن يقوم بتحديد طائفة الإسناد التي تدرج ضمنها المسألة أو العلاقة القانونية محل النزاع، ويتحدد له تبعاً لذلك قاعدة الإسناد المناسبة لتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وهذا التحديد يسمى التكييف، فما هو مفهوم التكييف؟ وما هو القانون الذي سيطبق على التكييف؟.

تفصيل ذلك فيما يلي:

- 1 - تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص.
- 2 - نشأة التكييف في القانون الدولي الخاص.
- 3 - القانون الذي يحكم التكييف في القانون الدولي الخاص.

1 -تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص:

لاشك أن مشكلة التكييف لا تظهر فقط في مجال القانون الدولي الخاص، بل هي مشكلة تقرض نفسها أمام المحاكم بمختلف أنواعها، فكل قاضي مطالب قبل فصله في النزاع أن يقوم بتكييف هذا النزاع سواء تعلق الأمر بمسائل القانون المدني، أو القانون التجاري، أو الجنائي، أو العمل أو الأسرة، والتكييف بهذا المفهوم يعرف بأنه: " تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون"، أو هو: " تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق و شروط تطبيقه، وهو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف".

ومن ثم تبين أن التكييف بدأ أولا في القانون الداخلي قبل انتقاله إلى القانون الدولي الخاص، ولكن التكييف في إطار القانون الدولي الخاص لا يكفي بتحديد موضوع النزاع تحديدا عاما بل يتطلب عمليات أخرى لا يتم القيام بها بصدد التكييف في القانون الداخلي، فما هو تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص؟.

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للتكييف في القانون الدولي الخاص بسبب اختلافهم في تحديد موضوع أو محل التكييف، وظهر في هذا الشأن اتجاهان، وهما:

- **الاتجاه القانوني:** والذي يغلب الجانب القانوني فيجعل محل التكييف هو النص القانوني أو العلاقة القانونية، ومنه فقد عرف هذا الاتجاه التكييف بأنه تحديد طبيعة النظام القانوني أو تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع.

- **الاتجاه الواقعي:** ويرى أن التكييف ينصب على الوقائع محل النزاع، ويعرف التكييف بأنه إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف الإسناد الواردة في قواعد الإسناد.

- **الاتجاه التوفيقية:** و بين الاتجاهين السابقين ظهر اتجاه توفيقي يرى أن التكييف لا ينصب على القانون أو الواقع منفردا، بل ينصب التكييف على موضوع النزاع وهو المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي، ومنه يعرف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة الإسناد التي تتضمنها قاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسنادها إلى القانون واجب التطبيق.

ومنه فالتكييف في القانون الدولي الخاص هو تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع لوضعها في نطاق الطائفة المسندة المناسبة بغرض تحديد قاعدة الإسناد التي يتعين تطبيقها لتحديد القانون واجب التطبيق عليها استنادا لضابط الإسناد الوارد في تلك القاعدة، ولذلك فالتكييف هدفه هو تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على المسألة القانونية محل النزاع الدولي الخاص، فإذا عرض على القاضي نزاع بصدد مسألة قانونية معينة يجب عليه تحديد الوصف القانوني لهذه المسألة، هل هي تندرج ضمن مسائل الشكل فتندرج ضمن طائفة شكل التصرفات القانونية، وبالتالي يطبق عليها قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية؟ أم تندرج ضمن مسائل الأهلية فتدخل ضمن طائفة الأهلية ويطبق بصدها قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية؟.

ولا شك أن التكييف في القانون الدولي الخاص بهذا المعنى يمتاز بصعوبة لا توجد في القانون الداخلي، وذلك لاختلاف تشريعات الدول في تحديد الوصف القانوني وبالتالي اختلافها في تحديد الطائفة التي تندرج ضمنها المسألة الواحدة، فما يعد شرطاً من الشروط الموضوعية للزواج في قانون دولة معينة، قد يعد شرطاً من الشروط الشكلية في قانون دولة أخرى.

2 كيفية نشأة التكييف في القانون الدولي الخاص:

لقد كانت هناك سوابق قضائية أثرت فيها هذه المسألة أي مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص، ومن تلك السوابق القضايا الآتية:

أ - وصية الهولندي:

وتتمثل وقائعها في أن مواطناً هولندياً حرراً بفرنسا وصية في محرر عرقي، طبقاً للمادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان بالخارج أن يكتب وصية عرفية، وعندما توفي الهولندي طعن ورثته الهولنديين أمام القضاء الفرنسي ببطلان الوصية طبقاً لأحكام المادة 992 من القانون المدني الهولندي التي تشترط الكتابة الرسمية لصحة الوصية المبرمة من الهولنديين ولو خارج هولندا وتعتبر الشكل الرسمي للوصية مكملًا للأهلية ، والصعوبة في هذه القضية مصدرها اختلاف تكييف القانون الهولندي والقانون الفرنسي في مسألة منع الوصية في الشكل العرقي، فالقانون الهولندي يعد منع المواطنين الهولنديين من إبرام الوصية في الشكل العرقي أمراً يتعلق بالأهلية، ولذلك يسري عليهم هذا المنع حتى ولو كانوا خارج هولندا، أما القانون الفرنسي فيعتبر هذا المنع مسألة تتعلق بشكل التصرف، ويترتب على ذلك أنه لو تم تكييف مسألة منع الوصية العرفية وفقاً للقانون الهولندي على أنه قيد على أهلية

الموصي في إبرام وصيته لأدى ذلك إلى بطلان الوصية، ذلك أن قواعد الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية لقانون الجنسية، ولما كان الموصي هولندي الجنسية فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي وهو يقضى ببطلان الوصية، وعلى العكس من ذلك فإنه لو تم تكييف منع الوصية العرفية على أنه من مسائل الشكل، فإنه ستكون الوصية صحيحة، ذلك أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع شكل الوصية لقانون محل إبرامها، وهو في هذه القضية القانون الفرنسي الذي ينص على صحة الوصية العرفية، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التكييف أي اعتبار مسألة تحرير الوصية في الشكل العرفي ضمن مسائل الشكل وليس ضمن مسائل الأهلية.

ب - ميراث المالطي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين مالطيين قدما للعيش في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي، تملك الزوج عقارات في الجزائر وبعد وفاته طالبت الزوجة أمام محكمة الاستئناف بحقها في ميراث زوجها على أساس قاعدة (نصيب الزوج الفقير) وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة آنذاك إلا بحق اقتسام الأملاك المشتركة واسترداد أملاكها الخاصة، في هذه الحالة أيضا وجد القاضي الفرنسي نفسه أمام مشكلة في التكييف، فهل يكيف طلب المرأة على أساس أنه من قبيل الميراث المتعلق بالعقار وبالتالي يطبق عليه قانون موقع العقار وفي هذه الحالة القانون الفرنسي وبالتالي يرفض طلب الزوجة، وأم يكيف هذا الطلب على أساس أنه يندرج ضمن النظام المالي للزوجين الذي يدخل في طائفة الأحوال الشخصية ويحكمها قانون الجنسية وهنا يطبق القانون المالطي وبالتالي يمنح الزوجة حقها في تركة الزوج المتوفى، و قد كيف القضاء الفرنسي المسألة التي يثيرها طلب الزوجية بأنه يدخل في طائفة الميراث وذلك حسب أحكام القانون الفرنسي، أي قانون القاضي الذي ينظر الدعوى، و لما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث في العقارات هو قانون الموقع، أي القانون الفرنسي، فقد قضت المحكمة في النهاية برفض ادعاء الزوجة، باعتبار أن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم.

ت - زواج الفرنسي:

تتلخص وقائع القضية في أن شابا فرنسيا قاصرا (19 سنة) انتقل إلى إنجلترا وتزوج من إنجليزية دون حصوله على موافقة الأب التي تشترطها المادة 148 من القانون المدني الفرنسي لكون عمره أقل من (25 سنة)، وبعد رجوع الزوج الفرنسي إلى فرنسا سارع للمطالبة ببطلان

الزواج أمام المحاكم الفرنسية على أساس أنه خالف المادة السالفة الذكر، فوافقت المحكمة الفرنسية على طلبه وأبطلت الزواج، تزوج الزوج مرة ثانية من فرنسية كما تزوجت زوجته الإنجليزية من إنجليزي، لما علم هذا الأخير بالزواج الأول طالب المحاكم الإنجليزية بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الزواج الأول لازال قائما وفقا للقانون البريطاني، فوافقت المحكمة على طلبه منعا لتعدد الأزواج، ومنه فقد اختلف الحكمين الفرنسي والإنجليزي وسبب هذا الاختلاف راجع إلى اختلاف في التكيف، فالقانون الفرنسي يعتبر موافقة الأب من مسائل الأهلية التي لا يتم الزواج بدونها وعليه يحكمها قانون الجنسية أي القانون الفرنسي، وعلى هذا الأساس حكم القاضي الفرنسي ببطلان الزواج، أما القانون الإنجليزي فيعتبر موافقة الأب من مسائل الشكل التي تخضع لقانون محل الإبرام أي القانون الإنجليزي وعلى هذا الأساس حكم بصحة الزواج الأول و استمراره.

ث -زواج اليوناني:

وتتمثل وقائعها في أن يونانياً تزوج في فرنسا من فرنسية طبقاً للشكل المدني المعمول به في فرنسا، فطعن وليه ببطلان هذا الزواج لأنه لم يتم حسب الشكل الديني الذي يتطلبه القانون اليوناني، وهو قانون جنسية الزوج، والذي يعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية وتدخل في نظام الأحوال الشخصية، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باختصاص القانون الفرنسي في تحديد طبيعة المسألة المتنازع عليها، واعتبرت إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة من مسائل الشكل ويسري عليها قانون مكان الإبرام وهو القانون الفرنسي وقضت بصحة الزواج.

وملاحظ أنه في كل هذه القضايا التي تعتبر السوابق التاريخية الأولى لنشأة مسألة التكيف في القانون الدولي الخاص، قرر القضاء إلى أن التكيف يتم استنادا لقانون القاضي، وهو ما فتح النقاش حول هذا الموضوع أي ما هو القانون واجب التطبيق على التكيف في القانون الدولي الخاص.

3 -القانون الذي يحكم التكيف في القانون الدولي الخاص:

ما هو القانون الذي يطبقه القاضي لتكييف الواقعة أو المسألة محل النزاع؟ هناك ثلاثة اتجاهات فقهية في الإجابة عن هذا السؤال سنقوم بعرضها باختصار ثم نعرض موقف المشرع الجزائري، كما يلي:

أ - الاتجاهات الفقهية بشأن القانون الذي يطبق على التكيف:

اختلف الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات كما يلي:

الاتجاه الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي:

وهذا الاتجاه نادى به الفقيه بارتان الذي كان أول من وضع نظرية متكاملة لمشكلة التكييف، ويذهب هذا الاتجاه إلى أن تحديد الوصف القانوني للمنازعات ذات الطابع الدولي الخاص يجب أن يتم وفقا لقانون القاضي حتى ولو لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع، وحجة هذا الاتجاه هو فكره سيادة الدولة، وذلك لكون المشرع الوطني يتنازل عن قدر من سيادته عند سماحه بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع الدولي الخاص، الأمر الذي يحتم الرجوع إلى نفس المشرع الوطني لبيان مدى هذا التنازل وحدوده والذي يتحدد من خلال التكييف، فإذا كان المشرع الجزائري سمح مثلا بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم فانه يتعين الرجوع إلى التشريع الجزائري لتعريف المقصود بالأهلية، ذلك أن قيام قانون أجنبي بهذا التحديد يعنى أن هذا القانون الأجنبي هو الذي تمارس فيه السيادة التشريعية للجزائر .

ويؤيد غالبية الفقهاء مذهب بارتان من إخضاع التكييف لقانون القاضي، ولكن ليس استنادا للسيادة حسب ما ذهب إليه بارتان، بل استنادا إلى حجج أخرى، أهمها أن التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، مما يقتضى أن يخضع لقانون القاضي، فتطبيق قاعدة الإسناد يندرج ضمنها تفسيرها وهذا التفسير هو نفسه التكييف، فإذا ما قضت قاعدة الإسناد الوطنية مثلا بإخضاع الأهلية لقانون الجنسية فإنه يجب لتطبيق هذه القاعدة تحديد معنى الأهلية ومعرفة ما إذا كانت الواقعة محل النزاع تدرج ضمن مفهوم الأهلية أم لا، وهذا هو التكييف وهو نفسه تفسير قاعدة الإسناد الوطنية الذي يخضع لقانون القاضي.

ومن الواجب التأكيد على هذا الاتجاه يقصر تطبيق قانون القانون على التكييف الأولي، أما التكييفات اللاحقة فهي لا تثار الا بعد تحديد القانون الواجب التطبيق وبصدد هذا التطبيق، ومن ثم فهي تخضع لهذا القانون بوصفها تفسيرا لأحكامه ولا تخضع لقانون القاضي.

الاتجاه الثاني: إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة:

نادى عدد من الفقهاء ومنهم الفقيه despagne برأي مختلف عن رأي الفقيه بارتان وهو إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة أي القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا قضت قاعدة الإسناد الوطنية بإخضاع النزاع لقانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون على النزاع بشكل كامل ابتداء من التكييف إلى غاية النطق بالحل النهائي للنزاع، ذلك أن عدم الرجوع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة يعد خرقا لهذا القانون وتطبيقا

لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على النزاع حسب قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا كان قانون القاضي المثار أمامه النزاع يدرج المسألة محل النزاع في طائفة مسائل الأهلية ويخضعها بالتالي لقانون الجنسية، بينما كان هذا القانون الأجنبي يدرج نفس المسألة في طائفة مسائل الشكل ويخضعها لقانون مكان الإبرام، فإن التمسك باعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقا لقواعد التكييف في قانون القاضي من شأنه عقد الاختصاص للقانون الأجنبي الذي يعتبر نفسه غير مختص بحكم تلك المسألة.

وقد انتقدت هذه النظرية بكون القول بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة من قبيل المصادرة على المطلوب، إذ كيف يتسنى للقاضي الرجوع للقانون الأجنبي لمعرفة طبيعة النزاع المعروض عليه من قبل أن يعرف ما إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق أم لا والذي يتحدد أولا من خلال التكييف، ومنه فلكي يتسنى إجراء التكييف وفقا للقانون المختص بحكم العلاقة يجب أولا تحديد هذا القانون أولا، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بعد الانتهاء من التكييف، وهو ما يدخلنا في حلقة مفرغة تجعل من النظرية غير منطقية.

الاتجاه الثالث: إخضاع التكييف للقانون المقارن:

وعلى رأس من نادى بهذه النظرية الفقيه رابل الذي نادى بعدم التقيد في التكييف في القانون الدولي الخاص بقانون القاضي ولا بالقانون الأجنبي، بل يجب اللجوء بصدد التكييف في القانون الدولي الخاص إلى القانون المقارن لاستخلاص مضامين ذات طبيعة عالمية لقواعد الإسناد، فإذا تصدى القاضي الجزائري لتطبيق قاعدة الإسناد التي تخضع الوصاية على القاصر لقانون جنسيته فلا ينبغي عليه الرجوع إلى القواعد الموضوعية للقانون الجزائري أو لأي قانون وطني آخر لتحديد مضمون فكره الوصاية على القاصر، وإنما يجب عليه أن يستخلص مفهوم الوصاية على القاصر عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة، فلا يتحدد مفهوم الوصاية على القاصر الواردة في قاعدة الإسناد وفقا للقواعد الموضوعية للقانون الجزائري، وإنما يجب تحديد مضمونها استنادا إلى القواعد السائدة في تشريعات دول العالم، أي استنادا إلى القانون المقارن.

وهذه النظرية كسابقتها انتقدت بشدة بسبب ما ينطوي على تطبيقها من صعوبات عملية للقاضي فكيف يرجع إلى قوانين الدول واستخلاص القواعد المشتركة بين تلك القوانين، هذا إضافة إلى اختلاف تشريعات الدول بشأن الوصف القانوني لعدد مسائل القانون الدولي الخاص.

ب التكييف في القانون الجزائري:

أخذ القانون الجزائري، مثل عديد تشريعات الدول بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي، إذ تنص المادة 09 من القانون المدني على أن: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"، وبالتالي فعندما يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع ذو طابع دولي خاص فيتعين عليه أن يطبق القانون الجزائري في تكييف الواقعة أو المسألة المطروحة عليه ليحدد طائفة الإسناد التي تندرج ضمنها تلك المسألة أو العلاقة، وبالتالي تحديد القانون واجب التطبيق عليها، وبالتالي وبذلك فالمشرع الجزائري تبنى نظرية بارتان بشأن التكييف في القانون الدولي الخاص. ويتعين الإشارة إلى المقصود بالقانون الجزائري الوارد في نص المادة التاسعة من القانون المدني هو القانون الجزائري بمختلف مصادره ودرجاته، فعلى سبيل المثال عندما يتصدى القاضي المدني الجزائري لتكييف مسألة مطروحة عليه فإنه يرجع إلى القانون المدني وكذلك القوانين الأخرى الجزائرية لتكييف تلك المسألة. كما يتعين الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالترقية التي أقامها بارتان بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق وحصر قانون القاضي على التكييف الأولي أما التكييف اللاحق فيخضع للقانون واجب التطبيق، وذلك لكون المادة 09 من القانون المدني سألقة الذكر نصت على أن التكييف الذي يخضع للقانون الجزائري هو التكييف الذي يهدف إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه، وهو التكييف الأولي الذي يخضع هو فقط للقانون الجزائري. ويتعين الإشارة أيضا إلى المادة 17 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، وبالتالي فقد أخذ المشرع الجزائري بالاستثناء الذي نادى به الفقيه بارتان وهو إخضاع تكييف المال هل هو منقول أم عقار إلى قانون موقعه وليس إلى قانون القاضي.

ثانيا: الإحالة في القانون الدولي الخاص:

بعد أن تناولنا في المحاضرات السابقة موضوع الاختصاص الدولي القضائي، وتناولنا في الفصل الخاص بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص موضوع التكييف نتناول في هاته المحاضرة موضوع الإحالة في القانون الدولي الخاص، وذلك كما يلي:
يوجد في القانون الوطني لكل دولة نوعان من القواعد القانونية: فهناك القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع الداخلي، وهناك قواعد الإسناد التي تحدد القانون واجب التطبيق

على النزاع الدولي الخاص، ونتيجة لذلك يثور تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع إحدى صورتين :

- **الصورة الأولى: التنازع الإيجابي:** قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية تسندان النزاع إلى قانونها، فقاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى كون القانون الوطني هو الواجب التطبيق، فيما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى كون القانون الأجنبي هو المختص بالنزاع، فهنا يوجد تنازع إيجابي بين القانونين الوطني والأجنبي.

- **الصورة الثانية: التنازع السلبي:** قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية كلاهما تشيران على عدم اختصاص قانونها بحكم النزاع، فقاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى كون القانون الوطني غير مختص وأن القانون الأجنبي هو المختص بحكم النزاع، فيما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى كون القانون الأجنبي بدوره غير مختص بالنزاع، فيتخلّى القانون الوطني والأجنبي عن الاختصاص بالفصل في النزاع، وتسمى هذه المشكلة في القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة، فما هو مفهوم الإحالة؟ وما هي أنواعها؟ وما هو أساسها القانوني؟ وما هو ما هو موقف الفقه والتشريع وخصوصا الجزائري منها؟
تفصيل الإجابة على ذلك فيما يلي:

- 1 تعريف الإحالة في القانون الدولي الخاص.
- 2 أنواع الإحالة في القانون الدولي الخاص.
- 3 +الاتجاهات الفقهية بشأن الإحالة في القانون الدولي الخاص .
- 4 موقف التشريعات من الإحالة في القانون الدولي الخاص.
- 5 +الأساس القانوني للإحالة في القانون الدولي الخاص.
- 6 نطاق الإحالة في القانون الدولي الخاص.
- 7 موقف التشريع الجزائري من الإحالة في القانون الدولي الخاص.

1 -تعريف الإحالة في القانون الدولي الخاص:

تثور مشكلة الإحالة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي فهل يطلق قواعده الداخلية المادية أم يطبق أولا قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي؟.

مثال:

إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع وتوصل من خلال قاعدة الإسناد المناسبة إلى كون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق للفصل في النزاع، فهل القاضي الجزائري هنا يطبق قواعد القانون المدني الفرنسي أو القانون التجاري الفرنسي أم يجب عليه أن يطبق أولاً قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي؟.

إذا كان الجواب بكون القاضي يجب عليه أن يطبق أحكام القانون الفرنسي الداخلية التي تطبق على الفرنسيين فإننا من أنصار رفض الإحالة، أما إذا أجبنا بخلاف ذلك وفضنا على القاضي تطبيق قواعد الإسناد الفرنسية أولاً فإننا من مؤيدي الإحالة.

وتعد قضية فورغو forgo المناسبة الأولى الشهيرة التي ثارت فيها مشكلة الإحالة، وفورغو هو ولد غير شرعي ولد بإقليم بافاريا بألمانيا، انتقلت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية، دون أن يتخذا لهما موطناً قانونياً في فرنسا، إذ كان القانون الفرنسي يفرض يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلوا على هذا التصريح، وعندما كبر فورغو تزوج من فرنسية ثرية وتركت له ثروة منقولة طائلة، وعندما مات فورغو ترك ثروة طائلة دون أن يترك ورثة مباشرين أي دون أب أو أم أو إخوة أو أبناء، وقد كان القانون الفرنسي لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبيه أو لأخوته فقط، فاستولت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها تركة شاغرة أي بلا وارث، فطالب الحواشي أي أقارب أمه بالميراث مستثنين في طلبهم إلى القانون البافاري الداخلي الذي لا يفرق في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي بالنسبة إلى الورثة، فقضت محكمة الاستئناف الفرنسية برفض طلبهم واستندت إلى أن فورغو كان متوطناً بفرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ثروته المنقولة القانون الفرنسي، وهو يقضي بحرمان غير الأبوين والإخوة للولد غير الشرعي من ميراثه، فرفع الورثة طعناً في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية التي نقضت حكم محكمة الاستئناف على أساس أنه خطأ في اعتبار فورغو متوطناً في فرنسا مع أنه لم يتحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني حينئذ هو بافاريا، وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري، وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بورجو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي فطعنّت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث المنقول قانون الموطن، فقضت محكمة النقض الفرنسية في: 1878/06/24 بنقضه لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، وهي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالت القضية من جديد إلى محكمة استئناف تولوز

فقضت في: 1880/05/22 بما رأته محكمة النقض فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في: 1882/02/22، ومنه فقد قبلت محكمة النقض إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة، ثم توالى أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذة بالإحالة بصراحة.

وتبعاً لذلك فالإحالة هي نظرية تفرض على القاضي أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد (قواعد التنازع) في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهي القواعد التي قد تشير إلى تطبيق قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً آخر للفصل في النزاع.

2 أنواع الإحالة:

للإحالة صورتان وهما:

الصورة الأولى: الإحالة من الدرجة الأولى:

وذلك عندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي وهو بدوره تحيل قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي، فمثلاً عندما يقوم بريطاني مقيم بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته فتطبق عليه قواعد الإسناد الفرنسية قانون جنسيته وهو القانون البريطاني، ولكن قواعد الإسناد في القانون البريطاني تحيله إلى قانون الموطن وهو القانون الفرنسي، وتسمى هذه الصورة بالرجوع.

الصورة الثانية: الإحالة من الدرجة الثانية:

وذلك عندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي لكن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تحيل إلى قانون أجنبي آخر (قانون أجنبي ثالث) وليس إلى قانون القاضي، فمثلاً إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بالأهلية لشخص بريطاني متوطن في الدانمرك فقواعد الإسناد الجزائرية تجعل الاختصاص للقانون البريطاني باعتباره قانون الجنسية، وقواعد الإسناد في هذا القانون البريطاني ترفض الاختصاص وتمنح الاختصاص بالفصل في النزاع للقانون الدانمركي باعتباره قانون الموطن، ومنه فإذا قبل القاضي الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدانمركي الذي أحالت إليه قواعد الإسناد البريطانية، أما إذا رفض القاضي الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على النزاع القانون البريطاني.

3 الاتجاهات الفقهية بشأن الإحالة:

لقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بشأن الإحالة: الأول مؤيد لها، والثاني معارض لها، وذلك كما يلي:

الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد للإحالة:

أيد بعض الفقه الإحالة مستندين إلى عدة حجج منها: أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت عليه به قواعد الإسناد دون تفرقة بين قواعد الإسناد والقواعد المادية، فالقاضي مطالب بتطبيق القانون الأجنبي بكل قواعده بما فيها قواعد الإسناد، وأنه إذا رفض القانون الأجنبي الفصل في النزاع فمن غير المنطقي إرغامه على ذلك .

الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض للإحالة:

عارض عديد الفقهاء الإحالة مستندين إلى عدة حجج منها: أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي عندما تشير عليه بتطبيق قانون أجنبي فهي تريد منه تطبيق قواعده الداخلية وليس قواعد الإسناد فيه، كما أنه عندما نقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، ويطبق القاضي قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي والتي تحيله إلى قانون القاضي، وقانون القاضي بدوره تحيل قواعد الإسناد فيه إلى القانون الأجنبي، فتصبح كما لو أنها لعبة مضرب التنس، ويضاف إلى ذلك أنه قد تكون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق نصوصا دستورية كالبرازيل فإذا رجع القاضي إلى هذه القواعد الأجنبية فإنه يكون قد طبق قواعد دستورية أجنبية في بلده وهو ما يتنافى مع السيادة، كما أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى الإجحاف بحقوق الأفراد وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها في بلادهم، فمثلا لو عرض على القاضي الجزائري طلب الحجر لسفه على بريطاني مقيم بالجزائر، فقاعدة التنازع الجزائرية تشير عليه بتطبيق قانون جنسية الشخص وهو القانون البريطاني، فلو أخذ القاضي الجزائري بالإحالة التي تشير بها قاعدة التنازع في القانون البريطاني فإنه سيطبق القانون الجزائري على هذا المواطن البريطاني استنادا للموطن ويقضي بالحجر عليه طبقا للقانون الجزائري، في حين لو لم يأخذ بالإحالة وطبق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون البريطاني فإنه يقضي برفض الطلب لأن القانون البريطاني لا ينص على الحجر على السفينة .

4 موقف التشريعات من الإحالة:

اختلفت تشريعات الدول بشأن الأخذ بالحالة وذلك كما يلي:

التشريعات الرافضة للإحالة: ترفض معظم قوانين الدول العربية الإحالة، كما هو الحال في

مصر والعراق وسوريا والأردن ولبنان والمغرب، كما أن القانون الإيطالي والهولندي واليونان وقوانين الدول الإسكندنافية كلها ترفض الإحالة.

التشريعات التي أخذت بالإحالة: هناك عدة دول أخذت تشريعاتها بالإحالة ومنها فرنسا

التي طبق القضاء فيها لأول مرة الإحالة من الدرجة الأولى في قضية فورغو، ثم توالى بعدها الأحكام الآخذة بالإحالة من الدرجة الأولى في شتى المجالات، كما أخذ القضاء الفرنسي في عديد الأحكام بالإحالة من الدرجة الثانية، كما أخذت بالإحالة كلا من ألمانيا وإنجلترا وبلجيكا والنمسا واليابان وبولونيا ويوغسلافيا ومعظم دول أمريكا اللاتينية.

5 الأساس القانوني للإحالة:

لقد اختلف الفقهاء من أنصار الإحالة في أساسها، وتتمثل الأسس التي قدمها الفقهاء

للإحالة فيما يلي:

نظرية التفويض:

ومفاد هذه النظرية أن قواعد الإسناد في قانون القاضي عندما توجه القاضي إلى قانون أجنبي معين، فإنها لا توجهه إلى القواعد الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض القانون الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون قانون القاضي في حالة الإحالة من الدرجة الأولى، أو قانون أجنبي آخر في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، وقد انتقدت هذه النظرية عدة انتقادات منها أنه في حالة تفويض القانون الأجنبي بتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع فإن ذلك تنازل عن السيادة، كما أن كلا من القانون الأجنبي وقانون القاضي سيفوض الثاني بتحديد القانون واجب التطبيق، وهذا في الإحالة من الدرجة الأولى، وهو ما يؤدي إلى حلقة مفرغة.

نظرية القاعدة الاحتياطية:

ومفاد هذه النظرية أنه لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وجب حينئذ تعيين قانون آخر هو القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك استنادا لقانون القاضي الذي يوجد فيه الى جانب كل قاعدة إسناد أصلية قاعدة إسناد احتياطية يعمل بها لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية، وقاعدة الإسناد الاحتياطية هذه قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي وقد تعقده لقانون آخر، وقد انتقدت هذه النظرية بكونها خيالية، فالقول بوجود قاعدة إسناد احتياطية إلى

جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب التخيل لا الحقيقة فلا يوجد في أي تشريع وطني أي قاعدة إسناد احتياطية تطبق في حالة الإحالة بجانب قاعدة الإسناد الأصلية .

نظرية إقليمية قانون القاضي:

مفاد هذه النظرية أنه في حالة رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي فإن النزاع يبقى بدون قانون يحكمه، وباعتبار أن الأصل في القوانين هو الإقليمية وأن تطبيق القانون الأجنبي ليس إلا من باب الاستثناء، فإنه يجب تطبيق قانون القاضي استنادا لمبدأ الإقليمية، وقد انتقدت هذه النظرية لماداتها بتطبيق قانون القاضي دائما كلما رفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له، وبالتالي فهي ترفض الإحالة من الدرجة الثانية.

نظرية التنسيق والانسجام بين قواعد الإسناد الدولية:

يحاول الفقيه باتيفول صاحب هذه النظرية تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الفرنسية وقواعد التنازع الأجنبية، ويذهب إلى أن العلاقات القانونية الخاضعة للقانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهو ما يفرض على المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه أن يسعى إلى تحقيق تناسق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية، وأنه يتم هذا التنسيق من خلال تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وتبعاً لذلك تطبيق القانون الذي تشير هذه الأخيرة باختصاصه، وقد انتقدت هذه النظرية لعدم توضيحها لماذا التوقف عند الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي وتطبيق القواعد القانونية الموضوعية لهذا الأخير، فلو تعلق الأمر بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في فرنسا فقواعد الإسناد الفرنسية تشير باختصاص القانون الإنجليزي، لكن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي ترفض الاختصاص المخول له وتحيل الاختصاص لقانون الموطن وهو القانون الفرنسي، فلو أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد لطبقنا مرة ثانية قواعد الإسناد للقانون الفرنسي وليس القواعد الموضوعية فيه، ولكن المشكلة أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض اختصاص القانون الفرنسي .

نظرية الإحالة الكلية:

وهذه النظرية أخذ بها القضاء البريطاني الحديث في بعض القضايا وهي ميراث المنقول والطلاق وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج، و حسب هذه النظرية ينبغي على القاضي البريطاني المعروض عليه النزاع أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفقاً لقواعد الإسناد البريطانية، أي ينبغي على القاضي البريطاني أن يجعل

نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقضي بما يقضي به القانون الأجنبي، ويقضي ذلك أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي ويطبق القانون الذي تشير باختصاصه، فمثلا لو عرض على القاضي البريطاني نزاعا يتعلق بميراث مال منقول لبريطاني متوطن في ألمانيا، فقواعد الإسناد البريطانية توجه القاضي إلى تطبيق القانون الألماني باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، فينبغي على القاضي البريطاني أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل بها القاضي الألماني لو عرض عليه نزاع مماثل وبالتالي يطبق قواعد الإسناد الألمانية، وهذه الأخيرة تنص على تطبيق القانون الوطني للمورث وهو في هذا المثال القانون البريطاني، وإذا كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون البريطاني إلى القانون الألماني، فإن القاضي سيطبق ذلك أيضا، وبالتالي فإن القاضي البريطاني سيطبق القانون الألماني تماما مثلما يفعل القاضي الألماني لو عرض عليه نفس النزاع، وقد انتقدت هذه النظرية لأنها لو أخذ بها قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة، فلو أخذنا مثلا في المثال السابق فالقاضي البريطاني سيتصرف كما لو أنه في ألمانيا ويطبق القانون الألماني وهذا القانون سيحيله للقانون البريطاني والذي بدوره سيحيله إلى القانون الألماني، وهكذا يبقى كلا من القانونين يعيدان لبعضهما الاختصاص.

6 - نطاق الإحالة:

يستبعد غالبية الفقهاء المناصرين للإحالة تطبيقها في حالتين وهما:

الحالة 01: عدم الأخذ بالإحالة لما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة

المتعاقدين: لقد أخضعت غالبية التشريعات ومنها المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين، فلو كان مثلا القانون الذي اختاره المتعاقدان هو القانون الفرنسي فإن إرادتهما تكون غير محترمة لو أننا أعرضنا عن الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي واستشرنا قواعد الإسناد في هذا القانون وقبلنا إحالتها إلى قانون آخر، إضافة إلى ما في ذلك من إخلال بتوقعات المتعاقدين، لكن لو يحدث بأن اختار المتعاقدان قواعد الإسناد للقانون الأجنبي فإن قبول الإحالة في هذه الحالة يعبر عن احترام لإرادة المتعاقدين، كما أنه يتفق وهدف قاعدة الإسناد، وقد رفضت اتفاقية لاهاي بشأن القانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات الأخذ بالإحالة فقد جاء في المادة 02 منها أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا.

الحالة 02: عدم تطبيق الإحالة في المسائل الخاصة بشكل التصرفات القانونية: ذلك أن

غالبية التشريعات ومنها الجزائري تنص على قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه، وأرادت بذلك ضمان صحة هذا التصرف من حيث الشكل إذا كان قد احترم قانون بلد الإبرام، فلو فرضنا أن قواعد الإسناد في هذا القانون تحيل الاختصاص لقانون آخر كأن يكون قانون موقع العقار كما هو الحال في قواعد الإسناد الإنجليزية، ووجدنا أن هذا القانون يبطل التصرف، فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد الرامية إلى ضمان صحة التصرف، ولذلك فإن الفقهاء نادوا باستبعاد الإحالة بالنسبة لشكل التصرفات القانونية لما يكون القانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه إبرامها .

7 موقف التشريع الجزائري من الإحالة:

نص القانون المدني الجزائري صراحة على قبول الإحالة من الدرجة الأولى ورفض الإحالة من الدرجة الثانية، إذ تنص المادة 23 مكرر 1 منه على أنه: "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.".

وبخصوص الإحالة من الدرجة الأولى فإن الأستاذ اسعد محند يرى أنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إذا كان قانون الأحوال الشخصية الأجنبي غير مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، لأنه في حالة قبول الإحالة من الدرجة الأولى وبالتالي تطبيق قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية على أشخاص أجنبى غير مسلمين، لكن هذا الرأي محل نظر، فحتى في حال قبول الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق القاضي قانون الأسرة الجزائري على أجنبى غير مسلمين، فانه عندما يجدهم غير مسلمين لا يمكنه تطبيق أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين عليهم، لكون المادة 222 من قانون الأسرة تفرض على القاضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأوضاع غير المنصوص عليها في قانون الأسرة، ومنها نزاعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين فلا يوجد بشأنها نص في قانون الأسرة، فيطبق القاضي الجزائري بشأنها المادة 222 سالف الذكر، وحينها سيجد أن الشريعة الإسلامية تطبق على غير المسلمين أحكام ديانتهم وليس أحكام الشريعة الإسلامية .

ثالثا: تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني:

بعد أن تناولنا في المحاضرات السابقة موضوع الاختصاص الدولي القضائي، نتناول في هذه المحاضرة والمحاضرات التي تليها بعض المسائل التي تعترض القاضي الوطني بعد أن يقرر اختصاصه بالفصل في النزاع الدولي الخاص، وهذه المسائل يتعين على القاضي الوطني الفصل فيها ليتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، وتدرج تلك المسائل ضمن مفهوم تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وقد تناولنا منها التكييف والإحالة، لنتناول في هاتين المحاضرتين موضوع تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، وذلك كما يلي:

عندما تقضي قواعد الإسناد الوطنية على القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي للفصل في النزاع الدولي الخاص، تطرح عدة أسئلة وهي: ما هو أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني؟ وما هي طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني؟ وبالتالي هل القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً أم يتعين على الأطراف طلب تطبيقه؟ وهل يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي أم أنه يتعين على الخصوم تقديمه للقاضي وإثباته؟ وهل يخضع القاضي الوطني في تفسيره وتطبيقه القانون الأجنبي للرقابة من طرف المحكمة العليا؟.

من أجل تحديد دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، يجب تحديد مدى إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني وبالتالي دور القاضي في تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وطبيعة وأساس تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي وتفسيره، ورقابة المحكمة العليا على القاضي في ذلك، وتفصيل تلك المسائل كما يلي:

- 1 - مدى إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني.
- 2 - طبيعة القانون الأجنبي.
- 3 - تطبيق القاضي الوطني القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا.
- 4 - دور القاضي الوطني في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- 5 - دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي.

1 مدى إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني:

ثار خلاف في الفقه بشأن طبيعة قواعد الإسناد الوطنية من حيث هل هي ملزمة للقاضي الوطني فيطبقها تلقائياً؟ أم أنها غير إلزامية فلا يطبقها القاضي الوطني إلا إذا طلب ذلك الخصوم؟.

لقد انقسم الفقه بشأن ذلك إلى اتجاهين، كما يلي:

الاتجاه الأول: يرى أن قواعد الإسناد غير ملزمة للقاضي الوطني، فيمنع عليه تطبيقها إلا إذا طلب الخصوم ذلك، وهذا ما ذهب إليه الفقه الانجليزي، فيما يذهب الفقه الفرنسي التقليدي إلى عدم إلزامية قواعد الإسناد الوطنية للقاضي الوطني بل له السلطة التقديرية في تطبيقها تلقائياً أو عدم تطبيقها.

الاتجاه الثاني: يرى أن القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية تلقائياً في كل المنازعات الدولية الخاصة، وذلك لكونها قواعد قانونية يلتزم القاضي بتطبيقها تلقائياً، وهذا هو موقف أغلب الفقهاء.

وبالنسبة للتشريع الجزائري فلا يوجد نص صريح بشأن إلزامية أو عدم إلزامية التطبيق التلقائي لقواعد الإسناد الوطنية، إلا أن صياغة مواد قواعد الإسناد وهي المواد: 09 إلى 24 من القانون المدني، توحى بكونها قواعد آمرة إذ تضمنت عبارات "يسري" أو "يطبق" أو "يكون" أو "تخضع"، وهي عبارات تفيد الإلزامية، ومنه فالقاضي الجزائري ملزم بتطبيق قواعد الإسناد الجزائرية تلقائياً كلما كان النزاع المعروض عليه دولياً خاصاً.

2 طبيعة القانون الأجنبي:

بعد أن يطبق القاضي الوطني قاعدة الإسناد الوطنية والتي قد تشير عليه بتطبيق قانون أجنبي معين، فإنه يثور تساؤل آخر وهو: هل القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً أم عليه انتظار طلب الخصوم؟.

في الدول التي تعامل القانون الأجنبي كقانون، القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ولو لم يطالب بذلك الخصوم، أما في الدول التي تعامله كواقعة فالأصل ألا يتم تطبيق القانون الأجنبي إلا بطلب من الخصوم، وبالتالي فللجواب عن سؤال مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني تلقائياً، يتعين تحديد طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، هل يطبقه باعتباره قانوناً أم واقعة؟.

اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وظهر اتجاهان،

كما يلي:

الاتجاه الأول: يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي باعتباره واقعة:

يتزعم هذا الموقف القضاء الفر نسي يؤيده في ذلك الكثير من الفقهاء، هذا الاتجاه عامل القانون الأجنبي معاملة تختلف عن القانون الوطني، بحيث تم معاملته كواقعة، ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة عدة نتائج أهمها: عدم التزام القاضي الوطني بتطبيقه تلقائيا بل يجب إثارته وطلب تطبيقه من الخصوم، وأن الطرف الذي يطلب تطبيقه يتعين عليه إثباته، وإمكانية تنازل الأطراف عن تطبيقه، وعدم إمكانية التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية كطلب جديد، وعدم جواز إثارة القانون الأجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا، وغيرها من النتائج التي تترتب على الوقائع.

الاتجاه الثاني: يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي باعتباره قانونا:

وهذا هو موقف الاتجاه الغالب في الفقه، ومفاده أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا، وتبعاً لذلك فالقاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً دون أن ينتظر الخصوم للمطالبة بذلك، وملزم بالبحث عن مضمونه وحسن تفسيره، ويخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك، ويمكن للأطراف التمسك بتطبيقه وإثارته أمام جهة الاستئناف وأمام المحكمة العليا ولو لأول مرة.

وفي إطار هذا الاتجاه ظهر فريق من الفقه يرى أن القانون الأجنبي عندما يطبق أمام القاضي الوطني يجب أن يعامل لا كواقعة ولا كقانون وطني بل يجب معاملته باعتباره قانوناً أجنبياً، فيحافظ القانون الأجنبي وهو يطبق من طرف القاضي الوطني على طابعه القانوني وعلى طابعه الأجنبي أيضاً، فهو يعامل بصفته قانون أجنبي لا قانون وطني، وبالتالي فالقاضي الوطني لا يعامل القانون الأجنبي بنفس المعاملة الإجرائية التي يعامل بها القانون الوطني لدولته.

فما هو موقف القانون الجزائري من هذه المسألة؟ أي هل يعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي قانوناً أم مجرد واقعة؟ أم أن له اتجاه آخر في هذا المجال؟.

لم يتضمن المشرع الجزائري نصاً صريحاً يتعلق بمسألة طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، غير أن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي عدت أوجه الطعن بالنقض ذكرت في الفقرة 6 الوجه المتعلق بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ومعنى ذلك أن تطبيق قضاة الموضوع للقانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة يخضع

لرقابة المحكمة العليا، وهو ما يفرض على القضاة تطبيقه القانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة تلقائياً وعليهم البحث عن موضوعه وتفسيره، وبالنتيجة فإن المشرع الجزائري قد جعل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة في مستوى القانون الوطني وعامله معاملة القانون الوطني.

وبتفسير الفقرة 6 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمفهوم المخالفة فإن القانون الأجنبي غير المتعلق بقانون الأسرة لا يعامله المشرع الجزائري كقانون بل كواقعة، لعدم مراقبة المحكمة العليا للقاضي الجزائري بشأن تطبيق القانون الأجنبي غير المتعلق بقانون الأسرة.

وبالتالي ففي القانون الجزائري القاضي الجزائري ملزم بتطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تلقائياً وبدون طلب الخصوم، أما بقية القوانين الأخرى غير المتعلقة بالأحوال الشخصية فالقاضي الجزائري غير ملزم بتطبيقها إلا إذا طالب بذلك الخصوم وعليهم إثبات مضمونه.

3 تطبيق القاضي الوطني القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا:

كما سبق تفصيله فإنه في الدول التي تعامل القانون الأجنبي مثل القانون الوطني فإن تطبيقه سيخضع لنفس قواعد تطبيق القانون الوطني، إذ يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه تلقائياً ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا تماماً كما هو الشأن بالنسبة لتطبيق القانون الوطني. أما الدول التي تعامل القانون الأجنبي كواقع فإن القاضي غير ملزم بتطبيقه تلقائياً، بل على الخصوم طلب ذلك وإثبات مضمونه ولا يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة محكمة النقض، وهو موقف محكمة النقض الفرنسية التي رفضت بسط رقابتها على تطبيق القوانين الأجنبية معتبرة أنها مسألة تخضع لتقدير قضاة الموضوع، وهذا يعني أن عدم تطبيق القانون الأجنبي أو الخطأ في تطبيقه أو في تفسيره لا يفتح طريقاً للطعن بالنقض، غير أن القضاء الفرنسي أدخل استثناءً على المبدأ إذ ابتدع ما يسمى برقابة التشويه، ومفادها إمكانية نقض الأحكام التي تذهب إلى حد مسخ و تشويه المعنى الواضح والمحدد للقانون الأجنبي، ويقصد بالتشويه إعطاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق معنى مختلفاً عن المعنى المستفاد من نصه الواضح، واشترطت محكمة النقض الفرنسية شرطين لإعمال تلك الرقابة : الأول: أن تكون القاعدة الأجنبية عبارة عن نص قانوني، الثاني: أن يكون محتوى القاعدة الأجنبية المكتوبة واضحاً ومحدداً، وحينها يمكن بسط رقابة محكمة النقض إذا وقع تشويه ذلك المعنى الواضح والمحدد.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه طبقا للمادة 358 ف 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الخاص بالأحوال الشخصية تحت رقابة المحكمة العليا الجزائرية، أما باقي القوانين الأخرى الأجنبية فتخضع في تطبيقها للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ودون رقابة عليه من قبل المحكمة العليا.

4 دور القاضي الوطني في البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

لقد اختلف الفقه بشأن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي إلى اتجاهين، الأول: يحمل العبء على الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي باعتباره واقعة، والثاني: يحمل عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي للقاضي وليس للخصوم، وذلك كما يلي:

الاتجاه الأول: عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصوم:

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم إلزام القاضي الفرنسي بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق من تلقاء نفسه، وإلقاء عبء ذلك البحث على عاتق أطراف الدعوى، فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي تلقائيا، بل لا بد أن يطلب ذلك الخصوم، ويتحملون هم عبء بيان أحكام ذلك القانون، وفي أحكام حديثة لمحكمة النقض الفرنسية أكدت أن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، إذا كان يعلم مضمونه.

وفي مصر ذهبت محكمة النقض المصرية إلى إلقاء عبء بيان أحكام القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقها، وقد جاء في أحد أحكامها أنه: "إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذي يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الاسباني عملا بالمادة 17 من القانون المدني، وكان الاستناد إلى قانون أجنبي على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه، فإن النعي لا يكون مقبولا"، وتبعاً لذلك فالقضاء المصري قرر أن القانون الأجنبي يعد واقعة يقع عبء اثباتها على الخصوم، ولا يلزم القاضي بشيء في ذلك، ولكن محكمة النقض المصرية قضت في حكم آخر بأنه: "إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة"، ففي هذا الحكم ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من

تلقاء نفسه بل وافترضت فيه العلم بأحكامه في أحوال معينة، وبهذا الاتجاه يعد حكمها رائداً يستجيب للاتجاه الراجح في فقه القانون الدولي الخاص.

الاتجاه الثاني: القاضي الوطني ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي:

كرست بعض التشريعات صراحة قاعدة التزام القاضي الوطني بالبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي، ومن ذلك المادة 5 من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 التي نصت على أنه: "على المحكمة أو أية سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي الذي تجهله، وعند الحاجة لها أن تأمر بالخبرة ويمكنها أيضاً أن تأخذ في الاعتبار الأدلة التي يقدمها الأطراف، وبناء على طلب المحكمة أو أية سلطة أخرى يقدم وزير العدل معلومات عن القانون الأجنبي"، كما نصت المادة 4 من القانون الدولي النمساوي لعام 1979 على أن القاضي: "يجب أن يبحث عن القانون الأجنبي تلقائياً"، كما أن المادة 2 من القانون الدولي الخاص التركي، والمادة 16 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978، والمادة 7 من القانون الدولي الروماني لعام 1992، والمادة 14 من القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995، هذه القوانين كلها كرسّت التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

وبالنتيجة فمسألة البحث وإثبات مضمون القانون الأجنبي تتوقف على طبيعة القانون الأجنبي، ففي الدول التي تعامل القانون الأجنبي كواقعة يتم إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصوم وبالضبط من الطرف الذي يتمسك بتطبيقه، له كأصل عام الاستعانة بجميع طرق الإثبات، وعليه فيكون إثبات مضمون قانون أجنبي عن طريق تقديم المؤلفات الفقهية الأجنبية أو عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي بعد ترجمتها، إلا أنه لا يجوز إثبات مضمون هذا القانون عن طريق اليمين والإقرار، ويتعين الإشارة إلى أنه إن كان المقرر أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يبقى على عاتق الخصوم، فإنه ليس هناك ما يمنع القاضي أن يبحث هو أيضاً عن مضمونه بوسائله الخاصة، كما أنه بإمكانه استعماله لمعلوماته الشخصية متى كان عالمياً بأحكام القانون الأجنبي، هذا ما عليه الحال في الدول التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع.

أما في الدول التي تعامل القانون الأجنبي كقانون فالقاضي هو الذي يقع عليه عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وله عدة وسائل في هذا المجال، فله أن يستعين بحكومته وبالضبط وزارة العدل طالباً منها تزويده بنصوص القانون الأجنبي، كما للقاضي اللجوء إلى السلطات الأجنبية المختصة للدولة التي هو بصدد تطبيق قانونها، فإذا تعذر على القاضي

الوطني معرفة مضمون القانون الأجنبي فإنه يمكنه اللجوء إلى الخصوم ليطلب منهم تقديم العون له للكشف عن مضمون هذا القانون، غير أن ذلك لا يعني إلقاء عبء الإثبات على الأطراف لأن المبدأ يبقى دائماً هو التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي باعتباره قانوناً.

وببقى هنا التساؤل عن موقف المشرع الجزائري من مسألة البحث عن مضمون القانون الأجنبي؟

لقد أشرنا سابقاً إلى أن المشرع الجزائري يضع القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية في مرتبة القانون أما في المسائل الأخرى فيعامله كواقعة، ويترتب على ذلك أنه متى رُفِع نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وأعطى الاختصاص لقانون أجنبي كان القاضي ملزماً بالبحث عن مضمون هذا القانون الأجنبي، أما إذا تعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي لا يخص مسائل الأحوال الشخصية فإن القاضي الجزائري غير ملزم في هذه الحالة بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بل على الخصوم إثباته، وقد يحدث سواء تعلق الأمر بقانون أجنبي خاص بالأحوال الشخصية أو غيرها من الوسائل الأخرى ألا يتم التوصل إلى مضمون هذا القانون، وحتى لا يبقى النزاع دون قانون يحكمه قرر المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر من القانون المدني أنه: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

5 - دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي:

لا يكفي لتطبيق القانون الأجنبي الكشف عن مضمونه فقط، فقد يتضمن غموضاً يصعب على القاضي الوطني فهمه، والسؤال الذي يثار هنا، هل يقوم القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي بنفس الأسلوب الذي يتبعه في تفسير قانونه الوطني؟ أم يجب عليه أن يتبع الأساليب والمعايير المتبعة في القانون الأجنبي المختص نفسه؟ وهل يحق لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي المختص؟.

لا شك أنه من وظائف القاضي المعروض عليه النزاع تفسير القانون أي قانون، سواء كان وطنياً أو أجنبياً، ولكن بصدد تفسير القانون الأجنبي يتعين الإشارة إلى المسائل التالية:

- أن للقاضي الوطني سلطة تقدير التفسير الذي يقدمه الأطراف أو الخبير، فيرفضه إن كان تفسيراً لا تحتمله قواعد القانون الأجنبي.

- على القاضي الوطني أن لا يخرج من تفسيره عما هو مستقر في التطبيقات القضائية الأجنبية، وإذا كانت القاعدة الأجنبية لم تتعرض بعد لتفسير قضائي، التزم القاضي الوطني بتفسيرها على النحو الذي كان سيفسرها به القاضي الأجنبي، حسب قواعد التفسير الأجنبية، ومنه فإذا كان القانون الأجنبي غامضا، وجب أن يفسر طبقا لقواعد التفسير المعمول بها في القانون الأجنبي.
- وبالنسبة لمسألة رقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض لتفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، فإنه في فرنسا جرت محكمة النقض على رفض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، واعتبرت أن مسألة التفسير هي من اختصاصات قضاة الموضوع، وهذا يتماشى مع مذهب المحكمة التقليدي في رفضها الرقابة على أعمال القانون الأجنبي بوجه عام، غير أن تلك المحكمة أجازت قبول الطعن في أحكام الموضوع التي تخطئ خطأ واضحا في تفسير القانون الأجنبي وفهم أحكامه، بما يؤدي إلى مسخ مضمونه وتشويه معناه الواضح.
- وبالنسبة للتشريع الجزائري فلا يوجد نصا صريحا بخصوص مسألة دور القاضي الجزائري بتفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه في ذلك، غير أن المادة 358 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي منحت للمحكمة العليا سلطة الرقابة على تطبيق قضاة الموضوع للقانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة، وبمفهوم المخالفة جعلت القانون الأجنبي خارج قانون الأسرة يطبقه قاضي الموضوع دون رقابة عليه من طرف المحكمة العليا، هذه الأحكام هي نفسها بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي باعتبار أن التطبيق يتضمن وجوبا التفسير فالقاضي لكي يطبق القانون يتعين عليه أولا تفسيره، ومنه فتفسير القاضي الجزائري للقانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا خلافا لتفسيره للقانون الأجنبي خارج مجال قانون الأسرة فلا رقابة للمحكمة العليا على قاضي الموضوع في ذلك.
- غير أن هناك رأيا فقهيًا يدعوا لإخضاع تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص في جميع الأحوال لرقابة وتدقيق محكمة النقض مثلما هو الحال مع القانون الوطني، ذلك أن مهمة محكمة النقض هي المحافظة على حسن تطبيق القانون توحيد التفسير والاجتهاد القضائي، ولا فرق في ذلك بين القانون الوطني والقانون الأجنبي واجب التطبيق بحسب قواعد الإسناد الوطنية.

رابعاً: استبعاد القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني:

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي باعتباره واجب التطبيق للفصل في النزاع الدولي الخاص، ورغم ذلك يتعين على القاضي الوطني استبعاده إذا كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام في بلده، وهذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، وكذلك إذا التوصل إلى تطبيقه نتيجة غش الأطراف على قواعد الإسناد الوطنية، وذلك عندما يتضح للقاضي الوطني أن القانون الواجب التطبيق لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة تحايل من قبل الأطراف وذلك من خلال تحايلهم على ضابط الإسناد، فيمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون، وهو ما يسمى بالدفع بالغش والتحايل نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، وتفصيل ذلك كما يلي:

1 - الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي:

يعمل القاضي الوطني على استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية بوصفه قانوناً واجب التطبيق كلما كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام أو الآداب العامة في بلده، ومنه فالنظام العام يؤدي دور صمام الأمان في نظام تنازع القوانين باعتباره استثناءً على القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية للدول على قاعدة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية المخالفة له، وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة 24 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون".

وتبعاً لذلك يتعين التساؤل عن مفهوم النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي؟ وما هي شروط وآثار الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي؟. تفصيل الجواب على ذلك فيما يلي:

أ - مفهوم النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

من الصعب وضع تعريف دقيق للنظام العام لعدم وضوح فكرة النظام العام، وللاختلافات الفقهية في حوله، ولكون النظام العام فكرة نسبية فمفهومه يختلف من دولة لأخرى ومن وقت لآخر في نفس الدولة بل ومن إقليم لآخر في نفس الدولة وفي نفس الوقت أيضاً، وهو ما يؤدي إلى عدم وجود نظام عام موحد زماناً ومكاناً.

ورغم ذلك يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة في زمن محدد وهذه المبادئ قد تكون سياسية أو اجتماعية أو خلقية أو دينية أو اقتصادية لنظام، وهذه المبادئ لا يجوز مخالفتها أو الخروج عنها أو الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فلها الأولوية في التطبيق، ولذلك فإن دورها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحسب قواعد الإسناد لمخالفة ذلك القانون الأجنبي لتلك المبادئ.

ومن ذلك مثلاً يمنح قانون الأسرة الجزائري ويحرم نظام التبني، وهذه تعد من المبادئ العامة التي يتعين بسببها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد إذا كان الحكم سيطبق بالجزائر لمخالفة ذلك القانون الأجنبي لقاعدة من النظام العام وهي قاعدة منع التبني.

ويعد النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي دفعا من النظام العام، وهذا يعني إمكانية إثارته في أية مرحلة للدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ويتعين على القاضي إثارته تلقائياً ويمكن إثارته من قبل أي طرف في الدعوى، وذلك لأن القواعد الوطنية المراد حمايتها تتعلق بالنظام العام.

ب- شروط التمسك بالدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

من أجل قبول الدفع باستبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام يتعين أن يتوفر شرطان، وهما:

الشرط الأول: أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق للفصل في النزاع الدولي الخاص، بحيث فرضت ذلك قاعدة الإسناد الوطنية وقبلت بذلك قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي (ليس هناك إحالة)، ولم يتفق الأطراف على استبعاد القانون الأجنبي، ومنه فلا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام متى كانت هناك وسيلة أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، وهو ما يعني أن الدفع بالنظام العام يعد قاعدة احتياطية.

الشرط الثاني: أن تكون القاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي متعارضة مع القواعد التي تعد من النظام العام في قانون دولة القاضي، ويخضع قضاة الموضوع في تقدير هذا الشرط أي تعارض الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي مع النظام العام لدولتهم إلى رقابة محكمة النقض.

مثال:

قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم قضاة الموضوع الذي استبعد القانون الألماني رغم كونه مختصاً باعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار، بحجة أنه قانون لا تعرف أحكامه

التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا في رأي قضاة الموضوع مخالف للنظام العام الفرنسي، وهو رأي لم تؤيده محكمة النقض الفرنسية التي رأت أن عدم التعويض عن الضرر المعنوي لا يشكل بأي حال مخالفة ومساساً بالمبادئ الأساسية للقانون الفرنسي وبالتالي فلا يعد القانون الألماني الخاص بعدم التعويض عن الضرر المعنوي مخالفا للنظام العام الفرنسي.

ج- آثار الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

يترتب على قبول القاضي للدفع بالنظام العام أي قراره بكون القاعدة القانونية الأجنبية مخالفة للنظام العام، أثاران هما:

- الأثر السلبي للنظام العام: استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق:

فالقاضي إذا وجد أن القانون الأجنبي يتضمن حكما يتعلق بالنزاع يخالف النظام العام في دولته، عليه أن يستبعد القانون الأجنبي ولا يطبقه، أهم أثر هو استبعاد القانون الأجنبي المختص.

- الأثر الإيجابي للنظام العام: تطبيق قانون القاضي:

لا شك أن استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق للفصل في النزاع الدولي الخاص، يتطلب وجوب البحث عن قانون آخر للفصل في النزاع، وهذا القانون الذي يطبقه القاضي عوضا عن القانون الأجنبي هو قانون القاضي، حسب غالبية الفقه والقضاء في عديد الدول، غير أنه قد لا يتعارض القانون الأجنبي كله مع النظام العام في دولة القاضي الوطني، وهذا ما يعرف بالتعارض الجزئي.

فهل في هذه الحالة يستبعد أيضا القانون الأجنبي بصفة كلية أم يستبعد فقط في الجزئية التي تتعارض مع النظام العام؟ تبقى المسائل الأخرى التي لا تمس هذا الأخير خاضعة للقانون الأجنبي؟ فيتم بالتالي الفصل في النزاع وفق قانونين: قانون القاضي القانون الأجنبي؟.

مثال:

توفي شخص مسلم في فرنسا مخلقا وراءه تركة وورثة مباشرين، أثناء افتتاح التركة وتقسيمها تم حرمان أحد الورثة من الميراث بحجة أنه غير مسلم تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وُرفِع النزاع أمام القضاء الفرنسي الذي اعتبر حرمان الوارث من حقه في الميراث بسبب اختلاف الدين هو مخالف للنظام العام في فرنسا، بالتالي وجب استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لأحكام القانون الفرنسي.

غير أنه طرح التساؤل هنا حول نطاق تطبيق هذا القانون الفرنسي هل يطبقه فقط بخصوص الجزئية المتعلقة بالميراث فيقرر له الميراث، ويقف دور القانون الفرنسي فقط عند هذا الحد؟ أما الأنصبة الواجبة في الميراث فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية؟ أم أنه يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية وتطبيق القانون الفرنسي بصفة كلية على النزاع؟ أي على مسألة استحقاق الميراث و تحديد الأنصبة؟

قضت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية بأن الشريعة الإسلامية في مجال الميراث لا تصطدم بالنظام العام الفرنسي إلا في المسألة التي تمنع فيها غير المسلمين من الميراث، وعليه وجب استبعاد أحكام هذه الشريعة بخصوص هذه المسألة وإعطاء الوارث الحق في الميراث تطبيقاً للقانون الفرنسي، أما فيما يخص تحديد نصيب كل وارث فهذه المسألة تبقى خاضعة دائماً لأحكام الشريعة الإسلامية كونها لا تتنافى مع النظام العام بفرنسا، ولقد انتقد بعض الفقهاء مثل هذا الحل إذ أن الأخذ ببعض أحكام القانون الأجنبي وتكملتها بالقانون الوطني يعني إخضاع العلاقة لقانونين مختلفين من حيث الأحكام ومن حيث المصدر، مما يؤدي إلى عدم التجانس في الحل المعتمد.

ومنه فالقضاء الفرنسي يميل إلى التطبيق الجزئي للقانون الفرنسي في حالة تعارض أحكام القانون الأجنبي جزئياً مع النظام العام في فرنسا.

د- موقف التشريع الجزائري من الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي:

ما هو موقف التشريع الجزائري من مسألة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام؟. تنص المادة 24 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

وتبعاً لذلك فقد كرس القانون الجزائري الأثر السلبي للدفع بالنظام العام وهو وجوب استبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام في الجزائر، كما قرر صراحة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد.

2- الدفع بالغش والتحايل نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

فصلنا في المحاضرة السابقة الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وفي هذه المحاضرة نتناول سببا آخر لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهي الدفع بالغش أو التحايل نحو القانون، وذلك كما يلي:

أ - مفهوم الدفع بالغش والتحايل نحو القانون:

يقصد بالغش أو التحايل على القانون الدولي الخاص استخدام قواعد الإسناد على نحو يؤدي إلى التهرب من تطبيق أحكام القانون واجب التطبيق على النزاع الدولي الخاص، وذلك بالتحايل على ضابط الإسناد أو الطائفة المسندة بقصد التهرب من أحكام القانون الوطني أو الأجنبي واجب التطبيق، بحيث يتضح من خلال ظروف القضية وملابساتها أن الخصم تعمد التلاعب بضابط الإسناد أو الفئة المسندة للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق، ومن ثم وجب على القاضي الوطني منع هذا التحايل والغش نحو قواعد الإسناد وذلك من خلال استبعاد القانون الذي سعى إلى تطبيقه عن طريق الغش والتحايل وبدلا عنه تطبيق القانون الذي كان أصلا واجب التطبيق على النزاع، ومنه فالغش والتحايل نحو القانون هو التهرب من القانون واجب التطبيق على النزاع طبقا لقاعدة الإسناد وذلك بإخضاع النزاع لقانون دولة أخرى عن طريق الغش، أو تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا عنه، ومنه فالتحايل يتحقق بطريقتين هما: تغيير ضابط الإسناد أو تغيير طائفة الإسناد:

مثال عن تغيير ضابط الإسناد: قضية الأميرة بوفرمون:

تتمثل وقائع هذه القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي في أن الأميرة كرمان شيماي البلجيكية الجنسية تزوجت بالضابط الفرنسي الأمير دي بوفرمون، وانفصلا اثر خلافات بينهما سنة 1974، وأرادت الزوجة الحصول على حكم بالطلاق، لكن القانون الفرنسي المختص وهو قانون جنسية الزوجين كان يمنع الطلاق والتطليق، فقامت الزوجة بالسفر إلى ألمانيا وحصلت على الجنسية الألمانية، ثم رفعت دعوى حصلت إثرها على التطليق وفقا للقانون الألماني سنة 1975، واثار ذلك سافرت إلى برلين وتزوجت بأمر من جنسية رومانية يدعى بيبكسو ورحلا معا إلى باريس وأقاما بها، وحينها رفع زوجها الأول الضابط الفرنسي الأمير دي بوفرمون دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا ببطلاق الزواج الثاني للأميرة، وعندما وصلت القضية إلى محكمة النقض الفرنسية أصدرت قرارا بتاريخ: 18/03/1878 قررت فيه عدم

الاعتراف بالطلاق الذي حصلت عليه الأميرة بألمانيا وذلك لكون الأميرة غيرت جنسيتها الفرنسية وحصلت على الجنسية الألمانية بهدف التحايل على القانون الفرنسي الذي كان يمنع الطلاق آنذاك، فاستبعدت القانون الألماني وهو قانون الجنسية الجديد للزوجة بسبب الغش والتحايل نحو القانون، واعتبرت الزواج الأول مازال قائما حسب القانون الفرنسي الواجب التطبيق والذي تم التحايل عليه.

مثال عن تغيير طائفة الإسناد: قضية Caron:

تتمثل وقائعها في أن الأمريكي Caron المقيم بالولايات المتحدة الأمريكية يملك عقارا بفرنسا، وعندما شعر بقرب أجله وبغرض التهرب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات والتي تتضمن فكرة الحصة المحجوزة لمصلحة الأبناء ولا يمكن للمورث التحكم فيها، قام بتقديم هذا العقار كحصة عينية على سبيل التملك إلى شركة أمريكية مقابل تملكه أسهما في هذه الشركة، قاصدا من وراء ذلك إخضاع الميراث لقانون موطنه أي القانون الأمريكي الذي لا يتضمن فكرة الحصة المحجوزة، والعمل الذي قتم به هو تغيير الطائفة التي ينتمي إليها المال الموروث من طائفة الميراث في العقارات إلى الميراث في المنقولات، وبعد وفاة المورث Caron أثير النزاع أمام القضاء الفرنسي فحكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1985/03/20 باستبعاد القانون الأمريكي بحجة أن التوصل إليه تم بواسطة الغش نحو القانون، وطبقت القانون الفرنسي المختص أصلا واحتفظت للأبناء بالحصة المحجوزة لهم من العقار الموروث.

ب شروط الدفع بالغش والتحايل نحو القانون:

يشترط للدفع بالغش والتحايل نحو القانون أن يتوفر شرطان تفصيلهما كما يلي:

العنصر المادي للغش والتحايل نحو القانون: يشترط لصحة الدفع بالغش نحو القانون و أن يكون هناك تغيير إرادي لضابط الإسناد أو الطائفة المسندة، بأن يقوم الشخص متعمدا بالتحايل على هذا ضابط الإسناد من خلال تغيير جنسيته أو موطنه، وتبعا لجنسيته الجديدة أو موطنه الجديدة يتغير القانون واجب التطبيق، أو يقوم بالتحايل على الطائفة المسندة بتغيير الفئة التي ينتمي إليها المال الموروث مثلا من العقار الموروث إلى المنقول الموروث.

العنصر المعنوي للغش والتحايل نحو القانون: فلا يكفي تغيير ضابط الإسناد أو الطائفة المسندة بل يجب أن يكون هذا التغيير بسوء نية، و يظهر سوء النية في تغيير ضابط الإسناد

بغرض التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، أي أن يكون الباعث وراء تغيير ضابط الإسناد هو تغيير القانون الذي يطبق على النزاع، أي التهرب من قانون إلى قانون آخر.

ج- آثار الدفع بالغش والتحايل نحو القانون: يترتب على الغش نحو القانون أثران، وهما:

الأثر السلبي للدفع بالغش والتحايل نحو القانون : جزاء التحايل والغش نحو القانون هو استبعاد القانون الذي تم الغش توصلا لتطبيقه، وقد اختلف الفقه في شأن هذه المسألة إلى فريقين، الأول: يرى استبعاد النتيجة فقط وهي القانون المتوصل إليه بالغش، والثاني: يرى استبعاد الوسيلة والنتيجة معا:

الاتجاه الأول: استبعاد النتيجة فقط: يرى الاتجاه الغالب فقها وقضاء في فرنسا أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على استبعاد النتيجة غير المشروعة التي أراد الأطراف تحقيقها من تغيير ضابط الإسناد أو طائفة الإسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى تلك النتيجة، وذلك على اعتبار أن النتيجة وحدها من تعتبر غير مشروعة، في حين أن الوسيلة وهي تغيير الجنسية مثلا تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماما ولا تنطوي على أي مخالفة للقانون، وكمثال على ذلك فإذا تجنس شخص بجنسية أجنبية وفقا للشروط المطلوبة لاكتسابها بغرض التملص من قانون جنسيته الأصلية، ويحصل على تطبيق قانون جنسية الدولة الجديدة، فإن أثر الغش نحو القانون هو استبعاد القانون الجديد وتطبيق قانون الجنسية الأصلية، وذلك دون أن يتطرق القاضي إلى الجنسية الجديدة ذاتها التي تبقى صحيحة منتجة لآثارها القانونية فيما يتصل بأي مسألة أخرى قد تثار مستقبلا.

الاتجاه الثاني: استبعاد الوسيلة والنتيجة: يرى جانب آخر من الفقه أن أثر الغش يجب أن يطل أيضا الوسيلة التي لجأ إليها هؤلاء الأطراف للوصول إلى النتيجة غير المشروعة، فتغيير ضابط الإسناد وإن كان استعمالا لحق مشروع، فالباعث الدافع للقيام به لم يكن كذلك، ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به، وتبعاً لذلك ففي قضية "الأميرة بوفرمون" مثلاً يجب أن لا يقتصر أثر الدفع بالغش على استبعاد القانون المتوصل إليه بالغش وهو القانون الألماني وبالتالي عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته بمقتضى قانون جنسيتها الجديدة، وإنما يجب أن يطل أيضا الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بجنسية إحدى المقاطعات الألمانية فتبقى فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين، وإنما أيضا، بالنسبة لجميع المسائل الأخرى، وقد ذكرت محكمة النقض الفرنسية في قضية "الأميرة بوفرمون" أن هذه السيدة لازالت تتمتع بالجنسية الفرنسية.

الأثر الإيجابي للدفع بالغش والتحايل نحو القانون: يترتب على الدفع بالغش نحو القانون استبعاد تطبيق القانون الذي تم التوصل إليه بالغش، كما يترتب عليه أيضا ذلك الفصل في النزاع الدولي الخاص بناء على القانون الواجب التطبيق أصلا والذي قصد الأطراف التهرب من أحكامه، وهذا ما قام به القضاء الفرنسي في قضية "بوفرمون" عندما قام القضاء الفرنسي باستبعاد القانون الألماني وطبق القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا، وكانت النتيجة إبطال الطلاق وكذا الزواج الثاني.

د - أساس الدفع بالغش والتحايل نحو القانون: اختلف الفقهاء حول إعطاء أساس

سليم لنظرية الغش نحو القانون، وقدمت عدة نظريات فقهية لتأسيسها، وأهمها:

أساس الغش نحو القانون هو الدفع بالنظام العام: اعتبر بعض الفقه أن الدفع بالغش نحو القانون مجرد تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام، فالتحايل على ضابط الإسناد من أجل التهرب من أحكام قانون القاضي أو تطبيق القانون الأجنبي يجعل من هذا الأخير قانوناً مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، وبالتالي وجب استبعاده على هذا الأساس، غير أن هذا الموقف تعرض للانتقاد لوجود اختلافات جوهرية بين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون، وذلك لأنه في حالة الدفع بالنظام العام يتم استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أما في الدفع بالغش نحو القانون فاستبعاد القانون الأجنبي يكون بسبب وجود تحايل على ضوابط الإسناد للإفلات من أحكام القانون الذي كان واجب التطبيق أصلاً.

أساس الغش نحو القانون هو الصورية: يذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن الغش نحو القانون تطبيق من تطبيقات نظرية الصورية المعروفة في القانون المدني، لكن هذا الرأي محل انتقاد لكون الفرق بين الغش نحو القانون ونظرية الصورية واضح، إذ تنحصر الصورية في نطاق التصرفات القانونية وحدها، بينما قد يحصل الغش نحو القانون بعمل مادي يتمثل في الانتقال من تقليد إلى آخر بما يتغير معه ضابط الإسناد المتمثل في الموطن، كما أن الصورية تقتض وجود عقد ظاهري غير حقيقي يستتر عقد باطني حقيقي بإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية ولا تستتر إرادة أخرى، فقط أن الغرض غير مشروع، كما أن قيام الصورية ينفي وجود فكرة الغش، فلا يتم إعمال الدفع بالتحايل على القانون إلا إذا تعدّر اللجوء إلى وسيلة أخرى لتطبيق

الجزء على النتيجة غير المشروعة، وهذا ما يفسر الدور الاحتياطي لهذه لفكرة الغش نحو القانون.

أساس الغش نحو القانون هو فكرة الغش نحو القانون: يذهب جانب كبير من الفقه الحديث إلى أن فكرة الغش نحو القانون لا تعدو أن تكون صورة من صور التعسف في استعمال الحق، ومن ثم يرجع أساسه إلى نظرية المسؤولية التقصيرية، مادام أن التعسف في استعمال الحق هو أحد التطبيقات الرئيسية لنظرية المسؤولية التقصيرية، ولكن تم انتقاد هذه النظرية لكون الغش موجه ضد القانون، في حين أن التعسف في استعمال الحق موجه ضد الأفراد ومن ثم فإن التعسف يقع ضد مصلحة خاصة تتمثل في الإضرار بالغير، بينما يتعدى ذلك في الغش ليطال المصلحة العامة، كما أن أعمال التعسف في استعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للطرف المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أن نظرية الغش تهدف أساسا إلى استبعاد تطبيق أحكام القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون المختص بحكم النزاع أصلا.

هـ - موقف التشريع الجزائري من الدفع بالغش والتحایل نحو القانون: ما هو موقف

التشريع الجزائري من مسألة استبعاد القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون؟.

تنص المادة 24 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، وتبعا لذلك فقد كرس القانون الجزائري الأثر السلبى للدفع بالغش نحو القانون وهو وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا ثبت للقاضي أن منح هذا الاختصاص للقانون الأجنبي تم بواسطة الغش نحو القانون، ولم تتضمن المادة 24 سالف الذكر صراحة الأثر الإيجابي لهذا الدفع خلافا للدفع بالنظام العام فقد قررت المادة صراحة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد بسبب مخالفته للنظام العام، معنى ذلك انه الأثر الإيجابي للدفع بسبب الغش نحو القانون ليس تطبيق قانون القاضي بل هو العودة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد قبل الغش والتحایل والذي قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

تمنيتي لجميع الطلبة بالتوفيق والنجاح

أستاذة المقياس العمري زقار مونية