

جامعة امحمد بوقرة _ بومرداس _



كلية الحقوق والعلوم السياسية -بودواو-

التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وفقا للقانون الجزائري

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

تخصص: قانون خاص

إشراف الدكتوراة

حساين سامية

إعداد الطالبة

عبد العزيز سمية

لجنة المناقشة

د/يوسف أمال، أستاذة التعليم العالي، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس.....رئيسا

د/حساين سامية، أستاذة التعليم العالي، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس.....مشرفا

د/عاشور فاطمة، أستاذة التعليم العالي، المركز الجامعي تيبازة.....عضوا

د/قليل نصر الدين، أ.محاضر أ، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس.....عضوا

د/زاوي أمال، أ.محاضرة أ، جامعة سعد دحلب، البليدة.....عضوا

د/والي نادية، أ.محاضرة أ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة.....عضوا

تاريخ المناقشة: 2021/07/07

شكر وتقدير

أحمد الله عز وجل أولاً وأخيراً وظاهراً وباطناً أن وفقني إلى إنجاز هذا العمل الذي بذلت فيه قصارى جهدي.

أتوجه بخالص الشكر والامتنان للأستاذة الدكتورة " سامية حساين " لتفضلها بالإشراف على هذا البحث، وتعمدها بالتصويب في مختلف مراحلها، فكانت لتوجيهاتها القيمة ونصائحها الثمينة أكبر الأثر في إتمام هذا العمل.

فجزاها عني كل خير.

أتقدم بجزيل الشكر وعميق التقدير للأستاذة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذا البحث.

أتقدم بخالص الشكر والعرفان بالجميل لجميع الأساتذة المحترمين الذين كان لهم الفضل في وصولي إلى هذه المرتبة من النجاح العلمي، دون أن أنسى الذين وقفوا إلى جانبي وقدموا لي يد العون والمساعدة.

الطالبة

محمد العزيز سمية

إهداء

إلى من قال فيهما الرحمن " وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ اجْبُرْ

أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا "

إلى منبع عطائي ونور حياتي أبي الغالي أدامك الله فخرا لي.

إلى من كانت ومزالت ضياء طريقي وسندي في طلابي أمي الغالية

أطال الله في عمرك.

إلى إخوتي و أخواتي.

إلى جميع الأصدقاء والصدقات من قريب أو بعيد.

إلى كل من علمني حرفا، أهداني نصيحة، أسمعني كلمة طيبة.

الطالبة

عبد العزيز سمية

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
د.ب.ن	دون بلد النشر.
د.د.ن	دون دار النشر.
د.س.ن	دون سنة نشر.
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق.ح.م.ج	قانون الحالة المدنية الجزائري.
ق.م.ج	قانون مدني جزائري.
ع.خ	عدد خاص.
ع	عدد.
ج	جزء.
م	مجلد.
ك	كتاب.
ط	طبعة.
ص	صفحة.
ص ص	من صفحة إلى صفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

P	Page.
P P	de Page à Page.
Ed	Edition.
T	Tome.
N°	Numéro.
ART	Article.
FASC	Fascicule.
CIV	Civil.
CH	Chambre.
SECT	Section.
OP.CIT	Ouvrage Précédemment Cité.
I.B.I.D	Au même endroit.
L.G.D.J	Librairie Général de Droit et de Jurisprudence.
L.D.R.S	Librairie du Recueil Sirey.
P.U.F	Presses Universitaires de France.
O.U.P	Office Universitaires des Publications.
R.C.D.I.P	Revue Critique de Droit International Privé.
R.D.S.P	Revue de Droits et Sciences Politiques.
R.A.S.J.E.P	Revue Algérienne des Sciences Juridiques, économiques et politiques.
L.D	Librairie Dalloz.
P.D	Précis Dalloz.
D.S	Dalloz Sirey.
R.C	Recueil des Cours.

R.D	Receuil de Dalloz.
J-C.D.I.P	Juris-Classeur de Droit International Privé.
J-C	Juris-Classeur.
L.N.L	Lexis Nexis Litec.
B.D.I.P	Bibliothèque de Droit International Privé.
R.D.I	Répertoire de Droit International.
C.P.U	Centre de Publication Universitaire.
C.P	Cérés Production.
C.P.U	centre de publication universitaire
R.E.D.I	Revue Egyptienne de Droit International.

لم تعد العلاقات القانونية في العصر الحالي وطنية بحتة لاسيما المتعلقة بالعلاقات الخاصة، ذلك متى تخللها عنصرا أجنبيا في ركن من أركان العقد سواء المحل أو السبب أو في جانب من جوانب الأطراف المبرمة، وبذلك تصبح العلاقة القانونية الخاصة دولية. ويقصد بالعلاقات الخاصة تلك العلاقة الشخصية التي تنشأ بين رجل وامرأة من جنسيات مختلفة أو من دول مختلفة قد يتقاسم بعضهم نقاط مشتركة إلا أن الفاصل يبقى موجودا طالما أن كل منهما يختلفان في الولاء وفي الانتماء إلى دولة غير التي ينتمي إليها الطرف الآخر.

يعود سبب ذلك لا محالة إلى وجود تعاملات بينهم ناتجة عن نمو وتعدد مصالح وعلاقات الأفراد وازدياد ظاهرة الهجرة، بل وحتى بسبب تزايد إبرام العقود الدولية في المجال الاقتصادي التي تساهم في إقامة هذا النوع من العلاقات والتي تكون بدايتها إبرام عقود الزواج، لتتطور إلى الآثار المترتبة عن هذه الأخيرة من إثبات النسب والنفقة والتزامات أخرى، كما قد يترتب على هذه العلاقات انحلال الرابطة الزوجية أو وفاة أحد الزوجين وإثارة مسألة الإرث وتقاسم الذمة المالية... الخ، وهي كلها مسائل تحتاج إلى ضوابط في غاية الأهمية ترتبط في جانب منها بحقوق الإنسان وفي الآخر بحقوق مالية مادية أو معنوية.

هذه الوقائع كونت سبب كافيا وحاجة داعية في البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم العلاقات التي تتسم بنوع من التعقيد بسبب اشتغالها على عنصر أجنبي، فمن غير المعقول أن تبقى هذه العلاقات خاضعة لأحكام القانون الداخلي لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار وضياح حقوق أحد الأطراف إن لم نقل كلا الطرفين متى كان كلاهما أجنبيان عن الدولة التي يعيشون فيها وهذا بالنظر طبعاً للمسائل الخاصة بالأشخاص وبالأموال وما ترتبه من أضرار قد تلحقهم.

يبدل فقهاء القانون الدولي الخاص جهدهم لدفع هذه الأضرار، وتمكيننا لهذه العلاقات من أن تشق طريقها في ثقة واطمئنان وذلك بوضع نوعين من القواعد القانونية للتعامل معها وحل مشاكلها بما يتناسب وطبيعتها الخاصة؛

الأولى تسمى **قواعد تنازع القوانين**، وتكون مهمتها حل التنازع بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة، سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وذلك بالرجوع إلى تقنية قواعد الإسناد التي لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل يقتصر دورها في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق الذي تقع عليه مهمة إعطاء الحل.

أما الثانية فهي **قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي** وتكون مهمتها البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ بشأن هذه العلاقات، وتختلف هذه الأخيرة عن قواعد تنازع القوانين كونها لا تحدد القانون الذي تقع على عاتقه مسألة تعيين المحكمة المختصة، وإنما تقوم هذه القواعد بتحديد الاختصاص القضائي الدولي مباشرة.

يتضح جليا، أن التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وفقا للقانون الجزائري، يمكن أن يظهر في صورتين؛ الأولى تنازع القوانين أي البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل، والثانية تنازع الاختصاص القضائي الدولي أي البحث عن المحكمة المختصة بنظرها، وهذا التنازع بصورة يطمح فقهاء القانون الدولي الخاص _ سعيا وراء عدالة إنسانية _ إلى التوصل لحله عن طريق وضع قواعد عالمية ملزمة لجميع الدول، ومادام هذا لم يتحقق بعد، فإن كل دولة تستقل بوضع القواعد الخاصة بها لحل هذا التنازع، محددة القانون والمحكمة المختصة في ذلك بما قدمه لها الفقه من دراسة في هذا المجال كما فعل المشرع الجزائري، حيث تطرق إلى تنازع القوانين في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وتطرق إلى تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.

(1)- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ع 78 صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومنتم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ع 44 صادرة في 26 جوان 2005.

(2)- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 صادرة في 23 أبريل 2008.

غير أنه ونظرا لكون مسائل الأشخاص موضوعا واسعا يشمل جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾، فإننا ستقتصر في دراستنا على موضوع الزواج وانحلاله فقط، ذلك أن هذا الأخير يعد من أكثر العلاقات العائلية مجالا للتنازع، وهذا لارتباطه بالمعتقدات الدينية والمفاهيم الاجتماعية والسياسية التي تختلف من دولة لأخرى، فقد يحدث أن يواجه القاضي المعروض أمامه النزاع رابطة تعتبر رابطة زواج من قبل بعض القوانين الأجنبية في حين أنها ليست كذلك وفقا لفكرة الزواج في قانون القاضي، كما أن هناك قوانين دول تعتبر الزواج رابطة أبدية لا تقبل الانحلال بالطلاق وبالمقابل توجد تشريعات دول أخرى تسمح بانحلال الزواج، فاختلاف الدول في تحديد مفهوم الزواج وانحلاله يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الحلول بشأنه.

أما فيما يتعلق بمسائل الأموال، وإن كانت القاعدة السائدة في قوانين مختلف الدول هو خضوع الأموال إلى قانون موقعها، سواء أكانت مادية أو معنوية، فإن تطبيق هذه القاعدة إذا كان لا يثير صعوبة بالنسبة للأموال المادية فإن تطبيقها على الأموال المعنوية كحق المؤلف، حق المخترع، حق صاحب النموذج الصناعي أو الرسم، وحق صاحب العلامة والاسم التجاري... صعب جدا لكونها لا تشغل حيزا مكانيا، الأمر الذي يفرض على المشرع الإقرار بها أولا وتحديد مكانها القانوني أو الافتراضي ثانيا، إعمالا أو تسهила لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا ما جعل دراستنا تنصب على هذه الأخيرة فقط دون الأموال المادية التي لا تثار في شأنها الإشكالات، وهو ما يجعل كل من المسائل المتعلقة بالأشخاص في شقها المتعلق بالزواج وانحلاله، وتلك المتعلقة بالأموال في شقها المتعلقة بالمال المعنوي في غاية الأهمية.

(1)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ع 24 صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 صادرة في 27 فيفري 2005، والموافق عليه بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر ع 43 صادرة في 22 جوان 2005.

إن تنوع وتشعب العلاقات الخاصة الدولية وتنامي أشكالها وصورها يوماً بعد يوماً وخاصة ما تعلق بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي أظهر لنا أهمية هذه الدراسة، ذلك أن تنامي النصوص وعدم تنامي الوقائع لا يعتبر مشكلاً خاصاً فقط بالقانون الداخلي، بل يشمل أيضاً النصوص القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية، فعلى الرغم من التعديلات التي أحدثها المشرع الجزائري بخصوص موضوع التنازع إلا أنه عجز عن إيجاد حلول جامعة ومانعة لحل النزاع بشكل نهائي يسد الثغرات التي تخللتها النصوص المنظمة في الشأن.

على الرغم من تعديل القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري المشار إليه أعلاه للأحكام الخاصة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ولاسيما الأحكام الواردة في موضوع دراستنا، إلا أنها بقيت نصوص قليلة لا تستطيع استيعاب كل حالات التنازع نذكر على سبيل المثال الخطبة والشروط الشكلية للزواج التي لم يخصها المشرع الجزائري بقاعدة إسناد على الرغم من أهميتها لا في السابق ولا في التعديل رغم امتثال الفرصة، هذا بالإضافة إلى تبنيه مواد جديدة غير محبذة في المجتمع الجزائري كمنحه مثلاً على الانفصال الجسماني⁽¹⁾ المعروف في الأنظمة الغربية وغير معروف في نظام الشريعة الإسلامية بل وحتى بعض الأنظمة المدنية التي لا تستمد قواعدها من الشريعة الإسلامية كالقانون التونسي، إلا أننا سنتطرق لدراسته على النحو الذي تبناه المشرع الجزائري في القانون المدني مع سائر التحفظات في هذا الشأن.

أما في إطار القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، فإن المشرع الجزائري لم يخصص لموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي سوى مادتين هما المادتين 41 و42 وهما المادتان المنقولتان حرفياً من القانون الفرنسي⁽²⁾ دون تغيير أو

(1)- نظم المشرع الجزائري مسألة الانفصال الجسماني (la séparation de corps) في المادة 2/12 ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". على أساسه يحكم القاضي بالمباعدة بين الزوجين لفترة زمنية معينة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين إما الصلح أو التطلق، ويتحول بقوة القانون إلى طلاق متى استمر مدة ثلاث سنوات كاملة.

(2)- المادة 14 تقابلها المادة 41، والمادة 15 تقابلها المادة 42.

تعديل بني على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الوطنيين سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه.

أما في إطار القانون رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر، وإذا كان المشرع الجزائري أشار في نص المادة 221 منه إلى نطاق تطبيق هذا القانون وأقر أنه يسري على جميع المواطنين والجزائريين، فإنه أشار في ذات المادة إلى مراعاة قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري، وبالتالي مراعاة خضوع الأجانب في أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني.

أما في إطار القانون رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري⁽¹⁾، فإنه نص في الفصل الأول والثاني منه على طرق اكتساب الجنسية الجزائرية، هذه الأخيرة التي اعتبرها المشرع الجزائري كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية بصفة أساسية، على الرغم من الإشكالات التي قد يثيرها تطبيق قانون الجنسية على هذه المسائل، وخاصة في حالة فقدانها أو تعددها أو انعدامها أو تغييرها.

أما في إطار القانون رقم 08-11 الخاص بمركز الأجانب⁽²⁾، فقد حدد هذا القانون شروط دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري وإقامتهم به وتنقلهم فيه، ومن خلال استقراء نصوصه فإن المشرع الجزائري أعطى للأجنبي مكانة في المجتمع الجزائري من خلالها يمكن له ممارسة حقوقه فيه، ومن بينها حق اللجوء إلى القضاء الجزائري وهو ما أكد عليه الدستور الجزائري⁽³⁾ في مادته 2/158.

(1)- قانون رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ع 105 صادرة في 18 ديسمبر 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 صادرة في 27 فيفري 2005.

(2)- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 جوان 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر ع 36 لسنة 2008.

(3)- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج ر ع 14 صادرة في 07 مارس 2016.

فضلا عن ذلك فإن الأمر لم يقتصر على النصوص القانونية، فعلى الرغم من أن الجزائر قد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية والتي ترتبط في إحدى جوانبها بموضوع دراستنا كاتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979⁽¹⁾، والتي منحت فيها للمرأة مكانة وكفلت لها حقوقا متساوية بصرف النظر عن حالتها الزوجية في جميع الميادين من سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية ومدنية، ودعت الدول إلى ضرورة سن تشريعات وطنية تحرم التمييز، وتوصي باتخاذ تدابير خاصة مؤقتة للتعجيل بتحقيق المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة على الطريقة التي تناسب أفكار وأيديولوجيات ذات توجه معين، وباتخاذ خطوات تستهدف تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تؤدي إلى إدامة هذا التمييز، إلا أن هذا التمييز مزال قائما في القانون الجزائري.

من جانب المسائل الخاصة بالأموال المعنوية نجد كذلك الجزائر قد صادقت على معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بشأن حق المؤلف الموقعة في جنيف يوم 20 ديسمبر 1996⁽²⁾، حيث كرست هذه الاتفاقية حق المؤلف وأكدت على حرته المطلقة في تقرير وقت الكشف عن مصنفه متى ارتأى أن هذا الأخير اكتمل واستحق إخراجه من دائرة المجهول وبسطه للجمهور وإتاحتهم به لتمكينهم من الاطلاع عليه، وهو ما أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 27 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽³⁾.

مما سبق يتضح أنه وعلى الرغم من التعديلات التي مست أغلب نصوص القانون الجزائري، ومصادقة الجزائر على الاتفاقيات التي لها علاقة بموضوع دراستنا والمشار إليها أعلاه، إلا أنها نصوص وضعت القضاء في أغلب الأحيان في موقف حرج وتصعد مستمر بسبب

(1)- اتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، المنظمة إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج ر ع 06 صادرة في 24 جانفي 1996.

(2)- معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بشأن حق المؤلف، الموقعة في جنيف يوم 20 ديسمبر 1996، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-123 المؤرخ في 03 أفريل 2013، ج ر ع 27 صادرة في 22 ماي 2013.

(3)- أمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ع 44 صادرة في 23 جويلية 2003.

غموضها وقصورها عن معالجة كل مسائل التنازع، الأمر الذي أدى به إلى البحث عن طريق آخر لحلها من خلال اجتهاداته القضائية، وهو ما حدث مثلا في مسألة حجية الأحكام الأجنبية في الجزائر، فبالرغم من غياب النص في القانون الجزائري أو الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر على هذا الأثر إلا أن القضاء الجزائري قد أقر به في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 14 جويلية 2011 والذي رتب فيه للحكم الأجنبي أثره القانوني بالرغم من عدم إضفاء الصيغة التنفيذية عليه⁽¹⁾.

إن هذا الواقع أفرز العديد من القضايا على طاولات المحاكم كما يجعل من هذا الموضوع بالأهمية الكبيرة، فالكه الهائل من القضايا المعروضة على كل من القضاء الوطني والأجنبي ينصب على موضوعات الزواج وانحلاله والمسائل المتعلقة بالمال المعنوي، والتي كما أسلفنا الذكر أنها من أكثر المسائل إثارة للتنازع، وقد يرجع ذلك إلى العدد الكبير للجالية الجزائرية المتواجدة في الخارج، فعلى سبيل المثال كشف تقرير صادر عن المعهد الوطني للإحصائيات والدراسات الاقتصادية "إ. نسي" أن عدد المهاجرين الجزائريين الذين يقطنون العاصمة الفرنسية باريس بلغ 460 ألف شخص من مجموع 5,5 مليون مغترب يوجد في فرنسا، بمعنى 460 ألف قضية في باريس، و5,5 مليون قضية في فرنسا، والتي ربما لا تجد فيها المحكمة قواعد تتسجم مع القواعد الوطنية وهذا للاختلاف الراجع لعدم التطابق بين القوانين العربية والقوانين الغربية مقارنة بالقوانين العربية التي نجدها أحيانا تتناسب مع بعضها البعض، والتي بدورها تؤدي إلى صعوبة في إيجاد حل نهائي للنزاع، بل على العكس إثارة مشاكل أخرى⁽²⁾.

(1) - جاء في قرار المحكمة العليا، ملف رقم 655755، الصادر في 14 جويلية 2011، المجلة القضائية، 2011، ع 02، ص 298 مايلي: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بالنقض يتبين أن قضاة المجلس انتهوا إلى تأييد الحكم المستأنف اعتمادا على أن محكمة لي روان الفرنسية قضت بفك الرابطة الزوجية بموجب الحكم المؤرخ في 28 جويلية 2008 تحت رقم 201 وبأن طلب التظليق أصبح بدون أساس، وبذلك يكون قضاة المجلس قد رتبوا للحكم الأجنبي أثره القانوني بالرغم من عدم إضفاء الصيغة التنفيذية عليه".

(2) - تم الاطلاع عليه على الموقع التالي: <https://www.ennaharonline.com/> بتاريخ 22 /08/ 2020 على الساعة

إن هذه الأسباب وغيرها، جعلت موضوع الدراسة موضوعاً جلياً بالبحث والتمحيص، ما يجعل من هذا الموضوع لا يثير اهتمام الباحثين من رجال القانون فحسب، بل احتل مكان الصدارة في نظر رجال الإعلام، والذين مهدوا من خلال اللقاءات والندوات الصحفية للعديد من الاتفاقيات الدولية من خلال شحن الرأي العام سيما في المجال المتعلق بالطلاق وما يترتب عليه من آثار وبالدرجة الأولى مسألة الحضانة، وعليه فقد بات الاهتمام بهذا الموضوع في تسارع متزايد طالما أن واقع الناس في تطور وتداخل وتحرك في هذا العصر المتفاعل حيويًا وآليًا.

ولعل من أهم الأسباب التي دفعني لاختيار هذه الدراسة قضية استوقفتني في محطات التليفزيون ومواقع التواصل الاجتماعي بسبب الضجة التي أحدثتها هذه القضية تحت عنوان "اختطاف الأب لابنه"، فعلى الرغم من أن قضايا اختطاف الأطفال أصبحت جزءاً من يومياتنا إلى حد ما، إلا أن هذه القضية التي قدمت على أنها اختطاف، لم تكن في النهاية سوى صراع على حضانة طفل بين أب جزائري وزوجته السابقة الفرنسية الجنسية. والتي تعود القضية إلى سنة 2014 أين تلقى وكيل الجمهورية في مدينة قسنطينة إنذاراً باختطاف الطفل (م.إ) البالغ من العمر 08 سنوات، وجاء نظام الإنذار الذي قامت السلطات الجزائرية بتنفيذه رداً على عمليات الاختطاف التي يتعرض لها عشرات الأطفال في السنوات القليلة الماضية، وسارعت وسائل التلفزيون ومواقع التواصل الاجتماعي إلى عرض القضية، أمام غياب شبه كلي لضوابط قانونية تفصل في النزاع لصالح المحضون⁽¹⁾.

(1)- بمرور أيام تبين أن الأمر ليس كما تناولته أغلبية وسائل الإعلام، وإنما تم اختطاف الطفل من طرف الأب الذي اضطر لتغيير مسكنه وذلك بسبب سعي الأم لاسترجاع ابنها، ولعل السبب الذي دفع بالوالد إلى أخذ الابن هو عدم رغبته في ترك ابنه بعد الطلاق يعيش مع أمه في بلد أوروبي، وبالتالي أخذ الطفل وعاد إلى الجزائر، وبما أن القانون الجزائري يسمح للأب بأخذ أبنائه إلى الخارج والعودة بهم إلى الجزائر من دون حاجة إلى ترخيص من الأم عكس ما هو موجود في القانون الفرنسي، فإنه تمكن من إدخاله دون أية مشكلة، في حين لجأت والدته الطفل إلى القضاء الفرنسي لرفع شكوى ضد الزوج باختطاف الطفل، وحصلت على حكم لمصلحتها، وبما أن الزوج رفض تنفيذ الحكم وإعادة الطفل المحضون للأم، فقد صدر حكماً دولياً بإلقاء القبض عليه. قضية متداولة على الموقع التالي: <https://www.echoroukonline.com/> الذي تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2020/08/22 الساعة 18:30.

فمثل هذه القضايا والتي لا تتسجم فيها الأنظمة القانونية فتحت المجال أمام المزيد من الصراعات بدلا من القضاء عليها.

بناء على المعطيات السابقة الذكر، يتبين لنا أن موضوع التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وخاصة مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي من أكثر المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، خاصة أنه لن يكون بحثا فكريا معزولا عن الواقع، وعليه تهدف هذه الدراسة إلى رسم التصور الشامل لهذه الظاهرة التي تعد من أشد الظواهر تعقيدا، ينظمها قانون يفتقد إلى ضوابط وأحكام عادلة، وذلك كله سعيا لرسم وبيان الأحكام التي تبنهاها المشرع الجزائري من أجل حل التنازع الذي تثيره هذه المسائل، وكذا الوقوف على مدى كفايتها واستجابتها للتطورات الحاصلة على الصعيدين الوطني والدولي، وخاصة أن المشكلات التي تثيرها هذه المسائل على صعيد العلاقات الخاصة الدولية متعددة ومتنوعة وتثير من الخلاف والجدل ما لم يثره موضوع آخر، هذا من جهة ومن جهة أخرى، اقترح حلول جديدة في هذه الدراسة إيماننا منا ومساهمة في إيجاد حلول لإشكالية التنازع في ما يخص هذه المسائل.

وعليه، أمام جملة التعديلات والمراجعات القانونية ذات الصلة بالعلاقات الخاصة الدولية التي أحدثها المشرع الجزائري من أجل معالجة مشكلة التنازع كان لنا أن نتساءل عن: ما مدى كفاية الحلول الوضعية في القانون الدولي الخاص الجزائري لحل النزاعات المتضمنة عنصرا أجنبيا في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال ولاسيما مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي؟

من أجل التوصل إلى دراسة علمية وعملية شاملة، تربط بين الفهم الصحيح للنصوص القانونية والتطبيق القضائي السليم لها، اعتمدنا المنهج التحليلي من أجل تجسيد الدراسة التطبيقية المعتمدة على الأحكام القضائية، وما تمنحنا من نتائج مهمة في تقييم وإيجاد الحلول للعديد من المسائل والإشكالات مع الاعتماد على الدراسة النقدية الموضوعية التي تثري مجال النقاش،

مسلطين الضوء على آراء فقهية متعددة إلى جانب الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا خاصة.

كما أنه ومن أجل تبسيط وشرح مفاهيم مختلفة تحتاج إلى تفسير ومقارنة، اخترنا المنهج المقارن خاصة مع التشريع الفرنسي الذي استنبط منه المشرع الجزائري نصوصه القانونية وكذلك مع بعض التشريعات الأخرى لغناها بالتجارب من الناحية العلمية والعملية فيما يخص هذا الموضوع.

كإجابة عن الإشكالية المطروحة سابقا، قمنا بتناول هذه الدراسة في قسمين، الأول يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، والثاني يتعلق بالمحكمة المختصة للنظر في هذه المنازعات.

الباب الأول

القانون الواجب التطبيق على المنازعات

المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال

المعنوي

يتوزع الأفراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول، وهي بدورها تفترض وجود القوانين، فيكون لكل دولة قانون له نفوذ يتحدد سريانه بحدود الدولة الإقليمية ويملك اختصاص في مواجهة أشخاص معينين وهم الوطنيين، وبذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول وكل قانون يملك مساحة من النفوذ والاختصاص تنتهي حيث تبدأ مساحة نفوذ واختصاص قانون آخر. ومقابل ذلك يمكن أن يتجاوز هذا القانون في نفوذه واختصاصه مساحته فيمتد على مساحة قانون آخر في مناسبات تتميز بحركة الأشخاص والأموال ذات صلة بالقانون أعلاه أكثر من غيره، فيحتفظ كل منهما بصلة بالعلاقة القانونية التي تنشأ بأثر تلك الحركة، وهو ما يفضي إلى تداخل اختصاص ونفوذ هذه القوانين بمناسبة تلك العلاقات. ويترتب على ذلك ما يصطلح عليه في فقه القانون الدولي الخاص "بتنازع القوانين"⁽¹⁾.

إن تنازع القوانين المقصود به في هذا المقام هو تنازع القوانين من حيث المكان والذي يعرف بأنه: "تزام أو تفاضل قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة تشتمل على عنصر أجنبي"⁽²⁾، تمييزاً له عن تنازع القوانين من حيث الزمان والذي يشير إلى دراسة مشكلة تعاقب القوانين في الدولة الواحدة.

لقيام تنازع القوانين بمفهوم القانون الدولي الخاص، يتعين توفر ثلاثة عناصر أساسية، أولها وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي تنشأ بين شخصين أو أكثر عن طريق العناصر المكونة لها، فقد يكون عن طريق أشخاصها، وقد يكون عن طريق محلها، وأخيراً قد يكون عن طريق

(1) - إن مصطلح تنازع القوانين يوحي لأول مرة بأن هناك نوع من التصادم أو التنافس أو التصارع فيما بين القوانين يدعي كل منها لنفسه الحق في حكم العلاقة، في حين أن المراد بتنازع القوانين هو أمر آخر غير التفاضل بين هذه القوانين، فهو لا يعدو أن يشكل عملية مفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة لاختيار أنسب القوانين لحكمها، وهذه المفاضلة أو هذا الاختيار يجريه المشرع الوطني أو القاضي على حسب الأحوال مراعيًا فيها اختيار القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة. انظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 07. انظر أيضاً: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 07. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 230.

(2) - بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2013/2014، ص 04.

الواقعة المنشئة لها، فإذا تحققت هذه العلاقة القانونية فإن كل دولة من هذه الدول تتنازع وتتزاحم فيما بينها لتطبيق قانونها عليها، بينما إذا كانت العلاقة القانونية غير مشوية بعنصر أجنبي في أحد عناصرها، فإنها تعد وطنية محضة وتخضع للقضاء والقانون الوطنيين⁽¹⁾.

كما يجب لقيام حالة التنازع القانوني، أن يكون المشرع الذي يعرض النزاع أمام محاكمه قد أفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، إذ لو اعتنق كل مشرع مبدأ إقليمية القوانين الإقليمية مطلقة ما كان هناك مجال لتطبيق قانون أجنبي وبالتالي للتنازع، بل أن كل مشرع سوف يطبق حينئذ قانونه وحده على كل علاقة قانونية تعرض على محاكمه⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك لا تقوم حالة تنازع القوانين إلا في حالة اختلاف الحلول التي تضعها قوانين الدول في حكم حالة معينة، فإذا كانت قوانين الدول متفقة في إعطاء حلول موحدة للمشاكل الإنسانية لما ظهر التنازع أمام القاضي⁽³⁾.

حين يكون اختلاف القوانين في وضع الحلول عنصرا أساسيا لابد منه لقيام حالة التنازع، فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة وإلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دولة للمفاهيم القانونية للدول الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى النفور من القواعد الأجنبية وإلى رفضها مع كونها واجبة التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين⁽⁴⁾.

(1) - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 108. انظر أيضا: عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 1، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 53. حسين نواره، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 39.

(2) - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 25.

(3) - سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، 2002، ص 201. انظر أيضا: دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ك1، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 14.

(4) - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 18.

إذا توافرت مقومات التنازع التي أشرنا إليها فيما سبق، نشأت ظاهرة تنازع القوانين، وبدت الحاجة إلى قواعد قانونية للتعامل معها وحل مشاكلها، لا سيما مشكلة اختيار أفضل القوانين المتزاحمة حول العلاقة للفصل فيما نجم عنها من منازعات، وخاصة المنازعات المتعلقة بمسألتي الزواج وانحلاله والمال المعنوي التي هي محل دراستنا.

يتعين على القاضي المطروح عليه النزاع، وفي سبيل الوصول لحل التنازع الذي تثيره هذه المسائل، أن يقوم بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله، سواء أكان وطنيا أو أجنبيا، ويتم ذلك بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد⁽¹⁾، التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة، لتعيين القانون الواجب التطبيق، وفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية إليه ليحكمها.

يتضح من هذا أن البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي يمر بمرحلتين، الأولى تعيين هذا القانون والذي لا يتأتى إلا عن طريق أعمال مجموعة من الآليات التي يتبعها القاضي في ذلك (الفصل الأول)، أما الثانية فتتمثل في تطبيق هذا القانون (الفصل الثاني).

(1) -تعتبر تقنية قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد الوسيلة الفنية الغالبة والمألوفة ولكنها ليست الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات الخاصة الدولية، ذلك أن تطور القانون الدولي الخاص قد كشف عن وجود قواعد قانونية أخرى، كالقواعد الموضوعية التي تقدم حلولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا، وهي تخص معاملات التجارة الدولية، والقواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري وهي القواعد التي تلازم التدخل الاقتصادي والاجتماعي للدولة، والتي يقصد بها حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الوطني. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 39. انظر أيضا: زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 01، 1997، ص 79. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص ص 03 و 04. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 165. بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 04، 2007، ص ص 150 و 151.

الفصل الأول

الآليات القانونية لتعيين القانون الواجب التطبيق

على المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

لا تطرح المنازعات الداخلية المشكلات نفسها التي تثيرها المنازعات الدولية الخاصة في الواقع، فنقتصر مهمة القاضي فيما يتعلق بالنزاع الداخلي على مناقشة موضوع الدعوى والقيام بإجراءات المحاكمة وإصدار الحكم وفقا لقانونه الوطني، بينما يتوجب عليه عندما يواجه نزاعا دوليا خاصا أن يحسم أولا مشكلة تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع قبل الدخول في موضوع الدعوى أو مناقشة وقائعها.

لتعيين القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى تتمثل في تعيين قاعدة الإسناد المختصة بحل النزاع الذي تثيره هاتين المسألتين، ولا يتم ذلك إلا بواسطة آلية فنية أولية يطلق عليها اسم التكييف(المبحث الأول)، أما المرحلة الثانية فنتمثل في تطبيق هذه القاعدة وذلك عن طريق إسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأنسب لحكمها(المبحث الثاني).

المبحث الأول

التكييف كمرحلة أولية لتعيين القانون الواجب التطبيق على

المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

لا يستطيع القاضي أن يقوم بإسناد المسألة المطروحة أمامه إلى القانون المختص بالفصل فيها إلا بمعرفة الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه المسألة، ومن ثم تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة، ويتم تحديد هذه الفئة المسندة عن طريق تكييف المسألة المثارة، هذه العملية التي تعد تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية (المطلب الأول)، كما أن القاضي في قيامه بعملية التكييف سوف يعتمد حتماً على قواعد قانون معين، وهو الأمر الذي عرف اختلافاً حول القانون الذي يخضع له التكييف فيما إذا كان القانون الوطني للقاضي أو قانوناً آخر، غير أن المشرع الجزائري حسم موقفه في هذا الشأن بأن خضع التكييف لقانون القاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التكييف

لا يمكن للقاضي أن يقوم بتعيين قاعدة الإسناد الخاصة بالمسألة المطروحة أمامه ذات العنصر الأجنبي ومن ثم تعيين القانون الواجب التطبيق عليها إلا بعد القيام بعملية فنية أولية يطلق عليها اسم التكييف، هذا الأخير الذي يقصد به: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"⁽¹⁾.

(1) - تأسيساً على هذا التعريف تترتب ثلاثة عناصر أساسية يقوم عليها التكييف، الأولى تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، فلكي يقوم القاضي بالتكييف بمفهومه في القانون الدولي الخاص، يجب أن تكون المسألة محل النزاع ذات عنصر أجنبي، بمعنى يجب أن يتزاحم على هذه المسألة أكثر من قانون واحد يزعم كل منهما أو كل منها لنفسه الحق في حكمها، فيقوم القاضي بتحديد طبيعة هذه المسألة وتعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المرشحة لحكمها، ويكون اختيار القانون الواجب التطبيق بعد إجراء عملية التكييف. أما الثانية فتتمثل في إدراج هذه المسألة محل النزاع ضمن فكرة مسندة محددة، فبالإضافة إلى قيام القاضي بتحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، يجب عليه أن يقوم بعملية ذهنية معقدة، هي إدراج هذه المسألة في إحدى الفكر المسندة التي نظمها مشرعه. وأخيراً معرفة القانون الواجب التطبيق، فبعد فراغ القاضي من تحديده لطبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإدراج هذه المسألة ضمن فكرة مسندة محددة، يتحدد تلقائياً القانون المسند إليه، لأن إدراج المسألة في فكرة مسندة في نص قانوني معين، يعني أن القاضي يقرأ النص ليعرف القانون الواجب التطبيق الذي تشير بتطبيقه قاعدة =

فالتكييف وفق هذا المعنى يرتكز على التكييف الضروري السابق⁽¹⁾ لتطبيق قواعد الإسناد، إذ يسعى القاضي أولاً إلى معرفة مجموعة المواد القانونية التي ينتمي إليها موضوع النزاع ثم يطبق بعد ذلك قاعدة الإسناد الخاصة بهذه المجموعة، ولذلك فالتكييف يعني تعيين مضمون قاعدة الإسناد وتحديد نطاق مرماها.

ارتبط ظهور التكييف وتكريسه لأداء هذا الدور بالقضاء الفرنسي (الفرع الأول)، كما أنه يكتسي أهمية بالغة سواء في إطار القانون الداخلي أو في إطار القانون الدولي الخاص (الفرع الثاني)، كما أن تحديد موضوعه أو طبيعته القانونية له أهميته في تأكيد صلته بالفئة المسندة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نشأة التكييف

تعتبر فكرة التكييف حديثة العهد نسبياً في مجال القانون الدولي الخاص، وإن كان ظهورها يرتبط ارتباطاً وثيقاً بنشأة تنازع القوانين في القرن الثالث عشر، إلا أن التكييف كمسألة لها كيانها الخاص بين المشاكل التي يثيرها تنازع القوانين لم تبرز إلا في أواخر القرن التاسع عشر، وقد ظهرت في بادئ الأمر في القانون الداخلي ولاسيما في قانون العقوبات⁽²⁾، ثم انتقلت بعد ذلك إلى

=الإسناد. وبالنظر إلى هذه الشروط التي يجب توافرها لقيام القاضي بعملية التكييف في القانون الدولي الخاص فإنه لا يعد تكييفاً كل نزاع لا تتربط فيه شروط التكييف السالفة الذكر. انظر: بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 154 و 155.

(1) -يقصد بالتكييف الضروري السابق أو الأولي التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق، أو بمعنى آخر هو وصف المركز القانوني محل النزاع وإدراجه في إحدى الفكر المسندة تمهيداً لإعمال قاعدة الإسناد المختصة، ويقابل التكييف الأولي التكييف الثانوي أو اللاحق والذي يقصد به تلك التكييفات التي تثار في مرحلة لاحقة على مرحلة الإسناد، أي التي تثار عند تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، ويطلق على هذا الأخير بالتكييف الموضوعي وهو الذي يشير إلى القواعد الواجبة التطبيق على الوضعية أو العلاقة موضوع النزاع. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة مقدمة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، 2010/2011، ص ص 60 و 61.

(2) -وهذا عندما ساد مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، حيث لا تكون مسؤولية جزائية على الشخص إذا لم يجرم القانون ذلك الفعل، لأن الأصل براءة الذمة، فإذا لم ينطبق النص بشروطه على الفعل لا ترتب مسؤولية لعدم تكييف الفعل من الناحية الجزائية الأصل في الأفعال الإباحة. انظر: ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج 1، تنازع القوانين، =

القانون المدني⁽¹⁾، وقد استخدمها القضاء بعد ذلك في مسألة تنازع القوانين، وخاصة القضاء الفرنسي الذي ارتبط ظهورها به، ومن أبرز القضايا التي أكدت نشأة التكييف هما القضيتان المعروفتان بقضية وصية الهولندي (حكم محكمة أورليان في 04 أوت 1857) وقضية ميراث المالطي (حكم استئناف الجزائر في 24 ديسمبر 1889).

تتلخص وقائع القضية الأولى في أن هولنديا أجرى وصية في فرنسا في الشكل العرفي، طبقا لأحكام المادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسيين ولو بالخارج أن يبرموا وصاياهم عرفيا بخط يدهم، وبمفهوم المخالفة للأجانب في فرنسا، وبذلك خالف نص في القانون الهولندي يمنع ذلك ولو في الخارج ويستلزم الشكل الرسمي، فلما توفي نازع ورثته أمام القضاء الفرنسي في صحة الوصية بالبطلان، تأسيسا على المادة 992 من القانون الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل الرسمي، وهي مسألة مكتملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي⁽²⁾.

لما عرض النزاع على القاضي الفرنسي وجد نفسه أمام مشكلة التكييف، تتعلق بتحديد طبيعة موضوع النزاع وهو حضر الوصايا في الشكل العرفي، هل هو مسألة تتعلق بقاعدة من قواعد الشكل، أي تتعلق بإظهار الإرادة ولا شأن لها بمضمونها، ومن ثم يحكمها القانون الفرنسي بوصفه قانون محل الإبرام، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هي مسألة تتعلق بأهلية الموصي غايتها حمايته، فيحكمها القانون الهولندي بوصفه قانون جنسية الموصي، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد حل القضاء الفرنسي هذا الإشكال بأن كيفه تبعا للقانون الفرنسي على أنه يتعلق بالشكل، وقضى بصحة الوصية طبقا للقانون الفرنسي، كما أنه استخلص منها أن الاختلاف في

=الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص ص 31 و32.

(1)- وهذا بقصد تحديد صفة الأعمال والتصرفات القانونية المختلفة لمعرفة طبيعة التصرف الذي يطرح أمام القاضي هل هو عقد بيع أو هبة أو إيجار... الخ. انظر: مرجع نفسه، ص 32.

(2)- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 35. انظر أيضا:

التكيف يستتبع بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق، ومن ثم اختلاف الحل النهائي للنزاع⁽¹⁾.

أما القضية الثانية فتتلخص وقائعها في أن زوجين مالطيين تزوجا في مالطا واتخاذها موطنهما الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر (المحتلة حينئذ)، حيث تملك الزوج عقارات، ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء، ادعت الزوجة أن لها نصيبا من عقارات زوجها الكائنة بالجزائر، طبقا للقانون المالطي الذي يعطي لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى "نصيب الزوج المحتاج"، وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان حينذاك لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة وحقها في استرداد أموالها الخاصة، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي⁽²⁾.

فالمسألة كانت تتمثل في تحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، وهو "نصيب الزوج المحتاج"، هل هو حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة زوجها ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث، وعلى ذلك يدخل في النظام المالي بين الزوجين، والذي يحكمه القانون المالطي بوصفه قانون موطن الزوجية الأول، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هو حق في الإرث بوصفها زوجة للمورث، فيحكم القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث⁽³⁾.

(1) -عبد جليل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 49. انظر أيضا: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 42.

(2) -عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 97. انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ك1، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص ص 99 و100.

(3) -هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 50. انظر أيضا: ميكالي الهوارى، تغيير ضوابط الإسناد من خلال آلية التكيف في مسائل الزواج والطلاق، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، تلمسان، ع 01، 2007، ص ص 33 و34.

الفرع الثاني

أهمية التكيف

تكتسي دراسة التكيف أو الوصف القانوني للعلاقة محل الدراسة أهمية بالغة، ليس في القانون الدولي الخاص فحسب، بل في مختلف فروع القانون الأخرى، ذلك أن القاضي غير مقيد بما يضيفه الخصوم من وصف، سواء تعلق الأمر بمسألة وطنية بحتة أو بمسألة ذات عنصر أجنبي، على اعتبار التكيف مسألة أولية يتعين القيام بها لتحديد طبيعة النزاع.

يرجع القاضي إلى التكيف مثلا في نطاق القانون المدني الجزائري، حينما يريد إعطاء الوصف السليم للرابطة التعاقدية المطروحة أمامه، لمعرفة ما إذا كانت تتعلق بعقد بيع أو عقد هبة أو عقد إيجار، أو لتحديد ما إذا كان ركن معين من أركان العقد مسألة متعلقة بالشكل فتسند إلى القانون الذي يخضع له شكل العقد أو متعلقة بالموضوع فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع العقد⁽¹⁾.

أما في إطار القانون التجاري الجزائري⁽²⁾ على القاضي أن يحدد بواسطة التكيف ما إذا كان العمل التجاري تجاريا بحسب الموضوع أو الشكل أو بالتبعية أو عما إذا كانت صفة التاجر متحققة أم لا وإذا كانت شروط الاحتراف قائمة (الأهلية التجارية) لاكتساب هذه الصفة، وأيضا إذا ما كان الشيك أو السند محل النزاع هو سند سحب أو سند لأمر أم سند عادي، وكذلك الأمر في الإفلاس وعما إذا كان التوقف عن الدفع واقعا⁽³⁾.

هذا العمل الذي يقوم به القاضي عبر التكيف تزداد أهميته وخطورته في القانون الجنائي الجزائري⁽⁴⁾، ذلك أن القاضي الجزائري يستعين بالتكيف لوصف الفعل الذي ارتكبه المتهم لمعرفة

(1) - بلعبيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2011/2010، ص 36.

(2) - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر ع 101 صادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر ع 71 صادرة في 30 ديسمبر 2015.

(3) - بلعبيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 36.

(4) - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ع 49 صادرة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 فيفري 2016، ج ر ع 37 صادرة في 22 جوان 2016.

هل الفعل المرتكب تتوفر فيه عناصر الجريمة المعاقب عليها، وما إذا كان هذا الفعل المرتكب يعد من قبيل السرقة أو خيانة الأمانة أو اختلاس الأموال أو غير ذلك من الأفعال المعاقب عليها تمهيدا لإنزال العقوبة المناسبة، وهكذا يلجأ القاضي في كل مرة إلى التكييف لوصف طبيعة القضايا التي تعرض عليه بالنسبة لباقي فروع القانون الأخرى⁽¹⁾.

إضافة لما للتكييف من أهمية على صعيد القانون الداخلي، فإن أهميته تزداد وبصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، بوصفه وسيلة فنية تقنية تهدف إلى تسمية القاعدة المعينة (قاعدة التنازع)، إذ على ضوءه تتحدد قاعدة التنازع التي بمجرد اختيارها سوف تقوم بصورة آلية بتسمية القانون الملائم لحل المسألة محل النزاع⁽²⁾.

كما هو معلوم أن وظيفة قواعد التنازع أو الإسناد المعمول بها في مختلف الدول لا تضع حلا موحدًا لكل المسائل التي تطرح أمام القضاء وإنما هي تضع الحلول لكل طائفة من المسائل، دون أن تعطي لها حلا مباشرا ونهائيا، فهي تقوم بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، كطائفة الشروط الموضوعية والشكلية للزواج، وطائفة انحلال الزواج، وطائفة الأموال المعنوية... الخ⁽³⁾.

على هذا الأساس فإذا عرض على القاضي الوطني نزاعا يتضمن عنصرا أجنبيا، فعليه أن يتحقق مما إذا كانت المسألة موضوع النزاع تدخل في مضمون إحدى الطوائف التي أشرنا إليها، وهي عملية أولية أساسية يتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق، لأن تحديد قاعدة الإسناد، وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد أساسا على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن طائفة قانونية معينة⁽⁴⁾.

(1) - عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 98.

(2) - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص ص 601 و 602.

(3) - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص ص 130 و 131.

(4) - صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص المعاصر، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 23.

مما يزيد من أهمية التكيف في القانون الدولي الخاص أيضا، هو اختلاف قواعد الإسناد بين دولة وأخرى وإلى اختلاف تكيف المسائل القانونية في نظم هذه الدول من جهة أخرى، إذ ليس هناك أساس موحد في وصف طبيعة العلاقة القانونية، فالمسائل التي قد تعتبر من الشكل في دولة قد تعتبر متعلقة بالموضوع في دولة أخرى، ومعلوم أن الاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية يؤدي إلى اختلاف في اختيار قاعدة الإسناد ومن ثم اختلاف في الحلول الواجب إتباعها، وهذا يؤدي بدوره إلى اختلاف الأحكام القضائية في القضية الواحدة تبعا للقانون الذي يحكمها⁽¹⁾.

تزداد مشكلة التكيف تعقيدا إذا كان القانون الواجب التطبيق يكيف العلاقة القانونية تكيفا يختلف عن تكيف قانون القاضي لتلك العلاقة، إذ نجد أنفسنا أمام ما يسمى بـ "تنازع القوانين في مسألة التكيف"، أو "تنازع التكييفات"⁽²⁾. وهو ما يميز التكيف في تنازع القوانين عن التكيف في القانون الداخلي⁽³⁾.

(1)- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 132.

(2)- يرى البعض أن هناك اختلاف بين مشكلة التكيف وتنازع التكييفات، فالتكيف يعني طريقة لتفسير قواعد الإسناد بقصد تطبيق القواعد المجردة على العلاقات القانونية الملموسة، وهذه الطريقة لا ينفرد بها القانون الدولي الخاص فحسب، بل هي مشتركة بين جميع فروع القانون. أما تنازع التكييفات فيفترض أن إحدى الوقائع أو الوضعيات المتنازع عليها، يمكن أن تخضع لعدة نظم قانونية مختلفة تطبق نفس قواعد تنازع القوانين، فإذا لم يتفقوا على نفس المفهوم للعلاقة موضوع النزاع حسب أشخاص الميراث... الخ، يترتب على ذلك احتمال أن كل قاض يمكن أن يسند نفس الوضعية المرفوعة أمامه إلى قوانين مختلفة، وهذا ما يطلق عليه الفقه "تنازع التكييفات". وقد ظهر مثل هذا التنازع في الأمثلة الشهيرة التي أسس عليها "بارتن BARTIN" نظريته في التكيف، وعلى هذا الأساس فالتكيف يتمثل في مشكلة تفسير وتطبيق أحد القوانين المتنازعة على العلاقة محل النزاع، بينما تنازع التكييفات، هو احتمال وجود اختلافات بين القوانين المتنازعة وإسناد تلك العلاقة إلى عدة قوانين مختلفة. وهذا هو المشكل الحقيقي للتكيف الذي قام فقهاء القانون الدولي الخاص بمعالجته منذ القدم، وعلى رأسهم الفقيه "بارتن BARTIN"، والذي رأى بحق أنه في ظل غياب نظام عالمي يفرض على القوانين الداخلية، واختلاف المفاهيم بين هذه القوانين، من شأنه ذلك كله يظل مشكل التكيف قائما. انظر: بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص ص 145 و 146.

(3)- PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, droit international privé, 8^{ème} éd, Delta, Beyrouth, Liban, 2005, p 377. Voir aussi: DANIEL Gutmann, 3^{ème} éd, op.cit, p 57.

الفرع الثالث

موضوع التكيف

إن دراسة موضوع التكيف تقتضي بحث طبيعته القانونية، ومعرفة ما ينصب عليه التكيف، بمعنى هل التكيف ينصب على القانون أم هل ينصب على الوقائع أم المراكز الواقعية؟. كانت الإجابة الفقهية حول هذا الموضوع مختلفة ومتشعبة، إلا أنه يمكن حصرها في اتجاهين رئيسيين، الأول يرى أن طبيعة موضوع التكيف تنصب على العلاقة القانونية (أولاً)، أما الثاني فيرى أن موضوع التكيف يتخذ من الواقعة أو المركز الواقعي (ثانياً).

أولاً: موضوع التكيف علاقة قانونية

يتزعم هذا الاتجاه كل من الفقيه الألماني "كاهن KAHN" والفقيه الفرنسي "بارتن BARTIN"، فيرى الفقيه الألماني "كاهن KAHN" أن الإسناد يجب أن ينصب على موضوع العلاقة القانونية، ويؤكد هذا المعنى بقوله أنه يستحيل تطبيق قواعد التنازع على الوقائع المادية⁽¹⁾.

في حين يرى الأستاذ "فرانسوا ريجو FRANCOIS Rigaux" أن القاضي في القانون الداخلي يستطيع تطبيق القواعد المجردة على هذا النوع من التنازع، ويعني بذلك القواعد المادية، ويستخدم "فرانسوا ريجو FRANCOIS Rigaux" تعبير الوضعية القانونية الملموسة.

أما الفقيه "بارتن BARTIN" فيرى من جهته أن التكيف ينصب على العلاقة القانونية محل النزاع على نحو ما فعل "كاهن KAHN" من قبله. ويضيف قائلاً أن تكيف الإدعاء محل النزاع وتكييف الحقوق والنظم يشكل علاقات قانونية ما، فبالنسبة للحقوق يقول "بارتن BARTIN" إذا كان المراد كما يفهم منها الحق الشخصي فإن هذا المصطلح يمكن أن يأخذ بالتقريب معنى الإدعاء، أما بالنسبة لمصطلح نظم فإنه على العكس من ذلك، يعني تعيين العلاقة القانونية المجردة، والمنظمة بواسطة قانون معين، ومن أمثلة ذلك الهبة في النظم الأنجلوسكسونية، ونصيب الزوج المحتاج في القوانين المالطية⁽²⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 104.

(2) -بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 158.

غير أن كلا من الفقيه "كاهن KAHN" و"بارتن BARTIN" لم يتعرضا لمضمون هذه العلاقة من جهة وصعوبة تحديدها من جهة أخرى، وهنا يتساءل الأستاذ "فرانسوا ريجو FRANCOIS Rigaux" عن طبيعة العلاقة القانونية وهي "تصيب الزوج المحتاج" المنصوص عليها مثلا في القانون المالطي أم هي "ميعاد التقادم" المنصوص عليها في نظام "الكومنولث" أم هي مجرد قواعد قانونية أو قواعد مجردة تطبق على القضية محل النزاع⁽¹⁾.

يستدرك "فرانسوا ريجو FRANCOIS Rigaux" قائلا أن هذه القواعد في حقيقتها جزء لا يتجزأ من القواعد الوطنية المنصوص عليها في القوانين المشار إليها. مما سبق ذكره، يتبين لنا أن موضوع التكييف يكمن في معرفة القانون الذي يطبق على القضية محل النزاع، وبالتالي فإن العلاقة القانونية وفق هذا الاتجاه هي موضوع التكييف أو بالأحرى هي جوهر النزاع.

يقول الدكتور هشام علي صادق في هذا المعنى، وجدير بالذكر أن ما قرره "بارتن BARTIN" في شأن أن التكييف ينصب على العلاقة القانونية محل النزاع على نحو ما فعل "كاهن KAHN" من قبله يعد محلا للنظر، إذ يصعب وصف العلاقة المطروحة بكونها علاقة قانونية والحال أننا لم نحدد القانون الواجب التطبيق في شأنها⁽²⁾.

أما الأستاذ "آنسل برتراند ANCEL Bertrand"، فيرى أن موضوع التكييف ينحصر في القاعدة القانونية فقط، موضحا ذلك بأنه إذا كان الإدعاء يأخذ الشكل القانوني الذي ينصب على القاعدة الجوهرية المحددة، وفقا لأحد الأنظمة القانونية، فإن التكييف يتناول بالضرورة أيضا القاعدة القانونية محل الإدعاء. وقد استند في تحليله هذا إلى قضية "أرملة المالطي"، إذ أن هذه الأرملة قد أسست دعواها على قاعدة قانونية محددة، تبين موضوع التكييف، والتي تركزت على معرفة ما إذا كانت الأرملة لها حق الاستفادة من القانون الذي ينص على حقها في نصيب الزوج المحتاج.

(1)-بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 158.

(2)-هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 124.

انتهى الأستاذ "آنسل برتراند ANCEL Bertrand"، إلى القول بأن موضوع التكييف هو العلاقة بين موضوع الإدعاء "الذي هو مجموعة من الوقائع التي تتناول حادثاً أو ضرراً والمطالبة بإلزام محدث الضرر بإصلاحه"⁽¹⁾.

وعليه، فإن موضوع التكييف من هذا المنظور ينحصر في معرفة ما إذا كان للأرملة حق الاستفادة من هذا القانون، ونفس الفكرة تقريباً نجدها لدى الفقيه الانجليزي "فلاكو بريدج FLACON Bridge" الذي يرى أن المسألة القانونية، هي دائماً موضوع التكييف في القانون الدولي الخاص.

أما الأستاذ "ويلهام وينغلر WILHEM Wengler" فينطلق في تحديده لموضوع التكييف من تساؤله عن المسألة القانونية بقوله، هل هي مثلاً معرفة الواقعة المنسوبة إلى "بيار PIERRE" الذي يكون فرضاً قد استولى على دراجة "PAUL" بغض النظر عن الظروف التي تم فيها الاستعلاء على هذه الدراجة، وأن هذه الواقعة يمكن أن تؤدي إلى الحكم بإدانة "بيار PIERRE"؟ ثم يجيب عن تساؤله هذا بقوله أنه من الواضح أن هذه الواقعة تشكل مسألة قانونية، ولكن يقول أيضاً أن البحث عن معرفة ما إذا كانت الدراجة تعتبر شيئاً في نظر القانون الجنائي، تعد بدورها مسألة قانونية أيضاً.

يخلص "ويلهام وينغلر WILHEM Wengler" إلى القول بأن موضوع التكييف يندرج أولاً، في تكييف الفعل الذي ارتكبه "بيار PIERRE". وثانياً، في تكييف ذلك الشيء محل النزاع ومعرفة ما إذا كان له معنى في القانون الجنائي أو ليس له معنى، ذلك أن التكييف القانوني لأي موضوع يكمن في الإجابة على معرفة ما إذا كان الموضوع المراد تكييفه يدخل ضمن مفهوم أحد أجزاء القاعدة القانونية⁽²⁾.

(1)–ANCEL Bertrand, Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux, Thèse pour le Doctorat, L.D, Paris, 1977, p 229.

(2)–WILHEM Wengler, réflexion sur la technique des qualifications en droit international privé, R.C.D.I.P, Paris, n ° 43, 1954, p 17.

فكل مسألة للتكييف يفترض معرفة ما إذا كانت دراجة "PAUL" عبارة عن شيء له معنى في قانون العقوبات. وتفسير هذه الواقعة يؤدي دائما إلى تعريف الطائفة المستخدمة من طرف المشرع، فمن حيث المبدأ أن كل شيء بالمعنى الواسع للكلمة يمكن أن يكون محلا للتكييف، ولكن التكييف يزداد تعقيدا، إذا كان الشيء المراد تكييفه يعتبر شيئا قانونيا.

هكذا، فإن موضوع التكييف في رأي الفقيه "ويلهام وينغلر WILHEM Wengler" قد يتعدد بتعدد المسائل القانونية بالنسبة للقضية الواحدة، إلا أنه لم يوضح لنا بدقة المسألة التي تعد في نظره قانونية والمسائل التي لا تعد قانونية⁽¹⁾.

ثانيا: موضوع التكييف واقع

يتخذ هذا الاتجاه موضوع التكييف من ميدان الواقع، فيكون هو "الواقعة" أو "المركز الواقعي" الذي تتنازع القوانين حكمه أو حكمها، وتكون وظيفة التكييف حينئذ، هي إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخلها أو يدخله في طائفة معينة من طوائف المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد⁽²⁾.

انتقد هذا الرأي، بأن الوقائع لا تصلح في حد ذاتها لأن تدرج في إطار الفئة المسندة، لأن الوقائع المجردة عن الطابع القانوني لا وجود لها، إذ يجب للاعتداد بها أن تنطوي تحت سلطان قانون معين وتستند عليه، وحينئذ فقط تستحق وصف الواقعة أو الرابطة القانونية⁽³⁾.

(1) - WILHEM Wengler, op.cit, p 17.

(2) - من هؤلاء الفقيه "مارتيغ MARTYG"، كما يميل إلى هذا الاتجاه جانب من الفقه الانجليزي مثل "باكات BECKETT"، وجانب من الفقه الألماني مثل "رابل RABEL"، وجانب من الفقه الإيطالي مثل "آغو AGO". انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 56. انظر أيضا: محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحدود الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، القاهرة، مصر، 1994، ص 53.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, droit international privé, 4^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1967, p 477. PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 115.

(3) - قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 57.

إلى جانب هذين الاتجاهين، هناك اتجاه ثالث يرى أن محل الإسناد لا ينصب على العلاقة القانونية ولا على العلاقة المجردة، فمحل قاعدة الإسناد لا يمكن أن يتحدد بطريقة مجردة ولكن فقط من خلال أعمال قاعدة محددة بالذات، ومن ثم فإن هذا الاتجاه يرى أن محل قاعدة الإسناد لا ينصب على علاقة قانونية معينة ولا على وقائع مجردة في حد ذاتها، ولكن يتعلق بالوقائع التي تشكل حالة معينة، بما تفرضه هذه الحالة من خصائص ذاتية مقصورة عليها⁽¹⁾.

ينكر الآخرون بهذا الاتجاه ما يجري عليه أصحاب الاتجاه الأول من جعل موضوع التكييف، نظاماً أو علاقة قانونية أو مسألة قانونية، ما دام القانون الواجب التطبيق لا يعرف إلا بعد إجراء التكييف، والتعرف على قاعدة الإسناد، أي أن هذا الاتجاه لا يحدد موضوع التكييف، قبل معرفة القانون الذي سيحكم العلاقة موضوع النزاع، ويجري التعرف على هذه العلاقة عن طريق تحليل الوقائع أو معطيات القضية.

يتوسط هذين الاتجاهين فريق آخر من الفقهاء بحيث أنه لا يكشف في تحديده لموضوع التكييف عن عنصر القانون أو عنصر الواقع، وإنما يكشف فيه العنصرين معاً⁽²⁾.

يرى الدكتور عز الدين عبد الله أن التكييف قد ينصب على واقعة، كحادثة يراد معرفة ما إذا كانت تكون عملاً مادياً ضاراً أو لا تكون، كما أنه قد ينصب على مسألة قانونية، كحق الحضانة، يراد معرفة إذا كان أثر من آثار الزواج أو أثراً من آثار الطلاق، أو أنه يقع في نطاق الولاية على النفس⁽³⁾.

(1) - حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية وانتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998، ص 17. انظر أيضاً: عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 53.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 477.

(2) - بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الدولي الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1993، ص 157.

(3) - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهضبة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 114.

كذلك قد يتناول التكييف قاعدة قانونية موضوعية من قواعد القانون الوطني، وقواعد القانون الأجنبي، مثل القاعدة التي تحضر إجراء الوصية في الشكل العرفي الخطي، وهي تتعلق بشكل الوصية أم تتعلق بأهلية الموصي، ومثل القاعدة التي تستلزم رضاء الوالدين لإبرام عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 148 من القانون المدني الفرنسي القديم التي تشترط موافقة الوالدين على زواج أبنائهما قبل بلوغ سن الرشد، وهي تتعلق بشكل الزواج أم بموضوعه⁽¹⁾.

في اعتقادنا، أن سبب عدم إجماع الفقه حتى الآن على موضوع التكييف يرجع أساسا إلى اختلاف المفاهيم القانونية في التشريعات الدولية، فطالما بقي هذا الخلاف قائما، فإن موضوع التكييف سيظل هو الآخر مثار جدل وخلاف في الفقه من هذه الناحية. فكل قاض ترفع أمامه قضية معينة يستعين في تحديد موضوع تكييف هذه القضية بالمفاهيم القانونية لدولته، سواء استمد القاضي هذه المفاهيم من القواعد القانونية لدولته أو من معطيات المركز الواقعي للقضية المرفوعة أمامه.

بعد استعراضنا لمختلف الاتجاهات نرى أن المشرع الجزائري ذهب إلى أن التكييف ينصب على العلاقات القانونية وذلك بنصه في المادة 09 ق.م.ج: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"⁽²⁾.

(1) ART 148 de code civil français dispose que: « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ».

(2) ما تجدر الإشارة إليه أن هناك اختلاف بين النصين العربي والفرنسي، حيث جاءت في النص الفرنسي عبارة "Pour qualifier la catégorie" أي تكييف الفئة، في حين أن النص العربي جاء بعبارة "تكييف العلاقات"، وكلا المصطلحين مختلفين. كما أن النص الفرنسي اشتمل على عبارة "Objet du litige" بينما هذه الأخيرة غير موجودة بالنص العربي، فليس هناك تطابق تام بين النصين. غير أنه يفهم من النصين أن التكييف يخضع لقانون القاضي. انظر: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 100. انظر أيضا: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 90. قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 55.

المطلب الثاني

المرجع في التكييف هو قانون القاضي الجزائري

إن القاضي في قيامه بعملية التكييف سوف يعتمد حتما على قواعد قانون معين، وهذا ما يجعل تحديد هذا القانون له تأثيره الأكد على تحديد القانون المختص، ومن ثم الحل الموضوعي للنزاع، خاصة وأنه ليس هناك أساس موحد بين الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة، بل اختلاف في المفاهيم القانونية بين القوانين. ونظرا لاتصال النزاع بأكثر من قانون يتنازع حكمه، فإن من المتصور أن يدعي كل قانون أحقيته في تكييف المسألة التي يثيرها هذا النزاع، ولذلك تعددت الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الذي يكون مرجعا في التكييف⁽¹⁾.

غير أن القانون المقارن اعتمد الاتجاه القائل بإعمال قانون القاضي تطبيقا لنظرية "بارتن BARTIN"، هذه الأخيرة التي اعتمدها المشرع الجزائري في نص المادة 09 ق.م.ج، إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا هل أخذ المشرع الجزائري بالنظرية بكاملها مضمونا واستثناءات أم أن هذه الأخيرة مستبعدة من التطبيق؟.

(1) - هناك من الفقه من يرى بأن التكييف يخضع للقانون الذي يحكم النزاع، حيث يرى أصحاب هذه النظرية أن تكييف طبيعة العلاقة القانونية أو المركز محل النزاع يجب أن يتم وفقا للقانون المختص الذي تشير إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية لحكم المسألة موضوع النزاع، يستوي في ذلك أن يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانونا أجنبيا، غير أن أهم نقد وجه لهذه النظرية هو المصادرة على المطلوب، فالتكييف عملية سابقة على تحديد القانون المختص. وهناك من يرى بأن التكييف يخضع للقانون المقارن، حيث يرى أنصار هذه النظرية أن التكييف يجب أن يتم وفقا للقانون المقارن، إذ يتعين على القاضي عند إعماله لقاعدة الإسناد وعند تحديد التكييف القانوني للمسألة المثارة أمامه أن يتجه عالميا، وأن يجري هذا التكييف وفقا لمفاهيم عالمية، دون التقيد في ذلك بالمفاهيم الداخلية لقانون معين بذاته، وسبيله إلى ذلك أن يقوم بالدراسة والمقارنة بين قوانين الدول المختلفة واستخلاص أفكار ومفاهيم ذاتية خاصة مشتركة بين تلك القوانين التي يجري التكييف وفقا لها، وهذا الرأي قد تعرض إلى انتقادات أهمها أنه من الصعب على القاضي الذي يقوم بالتكييف أن يحيط علما بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني للمسألة محل التكييف. انظر: أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 59. انظر أيضا: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2005، ص 85. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 72.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, droit international privé, T I, 6^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1974, p p 482-486. LEHMAN(R), Les qualifications, J-C.D.I.P, Paris, 1989, Fasc 531, p 08. FRANCESCOAKIS Phocion, Qualification, R.D.I, Dalloz, Paris, n° 60, 1969, p 707.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي بنا التطرق إلى القاعدة العامة التي تبناها المشرع الجزائري وهي خضوع التكييف لقانون القاضي (الفرع الأول)، ثم التطرق للاستثناءات الواردة عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة

نظم المشرع الجزائري نظرية التكييف بنص قانوني صريح في المادة 09 ق.م.ج أخذ فيه بنظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي التي نادى بها الفقيه الفرنسي "بارتن BARTIN"⁽¹⁾.

(1)- لاقت نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي تأييدا واسعا من الفقه والتشريع والقضاء، فمن بين الفقهاء الذين تبنا هذه النظرية نذكر على سبيل المثال في فرنسا، JAQUES MAURY , ARMINJON, LERBROUS, NIBOYET، وفي ألمانيا نجد لها تأييدا واسعا، خاصة من طرف الفقهاء المعاصرين أمثال: PAUL LAGARDE, BATIFFOL, LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL. كذلك نجد لهذه النظرية صدى عالميا، فهي لم تقتصر على فرنسا بل تعدتها إلى معظم القارات، ففي ألمانيا نجد لها تأييدا واسعا، خاصة من طرف الفقهاء: RAAPE GUTSWILLER, LEWALD, MELCHOIR, NESSBAUM. وفي إيطاليا اعتنقها كل من: AGO, MULDER, GAVAGLIERI , ANZILLOTTI. وفي بلجيكا نجد على سبيل المثال: DEVOS, PUOLET. وفي هولندا نجد: KOSTERS. أما فقهاء العرب فيلاحظ أن معظمهم اعتنقوا النظرية من حيث المبدأ مثال: عز الدين عبد الله، فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، والدكتور علي علي سليمان. إلا أن هؤلاء الفقهاء لم يأخذوا بالنظرية في شكلها التقليدي، وإنما أضافوا إليها حججا أخرى حديثة أكثر واقعية من الناحية العملية، آخذين في عين الاعتبار تطور العلاقات الخاصة الدولية في مختلف الميادين. كما أقرت نظرية "بارتن BARTIN" المؤتمرات والمعاهدات الدولية، كاتفاق لاهاي لسنة 1925 و"مجموعة بوستامنت Code Bustamant" الذي نص عليها صراحة في نص المادة السادسة بقولها:

« Dans tout les cas non prévus par le présent code, chacun des Etats contractants appliquera ses propres qualification aux institutions aux relation juridiques qui doivent correspondre aux groupe de lois mentionnés à l'article 03 ».

كما أخذ بهذه النظرية المشرع الأمريكي لتقنين قواعد القانون الدولي الخاص والتقنين المدني الإيطالي الصادر سنة 1942، والتقنين المدني اليوناني الصادر سنة 1940 والمعمول به سنة 1946، والقانون البرازيلي الذي نص صراحة في المادة 08 من قانون إصدار القانون المدني المؤرخ سنة 1942. كما نصت عليها التشريعات الحديثة، ومنها المشرع الكويتي في المادة 12 من المرسوم رقم 05 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي. والمادة 71 من مشروع قانون المعاملات العربي الموحد. كما نصت عليها المادة 584 من المجموعة الأولى لقواعد تنازع القوانين الأمريكية. والمادة 1/27 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي. كما نصت عليها المادة 10 من القانون المدني المصري. وتقابلها المادة 10 من القانون المدني الليبي. وكذا المادة 1/17 من القانون المدني العراقي. والمادة 84 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، والمادة 11 من القانون المدني السوري. أما في المغرب فلم يتضمن الظهير الصادر بتاريخ 12 أوت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب نصا صريحا يبين القانون المعتمد لإجراء التكييف. وقد درج القضاء الفرنسي أيضا على إتباع مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي وإتباعه بصورة ضمنية، ودون أن يجهر به منذ أمد طويل، وظل على هذه الحال حتى سنة 1955، عندما قررت محكمة النقض =

حيث يعتبر هذا الأخير أول من بلور هذه النظرية وأوضح معالمها، فقد ذهب إلى القول بأن التكييف باعتباره مسألة أساسية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق يتم عادة بالرجوع إلى قانون القاضي، فالمحاكم عادة في سبيل تحديد طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع، تلجأ إلى القانون الوطني، وهي إذ تفعل ذلك لا تبرر عادة مسلكها وإنما هي تقوم بالتكييف وفقا لقانونها بطريقة ضمنية وغير محسوسة⁽¹⁾.

اعتمد الفقيه في معرض تأسيسه لنظريته إخضاع التكييف لقانون القاضي على حجة مستمدة من فكرة السيادة، ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية، وعليه فالمشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته

=الفرنسية في أحد قراراتها الشهيرة: "أن مسألة معرفة ما إذا كان ركن إظهار الزواج يتعلق بطائفة القواعد الشكلية، أم بقواعد الموضوع، يجب أن يفصل فيها القاضي الفرنسي وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي، والذي وفقا له تعد الصفة الدينية، أو غير الدينية للزواج مسألة شكلية". ومن تطبيقات هذه النظرية أيضا نجد مثلا أن القضاء المصري قد اعتمدها في قضايا كثيرة أثرت فيها مسألة التكييف تتعلق خاصة بالزواج المختلط، فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية في 26 مارس 1953 في قضية تركة "أشيل جروبي" مايلي: "لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة من مسائل الأحوال الشخصية أو هي ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة 10 من القانون المدني، وكان يبين من المادة 13 من القانون المدني رقم 147 لسنة 1949 بإصدار قانون نظام القضاء، أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية وكانت المادة 99 من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في كل من قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلا". كذلك جاء في قرار لمحكمة الإسكندرية الابتدائية في 18 أكتوبر 1950 مايلي: "أن المقرر قانونا هو أن مسائل التكييف يرجع فيها إلى قانون القاضي، فإذا قيل أن الزوجة تطلب حل رباط الزوجية لعنة الزوج فعلى المحكمة بادئ ذي بدء، وقبل تطبيق قاعدة الإسناد أن تكيف الأمر المطلوب منها، هل هو أمر يتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج أو هو داخل في نطاق التطبيق، هذه هي الخطوة الأولى التي يتعين على المحكمة أن تبحثها وهي في أعمالها لهذه الخطوة الأولى تطبق قانونها هي، لا أي قانون أجنبي، ولذلك نصت المادة العاشرة من القانون المدني الجديد على أن القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها هذه القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها، فإذا ما انتهت المحكمة من هذه الخطوة الأولى وأسبغت على الواقعة المروحة في تكييفها القانوني (حسب نصوص قانوننا هي) تنتقل إلى الخطوة الثانية وهي معرفة القانون الواجب التطبيق على الواقعة التي كيفتها أي معرفة قاعدة الإسناد، فإذا تكيفت الواقعة بأنها نزاع متعلق بالشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج كانت قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي المنصوص عليها في المادة 12 من القانون المدني، ومؤداها تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى". انظر: بلامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 216-246.

(1) -حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 110. انظر أيضا:

NIBOYET Jean-Paul, cours de droit international privé français, 2^{ème} éd, L.D.R.S, Paris, 1949, p 453.

LEHMAN(R), op.cit, p 06.

التشريعية، ولما كان التكييف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لسيادة دولته التشريعية فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقا للقانون الأجنبي فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي، وهو أمر غير مقبول⁽¹⁾.

غير أن الفقه الحديث المؤيد لنظرية خضوع التكييف لقانون القاضي لم يستند على هذه الحجة، فهو يرفض تصور تنازع القوانين على أساس أنه تنازع بين السیادات، فالمشرع الوطني إذا كان يسمح بتطبيق قانون أجنبي فإن ذلك لا يعد انتقاصا من سيادته التشريعية، وإنما يفعل ذلك إيمانا منه بأن هذا القانون هو أفضل القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية محل النزاع⁽²⁾.

إزاء رفض فكرة السيادة كمبرر لخضوع التكييف لقانون القاضي من قبل الفقه الحديث المؤيد لخضوع التكييف لقانون القاضي، دافع هذا الفقه بمجموعة من الحجج المؤيدة لإخضاع التكييف لقانون القاضي، الأولى مفادها أن إخضاع التكييف لقانون القاضي يعتبر نتيجة حتمية لكون قواعد تنازع القوانين قواعد وطنية، حيث تضع كل دولة قواعد تنازع القوانين من جهتها، فإذا طرحت مسألة على القاضي تحتوي على عنصر أجنبي يرجع إلى قانونه الوطني المتضمن قواعد تنازع القوانين الذي يجد فيه الفئات المسندة والقانون الواجب التطبيق⁽³⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 82. انظر أيضا: زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج1، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2000، ص 107. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص ص 213 و 214.

(2) -BARTIN, Doctrine des qualifications et des rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois, R.C, Paris, n° 31, 1930, p 592.

(3) -محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 69.

كذلك أن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الأخير بحكم تكوينه الثقافي والقانوني سيتأثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه، ولقد عبر "بارتن BARTIN" نفسه عن هذه الحقيقة عندما قرر أن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزء لا يتجزأ من ذكائه المهني⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك لما كان التكييف عملية أولية، فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الفراغ من عملية التكييف، لذلك لا يمكن القول بإخضاعها للقانون الذي عينته قواعد الإسناد، لأن ذلك يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، ومن المتعذر عمليا معرفة هذا القانون قبل البدء في التكييف أو أثناؤه أو قبل الانتهاء منه، ولذلك لا بد من أن يتبع القاضي قانونه الوطني في عملية التكييف⁽²⁾.

على هذا الأساس، فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن طائفة أو نظام من النظم القانونية كالقانون المدني أو التجاري أو غيرها من النظم القانونية الأخرى أمر لا يمكن تجاوزه⁽³⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 82. انظر أيضا: صادق محمد محمد الجبران، مرجع سابق، ص 47.

(2) -« La question de qualification est préalable au choix de la loi, tant qu'elle n' est pas résolue, le juge saisi ne peut raisonner que selon sa propre loi, donc il ne doit la résoudre que selon cette loi, la résoudre selon une autre loi, et la supposer résolue pour la résoudre c'est le cercle vicieux ». Voir: BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p 371.

(3) -إن المقصود بالقانون الجزائري في هذه الحالة ليس قاصرا على النصوص التشريعية، بل المقصود منه هو المفهوم الواسع للقانون الجزائري والذي يشمل بطبيعة الحال كل القواعد القانونية مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها قوتها الإلزامية. ويترتب على ذلك أن القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ألا يتوقف بحثه عن طبيعة النزاع عند حد النص التشريعي، بل يتعدى ذلك إلى البحث عن التكييف في القواعد القانونية الأخرى الموجودة في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الموالي للتشريع، فإن لم يجد فيها تكييفا للمسألة المعروضة عليه رجع إلى المصادر القانونية الموالية المتمثلة في العرف وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهو ما أكدت عليه المادة 01 ق.م.ج بنصها على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يفرق الفقيه "بارتن BARTIN" في هذا الصدد بين التكييف السابق أو الأولي، والتكييف الثانوي أو اللاحق، الأول غرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، أما الثاني فهو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها، فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد⁽¹⁾.

كان الفقيه في البداية يعتبر التكييف الثانوي أو اللاحق استثناء من النظرية العامة في إخضاع التكييف لقانون القاضي، ثم عاد الفقيه الفرنسي في أبحاثه اللاحقة وعدل عن ذلك واعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة، ذلك أنه لما كان يتوقف على التكييف الأولي معرفة القانون الأجنبي المختص والذي تطبيقه يعد انتقاصا للسيادة التشريعية للدولة، فإنه لا يمكن أن يتم وفقا لقانون القاضي لأن هذا الأخير هو وحده الذي يملك قدر هذا الانتقاص من السيادة وحدوده، وأما التكييف الثانوي أو اللاحق فلما كان لا علاقة له بالاختصاص التشريعي، فخصومه للقانون الأجنبي لا مساس فيه بالسيادة التشريعية للدولة⁽²⁾.

تلقى الفقه الحديث هذه النتيجة التي انتهى إليها "بارتن BARTIN" وأقرها ولكن على أساس مختلف عن ذلك الذي تمسك به الفقيه الفرنسي، فالتكييف وفقا لهذا الاتجاه هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية ولا يتصور إخضاعه لغير قانون القاضي، وما دام الأمر كذلك فإنه يبدو منطقيا أن يقتصر الرجوع إلى قانون القاضي على التكييف الأولي اللازم لتحديد القانون المختص، فهذا التكييف وحده هو الذي يتصل بتفسير قاعدة الإسناد⁽³⁾. أما التكييف الثانوي أو اللاحق فهو لا

(1) -وعليه لو عرض على القاضي نزاع يتعلق بعلاقة قانونية معينة، فإنه يقوم بتكييفها وفقا لقانونه، فإذا تبين للقاضي أن النزاع المطروح بعد تكييفه يدخل في طائفة الالتزامات التعاقدية أخضعها لقانون الإرادة، وهذا هو التكييف الأولي، وبه قد عرف القانون المختص بحكمها، وهنا ينتهي عمل قانون القاضي ويتم الرجوع إلى قانون الإرادة للتكييفات اللاحقة مثل تحديد وصف الالتزام التعاقدية هل هو عقد بيع أو عقد هبة أو عقد إيجار... الخ. انظر: أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 57. انظر أيضا: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 82. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 217.

(2) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 83 و 84.

(3) -مرجع نفسه، ص 84.

يثار إلا في مرحلة لاحقة على مرحلة الإسناد، إذ هو يثار عند تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، ومن ثم فهو يخضع لهذا القانون بوصفه تفسيرا لأحكامه⁽¹⁾.
بناء على ما تقدم، يمكن القول أن القانون الجزائري قد نظم فكرة التكيف كمبدأ عام ومرحلة أولية لا بد منها قبل البدء في أية مرحلة من مراحل البحث عن القانون الواجب التطبيق، وقد أخضع هذا المبدأ إلى قانون القاضي كقاعدة عامة وليس للقانون المختص أو القانون المقارن المشار إليهما سابقا.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على خضوع التكيف لقانون القاضي

إن قاعدة خضوع التكيف لقانون قاضي ليست مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات يتعذر فيها تطبيق هذه القاعدة وتتمثل هذه الأخيرة في تكييف الأموال (أولا)، تكييف الفعل (ثانيا)، تكييف الالتزامات التعاقدية (ثالثا)، حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية (رابعا)، حالة الاستحالة المادية (خامسا).

أولا: تكييف الأموال

يرى الفقيه "بارتن BARTIN" أن الاستثناء الحقيقي الوارد على نظريته القائلة بإجراء التكيف وفقا لقانون القاضي، هو الاستثناء المتعلق بوصف المال من حيث كونه عقارا أو منقولا، فإذا كان قانون موقع المال يعتبر المال عقارا مثلا بالتخصيص أو عقارا بطبيعته، فيجب الأخذ بأحكامه دون الأخذ بقانون القاضي، ويبرر الفقيه هذا الاستثناء برده إلى فكرة تحقيق الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات والمحافظة على الثروة⁽²⁾.

(1) - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 59.

(2) - بن زيان أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، القسم الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، 2014/2015، ص 65. انظر أيضا: بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 43. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 218.

في هذا المعنى نصت المادة 17 ق.م.ج على أنه: "يخضع تكييف المال سواء أكان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها. ويسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة الذي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى".

برر بعض الفقهاء تطبيق قانون الموقع على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها، وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها، فيجب أن يطبق قانون الدولة نفسها.

اعترض الدكتور **علي سليمان** على هذا الرأي لأنه ينظر إلى مصلحة الغير دون أن يأخذ في الاعتبار أشخاص المالكين أو الحائزين، ويرى أغلبية الفقهاء أن الحكمة من تطبيق قانون الموقع على العقار، هي أنه أنسب قانون يطبق عليه، لأنه مستقر في هذا الموقع، وقد نادى **سافيني SAVINGNY** بهذا الرأي⁽¹⁾.

غير أن بعض الفقهاء قد نازع في صحة هذا الاستثناء، لافتقاره إلى أساس نظري سليم من الوجهة القانونية، ذلك أن الاعتبارات المتعلقة باستقرار المعاملات في شأن الحقوق العينية والتي جعلت الفقيه يتمسك بهذا الاستثناء لا تنهض وحدها سبباً كافياً لدى هذا الرأي للخروج على القاعدة العامة في إخضاع التكييف لقانون القاضي، إذ ما دما قد سلمنا بسلامة الأساس الذي يقوم عليه إخضاع التكييف الأولي لقانون القاضي، فلم يعد من المستساغ بعد ذلك أن نفرق بين حالة وأخرى، فإذا كان المشرع الفرنسي قد أخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، فيجب على القاضي ألا يطبق قانون الموقع إلا على ما يعد عقاراً وفقاً للمفهوم الفرنسي⁽²⁾.

(1) -علي سليمان، مرجع سابق، ص 94.

(2) -يرى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن أنه لا محل للأخذ بهذا الاستثناء أيضاً، على أساس أن "بارتن BARTIN" يقول بحجة أن التكييف في هذه الحالة يتصل بنظام الملكية ونظام الأموال في كل دولة، والواقع من الأمر أن هذا هو عين الحال بالنسبة للتكييفات، فهي متعلقة بأنظمة قانونية معينة، كأنظمة العائلة مثلاً، فإن قلنا بأن هذه الأنظمة الأخيرة تخضع لقانون الجنسية، إسوة بإخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها، فإن نظام التكييف ينهدم من أساسه كما أن قاعدة الإسناد قد يحد من تطبيقها كثيراً، فلو أن قاعدة الإسناد لقانون القاضي تقول بإخضاع ميراث المنقول إلى قانون موطن المتوفي والعقار إلى قانون موقعه، كما هي الحال في فرنسا، ثم جعلنا التكييف يخضع لقانون ذلك الموطن وهذا الموقع، فمن المحتمل أن يكيف هذا القانون "قانون الموطن، أو =

من جهة أخرى، فإن أعمال هذا الاستثناء يبدو أمرا عسيرا في الأحوال التي يصعب فيها معرفة موقع محدد للمال محل النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للأموال المعنوية، إذ كيف يتصور في هذه الحالة إخضاع تكييف المال لقانون موقع المال، كما هو مؤدي الاستثناء الذي أورده "بارتن BARTIN" على نظريته، بل وأن صعوبة عملية أخرى قد تثار أيضا حتى بالنسبة لأموال مادية، وذلك في حالة ما إذا كان المال كائنا في أكثر من إقليم دولة واحدة، إذ يصعب في هذه الحالة تحديد قانون الموقع الذي سيرجع إليه في تكييف وصف المال⁽¹⁾. فكيف يمكن إذن تعيين القانون الذي يتم التكييف بمقتضاه؟ ثم ألا تختلف القوانين في هذا التكييف؟.

يقول الأستاذ "نيبوييه NIBOYET" أنه مضى نصف قرن على نظرية "بارتن BARTIN" التي نالت شهرة في الأوساط الفقهية، لكن الآن تكاد هذه النظرية يطويها النسيان، باستثناء ما يتعلق منها بتصنيف الأموال، إلى عقارية أو منقولة، ذلك أن هذا التصنيف اعتبره "نيبوييه NIBOYET" يلعب دورا كبيرا، ليس فقط في القانون الدولي الخاص، ولكن أيضا حتى في القانون الداخلي، ففي القانون الداخلي نجد أن قانون الميراث يطبق على أموال المتوفي، سواء أكانت عقارية أو منقولة، بينما في القانون الدولي الخاص يختلف الأمر، إذ يوجد قانون خاص بالأموال المنقولة، وقانون آخر يختص بالأموال العقارية، ففيما يتعلق بالمنقولات يطبق قانون المتوفي، أما فيما يتعلق بالعقارات فيطبق قانون الموقع⁽²⁾. ويضيف قائلا أنه يوجد خلاف كبير في العلاقات الدولية فيما يخص التمييز بين العقارات والمنقولات، ويترتب على هذا التباين بين النظم القانونية

قانون موقع المال" بأنه منقول، في حين أنه في نظر القاضي (القانون الفرنسي) عقار أو يكيه على أنه منقول، فيؤدي ذلك إلى عدم تطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي تطبيقا سليما، أو حتى استبعاد هذه القاعدة إطلاقا وإحلال قاعدة الإسناد الأجنبية محله، وخاصة إذا علمنا أن تقسيم المال إلى منقول وعقار وإن كان يستند مبدئيا إلى طبيعة المال من حيث كونه قابلا للانتقال من مكان لآخر دون أن يعتريه خلل أو تلف أو اعتبار قابلا له، قد يكون تقسيما اصطناعيا محضا ولا يخلو من جانب كبير من التحكم، ويستدل الدكتور على ذلك بأن أسهم فرنسا كانت تعامل حتى عهد قريب على أنها عقارات يجوز رهنها رهنا تأمينيا، في حين أن المحل التجاري ومكاتب الموثقين تعامل على أنها منقولات. مشار إليه لدى: بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 187 و 188.

(1)–ARMINJON, Précis de droit international privé, T II, 3^{ème} éd, L.D, Paris, 1947, p 143.

(2)–NIBOYET Jean–Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 461.

الدولية اختلاف في مفهوم قاعدة الإسناد التي تطبق على العقار والتي تطبق على المنقول بالنسبة لكل دولة.

ينتهي "نيبوييه NIBOYET" إلى القول بأن تكييف الأموال، سواء كانت عقارية أو منقولة يخضع لقانون موقعها، فإذا كان هذا المال موجودا في فرنسا، فإنه يخضع بداهة للقانون الفرنسي، أما إذا كان موجودا في إنجلترا مثلا، فإن هذا المال يكيف حسب القانون الانجليزي، والسبب في ذلك كما يقول "نيبوييه NIBOYET" هو أن تنظيم الملكية في كل دولة يرتبط ارتباطا وثيقا بقانون موقع المال، وعلى هذا الأساس يعتبر الاستثناء عمليا أكثر منه نظريا، وهو لهذا السبب لا يعتبره خروجاً عن المبدأ الذي قرره الفقيه "بارتن BARTIN" في نظريته⁽¹⁾.

أخذ القضاء الفرنسي بوجهة نظر "نيبوييه NIBOYET" في حكمين أحدهما صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 جوان 1968 بالنسبة لإيرادات مدينة "تابلي" ولما كان الأمر يتعلق بتركة منقولة، فإنه أخضعها للضريبة على المنقولات التي كان يمكن اعتبارها عقارا في ذلك الوقت. أما الحكم الثاني، فقد صدر من نفس المحكمة بتاريخ 19 جوان 1885 وهو خاص بدين على شخص انجليزي، وهذا الدين يعتبر عقارا في إنجلترا ومنقولا في فرنسا، فلما مات صاحب الدين وهو متوطن في فرنسا أخضعت المحكمة هذه التركة للقانون الفرنسي وأمكن تحصيل هذه الضريبة على الثروة المنقولة.

غير أن بعض الفقهاء لا يعتبرون هذين الحكمين يدلان دلالة قاطعة على اتجاه المحاكم الفرنسية، معللين قولهم بأن محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت حكما آخر في 15 أبريل 1887 قررت فيه أن حق استعمال منجم من مناجم، هو عقار حسب ما يقرره قانون موقع المنجم (القانون الروسي) مع أنه منقول بحسب القانون الفرنسي⁽²⁾.

يبرر الفقيه "بارتن BARTIN" هذا الاستثناء بقوله أن تحديد وصف المال سواء كيف على أنه عقار أو منقول، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الموقع، لأن هذا النوع

(1)-NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 461.

(2)-بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص ص 190 و 191.

من التكييف لا يتدخل في دور قاعدة الإسناد، بمعنى أنه لا يتعلق أصلا بقاعدة التنازع لدولة القاضي⁽¹⁾.

نعتمد أن هذا الاستثناء الذي أورده الفقيه على نظريته لا يعد استثناء حقيقيا بمعنى الكلمة في جميع الحالات، إذ قد لا يثار وصف المال كونه عقارا أو منقولا إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد ومن ثم يخضع تكييفه لقانون موقعه أو للقانون المختص.

على هذا الأساس فتحديد وصف المال في هذه الحالة لا يبدو إلا كتكييف ثانوي أو لاحق، وهذا يخضع دائما لقانون الموقع بوصفه القانون المختص، لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وإنما إعمالا للتفرقة الشهيرة التي أقامها "بارتن BARTIN" بين التكييف السابق والتكييف اللاحق.

كما أن المشرع الجزائري وبموجب القانون 05-10 قد وضع حدا لمسائل خلافية، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، فعلى سبيل المثال، نصت المادة 1/17 مكرر من نفس القانون على أنه: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في شأن الحيازة والملكية الأدبية والفنية والحقوق العينية الأخرى، فأخضعها في جميع الحالات لقانون الجهة التي يوجد بها.

على هذا النحو، فإذا تصدى القاضي لإعمال قاعدة الإسناد الواردة في المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فعليه أن يقوم بتكييف المسألة المرفوعة أمامه وفقا للقانون الجزائري، ليرى ما إذا كانت تدخل في مضمون فكرة الحقوق المصنفة في تلك المادة من عدمه، فإذا تبين له أن العلاقة المرفوعة أمامه، مما يندرج في هذه الحقوق، فإن تحديد وصف المال بعد ذلك يخضع بداهة لقانون الموقع لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وإنما بوصفه تكييفا ثانويا أو لاحقا، يخضع للقانون المختص أو القانون الذي يحكم النزاع.

(1) - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 220.

بهذا يكون المشرع الجزائري في تقديرنا قد تجنب الانتقادات الفقهية التي أثرت حول هذا الاستثناء وطورها باستعماله الصياغة المرنة في النص على التكييف.

ثانيا: تكييف الفعل

يعود تكييف الأفعال سواء منها الضارة التي ترتب مسؤولية تقصيرية أو النافعة المرتبة للالتزامات القانونية إلى قانون محل ارتكابها، ولكي يعرف القاضي المعروض عليه النزاع الفعل المرتكب فيما إذا كان ضارا أم نافعا محظورا أو مباحا فلا بد أن يقوم بعملية تكييفه وإعطائه وصفا قانونيا معينا وفقا لقانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل وليس وفقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع وفقا للقاعدة العامة.

تكمن الحكمة من استثناء تكييف الفعل من خضوعه إلى قانون القاضي وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب في ظله، إلى اختلاف القوانين فيما بينها من مجتمع لآخر ومن دولة إلى أخرى في المفاهيم المتعلقة بالأفعال المباحة وغير المباحة وكذلك تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمعات والدول⁽¹⁾.

ترتب على هذا التباين بين القوانين أن تكون مسؤولية من ارتكب هذا الفعل وفقا لقانون المحل الذي تم فيه ارتكاب الفعل ومخالفة قواعده القانونية، لأن الأخذ بهذا المفهوم يؤدي إلى تحقيق العدالة من خلال إسناد خضوع الفعل إلى قانون محل وقوعه بدلا من قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة التي إذا طبقت في هذا المجال سوف تكون منافية لتحقيق العدالة لأن الفعل ارتكب في بلد غير بلد القاضي⁽²⁾.

غير أن هذا الاستثناء لم يلق إجماعا في الفقه، فقد سارع الفقيه "ارمينجون ARMINJON" إلى رفضه مبررا وجهة نظره بأسانيد قانونية، إذ يقول أن قيام القاضي بتكييف جريمة معينة وفق قانون أجنبي معناه إفساح المجال لقانون عقوبات أجنبي يطبق داخل سلطان قانون دولة القاضي، وهذا أمر لن يكون ولا يمكن أن يكون، لأن قانون العقوبات في كل بلد هو

(1)-بلعبور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 44.

(2)-مرجع نفسه، ص 44.

قانون إقليمي، ويتحدد نطاق تطبيقه بالبلد الذي وقع فيه، ولهذا تحرص معاهدات قانون العقوبات الدولي عادة على النص على أن التكييف في المسائل الجنائية يقصد به تعيين القانون الواجب التطبيق الذي يجب أن يتم وفق قانون القاضي وحده، ويعتبر هذا كأمر مسلم به وتقتضي به طبيعة الأشياء⁽¹⁾.

يضيف الفقيه "ارمينجون ARMINJON" أن تكييف الفعل على أنه جريمة مدنية وفقا لقانون المكان الذي حدث فيه يعتبر مصادرة على المطلوب، كما أنه يوقعنا في حلقة مفرغة، فالقول بوجود تطبيق هذا القانون يفترض سلفا ومقدما أننا بصدد جنحة مدنية، مع أن المطلوب هو البحث أولا عما إذا كان الفعل الذي وقع هو جنحة مدنية أو لا، فإذا ثبت أنه كذلك وجب أن ننقل إلى خطوة أخرى فنسند هذا الفعل إلى قانون المكان الذي وقع فيه لتحديد المسؤولية المترتبة على ارتكاب الفعل، وتعيين مداها، ومن ناحية أخرى إذا فرض أن ارتكب الفعل في بلد وحدث الضرر في بلد آخر وكان هذا البلد أو ذاك غير بلد القاضي، فأى قانون يطبق بشأن التكييف؟ هل نطبق قانون البلد الأول الذي حدث فيه الفعل، إذا اجبنا بالإيجاب فإننا نجد من يقول لم لا نطبق قانون البلد الذي حدث فيه الضرر باعتباره أيضا قانون محل الفعل⁽²⁾. إننا أمام حلقة مفرغة ليس لها بداية ولا نهاية.

تأثر المشرع الجزائري بالفقه والتشريع الفرنسي في هذا الصدد، إذ نصت المادة 20 ق.م.ج على أنه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

(1)– ARMINJON, op.cit, p 144.

(2)– Ibid, p 144.

طبقا لنص المادة المذكورة، يكون الأصل هو أن يطبق قانون المحل فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، سواء فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي أو الغير أو عن فعل الأشياء أو فيما يتعلق بالالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب، ولكن استثناء من ذلك كما يقول الدكتور علي علي سليمان فيما يتعلق بالفعل الضار يشترط لتطبيق قانون المحل بالجزائر أن يكون الفعل الضار المرتكب في الخارج معتبرا غير مشروع⁽¹⁾.

اقتصر هذا الاستثناء على الفعل الضار، لكن بعض الفقهاء رأوا تعميمه على الفعل النافع أيضا، فرأى "تيبوايه NIBOYET" أنه إذا كان استرداد ما دفع دون حق غير جائز طبقا لقانون المحل وجائز في فرنسا، وجب تطبيق القانون الفرنسي، وهو يقول أيضا أن القضاء الفرنسي طبق هذا الرأي في قضية "ليزاردى LIZARDI" الذي أثري على حساب تاجر المجوهرات الفرنسي⁽²⁾.

في تقديرنا، أن تكييف الفعل الذي ينتج عن جرم أو شبه جرم لا يعد استثناء حقيقيا من نظرية التكييف وفقا لقانون القاضي، وإنما تبرره أعمال السيادة التي تباشرها الدولة على إقليمها، بخصوص ما يتعلق بالفعل الضار، فمن حق هذه الدولة أن تكييف وفق قانونها كل ما يقع على إقليمها من أفعال وتصنيفها ضمن الأفعال المشروعة أو المباحة.

(1)- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 90.

(2)- تتلخص وقائع هذه القضية في أن شابا مكسيكسا يدعى "ليزاردى LIZARDI" اشترى مجوهرات وهو بالغ سن 23 سنة بـ 80 ألف فرنك فرنسي من شخص فرنسي ووقع صكوك عليها وعند حلول أجل الدفع تمسك الشاب "ليزاردى LIZARDI" ببطلان التصرف على أساس أنه قاصر تبعا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الأهلية بـ 25 سنة، فرجع التاجر الدعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا بقيمة المجوهرات ومتذعرا بجعله القانون المكسيكي، ومادام الشاب "ليزاردى LIZARDI" كامل الأهلية في القانون الفرنسي أي 21 سنة والتاجر كان حسن النية فقد صدر الحكم لصالحه "التاجر" ثم أيدت محكمة الاستئناف والنقض الفرنسية هذا الحكم، على أساس أن الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم ويكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة وأن يكون حسن النية. انظر:

NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 461. Voir aussi: PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 377. ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p p 40-48.

ثالثاً: تكييف الالتزامات التعاقدية

تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، إذ يجب حسب "بارتن BARTIN" ألا يفرض على الأفراد تكييفاً معيناً للتصرفات التي يبرمونها، فإذا كانت قاعدة الإسناد تترك للأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم تعاقداتهم، فمن باب أولى أن تترك لهم حرية اختيار القانون الذي يحدد طبيعة هذه العقود، أي أن تكييف التصرفات التعاقدية يخضع لقانون الإرادة.

يعتبر أساس هذا الاستثناء هو الطابع الاتفاقي للعلاقات التي يتناولها والمترتب على استقلال إيرادات الأطراف في هذا الشأن، فكأن قاعدة الإسناد كما يقول إبراهيم أحمد إبراهيم لا تنطبق إلا على العلاقات القانونية التي تخضع بصفة إلزامية لقانون معين، ولكن ليست كل هذه العلاقات تخضع لتلك القاعدة، إذ أن الفقيه "بارتن BARTIN" يقيد مرة أخرى نطاقها⁽¹⁾.

في بيان مضمون هذه القاعدة وتبرير مداها ذهب البعض في هذا المعنى إلى أنه ليس زائفاً اجتماعياً ولا شاذاً من الناحية القانونية الاعتراف للأفراد بالنسبة لعملياتهم أو تصرفاتهم الخاصة بالاستقلال الذي يمكن اعتباره طبيعياً بكل المعنى الدقيق للكلمة.

تجدر الإشارة إلى أن نطاق مبدأ استقلال الإرادة أكثر اتساعاً في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي، حيث أنه في القانون الداخلي نجد أن الأفراد لا يستطيعون الإفلات من المسائل القانونية التي نظمها المشرع على نحو أمر، لأن القواعد الآمرة في القانون الداخلي تعتبر من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

استقر الفقه منذ وقت بعيد في القانون الدولي الخاص على قاعدة مقتضاها أن الأطراف أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، أو على ما يقره الفقه التقليدي هم الذين يعملون قانونهم، وتلك قاعدة من قواعد تنازع القوانين.

يذهب جانب من الفقه الحديث إلى أن القاعدة التي تقرر للمتعاقدين حق اختيار القانون المطبق في العقود الدولية ليست قاعدة إسناد، بل هي قاعدة مادية أو موضوعية في القانون الدولي الخاص، بمعنى أن القاضي يطبقها مباشرة على منازعات العقود التي تعرض أمامه،

(1) - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 73.

وموضوعها المباشر هو تحديد القانون المختص بحكم العقد، وذلك عندما يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم⁽¹⁾.

إلا أن الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة لا يشاطر هذا الرأي، فمن ناحية يرى أن هذا التكييف طبقاً لقاعدة سلطان الإرادة لا يتفق والمفهوم الفني للقاعدة المادية أو الموضوعية، فعلى ما هو ثابت في فقه قانون التجارة الدولية، فإن القاعدة المادية أو الموضوعية هي تلك التي تحكم مباشرة حلاً ينهي النزاع، بل تظل قاعدة غير مباشرة إرشادية تقتصر على بيان القانون الذي يعطي الحل الموضوعي والنهائي للنزاع⁽²⁾.

ينتهي الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة إلى القول بأنه على فرض اعتبار قاعدة قانون إرادة مادية أو موضوعية، فكيف يستقيم ذلك مع القول أن مبدأ اختصاص الإرادة بتحديد القانون الذي يحكم العقد من قاعدة الإسناد ذاتها التي ترخص للأطراف في اختيار العقد⁽³⁾.

أما في القانون الدولي الخاص، فإن قانون الإرادة يحكم كل شروط وآثار العقد، والقول بغير ذلك يشكل عقبة في سبيل التجارة الدولية⁽⁴⁾.

أخضع المشرع الجزائري وبموجب المادة 18 ق.م.ج تكييف الالتزامات التعاقدية هو الآخر للقانون الذي اختاره المتعاقدان وليس لقانون القاضي، حيث نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه".

(1)-بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 194.

(2)-أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 63.

(3)-مرجع نفسه، ص 64.

(4)-بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 194.

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يقيد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي بأي قيد سوى أن يكون للقانون الذي يختاره المتعاقدان صلة بهما أو بالعقد، مثل الجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

إلا أن بعض الفقهاء الانجليز يرون إطلاق حرية المتعاقدين في اختيارهما دون التقيد بأية صلة، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، على أن هذا الرأي يتفق مع الرأي السابق في وجوب استبعاد القانون المختار إذا انطوى على غش نحو القانون الواجب التطبيق.

يرى الدكتور **علي علي سليمان** وجوب الأخذ بالرأي الأول وتقييد اختيار المتعاقدين بتوافر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، لأنه من غير المعقول أن يختار الحكم عقدهما قانوناً لا صلة له مطلقاً بهما ولا بعقدتهما، دون أن يكون من وراء ذلك تحايلاً يقصد منه التهرب من القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

نرى أن وجهة نظر الدكتور **علي علي سليمان** جد سليمة، ذلك أن هذا التقييد لم يرد على مبدأ سلطان الإرادة في حد ذاته، وإنما اقترن بشرط توافر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، وهو قصد منع الأفراد من استغلال هذا المبدأ (مبدأ سلطان الإرادة) كوسيلة للتحايل على القانون، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 18 ق.م.ج.

من هذا المنطلق، يمكننا القول بأن مبدأ سلطان الإرادة لا يعد في تقديرنا استثناء حقيقياً من نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، إذ مادام الأطراف قد اتفقوا صراحة على الخضوع إلى قانون معين يحكم تصرفاتهم، فإن تكييف هذه التصرفات يكون من اختصاص هذا القانون باعتباره القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. إذ من التناقض أن نمنح الحرية للأفراد في اختيار القانون الذين يريدونه، ثم نلزمهم في نفس الوقت بتكييف تصرفاتهم وفقاً لقانون معين، لم تتجه إليه إرادتهم، فهذا الاستثناء إذن ليس له علاقة بالمبدأ الذي قرره "بارتن BARTIN" في نظريته.

(1) -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 109.

رابعاً: حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية

يتمثل هذا الاستثناء في حالة ما إذا وجدت معاهدة بين دولة القاضي ودولة أجنبية تنص على أن التكييف يكون خاضعاً لقانون آخر غير قانون القاضي، فقد يحدث أحياناً أن ترد قاعدة الإسناد في معاهدة دولية، فما الذي يتبع في التكييف اللازم لتطبيق هذه القاعدة في كل من الدول المتعاقدة؟.

لا شك أنه إذا اتفق في المعاهدة صراحة على تكييف معين وفق قانون معين وجب العمل بهذا القانون احتراماً للمعاهدة، وهذا أمر طبيعي ومنطقي ومسلم به، إذ تعتبر المعاهدة جزءاً من القانون الداخلي، ومن ثم يمكن القول بأن هذا القانون قد تخلى عن تكييف العلاقة القانونية في حدود ما هو مذكور في المعاهدة⁽¹⁾.

تأثر المشرع الجزائري بهذا الأمر في المادة 21 ق.م.ج بنصها على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"⁽²⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

(2) - من أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 14 من المعاهدة الفرنسية الإيطالية المنعقدة سنة 1930 والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، على أن الطبيعة التجارية للدعوى المرفوعة أمام القضاء، والتي تكلمت عنها المعاهدة تحدد تبعاً لقانون الدولة التي رفعت فيها هذه الدعوى. ومن أمثلة المعاهدات التي نظمت قواعد خاصة بالتكييف معاهدة مونترلو المؤرخة في 08 ماي 1937 والتي ألغت الامتيازات الأجنبية في مصر، إذ حددت هذه المعاهدة المقصود بمواد الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب، وأخضعت المواد التي تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية لقانون جنسيتهم. ونفس الطريقة أيضاً اتبعت في اتفاقيات لوزان والخاصة بالإقامة والتي عقدت بين تركيا والحلفاء في 24 جويلية 1923، وقد حددت هذه الاتفاقية سلسلة من المواد التي تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية والتي يجب أن تخضع لقانون الجنسية. ومن هذا القبيل أيضاً اتحاد بروكسل البحري سنة 1924، ففي الاتفاق الخاص بالشخص حدد معنى الناقل والبضائع والسفن، والاتفاق الخاص باتحاد الملكية الصناعية المؤرخ في 02 مارس 1883 والمعدل باتفاق واشنطن المؤرخ في 02 جويلية 1911 الذي حدد معنى الموطن الأصلي والملكية الصناعية وبراءات الاختراع، والاتفاق المبرم بين فرنسا وسويسرا في 15 جويلية 1869 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الذي يحدد في مادته 09 معنى محكمة "فتح التركة". غير أن المعاهدات التي أعطت أهمية أكثر للتكييف، معاهدة تفادي ازدواج الضرائب والتهرب من دفعها، فقد حددت معنى الضرائب بدقة متناهية ونفس الأهمية أعطيت كذلك إلى مسألة ازدواج الجنسية وكذا مسألة الانعدام. انظر: بلاممي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 201-203.

أشارت إلى موضوع التكييف أيضا بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر ودول أخرى، منها على سبيل المثال، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة المغربية بقصد تجنب "الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثروة"، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990⁽¹⁾، حيث أن الاتفاقية أعطت أهمية كبيرة لتكييف جميع المسائل المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي. على أن الأمر يدق عندما يتفق في المعاهدة على قاعدة إسناد، ولا ينص فيها على التكييف اللازم لتطبيقها؟.

يرى الفقيه "بارتن BARTIN" أنه في هذه الحالة يتولى القاضي في كل دولة إجراء التكييف اللازم لتطبيق قاعدة الإسناد على ضوء ما تقضي به النظم القانونية الداخلية في كل دولة، وذلك لأن أحكام المعاهدة تندمج في القانون الداخلي وتصير جزء منه، ومن ثم تخضع للتكييف الذي يؤدي إليه هذا القانون، وبعبارة أخرى يخضع التكييف في هذه الحالة وفقا لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة⁽²⁾.

ينتقد البعض الآخر من الفقهاء هذا النظر، لأن الأخذ به قد يترتب عليه اختلاف نطاق تطبيق القاعدة الواردة في المعاهدة من دولة إلى أخرى، بل قد يصل الأمر إلى حد تعطيل تطبيقها، وأنه تحاشيا لكل ذلك يتعين على القاضي البحث عن تكييف مشترك أي تكييف مقبول لدى الدول أطراف المعاهدة والحفاظ على عدم مسخ أحكامها.

نؤيد هذا الحل، لأنه من جهة يتفق مع المبدأ العام في تفسير المعاهدات، ومن جهة أخرى يحرص على الطبيعة التعاقدية للمعاهدة وتماسك نصوصها، فليس من المنطق، كما يرى الأستاذ هشام علي صادق أن يفسر الاتفاق الدولي بغير الرجوع إلى الإرادة المشتركة بوصفها المصدر الحقيقي لقوته الإلزامية⁽³⁾.

(1)-مرسوم رئاسي رقم 90-299 مؤرخ في 13 أكتوبر 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية قصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990، ج ر ع 44 لسنة 1990.

(2)-NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 464.

(3)-هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 63.

أخذ بهذا الرأي أيضا الأستاذ "نيبواييه NIBOYET" حيث يرى أنه يجب الأخذ بالتكليف المشترك بين الدول الموقعة على المعاهدة، لأن الهدف من إبرام المعاهدات كما يراه هذا الفقيه هو التوصل إلى الحل المشترك بين الدول المتعاهدة، وهذا لن يتم إذا لم يؤخذ بعين الاعتبار التكليف المشترك، فإذا قامت كل دولة بمفردها بتفسير المعاهدة حسب مزاجها ومصالحها، فإن هذا يؤدي إلى التغيير في أحكام المعاهدة، لأن الاختلاف في التكليف يترتب عليه اختلاف في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد، والتخلي عنها نهائيا، كما لو كانت قاعدة الميراث المتفق عليها خاصة بالميراث، فتكليف المسألة على أنها من الميراث أو من غيره يترتب عليه تطبيق المعاهدة أو عدم تطبيقها، لأن كل دولة قد تتوسع في مفهوم تطبيق هذه المعاهدة، أو تضيق من نطاق تطبيقها، وهذا الأسلوب الانفرادي في تفسير المعاهدة يؤدي في النهاية إلى مسخها وإخراجها عن الإطار الذي أنشأت من أجله⁽¹⁾. غير أنه مع ذلك، فإن التساؤل قد يبقى قائما إذا لم يوفق القاضي في الوصول إلى تكليف مشترك؟.

يرى الدكتور عز الدين عبد الله أن أفضل الحلول في هذه الحالة هو أن يجري القاضي التكليف وفقا لقانونه⁽²⁾. إلا أن الأخذ بهذا الرأي في تقديرنا سيجعل المعاهدة عديمة الجدوى، وهذا لن يحقق الهدف الذي أبرمت من أجله المعاهدة، ذلك أن القانون الداخلي غير مؤهل لحل المشاكل الدولية الخاصة، ما لم تتعاون الدول المعنية بالبحث عن إيجاد صيغة مشتركة ترضي جميع الأطراف. لذلك ومن أجل الحفاظ على تماسك نصوص المعاهدة وتوازنها يتعين التقيد بما تشير به المعاهدة نفسها فيما يتعلق بمسألة التكليف أو الرجوع إلى البحث عن النية المشتركة لجميع أطراف المعاهدة، أو الرجوع إلى الطرق الدبلوماسية لحل النزاع⁽³⁾.

(1) في هذا المعنى يرى الفقيه "نيبواييه NIBOYET" أن هذا الوضع أشبه ما يكون بإبرام تاجرين أو مصنعين عقدا كل منهما يريد تكليفه حسب مصلحته، فيكون تكليف أحدهما لصنف البضاعة من الدرجة الأولى، والآخر من الدرجة الثانية، وهذا أمر مستحيل عملا. انظر:

NIBOYET Jean Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 464.

(2) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ص 115 و116.

(3) يقول الأستاذان LOUSSOUARN وBOUREL في هذا المعنى وإذا كان هذا الإشكال قد طرح بحدّة في السابق وخاصة فيما يتعلق بوصية الهولندي، فإن هذا المشكل لم يعد يطرح اليوم، وعلى سبيل المثال لم يطرح هذا المشكل بين العلاقات الفرنسية=

نلمس هذا الاتجاه في كثير من المعاهدات الدولية، من ذلك ما نصت عليه الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي-اللوسومبرغي المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات⁽¹⁾. فقد نصت المادة 1/11 منها على أنه: " كل خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية يجب تسويته إذا أمكن بالطرق الدبلوماسية". فحسب هذا النص يتعين على أطراف الاتفاقية عند تفسيرهم أو تكييفهم لهذه الاتفاقية الرجوع إلى الطرق الدبلوماسية، وهذا يعني البحث عن النية المشتركة للأطراف من جهة وعدم اللجوء إلى المبادرات الانفرادية في تفسير وإعطاء تكييف للاتفاقية من جهة أخرى".

كما نصت الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983 في المادة 2/03 و3 على مايلي⁽²⁾: "يجوز لأي طرف متعاقد الإتيان بتكيفات للنص تكون ضرورية لإعطاء أثر للنظام المنسق إزاء تشريعه الوطني، على أن تكون مطابقة للالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة". فبالإضافة إلى التفاصيل التي ذكرتها هذه الاتفاقية تفاديا لأي نزاع أو خلاف يقع بشأنها، فإنها قد حسمت الأمر صراحة فيما يتعلق بعملية التكييف على أساس نظرية قانون القاضي ولكن مع مراعاة مطابقة هذا التكييف للالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة. ومعنى ذلك أنه يتعين على القاضي المرفوع أمامه النزاع عند إجرائه التكييف أن ينطلق من مفهوم تشريع دولته في تفسير تلك الالتزامات التي تقيدت بها دولته، آخذا بعين الاعتبار أحكام هذه الاتفاقية⁽³⁾.

=والهولندية بفضل معاهدة "لاهاي" المؤرخة في 05 أكتوبر 1961 الخاصة بتنازع القوانين فيما يتعلق بشكل الوصية، إذ وضحت المادة 05 من هذه الاتفاقية كل ما من شأنه أن يثير غموضا والتباسا بين الأطراف في هذه المعاهدة. انظر:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, 7^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p 297.

(1)-مرسوم رئاسي رقم 91-245 مؤرخ في 13 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير والتطبيق بين الأطراف المتعاقدة، ج ر ع 46 صادرة في 16 أكتوبر 1991.

(2)-مرسوم رئاسي رقم 91-241 مؤرخ في 20 جويلية 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع، الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983، ج ر ع 36 صادرة في 31 جوان 1991.

(3)-بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص ص 204 و205.

الواقع هو أن القاضي في هذه الوضعية يتقيد بالتكليف المشترك لجميع أطراف المعاهدة، وهذا استنادا للمادة 10 من هذه الاتفاقية المتعلقة بتسوية الخلافات التي أوضحت الوسائل التي يتعين إتباعها في حالة وقوع النزاع بين الأطراف المتعاقدة، فنصت على مايلي: "

1- أي خلاف يطرأ يسوى بين الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية قدر الإمكان عن طريق التفاوض المباشر بين هذه الأطراف.

2- تحيل أطراف الخلاف، كل خلاف لم تتم تسويته أمام لجنة النظام المنسق التي تدرسه وتصدر بشأنه توصيات قصد تسويته.

3- تحيل لجنة النظام المنسق الخلاف الذي لم تستطع تسويته أمام المجلس الذي يصدر بشأنه توصيات طبقا للمادة 03 من الاتفاقية المتضمنة لإنشائه.

4- تستطيع أطراف الخلاف الاتفاق مسبقا على قبول توصيات اللجنة أو المجلس".

كما نصت المادة 1/13 من اتفاقية النقل الجوي المبرمة بين الجزائر ومملكة هولندا الموقع عليها يوم 22 مارس 1987 على مايلي⁽¹⁾: "في حالة نشوء نزاع بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق يحاول الطرفان المتعاقدان تسويته عن طريق المفاوضات في المرحلة الأولى".

هكذا أشارت هاتان الاتفاقيتان إلى حل مشكلة التنازع بشأن التكليف وأوضحتا الطرق والوسائل التي يتعين إتباعها في حالة نشوء نزاع أو خلاف يتعلق بتكليف أو تفسير مثل هذه الاتفاقيات. فالقاضي لا يستطيع أن ينفرد بالتكليف في مثل هذه الحالات، وإن كان يستأنس بقانون دولته في مفهوم هذه الالتزامات، ولكن يتعين عليه أن يراعي التكليف المشترك بين الأطراف المتعاقدة التي أشارت إليها الاتفاقية وإن تعذر عليه ذلك، فإنه يلجأ إلى الأجهزة التي حددتها هذه الاتفاقية المخولة بتفسيرها.

(1)-مرسوم رئاسي رقم 92-329 مؤرخ في 29 أوت 1992، يتضمن المصادقة على اتفاق النقل الجوي بين الجزائر ومملكة هولندا، الموقع عليه يوم 22 مارس 1987، ج ر ع 65 لسنة 1992.

تجدر الإشارة في النهاية إلى القول، بأنه في الفرض الذي يتعذر فيه على القاضي الوصول إلى استخلاص النية المشتركة للدول المتعاهدة، كما لو لم يستطع أن يتبين من الأعمال التحضيرية للمعاهدة ما يلقي الضوء على القصد المشترك للدول الأطراف في المعاهدة، فإنه في هذه الحالة لا مناص من إخضاع التكييف لقانون القاضي، كما لو كانت قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المعاهدة من وضع المشرع نفسه⁽¹⁾.

الواقع أن هذا الحل ليس بمجد، إذ قد لا يرضي كل أطراف المعاهدة، مما قد يخلق خلافا جديدا حول مضمونها، ويؤدي إلى تحويلها عن الهدف الذي أنشئت من أجله وبالتالي إلى رفضها من الأساس.

في تقديرنا، أن الحل الصحيح يكمن في النص صراحة في المعاهدة على إعطاء تكييف واضح يتعين إتباعه عندما ينشأ خلاف حول أحد نصوص المعاهدة، وبهذه الكيفية يقضي على النزاع المحتمل في مهده، وكل معاهدة لا تأخذ هذا الحل سلفا بعين الاعتبار تكون ناقصة، ولا يمكن أن تصمد أمدا طويلا.

تثبت تاريخيا نقض بعض المعاهدات من هذا النوع، ومن أمثلة ذلك معاهدة لاهاي الموقعة سنة 1902 من طرف بعض الدول الأوروبية التي نصت في مادتها 01 على مايلي: "أن عقد الزواج يخضع لقانون جنسية الزوجين المستقبليين"⁽²⁾. وقد وقعت على هذه المعاهدة كل من ألمانيا وفرنسا وبلجيكا وغيرها من الدول، ثم حدث بعد ذلك أن أراد بعض الفارين من الجيش الألماني "وهو أصلا من أهالي الألزاس واللورين" إلى بلجيكا وفرنسا أن يتزوجوا، فاعترضت الحكومة الألمانية على هذا الزواج بحجة أن هؤلاء الأشخاص لم يحصلوا على إذن من رؤسائهم، عملا بالمادة 1315 من القانون المدني الألماني، وهو قانون جنسيتهم، طبقا لنص المعاهدة⁽³⁾.

(1)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 64.

(2)-ART 01 de convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits des lois en matière de mariage dispose que: « Le droit contracter mariage est régler par la loi nationale de chacun des futur époux, à moins qu'une disposition decette loi ne se réfère expressément à une autre loi ».

(3)-NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 464.

وقد اعترضت فرنسا وبلجيكا على ذلك بحجة أن هذا المنع إرادي، وأن المقصود بحق الزواج هو الحق المحكوم في قواعد القانون الخاص وحدها، فقد تمسك الفريقان كل بوجهة نظره، الأمر الذي دفع فرنسا إلى الإسراع بنقض هذه الاتفاقية، بل ولم تقف عند هذا الحد إذ نقضت الاتفاقيات الأخرى المتعلقة بالطلاق والوصاية على القصر والبالغين وغيرهم⁽¹⁾.

تجدر الملاحظة في الأخير، أن التكييف أو طريقة التفسير التي يتفق أطراف المعاهدة على إتباعها لا تعد استثناء حقيقيا من نظرية "بارتن BARTIN" في إخضاعه التكييف لقانون القاضي، وإنما هي قاعدة اتفاقية، ذلك أنه من حق الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق أو الطريقة التي يتم بموجبها تفسير المعاهدة، وهذا الاختيار في تقديرنا لا علاقة له بقانون القاضي أو المبدأ الذي قرره "بارتن BARTIN" على نظريته في شيء احتراماً لإرادة أطراف المعاهدة.

خامساً: حالة الاستحالة المادية

قد تعرض على القاضي مسائل قانونية مجهولة في قانونه بصدد المسألة المطروحة، ولا ترجع إلى ملائمة هذا الحكم إذا ما قورن بالأحكام السارية في الدولة التي ينطبق فيها القانون الأجنبي، وهي دولة القاضي، لأن الملائمة وعدم الملائمة أمور لا يتم تقديرها إلا في الأحوال التي يتميز فيها مضمون القانون الأجنبي بالوضوح والتحديد المنافي لكل شك أو تأويل، فالاستحالة المادية في الواقع استحالة فنية ترجع إلى قصور أو عيب في بنية الحكم أو المضمون الذي تحتويه القاعدة الأجنبية ذاتها، وهو ما يحول دون تطبيقها، وهكذا يستحيل إجراء القاضي التكييف في القضية المعروضة عليه وفقاً لقانونه، وذلك بسبب جهالة مضمون هذا القانون تماماً لدى القاضي والخصوم، كالوقف في الشريعة الإسلامية مثلاً أو نظام الترسد المعروف في القانون

(1) - « En France on considéra que le terme droit de contracter mariage ne comprenait que les règles de droit privé en matière de mariage, dans d'autres pays on a prétendu qu'il visait les règles relatives au mariage quelle fussent de droit privé ou droit publique». Voir: NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 464.

الانجلوسكسوني وغير معروف في القانون الفرنسي⁽¹⁾. فما هو الحل الذي يتبعه القاضي في مثل هذه الحالات، وما هو التكييف الذي يتبعه إذا كان قانونه يجهله؟.

يرى جانب من الفقه أن مثل هذه الأنظمة التي يجهلها قانون القاضي المعروض عليه النزاع يتعين تكييفها وفق القانون الأجنبي، لأن جهل هذه الأنظمة من طرف قانون دولة القاضي قد يؤدي إلى صعوبات فنية وعملية في استخلاص الوصف القانوني السليم لنزاع متعلق بشكل هذه الأنظمة⁽²⁾.

غير أن جانبا آخر من الفقه لا يرى هذا الرأي بالنسبة للأنظمة التي تعتبر غير معروفة في دولة القاضي استثناء، فالتكييف حسب هذا الرأي يجب أن يتم دائما وفقا لقانون القاضي، حتى لو تعلق الأمر بأنظمة قانونية أجنبية غير معروفة في هذا القانون، فإذا كان القاضي يقوم دائما بتكييف العلاقات غير المعروفة في قانونه ليعرف إلى أي مجموعة قانونية يمكن أن تنتمي، وحتى يطبق عليها القاعدة القانونية الواردة في هذا الخصوص وليقرر ما إذا كانت باطلة أو صحيحة، وما هي الآثار المترتبة في حالة الصحة، ولا يستطيع الامتناع عن الحكم بحجة سكوت القانون أو غموضه، فليس هنا ما يمنع من قيامه بهذا التكييف إذا أريد به التمهيد لتطبيق قاعدة إسناد معينة، حتى لو كانت العلاقات المختلطة موضوع النزاع تنتمي إلى نظام قانوني أجنبي غير معروف في قانونه إذ يستطيع أن يلحقها بنظام قانوني أجنبي وطني مشابه، كالزواج والتملك والوفاة والميراث... الخ⁽³⁾.

(1)- بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 45. انظر أيضا: بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعيد دحلب، البلدة، ع 01، 2011، ص 120. غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2017، ص 73.

(2)- بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 198.

(3)- مرجع نفسه، ص 199.

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة، مكتفياً بالقاعدة العامة في إخضاع التكيف من حيث المبدأ إلى قانون القاضي المنصوص عليها في المادة 09 ق.م.ج. وفي اعتقادنا، وبالرغم من سكوت المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة إلا أنه عندما تعرض أمام القاضي الوطني أنظمة غير معروفة في قانونه، فإنه يتعين عليه الاستئناس بالقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه الأنظمة لمعرفة طبيعتها القانونية، ثم يقوم القاضي بتكييفها على ضوء قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون دولته، لمعرفة القانون المختص، فإذا تعذر عليه ذلك يقوم بتكييفها وفقاً للمنهج المقارن، حتى يتفادى تشبيه نظام مجهول بنظام معلوم لديه يختلف عليه اختلافاً جذرياً.

فالوصف السليم للعلاقة القانونية المجهولة في النظام القانوني لدولة القاضي لا يتأتى إلا إذا تم وفقاً للقانون الأجنبي الذي ينظمها، أو الاستعانة بالمنهج المقارن في معرفتها، وليس وفق لنظام يشابهها من أنظمة قانون القاضي. ولتأخذ على ذلك بعض الأمثلة من قواعد الشريعة الإسلامية، كالمهر والعدة، والطلاق البائن بينونة كبرى، فإنه لا يمكن فهم مثل هذه الأنظمة إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية والأمر بالطبع لا يقتصر على الشريعة الإسلامية وإنما يشمل كل الأنظمة التي يجهلها قانون القاضي⁽¹⁾.

بشكل عام يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية "بارتن BARTIN" في أوج تطورها باستعماله الصياغة المرنة في التكيف على النحو الذي تبناه الفقه الحديث والذي تجنب في النهاية أوجه النقد الأساسية التي وجهت لنظرية "بارتن BARTIN" عن طريق إخراج النظرية نفسها من إطارها الجامد، ذلك أنه وإن كانت تبدو نظرية إخضاع التكيف وفقاً لقانون القاضي لأول وهلة أنها الطريقة المثلى لحل مشكلة تنازع القوانين، غير أن الحل الذي جاءت به نظرية قانون القاضي لم يمنع من وجود بعض النقائص والسلبيات في هذه النظرية، وهذا باعتراف بعض أنصارها، ذلك أن الأساس الذي بنيت عليه في الفقه الفرنسي بدا غير واضح، سوى بعض الأحكام القضائية التي تفيد بأن التكيف الذي تم كان وفقاً لقانون القاضي، دون أن تشير هذه الأحكام إلى أنها اتبعت طريقة معينة في التكيف.

(1) - بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص 235.

إذا كان الفقيه نفسه مؤسس هذه النظرية قد اعترف بأنه أسس نظريته على استقراء أحكام القضاء الفرنسي، الذي كان يقوم بالتكييف بشكل تلقائي دون محاولة تبريره، فإن من الفقهاء الذين تصدوا لمراجعة عمل هذا الأخير من يؤكد أنه بالرجوع إلى الأحكام الفرنسية التي استند عليها الفقيه في صياغة نظريته لم يجد حكماً واحداً يستدل منه على أن المحكمة أرادت تكييف العلاقة الأجنبية وفقاً للقانون الفرنسي، بل وجد على العكس من ذلك أحكاماً غير قليلة اتبعت تكييف القانون المختص في حكم العلاقة.

كما وجهت لنظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، انتقادات أخرى، حيث أخذ جانب من الفقه على هذه النظرية إخضاعها التكييف لقانون القاضي، وعليه فهي قد افترضت تطابق الغاية التي تهدف إليها قواعد الإسناد مع الهدف الذي تسعى إليه القواعد الموضوعية في القانون الداخلي، ويرى هذا الاتجاه أن ما تسعى قواعد الإسناد إلى تحقيقه هو فض النزاع الدولي للقوانين، في حين أن القواعد الموضوعية في القانون الداخلي تهدف إلى حل النزاع وبنسبة على ذلك أنه لا يصح تفسير التعاريف التي تتضمنه قواعد الإسناد على ضوء مفاهيم القانون الداخلي⁽¹⁾.

تصدى الفقه الحديث للرد على هذا النقد مقرراً أنه ليس هناك ثمة ما يمنع أن يكون لنفس الفكرة مفهومين مختلفين أحدهما يستعمل في نطاق القانون الدولي الخاص والآخر في مجال القانون الداخلي، وهذا الاختلاف قد يوجد في القانون الداخلي، ففي القانون الفرنسي مثلاً تتخذ فكرة "الزنا" معنى يختلف في القانون المدني عنه في القانون الجنائي، ففي القانون المدني يقصد بالزنا العلاقة غير الشرعية بين الزوج أو أي طرف ثالث، بينما نجد أن جريمة الزنا في القانون الجنائي لا تتصور إلا إذا وقع الفعل المعاقب عليه في منزل الزوجية.

(1) -صادق محمد محمد الجبران، مرجع سابق، ص ص 57 و58.

مهما كان الأمر فقد أكد الفقه الحديث أن اختلاف مفهوم الفكرة المسندة في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي ينزل منزلة الاستثناء من القاعدة العامة، إذ أن الأصل هو اتحاد مفهوم الفكرة الواحدة في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

كذلك إن إخضاع التكييف لقانون القاضي يؤدي إلى تغيير مضمون الفكرة المسندة، كلما تغيرت القواعد الموضوعية في هذا القانون، وبعبارة أدق أن إخضاع التكييف لقانون القاضي ينجر عنه بالضرورة من الناحية العملية تجاهل للمقتضيات الجوهرية لمبادئ قواعد التنازع، سواء أكان ذلك على مستوى تطبيق قاعدة التنازع أو من حيث الغموض بشأن معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة وقت نشوئها.

يرد الدكتور **هشام علي صادق** على هذا النقد بقوله أن المسألة هنا تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد، ومادام أن المشرع عدل من القواعد الموضوعية في قانونه فلم يعد ثم ما يمنع من تغيير مضمون الفكرة المسندة على هذا الأساس الجديد. ويضيف قائلاً وإذا افترضنا أن التعديل اللاحق للقواعد الموضوعية قد يؤدي إلى سلب قاعدة الإسناد قيمتها، فلا يمكن الرد في هذه الحالة أن مثل هذه النتيجة متصورة الوقوع بالنسبة لكافة القواعد القانونية إزاء أي تعديل تشريعي في نطاق القانون الداخلي⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك قصور النظرية عن الإحاطة بالفرض الذي يواجه فيه القاضي علاقة مجهولة عن قانونه، إذ كيف يتسنى للقاضي أن يرجع إلى قانونه لكي يصف نظاماً غريباً عن أحكام هذا القانون⁽³⁾.

تصدى الفقه الحديث إلى هذا النقد مؤكداً أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يحول دون إمكان الاستئناس بالقانون الأجنبي من جهة، ثم الالتجاء إلى القانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي من جهة أخرى، فأخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي تجاهلاً تاماً بل على العكس فإنه يتعين الرجوع دائماً إلى القانون الأجنبي الذي تمسك الخصوم

(1) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 65.

(2) - مرجع نفسه، ص 65.

(3) - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 66.

بأحكامه حتى يفهم القاضي حقيقة المركز أو العلاقة المطروحة أمامه، وإذا ما انتهى القاضي من هذه المرحلة التحليلية فعليه بعد ذلك أن ينتقل إلى المرحلة التالية وهي رد المسألة محل البحث إلى الفكرة المسندة الملائمة لها وفقا لمفهوم القانون الوطني⁽¹⁾.

هذا، ولم يكتف الفقه الحديث بالإشارة إلى ضرورة الرجوع إلى القانون الأجنبي لتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء ومعرفة ملامحها الأساسية قبل تكييفها وفقا للمفاهيم الوطنية في دولة القاضي، بل أنه أكد ضرورة التوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه، ويخرج هذا الاتجاه في ذلك نظرية "بارتن BARTIN" من إطارها الضيق مبرزا أهمية الاستعانة بالقانون المقارن عند الكشف عن مضمون الفكرة المسندة في القانون الوطني حتى يمكن أن تتسع هذه الأخيرة للمراكز التي يجهلها قانون القاضي⁽²⁾.

رغم أن "بارتن BARTIN" يعارض فكرة توسيع مفهوم القانون الأجنبي على حساب قانون القاضي، لأنه يعتبر مثل هذا التصرف من شأنه التشويه أو مسخ قانون القاضي، إلا أن الرجوع إلى القانون المقارن من شأنه أن يمكن القاضي من إدراك طبيعة النزاع، ومن ثم إدخاله في مضمون فكرة الطلاق في القانون الفرنسي، أخذا بالمفهوم الواسع لهذه الفكرة، إذ أن الدراسة المقارنة تكشف للقاضي الفرنسي عن وجود نظما قانونية متعددة تتيح للزوج أن يطلق زوجته

(1)- يشير هذا الاتجاه إلى قضية ميراث المالطي السالفة الذكر كمثال لسلامة التحليل السابق، فمن العسير على القاضي الفرنسي أن يتحقق من طبيعة الحق الذي تمسكت به الزوجة -والمسمى بنصيب الزوج المحتاج- وأن يصفه وصفا سليما وفقا للقانون الوطني دون أن يستشير أولا القانون الأجنبي الذي استندت الزوجة إلى أحكامه(القانون المالطي)، إذ أن الرجوع إلى القانون الأجنبي يمكن القاضي في مثل هذه الحالة من تحليل عناصر الحق محل النزاع والكشف عن خصائصه الأصلية تمهيدا لإدراجه في إحدى الفكر المسندة في القانون الوطني. وعلى هذا النحو فإذا كان القانون الأجنبي يمنح هذا الحق للأرامل فقط دون المطلقات، فقد يستخلص من ذلك أننا إزاء نظام ميراث ولسنا أمام نظام مالي للزوج، بينما إذا كان النصيب يمنح للأرملة والمطلقة على حد سواء، فهنا يمكن القول بأنه داخل في النظم المالية للزوج. انظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 66 و 67.

(2)- فالنظم التي تعترف للزوج بحقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة مثلا كما هو الشأن بالنسبة للشريعة الإسلامية تعد نظما غريبة تماما عن القانون الفرنسي، وعلى ذلك فمن العسير على القاضي في فرنسا أن يرجع إلى قانونه لتكييف النزاع المتعلق بطلاق أحد المسلمين تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أن القانون الفرنسي الذي يخضع له التكييف يجهل طبيعة المركز المطروح أمامه والذي يخول الزوج حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة. انظر: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 67 و 68.

بإرادته المنفردة، ومن ثم توضح له أن مفهوم الطلاق في القانون الدولي الخاص الفرنسي يمكن أن يتسع ليشمل انحلال الرابطة الزوجية بمثل هذه الوسيلة⁽¹⁾.

هكذا نلاحظ كيف أن الفقه الحديث قد تجنب في النهاية الانتقادات الموجهة إلى نظرية "بارتن BARTIN"، فسمح للقاضي من جهة باستشارة القانون الأجنبي المحتمل التطبيق لتحديد المفهوم الحقيقي للعلاقة المطروحة أمامه، ثم أتاح له من جهة أخرى أن يوسع من مضمون الأفكار المسندة في قانونه حتى يسهل له أن يدخل فيها المراكز التي يجهلها هذا القانون.

لعل هذه الحقيقة تسمح لنا بإدراك أهمية الدور الفعال الذي ساهم به الفقه في الإبقاء على نظرية "بارتن BARTIN" بعد أن هذب من جمودها، وساعد على تطويرها بما يتفق وطبيعة العلاقات الدولية، ومع ذلك فيجب الاعتراف بأن مسلك الفقه الحديث على النحو السالف لم يكن إلا رد فعل طبيعي للانتقادات السالف ذكرها والتي وجهها إلى نظرية "بارتن BARTIN" أصحاب الاتجاهات الأخرى في التكيف⁽²⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 68.

(2) - مرجع نفسه، ص 68.

المبحث الثاني

الإسناد القانوني للمنازعات المتعلقة

بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

بعد انتهاء القاضي من تكييف المسألة المطروحة أمامه ذات العنصر الأجنبي وإدخالها ضمن نظام قانوني معين بحسب ما يقضي به قانون القاضي، تأتي المرحلة الموالية التي يتم من خلالها إسناد العلاقة القانونية للقانون الملائم الذي سيحكمها بموجب قواعد القانون المثبت له الاختصاص فيها.

لما كانت دراستنا تنصب على نوعين من المسائل منها ما ينتمي إلى مسائل الأحوال الشخصية وهو الزواج وانحلاله ومنها ما ينتمي إلى مسائل الأحوال العينية وهو المال المعنوي، فإن المشرع الجزائري فرق بين القانون الذي يحكم هذه المسائل، فأخضع الزواج وانحلاله لقانون الجنسية (المطلب الأول)، وأخضع المال المعنوي لقانون الموقع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع الزواج وانحلاله إلى قانون الجنسية

يعد الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، ومن أفسح الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين وهذا راجع للاعتبارات الاجتماعية والدينية والخلفية التي يقوم عليها، ونظرا لتدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فيما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه.

عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 ق.أ.ج بنصها على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسر أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽¹⁾.

(1)–Cette définition est similaire à la notion de mariage en droit français, qui requiert le consentement des époux pour établir un mariage. ART 146 du code civil français dispose que: « il n'ya pas de mariage lorsque il n'ya pas de consentement ».

لما كان الزواج وانحلاله محل اختلاف بين التشريعات بخصوص تحديد ضابط الإسناد الذي يحكمهما، فإن المشرع الجزائري أخضعهما صراحة لقانون الجنسية بدلا من قانون الموطن⁽¹⁾. غير أنه وقبل ذلك سنتطرق إلى الخطبة والتي تعد من أهم مقدمات الزواج (الفرع الأول)، انعقاد الزواج (الفرع الثاني)، انحلال الزواج والانفصال الجسماني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الخطبة كمقدمة من مقدمات الزواج

جرت العادة أن يبدأ الزواج بالخطبة، فالخطبة كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 05 ق.أ.ج على أنها: "وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد في القانون المدني تبين القانون الواجب التطبيق على مقدمة الزواج أو الخطبة، غير أن الفقه قد أخضع هذه الأخيرة إلى القانون الشخصي أي قانون جنسية الشخص وذلك تأسيسا على أنها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ولها صلة وثيقة بروابط الأسرة.

هذا ما سيتم التفصيل فيه عند التطرق لشروط الخطبة (أولا)، آثارها والعدول عنها (ثانيا).

(1) - لما كان الزواج من بين مسائل الأحوال الشخصية، فإن هذه الأخيرة كانت محل اختلاف التشريعات حول القانون الذي يحكمها بصفة عامة، فمن الدول من أخذت بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي، كالقانون الجزائري، القانون الفرنسي، القانون الأردني، القانون الليبي، وبرتت هذه التشريعات موقفها على أساس القانون الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومن جهة أخرى فإن الشخص يمكنه تغيير موطنه بسهولة في حين أنه لا يستطيع تغيير جنسيته بسهولة، كما أن انتماء الشخص يكون عادة للدولة التي يحمل جنسيتها أكثر من الدولة التي يسكن فيها. ومن التشريعات من أخذت بقانون الموطن، كالقانون الإنجليزي، القانون الكندي، القانون الدانماركي، القانون الأمريكي، وبرتت هذه الاتجاهات موقفها على أساس أن هذا القانون يحقق مصلحة الفرد والأشخاص الذين يتعاملون معه في موطنه لأن هؤلاء على علم بالقانون المطبق في مكان إقامتهم بينما هم يجهلون أحكام قانون جنسية الأجنبي، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون الموطن يساعد المهاجرين على التأقلم في المجتمع الذي يعيشون فيه. وأيضا أن وحدة النظام القانوني الذي يجب أن تخضع له الأسرة يقتضي الاعتدال بضابط الموطن باعتبار أن الأسرة تتوطن عادة في مكان معين وإن اختلفت جنسية الزوجين. انظر: أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 85. انظر أيضا: آيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص ص 08 و 09.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p p 349-350. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 7^{ème} éd, op.cit, p 123. PIERRE Mayer, droit international privé, 5^{ème} éd, Delta, Beyrouthe, Liban, 1994, p 333.

أولاً: شروط الخطبة

على اعتبار الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فهي لا تقوم إلا بتوافر شروط موضوعية لصحتها وبالتالي التمهيد للزواج(1)، وقد يشترط حسب بعض التشريعات ووفقاً لبعض الأعراف والتقاليد شروط شكلية معينة(2).

1-الشروط الموضوعية للخطبة

بما أن الخطبة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، فإنها تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لأن هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج والعقد النهائي، لذلك فلا بد من إخضاع الخطبة لنفس قواعد الإسناد التي تحكم الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية وذلك بالتمييز بين حالتين، الأولى إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، يطبق قانون جنسية الطرفين. أما الثانية إذا كان الخاطبان من جنسيتين مختلفتين، يطبق القانون الوطني لكل من الطرفين، بحيث يلزم توافر شروط الخاطب التي نص عليها قانونه وشروط المخطوبة التي نص عليها قانونها، وذلك تطبيقاً موزعاً للقوانين(1).

2-الشروط الشكلية للخطبة

يحكم الشروط الشكلية للخطبة قانون المحل الذي تمت فيه كقاعدة عامة، أو قانون كل من الطرفين قياساً على الأحكام المنظمة للشكليات في الزواج، فالقانون الجزائري لا يفرض شكلية معينة للخطبة، غير أنها تتم باحترام مراسيم مختلفة ترتبط أكثر بالأعراف والتقاليد المستقرة في منطقة معينة، فتعتبر الخطبة صحيحة إذا احترمت الأوضاع التي يقرها قانونها بمعنى قانون مكان إبرام وقيام الخطبة(2).

(1)-كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص ص 74 و75.

(2)-فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 02، 1999، ص 104.

ثانياً: آثار الخطبة والعدول عنها

سكت المشرع الجزائري عن تحديد القانون الذي يحكم آثار الخطبة والعدول عنها، وهذا على غرار الفقه الذي حاول تحديد القانون الذي يحكمها، فقد أخضع آثار الخطبة إلى قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، وذلك قياساً على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الآثار المترتبة على الزواج⁽¹⁾.

أما بالنسبة للعدول عن الخطبة، فبالرغم من أنه حق لكلا الطرفين فلا يترتب أية مسؤولية إذا استعمل وفقاً للغاية التي وجد من أجلها وهي عدم الإكراه في الزواج، إلا أن الفقه اختلف حول القانون الواجب التطبيق هنا بين حالتين، الأولى تتعلق بالقانون الذي يحكم التعويض عن العدول⁽¹⁾، والثانية تتعلق بالقانون الذي يحكم استرجاع الهدايا بعد العدول⁽²⁾.

1- القانون الذي يحكم التعويض عن العدول

اتفقت التشريعات على أنه للخاطبين الحق في العدول عن الخطبة ولا يمكن إجبار أحد الخاطبين على الزواج اعتماداً على حريته، وبالتالي يخضع العدول أو الفسخ إلى قانون جنسية الخاطب وقت العدول أو الفسخ، وهو موقف أغلب التشريعات العربية.

غير أنه إذا كان العدول حق فهو مقيد بعدم إساءة استعمال الحق بمفهوم المادة 124 ق.م.ج⁽²⁾ وإلا ترتب عنه تعويض ما ألحق من ضرر للطرف الآخر اعتماداً على قواعد المسؤولية التقصيرية والتي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام، اعتماداً على نص المادة 20 من نفس القانون⁽³⁾.

(1)- بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 82.

(2)- نصت المادة 124 ق.م.ج على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

(3)- نصت المادة 20 من نفس القانون على أنه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يعد العدول من المسائل التي تتدرج ضمن الالتزامات غير التعاقدية المنصوص عليها في المادة 20 ق.م.ج المشار إليها أعلاه، فقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام هو الذي يحكم العدول والتعويض عنه.

2- القانون الذي يحكم الهدايا بعد العدول

اختلفت الآراء والاجتهادات القضائية في شأن القانون الذي يحكم استرجاع الهدايا بعد العدول، إذ يرى البعض بضرورة خضوعها إلى قانون جنسية الخاطبين على أساس أنها تدخل في مضمون انعقاد الخطبة في حد ذاتها، وذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الالتزام برد الهدايا يرجع إلى قانون محل تحقق الإثراء ذلك أن الالتزام برد الهدايا هو تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

مما لا شك فيه أن القانون الواجب التطبيق على الخطبة على النحو السابق يمكن استبعاده في جميع الحالات التي يصطدم فيها بالنظام العام الذي يعرفه المجتمع الجزائري، كما لو كان القانون الواجب التطبيق على الخطبة يلزم المخطوبين بإتمام إبرام عقد الزواج أو يلزم التعويض عن العدول ولو كان دون خطأ، لأن ذلك يعد إكراها على إتمام الزواج وهو أمر غير جائز في النظام القانوني الذي تقوم عليه الخطبة في المجتمع الجزائري، بل يخالف النظام العام الجزائري مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الذي كان واجب التطبيق على الخطبة⁽²⁾.

يعتبر القانون القطري للأحوال الشخصية، من أكثر القوانين دقة في تنظيم مسألة الخطبة من حيث شروطها وآثارها، وكان أكثر دقة عند تنظيمه لتنازع القوانين حولها، فالمادة 18 من القانون رقم 22-2004 المتضمن القانون المدني القطري تؤكد ذلك حينما قررت أنه: "تسري على الخطبة الأحكام المبينة في المواد السابقة بشأن الزواج، شروط الصحة والشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين وقت الانعقاد أو القانون القطري إذا كان أحدهما قطريا، أما الأوضاع الشكلية من توثيق ومراسيم دينية إلى قانون بلد الزواج، أو قانون جنسيتها أو

(1)-كريم كريمة، مرجع سابق، ص 79 و 80.

(2)-بلعبور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 82 و 83.

الموطن المشترك، أما بالنسبة للآثار فتخضع لجنسية الزوج وقت الانعقاد أو القانون القطري عند اتحاد الجنسية ."

أولى المشرع القطري الخطبة اهتماما بالغا بوضع قاعدة إسناد خاصة بحل نزاعات الخطبة المشتملة على عنصر أجنبي، وجنب بذلك القضاة عناء بحث ودراسة مختلف الآراء والاتجاهات الفقهية التي حاولت وضع قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة، وهذا عكس المشرع الجزائري الذي لم يخص المسألة بتنظيم خاص، وخاصة أنه في الوقت الحالي لا يمنع الاستفادة من طرق الاتصال الحديثة بحيث تتم الخطبة عبرها، والتي تكمن في المحادثة ورؤية المتحدث مباشرة عبر أجهزة الاتصال على الرغم من المسافة الشاسعة التي تفصل بين الخاطبين، وتتم الخطبة بينهما من غير عناء، إما عبر الهاتف أو الانترنت، وهنا تطرح مشكلة أخرى هي مشكلة تحديد مكان الخطبة أمام زوال الحدود الجغرافية نتيجة لاستعمال الانترنت.

في اعتقادنا أنه حان الوقت لتدارك هذا النقص ووضع قاعدة إسناد خاصة بالخطبة مسايرة للتطورات الحاصلة على الصعيدين الوطني والدولي.

الفرع الثاني

انعقاد الزواج

يتطلب الزواج لانعقاده صحيحا ولترتيب آثاره القانونية شروط عديدة سواء أكانت موضوعية أو شكلية، وهذه الشروط حتما ستختلف من دولة لأخرى بحكم اختلاف الأنظمة القانونية والعقائد الدينية، ومادام الزواج الذي يشكل أحد أهم محاور دراستنا يتمثل في ذلك الذي يشمل على عنصر أجنبي، فغالبا ما يثار خلاف حول القانون الذي يحكم شروطه وآثاره، لذلك أخضعه المشرع الجزائري إلى القانون الشخصي.

هذا ما سيتم التفصيل فيه عند التطرق لشروط الزواج (أولا)، والآثار المترتبة عليه (ثانيا).

أولاً: شروط الزواج

يجب لانعقاد الزواج صحيحاً أن تتوافر فيه شروطاً معينة هي الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، وقد بين المشرع الجزائري صراحة قاعدة الإسناد التي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج(1).

أما بالنسبة للشروط الشكلية، فالظاهر أن المشرع الجزائري قد اكتفى بقاعدة الإسناد التي نص عليها في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للتصرفات القانونية بصفة عامة(2).

1- الشروط الموضوعية للزواج

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية ويترتب على تخلفها انتفاء الزواج أو وجوده مع بقاءه قابلاً للإبطال(1).

اختلفت التشريعات في شأن القانون الواجب التطبيق عليها إلى ثلاث اتجاهات، فبين من يرى تطبيق قانون كل من الزوجين، ومن هذا الاتجاه، التشريعات العربية، القانون الألماني، القانون البولوني، القانون التشيكوسلوفاكي. وبين من يرى تطبيق قانون موطن الزوجية، ومن ذلك القانون الإنجليزي والدول الاسكندنافية(2). أما الاتجاه الثالث فيسندها إلى قانون محل إبرام الزواج دون تمييز بين شكل وموضوع الزواج كالقانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية(3).

لما كان المشرع الجزائري من بين التشريعات التي أخذت صراحة بالرأي الأول(4)، وهو إخضاع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين(أ)، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها وإنما ترد عليها استثناءات(ب).

(1)- جاءت الشروط الموضوعية للزواج مشمولة في المادتين 09 و 09 مكرر ق.أ.ج، وهي رضا الزوجين، وموافقة الولي، أو القاضي إذا اقتضى الأمر، وشاهدان، وصدّاق، وأهلية، وانتفاء الموانع الشرعية.

(2)- ARMINJON, op.cit, p 24.

(3)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 149.

(4)- خالف المشرع الفرنسي نظيره المشرع الجزائري، بحيث أنه لم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية للزواج، غير أن الفقه الفرنسي قد اجتهد في تأويل المادة 3/03 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن: " القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج"، واقترح إخضاع الشروط الموضوعية للقانون الشخصي=

أ- خضوع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين كقاعدة عامة

نظم المشرع الجزائري القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج في المادة 11 ق.م.ج التي نصت على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"⁽¹⁾.

من المتفق عليه هنا أن مفهوم القانون الشخصي للزوجين يتحدد بتحديد القواعد الموضوعية التي ينص عليها القانون الوطني لكل منهما دون القواعد الإجرائية، فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما ويعتد به وقت إبرام عقد الزواج حتى لو تغيرت جنسية أحد طرفي العلاقة الزوجية أو كلاهما فإن القانون المذكور يبقى معمولاً به ولا يتغير⁽²⁾.

غير أن تطبيق هذا الإسناد يثير العديد من الصعوبات، وخاصة في حالة اختلاف جنسية الزوجين، حيث يثور التساؤل عن المقصود باصطلاح "القانون الوطني لكل من الزوجين"، فهل تخضع الشروط الموضوعية للزواج حينئذ لقانون جنسية كل من الزوجين بحيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، ويستلزم أيضا أن تتوفر في الزوجة كافة الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون

=للزوجين أي قانون جنسية الزوجين وذلك على أساس أن هذه الشروط تندرج ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، وهذه الأخيرة يحكمها ضابط الجنسية، إذن فمن المنطقي حسب قولهم إخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية العاقدين. انظر: رجاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، قسنطينة، ع 05، 2016، ص 110. انظر أيضا:

DANIEL Gutmann, 3^{ème} éd, op.cit, p 143. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 7^{ème} éd, op.cit, p 353.

(1)-يتأكد تفضيل المشرع الجزائري تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج أيضا في المادة 1/97 من القانون رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، ج ر ع 21 صادرة في 27 فيفري 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014، ج ر ع 49 صادرة في 09 أوت 2014 بنصها على أنه: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية، يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج". غير أنه وإذا كان نص هذه المادة أحادي الجانب إذ تطرق إلى زواج الجزائريين في الخارج ولم يتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر أو خارجها، فإنه لا يوجد ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 تفسيرا مزدوجا بحيث يخضع الأجانب بالنسبة لزواجهم الذي يعقد في الجزائر لقانون جنسيتهم.

(2)-بومروا سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 111 و112.

جنسيتها وقانون جنسية زوجها، أم يكفي أن تتوفر في الزواج بالنسبة لكل زوج استنادا إلى قانون جنسيته فقط؟.

اتجه الفقه في مسألة أو كيفية تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج في مثل هذه الحالات التي تختلف فيها جنسية الطرفين إلى اتجاهين، الأول يرى أن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا تم وفقا للقانونين معا، بحيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، ويستلزم أيضا أن تتوفر في الزوجة كافة الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها وقانون جنسية زوجها⁽¹⁾. وسبب ذلك أن إسناد الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين يرجع إلى كون الزواج يرتب آثارا هامة، ولن يكون منطقيا أن يتم إسناد هذه العلاقة إلى قانون الزوج بينما تعتبر باطلة وفقا لقانون الزوجة⁽²⁾.

إذا كان التطبيق الجامع لا يثير أية إشكال في حالة اتفاق جنسية الزوجان مادام أنه سيتم تطبيق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتها، فإن الصعوبة تظهر عندما تختلف جنسيتهم، وتختلف الأحكام الموضوعية الخاصة بالزواج لكل منهما. في هذا الصدد ذهب اتجاه ثان إلى القول بالتطبيق الموزع، بمعنى أنه يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط، فإذا كنا بصدد علاقة زواج مبرمة بين ألماني وفرنسية، فإنه يكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الألماني وحده، وأن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الفرنسي وحده. واستثناء من

(1) - زلاسي بشرى، قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحطب، البلدة، ع 01، 2011، ص 178.

(2) - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، ع 22، 2012، ص 107. انظر أيضا:

BISCHOFF Jean-Marc, Répertoire de droit international, Mariage, T II, Dalloz, Paris, 1999, p 26.
LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1988, p 468.
KESSMAT El Gueddawy, Relations entre système confessionnel et laïc en droit international privé, B.D.I.P, Paris, 1997, p 131.

الأصل توجد بعض الشروط الموضوعية بالنظر إلى أهميتها يجب أن تخضع إلى التطبيق الجامع⁽¹⁾. غير أن السؤال المطروح هنا كيف يتم تحديد هذه الشروط؟.

ميز الفقه الألماني في هذا الصدد بين نوعين من الشروط، الأولى فردية والثانية مزدوجة، ونعني بالشروط الفردية أو الايجابية تلك الشروط التي تخص كل زوج على حدة، مثل شرط السن والأهلية، وهذا النوع من الشروط لا يثير أية صعوبة ويبقى خاضعا للتطبيق الموزع⁽²⁾.

أما الشروط المزدوجة أو السلبية فيقصد بها تلك الشروط الخاصة برابطة الزواج في حد ذاته، مثل موانع الزواج كالقربانية، وشرط عدم الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل⁽³⁾. فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس هذا الأخير من الموانع المزدوجة، وعلى هذا الأساس أبطلت زواج فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه الوطني يسمح له بتعدد الزوجات، وهذا النوع من الشروط يجب أن يخضع للتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين⁽⁴⁾. وعليه إذا نص أحد القانونين على مانع من موانع الزواج فلا ينعقد الزواج صحيحا⁽⁵⁾.

(1) - مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012/2011، ص 50.

(2) - HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, GERAUD de Geouffre de la pradelles, droit international privé, Masson, Paris, 1987, p 516.

(3) - تبنى المشرع الجزائري موانع الزواج في المواد 23، 24 و 30 ق.أ.ج، فنصت المادة 23 منه على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة". ونصت المادة 25 من نفس القانون على أن: "موانع النكاح المؤبدة هي: القربانية؛ المصاهرة؛ الرضاع". أما المادة 30 من نفس القانون فقد نصت على أنه: "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة؛ المعتدة من طلاق أو وفاة؛ المطلقة ثلاثا. كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع؛ زواج المسلمة مع غير المسلم".

(4) - بومروا سفيان، مرجع سابق، ص 112.

(5) - حواسي يامنة، انعقاد الزواج المختلط وآثاره، دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع 04، 2016، ص 403. انظر أيضا: رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 112.

AUDIT Bernard, droit international privé, 3^{ème} éd, Economica, Paris, 2000, p 538. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 3^{ème} éd, op.cit, p 470. BISCHOFF Jean-Marc, op.cit, p 26.

إذن، نظرا لصعوبة تحقيق التطبيق الجامع تم اللجوء إلى فكرة التطبيق الموزع التي تستلزم أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه أي اعتبار الشروط الموضوعية صحيحة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين على انفراد. واستثناء يجب تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا فيما يتعلق بموانع الزواج مثل القرابة، الدين، العدة وغيرها من المبادئ التي تعتبر استجابة لمبادئ خلقية عليا باستثناء الموانع الإقليمية مثل اللون والجنس فلا تمتد إلى خارج الإقليم وهذا يعني ضرورة استبعادها. أما إذا نص قانون جنسية أحد الزوجين على منع الزواج بسبب درجة القرابة أو اختلاف الدين وحدث وأن تحققت هذه الموانع فإن الزواج لا يكون صحيحا حتى لو كان هذا المنع غير مقرر في قانون أحد الزوجين⁽¹⁾.

غير أنه وبالرغم من أهمية هذا الأمر، إلا أن المشرع الجزائري وبموجب المادة 11 ق.م.ج، لم يشر إلى نوع التطبيق المراد به فيها، هل هو التطبيق الجامع أو التطبيق الموزع. ورغم صعوبة التطبيق الجامع، بل استحالة تطبيقه باستثناء موانع الزواج، فإننا نعتقد بضرورة تعديل النص القانوني الذي يحدد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج بشكل يقطع الخلاف الفقهي المثار حول هذا المسألة. وهذا مثل ما نص عليه المشرع الكويتي حيث اعتبر أن المقصود بتطبيق قانون جنسية الزوجين هو التطبيق الموزع، فقد ورد في نص المادة 36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته. إذا كان أحد الزوجين كويتيا وقت انعقاد الزواج، ويسري القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الأهلية".

(1) - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مرجع سابق، ص 111. انظر أيضا: عسالي عبد الكريم، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 362.

رغم أن قانون 05-10 جاء بتعديلات هامة مست جوانب مختلفة، ولاسيما منها الأحوال الشخصية فإن هذه التعديلات تبقى في نظرنا غير كافية حيث أن أغلب هذه القواعد وضعت في ظروف اقتصادية واجتماعية مختلفة. ومن ثم أضحت عاجزة عن ملاحقة التطور الذي تعرفه العلاقات الخاصة الدولية، وأصبحت في حاجة ماسة لإضفاء تعديلات جذرية عليها بما يستجيب للتغيرات الحاصلة.

ب- خضوع الشروط الموضوعية للقانون الجزائري كاستثناء

إذا كان الأصل العام هو خضوع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الزوجين، فإن المشرع الجزائري قد أورد استثناء عليه، فنص في المادة 13 ق.م.ج على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". وهذا يعني أن تقدير صحة الشروط الموضوعية للزواج يكون طبقا للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

إن نطاق التحفظ المنصوص عليه في المادة 13 ق.م.ج لا يؤثر في مجال تطبيق هذا الاستثناء إلا بالنسبة للطرف الأجنبي وحده الذي يبقى خاضعا فيما يتعلق بأهليته لقانون جنسيته، وقد حدد المشرع الجزائري الوقت الزمني الذي يعتد فيه بهذا الاستثناء وهو كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ولا يغير في الأمر إذا ما صار أحد الزوجين أجنبيا وقت رفع الدعوى⁽¹⁾.

طبقا لهذا الاستثناء، إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده، واستثناء تظل أهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسيته. فلو تزوج جزائري بفرنسية لخضع الزواج للقانون الجزائري بالنسبة لجميع الشروط الموضوعية باستثناء أهلية الزواج فتبقى خاضعة لقانون كل زوج على حدة⁽²⁾.

(1) - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مرجع سابق، ص 113.

(2) - مرجع نفسه، ص 113.

غير أن هذا الاستثناء قليل الفعالية إذا أبرم الزواج في الخارج وكان الزوجان أجنبيين ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية، كذلك إذا عرض النزاع على قاضي أجنبي، وكان أحد الزوجين أجنبيا عند إبرام الزواج، إذ يلجأ القاضي الأجنبي إلى إجراء التطبيق الموزع بين جنسية الزوجين إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة 11 ق.م.ج ولا يأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 13 ق.م.ج، مثلا طبقا للقانون الجزائري لا يجوز لمسلمة أن تتزوج بغير مسلم وهذا شرط موضوعي في القانون الجزائري، ولكن إذا أبرم الزواج في بلد أجنبي غير إسلامي فلا يعتد بهذا الشرط لمخالفته للنظام العام عنده على أساس أنه قرر تمييزا يقوم على الحالة الدينية لا مبرر له⁽¹⁾.

على هذا الأساس انتقد الفقه إطلاق إسناد الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني وحده، فهو يكرس النزعة الوطنية بما يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص المقارن ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية، وبالأخص المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، والتي نصت على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء، وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء أكان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود".

كما نصت على نبذ مثل هذا التمييز المادة 02 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981 حيث نصت على أنه: "يتمتع كل شخص بالحقوق والحريات المعترف بها والمكفولة في هذا الميثاق دون تمييز خاصة إذا كان قائما على العنصر أو العرق أو اللون أو

(1) - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص على ضوء قانون 05-10، مرجع سابق، ص 163.

الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو المنشأ الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر".

على هذا الأساس اقترح بعض الفقهاء إسناد هذه الروابط الدولية المختلطة لقانون الموطن أو محل الإقامة المعتادة أو احتياطياً لقانون المحكمة قياساً على ما هو جاري العمل به في القانون الفرنسي. ومن جهة أخرى، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تحتوي على آلية قانونية استثنائية معترف بها في القوانين المقارنة تقتضي باستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض مع النظام العام لقانون دولة القاضي.

في اعتقادنا أن الامتياز المقرر لصالح القانون الوطني متى كان أحد الزوجين وطنياً (جزائرياً) هو استثناء له ما يبرره رغم ما قد يمكن أن يشوبه من عيوب، إذ أن حالة الأشخاص يجب أن تبقى خاضعة للقانون الشخصي باعتباره أكثر ملائمة للتطبيق من غيره في مثل هذه الروابط الدولية المختلطة.

وعليه، لا يمكن القبول بتطبيق قانون الموطن كبديل لقانون الجنسية لأن القبول بذلك سيؤدي إلى تطبيق نتائج تتعارض مع النظام العام كما هو الشأن بالنسبة لمسألة عدم زواج المسلمة بغير مسلم.

2- الشروط الشكلية للزواج

يقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج كل الإجراءات المتعلقة بتحرير عقد الزواج وتسجيله وإثباته وتحديد الجهات المختصة بإبرامه وإعلام الغير به وكل المسائل المتعلقة بالشهود. وتختلف هذه الأخيرة من بلد إلى آخر، ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وفي بعضها الآخر يشترط الشكل المدني لانعقاده، ومن الدول من تجيزه في الشكلين معاً، بينما تكتفي دول أخرى لانعقاده برضا الطرفين فقط دون ربطه بأية شكلية معينة⁽¹⁾.

(1) -صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 240. انظر أيضاً: نسرین شریقی، سعید بوعلی، مرجع سابق، ص 60. حسین نواره، مرجع سابق، ص 55.

المستقر عليه فقها وقضاء على الصعيد الدولي خضوع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية بشكل عام وهو قانون محل الإبرام(أ)، واستثناء منح الاختصاص للقانون الشخصي للزوجين المستقبليين في حالة الزواج المبرم أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج(ب).

أ- إسناد الشروط الشكلية للزواج إلى قانون بلد الإبرام

لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية لصحة الزواج، غير أنه وبالرجوع للقاعدة العامة التي تتعلق بشكل التصرفات القانونية بوجه عام باعتبار الزواج أحدها، فإنها تخضع لقانون محل الإبرام⁽¹⁾. ويستفاد هذا من نص المادة 1/97 ق.ح.م.ج التي نصت على أن: "الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

كما نصت المادة 71 من نفس القانون على أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر على الأقل إلى تاريخ الزواج. ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

(1)- إن خضوع التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها هي قاعدة شهيرة معروفة منذ القدم وتسمى بـ "قاعدة لوكيس Locus Regit Actum" وهي من أهم قواعد القانون الدولي الخاص، وقد ساهم فقهاء المدرسة الإيطالية بقسط وافر في إبراز هذه القاعدة معتمدين في ذلك بشكل كبير على نصوص ومبادئ القانون الروماني. ثم جاء الفقيه "كورتيس CURTIUS" الذي برر خضوع موضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس أن إرادة الأفراد قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون. وقد تلقى هذه الفكرة الفقيه الفرنسي "ديمولان DUMOULIN" الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة على شكل التصرف، وإبعاد موضوع التصرف عن هذه القاعدة، وكان ذلك بمناسبة بحثه في موضوع النظام المالي للزوجين حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وليس القانون. أما فقهاء المدرسة الهولندية فقد عرفوا هذه القاعدة وقبلوا بتطبيقها لاسيما في مجال الزواج. انظر: مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 90. انظر أيضا: مدوري زايد، تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 123.

يستشف ذلك أيضا من نص المادة 19 ق.م.ج التي أخضعت شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام بالإضافة إلى ضوابط اختيارية أخرى، حيث نصت على أنه: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية". غير أن التساؤل الذي يطرح هنا وباعتبار أن شكل الزواج يختلف من دولة إلى أخرى فما مدى إلزامية هذه القاعدة؟.

إن التباين في طبيعة نظام الزواج له تأثير على صفة الإلزام في القاعدة خاصة في حالات الزواج المختلط أين يقدم الزوجان على عقد قرانهما وفق الشكل المحلي في بلد الإبرام في حين قانونهما الشخصي قد يشترط الشكل الديني ويترتب على تخلفه البطلان. ونظرا للاعتبارات العملية التي قامت عليها القاعدة من تسيير المتعاقدين عند إبرام تصرفاتهم القانونية سيزول ولو اعتبرت القاعدة ملزمة وتزول معه كل جدوى من النص عليها، كما أن اعتبارها ذات طابع ملزم وإن كان يتلاءم مع غاية كل دولة من احترام الشكل الذي تفرضه لإبرام الزواج على إقليمها، فإنه يتعارض مع ما هو متعارف عليه في المجتمع الدولي من خضوع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون محل الإبرام ذو طابع اختياري، ومن ثم كان خضوع الزواج في جانبه الشكلي لقانون بلد الإبرام ذو طبيعة اختيارية يعطي من جهة للأفراد نوعا من الحرية في اختيار القانون الذي يحكم شكل تصرفهم القانوني كما أنه يتلاءم مع طبيعة نظام الزواج الذي تنتهجه كل دولة من جهة أخرى⁽¹⁾.

(1)-حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 401. انظر أيضا:

MESTER (J), Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel, R.C.D.I.P, Paris, n° 3, juillet-septembre, 1977, p p 660 -661. DANIEL Gutmann, droit international privé, 2^{ème} éd, D.S, Paris, 2000, p 122. HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, GERAUD de Geouffre de la pradelle, op.cit, p 513.

أما المشرع الجزائري وبموجب المادة 19 ق.م.ج فإنه لم يدع مجالاً للشك حول الطابع الاختياري للقاعدة⁽¹⁾، زيادة على ذلك فإن هذا الأمر يستخلص كذلك من نصوص المواد 75⁽²⁾، 96⁽³⁾ و 97 ق.ح.م.ج السالفة الذكر.

ب- إسناد الشروط الشكلية للقانون الشخصي للزوجين

إن قاعدة خضوع الشروط الشكلية للزواج لقانون بلد الإبرام قاعدة ليست إلزامية، إذ قد تستبعد لصالح القانون الشخصي في الحالة التي يعقد فيها الزواج أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية، فاختصاص هذه الأخيرة قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام⁽⁴⁾. وقد تم تكريس هذه القاعدة بموجب اتفاقية فيينا المنعقدة في 24 أبريل 1948 إذ جعلت من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية قاعدة حقيقية من قواعد القانون الدولي العام⁽⁵⁾. كما اعترفت اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته بصلاحية

(1)- إذا كان المشرع الجزائري قد حسم موقفه بشأن الطابع الاختياري لقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه حسب المادة 19 ق.م.ج (قاعدة لو كيس)، إلا أن الطابع الخاص بهذه القاعدة مزال محل اختلاف فيما بين التشريعات الأخرى، ويمكن تصنيف قوانين مختلف الدول حول هذه المسألة في ثلاث مجموعات، الأولى تجعل هذه القاعدة اختيارية، ويدخل ضمن هذه المجموعة القانون المصري (المادة 20)، القانون العراقي (المادة 26)، القانون السوري (المادة 21)، القانون الكويتي (المادة 37)، القانون الإيطالي (المادة 26)، القانون الفرنسي (المادة 171)، أما الثانية تجعل هذه القاعدة إلزامية بالنسبة للزواج المبرم على إقليمه، واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج، ويدخل ضمن هذه المجموعة القانون النمساوي (المادة 16)، القانون الألماني (المادة 13)، القانون البولوني (المادة 12)، أما الثالثة فهي تجعل هذه القاعدة إلزامية أيا كان بلد إبرام الزواج سواء أتم إبرامه في إقليمها أو تم إبرامه في الخارج، ويدخل في هذه المجموعة القانون اليوغسلافي (المادة 33)، القانون الألباني (المادة 06)، القانون المجري (المادة 12)، القانون البلغاري (المادة 30)، القانون التشيكوسلوفاكي (المادة 20). انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 241 و 242.

(2)- نصت المادة 75 ق.ح.م.ج على أنه: "عندما يكون ضابط الحالة المدنية أو الموثق غير مطلع شخصيا على حقيقة مسكن أو محل إقامة طالب الزواج فيجب أن يقدم هذا الأخير ورقة تثبت وجود مسكنه أو محل إقامته وإلا فيوقع على تصريح بشرفه".

(3)- نصت المادة 96 من نفس القانون على أن: "كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

(4)- MESTER(J), droit international privé français, Mariage, condition de forme, J-C, Paris, 1993, Fasc 546-20, p 12. Voir aussi: LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 3^{ème} éd, op.cit, p 466. DANIEL Gutmann, 2^{ème} éd, op.cit, p 123.

(5)- أعراب بلقاسم، أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 02، 2004، ص 26. انظر أيضا:

HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, GERAUD de Geouffre de la pradelle, op.cit, p 515.

إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك. وما نصت عليه أيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974⁽¹⁾.

كما تم تقنين هذه القاعدة في العديد من تشريعات الدول من بينها التشريع الجزائري في المادتين 96 و 2/97 و 3 ق.ح.م.ج، حيث نصت المادة 96 منه على أن: "كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعدان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

وعليه يجوز إبرام زواج الجزائريين في الخارج طبقا للشكل المقرر في القانون الوطني، والملاحظ أيضا أن هذه المادة لم تعلق اختصاص رجال الأعدان الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط.

كما نصت المادة 2/97 و 3 من نفس القانون على أنه: "ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعدان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أنه إذا كانت الزوجة أجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم".

الملاحظ من هذه المادة أنها أعطت رجال الأعدان الدبلوماسيين أو القناصل هذه الصلاحية إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتتمتع بجنسية البلد المضيف، أما إذا كانت غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم الذي لم يصدر في الجزائر لتبقى الإمكانية المخولة للبعثة الدبلوماسية أو القنصل لعقد هذا الزواج متوقفة على نص دولي كاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية أو على التقنين الداخلي وفقا لأحكام اتفاقية فيينا السابقة الذكر.

(1)-أمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 جويلية 1974، يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية، الموقعة في باريس يوم 24 ماي 1974، ج ر ع 62 صادرة في 02 أوت 1974.

أمام عدم نص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية للزواج والاكتفاء بتحديد القاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، يجب على المشرع الجزائري إحداث قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج تجلي الغموض والجدل الفقهي المثار حول هذه المسألة وتتماشى أيضا مع التطور المتسارع الذي تشهده العلاقات الدولية الخاصة بما يضمن إيجاد حلول ملائمة للمشكلات الناجمة عن تنازع القوانين في مسألة إبرام الزواج المختلط.

ثانيا: آثار الزواج

يترتب على عقد الزواج المختلط واجبات والتزامات متقابلة منها ما هي شخصية تقع على عاتق الزوجين كواجب الإخلاص والطاعة والنفقة⁽¹⁾. وأخرى مالية كارتباط الأزواج بالنظام المالي للزوجين المقرر ببعض الشرائع والتي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجين، خلافا لما أوردهت الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ الاستقرار المالي للزوجين⁽²⁾.

(1)- نص المشرع الجزائري على آثار الزواج الشخصية في المادتين 36 و 37 ق.أ.ج، أما الآثار المالية فهي غير معروفة في النظام الجزائري، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، وهو ما أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 37 منه التي نصت على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

(2)- من أهم النظم المالية السائدة في أوروبا وعلى الأخص في فرنسا نجد نظام الاشتراك المالي وبمقتضاه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، كما يشتركان في الديون الناشئة عن هذه الحاجات، ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة، وفي هذا النظام يستقل كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين. نظام الانفصال المالي وبمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف والتمتع والإدارة بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة، وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلوسكسونية وغير معمول به في فرنسا. نظام الدوطة أو الباننة ألغي هذا النظام في فرنسا بموجب قانون 13 جويلية 1965، وقد كانت الزوجة تقدم بموجبه لزوجها بعض أموالها في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، ولكن هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز له التصرف فيها ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها حرية التصرف واستغلالها. انظر: زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص ص 141 و 142. انظر أيضا:

أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج كقاعدة عامة لقانون الجنسية واستثناء للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج(1)، غير أن تطبيق هذه القاعدة يثير العديد من الصعوبات في بعض الحالات(2).

1-خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كقاعدة العامة

نظم المشرع الجزائري القانون الذي يحكم آثار الزواج سواء أكانت شخصية أو مالية في المادة 1/12 ق.م.ج التي نصت على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج". وعليه فالمشرع الجزائري وبتحديده للوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يكون قد وضع حدا لتنازع القوانين فيما لو غير الزوج جنسيته بعد قيام الزواج، حيث جعل الآثار المترتبة عنها الشخصية والمالية تبقى خاضعة إلى نفس القانون الذي تم في ظله الزواج(1).

مما لا شك فيه أن المشرع الجزائري يقصد بقانون جنسية الزوج في هذه المسألة القانون المطبق في الدولة التي يحمل جنسيتها وقت انعقاد الزواج على الآثار المترتبة عنه بما في ذلك ما يتعلق بالمال، ولا يعتد بجنسية الزوج الجديدة حتى ولو كانت هي نفسها جنسية الزوجة أي جنسية مشتركة مادام النص واضحا في سريان قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وليس بقانون نشأة النزاع بين الزوج والزوجة(2).

غير أن هناك بعض الفقهاء يفضلون في حالة تغيير جنسية الزوج إلى جنسية زوجته بتطبيق قانون الجنسية المشتركة على آثار الزواج لأنه يصبح هذا القانون الجديد هو الأقرب إلى العلاقة الزوجية أي هو القانون الذي له صلة بتلك العلاقة أكثر من غيره(3).

على الرغم من وجهة هذا الرأي من الناحية النظرية، إلا أننا نختلف معه لأنه لا يعالج تنازع القوانين في عدة فروض أخرى منها تمتع الزوج بأكثر من جنسية عند إبرام عقد الزواج ومن ثم

(1)-بلعبور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 04، 2009، ص 133.

(2)-مرجع نفسه، ص 133.

(3)-مرجع نفسه، ص 133.

يبقى التنازع قائما إذا غير جنسية دولة دون الأخرى وبالتالي يكون مشترك في الجنسية مع زوجته بالنسبة للجنسية التي تنازل عنها واكتسب جنسية زوجته على إثرها ولكنه في نفس الوقت يبقى مختلف الجنسية مع زوجته بالنسبة للدولة التي لم يغير جنسيتها.

كذلك الأمر بالنسبة إلى الحالة المحتملة التي قد يغير فيها الزوج جنسيته مرة أخرى وبالتالي هل يطبق قانون جنسيته الأولى أم قانون جنسيته الثانية أم قانون الجنسية الجديدة ومن ثمة تكون أحكام القانون الذي يطبق على آثار الزواج غير مستقرة الأمر الذي تجنبه المشرع الجزائري.

يبدو واضحا أن المشرع الجزائري قد فضل قانون جنسية الزوج على جنسية الزوجة بالنسبة لآثار الزواج لأن الرجل باعتباره زوجا هو رب العائلة⁽¹⁾. ومن جهة أخرى لاستحالة تطبيق قانونين في وقت واحد كما هي الحال في قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام عقد الزواج الواردة في المادة 11 ق.م.ج حيث أمرت بالرجوع إلى قانون الزوجين مع التطبيق الموزع⁽²⁾.

هنالك حالة أخرى ليس لها حلول في حالة الأخذ بالجنسية المشتركة وهي الحالة التي يفقد فيها الزوج جنسيته فما هو القانون التي يحكم آثار الزواج في هذه الحالة؟ بينما طبقا للقاعدة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 12 ق.م.ج ثابتة وتبقى قائمة وصالحة للتطبيق في جميع الحالات حتى في حالة فقدته للجنسية بعد انعقاد عقد الزواج.

فالمشرع الجزائري ويتحديه قاعدة إسناد خاصة بآثار الزواج سواء كانت شخصية أو مالية أكد على عدم فتح الباب أمام الزوجين والزوج على وجه الخصوص تغيير جنسيته عن طريق استعمال وسائل الغش من أجل تغيير قاعدة الإسناد وبالتالي تغيير القانون الواجب التطبيق على الآثار المترتبة على الزواج.

(1) - وهو الحل الذي تبناه القانون الفرنسي يوم أن كان يعتبر الزوج هو رب الأسرة، فقد جاء في قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة استئناف باريس في 17 فيفري 1950 مايلي:

« Les principes généraux du droit, l'unité du lien conjugal, et la nécessité pratique de soumettre les enfants communs dont le statut est indivisible, à une protection uniforme, désignent la loi du ménage, c'est-à-dire la loi du mari, chef de famille, comme celle devant régir les effets du mariage ».

(2) - أعراب بلقاسم، أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 29.

ما يلاحظ على قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج التي تبناها المشرع الجزائري هو اختلاف هذه الأخيرة عن القاعدة التي خصصها لانعقاد الزواج حيث أخضع فيها شروط الزواج الموضوعية إلى قانونين كما سبق بيانه، في حين أخضع آثاره لقانون واحد، ذلك أنه لا يمكن تطبيق قانون الزوج والزوجة في آن واحد على آثار الزواج إذ لن يتسنى تطبيق أيهما إلا بمخالفة القانون الآخر.

يبدو أن المشرع الجزائري قد فضل توحيد النظام القانوني الذي يطبق على آثار الزواج وجعله قاصرا على قانون جنسية الزوج دون الأخذ بقانون جنسية الزوجة تفاديا لتنازع قانون الزوجة مع قانون الزوج في تطبيقهما معا.

يلاحظ أيضا على قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج اختلافها عن قواعد الإسناد التي أخذت بها بعض القوانين الغربية حيث أخضعت آثار الزواج بنوعيتها إلى قانون الجنسية المشتركة ومنها قانون ألمانيا الاتحادية لعام 1986 وكذلك القانون اليوناني والبرتغالي، ويرجع الهدف من إخضاع آثار الزواج في هذه الدول لقانون الجنسية المشتركة إلى إرادة تحقيق مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة حتى أمام قواعد الإسناد⁽¹⁾.

إذا كان الأصل العام على نحو ما سبق ذكره هو خضوع آثار الزواج بنوعيتها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج فاستثناء من هذا الأصل وطبقا لنص المادة 13 ق.م.ج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تخضع كل آثار الزواج للقانون الجزائري وحده، ومعنى ذلك أن تخضع كل آثار الزواج للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل وليس للاستثناء⁽²⁾.

(1)- بلعبيور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط، مرجع سابق، ص 137.

(2)- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص

2-الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج

رغم أن دخول أغلب المسائل السابقة في مفهوم آثار الزواج وخاصة الآثار الشخصية إذا لم تكن محل شك إلا أن هناك بعض الصعوبات تعترض تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج منها نفقة الزوجية(أ)، مشارطات الزواج(ب)، الحالة المدنية للزوجة(ت).

أ-نفقة الزوجية(العادية والوقئية)

تعد النفقة الزوجية من أهم مسائل الزواج التي أثارت بعض الصعوبات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وتعود الصعوبة الأولى في الواقع إلى وجود قاعدة إسناد خاصة بنفقة الأقارب تختلف في حكمها عن القاعدة التي تحكم آثار الزواج، وهو ما يثير مشكلة تحديد القانون الذي يخضع له الالتزام بنفقة الزوجية هل يتعين اعتبار هذه النفقة أثر من آثار الزواج وتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، أم تدخل نفقة الزوجية في النطاق الخاص بنفقة الأقارب وتخضع لقانون المدين بها حسب المادة 14 ق.م.ج⁽¹⁾، سواء أكان الزوج أم الزوجة؟.

إن الالتزام بنفقة الزوجية يترتب كنتيجة مباشرة للزواج، لذلك فالمنطقي تكيفها على أنها أثر من آثار الزواج وتخضع بالتالي لقانون الزوج وقت الزواج الذي يتكفل بتحديد كل ما يتعلق بها من حيث وجوب النفقة والشخص الملتزم بها ومدتها وأسس تقديرها وجزاء الامتناع عن أدائها وتقدمها وانقضائها... الخ⁽²⁾.

أما الصعوبة الثانية بشأن نفقة الزوجية، فهي تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقئية. ويقصد بهذه الأخيرة النفقة التي تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى ترتبط بإنشاء رابطة الزوجية أو إنهاؤها، وذلك بهدف إصدار حكم وقتي لمواجهة حاجة الزوجة العاجلة في ضرورات المعيشة إذا ما هجرها زوجها أو امتنع عن الإنفاق عليها، حتى لا يترتب على بقاء القضاء إضرار بها، ولكن ليس من شأن هذا الحكم التأثير في جوهر النزاع⁽³⁾.

(1)- نصت المادة 14 ق.م.ج على أنه: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

(2)- أعراب بلقاسم، دراسة لبعض الصعوبات التطبيقية لقواعد الإسناد الخاصة بالزواج، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع 01، 2007، ص ص 08 و 09.

(3)- بلعبيور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط، مرجع سابق، ص 137.

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى إخضاع النفقة الوقتية التي تطالب بها الزوجة أثناء دعوى التطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، وقد كيف هذا القضاء النفقة الوقتية كما هو واضح، على أنها من آثار الزواج، وذلك تأييدا للرأي الفقهي الذي يراها أثر ونتيجة لقيام رابطة الزوجية باعتبارها تستند إلى الوضع الشخصي أو صفة طالبها وكونه زوجا.

لم يلق هذا التكييف قبولا كافيا لدى البعض، إذ يرى هؤلاء تكييفها على العكس من ذلك، على أنها من موضوع دعوى التطلاق، وتخضع بالتالي للقانون الذي يخضع له التطلاق وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽¹⁾.

يرى فريق من الفقه، تكييف النفقة الوقتية على أنها من الإجراءات الوقتية التي يطلب إلى القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم ومصصلحة الدولة في تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة، وبالتالي فقد انتهى هذا الرأي إلى إخضاع النفقة الوقتية لقانون القاضي.

الواقع أن النفقة الوقتية تعد مسألة مستقلة عن النزاع الأصلي ذاته، ومن ثم فلا يمكن اعتبارها أثر من آثار علاقة زوجية التي تثار بشأنها النزاع أو حتى من الآثار المستقبلية للحكم الذي عساه أن يصدر في النزاع كالحكم بالتطلاق. فالنفقة الوقتية لا صلة لها بجوهر الزواج، إذ قد يحكم بها كإجراء تحفظي لحماية حقوق المتقاضين لحين الفصل في النزاع، على الرغم من أن النزاع قد يكون قائما حول صحة الزواج ذاته. والنفقة الوقتية لا صلة لها أيضا بموضوع التطلاق، إذ أن التطلاق لم يتحقق بعد، وعلى ذلك فمن الصعب إخضاع النفقة الوقتية للقانون الذي يحكم آثار الزواج أو للقانون الذي يحكم آثار الطلاق أو التطلاق⁽²⁾.

ينتقد جانب آخر من الفقه، الأساس الذي يستند إليه الرأي السابق في اعتباره النفقة الوقتية من إجراءات التقاضي التي يحكمها قانون القاضي، ذلك أن النفقة الوقتية لا تتصل بكيفية عرض النزاع أمام القضاء ولا بتحقيقه ولا بالفصل فيه وهي لا تتعلق كذلك بسير الخصومة. لذلك ظهر اتجاه في الفقه الحديث، يرمي إلى اعتبار النفقة الوقتية من التدابير الضرورية التي يطلب من

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 296.

(2)-مرجع نفسه، ص ص 296 و 297.

القضاء اتخاذها بغض النظر عن النزاع الأصلي نفسه، ولا فرق في ذلك بين كون النزاع الأصلي مشتملاً على عنصر أجنبي أو كونه وطنياً في جميع عناصره، ذلك أن القاضي عندما يقرر مثل هذه التدابير إنما يلجأ إلى القواعد المقررة لهذه التدابير في قانونه، إذ ليس من شأن اتخاذها ما يثير مشكلة تنازع القوانين، فتطبيق القاضي للقواعد المقررة في قانونه بصدد التدابير الوقائية إنما يتم بشكل مباشر وليس إعمالاً لقواعد الإسناد⁽¹⁾. وهو ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 21 مكرر ق.م.ج بنصها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

ب- مشارطات الزواج

ترتب بعض التشريعات الأجنبية، كالتشريع الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، على الزواج قيام نظام مالي جديد بين الزوجين يتحدد بموجبه المركز القانوني لأموال كل من الزوجين قبل الزواج وبعده، وقد يكون هذا النظام قانونياً، وقد يكون اتفاقياً، إذ يحق وفقاً لهذا الأخير أن يعقد الزوجان فيما بينهما اتفاق يطلق عليه الفقه بمشارطات الزواج، يتفق فيه الزوجان على القواعد التي تبين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما من حيث ملكية الأموال وإيراداتها وإدارتها والانتفاع بها وكيفية تسوية حقوق كل من الزوجين عند انقضاء رابطة الزوجية⁽²⁾. غير أن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد، هل تخضع مشارطات الزواج لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود بوصفها عقد أي تخضع لقانون إرادة الزوجين، أم يتعين إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتبارها أثر من آثار الزواج؟.

تميل النظم القانونية التي تفرق بين الآثار الشخصية للزواج وآثاره المالية، إلى إخضاع مشارطات الزواج لقانون إرادة الزوجين، فقد تضمنت المادة 109 من القانون الدولي الخاص النمساوي على سبيل المثال، النص على أن: "يكون النظام المالي محكوماً بالقانون الذي يعينه الأطراف صراحة...".

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 296 و 297.

(2) -مرجع نفسه، ص 297.

الواقع أنه من غير المنطقي المساواة بين مشارطات الزواج وسائر العقود من حيث أعمال قواعد الإسناد، ذلك أن مشارطات الزواج وإن كانت اتفاقا بين الزوجين إلا أنها وثيقة الارتباط بعلاقة الزوجية ذاتها، إذ هي تحل محل النظام القانوني الذي يضعه المشرع بديلا عنه، لتنظيم آثار الزواج فيما يتعلق بالمال، ويجب أن تخضع بالتالي لذات القاعدة التي تخضع لها آثار الزواج، وهو ما أقره فعلا المشرع الجزائري حينما أخضع آثار الزواج بنوعيتها في قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج مهما كان نوع وطبيعة المشارطات المالية ونظامها القانوني أو الاتفاقي⁽¹⁾.

تأسيسا على ما تقدم، إذا اختار الزوجان نظاما ماليا غير الذي يقره قانون جنسية الزوج وقت الزواج، كما لو اتفقا على إخضاع نظامها المالي لقانون الموطن المشترك مثلا، فإن هذا الاتفاق لا يعتد به في الجزائر، ويتعين الأخذ في هذه الحالة بالنظام القانوني المقرر في قانون جنسية الزوج وقت الزواج⁽²⁾.

كذلك، لا تسري بالنسبة لمشارطات الزواج المتعلقة بعقارات، قاعدة خضوع العقد المتعلق بالعقار لقانون موقع العقار، إذ تظل المشارطات خاضعة في هذه الحالة لقانون جنسية الزوج وقت الزواج حتى ولو تعلقت بعقارات كائنة خارج دولة الزوج، ويرجع ذلك لذات العلة المذكورة آنفا، وهي ارتباط مشارطات الزواج حتى لو تعلقت بعقارات بعلاقة الزوجية ذاتها⁽³⁾.

يحكم قانون جنسية الزوج وقت الزواج إذن، مشارطات الزواج في جميع الحالات، فبين النظم المالية التي يجوز للزوجين الاختيار من بينها، ويحكم كذلك الشروط الموضوعية للمشارطات، وآثارها، بل ويرجع إليه كذلك لمعرفة حق الزوجين في تعديلها أثناء قيام رابطة الزوجية⁽⁴⁾.

(1)-ميكالي الهواري، مرجع سابق، ص ص 30 و 31.

(2)-بلعبور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط، مرجع سابق، ص 136.

(3)-مرجع نفسه، ص 136.

(4)-مرجع نفسه، ص 136.

ت- الحالة المدنية للزوجة

قد يؤثر الزواج في بعض التشريعات على حالة الزوجة فيما يتعلق باسمها، وكذلك فيما يتعلق بموطنها وأهليتها، ففيما يتعلق بالاسم توجب بعض التشريعات على الزوجة حمل اسم زوجها، والبعض الآخر يجعلها محتفظة باسمها، بينما توجد دول تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون من اسمهما معا. ولا شك أن هذا الاختلاف بين التشريعات يطرح تنازعا حادا بين القوانين، فهل يخضع اسم الزوجة لقانونها الشخصي باعتباره عنصرا من عناصر حالتها، أم يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج؟.

اختار القضاء الفرنسي في الحالات النادرة التي عرضت عليه القانون الذي يحكم آثار الزواج، ويؤيد غالبية الفقه الفرنسي هذا الحل، غير أن جوابا وزاريا في 1978 يصرح بأنه تخضع لقانون جنسية الزوجة الفرنسية مسألة معرفة ما إذا كان باستطاعتها حمل الاسم المتكون من اسمها واسم زوجها، وهو الحل المأخوذ في ألمانيا⁽¹⁾.

يشير في هذا الصدد الدكتور أعراب بلقاسم إلى أن القانون الذي يخضع له اسم الزوجة هو القانون الذي يحكم آثار الزواج وحجته في ذلك أن الأمر يتعلق ببيان ما إذا كان للزواج أثر على اسم الزوجة، ومن ثم فهو يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج⁽²⁾.

أما بالنسبة للموطن، فليس هناك أهمية لتحديد موطن الزوجة، لأن المشرع الجزائري لم يأخذ أبدا بالموطن كضابط للإسناد، لكن المشكل يظهر لما يكون القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي يرتب جزاء على مغادرة الزوجة لمسكن الزوجية، ففي هذه الحالة من اللازم تحديد موطن الزوجة، هل هو موطن زوجها، أم أنه يمكن أن يكون لها موطن مستقل؟.

باعتبار أن الشريعة الإسلامية التي منها استمد القانون الجزائري للأسرة أحكامه قد أعطى الحق للزوج في اختيار موطن الزوجية، فإن للزواج بذلك أثر على موطن الزوجة، وعليه هو

(1)- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، المجلة

الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 308.

(2)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 253.

يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فهذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزواج أثر على موطن الزوجة، وما هي سلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للأهلية، فإذا كان المبدأ السائد في التشريعات العربية أنه لا أثر للزواج على أهلية الزوجة، فإنه قد تفقد الزوجة في بعض التشريعات الأوروبية أهليتها بسبب الزواج، بحيث لا تستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن من زوجها أو من مجلس العائلة.

تساؤل الفقهاء عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هل هو قانون جنسية الزوجة باعتبار ذلك مقرر لحمايتها بالنظر لجنسها، أم أنه أثر من آثار الزواج وبالتالي يخضع للقانون الذي يحكم تلك الآثار؟.

يميل الفقه إلى ترجيح الرأي الأخير باعتبار نقص أهلية الزوجة مقرر لمصلحة الأسرة ووحدة تدبير أمورها، ويرى بعض الفقهاء أنه يشكل حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة مما يقتضي إسناده إلى القانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفاً فيها⁽²⁾.

الفرع الثالث

انحلال الزواج والانفصال الجسماني

الزواج مثله مثل كل العقود ينعقد وينتهي، وكما ينتهي الزواج بوفاة أحد الزوجين، فإنه ينتهي بالطلاق، والذي يتم بإرادة أحد الزوجين المنفردة الذي عادة ما يكون هو الزوج، كما قد ينتهي بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة والذي يعرف بالتطليق والخلع⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك فقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية نظاماً آخر لا تعرفه النظم القانونية في معظم الدول العربية يسمى بالانفصال الجسماني وهو عبارة عن مبادعة مادية بين الزوجين بطلب من أحد الزوجين في الحالات ولنفس الأسباب الخاصة

(1)- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 136.

(2)- أعراب بلقاسم، دراسة لبعض الصعوبات التطبيقية لقواعد الإسناد الخاصة بالزواج، مرجع سابق، ص 11 و 12.

(3)- نصت المادة 47 ق.أ.ج على أنه: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". كما نصت المادة 48 من نفس القانون على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

بانحلال الزواج⁽¹⁾. على أساسه يحكم القاضي بالمباعدة بين الزوجين لفترة زمنية معينة بحيث أنه يؤدي إلى وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة بينهما مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين إما الصلح أو التظليق، ويتحول بقوة القانون إلى طلاق متى استمر مدة ثلاث سنوات كاملة⁽²⁾.

أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون الجنسية (أولاً)، كما أكد على نفس القانون بالنسبة للآثار المترتبة عليهما (ثانياً).

أولاً: خضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى قانون الجنسية

أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج والانفصال الجسماني كقاعدة عامة إلى قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽¹⁾، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها وإنما ترد عليها استثناءات⁽²⁾.

1- خضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كقاعدة عامة

نظم المشرع الجزائري القانون الذي يحكم انحلال الزواج والانفصال الجسماني في المادة 2/12 ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"⁽³⁾.

⁽¹⁾ - بوسهوه نور الدين، مسائل الأحوال الشخصية وعلاقتها بالنظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 320. انظر أيضا: تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 175.

⁽²⁾ - DJILALI Tchouar, Réflexions sur les questions épineuses du code Algérien de la famille, O.U.P, Alger, 2004, p 196. Voir aussi: FRANCOIS Terre, DOMINIQUE Fenouillet, Droit civil, les personnes, la famille, l'incapacité, 6^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1999, p 191. BERNARD Schnapper, Voies nouvelles en histoire du droit (la justice, la famille, la répression pénale), P.U.F, Paris, 1991, p p 493-507. COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, droit de la famille, 6^{ème} éd, D.S, Paris, 2013, p 257. DASTE Adeline, divorce, séparation de corps et de fait, 22^{ème} éd, Delmas, Paris, 2013, p 46. JAULT-SESKE Fabienne, COURBE Patrick, droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 8^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2012, p 126.

⁽³⁾ - Contrairement au législateur algérien qui a adopté la loi sur la nationalité du mari au moment du dépôt de la plainte concernant la dissolution du mariage et la séparation de corps, le législateur français a pris=

إذا كان المشرع الجزائري قد اعتد بقانون جنسية التزوج بالنسبة لحكم آثار الزواج سواء أكانت شخصية أو مالية كما أسلفنا الذكر على أساس أن الزوج هو رب الأسرة، فإنه لم يخرج عن هذه القاعدة في مجال انحلال الزواج والانفصال الجسماني، إلا أنه اختلف في شأن وقت الاعتداد بهذا القانون، ذلك أن القانون الذي يحكم آثار الزواج يكون قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، أما انحلال الزواج والانفصال الجسماني فيحكمه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽¹⁾.

فقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحدد لنا حالات انحلال الزواج والشروط الموضوعية لانحلاله، كما يحدد لنا القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات الوقائع التي يستند إليها انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني سواء تعلق الأمر بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، أدلة الإثبات، قوتها الثبوتية، بينما يستقل قانون القاضي بحكم المسائل المرتبطة بطرق إعمال الأدلة وإجراءات الإثبات، فهو الذي يبين لنا مثلا كيفية أداء الشهادة، أو كيفية تقديم الدليل الخطي، مع ملاحظة أنه يجب أن لا يؤدي تطبيق قانون القاضي لمخالفة ما يوجبه القانون المطبق على الموضوع⁽²⁾.

=des dispositions légales, la loi sur la nationalité et la loi sur le domicile commun. L'ART 309 du code civil français dispose que: « le divorce et la séparation sont régis la loi français :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaitre du divorce d'un couple ou de la séparation de corps ».

(1)-آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع 02، 2010، ص 146. انظر أيضا: حمادي عبد الفتاح، آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، التبني والانفصال الجسماني نموذجا، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع 03، 2017، ص 76.

PEYRARD(G), la solution des conflits de lois en Algérie, R.C.D.I.P, Paris, 1977, p p 396-397. HELENE Péroz, loi applicable au divorce d'un couple domicilié dans des états différents et de nationalité différente, l'essentiel droit de la famille et des personnes, L.N.L, Paris, n° 01, 15 janvier 2012, p 07. MURAT Pierre, droit international privé, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2010, p 35.

(2)-مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 227.

أما الشروط التي يجب أن تتوفر في طالب الطلاق، وما هي القيود التي ترد على استعماله، وهل يجوز التوكيل فيه أو لا؟ وما هي حالات التطلق والانفصال الجسماني وأسبابه وشروطه وصحة كل منهما والوكالة فيه وكذلك القيود الواردة عليه، فكل هذه المسائل تخضع لقانون القاضي.

أما الآثار التي تتصل بكل زوج على حدة مثل حق الزوج المطلق في أن يعقد زواجا جديدا، والمدة التي ينبغي للمطلقة انتظارها للزواج من جديد، فهي تخرج من نطاقه وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين⁽¹⁾.

أما بخصوص المسائل الإجرائية كتحديد جهة معينة دينية أو مدنية أو هيئة قضائية يتم التصريح لديها بانحلال الزواج أو الانفصال الجسماني، فقد أثارت جدلا فقهيًا كبيرا بين إخضاعها لقانون القاضي باعتبارها من الإجراءات وبين إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج والانفصال الجسماني باعتبارها من المسائل الموضوعية.

يذهب القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى اعتبارها من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج والانفصال الجسماني، غير أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري يذهب إلى اعتبارها من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي، والقول باعتبارها من المسائل الموضوعية يتنافى مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من اعتبار شرط الطقوس الدينية التي تشترطه بعض التشريعات من الشروط الشكلية لا الموضوعية.

أما إجراءات انحلال الزواج والانفصال الجسماني فهي تخرج من نطاق قانون الزوج وتخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، كما تخرج من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية ذات الطابع الاستعجالي، كالنفقة المؤقتة قبل صدور الحكم وتحديد مسكن تقيم فيه الزوجة وتسليمها الأمتعة اللازمة للاستعمال اليومي، فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع⁽²⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 261.

(2) -مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 227.

غير أن فكرة إسناد انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا لنص المادة 2/12 ق.م.ج تعرضت إلى العديد من الانتقادات، باعتبار أن هذه المادة لا تخلو من الصعوبات في تطبيقها مما يؤثر سلبا على العلاقات الخاصة الدولية. فالحل المعتمد في المادة 2/12 ق.م.ج يمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، ذلك أن اختيار المشرع الجزائري لقانون الزوج وقت رفع الدعوى يعتبر اختيار تعسفي مادام القانون الوطني للزوج ليس محايدا وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين فمن الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر، فاختيار القانون الوطني يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الزوجين⁽¹⁾.

كذلك أن تطبيق المادة 2/12 ق.م.ج من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، لذا يرى أصحاب هذا الرأي إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه قانونا معلوما للزوجين وليس لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽²⁾.

(1)- وهو المبدأ المتعارف عليه في المادتين 02 و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث نصت المادة 02 منه والسالفة الذكر، على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أي تفرقة بين الرجال والنساء....". أما المادة 16 من نفس الإعلان فقد نصت على أنه: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوقا متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله". والمؤكد كذلك في المادة 32 من الدستور الجزائري على أن: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يندرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". وكذا اتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

(2)- عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 160. انظر أيضا: تواتي نصيرة، مرجع سابق، ص 179.

إضافة إلى ذلك فتطبيق المادة 2/12 ق.م.ج يؤدي إلى إخضاع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بحل الرابطة الزوجية في حين أن قانون الجنسية الذي كان يتمتع به وقت انعقاد الزواج كان لا يسمح بحل الرابطة الزوجية⁽¹⁾.

2- خضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى القانون الجزائري كاستثناء

إذا كان الأصل العام هو خضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فاستثناء من هذا الأصل أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج والانفصال الجسماني متى كان أحد أطرافه جزائريا وقت انعقاد الزواج للقانون الجزائري، طبقا للمادة 13 ق.م.ج السالفة الذكر والتي نصت على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

بناء على ذلك فإن هذا الاستثناء يترتب عليه تغيير القانون الواجب التطبيق في حالة انحلال الزواج والانفصال الجسماني في حالتين، الأولى وهي الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج، إذ يخضع في هذه الحالة انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى القانون الجزائري وليس إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. والثانية هي الحالة التي يتمتع فيها أحد الزوجين بالجنسية الجزائرية وقت إبرام عقد الزواج ولكنها تزول عنه لسبب من الأسباب بعد ذلك، فإن القانون الجزائري هو الذي ينطبق على انحلال الزواج وليس قانون جنسيته الجديد عند رفع الدعوى⁽²⁾.

(1)- درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، ع 04، 2011، ص 245.

(2)- بلعبور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط، مرجع سابق، ص 149. انظر أيضا: آيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 14.

إن تطبيق الاستثناء المقرر في المادة 13 ق.م.ج على انحلال الزواج والانفصال الجسماني تعرض للعديد من الانتقادات، ذلك أن الوقت الذي يعتد فيه بتطبيق هذا الاستثناء هو جنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج، بينما الوقت الذي يعتد به لتطبيق القاعدة هو جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽¹⁾. كذلك تطبيق هذا الاستثناء يبقى قاصرا فقط على النزاع الذي يعرض على القضاء الجزائري، أما إذا عرض النزاع على جهة قضائية أجنبية فلا شك أنها تقضي حسب القواعد العامة في قانون القاضي⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فتطبيق الاستثناء المقرر في المادة 13 ق.م.ج على المادة 2/12 ق.م.ج يؤدي إلى حلول غريبة حيث يطبق القانون الجزائري وقت انعقاد الزواج أي يطبق القانون الجزائري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ويبقى هذا الحل صحيحا إذا لم يغير أحد الزوجين جنسيته أثناء الزواج، أما إذا غير الطرف الجزائري جنسيته بعد انعقاد الزواج فيبقى القانون الجزائري هو المطبق مع أن هذا الأخير لم يبق جزائريا، أما إذا غير الزوجان جنسيتهما معا أي الجزائري والزوج الأجنبي فنكون بصدد نفس الوضعية أي أن القاضي الجزائري سيطبق على أجنب مادام القانون الذي تم في ظله انعقاد الزواج كان وقتئذ أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

هنا يدفعنا الأمر إلى التساؤل عن القيمة القانونية للمادة 13 ق.م.ج خاصة عند تطبيقها من طرف القاضي فحين لا توجد ما يربطهما بالدولة الجزائرية بعد تخليهما عن الجنسية الجزائرية، أما إذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج وتجنس الزوج بالجنسية الجزائرية فإن القانون الواجب التطبيق يكون القانون الجزائري تطبيقا للمادة 2/12 ق.م.ج والحل نفسه بالنسبة للمادة 13 ق.م.ج⁽³⁾.

(1)- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 216.

(2)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص على ضوء قانون 05-10، مرجع سابق، ص 183.

(3)- عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 190. انظر أيضا: موكة عبد الكريم، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع 02، 2016، ص 165.

أخيرا يعتبر ضابط الإسناد المستعمل في نص المادة 13 ق.م.ج لتحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، ضابط غير موضوعي ذلك أنه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إذا كان جزائريا وقت انعقاد الزواج بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ودون إيلاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو أكثر ملائمة لحكم النزاع المرفوع أمام القاضي⁽¹⁾.

أمام الانتقادات التي تعرضت إليهما المادتين 2/12 و 13 ق.م.ج في هذا الشأن، نرى أنه حان الوقت للخروج من هذه الحلول التي تؤدي إلى صعوبات لأنها مبنية على الذاتية واللامساواة بين الزوج والزوجة وبين الجزائري والأجنبي لاسيما أن القضاء سيجد فيها ما يناقض نظامه العام، والحل الأمثل في تقديرنا هو إضافة تعديلات جديدة تمس قواعد الإسناد في القانون الجزائري بما فيها نص المادتين المشار إليهما أعلاه وبما يتماشى وتحقيق المساواة بين الزوجين.

ثانيا: خضوع الآثار المترتبة على انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون الجنسية

إن الآثار المترتبة عن حالات انحلال الزواج والانفصال الجسماني عديدة ومتنوعة إلا أننا سنقتصر على إبراز الآثار الأكثر إثارة لتنازع القوانين وهما نفقة المطلقة وحضانة الأولاد.

أخضع المشرع الجزائري هذه الآثار كما أسلفنا الذكر لقانون الجنسية، وهذا ما سيتبين عند التطرق إلى نفقة المطلقة⁽¹⁾، الحضانة⁽²⁾.

1- نفقة المطلقة

تعتبر نفقة المطلقة من أهم الآثار التي تترتب بمجرد فك الرابطة الزوجية. غير أن المشرع الجزائري لم يخص هذه الأخيرة بقاعدة إسناد خاصة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 09 ق.م.ج فإن نفقة المطلقة تعتبر من مسائل قانون الأسرة وتعتبر من آثار الطلاق، وعلى هذا الأساس فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج

(1)-عثماني بلال، مرجع سابق، ص 190.

وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 2/12 ق.م.ج، ويسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا إلى نص المادة 13 ق.م.ج.

فقانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق هو الذي يحدد أحوال استحقاق النفقة، ومدى هذه النفقة وكيفية تقديرها، كما يحدد هذا القانون كذلك ما إذا كان لأحد الزوجين الحق في التعويض وكيفية تقديره، ويبين أيضا ما إذا كان من حق الزوجة أن تحمل اسم زوجها السابق من عدمه.

أما الآثار التي تترتب على انحلال الزواج والانفصال الجسماني ولكنها تتعدى تنظيم إنهاء حياة الزوجين المشتركة، فإنها تخرج عن مجال أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني، باعتبار أن كلا من الطرفين قد أصبح مستقلا عن الآخر، وبالتالي يخضع من حيث تحديد حالته وما يتصل بها من مراكز قانونية لقاعدة الإسناد الخاصة بالحالة، وعلى ذلك يحدد قانون جنسية الزوجة ما إذا كان من حقها أن تسترد اسمها السابق على الزواج من عدمه، كما يحدد هذا القانون أيضا مدى أهليتها بعد انحلال الزواج والانفصال الجسماني⁽¹⁾.

كذلك تخضع المراكز القانونية والعلاقات الجديدة المتصلة بالحالة للقانون الذي يحكم تلك المراكز والعلاقات، فإذا أراد أحد المطلقين عقد زواج جديد فإن قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كان من حقه إبرام زواج جديد من عدمه، إذ أن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بانحلال الزواج السابق، وإنما يتعلق بشروط إبرام زواج جديد. وإذا كان القانون الذي يحكم آثار الطلاق أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يمنع زواج المطلق في حالات معينة كعدم زواج المطلقة من شريكها في الزنا، فإن هذا المنع يعمل به، إذ أن العبرة في تحديد موانع الزواج هي بالقانون الذي يحكم إنشاء الزواج وانعقاده، أي الزواج الجديد وليس المنقضي⁽²⁾. وهو وفقا لقواعد الإسناد الجزائرية القانون الوطني لكل من الزوجين كما سبق بيانه في المادة 11 ق.م.ج.

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 318.

(2)-نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 65.

2- حضانة الأولاد

تعتبر حضانة الأطفال المولودين نتاج الزواج المختلط إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية والعملية، لهذا السبب اختلف الفقهاء والقضاء حول القانون الذي يحكمها.

ذهب فريق إلى القول بأن الحضانة أثر من آثار الزواج وبالتالي فهي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج⁽¹⁾. وذهب فريق آخر إلى القول بأنها أثر من آثار الطلاق وبالتالي فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو قانونه وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال. في حين أن الرأي الغالب اعتبر الحضانة من آثار النسب وبالتالي تخضع لقانون الأب وقت ميلاد الابن⁽²⁾.

لم يخص المشرع الجزائري الحضانة بقاعدة إسناد خاصة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن تكييفها يخضع أيضا لقانون القاضي طبقا لنص المادة 09 ق.م.ج، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، ولأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق، فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا لنص المادة 2/12 ق.م.ج، ويسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك طبقا للمادة 13 ق.م.ج.

نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 2/12 ق.م.ج، أي لقانون جنسية الزوج، وطعننت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

(1)-أكد القضاء المصري على ذلك بعدة أحكام قضائية، منها الحكم الصادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 26 فيفري 1952 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي م 8 لسنة 1952، ص 165.

(2)-يؤي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية، الحضانة نموذجا، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة، الجزائر، ع 02، 2016، ص 382.

قررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري⁽¹⁾.

نظرا للمشاكل التي تثيرها الحضانة والمسائل المرتبطة بها، عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، كاتفاقية لاهاي الموقعة في 24 أكتوبر 1956 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة اتجاه الطفل. ومعاهدة لاهاي الموقعة في 15 أبريل 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام المتعلقة بالالتزام بالنفقة اتجاه الطفل، ومعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04 فيفري 1969. واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980. واتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال⁽²⁾.

في هذا الشأن، أبرمت الجزائر الاتفاقية الثنائية مع فرنسا والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في الجزائر يوم 26 جويلية 1988، حيث نصت المادة 02 منها على أنه⁽³⁾: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات اللازمة لما يأتي:

(1)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1700082، الصادر في 17 فيفري 1998، المجلة القضائية، 2000، ع 01، ص ص 167-170.

(2)-غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، ع 09، 2017، ص 172. انظر أيضا:

BENZAİM Meriem, la garde de l'enfant en cas de divorce issu d'un mariage mixte, R.D.S.P, université Abbes Laghror, KHenchela, n ° 01, 2014, p 184.

(3)-مرسوم رئاسي رقم 88-144 مؤرخ في 26 جويلية 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في الجزائر يوم 25 جويلية 1988، ج ر ع 30 صادرة في 27 جويلية 1988.

- أ- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر،
ب- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه،
ج- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بالزيارة،
د- تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا،
هـ- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم...".

كما نصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه: "يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودها". كما نصت المادة 08 منها على أنه: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودها". وأوضحت المادة 09 منها على أنه: "تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني".

جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين. وقد أراد واضعي الاتفاقية أساسا حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى دون اهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية⁽¹⁾.

على الرغم من أهمية هذه الاتفاقية، إلا أنها لم تحقق كل الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية، إذ تستشف عيوبها من خلال تفضيل الأم الحاضنة والتي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونيتها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة، فهي لم توضح إلى ما يشير لحالة الطفل القانونية كتحديد

(1)-غالي كحلة، مرجع سابق، ص 172.

جنسيته على الرغم من أهميتها، ولم تنطرق لبيان مكان ممارسة حق الزيارة، في حين كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه باستضافة الطفل المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن، طالما أن هناك ضمانات قانونية منحها الاتفاقية للحاضن لحماية حقه في الحضانة وعودة المحضون إليها بعد انتهاء الزيارة، وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنا في الاتفاقية أحكام القانون الوضعي الفرنسي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

خضوع المال المعنوي لقانون الموقع

يقصد بالأموال المعنوية أو الغير مادية، كل شيء لا يقع تحت الحس ولكنه يصلح محلا للحقوق العينية، وهذه الأشياء غير المادية أو الأموال المعنوية، ذات طبيعة منقولة باعتبارها لا ترد على عقار. ومن أمثلتها الحقوق الذهنية، كحق المؤلف، وحق المخترع، وحق صاحب النموذج الصناعي أو الرسم، وحق صاحب العلامة والاسم التجاري، وتدخل هذه الحقوق جميعها في نطاق ما يعرف بالملكية الأدبية والفنية، أو الملكية الصناعية والتجارية. وإلى جانب هذه الحقوق يوجد أيضا، ما يسمى بالحقوق الشخصية أو الديون باعتبارها أموال معنوية.

أخضع المشرع الجزائري الأموال المعنوية بصفة عامة إلى قانون المحل الذي وجدت فيه، طبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

هذا ما سيبين عند تطرقنا إلى الحقوق الذهنية(الفرع الأول)، ثم الحقوق الشخصية(الفرع

الثاني).

(1)-إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 216.

الفرع الأول

الحقوق الذهنية

قسم الفقهاء الحقوق الذهنية إلى مجموعتين مختلفتين، الأولى تكفل حماية حقوق المؤلفين على ما يخرجونه من كوامن النفس والفكر إلى حيز التعبير الخارجي، في شكل إنتاج ذهني مبتكر في مجال العلوم أو الآداب أو الفنون وتسمى بحقوق الملكية الأدبية والفنية (أولاً). والثانية تكفل للصناع والتجار حماية العناصر الأساسية لمنشآتهم كالاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية، وتسمى بحقوق الملكية الصناعية والتجارية (ثانياً).

أولاً: حقوق الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)

يعرف الفقهاء حق المؤلف أو الحقوق الذهنية بأنها تلك الحقوق التي تكون لشخص ما على أعمال من خلقه وابتكاره، تتفصل عنه وتتجسد في صورة ما ولكنها تظل منسوبة إليه لأنها من نتاج الذهن وتعتبر عن شخصيته وملكاته وقدراته⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن حق المؤلف يمكن أن يصدر من شخص طبيعي أو معنوي وهو حق مزدوج فهو حق أدبي ومالي في نفس الوقت يمنح المؤلف سلطة على ما يثبت له من حقوق فكرية بموجب القانون، تمكنه من المطالبة بحماية هذا الحق والدفاع عنه⁽²⁾.

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف من المسائل الشائكة في فقه القانون الدولي الخاص، ويرجع ذلك في الواقع إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا الحق بالنظر إلى كونه شيء غير مادي، وهو ما يثير الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه،

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 451. انظر أيضاً: هاشمي حسن، الحقوق الذهنية والقانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أبريل 2010، ص 157. مسعودي يوسف، حماية حق المؤلف في ظل التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، ع 02، 2008، ص 196.

(2)- ما أكدت عليه المادة 1/6 من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886 والتي كان آخر تعديلاتها عام 1979 حيث نصت على أنه: "بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على أي تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو أي مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه وسمعته".

فالقاعدة الشهيرة والخاصة بتطبيق قانون موقع المال تخص أشياء مادية، وهذا ما يقتضي استبعاد تطبيقها على الحقوق الذهنية باعتبارها ليست من حيث الأصل أموالاً مادية⁽¹⁾.

أمام هذا الوضع تباينت آراء الفقهاء حول القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق على هذا الحق تبعا لحالة نشر المؤلف لمؤلفه⁽¹⁾، أو عدم النشر⁽²⁾، أو النشر في أكثر من دولة واحدة⁽³⁾.

1 - القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة نشر مؤلفه

اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة نشره لمؤلفه في دولة معينة، فذهب جانب منهم إلى تطبيق قانون البلد الذي نشر فيه المصنف لأول مرة، ويطلق عليه بلد الأصل.

برز اختصاص قانون بلد الأصل على أساس أن النشر هو الذي يعطي للمصنف قيمته الذاتية في إطار العلاقات الاجتماعية، ذلك أنه من تاريخ النشر يمكن القول بأن المصنف يشكل مالا يمكن الاستفادة منه من طرف الغير، فمن المنطقي بالتالي أن يكون قانون مكان النشر الأول هو الذي ينظم حقوق المؤلف في حالة نشر مؤلفه فعلا في دولة معينة⁽²⁾.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد، ذلك أن هذا القانون لا يعبر عن رابطة حقيقية بين الدولة التي وقع فيها أول نشر، كوقوع أو نشر في دولة بصورة عرضية أو بمحض الصدفة، كما أن الاعتماد على فكرة النشر ومكانه لا يتماشى مع الوسائل المعاصرة لنقل مضمون الفكرة والإبداع الذهني إلى علم الجمهور، فالكتاب الذي يحتوي على آلاف الصفحات أصبح من السهل تخزينه في برامج الحاسب الآلي، ومن السهل نقل مضمون الفكرة أو المصنفات الشفوية عبر وسائل الاتصال الحديثة⁽³⁾.

(1) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 454.

(2) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 294. انظر أيضا: زياد خليف العنزي، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 103.

(3) - هاشمي حسن، مرجع سابق، ص 158.

على خلاف ذلك، ذهب فريق آخر من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة المطلوب تقرير حماية المصنف فيها أو التي تطلب فيها الحماية⁽¹⁾. ويستند اختصاص هذا القانون إلى الدولة التي يطلب فيها الحماية كونها المكان الذي وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف فهو غالباً المكان الذي نشرت فيه النسخة المزورة أو المقلدة، ومن ناحية ثانية فإنه يؤدي إلى توفير حماية أفضل للمؤلفين بخلاف تطبيق قانون بلد الأصل الذي قد يترتب على تطبيقه إثقال المؤلفين بالقيود المقررة فيه، زيادة على القيود المقررة في قانون بلد طلب الحماية⁽²⁾.

غير أن هذا الرأي هو الآخر تعرض للنقد ذلك أنه يؤدي إلى إهدار مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، إذ لا يمكن التمسك بحق المؤلف في دولة معينة طالما أن قانون بلد الأصل لا يقر هذا الحق، كما أن هذا القانون دائم التغيير تبعاً لتغيير مكان حدوث الوقائع محل النزاع بخلاف الأخذ بقانون بلد النشر الأول الذي يظل ثابتاً لا يتغير حتى ولو أعيد نشر المصنف في دولة أخرى⁽³⁾.

2- القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة عدم نشر مؤلفه

اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة عدم نشره لمؤلفه، فذهب جانب منهم إلى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف على اعتبار أن المصنف وثيق الصلة بشخص مؤلفه، كما أن نتيجة عدم نشره لم تتعلق به حقوق الغير⁽⁴⁾.

(1)- تبنت هذا الرأي كل من اتفاقيتي برن لسنة 1886 واتفاقية جنيف لسنة 1952 حيث جعلتا الاختصاص لحماية حق المؤلف لقانون الدولة التي تطلب فيها الحماية بشرط ألا تزيد مدة المقررة لحماية حق المؤلف في البلد الذي يطلب فيه الحماية عن المدة التي يقرها قانون بلد الأصل. انظر: هاشمي حسن، مرجع سابق، ص 158.

(2)- مرجع نفسه، ص 159.

(3)- مرجع نفسه، ص 159.

(4)- ما أخذت به اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886 في المادة 4/5 ج بنصها على أنه: "بالنسبة للمصنفات غير المنشورة أو بالنسبة للمصنفات التي تنشر لأول مرة في دولة خارج الاتحاد دون أن تنشر في آن واحد في دولة من دول الاتحاد، دولة الاتحاد التي يعتبر المؤلف من رعاياها، ومع ذلك: (1) إذا تعلق الأمر بمصنفات سينمائية يقع مقر منتجها أو محل إقامته المعتادة في دولة من دول الاتحاد، فإن هذه الدولة تكون دولة المنشأ. (2) إذا ما تعلق الأمر بمصنفات معمارية مقامة في إحدى بقع في إحدى دول الاتحاد، فإن هذه الدولة تكون دولة المنشأ".

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد على أساس احتمالية تغيير هذا القانون تبعاً لتغيير جنسية مؤلفيه، أو صعوبة تحديده نتيجة تعدد أو انعدام جنسية المؤلفين.

على خلاف ذلك، ذهب فريق آخر إلى تطبيق قانون الموقع المادي للدعامة المادية التي تجسد العمل الفكري باعتبار أن ذلك من شأنه حماية الغير والمصلحة الاجتماعية. غير أن هذا الرأي هو الآخر تعرض للنقد ذلك أن الحقوق الفكرية تثبت بمجرد إبداع الفكرة وخلقها الذهني بغض النظر عن تثبيتها على دعامة ملموسة⁽¹⁾.

إزاء الانتقادات الموجهة للرأيين السابقين، نادى فريق آخر من الفقه بتطبيق قانون بلد الحماية بالنسبة للمصنفات غير المنشورة، لأن ذلك يحقق ميزة وحدة القانون الذي يسري على النظام القانوني لهذه المصنفات من جهة، كما أن ممارسة المؤلف لحقوقه في دولة معينة بالنسبة لمصنفه غير المنشور يعبر عن مصلحة المؤلف في تطبيق قانون هذه الدولة من جهة أخرى⁽²⁾.

3- القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة نشر مؤلفه في أكثر من دولة واحدة

اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف في حالة نشره لمؤلفه في أكثر من دولة واحدة، فذهب جانب منهم إلى تطبيق قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة أقصر لحماية حق المؤلف⁽³⁾.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد على أساس أنه من غير المقبول تحديد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة على أساس مضمونه، ذلك أن تفضيل مصلحة الغير على مصلحة المؤلف يعني اتخاذ موقف من الموضوع⁽⁴⁾.

(1)-هاشمي حسن، مرجع سابق، ص 159.

(2)-مرجع نفسه، ص 160.

(3)-ما أخذت به اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886 في المادة 4/5/أ بنصها على أنه: "بالنسبة للمصنفات التي تنشر لأول مرة في إحدى دول الاتحاد، الدولة المذكورة، وفي حالة المصنفات التي تنشر في آن واحد في عدد من دول الاتحاد التي تمنح مددا مختلفة للحماية، الدولة التي يمنح تشريعها مدة الحماية الأقصر".

(4)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 295.

على خلاف ذلك، يذهب فريق من الفقه إلى تطبيق قانون موقع النشر الرئيسي، وإذا كان المصنف قد نشر في نفس الوقت في عدة دول، فإنه يتعين حينئذ الرجوع إلى قانون الدولة التي كان لنشر المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها، وتحدد هذه الأهمية بالاستناد إلى قصد المؤلف آخذين بعين الاعتبار موطنه أو جنسيته، كما تحدد أيضا بالنظر إلى عدد النسخ المباعة، وما لقيه المصنف من قبول لدى القراء⁽¹⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فالمشرع أخضع حقوق الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) لقانون مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه دون التفرقة بين حالة نشر المؤلف لمؤلفه أو عدم نشره أو نشره في أكثر من دولة. ذلك أنه وطبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فإن حقوق الملكية الأدبية والفنية كأموال معنوية تخضع لقانون محل وجودها، ومحل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه".

وعليه إذا كان مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه موجودا في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق في هذه الحالة وهو الأمر رقم 03-05 المتعلق بحماية المؤلف والحقوق المجاورة، الذي يختص ببيان تعريف المؤلف⁽²⁾. وبيان حكم وجود حقه⁽³⁾. والمصنفات التي تشملها الحماية، والمصنفات التي لا تشملها الحماية⁽⁴⁾. ومدة الحماية اللازمة لحقوق المؤلف

(1)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 295 و 296.

(2)-نصت المادة 12 من الأمر رقم 03-05 على أنه: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه. يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر".

(3)-نصت المادة 13 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر مالك حقوق المؤلف، ما لم يثبت خلاف ذلك، الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنصوص عليه في المادة 131 من هذا الأمر".

(4)-نصت المادة 04 من نفس الأمر على أنه: "تعتبر على وجه الخصوص كمصنفات أدبية أو فنية محمية ما يأتي: أ- المصنفات الأدبية المكتوبة مثل: المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية، والروايات، والقصص، والقصائد الشعرية، وبرامج الحاسوب والمصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب والمواعظ وباقي المصنفات التي تمثلها، ب- كل مصنفات المسرح والمصنفات الدرامية، والدرامية الموسيقية والإيقاعية، والتمثيلات الإيمائية، ج- المصنفات الموسيقية، المغناة أو الصامتة=

المادية وكيفية احتساب بدايتها⁽¹⁾. وكذا تحديد مضمون حق المؤلف وعناصره فينظم الحق المعنوي للمؤلف كحقه في الكشف عن مصنفه من عدمه ومدى انتقال هذا الحق للغير بعد وفاته⁽²⁾. وحقه في إيقاف نشر المصنف الذي لم ينشر بعد، وحقه في سحب المصنف الذي سبق نشره وشروط هذا السحب⁽³⁾. كما يملك الحق في دفع الاعتداء عن مصنفه، فله وحده حق التعديل أو التغيير، وليس لغيره أن يباشر ذلك إلا بإذن كتابي منه أو من ورثته بعد وفاته⁽⁴⁾.

=د/المصنفات السينمائية والمصنفات السمعية البصرية الأخرى سواء أكانت مصحوبة بأصوات أو بدونها، ه-مصنفات الفنون التشكيلية والفنون التطبيقية مثل: الرسم، والرسم الزيتي، والنحت، والنقش والطباعة الحجرية وفن الزرابي، و-الرسوم، والرسوم التخطيطية والمخططات، والنماذج الهندسية المصغرة للفن والهندسة المعمارية والمنشآت التقنية، ز-الرسوم البيانية والخرائط والرسوم المتعلقة بالطبوغرافيا أو الجغرافيا أو العلوم، ح-المصنفات التصويرية والمصنفات المعبر عنها بأسلوب يماثل التصوير، ط-مبتكرات الألبسة للأزياء والوشاح". كما نصت المادة 05 من نفس الأمر على أنه: "تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال التالية: -أعمال الترجمة والاقتباس، والتوزيعات الموسيقية، والمراجعة التحريرية، وباقي التحويلات الأصلية للمصنفات الأدبية أو الفنية، -المجموعات والمختارات من المصنفات، مجموعات من مصنفات التراث الثقافي التقليدي وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى، والتي تتأتى أصلتها من انتقاء موادها أو ترتيبها. تكفل الحماية لمؤلف المصنفات المشتقة دون المساس بحقوق مؤلفي المصنفات الأصلية". كما تضيف المادة 06 من نفس الأمر على أنه: "يحظى عنوان المصنف، إذا اتسم بالأصلية، بالحماية الممنوحة للمصنف ذاته". كما نصت المادة 07 من نفس الأمر على أنه: "لا تكفل الحماية للأفكار والمفاهيم والمبادئ والمناهج والأساليب وإجراءات العمل وأنماطه المرتبطة بإبداع المصنفات الفكرية بحد ذاتها، إلا بالكيفية التي تدرج بها، أو تهيكّل، أو ترتب في المصنف المحمي، وفي التعبير الشكلي المستقل عن وصفها أو تفسيرها أو توضيحها. يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة. تفصل الجهة القضائية التي يختارها المبادر بكشف المصنف في حالة وقوع نزاع بين الورثة، يمكن الوزير المكلف بالثقافة أو من يمثله أو بطلب من الغير إخطار الجهة القضائية للفصل في مسألة الكشف عن المصنف إذا رفض الورثة الكشف عنه وكان هذا المصنف يشكل أهمية بالنسبة للمجموعة الوطنية. يمكن الوزير المكلف بالثقافة أو من يمثله أن يخطر الجهة القضائية المختصة للحصول على الإذن بالكشف عن المصنف إذا لم يكن للمؤلف ورثة".

(1)-نصت المادة 54 من نفس الأمر على أنه: "تحتل الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته".

(2)-نصت المادة 22 من نفس الأمر على أنه: "يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار ويمكن تحويل هذا الحق للغير".

(3)-نصت المادة 24 من نفس الأمر على أنه: "يمكن المؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب. غير أنه لا يمكن للمؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عنها".

(4)-نصت المادة 25 من نفس الأمر على أنه: "يحق للمؤلف اشتراط احترام سلامة مصنفه والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو تشويهه أو إفساده إذا كان ذلك من شأنه المساس بسمعته كمؤلف أو بشرفه أو بمصالحه المشروعة". وتضيف المادة=

كما يخضع لهذا القانون الحق المالي أي استغلال نتاج فكره بالحصول على العائد المالي⁽¹⁾. ويختص هذا القانون أيضا ببيان مدى قابلية حق المؤلف من الانتقال إلى الغير ووسائل نقله⁽²⁾. لكن من تجاهل القوانين الأخرى فيما يتعلق بانتقال الشيء عن طريق الميراث والوصية والعقد⁽³⁾.

غير أنه يخرج من نطاق اختصاص هذا القانون العقود التي يبرمها المؤلف مع الغير لاستغلال مصنفه المالي فيبقى خاضعا لقانون الإرادة تطبيقا لنص المادة 18 ق.م.ج، كما يخرج من نطاق اختصاصه مسألتا الأهلية والشكل فتخضع كل منهما للقاعدة الخاصة بهما⁽⁴⁾.

ثانيا: حقوق الملكية الصناعية والتجارية

تشمل طائفة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الإبداع والخلق الذهني في مجالات العلوم التطبيقية الصناعية والطبية والزراعية... الخ، ويدخل فيها على هذا النحو أيضا حق المخترع على اختراعه، والرسوم والنماذج الصناعية، وذلك فضلا عن العلامات والأسماء التجارية⁽⁵⁾.

=1/26 من نفس الأمر على أنه: "تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و25 من هذا الأمر، من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسند له هذه الحقوق بمقتضى وصية".
(1)- نصت المادة 1/27 من نفس الأمر على أنه: "يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه".

(2)- نصت المادة 61 من نفس الأمر على أنه: "تكون الحقوق المادية للمؤلف قابلة للتنازل عنها بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه مع مراعاة أحكام هذا الأمر، وتنتقل هذه الحقوق بسبب الوفاة مع مراعاة أحكام هذا الأمر والتشريع المعمول به".

(3)- نصت المادة 16 ق.م.ج على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

(4)- تخضع أهلية المتعاقدين في العقد التي يبرمها المؤلف مع الغير لاستغلال مصنفه المالي لنص المادة 10 ق.م.ج بنصها على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذ كان أحد الطرفين أجنبي ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة. أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي والرئيسي والفعلي". أما من حيث شكل هذه العقود فتخضع لقانون مكان إبرامها (المادة 19 ق.م.ج).

(5)- بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بكفايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2013/2014، ص 85.

تثير هذه الطائفة من الحقوق دونما شك، مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها، باعتبارها مال معنوي ترد عليه حقوق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تلائم طبيعته في حقوق الملكية الصناعية والتجارية. لذا اختلفت الآراء الفقهية في شأن القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية(1)، والقانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية التجارية(2).

1- حقوق الملكية الصناعية

تعرف حقوق الملكية الصناعية بأنها تلك الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات ونماذج المنفعة ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها والتصميمات والنماذج الصناعية، أو على شارات مميزة تستخدم إما في تمييز المنتجات "العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية"، أو في تمييز المنشآت التجارية "الاسم التجاري" تمكن صاحبها من الاستئثار باستغلال ابتكاره أو علامته التجارية، أو اسمه التجاري في مواجهة كافة وفقا للأحكام المنظمة لذلك قانوناً(1).

يقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية تحديد القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع(أ)، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية(ب).

أ- براءة الاختراع

عرفت اتفاقية باريس المبرمة في 02 مارس 1883 المعدلة بتاريخ 28 سبتمبر 1979 براءة الاختراع في المادة 4/01 بنصها على أنه(2): "تشمل براءات الاختراع مختلف أنواع البراءات

(1)-نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حقوق الملكية الصناعية، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 78. انظر أيضا: عكروم عادل، الحماية الجزائرية لأصول الملكية الصناعية في الجزائر، جريمة التقليد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع 05، 2015، ص 279.

CHAVANNE Albert, BURST Jean-Jacques, droit de la propriété industrielle, 5^{ème} éd, P.D, Paris, 1998, p p 24-25.

(2)-أمر رقم 75-02 مؤرخ في 09 جانفي 1975، يتضمن المصادقة على اتفاقية باريس، المتعلقة بحماية الملكية الصناعية الموقعة في 02 مارس 1883، المعدلة في 28 سبتمبر 1979، ج ر ع 10 صادرة في 04 فيفري 1975.

الصناعية التي تقرها تشريعات دول الاتحاد كبراءات الاستيراد وبراءات التحسين وبراءات وشهادات الإضافة وغيرها". كما عرفت اتفاقية التعاون بشأن البراءات المبرمة في واشنطن في 19 جوان 1970 المعدلة في 28 سبتمبر 1979 و 03 فيفري 1984 في المادة 02 منها على أنه⁽¹⁾: "يقصد بتعبير براءة الاختراع الوطنية أي براءة تمنحها إدارة وطنية ويقصد ببراءة الاختراع الإقليمية أي براءة تمنحها إدارة وطنية أو إدارة دولية حكومية يخول لها منح براءات سارية المفعول في أكثر من دولة". كما عرفت أيضا اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO الموقعة في ستوكهولم بتاريخ 14 جويلية 1967 على أنها⁽²⁾: "حق استثنائي يمنح نظير اختراع يكون منتج أو عملية تتيح طريقة جديدة لانجاز عمل ما، أو تقدم حلا جديدا لمشكلة ما".

أما المشرع الجزائري فقد عرف البراءة في المادة 2/02 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع على أنها⁽³⁾: "وثيقة تسلم لحماية اختراع".

اختلفت الآراء الفقهية في شأن القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع، فذهب فريق من الفقه وهو الغالب إلى سريان قانون الدولة التي منحت براءة الاختراع فيما يتعلق بحق المخترع على اختراعه، ذلك أن حق المخترع لا ينشأ إلا بالحصول على البراءة، وبالتالي فإن قانون الدولة التي منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق على هذا الحق، بصرف النظر عن جنسية طالب البراءة⁽⁴⁾.

(1)-مرسوم رئاسي رقم 99-92 مؤرخ في 15 أفريل 1999، يتضمن المصادقة بتحفظ على معاهدة التعاون بشأن البراءات الموقعة في واشنطن يوم 19 جوان 1970، المعدلة في 28 سبتمبر 1979 و 03 فيفري 1984، ج ر ع 28 صادرة في 19 أفريل 1999.

(2)-أمر رقم 75-02 مكرر مؤرخ في 09 يناير 1975، يتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الموقعة في ستوكهولم يوم 14 جويلية 1967، ج ر ع 13 صادرة في 14 فيفري 1975.

(3)-أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ع 27 صادرة في 23 جويلية 2003.

(4)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 446. انظر أيضا: عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 254.

على خلاف ذلك، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بتطبيق قانون بلد منشأ الاختراع، ذلك أن الحق في الاختراع ينشأ بمجرد الابتكار وأن البراءة لا تنشئ حقا جديدا بل هي ذات أثر مقرر أو كاشف.

بينما يرى فريق آخر من الفقه تطبيق قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية، غير أنه في هذه الحالة لا بد من التفرقة بين أمرين، الأول يتعلق بحالة صدور براءة الاختراع في دولة واحدة، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي منحت براءة الاختراع، أما الثاني فيتعلق بصدور البراءة في دولة، وحصول المخترع على براءة في دولة أخرى أو أكثر، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية طالما قد أودع صاحب الاختراع البراءة في تلك الدولة⁽¹⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فإن المشرع قد استقر على ما استقر عليه الفقه الغالب بإخضاع براءة الاختراع لقانون الدولة التي منحت براءة الاختراع، ذلك أنه وطبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فإن براءة الاختراع كمال معنوي تخضع لقانون محل وجودها، ومحل وجود براءة الاختراع هو البلد الذي منحها، وهذا تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها".

وعليه إذا قام جزائري بالحصول على براءة اختراع لاخترعه الجديد من الجزائر، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق وهو في هذه الحالة الأمر رقم 03-07 الذي يتعلق ببراءة الاختراع، فهو الذي يختص ببيان تعريف براءة الاختراع، وبيان شروط منحها وصحتها⁽²⁾. كيفية طلب البراءة،

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 446.

(2)-نصت المادة 03 من الأمر رقم 07-03 على أنه: "يمكن أن تحمي بواسطة براءة الاختراع، الاختراعات الجديدة والناجمة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي. يمكن أن يتضمن الاختراع منتوجا أو طريقة". كما نصت المادة 04 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في الحالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أي وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها. لا يعتبر الاختراع في متناول الجمهور بمجرد ما تعرف عليه الجمهور خلال الإثني عشر شهرا التي تسبق تاريخ إيداع البراءة أو تاريخ الأولوية إثر فعل قام به المودع أو سابقه في الحق طبقا للمادة 14 أدناه أو جراء تعسف من الغير إزاء المودع أو إزاء سابقه في الحق".

والوثائق اللازمة لتقديم هذا الطلب⁽¹⁾. كما يحدد أيضا بيان ما يعتبر اختراعا⁽²⁾. وما لا يعتبر كذلك⁽³⁾.

كما يختص هذا قانون ببيان الحالات التي لا يمكن للشخص الحصول فيها على براءة الاختراع، ومدة البراءة وبداية سريان مدتها⁽⁴⁾. وتحديد حقوق المخترع ومدى جواز انتقالها كلياً أو جزئياً، ونقل ملكيتها ورهنها⁽⁵⁾.

(1)- نصت المادة 1/20 من الأمر رقم 07-03 على أنه: "يجب على كل من يرغب في الحصول على براءة الاختراع أن يقوم بتقديم طلب كتابي صريح إلى المصلحة المختصة". كما نصت المادة 2/20 من نفس الأمر على أنه: "يجب أن يتضمن طلب براءة الاختراع على ما يأتي:- استمارة طلب ووصف للاختراع ومطلب أو عدد من المطالب ورسم أو عدد من الرسومات عند اللزوم، ووصف مختصر. -وثائق إثبات تسديد الرسومات المحددة. عدا حالة اتفاق متبادل، يتعين على المودعين المقيمين في الخارج تمثيلهم لدى المصلحة المختصة".

(2)- نصت المادة 05 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر الاختراع ناتجا عن نشاط اختراعي إذا لم يكن ناجما ببساطة من حالة التقنية". كما نصت المادة 06 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة".

(3)- نصت المادة 07 من نفس الأمر على أنه: "لا تعد من قبيل الاختراعات في مفهوم هذا الأمر: 1-المبادئ والنظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي وكذلك المناهج الرياضية، 2-الخطط والمبادئ والمناهج الرامية إلى القيام بأعمال ذات طابع ثقافي أو ترفيهي محض، 3- المناهج ومنظومات التعليم والتنظيم والإدارة أو التسيير، 4-طرق علاج جسم الإنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة وكذلك مناهج التشخيص، 5-مجرد تقديم المعلومات، 6-برامج الحاسوب، 7-الابتكار ذا الطابع التزييني المحض".

(4)- نصت المادة 08 من نفس الأمر على أنه: "لا يمكن الحصول على براءات الاختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما يأتي: 1- الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نباتات أو حيوانات. 2- الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مخلا بالنظام العام والآداب العامة. 3-الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مضرا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات أو مضرا بحفظ النباتات أو يشكل خطرا جسيما على حماية البيئة". نصت المادة 09 من نفس الأمر على أن: "مدة براءة الاختراع هي عشرين (20) سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب مع مراعاة دفع رسوم التسجيل ورسوم الإبقاء على سريان المفعول وفقا للتشريع المعمول به".

(5)- نصت المادة 36 من نفس الأمر على أنه: "تكون الحقوق الناجمة عن طلب براءة الاختراع و/أو شهادات الإضافة المحتملة المتصلة بها قابلة للانتقال كلياً أو جزئياً. تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة اختراع وفقا للقانون الذي ينظم هذا العقد، ويجب أن تقيد في سجل البراءات. لا تكون العقود المذكورة أعلاه في الفقرة أعلاه، غير نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها".

يختص أخيرا هذا القانون ببيان الحالات التي تمنح فيها المصلحة المختصة الرخصة الإجبارية وآجال منحها⁽¹⁾. وكذا بيان مدى جواز للمخترع التنازع عن براءة اختراعه، وأسباب بطلانها، وسقوطها⁽²⁾.

غير أنه يخرج من اختصاص هذا القانون عقود الترخيص والتنازل والرهن التي يبرمها المخترع مع الغير حيث تخضع في شكلها لقانون مكان إبرامها (المادة 19 ق.م.ج)، وتخضع فيما يتعلق بأهلية التعاقد لقانون الجنسية (المادة 10 ق.م.ج)، وتخضع لقانون الإرادة بالنسبة لموضوعها (المادة 18 ق.م.ج)، كما يخرج من نطاق اختصاصه الإجراءات التحفظية في حالة

⁽¹⁾- نصت المادة 38 من الأمر رقم 03-07 على أنه: "يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء أربع (04) سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث (03) سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه. لتقدير الأجل المذكور في الفقرة أعلاه، تطبق المصلحة المختصة أقصى الآجال. لا يمكن منح الرخصة الإجبارية إلا إذا تحققت المصلحة المختصة من عدم الاستغلال أو نقص فيه ومن عدم وجود ظروف تبرر ذلك". كما نصت المادة 49 من نفس الأمر على أنه: "يمكن الوزير المكلف بالملكية الصناعية في أي وقت، منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه، لطلب براءة أو لبراءة اختراع، وذلك في إحدى الحالات التالية: 1- عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى، ولا سيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق. 2- عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية، صاحب البراءة أو من هو مرخص له باستغلالها، يستغل البراءة بطريقة مخالفة للقواعد التنافسية، وعندما يرى الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن استغلال البراءة تطبيقا لهذه الفقرة يسمح بالعدول عن هذا التصرف".

⁽²⁾- نصت المادة 1/51 من نفس الأمر على أنه: "يمكن صاحب براءة الاختراع أن يتخلى كلياً أو جزئياً وفي أي وقت، عن مطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراءته وتقديم تصريح مكتوب إلى المصلحة المختصة". كما نصت المادة 1/53-2-3 من نفس الأمر على أنه: "تعلن الجهة القضائية المختصة البطلان الكلي أو الجزئي لمطلب أو لعدة مطالب تتعلق ببراءة اختراع، بناء على طلب أي شخص معني في الحالات الآتية: 1- إذا لم تتوفر في موضوع براءة الاختراع الأحكام الواردة في المواد من 3 إلى 8 أعلاه، 2- إذا لم تتوفر في وصف الاختراع أحكام المادة 22 (الفقرة 3) أعلاه، وإذا لم تحدد مطالب براءة الاختراع الحماية المطلوبة، 3- إذا كان الاختراع ذاته موضوع براءة اختراع في الجزائر تبعاً لطلب سابق أو كان مستفيداً من أولوية سابقة". كما نصت المادة 54 من نفس الأمر على أنه: "تسقط براءة الاختراع عند عدم تسديد رسوم الإبقاء على سريان المفعول السنوية الموافقة لتاريخ الإيداع والمنصوص عليها في المادة 9 أعلاه. غير أن لصاحب البراءة أو طلب البراءة مهلة ستة (06) أشهر تحسب ابتداء من هذا التاريخ لتسديد الرسوم المستحقة إضافة إلى غرامة تأخير. ومع ذلك، ويطلب معطل من صاحب البراءة يقدم في أجل أقصاه ستة (06) أشهر بعد انقضاء الأجل القانوني، يمكن المصلحة المختصة تقرير إعادة تأهيل البراءة وذلك بعد تسديد الرسوم المستحقة ورسم إعادة التأهيل". كما نصت المادة 55 من نفس الأمر على أنه: "إذا انقضت سنتان على منح الرخصة الإجبارية ولم يدرك عدم الاستغلال أو النقص فيه لاختراع حاز على براءة، يمكن الجهة القضائية المختصة بناء على طلب الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالملكية الصناعية، أن تصدر حكماً بسقوط براءة الاختراع".

الاعتداء على حق صاحب البراءة واستغلالها بغير موافقته أو استغلالها في أغراض غير مشروعة حيث تخضع لقانون القاضي (المادة 21 مكرر ق.م.ج).

ب- الرسوم والنماذج الصناعية

عرف المشرع الجزائري الرسوم والنماذج الصناعية في المادة 01 من الأمر رقم 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية بأنه⁽¹⁾: "يعتبر رسماً كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية. ويعتبر نموذجاً كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي".

اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية، فذهب فريق من الفقه وهو الغالب إلى تطبيق قانون الدولة التي تم فيها تسجيل أو إيداع الرسم أو النموذج الصناعي لأول مرة. ويستند هذا الرأي إلى أن التسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر أو العلانية بالنسبة لهذا النوع من الملكية، وهو يعد منذ تلك اللحظة قرينة على وجود حق صاحبه، وذلك فضلاً على أن الغرض من إجراء التسجيل أو الإيداع هو تكريس الحماية لصاحب الرسم أو النموذج والحفاظ على الحقوق الخاصة باستغلالها⁽²⁾.

على خلاف ذلك، ذهب فريق آخر من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة التي يتم استغلال الرسم أو النموذج دون الاعتداد بقانون الدولة التي تم فيها التسجيل أو الإيداع لأول مرة. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى حجة مؤداها أن القوانين التي تتعلق بالملكية الصناعية تعد من قواعد الأمن والبوليس والتي يتعين تطبيقها تطبيقاً إقليمياً محضاً لأنها تمس التنظيم

(1)- أمر رقم 66-86 مؤرخ في 28 أبريل 1966، يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر ع 35 صادرة في 03 ماي 1966.

(2)- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 448. انظر أيضاً: ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 157.

الاقتصادي للدولة ويترتب على ذلك أنها قواعد ذات تطبيق مباشر تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني⁽¹⁾.

في حين يرى فريق آخر من الفقه تطبيق قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية، ذلك أن الدولة التي يطلب فيها الحماية هي عادة الدولة التي يتم فيها التعدي على عنصر الاحتكار في الملكية الصناعية، كما أنها الدولة التي يتم فيها الاستغلال أو التطبيق الصناعي للرسم أو النموذج، وتطبيق قانون الدولة التي يطلب منها الحماية يجب أن لا يكون مطلقا بل يتعين مراعاة قانون الدولة التي تم فيها التسجيل أو الإيداع لأول مرة، فلا يجوز منح الحماية إذا ما كان الحق في الرسم أو النموذج قد أبطل أو سقط بانتهاء مدة الحماية المقررة في بلد التسجيل أو الإيداع الأول، كما لا يجوز التمسك بمدة الحماية المقررة في قانون الدولة التي يطلب منها الحماية إذا ما كانت هذه المدة أطول من المدة المقررة في قانون بلد التسجيل أو الإيداع الأول، بل يتعين الأخذ بمدة الحماية المقررة في القانون الأخير لأن ذلك يؤدي إلى تحقيق مصالح الدول النامية⁽²⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فإن المشرع قد استقر على ما استقر عليه الفقه الغالب بإخضاع الرسوم والنماذج الصناعية لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل أو إيداع الرسم أو النموذج الصناعي، غير أنه لم ينص على ما إذا كان هذا التسجيل أو الإيداع لأول مرة أو لآخر مرة، ذلك أنه وطبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فإن الرسوم والنماذج الصناعية كأموال معنوية تخضع لقانون محل وجودها، ومحل وجود الرسوم والنماذج الصناعية هو البلد الذي سجلت أو أودعت فيه. وهذا تطبيقا للفقرة الرابعة من المادة 17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعي البلد الذي سجلا أو دعا فيه".

(1) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 816.

(2) - مرجع نفسه، ص 816 و 817.

وعليه إذا قام جزائري بتسجيل رسومه ونماذجه الصناعية في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق عليها، وهو في هذه الحالة الأمر رقم 66-86، فهو الذي يختص ببيان ماهية الرسم أو النموذج، وشروط حمايته⁽¹⁾. وكيفية إيداعه⁽²⁾. أو تسجيله⁽³⁾. كما يختص هذا القانون أيضا ببيان كيفية نشره⁽⁴⁾. ومدة حمايته⁽⁵⁾. وكيفية التنازل عنه أو التصرف فيه⁽⁶⁾.

(1)- نصت المادة 2/01 من الأمر رقم 66-86 على أنه: "إن الحماية الممنوحة بموجب هذا الأمر تشمل الرسوم والنماذج الأصلية الجديدة دون غيرها. ويعتبر رسما جديدا كل رسم أو نموذج لم يبتكر من قبل. وإذا أمكن لشيء أن يعتبر رسما أو نموذجا واختراعا قابلا للتسجيل في آن واحد وكانت العناصر الأساسية للجدة غير منفصلة عن عناصر الاختراع فيصبح هذا الشيء محميا طبقا للأمر رقم 66 - 54 المؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1385 الموافق 3 مارس سنة 1966 المتعلق بشهادات المخترعين وبإجازات الاختراع".

(2)- نصت المادة 09 من نفس الأمر على أنه: "يتم كل إيداع رسم أو نموذج بتسليم هذا الرسم أو النموذج أو بتوجيهه داخل ظرف موصى عليه مع طلب الإشعار بالاستلام، إلى السلطة المختصة. يمكن أن يتضمن هذا الإيداع من رسم واحد إلى مائة رسم بقصد إدماجها إلى أشياء من صنف واحد. ويجب أن يتضمن الإيداع، تحت طائل الإبطال، ما يلي: -أربع نسخ من تصريح الإيداع، - ست نسخ مماثلة من تمثيل الرسم أو عينتان من كل واحد من الأشياء والرسوم، -وكالة ممضاة بخط اليد وذلك إذا كان المودع يمثله وكيل، -وصل بدفع الرسوم الواجب أداؤها. يجب أن تكون جميع هذه المستندات ممضاة بتوقيع المودع وأن تكون عينات الشيء المودع حاملة بطاقة مخصصة لهذا التوقيع. ويجب أن تكون الأشياء والإلحاقات المبينة لمعاني الرسوم مضمنة في صندوق محكم الإغلاق يوضع عليه خاتم وتوقيع المودع".

(3)- نصت المادة 11 من نفس الأمر على أنه: "تباشر المصالح المختصة نقل التصريح بالإيداع إلى دفتر الرسوم والنماذج مع ذكر تاريخ وساعة تسليم المستندات أو استلام الظرف الذي يتضمنها وكذا رقم الإيداع. وتضع هذه المصالح ختمها ورقم التسجيل على كل واحدة من المستندات المسلمة". كما نصت المادة 12 من نفس الأمر على أنه: "تسلم أو توجه إلى المودع نسخة من التصريح متممة برقم التسجيل وتكون بمثابة إثبات للإيداع".

(4)- نصت المادة 17 من نفس الأمر على أنه: "تنشر قائمة الإيداعات التي أصبحت علنية. وتوضع تحت اطلاق الجمهور فهارس سنوية تحررها المصلحة المختصة. وتجعل رهن إشارة الجمهور نسخة صورية من الرسم أو النموذج الذي أصبح علنياً ومعها نسخة من الإلحاق المبين لمعنى الرسم".

(5)- نصت المادة 13 من نفس الأمر على أنه: "إن مدة الحماية الممنوحة لكل رسم أو نموذج بموجب هذا الأمر، تبلغ عشرة أعوام ابتداءً من تاريخ الإيداع. وتنقسم هذه المدة إلى فترتين: أحدهما من عام واحد، والثانية من تسعة أعوام وهذه تكون موقوفة على دفع رسم الاحتفاظ. يستمر الرسم أو النموذج سرياً طيلة مدة فترة الحماية الأولى وذلك إذا لم يطلب المودع أو أصحاب حقوقه نشره. وتنتهي الحماية بانتهاء الفترة الأولى البالغة عاماً واحداً وذلك إذا لم تجر المطالبة بتمديد مدة هذه الحماية أو إذا لم يتم دفع الرسم. ويمنح أجل ستة أشهر لتنفيذ هذه الإجراءات ويجوز أن يكون الإجراء الاحتفاظي متعلقاً بجميع الرسوم أو النماذج أو ببعضها".

(6)- نصت المادة 20 من نفس الأمر على أنه: "يجوز لصاحب رسم أو نموذج أن يحول إلى غيره، بواسطة عقد، كل أو بعض حقوقه. وإذا اقتضت المصلحة العامة، يسوغ للسلطة المختصة أن تمنح بعوض، حق استعمال رسم أو نموذج لكل مؤسسة تطلب ذلك".

غير أنه يخرج من نطاق اختصاصه عقود الترخيص والتنازل والرهن التي يبرمها صاحب الرسم أو النموذج مع الغير حيث تخضع في شكلها لقانون مكان إبرامها(المادة 19 ق.م.ج)، وتخضع فيما يتعلق بأهلية التعاقد لقانون الجنسية(المادة 10 ق.م.ج)، وتخضع لقانون الإرادة بالنسبة لموضوعها(المادة 18 ق.م.ج)، كما يخرج من نطاق اختصاصه الإجراءات التحفظية في حالة الاعتداد على صاحب الرسم أو النموذج الصناعي واستغلاله بغير موافقته أو استغلاله في أغرض غير مشروعة حيث يخضع لقانون القاضي(المادة 21 مكرر ق.م.ج).

ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري وبموجب المادة 17 مكرر ق.م.ج جاءت على سبيل الاستثناء وليس الحصر فيما يتعلق بحقوق الملكية الصناعية، حيث تطرق إلى نوعين من هذه الحقوق هما براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، أما باقي الأنواع والتي تتمثل في التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسميات المنشأ فلم يتطرق إليها، غير أنه وفي اعتقادنا مادام نص المادة 17 مكرر ق.م.ج جاء بوجه عام وشامل لكل الأموال المعنوية فإذا نظرنا إلى هذه الحقوق على أنها أموالا معنوية فهي تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها في هذه المادة أي خضوعها لقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

2- حقوق الملكية التجارية

تشمل حقوق الملكية التجارية كل من العلامة التجارية والاسم التجاري، ويقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية التجارية تحديد القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية(أ)، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على الاسم التجاري(ب).

أ- العلامة التجارية

عرفت اتفاقية تريبس TRIPS الموقعة في مراكش سنة 1994 في إطار منظمة التجارة العالمية O.M.C العلامة التجارية في المادة 1/15 منها بأنها: "كل علامة تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها منشأة أخرى، وتدخل في عداد

العلامة التجارية الكلمات التي تشمل على أسماء شخصية والحروف والأرقام والأشكال ومجموعات الألوان أو أي مزيج منها، وهي تصلح جميعها للتسجيل كعلامة تجارية".

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة الأولى من الأمر رقم 03-06 الذي يتعلق بالعلامات بنصها على أنها⁽¹⁾: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".

اختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية، فقد ذهب البعض إلى تطبيق قانون الدولة التي تستعمل فيها العلامة التجارية لأول مرة، بمعنى قانون الدولة التي يوجد فيها المشروع الذي تميزه العلامة. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العلامة التجارية ليست نتاجا ذهنيا يحميه القانون بهذا الوصف بل هي وسيلة لتجنب المنافسة غير المشروعة، لذلك فالحق فيها لا يثبت بمجرد ابتكارها أو إيداعها بل الأولوية في استعمالها، وبما أنها عادة ما تستخدم لأول مرة في الدولة الكائن بها منشأة الاستغلال عد موقع العلامة في هذه الدولة وخضعت لقانونها⁽²⁾.

على خلاف ذلك، يذهب فريق من الفقه وهو الغالب إلى تطبيق قانون الدولة التي سجلت فيها العلامة التجارية. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العلامة التجارية هي وسيلة فنية لتمييز المنتجات، والاعتراف بتلك الوسيلة يقتضي تدخل سلطة عامة يكون باستطاعتها التحقق من عدم تطابقها أو تشابهها مع العلامات الأخرى، وبالنتيجة فإن التسجيل هو الوسيلة التي تحقق ذلك⁽³⁾.

(1)-أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ع 44 صادرة في 23 جويلية 2003.

(2)-هاشمي حسن، مرجع سابق، ص 162. انظر أيضا: ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 157.

(3)-مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، سوريا، 2009، ص 292.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فإن المشرع قد استقر على ما استقر عليه الرأي الأول بإخضاع العلامة التجارية لقانون الدولة التي تستعمل فيها العلامة التجارية لأول مرة، بمعنى قانون الدولة التي يوجد فيها المشروع الذي تميزه العلامة، ذلك أنه وطبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فإن العلامة التجارية كمال معنوي تخضع لقانون محل وجودها، ومحل وجود العلامة التجارية هو منشأة الاستغلال، وهذا تطبيقا للفقرة الخامسة من المادة 17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال".

إذا استعملت العلامة التجارية لأول مرة في الجزائر، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق في هذه الحالة، وهو الأمر رقم 03-06 فهو الذي يختص ببيان تعريف العلامة، وكل ما يتعلق بشروط اكتساب الحق في العلامة ومشروعيتها ومدى وجوب تسجيلها ومن له الحق في ذلك الأثر⁽¹⁾.

كما يختص هذا القانون أيضا ببيان العلامات التي تستثنى من التسجيل، وكذا ببيان الحقوق المخولة لصاحب العلامة بعد تسجيلها⁽²⁾.

(1) نصت المادة 05 من الأمر رقم 03-06 على أنه: "يكتسب الحق في العلامة بتسجيلها لدى المصلحة المختصة. دون المساس بحق الأولوية المكتسب في إطار تطبيق الاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجزائر، تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر (10) سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إيداع الطلب. يمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر (10) سنوات وفقا للأحكام المحددة في النصوص المتخذة لتطبيق هذا الأمر. يسري التجديد ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ انقضاء التسجيل". كما نصت المادة 06 من نفس الأمر على أنه: "ما عدا في حالة انتهاك الحق، فإن العلامة ملك للشخص الأول الذي استوفى الشروط المحددة لصحة الإيداع أو الشخص الذي أثبت أقدم أولوية لإيداعه في مفهوم اتفاقية باريس المذكورة أعلاه. يحق لأي شخص قام بعرض سلع أو خدمات تحت العلامة المطلوبة أثناء معرض دولي رسمي أو معترف به رسميا، أن يطلب تسجيل هذه العلامة أو يطالب بحق الأولوية فيها ابتداء من تاريخ عرض السلع أو الخدمات تحت هذه العلامة وذلك في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من انتهاء العرض".

(2) نصت المادة 07 من نفس الأمر على أنه: "تستثنى من التسجيل: 1- الرموز التي لا تعد علامة في مفهوم المادة 2 (الفقرة الأولى)، 2- الرموز الخاصة بالملك العام أو المجردة من صفة التمييز، 3- الرموز التي تمثل شكل السلع أو غلافها إذا كانت الطبيعية أو وظيفة السلع أو التغليف تفرضها، 4- الرموز المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة والرموز التي يحظر استعمالها بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفا فيها، 5- الرموز التي تحمل من بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى أو اسم مختصر أو رمز أو إشارة أو دمغة رسمية تستخدم للرقابة والضمان من طرف دولة أو منظمة مشتركة بين الحكومات أنشئت بموجب اتفاقية دولية إلا إذا رخصت لها السلطة المختصة لهذه الدولة أو المنظمة بذلك، 6- الرموز التي يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو =

كذلك يختص هذا القانون ببيان حالات الالتزام باستعمالها⁽¹⁾. وبيان كيفية العدول عن تسجيلها⁽²⁾. وأسباب بطلانها والغائها⁽³⁾.

=جودة أو مصدر السلع والخدمات والخصائص الأخرى المتصلة بها، 7- الرموز التي تشكل حصريا أو جزئيا بيانا قد يحدث لبسا مع المصدر الجغرافي لسلع أو خدمات معينة، وفي حالة ما إذا تم تسجيل هذه الرموز كعلامة بغير حق تعرقل استعمال ذلك البيان الجغرافي من قبل أشخاص آخرين لهم الحق في استعماله، 8- الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة أو لاسم تجاري يتميز بالشهرة في الجزائر وتم استخدامه لسلع مماثلة ومماثلة تنتمي لمؤسسة أخرى إلى درجة إحداث تضليل بينهما، أو الرموز التي هي بمثابة ترجمة للعلامة أو الاسم التجاري. تطبق أحكام هذه الفقرة، مع ما يلزم من تغيير على السلع أو الخدمات التي لا تعد مطابقة أو مشابهة لتلك التي طلب تسجيل العلامة من أجلها بشرط أن يكون استعمال هذه العلامة من أجل سلع وخدمات مطابقة يدل على صلة بين هذه السلع والخدمات ومالك العلامة المسجلة، في هذه الحالة وبشرط أن يكون من شأن هذا الاستعمال إلحاق ضرر بمصالح صاحب العلامة المسجلة. 9- الرموز المطابقة أو المشابهة لعلامة كانت محل طلب تسجيل أو تسجيل يشمل سلعاً أو خدمات مطابقة أو مشابهة لتلك التي سجلت من أجلها علامة الصنع أو العلامة التجارية إذا كان هذا الاستعمال يحدث لبسا. تطبق أحكام هذه الفقرة أيضا على العلامات التي انتهت فترة حمايتها منذ سنة أو أكثر قبل تاريخ إيداع طلب تسجيلها أو على العلامات الجماعية التي انتهت فترة حمايتها منذ ثلاث (03) سنوات أو أكثر قبل هذا التاريخ. تؤخذ في عين الاعتبار في مفهوم هذه الفقرة كل الأولويات المطالب بها. " كما نصت المادة 09 من نفس الأمر على أنه: "يحول تسجيل العلامة لصاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها. مع مراعاة أحكام المادة 11 أدناه، فإن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبه حق التنازل عنها ومنح رخص استغلال ومنع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع أو خدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها. يمكن التمسك بالحق المخول بموجب تسجيل العلامة في مواجهة الغير الذي يستعمل تجاريا علامة أو رمزا أو اسما تجاريا مشابها إلى اللبس بين سلع وخدمات مطابقة أو مشابهة دون ترخيص المالك. لصاحب العلامة ذا شهرة في الجزائر حق منع الغير من استعمال علامته دون رضاه وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 07 (الفقرة 8) أعلاه. " كما نصت المادة 10 من نفس الأمر على أنه: "لا يخول تسجيل العلامة لصاحبها الحق في منع الغير من أن يستخدم تجاريا وعن حسن نية: 1- اسمه وعنوانه واسمه المستعار، 2- البيانات الحقيقية المتصلة بالصنف أو الجودة أو الكمية أو الوجهة أو القيمة أو مكان المنشأ أو فترة إنتاج هذه السلع أو أداء هذه الخدمات، على أن يكون هذا الاستعمال محدودا ومقتصرا لأغراض التعريف أو الإعلام فقط وفقا للممارسات النزيهة في المجال الصناعي أو التجاري".

(1) نصت المادة 11 من نفس الأمر على أنه: "إن ممارسة الحق المخول عن تسجيل العلامة مرتبط بالاستعمال الجدي للعلامة على السلع أو توظيفها أو على صلة مع الخدمات المعرفة بالعلامة. يترتب على عدم استعمال العلامة إبطالها ماعدا في الحالات الآتية: 1- إذا لم يستغرق عدم الاستعمال أكثر من ثلاث (03) سنوات دون انقطاع، 2- إذا لم يقم مالك العلامة قبل انتهاء هذا الأجل بتقديم الحجة بأي ظروف عسيرة حالت دون استعمالها، ففي هذه الحالة يسمح بتمديد الأجل إلى سنتين على الأكثر". كما نصت المادة 12 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر استعمال العلامة من قبل حامل الرخصة بمثابة استعمال من قبل المودع أو مالك العلامة نفسه".

(2) نصت المادة 1/19 من نفس الأمر على أنه: "يمكن العدول عن تسجيل العلامة لكل جزء من السلع أو الخدمات التي سجلت من أجلها".

(3) نصت المادة 20 من نفس الأمر على أنه: "يمكن الجهة القضائية المختصة إبطال تسجيل العلامة بأثر رجعي من تاريخ الإيداع وذلك بطلب من المصلحة المختصة أو من الغير عندما يتبين بأنه كان لا ينبغي تسجيل العلامة لسبب من الأسباب =

غير أنه يخرج من اختصاص قانون منشأة استغلال العلامة التجارية، عقود الترخيص أو التنازل أو الرهن للعلامة التجارية من حيث الشكل والموضوع وأهلية المتعاقدين حيث تخضع للقواعد الخاصة بها⁽¹⁾.

كما يخرج أيضا من نطاق اختصاصه دعوى التعويض عن الفعل الضار التي ترفع في مواجهة من قام بتقليد العلامة التجارية أو باع أو عرض للتداول علامة مزورة أو مقلدة حيث تخضع للقواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ويطبق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (المادة 20 ق.م.ج)، كما يخرج من نطاقه الإجراءات التحفظية وتدابير المصادرة والإتلاف بخصوص السلع والمنتجات التي تحمل العلامة التجارية المقلدة حيث يسري عليها قانون القاضي (المادة 21 مكرر ق.م.ج).

ب- الاسم التجاري

الاسم التجاري هو التسمية التي يختارها التاجر ليطلقها على محله تمييزا له عن غيره، ولما كان هذا الأخير من العناصر المهمة في المحل التجاري، اختلف الفقهاء في القانون الواجب التطبيق عليه، فذهب فريق من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد المشروع فيها الذي يميزه الاسم التجاري، ذلك أن الحق في الاسم التجاري يستمد من الأسبقية في استعماله للدلالة على مشروع معين ويتعين لذلك تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المشروع⁽²⁾.

=المذكورة في الفقرات من 1 إلى 9 من المادة 7 من هذا الأمر. لا يمكن إقامة دعوى الإبطال إذا اكتسبت العلامة صفة التمييز بعد تسجيلها، وتتقدم هذه الدعوى بخمس (05) سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل العلامة ويستثنى من هذا الإجراء طلب التسجيل الذي تم بسوء النية". كما نصت المادة 21 من نفس الأمر على أنه: "تلغي الجهة القضائية المختصة تسجيل العلامة بناء على ما يأتي: 1- طلب من المصلحة المختصة أو من الغير الذي يعنيه الأمر إذا نشأ سبب من الأسباب المذكورة في المادة 7 (الفقرات 3 و5 إلى 7) من هذا الأمر بعد تسجيل العلامة وظل قائما بعد قرار الإلغاء، غير أنه إذا كان سبب الإلغاء ناتجا من المادة 7 (الفقرة 2) فإن التسجيل لا يلغي إذا اكتسبت العلامة صفة التمييز بعد تسجيلها، 2- طلب من الغير الذي يعينه الأمر إذا لم تستعمل العلامة وفقا للمادة 11 أعلاه.

⁽¹⁾- تخضع عقود الترخيص أو التنازل أو الرهن للعلامة التجارية من حيث الشكل لقانون مكان إبرامها (المادة 19 ق.م.ج)، أما من حيث الموضوع فتخضع لقانون الإرادة (المادة 18 ق.م.ج)، أما فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين فيها فتخضع لقانون الجنسية (المادة 10 ق.م.ج).

⁽²⁾- بن دريس حليلة، مرجع سابق، ص 113.

على خلاف ذلك، ذهب فريق من الفقه وهو الغالب إلى تطبيق ذات القانون الواجب التطبيق على المحل التجاري، أي قانون الدولة التي يوجد بها معظم عناصر المحل التجاري أي موقع المحل ومكان الاستغلال والاتصال بالعملاء، ذلك أن الاسم التجاري من العناصر المهمة في المحل التجاري، فضلا على أن اتخاذ الاسم واجب مفروض من قبل القانون لتمييز المحل التجاري وتنظيم المنافسة بين التجار، وأخيرا فإنه من غير الجائز التصرف فيه استقلالا عن المحل الذي يميزه⁽¹⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فإن المشرع قد استقر على ما استقر عليه الفقه الغالب بإخضاع الاسم التجاري لذات القانون المطبق على المحل التجاري، ذلك أنه وطبقا لنص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج، فإن الاسم التجاري كمال معنوي يخضع لقانون محل وجوده، ومحل وجود الاسم التجاري هو بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري، وهذا تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 17 مكرر ق.م.ج التي نصت على أنه: "ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

إذا وجد المقر الرئيسي للمحل التجاري في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق على اسمه التجاري، ذلك أن الاسم التجاري من العناصر المهمة في المحل التجاري، وهو في هذه الحالة الأمر رقم 59-75 وهذا على خلاف حقوق الملكية الصناعية الأخرى، فهو الذي يختص ببيان المقصود بالاسم والمحل التجاري وطبيعته كموضوع لحق الملكية المعنوية، وتنظيم الحق في إيجار المحل التجاري⁽²⁾.

كما يحدد هذا القانون أسباب وطرق كسب ملكية المحل التجاري، إذ يبين كيفية إنشاء المحل بواسطة التاجر ابتداء، واكتسابه بالعقد والميراث والوصية والشفعة والهبية، ومدى قبول التقادم

(1) - مجد الدين خربوط، مرجع سابق، ص 292.

(2) - نصت المادة 78 من الأمر رقم 59-75 على أنه: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاته وشهرته. كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

المكسب كسبب لملكية المحل التجاري لكون المحل التجاري هو عبارة عن شيء معنوي والأشياء المعنوية لا تقبل الحيابة.

يشمل نطاق القانون الواجب على الاسم التجاري أيضا حقوق وواجبات التاجر، فالقواعد التي تحكم هذه الأوضاع قواعد موضوعية ذات تطبيق فوري ومباشر، أي أن كل دولة تختص بحكم الأوضاع المتعلقة بالحقوق التجارية من حيث انتقالها واكتسابها وانتهائها وآليات توثيقها ومسك الدفاتر التجارية المتعلقة بها تحقيقا لاستقرار التعامل في الأسواق والأمن القانوني والثقة بين المتعاملين⁽¹⁾.

أما بخصوص الحقوق العينية الأصلية التي ترد على المحل التجاري، يسري القانون المختص على تحديد أسباب كسب الملكية من حيث شرائه أو هبته، أو ميراثه والتقدم المكسب للملكية، ويسري هذا القانون أيضا على أسباب انقضاء الملكية كهلاك عناصره أو فقد العملاء أو وقف نشاطه نهائيا بما فيها الإفلاس.

أما الحقوق العينية التبعية أو التأمينات المنقولة فإن قانون موقع المحل التجاري يختص بتحديد شروط رهن المحل التجاري ومدى جواز رهن العلامة التجارية أو براءة الاختراع مستقلة عن المحل التجاري والآثار التي يربتها الرهن كحق التقدم أو التتبع⁽²⁾.

(1) - نصت المادة 09 من الأمر رقم 59-75 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقابلة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا". كما نصت المادة 10 منه على أنه: "يجب أيضا أن يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقلل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد".

(2) - نصت المادة 118 من نفس الأمر على أنه: "يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية، دون حاجة لغير الشروط والإجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية. لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها". كما نصت المادة 119 من نفس الأمر على أنه: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والإسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به. وإن الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها، تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزءا مثلها مثل الرهن المنشأ. وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا =

كما يختص هذا القانون ببيان أحكام امتياز بائع المحل التجاري من حيث شروطه وأشكال الشهر اللازمة⁽¹⁾.

غير أنه يخرج من نطاق هذا القانون، المسائل المتعلقة بتكوين وآثار العقود التي ترد على المحل التجاري فهي تخضع لقانون الإرادة في هذا الشأن (المادة 18 ق.م.ج)، وكذلك الأمر في شكل العقود التي ترد عليه فهي تخضع بوجه عام للقانون الذي يحكم الشكل (المادة 19 ق.م.ج)⁽²⁾. كما يخرج أيضا من تطبيق هذا القانون إجراءات التنفيذ الجبري على المحل التجاري التي يطلب اتخاذها البائع صاحب حق الامتياز أو الدائن المرتهن وذلك بسبب عدم الوفاء بباقي الثمن أو الدين في تاريخ الاستحقاق حيث يسري قانون القاضي.

يخرج من نطاق اختصاص هذا القانون أيضا دعوى التعويض عن الفعل الضار التي ترفع في مواجهة من قام باستعمال الاسم التجاري بغير إذن أو استعماله بطرق غير مشروعة وأثرت على نشاطها حيث تخضع للقواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ويطبق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (المادة 20 ق.م.ج).

= يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية. وإذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة".

(1) - نصت المادة 96 من نفس الأمر على أنه: "لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري إذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي ومقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه. لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية. وتوضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجاري والمعدات والبضاعة. ويمارس امتياز البائع الضامن لكل من هذه الأثمان أو ما بقي مستحقا منها بصفة منفصلة على كل من أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجاري. وبالرغم عن كل اتفاق مخالف فإن الدفعات الجزئية غير الدفعات النقدية تطرح أولا من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات. وإذا كان الثمن المعد للتوزيع حاصلًا من بيع عنصر واحد أو عدة عناصر لم يشملها البيع الأول فيتعين تقدير ما ينوب كل منها على حدة من ثمن إعادة البيع".

(2) - ما قرره محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1966 الذي جاء فيه مايلي: "...إذا كان المحل التجاري موضوع عقد البيع يقع في دولة ساحل العاج فإن هذا لا يبرر تطبيق قانون تلك الدولة على انعقاد البيع وشروطه، ولما كان البائع والمشتري يتوطنان في فرنسا وكان كلاهما فرنسي الجنسية وكان العقد قد أبرم في فرنسا فإن القانون الفرنسي هو الواجب للتطبيق".

الفرع الثاني

الحقوق الشخصية (الديون)

تتمثل الحقوق الشخصية في الديون الثابتة في الذمة أو الموثقة على شكل أوراق قابلة للتداول، وتختلف الحقوق الشخصية العادية عن الحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما، فتخضع الديون بوصفها حقا شخصيا، من حيث مصدرها إما لقانون الإرادة بالنسبة للحقوق الناشئة عن العقد، وإما للقانون المحلي بالنسبة للحقوق الناشئة عن الفعل الضار أو النافع (أولا). في حين تخضع الأوراق القابلة للتداول لقانون معين طبقا لنوع الورقة فيما إذا كانت ورقة تجارية أو مالية وطبيعتها من حيث كونها اسمية أو للحامل أو إذنية (ثانيا).

أولا: الحقوق الشخصية العادية

اتجه الفقه التقليدي في فرنسا إلى إخضاع الحق الشخصي لقانون موقعه، مثله في ذلك مثل الأموال المادية، غير أنهم اختلفوا بشأن تحديد موقع الحق، هل هو موطن الدائن أو المدين، وإن كانت غالبية هذا الفقه تعتبر موقع الحق الشخصي هو موطن المدين، ومن ثم فإن قانون هذا الموطن هو الذي يحكم انتقال الحق الشخصي أو رهنه، ذلك أن موطن المدين هو المكان الذي يسهل فيه على الغير التعرف على مركز المال⁽¹⁾.

على خلاف ذلك، يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى وجوب إخضاع حوالة الحق أو رهنها، للقانون الذي يحكم العلاقة بين الدائن والمدين، سواء أكان عقدا أم فعلا (ضار أو نافع)، وذلك من منطلق الحرص على توحيد القانون الذي يحكم مصدر الحق ذاته، والقانون الذي ينظم العلاقة بين طرفيه، كما أن تشبيه الأموال المعنوية بالأموال المادية حسبما اتجه أنصار الرأي الأول، يعد مجازا مخالفا للحقيقة⁽²⁾.

(1) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 474.

(2) - مرجع نفسه، ص 474.

أما عن العلاقة التعاقدية بين المحيل والمحال له فهي علاقة تعاقدية مستقلة عن العقد الأصلي، لذلك فهي تخضع للقانون الذي يحددها بإرادتهما دون القانون الذي يحكم مصدر الدين.

يستثنى من الخضوع لهذا القانون الإجراءات اللازمة لإتباعها لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو الغير، إذ تخضع لقانون موطن المدين باعتباره القانون الذي يسهل على الغير التعرف على أحكامه مسبقاً⁽¹⁾.

ثانياً: الحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول

الأوراق التي تثبت فيها الحقوق الشخصية أو الديون والقابلة للتداول قد تكون أوراقاً اسمية، وقد تكون لحاملها، وقد تكون إذنية، ويختلف القانون الذي يخضع له تداول الدين باختلاف الورقة الثابتة فيها هذا الدين⁽²⁾. فبالنسبة للدين الثابت في ورقة اسمية كالسهم والسند الرسمي، فإن انتقاله يخضع حسب الرأي الراجح للقانون الذي يخضع له الشخص المعنوي الذي أصدر السهم أو السند، وهو قانون البلد الذي وجد فيه مركز إدارته الرئيسي، كما يوجد أيضاً فيه في الغالب سجله المخصص لقيود عمليات التنازل عن السهم أو السند⁽³⁾.

أما بالنسبة للدين الثابت في ورقة حاملها، مثل السهم لحامله، والسند لحامله، فهو يخضع من حيث انتقاله وفقاً للرأي الراجح لقانون موقعه الفعلي وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت فيه الدين، مثله في ذلك مثل المنقول المادي، ومع الأخذ في عين الاعتبار قانون الشركة أو الجهة التي أصدرت الورقة، وذلك على أساس اندماج الدين الذي هو منقول معنوي في الورقة الثابت بها والتي هي منقول مادي⁽⁴⁾.

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 299.

(2) - مرجع نفسه، ص 300.

(3) - ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 258.

(4) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 300.

ينظم هذا القانون العلاقة بين الحائزين المتعاقبين للورقة، كما يحكم كذلك كل ما يتعلق بالأثر العيني المترتب على تداول السند أو السهم، فيما يخضع الجانب التعاقدى لقانون الإرادة مثله مثل أي عقد.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين حائز السند وبين الشخص المعنوي أو الجهة التي أصدرت السند ذاته، فتخضع للقانون الذي يحكم إنشاء العلاقة وفقا للقواعد العامة، أي للقانون الذي يحكم الشركة أو الشخص المعنوي المصدر له⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالأوراق الإذنية كالسفتجة أو السند الإذني أو الشيك فيرى البعض من الفقه إخضاعها لقانون بلد الوفاء على اعتبار أنه فيه يتحقق وجود الحق، وتثور المنازعات في شأنه وتتخذ الإجراءات التحفظية والتنفيذية.

بينما يرى البعض الآخر إخضاع كل التزام في هذه الأوراق لقانون البلد الذي تم فيه، فيخضع التزام الساحب لقانون بلد الإصدار، والتزام المظهر لقانون بلد التطهير، والتزام المسحوب عليه لقانون بلد القبول⁽²⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فالمشرع لم يخص الحقوق الشخصية أو الديون بقاعدة إسناد خاصة بها، غير أنه وفي اعتقادنا مادام نص المادة 1/17 مكرر ق.م.ج جاء بوجه عام وشامل لكل الأموال المعنوية فإذا نظرنا إلى هذه الحقوق على أنها أموالا معنوية فهي تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها في هذه المادة أي خضوعها لقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

أما فيما يتعلق بمصدر هذه الحقوق فإنها تخضع لقانون الإرادة(المادة 18 ق.م.ج) إذا كانت هذه الحقوق ناشئة عن العقد، وتخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام(المادة 20 ق.م.ج) إذا كانت ناشئة عن الفعل.

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 476.

(2)-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 105.

الفصل الثاني

تطبيق القانون الأجنبي المختص بالمنازعات المتعلقة

بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

إن دور قاعدة الإسناد في مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي المشتملة على عنصر أجنبي لا ينتهي عند تعيين القانون الواجب التطبيق عليها، بل إن التطبيق الفعلي لهذه القاعدة يقتضي بالإضافة إلى تعيين القانون الواجب التطبيق الوصول إلى التطبيق الفعلي لهذا القانون.

فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى أن القانون الملائم لحكم العلاقة هو القانون الوطني، فإنه لا إشكال في الأمر، إذ يطبقه القاضي تلقائياً إذعاناً لقاعدة الإسناد، بوصفها قاعدة تنتمي إلى هذا القانون، فيفصل في النزاع تبعاً لقواعد قانونه الداخلي والذي يكون له من السهل تطبيقها نظراً لدرايته الكافية بها والسلطة الممنوحة له في التعامل مع القاعدة الداخلية. غير أن الأمر قد لا يسير بهذه السهولة إذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي، ذلك أن تطبيق هذا الأخير من طرف القاضي الوطني يثير عدة إشكالات تنشأ في الغالب أساساً على جهل القاضي به، ومن كونه صادر عن سلطة أجنبية لا تملك إصدار الأوامر للقاضي الوطني، ذلك أن هذا الأخير لا يتلقى الأوامر إلا من مشرع دولته (المبحث الأول).

هذا وبالرغم من أن قاعدة الإسناد التي تعين قانوناً أجنبياً تعتبر قاعدة ملزمة وآمرة إلا أن تطبيقها لا يعني بالضرورة وبالنهاية الوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه، فقد يستحيل أو ينهض ما يحول دون تطبيق هذا الأخير، وبمعنى آخر وعملياً يكون القانون الأجنبي المقصود قد استبعد من التطبيق ليحل مكانه قانوناً آخر (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إشكالات تطبيق القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي معين بحكم نزاع ذي طابع دولي، فإن هذا الأخير يحتوي على نوعين من القواعد مثله في ذلك مثل قانون القاضي وأي قانون آخر، الأول من هذه القواعد هو قواعد الإسناد، والثاني يتمثل في القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي والتي يوكل إليها حل المنازعات.

يثير تطبيق النوع الأول من هذه القواعد وهو قواعد الإسناد حفيظة البعض من الفقه حول إمكانية تطبيقها بواسطة القاضي الوطني والفرض أنها قواعد إسناد أجنبية(المطلب الأول). أما النوع الثاني من القواعد وهو المتعلق بالقواعد الموضوعية الأجنبية، فإن كان لا يثير ذات المشكلة إلا أن تطبيقه بواسطة القاضي الوطني قد يثير مشاكل أخرى عديدة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إشكالات تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد الأجنبية

يتعرض القاضي الوطني لتطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية في أحد الفرضين، الأول إذا كان نظامه القانوني يأخذ بالإحالة بمعنى تشير قاعدة الإسناد الوطنية في قانونه الوطني بتطبيق قانون أجنبي معين ويلزمه مشرعه الوطني بضرورة استشارة قاعدة الإسناد في ذلك القانون الأجنبي، والتي قد تحيل حل النزاع إلى قانون آخر تراه أكثر ملائمة بحل النزاع(الفرع الأول). أما الفرض الثاني فيعرض عندما يوكل النظام القانوني لدولة القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإحالة

عندما تتم عملية الإسناد، ويتحدد القانون الواجب التطبيق، تثار مسألة تحديد نطاق هذا القانون من حيث قواعده القانونية التي تعينها قاعدة الإسناد، فهل تقتصر على قواعد الإسناد التي يتضمنها والتي تشير بدورها باختصاص القانون الذي تراه ملائماً لحكم النزاع أم تقتصر على القواعد الموضوعية الأجنبية فيفصل في النزاع مباشرة بتطبيقها، فإذا ما أخذ القاضي بالحل الأول فقد قبل مبدئياً بفكرة الإحالة، أما إذا أخذ بالحل الثاني فقد رفض فكرة الإحالة.

لأجل ذلك سنتطرق إلى مفهوم الإحالة (أولاً)، تباين المواقف حول الأخذ بها (ثانياً).

أولاً: مفهوم الإحالة

يقضي مفهوم الإحالة تحديد تعريفها (1)، أنواعها (2)، أساسها (3).

1- تعريف الإحالة

يتضمن قانون كل دولة كما سبق الذكر قواعد إسناد غير مباشرة مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وقواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع المطروح أمام القاضي، وفي هذا الصدد قد تثار مشكلة التنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

يأخذ هذا التنازع صورتين، الأولى وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها ويسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع الإيجابي، ولا تثير هذه الصورة من التنازع أي إشكال، فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه⁽¹⁾.

(1) -مثال ذلك مات ألماني في فرنسا أين يوجد موطنه الأخير تاركاً وراءه أموالاً منقولة، فإذا كان القضاء الألماني هو الذي عرضت عليه مسألة ميراث هذا المتوفي فإنه سيطبق عليه قانونه الألماني على أساس أن قواعد الإسناد فيه تقضي بخضوع الميراث في المنقولات إلى قانون جنسية المتوفي، لكن لو أن هذه المسألة طرحت على القضاء الفرنسي فإنه سيطبق عليها القانون الفرنسي على أساس أن القانون الفرنسي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي. ففي هذا المثال يطبق القاضي =

أما الصورة الثانية، وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه، ويسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع السلبي، وتطرح في هذه الصورة من التنازع المشكلة التالية هل يمثل القاضي الجزائري لما تقضي به قواعد الإسناد الأجنبية من اختصاص قانونه، أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي؟⁽¹⁾.

تسمى هذه المشكلة في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة، والبت فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على الموقف المتخذ منها.

2- أنواع الإحالة

أثارت الإحالة جدلا في القانون الدولي الخاص، فشغلت بال الفقهاء وأحدثت انقساماً في الاجتهاد القضائي والأنظمة التشريعية، ولإحالة صورتان إحالة من الدرجة الأولى (أ)، وإحالة من الدرجة الثانية (ب).

أ- الإحالة من الدرجة الأولى

تكون الإحالة من الدرجة الأولى لما تحيل قواعد الإسناد في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي، فيحيل هذا الأخير ويرد الاختصاص لقانون القاضي مرة أخرى، ويسمى الفقه هذه الإحالة بالإحالة الضرورية أو الرجوع⁽²⁾.

=الألماني قانونه، ويطبق القانون الفرنسي قانونه، ذلك أن قاضي كل دولة مهمته هي تطبيق قوانين دولته. انظر: مخباط عائشة، نظرية الإحالة في تنازع القوانين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 04، 2014، ص 509.

(1)-تعلق الأمر مثلا بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر، فإذا كان القضاء الجزائري هو الذي عرضت عليه هذه المسألة فإنه وفقا لقواعد الإسناد في قانونه سيحيل الاختصاص للقانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون جنسيته، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون لا تقبل هذا الاختصاص وتجعله لقانون موطنه وهو الجزائر. انظر: جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص، تأصيل وتجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ع 11، 2015، ص 236.

(2)-في المثال السابق المتعلق بمسألة أهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي تحيل الاختصاص إلى هذا الأخير باعتباره قانون موطن الإنجليزي، لأن القانون الإنجليزي يخضع الأهلية لقانون الموطن. انظر: نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 43. انظر أيضا: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 104. عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، =

طرحت لأول مرة مسألة الإحالة وبالذات الإحالة من الدرجة الأولى في القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تسمى بقضية "فورجو FORGO"⁽¹⁾. والتي كانت نقطة البداية التي أثارت جدلا فقهيًا صاحبًا حول هذه المشكلة والذي ما يزال مستمرا بين مؤيد لها ومعارض، وكان لذلك أثره في إعمالها قضائيا والأخذ بها تشريعيًا.

ب- الإحالة من الدرجة الثانية

تكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، وقد تستمر سلسلة الإحالة نظريا إلى قانون رابع وخامس كلما رفض القانون المعين الاختصاص وإحالة على قانون آخر، ولكن من الناحية العملية تتوقف

فيومي 21 و 22 أبريل 2010، ص 136. حليتم سراح، منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 33، 2015، ص 96. مخاطب عائشة، مرجع سابق، ص 514.

NOUHAD Rizkallah, droit international privé, M.A.J.D, Entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L), 1^{ème} éd, Beyrouthe, Liban, 1985, p 44. FRONCOISE Monéger, droit international privé, 3^{ème} éd, L.N.L, Paris, 2005, p 33.

(1)- تتلخص وقائع هذه القضية في أن "فورجو FORGO" ولد سفاحي بافاري انتقل إلى فرنسا في سن الخامسة وتوفي فيها في سن الثامنة والستين، ولم يترك أبناء أو إخوة أو أخوات، تاركا وراءه تركة منقولة هامة، ولم يكتسب "فورجو FORGO" طيلة حياته في فرنسا الموطن القانوني فيها، لأن اكتساب هذا الموطن كان يتوقف على صدور مرسوم لم يطالب به "فورجو FORGO"، فطالب كل من حواشي أمه بتركته استنادا إلى القانون البافاري من جهة، والدولة الفرنسية من جهة أخرى والتي اعتبرت التركة شاغرة، لأن القانون الفرنسي لا يجيز توريث غير الأخوة والأخوات للابن غير الشرعي. حكمت محكمة استئناف "بورديو" في 24 ماي 1876 لصالح الورثة عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقرر تطبيق قانون موطن المتوفي في ميراث المنقولات، وهو القانون البافاري، قانون الموطن الأصلي، بأن "فورجو FORGO" لم يكن له موطن قانوني في فرنسا. طعنت إدارة الدومين العام في فرنسا أمام محكمة النقض، فقضت في 24 جويلية 1878 بنقض حكم محكمة الاستئناف بحجة أنه كان يتعين على هذه الأخيرة أن تطبق قاعدة الإسناد في القانون البافاري، لا أن تطبق قواعده المادية التي تعطي الحل المباشر للنزاع، فقاعدة الإسناد في القانون البافاري تقرر اختصاص قانون الموطن الفعلي للمورث، وهو القانون الفرنسي، الذي لا يجيز توريث حواشي "فورجو FORGO" ويعتبر تركته شاغرة، وبهذا أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الإحالة، وإن كانت لم تستعمل هذا الاصطلاح في قرارها. انظر:

Civ, 24 juin 1878, D.P 79, 1.429, Req, 22 Janvier 1882, D.P 82, 1.301, S.82, 1.393, note Labbé. Voir aussi: LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSSOUARN Yvon, droit international privé, 8^{ème} éd, D.S, Paris, 1970, p 468. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 419. PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p p 158-159. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, T I, 8^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1993, p 494. DERUUPPE Jean, LABORDE Jean-Pierre, droit international privé, 13^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1999, p p 72-78.

سلسلة الإحالة بسرعة لأن ضوابط الإسناد المحتملة معدودة⁽¹⁾. وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق نظرية الإحالة إلى الدوران في حلقة مفرغة ليس لها بداية ولا نهاية كأن ترفض القوانين المعينة كلها الاختصاص⁽²⁾.

3- أساس الإحالة

ظهرت في الفقه عدة نظريات حاولت إيجاد أساس قانوني للإحالة أهمها نظرية التفويض (أ)، نظرية الإسناد الاحتياطي (ب)، نظرية إقليمية القوانين (ت)، نظرية تناسق الأنظمة القانونية (ث)، ونظرية الإحالة الكلية (ج).

أ- نظرية التفويض

بمقتضى نظرية التفويض فإن قبول الإحالة يتم عن طريق تفويض المشرع الوطني للمشرع الأجنبي في قواعد إسناده لتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، فإذا ما تماثلت مع قواعد الإسناد الوطنية فلا إشكال يطرح. أما إذا اختلفت تحل قواعد الإسناد الأجنبية محل قواعد الإسناد الوطنية في تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، ويجب على القاضي احترام النتيجة سواء أكانت من اختصاص قانونه أم اختصاص قانون آخر⁽³⁾.

(1)- مثال عليها أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي مقيم بانجلترا، فقاعدة الإسناد الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الأمريكي، ولكن القانون الأمريكي يرفض الاختصاص ويسند إلى القانون الإنجليزي الذي يقبل الاختصاص. انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 105. انظر أيضا: عمارة، مرجع سابق، ص 136. عيشوية فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع 02، 2015، ص ص 435 و 436.

PAULINE Dijon, EMILIE Villela, le cas pratique en droit international privé, contrats internationaux, Ellipses, Paris, 2006, p 44.

(2)- مثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث أموال منقولة توفي عنها إنجليزي متوطن بإيطاليا، فتتضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي الذي يحيل بدوره الاختصاص إلى القانون الإيطالي وهذا الأخير يرفض الإحالة (المادة 30 من القانون المدني الإيطالي) ويسند الاختصاص إلى القانون الإنجليزي من جديد. انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 105.

(3)- قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 90. انظر أيضا: بشور فتيحة، مرجع سابق، ص

ينتقد الفقه نظرية التفويض لكونها ضعيفة، لأن قاعدة الإسناد ليست قاعدة تفويض للاختصاص التشريعي، وهذه ليست وظيفتها، بل هي قاعدة لاختيار القانون المناسب لحكم المسألة، وفكرة التفويض خيال ومجاز، حيث لم يثبت أن دولة ما فوضت غيرها في فض تنازع القوانين بشأن مسألة معينة. كما أن هذه النظرية تعترض مع فكرة السيادة وإعمالها يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة⁽¹⁾.

ب- نظرية الإسناد الاحتياطي

نادى بهذه النظرية الفقيه "الربور بيجونيير LEREBOURS Pigeonnière"، وفيها حاول تبرير الإحالة بقدر ما يحاول تبرير بعض نتائجها، فحسب هذا الفقيه لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي وجب حينئذ تعيين قانون آخر هو الواجب التطبيق، وقانون القاضي هو الذي يقوم بهذا التعيين لأن القاضي الوطني لا يمكن أن يتبع إلا نظامه القانوني المتعلق بحل تنازع القوانين⁽²⁾. لكن كيف يمكن للقاضي أن يعين هذا القانون؟.

للإجابة على هذا السؤال يقول الفقيه بأنه يوجد في قانون القاضي إلى 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⁽³⁾.

(1)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 90.

(2)-LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSSOUARN Yvon, op.cit, p 471.

(3)-فلو تعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص للقانون الانجليزي باعتباره قانونه الوطني(قانون جنسيته)، لكن بما أن هذا الأخير يرفض هذا الاختصاص لكونه يسند الأهلية إلى قانون الموطن، تعين على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الرفض والرجوع إلى قانونه من جديد للبحث عن القانون الذي سيطبقه. ولما كان يوجد إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية التي عينت له القانون الانجليزي قاعدة إسناد احتياطية تعين الرجوع إليه وتطبيق القانون الذي ستشير باختصاصه والذي قد يكون في هذا الرفض هو القانون الفرنسي باعتباره موطن هذا الانجليزي. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 112.

أرادت هذه النظرية بابتداعها ما يسمى بقاعدة الإسناد الاحتياطية أن تتجنب ما وجه إلى الإحالة من نقد يتمثل في كونها تؤدي إلى أن يأتري القاضي الوطني بأوامر المشرع الأجنبي، وهو أمر فيه مساس بسيادة دولته، فتكون بذلك قد وقفت هذه النظرية فقط عند رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له من طرف قواعد الإسناد في قانون القاضي دون أن تتجاوزته إلى تطبيق القانون الذي يشير هذا القانون الأجنبي باختصاصه، وهكذا بواسطة قاعدة الإسناد الاحتياطية يبقى القاضي مؤتمرا دائما بأوامر مشرعه⁽¹⁾.

انتقدت هذه النظرية على أساس ما تقول به هذه الأخيرة من وجود قاعدة إسناد احتياطية إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب الافتراض وليس لها أي سند من القانون الوضعي، فالموجود وضعاً هو عبارة عن قاعدة إسناد لها صفة الوحدانية، ولم يثبت أن المشرع قد وضع قاعدة إسناد احتياطية تعقد الاختصاص-على أساس الإحالة- إلى قانون القاضي في الفرض حيث لا يقبل القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية، كما لم يقم البرهان عملياً أمام القضاء على أنه يجري تمييزاً بين قاعدة إسناد احتياطية وأخرى غير احتياطية⁽²⁾.

ت- نظرية إقليمية القوانين

نقطة الانطلاق بالنسبة للفقهاء "تيبواييه NIBOYET" صاحب هذه النظرية هي نفسها نقطة انطلاق الفقهاء "لربرور بيجونيير LEREBOURS Pigeonnière"، فكلاهما ينطلق من فكرة القانون الأجنبي للاختصاص المعقود له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي. لكن الأستاذ "تيبواييه NIBOYET" لا يذهب إلى القول بوجود قاعدة إسناد احتياطية كما يقول بذلك الفقهاء الآخرون، وإنما يقول بأنه في حالة رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له تعين على القاضي الوطني أن يطبق قانونه نزولاً عن حكم الأصل العام وهو إقليمية القوانين. ذلك أن رفض القانون الأجنبي للاختصاص المعروض عليه يجعل العلاقة محل البحث مفتقرة لقانون يحكمها، أي علاقة بلا

(1)- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 213 و 214.

(2)- مرجع نفسه، ص ص 213 و 214 .

وطن، ولما كان من الضروري أن تخضع العلاقة أو الرابطة لقانون معين، فيكون من المنطق إخضاعها لقانون القاضي بوصفه المختص أصلاً بحكم جميع المنازعات التي تثور على إقليم دولته⁽¹⁾.

ما يمكن ملاحظته أن هذه النظرية تجعل العودة دائماً إلى قانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له مما يجعلنا نقول دائماً بأن هذه النظرية تبرر فقط نتيجة الإحالة من الدرجة الأولى بخلاف النظرية السابقة التي هي للفقير "لربر بيجونيير LEREBOURS Pigeonnière"، فإنها تبرر نتيجة الإحالة سواء أكانت من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية لأن قاعدة الإسناد الاحتياطية التي قالت بها قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي وقد تعقده لقانون آخر⁽²⁾.

انتقدت هذه النظرية على أساس مبالغتها في عقد الاختصاص لقانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له على الرغم من أنه قد يكون النزاع المطروح لا يرتبط بقانون القاضي إلا برباط جد ضعيف هو رباط الاختصاص القضائي⁽³⁾. صف إلى ذلك فإن هذه النظرية تقف حجرة عثرة أمام الجهود المبذولة من أجل توحيد الحلول⁽⁴⁾.

ث- نظرية تناسق الأنظمة القانونية

نادى بهذه النظرية الأستاذ "باتيفول BATTIFOL"، وأساسها أن العلاقات القانونية الخاضعة للقانون الدولي الخاص تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بقانون دولتين أو أكثر، وعلى ذلك فلا يصح أن يفض التنزع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية فقط، إذ في ذلك تجاهل لقواعد القانون الدولي الخاص في النظام الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاصه،

(1)-NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 482.

(2)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 114.

(3)-فلو تعلق الأمر مثلاً بأهلية انجليزي متوطن في الدنمارك، فمن غير المقبول أن نطبق عليه القانون الجزائري على أساس أن القانون الانجليزي قد أبدى رفضه له، ذلك أن القانون الدنماركي الذي هو قانون موطنه هو أقرب إلى النزاع وأكثر علاقة به من القانون الجزائري. انظر: مرجع نفسه، ص ص 114 و 115.

(4)-مرجع نفسه، ص ص 114 و 115.

فالمشرع يسعى من وراء قواعد الإسناد التي يضعها إلى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد الإسناد الأجنبية⁽¹⁾.

كما لا ينبغي اعتبار الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية وتطبيق ما تقضي به تركا لقاعدة الإسناد الوطنية وامتنالا لأوامر المشرع الأجنبي، ذلك أن قاعدة الإسناد الأجنبية لم يتم إعمالها بصفة عفوية وإنما بناء على إرادة المشرع الوطني أصلا، فقاعدة الإسناد في قانونه هي التي أشارت ابتداء باختصاص القانون الأجنبي والرجوع بالتالي إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون هو أيضا تنفيذ لإرادته⁽²⁾.

انتقدت هذه النظرية على أساس عدم توضيحها لماذا التوقف عند الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي وتطبيق القواعد الموضوعية لهذا الأخير، كما انتقدت لصعوبة تحقيق التناسق بين القوانين، خاصة في ظل التباين بين ضوابط الإسناد من دولة إلى أخرى⁽³⁾.

ج- نظرية الإحالة الكلية

تحمل هذه النظرية في القانون الانجليزي اسم **FOREIGN COURT THEORY**، وقد أخذ بها القضاء الانجليزي في بعض المسائل المحدودة وهي ميراث المنقول والطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج⁽⁴⁾.

حسب هذه النظرية ينبغي على القاضي الانجليزي المعروض عليه النزاع أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفقا لقواعد الإسناد الانجليزية، أي ينبغي على القاضي الانجليزي أن يجعل نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقضي بما يقضي به هذا الأخير،

(1)-BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p 479.

(2)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 115 و 116.

(3)-فلو تعلق الأمر بالأحوال الشخصية لانجليزي متوطن في فرنسا، فقواعد الإسناد الفرنسية تشير باختصاص القانون الانجليزي، لكن هذا القانون يرفض الاختصاص المخول له ويعقد الاختصاص لقانون الموطن وهو في هذا الفرض القانون الفرنسي، فإذا أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد إلى القانون الفرنسي ونتوقف عندها، فنطبق بذلك القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي في حين أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض اختصاص القانون الفرنسي. انظر: مرجع نفسه، ص ص 116 و 117.

(4)-مرجع نفسه، ص 117.

ويقتضي ذلك أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون ويطبق القانون الذي تشير باختصاصه⁽¹⁾.

انتقدت هذه النظرية رغم كونها ترمي إلى توحيد الحلول المعطاة لنفس القضية على أساس عدم إمكانية تعميمها، فهي غير صالحة إلا إذا أخذ بها القاضي المطروح عليه النزاع دون غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها لحكم العلاقة المطروحة، أما لو أخذ بها قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة⁽²⁾.

ثانياً: الإحالة بين الرفض والقبول.

أثارت مسألة إعمال الإحالة خلافاً حاداً في الفقه وتباينت مواقف القضاء والتشريعات في مختلف الدول، ونستطيع حصر هذا الخلاف في اتجاهين اثنين، الأول لا يعتد بالإحالة ويرفضها⁽¹⁾، أما الثاني فيرى إعمالها⁽²⁾، والذي سايره المشرع في قبوله للإحالة⁽³⁾.

1- الاتجاه الراض للإحالة

يرى الاتجاه الراض للأخذ بالإحالة⁽³⁾، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي باختصاص قانون دولة أجنبية معينة، فالمقصود هو الأحكام الموضوعية في قانون تلك

(1)- فلو عرض على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلق بميراث مال منقول لانجليزي متوطن في ألمانيا، فقواعد التنازع الإنجليزية تقضي باختصاص القانون الألماني باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي، فينبغي على القاضي الإنجليزي أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل فيها القاضي الألماني لو عرض عليه نزاع مماثل، وتقضي قواعد الإسناد الألمانية باختصاص القانون الوطني، وهو في هذا الفرض القانون الإنجليزي، ولما كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الألماني فإن القانون الذي سيطبقه القاضي الألماني هو قانونه، وعليه فحسب هذه النظرية فإنه على القاضي الإنجليزي أن يطبق على النزاع المعروف عليه نفس القانون الذي سيطبقه عليه القاضي الألماني وهو القانون الألماني. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 117 و118. انظر أيضاً: جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 239.

(2)- فلو أخذ بها مثلاً في المثال السابق القانون الألماني فمعنى ذلك أن الاختصاص سيكون للقانون الإنجليزي والذي بدوره سيحيله إلى القانون الألماني، وهكذا يبقى كلا القانونين يعيدان لبعضهما الاختصاص وذلك إلى ما لا نهاية. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 118 و119.

(3)- من الفقهاء الراضين للإحالة نجد: "الربور بيجونيير LEREBOURS Pigeonnière"، "نيبوييه NIBOYET"، "بارتن BARTIN"، "بييه PILLET". انظر:

LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSSOUARN Yvon, op.cit, p 467. Voir aussi: NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé français, op.cit, p 482.

الدولة الأجنبية وليس قواعد الإسناد التي يتضمنها، فالإسناد إلى القانون الأجنبي في نظر هذا الاتجاه هو إسنادا موضوعيا وليس إسنادا إجماليا، كما يتصور مؤيدو الإحالة، فالإسناد الإجمالي يخالف الوظيفة الأساسية لقاعدة تنازع القوانين والتي تكمن في اختيار القانون المناسب والملائم للمسألة محل النزاع، وليس قواعد التنازع المناسبة أو الملائمة⁽¹⁾.

يدعم أنصار هذا الاتجاه رفضهم للإحالة بالقول أن تطبيق القاضي للقانون الأجنبي ليس أساسه إرادة المشرع الأجنبي، وإنما أساسه إرادة المشرع الوطني نفسه، ذلك أن قواعد الإسناد قد وضعها المشرع الوطني لتحديد مجال انطباق كل من القانونين الوطني والأجنبي، على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وعندما يقوم المشرع الوطني بهذا التحديد فهو يحاول التوفيق بين مقتضيات التعامل الدولي، واعتبارات الصالح العام في المجتمع الوطني، ويقتضي ذلك حسم النزاع وفقا للأحكام الموضوعية للقانون الذي رجحه أو اختاره هذا المشرع، إذ في هذا الاختيار يكمن الهدف الذي توخاه، في حين أن ترك النزاع للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من مقتضاه الخضوع والانقياد وراء نظرة المشرع الأجنبي وتقديره للاعتبارات التي تملي الحل الواجب الإلتباع في المجال الدولي، وهو ما لا يتفق وطبيعة قاعدة الإسناد ولا الغرض منها⁽²⁾.

فضلا عن ذلك، فإن القول برجوع القاضي الوطني إلى قاعدة الإسناد الأجنبية لتحديد القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع يتضمن انتهاكا للسيادة التشريعية الوطنية، فالقاضي لا يتأمر إلا بأوامر مشرعه، وتطبيقه لقواعد الإسناد الأجنبية فيه إخلال بالأمر الصادر من مشرعه وانصياع لأمر آخر صادر من مشرع أجنبي⁽³⁾.

(1) - هشام خالد، الإحالة، دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 50. انظر أيضا: عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 137. غالب علي الداودي، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 82.

(2) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 121 و 122. انظر أيضا: مخباط عائشة، مرجع سابق، ص 521.

(3) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 122. انظر أيضا: هشام خالد، الإحالة، مرجع سابق، ص 51.

هناك العديد من النماذج بالنسبة للقضاء الراض للإحالة، فقد رفض القضاء الإيطالي الأخذ بها أياً كانت صورتها، تطبيقاً لنص المادة 30 من القانون المدني الإيطالي، كما رفض تطبيقها أيضاً القضاء المصري بعد صدور القانون المدني المصري احتراماً لنص المادة 27 منه، سواء الإحالة من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية، كحكم محكمة القاهرة الابتدائية في 05 ماي 1953⁽¹⁾. وحكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 01 ماي 1958⁽²⁾. بعد أن كان قد أخذ بها قبل ذلك في بعض أحكامه، وذلك قبل صدور القانون المدني المصري.

إضافة إلى ذلك هناك العديد من القوانين التي رفضت الأخذ بالإحالة، منها مثلاً القانون المدني الإيطالي لعام 1942 في المادة 30 منه، والقانون اليوناني لعام 1940 في المادة 32 منه، وأغلب القوانين العربية كالقانون المدني المصري في المادة 27 منه⁽³⁾. والتي تطابقها المادة 72 من القانون المدني الكويتي، المادة 28 من القانون المدني الأردني، المادة 29 من القانون السوري، وقد رفضتها بصفة مبدئية مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 35 منها.

2- الاتجاه المؤيد للإحالة

يرى الاتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة⁽⁴⁾، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونا أجنبيا معيناً، فإنه يتعين على القاضي أن ينصاع دائماً إلى ما تقضي به قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي، ولن يخلو الأمر في هذه الحالة عن أحد الفرضين، فإما أن تؤكد قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي اختصاص هذا الأخير وذلك عن طريق إشارتها إليه لحكم النزاع، فيطبق

(1)-الحكم الصادر في 05 ماي 1953، منشور في مجلة التشريع والقضاء، 1954، ع 14، ص 175.

(2)-الحكم الصادر في 01 ماي 1958، منشور في مجلة أحكام النقض (الدائرة المدنية)، 1958، السنة 9، ص 525 وما بعدها.

(3)-نصت المادة 27 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

(4)-من الفقهاء المؤيدين للإحالة نجد الدكتور عز الدين عبد الله، والذي أشار أيضاً إلى "ولف WOLF"، "فراكونستين FRANKENSTEIN". انظر:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 8^{ème} éd, op.cit, p 497. Voir aussi: PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 160.

القاضي قواعده الموضوعية ليصل إلى الحل النهائي للنزاع، وإما أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية باختصاص قانوننا آخراً، وهنا يجب على القاضي قبول الإحالة وتطبيق أحكام هذا القانون الأخير المشار إليها⁽¹⁾.

يستند هذا الاتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة، إلى عدة حجج من أهمها حجتين رئيسيتين، الأولى حجة نظرية يكمن مضمونها في أنه يجب النظر إلى قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في القانون المختص باعتبارهما كل لا يتجزأ، إذ من غير المقبول أن تطبق القواعد الموضوعية في قانون دولة، في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه بموجب قواعد الإسناد التي يتضمنها، فتطبيق القواعد الموضوعية يرتبط بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشرع الأجنبي إخضاعها لحكمه مما ينطوي على تحوير لهذا القانون وتغيير تطبيقه⁽²⁾.

أما الحجة الثانية، فهي حجة عملية مفادها أن ثمة مصلحة عملية تقتضي -إذا فرض وثبت الاختصاص لقانوننا أجنبياً- أن يفصل في النزاع طبقاً للقانون المختص الذي يشير إليه ذلك القانون الأجنبي- عن طريق قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا الأخير-، ذلك أنه إذا ما أريد بعد ذلك تنفيذ الحكم الصادر في النزاع في إقليم الدولة الأجنبية، فقد يكون من بين شروط تنفيذ ذلك الحكم في تلك الدولة، أن يكون قد فصل في النزاع طبقاً للقانون الذي أشارت باختصاصه قاعد الإسناد فيها⁽³⁾.

قيل في الرد على هاتين الحجتين، أن اعتبار فئتي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، قول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأنه سوف يؤدي إلى الوقوع في

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 119 و 120. انظر أيضاً: عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 137.

(2)-عيشوية فاطمة، مرجع سابق، ص 437. انظر أيضاً: بشور فتية، مرجع سابق، ص 15. الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مشكلة أم حل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع 04، 2015، ص 151.

(3)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 120. انظر أيضاً: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 103.

حلقة مفرغة وبالتالي تعطيل مصالح الأفراد⁽¹⁾. كما أن القول بأهمية الإحالة في مجال تنفيذ الأحكام ليس صحيحا في نظر البعض، إذ أنه يقوم على افتراض مؤداه أن تنفيذ الحكم سيتم حتما في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها، بينما قد يتم تنفيذ الحكم في أية دولة أخرى يتبين للمدعي أن من مصلحته تنفيذه بها، فلا يمكن التكهن بالدولة التي سينفذ فيها الحكم أثناء النظر في الدعوى، بل أن هذه الحجة تفترض أن الدولة المراد تنفيذ الحكم بها تشترط صدوره وفقا لقواعد الإسناد التي يقضي بها قانونها، وهذا الشرط قد أخذ في الاضمحال والزوال وليس له وجود إلا في النادر من التشريعات⁽²⁾.

استقر القضاء الفرنسي، منذ الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية والذي أصدرته في قضية "فورجو FORGO"، على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي (بوصفه قانون القاضي)⁽³⁾.

يشير الفقه إلى بعض أحكام القضاء الفرنسي الأخرى، التي تتجه من ناحية أخرى نحو الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، نذكر من هذه الأحكام على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 ماي 1963 والذي تضمنت حيثياته وجوب الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية⁽⁴⁾.

نجد أيضا أن القضاء في كل من ألمانيا وبلجيكا والنمسا يأخذ بالإحالة، أما فيما يتعلق بالقضاء الانجليزي فقد أخذ بصورة شبيهة للإحالة ولكنها أكثر تطورا، يطلق عليها بالإحالة المزدوجة (Total renvoi) أو نظرية المحكمة الأجنبية (Foreign court Theoty). ومعناها أن

(1) - فإذا ما ثبت الاختصاص مثلا لقانونا أجنبيا بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، وتم النظر إلى هذا القانون الأجنبي بوصفه وحدة لا تتجزأ، فإنه يتعين النظر أيضا إلى القانون الذي يشير إليه القانون الأجنبي في جملته، فإذا فرض وكان القانون الأجنبي قد أحال إلى قانون القاضي، فإنه يجب أن يطبق قانون القاضي في جملته من جديد بما فيه من قواعد إسناد، فإذا طبق القاضي قواعد الإسناد فسوف يرد الاختصاص إلى القانون الأجنبي ثم يرجع للأمر ثانيا إلى قانون القاضي وهكذا إلى ما لا نهاية. انظر: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 121.

(2) - مرجع نفسه، ص 121.

(3) - قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 96.

(4) - Cour de Cassation, Ch Civ, 15 mai 1963, R.C.D.I.P, 1964, 532, note Lagarde, J.D.I. 1963.1016, note Malaurie, J.C.P 1963, II, 13365, note Motulsky, Ga n° 38.

يضع القاضي الانجليزي نفسه موضع قاضي الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد الانجليزية، باختصاص قانونه لحكم النزاع، ويحل تنازع القوانين على نحو ما كان سيفعله ذلك القاضي الأجنبي، فإذا كان قانون الدولة الأجنبية يجيز الأخذ بالإحالة، أخذ بها القاضي الانجليزي والعكس صحيح.

يردد الفقه من تطبيقات القضاء الانجليزي للنظرية المذكورة، القضية المعروفة بقضية "روز ROSS" والتي كانت تتعلق بميراث انجليزية متوتنة في إيطاليا، وقد طبق القاضي الانجليزي في هذه القضية، قاعدة الإسناد الانجليزية التي أشارت باختصاص القانون الإيطالي بوصفه قانون آخر موطن للمورث، وبالرجوع إلى القانون الإيطالي وجد أن قاعدة الإسناد الإيطالية تحيل إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية المورث، وقد وضع القاضي الانجليزي نفسه في هذه القضية موضع القاضي الإيطالي الذي كان سيرفض الإحالة من قاعدة الإسناد الإيطالية إلى القانون الانجليزي في جملته، ويطبق مباشرة الأحكام الموضوعية في هذا القانون، وقد طبق القاضي الانجليزي أحكام قانونه الموضوعية فعلا على النزاع وذلك إعمالا لنظرية المحكمة الأجنبية⁽¹⁾.

هناك العديد من القوانين التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى، كالقانون البولندي لعام 1965 في المادة 04 منه، ومشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1976 في المادة 22 منه، كما أخذت بها اتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1955 المتعلقة بالتنازع بين قانون الجنسية وقانون الموطن في المواد الأولى منها.

(1) -قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 96. انظر أيضا: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 124.

من القوانين العربية التي أخذت بها نجد القانون الاتحادي الإماراتي رقم 05 في المادة 26 منه⁽¹⁾. ومجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 في المادة 35 منها إلا أنها اعتبرت استثناء لا تقبل إلا بموجب نص خاص⁽²⁾.

أما القوانين التي أخذت بالإحالة بوجه عام، نجد القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة 14 منه، والقانون النمساوي لعام 1979 في المادة 5 منه، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة 02 منه، والقانون الإسباني لعام 1974 في المادة 12 منه، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في المادة 04 منه.

3- موقف المشرع الجزائري من الإحالة

أفصح المشرع الجزائري عن موقفه بشأن مشكلة الإحالة صراحة بموجب المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج التي نصت على أنه: "إذا تقرر 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".

باستقراء نص المادة المشار إليها أعلاه، نجد أن هناك فقرتين، الأولى تعبر عن رفض الإحالة والثانية تقبل الإحالة من الدرجة الأولى، وعلى أساس ذلك يمكن القول أن صياغة المادة تحتوي على قاعدتين، قاعدة أصلية في الفقرة الأولى تتضمن رفض الإحالة وقاعدة استثنائية في الفقرة الثانية تتضمن قبول الإحالة من الدرجة الأولى.

على أساس الربط بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج وإحداث التكامل بينهما يبرز موقف المشرع الجزائري من الإحالة والمتمثل في الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية بموجب الفقرة الأولى من النص، والقبول الصريح لنوع واحد من

(1)- نصت المادة 26 من القانون الإماراتي رقم 05 على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق".

(2)- ينص الفصل 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه: "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو أدى إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله". فهذا النص رفض الإحالة مبدئيا إذ اعتبرها استثناء لا تقبل إلا بموجب نص خاص.

الإحالة في الفقرة الثانية وهي الإحالة من الدرجة الأولى، ويستشف الرافض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية على أساس مضمون الفقرة الثانية من المادة والتي تقبل كاستثناء الإحالة من الدرجة الأولى وهو ما يعني أن الفقرة الأولى تتعلق فقط برفض الإحالة من الدرجة الثانية.

على أساس دراسة الصياغة العامة للمادة 23 مكرر 1 ق.م.ج يتبين أن النص لم يتضمن أي تناقض أو أية صعوبة في التطبيق تستدعي في تقديرنا تدخل المشرع الجزائري لتعديلها، على خلاف ما ذهب إليه بعض الباحثين في دراسة موقف المشرع الجزائري من الإحالة⁽¹⁾. وقبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري بهذا الشكل تعبر عن الموقف المرن للمشرع إزاء الاتجاه الفقهي الرافض للإحالة بغض النظر عن نيته أو النتائج التي يمكن أن تترتب عن تطبيق القانون الجزائري. ويمكن أيضا أن يؤسس رفض المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الثانية على رغبته في تفادي الآثار السلبية التي يمكن أن تنتج عنها لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع والدوران في حلقة مفرغة⁽²⁾.

غير أنه وفي نظرنا ما يعاب على المشرع الجزائري فقط في صياغته للفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج قبوله الإحالة إلى قانونه دون قيد أو شرط، كما أنه بدا واضحا أن المشرع لم يترك للقاضي السلطة التقديرية لمراقبة ما إذا كان هذا القبول يؤدي فعلا إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع من عدمه، وأن القانون الأجنبي المحال على القاضي الوطني لا يتعارض مع

(1) - عمارة بلغيث، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ع 01، 2007، ص 290. انظر أيضا: بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، ع 02، 2008، ص ص 350 و 351. قتال حمزة، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع 01، 2015، ص ص 64 و 65. عيشوية فاطمة، مرجع سابق، ص ص 448 و 449.

(2) - آيت منصور كمال، الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2017، ص 17. انظر أيضا: زازة لخضر، قراءة في تعديل بعض نصوص القانون الدولي الخاص من منظور دولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، ع 07، 2013، ص 125. جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 242.

أهداف وغاية ووظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، وهي وضع الحلول التي تتلائم مع ظروف الحياة الدولية الخاصة⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك لم يبين المشرع الجزائري موقفه من مسألة هامة وهي عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة، كما هو الحال بالنسبة للعقود والمواريث والنظم المالية للزواج، ذلك أن اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون معين لحكم علاقاتهم ينطوي في حد ذاته على رغبتهم في إخضاعها لقواعد ذلك القانون الموضوعية، وأن في إخضاعها لقانون آخر تطبيقاً لقواعد الإسناد التي يتضمنها ذات القانون من شأنه أن يخل بتوقعاتهم، لذلك فإن معظم التشريعات التي تسمح بالإحالة تجمع على استبعاد الأخذ بها عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة احتراماً لإرادة المتعاقدين⁽²⁾.

الفرع الثاني

المسائل الأولية

قد يحدث أن تثار بمناسبة حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي مسألة أولية يقتضي الفصل فيها أولاً للفصل في النزاع الأصلي، ففي مثل هذه الحالة إذا انعقد الاختصاص بحكم النزاع إلى قانون القاضي الوطني فيبدو الأمر طبيعياً أن تحل مشكلة المسائل الأولية في إطاره، وهذا ما لا يثير صعوبة، لأن كلتا المسألتين الأولية والأصلية تخضعان لقانون واحد.

أما إذا انعقد الاختصاص لقانون أجنبي، فيبدو أن في الأمر صعوبة، ذلك أنه سوف يثار التساؤل حول كيفية تحديد القانون الذي تخضع له المسائل الأولية، فهل يتم إعمال قواعد الإسناد الوطنية، أم يتم إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم نزاع أصلي؟.

(1) - هذا ما انتبهت إليه بعض التشريعات الدولية ووضعت في الحسبان مثل ما فعل المشرع التشيكي الذي نص في المادة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي على أنه: "في حالة ما إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا الأخير إلى القانون التشيكي أو فرض الإحالة من الدرجة الثانية إلى قانون دولة أخرى، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة". انظر: بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 131.

(2) - مرجع نفسه، ص 132.

هذا الحل الأخير نادت به نظرية تدعى نظرية المسائل الأولية، التي ترمي في جوهرها إلى التضييق من نطاق التطبيق المكاني لقاعدة الإسناد الوطنية، فحاولت التمييز بين نوعين من المسائل، المسائل الأصلية والمسائل الأولية عن طريق إخضاع الأولى لقواعد الإسناد الوطنية، والثانية لقواعد إسناد القانون الأجنبي المختص.

أثارت هذه النظرية جدلاً فقهيًا صاخبًا بين مؤيد ومعارض، وبالأخص حول الأهمية التي تكتسبها المسألة الأولية وكيفية حلها، حتى أصبحت تعتبر من أصعب المشاكل الفنية في تنازع القوانين من جهة تحديد مفهومها (أولاً)، والقانون الواجب التطبيق عليها (ثانياً).

أولاً: مفهوم فكرة المسائل الأولية

إن فكرة المسائل الأولية لا تقتصر على القانون الداخلي فقط، وإنما تعدت ذلك إلى القانون الدولي الخاص، حيث دعت ضرورة الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي أن تطرح هذه الفكرة في إطار تنازع القوانين، وإظهار دورها في هذا الإطار، وهذا ما يقتضي تحديد مفهوم هذه الفكرة ودراستها بصفة شاملة.

لأجل ذلك سنتطرق إلى مضمون فكرة المسائل الأولية (1)، شروط تحققها (2).

1- مضمون فكرة المسائل الأولية

لكي يتم تحديد مضمون فكرة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين فإن ذلك يتطلب منا التطرق إلى نشأتها (أ)، تعريفها (ب)، التمييز بينها وبين الأفكار والآليات الأخرى التي قد تتشابه معها (ت).

أ- نشأة مشكلة المسائل الأولية

نشأت مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين نشأة فقهية، إلا أن هناك اختلاف بين الفقه حول أول من ساهم في اكتشافها، وهذا راجع بالأساس إلى وجود صور متنوعة تظهر فيها مشكلة المسائل الأولية في إطار القانون الدولي الخاص، فقد تثار هذه المشكلة في إطار ما يعرف بتنازع جهات القضاء، وهو الإطار الذي توجهت إليه أعمال الفقيه الإيطالي "انزيلوتي ANZILLOTTI" والذي يرى البعض أنه أول من اكتشف مشكلة المسائل الأولية، وظهورها في مادة

الجنسية، والتي ساهم في بروزها الفقيه "زيتلمان ZITELMAN"، فذهب اتجاه آخر بأن هذا الفقيه هو أول من لفت الانتباه إليها.

الحقيقة أن مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين يرجع الفضل في ظهورها إلى كل من الفقيهين الألمانين "ملشوار MELCHIOR" سنة 1932 و"وينغلر WENGLER" سنة 1934، في التعبير عن وجود هذه المشكلة وأهميتها وكيفية حلها⁽¹⁾.

ب- تعريف المسائل الأولية

إن لكل قاعدة قانونية ركنين، ركن الفرض وركن الحكم⁽²⁾. وقد يحدث في بعض الحالات أن تستخدم القاعدة القانونية في ركن الفرض مفهوما قانونيا يتوقف تحديده على أعمال قاعدة قانونية أخرى، قد تنتمي إلى ذات الفرع من فروع القانون الذي تنتمي إليه القاعدة الأولى وقد تنتمي إلى فرع آخر، كالقاعدة القانونية التي تعطي للابن الشرعي الحق في ميراث أبيه تفترض مسبقا تحديد ما هو المقصود بالبنوة الشرعية، فإذا ما عرضت مسألة استحقاق هذا الابن الشرعي للميراث (مسألة أصلية)، فقد نثار مسألة إثبات بنوته الشرعية لأبيه، وهذه الأخيرة يتوقف الفصل في مسألة الميراث على الفصل فيها أولا، وهي ما يطلق عليها تسمية المسألة الأولية، فهي إذن المسألة التي يتوقف على الفصل فيها الفصل في المسألة الأصلية المطروحة أمام القضاء⁽³⁾.

ذلك شأن القانون الداخلي، أما في إطار تنازع القوانين فإن المسألة الأولية ورغم كونها أيضا تعد مسألة يتوجب الفصل فيها أولا للفصل في المسألة الأصلية المثارة أمام القاضي، إلا أن الأمر هنا يتعلق بالحالة التي يحدد فيها القاضي القانون الواجب التطبيق بحكم مسألة ما، وذلك بموجب

(1)– PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 185.

(2)– ركن الفرض هو وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع الواقعية، يحتوي على شروط انطباق القاعدة القانونية، فهو الذي يحدد النطاق أو الإطار لعمل هذه القاعدة، أما ركن الحكم فهو الأثر القانوني أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي، والقاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين هذين الركنين، بحيث إذا توافرت شروط الفرض وجب إعمال الحكم. انظر: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مجلة المعارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، ع 11، 2011، ص 52.

(3)– مرجع نفسه، ص ص 52 و 53.

قاعدة الإسناد الوطنية، ثم تثار أمامه مسألة أولية يتوقف الفصل في المسألة الأصلية على الفصل فيها، فهل يطبق عليها القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد بالنسبة للمسألة الأصلية أو لا؟.

بمعنى أدق قد يتطلب تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص وجود علاقة قانونية والتي بدونها لا يمكن تطبيق تلك الأحكام، وهذا بسبب الارتباط القائم بين قواعد النظام القانوني الواحد، وهو الركن القاعدي المفجر لمشكلة المسائل الأولية⁽¹⁾.

ت- التمييز بين المسائل الأولية والآليات الفنية الأخرى المشابهة لها

رأينا سابقا أن مشكلة المسائل الأولية موجودة في القانون الداخلي، الأمر الذي قد يؤدي إلى وقوع التباس بين المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين والمسائل الأولية الإجرائية في إطار القانون الداخلي (ت-1)، وقد يستخدم القانون الدولي الخاص من أجل الوصول إلى تحديد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة المتصلة بالعلاقة الخاصة الدولية العديد من الآليات الفنية التي قد تختلط بالمسائل الأولية كالتكييف (ت-2)، الإحالة (ت-3)، المسائل المركبة (ت-4).

ت-1 التمييز بين المسائل الأولية والمسائل الأولية الإجرائية

تشابه المسألة الإجرائية في إطار القانون الداخلي والمسألة الأولية في إطار تنازع القوانين من حيث مضمونها، حيث أن الفصل في الدعوى الأصلية متوقف على الفصل فيهما، إلا أنه وبالرغم من التشابه الموجود بينهما فإن هناك اختلاف جوهري بينهما ذلك أن المسائل الإجرائية تثير مشكلة الاختصاص القضائي للمحاكم في حكمها، حيث يستوجب على القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى أن يتم الفصل في المسألة الأولية، فتعتبر المسألة أولية حينما يتعين عرضها على محكمة مختصة لتفصل فيها بحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، بينما لا تثير المسألة الأولية في إطار تنازع القوانين مشكلة الاختصاص القضائي حيث ينظر ذات القاضي في المسألة الأولية حتى ولو لم يكن مختصا⁽²⁾.

(1)- قاتل حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 53.

(2)- مرجع نفسه، ص 55.

ت-2 التمييز بين المسائل الأولية والتكليف

يتشابه التكليف مع المسائل الأولية في أن كليهما يعتبر تفسيراً لفكرة قانونية، فالتكليف هو تفسير لفكرة أساسية وهي الفكرة المسندة، والمسائل الأولية هي تفسير لفكرة فرعية، إلا أن نقطة الالتقاء هذه لا تخفي الاختلافات الجوهرية الموجودة بينهما، فالتكليف في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص معنى فني محدد، فهو تحديد لطبيعة العلاقة المطروحة أمام القاضي الوطني من إدراجها في أحد الأفكار المسندة في قانون القاضي، فالتكليف هو تفسير لقاعدة إسناد وطنية، أما مشكلة المسائل الأولية فهو وعلى فرض النظر إليها على اعتبار أنها موضوع تفسير، فإن هذا التفسير لا يتعلق بقواعد الإسناد في قانون القاضي وإنما بقاعدة مادية في القانون الأجنبي المختص.

كذلك فإن التكليف يختلف عن مشكلة المسائل الأولية في أنه عملية أولية تثور في بدء مرحلة الإسناد، من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، بينما لا تثور مشكلة المسائل الأولية إلا بعد الانتهاء من عملية التكليف والإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المثارة.

أخيراً فإن التكليف يختلف عن مشكلة المسائل الأولية في أنه يلعب دوره من أجل إيجاد قاعدة الإسناد الملائمة من بين قواعد الإسناد المتنافسة أو المتزاحمة، في حين أن مشكلة المسائل الأولية لا تثير مشكل تنازع التكيفات بل على العكس من ذلك تثير مشكلة التنازع في الأنظمة القانونية الواجبة الأعمال على المسألة الأولية، هي يتم أعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي، أم قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي أثارت قواعده الموضوعية المسألة الأولية⁽¹⁾.

ت-3 التمييز بين المسائل الأولية والإحالة

وجه الشبه بين الإحالة والمسائل الأولية هو أن في كلتا الحالتين هناك تدخل من قبل قواعد الإسناد الأجنبية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه وبالرغم من التشابه الموجود

(1) - قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 55.

بينهما إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما، فمشكلة الإحالة تدور حول التساؤل التالي هل عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي هل هذه الإشارة تشمل إلى جانب القواعد الموضوعية في هذا القانون قواعد الإسناد أيضا أم لا؟. والفرق شاسع بين هذا الفرض الذي تثيره الإحالة وبين مشكلة المسائل الأولية، فهذه الأخيرة لا تعنى بما إذا كانت الإشارة إلى القانون الأجنبي المختص تنطوي على إسناد إجمالي لهذا القانون ككل لا يتجزأ بما يشمله من قواعد إسناد أو لا⁽¹⁾.

الواقع من الأمر أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة المطروحة وخاصة قواعده الموضوعية هي التي أثارت المسألة الأولية، والتي بصددتها يثور التساؤل هل يطبق عليها قانون القاضي أم يطبق عليها القانون الأجنبي المختص من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق بحكم هذه المسألة؟.

علاوة على ذلك، فإن مشكلة الإحالة تثار في لحظة تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المعروضة على القاضي، بينما مشكلة المسائل الأولية تثار في وقت لاحق بعد الفراغ من هذا التعيين ولحظة إعمال هذا القانون⁽²⁾.

ت-4 التمييز بين المسائل الأولية والمسائل المركبة

تعرف المسائل المركبة على أنها مسائل تدخل في نظام قانوني واحد، لكن يمكن تجزئتها، والبت في إحداها غير لازم لباقي المسائل، بل يمكن إخضاع كل مسألة لقانون مختلف⁽³⁾.

تتشابه المسائل الأولية مع المسائل المركبة في تعدد المسائل المطروحة على القاضي الوطني للفصل فيها، بتعيين القانون الواجب التطبيق عليها بواسطة تطبيق قواعد الإسناد، إلا أنه وبالرغم من التشابه الموجود بينهما إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما، ذلك أن الفصل في

(1)- قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 56.

(2)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 248.

(3)- ففي العقد مثلا نجد أن الأهلية تخضع للقانون الشخصي، وصحة التراضي تخضع إلى قانون الإرادة، وشكل العقد إلى قانون

محل إبرامه... الخ. انظر: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 57.

المسألة الأولية لازم للفصل في المسألة الأصلية المعروضة على القاضي الوطني للفصل فيها، بينما المسائل المركبة والتي هي مسائل يمكن تجزئتها لا يكون الفصل في إحداها لازم للفصل في باقي المسائل⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك أن ظهور المسألة الأولية مستقلة عن المسألة الأصلية يستتبع تعدد الأنظمة القانونية لإسنادها، بينما تجزئة المسائل المركبة ليس مبررا لإفلاتها من تحديد القانون الواجب التطبيق على كل جزء منها، طبقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي⁽²⁾.

2- شروط تحقق مشكلة المسائل الأولية

لكي تنثور مشكلة المسائل الأولية بالمعنى الفني لهذا المصطلح، فإنه يتعين تحقق ثلاثة شروط مجتمعة تتمثل في وجود ارتباط بين القواعد القانونية في القانون الأجنبي المختص (أ)، استقلالية ذاتية المسألة الأولية (ب)، اختلاف النتائج التي يؤدي إليها أعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي عن النتائج التي يؤدي إليها أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي (ت).

أ- وجود ارتباط بين القواعد القانونية في القانون الأجنبي المختص

في الكثير من الأحيان يتطلب القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة الأجنبية، والذي تم تعيينه بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي، من أجل تطبيق أحكامه وجود علاقة قانونية، والتي بدونها لا يكون هناك محلا لإعمال أحكامه، هذا الركن القاعدي المفجر لمشكلة المسائل الأولية مصدره الارتباط القائم بين القواعد القانونية المنتمية لنظم قانونية، وهذا الارتباط هو الذي يثير مشكلة المسائل الأولية⁽³⁾.

(1) - قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 57.

(2) - فالعقد مثلا سوف ينظر إليه القاضي كمجموع، ويتم إسناد كل جزء منه (أهلية، تراضي، محل، سبب). انظر: مرجع نفسه، ص 57.

(3) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 249.

ب- استقلالية ذاتية المسألة الأولية

يجب أن تكون المسألة الأولية التي يتطلب القانون الأجنبي ضرورة تحقيقها من أجل إعمال أحكام مسألة قادرة بذاتها على أن تكون مسألة أصلية، في حالة ما إذا ما طرحت في منازعة قضائية بشكل مستقل، فالمسألة الأولية في حقيقتها لا تعدو أن تكون مسألة أصلية ولكن آلية التقاضي هي التي جعلت منها مسألة أولية في خصوص المسألة الأصلية المطروحة على القضاء، فأصبحت مسألة أولية بالمقارنة بالمسألة الأصلية.

فالمسألة الأولية هي علاقة قانونية مستقلة والتي يتوقف على حلها الفصل في المسألة الأصلية⁽¹⁾.

ت- اختلاف قاعدتي الإسناد الوطنية والأجنبية

يعتبر هذا الشرط حجر الزاوية في قيام مشكلة المسائل الأولية، وبدون وجوده تتعدم أهمية مشكلة المسائل الأولية، ولذلك وحتى على افتراض تحقق كل من الشرطين السابقين، بأنه كان القانون الأجنبي المختص يتطلب لإعماله وجود علاقة قانونية (مسألة أولية)، وعلى افتراض أن هذه المسألة كانت تتمتع بالاستقلالية وقادرة على أن تشكل في حد ذاتها مسألة أصلية، فإن مشكلة المسألة الأولية لا تقوم لها قائمة ما لم تكن النتائج التي يؤدي إليها إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي تختلف عن النتائج التي يؤدي إليها إعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص.

أما إذا اتحدت النتائج التي يؤدي إليها إعمال كل من النظامين القانونيين، النظام القانوني للقاضي الوطني والنظام القانوني الأجنبي، فإنه نكون بصدده ما يعرف بالتنازع الكاذب، ولا تنثور مشكلة المسائل الأولية⁽²⁾.

(1)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 249 و 250.

(2)- مرجع نفسه، ص ص 250 و 251.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية

إذا كان تنازع القوانين يتم حله عن طريق إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فحل مشكلة المسائل الأولية أثار نقاشا فقهيًا حول تحديد قواعد الإسناد الواجب إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، وهي قواعد الإسناد في قانون القاضي أم هي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهذا ما حاولت أن تجيب عليه عدة نظريات، والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين، الأول يعرف باسم النظريات التقليدية الجامدة(1)، أما النوع الثاني فهو يعرف باسم النظريات ذات الطابع العملي التجريبي(2).

1- النظريات التقليدية الجامدة

واجهت النظريات التقليدية الجامدة مشكلة المسائل الأولية بحل قطعي ومسبق، هو حتمية الرجوع إلى نظام قانوني بعينه، فهو بالنسبة لرأي جانب من الفقه هو النظام القانوني لقانون القاضي(أ)، وهو بالنسبة لرأي آخر من الفقه النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص(ب).

أ- إسناد المسائل الأولية إلى النظام القانوني لقانون القاضي

ذهب جانب من الفقه إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية يجب أن يتم وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي نفسه المرفوع إليه النزاع، باعتبارها تعد مسألة مستقلة عن المسألة الأصلية. ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره بعدة حجج أولها رفض الإحالة، وتعتبر هذه الأخيرة حجة حاسمة لتأييد وجهة نظرهم، فوفقا لهم يبدو من غير المتصور أن يوافق نظام قانوني لا يقبل الإحالة، على إعمال قواعد إسناد أجنبية غير تلك الصادرة عن مشرعه الوطني(1).

أما الحجة الثانية، فتتمثل في احترام قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فخضوع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون القاضي تعد من وجهة نظر هذا الفقه بمثابة التعبير عن الاحترام الواجب لهذه القاعدة، لاسيما أن إعمال قواعد الإسناد الأجنبية يحمل في طياته اعتداء على قاعدة الإسناد الوطنية. فالقانون الأجنبي منح له الاختصاص من قبل قاعدة الإسناد الوطنية من أجل الفصل في مسألة أصلية وفي هذا الإطار فقط، ولا اختصاص له فيما يتعلق بالمسألة الأولية،

(1)-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 254.

التي يتعين إيجاد الحل لها من خلال أعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي صاحب الاختصاص الأصيل⁽¹⁾.

أما الحجة الثالثة، فتمثلت في وحدة الحلول على الصعيد الداخلي، حيث يرى الفقه المؤيد إلى أعمال قواعد الإسناد الوطنية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية، أن هذا الحل هو وحده القادر على تحقيق وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الداخلي، فالمسألة القانونية المطروحة على القاضي الوطني يتعين أن يتم الفصل فيها دائما ودون تغاير، أيا ما كان الشكل الذي تتخذه هذه المسألة، ويستوي الأمر في هذا الصدد أن تكون هذه المسألة قد طرحت على القضاء في صورة مسألة أصلية أو في صورة مسألة أولية.

فوحدة الحلول داخل النظام القانوني للدولة الواحدة لا تتحقق إلا إذا تم أعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي على المسائل الأولية، فالزواج الصحيح وفقا للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في هولندا مثلا سيظل دائما، أيا ما كانت المسائل الأصلية التي تتطلب وجود هذا الزواج كمسألة أولية⁽²⁾.

الواقع أن هذا الاتجاه الفقهي المؤيد لإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وجد صدى له في بعض الأحكام القضائية، والتي استندت إلى فكرة وحدة الحلول على الصعيد الداخلي من أجل تطبيق النظام القانوني للقاضي⁽³⁾.

على الرغم من قوة ووجاهة الحجج التي استند إليها هذا الاتجاه، ورغم أن له أنصارا في الفقه وقد اعتمده القضاء الفرنسي⁽⁴⁾. إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات، فبالنسبة للحجة الأولى

(1) - قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 59.

(2) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 254 و 255. انظر أيضا: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 59. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 122.

(3) - يعتبر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية في قضية "Dal Bosco"، والحكم الصادر عن المحكمة الدستورية الألمانية بتاريخ 4 ماي 1971 من أهم وأشهر الأحكام التي تبنت هذا الاتجاه. وللتفصيل في هذه الأحكام انظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 255-258.

(4) - Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 22 avril 1986, D, 1986, I.R, 270, Note Audit, R.C.D.I.P, 1988, 302, note Bischoff, J.P.C, 1987, II, 20878, note Agostini. =

المستندة إلى رفض الإحالة في بعض الأنظمة كمبرر لإخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، فإن هذه الحجة لا وزن لها، ذلك أن الفارق الواضح بين الإحالة والمسائل الأولية يجعل من الحل الذي يتخذه المشرع في أي منهما لا يؤثر على الأخرى⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحجة الثانية الخاصة باحترام قاعدة الإسناد الوطنية فهذه الحجة ليست بأفضل من سابقتها، إذ أنه مما لا شك فيه أنه يتعين على القاضي الوطني أن يطبق قواعد الإسناد الوطنية الواردة في قانونه فهو ملزم بهذا التطبيق.

يترجم هذا الاحترام بأنه في كل حالة يتعلق الأمر بمسألة تتضمن عنصراً أجنبياً فإن القاضي الوطني يبحث عن القانون المختص، من خلال أعمال قواعد الإسناد الوطنية، ويستوي في هذا الشأن أن تكون المسألة المعروضة عليه مسألة بسيطة أو مسألة مركبة تتحلل إلى العديد من العناصر، فتحديد القانون المختص على كل عنصر من هذه العناصر يتم وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية.

لكن إذا تعلق الأمر بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية التي أثارها تطبيق القانون الأجنبي المختص، فإن القول باحترام قواعد الإسناد الوطنية، وتطبيقها في هذا الشأن مسألة واردة في غير سياقها الطبيعي⁽²⁾.

فمشكلة المسائل الأولية كما سبق الذكر مشكلة تجد أساسها في ظاهرة الارتباط القائم بين القواعد القانونية المختلفة المتصلة بذات النظام القانوني، وهذا الارتباط قائم بين القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق على المسألة الأصلية. وبهذه المثابة فإن رغبة قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي في تنظيم هذه المسائل لا محل لها، إذ أن النظام القانوني

= ففي هذا القرار مثلاً رفضت محكمة النقض الفرنسية صراحة خضوع المسألة الأولية لقواعد الإسناد للقانون الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، حيث أنه في هذا القرار تعلق الأمر بتحديد ما إذا كان للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية على الميراث (مسألة أصلية)، صلاحية تحديد ما إذا كان الشخص المعني يتمتع بصفة الزوج أم لا (مسألة أولية)، فقضت محكمة النقض بأنه ليس له هذه الصلاحية. للتفصيل في هذا القرار انظر:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 7^{ème} éd, op.cit, p 198.

(1) - قناتل حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 60.

(2) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 260.

للقاضي قد أنهى مهمته بتعيين القانون الأجنبي المختص الواجب التطبيق على المسألة الأصلية. وترتبط على ذلك فعندما يتطلب القانون الأجنبي المختص لتطبيق قواعده التحقق من وجود مسألة أولية، فإن إخضاع هذه المسألة لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يشكل في حد ذاته نوعاً من الاحترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي والتي لم يعد لها أي اختصاص في هذه المرحلة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحجة الخاصة بوحدة الحلول على الصعيد الداخلي، فإنه على الرغم من أنها الحجة التي تشكل حجر الزاوية في الفقه المدافع عن إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في دولة القاضي، فإن هذه الحجة لا تتمتع بالإقناع والإطلاق الذي يعتقد أصحابها⁽²⁾.

صحيح أن كل دولة تسعى من خلال نظامها القانوني إلى أن تحقق نوعاً من الوحدة في الحلول بصدد كل العلاقات القانونية التي تتم على إقليمها، إلا أن هذا المبدأ يتعرض من الناحية الواقعية للكثير من المساس به سواء تم هذا المساس في شكل نصوص تشريعية أو بمقتضى أحكام قضائية، تمس في النهاية المطاف فكرة الطابع المطلق لمبدأ وحدة الحلول على الصعيد الداخلي.

كذلك فإن تعارض الأحكام سواء تلك الصادرة في إطار العلاقات الوطنية البحتة أو في العلاقات الخاصة الدولية يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك نسبية مبدأ وحدة الحلول على الصعيد الداخلي⁽³⁾.

ب- إسناد المسائل الأولية إلى النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص

على خلاف الاتجاه السابق، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن النظام القانوني الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية هو القانون الأجنبي المختص في المسألة الأصلية كمبدأ عام، فقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص للفصل في المسألة الأصلية، هي التي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، ذلك أن

(1) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 260 و 261.

(2) - مرجع نفسه، ص 261.

(3) - مرجع نفسه، ص 262.

قواعد الإسناد في قانون القاضي قد انتهى دورها بمجرد تحديد القانون المختص في حكم المسألة الأصلية، وبهذا نكون قد وضعنا كلا المسألتين الأصلية والأولية في كنف هذا القانون.

يدعم هذا الاتجاه وجهة نظره بعدة حجج أولها قبول الإحالة، حيث يعتبر الأستاذ "ملشوار MELCHIOR" أول من استخدم هذه الحجة من أجل تدعيم إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وعلى الرغم من اعترافه بأنه لا توجد أية رابطة منطقية ملزمة بين إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وقبول الإحالة، فإنه مع ذلك لفت الأنظار إلى أن قبول الإحالة في القانون الألماني يعد عاملاً هاماً في سبيل الأخذ بهذا الحل⁽¹⁾.

يذهب جانب من الفقه الذي يعتقد بوجود تشابه بين كل من نظرية الإحالة والمسائل الأولية، إلى ضرورة إخضاع هذه الأخيرة إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وذلك على اعتبار أن كليهما يؤدي إلى تحقيق وحدة الحلول وتتاسقها على المستوى الدولي، وعلى العكس من ذلك فإن إخضاع المسألة الأولية لقاعدة الإسناد في قانون آخر كقانون القاضي لن يحقق هذا الهدف⁽²⁾.

أما الحجة الثانية فتمثلت في احترام القانون الأجنبي المختص، وتتعلق هذه الحجة من فكرة بسيطة مفادها أنه عندما يقوم القاضي من أجل حكم المسألة القانونية ذات العنصر الأجنبي المطروحة عليه، بتعيين قانون أجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه يتعين عليه قدر الإمكان احترام هذا القانون الأجنبي ليس فقط في نصوصه بل وأيضاً فيما يوجد خلف هذه النصوص، أي عليه أن يحترم هذا القانون نصاً وروحاً.

يحدث في الكثير من الأحيان أن يعلق القانون الأجنبي المختص ترتيب أثر قانوني معين، على تحقق أمر آخر، وقد يكون هذا الأمر المتطلب لترتيب هذا الأثر، إما منصبا على تحقق مفهوم مادي بحت، أو مفهوم قانوني أو خاص بمسألة قانونية، وفي هذه الفروض فإنه يجب

(1) -حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 262 و 263.

(2) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 133.

الرجوع إلى القانون الأجنبي من أجل أن يحدد المقصود بهذه المفاهيم الواقعية البحتة أو القانونية، للتيقن من تطبيق هذا القانون على وجهه الصحيح⁽¹⁾.

الرجوع إلى القانون الأجنبي لكي يفصل في مضمون المفاهيم أو المسائل ذات الطبيعة المادية البحتة لا يثير أية صعوبة، فهناك إجماع على أن القانون الأجنبي وحده دون غيره مختص بالكشف عن مضمون ومعنى المفاهيم المادية البحتة التي يستخدمها، مع استبعاد أي تدخل لقواعد الإسناد لقانون القاضي، فالقاضي الوطني ينحصر دوره في تفسير المفاهيم المادية البحتة وإعطائها ذات المعاني التي أراد القانون الأجنبي إضافتها عليها⁽²⁾.

إذا كان هذا هو الحل المتفق على إتباعه في شأن تفسير المسائل ذات الطبيعة المادية البحتة، فإنه يبدو من غير المقبول أن يتفاوت تقدير القاضي الوطني إذا تعلق الأمر بتفسير المفاهيم والمسائل القانونية التي يثيرها إعمال القانون الأجنبي المختص، ولذلك عندما يثير القانون الأجنبي المختص على المسألة الأصلية، مسألة أولية فإن على القاضي أن يحل هذه المسألة بذات الطريقة والكيفية التي يتبعها القاضي الأجنبي، كما لو كانت هذه المسألة قد عرضت مباشرة على هذا الأخير، وهو ما يقوده بطبيعة الحال إلى إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون المختص الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، سيما أن إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي يحمل في طبيعته تشويها للقانون الأجنبي فضلا عن أنه يقطع الوحدة القائمة بين القواعد القانونية في هذا القانون⁽³⁾.

من المسلم به أن هناك نوعا من الوحدة والتجانس بين كل من القواعد المادية وقواعد الإسناد الخاصة بكل نظام قانوني وإعمال قواعد الإسناد الواردة في قانون القاضي على

(1) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 263.

(2) - فعلى سبيل المثال إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث يكتفي بالبنوة القائمة على رابطة الدم بين المتوفي والوارث الذي يتمسك بنصيب في التركة، وكان ذلك القانون يتضمن نصوصا صريحة تنظم هذه البنوة، فإنه يتعين على القاضي من أجل احترام القانون الأجنبي وتتناسقه الداخلي، الإشارة إلى هذه النصوص وحدها من أجل الفصل في مسألة وجود رابطة بنوة قائمة على رابطة الدم بين المتوفي والوارث. انظر: مرجع نفسه، ص 264.

(3) - مرجع نفسه، ص ص 264 و 265.

المسائل الأولية التي أثارها القانون الأجنبي المختص من شأنه تقطيع أواصر هذه الوحدة⁽¹⁾.

كذلك فإن إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي من شأنه أن يؤدي إلى الاعتراف بحقوق يرفض القانون الأجنبي الاعتراف بها، كذلك فإن هذا الإعمال قد يخول للأشخاص صلاحية إبرام بعض التصرفات بينما يحظر القانون الأجنبي المختص الواجب الإعمال على المسألة الأصلية الإتيان بمثلها.

هذه النتائج غير المنطقية، التي يؤدي إليها إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي على المسائل الأولية، سببها عدم احترام هذا الحل للصلة الوثيقة القائمة بين القانون الأجنبي المختص وقواعد إسناده⁽²⁾.

أما الحجة الثالثة، فتمثلت في وحدة الحلول على الصعيد الدولي، حيث تعتبر الحجة الرئيسية والأساسية التي استند إليها القائلون بضرورة إخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص. ويعد الأستاذ "سافيني SAVIGNY" أول من أشار إلى هذا المبدأ ولقد صاغه على النحو التالي⁽³⁾: "عندما يتعلق الأمر بمسألة تثير تنازعا في القوانين، فإن الحكم الذي يصدر بشأن هذه المسألة القانونية يجب أن يكون حكما واحدا أيا ما كانت محاكم الدولة التي سوف يصدر عنها هذا الحكم".

إذا كان الفضل يرجع إلى الأستاذ "سافيني SAVIGNY" في لفت الأنظار إلى هذا المبدأ فإن أستاذ ألمانيا آخر هو "وينغلر WENGLER" يرجع إليه الفضل في إثراء هذا المبدأ من خلال الأبحاث العديدة التي كرسها لإبراز معالمه والحالات التي يجب إعمالها بشأنه، ومن بينها المسائل الأولية. فكيف يؤدي إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى تحقيق وحدة الحلول على الصعيد الدولي؟.

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 133.

(2) -حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 265.

(3) -مرجع نفسه، ص ص 265 و 266.

لإبراز ذلك المعنى أعطى الفقه المؤيد لهذا الحل الفرض الذي يتم إسناد المسائل الأولية فيها لقاعدة الإسناد في قانون القاضي لإثبات أن هذا الحل سوف يؤدي إلى اختلاف الحلول على المستوى الوطني بينما إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص سوف يؤدي إلى وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الدولي⁽¹⁾.

الواقع أن هذا الاتجاه الفقهي المؤيد لإعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وجد صدق له في بعض الأحكام القضائية، والتي استندت إلى فكرة وحدة الحلول على الصعيد الدولي من أجل تطبيق النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص⁽²⁾.

غير أنه ولتأكيد هذا الرأي فقد أورد أنصاره عدة استثناءات تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي، الأول وهو خضوع المسألة الأولية لقانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية، فإذا كانت المسألة الأولية سوف تخضع للقواعد الموضوعية في قانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية في قضية أخرى، فإنها لن تخضع لغير قانون القاضي ولو بوصفها مسألة أولية⁽³⁾.

(1) - لو فرضنا أن محكمتين في دولتين مختلفتين كلتاهما مختصة بالفصل بالحق في الميراث المدعى به من قبل ولد بالتبني، وإذا افترضنا أن كلا من المحكمتين لديهما قواعد إسناد مشابهة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الميراث، وفقا لها يخضع الميراث لقانون الدولة التي يوجد بها آخر موطن للمتوفي، ففي هذا الفرض سوف يتم تطبيق قانون مادي واحد على مسألة الميراث محل البحث أيا ما كان القاضي المختص. وفي هذا الفرض، إذا أثرت مشكلة المسائل الأولية الخاصة بصحة التبني، وقام كل قاضي بإعمال قواعد الإسناد الخاصة به، فإن الحل الذي سوف تنتج ستكون متعارضة، فقد يقر قانون بأحقية الطفل المتبني في الميراث بينما ينكر القانون الآخر هذا الحق على الابن بالتبني، فإسناد المسألة الأولية إلى قاعدة الإسناد في قانون القاضي تؤدي إلى نتائج متعارضة وذلك على الرغم من أن هناك وحدة بين القانونين المشار إليهما بشأن الحل الخاص بالمسألة الأصلية والتي تم إسنادها في كل من الدولتين إلى قانون واحد هو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن الأصلي للمتوفي، في حين أن إسناد المسألة الأولية إلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص سوف يؤدي إلى وحدة الحلول على الصعيد الدولي، إذ يتم الفصل في المسألة بذات الكيفية أيا ما كان القاضي المختص. انظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 266 و 267.

(2) - أخذ هذا الرأي القضاء في العديد من الأحكام القضائية منها، الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 11 نوفمبر 1954 في قضية Caliaro. والحكم الصادر عن محكمة استئناف Hamm بتاريخ 10 أوت 1973. للتفصيل في هذه الأحكام. انظر: مرجع نفسه، ص ص 267-269.

(3) - مثال ذلك بطلان زواج طبقا للقواعد الموضوعية الوطنية المختصة بموجب قواعد الإسناد الوطنية، فلا يجوز النظر في صحته كمسألة أولية طبقا لقواعد الإسناد للقانون المختص لحكم مسألة نسب الابن مثلا. انظر: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

أما الاستثناء الثاني فتمثل في الأثر القانوني الصحيح يستتبع أثرا آخر صحيحا، ففي الحالة التي يوجد فيها أثر قانون معين وفقا لأحكام قانون القاضي ويستتبع بالضرورة أثرا آخر يعتد به هذا القانون، يتعين عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إذا اتضح بأن القانون الذي ستختاره سوف يحكم بعدم صحة الأثر الثاني⁽¹⁾.

أما الاستثناء الثالث، فهو الأثر القانوني اللازم لوجود أثر آخر، وهي الحالة التي يوجد فيها أثر قانوني معين، بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية ويكون ذلك الأثر شرطا ضروريا لأثر آخر عندما يكون من اللازم الاعتراف به في ذلك القانون⁽²⁾.

أما الاستثناء الأخير، فهو المسألة الأولية الأكثر ارتباطا بقانون القاضي، فإذا كان غياب الصلة بين المسألة الأولية والنظام القانون الوطني هو الذي يبرر الاختصاص المبدئي لقاعدة الإسناد الأجنبية، فإن هذا الاختصاص ينبغي أن يتوقف ويترك مكانا لقاعدة الإسناد الوطنية في كل مرة توجد فيها تلك الصلات وتدرج فيها المسألة الأولية في النظام القانوني الوطني، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الوطنية⁽³⁾.

الجدير بالملاحظة أن هذا الاتجاه لا يخلو من عناصر جديرة بالاعتبار وخاصة الحجة الثانية، التي استند إليها الفقه والخاصة بضرورة احترام القانون الأجنبي المختص، وهذا الاحترام يكون بإعمال قواعد الإسناد الواردة فيه على المسألة الأولية وذلك حفاظا على الوحدة القائمة بين

(1)- مثال ذلك أن وجود زواج صحيح حسب القانون المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، يستتبع صحة نسب الأبناء من هذا الزواج، وعليه إذا عرضت مسألة صحة النسب هذه، وأثيرت مسألة صحة الزواج كمسألة أولية، فينبغي استبعاد قواعد الإسناد في القانون المختص بحكم النسب إذا أشارت إلى قانون يقضي ببطان الزواج. انظر: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

(2)- مثال ذلك أنه في دعوى انحلال الزواج قضى القانون الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية بعدم الانحلال السليم لهذا الزواج، وعليه فلا يمكن للزوجة إبرام زواج جديد، ورفعت الزوجة دعوى لأجل صحة الزواج الثاني، فأثيرت مسألة أولية وهي أهليتها للزواج، فإذا طبقنا قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتنظيم انحلال الزواج، فأشارت إلى قانون آخر يرى بأن الزواج قد انحل بشكل سليم، وأن لها أهلية الزواج من جديد، إن هذا الحل الأخير لا يعتد به لأنه يرى بتحقيق شرط قضي من قبل بعدم توفره، لذلك وجب استبعاد هذه النتيجة أن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولية. انظر: مرجع نفسه، ص 62.

(3)- مثال ذلك أن يتعلق الأمر بتبني طفل تم في فرنسا، فالقضاء الفرنسي يجعله ينتج كل آثاره حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق عليه ينتمي إلى نظام قانوني يختص بحكم الموارث ولا يقبل صلاحية هذا التبني، فالأمر يتعلق بمسألة فرنسية ولا يهم بعد ذلك أن يكون أحد آثار هذه المسألة خاضعا لقانون لا يعترف بهذه المسألة الأولية. انظر: مرجع نفسه، ص 62.

كل من القواعد المادية وقواعد الإسناد، إذ أنه من المسلم به أن القاضي الوطني عندما يقوم بتطبيق قانون أجنبي عليه أن يطبقه على النحو الذي يتمشى بقدر الإمكان مع الهدف والغاية المستهدفة من التطبيق⁽¹⁾.

هذا المسلك المتبع في العديد من الحالات، له أهمية خاصة فيما يتعلق بالمسائل الأولية، فإسناد هذه الأخيرة إلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص يضمن الرابطة المنطقية القائمة بين القانون المادي وقواعد الإسناد، وذلك على خلاف الحال فيما لو تم الإسناد إلى قاعدة الإسناد في قانون القاضي، إذ يؤدي هذا الحل الأخير إلى خلق نوع من الخليط غير المتجانس بين القواعد المادية للقانون الأجنبي المختص والقواعد المادية المعنية من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي، ويؤدي هذا الخلط إلى نتائج غريبة مثل الاعتراف بالحق في التركة لأحد الأشخاص في حين أن القانون الأجنبي الذي يحكم التركة لا يعتبر هذا الشخص وارثاً، وهذه النتيجة الشاذة ترجع إلى تشويه ومسح القانون الأجنبي الواجب التطبيق⁽²⁾.

لعله من الأمور الجديرة بالإشارة هنا أن احترام القانون الأجنبي والمحافظة على تناسقه ووحدته الداخلية لا يشكل بأي حال من الأحوال اعتداء على الاحترام الواجب والمفترض لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، فالقانون الدولي الخاص في دولة القاضي أنهى مهمته باختيار القانون الأجنبي المختص ليحكم المسألة الأصلية، وجميع المسائل القانونية الجديدة التي يثيرها تطبيق هذا القانون لا تقع في نطاق اختصاص قانون القاضي، وكل تدخل من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي في هذا الإطار يعد تدخلاً غير قائم على أساس وغير مبرر، فضلاً عن إسناد المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون القاضي لا علاقة له باحترام هذه القاعدة، إذ أن هذا الاحترام غير متطلب بشأن المسألة محل البحث وبخلاف الوضع بشأن الحالات القانونية المركبة، والتي يقوم القانون الدولي الخاص بتجزئتها إلى مسائل عدة تخضع كل منها لقاعدة إسناد مستقلة⁽³⁾.

(1) - بالنسبة للحجة الأولى الخاصة بقبول الإحالة، فلقد سبق وأن أوضحنا أن مشكلة المسائل الأولية مختلفة تماماً عن مشكلة الإحالة، ومن ثم فإن الحل المتبع بشأن الأخيرة لا تأثير له على الأولى سلباً أو إيجاباً.

(2) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 271 و 272.

(3) - مرجع نفسه، ص ص 271 و 272.

سبق أن أشرنا إلى أن مشكلة المسائل الأولية لا علاقة لها بالعلاقات القانونية المركبة وإنما هي مشكلة ناتجة عن الارتباط القائم بين القواعد القانونية المنتمية إلى ذات النظام القانوني، وتؤدي هذه الملحوظة الأخيرة ومن أجل السيطرة على ظاهرة الارتباط القائم بين القواعد القانونية في القانون الأجنبي، إلى تفضيل إخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، لما يحققه هذا الحل من تحقيق احترام القانون الأجنبي المختص.

إذا كانت الحجة الثانية تتسم بكل الجوانب الإيجابية، فإن الحجة الثالثة بدورها لا تخلو أيضا من هذه الجوانب وإن كانت بقدر أقل، فعلى الرغم من أنه من المأمول أن تلقى ذات العلاقة القانونية ذات الحل أيا ما كان القاضي الذي سيعرض عليه النزاع، ومع ذلك فإن وحدة الحل على الصعيد الدولي هدف صعب المنال، ويرجع ذلك إلى أسباب عدة بعضها يجد مصدره في الاختلاف القائم بين الدول بشأن ضوابط الإسناد المعمول بها، وحتى في حالة وحدة ضوابط الإسناد فإن كل دولة تعطي لهذا الضابط مفهوما يختلف عن المفهوم الذي تتبناه دولة أخرى⁽¹⁾.

إذا وضعنا جانبا هذه المعوقات التي تحول دون تحقيق وحدة الأحكام على الصعيد الدولي، فإن هذا المبدأ قد يتعارض مع مبدأ آخر هو مبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي، ولعل هذا الانتقاد الأخير هو الذي دفع القائلين بإخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بضرورة وضع استثناءات على نظريتهم من أجل تحقيق وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي.

على أية حال فإنه لا يمكن الاستناد بشكل كامل ومطلق على مبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي من أجل اختيار الحل الواجب إتباعه بصدد المسائل الأولية، إذ أنه من المسلم به أن مبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي تختلف وظيفته تبعا لما إذا كان الأمر متعلقا بمنازعات وطنية بحتة عما إذا كان الأمر متعلقا بمنازعات يتخللها عنصر أجنبي⁽²⁾.

(1) -حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 272.

(2) -مرجع نفسه، ص 273.

ضف إلى ذلك أنه حتى على صعيد العلاقات الوطنية البحتة فإن مبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الوطني البحت ليس بمنأى من إيراد بعض الاستثناءات عليه، كذلك فإن هناك طائفة من المسائل الأولية لا شأن لمبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي بها، فبالنسبة للمعاهدات الدولية تعد وحدة الأحكام الصادرة من محاكم الدول المتعاقدة على صعيد المسائل المنظمة لهذه المعاهدات أهم من احترام مبدأ وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي.

يظهر مما تقدم، أن كلا من الاتجاه الأول القائل بإخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في قانون القاضي، والاتجاه الثاني المدافع عن خضوع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، لم يسلموا من الانتقاد، ولعل العيب الأساسي وراء كل من النظريتين السابقتين يكمن في أنهما انطلقتا من حل مسبق جامد إما إخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون القاضي وإما إخضاعها لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وأمام هذا الوضع ظهرت نظريات أخرى لا تعتمد مبدأ عاما لتحديد قواعد الإسناد المختصة بحكم المسائل الأولية، وإنما تعتمد منها عمليا تجريبيا يراعى فيه ظروف وملابسات كل نزاع على حدة⁽¹⁾.

2- النظريات ذات الطابع العملي التجريبي

ظهرت في مقابل النظريات السابق بيانها نظريات حديثة، تنطلق من نقطة أساسية وهي أن إيجاد حل لمشكلة المسائل الأولية يتعين أن يتم وفقا لظروف كل حالة على حدة ودون التقيد المسبق بمبدأ معد سلفا كإخضاعها لقواعد الإسناد في قانون القاضي، أو إخضاعها لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص.

على الرغم من نقطة الالتقاء الأساسية التي تجمع بين هذه النظريات ذات الطابع العملي التجريبي، فإنه يمكن تقسيمها إلى طائفتين، الأولى تسعى إلى تحقيق ما يعرف باسم عدالة القانون الدولي الخاص من خلال تسكين المسألة الأولية في النظام القانوني التي يوجد لهذه المسألة فيه مركز الثقل من أجل تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها^(أ)، والطائفة الثانية تسعى إلى

(1)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 273.

تحقيق العدالة المادية من خلال تتبع النتائج المادية الملموسة الخاصة بكل حالة على حدة، ويكون الحل المختار هو الذي يحقق أفضل النتائج(ب).

أ-تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص

ينطلق هذا الاتجاه من مقدمة بسيطة قوامها أن إيجاد حل للمسائل الأولية يتوقف على التعرف على مركز النقل للمسألة الأولية ومدى ارتباطها بنظام قانوني بشكل أو ثقل من نظام قانوني آخر، فإذا كانت المسألة الأولية تتركز في النظام القانوني للقاضي ولا تتصل بأية روابط وثيقة إلا بهذا النظام، فإن مركز النقل للمسألة الأولية يتحدد في هذا النظام ويكون من الملائم إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي عليها من أجل تحديد القانون الذي يحكمها، وهذا الحل يتضمن في ثناياه بطبيعة الحال تحقيق وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي(1).

على العكس، إذا كانت المسألة الأولية لا تتصل بأي شكل من الأشكال بالنظام القانوني للقاضي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها يتم من خلال إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهذا الحل يحقق وحدة الأحكام على الصعيد الدولي(2).

أما في الحالات الأكثر تعقيدا والتي يكون للمسألة الأولية فيها اتصال بكل من قانون القاضي والقانون الأجنبي في ذات الوقت وبنفس القوة، فإنه يتعين ترجيح إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي، تحقيقا لوحدة الأحكام على الصعيد الداخلي، وهو غاية تفوق وحدة الأحكام على الصعيد الدولي(3).

غير خاف أن هناك أوجه تشابه بين هذا الاتجاه وإعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فالوظيفة الاستيعادية للنظام العام ترتبط سيما في بعض الدول كألمانيا وسويسرا بضرورة وجود صلة وثيقة بين العلاقة المعنية والنظام القانوني، حتى يتدخل النظام العام ويتم استبعاد

(1)-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 275.

(2)-قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 65. انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز

في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 275.

(3)-مرجع نفسه، ص 275.

القانون الأجنبي المختار لحكم العلاقة لمخالفته للمبادئ الأساسية لهذا النظام القانوني للقاضي الذي يتصل به بالعلاقة اتصالاً وثيقاً⁽¹⁾.

مما لا شك فيه أن هذا الاتجاه الفقهي، قد أبرز ضرورة أن يكون حل المسألة الأولية ليس وفقاً لمبدأ معد سلفاً، وإنما يتم هذا الحل في ضوء ظروف كل حالة على حدة، ومدى اتصال المسألة الأولية بالنظام القانوني للقاضي أو اتصالها بالنظام القانوني للقانون الأجنبي المختص، وعلى الرغم من بساطة الفكرة التي ينطلق منها هذا الاتجاه إلا أن هذه البساطة تخفي في طياتها صعوبة جمة تتعلق بتحديد المقصود بالرابطة الوثيقة القائمة بين المسألة الأولية ونظام قانوني معين⁽²⁾.

صحيح أن تحديد هذا المفهوم قد لا يثير صعوبة في بعض الحالات التي تكون المسألة الأولية متصلة بشكل واضح بنظام قانوني سواء النظام القانوني للقاضي أو النظام القانوني للقانون الأجنبي، ولكن توجد حالات أخرى لا تتسم بهذا النوع من التبسيط، مما يتحتم معه ضرورة تحديد ما هو المقصود بفكرة الصلة الوثيقة.

حتى على فرض مجابهة هذه الصعوبة، فإن إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في قانون القاضي نظراً لأن هذه المسائل ترتبط بهذا النظام ارتباطاً وثيقاً قد يؤدي إلى نتائج مادية تتعارض مع مصالح الأطراف المعنية، وهذه النتائج مفادها إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي والعكس⁽³⁾.

(1) - استندت بعض الأحكام الصادرة في ألمانيا على هذا الرأي، فقامت بإسناد المسائل الأولية إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي إذا كانت المسألة الأولية تتصل بها النظام بشكل مؤثر من بينها الحكم الصادر عن المحكمة العليا الألمانية Bundesgerichtshof بتاريخ 09 أبريل 1972، بينما في حالات أخرى أعملت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص نظراً لأن هناك صلة بين المسألة الأولية، والنظام القانوني الأجنبي المختص من بينها الحكم الصادر عن محكمة استئناف Hamm بتاريخ 05 أكتوبر 1972. انظر: قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 66.

(2) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 281.

(3) - مرجع نفسه، ص 281.

دفع هذا الانتقاد الأخير إلى ضرورة البحث عن حل آخر ليس من خلال عدالة القانون الدولي الخاص وإنما من خلال العدالة المادية⁽¹⁾.

ب- تحقيق العدالة المادية للقانون الدولي الخاص

أصبح القانون الدولي الخاص بعد الانتقادات التي وجهت إليه قانوناً يأخذ بعين الاعتبار النتائج المادية التي تترتب على أعمال قواعد الإسناد، واستناداً إلى تلك الفلسفة التي أصبحت محوراً للكثير من النظريات التقليدية في القانون الدولي الخاص وفي مقدمتها نظرية الإحالة، فإن حل المسائل الأولية يتطلب إسنادها إما إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي أو قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وذلك في ضوء النتائج المادية الملموسة التي يحققها هذا الإسناد، فيتم إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني الذي يترتب على إعماله تحقيق النتيجة الأفضل⁽²⁾.

وجد هذا الاتجاه الفقهي نجاحاً ملحوظاً على الصعيد القضائي، حيث ذهب بعض أحكام القضاء إلى إخضاع المسألة الأولية إلى النظام القانوني للقانون الأجنبي نظراً لأن إعماله في واقعة الحال كان يؤدي إلى نتائج أفضل من تلك التي يؤدي إليها اللجوء إلى إعمال النظام القانوني للقاضي⁽³⁾. بينما ذهب بعض أحكام القضاء الأخرى إلى إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني للقاضي باعتباره القانون الأفضل في واقعة الحال⁽⁴⁾.

ما يمكن ملاحظته أن كلا الرأيين قد تعرضا للنقد ممن يدعون إلى تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، ذلك أن القضاء لا يملك في مرحلة النظر في الدعوى إلا أن ينطلق من قاعدته الوطنية لحل النزاع، بغض النظر عن طبيعة المسألة ما إذا كانت أصلية أو أولية، ومادام النزاع ذو

(1) - قاتل حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 66.

(2) - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 283.

(3) - يعتبر المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في 30 نوفمبر 1982 من أبرز الأحكام التي أخذت بعين الاعتبار فكرة العدالة المادية على نحو أدى بها إلى إسناد المسألة الأولية الخاصة بصحة الزواج المبرم في شكل غير معترف به في ظل القانون الألماني، ولكن يعترف به القانون الأجنبي إلى النظام الأجنبي. للتفصيل في الحكم. انظر: مرجع نفسه، ص 286 و 287.

(4) - يعتبر الحكم الصادر عن محكمة BOCHU الابتدائية في 01 أوت 1969 من الأحكام التي أخذت بفكرة إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني للقاضي بوصفه القانون الأفضل، للتفصيل في الحكم. انظر: مرجع نفسه، ص 284 و 285.

عنصر أجنبي فيتعين لحله تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية، وليس من سبب يبزر الخروج عن هذه القاعدة، فكيف يمكن للعلاقة القانونية الواحدة أن تخضع لقواعد مختلفة في النزاع بحسب أن تكون المسألة أصلية أو أولية، فالمسألة هي نفسها في كلتا الحالتين⁽¹⁾.

أخيرا وما يمكن ملاحظته أنه وبالرغم من الانتقادات التي تعرضت إليها فكرة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين، إلا أن هناك اعتبارات عديدة تدعم الأخذ بها، كاعتمادها من طرف القضاء في بعض الدول كألمانيا والنمسا وسويسرا، والقضاء في النظم الأنجلوسكسونية الذي أخذ بها أيضا فيما يسمى بنظرية المحكمة الأجنبية، وتداعي عقبة هامة تحول دون الأخذ بها وهي رفض الإحالة، حيث بدأت العديد من الدول تتجه نحو تبني فكرة الإحالة⁽²⁾.

هذا وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطرق لفكرة المسائل الأولية، إلا أنه يمكن إعمال هذه الفكرة في النظام القانوني الجزائري، والذي يؤكد ذلك هو اعتماد القانون المدني صراحة للإحالة من الدرجة الأولى في نص المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج، فهو لا يمنع القاضي الوطني من تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، فإذا نظرنا في فكرة المسائل الأولية نجد أن إعمالها أيضا يستوجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، ولأن المادة 23 مكرر 1 اكتفت بحالة الرجوع، فلم تبح للقاضي الوطني تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلا إذا كانت تشير باختصاص القانون الوطني، فنستطيع إذن أن نسقط ذلك على المسائل الأولية فنقول بأنه يجوز تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي بحكم المسألة الأصلية إذا أشارت إلى اختصاص القانون الجزائري لحكم المسألة الأولية.

غير أنه يجب إعمال فكرة المسائل الأولية في حدود معينة وفي ظروف كل قضية، فمن الأسلم عدم وضع قاعدة عامة تطبق في كل الأحوال، إنما ما تستدعيه اعتبارات العدالة وحماية توقعات الأشخاص والتبصر بمصالحهم من ناحية، ومن ناحية ثانية مراعاة الروابط والصلات

(1) -قتال حمزة، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 67.

(2) -مرجع نفسه، ص 67.

الموضوعية بين المسألة الأولية المعروضة وقواعد الإسناد الوطنية أو بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، وبناء على ذلك قد يطبق القاضي قواعد الإسناد الوطنية أو يطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي يحكم المسألة الأصلية.

المطلب الثاني

إشكالات تطبيق القاضي الوطني لقواعد القانون الأجنبي الموضوعية

بعد أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، ينتقل القاضي الوطني إلى مرحلة تطبيق قواعد هذا القانون، وعندها يقتضي بيان وضعية القانون الأجنبي أمامه بالمقارنة مع وضعية قانونه الوطني (الفرع الأول)، ثم بيان وضعيته أمام المحكمة العليا من حيث الرقابة على تطبيقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وضعية القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

إن تحديد وضعية القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع تعد من أهم مسائل تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي التي لم يستقر الفقه والقضاء على رأي محدد بشأنها، حيث عرفت خلافا حادا، من حيث أساس تطبيق هذا القانون (أولا)، إثباته (ثانيا)، تفسيره (ثالثا).

أولا: أساس تطبيق القانون الأجنبي

نتيجة للاختلافات الحادة في الفقه والقضاء المقارن حول تحديد مسألة طبيعة القانون الأجنبي، ظهرت عدة نظريات فقهية تقترح الأساس الذي يحمل القاضي على تطبيق القانون الأجنبي، فمنها من اعتبر تطبيق هذا الأخير على أساس أنه مجرد واقعة من وقائع النزاع المطروح أمام القاضي الوطني (1)، في حين أن هناك من اعتبر تطبيقه على أساس أنه قانون فعلا (2)، أما المشرع الجزائري فقد حسم رأيه بتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا في مسائل الأسرة وما دون ذلك فهو واقعة (3).

1- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة

يرى هذا الاتجاه بأن قواعد القانون الأجنبي ليست أكثر من وقائع يجب على الأطراف التمسك بها لتطبيقها، ويكون من المنتظر أن يبذلوا ما في وسعهم لإثباتها أمام محكمة الموضوع، وقد برزت نظريتان تتبنى هذا الرأي، نظرية الحقوق المكتسبة(أ)، ونظرية العنصر الواقعي(ب).

أ- نظرية الحقوق المكتسبة

ظهرت هذه النظرية في البلدان الأنجلوسكسونية، حين حاول الفقهاء الأنجلوسكسونيون التوفيق بين تطبيق القانون الأجنبي ومبدأ الإقليمية، فقالوا أن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي في إقليمه اعترافاً منه بالحق المكتسب في ظل هذا القانون لصاحب الحق، ولا يمكن له النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية(1).

انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة إذ أنها لا تعطي تفسيراً للقانون الأجنبي إلا في مجال واحد وهو مجال الحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضاً في مرحلة نشوء الحق وهو الفرض الغالب(2).

(1)- فمثلاً إذا تزوج فرنسي بفرنسية في باريس ترتبت له وفقاً للقانون الفرنسي حقوق الزوج، والقاضي الإنجليزي يعترف بهذه الحقوق، ولا يعني ذلك أنه يطبق في إنجلترا على هذا الزوج القانون الفرنسي بل أن هذه الحقوق نشأت تحت سلطان القانون الفرنسي، فيبدو القانون الأجنبي في نظر القاضي مجرد عنصر في واقعة هي "الحق الذي نشأ تحت سلطان القانون الأجنبي" وهذه الواقعة لا تتمتع بأية قوة قانونية في بلد القاضي وإنما تستمد هذه القوة من قانون القاضي وليس من القانون الأجنبي الذي نشأت الواقعة تحت سلطانه، ويعبر البعض على هذا المعنى بالاصطلاح التالي: "إن قانون القاضي يخرج حقا وطنيا على واقعة وهي الحق الأجنبي". انظر: نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 23. انظر أيضاً: علال قاشي، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أبريل 2010، ص ص 109 و110.

QUADRI Rolando, de la preuve de la loi étrangère, R.E.D.I, société égyptienne de droit international, I.M.P, volume 1, 1953, p 05. NOUHAD Rizkallah, op.cit, p 54.

(2)- فلما يطلب الزوجان الأجنبيان الطلاق ويطبق عليهما قانونهما يكون بذلك قد أنشأ وضعياً جديداً، فلا يمكن القول في هذا الفرض بأن القاضي قد احترم حقا مكتسباً. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 141.

إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يقصر فقط مهمة القاضي في التحقيق فيما إذا الحق قد صار مكتسبا أم لا، أي هل الأطراف قد احترمو القانون عند نشوء الحق أم لا، وذلك يجعل القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يبحث القاضي عن وجودها، في حين أن مهمة القاضي هي إنشاء الحق أو الاعتراف بحق وذلك بتطبيق عليه القانون الأجنبي المختص⁽¹⁾.

ب- نظرية العنصر الواقعي

يتزعم هذه النظرية في فرنسا الفقيه "باتيفول BATIFFOL"، الذي ذهب إلى معاملة القانون الأجنبي باعتباره واقعة أي عنصر من عناصر القانون ولم يعامله باعتباره قانونا أي أن القاضي ملزم بتطبيقه تلقائيا⁽²⁾. حيث يرى الفقيه أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، العنصر العقلي أو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، وعنصر الأمر والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة⁽³⁾.

إذا كانت القاعدة الأجنبية تشتمل على هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها تفقد العنصر الأخير في حالة تطبيقها أمام القضاء الوطني لأن عنصر الأمر يتحدد بداهة بالإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته، ولا يبقى لها سوى العنصر المعنوي ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية⁽⁴⁾.

(1) - فلو أراد زوجان فرنسيان الطلاق أمام القاضي الانجليزي بمقتضى اتفاق بينهما نزولا على حكم القانون الفرنسي نفسه، فإن الذي يكون مطروحا أمام هذا القاضي هو إنشاء مركز قانوني جديد وفقا لأحكام القانون الأجنبي، وهذا الفرض لا تغطيه هذه النظرية الأمر الذي يظهر قصورها. انظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 359.

(2) -BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 373. Voir aussi: BATIFFOL Henri, Aspects philosophique du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, p 100. HUET André, les conflits de la loi en matière de preuve, L.D, Paris, 1965, p 135.

(3) -نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 98. انظر أيضا: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 140. عسالي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 358. لحميم زولبخة، إثبات القانون الأجنبي ووسائل الاتصال الحديثة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص 90. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 119.

(4) -القروي بشير سرحان، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، ع 03، 2016، ص ص 84 و 85.

يشبه الفقيه "باتيفول BATIFFOL" تطبيق القاضي الوطني للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها قواعد غير صادرة من المشرع الوطني، ومن ثم يعوزها عنصر الأمر، ولا تمتلك بالتالي صفة القانون⁽¹⁾.
أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على نقطة بداية تعد في ذاتها خاطئة، فإذا كان صحيحا أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته⁽²⁾.

2- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء والقانون المقارن إلى القول بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته قانونا ويطبق هذه الصفة، وقد برزت عدة نظريات تتبنى هذا الرأي، لكنها تختلف فيما بينها في أساس تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، ومن بين هذه النظريات، نظرية المجاملة الدولية (أ)، نظرية الاستقبال والاندماج (ب)، نظرية التفويض (ت).

أ- نظرية المجاملة الدولية

نادت بهذه النظرية المدرسة الهولندية التي كانت لا تقبل تطبيق القانون الأجنبي إلا على أساس المجاملة، بمعنى أن القاضي الوطني لا يسمح للقانون الأجنبي بالامتداد داخل إقليمه إلا مجاملة له⁽³⁾.

(1)-أيد الفقيه "بارتن BARTIN" هذا الرأي حيث يقول أنه لا يعامل القانون الأجنبي واجب التطبيق في فرنسا كما يعامل فيها القانون الفرنسي في نطاقه الخاص. إن الطابع الأمر للقانون الأجنبي واجب التطبيق عادة لا يكون له بالنسبة للقضاء الفرنسي نفس الطابع الأمر للقانون الفرنسي. انظر:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 374. Voir aussi: LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 7^{ème} éd, op.cit, p 303. MARIE-Christine, MEYZEAUD Graud, droit international privé, éd Bréal, France, 2002, p 57.

(2)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 141. انظر أيضا: علال قاشي، مرجع سابق، ص 110 و 111.

(3)-نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 95. انظر أيضا:

LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSSOUARN Yvon, op.cit, p 349.

اكتتف فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير، فعند بعض الشراح، وخاصة شراح القارة الأوروبية فإن فكرة المجاملة الدولية تعني أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بمزاج القاضي، إن شاء طبقه وإن شاء صرف النظر عن تطبيقه، وقد أدى هذا الفهم للمجاملة الدولية إلى فتح الباب على مصراعيه لأهواء القضاة وميولهم، في حين أن الواقع أن المدرسة كانت تعني بهذه النظرية أن الدولة وهي في سبيل وضع قواعد التنازع في قانونها، ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي، وأنها إذا قبلت ذلك فإنها يكون منها على أساس المجاملة الدولية، ولكن متى قبلت تطبيق القانون الأجنبي على هذا النحو، وجب على قضائتها تطبيقه متى أشارت قواعد التنازع بتطبيقه⁽¹⁾.

ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية إلى هجرانها من طرف الفقه، الذي أخذ يبحث عن أساس آخر لتطبيق القانون الأجنبي⁽²⁾.

ب- نظرية الاستقبال والاندماج

نادى بهذه النظرية الفقهاء الايطاليون الذين اعتبروا أن القاضي عندما يقوم بعملية تطبيق القانون الأجنبي يقوم بعملية إدماجه في قانونه الوطني، فمتى أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي معين، فإنها بالوقت ذاته تقوم بدمج هذا القانون في القانون الوطني، وعليه فإن القاضي لا يطبق الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، وإنما يطبق الأحكام الوطنية التي بسبب الإدماج باتت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي⁽³⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 140. انظر أيضا: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 134.

(2) -مرجع نفسه، ص 134.

(3) -يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 494، في سبب ظهور هذا الاتجاه أنه ظهر في الفقه الايطالي، وذلك للتوفيق بين أمرين، الأول هو النظرية الايطالية كما هي متوارثة عن "SANTI ROMANO" الخاصة بالمانعية والاستقلال المطلق بين النظم القانونية لمختلف الدول، أي الاختصاص المانع للنظام القانوني الوطني وعدم جواز تطبيق القاضي لما عداه، وهو مانعية يفرضها الاستقلال السياسي للدولة. أما الثاني هو إمكانية تطبيق قانون دولة أجنبية قد يكون أنسب لحكم النزاع ذي الطابع الدولي.

هذا وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة هذا الإدماج، فهناك من قال بأنه إدماج مادي كالفقيه "أنزيلوتي ANZILLOTI"، حيث يرى هذا الأخير أن القاعدة الأجنبية تفقد صفتها الأجنبية وتندمج في القاعدة الوطنية، بحيث يمكن القول بأن قانون القاضي قد تبنى القاعدة الأجنبية لحاجة المعاملات الدولية وعندما يطبق القاضي هذه القاعدة فكأنه يطبق قاعدة التنازع في قانونه الوطني⁽¹⁾.

بينما ذهب فريق آخر من الفقه ومن بينهم الفقيه "روبرتو آغو ROBERT Ago" أن الإدماج شكلي، حيث تحتفظ القاعدة الأجنبية بمعناها وبمقوماتها وبطبيعتها الأجنبية، غير أن القاضي يطبقها باعتبارها قد اندمجت شكلا فقط في قاعدة التنازع في قانونه⁽²⁾.

انتقدت هذه النظرية في مجملها بمفهومها المادي أو الشكلي أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لا لشيء إلا لأن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه، كما أن إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني يشكل خطرا على كلا القانونين، فهو يمس بخصوصية النظام القانوني الوطني، ويمس بذاتية القانون الأجنبي وتشويبه، لأن تفسيره وإثباته وافترض العلم به سيخضع إلى أحكام القانون الوطني، وهذا فيه تجاهل لبيئته ويتعارض مع غايته التشريعية⁽³⁾.

ت - نظرية التفويض

يرى أنصار هذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين والألمان بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية، فهو يسري بقوة إلزامية أي بوصفه أمرا صادرا من المشرع الأجنبي بناء على تفويض صادر من المشرع الوطني، ففي كل حالة يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي طبقا لقاعدة

(1)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 26. انظر أيضا: بن ساعد إلهام، تفسير القاضي الجزائري للقانون الأجنبي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 21، 2011، ص 282.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 8^{ème} éd, op.cit, p 527. MEZGHANI Ali, droit international privé, Etats nouveau et relation privé internationales, Système de droit applicable et droit judiciaire international, C.P, Tunis, 1991, p 290 .

(2)-بن ساعد إلهام، تفسير القاضي الجزائري للقانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 282.

(3)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 143.

الإسناد، يتخلى المشرع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرع الأجنبي ويفوضه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة عليه⁽¹⁾.

انتقدت هذه النظرية باعتبار أن التفويض لا يكون إلا لمفوض معين، والمفوض هنا غير معين، ومن ثم فمن غير المعقول أن يقوم المشرع الجزائري بتفويض مشرع أجنبي غير معروف مقدما، وأن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد بأعمال التفويض دون أن يرتضي ذلك⁽²⁾.

3- موقف المشرع الجزائري من تطبيق القانون الأجنبي

أشارت المادة 6/358 ق.إ.م.إ إلى أنه: "لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ...6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة..."، فالمشرع الجزائري وبموجب هذا النص جعل الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ضمن أوجه الطعن التي يجوز للمحكمة العليا ولو تلقائيا أن تنقض الحكم أو القرار المخالف له.

باستقراء نص المادة المشار إليها أعلاه، يتبين لنا أيضا بمفهوم المخالفة أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة قانونا، يخضع القاضي الوطني في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا، وما دون هذه المسائل تعتبر واقعة لا تخضع للطعن بالنقض وبالتالي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

(1) -نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 98. انظر أيضا: نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 25. علال قاشي، مرجع سابق، ص 112.

(2) -تقترب من نظرية الاستقبال والاندماج نظرية A local law theory المنسوبة إلى الفقيه الانجليزي COOK والتي بمقتضاها منح صلاحية إنشاء القانون الأجنبي للقاضي الوطني كما لو كان في مرتبة القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع، ولكن أهم انتقاد وجه لهذه الفكرة أن كثيرا من الأنظمة القانونية لا تسمح للقاضي بإنشاء القانون، كذلك لا يسوغ قبول هذه الفكرة إذا كان قانون القاضي يرفض الإحالة. انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص على ضوء قانون 05-10، مرجع سابق، ص 255. انظر أيضا:

غير أن ما يمكن ملاحظته أن تمييز المشرع الجزائري بين القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأسرة والذي يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض، أي أنه يتعلق بالنظام العام، والقوانين الأخرى التي لا تخضع للطعن بالنقض لأنه تعتبر واقعة قد يضع القاضي الجزائري أمام منازعات يصعب حلها، ولهذا فمن المستحسن أن يقوم المشرع الجزائري بإلغاء هذا التمييز، كي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة، وحتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية.

ضف إلى ذلك أن التسليم بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي يؤدي بنا إلى نتيجة غير مقبولة، وهي تغير طبيعة القواعد الأجنبية على حسب نوع المسائل التي تنظمها، مع أن القانون يعتبر وحدة متكاملة صادرة من سلطة مختصة واحدة مما ينبغي أن تكون لجميع قواعده القانونية صفة القانون⁽¹⁾.

ثانيا - إثبات القانون الأجنبي

يجهل القاضي في الغالب مضمون القانون الأجنبي سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه أو في الحالة التي يطبقه فيها بناء على طلب أطراف الخصومة، ويثير هذا الجهل العديد من التساؤلات منها على عاتق من يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي⁽¹⁾، وما هو القانون الذي سيطبقه القاضي في حالة استحالة التوصل إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي؟⁽²⁾.

(1) - على خلاف المشرع الجزائري الذي أخذ بالطبيعة المزدوجة في تطبيق القانون الأجنبي وألزم القضاء بمراعاة ذلك، إلا أن المحكمة العليا قد اعتبرت في أحد قراراتها أن القانون الأجنبي في نزاع لا يتعلق بمسائل قانون الأسرة قانونا وليس واقعة. فقد جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 27 أبريل 1994 مايلى: "حيث أن قانون نابليون سنة 1804 هو الواجب التطبيق، وبالرجوع إلى هذا القانون، نلاحظ أن الالتزامات غير التعاقدية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وهو ما كان يطبق في المحاكم الفرنسية منذ 1948 في قضية شهيرة تسمى قضية لوتور، ومنذ ذلك الوقت أصبحت جميع الالتزامات غير التعاقدية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وفي القضية الحالية القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 20 من القانون المدني، مما يفيد بأن قضاة الموضوع طبقوا مضمون القانون الفرنسي على الوجه الأكمل مما يستوجب معه رفض الوجه التالي". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 107604، الصادر في 27 أبريل 1994، المجلة القضائية، 1994، ع 03، ص 33.

1- عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي

إن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على النزاع المطروح عليه يستلزم أولاً إثباته، ويقصد بالإثبات هنا إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه الحقيقية، ولأن القاضي لا يفترض فيه العلم بأحكام القانون الأجنبي، لذلك يستوجب تحديد من يقع عليه عبء هذا الإثبات، هل هو الخصوم أو القاضي؟.

ولأن هناك ارتباط وثيق بين مسألة التزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي ومسألة طبيعة هذا القانون، تعددت الآراء في تحديد الجهة التي يقع عليها عبء إثبات مضمونه، فبين من يرى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصوم(أ)، وبين من يرى أن عبء الإثبات يقع على عاتق القاضي(ب)، أما على مستوى التشريع الجزائري فلا يوجد نص صريح يحدد موقفه لذا وجب التطرق إلى رأي الفقه الجزائري في هذه المسألة(ت).

أ- عبء الإثبات يتحمله الخصوم

اتجه الفقه الفرنسي التقليدي إلى أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصوم، فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي ابتداءً، بل لابد أن يطلب الخصوم ذلك، ويطلبهم هذا يتحملون عبء بيان مضمون ذلك القانون وذلك في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، عدا مرحلة النقض، حيث لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بتطبيق قانون أجنبي، لتعلق ذلك بوسيلة دفاع جديدة يمتزج فيها الواقع بالقانون⁽¹⁾. ولكن أي الخصوم يتحمل ذلك العبء؟.

ذهب القضاء الفرنسي في موقفه التقليدي إلى إلقاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصم المدعي بحق نشأ في الخارج أي الحق المطالب به أو المدعى به، وهذا الموقف التقليدي يجسده الحكم الصادر في قضية "لوتر LAUTEUR" بتاريخ 25 ماي 1948⁽²⁾،

(1)- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 375. Voir aussi: BATIFFOL Henri, Aspects ..., op.cit, p 105.

(2)-« Attendu enfin qu'il n'appartenait pas aux juges du fond de déplacer le fradeau de la preuve et de soustraire au contrôle de la cour de cassation leur décision relative au règlement du conflit, En=

الذي نقضت فيه محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف **Can** الذي أدان "لوتر LAUTEUR" بدفع التعويض بسبب تطبيقهم للقانون الفرنسي، مسببة حكما على أنه يجب على المدعي أو الضحية إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص الذي يمنحها حق المطالبة بالتعويض الذي تتنازع فيه، أما المدعي عليه فلا يكلف بعبء الإثبات بالرغم أنه هو من طالب بتطبيق القانون الاسباني مدعيا أنه يعيغه من المسؤولية⁽¹⁾.

في تطور لاحق للقضاء الفرنسي منحت محكمة النقض الفرنسية رخصة لقضاة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي لكن دون إلزامهم بذلك، ففي قرار لها صادر بتاريخ 02 مارس 1960⁽²⁾ قضت بأنه وإن كان قاضي الدعوى غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي

=reprochant subsidiairement au défendeur à l'instante l'ignorance ou il les aurait laissé des dispositions précises du droit espagnol capables de justifier ses allégation, Alors que la victime demanderesse en réparation, à laquelle incombait la charge de preuve que la loi applicable lui accordait les dommages-intérêts réclamé, Ne contestait pas l'interprétation du droit de l'article 1384 du code civil français: -d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'Apple a violé le texte de loi ci-dessus visé: par ces motifs:- casse ». Voir : Cour de Cassation, Ch Civ, sect civ, 25 mai 1948, D, 1948, 337, note P.L.P, sirey, 1948, I, 21, note, Niboyet, J.C.P, 1948, II, 454 note Vasseur, R.C.D.I.P, 1949, 89, note Batiffol, com, 13 novembre 1968, R.C.D.I.P, 1969, note c, David. Cité / ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, 4^{ème} éd, op.cit, p p 168-180.

(1)- ما يمكن ملاحظته على هذا القرار أنه قلب في الحقيقة عبء الإثبات، لأنه بهذا الوضع يكلف من يخضع طلبه لتطبيق القانون الأجنبي بعبء الإثبات ولو كان الطرف الآخر هو الذي طالب بتطبيق القانون الأجنبي، في حين أن المنطق يقضي بتكليف الطرف الذي دفع بتطبيق القانون الأجنبي بعبء إثبات هذا القانون. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 177. انظر أيضا:

AKEUBANG Yeffou, le traitement de la loi étrangère en matière de statut personnel, Mémoire présenté et soutenu publiquement en vue de l'obtention du diplôme d'étude approfondies(D.E.A) en droit privé, option droit privé fondamental, université de yaounde II S.O.A, faculté des sciences juridiques et politique , 2005 /2006, p p 98-112 .

(2)- « Attendu qu' il est vraiment reproché aux juges français, saisis d'une demande d'exequatur, de faire application d'office d'une loi étrangère dont les parties n'avaient pas fait état devant eux et qui n'intéressait pas l'ordre public, qu'en effet, il était loisible à la cour d'appel de procéder elle-même à la recherche et de préciser les disposition du droit libanais compétent en ce qui concerne la décision=

المختص، فإنه يسوغ له القيام بذلك مع العلم أنها في هذا القرار أُلقت بعبء الإثبات على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي دون تحديد سواء أكان مدعي أو مدعى عليه، ولكن قيام القاضي بعملية البحث هي رخصة وليس التزاما عليه.

أكدت على ذلك أيضا في قرارات عديدة، منها القرار الصادر بتاريخ 22 أبريل 1986⁽¹⁾، الذي جاء فيه بأنه يعود إلى من يدعي بأن العقد يخضع إلى قانون أجنبي أن يقدم الدليل على مضمون هذا القانون، وعند العجز عن ذلك، فإن القاضي الفرنسي ليس ملزما بالإجابة عن الطلبات المقدمة لهذه الجهة، كما أنه ليس ملزما بالبحث عما إذا كان من المناسب تطبيق قانون أجنبي لم يصل إلى إثبات مضمونه. وكذا القرار الصادر بتاريخ 21 جوان 1988⁽²⁾، الذي أوجبت فيه على الطرف الذي يتذرع بالقانون الأجنبي أن يقوم بإثباته.

في قرارات أخرى لاحقة لمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يدعي اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني الفرنسي، حيث رأت أنه لا تثريب على قضاة الموضوع تطبيقهم القانون الفرنسي على النزاع وعدم تطبيقهم القانون الأجنبي الذي أثار تطبيقه المدعي عليه

=judiciaire litigieuse rendue par défaut avant de se prononcer sur la demande l'exequatur dont elle était saisie,-d'où il suit que la seconde branche du moyen n'étant pas fondée, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des textes visés par le pourvoi ». Voir: Cour de Cassation, Ch Civ, 1^{ère} sect, 02 mars 1960, R.C.D.I.P, 1960, 97, Note Batiffol, Clunet, 1961, 408, note Goldman, J.P.C, 1960, II, 11734, note Motulsky. Cité/ ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, 4^{ème} éd, op.cit, p 294.

(1)- « Attendu qu'il est vraiment reproché aux juges français, saisis d'une demande d'exequatur, De faire application d'office d'une loi étrangère dont les parties n'avaient pas fait état devant eux et qui n'intéressait pas l'ordre public; Qu'en effet, il était loisible à la cour d'Appel de procéder elle-même à la recherche et préciser les disposition du droit libanais compétent en ce qui concerne la décision judiciaire litigieuse rendue par défaut avant de se prononcé sur la demande d'exequatur, dont elle était saisie; -D'où il suit que la seconde branche du moyen n'étant pas fondée, L'arrête attaqué n'a violé aucun des textes visée par le pourvoi». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 22 avril 1986, D, 1986, I.R, 270, Note Audit, R.C.D.I.P, 1988, 302, note Bischoff, J.P.C, 1987, II, 20878, note Agostini. Précité.

(2)- Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 21 juin 1988, R.C.D.I.P, 1989, 55 note, Bull, civ, I, N ° 199.

لأن هذا الأخير لم يتم بإثبات اختلاف مضمون القانون الأجنبي المختص عن أحكام القانون الفرنسي⁽¹⁾.

في هذا الصدد ميزت محكمة النقض بين الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها، والحقوق التي يجوز لهم التصرف فيها. فقد قضت محكمة النقض في قضية "كوفيكو COVECO" بموجب القرار الصادر في 04 ديسمبر 1990⁽²⁾، على أنه عندما لا يثير الأطراف قوانين أخرى إلا التي تكون مأخوذة خاصة من القانون الفرنسي، وفي مادة لا تكون خاضعة لأيّة اتفاقية دولية، وحيث يكون لها حرية التصرف فيها، لا يمكن أن ينعى على قاضي الموضوع عدم البحث تلقائياً على القانون الواجب التطبيق في الموضوع.

أكد على ذلك أيضاً القرار الصادر في قضية "أمرفورد AMERFORD" بتاريخ 16 نوفمبر 1993⁽³⁾، الذي قضت فيه بأنه في المواد التي يكون للأطراف حق التصرف فيها، على الطرف الذي يثير تطبيق القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة تنازع القوانين، والذي يؤدي إلى نتيجة

(1)– « Dans les matière ou les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle de conflit de la loi conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque ». Voir: DANIEL Alexandre, conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français, Etablissement du contenu de la loi étrangère, J-C, Paris, 1997, Fasc. 593-20, art3, fasc. 62, p 06.

(2)– « Lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français, en une matière ou elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 04 décembre 1990, R.C.D.I.P, 1991, note M, L Niboyet -Hoegy, Clunet, 1991, 371, note D bureau. Cité / ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Les Grands arrête de la jurisprudence française de droit international privé, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1998, p p 571-581.

(3)– « Dans les matière ou les parties ont la libre disposition de leur droit, il incombe à la partie qui-prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle de conflit, Conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, De démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ». Voir: Cour de Cassation, Ch Com, 16 novembre 1993. Cité / ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, 4^{ème} éd, op.cit, p p 734-736.

مختلفة للنتيجة التي يؤدي إليها القانون الفرنسي، أن يأتي بمضمون القانون الأجنبي، وفي غياب ذلك فإن القانون الفرنسي هو الذي يطبق بسبب طابعه الثانوي⁽¹⁾.

أما إذا تعلق الأمر بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها فالأمر مختلف، فالقاضي هنا ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد حتى لو أدت إلى تطبيق قانون أجنبي وملزم بالبحث عن مضمونه⁽²⁾. كما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 01 جويلية 1997⁽³⁾.

ب- عبء الإثبات يتحمله القاضي

يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق القاضي، فيقوم بذلك تلقائياً وبكل الوسائل الممكنة، وهذا الالتزام تمليه عليه أولاً قاعدة الإسناد التي عينت القانون الواجب التطبيق على النزاع ثم تفرره القواعد العامة في قانون المرافعات والتي تقضي بأن يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى تمسك الخصوم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه.

لا يبرأ القاضي من التزامه بتطبيق القانون الأجنبي على النحو السالف إلا لو تبين أنه قد استحال عليه التوصل إلى مضمونه، وعلى القاضي أن يسبب حكمه في هذه الحالة تسبباً كافياً، ليؤكد أنه قد تعذر عليه فعلاً الكشف عن أحكام القانون الأجنبي، وإلا أمكن الطعن أمام المحكمة النقض، والالتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، لا يتنافى مع حقه في طلب معاونة الخصوم، وليس فيما يقدمه الخصوم للقاضي من الأدلة التي تيسر له العلم بالقانون الأجنبي سوى معاونة منهم تدفعهم إليها مصلحتهم في تطبيق هذا القانون ولا ترقى بالتالي إلى مرتبة الالتزام⁽⁴⁾.

(1)– FAUVARQUE-COSSON Benedicite, Conflits de loi, le juge français et le droit étranger, R.D, n° 8, 24 février 2000, p 129.

(2)– ibid, p 129.

(3)– Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 01 juillet 1997, Bull. civ, I, N° 222, D, 1999, 275, note, Massip, R.C.D.I.P, 199, 60, note Meyer, J.D.I, 1998, 98, note, Barrière –Brousse.

(4)– نور الدين زرقون، تأثير المادة 23 مكرر من القانون المدني على دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010، ص 57.

هذا الموقف الحديث يجسده مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في سنة 2002⁽¹⁾. والقرار الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2003⁽²⁾. الذي قضت فيه بأنه يتوجب على القاضي الذي يصرح بأن قانونا أجنبيا قابلا للتطبيق أن يقوم بالبحث بجميع الوسائل لأجل إعطاء الحل للمسألة المتنازع فيها وفقا لهذا القانون.

كما أكدت تحميل قاضي الموضوع عبء إثبات القانون الأجنبي المختص بالقرار الصادر بتاريخ 28 جوان 2005⁽³⁾، الذي قضت فيه بأنه يتوجب على القاضي الذي يقر بتطبيق القانون الأجنبي بالبحث فيه سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصم الذي يثيره،

(1)– Parmi les décisions de la Cour de Cassation française émises en 2002:

–la décision de 18 juin 2002, Fond de garantie automobile (FGA) C/ M. Manuel Mesquita qui estime que: «Attendue qu'en statuant ainsi, sans recherche ce que la loi espagnole, applicable en l'espace, entendait par exception de garantie, et sans vérifier spécialement si cette formule incluait la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle, la cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte sus-visé; par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la première branche du moyen:– casse ».

–la décision de 18 septembre 2002, Société D, and J. Sporting Ltd, C/ Société Orchape; SA qui estime que: « Attendu qu'en se déterminant ainsi; alors que la relation était à rechercher dans le droit anglais, la cour d'Appel a méconnu son office et violé le texte sus-visé; Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen, non plus sur le second moyen:–casse ».

–la décision de 22 octobre 2002 M. Marzouk Ahidar C/M^{me} Fatima Abahari, ép. Ahidar, R.C.D.I.P, 929(1) janvier, mars 2003, note Horatia Muir-Watt, p 86–92 qui estime que: «Attendu qu'aux termes du premier texte, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux états dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande; que l'application de la loi étrangère ainsi désignée impose au juge français d'en rechercher la teneur ».

(2)– « Il incombe au juge français qui déclarer une loi étrangère applicable de recherche par tous-moyens, Au besoin par lui-même, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'état ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch Civ, 13 novembre 2003, note Bertrand Ancel, R.C.D.I.P, N° 1, D, Paris, janvier, mars 2004, p p 95–96.

(3) – «Il incombe au juge français qui reconnait applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 28 juin 2005, Bull. civ, 2005, I, N° 289 , R.C.D.I.P, 2005, 646 note B. Ancel, H, Muir,Watt, p 240.

بمساعدة الخصوم شخصيا، إذا كان هناك للمسألة المتنازع فيها حل مطابق للقانون الوضعي الأجنبي.

يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على هذا الموقف وذلك من خلال عدة قرارات حديثة منها القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 2009⁽¹⁾. حيث قضت بأن القاضي الفرنسي الذي يطلب منه تطبيق القانون الأجنبي يكون ملزما بالبحث عن القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة تنازع القوانين، ويكون ملزما بتحديد مضمون هذا القانون عند الحاجة بمساعدة الخصوم ثم تطبيقه.

ت- موقف المشرع الجزائري من عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي

لا يوجد نص قانوني صريح يحدد موقف المشرع الجزائري من مسألة عبء إثبات القانون الأجنبي، لذا نجد أن الفقه الجزائري اعتمد على المبادئ الإجرائية العامة لاستخلاص هذا الموقف، فنجد من يرى أن عبء الإثبات يتحمله الخصوم كما ذهب إليه الدكتور محمد زهدور مستندا في ذلك إلى أن القاضي الوطني لا يفترض علمه بالقانون الأجنبي، فلا يمكن إلزامه بمعرفته، لأن في ذلك عسر ومشقة، خصوصا وأن جهازنا القضائي لازال فتيا لم تهيأ له أسباب الإطلاع على القوانين الأجنبية بعد⁽²⁾.

أما الدكتور موحند إسعاد فقد ميز في شأن عبء إثبات القانون الأجنبي بين مسائل الأسرة وغيرها من المسائل الأخرى، فالقانون الأجنبي في مسائل الأسرة يأخذ حكم القانون وبالتالي فعبد إثبات القانون الأجنبي في هذه المسائل يقع على عاتق القاضي، أما القانون الأجنبي في غير مسائل الأسرة يأخذ حكم الوقائع، وبالتالي تحميل الخصوم عبء إثباته في هذه الأخيرة، وقد انطلق في تفرقة هذه من المادة 358 ق.إ.م بين مسائل الأسرة التي يخضع

(1) - « Attendue qu'il incombe au juge français d'une demande d'application d'un droit étranger de recherché la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliqué ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 11 février 2009, Bull. civ, 2009, N° 02. p 23.

(2) - مشار إليه لدى: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 185.

القاضي في الفصل فيها لرقابة المحكمة العليا، وبين غيرها من المسائل التي لا تخضع لهذه الرقابة⁽¹⁾.

أما الدكتور **عليوش قريوع كمال** فإنه يرى أنه إذا كان القانون الأجنبي قانونا إلا أنه لا يمكنه أن يكون في نفس مرتبة القانون الوطني، وعلى هذا الأساس تختلف معالجة أو معاملة القانون الأجنبي بالنسبة للقانون الوطني عندما يتعلق الأمر بتحديد مضمونه، ويرجع السبب في ذلك إلى أنه لا يمكن للقاضي أن يعرف كل القوانين الأجنبية، فتحديد مضمون القانون الأجنبي يخضع لنظام خاص، بسبب طابعه الخاص بحيث أنه قانون ولكنه قانونا أجنبيا.

يضيف في موضع آخر أنه مادام القانون الأجنبي قاعدة قانونية يلزم قاضي الدعوى بتطبيقها من تلقاء نفسه، فهو من المعقول أن يطلب منه البحث في مضمونها ويلزم بذلك الأطراف، غير أنه مادام الأمر يتعلق بتطبيق قانون أجنبي، ومادام من غير الممكن إلزام القاضي بمعرفة كل القوانين الأجنبية، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب يد المساعدة من الخصوم، وعلى هذا الأساس لا يمكن لقاضي الموضوع أن يطبق قانونه الداخلي إلا بعد البحث الجدي والفشل في تحديد مضمون القانون الأجنبي⁽²⁾.

في تقديرنا نرى ضرورة إلقاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق القاضي وذلك سواء تمسك الخصوم بتطبيقه أم لا، ذلك أن التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه الوطني بشكل تلقائي كلما اشتملت على عنصر أجنبي إنما هو التزام يقع عليه طبقا للقواعد العامة في الإجراءات، وفي تطبيقها كما تقول الدكتورة **نادية فضيل** تحقيقا لأنسب القوانين والأكثر صلة لحكم العلاقة القانونية سواء أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق القانون الأجنبي أو أشارت إلى تطبيق القانون الوطني أي قانون القاضي⁽³⁾.

(1) -موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 227.

(2) -عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 142 و143.

(3) -نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 17.

غير أن إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق القاضي على النحو السالف الذكر لا يمنعه من الاستعانة بالخصوم لاستخلاص مضمون قاعدة الإسناد التي تقضي بها مبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا البحث وإن كان أصلا لا يقع على عاتق الخصوم فإن مصلحتهم في الدعوى كثيرا ما تفرض عليهم معاونة القاضي في البحث عن القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق التناسق بين الأنظمة القانونية التي هي دائما في احتكاك مستمر ودائم نظرا لتنوع العلاقات الفردية بين الوطنيين والأجانب، وإن تعذر على القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي رغم استنفاد كل الوسائل الممكنة لذلك فلا يلام بعد ذلك، وخاصة أن المشرع الجزائري رسم له الطريق بأن فرض عليه تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بنص المادة 23 مكرر ق.م.ج⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري منح للقاضي دورا إيجابيا في الدعوى سواء تعلقت بمسائل الأسرة أو غيرها، فقد نصت المادة 28 ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا". وهذا ما تؤكدته المادة 75 منه سواء تلقائيا أو بناء على طلب الخصوم⁽²⁾. وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهو ما تقرره المادة 76 من نفس القانون⁽³⁾.

2- القانون المطبق عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

قد يستحيل على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك، الأمر الذي كان لزاما على الفقه إيجاد جملة من الحلول، فقد اتجه رأي إلى القول بوجوب رفض الدعوى أو رفض الطلبات المدعى بها^(أ)، في حين يرى رأي آخر ضرورة تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة^(ب)، بينما يرى رأي آخر ضرورة تطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون المختص^(ت)، أما الرأي الأخير فيرى ضرورة تطبيق قانون القاضي^(ث).

(1)- نصت المادة 23 مكرر ق.م.ج على أنه: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

(2)- نصت المادة 75 ق.إ.م.إ على أنه: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

(3)- نصت المادة 76 ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى".

أ- رفض الدعوى أو الطلب

مؤدى هذا الرأي أنه يتعين على القاضي رفض الطلبات المدعى بها عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، والأخذ بهذا الحل قالت به بعض أحكام القضاء الأمريكي كما هو الحال في قضية "والتن WALTON"⁽¹⁾.

قابل الفقه الأمريكي هذا الحل بعاصفة من النقد، فهو ينطوي على إنكار للعدالة ويهدر حقوق المضرور في التعويض المستحق له من شركة مليئة مقتدرة على الدفع لمجرد أنه لم يوفق في إثبات مضمون القانون الأجنبي.

ب- تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتعدنة

مؤدى هذا الرأي أنه إذا استحال على القاضي أن يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، فعليه أن يطبق "المبادئ العامة" أو "القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة" أو المبادئ السائدة في الدول المتعدنة.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد على أساس أنه يفتقر إلى السند القانوني السليم، كما يخول للقاضي في حقيقة الأمر قدرا كبيرا من التحكم، بل إن القاضي قد ينتهي عملا إلى تطبيق قانونه تحت ستار ما يسمى بالمبادئ المستقرة⁽²⁾.

(1)- تتلخص وقائع هذه القضية في أن مواطنا أمريكيا هو السيد "والتن Walton" كان قد أصيب في حادث تصادم وقع بين سيارته وإحدى عربات النقل التابعة لشركة أمريكية في المملكة العربية السعودية، رفع "والتن Walton" ضد الشركة تعويض عن الأضرار التي حدثت له من جراء الحادث أمام المحاكم الفيدرالية لولاية نيويورك، في مرحلة أولى لم يتمسك أي من الطرفين المدعي والمدعي عليه، بتطبيق القانون السعودي، القانون المختص في شأن الواقعة باعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار، ولكن القاضي أثار من تلقاء نفسه تطبيق القانون السعودي، غير أنه لما كان يجهل مضمونه فقد طلب إلى السيد "والتن Walton" أن يثبت، لم يبذل المدعي أي محاولة لإثبات القانون السعودي، فما كان من المحكمة إلا أن رفضت طلبه، وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا. انظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 433 و 434. انظر أيضا: علال قاشي، مرجع سابق، ص 123 و 124. نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 66.

(2)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 167. انظر أيضا: إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 52.

ت - تطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون المختص

مؤدى هذا الرأي أنه يتعين على القاضي تطبيق القانون الأكثر اقترابا في أحكامه إلى القانون الواجب التطبيق أصلا بحكم العلاقة والتي تعذر إثبات مضمونه، وهذا القانون الأقرب يقصد به أحد القانونين، الأول إما أن يكون القانون الذي يفترض فيه أنه قريب في أحكامه من القانون الذي تعذر معرفة مضمونه بحكم انتمائهما إلى نفس العائلة أو بفعل التأثير المتبادل بينهما⁽¹⁾. والثاني أن يقصد به القانون الأكثر اتصالا بالعلاقة بعد القانون الذي تعذر إثباته⁽²⁾.

غير أن هذا الحل يصطدم بعقبات عملية ذلك أنه من الصعب إن لم نقل من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة، والمشرع غالبا ما يستوحي قواعد قانونه من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه، وحتى في الفروض التي يمكن القول فيها بتقارب أحكام تشريعيين مختلفين أو بانتمائهما إلى مصدر واحد، فإنه من المتصور دائما أن تتطور أحكام أحدهما تحت تأثير الظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع الذي تنطبق فيه بما يضيف عليها طابعا خاصا قد يبعدها تماما عن أحكام التشريع الذي كانت تتشابه معه ابتداء، ثم على فرض أن القاضي الوطني نجح في الوقوف على هذا القانون الأقرب في أحكامه، فإنه يجب أن يعرفه حتى يمكن تطبيقه، والغالب أنه يستعصي إثباته شأنه شأن القانون الواجب التطبيق أصلا⁽³⁾.

(1) - مثال ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكي وتعذر على القاضي الكشف عن مضمونه، فله أن يطبق القانون الانجليزي باعتباره من نفس العائلة القانونية. انظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 433.

(2) - مثال ذلك إحلال قانون موطن الشخص في شأن أهليته في حال تعذر إثبات مضمون قانون جنسيته أو تطبيق قانون محل الإقامة في حال تعذر إثبات قانون الموطن. انظر: مرجع نفسه، ص 433.

(3) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 151. انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 434 و 435. علال قاشي، مرجع سابق، ص 124. نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 67.

ث - تطبيق قانون القاضي

يرى الاتجاه الغالب في الفقه، أنه في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وتعذر عليه أعمال القوانين الأخرى المختصة طبقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد، يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني⁽¹⁾. إذا كان أنصار هذا الاتجاه اتفقوا على تطبيق قانون القاضي، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، فيرى البعض بأن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص⁽²⁾. غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع حتى بالنسبة للحالة التي ينتمي فيها القانون الأجنبي إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي، ذلك أن الظروف السائدة في كل دولة تطبع قانونها بطابعها الخاص وتجعله يتطور بشكل يختلف عن قوانين الدول الأخرى⁽³⁾.

أما البعض الآخر فيرى بأن تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص. غير أنه قد اعترض على هذا الرأي هو الآخر على أساس أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنياً كان أو أجنبياً⁽⁴⁾.

(1) - قتال حمزة، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 68. انظر أيضاً: هشام خالد، م2، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 236. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 8^{ème} éd, op.cit, p 544.

(2) - قتال حمزة، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 68.

(3) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 151.

(4) - مرجع نفسه، ص 152. انظر أيضاً:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, 10^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2013, p 322.

بينما يقول آخرون بأن تطبيق قانون القاضي يبرر بما له من اختصاص احتياطي عام، لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية. ويعد هذا التبرير هو الصحيح والراجح فقها وقضاء وقانونا⁽¹⁾. وهو ما أخذ به صراحة المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر ق.م.ج⁽²⁾.

ثالثا: تفسير القانون الأجنبي

عندما يتوصل القاضي إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي المختص، ينتقل إلى مرحلة تطبيقه على النزاع المطروح أمامه، غير أنه عند تطبيقه قد يجد غموضا أو التباسا في معناه، فيلجأ إلى تفسيره لإعطائه المعنى الصحيح، لكي يتم الربط بين حقيقة الأثر القانوني في القانون الأجنبي والفرض في المسألة المعروضة، وهنا تطرح مشكلة تتعلق بكيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي، فهل يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي وفقا للأصول والأفكار السائدة في قانون الوطني⁽¹⁾، أو أنه يجب عليه القيام بالتفسير وفقا لما هو سائد في النظام القانوني الأجنبي؟⁽²⁾.

(1)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 170.

(2)- إن إقرار المشرع الجزائري لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها، أولا توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يبق باعتبارها يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ الإقليمية. ثانيا إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة. ثالثا تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد تحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلا. رابعا الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي، بالسماح له بتطبيق قانونه الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، إعمالا للمبادئ الإجرائية، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية التي قد تترتب عن رفض دعواهم لهذا السبب. انظر: قتال حمزة، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 69 و70.

1- تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي

يرى جانب من الفقه أن القاضي يلتزم بتفسير القانون الأجنبي وفقا للأصول والأفكار السائدة في قانونه الوطني، فلا يوجد فرق بين دور القاضي في تفسير القانون الوطني ودوره في تفسير القانون الأجنبي، لأنه في كلتا الحالتين يبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه متحريرا في ذلك قواعد العدالة، وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فإن كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه أو القضاء الأجنبي، إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها لأنه عندما يطبق العدل، فهو يقوم بذلك باسم الدولة التي ينتمي إليها وتحت مسؤولياتها، ولا يتقيد القاضي بالحلول القضائية السائدة في الخارج إلا في الحالات التي يعتبر فيها القضاء مصدرا رسميا للقانون في الدولة التي يطبق قانونها⁽¹⁾.

غير أنه أخذ على هذا الرأي بأن قاعدة الإسناد عندما تشير بتطبيق القانون الأجنبي إنما تقصد القانون الأجنبي السائد فعلا في الخارج لا مجرد النصوص المطلقة التي يحتويها، وأن القول بغير ذلك يعد انحرافا بقاعدة الإسناد عن هدفها، وإعطاء القانون الأجنبي معنى ليس له على نحو يؤدي إلى تطبيقه بصورة مشوهة وممسوخة تخالف بذلك إرادة المشرع الأجنبي واضع هذا القانون⁽²⁾.

2- تفسير القانون الأجنبي وفقا للنظام القانوني الأجنبي

يرى جانب آخر من الفقه وهو الغالب، أنه يجب على القاضي أن يفسر القانون الأجنبي وفقا للنظام القانوني الأجنبي، ذلك لأن المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد إنما يقوم في الحقيقة بتحديد مجال تطبيق النظم القانونية المختلفة أو بعبارة أخرى فإنه يتخلى للنظم القانونية الأجنبية

(1)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 81. انظر أيضا: قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثيرا وتأثيرا، حوليات جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، ع 02، 2015، ص 271.

PIERRE Mayer, 5^{ème} éd, op.cit, p 136.

(2)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 237. انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 402.

عن حكم العلاقات التي يرى أنها وثيقة الصلة بها، مما يترتب عليه أن يحل النظام القانوني الأجنبي بكامله محل النظام القانوني الوطني في حكم العلاقة محل النزاع⁽¹⁾.

إن الأخذ بهذا الحل وحده هو الذي يستجيب والغاية من وضع قواعد الإسناد، وحل المنازعات الخاصة ذات الطبيعة الدولية بمقتضى القانون الأجنبي المختص، فالقاعدة الأجنبية لا تتشكل من مجرد النصوص التشريعية وما تتضمنه من مبادئ عامة ومطلقة، وإنما يتكون مضمونها الحقيقي من مجموع هذه المبادئ كما هي مطبقة في واقع الحال في الدولة الأجنبية، ذلك أنه لا يمكن أن نعزل النص القانوني المطبق عن جملة المبادئ والحلول السائدة في مجتمع الدولة الأجنبية الشارعة له⁽²⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري وإن كان لا يوجد نص صريح حول تفسير القاضي للقانون الأجنبي، إلا أنه وبالرجوع إلى الفقه الجزائري نجد أن المستقر عليه هو وجوب تفسير القانون الأجنبي حسب المبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني، وكما استقر عليه الاجتهاد القضائي هناك، لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه تشويه ذلك القانون والبعد عن الروح التي استهدفها المشرع الأجنبي، كما أن هذا الرأي ينسجم مع احتفاظ القانون الأجنبي باستقلاله عن قانون القاضي ولو أن تطبيقه حصل في غير بلده⁽³⁾.

يتعين على القاضي أن يعطي للقانون الأجنبي التفسير المعتمد في الدولة التي ينتمي إليها، كلما تمكن من معرفة ذلك، وهذا للاعتبارات التي ذكرناها سابقا، أما إذا لم يتمكن من التعرف على

(1)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 81 و82. انظر أيضا: قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، مرجع سابق، ص 266.

PIERRE Mayer, 5^{ème} éd, op.cit, p 135.

(2)-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 405.

(3)-على خلاف المشرع الجزائري فإن بعض التشريعات قد نصت صراحة على وجوب تقييد القاضي بالتفسير المقرر في القانون الأجنبي منها، القانون التونسي(الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي)، القانون اليوغسلافي(المادة 09 من مجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافية لسنة 1983)، القانون المدني البيروفي المطبق منذ 1984(المادة 2055)، القانون المدني المكسيكي المعدل في 11 ديسمبر 1987(المادة 1/16)، القانون البرتغالي(المادة 1/23)، القانون الدولي الخاص الألماني(المادة 182). انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص على ضوء قانون 05-10، مرجع سابق، ص 265. انظر أيضا: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 240.

التفسير المعطى في دولته، أو لم يكن له أي تفسير في بلده، ففي هذه يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي كما يتصدى له القاضي الأجنبي، فيتقيد بما يتقيد به هذا الأخير من مبادئ وأصول التفسير السائدة في تلك الدولة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا

إذا قام القاضي بتطبيق القانون المختص بحكم العلاقة التي تشتمل على عنصر أجنبي وكان هذا القانون هو القانون الأجنبي عندئذ فقد يحدث أن يخطئ القاضي في تفسير قواعد الإسناد فيطبق على النزاع المطروح أمامه قواعد مشوبة بهذا التفسير الخاطئ، ومن ثم يطرح التساؤل التالي هل يجوز للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على ذلك الخطأ في تفسير القانون الأجنبي؟

اختلفت الآراء في شأن مدى جواز قيام المحكمة العليا بالرقابة على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي، فهناك من يرى بأن القاضي الوطني لا يخضع في تفسيره للقانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، فيكون حكمه محصنا من أي نقض (أولا)، في حين أن هناك من يرى بوجوب خضوع القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا (ثانيا)، أما المشرع الجزائري فقد حسم رأيه بأن قصر رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي في مسائل الأسرة دون غيرها من المسائل (ثالثا).

أولا: الاتجاه القائل برفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي

ترفض محكمة النقض الفرنسية كمبدأ عام ممارسة الرقابة على قاضي الموضوع في تفسيره للقانون الأجنبي (1)، لكنها خففت من هذا الرفض بأن فسحت المجال للرقابة استثناء في بعض الحالات (2).

(1) -قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 240 و 241. انظر أيضا: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 155.

1- رفض الرقابة كمبدأ عام

تحرص محكمة النقض الفرنسية على التفرقة بين الرقابة على أعمال قواعد الإسناد الوطنية والرقابة على تفسير القوانين الأجنبية التي قد تشير هذه القواعد باختصاصها، فرغم أن قضاءها قد استقر على نقض أحكام الموضوع التي لم تطبق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع الوطنية عندما يتمسك به الخصوم أمام محكمة الموضوع إلا أنها لم تتردد من جهة أخرى في استبعاد رقابتها إذا ما تبين لها أن المحاكم الابتدائية قد طبقت القانون المختص ولكنها أساءت تفسيره.

أيد الفقه الفرنسي في مجموعته موقف محكمته العليا بالنسبة لرقابتها على أعمال قواعد التنازع، على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المحكمة في رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي⁽²⁾. فقد اختلف الفقه الفرنسي في شأنه، فذهب جانب من الفقه إلى أن إساءة تفسير القانون الأجنبي لا يعد في الواقع مجرد حكم خاطئ، وإنما هو خرق صريح للقانون الأجنبي الذي يحكم القاضي باسمه، لأنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين، فكأنما صفة هذا القانون قد تغيرت إلى حد ما، فأصبح قانوناً وطنياً⁽³⁾.

(1)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 96. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 180. انظر أيضاً:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p p 551-553. DANIEL Gutmann, 3^{ème} éd, op.cit, p 833. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 10^{ème} éd, op.cit, p 325. BATIFFOL Henri, Aspectes ..., op.cit, p 106.

(2)-نفس الموقف تبنته الكثير من الدول مثل بلجيكا وألمانيا وإسبانيا وهولندا وسويسرا والمغرب. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 155. انظر أيضاً: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 254. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 450، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 490.

(3)-تأثر هذا الاتجاه بالنظريات الإيطالية التي تنادي بإدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني، وفي الحقيقة يعتبر هذا الرأي غير سليم لأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية أمام القضاء الوطني، بل أن محكمة النقض الإيطالية نفسها أخذت في =

أما الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي القديم فقد استند في نقد اتجاه محكمة النقض في استبعاد رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية إلى خطأ التفرة التي أقامت المحكمة بين أعمال قواعد الإسناد من جهة وإساءة تفسير القوانين الأجنبية التي تشير باختصاصها من جهة أخرى. فإن كانت المحكمة قد حولت لنفسها حق الرقابة على أعمال قواعد الإسناد ونقض الأحكام التي لم تطبق القوانين الأجنبية المختصة بموجب هذه القواعد، فكان يجب عليها بالمثل أن تتدخل بالرقابة على تفسير هذه القوانين لأنه يوجد فرق بين عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص وبين إساءة تفسير هذا القانون⁽¹⁾.

بناء عليه، فلا أساس للتفرقة التي أقامت المحكمة النقض الفرنسية بين الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد والرقابة على تفسير القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه لأن المشرع عندما يأمر بتطبيق القانون الأجنبي فهو يهدف بذلك إلى التطبيق السليم له، فإذا أساء القاضي تفسيره اعتبر هذا خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت باختصاصه⁽²⁾.

أما الفقه الفرنسي الحديث فقد تجاوز في مجموعه وعلى عكس ما انتهى إليه الفقه القديم مع اتجاه محكمة النقض الفرنسية في رفض رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية. ولعل أهم ما يميز الاتجاه الفقهي الحديث هو أنه يستند في تأييده لموقف محكمته العليا إلى القول بأن القانون الأجنبي يعد عنصراً من عناصر الواقع، وأرجع الفقه موقف محكمة النقض الفرنسية في شأن رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي إما إلى اعتبارات تتعلق بالمبادئ التي تحكم تنظيمها وتحدد مهمتها من ناحية، أو إلى الاعتبارات العملية وما قد تثيره هذه الرقابة من صعوبات من ناحية أخرى⁽³⁾.

=بعض أحكامها بالنظريات السائدة في الفقه الإيطالي، وأنكرت على القانون الأجنبي صفته هذه أمام القضاء الوطني، ولم تكن تقصد من وراء ذلك سوى التحايل للتوصل إلى فرض رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية. انظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 175.

(1)-مرجع نفسه، ص 176.

(2)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 101.

(3)-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 212 و 213.

من بين الحجج التي قيل بها تبريرا لموقف المحكمة العليا الفرنسية، حجة مستمدة من القواعد المنظمة لوظيفة محكمته العليا مؤداها أن مهمة محكمة النقض هي المحافظة على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق الانسجام بين أحكامه، وعلى ذلك فليس من وظيفة المحكمة الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية، لأن تلك هي مهمة المحكمة العليا في الدولة التي يطبق القاضي قانونها⁽¹⁾.

لاحظ البعض بحق أن مسلك محكمة النقض الفرنسية في استبعاد رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية يتعارض مع الدور الذي ارتضته لنفسها حتى صنعت عرفا مستقلا عن النصوص المنظمة لها، من ذلك مثلا أنها ورغم رفضها الرقابة على تفسير الاتفاقيات مسألة واقع تخرج عن اختصاصها إلا أنها خولت لنفسها حق الرقابة على تفسير العقود النموذجية والشروط الموحدة بوثائق التأمين، ويعود السبب في ذلك إلى كون هذه العقود تختلف عن غيرها من الاتفاقات المعتادة، فهي ليست مجرد تعبيراً عن مركز فردي وإنما هي عقود درج العمل على الأخذ بها حتى أصبح لها مضمونا عاما، الأمر الذي جعل المحكمة العليا تتدخل بالرقابة على تفسير هذه الاتفاقات حتى تضمن توحيد الحلول القضائية في شأنها هذا من جهة، وحتى يطمئن المتعاقدون مقدما إلى التفسير الذي درج عليه القضاء بالنسبة لها حفاظا على استقرار المعاملات من جهة أخرى⁽²⁾.

امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسير العقود ذات المضمون العام هو الذي جعل جانبا من الفقه يرى أن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى كافة القواعد التي تتصف بالعموم، لكن يرد على هذا الرأي بأنه إذا كان صحيحا فمن باب أولى يجب التسليم برقابة محكمة النقض على تفسير القوانين الأجنبية، ذلك لأن العقود ذات المضمون العام ما هي في الحقيقة إلا عنصرا من عناصر الواقع، ومن ثم فإن القوانين الأجنبية أولى لاسيما وأنها قواعد عامة ومجردة، فضلا عن ذلك فإن رفض المحكمة العليا الفرنسية الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية يؤدي إلى تضارب الأحكام عند

(1) - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 741.

(2) - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 104.

تفسيرها مما يترتب عليه الإضرار باستقرار المعاملات وخاصة في الحالات التي يتكرر فيها تطبيق قانون أجنبي معين وتختلف محاكم الموضوع حول تفسيره⁽¹⁾.

كذلك حاول جانب آخر من الفقه الحديث أن يرجع موقف محكمة النقض الفرنسية في رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي إلى اعتبارات عملية، فتصدي المحكمة لهذه المهمة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما يخرج عن اختصاصها، ومن جهة أخرى فإن التعرض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة في الخطأ والانحراف عن فهم مضمونه الحقيقي مما يؤثر على سمعتها وكرامتها، كما وأن الخطأ قد يتأتى من إرهاقها المفترض بمراقبة القوانين الأجنبية إلى جانب إرهاقها بمراقبة تفسير وتطبيق القانون الوطني⁽²⁾.

يرد جانب آخر من الفقه على الرأي السالف مؤكداً أنه لو كان صحيحاً أن البحث عن مضمون القوانين الأجنبية قد لا يكون أمراً ميسراً في جميع الأحوال، إلا أن الصعوبة السابقة لا تضي على مهمة المحكمة صفة الواقع، فالبحث عن مضمون العرف الداخلي لا يقل صعوبة عن التصدي لأحكام القانون الأجنبي، ومع ذلك لم تتردد محكمة النقض في فرض رقابتها على تفسير القواعد العرفية⁽³⁾.

ثم إن الرأي السالف يتجاهل تطور الدراسات المقارنة وما أدت إليه من تيسير مهمة القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي من جهة، والعون الذي يمكن أن يقدمه الخصوم للمحكمة في هذا الشأن من جهة أخرى⁽⁴⁾.

(1) -نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 104.

(2) -سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 213.

(3) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 180.

(4) -مرجع نفسه، ص 180.

أما الخوف المدعى به على سمعة المحكمة وكرامتها فهو قول يتجاهل حقيقة هامة هي أن المساس بسمعة الدولة قد يتحقق على نطاق أوسع إذا ما شاع عنها أن المحاكم الموضوعية تسيء تطبيق القوانين الأجنبية دون رقيب منها⁽¹⁾.

2- قبول الرقابة في حالات استثنائية

نظرا للانتقادات الموجهة لمحكمة النقض الفرنسية بشأن رفضها رقابة تفسير القانون الأجنبي من قبل قضاة الموضوع، والتي خولت لهم مطلق الحرية في ذلك، فقد لجأت مؤخرا ولتدارك النتائج السيئة المترتبة على ذلك وكاستثناء إلى فرض رقابتها، كالرقابة على تشويه أو مسخ القانون الأجنبي(أ)، الرقابة على تسبب الأحكام القضائية(ب)، والرقابة على احترام مبدأ الوجاهية(ت).

1- الرقابة على تشويه أو مسخ القانون الأجنبي

تعتبر فكرة تشويه القانون الأجنبي أو مسخه من بين الوسائل التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية من أجل مراقبة إساءة تفسير القانون الأجنبي بسبب خروج قاضي الموضوع عن المعنى الواضح المحدد لنصوص القانون الأجنبي محل التطبيق، وقد استعارت محكمة النقض فكرة التشويه هذه من ميدان العقود⁽²⁾ والمستندات في الدعوى⁽³⁾.

(1)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 180.

(2)- ففي ميدان العقود تواتر قضاء محكمة النقض على أن تفسيرها يخرج من نطاق رقابة هذه المحكمة إلا إذا كانت شروطها تتصف بصفة العموم كما هو الحال بالنسبة للعقود النموذجية ووثائق التأمين، ومعنى ذلك أن تفسير العقد يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنه إذا وقع تشويه بأن خرج قضاة الموضوع عن المعنى الواضح الجلي لشرط من شروط العقد دون أن يضمنوا أحكامهم الأسباب الكافية التي حملتهم على هذا الخروج فإن هذا التشويه يخضع لرقابة محكمة النقض. انظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 474.

(3)- أما اعتماد التشويه في ميدان المستندات المقدمة في الدعوى، فالمتمأمل فيها يراها قد تتحلل في العمق إلى تناقض بين الأسباب، يتخذ غالبا قصور في التسبب، ذلك أن قاضي الموضوع إن لم يتقيد بالمعنى الظاهر للمستند والذي يتبادر إلى الذهن بمجرد قراءته فعدل عنه إلى معنى آخر، يكون عليه أن يبين في حكمه الأسباب التي حملته على هذا العدول بما يكفي لجعل المعنى الذي أخذ به محتملا ومقبولا عقلا، فإن لم يفعل فإن حكمه يشوبه القصور في التسبب. انظر: محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 385.

استندت المحكمة العليا في فرنسا بالعديد من المبررات لبسط رقابتها على تشويه العقود والمستندات والتي استعارتها لتراقب أحكام الموضوع في حالة تشويه القوانين الأجنبية، ففي الحالتين تتقرر نتيجة واحدة وهي أنه وفي كل مرة يتجاهل فيها قضاة الموضوع المعنى الواضح والمحدد لحكم يقرره القانون الأجنبي والمقدم كمستند في الدعوى، يكون ثمة تشويه له⁽¹⁾.

على الرغم من أن نظرية تشويه القانون الأجنبي كانت معروفة في الفقه⁽²⁾، والقضاء الفرنسي منذ زمن بعيد، إلا أن محكمة النقض لم تطبقها إلا مرة واحدة في حكم لها صادر بتاريخ 18 جويلية 1876، ومنذ صدور هذا القرار أصبحت محكمة النقض ترفض باستمرار فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي تحت أي شكل من الأشكال، حيث بقي هذا القرار معزولا كموقف منعزل لمدة فاقت ثلاثة أرباع قرن⁽³⁾.

بدأت ملامح التطور في قضاء محكمة النقض الفرنسية في رقابتها على تشويه القانون الأجنبي في قرارها الصادر بتاريخ 04 نوفمبر 1958⁽⁴⁾، والذي رفضت فيه الطعن بحجة أن تفسير القانون الأجنبي يخضع لمطلق تفسير قاضي الموضوع الذي لم يذهب تفسيره لهذا القانون إلى حد مسخه، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 13 مارس 1960⁽⁵⁾، الطعن الذي عاب على محكمة الموضوع مسخها للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، لأن تشويه هذا القانون أو مسخه لم يكن محلا للنزاع.

(1) -عبد جميل غصوب، مرجع سابق، ص 171.

(2) -كان الفقيه "فرود جريود FERAUD Geraud" هو أول من اقترح ضرورة امتداد رقابة المسخ إلى مجال القوانين الأجنبية وذلك في سنة 1892 والذي ساندته الفقه، على أساس أن خروج القاضي عن المعنى الواضح المحدد للقاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق يعد مسخا لها، مما يشكل خرقا لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقها. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 260.

(3) -مرجع نفسه، ص 260.

(4) -Cour de Cassation, 04 novembre 1958, R.C.D.I.P, 1959, 303, note Francescakis, clunet 1959, note Ponsard.

(5) -Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 13 mars 1960, D, 1960, 597, note Malaurie.

في 21 نوفمبر 1961⁽¹⁾، قطعت المحكمة الشك باليقين ونقضت قرار لمحكمة الموضوع لتجاهله ومسخه المعنى الواضح المحدد لمستند تشريعي، وبالإضافة إلى ذلك نجد القرار الصادر في 01 جويلية 1997⁽²⁾، الذي نقض حكم قاضي الموضوع كونه تجاهل المعنى الحرفي الواضح للمادة 1380 من قانون الالتزامات المدنية والتجارية السنغالي، وفسره التفسير ذاته المعطى للمادة 244 من القانون المدني الفرنسي، رغم أن عبارات النصين ليست متطابقة، ودون الرجوع إلى أية مصادر أخرى معتمدة في القانون السنغالي⁽³⁾.

الأمر الذي أكده أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 فيفري 2006⁽⁴⁾، الذي جاء فيه بأن قاضي الموضوع يحدد بسيادة ما هي القواعد التشريعية أو القضائية أو العرفية من جهة، وما هو التفسير المناسب لها من جهة أخرى، ماعدا مسخ القانون الأجنبي ذاته، الذي يكون

(1)–« L'arrêté attaqué à méconnu et dénaturé le sens clair et précis d'un document législatif consacrant la distinction de l'état belge et de sa colonie, Comme le leurs passifs, Et définissant la colonie comme seule débitrice de l'emprunt envers les porteurs de titres, Et a, En conséquence, violé le texte susvisé, par ces motifs et sans qu'il soit besoin de statuer sur la troisième branche du moyen :–cassé ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Cv, 21 novembre 1961, Monterfiore, R.C.D.I.P, 1962, 329, note P. Lagarde, J.D.I, 1962, 686, note Goldman, J.C.P, 1962, II, 12521, note Louise–Lucas, D, 1963, note Ph.F. Cité / ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, 4^{ème} éd, op.cit, p p 315–327.

(2)–« Violé l'article 3 du code civil par dénaturation de la loi sénégalaise applicable l'arrête qui, soumettant à cette dernière l'action en responsabilité exercée contre le dirigeant d'une société de droit sénégalais, retient que l'article 1380 du code sénégalais des obligation civiles et commerciales, qui précise que les administrateurs et les président du conseil d'administration sont responsables à raison des fautes commises dans leurs fonction, signifie que cette responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute détachable des fonction, conformément à l'interprétation donné en droit français interne à l'article 244 de la loi du 24 juillet 1996, sans faire état d'aucune autre source de droit positif étranger justifiant qu'il soit donné à la disposition litigieuse une signification autre que celle qui résulte de ses termes, pris littéralement ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 01 juillet 1997, Bull. civ, I, N° 222, D, 1999, 275, note, Massip, R.C.D.I.P, 199, 60, note Meyer, J.D.I, 1998, 98, note, Barrière –Brousse. Précité.

(3)–قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 261.

(4)–« Le juge du fond détermine souverainement quelles sont les règles législatives, coutumière ou jurisprudentielle, d'autre part, quelle interprétation il convient d'en donner, sauf dénaturation du droit étranger lui-même: la cour de cassation sanctionne la dénaturation lorsque l'arrêt attaqué méconnaît et dénature le sens clair et précis d'un document législatif ». Voir: Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 14 février 2006, Brianti, R.C.D.I.P, 2006, 833, note Sylvain Bollée, Bull. civ, 2006, I, N° 67.

فيه للمحكمة أن تنتقض القرار محل الطعن الذي يمسح معنى واضح ودقيق لنص تشريعي أجنبي.

لكن رغم ذلك وما يمكن ملاحظته أن محكمة النقض الفرنسية لجأت إلى هذه الوسيلة بحذر شديد، فالأحكام التي قالت بها قليلة، وهي لا تأخذ بها إلا في حالات محددة، تقدر فيها أن القاضي قد حرف مضمون القانون الأجنبي، وهو ما جعل جانبا من الفقه يتساءل عن المعيار المعتمد من قبل المحكمة للتفريق بين ما هو مجرد خطأ في تطبيق القانون الأجنبي وبين ما هو تشويه لمضمونه⁽¹⁾.

فكرة خروج القاضي عن المعنى المحدد والواضح للقانون الأجنبي، لا تصلح كمعيار للفرقة، لأن النص القانوني الأجنبي ليس سوى جزء من التنظيم القانوني الأجنبي في مجموعه، ولا يمكن الحكم بوضوحه أو غموضه إلا بالرجوع إلى النصوص الأخرى التي يتضمنها هذا التنظيم، فليس من الممكن التعرف على حقيقة مضمون القاعدة القانونية إلا بالرجوع إلى مجموعة القواعد القانونية الأخرى، وإلى التفسير المعطى لها من طرف القضاء الأجنبي، وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه أن المحكمة مارست في الحقيقة التفسير مستترة وراء فكرة التشويه، وأن هذه الرقابة تبقى سلطة تقديرية للمحكمة تحتفظ بها لنفسها في الحالات التي تراها لازمة ومناسبة⁽²⁾.

ب- الرقابة على تسبب الأحكام القضائية

تعتبر الرقابة على تسبب الأحكام القضائية من بين الوسائل التي اعتمدها محكمة النقض الفرنسية لمراقبة تطبيق القانون الأجنبي، ولهذه الرقابة جدواها في بعض الحالات وذلك لتفادي الخطأ في تطبيق القانون بطريق غير مباشر، وتتحقق هذه الرقابة في الفروض التي يتعين فيها على محكمة الموضوع أن ترد على طلبات الخصوم في الدعوى وأن تسبب قرارها، والواقع من

(1)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 261 و 262. انظر أيضا: عكاشة محمد عبد

العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 467.

(2)-مرجع نفسه، ص 262.

الأمر أن رقابة التسبيب تمكن من الوقوف على قيام قضاة الموضوع بما عليهم من التزامات بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه⁽¹⁾.

يظهر الأثر المترتب في حالة الإخفاق في التوصل إليه، في عدة حالات، أولها إذا قدم في الدعوى نص قانوني معين لإثبات مضمون القانون الأجنبي، وكان النص يحتمل أكثر من تفسير معتمد في الدولة الأجنبية ذاتها التي ينتمي إليها هذا القانون، وآثر القاضي أن يأخذ بتفسير معين، فإنه يكون ملزما بالكشف عن بيان السبب الذي حمله على اعتناقه⁽²⁾.

كذلك إذا قدم في الدعوى شهادة أو مستند يحوي تفسيراً معيناً وأعرض القاضي عن الأخذ بهذا التفسير، فإن عليه أن يوضح الأسباب التي حملته على هذا الإعراض، والحال نفسه لما يعتنق تفسيراً مناقضاً لذلك الذي يفيض واضحاً من النص الأجنبي المقدم، وبهذا تمنع محكمة النقض أي تفسير يتناقض مع النص الظاهر للقانون الأجنبي دون أسباب مقنعة، وهذا ما أكدته القرار الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1978⁽³⁾.

كذلك إذا قدم الخصوم طلبات بشأن التفسير المخالف الذي يقدمه القاضي، فيجب عليه أن يجيب على الطلبات الختامية بشأن هذا التفسير، وهذا ما أكدته القرار الصادر بتاريخ 17 جوان 1958⁽⁴⁾.

إضافة إلى ذلك عندما يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي فإنه لا يكون وحسب ملزماً باحترام التفسير الذي يعطيه قضاء الدولة الأجنبي، وإنما يتعين عليه أن يبحث عن هذا التفسير في الحالة التي لا يقدم فيها الأطراف الأدلة المثبتة لتفسيره بطريقة واضحة وكافية، فإذا لم يتوصل إلى معرفة هذا التفسير وتبنى تفسيراً معيناً، فإن عليه أن يوضح ذلك ويبين أسبابه⁽⁵⁾.

(1) - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 169.

(2) - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 467.

(3) - Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 10 octobre 1978, R.C.D.I.P, 1979, P, 775, note Courbe.

(4) - Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 17 juin 1958, R.C.D.I.P, 1958, P, 704, note Francescakis.

(5) - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 467. انظر أيضاً:

PIERRE Mayer, 5^{ème} éd, op.cit, p 138.

أخيراً إذا تعذر الوصول إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء لأن القاضي لا يعرفه أو لتعذر ذلك على الخصوم، فالقاضي يطبق القانون الوطني بشرط أن يعلله⁽¹⁾.

ت- الرقابة على احترام مبدأ الوجاهية

يعتبر مبدأ الوجاهية من المبادئ الأساسية التي يجب على القاضي أن يتقيد وأن يفرض التقيد به عندما يثير تطبيق القانون الأجنبي، وعند تطبيقه لهذا الأخير من تلقاء نفسه فيما لو كان يعلم بمضمونه، فليس له أن يعتمد في حكمه أسباباً أو إيضاحات أدلى بها أحد الخصوم أو مستندات أبرزها إلا إذا أتاح للخصوم الآخرين مناقشتها وجاهياً، وهو الأمر نفسه الذي يجب اعتماده ومراعاته في فرضين خاصين بتفسير القانون الأجنبي، الأول إذا تصدى بنفسه لتفسير القانون الأجنبي، والثاني إذا اعتمد في تفسيره لقانون أجنبي على ما يعرفه شخصياً من تفسيرات يكرسها قضاء الدولة الأجنبية المصدرة لهذا القانون موضوع التفسير⁽²⁾.

يفرض مبدأ الوجاهية على قضاة الموضوع التقيد به عند تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، ومن ثم فإن كل مخالفة لهذا المبدأ في هذا الشأن يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض⁽³⁾.

ثانياً: الاتجاه القائل بقبول الرقابة على تفسير القانون الأجنبي

في مقابل الاتجاه الرافض للمحكمة العليا بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ظهر اتجاه آخر يسمح لها بهذه الرقابة، ذلك أنه وحسب هذا الاتجاه فإن احتفاظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية رغم تجاوز حدود الدولة التي أصدرته يقتضي بالضرورة إخضاع الخطأ في تفسيره لرقابة المحكمة العليا⁽⁴⁾.

(1)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 258.

(2)-عبد جميل غصوب، مرجع سابق، ص 169.

(3)-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 470 و471.

(4)-أخذ بهذا الموقف الكثير من الدول مثل إيطاليا، تركيا، اليونان في المادة 559 من قانون المرافعات الصادر في 01 نوفمبر 1971، ومن القوانين العربية مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 في الفصل 34 منه، والقضاء في مصر وفي الكويت والإمارات العربية المتحدة والأردن. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 266. انظر أيضاً: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 456. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 245.

يستند أصحاب هذا الاتجاه في تبريرهم جواز الرقابة على تفسير القانون الأجنبي من قبل المحكمة العليا إلى عدة حجج، الأولى مفادها أن وظيفة المحكمة العليا هي توحيد القانون الوطني عن طريق توحيد القضاء، ولتحقيق تلك المهمة يتعين على المحكمة فرض رقابتها على تفسير القانون وطنيا كان أو أجنبيا، فالقانون الأجنبي إنما ينطبق في بعض القضايا التي تعرض أمام القاضي الوطني، لأن القانون الوطني هو الذي أشار بهذا التطبيق في قواعده الخاصة بالإسناد، فإذا لم تراقب محكمة النقض تفسيره فقد تنقسم المحكمة العليا على نفسها في هذا التفسير أو قد تخل به إخلالا لا يخرجها عن معناه الحقيقي، بل وقد تمسحه مسخا، بحيث يمكن القول إنها بعملها هذا قد أخلت، لا بالقانون الأجنبي وحده، ولكن بالقانون الوطني نفسه⁽¹⁾.

كذلك لما كانت المحكمة العليا تراقب قضاة الموضوع في تفسيرهم وتطبيقهم لقاعدة الإسناد فإن المنطق يقضي حتى تكتمل حلقات المتابعة، أن يكون لها الرقابة على تفسير القانون الأجنبي ذاته، والقول بغير ذلك يجعل من الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد لغوا متى لم تعضدها رقابة على تفسير القانون المختص، فلنا أن نتصور أن القاضي الوطني وقد توصل إلى تحديد مضمون القانون المختص وأنه في منأى من الخضوع لرقابة المحكمة العليا عند تفسيره لهذا القانون، أفلا يكون في وسعه بعدئذ أن يعصف بأحكام القانون الأجنبي تحت ستار التفسير، وأن يطبق أي أحكام يعتقد أنها أحكام القانون الواجب التطبيق؟، لا شك أن التسليم بذلك قد يخالف ما هدف إليه المشرع من سنه لقاعدة التنازع، وهو هدف لا يتحقق إلا إذا طبق القاضي القانون الأجنبي المختص تطبيقا سليما وأحسن تفسيره⁽²⁾.

(1)-محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص ص 497 و498.

(2)-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 457.

كذلك إن إخضاع تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه لرقابة المحكمة العليا يتفق مع ما يلزم أن يكون من اعتبار القانون الأجنبي قانوناً بمعنى الكلمة عندما يطبقه القاضي الوطني، فهو ليس واقعة أو عنصراً من عناصر الواقع، وإنما ينطبق بأمر المشرع الوطني ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره⁽¹⁾.

يرد جانب آخر من الفقه على هذا الرأي أنه إذا كانت وظيفة المحكمة العليا هي توحيد القضاء في تطبيق أحكام القانون، وهذا التوحيد أمر مرغوب فيه بلا شك بالنسبة للقوانين الأجنبية، وهو فوق ذلك أصون لمصالح المتقاضين، ولكن يجب ألا نغفل أنه بالنسبة للقوانين الأجنبية من المتفق عليه أن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه هو ذلك القانون كما هو معمول به في بلده الأجنبي، ومؤدى هذا أنه إذا أريد توحيد القضاء بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي فلا مناص من أن تبحث المحكمة العليا عن التفسير المتبع فعلاً في ذلك البلد الأجنبي وتنقله، في حين أنها بالنسبة للقانون الوطني لا تقوم بدور الناقل للتفسير ولكنها هي التي تعطيه، فهي التي تعتبر المصدر الأعلى للتفسير القضائي.

كذلك فالقول بالرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد والرقابة على تفسير القانون الأجنبي يكمل بعضهما البعض، قول صحيح، ولكن لا يجب أن ننسى أن رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإسناد إنما هي رقابة على جزأ لا يتجزأ من قانونها، والمحكمة العليا أقدر بلا شك على تفهم معنى قاعدة الإسناد وتحديد مضمون كل عنصر من عناصرها، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقانون الأجنبي، حيث تعترض الرقابة على تطبيقه وتفسيره صعوبات عملية، وإن أمكن تذليلها في بعض الأحيان، إلا أنه غالباً ما يقوم معها احتمال الزلل، ونخص هذه الصعوبات ما يتعلق منها بالترجمة واحتمال انعدام الدقة أو وقوع تحريف فيها، وكذلك تتعقد الأمور عند البحث في مصادر القانون الأجنبي، إذا لم يكن هناك نص تشريعي يحكم المسألة المعروضة⁽²⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 458.

(2) - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 501 و 502.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي

إن الهيئة التي تتولى مهمة الرقابة على تفسير قضاة الموضوع للقانون هي المحكمة العليا التي تحددت صلاحياتها بتوحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد والسهر على احترام القانون، وذلك بموجب المادة 171 من الدستور الجزائري⁽¹⁾. والتساؤل المطروح هنا هل تدخل ضمن هذه الصلاحيات الرقابة على تفسير القانون الأجنبي؟.

بالنظر في نصوص القانون الجزائري لم نجد أي نص يبين موقف المشرع الجزائري صراحة بشأن رفضه أو إقراره برقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي، غير أنه وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري جعل من مخالفة القانون الأجنبي في مسائل الأسرة وجهاً من أوجه الطعن تراقب المحكمة العليا من خلاله تطبيق القانون الأجنبي في هذه المسائل، غير أن هذه الأخيرة لا تمارس الرقابة فقط على تطبيق القانون الأجنبي وإنما تمارسها أيضاً فيما يتعلق بتفسيره⁽¹⁾، كما نجد كذلك نصوصاً أخرى تبيح للمحكمة العليا الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في غير مسائل الأسرة لكن من خلال الرقابة على احترام مبادئ إجرائية⁽²⁾.

1- المشرع الجزائري يقصر الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في مسائل الأسرة

أشار المشرع الجزائري إلى موقفه من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في المادة 6/358 ق.إ.م.إ. بنصها: "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد من الأوجه التالية: ... 6- مخالفة قانون أجنبي متعلق بالأسرة...".

فالمشرع الجزائري وبموجب المادة المشار إليها أعلاه، وإضافة إلى اعتباره مخالفة تطبيق القانون الأجنبي وجهاً للطعن في مسائل الأسرة دون غيرها، اعتبر كذلك الخطأ في تفسير القانون الأجنبي في هذه المسائل وجهاً من أوجه الطعن التي يجوز فيها للمحكمة العليا ولو تلقائياً الطعن

(1)- نصت المادة 171 من الدستور الجزائري على أنه: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لإعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري".

فيه بالنقض وهذا طبقا لنص المادة 360 من نفس القانون التي نصت على أنه: "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض".

اعتمد المشرع الجزائري كأصل عام مبدأ رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي، واستثناء أجاز ذلك في مسائل الأسرة، نظرا لارتباطها بحالة الأشخاص والنظام العام، ولهذا أراد إخضاعها إلى نفس الأحكام المتعلقة بتفسير القانون الوطني، مما يوجب على قضاة الموضوع السهر على حسن تفسيرها، وإلا تعرض قضائهم للنقض⁽¹⁾.

إن تفريق المشرع الجزائري في شأن الرقابة على تفسير القانون الأجنبي بين مسائل الأسرة وغيرها من المسائل الأخرى، لاقت انتقادات عديدة، ذلك أن القاضي قد يطبق في دعوى واحدة قانونا أجنبيا متعلقا بالأسرة، وقانونا أجنبيا آخرا غير متعلق بالأسرة، وهو ما يجعله يقوم بدور مزدوج مرة يطبق القانون الأجنبي كقانون ويخضع في تفسيره لرقابة المحكمة العليا، ومرة أخرى يطبقه كواقعة ولا يخضع في تفسيره لرقابتها⁽²⁾.

كما أن علاقات الأشخاص في مجال المعاملات المالية، تتعدد وتتنوع يوما بعد يوم، لاسيما في العقود التي يتسع المجال فيها لتطبيق القوانين الأجنبية، سواء في المسائل التي تخص الشكل أو التي تخص الموضوع، فنتساءل هنا على وجه الخصوص عن مصير التفسير الخاطئ الذي قد يعطيه القاضي الوطني لأحكام القانون الأجنبي الذي تقرره قواعد التنازع بإسناد حكم العلاقة له فيما يخص هذه المسائل؟.

ضف إلى ذلك أن القاضي قد يجد صعوبات للتمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والقوانين الأخرى، وقد يرجع ذلك إلى تحديد مضمون القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والقوانين الأخرى، فإذا لم يتوصل قاضي الموضوع إلى الفصل بينهما، سينقض قراره على أساس أنه يمتزج فيه الواقع بالقانون.

(1) - قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، مرجع سابق، ص 274.

(2) - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 273.

كما أن هذا التمييز قد يضع القاضي أمام منازعات يصعب عليها حلها، لذا فمن المستحسن وكما أسلفنا الذكر أن يقوم المشرع الجزائري بإلغاء هذا التمييز كي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة، وحتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية⁽¹⁾.

2- رقابة تفسير القانون الأجنبي من خلال احترام المبادئ الإجرائية

على اثر الانتقادات التي تعرض إليها المشرع الجزائري في شأن تمييزه بين الرقابة على تفسير القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والقوانين الأخرى، لجأ أخيرا وبشكل محتشم لفسح المجال بإضافة أوجه جديدة للطعن قد تنطوي تحتها إمكانية مراجعة الأحكام التي أخطأت في تفسير القانون الأجنبي في غير مسائل الأسرة، ولو من جوانب شكلية أو إجرائية، وتتمثل هذه الأوجه في الرقابة على احترام مبدأ الوجاهية (أ)، الرقابة على تسبيب الأحكام القضائية (ب)، الرقابة على تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار (ت)، رقابة المحكمة العليا بوصفها محكمة موضوع بعد النقض والإحالة (ث).

أ- الرقابة على احترام مبدأ الوجاهية

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية الواجب احترامها أمام أي جهة قضائية، فهو جزأ لا يتجزأ من ضمانات ومكونات الحق في محاكمة عادلة، وهذا ما نصت عليه المادة 3/03 ق.إ.م.إ: "يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية".

يتقيد القاضي بمبدأ الوجاهية ويفرض التقيد به عندما يثير تطبيق القانون الأجنبي وعندما يطبقه من تلقاء نفسه فيما لو كان يعلم بمضمونه، ويتقيد به خصوصا إذا تصدى بنفسه لتفسير القانون الأجنبي أو اعتمد في تفسيره له على ما يعرفه شخصا من تفسيرات يكرسها القضاء في الدولة الأجنبية المصدرة لهذا القانون موضوع التفسير⁽²⁾.

(1) - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 148.

(2) - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 470 و 471. انظر أيضا: قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثيرا وتأثيرا، مرجع سابق، ص 274 و 275.

وعليه وفي كل الحالات ليس للقاضي أن يعتمد في حكمه أسبابا أو إيضاحات أدلى بها أحد الخصوم أو مستندات أبرزها إلا إذا أتاح للخصوم الآخرين مناقشتها وجاهايا⁽¹⁾. ذلك أن مبدأ الوجاهية مبدأ يقيد قضاة الموضوع عند تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، ومن ثم فإن كل مخالفة لهذا المبدأ في هذا الشأن تكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا⁽²⁾.

ب- الرقابة على تسبب الأحكام القضائية

يقصد بالرقابة على تسبب الأحكام القضائية، بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه في النزاع طبقا للقانون ووفقا لاقتناعه الشخصي مع التزامه ببيان الأدلة التي أدت إلى إصدار حكمه⁽³⁾.

يعتبر تسبب الأحكام القضائية إحدى المجالات الأساسية التي تمارس من خلالها المحكمة العليا رقابتها القانونية على الأحكام والقرارات المطروحة عليها عن طريق الطعن بالنقض، وهذا ما أكدته المادة 06 من القانون رقم 89-22 التي نصت على أنه⁽⁴⁾: "بصفتها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات المدنية، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء".

ما أكدت عليه أيضا المادة 162 من الدستور الجزائري بنصها على أنه: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية"، والمادة 1/277 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة"، والمادة 10/358 من نفس القانون التي نصت على أنه: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... 10- قصور التسبب...".

(1)-نصت المادة 1/26 ق.إ.م.إ على أنه: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات".

(2)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 274.

(3)-بوشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 124.

(4)-قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989، يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، وتنظيمها، وسيورها، ج ر ع 53 لسنة 1989، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-25 مؤرخ في 12 أوت 1996، ج ر ع 48 لسنة 1996.

بالرغم أن رقابة المحكمة العليا على تسبيب الأحكام القضائية تعتبر رقابة شكلية، إذ تنصب على مراقبة حيثيات الحكم دون مراقبة جوهر القانون المطبق، حيث لا تسمح إلا بالتأكد من تسبيب قضاة الموضوع لأحكامهم، الذي يكفي بذاته لسلامة الحكم ولو أساء في تطبيق القانون، إلا أن لهذه الرقابة كما أسلفنا الذكر جدواها في بعض الحالات وذلك لتفادي الخطأ في تطبيق القانون بطريق غير مباشر⁽¹⁾.

تتحقق هذه الرقابة في الفروض التي يتعين فيها على محكمة الموضوع أن ترد على طلبات الخصوم في الدعوى وأن تسبب قرارها، والواقع من الأمر أن رقابة التسبيب تمكن من الوقوف على قيام قضاة الموضوع بما عليهم من التزامات بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، والأثر المترتب في حالة الإخفاق في التوصل إليه، يظهر في الحالات التالية⁽²⁾:

- إذا قدم في الدعوى نص قانوني معين لإثبات مضمون القانون الأجنبي، وكان النص يحتمل أكثر من تفسير معتمد في الدولة الأجنبية ذاتها التي ينتمي إليها هذا القانون، وآثر القاضي أن يأخذ بتفسير معين، فإنه يكون ملزما بالكشف عن بيان السبب الذي حمله على اعتناقه.

- إذا قدم في الدعوى شهادة أو مستند يحوي تفسيراً معيناً وأعرض القاضي عن الأخذ بهذا التفسير، فإن عليه أن يوضح الأسباب التي حملته على هذا الإعراض، والحال نفسه لما يعتقد تفسيراً مناقضاً لذلك الذي يفيض واضحاً من النص الأجنبي المقدم.

- عندما يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي فإنه لا يكون وحسب ملزماً باحترام التفسير الذي يعطيه قضاء الدولة الأجنبي، وإنما يتعين عليه أن يبحث عن هذا التفسير في الحالة التي لا يقدم فيها الأطراف الأدلة المثبتة لتفسيره بطريقة واضحة وكافية، فإذا لم يتوصل إلى معرفة هذا التفسير وتبنى تفسيراً معيناً، فإن عليه أن يوضح ذلك ويبين أسبابه.

- إذا تعذر الوصول إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء لأن القاضي لا يعرفه أو لتعذر ذلك على الخصوم، فالقاضي يطبق القانون الوطني بشرط أن يعمله.

(1)-قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 276.

(2)-مرجع نفسه، ص 278.

ت- الرقابة على تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار نصت المادة 12/358 ق.إ.م.إ على أنه: "لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... 12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار...".

باستقراء هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع الجزائري فتح الباب أمام إمكانية رقابة المحكمة العليا على تحريف مضمون القانون الأجنبي، وإن كان منحصرًا في حالة النصوص المكتوبة للقانون الأجنبي.

نستطيع القول في هذه الحالة أنها تتطابق مع موقف محكمة النقض الفرنسية في اعتمادها للتشويه في ميدان المستندات المقدمة في الدعوى، والتي صورتها كما أسلفنا الذكر في عدم تقييد قاضي الموضوع بالمعنى الظاهر للمحرر الذي يتبادر إلى الذهن بمجرد قراءته إلى معنى آخر، وهو الذي اعتمده محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1961⁽¹⁾.

غير أنه وأمام اقتصار الرقابة على تحريف نص القانون الأجنبي المكتوب بوصفه وثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، تثار مسألة أنه لا يمكن تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية أو الكشف عن مضمونها، ولو كانت مكتوبة إلا في إطار مجموع النظام القانوني الأجنبي في مجموعه، أي بالرجوع إلى بقية مصادر القانون الأجنبي من عرف وقضاء مثلاً، ثم ما هو الوضع بالنسبة للقواعد القانونية غير المكتوبة في القانون الأجنبي؟، ثم أن معيار التفرقة بين إساءة تفسير القانون الأجنبي وتحريفه معيار مرن وغير ثابت⁽²⁾.

لكن ورغم ما سبق ذكره تبقى لعملية الرقابة على تحريف أو تشويه المستند التشريعي الأجنبي دور في توسيع الرقابة على قضاة الموضوع في تطبيقهم وتفسيرهم للقانون الأجنبي في المجال الخارج عن مسائل الأسرة.

(1)- قاتل حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 277.

(2)- مرجع نفسه، ص 278.

ث- الرقابة بعد النقض

نصت المادة 374 ق.إ.م.إ على أنه: "إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، البت في موضوع النزاع. يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض".

باستقراء هاتين الفقرتين يتبين لنا أنه يمكن للمحكمة العليا أن تفصل في موضوع النزاع، إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرارها الفاصل في مسألة قانونية، إذ تنظر في النزاع من جديد بكافة عناصره القانونية والواقعية، وتطبق عليه القواعد التي تطبق على محكمة الموضوع، وهذا ما يخول لها تفسير القانون الأجنبي إذا كان الطعن بخصوص نزاع ذو عنصر أجنبي، بشكل غير مباشر عن طريق نقض الحكم بأي سبب آخر دون الخطأ في تفسير القانون الأجنبي⁽¹⁾.

(1)- قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 278.

المبحث الثاني

موانع تطبيق القانون الأجنبي

إذا ما فرغ القاضي من أعمال قاعدة الإسناد وأمكنه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي فليس معنى ذلك أن يطبق على نحو لازم هذا القانون، فقد يظهر للقاضي أن هذا القانون يتناقض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانونه، فيمتنع عن تطبيقه باسم النظام العام (المطلب الأول)، وقد يتبين للقاضي أيضا أن القانون الأجنبي المختص قد تم التوصل إليه نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد بأن قاموا بتغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا فيمتنع عن تطبيقه هو الآخر باسم الغش نحو القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظام العام

إذا كان المشرع الجزائري قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية، فإن هذا لا يعني أنه قد فتح الباب على مصارعيه لكل القوانين الأجنبية أيا كان محتواها، إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع النظام العام والآداب العامة في دولته، فقد جاء في المادة 24 ق.م.ج على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

لذا سنتطرق إلى مفهوم النظام العام (الفرع الأول)، طبيعة الدفع به (الفرع الثاني) شروطه (الفرع الثالث)، وأخيرا آثاره (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم النظام العام

إن البحث عن مفهوم النظام العام يقتضي منا التطرق إلى التطور التاريخي لفكرة النظام العام (أولا) تعريفه (ثانيا)، التمييز بينه وبين النظام العام في القانون الداخلي (ثالثا).

أولا: التطور التاريخي لفكرة النظام العام

بدأت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالية القديم، حيث فرق "بارتول BARTOLE" في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه حتى لو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، ورغم أن فقه الأحوال القديم لم يشير إلى تعبير النظام العام، إلا أنه قد عمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما أسماه بالأحوال أو القوانين البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم⁽¹⁾.

جاء "مانشيني MANCHINI" في القرن التاسع عشر واستخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، وكان الفقيه أول من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي⁽²⁾.

فبعد أن وضع "مانشيني MANCHINI" نظريته الشهيرة والتي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، رجع فأورد على النظرية استثناءات، أولها يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على العقود، وثانيها يتعلق بتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات.

(1) - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 187 و188. انظر أيضا: عمارة مسعودة، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 402. زلاسي بشرى، النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيبيسي علي، البليدة 2، ع 10، 2017، ص 22.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 420. COURBE Patrick, droit international privé, Dalloz, Paris, 2000, p 25.

(2) - FRANCOISE Monéger, droit international privé, 2^{ème} éd, L.N.L, Paris, 2001, p 10.

أما الاستثناء الثالث فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية، فقد قرر "مانشيني MANCHINI" أن هذه القوانين تطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام، بمعنى أنها تنطبق على كل من يقطن الإقليم وطنياً كان أو أجنبياً، ومن جهة أخرى فهي لا تطبق على الوطنيين الموجودين في الخارج⁽¹⁾.

فكرة النظام العام لدى "مانشيني MANCHINI" قد استخدمت أساساً كفكرة مسندة تتضمن المسائل التي يطبق عليها القانون الإقليمي، خروجاً على الأصل العام في تطبيق القانون الشخصي، وبمعنى أدق فقد استخدمت فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع، وذلك لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً.

مع ذلك فقد اعترف "مانشيني MANCHINI" لفكرة النظام العام بدورها الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون (قانون الإرادة أو القانون الذي يحكم شكل التصرفات مثلاً) يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه.

لكن لم تبرز فكرة النظام العام بمفهومها الحالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه "سافيني SAVIGNY"، من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني. وتتخلص هذه الفكرة في أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين، ومن هنا أكد "سافيني SAVIGNY" أن كلا من هذه الدول التي تشترك قوانينها في وحدة المصدر تتخلى في بعض الفروض عن تطبيق قانونها الخاص، مما يفسح المجال لوضع حلول مشتركة في تنازع القوانين⁽²⁾.

(1) -عمارة مسعودة، مرجع سابق، ص 402 و403.

(2) -إن فكرة الاشتراك القانوني التي ابتدعها "سافيني SAVIGNY" لمواجهة مبدأ الإقليمية، ومعناها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني، وأن تكون فكرة العدالة واحدة، وهذا سببه عدة عوامل منها كون القانون الروماني هو الشريعة العامة والمسيحية هي الديانة المشتركة. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 157. انظر أيضاً: مقدس أمينة، استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء المادة 24 من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ع 01، 2019، ص 1584.

استخدم "سافيني SAVINGY" عند تعرضه لحلوله المقترحة لفض مشكلة التنازع منهاجاً مختلفاً عن المنهج الذي اتبعه الفقه التقليدي، ذلك أن كل من فقه الأحوال الإيطالي القديم وفقه "مانشيني MANCHINI" وأنصاره في القرن التاسع عشر لم يكن يعرف التنظيم الحالي لتنازع القوانين والذي تنقسم العلاقات الخاصة الدولية بمقتضاه إلى فئات، بحيث تسند كل فئة منها إلى القانون الذي يراه المشرع أكثر ملائمة لها.

كان الفقه التقليدي يعدد أساساً عند التصدي لفض مشكلة التنازع بتقسيم القوانين السائدة من حيث موضوعها أو من حيث مدى تطبيقها، فهناك قوانين تلحق الأشخاص أينما وجدوا ويسمح بالتالي بامتداد تطبيقها خارج الإقليم، بينما يتعين تطبيق قوانين أخرى تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام، ولهذا ففكرة النظام العام قد استخدمت كبديل للفكرة المسندة، ولتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً⁽¹⁾.

أما "سافيني SAVINGY" فقد كان أول من هجر هذا الاتجاه التقليدي وقاد الفقه الحديث نحو الاعتداد بتحليل الرابطة القانونية بقصد إسنادها إلى أكثر القوانين ملائمة لها. وبعد أن تعرض "سافيني SAVINGY" لحلوله الخاصة في شأن فض التنازع بين قوانين الدول المسيحية المستمدة من القانون الروماني والتي تشترك فيما بينها في الأصول العامة، أشار إلى تحفظ هام خول للقاضي بمقتضاه أن يمتنع مع ذلك عن تطبيق القانون الأجنبي، وذلك فيما لو تبين له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه وبين القانون المختص بحكم النزاع، ذلك أن فكرة الاشتراك القانوني في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة⁽²⁾.

إذا كان "سافيني SAVINGY" هو أول من أشار إلى الدور الحديث لفكرة النظام العام على النحو السالف، إلا أنه قد أفسح مع ذلك مكاناً للدور التقليدي لهذه الفكرة كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي في بعض الفروض.

(1) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 189 و 190.

(2) - مرجع نفسه، ص 190.

أعاد جانب من الفقه الحديث الدعوة إلى الاعتداد بالدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي في حدود معينة على نحو ما فعل "سافيني SAVINGY"، وذلك تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة "القوانين ذات التطبيق الفوري أو المباشر"⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف النظام العام

على الرغم من أن الفقه الحديث يؤكد في مجموعه أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا ما تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع، إلا أنه ظل مختلفاً حول تحديد تعريفه⁽²⁾. ذلك أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فما قد يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر⁽³⁾.

سكت المشرع الجزائري عن تعريف النظام العام بدوره واكتفى بالإشارة إليه في المادة 24 ق.م.ج، التي نصت على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

(1)-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 116. انظر أيضاً: كيجل كمال، مفهوم النظام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، ع 42، 2017، ص 28.

(2)-WERY Patrick, droit des obligation, Théorie générale du contrat, Larcier, Belgique, 2010, p 278.

(3)-لهذه الأسباب حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف للنظام العام، فقد عرفه بعض الكتاب الانجليز بأنه: "المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها. وعرفه الفقيه "كابيتان Capitant" بأنه: "مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصاً وفقاً لقواعد الإسناد العادية. بينما عرفه الدكتور حسن الهداوي بأنه: "الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية، كالعادلة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك". انظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 194 و195. انظر أيضاً: حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 184. لحميم زولبخة، مرجع سابق، ص 94. ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع خ، 2015، ص 335.

يتضح لنا من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري ألزم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائري، وترك مهمة تعريفه إلى القاضي المعروض أمامه النزاع⁽¹⁾.

في ظل غياب تعريف موحد للنظام العام كان لنا أن نعرفه بأنه: "الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب تعارضه مع هذا الأخير تعارضا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الجوهرية للمجتمع الوطني".

ثالثا: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي

يكون كل من النظام العام في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي والنظام العام في القانون الداخلي بالنسبة لكل دولة هو ذات النظام العام فيها، فهما يهدفان إلى حماية المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة⁽¹⁾، ومع ذلك فإنه في الإمكان أن نجد بعض الاختلافات التي تميز أحدهما عن الآخر⁽²⁾.

1- أوجه التشابه

إن فكرة النظام العام بمفهومها الدولي أو الداخلي ترمي إلى تحقيق ذات الهدف وهو حماية المصالح الجوهرية في المجتمع، سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها بالنسبة للنظام العام الداخلي أو عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الذي لا يتفق تطبيقه مع الأسس التي تقوم عليها فيما يتعلق بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص⁽²⁾.

من ناحية ثانية فإن النظام العام الداخلي، يرسم الحدود التي يسمح فيها بتطبيق القانون الأجنبي، كما أن هذه الحدود تستمد معالمها أساسا من أفكار القانون الداخلي المتعلقة بالنظام

(1)- على عكس المشرع الجزائري الذي سكت عن تعريف النظام العام، فإن بعض القوانين الوضعية، من قامت بتعريفه ومنها القانون المدني الألماني، حيث نص في المادة 30 منه على أن: "قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام".

(2)- بن ساعد الهام، تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا وحالة استبعاد التطبيق، تحليل وفق القانون الجزائري بعد التعديل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع 03، 2009، ص 404.

العام الداخلي أيضا، فضلا عن ذلك فإن القاعدة التي ستحل محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام الوطني هي قاعدة وطنية من قواعد قانون القاضي وهي بالضرورة آمرة أي من قواعد النظام العام الداخلي.

من ناحية ثالثة فإن التمسك بكل من النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون داخل الدولة، كما أن الاعتراض بهما يكون بنفس الشكل أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع عن طريق الدفع بالنظام العام، ويحرك عادة من قبل المدعى عليه ويحق للقاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه، ويجوز إثارة الدفع بالنظام العام الداخلي والدولي في أية مرحلة من مراحل الدعوى، وليس في مقدور أطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عن التمسك به⁽¹⁾.

2- أوجه الاختلاف

رغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف تسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، إلا أن هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق فكرة النظام العام في كل من المجالين⁽²⁾.

ذلك أن الدور الذي يضطلع به النظام العام في القانون الدولي الخاص يختلف عن الدور الذي تقوم به فكرة النظام العام المعروفة في القانون الداخلي، ففي القانون الداخلي تستخدم فكرة النظام العام في إبطال اتفاقات الأفراد التي تخالف القواعد الآمرة، بينما يستعان بهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد القانون الأجنبي بالرغم من أنه الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، وذلك بسبب تعارضه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني⁽³⁾.

(1)-حسن الهدواي، مرجع سابق، ص 188.

(2)-هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 197.

(3)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 195 و 196. انظر أيضا: موسى محمد، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس، المدينة، ع 01، 2009، ص 86.

يترتب على هذا الاختلاف في الوظيفة بين النظام العام في مجال القانون الداخلي، والنظام العام في القانون الدولي الخاص، اختلاف آخر في النتيجة المترتبة عن إعمال كل منهما، فإعمال فكرة النظام العام في المجال الداخلي لا يؤدي إلى تغيير في الاختصاص التشريعي، أي لا يؤدي إلى إحلال قانون آخر محل القانون الوطني المختص بحكم العلاقة أصلاً، وإنما هو على العكس من ذلك يؤكد الاختصاص التشريعي لهذا القانون عن طريق إبطال أي اتفاق يخالف أحكامه، أما إعمال فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص فمن شأنه تغيير الاختصاص التشريعي، إذ يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ليحل محله قانون آخر لم يكن مختص بحسب الأصل بحكم النزاع⁽¹⁾.

فيما يتعلق بمجال كل من الفكرتين، فيلاحظ أن مجال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق من مجال فكرة النظام العام في المجال الداخلي، فالحالات التي لا يجوز فيها للأفراد الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية لكونها من القواعد الآمرة في القانون الداخلي، تفوق بكثير الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، ويعبر الفقه عن ذلك بالقول بأن كل ما يعتبر من النظام العام في القانون الدولي الخاص يعد حتماً من النظام العام في المجال الداخلي ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه، في حين أن العكس غير صحيح، بمعنى أن كل ما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي لا يعد حتماً من النظام العام في القانون الدولي الخاص⁽²⁾.

أما عن السبب في ضيق مجال النظام العام في القانون الدولي الخاص فهو يرجع إلى ما يؤدي إليه إعمال الفكرة من نتيجة بالغة الخطورة، باعتباره يقطع المجرى الطبيعي

=GRAULICH Paul, principes de droit international privé, conflit de loi, conflit de juridictions, L.D, Paris, 1961, p 153. ELODIE (C), la mutabilité de la convention matrimoniale en droit international privé, mémoire de D.E.A, université de Bourgogne, DIJON, 1995/1996, p 28.

(1)-بلوج أسماء، إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين الأحوال الشخصية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ع 02، 2014، ص 269.

(2)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 196 و 197. انظر أيضاً: كيجل كمال، مفهوم النظام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 36 و 37.

للمعاملات الدولية ولعلاقات الأفراد المختلفة عبر الحدود، فضلا على أنه يعطل عمل قاعدة الإسناد، أما أعمال فكرة النظام العام في المجال الداخلي فهو على عكس ذلك، لا يؤدي إلى نتيجة غير متوقعة، باعتبار أن الهدف منه حماية القواعد الآمرة في الدولة، من السهل على الأطراف في علاقة داخلية أن يعرفوا مقدما النتيجة المترتبة على اتفاقهم على ما يخالف هذه القواعد، وبالتالي فمن الطبيعي أن يضيق مجال أعمال فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص أو ينكمش بخلاف الحال فيما يتعلق بالنظام العام في المجال الداخلي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

طبيعة الدفع بالنظام العام

لما كان النظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية والمخالف للأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي. فإن التساؤل الذي يثور بشأنه هو هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص أو أنه مجرد استثناء؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل تعتبر بالغة الأهمية، من حيث تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فالقول بأن النظام العام يعتبر تطبيقا لمبدأ أصلي في القانون الدولي الخاص يكون معناه التوسع في التمسك بالدفع بالنظام العام ويصبح الأصل أو القاعدة هو عدم تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو المعين بواسطة قاعدة الإسناد بحجة مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، أما القول بأن النظام العام مجرد استثناء، فإن مجال التمسك به يكون ضمن نطاق محدد، ولا ينهض إلا عندما تنتهك المبادئ الأساسية أو الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي.

(1) - بعلوج أسماء، مرجع سابق ص 271. انظر أيضا:

اختلف الفقهاء حول طبيعة النظام العام في القانون الدولي الخاص اختلافاً بينا وذلك كل بحسب اتجاهاته، فاتجاه يرى أن النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي أو قاعدة عامة (أولاً)، واتجاه آخر يرى أن النظام العام ما هو إلا استثناء عن المبدأ الأصلي أو القاعدة العامة (ثانياً).

أولاً: النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي

تعود جذور الاختلاف حول طبيعة النظام العام إلى عهد مدرسة الأحوال الإيطالية، إذ كان الفقه التقليدي يستخدم النظام العام كمبدأ أصلي أو قاعدة عامة، فاتخذ من فكرة النظام العام أساساً لصياغة قواعد الإسناد ومبرراً لجعل اختصاص القانون اختصاصاً إقليمياً، فتكون قواعد النظام العام كذلك التي تتعلق بالأموال أو الجرائم، تعطي الاختصاص للقانون الإقليمي⁽¹⁾.

غير أن هذا الاتجاه انتقد على أساس أن استخدام فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً هو تصور يخلط بين فكرتين مختلفتين، تم استعمالهما كمترادفتين، فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية، مع أنه يجب التفرقة بينهما، وإلا كانت فكرة النظام العام لغوا لا طائل تحته، إذ أنه وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية إقليمية حيث تسري على الجميع من المواطنين والأجانب، إلا أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الإقليمية وحدها لاستبعاد القانون الأجنبي، كأن كان هذا القانون يتضمن مثلاً نظاماً قانونياً مجهولاً لقانون القاضي أو كان يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الصالح العام، ففي مثل هذه الأحوال يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى الفقه المعاصر أن الأخذ بهذا الرأي يعد نظرة تعصبية للنظام العام من شأنها أن تحدث أضراراً بالغة بالتعاون القائم بين الدول بالإضافة إلى إنكارها لوظيفة قاعدة الإسناد⁽²⁾.

(1) - بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1986، ص 151.

(2) - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 531. انظر أيضاً: صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص

ثانيا: النظام العام استثناء عن المبدأ الأصلي

ذهب الفقيه الألماني "سافيني SAVINGY" وأيده في ذلك غالبية الفقه إلى أن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني التزاما بأن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقا للقانون الأكثر ملائمة للتطبيق، إلا أنه يسلم بأن هناك استثناءات ترد على هذا الالتزام، أولها ما يتعلق بحل المشكلة التي تنجم عن تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع، والذي يفرض على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد بهدف تجنب النتائج غير المقبولة التي تنتج عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه⁽¹⁾.

يبدو أن الفقه المعاصر قد تنبه إلى هذا الوضع وغير نظرت له لطبيعة النظام العام، فأصبح ينظر إليه على أنه يلعب دورا استثنائيا لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الأسس الجوهرية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي⁽²⁾.

وعليه فالنظام العام يجب ألا يحدد بصورة مباشرة أو بصفة تلقائية، فالعمل بذلك يؤدي إلى جمود في العلاقات الدولية الخاصة مما ينتج عنه بطبيعة الحال انكماش في التجارة الدولية وبالتالي يضر بالتعاون الدولي بصفة عامة، فعدم الالتفات إلى هذه الحقيقة أو تجاهلها في مجال العلاقات الخاصة الدولية، لا شك أنه يؤدي إلى مجافاة الواقع أو إنكاره تماما، فدور النظام العام لا يزيد في حقيقته وطبيعته عن كونه مجرد صمام أمان، هذه الفكرة التي اقترحها الفقيه الألماني

(1) -بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، ع 01، 2015، ص 185.

(2) -فقاعدة الإسناد إذا أعطت على سبيل المثال الاختصاص في الزواج إلى قانون الجنسية، وكان قانون الجنسية المختص يتضمن حكما يمنع بمقتضاه الزواج بين السود والبيض، وأرادا الزوجان التمسك به لبطلان الزواج فإن النظام العام ينهض هنا كصمام أمان لدفع الخطر الذي يهدد كيان الدولة الاجتماعي والحضاري من جراء تطبيق هذا الحكم أو هذا النص في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، فيعد عدم تطبيق القانون الأجنبي هنا على سبيل الاستثناء وبمقدار تعارضه مع النظام العام لدولة القاضي، الذي يمنع العمل بالحكم القائم على التفرة العنصرية التي أساسها هنا اللون، وفيما عدا ذلك تبقى قاعدة الإسناد ذاتها والاختصاص في الزواج إلى قانون الجنسية. انظر: بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 151.

"فايمر FAIMER" ثم طورها الفقيه "زيتلمان ZITLMAN" الذي قال بأن فكرة النظام العام عبارة عن شرط تحفظي لأنها تقف في وجه القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتحافظ على المفاهيم القانونية والأخلاقية والسياسية لقانون القاضي، وفي هذا المعنى يصف الأستاذ الألماني "راب RAPE" حد النظام العام الذي يجب الوقوف عنده بقوله: "في الباب الذي يؤدي إلى الخارج هناك مزلاج نغلقه أو يغلق عند الضرورة"⁽¹⁾.

يتضح لنا مما سبق أن النظام العام يبرر عند الضرورة فقط أي ضرورة المحافظة على الأسس الجوهرية والحضارية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، أما إذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغت المحاكم في تقديره، فينقلب ضد هدفه الذي انشأ من أجله ويصبح وسيلة كيد وانتقام ضد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وخوفاً من هذا الانحراف عن وظيفته الأساسية فإن الفقه المعاصر يؤكد على إتباع الحكمة والمنطق الذي يمليه العقل وضرورة التعاون الدولي.

فالتمسك بالدفع بالنظام العام يجب أن يكون لأسباب جوهرية فيكون تطبيقه مبنياً على المنطق والمصلحة والحاجة، فإذا كان النظام العام قد نظر إليه كمبدأ أصلي في القرن التاسع عشر لظروف وأسباب تاريخية، فإن هذه الأسباب لم تعد قائمة في وقتنا الحاضر وأصبحت معظم الدول المتحضرة الآن تنظر إلى النظام العام كاستثناء تقتضيه الحكمة والمنطق وضرورة مراعاة المصلحة العامة⁽²⁾.

(1)-بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 152 و 153.

(2)-مرجع نفسه، ص 154.

الفرع الثالث

شروط الدفع بالنظام العام

تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية مرهون بتحفظ مؤداه ألا يكون مخالفا للأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، ولما كان التأكد من هذه المخالفة لا يتحدد إلا في المرحلة القضائية، أي في مرحلة إثارة النزاع، فإن أهمية الدفع بالنظام العام تظهر في هذا الوقت، والدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه بقصد استبعاده أو استبعاد الجزء المخالف، ويمكن لأي طرف من أطراف الخصومة أن يتمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما يمكن للقاضي أن يثبته من تلقاء نفسه، على أنه يلزم لإثارته أن يتوافر شرطان، الأول أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي (أولا)، والثاني أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي (ثانيا).

أولا: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي

يتأتى النظام العام كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة تعارضه مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي، فإذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا حسب قاعدة الإسناد الوطنية، فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق، مادامت توجد وسائل أخرى عادية لاستبعاده، من ذلك أن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا بصفته قانون موقع المال أو بوصفه من قوانين الأمن والبوليس أو في حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي وهذا الأخير يقبل الإحالة⁽¹⁾.

(1) -قتال حمزة، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 71. انظر أيضا: مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 1586. موسخ محمد، مرجع سابق، ص 90. شبور نورية، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع 02، 2018، ص 54.

LAGARDE Paul, recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse pour le Doctorat, université de Paris, faculté de droit, 1957, p 113.

كذلك قد يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية وكان اختيار المتعاقدين غير نزيه بأن انعدمت الصلة بين القانون الأجنبي المختار وأطراف العلاقة القانونية أو موضوعها فيستبعد هذا القانون ويحل محله قانون آخر تتركز في إقليمه العلاقة القانونية بأهم عناصرها البارزة وذلك لتخلف الشروط المطلوبة حسب مبدأ قانون الإرادة⁽¹⁾.

ثانياً: تعارض القانون الأجنبي في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي

يستدعي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص في دولة القاضي، أن يتعارض في حكمه مع مقتضى من مقتضيات النظام العام لدولة القاضي، ويعبر عن هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني، وقد كانت هناك محاولات لتحديد هذه المقتضيات مسبقاً عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام وقوانين غير متعلقة بالنظام العام، خوفاً من تحيز القاضي لآرائه وميوله الشخصية مستغلاً بذلك سلطته التقديرية، غير أن كل هذه المحاولات باءت بالفشل لعدم ثبات النظام العام، فالأمر يتطلب كما يقول الفقيه "نبوييه NIBOYET" الغطس في أعماق الحياة الاجتماعية لكل دولة على حدة، وهذا أمر يصعب تحقيقه⁽²⁾.

استقر الفقه والقضاء على أن مقتضيات النظام العام هي تلك الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع معين في وقت معين، وهذه الأسس تختلف باختلاف المكان والزمان⁽³⁾.

(1)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص ص 250 و 251. انظر أيضاً: BESSAI M'hamed Toufik, La loi applicable au contrat international a propos de la forme de l'article 18 du code civil, R.A.S.J.E.P, Ben Aknoun, Alger 2, 2008, p 06.

(2)- NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé Français, op.cit, p 503.

(3)- فعلى سبيل المثال تعدد الزوجات مخالف للنظام العام في الدول المسيحية بينما هو مباح في الدول الإسلامية، والزواج الديني مأخوذ به في بعض الدول المسيحية، ويترتب على مخالفته البطلان المطلق بينما هو في مجتمعات أخرى مجرد إجراء شكلي لا يؤثر في الموضوع، والشيعوية في المجتمع الصيني تعد من النظام العام بينما هي في المجتمع الأمريكي مخالفة للنظام العام، والعلة في هذا التباين والاختلاف من مجتمع لآخر ترجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من مجتمع لآخر. بالمثل تتغير مقتضيات النظام العام من زمن لآخر في المجتمع الواحد، فقد كان الطلاق محظوراً في الدول الغربية كفرنسا وإيطاليا وإسبانيا ثم أصبح جائزاً اليوم إذا توافرت أسباب معينة فيه، وكانت الإيديولوجية الاشتراكية والشيعوية بكل مضامينها الاقتصادية والاجتماعية=

لا يكتفي جانب من الفقه بتوافر أحد مقتضيات النظام العام في دولة القاضي لكي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً، بل يتعين على القاضي بالإضافة إلى ذلك أن يقوم بفحص القانون الأجنبي قبل استبعاده باسم النظام العام، وذلك بتحليله للواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع الذي صدر في ظله هذا القانون، فيقوم بإجراء موازنة بين قانونه والقانون الواجب التطبيق، من حيث تشابه نمط الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وهذا ما يعبر عنه بتحليل مقتضيات النظام العام، وعن طريق إجراء القاضي لهذا التحليل فإنه قد يعدل عن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو على الأقل يقلل من فرص استبعاده⁽¹⁾.

ما يمكن ملاحظته بشأن هذا الرأي أنه وإن كان من الناحية النظرية تبدو فكرته مقبولة إلى حد ما، نظراً لكونها تدفع القاضي إلى البحث والاجتهاد أكثر خاصة وأن فكرة النظام العام يصعب ضبطها وفهمها بسهولة، إلا أن تجسيد هذه الفكرة في الواقع العملي أمر صعب المنال، ذلك أن القاضي بالنظر إلى وظيفته وحدود اختصاصاته وإمكانياته لا يستطيع القيام بذلك، فمسألة بحث المجتمع الأجنبي وتحليل ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية لاستخلاص نمط تشابه أفكار المجتمع الأجنبي مع الأفكار السائدة في دولة القاضي تعتبر مسألة بالغة التعقيد يصعب على القاضي التصدي لها، فكل ما يستطيع القاضي القيام به هو فهم الأفكار السائدة في مجتمعه، فإذا رأى القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارضاً معها فإنه يتعين عليه استبعاده واستبداله بقانون آخر، دون أن يحاول تحليل المجتمع الأجنبي أو إجراء دراسة له ليقرر في النهاية استبعاد القانون الأجنبي أو عدم استبعاده، فتلك المسألة تفوق اختصاصه⁽²⁾.

=في كثير من الأنظمة السياسية إلى وقت ليس بعيد من النظام العام ولكنها اليوم ليست كذلك في تلك المجتمعات . انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 251. انظر أيضاً، مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 1586.

(1)-بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 138 و 139.

(2)-مرجع نفسه، ص 139 و 140. انظر أيضاً:

لذا وأمام صعوبة تحديد مقتضيات النظام العام، فلا مفر من ترك هذا الأمر كما أسلفنا الذكر للقاضي الذي يقدرها وقت الفصل في الدعوى أي بالنظر إلى وقت الحكم فيها، وتقدير القاضي لتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الرابع

آثار الدفع بالنظام العام

إذا توافرت شروط الدفع بالنظام العام، صح هذا الدفع سواء تم من قبل أحد الخصوم في الدعوى أو تم إعماله من قبل القاضي من تلقاء نفسه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام في الواقع، آثار عديدة منها ما هو سلبي (أولاً)، ومنها ما هو إيجابي (ثانياً)، ومنها ما هو مخفف أو ملطف (ثالثاً)، وأخير منها ما هو انعكاسي (رابعاً).

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية⁽¹⁾. لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي هل يستبعد القاضي من القانون الأجنبي الجزء المخالف للنظام العام فقط أم أنه يستبعد القانون الأجنبي بكامله؟.

يرى بعض الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفته للنظام العام ينبغي أن يكون كلياً، ذلك أن الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتطبيق الجزء الآخر غير المخالف له سوف يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه. كما أن التطبيق الجزئي ينطوي من ناحية أخرى على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل ولا يقصد

(1)–DERUUPPE Jean, LABORDE Jean–Pierre, 13^{ème} éd, op.cit, p 105.

تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر لما يتضمنه ذلك من مساس بوحدة القانون الأجنبي⁽¹⁾.

يرى جانب آخر من الفقه وهو الغالب، وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي فقط دون بقية الأجزاء، بحيث يستطيع القاضي الوطني أن يقتصر على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تخالف النظام العام في دولته، ومع ذلك يجب استثناء الحالة التي يترتب فيها على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي أن يفقد هذا القانون سبب وجوده أصلاً، فإذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبي غير المخالفة مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود ذلك القانون الأجنبي بحيث يكون من العسير استبعاده استقلالا واستبقاء باقي القواعد، فيجب حينئذ استبعاد القانون الأجنبي بكامله⁽²⁾.

تبنى القضاء الفرنسي هذا الرأي وذلك في العديد من القرارات لمحكمة النقض منها القرار الصادر في 17 نوفمبر 1964⁽³⁾ الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وعليه فإنه لا يستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلق بحرمان غير مسلم من الميراث، أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقاً لأحكامها⁽⁴⁾.

(1) – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 176. انظر أيضاً: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 203. بدر شنوف، مرجع سابق، ص 189.

LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSOUARN Yvon, op.cit, p 495. NIBOYET Jean-Paul, cour de droit international privé Français, op.cit, p 503.

(2) – جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 204 و 205. انظر أيضاً:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 10^{ème} éd, op.cit, p 374. DERUUPPE Jean, LABORDE Jean-Pierre, droit international privé, 17^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2011, p 114. DERUUPPE Jean, LABORDE Jean-Pierre, droit international privé, 18^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2014, p p 133-134.

(3) – Cour de Cassation, 1^{ère} Ch, Civ, 11 novembre 1964, J.C.P, 1965, II, 13978, conl, Lindon.

(4) – BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p 410.

ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام

يتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، وذلك لحكم العلاقة المطروحة أمام القضاء⁽¹⁾. ويكون هذا الإحلال بشكل صريح وذلك في الأحوال التي يرتب تطبيقه فيها إنشاء علاقة لم يكن يسمح بإنشائها القانون الأجنبي المستبعد⁽²⁾. وقد يتم بشكل ضمني وذلك عندما يسمح القانون الأجنبي بنشوء علاقة لم يكن يسمح القانون الوطني بإنشائها⁽³⁾.

رغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألماني يعترض على هذه الفكرة، ويذهب إلى ضرورة البحث في القانون الأجنبي نفسه عن قاعدة أخرى بديلة تحل محل القاعدة الأجنبية المستبعدة، ويستند في ذلك إلى أن مقتضيات النظام العام لا تتطلب أكثر من استبعاد حكم القانون الأجنبي المخالف، فهي لا تستلزم في نظرهم تطبيق قانون القاضي بالذات، فليس هناك مبرر لإهدار قاعدة الإسناد، بل بالأحرى يجب الاستمرار في تطبيق القانون الأجنبي الذي تقضي بتطبيقه تلك القاعدة طالما أنه قادر على تقديم حل بديل، والاستعانة بالتالي بإحدى قواعده الأخرى لتحل محل القاعدة المستبعدة⁽⁴⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 179. انظر أيضا: زلاسي بشري، النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، مرجع سابق، ص 30.

AUDIT Bernard, 3^{ème} éd, op.cit, p 541. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 3^{ème} éd, op.cit, p p 473-474. VIGNAL THierry, droit international privé, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2014, p 122.

(2) -مثال ذلك أن يحظر القانون الأجنبي الزواج بسبب اختلاف الجنس، في حين يبيح ذلك قانون القاضي، إذ يتعين في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع نشوء العلاقة وتطبيق قانون القاضي الذي يسمح بإنشائها. انظر: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 161 و162.

(3) -كالزواج بين المسلمة وغير المسلم كما هو الحال في القانون الجزائري، إذ ينبغي في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز مثل هذا الزواج المخالف للنظام العام في دولة القاضي، وقانون القاضي لم يطبق هنا كما هو واضح بشكل مباشر على النزاع ليحل محل القانون الأجنبي المستبعد، ولكنه حل بشكل ضمني لمنع نشوء العلاقة باعتباره يقرر منع قيام الزواج في مثل هذه الحالة. انظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 179. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 206.

(4) -مرجع نفسه، ص 207.

أيدت المحاكم الألمانية هذا المذهب الفقهي، ففي إحدى القضايا التي عرضت على المحكمة العليا الألمانية وكانت تتعلق بدين خاضع للقانون السويسري، كان هذا الأخير يقضي بعدم تقادم الدين، في حين لا يقر القانون الألماني هذا المبدأ ويعتبره مخالفا للنظام العام الألماني، فاستبعدت المحكمة المذكورة في حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1922، قاعدة القانون السويسري التي تقضي بعدم التقادم، ولكنها لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها في قانون القاضي الألماني، وإنما حلت محلها قاعدة بديلة من ذات القانون السويسري وهي الخاصة بالتقادم، وأخذت في ذلك بأطول مدة تقادم يأخذ بها القانون السويسري في هذا الشأن⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحالات التي قد لا يجد القاضي في القانون الأجنبي نفسه، قاعدة أخرى يمكن إحلالها محل القاعدة المستبعدة إعمالا للدفع بالنظام العام ففي مثل هذه الحالات لم يجد الفقه الألماني مفرًا من القول بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي خالفت قواعده النظام العام⁽²⁾.

تصور فريق آخر من المعارضين لإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، إمكانية الاستغناء عن قانون القاضي والبحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة وإحلاله محل القانون الأجنبي المخالف، ويستند هؤلاء إلى أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يخل بتوقعات الأفراد ويضر بالطرف الضعيف في العلاقات القانونية وذلك إذا ما أخضعنا هذه الأخيرة لقانون لم يتوقعونه⁽³⁾.

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 180. انظر أيضا:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p 542. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 10^{ème} éd, op.cit, p 279.

(2) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 207 و 208.

(3) - مرجع نفسه، ص 208.

رغم أهمية هذا الأمر إلا أنه ينطوي مع ذلك على مصادرة على المطلوب، ذلك أن تحديد الطرف الضعيف الواجب حمايته في العلاقة يتوقف في الواقع، على ما تقضي به القواعد القانونية التي ستحكم العلاقة ذاتها، وهو أمر لا يمكن التنبؤ به مقدما وقبل الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة⁽¹⁾.

الواقع أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد والذي يراه الفقه الغالب يعد أسلم وأفضل الحلول، بل ويتفق مع ما تأخذ به العديد من التشريعات، على غرار المشرع الجزائري الذي نص في المادة 24 ق.م.ج على أنه: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام

استقر الفقه والقضاء في مختلف دول العالم على التفرقة في شأن أعمال أثر الدفع بالنظام العام بين حالتين، الأولى وهي التي يراد فيها إنشاء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي، وفقا لقانون أجنبي معين تتعارض أحكامه الواجبة التطبيق أو بعضها مع النظام العام الوطني، والثانية وهي التي يراد فيها فقط مجرد الاحتجاج أو ترتيب آثار معينة في دولة القاضي، لحق أو مركز قانوني تم إنشاؤه في الخارج وفقا لقانون أجنبي مخالف في حكمه للنظام العام الوطني⁽²⁾.

بالنسبة للفرض الأول، فإن النظام العام ينتج آثاره كاملة، بالوجهين السلبي والإيجابي، وذلك بأن يستبعد القاضي الحكم الأجنبي المخالف ويحل قانونه الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد،

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 208.

(2) -هذا التمييز أخذ به القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد، وذلك في اعترافه بطلاق فرنسية بتراضي الطرفين، تم في الخارج وجاء القرار الصادر بتاريخ 17 أبريل 1953، حيث جاء فيه مايلي:

« La réaction a l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Voir: AUDIT Bernard, 3^{ème} éd, op.cit, p 276. Voir aussi: DANIEL Gutmann, 2^{ème} éd, op.cit, p 91.

ويعاد أو يصح تكوين الحق أو المركز القانوني طبقاً لقانون القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع على سبيل المثال أو على العكس يبيح أمراً ما على خلاف النظام العام في بلد القاضي، تعين على القاضي الوطني في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي، ثم فوق ذلك يحل قانونه الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد ليحكم العلاقة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للفرض الثاني، حيث يراد فقط الاحتجاج في دولة القاضي بآثار حق أو مركز قانوني نشأ في الخارج على خلاف قانون القاضي، فلا يجب أن يكون للنظام العام بشأنه ذات الأثر الذي للفرض الأول، حيث يراد إنشاء الحق أو المركز القانوني ابتداءً داخل دولة القاضي، ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأذى أو لا يتأثر بذات الدرجة، فالنظام العام لا ينتج في هذا الفرض، كامل آثاره بل يجب على القاضي أن يعترف بآثار الحق أو المركز القانوني الذي نشأ في الخارج أو بعضها، وهذا هو "الأثر المخفف للنظام العام أو ما يسمى أيضاً الأثر الملطف للنظام العام"⁽²⁾.

إذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيراً من صرامة الدفع بالنظام العام ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي وبالإقرار للحقوق التي نشأت في ظلّه آخذاً بعين الاعتبار

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 211. انظر أيضاً: كيجل كمال، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، ع 05، 2009، ص 85. بوسهوه نور الدين، مرجع سابق، ص 326 و 327. عنان جمال الدين، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع 29، 2014، ص 119.

SABINE Robert, l'ordre public français en matière international, faculté de droit virtuelle et plateforme pédagogique, faculté de droit de Lyon, 2007, p 14.

(2)-من الأمثلة التي يرددها الفقه في هذا الخصوص، حالة الزواج بأكثر من زوجة داخل إقليم لا يقر تعدد الزوجات كما هو الحال في فرنسا، إذ من غير المقبول أن يسمح القاضي الفرنسي بإنشاء هذه العلاقة داخل الإقليم الفرنسي لمساس ذلك بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، غير أن قيام الأجنبي بإبرام هذا الزواج في الخارج وامتداد آثاره إلى فرنسا كمطالبة الزوج الثانية بنفقة زوجية لها في فرنسا، فإن ذلك لن يؤدي الشعور العام بنفس الدرجة إذا ما أريد إنشاء العلاقة في فرنسا ابتداءً، ويعبر الفقه عن ذلك بالقول بأن النظام العام يصاب في مثل هذه الحالة بنوع من الشلل الجزئي باعتبار أن القاضي الفرنسي الذي رفعت أمامه دعوى المطالبة بنفقة الزوجة الثانية لا يمكنه أن يقضي ببطلان هذا الزواج الثاني رغم مخالفة تعدد الزوجات لمقتضيات النظام العام في فرنسا. انظر:

Cour de Cassation, Ch, Civ 1^{ère}, 28 janvier 1958, R.C.D.I.P, 1958, 110, note A. Ponsard. Voir aussi: Cour de Cassation, Civ, 19 janvier 1963, R.C.D.I.P, 1963, 559, note G.H.

استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجددا في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة للحقوق التي تنشأ في الخارج، من ذلك مثلا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 05 مارس 1928⁽¹⁾ من عدم الاعتراف بحق ملكية روسيا للأسطول LA ROPIS الذي لجأ إلى ميناء مرسيليا استنادا إلى القانون السوفياتي (قانون الموقع السابق)، بحجة أن تأميم هذا الأسطول حصل بطريق نزع الملكية وبدون تعويض عادل، وهو الأمر الذي يخالف مبدأ احترام حق الملكية ولا يجوز الاعتراف بأثر نزع الملكية بهذه الطريقة في فرنسا لتعارضه مع النظام العام الفرنسي.

رابعا: الأثر الانعكاسي للنظام العام

قد ينشأ حق في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني؟.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليهما غير مختلف، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي⁽²⁾.

يذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه، ففي الحالة الأولى يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص⁽³⁾.

(1) – Cour de Cassation, Req, 05 mars 1928, Clunet 1928, 674, D, 1928, 1, 81, note Savatier, R.C.D.I.P, 1929, 288, note Niboyet.

(2) – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 183 و 184. انظر أيضا: LAGARDE Paul, recherches sur l'ordre , op.cit, p 224.

(3) – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 184.

أما في الحالة الثانية فإنه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقاً لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي⁽¹⁾.

يقول الفقه الحديث في تبريره لهذا الرأي أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداءً.

وعليه فإنه من غير المستساغ رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذاً بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي⁽²⁾.

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

من المسلم به أن قاعدة الإسناد تسترشد بضابط معين يشير إلى القانون الواجب التطبيق، وبعض هذه الضوابط يركن إلى أسس تحتل بطبيعتها التغيير بإرادة الأطراف، ولكون أهم هذه الضوابط وأغلبها قابل للتغيير بفعل إرادة الأفراد، فإنه من المتصور أن يلجأ الشخص إلى تغيير ضابط إسناد معين يوصله إلى تطبيق أحكام قانون آخر يحقق له ما يريد، فهذا التغيير يهدف إذن إلى التحايل على أحكام قانون معين وهذا ما درج الفقه على تسميته بالغش نحو القانون.

لأجل ذلك سنتطرق إلى مفهوم الغش نحو القانون (الفرع الأول)، أساسه القانوني (الفرع الثاني)، شروطه (الفرع الثالث)، وأخيراً آثاره (الفرع الرابع).

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 184.

(2) - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 185.

الفرع الأول

مفهوم الغش نحو القانون

إن البحث عن مفهوم الغش نحو القانون يقتضي منا التطرق إلى التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون (أولاً)، تعريفه (ثانياً).

أولاً: التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون

إن فكرة الغش نحو القانون لم تتبلور كمنظية مستقلة بذاتها إلا بعد منتصف القرن السابع عشر، ويرجع السبب في ذلك إلى قضية شهيرة تعرف بقضية الأميرة "دي بوفرمون LA PRINCESSE DE BAUFFREMENT"⁽¹⁾. وتتخلص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تدعى كرمان شيماي تزوجت بأحد الضباط الفرنسيين، وهو الأمير "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT"، واكتسبت تبعاً لذلك الجنسية الفرنسية، وفي أوت 1874 حدث بينها وبين زوجها انفصال جسماني وأرادت الزوجة الطلاق ولم تستطع، فالقانون الفرنسي - قانون جنسية الزوجين - كان يحظر الطلاق آنذاك، وحتى تحصل إلى ما عزمت عليه ذهبت الأميرة إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية وهي دوقية ساكس التنبورغ التي يسمح قانونها بالطلاق بدون أن تخبر زوجها⁽²⁾.

في 24 أكتوبر 1875 حصلت على الطلاق بالفعل من زوجها الأمير الفرنسي وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، ثم سرعان ما تزوجت بالأمير الروماني "بييسكو BISCO" ليرحل الزوجان معاً للإقامة في باريس، رفع الزوج الأول دعوى أمام محكمة السين مطالباً ببطلان الزواج الثاني قولا منه بأن زواجه بالأميرة ما يزال قائماً لم ينحل، فاستجابت المحكمة لطلبه وأيدتها في ذلك محكمة باريس في حكم لها في 17 جويلية 1876، مؤكدة على الطابع الأمر لأحكام القانون الفرنسي في مواد الزواج، وبأن الأميرة لازالت تحتفظ بجنسيتها الفرنسية، لأن الجنسية التي حصلت عليها تمت

(1)-Cour de Cassation, Civ, 18 mars 1878, S.78.1.193, note labbé. Voir: BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 419. PIERRE Mayer, 5^{ème} éd, op.cit, p 178 et s.

(2)-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 489. انظر أيضاً: قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 164.

بدون إذن زوجها، وبالتالي يبطل زواجها الثاني، ولكن لما بلغت المنازعة ساحة قضاء النقض الفرنسية بتاريخ 18 مارس 1878، رفضت هذه الأخيرة الطعن، واستندت في ذلك إلى حجتين، الأولى أن الزوجين لا يمكنهما تجنب الخضوع إلى أحكام القانون الفرنسي حتى لو كان ذلك برضاؤهما، لأن القانون الفرنسي هو وحده الذي يقرر ما إذا كانت رابطة الزوجية قابلة للانحلال أو لا⁽¹⁾.

يلاحظ إلى هذه الحجة، أن محكمة النقض الفرنسية لم تتعرض إطلاقاً لفكرة الغش، بل كل ما فعلته هو أنها أسندت حكمها للجزاء المباشر عند مخالفة القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، ولهذا تساءل الفقهاء عن هذه الحجة، أيكون تجنس الأميرة نافذاً ومقبولاً؟.

إذا قلنا بذلك يجب أن تخضع كل تصرفاتها لقانون جنسيتها الجديد، وهو القانون الألماني، وإذا رفضنا تجنسها فيجب تطبيق الجزاء عليها، ولكن لا يجوز أن تفقد الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" جنسيتها الفرنسية وتبقى خاضعة لأحكام القانون الفرنسي التي تقضي بعدم انحلال رابطة الزواج، لذلك اضطرت محكمة النقض إلى اللجوء إلى حجة ثانية تسند حكمها إليها، ولم تكن هذه الحجة إلا فكرة الغش، ولذلك ذكرت محكمة النقض أن المدعية قد حصلت على الجنسية الجديدة لا لكي تتمتع بالحقوق وتخضع للواجبات الناشئة عن هذه الجنسية، وإنما كان غرضها من ذلك هو الحصول على الطلاق الذي لم يكن يبيحه القانون الفرنسي، وبالتالي فعلية كهذه تعتبر غشاً نحو القانون الفرنسي⁽²⁾.

هكذا قررت محكمة النقض عدم الاحتجاج بهذه الجنسية على الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" زوجها الأول، وبأن جنسيتها الجديدة لا يمكن أن يكون لها أي أثر في فرنسا لأنها كانت قائمة على الغش⁽³⁾.

(1) -نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 69.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 8^{ème} éd, op.cit, p 594. PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 188.

(2) -عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 489.

(3) - LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, 10^{ème} éd, op.cit, p 108.

بهذا كانت الحجة الثانية أكثر ملائمة مع هذا الحكم وهذه الوضعية، وإن كان هذا الحكم قد أثار نقاشاً حاداً في الأوساط القانونية فأخذ بعض الفقهاء يهاجمون فكرة الغش التي جاءت بها محكمة النقض واستندوا في ذلك إلى مجموعة من الحجج، الأولى مفادها أن الغش نحو القانون يتحقق عندما يراد من تغيير ظروف الإسناد نقل الاختصاص من قانون إلى آخر، ولا يتحقق الغش نحو القانون إذا كان تغيير ظروف الإسناد تصرفاً مقصوداً بحد ذاته ولم يكن انتقال الاختصاص من قانون إلى آخر إلا نتيجة له، والقول بوجود غش نحو القانون يستلزم بحث نية فاعله للتأكد من وجوده، وتواجه هذا البحث عقبات صعبة لأن النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحريماً ما في الضمائر، وعمل كهذا إن لم يكن مستحيلاً فهو ليس بالهين اليسير، أضف إلى ذلك أن أمر تقدير نية الغش لا يخلو من خطر كبير، إذ قد يسيء القاضي استعمال سلطته أو قد يخطأ في استخلاص هذه النية⁽¹⁾.

يعارض البعض هذه النظرية ويرون عدم الأخذ بها كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي ويدعون إلى الاكتفاء بالمظاهر الخارجية والاعتماد عليها، والمظاهر الخارجية للتصرف لا تدل على الغش والأصل في الإنسان حسن النية.

كذلك لو سلم جدلاً بأن اكتشاف نية الغش سهل وميسور، فإن هذا في حد ذاته لا يبرر الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، ذلك لأن نية الغش قد تتوفر في أحد أطراف العلاقة دون الطرف الآخر، وإبطال الاختصاص القانوني ونقله لقانون آخر -أخذاً بنظرية الغش- سيؤدي إلى الإضرار بالطرف حسن النية وهذا ما يتنافى مع العدالة.

إضافة إلى ذلك أن المشرع قد أخضع تصرف من تتحقق فيه ظروف معينة (جنسية، موطن... الخ) لاختصاص قانون معين وسمح له الوقت ذاته أن يغير هذه الظروف، وعليه فإن من يغير ظروف الإسناد بغية إخضاع تصرف لقانون ما لا يكون تصرفه في حد ذاته جريمة وإنما يكون استعمالاً لحق منحه القانون، ومادام القانون يعطيه هذا الحق فلم يبق ما يدعو لمؤاخذته على تصرفه بحجة الغش نحو القانون.

(1)- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 489.

على الرغم من الحجج السالفة الذكر فإن مؤيدي هذه النظرية ردوا بمجموعة من الردود، الأول مفاده أنه لا شك أن التحقق من القصد في الغش صعب جدا إلا أنه ليس مستحيل، وعلى القاضي أن يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد ولا يحتج بصعوبة معرفة الغش لعدم الأخذ بفكرة الغش نحو القانون، لأن الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة، فسمح القانون للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت إلى ارتكاب الجريمة في الأمور الجزائية في المسؤولية الجنائية، وكذلك بالأخذ بالنية في المسائل المدنية، فنظرية السبب تقوم أساسا على نيات المتعاقدين⁽¹⁾.

احتمال حدوث شيء من التحكم والتعسف من جانب محكمة الموضوع في تقديرها لنية الغش يمكن الحد منه إلى أضيق نطاق ممكن عن طريق رقابة المحكمة العليا، لا لنية الغش بل للأثر الذي يترتب عن نية الغش وذلك في تقديرها ما إذا كان وجود الأثر يشكل مخالفة غير مباشرة للقانون أم لا؟.

إضافة إلى ذلك فإن النظام العام كالغش نحو القانون يعطي القاضي سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كان القانون الأجنبي يخالف النظام العام أو لا، ومع ذلك لم يحتج بها (السلطة التقديرية) لمنع الأخذ بالنظام العام.

كذلك إن الأخذ بنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول "والتر فيليمور WALTER Failmer" - في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسكو سنة 1901 - امتيازاً للأغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد لآخر لإجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الإسناد.

(1) - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص ص 199 و 200.

يرد على الحجة القائلة، بأن القانون ذاته قد أجاز لمن تتوفر فيه ظروف معينة (الجنسية، الموطن... الخ)، أن يجري تصرفاً قانونياً يخضع للقانون الذي يتعين بمقتضى ظرف الإسناد بأن مثل هذا الحق ما أعطى إلا للضرورة التي يوجد فيها الشخص في مثل تلك الظروف، ومثل هذه الضرورة منتفية بالنسبة لمن يغيرون جنسياتهم أو مواطنهم لغرض التخلص من القوانين الآمرة، وهؤلاء باستعمالهم حق تغيير ظروف الإسناد يستخدمون وسيلة مشروعة بقصد الوصول بها إلى غاية غير مشروعة⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم فقد غلب أنصار هذه النظرية معارضيتها فأقرتها المؤتمرات الدولية وأخذت بها المحاكم في دول كثيرة، وأصبحت هذه النظرية من مبادئ القانون الدولي الخاص، وذلك إعمالاً للمبدأ القائل بأن الغش يفسد كل شيء، على غرار المشرع الجزائري الذي نص في المادة 24 ق.م.ج على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ثانياً: تعريف الغش نحو القانون

إن الغش نحو القانون لا يقتصر على قواعد القانون الدولي، بل هو عام يمكن أن يظهر في جميع فروع القانون، ففي الالتزامات التعاقدية مثلاً، ينطوي الغش على صور مختلفة، فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ويسمى بالتدليس، ويقصد به أيضاً الإضرار بالغير فيحتفظ باسم الغش، والغير إما أن يكون دائماً لأحد المتعاقدين، كما في الدعوى البولصية ودعوى الصورية، وإما أن يكون غير دائم يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة أو أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة⁽²⁾.

أما الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص، فيعتبر بمثابة الدرع الذي تحمي به الدولة نفسها من تحايل الأفراد على قوانينها الوطنية، وذلك لأن في قيام فكرة الغش استبعاد

(1) -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص ص 200 و 201.

(2) -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 51 و 52.

لقانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي سواء كان قانونا وطنيا أو أجنبيا وذلك تطبيقا للمبدأ القائل الغش يفسد كل شيء، وهذا المبدأ نابع عن المنطق، فمهما كانت الظروف التي يحدث فيها الغش، فهو يعيب كل شيء يلزمه لأن الخداع والتحايل تضار منها الكافة، وبالتالي فكل المراكز التي تنشأ بواسطة الغش لا يحميها القانون بسبب ما يترتب عليها من ظلم وإضرار بالغير⁽¹⁾.

هكذا نلاحظ أن الغش لا يمكن أن يترتب أي أثر، وتبطل جميع التصرفات التي تحتوي على الغش، تطبيقا لهذا المبدأ القديم.

هذا ونلاحظ أيضا أن القضاء ورغم تصديه لفكرة الغش في كل أشكاله إلا أنه لم يقدم أي تعريف له، وهو نفس المسلك الذي سلكته العديد من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري الذي اكتفى فقط بالإشارة إليه في المادة 24 ق.م.ج، فاسحين المجال في شأن ذلك للفقهاء الذي قدم تعريفات كثيرة له⁽²⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 52 و 53. انظر أيضا:

AUDIT Bernard, la fraude à la loi, Thèse pour le Doctorat en droit, paris, 1976, p 10.

(2)-عرف الأستاذ "هنري ديبوا HENRI Desbois" الغش بأنه: "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته". ويرى هذا الفقيه أن الغش يحتوي على عنصرين، عنصر مادي وهو يتمثل في النتيجة غير المشروعة في نظر القانون، أما العنصر المعنوي فيتمثل في تجنب أحكام القانون. أما الأستاذ "ريبير RIPERT" فيعرف الغش بأنه: "عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية أمره". كما عرفه الفقيه "سافتييه SAVATIER" بأنه: "ينحصر في الوسائل التي يتخذها الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية أمره أو ناهية للتهرب من هذه القواعد باستخدام القواعد القانونية الأخرى التي يتوقف تطبيقها على إرادتهم مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي". بينما عرف الفقيه "جوزيه فيدال JOSE Vidal" الغش بأنه: "يثار حين يكون صاحب الحق قد تمكن من تجنب قاعدة قانونية ملزمة بواسطة استعمال وسيلة ناجعة للوصول إلى غرض معين يكون صحيحا في نظر القانون"، وعرفه أيضا بأنه: "الاستعمال الإرادي لشروط تطبيق القانون من حيث المكان". طبقا لهذا الرأي فإن مفهوم الغش مبهم، لأنه يحتوي على مظهر شخصي يتمثل في نية مخالفة القانون، فضلا عن احتوائه على مظهر موضوعي يتمثل في إنشاء مركز قانوني". كما عرف الأستاذ "لويس لوكاس LOUIS Lucas" الغش بأنه: "استعمال طريقة مضبوطة في حد ذاتها، تفسح لنا بمفردها الوصول إلى تحقيق نتيجة غير سليمة نبتغيها". أما الأستاذ حسن الهداوي فيعرف الغش بأنه: "تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة، ويعتمد ذو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر لعلاقة قانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر". وعرف الأستاذ عكاشة محمد عبد العال الغش بأنه: "كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها". كما عرف الدكتور أعراب بلقاسم الغش بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي =

أمام عدم وجود تعريف للغش نحو القانون في القانون الجزائري، كان لنا أن نعرف الغش بأنه: "كل تغيير إرادي ومشروع في ضابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، وإحلال قانون آخر محله من شأنه أن يحقق الغاية المقصودة من وراء هذا التغيير".

الفرع الثاني

الأساس القانوني للغش نحو القانون

رغم اتفاق غالبية الفقهاء على تأييد نظرية الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه النظرية، فهناك من الفقهاء من أرجعه إلى نظرية الصورية (أولاً)، في حين أرجعه البعض الآخر إلى نظرية السبب غير المشروع (ثانياً)، وأرجعه البعض الآخر إلى نظرية التعسف في استعمال الحق (ثالثاً)، وهناك من أرجعه إلى فكرة المسؤولية المدنية (رابعاً)، والبعض الآخر أرجعه إلى فكرة النظام العام (خامساً)، بينما نفر آخر من الفقهاء اعتبر أن هذه النظرية قائمة بذاتها (سادساً).

أولاً: الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات نظرية الصورية

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات نظرية الصورية، والصورية هي عبارة عن عقد ظاهر وعقد مستتر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وعلى هذا فهي تفترض وجود عقد ظاهر يسمى بالعقد الصوري واتفاق مستتر يكون غرضه إما محو كل أثر للعقد الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل معتمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة". انظر: حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 196. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 491. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 187. كيجل كمال، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ع 08، 2009، ص 73.

AUDIT Bernard, droit international privé, 5^{ème} éd, Economica, Paris, 2008, p 195. GEORGES Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 3^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1935, p 311. NIBOYET Jean-Paul, Traité de droit international privé français, conflit des lois d'autorité et de juridiction, T III, L.R.S, Paris, 1944, p 652. RENE Savatier, cours de droit international privé, paris, n°324, 1947, p 312.

⁽¹⁾ -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 88 و 89.

الصورية نوعان، صورية مطلقة وهي ترد على العقد كله، فيكون العقد الظاهر كله سوريا، ولا وجود له في الحقيقة⁽¹⁾. وصورية نسبية تختلف عن الصورية المطلقة في أن الأولى توجد علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين، يقوم التصرف أو العقد السوري بإخفاء جانب منها، وهذا الجانب يتناول إما طبيعة العلاقة وهذه تدعى الصورية بطريق التستر⁽²⁾. أو أن يتناول الجانب شروطها وأركانها وهذه الصورية تعد بطريق المضادة⁽³⁾. أو أن يتناول أشخاص أطرافها، وهذه الصورية تسمى الصورية بطريق التسخير⁽⁴⁾.

يمكن أن تشبه الصورية بنظرية الغش نحو القانون من ناحية أنهما من عمل المتعاقدين، ومن حيث الغرض الذي ترمي إليه كل واحدة منهما وهو التحايل على أحكام القانون، ومن حيث الجزاء، فالقاعدة العامة في الصورية أنها ليست سببا لبطلان التصرف فيما بين المتعاقدين، وإنما يجب الاعتداد فقط بإرادتهما الجدية الحقيقية، سواء أكانت الصورية مطلقة أو كانت نسبية، فإذا كانت الصورية مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني لأن التصرف السوري ليس إلا تصرفا ظاهريا، كما أنه لا يخفي في نفس الوقت تصرفا حقيقيا، وإذا كانت الصورية نسبية وجب استبعاد التصرف الظاهر وإعمال الحقيقي بشرط أن يكون مستكملا لأركانه ولشروط صحته⁽⁵⁾.

رغم التقارب والتشابه بين نظرية الغش نحو القانون والصورية، إلا أن الفرق بينها يبدو واضحا، فالصورية لا تعتبر وسيلة للتهرب من أحكام القانون، بل تعتبر إخفاء لمخالفة

(1) -مثال ذلك إذا أراد شخص أن يمنع أمواله من أن ينفذ عليها دائنوه، فيبيعهها بيعا سوريا لآخر يتفق معه على ذلك ويكتبان في الوقت نفسه عقدا مستترا يذكران فيه أن البيع غير حقيقي. انظر: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 89.

(2) -مثال ذلك البيع في صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة. انظر: مرجع نفسه، ص 90.

(3) -مثالها أن يذكر في عقد بيع عقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي هروبا من دفع جانب من رسوم الشهر. انظر: مرجع نفسه، ص 90.

(4) -كأن يتم التصرف لحساب شخص غير الشخص المذكور في العقد تحايلا على القانون الذي يحرم على بعض الأشخاص مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق مثال ذلك منع القضاة من شراء الحقوق المتنازع عليها التي تدخل في اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها وظائفهم. انظر: مرجع نفسه، ص 90.

(5) -مرجع نفسه، ص 90 و 91.

قانونية، بحيث تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي، يستر عقدا باطنا حقيقيا وبمجرد سقوط الستار تظهر الحقيقة التي أراد المتعاقدان إخفاءها، بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهر حقيقي ولكن الغرض منه غير شرعي، أي أن الإرادة فيه إرادة حقيقة لا تستر إرادة أخرى.

كذلك إذا أراد القاضي أن يبطل الصورية فلا يستند إلى نية الغش، بل عليه أن يفرق بين الحقيقة والظاهر، بينما في الغش نحو القانون تلعب فكرة النية دورا هاما، إذ لا تختلف الحقيقة عن الظاهر بحيث أن الذي يمكننا من الاعتراض على التصرف المشوب بالغش هو الاستناد إلى نية الغش التي دفعت الأطراف إلى الالتجاء إلى هذه الوسيلة.

كذلك إن قيام الصورية ينفي وجود فكرة الغش، إذ لا تقوم هذه الأخيرة إلا إذا تعذر اللجوء إلى وسيلة أخرى لتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة، فيكفي إبعاد الحيلة وإظهار الحقيقة لتطبيق الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية التي أراد الأفراد إخفاءها، وبالتالي فلا فائدة من اللجوء إلى فكرة الغش⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك يختلف جزاء الغش عن جزاء الصورية، حيث لا يعتبر جزاء واحد إذ أن جزاء الغش نحو القانون ينحصر في عدم الاحتجاج بالنتيجة المشوبة بالغش، في حين أن الجزاء في نظرية الصورية هو أن التصرف الصوري يعتبر عديم الوجود بين المتعاقدين، ولا ينتج أي أثر، بينما التصرف الحقيقي الذي أراد الأطراف إخفاءه يطبق عليه الجزاء المقرر في القاعدة القانونية التي خالفها الأطراف.

أخيرا تتميز دعوى الصورية عن دعوى الغش، إذ ينحصر هدف الأولى في إظهار صورية التصرف ولا يطلب من المدعي إثبات الغش، بينما يكون التصرف في دعوى الغش حقيقيا وينحصر هدفها في إثبات الغش والتحايل على القانون، ومتى كانت هناك دعوى صورية استحال رفع دعوى الغش⁽²⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 91 و 92.

(2)-مرجع نفسه، ص ص 91 و 92.

ثانيا: الغش نحو القانون تطبيقا من تطبيقات السبب غير المشروع

يرى جانب من الفقه ومن بينهم الأستاذ "هنري ديبوا HENRI Desbois" أن نظرية الغش نحو القانون ما هي إلا صورة من صور السبب غير المشروع، ويعرف السبب في النظرية الحديثة بأنه الباعث الدافع على التعاقد، وطبقا لهذا التعريف، يقول الأستاذ "هنري ديبوا HENRI Desbois" بأن كل تصرف نتج عن غش وجب إبطاله كلما كان سببه مخالفا للقانون أو الآداب، إذ يعتبر هذا السبب بمثابة نية الغش التي تكون العنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون.

يعاب على هذا الرأي أن تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب غير المشروع يؤدي إلى عدم اشتغالها على كل حالات الغش، كما أن الفقه والقضاء في فرنسا ميزا بين نظرية الغش ونظرية السبب غير المشروع بحيث نجد أن المحاكم أحيانا تطبق الجزاء على المخالفات المشتملة على فكرة الغش بدون أن تشترط وجود نية الغش.

إضافة إلى ذلك إن الجزاء الذي يترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق، بينما الجزاء الذي يترتب على الغش هو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش لا البطلان⁽¹⁾.

ثالثا: الغش نحو القانون تطبيقا من تطبيقات التعسف في استعمال الحق

يذهب جانب من الفقه الحديث إلى أن الغش نحو القانون يستند إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بينهم الأستاذ "جاك موري JACQUES Maury" الذي يرى أن للفرد مثلا حق تغيير جنسيته أو موطنه أصلا، إلا أنه يتعين أن يكون هذا التغيير مشروعاً، أي يتعين ألا يكون الهدف من التغيير هو التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق، فإذا تبين للقاضي عدم مشروعية التغيير وجب عليه أن يهدر كل أثر له ويعيد الاختصاص للقانون الواجب التطبيق ابتداء⁽²⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 94 و 95.

(2)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 219.

إذا رجعنا إلى تعريف الحق، فالحق مكنة قانونية تهدف إلى مصلحة مشروعة وتخول صاحبها القيام بعمل أو إجبار آخر على أدائه، وعندما يقرر القانون حقا من الحقوق في صدد تنظيم الروابط والعلاقات فإنه يفرض واجبا يقابل هذا الحق، وقد يقع على كافة الناس كواجب احترام الحق العيني، مثل حق الملكية وقد يقع هذا الواجب على عاتق شخص أو على أشخاص بذواتهم إذا كان حقا شخصيا مثل واجب المدين نحو دائئه في قيامه بالأداء الذي التزم به⁽¹⁾.

أما التعسف في استعمال الحق فقد اختلفت التعريفات بصده، فالفقيه "جوسران JOSSERAND" يعرف التعسف بأنه: "استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع لأجله". أما "سافتيه SAVATIER" عرفه بأنه: "نزاع بين الحق والأخرق أو بالأحرى بين حق يمتلكه شخص وواجبه الخلقى الذي يقع على عاتقه، فإذا استعمل الحق مخالفا هذا الواجب الخلقى فإنه يخل بواجبه الخلقى. أما الأستاذ "ريبير RIPERT" هو الآخر يرجع التعسف إلى فكرة خلقية ويعرفه بأنه: "الاستعمال غير الخلقى للحق"، كما أنه يسند الغش إلى هذه الفكرة، ويرى أن كل من يستعمل حقا بقصد التهرب من قاعدة قانونية ويقصد التحايل عليها، يستعمل هذا الحق استعمالا غير خلقى⁽²⁾.

إذا كان الغش يشتهب بالتعسف في استعمال الحق من حيث كون الغش ينحصر في تحويل الحق عن هدفه العادي أو الشرعي فإن الفرق واضح بينهما، فالغش موجه ضد القانون، في حين أن التعسف موجه ضد الغير، أما التعسف يقع ضد مصلحة خاصة، في حين أن الغش يضر بمصلحة عامة يمثلها القانون العام⁽³⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 96.

(2)-مرجع نفسه، ص 97.

(3)-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 169.

كذلك قد يقع التعسف لمجرد إهمال الحق والاستخفاف في استعماله، بينما الغش لا يقوم إلا إذا توافرت فيه نية الغش، إذ تلعب هذه النية دورا هاما في مجال الغش، بينما لا تشترط هذه النية في التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن أعمال المبادئ العامة في التعسف في استعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أن نظرية الغش نحو القانون تهدف أساسا إلى تحقيق نتيجة محددة هي استبعاد أحكام القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصا بحكم النزاع أصلا، والذي سعى الخصم إلى التهرب من أحكامه بتغيير ضابط الإسناد⁽²⁾.

أخيرا التعسف يقتضي أن يحدث بمناسبة استعمال الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق، أما التعسف الذي يقع بمناسبة ممارسة الرخص والحريات العامة، فلا شأن له بنظرية التعسف في استعمال الحق، وعلى هذا النحو يعجز الاتجاه الذي يسند الغش نحو القانون إلى فكرة التعسف في استعمال الحق⁽³⁾.

رابعاً: الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية المدنية

يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية المدنية، ويعتبر الغش حسب هذا الرأي بمثابة جريمة مدنية تلزم مرتكبها بالتعويض، ويتمثل هذا التعويض في اعتبار التصرف المشوب بالغش عديم الأثر في مواجهة ضحايا الغش⁽⁴⁾.

(1) - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 268.

(2) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 219 و 220.

(3) - لأن انتقال الزوجين مثلا إلى دولة أجنبية لإبرام عقد زواج تهربا من الشكل الخاص الذي يستلزمه قانون موطنهما المشترك، لا يعتبر تعسفاً، ذلك أن حرية الأفراد في الانتقال من مكان إلى آخر تعد قطاعا من قبيل الرخص والحريات العامة، ولا شأن لها بفكرة الحق بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، حتى يقال أن الزوجين قد تعسفا في استعمال حقهما في الانتقال في مثل هذه الصورة. انظر: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 98 و 99.

(4) - مرجع نفسه، ص 100.

غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن هناك حالات كثيرة من الغش لا يشترط فيها توافر الشروط المكونة للمسؤولية المدنية هذا من جهة(1)، ومن جهة ثانية فإن آثار المسؤولية المدنية تختلف تماما عن آثار الغش(2).

1- من ناحية الشروط المكونة للمسؤولية المدنية

لقيام المسؤولية المدنية، لابد من توافر ثلاثة شروط، الخطأ والضرر والعلاقة السببية، بينما في الغش نحو القانون، إذا توافر الشرط الأول باعتباره مكونا للخطأ المدني، فالشرطان الباقيان قد يختلفان إذ لا يشترط في الغش ضرورة وقوع الضرر، وبما أن الضرر هو بمثابة الشرط الأساسي في دعوى المسؤولية بحيث إذا انعدم تعذر التعويض، فالأمر غير ذلك في الغش نحو القانون، إذ لا يعتبر الضرر كشرط أساسي وضروري في رفع دعوى الغش، إذ أن الأمر يتعلق بتطبيق الجزاء على تصرف مشوب بعيب خاص، فمثلا قبل سنة 1884 إذا كان الزوجان الفرنسيان قد غيرا جنسيتيهما للحصول على الطلاق الذي كان يحرمه القانون الفرنسي آنذاك، فإن هذا التجنس لا يحدث ضررا للغير.

لا يمكن أن يعترض هنا على الغش بقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة"، ذلك لأنه يشترط لوجود المصلحة وقوع الضرر حتى يتمكن المدعي من رفع دعواه بل قد تكمن هذه المصلحة في حماية ضرر وشيك الوقوع كأن يحتاط لنزاع لاحق، وهذه المصلحة كافية لرفع الدعوى، وهكذا فإن كل من كان ضحية غش يجوز له أن يرفع دعوى الغش، حتى لو لم يصبه ضرر(1).

نلاحظ أن هذه المسألة قد طرحت على المحاكم الفرنسية بصدد قضية "فالير VALLER" إذ حصلت الزوجة بواسطة تغيير جنسيتها على الطلاق، فطلب الزوج من المحاكم الفرنسية الحكم بعدم الاحتجاج بهذا الطلاق في مواجهته، فقضت محكمة السين في 02 جويلية 1947 بعدم قبول طلبه لانعدام المصلحة، على أساس أن المدعي ليس من حقه أن يخشى أي شيء طالما لم تطلب الزوجة تنفيذ الحكم في فرنسا، غير أن محكمة استئناف باريس قضت في 15 ديسمبر 1948 بأنه حتى لو كانت الزوجة لم تطلب بعد تنفيذ الحكم في فرنسا، فإن الزوج له مصلحة

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 101.

حالية ربما تكون هي رغبته في استمرار علاقة الزوجية، وبالتالي فمن حقه أن يطلب من المحكمة القضاء له بعدم الاحتجاج في مواجهته بالحكم الأجنبي الذي قضى بالطلاق⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق برابطة السببية، فإنه وتطبيق المسؤولية المدنية يفترض وجود رابطة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، فمرتكب الخطأ المدني لا يلتزم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة، وإنما يلتزم فقط بالتعويض عن الأضرار المباشرة المؤكدة، في حين أنه في بعض حالات الغش، قضت المحاكم الفرنسية بالغش رغم أن الضرر لم يكن نتيجة حتمية وضرورية للغش⁽²⁾.

2- من ناحية آثار المسؤولية المدنية

إن مشكل المسؤولية المدنية ينحصر في التعويض عن الضرر الذي نجم من تصرف خاطئ، وأنصار أتباع نظرية الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية المدنية يؤسسون جزاء الغش على ضرورة التعويض عن النتائج الضارة، في حين أن مضمون الغش يتمثل في التهرب من تنفيذ قاعدة قانونية، أي التحايل عليها للوصول إلى أغراض غير مشروعة، وبالتالي فإن جزاء الغش ينحصر في عدم فاعلية التصرف المشوب بالغش، بحيث لا ينتج أي أثر ولا يكمن في التعويض عن الأضرار⁽³⁾.

يتضح من هذا أن نظرية المسؤولية تختلف عن نظرية الغش نحو القانون في حالات عديدة، فقد تجتمع شروط نظرية الغش دون شروط المسؤولية مثال ذلك، من يشتري عقاراً وهو يعلم أنه مباع ثم يقوم بإجراءات التسجيل، ثم يقوم المشتري الأول بإجراءات التسجيل بعد المشتري الثاني، ففي هذه الحالة يكون المشتري الثاني قد استعمل امتيازاً منحه القانون للمشتري الذي يهمله

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 101 و 102.

(2)-مثال ذلك فرنسي غير جنسيته قبل سنة 1884 لكي يتمكن من طلب الطلاق الذي كان يحرمه القانون الفرنسي آنذاك، ثم تزوج للمرة الثانية وأنجب أطفالاً، وماتت زوجته الثانية، وقد كانت زوجته الأولى على قيد الحياة، ثم تزوج للمرة الثالثة وبعد موته رفض أبناءه من الزوجة الأولى اعتبار الأطفال الذي أنجبهم والدهم من زواجه الثاني والثالث كأطفال شرعيين واستجابت المحاكم لطلبهم وقضت لهم بأن الطلاق الذي حصل عليه والدهم لا يجوز الاحتجاج به في مواجهتهم لأنه تم بواسطة الغش. انظر: مرجع نفسه، ص ص 102 و 103.

(3)-مرجع نفسه، ص 103.

التعجيل، فمن جانب تطبيق المسؤولية يتعذر تطبيقها لانتهاء الخطأ، ولكن تقوم نظرية الغش في هذا المثال ويعتبر المشتري الثاني قد ارتكب خطأ يكمن في التحايل والغش لتملك عقار مباع وهو يعلم مسبقاً بذلك.

كذلك قد تجتمع شروط كل من الغش والمسؤولية معا إذا توافر الغش وطبق عليه الجزاء، فإن الشخص الذي وقع ضحية لهذا الغش إذا أصابه ضرر يجوز له أن يرفع دعوى المسؤولية المدنية طالما توافرت شروطها، ذلك لأن تطبيق جزاء الغش لا ينفي قيام المسؤولية المدنية، كما أن دعوى كل من المسؤولية ودعوى الغش دعوتين مستقلتين وترجع الأسبقية لنظرية الغش حتى يمكن إبطال التصرف القانوني، ولا تطبق نظرية المسؤولية المدنية إلا إذا كان الشخص الذي وقع ضحية الغش قد أصابه فعلاً ضرر من جراء الغش، وهكذا يبدو لنظرية المسؤولية المدنية طبعاً تكميلياً عند قيام الغش.

إضافة إلى ذلك قد تجتمع شروط المسؤولية المدنية وتتخلف شروط الغش في حالة ما إذا تعذر تطبيق جزاء الغش بسبب حسن نية الغير الذي ساهم في ارتكاب التصرف المشوب بالغش⁽¹⁾.

خامساً: الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات الدفع بالنظام العام

يرى جانب آخر من الفقه، ومن بينهم "بارتن BARTIN" أن الغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام، فإذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فإن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقاً للنظام العام، ولهذا يتعين وفقاً لهذا الرأي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة باسم النظام العام وإحلال قانون القاضي بدلاً منه⁽²⁾.

يرى هذا الجانب من الفقه أن نظرية الغش لا يرجى منها أية فائدة، لأن إعمال فكرة النظام العام تكفي لاستبعاد القانون الأجنبي، ويقول "بارتن BARTIN" في هذا الصدد أن الغش هو بمثابة

(1) -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 103-105.

(2) -هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 220.

المظهر الشخصي لفكرة النظام العام والذي يظهر في خلق وضعية اجتماعية غير مألوفة عند تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾.

فعلا فإن النظام العام يلتبس بفكرة الغش نحو القانون، وذلك من ناحيتين، الأولى من حيث أنه يمس النظام القانوني في دولة القاضي، أما الثانية من حيث النتيجة التي تنحصر في استبعاد القانون الأجنبي⁽²⁾.

لكن مهما كان التشابه بين فكرة النظام العام وفكرة الغش نحو القانون، فإن الاختلاف بينهما واضح، فاستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أما استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة الإسناد⁽³⁾.

كذلك أن نظرية الغش نحو القانون ليست موجهة إلى مضمون القانون الأجنبي، ولا تهدف إلى استبعاد القانون الواجب التطبيق لذاته، وإنما هي موجهة إلى الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لتطبيق القانون الأجنبي على علاقة لم تكن خاضعة لاختصاصه، في حين أن الدفع بالنظام العام يوجه إلى مضمون القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإذا استبعدت أحكامه فذلك لأنها تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني⁽⁴⁾.

إضافة إلى ذلك تتميز نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام في كون أن الأولى ترمي إلى حماية القانون الوطني والأجنبي في آن واحد، بينما الدفع بالنظام العام ينحصر هدفه في حماية القانون الوطني فقط.

(1) - كما لو كان أجنبيا قبل سنة 1884 قد حصل على الطلاق، فإن طلاقهما يعترف به في فرنسا، ولكن إذا ما تعلق الأمر بالفرنسيين فإن هذه الوضعية الاجتماعية تبدو غير مألوفة، ولا تكون لها أية قيمة، أما المظهر المادي للنظام العام فينحصر في التعارض الدائم بين القوانين التي لا تتضمن نفس الاشتراك القانوني. انظر: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 105 و106.

(2) - مرجع نفسه، ص 106.

(3) - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 220.

(4) - نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 107.

كذلك تختلف نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام أيضا من حيث الهدف، إذ أن هذا الأخير لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي في حد ذاته، وإنما يهدف إلى منع النتيجة المنافية التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون الأجنبي، فإذا أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط، فليس ثمة داع لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام، وليس في هذا الحل مساس بقاعدة الإسناد الوطنية، كما أنه ليس فيه تجاهل للمشرع الأجنبي، إذ أن هذا الحل يهدف إلى الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية⁽¹⁾.

أخيرا أهم ما يميز نظرية الغش عن فكرة النظام العام هو مجال أعمال كل منهما، فالتمسك بالنظام العام يظهر بصورة رئيسية وقت إنشاء العلاقات أو المراكز القانونية، أما تلك التي تم إنشاؤها في دولة أخرى غير دولة القاضي فإن مفعول النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي قد ينعدم أو يخفف وهذا ما يطلق عليه "تلطيف مفعول النظام العام"، وعلى خلاف ذلك فإن مجال العمل بالغش يكون وقت الاحتجاج بالمراكز القانونية لا وقت إنشائها⁽²⁾.

سادسا: الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها

رغم اختلاف الآراء في إسناد نظرية الغش نحو القانون إلى أساس قانوني، فإن جانب من الفقه الحديث ذهب إلى الاعتراف بالكيان المستقل لهذه النظرية، فالدفع بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون لا يعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق أو نظرية الصورية أو نظرية السبب غير المشروع أو فكرة النظام العام أو المسؤولية المدنية، وإنما هو تطبيق لمبدأ عام وهو أن الغش يفسد كل شيء، ويقصد به أن كل تصرف نتج عن غش يعتبر فاسدا ولا تجوز حمايته قانونا⁽³⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 108.

(2)-حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 198.

(3)-هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221.

أخذت معظم المحاكم بتطبيق مبدأ الغش يفسد كل شيء ومنها محكمة النقض الفرنسية التي كانت دائماً تذكر في حيثيات أحكامها: "وحيث أن القانون يعتبر الغش استثناء في جميع القواعد"⁽¹⁾.

على الرغم من أهمية مبدأ الغش يفسد كل شيء فإن بعض الفقهاء قد تعرضوا له بالنقد بقولهم، أن هذا المبدأ لم يسجل في القانون، وبالتالي فليست له قيمة قانونية. كذلك أن هذا المبدأ مبهم، بحيث يؤدي تطبيقه إلى تعسف القضاة.

غير أن مؤيدي هذا المبدأ ردوا بمجموعة من الردود، فالقول بأن مبدأ الغش يفسد كل شيء لم يسجل في القانون، هي حجة غير مقنعة، ذلك أن المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ ما هي إلا تطبيق لهذا المبدأ، الذي ينص على أن الغش يعتبر استثناء لجميع القواعد القانونية، كما لا يمكن أن ننكر الطابع الإلزامي لهذا المبدأ لمجرد أنه لم يسجل ذلك، لأن مصادر القانون هي التشريع والعرف والقضاء، وهذا المبدأ - أي الغش يفسد كل شيء - يستمد قوته الملزمة من العرف الجاري العمل به.

كذلك أن القول بأن مبدأ الغش يفسد كل شيء مبدأ مبهم، فإن هذا الإبهام يكون حافظاً لدراسته بدلاً من التخلي عنه، كما أن قيمته تتنوع حسب الظروف، فأحياناً يطبق على الغش الجزاء بوسائل تقنية معروفة، وفي هذه الحالة يكون المبدأ مجرد تطبيق خلقي، أما إذا تعذر تطبيق الجزاء على الغش بواسطة وسائل تقنية عادية فإن المحاكم تؤسس الجزاء على مبدأ أن الغش يفسد كل شيء، وفي هذه الحالة تكون لهذا المبدأ قوة ملزمة⁽³⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 110.

(2)-ART 1167 du code civil français dispose que: « Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leurs débiteur en fraude de leurs droits ». cet art a été modifié conformément à l'ordonnance du 10 février 2016, ou nouvel art est devenu 1341/2 dispose que : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le cocontractant avait connaissance de la fraude ».

(3)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 111.

الفرع الثالث

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط، اثنان منها متفق عليهما فقها وقضاء (أولاً)، والباقي مختلف فيها (ثانياً).

أولاً: الشروط المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون

اتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرطين للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون، شرط مادي هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد(1)، وشرط معنوي هو توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون(2).

1- التغيير الإرادي لضابط الإسناد(العنصر المادي)

حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد عن طريقه القانون الواجب التطبيق على العلاقة، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل إرادة الأفراد في تغييرها، لذلك أطلق الفقه على هذا الشرط بالعنصر المادي للغش، باعتباره يقوم على إجراء ظاهر من قبل الأفراد يستوي في ذلك كون هذا الإجراء مادياً كتغيير مكان إبرام العقد أم قانونياً كتغيير الجنسية(1).

من البديهي أنه يجب أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لتغيير ضابط الإسناد أو تغيير الظروف المحيطة بالعلاقة سليماً من الناحية القانونية، ذلك أن التغيير إذا تم من قبل الأفراد بطريقة غير مشروعة، من الناحية القانونية أو كان تغييراً صورياً فقط، فلن تكون هناك ثمة حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، وذلك لوجود وسائل قانونية أخرى يمكن استعمالها لمنع النتائج التي أراد الأفراد تحقيقها في مثل هذه الحالة، إذ يكفي على سبيل المثال إثبات عدم صحة الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد أو صورتها، ويقال لذلك بأن الدفع بالغش نحو القانون يقوم بدور احتياطي

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 77. انظر أيضاً: بن ساعد الهام، تفسير القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 405.

باعتبار أنه لا يتم اللجوء إليه إلا كعلاج أخير عندما يتعذر إبطال التصرف تطبيقاً لأي قاعدة أخرى⁽¹⁾.

كما يلزم أن يكون التغيير إرادياً، أما لو كان مفروضاً على الشخص بحكم القانون فلن يتوافر مبرر الدفع بالتحايل على القانون⁽²⁾.

الأمثلة على قيام الأفراد بتغيير ضوابط الإسناد عن طريق إجراء تغيير إرادي عديدة، نذكر من أهمها تغيير الأفراد لجنسيتهم بقصد الهروب من أحكام قانونهم في الدول التي تعتد بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، فقد يعمد الأفراد مثلاً إلى اكتساب جنسية جديدة تتلاءم أحكام قانونها مع الهدف الذي يريد الأفراد تحقيقه، وقد رأينا مثلاً واضحاً لذلك في قضية الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" السابق عرضها، وكذلك الحال بالنسبة للموطن في الدول التي تعتد به كضابط في مسائل الأحوال الشخصية، كما في الدول الأنجلوأمريكية، حيث يمكن للأفراد في هذه الدول تغيير موطنهم، وهو أمر أقل صعوبة من تغيير الجنسية، وذلك بغية الهروب من أحكام قانون الموطن الأول إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهم⁽³⁾.

على الرغم من أن المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون في الغالب وكما هو واضح من الأمثلة السابقة، هو مسائل الأحوال الشخصية إلا أنه من الممكن تحقيق هذه الفكرة في مجالات أخرى كمجال الحقوق العينية ومجال التصرفات القانونية، ففي مجال الحقوق العينية يمكن تحايل الأفراد على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة، عن طريق تغيير ضابط الإسناد

(1) - فلو فرضنا مثلاً أن وطنياً قاصراً انتقل إلى دولة أجنبية حتى يتمكن من عقد زواجه فيها هروباً من قانون دولته الذي يشترط أخذ الموافقة الأبوية لهذا العقد، ففي مثل هذا الفرض، لن يكون هناك داع لإعمال الدفع بالغش وذلك على الرغم من أن تصرف القاصر ينطوي على التحايل، إذ يكفي لإبطال الزواج في هذا الفرض تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج والتي تقضي بالرجوع إلى قانون الجنسية، حيث يستلزم هذا الأخير بعض الشروط من بينها شرط الموافقة الأبوية. انظر: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 225 و 226. انظر أيضاً: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 77 و 78.

(2) - مثلاً كما هو الحال في اكتساب الجنسية كأثر تبعية أو عائلي للجنس أو الزواج أو وقع بصفة عفوية أو عرضية. انظر: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 226. انظر أيضاً: دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الخاصة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع 01، 2015، ص 75.

(3) - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 226.

وذلك بتغيير المكان الذي يوجد به المنقول، فكما هو معلوم أن المنقول يخضع كقاعدة عامة لقانون موقعه، وبالتالي يمكن للأفراد الهروب من أحكام قانون الموقع الأصلي، والخضوع لأحكام قانون موقع آخر جديد يتلاءم ومصالحهم، وذلك عن طريق نقل المنقول من مكانه الأصلي إلى مكان آخر في دولة أخرى، وكذلك الأمر في مجال التصرفات القانونية فإنه يمكن تحايل الأفراد على القانون بتعمدهم كإدخال عنصر أجنبي بشكل صناعي في عقد وطني في جميع عناصره ليصبح بذلك عقداً ذا طابع دولي، ويتسنى لهم بالتالي إخضاعه لقانون غير القانون الوطني الذي كان يجب أن يحكمه بوصفه عقداً وطنياً بحتاً⁽¹⁾.

2- توافر نية الغش أو التحايل على القانون لدى القائم به (العنصر المعنوي)

لا يكفي لأن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترناً بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة، ويطلق الفقه على هذا الشرط بالعنصر المعنوي في الغش، ذلك أن هذا العنصر لا يقوم على إجراء مادي قابل للحس، وإنما يؤسس على شيء معنوي هو النية، ففكرة الغش نحو القانون لا تتحقق في الواقع إلا إذا كانت نية الأفراد قد انصرفت إلى تحقيق هدف لم يكن في الإمكان الوصول إليه وفقاً للقانون الواجب التطبيق أصلاً، ويعبر عن ذلك البعض من الفقه باشتراط أن يكون الهروب من القانون الواجب التطبيق هو الهدف أو الباعث الدافع من إجراء التغيير في ضابط الإسناد وليس النتيجة⁽²⁾.

أثار استلزام العنصر المعنوي كشرط لإعمال الدفع بالغش، خلافاً في الفقه، حيث يذهب البعض من الفقه مثل "كانت KANT" إلى أن اشتراط وجود نية الغش سوف يلزم القاضي بالبحث في مسائل باطنية لا سبيل إلى التحقق منها، إذ كيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية للشخص ومعرفة ما إذا كان الباعث الحافز أو الغرض الوحيد الذي قصد إليه الشخص بتغيير جنسيته مثلاً هو التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً أو لا؟.

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 226 و 227.

(2) -دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 77. انظر أيضاً: كيدل كمال، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 77.

ذهب أنصار هذا الرأي إلى عدم وجوب التقيد بشرط وجود النية، وإمكان اعتبار الغش أو التحايل متوافرا دون حاجة للبحث عن النية، ومن الأمثلة التي يضرِبونها على ذلك قيام وطنيين بالسياحة في دولة أجنبية، وخلال إقامتهما بهذه الدولة، يقوم أحدهما بإجراء هبة لآخر دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة الأجنبية بالذات، وبالتالي يمكن استخلاص وجود الغش من هذه العملية بدون الالتجاء إلى البحث عن النية في هذا التصرف⁽¹⁾.

الواقع هو أن فكرة تقصي النية موجودة في كل فروع القانون، لاسيما في القانون المدني الذي يعرف الخطأ والتدليس وعدم مشروعية السبب وجميع العناصر المعنوية، كما أن إقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم أمرا ميسورا للقضاء بعد أن حنكته التجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق، والغش في الدعوى البولصية في القانون المدني، وإساءة استعمال السلطة في القانون الإداري، والقتل العمد وغير العمد في القانون الجنائي، كما أن هناك أحوالا تكون فيها نية الغش واضحة جلية، لا تحتاج إلى دليل، مثل تغيير الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" لجنسيتها فقد كان سوء نيتها صارخا إلى درجة أنها عجزت على أن تقدم للقضاء سببا غير البحث عن النية الحقيقية⁽²⁾.

من القرائن التي يمكن للقاضي أن يستخلص منها نية الغش لدى الشخص، التلازم الزمني بين الإجراء المادي الذي تم اتخاذه من قبل الفرد- أي تغيير ضابط الإسناد- وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، كما في حالة تجنس شخص بجنسية جديدة وقيامه فور تجنسه بالحصول على التظليق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به.

كذلك يعد من أهم القرائن التي تقيد في مسألة توافر الغش أو التحايل ووجود نية التحايل، أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية، فمن المعلوم أن بعض التشريعات

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 79 و 80.

(2)-مرجع نفسه، ص 80.

كتشريع ولاية "نيفادا NEVADA" بالولايات المتحدة الأمريكية، والتشريع المكسيكي وغيرها، تسمح مثلا بالتطليق لأي سبب من الأسباب حتى ولو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح به، بل وبغض النظر عن كون طالب التطليق مقيما بإقليم الدولة أو حضر إليها خصيصا للحصول على التطليق، وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة، فإذا ما قام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد، كما لو غيروا موطنهم مثلا، للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين، فالمستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون حاجة كما هو واضح للبحث في النوايا.

إضافة إلى ذلك يعد من القرائن التي تدل على توافر نية الغش كذلك، كون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين الأكثر تحقيقا لمصلحة من قام بالتغيير، من ذلك أن يكون هذا القانون من القوانين التي تضع قيودا على نقل الملكية⁽¹⁾.

ثانيا: الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون

أضاف الفقهاء شروطا مختلفة بجانب الشرطين السابقين، وأهم هذه الشروط، أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة⁽¹⁾، وأن يتم التمسك به فقط لصالح قانون القاضي⁽²⁾.

1- أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة

يذهب جانب من الفقه التقليدي إلى قصر أعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات الهروب من قاعدة آمرة، أما لو كانت القاعدة القانونية مكملة فلا يتصور في نظرهم التهرب منها لأن المشرع خول للأفراد صراحة حق الخروج عليها⁽²⁾. ويميل إلى هذا الاتجاه بعض التشريعات على غرار التشريع الإسباني، فقد ورد بالمادة 4/12 من القانون الدولي الخاص الإسباني الوارد بالمجموعة المدنية لعام 1974 النص على أنه: "يعتبر تحايلا على القانون استعمال إحدى قواعد التنازع بغية التهرب من قانون إسباني أمر".

غير أن الفقه الحديث يعترض على هذا الرأي، فمادامت العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، فمن الممكن تصور خروج الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 229 و 230.

(2)-دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 80. انظر أيضا، مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 1594.

وراء القاعدة، دون تفرقة في ذلك بين ما إذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة، ففي مجال العقود الدولية مثلا وعلى الرغم من تمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، فلا يحق لهم مع ذلك الخروج بالرخصة التي خولهم إياها المشرع عن هدفها وهو تيسير المعاملات، ويتحقق هذا الخروج عند قيام الأفراد بتحويل عقد وطني في جميع عناصره إلى عقد دولي بإقحام عنصر أجنبي بقصد إخضاعه إلى قانون غير القانون الوطني المختص أصلا بحكم العقد، كما لا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التي خولهم إياها المشرع في مجال العقد الدولي للتوصل إلى إخضاع العقد إلى قانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة ولا تربط بالعقد أية صلة وذلك تحقيقا لمصلحة ذاتية المتعاقدين⁽¹⁾.

2- أن الغش نحو القانون يجب التمسك به فقط لصالح قانون القاضي

استقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة لاسيما منذ قضية الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" على قصر تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي يقوم بها الأفراد بقصد التهرب من قانون القاضي، بمعنى أنه يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية هو القانون الوطني للقاضي المطروح عليه النزاع، أما إذا كان هذا القانون قانونا أجنبيا، فلم يكن هناك مجالا لإعمال الدفع بالغش⁽²⁾.

استند الفقه في ذلك إلى أن وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه، ولكن لا يدخل في نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية أو السهر على حراسة هذه القوانين ضد تلاعب الأفراد، كما أن القانون الأجنبي لا يتمتع بالطابع الملزم بحيث يقع على عاتق القاضي واجب الدفاع عنه، كما هي الحال بالنسبة إلى قانونه⁽³⁾.

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 232 و 233. انظر أيضا: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 83.

(2)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 230.

(3)-مرجع نفسه، ص 230.

سار القضاء الفرنسي في 05 فبراير 1929 على هذا الاتجاه، ولم يقبل التمسك بالدفع بالغش نحو القانون الأجنبي، وذلك إثر إدعاء بالغش من طرف ايطالية، تجنس زوجها بالجنسية الفرنسية، وبها طلب التطبيق طبقا لقانون جنسيته الجديدة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمحاكم الفرنسية التدخل في أمر التجنس لأنه عمل إداري، لكن الغالبية من الفقه الفرنسي ومنهم الأستاذ "باتيفول BATIFFOL" ترى عدم التمسك القضاء الفرنسي بالغش نحو القانون الأجنبي يعتبر عملا سائغا، فإذا كان القضاء يقبل الغش الصادر ضد سيادة القانون الأجنبي، فينبغي على الأقل أن يرفض كل التصرفات الضارة بالتقاليد والآداب العامة التي تشترك فيها الأمم المتمدنة، ذلك أن أساس نظرية الغش نحو القانون يكمن في ضرورة مطاردة الغش أيا كانت الغاية منه وبغض النظر عن كونه القانون الذي أراد الأفراد التهرب منه هو قانون القاضي أم قانونا أجنبيا، وإذا كان القاضي الوطني غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضد تحايل الأفراد، فإن له مع ذلك توقيع الجزاء اللازم بالنسبة للتصرفات المخالفة للأخلاق ولمبدأ حسن النية، ومما لا شك فيه أن تحايل الأفراد للهروب من أحكام القانون الأجنبي يشكل مخالفة لقواعد السلوك ولمبدأ حسن النية⁽¹⁾.

حديثا أصبح القضاء الفرنسي يقبل بدوره التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي، وأبرز دليل على ذلك أنه أبطل كل العقود التي تشمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذلك في 07 مارس 1961⁽²⁾، وفي قرار "منزر MUNZER" في 07 جانفي 1964 أخضع إعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون، وهذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي والغش نحو القانون الأجنبي⁽³⁾.

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 231. انظر أيضا:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 8^{ème} éd, op.cit, p 594.

(2) -Cour de Cassation, 07 mars 1961, Bull, civ, 1961, III, 112.

(3) -« pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies à savoir: ... 5- L'absence de tout fraude à la loi ... ». Voir: Cour de Cassation, Civ, 1^{ère}, 07 janvier 1964, Munzer, R.C.D.I.P, 1964, p 344, note Batiffol, J.D.I.P, 1964, p 302, note Goldman, J.C.P, 1964, II, 13590, note Ancel. Cité / ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, 4^{ème} éd, op.cit, p p=

أيد الفقه الحديث هذا الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي، معتبرا أن الغش هو الغش في جميع الحالات، وينبغي مطارذته حيث كان، كما أن التحايل نحو القانون الأجنبي في واقع الأمر موجه إلى قانون القاضي الوطني نفسه، ذلك أن القانون الأجنبي إنما يحكم العلاقات القانونية في النطاق الدولي بناء على قاعدة الإسناد الوطنية للقاضي، ومن ثم فإن التحايل للهروب من القانون الأجنبي هو تحايل في الوقت ذاته للهروب من قاعدة الإسناد الوطنية، أي باختصار هو تحايل على قانون القاضي ذاته⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فالظاهر أنه أخذ بالاتجاه الحديث من خلال نص المادة 24 ق.م.ج التي نصت على استبعاد القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ويطبق محله القانون المغشوش عليه الذي هو مختص أصلا طبقا لقاعدة الإسناد سواء أكان القانون الجزائري أو كان قانونا أجنبيا⁽²⁾.

الفرع الرابع

آثار الدفع بالغش نحو القانون

إذا توافرت شروط الدفع بالغش نحو القانون، فإن التمسك به وإعماله يرتب أثرا، أحدهما سلبي يتمثل في استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه (أولا)، والآخر إيجابي يتمثل في إعمال القانون الذي تم التحايل عليه (ثانيا).

أولا: الأثر السلبي للغش نحو القانون

بما أن جوهر الغش نحو القانون يتمثل في نزع الاختصاص من القانون الواجب التطبيق أصلا وتحويله إلى قانون آخر أقل ارتباطا بالمسألة المعروضة، فمن الطبيعي أن يكون جزاء ذلك هو استبعاد هذا الأخير، ويتمثل هذا الاستبعاد في عدم الاعتراف أو عدم نفاذ كل أثر لاختصاصه،

=376-383. Voir aussi: BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p p 505-506. DUSAN Kitik, droit international privé, Ellipses, Paris, 2003, p p 121-122.

(1)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 231 و 232. قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 167.

(2)-مرجع نفسه، ص 167.

غير أن التساؤل الذي يطرح هو هل عدم النفاذ يشمل النتيجة دون الوسيلة (1) أم أنه يشمل الوسيلة أيضا؟ (2).

1- عدم النفاذ يشمل النتيجة فقط

يرى الفقه التقليدي أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها من ورائه دون الوسيلة التي لجأوا إليها للوصول إلى تلك النتيجة، باعتبار أن النتيجة فقط هي التي تعتبر غير مشروعة، أما الوسيلة فهي لا تنطوي في ذاتها على أية مخالفة للقانون (1).

إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة وفقا للشروط المطلوبة لاكتسابها فإن هذا التجنس يظل في نظر هذا الفقه سليما من الناحية القانونية، أما النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها من وراء هذا التجنس، وهي القيام بتصرف لا يسمح به قانون جنسيتهم الأولى كالطلاق مثلا، فهي التي يتعين إبطالها فقط لأنها تمت بقصد التحايل على القانون، ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بموقف محكمة النقض الفرنسية في قضية الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT" حين اكتفت المحكمة بالقول أن تطبيقها لا يعتد به في فرنسا ولم تقضي ببطان تجنسها بالجنسية الألمانية (2).

غير أن هذا الرأي انتقد، ذلك أن القول بإبطال النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة، أي عدم امتداد الجزاء إلى الإجراء القانوني الذي تحققت به تلك النتيجة كذلك، من شأنه خلق أوضاع قانونية تنتج آثار متناقضة، فالشخص الذي تجنس بجنسية جديدة سيظل وفقا لهذا الرأي محتفظا بجنسيته الجديدة وسيترتب على ذلك آثار قانونية عديدة، وفي الوقت ذاته سيظل الشخص خاضعا لأحكام قانون جنسيته الأولى بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها من وراء قيامه بتغيير جنسيته.

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 233. انظر أيضا: مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 1594. PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 192. NIBOYET Jean-Paul, Traité de droit international privé français, op.cit, p 503.

(2) -زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 270.

من الواضح أيضا أن هذا الحل لا يحقق الاستقرار اللازم للمراكز القانونية في النطاق الدولي، كما أنه يشكل جزءا لا داعي له بالنسبة للأفراد، فالفرد الذي يكتسب جنسية جديدة للهروب من أحكام قانون جنسيته الأولى بشأن تصرف معين، لم تعد له أية مصلحة في الاستمرار في جنسيته الجديدة لزوال الباعث وراء دخولها فيها وهو القيام بالتصرف الذي تم إبطاله⁽¹⁾.

2- عدم النفاذ يشمل النتيجة والوسيلة معا

يرى جانب من الفقه الحديث وهو الرأي الراجح فقها وقضاء أن التصرف المشوب بالغش يجب أن يكون عديم الأثر سواء بالنسبة إلى النتيجة أو الوسيلة، أي يجب إبطال التصرف بكامله وعدم الاقتصار على إبطال النتيجة التي أراد الغاش الحصول عليها كالطلاق مثلا، بل إبطال الوسيلة التي مكنته من الحصول على هذا الطلاق أيضا، كتغيير الجنسية مثلا، فتغيير ضابط الإسناد وإن كان قد استوفى الشروط اللازمة لصحته إلا أن الباعث الحافز على القيام به لم يكن مشروعاً ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به هذا من جهة⁽²⁾.

من جهة ثانية فند أصحاب هذا الرأي توجه الرأي الأول بخصوص قضية الأميرة "دي بوفرمون DE BAUFFREMENT"، ذلك أن القول بأن محكمة النقض الفرنسية لم تتطرق إلى صحة تجنسها بالجنسية الألمانية أو بطلانه غير صحيح، لأن المحكمة ذكرت بصريح العبارة أن هذه السيدة لا تزال تتمتع بالجنسية الفرنسية بغض النظر عما يقضي به القانون الألماني من صحة تجنسها أو عدم صحته، ويعني ذلك أنها جعلت الجزء يشمل النتيجة والوسيلة معا⁽³⁾.

(1)-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 163.

(2)-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 235. انظر أيضا: مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 1594.

(3)-زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 270.

نلاحظ أن هذا الحل لا يثير أية صعوبة إذا كان التحايل قد تم عن طريق قيام الأفراد بإجراء قانوني معين، كالتجنس مثلا بجنسية جديدة، إذ يمكن في تلك الحالة إبطال الإجراء القانوني فتبطل بالتالي التصرفات المبنية عليه، ولكن يدق الأمر إذا كان الغش قد تحقق عن طريق قيام الأفراد بإجراء مادي معين، كنقل المنقول من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى بقصد الهروب من أحكام قانون دولة الموقع الأول، ففي هذه الحالة لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد بشكل كامل، وبذلك يكون من الأفضل قصر الجزاء في مثل هذه الحالة على منع النتيجة فقط، التي أراد الأفراد تحقيقها وهي الهروب من أحكام قانون الموقع الأول بشأن نقل ملكية المنقول، أما الوسيلة فتظل سليمة تنتج آثارها، إذ من غير المعقول الاستمرار في اعتبار الوسيلة نفسها هي الأخرى كأن لم تكن، أي اعتبار أن المنقول لم ينتقل إلى إقليم الدولة الجديدة ورفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال، لما في ذلك من إنكار لحالة واقعية ثابتة ألا وهي وجود المنقول في الإقليم الجديد⁽¹⁾.

ثانيا: الأثر الإيجابي للغش نحو القانون

يترتب على استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه وجود فراغ قانوني مؤقت يتعين ملؤه، ولا شك أن القانون الذي تم التحايل عليه هو الأحق بملء ذلك الفراغ. بفرض هذا القول أن الغش نحو القانون إنما هو اعتداء على قاعدة الإسناد الوطنية وإهدار للاعتبارات التي تقوم عليها، ودرء هذا الاعتداء لا يكون عادة إلا بإعادة سلطتها وتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث التغيير أو التلاعب بضابط الإسناد فيها، أي إعادة الاختصاص للقانون الذي كانت تشير باختصاصه ابتداء وإحلاله محل القانون الذي افتعل اختصاصه⁽²⁾.

(1) -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 235. انظر أيضا: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 164 و 165.

(2) -صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 262.

نشير في النهاية إلى أنه لما كانت قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة أو ثنائية الجانب، وكان من الممكن إعمال الدفع بالغش نحو قانون القاضي والقانون الأجنبي على حد سواء، فإن القانون الواجب التطبيق أصلا الذي سيحل محل القانون المستبعد قد يكون قانون القاضي أو القانون الأجنبي بحسب الأحوال⁽¹⁾، وهذا ما قررته المادة 24 ق.م.ج كما بينا سابقا.

(1) -صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 262.

الباب الثاني

المحكمة المختصة للنظر في المنازعات

المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال

المعنوي

إن حل المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي المشتملة على عنصر أجنبي لا يقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق عليها فقط، بل يستلزم أيضا تحديد المحكمة المختصة دوليا بها، إذ يجب على القاضي إذا ما عرضت أمامه منازعة ذات طابع دولي خاصة بمسألة الزواج وانحلاله أو المال المعنوي أن يثبت في مسألة أولية وهي هل هو مختص من الوجهة الدولية بالنظر في النزاع المعروض أمامه أو لا؟.

تتولى الإجابة على هذه المسألة قواعد تسمى "بقواعد الاختصاص القضائي الدولي"، هذه الأخيرة التي تتولى تحديد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى⁽¹⁾.

تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص، ذلك أن تعيين المحكمة المختصة بنظر منازعة معينة، إنما يترتب عليه بالتبعية معرفة الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام هذه المحاكم استنادا إلى قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي المنظور أمامه النزاع⁽²⁾. كما أن تعيين المحكمة المختصة هو في الواقع الذي يحدد الحل النهائي للنزاع، فتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يتوقف على ما تقضي به قواعد التكيف وقواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع وهذه القواعد تختلف من دولة إلى أخرى⁽³⁾.

(1) - ذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة. ويذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى تسمية الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية بالاختصاص العام وذلك بالمقابلة للاختصاص الخاص لهذه المحاكم أي اختصاصها الداخلي وفقا لقواعد المرافعات. انظر: هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 05. انظر أيضا: سعداوي محمد الصغير، مدى كفاءة المشرع الجزائري للحق في التقاضي أمام قضاة الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع 17، 2017، ص 43.

(2) - ما أكدت عليه المادة 21 مكرر ق.م.ج بنصها على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

(3) - أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 31 و 32.

فقد يكيف قاضي دولة ما موضوعا معيناً على أنه متعلق بالشكل، بينما يكيفه آخر على أنه متعلق بالموضوع مما يترتب عليه اختلاف قاعدة الإسناد من جهة واختلاف الحكم النهائي في النزاع من جهة أخرى⁽¹⁾. فالقاضي الذي كيف المسألة على أنها تدخل في فكرة الشكل سوف يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف والتي تشير إلى أن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف هو قانون محل الإبرام، والقاضي الذي كيف ذات المسألة على أنها تدخل في فكرة الموضوع سوف يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بهذا الموضوع والتي تشير إلى أن القانون الواجب التطبيق على موضوع الزواج مثلاً هو قانون الجنسية، وبذلك يختلف الحل النهائي حسب التكييف الذي يجريه القاضي⁽²⁾.

تختلف كذلك قاعدة الإسناد من جانب آخر في مسألة معينة من بلد إلى آخر، فالجزائر مثلاً تخضع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، بينما تخضعها دول أخرى لقانون الموطن، فلو فرضنا أن إيطاليا رفع دعوى أمام المحكمة الجزائرية طالبا الطلاق من زوجته، فإن القاضي الجزائري سوف يطبق قاعدة الإسناد الجزائرية الواردة في المادة 12 ق.م.ج، والتي تقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولما كان قانون جنسية الزوج لا يسمح بالطلاق إلا في حدود ضيقة، فإن القانون الجزائري قد يرفض دعوى الطلاق، في حين لو رفع المعني دعواه أمام المحاكم الإنجليزية فإنها ستطبق قواعد الإسناد الإنجليزية والتي تقضي بتطبيق قانون الموطن في مسائل الطلاق، فإذا كان المعني متوطناً في دولة يبيح قانونها الطلاق فإن القاضي الإنجليزي بإمكانه عند ذلك الفصل في الدعوى والحكم بالطلاق.

علاوة على ذلك، فإن ثبوت الاختصاص الدولي لمحكمة دولة ما في منازعة ذات عنصر أجنبي، يثير في النهاية مشكلة الحكم الصادر في هذه المنازعة، فبينما يتم تنفيذ هذا الحكم في تلك الدولة بقوة القانون شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام الصادرة عن محاكمها، نجد أن تنفيذه خارج حدود الدولة المذكورة يخضع في الدول الأخرى باعتباره حكماً أجنبياً لشروط خاصة تختلف غالباً

(1)-محمد ميروك اللافي، مرجع سابق، ص 198.

(2)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 32.

عن الشروط المعتادة لتنفيذ الأحكام الوطنية، فهذا الحكم لا يتم تنفيذه تلقائياً بل يعرض على القاضي الوطني للحصول على أمر بالتنفيذ، وقد يرفض القاضي الوطني تنفيذ هذا الحكم إذا وجد أنه يتعارض مع شرط من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانونه⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن النزاع المتعلق بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي المشتمل على عنصر أجنبي يقتضي في هذا الصدد البحث في مسألتين، الأولى تتعلق بالاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظر في هذه المنازعات (الفصل الأول)، والثانية تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بصددتها (الفصل الثاني).

(1) - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص ص 33 و 34.

الفصل الأول

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

إن أول ما يعرض على القاضي الوطني عندما يثار أمامه نزاع متعلق بمسائل الزواج وانحلاله أو المال المعنوي ذو عنصر أجنبي، هو بحث ما إذا كانت محكمته مختصة دولياً بالفصل في هذا النزاع أم لا، فإذا وجد بأنها مختصة بحث حينئذ عن القانون الواجب التطبيق عليه، أما إذا وجد بأنها غير مختصة فلا داعي عندئذ للبحث عن القانون الواجب التطبيق.

يلجأ القاضي الوطني المعروف عليه هذا النزاع في سبيل تحديد الاختصاص القضائي الدولي من عدمه لمحكمته عادة إلى تبني مجموعة من الضوابط، هذه الأخيرة التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة لرسم حدود ولاية المحاكم الوطنية بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي وذلك بحرية تامة، وهذا الأصل تمليه تلك الحالة الواقعية في عجز الجماعة الدولية عن وضع تنظيم موحد للاختصاص الدولي ترتبط به سائر الدول أعضاء هذه الجماعة، وطالما أن هذه الأخيرة تفتقد إلى تنظيم يعلو فوق الدول المختلفة، تلجأ كل دولة سدا لهذا العجز إلى سن ضوابط الاختصاص الدولي بالنسبة إلى محاكمها الوطنية، ويترتب على ذلك بالضرورة تنوع الحلول المأخوذ بها واختلافها أو تضاربها بين دولة وأخرى (المبحث الأول).

غير أنه وإن كان المشرع الوطني يتمتع في هذا المجال بالحرية التامة في تحديد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يراها محققة لسياسته التشريعية، إلا أن حريته في هذا السبيل ليست مطلقة، فهي تتقيد بما قد تفرضه أحكام العرف الدولي وضرورات التعايش المشترك بين الدول من قيود على حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

لم يخصص المشرع الجزائري للاختصاص القضائي الدولي بصفة عامة سوى مادتين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هما المادتين 41 و42 بني على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الوطنيين سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه، وهما المادتان المنقولتان حرفياً من القانون الفرنسي، فالمادة 41 تقابلها المادة 14 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، والمادة 42 تقابلها المادة 15 من نفس القانون⁽²⁾.

كان الفهم السائد لهاتين المادتين في فرنسا في أوائل القرن التاسع عشر أن قضاء الدولة وجداً أصلاً لإقامة العدل بين الوطنيين فقط، فهو امتياز خاص بهم، غير أن هذا الفهم بدأ القضاء يحد منه تدريجياً طوال القرن التاسع عشر، وذلك بتقرير اختصاصه ببعض الدعاوى التي يكون أطرافها من الأجانب، ولم يكد ينتهي القرن التاسع عشر حتى أصبح هذا الفهم فارغ المضمون، إذ امتد اختصاص القضاء الوطني إلى مختلف القضايا التي يكون أطرافها أجنباً اعتماداً على قواعد الاختصاص الداخلية والتي تم مدها إلى الاختصاص القضائي الدولي⁽³⁾.

(1)–ART 14 du code civil français dispose que: « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l' exécution des obligations par lui contractées en France, il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en paye étranger envers des français ».

(2)–ART 15 du code civil français dispose que: « un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en paye étranger, même avec un étranger ».

(3)–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 19.

لم يقف التطور عند هذا الحد، بل وصل الأمر إلى اعتبار هاتين المادتين لهما فقط صفة احتياطية في مقابلة الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي والتي هي امتداد لضوابط الاختصاص الداخلية⁽¹⁾.

تبنى الفقه والقضاء في الجزائر ما انتهى إليه الفقه والقضاء في فرنسا من فهم المادتين 14 و15، فاعتبروا أن المادتين 41 و42 هي ضوابط غير عادية للاختصاص، أما الضوابط العادية فهي ضوابط الاختصاص القضائي المحلي الداخلي والتي يتم تمديد العمل بها إلى المجال الدولي⁽²⁾.

بناء على ما سبق ذكره، فالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي قد يتحدد بناء على الضوابط العادية (المطلب الأول)، كما قد يتحدد بناء على الضوابط غير العادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

أمام عدم وجود نص في القانون الجزائري يتضمن الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي فلا مناص من الرجوع إلى ضوابط الاختصاص القضائي المحلي الداخلي ومدّها إلى المجال الدولي، وهو الحل الذي أجمع عليه الفقه وأيده القضاء في فرنسا في مناسبات مختلفة.

تتمثل ضوابط الاختصاص القضائي المحلي الداخلي التي يتم مدّها إلى المجال الدولي في ضابط موطن المدعى عليه (الفرع الأول)، ضابط الخضوع الاختياري (الفرع الثاني)، ضابط حسن أداء العدالة (الفرع الثالث).

(1)– DANIEL Gutmann, 3^{ème} éd, op.cit, p 231. Voir aussi: PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, op.cit, p 202.

(2)–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 19.

الفرع الأول

ضابط موطن المدعى عليه

تطرح المادتين 37 و38 ق.إ.م.إ ضوابط اختصاص موضوعية، يؤول بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وبعبارة أخرى يكون النظام القضائي الجزائري مختصا بمجرد كون النزاع ينطوي بالنسبة للجزائر على إحدى الصلات التي تسمح بربطه بهيئة قضائية جزائرية، وهذا مهما كانت جنسية أحد المتقاضين أو كلاهما⁽¹⁾.

إذا كان الضابط العام الذي يؤول بمقتضاه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي هو ضابط موطن المدعى عليه تأسيسا على نص المادة 37 و38 المشار إليهما أعلاه(أولا)، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة العامة هناك ضوابط خاصة تفرضها طبيعة النزاع(ثانيا).

أولا: ضابط موطن المدعى عليه كمبدأ عام

يعتبر ضابط موطن المدعى عليه كأساس لاختصاص المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي من أقدم قواعد الاختصاص القضائي في مجال العلاقات الخاصة الدولية، كما أنه يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي(المحلي) للمحاكم على حد سواء⁽²⁾.

نص المشرع الجزائري على ضابط موطن المدعى عليه كأساس ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية في المادة 37 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حال اختيار

(1)-موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج2، القواعد المادية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989، ص 19.

(2)-حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ك2، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 17.

موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾.

تأسيسا على ما سبق ذكره، سننتظر لتعريف الموطن(1)، اعتبارات الأخذ به(2)، صعوبات تطبيقه(3).

1- تعريف الموطن

لم يتعرض العديد من مشرعي دول العالم لتحديد تعريف الموطن وبيان أحكامه في العلاقات الخاصة الدولية مكتفين بتحديد هذا التعريف وتلك الأحكام على مستوى العلاقات الوطنية الخاصة.

إزاء هذا الموقف السلبي في تحديد تعريف للموطن وبيان أحكامه اتجه الفكر القانوني إلى ضرورة الاستعانة بالأحكام التي أوردها القانون المدني لتحديد أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص إذا استلزمت مقتضيات الحياة الخاصة الدولية⁽²⁾.

بناء على ذلك، فإن نقطة البداية في التعرف على أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص هي أحكام الموطن التي وردت في القانون الداخلي بشأن العلاقات الوطنية مع الحرص على بيان أوجه التضاد والتلاقي بين المجالين في مواضعها.

نشير بداية إلى أن من أوجه التضاد الأولية أن الموطن في العلاقات الدولية الخاصة قاصر على تحديد علاقة شخص طبيعي بدولة معينة لواقع ارتباطه بإقليمها على النحو الذي يكون فيه الشخص أجنبيا عن تلك الدولة، أما في إطار العلاقات الوطنية فأقليم الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها يعتبر وطنه وليس موطنه⁽³⁾.

(1)- إن معيار ضابط موطن المدعى عليه الذي تبناه المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة تعود جذوره التاريخية إلى العهد اللاتيني طبقا للمقولة المشهورة "Actor sequitur forum rei" بمعنى رافع الدعوى يتبع موطن المدعى عليه. انظر: فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص 123.

(2)- حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 19.

(3)- مرجع نفسه، ص 20.

يعتبر الارتباط بدولة ما باعتبارها وطننا أقوى من الارتباط بها باعتبارها موطننا، فالارتباط في الحالة الأولى يؤسس على رابطة قانونية هي رابطة الجنسية، بينما يؤسس في الحالة الثانية على رابطة إقليمية أو مادية واقعية هي رابطة الموطن. فضلا عن ذلك فإنه حتى لو سلمنا بأن اصطلاح الموطن يمكن استخدامه على الصعيدين الداخلي والدولي لعلاقات الأفراد الخاصة سيصادفنا وجه آخر للتضاد مفاده أن الموطن على الصعيد الدولي يقصد به ارتباط شخص بدولة معينة بأكمله دون ضرورة تحديد مكان معين من هذا الإقليم، بينما يختلف الحال على الصعيد الداخلي حيث يعبر الموطن عن ارتباط الشخص بمكان معين في إقليم الدولة وليس الإقليم في مجموعة⁽¹⁾.

إذا كانت غالبية الفقه تتجه إلى اعتبار القانون الدولي الخاص قانونا وطنيا فالنتيجة المترتبة على ذلك هي إمكانية أن يكون لكل دولة تعريفها الخاص لفكرة الموطن، وبناء على ذلك، فالمشرع الجزائري وبموجب أحكام القانون المدني قد عرف نوعين من الموطن هما الموطن العام (أ) والموطن الخاص (ب).

أ- الموطن العام

يقصد بالموطن العام أو الحقيقي المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص⁽²⁾. حيث نصت المادة 1/36 ق.م.ج على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".

يقصد بالإقامة العادية الإقامة الفعلية، وهي تشكل الركن المادي للموطن، أما ركنه الثاني والمعنوي فيتمثل في نية البقاء والاستقرار في الإقليم⁽³⁾.

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 20.

(2)- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 359.

(3)- محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 214.

يراعى أن الاستقرار هنا لا يقصد به اتصال الإقامة بلا انقطاع أو عدم مغادرة الإقليم مطلقاً، فالمكان يعتبر موطناً ولو كان الشخص يغادره بعض الوقت، فالتغيب لا ينفي الاستقرار في المكان مادام في نية الشخص العودة إليه⁽¹⁾.

ب-المواطن الخاص

يقصد بالمواطن الخاص أو الحكمي المواطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض أوجه النشاط المحددة على وجه التخصيص، وينقسم هذا المواطن إلى ثلاثة أنواع، مواطن الأعمال(ب-1)، مواطن ناقص الأهلية(ب-2)، المواطن المختار(ب-3).

ب-1 مواطن الأعمال

يقصد بمواطن الأعمال المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة⁽²⁾. حيث نصت المادة 37 ق.م.ج على أنه: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

يعتبر المواطن التجاري أو الحرفي موطن حكمي لأنه لا صلة له بمقر الشخص الفعلي، فالشخص لا يقيم فيه على وجه الاستقرار، بل يتخذ منه فقط مركزاً لتجارته أو حرفته⁽³⁾.

ب-2 مواطن ناقص الأهلية

يقصد بمواطن ناقص الأهلية، المواطن الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص دونما اعتبار لإرادتهم واختيارهم وهم القاصر ومن في حكمه كالمحجور عليه والغائب والمفقود⁽⁴⁾. حيث نصت المادة 1/38 ق.م.ج على أنه: "مواطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً".

(1)-حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 106.

(2)-فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 359.

(3)-حسام الدين فتحي ناصف، أحكام المواطن في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 40.

(4)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 270.

يعتبر موطن ناقص الأهلية موطن حكمي لأنه لا يطابق الواقع، حيث تكون العبرة بموطن الولي أو الوصي أو القيم وليس بمكان استقرار ناقص الأهلية، على أن القانون قد يجيز للقاصر ذو الثماني عشرة سنة ومن في حكمه مباشرة أعمال أو تصرفات معينة، فيكون موطنه الفعلي وليس موطن النائب القانوني له، موطننا خاصا بالنسبة لهذه الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون ذو أهلية لمباشرتها⁽¹⁾.

ب-3 الموطن المختار

يقصد بالموطن المختار الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين، وما يقتضيه ذلك من إجراءات بما فيها التنفيذ الجبري، سواء أكان بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر أو كان بإرادته المنفردة⁽²⁾. حيث نصت المادة 1/39 ق.م.ج على أنه: "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين".

يعتبر الموطن المختار موطن حكمي يتمتع به الشخص قانونا دون حاجة إلى إقامته الفعلية فيه⁽³⁾.

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 108. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 271.

(2)- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 440. انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 108.

(3)- ما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقه، يؤسس الاختصاص في حالة الموطن المختار على فكرة الخضوع الاختياري، ذلك أن قيام المدعى عليه باتخاذ موطن مختارا بالنسبة لعمل قانون معين يفيد قبوله الخضوع الاختياري لاختصاص محاكمها فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بهذا العمل القانوني. ومع ذلك، فإنه يجب أن تنقيد تلك الحالة بقيد الرابطة الجدية وهو يعني أنه ينبغي على القاضي أن ينظر في كل حالة على حدة ولا يقبل الاختصاص رغم اختيار الموطن من قبل المدعى عليه كموطن مختار إلا إذا بدا له أن ثمة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، وذلك حتى يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ، وحتى لا يترك الأمر في النهاية لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة. وعلى ذلك فإذا وجد القاضي من ظروف ووقائع الحال ما ينفي فكرة الخضوع الاختياري فلا يقبل الاختصاص، من ذلك إذا كان المدعى عليه قد حدد موطن مختارا له لمجرد رغبته في أن يكون إعلانه بأي إخطار يتعلق بالتزاماته مع الغير في هذا الموطن، أو لمجرد اختياره له مكان لسداد المبالغ المستحقة عليه إذ لا يجوز أن يستخلص من ذلك رضا المدعى عليه بالخضوع اختياريًا لمحاكم هذا الوطن المختار فيما قد ينشأ من منازعات بينه وبين الغير. انظر: حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 109 و110. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 269.

2- اعتبارات الأخذ بضابط موطن المدعى عليه

يستند الفقهاء في تأصيل انعقاد الاختصاص بناء على ضابط موطن المدعى عليه إلى عدة اعتبارات، أولها أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة، وعلى كل من يدعي بحق في مواجهة آخر أن يسعى هو إلى موطن المدعى عليه⁽¹⁾. كذلك فيجب افتراض أن الوضع الظاهر مطابق للحقيقة إلى أن يثبت العكس، فمن له الحيازة الظاهرة على مال يفترض فيه أنه مالكة إلى أن يقدم آخر الدليل على ملكيته لهذا المال، وكل القرينتين السابقتين تقتضي أن يسعى المدعى بالحق الشخصي(القرينة الأولى) أو المدعى بالحق العيني(القرينة الثانية) إلى موطن المدعى عليه⁽²⁾.

كذلك فإن ممارسة سلطة القضاء في الدولة كمظهر من مظاهر السيادة تقوم على أساس الإقليمية ومن ثم تباشر الدولة هذه السلطة على الأشخاص التابعين لها إقليمياً أي المتوطنين فيها بغض النظر عن جنسيتهم سواء أكانوا وطنيين أو أجنبان⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بضابط موطن المدعى عليه يقوم على اعتبار عملي هام يهدف إلى عدم ترك المدعى عليه تحت رحمة المدعى سيء النية الذي يمكنه أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه، ويكبده بذلك مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير عملاً استرداد نفقاته من المدعى المفلس⁽⁴⁾.

أخيراً فإن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من شأنه تكريس فعالية و نفاذ الأحكام الصادرة عنه، فتوطن الشخص في دولة معينة من شأنه أن يولد رابطاً جدياً بين الشخص والدولة، وهذا الرابط هو الذي يمكن الدولة من إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر عن محاكمها، نظراً لما لها من سلطة فعلية عليه، ويدعم ذلك أن الشخص عادة ما يمارس نشاطاته التجارية وحياته في

(1)- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ص 651 و 652.

(2)- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 97 و 98.

(3)- مرجع نفسه، ص ص 97 و 98.

(4)- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 98. انظر أيضاً: صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دراسة في أحكام الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص 52 و 53.

المكان الذي يتخذه موطننا له، ولذلك فعالميا ما يكون لهذا الشخص في هذا المكان أموالا يمكن التنفيذ عليها⁽¹⁾.

3- الصعوبات التي يثيرها ضابط موطن المدعى عليه

إن الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط موطن المدعى عليه يثير في العمل عدة صعوبات تتمثل في تعدد موطن المدعى عليه وتغييره^(أ)، انعدام موطن المدعى عليه^(ب)، تعدد المدعى عليهم^(ت).

أ-تعدد موطن المدعى عليه وتغييره

يتحقق تعدد موطن المدعى عليه إذا كان للفرد أكثر من موطن، ومن ثم تعدد المحاكم بتعدد موطن المدعى عليه، وهذا أمر مقبول في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فيمكن أن يكون المدعى عليه متوطنا في دولة معينة وقت نشوء العلاقة، ويقوم بنقل موطنه إلى دولة أخرى وقت قيام الخصومة أو بعدها، إذ من الطبيعي أن المدعى سيختار المحكمة التي يرى أنها الأنسب بالنسبة لمصالحه كأن تكون أقرب إلى بلده أو تتركز فيه أموال المدعى عليه⁽²⁾. لكن التساؤل الذي يثور في مثل هذا الفرض ما هو الوقت الذي يعتد به بتوافر ضابط موطن المدعى عليه حتى ينعقد الاختصاص لمحكمة الدولة المعنية؟.

يذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة بموطن المدعى عليه وقت إقامة الدعوى ضده، وبالتالي يجب أن يكون المدعى عليه متوطنا في الدولة صاحبة الشأن وقت افتتاح الدعوى حتى تختص محاكمها دوليا بنظر النزاع، فإن غير موطنه بعد رفعها فتظل المحكمة المرفوع أمامها الدعوى المختصة بنظرها⁽³⁾.

(1)-عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الجنسية اللبنانية والإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 454.

(2)-محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 216 و 217. انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 77. محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 653. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 273.

(3)-محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 653. انظر أيضا: محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 217. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 750 و 751.

ب- انعدام موطن المدعى عليه

إذا كان التصور الواقعي للموطن يسمح بتعدد الموطن، فإنه يسمح بانعدامه، وإذا كان الفرض الأول على نحو ما سبق ذكره يتحقق في حالة ما إذا كان للفرد أكثر من موطن، ومن ثم تعدد المحاكم بتعدد موطن المدعى عليه، يكون للمدعى في هذه الحالة اختيار المحكمة الأنسب لمصالحه، فإنه يطرح في الفرض الثاني مشكلة عدم القدرة على تطبيق أي من المعيارين، وتبرز هذه الحالة بالنسبة لمن كان له موطن، ولكنه فقدته بحثًا عن موطن جديد لم تتحقق بعد شروط تحديده⁽¹⁾.

بالرجوع إلى نص المادة 37 ق.إ.م.إ فإن المشرع الجزائري أكد صراحة على أنه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حال اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار.

ت- تعدد المدعى عليهم

تتحقق هذه الحالة إذا ما رفع المدعى دعواه على أكثر من مدعى عليه، وكان لأحدهم موطنًا في الدولة المعنية، بينما يكون موطن الآخرين في الخارج⁽²⁾. فهل يكفي ذلك لعقد الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية؟.

دعت اعتبارات وحدة الخصومة وحسن إدارة العدالة وتلافي تضارب الأحكام إلى تقرير الاختصاص القضائي لحكمة موطن أحد المدعى عليهم في مجال الاختصاص المحلي الداخلي⁽³⁾. حيث قضت المادة 38 ق.إ.م.إ على أنه: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

(1)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 273.

(2)-مرجع نفسه، ص 273.

(3)-مرجع نفسه، ص 273.

وعليه، فذات الاعتبارات تفرض الأخذ بذات الحل في صدد الاختصاص القضائي الدولي، فتختص عندئذ المحاكم الجزائرية في حالة تعدد المدعى عليهم إذا كان لأحدهم موطن في الجزائر.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على ضابط موطن المدعى عليه

تناولت المادتين 39 و 40 ق.إ.م.إ الاستثناءات الواردة على ضابط موطن المدعى عليه، وتمثلت هذه الاستثناءات في الاستثناء الجوازي(1)، والاستثناء الوجوبي(2).

1-الاستثناء الجوازي

أكدت على ذلك المادة 39 ق.إ.م.إ بنصها على أنه: "ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية التالية:

1-في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال،

2-في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار،

3-في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يوئل الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان،

4-في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها،

5- في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه".

2- الاستثناء الوجوبي

- أكدت على ذلك المادة 40 ق.إ.م.إ بنصها على أنه: "فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:
- 1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال،
 - 2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن،
 - 3- في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة،
 - 4- في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه،
 - 5- في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج،
 - 6- في مواد مصاريف الدعاوى وأجور المساعدين القضائيين، أمام المحكمة التي فصلت في الدعوى الأصلية، وفي دعاوى الضمان أمام المحكمة التي قدم إليها الطلب الأصلي،
 - 7- في مواد الحجز، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز، أو للإجراءات التالية له، أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز،

8- في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.

غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعى.

9- في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة".

الفرع الثاني

ضباط الخضوع الاختياري

نظم المشرع الجزائري ضابط الخضوع الاختياري أو ضابط إرادة الخصوم بوصفه من الأسباب التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الجزائرية في المادة 46 ق.إ.م.إ، حيث منح للخصوم إمكانية الاتفاق على رفع أية دعوى أمام أية جهة قضائية، ولو لم تكن مختصة محليا بنظرها، وهذا من منطلق أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام. حيث نصت على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

لما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر على نحو ما سبق ذكره هي امتداد لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي من ثم ليست من النظام العام، ويمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها، فيصح للأطراف الاتفاق على جلب الاختصاص للقضاء الجزائري رغم عدم اختصاصه أو على سلب الاختصاص عنه رغم اختصاصه.

تأسيسا على ذلك سنتطرق لتعريف الخضوع الاختياري (أولا)، أشكاله (ثانيا)، نطاقه (ثالثا)، شروطه (رابعا).

أولاً: تعريف الخضوع الاختياري

يقصد بالخضوع الاختياري الاتفاق المبرم بين الخصوم، والذي يتم من خلاله تحديد قضاء دولة معينة للنظر في المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد أو التي قد تثور بعد إبرامه. وضابط الخضوع الاختياري بهذا الشكل مأخوذ عن القواعد العامة في الاختصاص الداخلي منذ القدم، ويبدو أن أول من قال به هو الفيلسوف الإغريقي "أفلاطون"، حينما قرر أن أكثر المحاكم اختصاص بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها⁽¹⁾.

أصبحت هذه القاعدة أساساً تقليدياً من الأسس التي يقوم عليها الاختصاص المحلي في القانون الداخلي، حيث يصح للخصوم كقاعدة عامة أن يتفقوا صراحة على اختصاص محكمة معينة بنظر النزاع القائم بينهم. بل ويمكن للمدعى بدون اتفاق صريح أن يرفع دعواه أمام محكمة غير مختصة محلياً، ويعد ذلك تنازلاً منه عن الدفع بعدم الاختصاص، ويكون للمحكمة بناء على ذلك أن تنظر في الدعوى ما لم يتمسك المدعى عليه بعدم اختصاصها قبل التكلم في الموضوع، أما لو ترفع هذا الأخير في موضوع الدعوى فيعد تنازلاً منه عن الدفع بعدم الاختصاص، كل ذلك ما لم تكن بصدده حالة من الحالات الاستثنائية التي يتعلق فيها الدفع بعدم الاختصاص المحلي بالنظام العام حيث يكون للمحكمة أن تقضي دائماً بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها⁽²⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 152. انظر أيضاً: دربال عبد الرزاق، ضابط الاختصاص القضائي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص 20. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 453.

FRANCOIS Mélin, op.cit, p 56. RICARDE Michel, la nouvelle procédure civil, éd du moniteur, Paris, 1982, p 35.

(2) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 154.

ثانياً: أشكال الخضوع الاختياري

يتخذ قبول الخصوم لاختصاص المحكمة بالفصل بنزاعهم شكلين، الأول الشكل الصريح(1)، والثاني الشكل الضمني(2).

1- الشكل الصريح للخضوع الاختياري

يعتبر الشكل الصريح للخضوع الاختياري الشكل الغالب في العقود الدولية التي غالباً ما يتفق فيها الطرفان على القانون الواجب التطبيق على العقد والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع الذي قد ينشأ عنه.

يفرق في خضوع الإرادة الصريح لاختصاص محكمة دولة معينة بين فرضين هما، الخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى والمدعى عليه(أ)، والخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى وحده(ب).

أ- الخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى والمدعى عليه

يحدث الخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى والمدعى عليه في مرحلة ما قبل نشوء النزاع عندما يضع طرفا العقد الدولي في عقدهما شرطاً صريحاً يقضي بمنح الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة بأي نزاع يمكن أن ينشأ عن هذا العقد ويكون الاختصاص هنا عاماً.

كما يحدث ذلك في مرحلة ما بعد نشوء النزاع، وهذا في حالة ما إذا أغفل الطرفان النص في عقدهما الأصلي على القضاء المختص بنزاعهم الذي قد يتولد عن هذا العقد، فيبرمون اتفاقاً لاحقاً مكتوباً مستقلاً عن العقد الأصلي يثبت رغبة كلاهما في الخضوع لقضاء دولة معينة، ويكون الاختصاص هنا خاصاً بالنزاع الذي نشأ بالفعل دون سواه(1).

ب- الخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى وحده

يحدث الخضوع الإرادي الصريح من جانب المدعى وحده عندما لا يوجد اتفاق بين الطرفين المدعى والمدعى عليه، ثم يرفع المدعى دعواه من تلقاء نفسه أمام المحاكم الوطنية، فليس أصرح

(1)-حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 227.

في هذا القبول لاختصاص تلك المحكمة من إقامة الدعوى أمامها، فالمدعى قبوله دائما أقرب إلى الصراحة منه إلى الضمنية⁽¹⁾.

2- الشكل الضمني للخضوع الاختياري

إن الشكل الضمني للخضوع الاختياري لا يتحقق إلا بعد نشوء النزاع، ولا يكون مكتوبا، وإنما يستنتج من ظروف الحال التي يجب تقديرها بالنظر إلى كل حالة على حدة، والقبول الضمني لاختصاص محاكم دولة معينة لا يتصور تحققه إلا من جانب المدعى عليه، وصورته أن يرفع المدعى دعواه أمام محاكم دولة معينة ليست مختصة أصلا بالدعوى فيحضر المدعى عليه الجلسة ولا يدفع بعدم الاختصاص في بداية الدعوى وقبل الكلام في الموضوع.

ما يجدر التنويه إليه هنا أن هناك بعض الحالات التي قد يتخذها المدعى عليه ولا تشكل قبوله الضمني بخضوعه لمحكمة دولة معينة وتتمثل هذه الحالات في سكوت المدعى عليه (أ)، تحديد المدعى عليه الجزائر موطنا مختارا له (ب)، غياب المدعى عليه (ت).

أ- حالة سكوت المدعى عليه

يجب الحذر عن تفسير سكوت المدعى عليه، ذلك أن السلوك في حد ذاته يعبر عن الإرادة ولا يكون غير ذلك إلا إذا كانت ملابسات المنازعة وقرائن الحال تدعّمه، وإن كان الأمر سيظل من اطلاقات وسلطة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وسوف تختلف التقديرات من قضية إلى أخرى.

على ذلك فإذا سكت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص فإن ذلك لا يعني في جميع الأحوال رضاه بالخضوع لاختصاص القضاء الوطني، إذ قد يكون سكوته عن الدفع بعدم الاختصاص وترافعه في الموضوع مباشرة راجع لرغبته مثلا في تجنب الحجر على أمواله⁽²⁾.

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 228.

(2)- مرجع نفسه، ص 228.

ب- حالة تحديد المدعى عليه الجزائر موطنًا مختارًا له

من حيث المبدأ يمكن اعتبار تحديد المدعى عليه للجزائر كموطن مختار له من قبيل الخضوع الاختياري من جانبه لولاية المحاكم الجزائرية، ومع ذلك يبقى للقاضي أن يستخلص عكس هذا النظر من ظروف وقرائن الحال، فإذا كان المدعى عليه قد حدد الجزائر موطنًا مختارًا له لمجرد رغبته في أن يكون إعلانه بأي إخطار يتعلق بالتزاماته مع الغير في الجزائر، أو لمجرد اختياره لها مكانًا لسداد المبالغ المستحقة له، فلا يجوز للقاضي أن يستخلص من ذلك رضاء المدعى عليه بالخضوع اختياريًا للمحاكم الجزائرية فيما قد ينشأ من منازعات بينه وبين الغير⁽¹⁾.

يضيف البعض أنه يشترط لاعتبار المدعى عليه الجزائر كموطن مختار له من قبيل الخضوع الاختياري، أن يكون المدعى عليه قد قصد ذلك فعلاً، وكانت هناك صلة بين الإقليم الجزائري والنزاع المعروض.

ت- حالة غياب المدعى عليه

غياب المدعى عليه لا يتصور أن يحمل على أنه قبول من جانبه لاختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى المرفوعة عليه، ولذلك تقضي المحكمة الوطنية بعدم اختصاصها حينئذ من تلقاء نفسها طالما أنها ليست مختصة أصلاً بنظر الدعوى، وسواء في ذلك أكان المدعى قد حضر أو لا، فغياب المدعى عند نظر الدعوى لا يعني عدم قبوله الاختصاص، إذ أن هذا القبول قد تم من قبل برفع الدعوى أمام المحاكم الوطنية، ولذلك لا يؤدي غياب المدعى في حد ذاته إلى الحكم بعدم الاختصاص طالما قد قبل المدعى عليه هذا الاختصاص⁽²⁾.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 228 و 229.

(2) -مرجع نفسه، ص 231.

ثالثا: نطاق الخضوع الاختياري

يثور التساؤل عن نطاق الخضوع الاختياري من حيث أثر هذا الخضوع على اختصاص المحكمة التي منحت الاختصاص، وهل يسمح به في حالة جلب الاختصاص لمحكمة لم تكن مختصة أصلا بالدعوى أم يسمح به أيضا إذا كان يسلب الاختصاص الثابت للمحكمة(1). كما يثار التساؤل عن نطاق الخضوع الاختياري من حيث نوع الدعوى التي تختص بها المحكمة التي منحت الاختصاص فهل يشمل كل أنواع الدعوى أم يقتصر على نوع معين منها؟(2).

1- نطاق الخضوع الاختياري من حيث جلب الاختصاص وسلبه

إن للخضوع الاختياري صورتين، الأولى هي جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية في حالات لم يكن فيها هذا الاختصاص ثابتا لها أصلا حسب قانونها، وحيث كان هذا الاختصاص ثابتا لمحكمة أجنبية فيسلب منها ويترتب على هذه الصورة زيادة حالات اختصاص المحاكم الوطنية على حساب اختصاص المحكمة الأجنبية.

أما الصورة الثانية فهي تتمثل في سلب الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية وجلبه لمحكمة دولة أجنبية مما يؤدي إلى الانتقال من حالات اختصاص المحاكم الوطنية لصالح اختصاص قضاء أجنبي(1).

بالتالي فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يصح للأطراف الاتفاق على جلب الاختصاص للقضاء الجزائري رغم عدم اختصاصه، وهل يصح لهم سلب الاختصاص عنه رغم اختصاصه؟.

بالرجوع إلى نص المادة 46 ق.إ.م.إ، فإن المشرع الجزائري ساوى بين صورتَي الخضوع الاختياري، فاحترم إرادة الخصوم في شأن الخضوع لقضاء معين سواء أكان ذلك يمثل جلبا

(1)-حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 233. انظر أيضا: دربال عبد الرزاق، ضابط الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 21.

HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, GERAUD de Geouffre de la pradelle, op.cit, p 353.

لاختصاص جديد للمحاكم الوطنية أو كان فيه سلبا لاختصاصها الثابت⁽¹⁾. وهو عكس ما ذهب إليه بعض الفقه، حيث يرى ضرورة أن يقتصر الأمر على الفرض الذي ينعقد فيه الاختصاص للمحاكم الوطنية بمقتضى الخضوع الاختياري، ودون أن يتناول حكم الفرض الذي يتفق فيه الخصوم على سلب الاختصاص من القضاء الوطني لصالح محاكم أجنبية، ذلك لأن أداء العدالة هو وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها هي محاكمها⁽²⁾.

إذا كانت الدولة تركت بيد الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة، ألا وهي وسيلة الدعوى، فليس معنى هذا أن القضاء يؤدي أولا وأخيرا لصالح الفرد، بل إنه في الحقيقة يؤدي لتحقيق مصلحة عامة، وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة منذ أن حلت الدولة محل الفرد في إقرار حقه وحمايته.

إذا كانت الدولة تركت للفرد اختيار الظروف التي يحرك فيها السلطة القضائية، أي الظروف التي يباشر فيها الدعوى، فما ذلك إلا حملا على التقاء المصلحة الخاصة أي مصلحة الفرد مع المصلحة العامة، ولكن ليس للفرد أن يذهب إلى أبعد من هذا فيمتنع عن تحريك هذه السلطة ويحرك بدلا منها سلطة قضائية في دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم في دولة أجنبية، والدولة هي التي ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة في رسمها ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة وهي أداء العدالة وهي لا ترى أية سلطة أجنبية تصلح لأدائها⁽³⁾.

2- نطاق الخضوع الاختياري من حيث نوع الدعاوى

جعل المشرع الجزائري وبموجب أحكام المادة 46 ق.إ.م.إ اختصاص المحكمة فيما يتعلق بنطاق الخضوع الاختياري من حيث نوع الدعاوى اختصاصا عاما حيث أجازت الفقرة الأولى من

(1)- دريال عبد الرزاق، ضابط الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 22.

(2)- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 119 و 120.

(3)- أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 274.

هذه المادة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ولو كان غير مختصا إقليميا، غير أنه وباستقراء هذه الأخيرة نجد أن هناك تناقض واضح بينها وبين المادة 45 من نفس القانون التي نصت على أنه: "يعتبر لاغي وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

لتلافي التناقض الموجود بين نص المادتين 45 و46 ق.إ.م.إ يمكن القول أن هناك ثلاث تأويلات لهذه المسألة، الأول أن المادتين وبالرغم من التضارب الموجود بينهما إلا أنهما تتعلقان بالاختصاص الإقليمي في المنازعات الداخلية فقط، وأن المشرع الجزائري ضيع -بالنظر إلى المنازعات الدولية- فرصة تدارك النقص الذي كان موجود في قانون الإجراءات المدنية القديم، على أن هذا القول لن يوقف القضاء الجزائري عن إيجاد حل لمشكلة الخضوع الاختياري، ذلك أنه سيستند إلى الحلول التي جاء بها القضاء الفرنسي في كثير من المناسبات المتصلة بالقانون الدولي الخاص، وسيضطر إلى اللجوء إليه مرة أخرى لحل هذه المشكلة، ولن يعدم الحل لأن القضاء الفرنسي ذاته واجهته مشكلة مدى انطباق نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية في المجال الدولي⁽¹⁾، وقد انتهى في قرار له صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1985 إلى تمديد العمل بهذا النص في المجال الدولي⁽²⁾.

أما التأويل الثاني، فيمكن القول أن المادة 45 ق.إ.م.إ أنها تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي، وفيها لا يجوز هذا الشرط إلا إذا تم الأمر بين التجار، أما المادة 46 من نفس القانون فهي تتعلق بالاختصاص الإقليمي في المنازعات الوطنية المحضة، غير أن هذا الطرح يعيب التسليم به لأسباب عديدة، فنحن أولا لا نجد أية إشارة في نص المادتين تبين أن المادة 45

(1)-ART 48 du code procédure français dispose que : « Toute clause qui directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'était convenue entre des personnes ayants toute contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'était été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

(2)-«Attendu, ensuit que l'article 48 du nouveau code de procédure civil doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence international ». Voir: Cour de Cassation, Ch, Civ 1, du 17 décembre 1985, 84-16.338, publié au bulletin.

ق.إ.م.إ مجالها هو المنازعات الدولية وأن المادة 46 ق.إ.م.إ مجالها هو المنازعات الداخلية، ثم إن كانت المنازعات الداخلية يجوز فيها هذا الشرط فأولى من ذلك المنازعات الدولية، خاصة إذا أخذنا بالاعتبار أن مما تجتهد فيه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أن تتواءم هذه التشريعات مع متطلبات التجارة الدولية وذلك بالعمل على استقرار المراكز القانونية وعدم مخالفة توقعات المتعاملين في التجارة الدولية. ثم إن المشرع الجزائري يقر اللجوء إلى آلية التحكيم التجاري الدولي فلما لا الاعتماد على الخضوع الاختياري.

من جهة أخرى يبدو غريبا أن يكون هذا الشرط جائزا داخليا سواء فيما بين التجار أو غيرهم بينما هو مقصور دوليا على التجار فقط لكونهم ربما أقدر على الدفاع عن مصالحهم من غيرهم. ووجه الاعتراض الآخر هو أن المشرع الجزائري في المادة 45 ق.إ.م.إ يجعل من الشرط لاغيا تلقائيا، بينما نجد في المادة 47 من نفس القانون تنطبق على الحالتين المنصوص عليهما في المادة 45 و46 ق.إ.م.إ حيث نصت على أن الدفع بعد الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام، بدليل أنه يستوجب على ذي مصلحة إثارته قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول.

أما التأييد الثالث، فيمكن القول أن هناك فعلا تناقض بين نص المادتين إذ لا يعقل أن يمنع المشرع هذا الشرط ثم يجيزه مباشرة، خاصة وأن الفرض أن هذه النصوص تتعلق بالاختصاص الداخلي لا الدولي، ثم كيف لا يكون هناك تناقض والمشرع الجزائري في المادة 45 ق.إ.م.إ يخص التجار فقط، وهو بالتالي نص خاص، ثم يأتي بصياغة عامة في المادة 46 ق.إ.م.إ، وكان الأصل أن يورد المشرع النص العام ثم يخصصه لا أن يأتي بالعكس.

لذا، وأمام هذا التناقض الصارخ بين المادتين نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لإزالة هذا اللبس والغموض وهذا بإحداث تسبيق وتأخير بين المادتين بحيث تصبح المادة 46 ق.إ.م.إ هي القاعدة العامة، والمادة 45 ق.إ.م.إ هي الاستثناء من القاعدة، أو القيام بإلغاء المادة 45 ق.إ.م.إ ليصبح بذلك مبدأ الخضوع الاختياري جائزا في كل الأحوال بغض النظر عن

صفة المتعامل سواء أكان تاجرا أو غير تاجر، ومن جهة أخرى وبغض النظر عن هذا التناقض فإن المشرع الجزائري أغفل شرطا جوهريا هو أن منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة لا يسري حيث يكون الاختصاص في منازعات معينة من الاختصاصات الإلزامية للقضاء الجزائري في القانون الجزائري. والسؤال المطروح هنا متى نكون أمام هذا النوع من الاختصاصات؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكمن في المادة 40 ق.إ.م.إ السابق ذكرها، والتي أسندت الفصل في هذه الاختصاصات إلى جهات قضائية معينة دون سواها وهذه المواد هي:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

3- في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة.

4- في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.

5- في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج.

6- في مواد مصاريف الدعاوى وأجور المساعدين القضائيين، أمام المحكمة التي فصلت في الدعوى الأصلية، وفي دعاوى الضمان أمام المحكمة التي قدم إليها الطلب الأصلي.

7- في مواد الحجز، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز، أو للإجراءات التالية له، أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز.

8- في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.

غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعى.

9- في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة.

على أن فقه القانون الدولي الخاص، من جهته مختلف حول تحديد ما يعد من الاختصاصات الإلزامية (المانعة)، فعند البعض يعد من الاختصاص المانع الاختصاص المبني على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو الحالات التي يكون فيها الالتزام العقدي (كما هو الحال في عقود العمل على وجه الخصوص) قد نشأ أو نفذ أو كان يجب تنفيذه في الدولة المعنية، وكذا الحالات التي يكون المال محل النزاع موجود في الدولة التي يراد فيها سلب الاختصاص منها، أو أن يكون حكم الإفلاس قد صدر فيها، أو أن يتعلق بالتدابير الوقائية أو التحفظية، والدعاوى المتعلقة بالإرث، وعلى العكس من ذلك تعد الاختصاصات غير إلزامية (أو غير إجبارية أو غير مانعة)، كالاختصاص المبني على الجنسية، أو الاختصاص في المسائل الأولية والطلبات العارضة والدعاوى المرتبطة⁽¹⁾.

بينما يرى البعض الآخر من الفقه وخاصة الفرنسي، أن الاختصاصات المانعة تتمثل في المنازعات الخاصة بالحالة المدنية للأشخاص، والدعاوى العينية العقارية، وما يتعلق بطرق التنفيذ⁽²⁾.

(1)- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص ص 187 و 188.

(2)- FRANCOIS Mélin, op.cit, p 58.

رابعاً: شروط الخضوع الاختياري

رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد شروطاً معينة لصحة الاتفاق المانح للاختصاص القضائي لمحكمة معينة، إلا أن هذا الموضوع أثار جدلاً واسعاً في الفقه المقارن نظراً لأهميته، وعليه يمكن تحديد شروط الخضوع الاختياري في وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها(1)، عدم انطواء الخضوع الاختياري على غش أو تحايل(2)، خضوع النزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لمحكمة دولة معينة ذو صفة دولية(3).

1- وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها

على غرار ما هو مقرر في مادة تنازع القوانين من ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون الذي اختاره الأفراد لحكمه، نجد أن غالبية الشراح وأحكام القضاء تشترط مثل هذه الصلة حين يتعلق الأمر بالخضوع الاختياري، ويتبلور هذا الشرط هنا في ضرورة أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختارة المعهود إليها بالاختصاص، فإذا تبين لهذه الأخيرة أن النزاع منعدم الصلة بها فليس لها أن تلتفت لمثل هذا الشرط المانح للاختصاص وأن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص(1).

تحتم اقتضاء هذا الشرط ثلاث أمور، إذا كان المشرع قد جعل من إرادة الخصوم ضابطاً للاختصاص الدولي للقضاء الوطني، فإنه يتعين أن يكون هذا الضابط قائماً على أسس ثابتة حتى لا ينتهي الأمر بانصياع القضاء إلى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على إقليمها(2).

(1) - عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، مرجع سابق، ص 470.

(2) - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، ك3، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 76.

كذلك احترام كفالة قوة وفعالية الأحكام القضائية، فالحكم الصادر من قضاء دولة معينة لا صلة لها بالنزاع سيكون حتماً حكماً مجرداً من القوة والفعالية، وليس من المتصور أو المعقول أن يلقى مثل هذا الحكم ترحيباً ويكون قابلاً للتنفيذ في الخارج لكونه صادراً عن قضاء ليس مختصاً، ولعله من العبث الشديد أن يقبل القضاء في أي دولة بأن يضيع وقته وجهده سدى ليصدر في النهاية حكماً هو والعدم سواء إذ سيكون مجرداً من أي قيمة حقيقية⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن انعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة المعهود إليها بالاختصاص يعني وفقاً لمفهوم النظرية الانجلوأمريكية أن هذه المحكمة غير صالحة أو غير ملائمة للفصل في النزاع، مما يستتبع أن تتخلى عن نظره، حيث أن تلك النظرية تسمح للقاضي المعروض عليه النزاع بالتخلي عن نظر الدعوى إذا اتضح له أن الدعوى لا ترتبط بالمحكمة المختارة ارتباطاً معقولاً وأنه من الأكثر ملائمة أن يعرض النزاع أمام محكمة دولة أخرى⁽²⁾.

2- ألا يكون الخضوع الاختياري منطوياً على غش أو تحايل

قد يتجه الخصوم إلى اختيار المحكمة التي يعلمون مقدماً أنها ستطبق القانون الذي يلبي رغباتهم تحايلاً على اختصاص المحكمة التي كانت مختصة من حيث الأصل، والقانون الذي كان يجب تطبيقه من قبل هذه الأخيرة، وهو ما يسمى بالغش نحو الاختصاص القضائي، وجزء الحكم الصادر من هذه المحكمة هو رفض شموله بالأمر بالتنفيذ بناء على الغش⁽³⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 459.

(2) - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 77. انظر أيضاً: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 420.

(3) - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، ك1، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، د.د.ن، د.ب.ن، 2009، ص 102. انظر أيضاً: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 420.

3- أن يكون النزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لمحكمة دولة معينة ذو صفة دولية

يعد هذا الشرط من بين أكثر الشروط التي أثارت الجدل بين فقه القانون الدولي الخاص، ويذهب غالبية الفقه إلى ضرورة أن يكون الاتفاق المانح للاختصاص وارد بصدد نزاع متضمنا عنصرا أجنبيا أو بمعنى آخر متصلا بمنازعة تتصف بصفة الدولية⁽¹⁾.

أما إذا كان الاتفاق المانح للاختصاص متعلقا بنزاع وطني بحت، فإن هذا الاتفاق الذي يمنح الاختصاص لمحاكم دولة أخرى غير تلك التي يرتبط بها النزاع ذو الصفة الوطنية البحتة ارتباطا كليا لا يكون منتجا لأي أثر قانوني، فلو اتفق طرفان كل منهما ينتمي بجنسيته إلى ذات الدولة على اختصاص محاكم دولة أخرى غير تلك التي ينتميا إليها بجنسيتهما بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد المبرم بينهما في دولة جنسيتهما والمزمع أيضا تنفيذه فيها فإن هذا الاتفاق المانح للاختصاص لا يكون منتجا لأثره الطبيعي في منح الاختصاص لمحاكم الدولة الأجنبية المتفق على عقد الاختصاص لها بين طرفي العقد، حيث أن المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد هي منازعة ذات طابع وطني بحت، فالعقد المتنازع بصدده لا يتضمن أي عنصر أجنبي أيا كانت طبيعة هذا العنصر⁽²⁾.

على الرغم مما يتصف به هذا الشرط من وضوح ومنطقية نظرا لأنه من الأمور ظاهرة التناقض أن يسمح لإرادة الأطراف بأن تعطي الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية بصدد العلاقات الوطنية البحتة، فإن جانب من الفقه على الرغم إيمانه بتلك المسلمة سالفة الذكر قد ذهب إلى التشكيك في ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص بالصفة الدولية، خاصة وأن مشكلة الاختصاص القضائي الدولي شأنها في ذلك شأن كافة مشكلات القانون الدولي الخاص لا تثار إلا بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي أي بصدد علاقة ذات طابع دولي⁽³⁾.

(1)- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 71.

(2)- مرجع نفسه، ص 71.

(3)- مرجع نفسه، ص 71. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 421.

الفرع الثالث

ضابط حسن أداء العدالة

قد تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي رغم عدم توافر أي ضابط من الضوابط المقررة في قانونها، وذلك إما لاتصال الدعوى بدعوى تدخل ضمن اختصاصها تحقيقا وضمانا لوحدة الخصومة، وإما لأن الأمر يتطلب سرعة تدخل القضاء من أجل اتخاذ إجراءات معينة لحماية حقوق الخصوم والأموال المتنازع عليها. بناء على ذلك سنتطرق لاختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة (أولا) ثم اختصاصها بالدعاوى الاستعجالية (ثانيا).

أولا: الدعاوى المرتبطة

إن اختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة يشمل كل من المسائل الأولية (1)، والطلبات العارضة (2)، والطلبات المرتبطة (3).

1- المسائل الأولية

يقصد بالمسائل الأولية كما سبق الذكر المسألة التي يلتزم على المحكمة البت فيها أولا حتى يتسنى الفصل في موضوع النزاع، وتعد هذه الأخيرة مبدأ معترف به في ظل القانون القضائي الخاص الداخلي، ففي كل حالة يكون الفصل في المسألة الأولية ضروريا للفصل في الدعوى الأصلية كان على المحكمة التي تنظر الدعوى أن تفصل في تلك المسألة إذا كانت داخلة في اختصاصها أو توقف الفصل في الدعوى حتى يتم الفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة. لكن إذا كانت هذه القاعدة هي المعمول بها على المستوى الداخلي، فهل يمكن القيام بنفس العمل على المستوى الدولي؟.

لم يتطرق المشرع الجزائري وبموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاختصاص المحاكم الوطنية في المسائل الأولية، ولذلك فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القانون المقارن، أين نجد أن الاجتهاد الفرنسي قد تبنى مسلكا مغايرا لذلك المتبع في نطاق الاختصاص القضائي الداخلي، فإذا كانت المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية في المجال الداخلي، توقف الفصل في المسألة الأولية

إلى غاية الفصل فيها من طرف المحكمة المختصة، فإن المحاكم الفرنسية ترفض على المستوى الدولي أن ترفع يدها على النزاع بحجة التلازم من جهة، وبحجة أن صلاحيتها تشمل الأصل والفرع من جهة أخرى.

بذلك تكون المحاكم الفرنسية مختصة بالفصل في المسائل الأولية إلى جانب الدعوى الأصلية، إلا أن ذلك لا ينطبق على الأحكام التي تخضع لمبدأ الإقليمية كالأحكام الجزائية والإدارية والتي لا يمكن للمحكمة الفصل فيها، بل يتعين عليها أن توقف الفصل في النزاع المعروض عليها لغاية صدور الحكم الجزائي أو الإداري من القضاء الأجنبي، على أن ذلك الحكم لا يمكن الاستناد إليه إلا باعتباره دليلاً أو واقعة، ويخضع تفسيره للقضاء المختص بنظر الدعوى الأصلية⁽¹⁾.

ذات الوضع قرره المشرع المصري في نص المادة 33 من قانون المرافعات التي نصت على أنه: "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة".

بالنظر إلى هذا النص، فإن منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في المسائل الأولية التي يقتضي الفصل النهائي في الدعوى البت فيها، يتوقف على تحقق شرطين، الأول أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية، وسواء أكانت مختصة بالمسائل الأولية أو غير مختصة بها. أما الثاني أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً للحكم في الدعوى الأصلية، فمثلاً تحديد جنسية أحد الخصوم أو تحديد موطنه، يعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية.

(1) -عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 423.

2-الطلبات العارضة

يقصد بالطلبات العارضة الطلبات التي تبنى أثناء سير الخصومة (دعوى أصلية) وتتناول بالتغيير سواء بالنقصان أو بالإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها⁽¹⁾.

تقدم الطلبات العارضة من طرف المدعي وتسمى طلبا إضافيا⁽²⁾. ومثاله الطلب الذي يقدمه بتصحيح الطلب الأصلي الذي نشأت به الخصومة أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى، كأن يطالب بقيمة العين المتنازع عليها بدلا من المطالبة بملكيتها، وكذلك المطالبة بالثمار بالإضافة إلى الملكية⁽³⁾.

تقدم الطلبات العارضة أيضا من طرف المدعي عليه وتسمى دعوى المدعي عليه أو الطلب المقابل⁽⁴⁾. ومثاله الطلب الذي يتقدم به ويترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بكل طلباته أو بعضها أو على الأقل يحكم بها وهي مقيدة بقيد لصالحه كأن يطلب المدعي تنفيذ العقد فيطالب المدعي عليه بفسخه أو أن يرفع الزوج دعوى طاعة على زوجته فتزد عليه بطلب الطلاق⁽⁵⁾.

إذا كان تطبيق هذه الأحكام هو المعمول به على المستوى الداخلي، فإنه يتم تمديد العمل بها أيضا على المستوى الدولي وذلك تطبيقا لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ومعنى ذلك أن القاضي الذي يختص بالفصل في الدعوى المطروحة أمامه يختص في الوقت نفسه بنظر الدعوى التي يثيرها المدعي عليه ردا على دعوى المدعي.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 200.

(2) -نصت الفقرة 4 من المادة 25 ق.إ.م.إ على أن: "الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية".

(3) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 374.

(4) -نصت الفقرة 5 من المادة 25 ق.إ.م.إ على أن: "الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعي عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه".

(5) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 374.

بناء على ذلك، فإن اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في الطلبات العارضة يستوجب توافر شرطين، الأول أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية أو الطلب الأصلي. أما الثاني أن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية أو الطلب الأصلي الذي تختص به أصلا المحاكم الوطنية⁽¹⁾.

3-الطلبات المرتبطة

يقصد بالطلبات المرتبطة، الطلبات التي تتصل بطلبات أخرى برابطة وثيقة تجعل من المفيد جمعها أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافيا لتضارب الأحكام القضائية⁽²⁾. وقد عرفها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 55 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيهما معا".

من أمثلة الطلبات المرتبطة الطلب الذي يقدمه الموصى له طالبا تسليم الشيء أو المال الموصى به فيطلب الورثة المستحقون الحكم بعدم صحة الوصية، الدعوى التي يرفعها الموكل على الوكيل بتقديم حساب ويرد المستندات التي سلمها إليه بمناسبة الوكالة، ودعوى الوكيل ضد الموكل بطلب أتعابه أو مصاريفه، والدعوى المترتب عليها الالتزام بالضمان⁽³⁾.

تبنى المشرع الجزائري كذلك مسألة الطلبات المرتبطة بموجب نص المادة 207 ق.إ.م.إ بنصه على أنه: "إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي جاز له ولحسن سير العدالة، ضمهما من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد".

(1)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 376.

(2)-وسام توفيق عبد الله الكتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 66.

(3)-هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 79.

بما أن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق في المجال الدولي، فإنه وطبقا لنص المادة المذكور أعلاه تختص المحاكم الوطنية بالقضايا المرتبطة بدعوى أصلية تدخل ضمن اختصاصها، حتى لو لم تكن مختصة بهذه الطلبات إذا ما عرضت عليها في صورة دعوى مستقلة⁽¹⁾.

بناء على ذلك، فإن اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في الطلبات المرتبطة يستوجب توافر شرطين، الأول أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية وفقا للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي بها. أما الثاني أن تكون الطلبات المرتبطة على صلة وثيقة بالدعوى الأصلية ويترجم هذه الصلة وحدة السبب أو الموضوع في الدعويين، أي أن يكون هناك ارتباط بين الدعوى والطلب اللاحق إذا كان كلاهما ينبعان من مصدر واحد أو يردان على موضوع واحد⁽²⁾.

هذا وقد اختلف الفقه حول مدى إعمال قاعدة الاختصاص المبني على أساس الارتباط، فيرى جانب منهم، أن هذه القاعدة تطبق من جانب واحد فقط، فيعترف بها إذا ترتب عليها جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بدعوى لم تكن تدخل في ولايتها أصلا والعكس غير صحيح، فلا يؤخذ بها إذا ما أسفرت عن سلب اختصاص المحاكم الوطنية الثابت لها وفق إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لصالح المحاكم الأجنبية⁽³⁾.

على ذلك لا يجوز الدفع أمام المحاكم الوطنية بطلب إحالة الدعوى المرفوعة أمامها إلى محكمة أجنبية على أساس ارتباطها بدعوى أخرى لدى هذه الأخيرة، والحجة التي يتخذها هذا الفقه تكمن في أن الدفع بالإحالة للارتباط لا يمكن اعتماده في مجال العلاقات الخاصة الدولية لأنه يفترض وجود سلطة عليا تتولى توزيع القضاء بين المحاكم المختلفة⁽⁴⁾. وكذلك لا محل

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 30.

(2) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 381. انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 206 و 207.

(3) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 382.

(4) -عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 503.

للاحتجاج بأن رفض الدفع بالإحالة للارتباط قد يترتب عليه التعارض بين الأحكام لأن الحكم الأجنبي لا يصح تنفيذه في دولة معينة متى كان متعارضاً مع حكم صادر من محاكم تلك الدولة⁽¹⁾.

يرى جانب آخر من الفقه، جواز قبول المحاكم الوطنية للدفع بالإحالة للارتباط، وذلك إذا اتضح لها أن المحكمة الأجنبية التي تنظر في الدعوى الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر فيها⁽²⁾. بل ويرى لنفس السبب أيضاً جواز تخلي المحاكم الوطنية عن نظر الدعوى المرتبطة من تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى، وذلك بهدف تجنب التناقض بين الأحكام، وكذلك ملافاة عدم تنفيذ الحكم الوطني في الدول الأجنبية التي تنظر محاكمها أصل النزاع⁽³⁾.

ثانياً: الدعاوى الاستعجالية

تشمل الدعاوى الاستعجالية كل من الإجراءات الوقتية والإجراءات التحفظية التي يراد تنفيذها في الدولة لحين الفصل في الخصومة الأصلية المطروحة أمام القضاء الأجنبي حتى وإن لم تكن محاكم الدولة مختصة بهذه الدعوى⁽⁴⁾.

من أمثلة الإجراءات الوقتية، النفقة الوقتية للزوجة أو للأُم أو للقريب، أو الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعين بقرار من القاضي، والإذن لها بتسليم الأشياء اللازمة لاستعمالها اليومي، ومن ذلك أيضاً تقرير تعويض مؤقت للمصاب في حادثة لحين الفصل في الدعوى المدنية الناشئة عن الفعل الضار⁽⁵⁾.

من أمثلة الإجراءات التحفظية إثبات حالة بضائع سريعة التلف أو الأمر ببيعها لحين الفصل في دعوى الوفاء التي يثيرها العقد الدولي التي كانت البضاعة محلاً له، وكذلك اتخاذ الإجراءات

(1) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 210.

(2) - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 385.

(3) - مرجع نفسه، ص 385.

(4) - مرجع نفسه، ص 406.

(5) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 218.

اللازمة للمحافظة على الأموال محل التركة، كجردها ووضع الأختام عليها، لحين تعيين الورثة الشرعيين والموصى لهم من قبل المحكمة المختصة بدعوى الميراث، وكذلك تعيين حارس قضائي في حالة ما إذا كان هناك مثلاً نزاع حول ملكية عين وثمة خشية من استمرارها في حوزة حائزها، فيطلب تعيين حارس قضائي مهمته حفظ العين واستغلالها لحين الفصل في النزاع حول ملكيتها⁽¹⁾.

في هذا الصدد نصت المادة 299 ق.إ.م.إ على أنه: "في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال".

لم يقتصر المشرع الجزائري بموجب نص المادة أعلاه الاختصاص بنظر الدعاوى الاستعجالية على النزاعات التي تتم بين الوطنيين، بل جعلها تشمل كافة النزاعات، بما فيها تلك التي تتم بين الأجانب، وهذا ما يؤكد مصطلح "في جميع أحوال الاستعجال"، إذ أنه لم يأخذ بعين الاعتبار أطراف النزاع، بل ركز على طبيعته وعلى توافر عنصر الاستعجال، فضرورة الاستعجال وسرعة البت في القضية، تستوجب منح المحاكم الوطنية _ المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب تنفيذه _ اختصاصاً للنظر في الدعاوى المستعجلة، وذلك عن طريق عرض القضية أمام القسم الاستعجالي للفصل فيها في أقرب الآجال، على أن تحديد تلك الآجال يكون حسب حالة الاستعجال⁽²⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 505.

(2) - نصت المادة 301 ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة. في حالة الاستعجال القصوى، يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصياً أو إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي". كما نصت المادة 302 من نفس القانون على أنه: "في حالة الاستعجال القصوى، يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات العمل وأيام العمل، بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط. يحدد القاضي تاريخ الجلسة، ويسمح عند الضرورة، بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة. ويمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل".

بناء على ذلك، فإنه يلزم لتقرير اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في الدعاوى الاستعجالية توافر شرطين، الأول أن يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يكون الغرض منها اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي. أما الثاني يجب أن يكون مضمون الدعوى المستعجلة طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تنفذ في دولة القاضي التي قضى باتخاذها، وذلك قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة.

المطلب الثاني

الضوابط غير العادية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

نظم المشرع الجزائري اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي بناء على ضابط الجنسية، وذلك بمقتضى المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ. حيث جاء في نص المادة 41 ق.إ.م.إ. على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائريين". أما المادة 42 من نفس القانون فقد نصت على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

منح المشرع الجزائري من خلال هاتين المادتين للمتقاضين الجزائري، امتياز رفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية، أو تكليفه بالحضور أمامها مهما كان المكان الذي تم فيه التعاقد على الالتزام، ومهما كان الربط الذي يمكن أن يقود إليه تطبيق الضوابط العادية. إلا أن هذا الامتياز قد طرح العديد من التساؤلات، متى يلجأ إلى هذا الامتياز؟ (الفرع الأول)، ما هو نطاقه؟ (الفرع الثاني)، وأخير ما هي الشروط الواجب توافرها لتطبيقه؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حالات اللجوء إلى الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ.

قد تعقد الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي (أولا)، وقد لا تعقد الاختصاص لها (ثانيا)، فهل بإمكان الطرف الجزائري اللجوء إلى الامتياز المقرر له في المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ. في كلتا الحالتين؟.

أولا: اختصاص المحاكم الجزائرية استنادا إلى الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي

في حالة ما إذا عقدت الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، فإن الطرف الجزائري لا يمكنه الاعتماد على نص المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ. المقررتين امتيازاً له، ذلك أنه من غير المنطقي اللجوء إلى نصوص خاصة لكونها تقرر امتيازاً للجزائريين بينما النصوص العامة كافية للوصول إلى نفس النتيجة وهي اختصاص المحاكم الجزائرية⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، فإنه في حالة اعتماد المحاكم الجزائرية على هذا الامتياز لتقرير اختصاصها دون الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي، فإن الحكم الذي تصدره قد لا يجد حظوظاً كبيرة لتنفيذه في بلد الطرف الأجنبي معاملة بالمثل، وهذا ما انتهى إلى تقريره القضاء الفرنسي بعد تطور طويل⁽²⁾. فبعد أن كان يقرر عدم اختصاص المحاكم الفرنسية بالنظر في المنازعات بين الأجانب، تفسيراً للنصين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي بمفهوم المخالفة، تطور إلى قبول الاختصاص ببعض المنازعات، ثم قرر بعد ذلك قاعدة أن الصفة الأجنبية لأطراف النزاع ليست سبباً في عدم اختصاص المحاكم الفرنسية، وانتهى هذا التطور إلى اعتبار

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 34. انظر أيضاً: محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المواد 10-11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 06، 2010، ص 80.

(2) -مرجع نفسه، ص 80. انظر أيضاً:

النصين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي المقررين امتيازاً لصالح الفرنسيين بأن لهما صفة احتياطية يكون تطبيقهما فقط في الحالة التي لا تسعفاً فيها الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية⁽¹⁾.

ثانياً: عدم اختصاص المحاكم الجزائرية استناداً إلى الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي

في حالة ما إذا لم تعقد الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، فإنه يمكن للطرف الجزائري الاعتماد على نص المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ. المقررتين امتيازاً لصالح الجزائريين. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي فقد قبل اعتماد الطرف الفرنسي على المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي المقررتين امتيازاً لصالحه، لتأسيس اختصاص المحاكم الفرنسية في دعوى الطلاق على اعتبار الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي لا تسمح برفعهما إلى المحاكم الفرنسية⁽²⁾.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ.

متى انعقد الاختصاص القضائي لمحكمة جنسية أحد أطراف الدعوى في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، ترتب على ذلك تحديد نطاق تطبيق الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ.

لذلك سنتطرق إلى الأشخاص المستفيدين من هذا الامتياز (أولاً)، الدعاوى التي يشملها هذا

الأخير (ثانياً).

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 34 و 35. انظر أيضاً: محي الدين جمال، مرجع سابق، ص ص 80 و 81.

(2) -Cour de Cassation, 1 Civ, 06 décembre 1988, D. 1989, somm. 257, obs. B. Audit, J.C.P, II, 21270, obs, L. Cadiet.

أولاً: الأشخاص المستفيدون من الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ.

إن تطبيق الامتياز الوارد بالمادتين 41 و42 ق.إ.م.إ. يستوجب أن يكون أحد الطرفين من الجنسية الجزائرية سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه وقت رفع الدعوى، حتى ولو كان الخصم أجنبياً وقت نشوء الحق المتنازع عليه، ويترتب على ذلك أن التغيير الطارئ على الجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري.

يتضح أن الاستفادة من تطبيق هذا الامتياز، لا يتشترط إلى جانب الصفة الجزائرية في أحد أطراف الدعوى أي شرط آخر إضافي، كأن يشترط فيه أن يكون له موطن في الجزائر، أو أن يكون لخصمه موطن فيها، كما لا يتشترط في النزاع أن يكون له ارتباط من حيث موضوعه بالجزائر⁽¹⁾.

يضيف الأستاذ **موحد إسعاد** في هذا الشأن، أن جنسية المتقاضي هي التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لا جنسية خلفه، إذا أخذنا بالحسبان الأساس الذي يرتكز عليه الامتياز بالذات، كحالة الوريث الذي يرفع دعوى تتعلق بحق وراثي، أو المحال له فيما يتصل بالحق المتنازل عنه، حيث يكفي أن يكون الوريث أو المحال له من الجنسية الجزائرية.

غير أن هذا الحل لا يخلو في حال حوالة الحق من مساوئ، لأنه يؤدي إلى زيادة أعباء المحول عليه الذي يجد نفسه مضطراً للتقاضي في الجزائر، على الرغم من أنه تعاقد مع أجنبي وتوقع بصورة منطقية إمكانية رفع النزاع المحتمل أمام محكمة تابعة لبلد أجنبي، ومع ذلك فإن الحل يبدو مستقراً، ولا يبقى أمام صاحب العلاقة سوى السهر على إحباط حالات التحايل والتواطؤ بين المحيل والمحال له. وفي المقابل يجب استبعاد الامتياز في حالة الوكالة أو ممارسة الدعوى غير المباشرة، لأن التقاضي لا يمارس في هذه الحالة دعوى خاصة به وإنما يتصرف لحساب الغير.

(1) -رحاوي آمنة، اختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية في مسائل الزواج المختلط، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع 11، 2017، ص 760. انظر أيضاً: عمارة بلغيث، الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، ع 01، 2016، ص 78.

يضيف الأستاذ أيضا فيما يتعلق بهذا الامتياز حالة اللاجئين وعديمي الانتماء، حيث يرى أنه يبدو من الصعب نظرا لارتكاز الامتياز على الجنسية، أن نعمه على أشخاص غير جزائريين، غير أنه قد يبدو على العكس من باب التناقض أن نستقبل اللاجئين وعديمي الانتماء ضمن التراب الوطني من جهة وأن نحرّمهم بذات الوقت من التمتع بقسط من الحقوق المعترف بها للمواطنين⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن اتفاقيتي جنيف حول اللاجئين بتاريخ 18 جويلية 1951⁽²⁾، ونيويورك حول عديمي الانتماء بتاريخ 28 سبتمبر 1954⁽³⁾، تخضعان أحوالهم الشخصية لقانون الموطن، وفي حالة انعدامه لقانون بلد الإقامة، كما أنهم يتمتعون، فيما يتعلق بحق اللجوء إلى المحاكم بشكل خاص، بذات المعاملة المطبقة على الرعايا الجزائريين، إذن يبدو من المرغوب فيه تعميم تطبيق المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ عليهم⁽⁴⁾.

ثانيا: الدعاوى المشمولة بالامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ

إن التفسير الحرفي لنص المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ يقود إلى حصر نطاقهما في الالتزامات التعاقدية فقط، وهو الأمر الذي يعطل الفائدة المرجوة من هذه المواد، فإن هي وجدت أساسا من أجل حماية المواطن فلا شك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصرنا على الالتزامات التعاقدية دون المسائل الأخرى، كما وأن الاختصاص المقرر في هذه المواد مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع، فقصره بالتالي على الالتزامات التعاقدية دون غيرها ليس له ما يبرره⁽⁵⁾.

لم يلتزم القضاء الفرنسي بالتفسير الضيق لنص المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، بل عمم تطبيقهما على الالتزامات سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية، كما طبقهما

(1) -موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 35.

(2) -مرسوم تنفيذي رقم 63-274 مؤرخ في 25 جويلية 1963، يتضمن مجالات تطبيق الاتفاقية الخاصة بالوضع القانوني للاجئين، الموقعة في جنيف يوم 28 جويلية 1951، ج ر ع 52 صادرة في 30 جويلية 1963.

(3) -مرسوم تنفيذي رقم 64-173 مؤرخ في 08 جوان 1964، يتضمن مشاركة الجزائر في الاتفاقية الخاصة بالقانون الأساسي

لعديمي الجنسية، الموقعة في نيويورك يوم 28 سبتمبر 1954، ج ر ع 15 صادرة في 17 جويلية 1964.

(4) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 40.

(5) -رحاوي آمنة، اختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية، مرجع سابق، ص 761.

حتى على الدعاوى غير المالية، ولم يستثني سوى الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج والدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات وأيضا الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري خارج فرنسا، وسبب استثناء هذه الدعاوى يرجع أساسا إلى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية، مما يجعل كل قرار صادر بشأنها من قضاء أجنبي غير قابل لتطبيقه فيها، فيبقى هذا الأخير بدون حجة أو فعالية تذكر⁽¹⁾.

تبنت هذا الموقف صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1970/05/27 حيث قضت بموجبه أن⁽²⁾: "المادة 14 من القانون المدني الفرنسي مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعاوى العينية العقارية وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا".

بناء على ما تقدم، فإنه يمكننا القول بأن حكم المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ يسري كذلك على بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي، وبالتالي تختص المحاكم الجزائرية بالفصل فيها متى كان المدعى أو المدعى عليه في هذه الدعوى متمتعا بالجنسية الجزائرية، ولا يلزم أن يكون هذا الأخير متوطنا بالجزائر، فالصفة الجزائرية كافية لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، كما لا يهمل المكان الذي وقع فيه السبب المنشئ للالتزام أساس الدعوى، فسواء تحقق السبب المنشئ للالتزام داخل الإقليم الجزائري أو خارجه ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية⁽³⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 41. انظر أيضا: رحاوي أمنة، اختصاص المحاكم المبنى على ضابط الجنسية، مرجع سابق، ص 761.
DERUUPPE Jean, LABORDE Jean-Pierre, droit international privé, 14^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p 112.

(2) -Cour de Cassation, Civ, 27 mai 1971. Weiss. R.C.D.I.P. 1971, 113, note, Batiffol.

(3) -على نقيض كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري، فقد اعتد المشرع المصري بجنسية المدعى عليه المصرية فقط وجعل منها معيارا يبنى على أساسه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، وفي هذا نصت المادة 28 من قانون المرافعات المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على مصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج". ويبرر جانب من الفقه هذه القاعدة أن الأساس الصحيح لاختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على المصري وعدم إمكانه الدفع بعدم اختصاصها بها، هو أن المصري يخضع لولاية القضاء المصري سواء أكان مقيما في مصر أو خارجها، لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين =

الفرع الثالث

شروط تطبيق الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ.

يقتصر دور المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ على منح الاختصاص إلى النظام القضائي الجزائري بالنسبة لمجال تطبيق النظم القضائية الأجنبية، وهذا يعني أنهما تتركان خارج نطاقهما قضية الاختصاص الداخلي، الذي يتمثل في تحديد أي من المحاكم الجزائرية سترفع لديها الدعوى إثر إعلان اختصاص النظام القضائي بصورة عامة (أولاً)، وبما أن الأمر يتعلق من جهة أخرى بامتياز، فإنه يجب أن يحق للمستفيدين التخلي عنه (ثانياً).

أولاً: تحديد المحكمة المختصة

إن الاعتماد على الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ لصالح الجزائريين لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية وكما سبق الإشارة إليه يكون فقط لما لا تسعفنا الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي في عقد الاختصاص لها، مما يعني أن اللجوء إلى المادتين يكون فقط لما لا يوجد في الإقليم الجزائري أي ضابط للاختصاص المحلي، لأن قواعد الاختصاص المحلي الداخلي هي التي تطبق على المستوى الدولي⁽¹⁾.

من هنا فإن عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، يقتضي تطبيق قواعد القانون الداخلي لتحديد المحكمة المختصة محلياً، إذ ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه إذا كان له موطن في الجزائر، غير أنه إذا لم يكن للمدعى عليه الجزائري أو الأجنبي موطن أو إقامة في

=والأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وهي شخصية بالنسبة للمصريين المقيمين في الخارج. وورد هذا التبرير حرفياً في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الجديد حيث جاء بها: "يضاف إلى ذلك (أي إلى ضابط الاختصاص القضائي) الأخرى الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنياً، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، ويبنى الاختصاص في هذه الحالة على اعتبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب إلا أنها شخصية بالنسبة لأوليين فتشملهم ولو كانوا متوطنين خارج إقليم دولتهم". انظر: هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 94. انظر أيضاً: حفيدة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 36.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 38. انظر أيضاً: رحاوي آمنة، اختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية، مرجع سابق، ص 761.

الجزائر، فإنه يحق للمدعى حينئذ أن يكلفه بالحضور أمام محكمة موطنه الذاتي أو إقامته، أما إذا لم يكن للمدعى أو المدعى عليه موطن أو إقامة في الجزائر فإنه وحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي يمكن للمدعى عليه اختيار المحكمة التي يرفع إليها دعواه شريطة ألا يكون متعسفا في هذا الاختيار، إلا أنه وبسبب كثرة التحايل، فقد منح الاجتهاد الفرنسي في آخر اجتهاداته الاختصاص للمحكمة القريبة من حدود البلد الأجنبي الذي يوجد فيه موطن المدعى عليه⁽¹⁾.

بما أن القضية المتعلقة بالتحايل أمام المحكمة أصبحت تطرح نفسها بحدة في الجزائر، فإن الواقع العملي يوضح أن عددا من المتزوجين القاطنين في الخارج، يفضلون رفع دعواهم أمام القضاء الجزائري في حالة الطلاق على وجه الخصوص، ويتعلق الأمر غالبا بمبادرة صادرة عن الزوج أكثر من الزوجة نظرا لثقتته في الحصول على طلاق سهل وقليل التكلفة مما يجعل الزوجة مضطرة إلى الدخول في عملية إجرائية شديدة التعقيد خاصة إذا كانت أجنبية⁽²⁾.

يطرح هذا الضابط صعوبات عملية كثيرة أثناء التطبيق، سواء من حيث التبليغ أو حضور الشخص المطلوب، فحتى لو تم التبليغ بصفة عادية، فإن الطرف الأجنبي يأبى الحضور، مما يجعل المحاكم تصدر أحكام غيابية، وهو ما يزيد الأمر تعقيدا على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي⁽³⁾.

ثانيا: إمكانية التنازع عن الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ.

إذا كانت المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ. لا تتضمن التزاما بمحاكمة الأجنبي أو الجزائري أمام المحاكم الجزائرية، وإنما تشكل مجرد امتياز ذي طابع اختياري، فإنه يترتب على ذلك منطقيا أنه لا يحق للمحاكم أن تثير تلقائيا تطبيق هاتين المادتين، ومما يزيد في وجوب احترام هذه القاعدة أن

(1)-موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 37.

(2)-مرجع نفسه، ص 37.

(3)-سانح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نسا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 24.

المدعى قد يرغب في رفع دعواه أمام الهيئات القضائية الجزائرية على أساس معيار غير معيار امتياز الجنسية الوارد في المادتين 41 و42⁽¹⁾.

الواقع أن الأحكام الصادرة على أساس هاتاه المادتين يمكن أن تثير التحفظ دوماً من الهيئات القضائية الأجنبية وتؤدي أحيانا إلى اتخاذ تدابير انتقامية على مستوى تنفيذ هذه الأحكام، وهذا ما يحدث في البلدان التي تعتمد قواعد استثنائية مماثلة أو معادلة لقواعدنا، والتي يمكن أن تلجأ إلى الاعتداد بقواعدها الذاتية الاستثنائية لكي تعارض تنفيذ أحكام صدرت على أسس لا تقل استثنائية ضمن أراضيها. لذا يجب تحاشي انقلاب الامتياز الممنوح للمواطنين من قبل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضد مصلحة هؤلاء المواطنين بالذات عن طريق الحصول على أحكام تبقى في نهاية الأمر عديمة المفعول⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فإن صياغة المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ. واللتين تقرران امتياز لصالح الجزائريين، تفيد أنهما غير متعلقتين بالنظام العام، ذلك أن المادتين وردتا باستعمال المشرع فيهما عبارة "يجوز" وليس لعبارة "يتوجب"، مما يجعل بإمكان الطرف الجزائري الذي تقرر بمقتضاهما الامتياز لصالحه التنازل عنه⁽³⁾.

يكون هذا التنازل، إما بموجب اتفاق صريح بين الطرف الجزائري في الدعوى والطرف الأجنبي، كأن يدرج شرط اتفاقي يتضمن استبعاد تطبيق المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ.، كما قد يكون ضمنيا، ويتخذ في هذه الحالة شكلين، فهو قد ينجم عن شرط يتضمن منح الاختصاص إلى محكمة أجنبية أو عن شرط تحكيمي مدرج في العقد، وبشكل تحديد الاختصاص على هذه الصورة

(1) -رغم النص في المادتين 41 و41 ق.إ.م.إ. على أن الاختصاص القضائي الدولي بصيغة الجواز بمعنى أن هذه القواعد ذات طبيعة اختيارية إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك حيث عامل هذه القواعد معاملة وجوبية. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 جانفي 1996 على أنه: "ليس للقاضي الجزائري أن يتخلى عن الاختصاص المقرر بالمادتين 11/10 إجراءات مدنية، لصالح قضاة أجنبية". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 12986، الصادر في 10 جانفي 1996، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 89.

(2) -موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 38.

(3) -مرجع نفسه، ص 38.

عائقا أمام اختصاص الهيئات القضائية الجزائرية المرتكز على المادتين 41 و42 ق.إ.م.إ، كما يمكن للتنازل أن ينجم ضمنيا عن إقامة دعوى أمام محكمة أجنبية.

إن الحالة تبدو سهلة نسبيا إذا كان الطرف الجزائري مدعيا، حيث يفترض مبدئيا أنه تخلى عن امتيازته بمجرد لجوئه إلى رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية، إلا أنه يجب تقييم هذا الحل وفقا للدوافع التي حملت صاحب العلاقة على رفع الدعوى أمام هيئة قضائية أجنبية، فقد يكون قام بذلك مرغما، إما بهدف الحصول على تدابير مؤقتة ووقائية، وإما لأن المدعى عليه لا يملك أمولا قابلة للحجز في الجزائر، ولذلك فإن التنازل يمثل في هذه الحالة مجرد قرينة يمكن أن تسقط أمام البيئة المعاكسة⁽¹⁾.

تبدو الأمور أكثر تعقيدا في حالة استحضار المدعى عليه الجزائري أمام محكمة أجنبية، ومن المتفق عليه عموما أن امتناع هذا الأخير عن إثارة موضوع عدم اختصاص المحكمة الأجنبية ومرافعته في الأساس يؤديان إلى اعتباره متنازلا عن امتيازته، إلا أنه يجب التفريق هنا أيضا حسب الدوافع التي حملت المدعى عليه الجزائري على التقاضي أمام محكمة أجنبية، فهو لا يعتبر متنازلا إذا تبين أنه لم يفعل ذلك سوى تحت ضغط الإكراه، لكي يتحاشى مثلا تطبيق تدابير جزرية بحقه أو حجز أمواله، أي أن وقائع القضية تتدخل حسب الحالة لتخفيف صرامة المبدأ الموضوع⁽²⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 37. انظر أيضا:

موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 38. رحاوي آمنة، اختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية، مرجع سابق، ص 761. عمارة بلغيث، الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية، مرجع سابق، ص 79.

(2) -موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 39.

المبحث الثاني

القيود الواردة على حرية الدولة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم

الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

إذا كان الأصل هو أن الدولة تملك تحديد اختصاص محاكمها بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا وفقا للضوابط التي تختارها، فإن ذلك يتطلب بالضرورة أن تكون لها ولاية القضاء أولا، أما إذا كان أطراف النزاع لا يخضعون لسلطة قضائها الوطني أصلا بمقتضى العرف الدولي، فلم يعد من حق الدولة أن تتحدى بحريتها في تنظيم الاختصاص الدولي لمحاكمها إزاء هؤلاء الأطراف، وهذا هو شأن الأشخاص الذين خولهم العرف الدولي حق التمتع بالحصانة القضائية أمام محاكم الدول الأخرى (المطلب الأول).

على خلاف القيود الملزمة التي تفرضها الأعراف الدولية على حرية الدولة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، مثل التزامها باحترام الحصانات القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين، فإن هناك قيود أخرى على حرية الدولة في هذا المجال وإن لم تكن ملزمة بمقتضى أحكام القانون الدولي العام، على الأقل في خارج إطار المعاهدات والاتفاقيات الدولية، إلا أنها قيود تفرضها مقتضيات التعايش المشترك بين الدول، فقد يحدث أن ترفع نفس الدعوى أمام محاكم أكثر من دولة من الدول التي يرتبط بها النزاع، وهو ما قد يقتضي انفراد محاكم الدولة الأكثر ارتباطا به بالفصل فيه تجنباً للتعارض المتصور في هذه الحالة بين الأحكام الصادرة في شأن ذات النزاع، فهل يتعين قيام المحكمة الأقل ارتباطا بالنزاع بإحالته إلى محاكم الدولة الأكثر ارتباطا به أو الأكثر على قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر في شأنه؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحصانة القضائية

قد يحدث أن يتوافر من الضوابط ما يكفي لعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة، ولكن توجد لدى المدعى عليه صفة تعفيه من ولاية قضائها، وقد تكون هذه الصفة ضابطا سلبيا لولاية القضاء وكأن هذا الضابط السلبي يفترض وجود ضابط ايجابي يعطل الضابط السلبي مفعوله⁽¹⁾.

والصفات التي إذا ما توافرت واحدة منها في المدعى عليه أدت إلى هذه النتيجة هي كونه دولة أجنبية أو رئيسا لدولة أجنبية أو مبعوثا دبلوماسيا لها أو كونه هيئة دولية ويطلق على عدم الخضوع لولاية القضاء لتوافر إحدى هذه الصفات لدى المدعى عليه الإعفاء من ولاية القضاء أو الحصانة القضائية⁽²⁾.

تأسيسا على ما سبق، سنتطرق إلى أساس الحصانة القضائية (الفرع الأول)، طبيعة الدفع بها (الفرع الثاني)، نطاق الدفع بها (الفرع الثالث)، التنازل عنها (الفرع الرابع).

الفرع الأول

أساس الحصانة القضائية

يصعب القول بوجود أساس موحد للحصانة القضائية أيا كان نوعها، وإنما يختلف هذا الأساس من فئة لأخرى من الفئات المستفيدة منها.

لذا سنتطرق لأساس الدفع بالحصانة بالنسبة للدول الأجنبية (أولا)، أساسها بالنسبة لرؤساء الدول الأجنبية (ثانيا)، أساسها بالنسبة للممثلين الدبلوماسيين (ثالثا)، أساسها بالنسبة للمنظمات الدولية والموظفون الدوليون (رابعا).

(1) - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 758. انظر أيضا: سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، ج2، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص 205.

(2) - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 758.

أولاً: أساس الحصانة القضائية بالنسبة للدول الأجنبية

استقر العرف في نطاق القانون الدولي على عدم خضوع الدول الأجنبية للقضاء الوطني، وهذه قاعدة عرفية دولية مستقرة يجري القضاء في مختلف الدول على احترامها، وقد اختلف الفقه والقضاء في الأساس الذي ترتد إليه هذه الحصانة⁽¹⁾.

يرى الفقه الغالب والراجح أن الأساس القانوني للدفع بالحصانة في هذه الحالة يكمن في مبدأ الاستقلال والمساواة في السيادة الذي تتمتع به كل دولة من الدول في مواجهة غيرها، فمقابلة إحدى الدول أمام محاكم دولة أخرى أمر ينطوي ولاشك على مساس صارخ بمبدأ السيادة والاستقلال اللذين تتمتع بهما الدول أفراد الجماعة الدولية⁽²⁾.

تعرض الرأي المتقدم للعديد من الانتقادات، فالقول بأن أساس الدفع بحصانة الدول هو مبدأ استقلال الدولة وسيادتها من المفروض أن يؤدي إلى عدم جواز التمسك بالحصانة لا إلى قبول الدفع بها، فمادامت كل دولة تتمتع بالاستقلال والسيادة المطلقة على إقليمها فإن من مفاد ذلك أن يكون لقضائها سلطة الفصل في جميع المنازعات التي تطرح على محاكمها ولا يكون لأية دولة أخرى عصمة ولا حصانة⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن القول بأن أساس الدفع بالحصانة هو فكرة المساواة بين الدول يستتبع الاعتراف للحصانة بصفة الإطلاق وهذا ما يخالف الاتجاه الغالب فقها وقضاء والذي يسعى إلى حصر نطاق الحصانة ليقصر فقط على مجموعة معينة من الأعمال⁽⁴⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 148 و 149.

(2) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 108. انظر أيضاً: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 760. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 28.

(3) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 149.

(4) -مرجع نفسه، ص 149.

يرى فريق ثان في الفقه أن أساس الحصانة في هذه الحالة هو فكرة المجاملة الدولية، وهذه الفكرة مفادها أن ليس من الملائم أبدا عملا على تحقيق التعاون بين الدول ورغبة في تدعيم أواصر التضامن تكليف الدولة الأجنبية بالمثل أمام القضاء الوطني أو اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهتها.

غير أن فكرة المجاملة الدولية لم تجد ارتياحا عند جمهور الفقهاء في مصر وفرنسا، فإذا كانت فكرة المجاملة الدولية قد لعبت دورا في مجال تنازع القوانين فيما سبق، وقد تلاشى أثرها، فإن من الصعب اعتمادها أساسا لفكرة حصانة الدولة⁽¹⁾.

يرى فريق ثالث من الفقه أن حصانة الدولة أساسه اعتبارات ذات صبغة عملية دعت إلى القول بوجوب إعفاء الدولة من الخضوع لقضاء الدول الأخرى، فالحكم الذي تصدره المحاكم الوطنية ضد الدول الأجنبية سيكون قابلا للتنفيذ على أموال الدول الأجنبية، ذلك أن تنفيذ الأحكام قد يستلزم الالتجاء إلى القوة الجبرية، ولا يستساغ أن تستعمل هذه القوة ضد دولة أجنبية، إذ قد يؤدي ذلك إلى تهديد السلم والأمن الدوليين⁽²⁾.

على الرغم من أهمية هذا الرأي، فإنه تعرض للعديد من الانتقادات، ذلك أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الحصانة لا يملك وحده من القوة التي تؤهله لأن يكون أساس حصانة الدولة الأجنبية، ثم إن من المبالغة القول بأن تنفيذ حكم قضائي جبرا من مواجهة دولة أجنبية أمر ينطوي على تهديد للسلم والأمن الدوليين، فليست مسائل السلم والأمن الدولي بهذه الهشاشة وليست أقدار الدول ومعها الشعوب بهذا القدر من التواضع⁽³⁾.

يرى جانب رابع من الفقه إلى أن أساس حصانة الدولة الأجنبية يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول وتحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة، وهو الأساس الذي تقوم عليه كافة قواعد القانون الدولي الخاص، فإذا كان النزاع مرتبطا ارتباطا وثيقا بالدولة الأجنبية كان ذلك

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 294. انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 760.

(2) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 108.

(3) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 150.

سندا لتخلي القضاء الوطني عن الفصل في الدعوى، ويتصف النزاع بهذا الوصف متى تعلق بإحدى وظائف الدولة الأجنبية وفق نظامها الاقتصادي والسياسي⁽¹⁾.

بعبارة أخرى، فالحصانة القضائية للدول الأجنبية تدور وجودا وعدما مع كون النزاع متصلا بإحدى وظائفها المحددة في نظمها الاقتصادية والسياسية، ويشترط عدم التعارض الصارخ بين هذه النظم ونظام دولة أخرى⁽²⁾. والدول التي هي من أشخاص القانون الدولي العام هي التي تتمتع بالإعفاء من ولاية القضاء، وعلى ذلك فلا تتمتع به الدويلات التي تكون معا دولة متحدة، كما لا تتمتع به المديرية والمدن حتى ولو كانت لها شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة⁽³⁾.

يدعم رأي خامس الأساس السابق للحصانة وهو فكرة التعايش المشترك بين الدول بسند آخر هو الضرورات العملية الواقعية، فأصحاب هذا الرأي يجرون مزوجة بين فكرة التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية والضرورات العملية الواقعية حتى يتمكن من يتمتع بالحصانة أيا كان من أداء وظيفته على أكمل وجه، وتبدو وجهة هذا الرأي عند القائلين به في أن امتزاج مبدأ التعايش المشترك كضرورة قانونية ومبدأ تمكين من يتمتع بالحصانة من أداء مهمته كضرورة واقعية يفضي إلى إمكانية رسم حدود أو نطاق تلك الحصانة، أي الفصل في مشكلة هل يتعلق الأمر بحصانة مطلقة أم نسبية تقتصر على الأعمال والتصرفات اللازمة لأداء الوظيفة⁽⁴⁾.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 294. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 108.

(2) -مرجع نفسه، ص 108.

(3) -محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 202.

(4) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 294. انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 150 و151.

ثانيا: أساس الحصانة القضائية بالنسبة لرؤساء الدول الأجنبية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أساس الحصانة القضائية لرؤساء الدول الأجنبية يكمن في اعتبار الرئيس الأجنبي المقيم في إقليم الدولة غير موجود بها⁽¹⁾. بينما ذهب جانب آخر إلى القول بأن رئيس الدولة يمثل دولته ويعمل باسمها، فاحتراما لسيادتها واستقلالها يجب الاعتراف له بالحصانة⁽²⁾.

يرى اتجاه ثالث في الفقه أن الحصانة القضائية قررت لرئيس الدولة لتمكينه من أداء وظيفته على أحسن وجه، ومن ثم فهو يتمتع بالحصانة في إقليم الدولة المبعوث إليها ومدة بقائه في وظيفته.

غير أن أساس هذه الحصانة وفقا للرأي الراجح في الفقه الفرنسي هو فكرة المجاملة لشخص رئيس الدولة، وليس فكرة استقلال الدولة وسيادتها في المجتمع الدولي⁽³⁾.

ثالثا: أساس الحصانة القضائية بالنسبة للممثلين الدبلوماسيين

تباينت آراء الفقهاء بخصوص الأساس القانوني لحصانة الممثلين الدبلوماسيين، فهناك من يرى أن أساس هذه الحصانة افتراض مفاده اعتبار المبعوث الدبلوماسي وكأنه لم يغادر إقليم دولته التي أوفدته، وهو إن كان من الناحية المادية متواجدا على إقليم الدولة المعتمد لديها، إلا أنه من الناحية القانونية يعتبر خارج هذا الإقليم، أي غير متواجد عليه. ومن ثم لا يكون خاضعا لما يسري في إقليم الدولة التي يعمل فيها من قوانين، ولا يخضع لقضاء هذه الدولة وإنما يخضع لقانون وقضاء دولته الأصلية التي يفترض أنه لم يغادرها⁽⁴⁾.

(1)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 137.

(2)-مرجع نفسه، ص 138.

(3)-محمد مبروك اللاقي، مرجع سابق، ص 203. انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 770. هشام علي صادق،

تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 30.

(4)-عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 151.

تعرض الرأي المتقدم للعديد من الانتقادات، ذلك أن هذا الرأي يقوم على افتراض لا أساس له من الحقيقة، كما أنه يؤدي إلى نتائج وحلول غير مقبولة، أما قيامه على افتراض فإنه يتضح إذا ما عرف أنه من حيث الواقع يتعين على المبعوث الدبلوماسي احترام لوائح البوليس والأمن، ويلتزم بدفع الرسوم المحلية على الخدمات التي تؤدي إليه وكل ذلك لا يستقيم مع البنيان الأساسي لهذا الرأي.

من ناحية أخرى، يؤدي الأخذ بهذا الرأي إلى نتائج غير مقبولة منها عدم انطباق القوانين المحلية على الجرائم التي ترتكب داخل مقر البعثة الأمر الذي يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة.

كما يؤخذ على هذا الرأي أنه يقوم على فكرة السيادة المطلقة للدولة ولا يتفق هذا التطور المعاصر للنظام الدولي، إذ أن تطور الحياة الدولية أدى إلى تحميل الدولة بكثير من القيود، ولم تعد سيادة الدولة مطلقة من كل قيد، وهذا الرأي يصطدم أيضاً مع حقيقة خضوع البعثات الدبلوماسية لبعض قوانين الدولة المعتمد لديها مثل القوانين التي تحكم التعامل مع العقارات، لهذه الأسباب فإن هذا الرأي مهجور الآن بصفة عامة فقها وقضاء⁽¹⁾.

ذهب البعض الآخر إلى أن أساس حصانة الممثلين الدبلوماسيين هو الصفة التمثيلية أو النيابية التي تكون للمبعوث الدبلوماسي، ذلك أن هذا الأخير حينما يقوم بمهام منصبه إنما يقوم بها نيابة عن رئيس دولته وهذا يقتضي ضرورة احتفاظهم باستقلالهم في أداء مهمتهم وتجنب أي اعتداء عليهم أو على كرامتهم صيانة لكرامة وهيبة الدولة التي يمثلونها واحتراماً لسيادتها، وأساس هذا الرأي، هو تساوي المركز القانوني لرؤساء الدول الأمر الذي يوجب عدم جواز أن يكون لأحدهم سلطان على الآخر، ومن ثم لا يجوز أن يخضع ممثل أحد هؤلاء الرؤساء لسلطان غيره من الرؤساء⁽²⁾.

(1) -أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 149.

(2) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 151.

غير أن هذا الرأي هو الآخر تعرض للعديد من الانتقادات، ذلك أن هذا الرأي لم يعد يتفق مع الحقيقة والواقع، فهو يصطدم بواقع العلاقات الدولية، إذ تتم هذه العلاقات فيما بين الدول وليس بين رؤساء الدول بصفته الشخصية، ومن ثم فإن التمثيل الدبلوماسي يتم لصالح الدولة وليس لصالح رئيسها بصفته الشخصية، كما أن هذا الرأي لا يستطيع أن يفسر الكثير من الأوضاع الجاري عليها العمل فعلا، وذلك كالحصانات التي يتمتع بها المبعوث أثناء وجوده في دولة ثالثة رغم أنه ليست لها قبلها صفة تمثيلية⁽¹⁾.

على العكس، فقد يخضع المبعوث الدبلوماسي لبعض الإجراءات التي قد تفرضها الدولة المعتمد لديها للصالح العام، كما يعجز هذا الرأي عن تفسير إخضاع أملاك المبعوث الدبلوماسي العقارية لقوانين الدولة التي توجد فيها، وعن اعتبار إعفائه من أداء الرسوم الجمركية على ما يستورده للاستعمال الشخصي من قبيل المجاملة فقط وبشرط المعاملة بالمثل⁽²⁾.

علاوة على ذلك، فإن من المسلم به أن الممثل الدبلوماسي لا يتمتع بنفس المركز من حيث الحصانات كرئيس الدولة، الذي يفترض هذا الرأي أن المبعوث الدبلوماسي ينوب عنه، وكل ذلك يوضح أن هذا الرأي لا يصلح كأساس لحصانات المبعوث الدبلوماسي.

يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن الحصانة القضائية الممنوحة للمبعوثين الدبلوماسيين أساسها ضرورات عملية وواقعية، هي تمكينه من القيام بوظيفته وحسن أدائها بصورة نموذجية، فهذا الرأي يربط بين الحصانات وبين وظيفة المبعوث الدبلوماسي على أساس أن المبعوث الدبلوماسي يقوم بمهام دقيقة وهامة أغلبها سياسية، يقتضي للقيام بها على الوجه الأكمل أن توفر له الضمانات التي تكفل له الطمأنينة والاستقلال والبعد عن مختلف المؤثرات في الدولة المعتمد لديها⁽³⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 152.

(2) - مرجع نفسه، ص 152.

(3) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 295. انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع

سابق، ص 772.

رابعاً: أساس الحصانة القضائية بالنسبة للمنظمات الدولية والموظفون الدوليون

يذهب الرأي الراجح إلى أن أساس حصانة الموظفين الدوليين هو فكرة حسن أداء الوظيفة، فهي تمنح للموظف الدولي تمكيناً له من القيام بوظيفته على أكمل صورة، ولذلك فإن أي تصرف يأتيه الموظف الدولي لا يرمي من ورائه إلى تحقيق مصالح المنظمة الدولية، لا يتمتع الموظف بشأنه بأية حصانة دولية، وفي السياق ذاته يؤكد الفقه الغالب أن أساس حصانة المنظمة الدولية يكمن في أداء هيئاتها ومؤسساتها لوظيفتها الدولية، فمتطلبات القيام بالوظيفة هو أساس هذه الحصانة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

طبيعة الدفع بالحصانة القضائية

إذا كان أحد الخصوم يتمتع بالحصانة القضائية تعين على المحكمة التي تنظر الدعوى أن تمتنع عن نظرها، وفي هذا الصدد يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للدفع بالحصانة القضائية، هل هو دفع بعدم الاختصاص (أولاً)، أو دفع بعدم القبول؟ (ثانياً).

أولاً: الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم الاختصاص

اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم الاختصاص، ذلك لأن المنازعات التي يكون المتمتع بالحصانة طرفاً فيها تخرج من نطاق اختصاص المحاكم الوطنية، وبعبارة أخرى يجب النظر وفق هذا الرأي إلى الحصانة القضائية على أنها قيد على الاختصاص القضائي بنظر الدعوى، فأنصار هذا الاتجاه يرون بسط نطاق فكرة الاختصاص لتستوعب مختلف القواعد التي تخول القاضي أو أي نظام قضائي آخر سلطة الفصل في النزاع أو تكرها عليه بالنظر إلى بعض عناصر النزاع مثل موطن الخصوم في الدعوى أو جنسيتهم، أو موضوع الخصومة أو صفة الممثل الدبلوماسي أو القنصل الأجنبي⁽²⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 152 و 153.

(2) - حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 161.

تعرض هذا الرأي للعديد من الانتقادات، فمسألة الاختصاص، بحسب السياق الطبيعي لسير الخصومة، تعرض أولاً وقبل البحث في مسألة الحصانة التي تثار لاحقاً أمام المحكمة، كما أن مسألة الحصانة القضائية ذات طبيعة خاصة يتعذر القول باعتبارها مسألة اختصاص يتنازعها القضاء في مختلف الدول، فضلاً عن ذلك كيف يمكن القول بأن الحصانة القضائية متعلقة بالنظام العام، أو عدم الاختصاص المترتب عليها بدوره متعلق بالنظام العام مع ما يفرضه ذلك على القاضي بأن يحكم به من تلقاء نفسه، وفي نفس الوقت نقرر أن للمستفيد من الحصانة رخصة التنازل عنها⁽¹⁾.

ثانياً-الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم القبول

ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الدفع بالحصانة القضائية ليس دفعا بعدم اختصاص المحاكم الوطنية وإنما هو دفع بعدم خضوع الشخص المتمتع بالحصانة للقضاء الوطني ابتداءً، ومن ثم يكون الدفع بالحصانة القضائية دفعا لعدم قبول الدعوى بالنظر إلى صفة المدعى عليه⁽²⁾.

يبدو أن الرأي الأخير هو الأولي بالتأييد، فامتناع القاضي عن الفصل في النزاع المطروح أمامه في حالة ما إذا كان أحد طرفيه متمتعاً بالحصانة القضائية أمر يفرضه غياب سلطة القاضي في التعرض للنزاع المطروح عليه، وهو أمر يحتمه عليه مبدأ احترام سيادة الدول الأجنبية، والذي قد يتعارض في بعض الأحيان مع مصالح الأفراد الخاصة⁽³⁾.

تواترت أحكام القضاء الفرنسي الحديث على اعتماد هذا الرأي صراحة، من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في 05 يونيو 2001⁽⁴⁾، والذي أيدت فيه حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 28 مايو 1998، حين أكدت المحكمة الدفع بالحصانة هو دفع بعدم القبول لا دفعا بعدم

(1)-عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 153 و154.

(2)-حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 299. انظر أيضاً: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 116.

(3)-أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 228. انظر أيضاً: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 162 و163.

(4)-Cour de Cassation, Civ, 05 juin 2001, bulletin civil, 2001.

الاختصاص. وكذلك حكمها الصادر في 16 ديسمبر 2003⁽¹⁾، والذي أيدت فيه قضاء محكمة استئناف باريس الصادر في 09 سبتمبر 2002، وفي هذا الحكم أكدت المحكمة أنه لما كان الدفع بالحصانة دفعا بعدم القبول لا دفعا بعدم الاختصاص، فإنه يتعين فحص موضوع الدعوى أولا للوقوف على مدى تمتع الشخص بالحصانة من عدمه حتى يمكن من بعد ذلك تقرير الحكم بعدم قبول الدعوى، ويترتب على اعتماد هذا الرأي أمران، الأول يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها متى كان المدعى عليه ممن يتمتعون بالحصانة القضائية، ولم يتنازل عن هذه الحصانة، أما الثاني يجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو كان ذلك بعد التعرض للموضوع⁽²⁾.

الفرع الثالث

نطاق الدفع بالحصانة القضائية

جرى العرف الدولي على تمتع الدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين بالحصانة القضائية، بحيث يتعين الدفع بعدم قبول الدعوى إذا رفعت على أي منهم، لكن هل سائر التصرفات أيا كانت طبيعتها التي يأتيها الأشخاص تشملها الحصانة، أم أن ثمة بعضا منها لا تمتد إليه بحيث يجوز رفع الدعوى بشأنه أمام القضاء الوطني في مواجهة المتمتع بالحصانة؟.

لإيضاح هذا الأمر سنتطرق لنطاق الحصانة القضائية بالنسبة للدول الأجنبية (أولا)، بالنسبة لرؤساء الدول الأجنبية (ثانيا)، بالنسبة للمبعوثين الدبلوماسيين (ثالثا)، وأخيرا بالنسبة للمنظمات الدولية (رابعا).

(1)–Cour de Cassation, Civ, 16 décembre 2003, bulletin civil, 2003–1, n° 258, p 206.

(2)–حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 299 و 300.

أولاً: حصانة الدول الأجنبية

لا تخضع الدول الأجنبية لولاية القضاء الوطني، وهذه الحصانة القضائية مسلمة في مختلف بلاد العالم ومصدرها العرف الدولي، فهي تكون قاعدة من قواعد القانون الدولي الوضعي.

لذا سنتطرق إلى تحديد معنى الدولة التي تتمتع بالحصانة(1)، نطاق الحصانة المقررة لهذه الدولة(2).

1- معنى الدولة الأجنبية التي تتمتع بالحصانة

إن الدولة الأجنبية التي تتمتع بالحصانة القضائية، ولا تخضع من ثم للقضاء الوطني هي الدولة التي تتمتع بالشخصية الدولية، والمعتبرة كذلك من وجهة نظر القانون الدولي العام، أي يلزم أن تكون صاحبة سيادة. وإذا كان الأمر كذلك فما هو الحكم بالنسبة للدولة المحمية والدولة غير المعترف بها أو غير المعترف بحكومتها؟.

أكد القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد أنه وإن كانت الدولة المحمية لا تتمتع بسيادة كاملة، إلا أن لها شخصية دولية، ويكون لها من ثم أن تتمتع بالحصانة القضائية، تماماً مثلها في ذلك الدولة كاملة السيادة(1).

أما بالنسبة للدولة غير المعترف بها، لم يتجرد الأمر من كل اختلاف، فلقد ذهب رأي ضعيف في الفقه إلى أن الحصانة القضائية لا تقرر إلا للدولة المعترف بها، ويعلل القائلون بذلك رأيهم بأنه لما كانت الحصانة القضائية للدولة الأجنبية تنقرر بوصفها قيماً على السيادة الإقليمية للقضاء الوطني، فإن من الطبيعي أن يكون الاعتراف بالدولة الأجنبية صاحبة الحصانة أمراً لازماً حتى يتسنى تقييد هذه السيادة(2).

(1)-Cour de Cassation, Civ, 21 janvier 1897, Dalloz 305, 1, 1897, note Valéry. Cour de Cassation, Civ, 19 décembre 1961, J.C.P, 12389, 11, 1962, note, J.A.

(2)-يرى الأستاذ عكاشة محمد عبد العال ووافقه الرأي الأستاذ حسام الدين فتحي ناصف في هذا الصدد على ضرورة الاعتراف بالدولة الأجنبية كشرط لازم حتى يمكنها التمسك بحصانتها أمام الدولة التي يتم الاحتجاج أمام محاكمها بهذه الحصانة، غير أنه يستوي في ذلك أن يكون هذا الاعتراف قانونياً أو واقعياً، بمعنى أنه ينبغي أن يوجد على الأقل علاقات واقعية بين الدولة التي يتم =

يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أنه لما كان للاعتراف بالدولة محض أثر كاشف لا منشأً للشخصية الدولية، فإن عدم الاعتراف هذا لا يجرّد الدولة من تمتعها بالحصانة القضائية، معنى ذلك، أنه متى استجمعت الدولة شروط قيامها من إقليم وشعب وسيادة، فإنها تكتسب وصف الدولة وتكون لها الشخصية الدولية وتتمتع تبعاً بالحصانة القضائية ولو لم يتم الاعتراف بها من جانب بعض الدول⁽¹⁾.

يذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن الدولة وحدها بالمعنى السابق، هي التي يكون لها أن تتمتع بالحصانة، وعلى ذلك ليس للمدن فيها وإن كبرت، ولا للمحليات أو المجالس التي يكون لها في القانون الداخلي شخصية معنوية، أي شخصية قانونية على المستوى الدولي، ولا يكون لها ممثلون دبلوماسيون خاصون بها، ولذلك لا تتمتع بالحصانة⁽²⁾.

تطبيقاً لهذا يقرر القضاء الفرنسي أن الدولة الفيدرالية ليس لها على المستوى الدولي سوى شخصية قانونية واحدة ومن ثم فإن الذي يتمتع بالحصانة هو الدولة نفسها وليس الدول الأعضاء فيها⁽³⁾.

2- نطاق الحصانة المقررة للدولة الأجنبية

كان المبدأ القديم هو الحصانة المطلقة للدولة الأجنبية، فالحصانة كانت مرتبطة بشخص الدولة، وذلك بصرف النظر عن طبيعة العمل الذي تقوم به، ويمرور الزمن تسرب الوهن إلى هذا المبدأ ولم يعد معمولاً به بصورة مطلقة، فقد لوحظ في العصر الحديث أن الدولة تقوم بمجموعة من النشاطات والأعمال الخاصة شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، فخرجت بذلك عن نطاق

=التمسك أمامها بالحصانة والدولة التي تتمتع بها. انظر: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 157 و158. انظر أيضاً: حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 302 و303.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 157.

(2) - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 760.

(3) - Cour de Cassation, Civ, 14 juin 1931, S 125. 1. 1931, Bouttith 26 juin 1937, S 29 juin 1937, note Savatier. Cour de Cassation, Civ, 25 février 1969, Rev, 97, 1970, note, Bourel. Cour de Cassation, 19 mai 1976, Clunet 1976, 687, note Kahn, Rev, 359, 1977, note Battifol.

وظائفها التقليدية وراحت تمارس نشاطات تجارية واقتصادية عادة ما يقوم بها الأفراد، ولذلك ذهب القضاء في فرنسا إلى ضرورة التخلي عن الحصانة المطلقة للدولة، غير أن القضاء قد اختلف بشأن المعيار الواجب إعماله لبيان النشاطات التي تتمتع الدولة بإزاءها بالحصانة ولا تخضع لولاية القضاء الوطني⁽¹⁾.

من الجدير ذكره، أن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى إنكار تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة المطلقة بالنسبة للأعمال التجارية التي تقوم بها، وقد عمل هذا المبدأ بداية بالنسبة للنشاطات المتعلقة بالتمثيل التجاري للاتحاد السوفياتي، ثم سرعان ما عمم القضاء هذا المبدأ بالنسبة لسائر الأعمال والنشاطات التجارية حتى ولو كانت الدولة لا تباشر ذلك على سبيل الاحتكار⁽²⁾.

قيل بصفة عامة في هذا الشأن بعدة معايير، أولها معيار الصفة التي تظهر بها الدولة في النزاع، ففي سبيل التضييق من نطاق الحصانة التي تتمتع بها الدولة، ينبغي التمييز بين ما إذا كانت الدولة تظهر بوصفها سلطة صاحبة سيادة، أم بوصفها فردا عاديا، فإن ظهرت بالصفة الأولى كان لها أن تتمتع بالحصانة، وتخرج التصرفات التي تصدر عنها بهذه الصفة من ولاية القضاء الوطني بداءة، وعلى العكس لا تتمتع بالحصانة بالنسبة لما يصدر عنها من تصرفات بوصفها شخصا عاديا وتكون من ثم مشمولة بولاية القضاء الوطني لا فارق بينها وبين أي فرد عادي.

كان هذا المعيار محلا لنقد شديد لأنه يستند إلى فكرة غير صحيحة هي فكرة ازدواج شخصية الدولة، مع أن شخصية الدولة واحدة لا تتجزأ⁽³⁾.

أما المعيار الثاني فهو معيار التمييز بين أعمال السيادة وبين أعمال الإدارة العادية، ووفقا لهذا المعيار يتحدد نطاق الحصانة لا بالنظر إلى الصفة التي تظهر بها الدولة عند

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 307.

(2)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 43.

(3)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 160.

تصرفها، وإنما بالنظر إلى طبيعة العمل الذي تقوم به، فإذا كان العمل الذي تقوم به الدولة يعد من قبيل أعمال السيادة التي تعكس بذاتها سيادة الدولة، كان للدولة أن تتمتع بالحصانة القضائية وامتنع على القضاء الوطني أن ينظر النزاع، أما إذا تعلق الأمر بعمل من أعمال الإدارة العادية التي لا تتصل بالسلطة العامة فلا حصانة عندئذ للدولة عند قيامها بهذه الأعمال⁽¹⁾.

وجهت لهذا المعيار أيضا عدة انتقادات أهمها أنه يبعث بدوره من الأحداث فكرة عتيقة أساسها ازدواج شخصية الدولة مع أن الدولة شخصية واحدة لا تقبل الانقسام، كما استهدف هذا المعيار للنقد بشدة من جانب القائلين بأن أساس حصانة الدولة هو فكرة سيادة الدولة واستقلالها إذ من الصعوبة في رأيهم الموازنة بين هذا القول وبين اعتبار فكرة السيادة أساسا حصانة الدولة، فكيف يمكن القول بانتفاء سيادة الدولة واستقلالها وهما أساسا حصانة الدولة حينما يتعلق الأمر بمجرد عمل من أعمال الإدارة العادية؟. وفق ما تقدم فإن التمييز بين ما تجر به الدولة بوصفه من أعمال السيادة، وما تقوم به بوصفه من أعمال الإدارة العادية أمر بالغ الصعوبة والتعقيد وهو ما يبني عليه نقل ذات الصعوبة إلى ميدان الحصانة القضائية⁽²⁾.

يترتب على ذلك أيضا أن يعتبر عمل ما من أعمال السيادة بينما تعتبره دولة أخرى من الأعمال العادية، ومن ثم تغدو مسألة تحديد حصانة الدولة القضائية رهن الصدفة بحسب المحكمة المرفوع أمامها النزاع⁽³⁾.

أما المعيار الثالث فتمثل في تطبيق معايير القانون الإداري الداخلي، لذا ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى ضرورة إتباع المعيار المعمول به في القانون الداخلي والذي وفقا له يتحدد اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي في مواجهة الدولة، وفي هذا الصدد اقترح معياران،

(1)- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 543.

(2)- مرجع نفسه، ص 544.

(3)- مرجع نفسه، ص 544.

أولهما غائي أساسه الهدف المتوخى من وراء الصرف الذي قامت به الدولة الأجنبية ووفقا له تتمتع بالحصانة التصرفات التي تبرمها الدولة الأجنبية بهدف تحقيق خدمة عامة، وثانيهما، شكلي بمقتضاه لا تتمتع بالحصانة التصرفات التي تجريها الدولة متبعة أساليب القانون الخاص⁽¹⁾.

غير أن المعيار الذي يعول على غاية التصرف كان محلا للنقد إذ من شأنه التوسيع من نطاق الحصانة التي تتمتع بها الدولة الأجنبية وهو ما يتعارض مع الاتجاه الحديث الذي يرمي إلى التضييق منها بقدر الإمكان، كما أنه معيار غير منضبط مما يترتب عليه إثارة صعوبات بالغة بالنسبة للقاضي.

بالمثل فإن المعيار الشكلي بدوره ليس فوق الشبهات، إذ يترتب عليه أن تتمتع الدول بالحصانة بالنسبة لتصرفات لا تتصل بتحقيق خدمة عامة للدولة من بعيد أو قريب مما يترتب عليه التوسيع من نطاق الحصانة وهو ما ليس مرغوبا فيه في عصرنا هذا.

أيا كان أمر تطور القضاء الفرنسي، فإنه يبدو أن هذا القضاء لم يستقر بعد على تبني معيار بعينه، بل إنه في حالات كثيرة يعمد إلى الجمع بين معيارين أو أكثر حتى يكون تصرف الدولة مشمولا بالحماية، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن: "الدول الأجنبية والأجهزة التي تعمل بأمرها ولحسابها لا تتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان العمل موضوع المنازعة من أعمال السلطة العامة، وإذا كان هذا العمل قد تم لمصلحة مرفق عام، وهو ما يبنى عليه قيام الحصانة على أساس من طبيعة النشاط وليس بالنظر إلى صفة من صدر عنه"⁽²⁾.

ما قضت به ذات المحكمة كذلك في 17 جانفي سنة 1973 حين أنكرت الاعتراف بالحصانة القضائية على الدول الأجنبية متى كانت هذه الدولة قد تعاقدت وفقا للقواعد الشكلية والموضوعية المقررة في القانون الخاص، ولم تمارس عند توقيعها على العقد (أساس النزاع) عمل

(1)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 162.

(2)- مرجع نفسه، ص 162.

السلطة العامة ولم تتصرف لصالح مرفق عام، وإنما على العكس من ذلك فقد تصرفت على النحو الذي يتصرف وفقا له أشخاص القانون الخاص⁽¹⁾.

انطلاقا من هذا الأساس تتمتع الدول بالحصانة متى كان التصرف أو المنازعة المثارة مرتببا ارتباطا وثيقا لهذه الدولة، وتتحقق هذه الصلة متى كان التصرف أو النزاع متعلقا بإحدى وظائف الدول الأجنبية، ومن البديهي أنه يلزم في هذه الحالة الرجوع إلى النظام الاقتصادي والسياسي في الدولة الأجنبية للوقوف على ما إذا كان التصرف والنشاط محل النزاع داخلا في الإطار الوظيفي لهذه الدولة أم لا، غير أنه لما كان هذا التحديد يترتب عليه انحسار الولاية القضائية لدولة القاضي على شمول بعض المنازعات، فإنه يلزم إشراك النظام القانوني لدولة القاضي في هذا التحديد وبحيث يكون للقاضي الوطني عدم تقرير الحصانة للدولة الأجنبية إذا وجد تعارضا صارخا بين نظام دولته ونظام الدولة الأجنبية⁽²⁾.

إضافة إلى حصانة الدول الأجنبية، فقد طرح تساؤل آخر عن حصانة المشروعات الأجنبية ما إذا كانت تتمتع بالحصانة أم لا؟ حيث أن الدولة تساهم بهذه المشاريع في النشاط الاقتصادي، كما قد تتدخل أيضا في المجال الاقتصادي والتجاري وذلك عن طريق تأميم المشروعات الخاصة المملوكة للأفراد وتحويلها إلى ملكية جماعية. وتخضع هذه المشروعات العامة أو المؤممة لسيطرة الدولة عليها، فوق كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة.

يتردد القضاء الفرنسي في هذا الشأن بين معيارين، جوهر أولهما النظر إلى ما إذا كان المشروع العام أو المؤمم يتمتع بشخصية قانونية مستقلة أم لا، فإذا كان يتمتع بالشخصية القانونية وكانت له الشخصية المستقلة عن الدولة فإنه لا يتمتع بالحصانة ويخضع من ثم لولاية القضاء الوطني، وإعمالا لهذا المعيار رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالحصانة للبنك العقاري لمملكة النرويج على أساس أن هذا البنك كانت له شخصية قانونية مستقلة عن الشخصية القانونية للدولة، على الرغم من أن الدولة هي التي أنشأته، وأن رأسماله يخص الدولة وأن إدارته قد تشكلت من

(1)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 162 و 163.

(2)- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 546.

أعضاء تم تعيينهم من قبل الجمعية التشريعية والملك، وإعمالاً لذات المعيار ذهب هذا القضاء إلى الاعتراف بالحصانة القضائية للمشروع العام أو المؤتمر متى لم تكن له شخصية قانونية خاصة به مستقلة عن شخصية الدولة.

هذا، ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن مسألة تحديد ما إذا كان المشروع العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة أم لا، إنما تتعين بالرجوع إلى القانون الأجنبي وليس وفقاً للقانون الفرنسي.

انتقد بعض الفقه هذا المعيار، فالتعويل على معيار الشخصية القانونية للمشروع العام إثباتاً أو نفيًا، للقول بتمتعه بالحصانة من عدمه إنما يعني وضع معيار تحكيمي بحيث لا يوفر أي ضمانات للمتعاملين مع المشروع، إذ يكفي، حتى يستفيد المشروع العام أو المؤتمر من الحصانة القضائية، صدور قرار بتمتعه بالشخصية القانونية، والواقع أن مسألة تمتع المشروع بالشخصية القانونية من عدمه إنما هي مسألة إدارية بحتة لا ينبغي لها أن تؤثر بأي حال على جوهر الأشياء⁽¹⁾.

أما المعيار الثاني، مفاده النظر إلى الصفة التي يتعامل بها المشروع، فيكون للمشروع العام أو المؤتمر التمسك بالحصانة القضائية، حتى ولو كانت له شخصيته القانونية المستقلة به، متى تصرف بناء على أمر حكومته، وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية حين قالت بامتداد الحصانة إلى العقود التي أبرمها مشروع عام أمريكي (مشروع مهمته توفير المساكن للعاملين الأمريكيين بباريس) على أساس أن هذا المشروع كان يتصرف بناء على تعليمات ولحساب حكومته، أي أنه تصرف في هذا الفرض بوصفه ممثلاً للحكومة الأمريكية⁽²⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 162 و 163.

(2) - مرجع نفسه، ص ص 162 و 163.

الواقع من الأمر أن هذا المعيار بدوره معيار تحكيمي من شأنه أن يوسع من نطاق الحالات التي يمكن فيها للمشروع العام أن يتمتع بالحصانة القضائية، الأمر الذي قد لا تتوافر معه الحماية لمن يتعاملون مع المشروع العام⁽¹⁾.

ثانيا: حصانة رؤساء الدول الأجنبية

يتمتع رئيس الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية باعتباره ممثلا لدولته، وهذه قاعدة مقررة في العرف الدولي، فهي قاعدة من قواعد القانون الدولي الوضعي.

لذا سنتطرق إلى تحديد المقصود برئيس الدولة الذي يتمتع بالحصانة⁽¹⁾، نطاق الحصانة المقررة لهذا الرئيس⁽²⁾.

1- المقصود برئيس الدولة الأجنبية الذي يتمتع بالحصانة

يتمتع رئيس الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وذلك أي كان اللقب الذي يطلق عليه (إمبراطور، ملك، أمير، رئيس، سلطان)، ويكون تمتع رئيس الدولة بالحصانة طوال شغله لمنصبه ومن ثم لا محل لتمتعه بهذه الحصانة متى فقد هذا المنصب لأي سبب كان، ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن حصانة رئيس الدولة تقتصر على شخصه فلا تمتد إلى أفراد أسرته وذلك على عكس الحال بالنسبة للمبعوثين الدبلوماسيين⁽²⁾.

هذا، ولا تشمل الحصانة رؤساء الحكومة أو الوزراء إلا إذا كانوا قد أرسلوا إلى خارج دولتهم بوصفهم من المبعوثين الدبلوماسيين⁽³⁾.

2- نطاق الحصانة المقررة لرئيس الدولة الأجنبية

إن نطاق الحصانة المقررة لرئيس الدولة الأجنبية، يتحدد من ناحيتين، الناحية الزمنية والناحية الموضوعية، فبالنسبة للأولى لا يكون لرؤساء الدول الأجنبية التمتع بالحصانة القضائية

(1)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 162 و163.

(2)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 45. انظر أيضا: محي الدين جمال، مرجع سابق، ص 81.

(3)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 305.

إلا في الفترة التي يمارسون فيها وظائفهم بصفتهن هذه، فالأمر هنا يتعلق بحصانة شخصية بالمعنى الضيق، بحيث لا يمكن إثارة هذه الحصانة بعد التخلي عن هذه الوظائف لسبب أو آخر، حتى لو تعلق الأمر بتصرفات أجريت قبل هذا التخلي⁽¹⁾.

أما الناحية الثانية فينبغي أن تكون الحصانة القضائية هنا حصانة مقيدة لا مطلقة، وبحيث ترتبط الحصانة بطبيعة التصرف الذي يجريه رئيس الدولة الأجنبية، فلا يتمتع بالإعفاء من الخضوع للقضاء الوطني كما يشير إلى ذلك الفقه إلا التصرفات التي تعد من أعمال السلطة العامة أو أعمال الإدارة العامة، أما إذا كان النزاع متعلقاً بشؤون رئيس الدولة الخاصة فلا تشمل الحصانة القضائية. وينبغي على ذلك أن تسري الحصانة القضائية لرئيس الدولة الأجنبية بشأن المنازعات المتعلقة بأثاث اشتراه لمقر الرئاسة، بينما لا تسري بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأثاث اشتراه لنفسه أو لأفراد عائلته، ووفقاً لهذا المعيار يتمتع التصرف الذي يأتيه الرئيس بالحصانة القضائية متى كان مرتبطاً بوظائف الدولة التي يمثلها⁽²⁾.

ثالثاً: حصانة المبعوثين الدبلوماسيين

يتمتع المبعوثون الدبلوماسيون بالحصانة القضائية، وهذه قاعدة مصدرها العرف الدولي، فهي قاعدة من قواعد القانون الدولي العام الوضعي، وحصانة هؤلاء أقدم وجوداً من حصانة الدول الأجنبية وحصانة رؤسائها، وسبب ذلك أن أول من احتاج لهذه الحصانة هو المبعوث الدبلوماسي، فلا شك أن وجوده في الدولة الأجنبية واحتياجه للحصانة قد سبق رئيس دولته، ولا شك أن الغرض من هذه الحصانات ليس إفادة الأفراد بل ضمان الأداء الفعال لوظائف البعثة الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدولة.

لذا سنتطرق إلى تحديد المقصود بالمبعوث الدبلوماسي الذي يتمتع بالحصانة⁽¹⁾، نطاق الحصانة المقررة لهذا المبعوث⁽²⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 170.

(2) -مرجع نفسه، ص 170. انظر أيضاً: أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 190. محي الدين جمال، مرجع سابق، ص 81.

1- المقصود بالمبعوث الدبلوماسي الذي يتمتع بالحصانة

المبعوث الدبلوماسي هو الشخص الذي يمثل دولته لدى حكومات الدول الأخرى، وعادة ما تدرج أسماء المبعوثين الدبلوماسيين في قائمة المبعوثين بوزارة الخارجية التي يتبعونها، ومتى توافرت في المبعوث الدبلوماسي هذه الصفة فلا يهم بعد ذلك اللقب الذي يحمله أو الدرجة التي يكون عليها أو الطائفة التي ينتمي إليها من المبعوثين الدبلوماسيين. ولا يتمتع المبعوث الدبلوماسي، الذي يكون من مواطني الدولة المعتمد لديها أو المقيمين فيها إقامة دائمة، إلا بالحصانة القضائية وبالحرمة الشخصية بالنسبة للأعمال الرسمية التي يقوم بها بمناسبة ممارسة وظائفه⁽¹⁾.

تشمل الحصانة القضائية، أعضاء أسرة المبعوث الدبلوماسي وذلك تمكينا لهذا الأخير من أداء عمله بحرية، كما يجد هذا الحل تبريره في الدور الذي تلعبه زوجة المبعوث الدبلوماسي عادة في الحياة الرسمية لزوجها⁽²⁾.

2- نطاق الحصانة المقررة للمبعوث الدبلوماسي

يتمتع رجال السلك الدبلوماسي بالحصانة القضائية من وقت انخراطهم في سلك هذه الوظيفة ولحين تركهم لها، ونظرا لأن هذه الحصانة شخصية، أي مرتبطة بشخص العضو لا نشاطه فإنه يترتب على ذلك نتيجتان، الأولى أن هذه الحصانة تمتد لتشمل الأعمال التي قام بها قبل تعيينه في هذه الوظيفة إذا رفعت الدعوى المتعلقة بها بعد توليه إياها. أما الثانية أن ليس له أن يتمسك بهذه الحصانة بعد توقفه عن ممارسة وظائفه حتى ولو تعلق الأمر بتصرفات أجزاها قبلا⁽³⁾.

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 305 و306.

(2)- عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 396.

(3)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 167.

أما من حيث النطاق الموضوعي لحصانة المبعوث الدبلوماسي فإن الفقه والقضاء الفرنسي ما يزالان مترددين بين الحصانة المطلقة والحصانة المقيدة وإن كان الاتجاه الغالب مع الحصانة المطلقة⁽¹⁾.

يميل القضاء الفرنسي في معظمه إلى تكريس مبدأ الحصانة المطلقة للمبعوث الدبلوماسي وأسرته سواء أكانت التصرفات التي أبرمها قد تمت بمناسبة وظيفته أو بقصد تحقيق مصالح خاصة له، وذلك بحجة تمكينه من الاضطلاع بواجبات وظيفته على الوجه الأكمل سيما وأن من الصعوبة وضع معيار حاسم بين ما يعد من قبيل الأعمال المتعلقة بممارسة وظيفته وتلك الخاصة به⁽²⁾.

أما الفقه الفرنسي فهو يتجه نحو التضييق من حصانة المبعوثين الدبلوماسيين ويرى أن الحصانة القضائية هنا لا تشمل إلا الأعمال التي يأتيها المبعوث بمناسبة وظيفته، أو التي تكون متعلقة بها بوصفه ممثلاً لحكومته، أما التصرفات التجارية أو المتعلقة بنشاطاته الخاصة فلا تتمتع بالحصانة، غير أن هذا الفقه سرعان ما انقسم بشأن بيان الحد الفاصل بين هذين النشاطين، فذهب البعض إلى أن الأعمال التي تتمتع بالحصانة هي تلك التي تتعلق بممارسة وظائفه أو بمناسبة، بينما ذهب آخرون إلى التمييز بين الالتزامات التي يتم إبرامها باسم ولمصلحة الحكومة التي يمثلها لدى الدولة الأجنبية أو تلبية لمقتضيات حياته وإقامته فيها، وبين تلك الأعمال التي يأتيها المبعوث الدبلوماسي، والتي لا تكون لها علاقة بوظيفته، ويتم إبرامها بقصد تحقيق مصلحة خاصة بالممثل الدبلوماسي كالاتزام المتولد عن اقتراض مبلغ من المال، فيتمتع بالحصانة فقط النوع الأول من التصرفات دون النوع الثاني⁽³⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 167.

(2) -مرجع نفسه، ص ص 167 و168.

(3) -مرجع نفسه، ص 168.

تكمّن علة هذا التمييز عند القائلين به في أن العدالة تقتضي بالأبداً يتمتع بالحصانة القضائية نشاطات خاصة محضة بالإضافة إلى أن الاعتبارات القانونية ترفض امتداد الحصانة القضائية لتصرفات أبرمت من قبل الممثل الدبلوماسي دون أن تكون متعلقة بممارسة وظيفته⁽¹⁾.

أعلنت اتفاقية فيينا الخاصة بالحصانات الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل 1961⁽²⁾، هذا المعيار فلم تجعل حصانة المبعوث الدبلوماسي مطلقة، فإذا كانت الاتفاقية قد قررت عدم خضوع الممثل الدبلوماسي للقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها بصورة مطلقة، إلا أنها لم تشمل تصرفاته المدنية والإدارية بحصانة مطلقة، ومن ثم جعلت القضاء الوطني مختصاً بنظر الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها، ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة، والدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذاً، أو مديراً، أو وارثاً، أو موصياً له، بالأصلالة عن نفسه، لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة له، والدعاوى المتعلقة بأي نشاط مدني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية⁽³⁾.

رابعاً: حصانة المنظمات الدولية

نظراً لأن المنظمات الدولية حديثة الظهور نسبياً، فإن مسألة حصانتها لم تثر إلا من وقت قريب، وتتحدد حصانة هذه المنظمات بالنطاق المقرر في الاتفاقية المنشئة للمنظمة نفسها، والتي عادة تنص صراحة على هذه الحصانة⁽⁴⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 552.

(2) - تناول المشرع الجزائري أحكام هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 64-259 المؤرخ في 27 أوت 1964، يتضمن أحكام خاصة تتعلق بالموظفين الدبلوماسيين والقنصليين المعتمدين لدى الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وكذا أعضاء مكتب المساعدة التقنية للأمم المتحدة والخبراء.

(3) - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 540.

(4) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص ص 46 و 47.

بالمثل يتمتع بالحصانة القضائية الموظفون الدوليون وذلك متى تقررت لهم هذه الحصانة بمقتضى اتفاق صريح، وعادة ما ينص على قصر نطاق الحصانة على الأعمال والتصرفات التي تتم قصد تحقيق مصلحة المنظمة الدولية⁽¹⁾.

الفرع الرابع

التنازل عن الحصانة القضائية

تعتبر الحصانة القضائية ميزة يتمتع بها من تقررت له، وكل ميزة تقبل التنازل عنها، وللتنازل عن الحصانة القضائية شروط يلزم توافرها (أولاً)، كما يترتب عن التنازل آثار قانونية (ثانياً).

أولاً: شروط التنازل عن الحصانة القضائية

نظراً لأن الحصانة القضائية ذات طابع شخصي فإنه يكون للمستفيد منها أن يتنازل عنها، ويلزم في التنازل عن تلك الميزة حتى لا تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى عدة شروط، أن يصدر التنازل ممن يملكه قانوناً (1)، أن يكون التنازل واضحاً مؤكداً (2)، أن يكون التنازل خاصاً (3).

1- أن يصدر التنازل ممن يملكه قانوناً

ينبغي صدور التنازل عن الحصانة القضائية ممن تقررت حماية له سواء تعلق الأمر بالدولة ذاتها أو برؤساء الدول الأجنبية أو بالمبعوثين الدبلوماسيين أو بالمنظمات الدولية أو الموظفين الدوليين⁽²⁾. ففيما يتعلق بحصانة الدولة، فلا جدال في أنها تملك إعلان إرادتها في التنازل عن الحصانة وقبول الخضوع لسلطان المحاكم الأجنبية⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بحصانة رئيس الدولة، فقد اختلف الفقه في شأن التنازل عنها، فيرى البعض أنه لا يلزم موافقة الدولة على تنازل رئيسها عن حصانته لأن إرادته وحدها كافية للتعبير عن

(1)- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 549.

(2)- مرجع نفسه، ص 555.

(3)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 315 و316.

تتازله. ويرى البعض الآخر ضرورة إقرار الدولة بتنازل رئيسها عن حصانته القضائية، لأن تلك الحصانة لا تتقرر لرئيس الدولة بصفته الشخصية، بل باعتباره الممثل لدولته⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بحصانة الممثل الدبلوماسي للدولة فإن إرادته وحدها لا تكفي لصحة التنازل وإنما ينبغي موافقة دولته، إذ أن هذه الحصانة قد تقررت له باعتباره ممثلاً لدولته ولم تتقرر بالنظر إلى شخصه.

أخيراً فيما يتعلق بالمنظمات الدولية فإنه عادة ما ينص صراحة في الاتفاقيات المنشئة لها على مكنة التنازل عن الحصانة القضائية، كما يمكن للموظفين الدوليين التنازل عن الحصانة القضائية، غير أن ذلك منوط بموافقة المنظمة الدولية التي يعملون بها⁽²⁾.

2- أن يكون التنازل واضحاً مؤكداً

يجب أن يكون التنازل عن الحصانة واضحاً مؤكداً لا شبهة ولا غموض فيه، وأن يكون وليد تصرف يفصح بذاته في هذا الشأن عن نية قاطعة في إحداث أثره، فلا ينبغي التفتيش عن التنازل في أغوار النية المفترضة لأطرافه، وإنما ينبغي أن ينبعث من ثنايا واقعة محددة تكشف بصورة قاطعة عن نية صاحبها في التنازل عن الحصانة القضائية المخولة له⁽³⁾. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد كيف يتحقق هذا التنازل الواضح؟.

تقضي المادة 32 من اتفاقية فيينا أنه ينبغي لتحقيق ذلك أن يتم التنازل صراحة وذلك بإعلان صريح من قبل المستفيد من الحصانة يعرب فيه عن قبوله الخضوع للقضاء الوطني، أو عن طريق اتخاذه لمسلك يقطع بهذا القبول، من ذلك أنه إذا رفع الممثل الدبلوماسي دعوى أمام القضاء الوطني، فليس له أن يدفع بالحصانة بالنسبة لأي طلب عارض متعلق بالدعوى الأصلية⁽⁴⁾.

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 316.

(2)- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 556.

(3)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 172.

(4)- مرجع نفسه، ص 173.

في ظل هذا الوضع ينبغي أن يكون التنازل من قبل الممثل الدبلوماسي صريحا، أما بالنسبة لغيره فلا مانع من أن يكون التنازل ضمنيا يستشف من ظروف الحال متى أشارت إلى اتجاه نية المستفيد من الحصانة عن تنازله، إلا أنه يجب أن تتحرز المحكمة بشدة عند استنباط التنازل الضمني وأن تستوحي ذلك من واقع الحال، فقد يستفاد التنازل من سلوك الأطراف السابق على الخصومة وبصفة خاصة من الشروط العقدية التي تفصح عن الإرادة المؤكدة للتنازل عن الحصانة⁽¹⁾.

يتشدد القضاء الفرنسي ويتحرى بدقة عند استنباطه لهذا التنازل الضمني، ولذلك لم يعتبر من قبيل التنازل الضمني عن الحصانة، إيداع ضمان لتنفيذ الالتزام لدى بنك فرنسي، وتقديم كفالة بواسطة الدولة الأجنبية لضمان سداد القروض التي تبرمها إحدى المدن التابعة لها، أو اتخاذ موطن مختار في فرنسا لتنفيذ التزام معين أو تبادل الرسائل السابق على رفع الدعوى.

بصفة عامة، فإنه ينبغي استنباط التنازل عن الحصانة من السلوك الذي يبديه المستفيد منها عند نظر الخصومة أمام القضاء شريطة أن يكون هذا الاستنتاج مستندا إلى ما يؤكد حدوثه، ولا يخرج الأمر عندئذ عن أحد الفرضين، الأول أن يتخذ المستفيد من الحصانة مركز المدعى أو أن يتخذ مركز المدعى عليه، في الحالة الأولى يستفاد التنازل عن الحصانة المقررة للمتمتع بها من قيامه برفع دعواه أمام المحاكم الوطنية، بينما يستفاد التنازل عن الحصانة في الحالة الثانية من سكوت المتمتع بالحصانة عن الدفع بها كأن يترافع مباشرة في موضوع الدعوى، أو كأن يتمتع عن اللجوء إلى وسائل الطعن على الحكم الصادر في مواجهته، وعلى النقيض من ذلك لا يعد تنازلا عن الحصانة مجرد استلام الإنذار الموجه إلى المستفيد من الحصانة، كما أن عدم حضور المدعى عليه المستفيد من الحصانة أمام المحكمة لا يعد تنازلا عنها، على أنه يلاحظ أن مجرد الحضور في ذاته لا يعد تنازلا وإنما ينبغي أن يستفاد ذلك مما يدل عليه بوضوح لأن التنازل لا يفترض⁽²⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 173.

(2) - مرجع نفسه، ص 174.

3- أن يكون التنازل خاصا

يجب أن يقتصر أثر التنازل على الدعوى التي تم بشأنها دون أن يمتد لغيرها من الدعاوى، وفي ذلك يذهب القضاء الفرنسي إلى أن التنازل عن الحصانة القضائية والمتعلق بالإجراءات التحفظية لا يمتد إلى الدعوى الأصلية المرفوعة أمام القضاء والخاصة بالانفصال الجسماني، ومن تطبيقات ذلك أيضا في القضاء الفرنسي ما قضى به من إدراج الشرط المانع للاختصاص القضائي في عقد معين يجب تفسيره على أنه تنازل متعلق بالخصومة التي يثيرها فقد العقد المدرج فيه هذا الشرط صراحة، وبالمثل فإن قبول الخضوع للتحكيم لا يمكن اعتباره تنازلا عن الحصانة القضائية بشأن المسائل التي لم يتصدى قرار التحكيم لحسمها، وقضى أيضا بأن التنازل عن الحصانة المتولد عن الشرط المانع لاختصاص القضاء الوطني بشأن دعوى فسخ العقد، لا يعني التنازل عن الحصانة بشأن دعوى الاسترداد⁽¹⁾.

ثانيا: أثر التنازل عن الحصانة القضائية

متى تم التنازل عن الحصانة القضائية صحيحا بالشروط السالف ذكرها، فإنه يحدث أثره في إمكانية السير في الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسي، ذلك أن التنازل عن الحصانة يؤدي إلى استرداد الدولة التي أثير النزاع أمام محاكمها لسلطاتها في القضاء، وبالتالي خضوع النزاع المتعلق بالدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسي للولاية القضائية للقضاء الوطني. وينبغي على ذلك عادة اختصاص هذا القضاء بنظر النزاع، وقد يكون هذا الاختصاص قائما على أحد الضوابط المحددة في قانون القاضي بما في ذلك ضابط الخضوع الاختياري⁽²⁾.

يترتب على التنازل عن الحصانة القضائية بخصوص مسألة محددة أثره بشأنها في جميع المراحل القضائية، فإن تنازل المتمتع بالحصانة أمام محكمة أول درجة، فإن التنازل يسري أمامها

(1)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 172.

(2)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 322.

وأمام المحكمة الاستئنافية، وأمام محكمة النقض في خصوص الدعوى التي كان أمرها معروضا أمام محكمة أول درجة⁽¹⁾.

إلى جانب الحصانة القضائية التي يتمتع بها المستفيد منها، اتجاه القضاء الوطني لدولة أجنبية، فإن هناك نوعا آخر من الحصانة تتمتع بها الدولة وغيرها من المستفيدين من الحصانة القضائية ويعرف هذا النوع الآخر باسم الحصانة ضد إجراءات التنفيذ، ويقصد بهذه الأخيرة كما يتضح من تسميتها منع اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ الجبري ضد الدولة الأجنبية أو سلطاتها أو ممثليها⁽²⁾.

على الرغم من الصلة الوثيقة بين الحصانة ضد إجراءات التنفيذ والحصانة القضائية، فإن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ لا تعتبر أثرا ولا نتيجة للحصانة القضائية. فالحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مثول المستفيد منها أمام القضاء الوطني لدولة أجنبية لما في هذا المثول من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها، بينما الحصانة ضد إجراءات التنفيذ تسعى إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي قد يؤدي قيام الدائن للمستفيد من الحصانة في اتخاذها ضده إلى إثارة العراقيل والمخاطر بما يهدد استقرار الحياة الدولية لا سيما إذا كان المدين هو الدولة ذاتها⁽³⁾.

من الصعوبة بمكان أيا كان الأساس الذي تستند إليه فكرة الحصانة القضائية (فكرة السيادة والاستقلال، فكرة المجاملة) أن يسمح لدائني الدولة في حالة على حكم قضائي أو حكم تحكيم بأن يقوم هؤلاء الدائنين باتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة هذه الدولة ما لم تقبل هذه الدولة صراحة أو ضمنا تنازلها عن هذه الحصانة ضد إجراءات التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 323.

(2) -سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، مرجع سابق، ص 206.

(3) -هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 123.

(4) -مرجع نفسه، ص 123.

لا يعتبر تنازل الدولة عن الحصانة القضائية تنازلاً عن حصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، وهذا هو الحل الذي تبنته معاهدة فيينا للعلاقات الدبلوماسية في المادة 3/32، فقد نصت هذه المعاهدة على أن التنازل عن الحصانة القضائية بصدد دعوى معينة لا يفيد التنازل عن الحصانة الخاصة بإجراءات التنفيذ.

الواقع أن هذا الحكم الذي تبنته معاهدة فيينا يعتبر نتيجة حتمية لذاتية واستقلالية كل من فكرتي الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ، كما أنه يعكس أيضاً خطورة الحصانة ضد إجراءات التنفيذ لما تثيره من اضطراب جسيم في العلاقات الدولية بين الدول ومن ثم يشترط تنازل خاص بها⁽¹⁾.

على الرغم من أهمية وخطورة فكرة الحصانة ضد إجراءات التنفيذ إلا أنها ظلت إلى عهد قريب في دائرة الظل إذا ما قورنت بالحصانة القضائية، ولعل هذا الأمر يجد تفسيره في أن الحصانة القضائية وما كانت تنسم به من طبيعة مطلقة كانت تؤدي منذ البداية إلى عرقلة القضاء الوطني عن إصدار حكم في مواجهة الدولة، ولكن ابتداء من اللحظة التي أقام فيها القضاء التفرقة بين التصرفات والأفعال التي تتعلق بسيادة الدولة وتغطيها الحصانة القضائية، والتصرفات والأفعال التي لا تنسم بهذا الوصف والتي تحرم الدولة من التمسك بحصانتها بصددها أمكن للحصانة ضد إجراءات التنفيذ أن تخرج إلى دائرة الضوء.

تميزت الحصانة ضد إجراءات التنفيذ في البداية بكونها حصانة مطلقة بمعنى أن الدولة المستفيدة من هذه الحصانة تستطيع أن تتمسك بها أياً كان نوع التصرف الذي صدر بصدده الحكم القضائي المطلوب اتخاذ إجراءات التنفيذ بموجبه ولو كان التصرف تجارياً محضاً، وتلك الطبيعة المطلقة أكدتها العديد من الأحكام القضائية⁽²⁾.

يبدو أن الطبيعة المطلقة للحصانة ضد إجراءات التنفيذ أصبحت قاعدة غير قادرة على استيعاب الحقائق الدولية الراهنة، فإذا كانت الدولة تتمتع بحصانة مطلقة ضد إجراءات التنفيذ

(1)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 124.

(2)- مرجع نفسه، ص 124.

المحتمل اتخاذها فإن مبعث تمتعها بهذه الميزة هو خشية أن يؤدي اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الدولة إلى إحداث خلل واضطراب جسيم في العلاقات الدولية لما يعنيه اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري من انتهاك لسيادة الدولة⁽¹⁾.

لكن إذا كانت الدولة عند إبرامها للتصرف محل المنازعة التي صدر بصدها الحكم المراد تنفيذه قد تعاقبت كأبي شخص من أشخاص القانون الخاص فإن قيامها بعرقلة إجراءات التنفيذ التي تتخذ لتنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها يبدو أمرا غير مفهوم.

بناء عليه، فإن تحديد نطاق الحصانة ضد إجراءات التنفيذ يعتبر أمرا ضروريا حتى لا تتحول الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الدولة إلى مجرد آراء قانونية لا قيمة لها.

خلاصة القول، إذا كان المبدأ العام هو أن الدول تتمتع بحصانة ضد إجراءات التنفيذ فإن صفة الدولة في حد ذاتها لم تعد كافية لقيام هذه الأخيرة بعرقلة إجراءات التنفيذ التي يراد اتخاذها على الأموال المطلوب التنفيذ عليها، ومن ثمة والحال كذلك فإنه يلزم تحديد المعيار الذي بمقتضاه يمكن الفصل في تحديد نطاق الحصانة ضد إجراءات التنفيذ⁽²⁾.

ذهب جانب من الفقه إلى اقتراح تبني معيار مستمد من طبيعة المال المطلوب التنفيذ عليه، فإذا كان هذا المال مال عام يستبعد من إجراءات التنفيذ أما إذا كان المال مال خاص فإن إجراءات التنفيذ يمكن أن تباشر عليه، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى اقتراح معيار آخر وهو مستمد من طبيعة النشاط الذي خصص المال المطلوب التنفيذ عليه له، فإذا كان هذا النشاط تجاريا فإن الدولة لا تستفيد من الحصانة ضد إجراءات التنفيذ ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها إلى القضاء بما يتفق مع هذا الحل. وأيا ما كان المعيار الواجب الإعمال في هذا الصدد فإن هناك حقيقة أساسية تستدعي النظر وهو أن الحصانة التي تتمتع بها الدولة ضد إجراءات التنفيذ لم تعد حصانة مطلقة⁽³⁾.

(1)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 125.

(2)- مرجع نفسه، ص 125.

(3)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 325.

لما كانت الحصانة ضد إجراءات التنفيذ ميزة للمستفيد منها، فإنه يستطيع أن يتنازل عنها، ولا يثير التنازل الصريح الصادر من قبل الدولة عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ أية مشكلة ويثير التساؤل عن إمكانية أن يكون التنازل عن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ تنازلاً ضمناً؟، ونعتقد أنه يبدو أمراً مسلماً به فطالما لم تتمسك الدولة بحصانتها ضد إجراءات التنفيذ التي تتم على أموالها وقبلت التنفيذ دونما اعتراض فإن هذا التنازل ضمني لا يثير هو الآخر أدنى مشكلة.

غير أن هناك صورة أخرى قد يصعب تفسير إرادة الدولة فيها وهي تلك المتعلقة بقبول الدولة لشرط التحكيم في أحد العقود المبرمة بينها وبين أحد الأطراف العاديين كالمشروعات الأجنبية العامة أو الخاصة فإذا صدر حكم المحكمة ضد الدولة بإلزامها بدفع تعويضات للطرف المتعاقد معها فلا بد من صدور أمر بتنفيذ من القضاء الوطني المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لكي يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري⁽¹⁾. فهل يعتبر إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة والطرف الآخر بمثابة تنازل ضمني من الدولة عن التمسك بحصانتها ضد إجراءات التنفيذ؟.

يبدو أن هذا هو الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 نوفمبر 1986، حيث رأت محكمة النقض أن إدراج الدولة لشرط التحكيم في أحد العقود التي تبرمها، يعد قبولاً منها للخضوع لقضاء المحكمين، كما أنه يفيد في حد ذاته قبولها لأن يكون حكم المحكمين مشمولاً بالأمر بالتنفيذ⁽²⁾.

إلى جانب الحصانة القضائية التي تعتبر قيوداً على الدولة في تحديدها للاختصاص القضائي الأجنبي، فإن حق الأجنبي في التقاضي يعتبر أيضاً قيوداً بمقتضى قواعد العرف الدولي، غير أن هذا الحق كان محل رفض من قبل الدولة في الشرائع القديمة، حيث كانت الدول تنظر إلى القضاء باعتباره ميزة يتمتع بها مواطنيها وحدهم دون الأجانب، ولذلك كانت المحاكم الوطنية تنظر في دعاوى الوطنيين فقط ولم تكن تسمح للأجانب بالالتجاء إلى مرفق القضاء على

(1)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 126.

(2)- مرجع نفسه، ص ص 126 و 127.

الإطلاق، وذلك تأسيساً على أن مرفق القضاء لم يوجد إلا لإقامة العدل بين الوطنيين دون غيرهم⁽¹⁾.

كان هذا الوضع هو النتيجة الحتمية لما كانت عليه مركز الأجنبي قديماً حيث كانت الدول تعيش في مجتمعات مغلقة ولا تسمح بدخول الغرباء، بل وتعاملهم حال تواجدهم معاملة الأعداء أو معاملة العبيد المحرومين من الحقوق⁽²⁾.

على أن الأوضاع قد تغيرت بعد انفتاح المجتمعات المغلقة نتيجة لقيام علاقات التجارة الدولية بين التجار المنتمين إلى دول مختلفة، فقد تبين للدول أن حسن توزيع العدالة في الإقليم هو أمر يمس صميم النظام العام والأمن الداخلي فيها، ومن ثم لا يجوز قصره على الوطنيين فقط، بل يجب أن يشمل جميع من يتوطنون إقليم الدولة أو يقيمون فيه وطنيين كانوا أم أجنبان⁽³⁾.

غير أن حق الأجنبي في التقاضي في ظل الشرائع المعاصرة أصبح محل التزام من طرفها، ذلك أن حق الأجنبي في اللجوء إلى محاكم الدولة في هذه الشرائع أحد الحقوق اللازمة لحياته في إقليمها، فإذا كانت الدول المتمدنة تخول للأجنبان حق التمتع في إقليمها بقدر من الحقوق لا غنى عنه لحياة الإنسان، فيكون من الطبيعي أن تسمح لهم بالالتجاء إلى قضائها وإلا أصبحت الحقوق المخولة لهم عديمة الجدوى⁽⁴⁾.

وحق الأجنبي في الالتجاء إلى محاكم الدولة على هذا النحو هو حق مقرر بمقتضى قواعد القانون الدولي العام والمبادئ المستقرة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان⁽⁵⁾، وهو يعد ضمن

(1) - هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 292.

(2) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(3) - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 25.

(4) - مرجع نفسه، ص 24.

(5) - نصت المادة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي منحها له القانون"، وكذلك نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 على أن: "جميع الأشخاص متساوون أمام"

مجموعة الحقوق التي تشكل الحد الأدنى لما يتعين على الدولة أن تخوله للأجانب المقيمين في إقليمها من حقوق، ولذا فإن تجاهل الدولة له يعقد مسؤوليتها الدولية على أساس إنكارها للعدالة، وبالمثل تتعقد مسؤولية الدولة لنفس السبب إذ خولت للأجانب حق التقاضي أمام محاكمها ولكنها جردتهم من الضمانات التي لا غنى عنها لحسن سير العدالة، كما إذا أخلت بحقوقهم في الدفاع أو تعمد قضاؤها الإجحاف بهم لصفتهم الأجنبية⁽¹⁾.

على أن تأثر بعض الدول بالأفكار العتيقة التي كانت سائدة فيما مضى هو الذي فسر اعتناقها لنظام الكفالة القضائية، ففي فرنسا مثلا كان يتعين على الأجنبي تقديم كفالة قضائية إذا ما أراد الالتجاء إلى القضاء، ويفسر التزامه بتقديم الكفالة بأنه نوع من الضمان لإمكان تحصيل المصروفات القضائية ودفع التعويضات التي قد تستحق على المدعى الأجنبي إذا خسر دعواه، كما يستهدف هذا الضمان أيضا إلى التقليل من الدعاوى الكيدية التي قد يرفعها أجنبي معسر⁽²⁾.

انتقد جانب من الفقه هذا التبرير لأنه نظام مجحف بالأجانب، إذ يؤدي إلى تفرقة لا أساس لها بين أهم المرافق العامة في الدولة، فإذا كان الغرض من الكفالة القضائية هو ضمان دفع المصروفات والتعويضات الناتجة عن الدعوى، ومنع الدعاوى الكيدية التي قد يرفعها مدعى معسر، فإنه يتعين على كل مدعى دون تمييز بين وطني وأجنبي لتوافر الحكمة في الحالتين، فإذا تم إعفاء الوطنيين من هذا القيد فلا محل لقصر هذا الالتزام على الأجانب فقط⁽³⁾.

مهما كان من أمر النقد السابق والذي وجه إلى التنظيم الفرنسي، إلا أنه من العسير أن نصل إلى حد القول بمخالفة هذا التنظيم لقواعد القانون الدولي العام، ذلك لأنه إذا كان

=القضاء ولكل فرد الحق_ عند نظر أية تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية_ في محاكمة عادلة بواسطة محكمة مختصة".

(1)- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 26. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 101.

(2)- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 26.

(3)- أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 102.

العرف الدولي قد استقر على تخويل الأجانب حق اللجوء إلى القضاء بصفة عامة، وتأكيد كفالة حقوقهم في الدفاع و ضمان قضاء عادل لهم، إلا أن هذا العرف لم يحدد بالتفصيل حدود ممارسة هذا الحق، ومن ثم تبقى المسألة متروكة للتنظيم الوضعي في كل دولة⁽¹⁾.

على أن المشرع الفرنسي قد استجاب عامي 1972 و 1975 لأوجه النقد السابقة الذكر، فألغى نظام الكفالة القضائية بحيث أصبح للأجنبي في فرنسا حق اللجوء إلى القضاء الفرنسي دون أي قيد أسوة بالوطنيين⁽²⁾.

في الجزائر، قد حرص الدستور الجزائري بدوره على التسوية بين الوطنيين والأجانب من حيث الحق في اللجوء إلى القضاء الجزائري، وفي هذا المعنى نصت المادة 2/158 على أن: "الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون". وعبارة النص على هذا النحو تسوي بين الوطنيين والأجانب في شأن حق اللجوء إلى القضاء، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري في هذا الشأن، ذلك أن اللجوء لمرفق القضاء أمر لازم لحماية الحقوق وإقرار النظام والأمن العام في المجتمع بشكل عام.

الجدير بالذكر، أن الشريعة الإسلامية كانت أسبق من القانون الوضعي في إعطاء الأجنبي الحق في اللجوء للقضاء للدفاع عن حقوقه في الدولة الإسلامية، في الوقت الذي لم يكن للأجانب في الدول الغربية والأوروبية يتمتعون بهذا الحق حتى منتصف القرن التاسع عشر ميلادي، ولم يشترط الفقه الإسلامي على غير المسلم سواء أكان ذميا أو مستأمنا دفع كفالة نقدية لنظر دعواه كما كان الأمر في بعض الأنظمة القانونية إلى عهد قريب⁽³⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 27.

(2) - مرجع نفسه، ص 27.

(3) - مرجع نفسه، ص 27 و 28. انظر أيضا: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 105.

المطلب الثاني

الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية (الإحالة القضائية)

قد يحدث أن يرتبط النزاع الدولي بأكثر من دولة، وهو ما يخول لكل من الدول المرتبطة بهذا النزاع الحق في تقرير اختصاصها القضائي بالفصل فيه. وفي مثل هذه الحالات التي نراها على ساحة المعاملات الدولية قد يحدث أن ترفع نفس الدعوى أمام محاكم أكثر من دولة من الدول التي يرتبط بها النزاع، وهو ما قد يقتضي انفراد محاكم الدولة الأكثر ارتباطا به بالفصل فيه تجنباً للتعارض المتصور في هذه الحالة بين الأحكام الصادرة في شأن ذات النزاع، فهل يتعين قيام المحكمة الأقل ارتباطا بالنزاع بإحالته إلى محاكم الدولة الأكثر ارتباطا به أو الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر في شأنه؟ هذه هي الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

أمام التساؤلات الكثيرة التي أثارها الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، فقد تباينت الآراء بشأنه بين رافض ومؤيد له (الفرع الأول)، كما أن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد شروطه جعله هو الآخر محل اختلاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

تباينت الآراء الفقهية في شأن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بين اتجاهين، اتجاه تقليدي رافض (أولاً)، واتجاه حديث مؤيد (ثانياً).

أولاً: الاتجاه التقليدي الرافض للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

من المبادئ المعترف بها في القانون الداخلي أنه إذا رفع نزاع أمام محكمتين مختلفتين كلاهما تختص بالنظر فيه وفقاً لقواعد الاختصاص الداخلي، فإنه يجوز الدفع بإحالة الدعوى التي رفعت متأخرة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً.

في هذا المعنى نصت المادة 54 ق.إ.م.إ على أنه "يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك. ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائياً إذا تبين له وحدة الموضوع".

إذا كان المشرع الجزائري، وأسوة بالمشرع الفرنسي قد أقر صراحة مبدأ الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى في مجال القانون الداخلي، فإنه قد سكت تماماً عن التصدي لتنظيم هذه المسألة في مجال الاختصاص الدولي⁽¹⁾. وقد ترتب على هذا السكوت أن ثار التساؤل عن مدى إمكان إقرار الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وهو التساؤل الذي أجاب عليه الفقه التقليدي في البداية بالرفض.

بناء على ذلك، سنتطرق لأسباب رفض الفقه التقليدي الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية (1)، الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (2)، تقدير موقفه من ذلك (3).

1- أسباب رفض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

اتخذ كل من الفقه التقليدي والقضاء في فرنسا موقف الرفض من الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي لفترة طويلة تقترب من قرن ونصف من الزمان، ولقد ساق في ذلك جملة من الحجج، أولها إن قبول الدفع بالإحالة لا يتصور إذا كانت إحدى الدعويين المرفوعتين بشأن منازعة واحدة قائمة أمام محكمة وطنية وكانت الأخرى مرفوعة أمام محكمة أجنبية، فحتى

(1)- يشترط لقبول الدفع بالإحالة في المجال الداخلي عدة شروط أولها أن تكون القضيتان بصدد دعوى واحدة مما يفترض وحدة الخصوم والموضوع والسبب، أما الشرط الثاني لقبول الدفع فهو أن تكون الدعوى قائمة أمام محكمتين مختلفتين، وينبغي على ذلك أن الإحالة لا تقبل إذا كان النزاع مطروحا أمام دائرتين من دوائر المحكمة الواحدة، إذ يجوز للخصوم في هذه الحالة التمسك بضم إحدى القضيتين إلى الأخرى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بالضم من تلقاء نفسها، أما الشرط الثالث لقبول الدفع بالإحالة فهو أن تكون المحكمتان المرفوع أمامهما النزاع مختصتين بنظر الدعوى، كما يتعين في النهاية أن تكون المحكمتان تابعتان لجهة قضائية واحدة، وهذه الشروط التي نصت عليها أغلب القوانين السائدة لإمكان الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى تستلزمها أيضا في الدول المختلفة كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمادة 100 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. انظر: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 27 و28.

يمكن قبول الدفع بالإحالة فإنه يتعين وجود سلطة عليا تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة، وهو ما لا يتحقق على النطاق الدولي⁽¹⁾.

كذلك فإن قبول الدفع بالإحالة يتنافى مع اعتبارات السيادة التي تقوم عليها قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فما دامت الدول مختصة دولياً بالنزاع المطروح أمامها، فإن قبول الدفع بإحالة هذا النزاع إلى محكمة أجنبية يشكل مساساً بسيادة الدولة التي أبدى الدفع أمام محاكمها⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فإن العلة من تقرير الدفع بالإحالة في القانون الداخلي لا تتوافر في إطار العلاقات الخاصة الدولية، خاصة وأنه لا محل للقول بوجود تجنب التناقض بين الأحكام، لأن الحكم الأجنبي يتراجع أمام الحكم الصادر في ذات الخصومة من المحاكم الفرنسية، فليس في مقدور الحكم الأجنبي أن يمس الحكم الصادر من هذه الأخيرة، ذلك لأن هذا الحكم الأجنبي لا يكون قابلاً للتنفيذ في فرنسا متى كان يتعارض مع حكم وطني صادر عن القضاء الوطني⁽³⁾.

كذلك فإن عدم قبول الدفع بالإحالة هو نتيجة منطقية للمبدأ المستقر في فرنسا، والذي وفقاً له لا يكون للحكم الأجنبي حجية الأمر المقضي به إلا بعد شموله بالأمر بالتنفيذ ليرتب آثاره القانونية في فرنسا⁽⁴⁾. فإذا كان الحكم الأجنبي يعد عديم القيمة في فرنسا قبل الأمر بتنفيذه، فتكون الإجراءات المتخذة أمام القضاء الأجنبي والتي لم تتبلور بعد في صورة حكم عديمة القيمة بدورها ومن باب أولى⁽⁵⁾.

(1) - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 54.

(2) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 54 و 55.

(3) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 267.

(4) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 133.

(5) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 55.

أخيرا فإن القضاء الأجنبي كثيرا ما يهدر الضمانات اللازمة لصحة الأحكام من الناحية الإجرائية، وبصفة خاصة عدم كفالة حقوق الخصوم كالحق في الدفاع، وبعبارة أخرى فإن التخوف من عدم توفير الحكم الأجنبي للضمانات الكافية التي عادة ما يوفرها القاضي الفرنسي يبرر عدم الأخذ بإحالة الدعوى المنظورة في فرنسا لقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية⁽¹⁾.

2- الاستثناءات الواردة على مبدأ رفض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

لم يشأ الفقه التقليدي في فرنسا أن يعمم رفضه للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وإنما أورد عليهما استثناءين، أولهما أن الدفع بالإحالة يكون مقبولا متى كان ذلك مقورا بمقتضى اتفاقية دولية. وثانيهما ما ذهب إليه الفقه الفرنسي تفسيرا لبعض أحكام القضاء من أنه إذا رفع الطرف الفرنسي دعواه أمام القضاء الأجنبي (متنازلا بذلك عن الميزة المخولة له في المادة 14 من القانون المدني الفرنسي)، أو قبل كمدعى عليه الخضوع لولاية القضاء الأجنبي (متنازلا بذلك عن الميزة المقررة له في المادة 15 من القانون المدني الفرنسي)، فإنه يمكن التمسك في مواجهته بالدفع بالإحالة إذا ما أريد رفع الدعوى عن ذات النزاع بعد ذلك في فرنسا.

لاحظ البعض أن ما قاله الفقه السابق والمذكور على أنه من قبيل الاستثناء أمر لا علاقة له البتة بمسألة الدفع بالإحالة أمام القضاء الفرنسي لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى أجنبية، فالإحالة تفترض أن هناك نزاعا تعلقت به دعوى مرفوعة أمام قضاء دولة أجنبية ثم رفعت عن ذات النزاع دعوى أخرى أمام محكمة وطنية وأن الاختصاص قد انعقد لكلا المحكمتين، وما قاله الفقه التقليدي يتعلق في هذه الحالة بالفرض الذي تحكم فيه المحاكم الفرنسية بعدم اختصاصها لتتنازل الخصم الفرنسي عن الميزة المقررة له بمقتضى المادتين السابق ذكرهما، وعلى ذلك لا محل للكلام عن الدفع بالإحالة ذلك أنه لا توجد إلا محكمة واحدة مختصة هي المحكمة الأجنبية، أما المحكمة الفرنسية فلم تكن مختصة⁽²⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 518.

(2) -مرجع نفسه، ص 519.

3-تقدير موقف الفقه التقليدي من الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

إن الحجج التي استند إليها الفقه التقليدي في رفضه لقبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي قد تعرضت للعديد من الانتقادات، ذلك أن انعدام وجود سلطة عليا تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة على خلاف الوضع في مجال القانون الداخلي، لا يمنع القضاء الوطني للدول المتصلة بالنزاع من التعاون على نحو يكفل في النهاية حسن سير العدالة على الصعيد الدولي، وبهذه المثابة فلم يعد هناك ما يمنع القضاء الوطني من قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية أقدر على الفصل فيه وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه⁽¹⁾. بل أن قبول الدفع بالإحالة على هذا النحو، وتخلي المحكمة التي أبدى أمامها هذا الدفع عن اختصاصها بالدعوى لصالح المحكمة الأجنبية، سوف ينهي تنازع الاختصاص بين المحكمتين، ومن ثم تنتفي الحاجة لوجود مثل هذه السلطة القضائية العليا⁽²⁾.

كذلك فالقول بأن في قبول الإحالة مساسا بسيادة الدولة قولاً ليس صحيحاً، خاصة وأن غاية الإحالة هي تحقيق أكبر فعالية لتنفيذ الحكم الأجنبي بقصد رعاية المصالح الخاصة للأفراد وهو ما من شأنه تحقيق أكبر قدر من التعاون بين الدول في هذا السبيل⁽³⁾.

يتضح أيضاً فساد هذه الحجة وبطلانها في كون أن وضع قواعد الاختصاص الدولي يكمن من جهة في اعتبارات الملائمة ولا يستوحى من فكرة السيادة، ومن جهة أخرى فإن نقطة البداية في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي على مستوى الجماعة الدولية هي تحقيق تناسق في توزيع الاختصاص بالمنازعات الدولية بين الدول المختلفة، ونظراً لافتقار الجماعة الدولية إلى هيئة أو سلطة متميزة تتولى هذا التوزيع المتناسق أو تضع تنظيمًا موحدًا للاختصاص الدولي، تقوم كل دولة بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية، دون أن يعني ذلك الاحتكار، لأن

(1)- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 58.

(2)- مرجع نفسه، ص 58.

(3)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 135.

الاحتكار يؤدي إلى التوقع، وإنما يبدو ذلك التحديد الذاتي في كل دولة كضرورة تملئها عليها الحالة الواقعية في عجز الجماعة الدولية⁽¹⁾.

فالدولة تحدد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها لا لتؤكد سيادتها في مواجهة الدول الأخرى، كما أنها لا تستخدم جهازها القضائي كصمام أمن في مواجهة سيادات الدول الأجنبية التي هي على اتصال بالنزاع، بل تقوم بنوع من المشاركة في عملية توزيع الاختصاص⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فإنه لا يصح التحدي - لرفض الدفع بالإحالة في هذا الميدان - بمقولة أن الحكمة من وراء الدفع بالإحالة في نطاق القانون الداخلي لا تتوافر في حق المنازعات الخاصة الدولية، فالاعتصام بمثل هذا القول تقتصر دلالاته على النصوص المنظمة للدفع بالإحالة في القانون الداخلي تعجز في جانب منها على أن تواجه النزاعات الخاصة الدولية، ولا يوجد في ذلك مانعا يعيق القضاء الوطني على أن ينشئ نظاما خاصا بالإحالة له استقلاله عن النظام المعروف في القانون الداخلي، ويكون هذا النظام متلائما مع ما للمنازعات الخاصة الدولية من طبيعة ينفرد بها.

فضلا عن ذلك، فإن الحجة التي يقول بها البعض من أنه لا محل للقول بوجود تجنب التناقض بين الأحكام، إذا لم يؤخذ بالإحالة، على أساس أن الحكم الأجنبي الصادر في ذات الخصومة سوف يهدر وليس في مقدوره أن يمس الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية، تتجاهل حقيقة هامة وهي أنه وإن كان صحيحا أن تعارض الأحكام لن يتحقق في مثل هذا الغرض، إلا أن ذلك لا ينفي أبدا أن هناك حكيم متعارضين كل منهما صالح في الدولة التي صدر فيها، وهو ما يتعارض مع الاستقرار المتطلب في المعاملات الدولية، بما يتطلب إجازة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية⁽³⁾.

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 135.

(2) -مرجع نفسه، ص 136.

(3) -مرجع نفسه، ص 136 و137.

بل أن إجازة هذا الدفع ستؤدي إلى مقاومة مشكلة الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي، ذلك أن المدعى قد يلجأ إلى قضاء دولة رغم عدم وجود رابطة جدية بينها وبين النزاع سعياً إلى صدور حكم لصالحه، متخطياً بذلك محاكم الدولة الأكثر ارتباطاً بهذا النزاع، وفي قبول الدفع بالإحالة في هذا الفرض رد للأمور إلى نصابها، وردع للمدعى سيء النية الذي أراد التلاعب بقواعد الاختصاص القضائي الدولي⁽¹⁾.

كذلك لا يصح أبداً أمام تطور العلاقات الدولية أن ينظر بعين الشك والارتياب للإجراءات التي تتم أمام المحاكم الأجنبية، فهذه نظرة عنصرية علوية لا يصح القول بها، فضلاً على أن الاعتبارات التي تسند قبول الدفع بالإحالة في القانون الداخلي يتوافر معظمها في إطار العلاقات الخاصة الدولية وأهمها العمل على تجنب التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية وتلك الصادرة من المحاكم الأجنبية⁽²⁾.

أخيراً إن التخوف من العدالة الأجنبية وسوء المظنة بها، والذي دفع جانب من الفقه التقليدي في فرنسا إلى رفض قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، يتنافى مع ضرورات التعاون الدولي من أجل تحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القضائية، بل أن هذا التخوف وسوء المظنة قد يدفع الدول الأخرى إلى المعاملة بالمثل مما يؤدي إلى انعزال الدولة التي تدعي أن الحيادة والنزاهة هي خصائص يحتكرها فقط قضاؤها الوطني⁽³⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 59.

(2) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 136 و137.

(3) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 59.

ثانيا: الاتجاه الحديث المؤيد للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

رغم سكوت المشرع الجزائري، أسوة بالمشرع الفرنسي، عن تنظيم الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، إلا أن القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، والتي أكدت وجوب تحويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي نزولا على اعتبارات الملائمة والتعاون الدولي.

نقطة البداية هي أنه ومادام المشرع قد سكت عن تنظيم هذه المسألة في كل من فرنسا والجزائر ولم يضع لها نصا صريحا يحظر الإحالة إلى محكمة أجنبية كما هو الشأن في المادة 03 من قانون المرافعات الإيطالي لسنة 1942 والتي نصت على أنه: "لا تنتفي ولاية القضاء الإيطالي لمجرد قيام ذات الخصومة أو خصومة أخرى مرتبطة بها أمام قضاء دولة أجنبية"⁽¹⁾. فإنه يتعين تفسير هذا السكوت من جانب المشرع الفرنسي أو الجزائري على أنه قصد أن يترك الأمر لاجتهاد كل من الفقه والقضاء يواجهان به التطورات المتلاحقة في القانون الدولي الخاص المعاصر.

لئن كان الفقه التقليدي قد فضل في البداية أن يتخذ من الدفع بالإحالة إلى محكمة أجنبية موقف الرفض للأسباب التي بينهاها، فإنه قد أثر أن يستجيب في النهاية للتطور الذي لحق بالأساس الفلسفي للقانون الدولي الخاص وأهدافه نحو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهو ما جعله يتنازل كما رأينا عن أفكاره التقليدية في شأن رد قواعد الاختصاص الدولي إلى مطلق فكرة السيادة، ليفسح المجال إلى ضرورات التعاون الدولي واستقرار المعاملات الدولية للأفراد⁽²⁾.

(1) - هذا هو الموقف الذي اتخذته أيضا بعض التشريعات الأجنبية الأخرى مثل القانون البولوني (المادة 1146 من قانون المرافعات)، والقانون البلغاري (المادة 207 من قانون المرافعات). انظر: هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 61.

(2) - مرجع نفسه، ص 61.

كان لهذه الأفكار الحديثة أثرها الواضح على الكثير من القوانين التي أقرت بنصوص صريحة إجازة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، منها القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 في المادة 65، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 09 منه، ومن ذلك أيضا القانونين الانجليزي والأمريكي متى كان رفع الدعوى أمام المحاكم الانجليزية أو الأمريكية منطويا على إساءة في استعمال الحق⁽¹⁾.

كما أن الاتفاقيات الدولية الحديثة قد حرصت بدورها على إقرار هذا الحل كما هو الشأن في المادة 21 من الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في 27 سبتمبر 1968 والمتصلة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية. وكذلك المادة 20 من اتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1961 والتي نصت على أنه: "يجوز إذا ما رفعت دعوى أمام السلطة القضائية لإحدى الدولتين أن تتخلى عن نظرها أو توقف الفصل فيها إذا كانت هناك دعوى أخرى قائمة بين الخصوم أنفسهم عن ذات الوقائع ولها ذات الموضوع أمام محكمة الدولة الأخرى بشرط أن يكون من شأن هذه الدعوى أن تؤدي إلى حكم يتعين على سلطة الدولة الأولى أن تعترف به طبقا للاتفاقية"⁽²⁾.

بل أن القضاء الانجليزي قد استجاب لهذه الأفكار في إطار فكرة التخلي عن اختصاصه لصالح محكمة أجنبية، وقد بدأت أحكامه تتجه صراحة نحو قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية منذ سنة 1973، وهو ما انتهى إليه أيضا القضاء الفرنسي مؤخرا بعد أن ظل يرفض الدفع بالإحالة لمدة قرن ونصف من الزمان⁽³⁾.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 278.

(2) -مرجع نفسه، ص 278.

(3) -هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 62.

بدأت ملامح هذا التطور سنة 1962 حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ماي 1962⁽¹⁾، إقرار مبدأ الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بحجة أن الدعوى قد رفعت أولاً للمحاكم الفرنسية، كما أن اختصاص هذه المحاكم بالدعوى كان اختصاصاً قاصراً عليها.

فسر البعض في ذلك الوقت هذا القضاء، آخذاً بمفهوم المخالفة، على أنه يفيد أن محكمة النقض كانت ستقبل مبدأ الدفع بالإحالة فيما لو كان النزاع قد رفع أولاً أمام المحاكم الأجنبية ولم يكن اختصاص المحاكم الفرنسية به اختصاصاً قاصراً وإنما كان اختصاصاً مشتركاً.

لعل التأييد الذي حظي به حكم محكمة النقض الفرنسية السالف الذكر من جانب غالبية الفقه الفرنسي هو الذي دفع المحكمة إلى تأكيد مبدأ قبول الدفع بالإحالة في أحكامها اللاحقة، ففي حكمها الصادر في 09 ديسمبر 1964 قررت محكمة النقض أنها ترفض الدفع بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية لكون شروط هذا الدفع لم تكن متوافرة، إذ أن المحكمة الأجنبية المراد إحالة الدعوى إليها غير مختصة بها نظراً لاختصاص المحاكم الفرنسية بالدعوى اختصاصاً قاصراً عليها وحدها طبقاً للمادة 15 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

على هذا النحو، فلم تكن العلة في رفض الدفع بالإحالة هي عدم اقتناع المحكمة بالمبدأ ذاته، وإنما بسبب تخلف شرط من شروط التمسك به⁽³⁾.

كان لموقف محكمة النقض الفرنسية تأثيره على القضاء الفرنسي اللاحق، فقد رددت محكمة باريس في حكمها الصادر في 03 جوان 1966 نفس عبارات محكمة النقض الفرنسية في شأن مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية⁽⁴⁾.

(1) – Cour de Cassation, Civ, 05 mai 1962, D 1962, 718, note Holleaux, Clunet 1962, 1024, obs, Sialelli, R.C.D.I.P, 1963, 99, note Battiful.

(2) – Cour de Cassation, Civ, 09 décembre 1964, R.C.D.I.P, 1966, p 72, note Weser.

(3) – هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 63.

(4) – Cour de Paris, 03 juin 1966, R.C.D.I.P, 1967, p 734, note Lagarde.

رغم أن ظروف النزاع كانت ملائمة لقبول الدفع بالإحالة لكون الدعوى قد رفعت أولاً إلى المحكمة الأجنبية، ولأن هذه الأخيرة كانت مختصة بها، إلا أن محكمة باريس قد رفضت الدفع لتخلف شرط استحدثته لأول مرة، ولم يسبق لمحكمة النقض الفرنسية الإشارة إليه، ومؤداه ضرورة التيقن من كون الدعوى التي رفعت ابتداءً إلى المحكمة الأجنبية ستنتهي بصدور حكم يكون قابلاً للاعتراف بآثاره في فرنسا. كما أكدت محكمة باريس في حكمها المتقدم تمتع القاضي الفرنسي بسلطة تقديرية في قبول الدفع بالإحالة أو رفضه حتى لو توافرت شروط التمسك به⁽¹⁾.

أياً ما كان من أمر الشرط الذي استحدثته محكمة باريس، تأثراً جانباً من الفقه الفرنسي، لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، والذي وجه إليه بعض الشراح هناك سهام نقدهم، فإن الأمر الذي لاشك فيه هو أن المحكمة لم ترفض مبدأ إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، وإنما هي رفضت الدفع بالإحالة لتخلف أحد شروط قبوله كما تصورتها المحكمة⁽²⁾.

في الوقت الذي أعلن فيه الشراح الفرنسيين توقعاتهم بصدور حكم مرتقب لمحكمتهم العليا يحقق قبول الدفع بالإحالة إلى محكمة أجنبية، صدر في 01 ديسمبر 1969 حكم جديد لمحكمة النقض هناك اعتبره الفقه الفرنسي مخيباً للآمال التي عقدت من قبله على استمرار التطور نحو جواز الدفع بالإحالة، فقد أنكرت المحكمة في حكمها المذكور مبدأ قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية استناداً إلى نفس الحجج التقليدية، ومن بينها عدم وجود سلطة عليا تتولى تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدول المختلفة، وهي الحجة التي رأينا كيف سبق للفقه والقضاء في فرنسا أن وجهوا إليها نقداً⁽³⁾.

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 64.

(2) - مرجع نفسه، ص 64.

(3) - Cour de Cassation, Civ, 01 décembre 1969, Clunet 1970, p 707, R.C.D.I.P, 1972, p 84, note Louis-Lucas.

على أن النقد الذي وجه إلى الحكم الصادر في 01 ديسمبر 1969 من جانب الفقه الفرنسي في مجموعه قد ساعد القضاء هناك على مواصلة المسيرة نحو الاعتراف الشامل بمبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، ففي 18 أكتوبر 1972 أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً أعلنت فيه صراحة تأييدها المطلق لمبدأ جواز الدفع بالإحالة، فقد قررت المحكمة أن قبول القاضي الفرنسي للدفع بالإحالة أو رفضه يستلزم منه التيقن مقدماً من توافر الشروط اللازمة للتمسك بهذا الدفع، ومن ثم فلا محل لرفض الإحالة إلا إذا تبين للقاضي تخلف أحد هذه الشروط، ثم انتهت المحكمة إلى رفض الدفع بسبب تخلف شرط قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية⁽¹⁾.

كان لابد بعد صدور هذا الحكم أن ينتظر الفقه الفرنسي من محكمته العليا الفصل في هذه المشكلة، وهذا ما حدث فعلاً في 25 جوان 1974 حين أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير الذي وضع النهاية لمراحل التطور السابقة، وليؤكد بما لا يدع مجالاً للشك استقرار مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في القضاء الفرنسي.

فبعد أن اعترفت المحكمة في حكمها بمبدأ جواز الدفع بالإحالة، تصدت لبيان شروط التمسك به أمام المحاكم الفرنسية، وإذا اتضح لها تخلف شرط الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المراد إحالة الدعوى إليها، فقد قضت برفض الدفع بالإحالة⁽²⁾.

في 26 نوفمبر 1974 أزالته محكمة النقض الفرنسية كل شك حول استقرار موقفها في هذا الشأن، حيث قررت في حكمها الصادر في هذا التاريخ أن⁽³⁾: "الدفع بالإحالة يمكن قبوله أمام القضاء الفرنسي، نظراً لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى".

(1)– Cour de Paris. 18 octobre 1972, Clunet 1973, p 382, note Deby-Gérard.

(2)– Cour de Cassation, Civ, 25 juin 1974, Clunet 1975, p 102, note Huet.

(3)–Cour de Cassation, Civ, 26 novembre 1974, R.C.D.I.P, 1975, p 491 note Holleaux. Cour de Cassation, Civ, 1, 26 novembre 1974, Clunet 1975, 108 note Ponsard, R.C.D.I.P, 1975, 491 note D, Holleaux.

منذ هذا التاريخ استقر القضاء الفرنسي نهائياً على مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وهو ما أكدته محكمة باريس في حكمها الصادرين في 07 جويلية 1976⁽¹⁾، و 12 فيفري 1980⁽²⁾.

لعل أهم ما يلفت النظر في هذا الحكم الأخير أن محكمة باريس، وبعد أن تحققت من توافر شروط الدفع بالإحالة، قضت بالفعل بإحالة الدعوى إلى المحكمة البرتغالية التي رفعت إليها ابتداء⁽³⁾.

من جهة أخرى، فقد استجابت محكمة باريس في حكمها المذكور، والصادر في 12 فيفري 1980، إلى الاتجاه الفقهي الحديث الذي ينادي بوجوب الرجوع في تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية (البرتغالية) إلى قواعد الاختصاص الدولي المقررة في قانون هذه المحكمة ذاتها (القانون البرتغالي)⁽⁴⁾.

في 17 جويلية 1980، أكدت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى موقفها الثابت في شأن إجازة مبدأ الإحالة إلى المحكمة الأجنبية التي رفع النزاع أمامها أولاً، فبعد أن استعرضت المحكمة شروط التمسك بهذا الدفع انتهت إلى رفضه لتخلف شرط الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المراد إحالة الدعوى إليها⁽⁵⁾.

هذا الطرح الأخير هو الذي ينبغي تبنيه من طرف القضاء الجزائري، خاصة وأن الموقف السابق لا يحقق على المستوى الدولي أغراض التعاون الدولي، كما لا يوفر في بعض الأحيان مصالح الأطراف بالذات⁽⁶⁾.

(1)–Cour de Paris, 07 juillet 1976, R.C.D.I.P, 1977, p 725, note Fadlalla.

(2)–Cour de Paris, 12 février 1980, Clunet 1980, p 653, note Huet.

(3)–هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 66.

(4)–مرجع نفسه، ص 66.

(5)–Cour de Cassation, Civ, 17 juillet 1980, R.C.D.I.P, 1981, p 75 note Simon–Depitre.

(6)–موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 29.

الفرع الثاني

شروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

سكوت المشرع عن تنظيم الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي فتح المجال للفقه لتحديد هذه الشروط، والاتجاه السائد في الفقه الفرنسي هو التقيد كحد أدنى بنفس الشروط المقررة لقبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الداخلي والتي أشارت إليها المادة 100 من قانون المرافعات الفرنسي، مع مراعاة الغاية التي يسعى إلى إدراكها الدفع بالإحالة سواء في مجال القانون الداخلي أو في مجال القانون الدولي الخاص، وهي تلافي التناقض بين الأحكام، وكذلك ما يترتب على قبول الدفع في المجال الدولي وهو نقل الاختصاص من المحكمة الوطنية إلى المحكمة الأجنبية.

في إطار هذا التحديد، فإنه يشترط لقبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي مجموعة من الشروط، أن يتعلق الأمر بمنازعة واحدة رفع عنها دعويان (أولاً)، وجود الدعويين في مرحلة إجراءات أمام القضاءين الوطني والأجنبي (ثانياً)، أن تكون المحكمتان الوطنية والأجنبية المرفوع أمامها الدعويان مختصتين (ثالثاً)، أن يكون الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية المحال إليها الدعوى قابلاً للتنفيذ والاعتراف به لدى الدولة التي قامت محاكمها بإحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية (رابعاً)، وأخيراً وهو محل خلاف خاص بالأسبقية الزمنية في رفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي (المحال إليه) (خامساً).

أولاً: أن يتعلق الأمر بمنازعة واحدة رفع عنها دعويان

يتعين تعلق الأمر بمنازعة واحدة رفع عنها دعويان إحداهما أمام المحاكم الوطنية والأخرى أمام محكمة أجنبية، وهذا معناه أن تكون الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني هي ذاتها المرفوعة أمام القضاء الأجنبي، ولما كانت عناصر الدعوى هي الأطراف والمحل والسبب، فإنه يتعين أن يكون أطراف الدعويين وموضوعهما وسببهما واحداً، وهذا معناه أنه لا محل لقبول الدفع بالإحالة إذا اختلف موضوع الدعويين أو أطرافهما أو سببهما.

يكفي الاختلاف في واحد من العناصر المذكورة لرفض الدفع بالإحالة، فلو رفعت مثلا دعوى أمام المحاكم الوطنية موضوعها طلب التطليق للضرر الذي لحق الزوجة نتيجة اعتداء زوجها عليها بالضرب، ثم رفعت دعوى ثانية أمام المحاكم الفرنسية موضوعها طلب التعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الضرب، فلا محل لقبول الدفع بالإحالة في مثل هذا الفرض، على افتراض أن الاختصاص قد انعقد صحيحا لكلتا المحكمتين، وذلك لتباين الموضوع فيهما، إلا أنه ليس بشرط أن تكون صفة الخصوم في الدعويين واحدة⁽¹⁾.

ثانيا: وجود الدعويين في مرحلة إجراءات أمام القضاء الوطني والأجنبي

يلزم لقبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الوطني أن تكون هناك دعوى أخرى متعلقة بذات المنازعة منظورة أمام محكمة أجنبية أخرى، وعلى ذلك لا محل لقبول الدفع بالإحالة إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء الوطني، ولم تتخذ بعد الإجراءات اللازمة لرفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي، والحال كذلك إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام القضاء الأجنبي قد انتهت بصدور حكم فيها، أو إذا كانت الدعوى بعد تحريكها أمام القضاء الأجنبي قد حكم بعدم الاختصاص بنظرها أو بعدم قبولها أو حكم بسقوطها أو بتركها أو شطبها.

لا شك أن مسألة قيام الدعوى أمام المحكمة الأجنبية مسألة تتحدد بالرجوع إلى قانون الدولة الأجنبية ذاتها، فهذه مسألة إجراءات يحكمها قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات⁽²⁾.

ثالثا: أن تكون المحكمتان الوطنية والأجنبية المرفوع أمامها الدعويان مختصتين

إن التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية المعروض عليها النزاع شرط لازم، ولكنه ليس كاف، إذ إلى جانب شرط الاختصاص ينبغي أن يتأكد القاضي الوطني المثار أمامه الدفع من أمرين، الأول عدم وجود غش نحو الاختصاص القضائي الأجنبي، وهي مسألة يقدرها القاضي المثار أمامه الدفع، آخذا في الاعتبار الرابطة التي تربط المحكمة بالنزاع وكشف ما إذا كانت

(1)- حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 280.

(2)- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 141.

هناك شبهة الإضرار بالمدعى عليه، كما يجب أن يتأكد القاضي المثار أمامه الدفع من مدى توافر الضمانات اللازمة لسير الخصومة أمام القضاء الأجنبي، وهذه مسائل تحدد بالرجوع إلى القانون الأجنبي لا بالرجوع إلى قانون القاضي⁽¹⁾.

أما الثاني عدم انطواء الاختصاص المنعقد للمحاكم الأجنبية على افتتات على الاختصاص المنعقد للمحاكم الوطنية، وبعبارة أخرى يلزم أن يتأكد القاضي الوطني من أن النزاع المتعلق به الدفع من النزاعات التي لا ترتبط بإقليم دولته ارتباطا يسمح بصدور حكم مكفول الفعالية والنفاد، فإذا كان هناك رباط جدي بحيث تكون للحكم الصادر من المحاكم الوطنية القوة والفاعلية فعندئذ لا محل لقبول الدفع بالإحالة، فالدفع بالإحالة يكون مقبولا إذا كانت محاكم الدولة الأجنبية أقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه⁽²⁾.

رابعا: أن يكون الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية المحال إليها الدعوى قابلا للتنفيذ والاعتراف به لدى الدولة التي قامت محاكمها بإحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية

يذهب جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء في فرنسا إلى ضرورة أن يكون الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية المحال إليها الدعوى قابلا للاعتراف به وتنفيذه في الدولة التي تم الدفع بالإحالة أمام محاكمها وقبلته.

مفاد هذا الشرط أنه ينبغي على القاضي الوطني المثار أمامه الدفع بالإحالة أن يتأكد من أمرين، الأول طبيعة اختصاص المحكمة الوطنية بالمنازعة المنظورة أيضا أمام القضاء الأجنبي، هل هو مقصورا عليها أم هو اختصاص مشترك بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية؟، فإذا رأى أن المسألة تندرج تحت النوع الأول فعليه أن يرفض الإحالة، بينما يكون له أن يقبلها في الحالة الثانية إذ في هذه الحالة فقط يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا⁽³⁾.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 284.

(2) -عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 527.

(3) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 142.

أما الثاني فيجب على القاضي أن يتأكد من أن الإجراءات التي تتم أمام المحكمة الأجنبية تجري سليمة متوافرا فيها سائر الضمانات لأطراف المنازعة تجنباً لحالات الغش نحو الاختصاص.

إذا كانت مسألة تعيين اختصاص المحكمة الأجنبية لا تثير مشكلاً، إلا أنه فيما يتعلق بمسألة التأكد من صحة الإجراءات القضائية التي تتم أمام القاضي الأجنبي، فإن مراقبتها لا تمضي دون إثارة بعض العناء بالنسبة للقاضي الوطني، وترجع هذه الصعوبة إلى أن الأمر يتعلق بمجرد إجراءات جارية لم تنته بعد ولا يمكن للقاضي في هذه اللحظة أن يراقب ما لم يتم بعد من الإجراءات⁽¹⁾. فما دوره في هذا الخصوص؟.

نعتقد أنه ينبغي في هذه الحالة ترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو يستطيع بالنظر إلى كل حالة على حدة أن يقرر ما إذا كان ينبغي قبول الدفع بالإحالة من عدمه، فله أن يرفض الأخذ بالمبدأ مثلاً إذا تأكد له أن الإجراءات تتم بطريقة تثير الشك حول شرعيتها، أو أن الحكم الذي سيصدر لن يكون ميسور النفاذ أو أن هناك تحايلاً على الاختصاص.

خامساً: الأسبقية الزمنية في رفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي (المحال إليه)

من المسلم به في القانون الداخلي أن الدفع بالإحالة يكون أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً حملاً على أن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأولى والمطلوب الإحالة إليها تكون قد قطعت شوطاً كبيراً في نظرها. غير السؤال المطروح هنا هل يعتد في مجال القانون الدولي الخاص بشرط الأسبقية الزمنية في رفع الدعوى؟. بعبارة أخرى، هل يتعين لقبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الوطني أن تكون الدعوى قد رفعت أولاً أمام القضاء الأجنبي، بحيث إذا كانت الدعوى قد رفعت أولاً أمام القضاء الوطني لما جاز قبول الدفع بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية؟.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 142.

تباينت الآراء بصدد الإجابة على السؤال المطروح، فجانبا من الفقه في مصر وفرنسا يرى أن الدفع بالإحالة أمام المحاكم الوطنية لا يكون مقبولا إلا إذا كانت الدعوى قد رفعت إليها أخيرا أسوة بما هو مقرر في القانون الداخلي، ويرون أن القول بعكس ذلك - أي بقبول الدفع بالإحالة رغم رفع الدعوى أولا أمام المحاكم الوطنية - قد يكون من شأنه السماح للمتقاضي سيء النية بالهروب من ولاية القضاء الوطني وذلك برفعه الدعوى في تاريخ لاحق أمام المحاكم الأجنبية⁽¹⁾.

تذهب غالبية الفقه المصري إلى أنه لا وجه للاعتداد بمسألة الأسبقية الزمنية كشرط لقبول الدفع بالإحالة، فمتى كان معيار المفاضلة في العلاقات الدولية بين المحكمة التي أبدى الدفع أمامها والمحكمة المطلوب إحالة الدعوى إليها هو مدى القدرة على كفالة آثار الحكم الصادر في شأنها وليس معيار الأسبقية في رفع الدعوى، كما هو الشأن في القانون الداخلي، فلم يعد هناك محل للتمسك بهذا الشرط الشكلي في مجال الاختصاص الدولي⁽²⁾.

أساس ذلك أنه من المحتمل أن تكون المحكمة التي رفع إليها النزاع أولا هي الأقل قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر منها، ومن ثم يكون من المنطق أن يسمح بالدفع أمامها بالإحالة إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع مؤخرا⁽³⁾.

بعبارة أخرى، يعتبر معيار الأسبقية الزمنية مسألة نسبية تتحدد في ضوء قدرة كل من المحكمتين (التي أثير الدفع أمامها والمحال إليها) على الفصل في المنازعة بحكم مكفول الفعالية والنفاد، وإذا تساوت قدرة المحكمتين على كفالة آثار الحكم الصادر منهما فلا شك أن مسألة الأسبقية الزمنية سيكون لها دور مؤثر في عدم قبول الدفع حملا على أن هذه المحكمة ستكون قد قطعت شوطا كبيرا في تحقيق الدعوى وإصدار حكم فيها⁽⁴⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 144.

(2) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 78.

(3) - مرجع نفسه، ص 78.

(4) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 289.

وعليه، فإذا قدم الدفع بالإحالة على النحو السابق، وبعد أن توافرت شروط التمسك به، فهل يلتزم القاضي بالتخلي عن اختصاصه وإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية أم أن الأمر يقتصر على مجرد رخصة للقاضي ويدخل في سلطته التقديرية؟.

اختلف الفقه في ذلك إلى اتجاهين، الأول ويؤيده غالبية الفقه، يرى أنه يلتزم القاضي الذي يبدى أمامه الدفع بالإحالة بالتخلي عن اختصاصه، وإحالة الدعوى إلى المحكمة الأجنبية إذا توافرت شروط ذلك الدفع⁽¹⁾.

يستند هذا الرأي إلى كون الدفع بالإحالة يتصل بتنظيم وتقسيم العمل القضائي بين مختلف النظم القانونية، وصولاً إلى تلافي تضارب الأحكام، فهو ليس إذن مجرد ميزة ممنوحة للخصوم لهم أن يستعملوها أو يهملوها وفق إرادتهم، فالدفع بالإحالة يشكل قاعدة من قواعد الإجراءات مفروضة على القاضي تلزمه بالتخلي عن نظر الدعوى وإحالتها إلى القضاء الأجنبي المختص ولو من تلقاء نفسه متى توافرت الشروط المطلوبة⁽²⁾.

أقرت هذا الحل المادة 21 من الاتفاقية الأوروبية بين دول السوق الأوروبية المشتركة والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية والتي فرضت على المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ثانية الحكم بالتخلي عن نظر الدعوى ولو من تلقاء نفسها لصالح المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً⁽³⁾.

بالرغم من أن نصوص القانون الداخلي لا تلزم القاضي بالإحالة، إلا أن البعض يرى مع ذلك أنه في حالة تمسك الخصوم بالدفع، فإن القاضي ملزم بالتخلي عن نظر الدعوى والحكم بإحالتها إلى المحكمة الأجنبية المختصة، إذ أن في شروط الدفع بالإحالة الضمان الكافي لأن يكون الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية المختصة معبراً عن الحقيقة وقابلاً للتنفيذ في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها إذا طلب أحد الخصوم ذلك بعد صدور الحكم، ويكون استمرار القاضي

(1) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 289.

(2) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 81. انظر أيضاً: حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 290.

(3) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 81.

في نظر الدعوى بالرغم من توافر كافة شروط الدفع مضيعة للوقت، حيث أن الحكم الذي سوف يصدره في نهاية المطاف، لن يكون قابلاً للتنفيذ أمام محاكم الدولة الأخرى المختصة بالمنازعة التي اتضح للقاضي من مراقبته كافة الشروط المطلوبة لقبول الدفع بالإحالة، أنها الأقدر على الفصل في المنازعة وكفالة آثار الحكم الصادر من محاكمها⁽¹⁾.

أما الاتجاه الثاني، فيرى أن الأمر لا يتعلق بالتزام بالنسبة للقاضي الذي يدفع أمامه بالإحالة، وإنما يقتصر الأمر على مجرد رخصة، فيجوز له أن يقضي بتخليه عن نظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الأجنبية المختصة التي تنتظر ذات الدعوى، وله أن يقضي بعدم قبول الدفع ويستمر في نظر الدعوى لحين الفصل فيها، وذلك كله وفقاً لمقتضيات حسن سير العدالة وحماية مصالح المتقاضين⁽²⁾.

الواقع أن أهمية الخلاف بين الاتجاهين السابقين لا تبدو من الوجهة العملية إلا من زاوية رقابة محكمة النقض على سلطة القاضي في قبول الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية من عدمه، إذ سيخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض وفقاً للرأي القائل بأن عليه التزام في هذا الصدد، بينما هو لن يخضع لهذه الرقابة بداهة فيما لو لم يكن ملزماً من الأصل بقبول الإحالة رغم توافر شروطها⁽³⁾.

إلى جانب الإحالة القضائية التي تعتبر قيماً على حق الدولة في تحديد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على أساس ضرورة التعايش المشترك بين الدول، فإن هذه الحرية تتقيد أيضاً بضرورة احترام حرية الدول الأخرى في تحديد ولاية محاكمها وعدم سلبها هذه الولاية، ومن هنا كان استلزام وجود رابطة بين النزاع المطروح والدولة حتى ينعقد الاختصاص الدولي لمحاكمها بالدعوى، وحتى لا يترتب على عدم وجود هذه الرابطة اعتداء على ولاية محاكم الدول

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 81 و 82.

(2) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 289. انظر أيضاً: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 146. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 82.

(3) - حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 291.

الأخرى التي يرتبط نفس النزاع بمحاكمها، وأساس ذلك أن اعتداء الدولة على مجال الاختصاص القضائي لمحاكم الدول الأخرى سيؤدي إلى رفض الجماعة الدولية للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة، بحيث تصبح هذه الأحكام عديمة القيمة خارج حدود الدولة التي صدرت من محاكمها.

لا شك أن هذا الوضع يتنافى مع طبيعة الحياة الخاصة الدولية وما تقتضيه من ضرورة الاحتجاج بالأحكام الصادرة من محاكم الدولة خارج حدودها، ومن هنا فإنه يتعين على المشرع الداخلي أن يبني الاختصاص الدولي للقضاء الوطني على أسس تكفل للأحكام الصادرة عنه حداً أدنى من الفاعلية الدولية. ولعل هذا الاعتبار هو الذي دفع الفقه الانجليزي بصفة خاصة إلى التمسك بما أسماه بمبدأ قوة النفاذ بوصفه التعبير الصادق عن فكرة الفاعلية الدولية للأحكام الصادرة عن القضاء الوطني⁽¹⁾.

طبيعي أن تبدو أهمية مبدأ قوة النفاذ في الحالات التي يتضمن فيها النزاع عنصراً أجنبياً، أما العلاقات الوطنية البحتة فإن آثار الحكم الصادر في شأنها مكفولة دائماً، بخضوع عناصر النزاع وأطرافه جميعها إلى سيادة واحدة تملك دون غيرها ضمان تنفيذ الحكم - نتيجة لتوطن المدعى عليه في دولة أجنبية أو لوجود المال محل النزاع في الخارج - ضمان التنفيذ الفعلي للحكم الصادر عنها⁽²⁾.

على أن الفقه الانجليزي قد غالى في أهمية المبدأ السالف إلى حد القول بضرورته كأساس لجميع قواعد الاختصاص الدولي، بحيث لا ينغد اختصاص محاكم الدولة بالنزاع إلا في الحالات التي تملك فيها هذه المحاكم السلطة الفعلية في كفالة آثار الحكم الذي يصدر منها بشأن هذا النزاع، أي في الحالات التي سيكون لحكمها قيمة تنفيذية فعلية⁽³⁾.

(1) - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 47.

(2) - مرجع نفسه، ص 47.

(3) - مرجع نفسه، ص 47.

مثل هذا التفسير المادي الضيق لمبدأ قوة النفاذ يتعارض لا شك مع مقتضيات التعامل الدولي، فمن ناحية يلاحظ أن هناك فروض يمكن التنبؤ فيها مقدما بمكان وزمان تنفيذ الحكم، ومن ناحية أخرى فما الذي يمنع محاكم الدولة من النظر في نزاع ما إذا دعت إلى ذلك اعتبارات الملائمة، وما دام أنه من الممكن بعد ذلك تنفيذ هذا الحكم في دولة أخرى تملك القدرة على كفالة آثاره، فقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تأخذ بها كافة الدول تقوم أساسا على هذا الاعتبار، بل أن هناك من الأحكام ما لا يحتاج أصلا لأي تنفيذ باعتبارها ذات طابع كاشف مثل الأحكام الصادرة في مواد الحالة والأهلية التي تنحصر قيمتها في توضيح المراكز القانونية⁽¹⁾.

لهذا يمكن القول بأنه لو كان مبدأ قوة النفاذ يعد أساسا هاما تقوم عليه ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية إلا أنه يتعين مع ذلك ألا نعطي لهذا المبدأ تفسيرا ماديا ضيقا بحيث يكفي لإعماله أن تكون ثمة رابطة جدية بين النزاع والدولة.

غير أنه إذا كان من غير المقبول قصر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات الخاصة الدولية على الحالات التي تمتلك فيها هذه الدولة القدرة على كفالة آثار الحكم الصادر في شأن هذه المنازعات، فإن هذا لا يعني على الإطلاق أن تختص المحاكم الوطنية بأي نزاع يتعلق بالمعاملات الدولية ولو لم تكن هناك رابطة جدية، مادية كانت أو قانونية، بين مثل هذا النزاع والدولة. وأساس ذلك أن عدم وجود مثل هذه الرابطة سيجرد الحكم من فاعليته الدولية، بحيث لن يكون له أية قيمة تنفيذية فعلية خارج حدود الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها⁽²⁾.

على أنه يكفي لقيام الرابطة الجدية المتطلبة بين النزاع والدولة التي تختص محاكمها بنظره أن يكون هذا الارتباط قائما بين الدولة وموضوع المنازعة أو أطرافها، فإذا كان النزاع على سبيل المثال قائما بين طرفين حول ملكية مال منقول انتقلت بمقتضى عقد بيع، فإنه

(1)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 47.

(2)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية...، مرجع سابق، ص 48.

يكفي لانعقاد الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة أن يكون المدعى عليه متوطنا في هذه الدولة، أو على الأقل يحمل جنسيتها، أو أن يكون المال محل النزاع موجودا بها، أو أن يكون العقد الذي انتقلت بمقتضاه ملكية هذا المال قد أبرم في هذه الدولة أو نفذ أو كان مطلوب تنفيذه في إقليمها⁽¹⁾.

بهذه المثابة يكفي أن يتوافر أي أوجه الارتباط السابقة بين النزاع والدولة حتى تختص محاكمها بالفصل فيه، ولو كان الحكم الصادر في شأنه سيلقى تنفيذه في دولة أخرى، بل أنه يكفي لقيام الارتباط بين النزاع ومحاكم الدولة أن تكون هذه الأخيرة مقربة من وسائل إثبات الحق المدعى به على نحو يمكنها من الفصل في الدعوى بسهولة، وهو ما تدعو إليه أيضا اعتبارات الفاعلية والملائمة الدولية⁽²⁾.

أما لو تخلف أي وجه من وجوه الارتباط الجدي بين النزاع والدولة على النحو السابق بيانه، فلم يعد هناك مبرر مشروع لاختصاصها بمثل هذا النزاع، بل أن الغالب أن يكون في اختصاصها بالنزاع رغم تخلف الرابطة الجدية على هذا النحو اعتداء على الحقوق المماثلة للدول الأخرى التي يرتبط بها النزاع، وهو ما يجرّد الحكم الصادر عن محاكمها في شأنه من فاعليته الدولية، لكونه لن يلقى أية قيمة تنفيذية خارج حدودها⁽³⁾.

نخلص مما تقدم إلى أن ضرورات التعايش المشترك في الجماعة الدولية تقتضي أن تحدد الدولة ضوابط الاختصاص الدولي لمحاكمها على نحو يكفل وجود رابطة جدية بين هذه الدولة والنزاع المطروح على محاكمها.

(1) - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية...، مرجع سابق، ص 48 و 49.

(2) - مرجع نفسه، ص 49.

(3) - مرجع نفسه، ص 50.

الفصل الثاني

تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في المنازعات المتعلقة

بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

قد يحدث وأن يكون النزاع المتعلق بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي مطروحا على قضاء دولة أجنبية، ويصدر بشأنه حكم فيها، ويريد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر، ففي هذه الحالة هل سيعامل هذا الحكم في الجزائر بنفس المعاملة التي يعامل بها الحكم الجزائري، بمعنى أنه يتمتع مثله بالقوة التنفيذية وبحجية الأمر المقضي به دون قيد أو شرط، أم أن الأمر على خلاف ذلك؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التوفيق بين اعتبارين متناقضين، الأول هو أن حاجة المعاملات الدولية واستقرارها تتطلب عدم إهدار الحكم الأجنبي، لأن في إهداره مطالبة صاحبه برفع دعوى في كل بلد يريد التمسك فيها بالحق الثابت فيه، مما يترتب عليه كثرة الأحكام الصادرة في نفس الخصومة، مع إمكانية تعارضها وزيادة المصاريف، إضافة إلى ما فيه من مشقة وضياح الوقت لصاحبه. أما الثاني هو أن عامل السيادة يتطلب إهدار الحكم كلية، لأن الحكم الأجنبي صادر عن سلطة عامة أجنبية، وهو يتضمن أمرا صادرا منها إلى السلطات العامة في الدولة لتنفيذه، وهذا الأمر يبقى حبيس إقليم الدولة الصادر فيها، لأن السلطات العامة في دولة أخرى لا يمكن أن تتلقى الأوامر من السلطات العامة الأجنبية، وإلا عد ذلك مساسا بسيادتها.

لم تبين الدول في غالبيتها معاملتها للحكم الأجنبي على أحد الاعتبارين فقط، بل حاولت التوفيق بينهما، فلم تهدر الحكم الأجنبي كلية باسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب اعتمادا على حاجة المعاملات الدولية واستقرارها، بل وضعت له شروطا وقيودا ليكون متمتعاً فيها بالقوة التنفيذية وبحجية الأمر المقضي به، وتختلف هذه القيود والشروط من دولة إلى أخرى وذلك حسب ترجيح أحد الاعتبارين على الآخر.

لم تختلف الجزائر عن غيرها من الدول، فقبلت تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر ولكن بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ، ويكون صادرا من إحدى جهات القضاء الجزائري، فهي بذلك قيدت تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط حصوله على الأمر بالتنفيذ، فلم يكن بذلك الحكم الأجنبي نافذا في الجزائر بدون قيد أو شرط.

نظم المشرع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي حدد صراحة شروط وإجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية. حيث عمد القانون الجزائري بموجب هذا القانون إلى وضع قواعد خاصة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر آخذا في عين الاعتبار التنسيق بين حاجات المعاملات الدولية واستقرارها التي تتطلب عدم إهدار الحكم الأجنبي وحماية مصالح الأفراد من جهة، وبين ضمان احترام سيادة الدولة من جهة أخرى، بحيث سمح بتنفيذها مع إخضاعها لرقابة تقتضي توافر مجموعة من الشروط تجعله قابلا للتنفيذ في الجزائر. ولأن العلاج التشريعي قد لا يفي بحاجة العلاقات الخاصة الدولية التي تتطلب الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية، فلقد أظهر التطبيق العملي أن المسألة في حاجة إلى تنظيم يتجاوز التنظيم التشريعي الداخلي، مما دفع الكثير من الدول إلى تنظيم تنفيذ الأحكام الأجنبية باتفاقيات دولية، والجزائر على غرار هذه الدول أبرمت عدة اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف تتضمن أحكاما لتنفيذ الأحكام الأجنبية.

بناء على ما تقدم، سنتطرق إلى مفهوم الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في الجزائر (المبحث الأول)، ثم نتطرق لإجراءاتها وآثارها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في الجزائر

من المبادئ المسلم بها أن آثار الأحكام الأجنبية هي إقليمية وتقتصر على الدولة التي صدرت فيها وذلك عملاً بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، الذي يفرض عدم تمتع الحكم الأجنبي بقوة النفاذ خارج حدود الدولة التي صدر من محاكمها، ومع التسليم بذلك إلا أن حاجة المعاملات الدولية تقضي أن ينال الحكم الأجنبي التنفيذ في غير الدولة التي صدر من محاكمها إذا ما توافرت فيه شروط معينة، وبمقتضى قيود خاصة، لأن رفض احترام الحقوق المكتسبة دولياً يتناقض مع قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تتضمن اعترافاً ضمناً للقضاء الأجنبي في حالات معينة بالاختصاص، إذ لا جدوى من هذا الاعتراف مادام كل ما يصدر من تلك المحاكم لا قيمة له.

لأسباب المتقدمة ولاستمرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، أقرت غالبية دول العالم ومن بينها الجزائر الاعتراف بالأحكام الأجنبية وسمحت بتنفيذها متى ثبت توافر شروط معينة فيها.

انطلاقاً مما سبق، سنتطرق إلى تعريف الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ (المطلب الأول)، سلطات القاضي في تنفيذها (المطلب الثاني)، وأخيراً الشروط المطلوبة فيها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية، هو إجراء قضائي بموجبه يمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية في الدولة، حيث يصبح قابلاً للتنفيذ الجبري. وي طرح التساؤل عن المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ (الفرع الأول)، وما هي المبررات الداعية لتنفيذه (الفرع الثاني)، وكيف نميزه عن غيره من الأحكام المشابهة له؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بالأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ

اختلف الفقهاء في تحديد معنى الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ، فمنهم من قصر تنفيذ الأحكام الأجنبية على الأحكام القضائية، ويعرف أصحاب هذا الاتجاه الحكم بأنه: "كل قرار يصدر عن المحكمة سواء استخدما لسلطتها القضائية أو لسلطتها الولائية"⁽¹⁾.

يعرفه اتجاه آخر بأنه: "كل قرار تصدره سلطة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة معقدة لديها وفق قواعد المرافعات فيها"⁽²⁾.

إن الاتجاه الأخير توسع في تعريف الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ فلم يشمل الأحكام القضائية فقط بل شمل أيضا الأحكام التي تصدرها هيئات إدارية أو دينية يمنحها القانون سلطة القضاء في بعض النزاعات المعينة، فليس هناك ما يمنع من اعتبار هذه الأحكام أحكام أجنبية قابلة للتنفيذ متى خولت هذه الهيئة اختصاص الفصل في بعض المنازعات من قبل السلطة القضائية، كما أن هذا التعريف لم يستثني السندات الرسمية، فهي تخضع أيضا لنظام الأمر بالتنفيذ، كما يدخل في هذا التعريف أحكام المحكمين الأجنبية⁽³⁾.

(1)-رايس محمد، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع 2، 2011، ص 10. انظر أيضا: عبد الغني سليم، تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، أشغال ندوة دولية بتاريخ 09 و10 أبريل 2010، ص 322.

(2)-RIAD Fouad Abdelmounaim, La valeur international du jugement étranger en droit comparé, Thèse pour le Doctorat, Paris, p p 06 - 07. Voir aussi : BENABENT Alain, Jugement Encyclopédie procédure civil, 1979, paragraphe 1, p 48. HOLLEAUX Dominique, effets en France des décisions étrangère, J-C.D.I.P, Paris, 1976, fasc 584 A, paragraphe 34.

(3)-اعتتقت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بموجب القرار الصادر في 17 أكتوبر 2000 عن الغرفة المدنية الأولى والذي يعتبر الحكم القضائي "كل تدخل للقاضي ينشئ آثارا على الأشخاص أو الأموال، حقوقا أو التزامات". انظر:

NIBOYET Marie-Laure, GERAUD de Geouffre de la Pradelle, droit international privé, L.G.D.J, Paris, 2007, p 468.

فمن المقرر أن الحكم هو قرار تصدره المحكمة في خصومة معروضة عليها أو نزاع مطروح أمامها وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها، سواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية⁽¹⁾.

كما أن المحكمة تصدر عدة أنواع من الأحكام لاعتبارات مختلفة (أحكام مدنية، أحكام جزائية، أحكام تجارية، أحكام موضوعية، أحكام تنفيذية، أحكام وقتية، أحكام ولائية... الخ)، حيث يطرح التساؤل حين يراد تنفيذ حكم قضائي خارج الدولة التي أصدرته هو أي نوع من أنواع هذه الأحكام يصلح لأن يكون قابلا للتنفيذ؟.

يرى بعض الفقهاء بأن الحكم القضائي الأجنبي الذي يمكن أن يخضع للتنفيذ هو ذلك القرار الصادر عن المحاكم سواء كان بسبب نزاع أو دون نزاع على أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضي به، بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء، أن الحكم الأجنبي يقصد به الحكم الذي يكون قد حسم موضوع النزاع كله أو بعضا منه، فهذا الأخير هو الذي يعترف بوجوب تنفيذه، لكونه حكما قطعيا أي فصل في موضوع الدعوى، ويبرر هؤلاء اشتراطهم أن يكون الحكم قطعيا، كون الأحكام القطعية هي وحدها التي تحوز حجية الأمر المقضي به ولتحديد ذلك يجب الرجوع إلى قانون المحكمة التي أصدرته.

إضافة إلى ذلك، يرى بعض الفقهاء بأن تحديد معنى الحكم، مسألة تكليف تخضع لقانون القاضي، وهو قانون الدولة التي يراد فيها التمسك بأثر الحكم الأجنبي⁽²⁾. غير أن الأستاذ **موحد إسعاد** يرى أن هذا الحل يبدو خطيرا، ويصب في اتجاه يمنع السماح للقرار الأجنبي بإحداث آثاره في بلد ما، ويرى بأن التكليف يجب أن يطلب من القانون الأجنبي الذي أصدر الحكم، مع اتخاذ

(1)-رايس محمد، مرجع سابق، ص 10.

(2)-أصدرت محكمة النقض المصرية حكما بتاريخ 06 ماي 1969 جاء في بأن: "قانون الدولة التي يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكما يصدر الأمر بتنفيذه إلا أنه بالنسبة لبيان الحكم في مفهوم القانون الدولي الخاص الذي أصدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفيا الشكل الصحيح...". انظر: ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2015، ص 19.

كل الاحتياطات والضمانات الفعلية، مثلا كاشتراط نسخة كاملة وموثقة عن الوثيقة المطلوب تكييفها⁽¹⁾. وهو نفس الموقف الذي تبناه الأستاذ أعراب بلقاسم الذي يرى بأن التكييف ينبغي أن يتم وفقا لقانون القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي، ذلك أنه بصدد تنفيذ الأحكام الأجنبية نكون في ميدان النفاذ الوطني للحق (الحكم الصادر في الخارج)، وليس في ميدان إنشاء الحق (استصدار حكم وطني).

وعليه، فإذا تم تكييف السند الأجنبي الصادر من طرف القضاء على أنه حكما قضائيا، فلا يهم حينئذ إن كان هذا الحكم صادرا من الجهة القضائية الأجنبية بموجب وظيفتها القضائية أو بموجب وظيفتها الولائية، المهم أن يكون حكما قابلا للتنفيذ في إقليم الدولة التي صدر فيها⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يقد بتعريف الحكم القضائي الأجنبي القابل للتنفيذ⁽³⁾. وهو عكس الاتجاه الذي تبنته المادة 25 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 التي عرفت الحكم الأجنبي بأنه: "يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب، كل قرار أيا كانت

(1) -موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 59.

(2) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 53.

(3) - على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على تعريف الحكم الأجنبي، فإن المشرع التونسي قد أخذ بالتعريف الموسع للحكم الأجنبي، حيث جاء في الفصل 12 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 في الفقرة 6 على أنه: "يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذا القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة، وإذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ فإن القرارات القضائية والولائية الأجنبية يكون لمضمونها قوة اثباتية أمام المحاكم والسلطة الإدارية التونسية". فهو بذلك قد وضع حدا للاتجاه الضيق الذي كان مطبقا بموجب المادة 316 والفقرة الأولى من المادة 318 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية قبل إلغاءهما بصور مجلة القانون الدولي الخاص. انظر:

MEZGHANI ALI, commentaire du code de droit international privé, C.P.U, Tunis, 1999, p 182. Voir aussi: ADDASSI Raouadha, l'exéquatour des jugements étranger en droit Tunisien, Mémoire D.E.A, en sciences juridiques fondamentales, Tunis II, 1994/1995, p 41. EZZINE Innes, L'exequatur des décisions étrangères en droit international privé, étude du régime de droit commun, mémoire de Master, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2003/2004, p 16.

تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

نشير إلى أن الحكم القضائي الخاضع لإجراء الأمر بالتنفيذ هو الحكم القضائي الأجنبي، ولكي يعتبر أجنبيا يشترط فيه أن يكون صادرا من هيئة قضائية تتمتع بسلطة البث في النزاع المعروف عليها باسم سيادة أجنبية، ولا تتوقف صفة الأجنبيّة على مكان صدور الحكم، ذلك أن الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية تعد أجنبية بالنسبة لهولندا ولو أنها صدرت فيها، كما أن الأحكام الصادرة عن القضاء القنصلي والجهات الدينية التابعة لدولة تعتبر أحكاما وطنية ولو أنها منعقدة بالخارج⁽²⁾.

أخيرا، فإن الحكم الأجنبي الخاضع للأمر بالتنفيذ هو الحكم الصادر في مسائل القانون الخاص (التزام بدفع مبلغ، حكم بعين منقولة، إجراء تصفية)، وكذا الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية (الحالة المدنية، الأهلية، روابط الزواج، النفقة، الميراث، الوصية... الخ)، أما الأحكام الجزائية ولو أنها إقليمية التنفيذ فيما يخص الدعوى العمومية لتعلقها بالنظام العام - عدا وجود اتفاقية دولية خاصة - إلا أنها إذا تعلقت بمصالح مدنية أو تجارية يجوز تنفيذها في الخارج، وعليه فالعبرة بطبيعة موضوع الحكم وليس بالجهة المصدرة له⁽³⁾.

(1) -مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 11 فيفري 2001، يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، الموقعة في الرياض يوم 06 أفريل 1983، والمعدلة في 26 نوفمبر 1997، ج ر ع 11 صادرة في 12 فيفري 2001.

(2) -زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 243. انظر أيضا:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, 2^{ème} éd, P.D, Paris, 1980, p 616.
BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p 468.

(3) -زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 244. انظر أيضا: مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ع 01، 2011، ص 54. حمة مرامية، الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع منطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010، ص 420.

أما الأحكام الصادرة في القضايا الإدارية كالضرائب والرسوم فهي لا تقبل التنفيذ في الخارج لأن التحصيل يجب أن يتم في بلد صدورها، ولكن إذا تعلق بتعويض من أخطاء إدارية أو عن تنفيذ عقود الأشغال العامة فتصبح قابلة للتنفيذ في الخارج⁽¹⁾.

بالنسبة للقرارات القضائية الولائية ذات الصلة بالقانون الخاص إذا كان القرار منشأ لحقوق كتعيين وصي مثلا فيخضع لشروط الحكم القضائي أما إذا كان كاشفا عن حقوق كإثبات الإقرار بالبنوة الطبيعية فتطبق عليه أحكام السندات الأجنبية⁽²⁾.

تثير الأحكام المتعلقة بشهر الإفلاس إشكالات قانونية في غاية التعقيد في مسألتين، الأولى أن هذه الأحكام تمس أهلية المفلس من جهة ومن جهة أخرى تؤدي إلى الحجر عليه وغل يده في إدارة أمواله والتصرف فيها، فبداهة سيلجأ وكيل التفليسة المعين بحكم أجنبي قبل استصدار الصيغة التنفيذية إلى القضاء الاستعجالي لاتخاذ التدابير التحفظية حفاظا على حقوق الدائنين، وما دام الحكم القضائي بشهر الإفلاس يتعلق بالنظام العام الجزائري لتأثيره في الأموال الموجودة بالجزائر يجب تصفية هذه الأموال من طرف القضاء الجزائري وحده، وبالتالي يصبح منح الصيغة التنفيذية ضروريا.

أما المسألة الثانية تتعلق بتعدد أحكام شهر الإفلاس أحيانا والتعارض بينها في حالة تحريك دعوى الإفلاس في الجزائر وصدور حكم أجنبي يقضي به أيضا، فيستبعد منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ولكن سلطات وكيل التفليسة المعين بموجب الحكم الجزائري يقتصر تنفيذها على الجزائر والدائنون الذين لم يقبل انضمامهم إلى مجموعة الدائنين سوف يلجأون للمطالبة بحقوقهم في الخارج، والعكس صحيح بالنسبة للدائنين الذين لم يقبل انضمامهم إلى مجموعة الدائنين في الخارج سوف يطالبون بحقوقهم في الجزائر⁽³⁾.

(2)-BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 6^{ème} éd, op.cit, p p 470-472. Voir aussi: PIERRE Mayer, droit international privé, 2^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 1983, p 287.

(2)-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 244.

(3)-مرجع نفسه، ص 244.

على أية حال، فإن الحكم القضائي في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية هو: "ذلك الحكم الذي يشكل عملا قضائيا، صادرا عن محكمة غير وطنية في علاقة يحكمها القانون الخاص"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية

اختلف الفقهاء في تحديد أسباب ومبررات قبول تنفيذ الأحكام الأجنبية، ويمكن إرجاع أسباب تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى الاعتبارات منها، مبدأ المعاملة بالمثل (أولا)، مبدأ الحقوق المكتسبة (ثانيا)، مبدأ العدالة (ثالثا)، مبدأ استقرار المعاملات في النظام الدولي (رابعا).

أولا: مبدأ المجاملة الدولية

من باب قواعد المجاملة وتبادل المنافع، تعترف الدول بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم الدول التي تبادلها نفس الموقف، وقد أخذت بهذا المبدأ الكثير من التشريعات منها المشرع التونسي الذي نص عليه في الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي⁽²⁾.

يرى من الفقه أن مبدأ المعاملة بالمثل هو تجسيد لمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، بينما يرى جانب آخر أن هذا الشرط ذو طبيعة سياسية لا يجوز أن يعلق عليه تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم تنفيذها، فينبغي للدولة أن تقدر مسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق ما تراه مناسب للعدالة واستقرار المعاملات بصرف النظر عما تجري عليه الدول الأخرى⁽³⁾.

(1) -رايس محمد، مرجع سابق، ص 15. انظر أيضا:

MEZGHANI ALI, droit international privé, op.cit, p 390.

(2) -نص الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه: "لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية: ...-إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل..."

(3) -مهراوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، ع 2، 2014، ص 51. انظر أيضا: محمد الصالح روان، تنفيذ السندات التنفيذية الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أبريل 2010، ص 375.

ثانيا: مبدأ الحقوق المكتسبة

يجب الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي تحقيقا لمبدأ الحق المكتسب، فمادام أن الحكم الأجنبي قد أقر حقا أو مركزا قانونيا لطرف ما يتعين احترام هذا الحكم في الدول الأخرى، فكما يحترم دوليا العقد الذي ينشأ الحق الذي يتولد في دولة وفقا لقانونها، كذلك يحترم دوليا الحكم الذي تصدره محاكم دولة وفقا لقانونها⁽¹⁾.

ثالثا: مبدأ العدالة

باعتبار أن غاية القانون الدولي الخاص هي تحقيق العدالة للمتداعين وأن المسألة ليست مجرد مجاملة دولية، فصاحب الحق الذي يحصل على حكم قضائي بحق له يجب مساعدته على استيفاء هذا الحق إرضاء للعدالة، وإلا فإن المعتدي على حق الغير ينجو من حكم العدالة ويستفيد استفادة غير مشروعة، وهذا الأمر مخالف لقواعد العدالة والمنطق في كل زمان ومكان، مما يجب الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقبول تنفيذه احتراماً لقواعد العدالة والحق المكتسب⁽²⁾.

رابعا: مبدأ استقرار المعاملات في النظام الدولي

باعتبار أن عدم الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي سوف يحرم صاحب الحق من حقه ويمكن المتجاوز على الحق من الاستفادة غير المشروعة مما يسبب الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات بين الأفراد في الدول المختلفة⁽³⁾.

في اعتقادنا، أن الأساس الأول لمبدأ الاعتراف بأثر الحكم القضائي الأجنبي هو الحق المكتسب الذي أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، وإلا فما فائدة الحكم القضائي الذي ينفق عليه المدعي النفقات الباهظة والجهد الكثير والوقت الطويل ثم يجاب بعدم إمكان تنفيذ هذا الحكم وهدر حقوقه، هذا فضلا عن تأمين استقرار المعاملات في النظام الدولي

(1)- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 339.

(2)- مرجع نفسه، ص 339.

(3)- مرجع نفسه، ص 339.

يقبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي بين الدول في نطاق المصلحة المشتركة للأسرة الدولية تلبية للتطور والحاجات المستجدة في التعاون الجاد.

فالتعاون القضائي بين الدول يساهم في تعزيز وتدعيم العلاقات والصلات بين الأجهزة القضائية من جهة ويعكس أثره بصورة ايجابية على مصالح الأفراد في أقطار العالم من جهة أخرى.

الفرع الثالث

تمييز الأحكام الأجنبية عن الأحكام المشابهة لها

تتشابه الأحكام الأجنبية باعتبارها أحكام صادرة من جهة قضائية بأحكام أخرى تصدر عن ذات الجهة كقرارات التحكيم (أولاً)، الأعمال الولائية (ثانياً)، السندات الرسمية الأجنبية (ثالثاً).

أولاً: أحكام التحكيم

يقصد بالتحكيم اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم بوصفهم محكمين، ويتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات، أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم، وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁽¹⁾.

تجدر الإشارة هنا إلى أن أهم ما يميز التحكيم عن القضاء، أن التحكيم أداة خصوصية للفصل في النزاع، أما القضاء فهو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، إضافة إلى أن التحكيم يتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضيات الخاصة بالنزاع، أما الثاني فتحكمه قواعد عامة مجردة موضوعة سلفا لأية قضية⁽²⁾.

(1) -ZAHl Amar, L'état et L'arbitrage, O.U.P, Alger, 1980, p 205.

(2) -عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، ع 2، 2014، ص 188.

ذهب البعض في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى أن تعامل نفس المعاملة التي تتعلق بالأحكام القضائية الأجنبية حال تنفيذها والاعتراف بها، بينما يرى البعض معاملة أحكام التحكيم الأجنبية بنفس معاملة أحكام التحكيم الوطنية، إذ تتمتع بقوة التنفيذ بعد اتخاذ الإجراء الذي تنفذ به أحكام المحكمين الوطنية، وهو ما أخذت به اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام المحكمين وكذا اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1978، وهو الرأي السائد في فرنسا⁽¹⁾.

ذهب المشرع الجزائري بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أن تعامل نفس معاملة الأحكام القضائية الأجنبية، وهو ما أكدت عليه المادة 9/600 ق.إ.م.إ بنصها على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي: 9- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط...".

ثانيا: الأعمال الولائية

إن الهيئة القضائية تملك سلطة ولائية من خلالها يصدر القضاء أوامر دون وجود منازعة، وتسمى هذه الأعمال بالأعمال الولائية⁽²⁾.

يختلف الحكم القضائي عن العمل أو القرار الولائي، فالأول يصدر بناء على ما للقاضي من سلطة قضائية تتيح له منح الحماية القضائية الموضوعية أو الوقتية للمراكز الموضوعية في الشكل المقرر للأحكام، أما العمل أو القرار الولائي فيصدر بما له من سلطة الأمر الذي يتيح له إصدار أوامر في شكل مخصوص، بهدف إزالة عقبات قانونية وضعها القانون أمام الإرادة الفردية التي لا تستطيع اجتيازها، إلا إذا حصلت على إذن قضائي، في صورة ترخيص صادر بناء على أمر من القاضي، يصدر في شكل مكتوب على عريضة يقدمها صاحب المصلحة، يطلب فيها الإذن من القاضي باتخاذ عمل أو القيام بإجراء في صالحه، لكنه لا يستطيع بإرادته المنفردة اتخاذه قبل صدور هذا الإذن، ونظام الأوامر

(1)- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, 4^{ème} éd, op.cit, p 412.

(2)- عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 188.

الولائية يتم في غياب الخصومة الحضورية، ودون إعمال مبدأ المجابهة أو احترام حقوق الدفاع⁽¹⁾.

اختلف الفقهاء حول خضوع الأعمال الولائية لنظام تنفيذ الأحكام الأجنبية، فيرى بعض الفقهاء بأن الأعمال الولائية لا تخضع لنظام تنفيذ الأحكام الأجنبية لكونها ليست أحكام قضائية لاعتبارات عملية⁽²⁾. غير أن جانب آخر من الفقهاء يرى عكس ذلك، ويعتبرون أن التفرقة بين القرارات الولائية والقرارات القضائية ليست بالتفرقة الواجبة، فالمهم أن نكون أمام قرار حقيقي، بمعنى أن السلطة الأجنبية فصلت في نزاع أو أسندت السلطة لشخص ما⁽³⁾.

أخضع المشرع الجزائري تنفيذ الأعمال الولائية الأجنبية لنظام الأمر بالتنفيذ مثلها مثل الأحكام القضائية، فقد جاء في المادة 605 ق.إ.م.إ: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية...".

(1) - عبد اللوي سامية، مرجع سابق، ص 189. انظر أيضا: بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة1، الجزائر، ع 02، 1994، ص ص 52 و 53. رابيس محمد، مرجع سابق، ص 12.

MOTULSKY Henri, les actes de juridiction Gracieuse en Droit international privé, travaux du comité français de Droit internationale privé 1948/1952, Dalloz, Paris, 1953, p p 13-31. MOTULSKY Henri, Etudes et notes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978, p 25.

(2) - تتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي:

- إن في إجراءات العمل الولائي لا وجود للمواجهة أو الوجاهية، لانعدام وجود طرفي النزاع.
- إن العمل الولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي به.

- إن الأعمال الولائية لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية. انظر: رابيس محمد، مرجع سابق، ص 12.
(3) - مرجع نفسه، ص ص 12 و 13.

ثالثا: السندات الرسمية الأجنبية

السندات الرسمية الأجنبية هي عبارة عن المحررات التي تتولى سلطة عامة أجنبية مباشرتها، وقد تقوم الدولة ذاتها بإجراء تحرير السند كما قد تتولى هذه المهمة القنصلية التابعة للدولة بالخارج، وفي كلتا الحالتين يتوافر للسند وصف السند الأجنبي، بمعنى أن العبرة ليست بالبلد الذي حرر فيه السند وإنما بالدولة التي تتبعها السلطة التي باشرت تحريره⁽¹⁾.

نصت المادة 606 ق.إ.م.إ على تنفيذ العقود الرسمية الأجنبية بقولها: "لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي، في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.

2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.

3- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر."

تعتبر العقود الرسمية ضمن السندات التنفيذية بموجب نص المادة 11/600 ق.إ.م.إ: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي: 11-العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة وعقود القرض العارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة".

ينطبق على تنفيذ العقود الرسمية الشروط المنصوص عليها صراحة في المادة 606 والمشار إليها أعلاه، وهو ما جاءت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 21 أكتوبر 2010، حيث أقرت مبدأ بخصوص عقد الوكالة المبرم في الخارج واعتبرته من العقود الرسمية الواجب امهارها بالصيغة التنفيذية، من طرف القضاء الجزائري لتكون قابلة للتنفيذ في الجزائر⁽²⁾.

(1)-أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 716. انظر أيضا:

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, droit international privé, T II, 7^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1983, p 560.

(2)-عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 190.

ما يأخذ على نص المادة 606 ق.إ.م.إ، أن المشرع الجزائري يعتبر السند الأجنبي هو ذلك المحرر في بلد أجنبي، في حين أن الأدق هو أن نعتد بالسلطة التي باشرته وكونها سلطة أجنبية، لأنه لو أخذنا بتعبير المشرع الجزائري لكان معنى ذلك أن نعتبر السندات التي باشرت تحريرها قنصلية جزائرية في الخارج تعد بمثابة سندات أجنبية، وهو أمر غير منطقي.

أخيرا لا بد أن تتوفر في السند الشروط المطلوبة الرسمية وفقا لقانون البلد الذي تم فيه، وخلو السند مما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

الملاحظ هنا أنه لا يكون للسند الرسمي الأجنبي قوة التنفيذ إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ، ولكن قبل صدور هذا الأمر بالتنفيذ لا يكون للسند الرسمي حجية، لأن الأخيرة خاصة بالأحكام القضائية فقط، فمضمون السند هو مضمون إرادة الأطراف الذين يتمسكون به، في حين أن مضمون الحكم الأجنبي هو إرادة القاضي أو السلطة التي أصدرته، تعبيرا عن وجه العدالة الذي يتعين الاعتراف به وتنفيذه، ولو صدر من سلطة أجنبية، وللسند الرسمي الأجنبي قوة الإثبات حتى ولو لم يصدر الأمر بالتنفيذ⁽¹⁾.

المطلب الثاني

سلطات القاضي في تنفيذ الأحكام الأجنبية

اختلفت الدول في مسألة مدى السلطات التي يجب منحها للقاضي عندما يعرض عليه حكم أجنبي بصدد الاعتراف به، فهناك دول تنتهج نظاما يسمح لمن صدر الحكم لصالحه في دولة أجنبية أن يرفع دعوى جديدة بذات الحق ليأخذ حقه، ويعرف هذا النظام بنظام الدعوى الجديدة(الفرع الأول)، وهناك دول أخرى تنتهج نظاما آخر يعرف بنظام الأمر بالتنفيذ، حيث يقتضي فقط اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بمنح الصيغة التنفيذية(الفرع الثاني).

(1)- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص

الفرع الأول

نظام الدعوى الجديدة

يقتضي نظام الدعوى الجديدة أن الحكم الأجنبي لا يمكن تنفيذه بحد ذاته، بل يجب على المحكوم لصالحه حتى يحصل على حقه الذي أقره الحكم الأجنبي أن يرفع من جديد دعوى أمام القضاء الوطني يطلب فيها الإقرار بحقه الذي سبق أن أقره له الحكم الأجنبي، ويستند في الدعوى الجديدة على هذا الحكم الأجنبي، غير أن هناك اختلاف بين الدول التي تتبع هذا النظام، فهناك من الدول من تعتد بهذا الحكم الأجنبي كدليل ظاهري فيها (أولاً)، وهناك من الدول من تعتد به كدليل قاطع في الدعوى (ثانياً).

أولاً: رفع الدعوى وتقديم الحكم الأجنبي كدليل ظاهري فيها

يسود هذا النظام في قوانين الدول الإسكندنافية وأخذ به القانون الانجليزي لغاية 1870، وطبقا لقوانين هذه الدول يجب رفع دعوى للمطالبة بذات الحق المقرر في الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني ليتم الفصل فيها مجدداً وتقديم ذلك الحكم كدليل للإثبات، إلا أنه يعتبر دليلاً ظاهرياً وليس قطعياً يمكن إثبات عكسه، فهو قرينة بسيطة لمصلحة المدعى، فالحكم الأجنبي بموجب هذا النظام ليس له أية حجية فهو مجرد دليل يقدم أمام القاضي الوطني على سبيل الاستئناس الذي يخضع لسلطته التقديرية⁽¹⁾.

يترتب على هذا أن للقاضي الوطني كل الصلاحيات في إعادة النظر في الموضوع، وبما أن الحكم الأجنبي يعتبر دليلاً ظاهرياً يقبل إثبات العكس فإنه يجوز للمدعى عليه الطعن في صحة الوقائع المبني عليها الحكم أو الطعن بالخطأ في تطبيق القانون، وعلى القاضي الوطني حينئذ أن ينظر موضوع النزاع من جديد ليتأكد من صحة الحكم الأجنبي، وفي حالة قبول الدعوى بموضوعها فيطال التنفيذ الحكم الوطني وليس الحكم الأجنبي بذاته⁽²⁾.

(1) - ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص والمقارن، مرجع سابق، ص 301.

(2) - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 469.

انتقد هذا النظام لتجاهله واقع المعاملات الدولية الخاصة وهدره مصالح الأفراد وانحيازه للأثانية المفرطة للقانون الوطني لذلك تم هجره من أغلب الدول، مثلما هجره القانون الانجليزي الذي أصبح ينظر إلى الحكم الأجنبي بوصفه دليلا حاسما وقاطعا على صحة ما قضى به في الخارج⁽¹⁾.

ثانيا: رفع الدعوى وتقديم الحكم الأجنبي كدليل قاطع فيها

يسود هذا النظام في القانون الانجليزي والدول التي تنتهج نهجه، ومقتضى هذا النظام أنه لا يتم تنفيذ الحكم الأجنبي ذاته، وإنما ينبغي على صاحب المصلحة أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الانجليزية للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي، ويكون سنده فيها هو هذا الحكم الأجنبي ذاته وهو دليل لا يقبل إثبات العكس ولو كان معيبا بخطأ في القانون أو بخطأ في الوقائع، بمعنى أنه لا يجوز للمدعى عليه أن يطعن في صحة الحكم المقدم كدليل سواء من حيث تطبيق القانون أو من حيث صحة الوقائع، وذلك لأن المحاكم الانجليزية ليست محاكم استئنافية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.

والحكم الذي يصدر في تلك الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الانجليزية هو حكم انجليزي وهو وحده الذي يتمتع بقوة التنفيذ وليس الحكم الأجنبي، كما أن القاضي الانجليزي لا يقبل بهذا الأخير كدليل قاطع في ثبوت الحق المطالب به دون قيد أو شرط، بل يشترط لصحة هذا الحكم أن يكون صادرا من محكمة مختصة دوليا وفقا لقواعد الاختصاص الدولي الانجليزي، وتراعى في إصداره قواعد العدالة الطبيعية، وأن يكون نهائيا من وجهة نظر المحكمة التي أصدرته، وأن لا يكون قد صدر بناء على غش، وأن لا يخالف النظام العام الانجليزي⁽²⁾.

يحافظ هذا النظام على مبدأ سيادة الدولة من حيث الشكل باستلزامه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق محل النزاع، أما من حيث الواقع يكاد يعترف بطريقة غير مباشرة بآثار الحكم

(1)-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 246.

(2)-عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 34.

الأجنبي من الناحية الموضوعية مادام أن الشروط الشكلية المطلوبة لتنفيذ الحكم الأجنبي قد توافرت⁽¹⁾.

الفرع الثاني

نظام الأمر بالتنفيذ

يقتضي نظام الأمر بالتنفيذ اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بالتنفيذ عن طريق رفع دعوى وفقا للإجراءات المعتادة في البلد، حيث تقوم المحكمة بفحص الحكم الأجنبي لتأكد من أنه قد صدر صحيحا، وبعد أن تتحقق من ذلك تصدر حكما جديدا يقضي بتنفيذ الحكم الأجنبي، غير أن الدول تنقسم حول مدى السلطة التي تمنحها لقضاتها لفحص هذا الحكم الأجنبي، متبعة في ذلك نظامين، فمن هذه الدول من توسع سلطات القاضي، وتعطيه الحق في مراجعة الحكم الأجنبي وهي تتبع في ذلك نظام المراجعة (أولا)، ومنها من تحد من هذه السلطات وتقتصر دور القاضي على مراقبة الحكم مراقبة خارجية متبعة في ذلك نظام المراقبة (ثانيا).

أولا: نظام المراجعة

يرجع ظهور نظام المراجعة إلى حقبة بعيدة في النظام الفرنسي، حيث كانت لفكرة سيادة الدولة وعدم الثقة في القضاء الأجنبي الأثر البالغ في استبعاد تنفيذ الأحكام الأجنبية، فصدر في فرنسا أول أمر يتعلق بمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في سنة 1629، والذي نص في المادة 121 منه على أن⁽²⁾: "الأحكام والعقود والالتزامات الصادرة من ممالك وسيادات أجنبية لأي سبب كتان، لا ترتب أي رهن، ولا تنفذ في مملكتنا، بل تعتبر العقود مجرد

(1) -جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج2، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، د.د.ن، د.ب.ن، 1996/1995، ص 540.

(2) -الأمر الإصلاحي لوزير الأختام ميشال دي ماريك، ويسمى باسم صاحبه أي قانون ميشو. انظر: ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 67. انظر أيضا:

ISSAD MOHAND, Le jugement étranger devant le juge de l'exéquatour de la révision au contrôle, Thèse de Doctorat, L.G.D.J, Paris, 1970, p p 18-19.

وعود، غير أن لرعايانا الذين صدرت أحكام ضدّهم الدفاع من جديد عن حقوقهم كاملة أمام قضاؤنا⁽¹⁾.

بمقتضى هذا النظام يتمتع القاضي بسلطات واسعة في فحص الحكم الأجنبي، فيتم بموجبه مراجعة الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي، حيث تقوم المحكمة بمراجعة الحكم من حيث الموضوع، من خلال دراسة جميع الوقائع والإجراءات المحيطة بالنزاع من جديد، وتتأكد فيما إذا كان قد طبق القانون بشكل صحيح على هذا النزاع الذي صدر بشأنه هذا الحكم الأجنبي، فيمكن للمحكمة أن تعدل في منطوق الحكم الأجنبي، كأن تعيد تقدير خطورة الضرر مثلاً⁽²⁾.

يمكن في ظل هذا النظام تقديم طلبات جديدة أو استدعاء خصوم جدد، وبالتالي فإن الحكم الصادر سيكون مختلفاً تماماً عن الحكم الأجنبي، بحيث سيكون الحكم الجديد حكماً وطنياً، سواء أقر الحق المطالب به في الحكم الأجنبي، أو عدل منه أو استبعده، وما يميز هذا النظام أن المحكمة الوطنية تعتبر نفسها كأنها درجة أخرى يتم فيها فحص الحكم ومراجعته، بحيث يجوز لها التصرف فيه بالإضافة أو الحذف، وبالزيادة أو النقصان⁽³⁾.

انتقد هذا النظام بشدة من طرف جانب من الفقهاء، ذلك أنه لا ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية نظراً لأنه لا يوفر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية، ويمس بالحقوق المكتسبة في الخارج صف إلى ذلك أنه يثير حفيظة الدول الأخرى في مواجهة الأحكام الصادرة

(1) - « les jugements rendus, contrats ou obligations à royaumes et souverainetés étrangères pour quelque causes que ce soit, n'auront aucun hypothèque ni exécution en notre dit royaume, ainsi tiendront les contrats lieux de simple promesses, et nonobstant les jugements nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officier ».

(2) - رابيس محمد، مرجع سابق، ص 21 و 22 . انظر أيضاً: حمة مرامية، مرجع سابق، ص 424.

NIBOYET Marie-Laure, GERAUD de Geouffre de la pradelle, op.cit, p 472.

(3) - رابيس محمد، مرجع سابق، ص 22.

من الدولة التي تعنتقه عندما يراد تنفيذها في الخارج، وبالأخص في الدول التي تتطلب شرط التبادل⁽¹⁾.

نظرا للانتقادات القوية التي وجهت لهذا النظام تراجع القضاء الفرنسي عن الأخذ به بقرار مبدئي صادر في سنة 1964 وذلك في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية سمي بحكم **Munzer**، ويتضمن هذا الحكم نبذا صريحا لنظام المراجعة، وتبنيا لنظام المراقبة، فمما جاء فيه مايلي⁽²⁾: "أنه يتعين على القاضي الفرنسي لإعطاء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق من توافر الشروط الخمسة....، وأن هذا التحقق وهو موضوع نظام الأمر بالتنفيذ يكفي لحماية النظام القضائي الفرنسي والمصالح الفرنسية، وهو يعبر في كافة المواد عن سلطة الرقابة التي بيد القاضي المنوط به الأمر بتنفيذ حكم أجنبي في فرنسا، دون أن يكون له مراجعة هذا الحكم من حيث الموضوع".

(1)- عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 195. انظر أيضا: مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية، مرجع سابق، ص 55. قريشي رزيقة، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ع 17، 2018، ص 738.

DANIEL Gutman, 3^{ème} éd, op.cit, p 268. DERUUPPE Jean, LABORDE Jean-Pierre, droit international privé, 16^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2008, p 114.

(2)- « pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies à savoir :

- 1- La compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision,
- 2- La régularité de la procédure suivie devant cette juridiction,
- 3- L'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflits,
- 4- La conformité à l'ordre publique international,
- 5- L'absence de tout fraude à la loi, que cette vérification qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir exécutoire en France... une décision étrangère, sans que ce juge doit procéder à une révision au fond de la décision ». Voir : Cour de Cassation, Civ, 1^{ère}, 07 janvier 1964, Munzer, R.C.D.I.P, 1964, p 344, note Batiffol, J.D.I.P, 1964, note Goldman, J.C.P, 1964, II, 13590, note Ancel. Précité.

بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذا النظام إلا أن بعض الدول أبقّت عليه صراحة كبلجيكا في قانونها القضائي لعام 1967 (المادة 570)، وكيبك، كما أبقى القانون اللبناني على جوازية مراجعة الحكم الأجنبي في حالات استثنائية وردت في المادة 1015 من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽¹⁾. على أن هذه المراجعة تؤدي إما إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي أو تنفيذه كاملاً أو جزئياً دون التعديل في الحكم الأجنبي، وفي إيطاليا نصت المادة 798 من قانون أصول المحاكمات المدنية على جوازية مراجعة الأحكام الأجنبية الصادرة بالصورة الغيابية، وأضافت محكمة التمييز الإيطالية حالة أخرى تجيز المراجعة في الأساس وهي الحالة التي تصدر فيها الأحكام بصورة تحايلية، أما الدول الأخرى استبعدته من نظامها القانوني مثل اليونان في قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد الصادر عام 1971، ورومانيا⁽²⁾.

ثانياً: نظام المراقبة

يقوم نظام المراقبة على التوفيق بين مصلحتين أساسيتين، المصلحة الأولى تتعلق بموضوع التعاون بين الدول في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها، وهو الأمر الذي يحتم أن تعترف الدولة الوطنية بالأحكام الصادرة من غير محاكمها، وأن تكفل تنفيذ هذه الأحكام على أراضيها دون أن تكلف من صدر له الحكم الأجنبي برفع دعوى جديدة أمامها للمطالبة بحقه مرة أخرى. أما المصلحة الثانية فتتعلق بحق الدولة التي يطلب منها تنفيذ الحكم في أن تشترط أن يتوافر في هذا الحكم بعض الشروط اللازمة ليس لمراجعة الحكم من حيث الواقع والقانون وألا تحول الأمر إلى نظام الدعوى الجديدة، وإنما للتحقق من توافر حد أدنى من الأوصاف في الحكم

(1) -نصت المادة 1015 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: "لا يجوز للمحكمة التنفيذية أن تعيد النظر في أساس الحكم الأجنبي بناء على طلب المدعى عليه إلا في الحالات التالية: أ- إذا ثبت أن الحكم صدر بالاستناد إلى وثائق اعتبرت أو أعلنت كاذبة بتاريخ لاحق لصدوره. ب- إذا اكتشفت، بعد صدور الحكم، وثائق حاسمة حال أحد الأطراف دون إبرازها. ت- إذا وجد تناقض في الفترة الحكمية. ج- إذا ثبت أن قوانين الدولة التي صدر باسمها الحكم الأجنبي توجب إعادة النظر في أساس الأحكام اللبنانية قبل إعطائها الصيغة التنفيذية".

(2) -عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص ص 512 و 513.

الأجنبي من شأن توافرها أن يكون الحكم الأجنبي حكما صحيحا على الصعيد الدولي، ويكون قابلا للتنفيذ في دولة القاضي⁽¹⁾.

يسود نظام المراقبة في الدول العربية، وبمقتضى هذا النظام فإن المحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي لا تتعرض إلى فحص موضوعه إلا بالقدر اللازم للتحقق من أنه لا يتعارض مع النظام العام، وينحصر دورها فقط في التأكد من توافر شروط معينة فيه لا تمس موضوعه، ويمكن تسمية هذه الشروط بالشروط الشكلية أو الخارجية للحكم⁽²⁾.

وضع حكم محكمة النقض الفرنسية السالف الذكر، خمسة شروط لمنح الأمر بالتنفيذ تمثلت في⁽³⁾:

- 1- صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة.
- 2- أن يكون القانون المطبق على الموضوع قانونا مختصا.
- 3- ألا يكون الحكم مخالفا للنظام العام بمعناه الدولي.
- 4- أن لا يشمل الحكم على غش نحو القانون.
- 5- أن يكون القاضي الأجنبي قد اتبع إجراءات صحيحة في إصداره.

هذه الشروط الخمسة، قد خفضها حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية، هو الحكم الصادر بتاريخ 04 أكتوبر 1967 في قضية السيد **Bachir**⁽⁴⁾ إلى أربعة شروط، فقد حذف الشرط

(1)-أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 723. انظر أيضا: عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 196. مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية، مرجع سابق، ص 55. حمة مرامية، مرجع سابق، ص 424. قريشي رزيقة، مرجع سابق، ص 738.

(2)-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 57. انظر أيضا: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 246.

(3)-رايس محمد، مرجع سابق، ص 24.

(4)-«...si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense... » Voir : Cour de Cassation, Civ, 1^{ère}, 04 octobre 1967, Bachir, R.C.D.I.P, 1968, p 98, note P.E Mezger, J.C.P, 1968, II, 15634, note J.S, Sialelli.

الخامس، على اعتبار أن هذا الشرط لا يمكن اعتباره شرطا مستقلا، وإنما هو شرط يمكن إدراجه ضمن شرط عدم المخالفة للنظام العام الإجرائي⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري وما إذا كان يأخذ بنظام المراجعة أو نظام المراقبة، فالملاحظ أنه لم يتصدى لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا حين صدور الأمر رقم 154-66 والذي جاء في المادة 325 منه بأن: "الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب، لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية، إلا وفقا لما تقضي بتنفيذه من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مختلفة".

حيث أجازت هذه المادة تنفيذ الأحكام الأجنبية وأخضعتها إلى نظام الأمر بالتنفيذ، من خلال اشتراطها حصول الحكم الأجنبي على الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، غير أن المشرع الجزائري لم يفصل في مسألة الأخذ بنظام المراقبة أو المراجعة، والظاهر أن السبب في ذلك يعود كون أن هذه المادة مقتبسة عن المادة 546 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي لا تتضمن أية إشارة إلى مجال أو شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽²⁾.

غير أن المنتبغ لما جاء في الاتفاقيات سواء الثنائية منها أو المتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر، يلاحظ ميل هذه الأخيرة إلى إتباع نظام المراقبة، وكانت أول الاتفاقيات الثنائية وأهمها التي تصدت لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، الاتفاقية الجزائرية المغربية⁽³⁾، ثم تلتها

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 58.

(2) - ART 545 du code procédure français dispose que: « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la république de la manière et dans les cas prévus par la loi » .

(3) - أمر رقم 68-69 مؤرخ في 02 سبتمبر 1969، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، المتعلقة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي، الموقع عليها في 15 مارس 1963، ج ر، ع 77 لسنة 1969.

عدة اتفاقيات أخرى كالاتفاقية الجزائرية التونسية⁽¹⁾، والاتفاقية الجزائرية المصرية⁽²⁾، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية⁽³⁾، واتفاقية الرياض للتعاون القضائي، واتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي⁽⁴⁾، وعديد من الاتفاقيات الأخرى، والتي كانت كلها تصب في نفس الاتجاه من حيث إخضاع الأحكام إلى نظام المراقبة.

من الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي نصت صراحة على انتهاج نظام المراقبة اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، والتي نصت في المادة 32 منها على أنه: "تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه، على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع، وتقوم الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها".

فيما يخص القضاء الجزائري فإن البحث عن اجتهادات قضائية، للتعرف على موقفه من تحديد مدى سلطات القاضي في تنفيذ الحكم الأجنبي، فإنه لم يتم العثور على ما يبين هذا الموقف، حيث أن الاجتهادات القضائية في هذا الصدد قليلة حتى أنها لا تفتح مجالا واسعا للنقاش، خاصة من حيث الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم الأجنبي، ففي قرار صادر في 28 مارس 2001 من المحكمة العليا، جاء فيه مايلي⁽⁵⁾: "وحيث أن حكم الطلاق _محل الخلاف_ قد أعطيت له الصيغة التنفيذية، وذلك بعد الاطلاع عليه من القاضي المختص، ولاحظ عدم

(1)-مرسوم رقم 63-450 مؤرخ في 14 نوفمبر 1963، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية، المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي، الموقع عليها في 26 جويلية 1963، ج ر ع 01 لسنة 1963.

(2)-أمر رقم 65-195 مؤرخ في 29 يوليو 1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المصرية، المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي، الموقعة في الجزائر يوم 29 فيفري 1964، ج ر ع 76 لسنة 1963.

(3)-أمر رقم 65-194 مؤرخ في 29 جويلية 1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي، الموقع عليها في 28 أوت 1962، ج ر ع 68 لسنة 1965.

(4)-مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة في ليبيا يوم 09 و10 مارس 1991، ج ر ع 43 لسنة 1994.

(5)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، الصادر في 28 مارس 2001، المجلة القضائية، 2002، ع 01، ص 314.

مساسه بالآداب العامة وبالسيادة الوطنية، وبالتالي فقد جاء القرار المطعون ضده معللا تعليلا كافيا وسليما مما يجعل الوجهين المثارين غير مؤسسين مما يتوجب ردهما ونتيجة لذلك يرفض الطعن"، وفي هذا القرار يتضح أن المحكمة العليا انتهجت نظام المراقبة مع ذكر شرط واحد وهو المتعلق بالنظام العام.

في قرار آخر صادر بتاريخ 12 أبريل 2006، قضت المحكمة العليا صراحة على أن القضاء الجزائري يراقب الأحكام الأجنبية، حيث جاء فيه مايلي⁽¹⁾: "بدعوى أنه من المنصوص عليه قانونا أن تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية وإكسائها بصيغة التنفيذ، لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا بعد مراقبتها من القضاء الجزائري والتثبيت من عدم مخالفتها للتشريع الوطني وكذلك التثبيت من عدم المساس بالنظام العام (المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية)، وفي قضية الحال فالحكم صدر من جهة أجنبية قضائية لكن بين زوجة وزوج جزائريين، وأن الحكم الأجنبي تضمن تخصيص أجرة شهرية للمطلقة، وهذا طبعا مخالف للتشريع الجزائري الذي تنقطع علاقة النفقة وغيرها بعد الطلاق، وبعد انقضاء مدة العدة، ورغم إلحاح العارض على هذه النفقة رغم عرض الحكم الأجنبي على الجهة القضائية الجزائرية طبقا للمادة (325 من قانون الإجراءات المدنية)، إلا أن المجلس في القرار محل الطعن قد خالف مقتضيات ومقاصد المادة 325 السالفة الذكر".

من خلال تفحص ودراسة هذه القرارات، يتضح لنا جليا أن غالبية الأحكام القضائية الجزائرية تبنت الأخذ بنظام المراقبة، رغم أنه في كل مرة كانت هذه الأحكام والقرارات تتباين من حيث تحديد الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي لمهره بالصيغة التنفيذية.

بعد كل هذا التذبذب فصل المشرع الجزائري نهائيا في هذه المسألة، من خلال تبنيه لنظام المراقبة في المادة 605 ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات

(1) -قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355718، الصادر في 12 أبريل 2006، المجلة القضائية، 2006، ع 01، ص 479.

الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية...".

وعليه لا يجوز للقاضي الوطني أن يبحث في موضوع الدعوى، بل عليه فقط أن يتأكد من الشروط الخارجية المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، وعليه رفض منح الأمر بالتنفيذ إذا لم تتوافر تلك الشروط.

المطلب الثالث

الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ

يقتضي الأمر لتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر التمييز في شروط التنفيذ بين نوعين من الأحكام، الأحكام الصادرة عن محاكم دول لا ترتبط معها الجزائر باتفاقية دولية وتطبق عليها قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الأول)، والأحكام الصادرة عن محاكم دول تربطها بالجزائر اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة ويطلق عليها عادة معاهدات التعاون القانوني والقضائي، وتطبق على تلك الأحكام الأجنبية القواعد والشروط المقررة في تلك المعاهدات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم دول

لا ترتبط معها الجزائر باتفاقية دولية

يجب أن تتوفر في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في هذا الغرض الشروط الواردة في المادة 605 ق.إ.م.إ والتي تتمثل في عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص (أولاً)، حيافة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه (ثانياً)، عدم تعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهة قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه (ثالثاً)، عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر (رابعاً).

أولاً: عدم مخالفة قواعد الاختصاص

يعرف هذا الشرط بشرط الرقابة القضائية والذي عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة 605 ق.إ.م.إ بقولها: "...ألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص...". غير أن صياغة هذا الشرط غير واضحة ومبهماة، حيث لم تحدد المقصود من قواعد الاختصاص هل هي قواعد الاختصاص القضائي أم قواعد الاختصاص التشريعي التي يجب على القاضي مراعاتها فهي جاءت بصفة عامة. لذا يقتضي بنا الأمر التمييز بين الاختصاص القضائي (1)، والاختصاص التشريعي (2).

1- الاختصاص القضائي

إن اختصاص المحكمة الأجنبية في المنازعة التي صدر بصدها الحكم المطلوب تنفيذه في دولة أخرى يكون اختصاص دوليا واختصاصا داخليا، فهل الرقابة على الاختصاص القضائي تنصب على الاختصاص الدولي فقط (أ)، أم أنها تمتد كذلك إلى الاختصاص الداخلي (ب).

أ- الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي

إن رقابة قاضي منح الصيغة التنفيذية على الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المصدرة للحكم ضرورية للتأكد من التزامها تطبيق قواعد الاختصاص الدولي. غير أن السؤال المطروح طبقا لأي قانون تتحدد هذه القواعد، هل تحدد طبقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه هذا الحكم أو تتحدد طبقا لقانون البلد المطلوب منه التنفيذ؟.

تذهب بعض الدول كسوريا، وليبيا، ولبنان، إلى أن الاختصاص الدولي للمحكمة يتحدد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الحكم. وقيل في تبرير هذا الحل بأنه من غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون غير قانونه، فقاضي كل دولة يطبق قواعد الاختصاص في قانونه وكل ما يطلب منه هو أن يكون قد طبق هذه القواعد تطبيقا صحيحا (1).

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 59 و 60.

على نقيض هذا الرأي تذهب دول أخرى⁽¹⁾ وعلى رأسها فرنسا إلى أن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي يتم وفقا لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ، أي القانون الفرنسي، وهو موقف كان يعتبره الفقه صارما إذ كان يجب من أجل إمكانية الأمر بالتنفيذ أن تتطابق قواعد الاختصاص الفرنسية مع القواعد المقررة في الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وهذا أمر يلعب فيه الحظ دورا كبيرا⁽²⁾.

للتخفيف من صرامة هذه النتيجة اتجهت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة 1962 إلى إجراء التفرقة بين اختصاص حصري أو مانع، واختصاص ليس كذلك، حيث قررت رفض آثار حكم أجنبي كونه صدر من جهة قضائية أجنبية غير مختصة في نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي بسبب الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية الوحيدة المختصة في قضية الحال⁽³⁾.

المشكل الذي أصبح يطرح في هذه الحالة هو معيار التفرقة بين اختصاص حصري أو مانع واختصاص عادي، وهي حالة حاول الفقه والقضاء إيجاد بعض الحلول لها، فكان أول هذه المعايير إرادة الأطراف وذلك متى اتفق هؤلاء على أن تكون المحاكم الفرنسية مختصة، كما تم استخلاص معيار الاختصاص المانع من طبيعة النزاع كأن يتعلق الأمر بمجال عقود العمل أو التأمين، حيث هناك قواعد اختصاص خاصة، أما المعيار الثالث فهو فكرة التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي حيث يكون الاختصاص حصريا ومانعا في كل مرة يكون فيها ضروريا وجود تلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي، كاختصاص المحاكم الفرنسية بنظر دعوى ميراث تتعلق بعقارات موجودة بفرنسا، ولفترة طويلة كان امتياز الاختصاص

(1) - من بين هذه الدول نجد: ألمانيا، إيطاليا، إنجلترا. انظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 248.

(2) - بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، ع 16، 2013، ص 07. انظر أيضا: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 60.

(2) - Cour de Cassation. Civ, 05 mai 1962, D 1962, 718, note Holleaux, Clunet 1962, 1024, obs, Sialelli, rév, crit, 1963, 99, note Battiful. précité.

المقرر في المادتين 14 و15 يعتبر كميّار للاختصاص المانع قبل أن تقرر محكمة النقض الفرنسية في حكم **Prieur** التخلي عن ذلك⁽¹⁾.

إذا كان مصير حكم أجنبي هو رفض التنفيذ إذا كان يدخل ضمن الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، وهو شيء يتم تقديره على ضوء القانون الفرنسي، فإن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لحالات التي تكون فيه هذه المحاكم غير مختصة، أو أن اختصاصها غير مانع، هل يتم التأكد من اختصاص الجهة التي أصدرت الحكم هنا أيضا على ضوء القانون الفرنسي أم على ضوء قانون البلد المصدر للحكم؟.

انتهى القضاء الفرنسي إلى تقرير الرجوع في مثل هذه الحالة إلى قواعد الاختصاص المقررة في قانون الدولة التي أصدرت الحكم لكن مع وضع بعض الشروط، ففي حكم شهير صادر في 06 فيفري 1985 "SIMITCH"⁽²⁾ قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يجب في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد بالبلد الذي رفعت أمام قضاؤه الدعوى ما لم يتم اختيار هذا القضاء عن طريق التحايل⁽³⁾.

هذا الاتجاه الجديد في القضاء الفرنسي يفيد أنه قد وضع قاعدة مادية للاختصاص القضائي الدولي، فقد ابتعد بذلك عما أخذ به في السابق من جعل قواعد الاختصاص القضائي الدولي تطبق تطبيقا مزدوجا، فمثلا لو أن المدعى عليه له موطن في فرنسا، فإن الاختصاص يكون للقضاء الفرنسي، وبالتالي فإنه يرفض منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي، لكون

(1) - « l'article 15 du code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre a exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger des lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'état dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ». Voir: Cour de Cassation, Civ, 23 mai 2006, J.D.I, 2006, p 1377, note Chalas.

(2) - دريال عبد الرزاق، شرط الاختصاص القضائي الدولي لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، ع 07، 2013، ص 15.

(3) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ص 60 و61.

المحكمة الأجنبية التي أصدرته غير مختصة دوليا، أما لو أن موطنه كان في بلد آخر، فإن الاختصاص الدولي يكون معقودا لقضاء هذا البلد، تطبيقا لنفس القاعدة، ولكن بإعطائها تفسيرا مزدوجا⁽¹⁾.

في الجزائر، وبالنظر إلى الاتفاقيات التي عقدها الدولة الجزائرية، نلاحظ أن المشرع الجزائري في كل مرة كان يتبنى اتجاها مغايرا للآخر، فبينما يتم اللجوء إلى قواعد الاختصاص في قانون الدولة مانحة الصيغة التنفيذية لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية كما هو الحال في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية⁽²⁾، فإنه على العكس من ذلك تماما يتم الاعتماد على قواعد الاختصاص في الدولة مصدرة الحكم الأجنبي كما هو الشأن في الاتفاقية الجزائرية المغربية، والاتفاقية الجزائرية التونسية، كما أن بعض الاتفاقيات التي عقدها الجزائر حاولت تجاوز هذه المسألة من خلال نصها على بعض الحالات التي تكون فيها المحكمة المطلوب منها التنفيذ مختصة دون سواها في بعض النزاعات⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري في هذه المسألة، فإنه يميل إلى إخضاع اختصاص الحكم الأجنبي إلى القانون الجزائري، ففي قرار صادر في 12 مارس 2008 من المحكمة العليا جاء فيه مايلي⁽⁴⁾: "بدعوى أن المدعى عليها في الطعن قدمت للمجلس القضائي خلال الاستئناف ملف رقم 422 يحتوي على عدد وثائق منها:

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 61.

(2) - ART 01 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France approuvé par l'ordonnance n° 65-194 dispose que: « En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridiction siègent en Algérie ou en France, ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat si elles réunissent les conditions suivant :

a) - la décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'état ou la décision doit être exécutée... » .

(3) - رايس محمد، مرجع سابق، ص 38. انظر أيضا: رحاوي آمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة ابن باديس، مستغانم، ع 01، 2017، ص ص 207 و 208.

(4) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 4023333، الصادر في 12 مارس 2008، المجلة القضائية، 2008، ع 01، ص ص 258 و 259.

1-أمرًا صادرًا يوم 26 ماي 2003 عن محكمة فرنسية فصل في حضانة الولدين وحدد لهما نفقة شهرية(وثيقة مرفقة) هذا الأمر صدر قبل صدور الحكم الجزائري.

2-وثيقة أخرى تتمثل في وصل إيجار يبين بأن المدعى عليها تسكن بفرنسا وقامت بتأجير مسكن تمارس فيه حضانة الطفلين(وثيقة مرفقة) إن هذه الوثائق تبين بأن المحكمة الفرنسية هي المختصة في الفصل في الجوانب المادية للطلاق.

وبالتالي فالقضاء الفرنسي هو المختص بالفصل في الجوانب المادية لأن طرفي النزاع يقيمان بفرنسا، وكان قد تم تعيين مساعدة اجتماعية بفرنسا للتحقيق في وضعية الزوجين ومدى مسؤولية كل طرف لتحديد الحقوق وكذلك المبالغ التي سيدفعها الطاعن لذلك كان يتعين على مجلس قضاء تيزي وزو الذي عرض عليه حكم أولى درجة المؤرخ في 13 جانفي 2004 تأييد هذا الحكم مبدئياً فيما يخص الطلاق وتعديل الحكم بالتصريح بعدم الاختصاص للفصل في الجوانب المادية".

نظرا لعدم وجود موقف واحد سواء في التشريع أو القضاء الجزائري فيما يخص هذه المسألة، نرى ضرورة التفرقة أيضا هنا بين اختصاصين، اختصاص حصري للمحاكم الجزائرية، واختصاص عادي، فتكون رقابة قاضي منح الصيغة التنفيذية على الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المصدرة للحكم في الحالة الأولى على ضوء أحكام القانون الجزائري، وبالتالي يعتبر الحكم الصادر في النزاعات التي يكون اختصاصها حصريا صادر من محكمة غير مختصة ومنه رفض منح الأمر بالتنفيذ، في حين يتم الرجوع في الحالة الثانية إلى قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم، فإن قضى باختصاصها منح للحكم الذي أصدرته الأمر بالتنفيذ وإن كان ذلك سيصطدم بمشكلة أساسية هي تحديد ما يدخل ضمن الاختصاص المانع، وهو أمر يتحقق في رأينا عند وجود قواعد اختصاص خاصة ومرتبطة بالنزاع، كما يتحقق أيضا عندما يرتبط الأمر باحترام إرادة الأطراف وذلك متى اتفق الأطراف على عرض نزاعهم أمام المحاكم الجزائرية.

منه فلو حدث أن اتفق الخصوم على عرض نزاعهم أمام القضاء الجزائري ثم خالف أحدهم ذلك ورفع دعواه أمام قضاء دولة أجنبية كان على القضاء الجزائري الامتناع عن الأمر بتنفيذ الحكم لصدوره هذا الأخير من محكمة غير مختصة، أما إذا تبين أن اختيار المحكمة الأجنبية من طرف أحد الخصوم للفصل في النزاع منطوق على غش، فإن المحاكم الجزائرية بوسعها أن ترفض منحه الأمر بالتنفيذ رغم أن المحكمة التي أصدرته مختصة دولياً وفقاً لقانونها، ذلك أن الغش يفسد كل شيء.

ب- الاختصاص القضائي الداخلي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي

إن اختصاص المحكمة الأجنبية في المنازعة التي صدر بصدها الحكم المطلوب تنفيذه في دولة أخرى، طرح تساؤل آخر هل تمتد رقابة القاضي المطلوب منه منح الأمر بالتنفيذ إلى رقابة الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم وذلك بعد تأكده من اختصاصها دولياً، وإذا كانت الإجابة بنعم فوفقاً لأي قانون يتحدد اختصاصها الداخلي؟.

جرى القضاء الفرنسي منذ زمن طويل على عدم الاكتفاء باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي من الوجهة الدولية، واشترط أن تكون كذلك مختصة من الوجهة الداخلية (محلياً ونوعياً)، وأن هذا الاختصاص يتحدد وفقاً لقانونها، وليس وفقاً للقانون الفرنسي⁽¹⁾.

غير أنه وبعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 أكتوبر 1967 السالف الذكر، والذي ألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي، رأى الفقه الفرنسي أن هذا الحكم يستتبع حتماً التخلي عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، فالقاضي الوطني ليس ملزماً بالتحقق من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم كانت مختصة نوعياً ومحلياً بالفصل في النزاع أو لا، بل يمكنه أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ولو كان هذا الاختصاص غير متوافر لدى المحكمة الأجنبية، إلا إذا كانت مخالفة قواعد الاختصاص

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 63.

الداخلي المقررة في هذا القانون تؤثر في وجود الحكم والتي من شأنها أن تجعله باطلا لدى الدولة التي صدر فيها وتمنع ترتيب آثاره، إذ يتعين في هذه الحالة رفض منح الصيغة التنفيذية⁽¹⁾.

كما أكدت هذا الأمر المذكرة الإيضاحية المصرية عند تعليقها على المادة 01/298 من قانون المرافعات المصري التي نصت على أن: "المقصود بالاختصاص هو الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي فيها"، إذ أن التطور الفقهي القضائي في شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية تؤدي إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ بل أن الذي يؤدي إلى ذلك هو المخالفة التي تجعل الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذي أصدره⁽²⁾. وقد جسدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 27 فيفري 1990 حيث قضت بأن⁽³⁾: "...العبرة في ذلك بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعيا أو محليا بالفصل في النزاع".

أما في القانون الجزائري، فإننا نرى أنه لا محل لاستلزام في الحكم الأجنبي لمنحه الأمر بالتنفيذ أن يكون صادرا من محكمة مختصة داخليا (محليا ونوعيا)، فعلى القاضي الجزائري المطلوب منه التنفيذ منح الصيغة التنفيذية ولو اتضح له أن المحكمة الأجنبية قد خالفت قاعدة من قواعد اختصاصها الداخلي مادامت هذه المخالفة لا تؤثر في ترتيب آثاره في الدولة التي صدر فيها، ذلك أن هذه المسألة تخص القانون الأجنبي قانون هذه المحكمة، كما أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم يوجد في وضع يسمح له بفهم قانونه وتطبيقه تطبيقا صحيحا خيرا من الوضع الذي يوجد فيه القاضي الجزائري.

(1) - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 469.

(2) - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 487.

(3) - قرار محكمة النقض الفرنسية، 27 فيفري 1990. انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1129.

2-الاختصاص التشريعي

تتشرط بعض النظم القانونية لإمكان تنفيذ الأحكام الأجنبية أن يكون الحكم قد صدر وفقا للقانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها، وقد جرى القضاء الفرنسي على استلزام هذا الشرط، حيث أكد على أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم الأجنبي وعند تطبيقها لقواعد الإسناد قد وصلت في حكمها إلى النتيجة ذاتها لو أنها طبقت القانون الفرنسي عندما يكون القانون الفرنسي مختصا حسب قواعد الإسناد فيه، وفي الحالة التي يكون فيها النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، لا يدخل في الاختصاص التشريعي للقانون الفرنسي حسب قواعد الإسناد الفرنسية، أي أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق قانون أجنبي غير القانون الفرنسي، فإنه يكفي أن تكون المحكمة الأجنبية قد طبقت على الحكم القانون الواجب التطبيق حسب قواعد الإسناد في قانونها، ويرجع سبب هذه التفرقة إلى اعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية لا تتعلق بالنظام العام إلا عندما تشير إلى تطبيق القانون الوطني⁽¹⁾.

انتقد جانب من الفقه هذا الشرط على أساس أن القاضي الأجنبي لا يمكنه أن يخضع إلا لأوامر مشرعه، حيث يلتزم بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون بلاده، فكيف ننكر عليه ذلك إن كانت الدولة التي سينفذ فيها الحكم الأجنبي ستفعل نفس الشيء لو أن النزاع عرض عليها، كما أن هذا الشرط يضع في الحسبان أن القاضي الأجنبي على دراية مسبقا بالدولة التي سينفذ فيها الحكم الأجنبي، غير أن الواقع لا يتفق مع هذا القول في أغلب الأحوال، وأنه ليس من المعقول رفض تنفيذ الحكم الأجنبي لمجرد أن القانون المطبق على النزاع، لا يتماشى مع ما تشير إليه قواعد الإسناد مثلا في القانون الجزائري، حتى ولو كان القانون الذي طبق على النزاع هو القانون الجزائري.

(1)-رايس محمد، مرجع سابق، ص ص 34 و35. انظر أيضا:

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, 9^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2007, p 756.

نظرا للانتقادات الموجهة لشرط تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد، استبعد المشرع الجزائري هذا الشرط، وكذا غالبية الدول ولم يرد النص عليه في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر⁽¹⁾.

ثانيا: حيابة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به

المقصود بهذا الشرط هو أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه نهائيا غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، وهو ما يعني وجوب أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ، ويستنتج هذا من عبارة "الشيء المقضي فيه" المستعملة في الفقرة الثانية من المادة 605 ق.إ.م.إ، التي تقتضي إصدار أمر إلى عمال السلطة العامة بتنفيذ الحكم جبرا عند الاقتضاء، وهذا بخلاف عبارة "حجية الشيء المقضي فيه"، حيث أن الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره سواء أكان قابلا للطعن فيه أم لا، ومهما كان طريق الطعن، وهي تقتضي منع عمال القضاء النظر من جديد في النزاع الذي تم الفصل فيه بموجب الحكم القضائي.

ترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار، إذ لو تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون اشتراط أن يكون نهائيا، فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تم بعد ذلك إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها⁽²⁾.

بخلاف الشرط الأول الخاص برقابة قاضي منح الصيغة التنفيذية على الاختصاص القضائي، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد هذه المرة القانون الذي يرجع إليه من أجل الوقوف على مدى توفر الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 605 ق.إ.م.إ صراحة على الرجوع إلى قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم، وليس إلى قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي⁽³⁾.

(1) -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 65.

(2) -بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 11.

(3) -مرجع نفسه، ص 11.

يترتب على ضرورة اشتراط أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أنه لا تقبل التنفيذ في الجزائر، الأحكام القطعية القابلة للطعن بالطرق العادية وغير العادية، فلا يجوز تنفيذ حكم مازال قابلا للمناقشة الموضوعية وللمراجعة القانونية، الأحكام المشمولة بالإنفاذ المعجل نظرا لصعوبة إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو منع التنفيذ في الوقت المناسب في حالة ما إذا ألغته أو عدلته الجهة القضائية التي أصدرته في حالة الطعن فيه، الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع، الأحكام الوقتية لأنها غير قطعية والهدف منها اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية مصالح الخصوم ولحفظ أموالهم حتى يتم الفصل في موضوع النزاع وغالبا ما تستنفذ هذه الإجراءات التحفظية الغرض منها في إقليم الدولة التي صدرت فيها⁽¹⁾.

ثالثا: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الجزائرية

نصت على هذا الشرط الفقرة الثالثة من المادة 605 ق.إ.م.إ وذلك بنصها: "... ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه".

يرى الكثير من الشراح في مصر أن هذا الشرط وإن تم وضعه في نص تشريعي هو المادة 2/298 من قانون المرافعات المصري، إلا أنه يعتبر في حقيقة الأمر بمثابة تطبيق لفكرة النظام العام، وهذا هو المستقر عليه عند الفقه الفرنسي رغم عدم النص بهذه الحقيقة، فمتى كان الحكم الأجنبي مناقضا للحكم الوطني فإن ذلك يعد ضربا من ضروب التعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب منها التنفيذ بحسبان أن الحكم الوطني يحتوي قرينة الصحة وقرينة الحقيقة لما تضمنه ويكون من ثم حاسما في تجسيده للعدالة في دولة القاضي، ويكون الاعتراف بما يناقض ذلك مساسا بالنظام العام في دولة التنفيذ، ولذا يتعين على دولة القاضي في سبيل المحافظة على أحكامها أن ترفض تنفيذ الأحكام المخالفة لها حفاظا على سيادتها على إقليمها.

(1)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 249.

هذا وقد تساؤل الفقه عن الحالة التي لا يكون فيها هناك حكم صادر عن القضاء الوطني وإنما فقط دعوى مقامة أمام هذا القضاء، فهل هذا كاف للقول بوجود تعارض وبالتالي رفض التنفيذ؟.

اختلفت الإجابة بشأن هذا التساؤل، فيرى البعض ضرورة إهدار الحكم الأجنبي حتى ولو لم يكن هناك حكم قد صدر من المحاكم الوطنية متى كانت الدعوى المتعلقة بذات النزاع مرفوعة بالفعل وما تزال قيد النظر أمام المحاكم الوطنية⁽¹⁾.

غير أن هذا القول فيه مجافاة لمنطق الأمور إذ ينطوي من جانب على تكرار للإجراءات لا مبرر له خاصة وأن الحكم الأجنبي لا يتم تنفيذه إلا بعد التأكد من توافر شروط معينة تضمن جديته ونزاهته وتحقيقه للعدالة بين الخصوم، ضف إلى ذلك أنه سيفتح الباب للتحايل، لأنه سرعان ما سيبادر الخصم سيء النية الذي صدر الحكم ضده برفع دعوى أمام المحاكم الوطنية حتى يعرقل سير خصومة التنفيذ في الدولة المطلوب منها التنفيذ، ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بمصالح الأفراد الخاصة على مستوى العلاقات الدولية⁽²⁾.

الملاحظ أن هذه الانتقادات لم تغب عن بعض أحكام القضاء الفرنسي التي قررت أن من الأحسن في هذه الحالة تعليق الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ لحين الفصل في الإجراءات المنظورة أمام القضاء الوطني. وهذا القول لا يمكن إعماله، لأنه بدوره لا يخلو من العيوب، فهو من ناحية ينطوي على تكرار في الإجراءات، ثم ما هي الفائدة المرجوة في هذه المرحلة من تعليق خصومة التنفيذ ما دامت الإجراءات المعروضة أمام القضاء الوطني ستصل إلى نهايتها أي بإصدار حكم فيها، وإذا كانت هذه هي نهاية المطاف فإن الحال لن يخرج عن واحد من فرضين، أن يكون الحكم الوطني مطابقا فيما قضى به للحكم الأجنبي، أو أن يكون مخالفا له، وفي الحالتين لا عبرة بالحكم الأجنبي وإنما العبرة بالحكم الوطني⁽³⁾.

(1) - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 426.

(2) - مرجع نفسه، ص 426.

(3) - Cour de Paris, 27 juin 1964, R.C.D.I.P., 1965, p 366.

على النقيض مما تقدم يرى فريق آخر من الفقهاء أن مجرد وجود دعوى قائمة أمام دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ في ذات الموضوع لا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي⁽¹⁾.

أما في الجزائر فيبدو ولوضوح النص، أن الأمر لا يستدعي الجدل والاختلاف، فالفقرة الثالثة من المادة 605 ق.إ.م.إ استعملت عبارة "الأمر أو الحكم أو القرار"، ووفقا لما هو مقرر في قواعد الإجراءات المدنية والإدارية وجود دعوى مرفوعة وإجراءات متبعة لم يتم الفصل فيها، لا هي بأمر ولا حكم ولا هي بقرار، فكيف يمكن القول بعد هذا أنه يمكن أن تشكل دعوى مرفوعة في نفس الموضوع لم يتم الفصل فيها سببا لرفض التنفيذ⁽²⁾.

لوضوح النص أيضا لن نتساءل هنا عما إذا كان يشترط أن يكون الحكم الصادر من قبل القضاء الجزائري سابقا للحكم المراد تنفيذه أو لا، ذلك أنه وفقا لنصوص القانون الجزائري يجب أن يكون الحكم الصادر عن القضاء الجزائري سابقا عن الحكم المطلوب تنفيذه حتى يمكن التكلم عن وجود تعارض بين الحكمين⁽³⁾. إذن، وجود تعارض بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني يعتبر سببا آخرًا لإمكانية رفض التنفيذ، لكن من يثير هنا مسألة التعارض؟.

مبدئيًا يجب أن يكون القاضي، إذ هو من يتولى مهمة التأكد من توفر الحكم الأجنبي للشروط الضرورية، وهو يفعل ذلك من تلقاء نفسه ولا ينتظر أن يثير ذلك أحد الخصوم، ولكن يبدو أن الأمر لا يتم بهذه الطريقة، ذلك أن المشرع الجزائري يضيف في الفقرة الثالثة من المادة 605 ق.إ.م.إ عبارة تفيد وجوب أن "يثير المدعى عليه مسألة وجود التعارض" وهي عبارة لا وجود لها في بقية الشروط الأخرى مما يعني أنه ليس للقاضي الجزائري أن يتأكد من تلقاء نفسه

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 426. انظر أيضا: بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 14.

(2) -ناشف فريد، تذييل الحكم الأجنبي أو امهاره بالصيغة التنفيذية، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، أشغال ندوة دولية بتاريخ 09 و 10 أبريل 2010، ص ص 309 و 310.

(3) -يرى بعض الشراح الفرنسيين بأن وجود حكم صادر عن القضاء الوطني ومتعارض مع الحكم الأجنبي كاف لرفض التنفيذ بغض النظر عن تاريخ صدور الحكمين. انظر: بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 14.

أن الحكم الأجنبي هو متعارض أم لا مع الحكم الوطني، وليس له أن يقضي بالرفض حتى ولو كان عالما بوجود هذا التعارض، وإنما عليه أن ينتظر أن يثير المدعى عليه مثل هذا الدفع⁽¹⁾.

غير أن هذه النتيجة قد تؤدي إلى إمكانية تنفيذ حكم أجنبي يتعارض تماما مع حكم وطني فقط لأن المدعى عليه لم يثر ذلك، ولا نعلم سبب وضع المشرع الجزائري لمثل هذا القيد الذي لا وجود له في قوانين الدول الأخرى كالقانون المصري حيث لا تجيز المادة 4/298 من قانون المرافعات المصري الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن "الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية" دون اشتراط أن يثير المدعى عليه هذا التعارض.

وعليه فالنتيجة المتوصل إليها في الفقرة الثالثة من المادة 605 ق.إ.م.إ يمكن تجنبها عن طريق إعمال الشرط الرابع وهو عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، إذ لا مجال للشك في أن رفض تنفيذ حكم أجنبي لتناقضه مع حكم آخر وطني ما هو في الحقيقة سوى تطبيق لفكرة النظام العام التي ترفض الاعتراف بما يتعارض مع قرينة الصحة والحقيقة التي يتضمنها الحكم الوطني، كما أن السيادة التي باسمها صدر هذا الحكم تفترض التضحية بالحكم الأجنبي وتغليب الحكم الوطني⁽²⁾.

رابعا: عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر

يصف فقه القانون الدولي الخاص النظام العام كصمام أمان ضروري لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع، فدور النظام العام في مجال تنازع القوانين هو استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، وهو رفض تنفيذ الحكم في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽³⁾. وبذلك قضت الفقرة الرابعة من المادة 605 ق.إ.م.إ.

(1) -بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص ص 13 و 14.

(2) -مرجع نفسه، ص 14.

(3) -AUDIT Bernard, droit international privé, 4^{ème} éd, Economica, Paris, 2006, p 385.

يقسم الفقه والقضاء في فرنسا النظام العام إلى نوعين، نظام عام من حيث الموضوع ونظام عام من حيث الإجراءات، وعلى الحكم الأجنبي أن يحترم النوعين معا حتى يمكن تنفيذه، هذا التقسيم أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم BACHIR حيث بعد أن كانت شروط التنفيذ خمسة تم إلغاء شرط التأكد من سلامة الإجراءات المتبعة في الخارج، حيث قررت هذه المحكمة أنه: "إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط، واحترام حقوق الدفاع"⁽¹⁾.

مثل هذا التقسيم كان على المشرع الجزائري الأخذ به خاصة وأن المادة 605 ق.إ.م.إ لم تتكلم عن وجوب أن يتأكد القاضي من سلامة الإجراءات المتبعة وصحتها كشرط للأمر بالتنفيذ بخلاف بعض القوانين كالقانون المصري الذي قضى في المادة 2/298 قانون مدني مصري بوجوب التحقق من أن "الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا"، وكذلك المشرع الأردني الذي أجاز في البند (ج) من المادة 07 للمحكمة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ رفض الطلب" إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضائها، وتشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيها"، وكذلك المشرع التونسي الذي تبنى نفس النهج وإن كان يستعمل عبارات أعم وأشمل حيث تقضي المادة 3/11 قانون دولي خاص برفض التنفيذ إذا ظهر أن الحكم الأجنبي صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.

إذن، على قاضي التنفيذ الجزائري أن يتأكد من أن الحكم الأجنبي لا يخالف النظام العام في الجزائر من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات مهتديا في ذلك بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في دولته ويمتنع عن تنفيذ كل حكم من شأنه المساس بهذه الأسس، كما عليه

(1) - « si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport a l'ordre public français et au respect des droits de la défense ». Précité.

أن يتمتع أيضا عن تنفيذ كل حكم تجاهل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع كالتمثيل الصحيح وإعطاء مهلة كافية وضرورية لتحضير الدفاع⁽¹⁾.

وأثر التعارض مع النظام العام والآداب العامة هو رفض تنفيذ الحكم كليا، على أنه إذا كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية الأمر بالتنفيذ الجزئي، بحيث يتم الأمر فقط بتنفيذ الجزئية التي لا تتعارض مع النظام العام ورفض المسائل الأخرى التي تتضمن تعارضا مع هذا الأخير، على أن الفقه وإن كان يسلم بهذا الحل فهو بالمقابل حل يجب أن يستوفي شرطا أساسيا وهو وجوب أن تكون المسائل التي فصل فيها الحكم قابلة للتجزئة بحيث يمكن الفصل بينها، فإذا لم يتحقق ذلك توجب رفض الحكم كلية⁽²⁾.

أقر القضاء الجزائري هذا المعنى فقد رفضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 09 ماي 1990 الطعن ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل في 03 جانفي 1986 الذي قضى بالمصادقة على الحكم المستأنف فيه الذي منح بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم قضائي فرنسي قصد تنفيذه بالجزائر، حيث أقرت مايلي⁽³⁾: "... من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية دون الإخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه".

(1)-بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص ص 15 و 16.

(2)-مرجع نفسه، ص 16. انظر أيضا: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 250. رابح محمد، مرجع سابق، ص 33.

(3)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 58890، الصادر في 09 ماي 1990، المجلة القضائية، 1992، ع 02، ص 20.

الفرع الثاني

الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم دول

ترتبط معها الجزائر باتفاقية دولية

في حالة وجود اتفاقية بين الجزائر والدولة التي صدر الحكم فيها تتعلق بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي وتتضمن أحكاما لتنفيذ الأحكام الأجنبية للدولتين فتكون أولى بالتطبيق. وهذا عملا بنص المادة 608 ق.إ.م.إ التي تقضي بمايلي: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول"، وهذا يتفق مع المبدأ الدستوري الذي يجعل المعاهدات تسمو على القانون الداخلي عملا بنص المادة 150 من الدستور الجزائري التي نصت على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

على ذلك تجدر الإشارة أنه عندما يعرض على القاضي الجزائري طلب تنفيذ حكم أجنبي يجب عليه مسبقا التأكد من وجود اتفاقية أو عدم وجودها، وقد أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف تخص التعاون القضائي والقانوني أهمها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي واتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي اللتان تشكلان قانونا جماعيا أولى بالتطبيق في حالة التعارض مع الاتفاقيات الثنائية الأخرى في نفس الموضوع⁽¹⁾.

باستقراء الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر مع الدول العربية أو الغربية، فإنه يجب لتنفيذ الحكم الأجنبي في إحدى الدول الأطراف المتعاقدة فيها مجموعة من الشروط، إلا أن هذه الشروط تختلف من اتفاقية لأخرى، ولو أن المبادئ الأساسية التي يجب مراعاتها موحدة غالبا وواردة فيها جميعا، وتتمثل هذه الشروط في صدور الحكم الأجنبي عن هيئة قضائية مختصة (أولا)، عدم صدور حكم مسبق بشأن نفس النزاع أو وجود دعوى قائمة (ثانيا)، حيازة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به (ثالثا)، صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم

(1)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 253.

الأجنبي(رابعاً)، عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في الدولة المطلوب منها التنفيذ(خامساً).

أولاً: صدور الحكم عن هيئة قضائية مختصة

نصت معظم الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر على ضرورة أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً من محكمة مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، لكن السؤال المطروح هنا حسب أي قانون يتحدد مدى اختصاص المحكمة المصدرة للحكم المطلوب تنفيذه؟.

اختلفت الاتفاقيات بشأن الإجابة عن هذا التساؤل، فمنها من جعلت تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية يتم وفقاً لقانون الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه⁽¹⁾. وهذا ما تضمنته الاتفاقية الجزائرية الكويتية في المادة 19/أ التي نصت على: "أن يصدر الحكم أو القرار من جهة قضائية وفقاً لقانون الدولة صاحبة الطلب"⁽²⁾. ومنها من أسندت الاختصاص لقانون الدولة التي سوف يتم التنفيذ أمامها. وهذا ما تضمنته الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة

(1) - ما أكدت عليه المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقع في نيامي يوم 12 أبريل 1984، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 85-77 المؤرخ في 23 أبريل 1985، ج ر ع 18 لسنة 1985، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الليبية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقع في بنغازي يوم 08 جويلية 1994، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-367 المؤرخ في 12 نوفمبر 1995، ج ر ع 69 لسنة 1995، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية السورية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقع في دمشق يوم 27 أبريل 1981، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-130 المؤرخ في 19 فيفري 1983، ج ر ع 08 لسنة 1983، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية اليمنية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقع في الجزائر يوم 03 فيفري 2002، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-141 المؤرخ في 17 مارس 2003، ج ر ع 19 لسنة 2003، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية المالية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقع في بماكو يوم 28 جانفي 1983، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-399 المؤرخ في 18 فيفري 1983، ج ر ع 26 لسنة 1983، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي، الموقع في نواكشوط يوم 03 ديسمبر 1969، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 70-04 المؤرخ في 15 جانفي 1970، ج ر ع 14 لسنة 1970.

(2) - مرسوم رئاسي رقم 02-102 مؤرخ في 06 مارس 2002، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الكويتية، المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي، الموقع عليها في 30 أوت 1990، ج ر ع 18 لسنة 2002.

01/ التي نصت على: "أن يصدر القرار من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها"⁽¹⁾.

أما الاتفاقية الجزائرية السورية فقد نصت في المادة 17 على أنه يرفض تنفيذ الحكم إذا كانت المحكمة التي أصدرته غير مختصة وفقا لقوانينها أو كون المنازعة من اختصاص الدولة المطلوب منها التنفيذ دون سواها⁽²⁾.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، فقد نصت في المادة 05 على أن: "الجهة القضائية المختصة هي الجهة التي يوجد في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتبارها مكان الحياة العائلية المشتركة"، وهي بذلك تختلف عن القاعدة بخصوص ذات الشرط عن الاتفاقية الأولى المبرمة بين نفس البلدين حول تنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، إذ تقضي المادة الأولى منها بأن يصدر الحكم عن محكمة مختصة طبقا لقواعد الاختصاص في الدولة المطلوب منها التنفيذ، وهذا عكس الاتفاقية الخاصة بالزواج المختلط التي تضمنت قاعدة اختصاص موحدة بين البلدين، وحسب هذه الأخيرة فإن الحكم الذي لا يراعي قواعد الاختصاص المحلي فإنه لا يجوز تنفيذه⁽³⁾.

(1)-قضت بهذا المعنى المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15 ديسمبر 2011 حيث جاء فيه مايلي: "يتبين بأن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى رفض دعوى المدعين الرامية إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للأمر الاستعجالي الأجنبي فإنهم لم يخالفوا الاتفاقية الدولية خاصة المادتين 01 و04 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1965 لأنه تبين لهم بأن الحكم الاستعجالي الأجنبي يتناقض مع القانون الجزائري على أساس أن التشريع الجزائري يحدد الاختصاص النوعي في القضايا الاستعجالية لقاضي الأمور الاستعجالية، ولا يجوز لهذا الأخير أن يفصل في أصل الحق في حين أن الأمر الاستعجالي الأجنبي الصادر عن محكمة سان إيتيان بتاريخ 1995/04/05 وقد فصل في أصل الحق وهذا ما يجعله يتعارض مع النظام العام في الجزائر باعتبار أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام". ومن ثم، فإن قضاة الموضوع لما رفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لم يخرقوا أي مادة في القانون، كما أنهم لم يتجاوزوا سلطتهم يتعين معه رفض الوجهين لعدم تأسيسهما". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 697414، الصادر في 15 ديسمبر 2011، مجلة المحكمة العليا، 2012، ع 01، ص 144.

(2)-نصت المادة 17/ من الاتفاقية الجزائرية السورية على أن: "... -إذا كانت الجهة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بسبب عدم ولايتها وفقا لقوانينها أو لسبب كون المنازعة التي صدر فيها الحكم معتبرة في الدولة المطلوب منها التنفيذ من اختصاص محاكمها دون سواها".

(3)-قضت بهذا المعنى المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 جانفي 1992 حيث جاء فيه مايلي: "من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي، ومن المقرر أيضا =

أما اتفاقيتي الرياض للتعاون القضائي واتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي فقد اشترطتا وجوب صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في الدولة المطلوب منها الاعتراف أو تنفيذ الحكم الأجنبي أو مختصة بمقتضى الأحكام المقررة في الاتفاقية⁽¹⁾.

وعليه، يتعين على قاضي الدولة المطلوب منها التنفيذ الرجوع إلى ما يقرره قانونه لفحص شروط الاختصاص القضائي الدولي، فإذا تبين له أن المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة بحسب ما تقرره قواعد الاختصاص في قانونه قضى بتوافر الشرط أما إذا تبين له أنها غير مختصة وجب عليه الرجوع إلى قواعد الاختصاص الموضوعية التي حددتها الاتفاقية صراحة.

ميزت الاتفاقيتين بين نوعين من الاختصاص، الاختصاص الوجوبي والاختصاص الاختياري، حيث تضمنت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي حالات الاختصاص الوجوبي في المادتين 26 و 27 منها كالتالي:

=أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج، ومن المقرر أيضا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبت إقامتهما وأصبح لهما مقرا للزوجية، فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، الصادر في 02 جانفي 1992، المجلة القضائية، 1993، ع 03، ص 91.

(1) - ما أكدته المادة 25/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، التي نصت على أنه: "... وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب، وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمه أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم". وكذا المادة 37/أ من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي التي نصت على أنه: "... أن يكون الحكم صادرا عن هيئة قضائية مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر لدى الأطراف المتعاقدة المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام الباب السابق".

- مسائل الحالة والأهلية ينعقد الاختصاص فيها لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وقت رفع الدعوى (المادة 26 من الاتفاقية)⁽¹⁾.
- مسألة العقار ينعقد الاختصاص فيها لمحاكم الدولة التي يقع في إقليمها العقار (المادة 27 من الاتفاقية)⁽²⁾.
- أما حالات الاختصاص الجوازي فينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم حسب المادة 28 منها والسابقة الذكر في الحالات التالية:
- إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.
- إذا كان للمدعى عليه وقت النظر في 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 المحل أو الفرع.
- إذا كان الالتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ، أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعى والمدعى عليه.
- في حالات المسؤولية غير التعاقدية، إذا كان الفعل الموجب للمسؤولية قد وقع في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.
- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد، سواء عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق.

(1)- نصت المادة 26 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي على أنه: "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية إذا كان النزاع يدور حول هذا الشخص أو حالته الشخصية".

(2)- نصت المادة 27 من نفس الاتفاقية على أنه: "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به".

- إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

- إذا تعلق الأمر بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي بموجب نص هذه المادة.

أما بالنسبة لاتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي فقد حددت هي الأخرى حالات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي إلزاميا لمحاكم إحدى الأطراف المتعاقدة دون سواها في المادة 33 منها كالتالي:

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.

من جهة أخرى، نصت المادة 34 من نفس الاتفاقية على أنه في غير حالات الاختصاص

السابقة فإن محاكم الدول الأطراف المتعاقدة تكون مختصة في الحالات التالية:

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

ويقصد بالموطن بالنسبة للشخص الطبيعي محل إقامته المعتادة أو محل نشاطه فيما

يخص الدعوى 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 تعلق الدعوى

باستغلال هذا المركز أو الفرع وتم استدعاؤه به.

ب- إذا كان الالتزام التعاقدى 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 أكان 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".

أما المادة 36 من نفس الاتفاقية، فقد عالجت مشكل تنازع الاختصاص إذا ما رفعت عدة دعاوى متحدة في الأشخاص والموضوع والسبب أمام عدة محاكم مختصة طبقاً لهذه الاتفاقية، فأسندت الاختصاص إلى محاكم الدولة التي رفعت إليها الدعوى أولاً ولكن دون الإخلال بحالات الاختصاص الإلزامي المقررة في المادة 33 من الاتفاقية⁽¹⁾.

كما أن المادة 35 منها تعرضت لكيفية الدفع بعدم الاختصاص، بحيث يتعين على محاكم كل الدول الأطراف في الاتفاقية التصريح تلقائياً بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المرفوعة أمامها بصفة أصلية متى كانت تدخل ضمن الاختصاصات الإلزامية لدول أخرى المنصوص عليها في المادة 33 الفقرات أ، ب، ج، أو أن المدعى عليه حضر وتمسك بعدم الاختصاص أو

(1)- نصت المادة 36 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي على أنه: "إذا رفعت دعاوى متحدة في الأشخاص والموضوع والسبب أمام عدة محاكم مختصة طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية انعقد الاختصاص للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً وذلك دون الإخلال بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 33 من هذه الاتفاقية".

لم يحضر وهذا في الحالات المنصوص عليها في الفقرات أ، ب، ج من المادة 34 من نفس الاتفاقية⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه هنا، أن تطبيق قواعد الاختصاص القضائي المشتركة المتفق عليها في اتفاقية الرياض للتعاون القضائي مقيدة بعدم احتفاظ الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ لمحاكمه أو لمحكمة أخرى دون غيرها بالاختصاص وهذا ما أكدته المادة 25/ب بنصها على أن: "...وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمه أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم"، فبعدما نصت الاتفاقية على الحلول التي تسهل تنفيذ الأحكام الصادرة عن الدول المتعاقدة عادت وقيدت ذلك بوضع شرط نفس هذه الحلول في المادة المذكورة أعلاه، والتي تعطي الحق لأي طرف متعاقد رفض تنفيذ الحكم الصادر من دولة عضو إذا كان النظام القانوني لهذا الطرف يحتفظ لمحاكمه بالاختصاص لحسم النزاع الصادر بشأنه الحكم أو لمحاكم دولة متعاقدة أخرى دون غيرها بإصدار الحكم في هذا النزاع.

مما سبق، يتبين أنه إذا توافقت قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الاتفاقية مع قواعد الاختصاص للدولة المطلوب إليها التنفيذ فإن الحكم سيقبل التنفيذ، أما في حال الاختلاف بينهما فيمكن للدولة المطلوب إليها التنفيذ أن ترفضه إذا كانت مختصة وفقا لنظامها القانوني، فهذا النص يهدر فاعلية الاتفاقية ويجعل الحلول التي كرسنها الاتفاقية عديمة الفائدة ورهينة بحسن نية الأطراف المتعاقدة، وهذا عكس اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي التي لم تتضمن مثل هذا القيد الذي يعرقل تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽²⁾.

(1)- نصت المادة 35 من نفس الاتفاقية على أنه: "يجب على محاكم كل طرف متعاقد التصريح تلقائيا بعدم الاختصاص بالنظر في الدعاوى المرفوعة إليها بصفة أصلية: أ- إذا كان موضوعها قد اختصت به محاكم طرف متعاقد آخر دون سواها وفقا للمادة 33. ب- إذا لم يحضر المدعى عليه أو حضر وتمسك بعدم الاختصاص وذلك في الحالات المبينة بالفقرات أ.ب.ج من المادة 34."

(2)- محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 376.

أما الاتفاقيات الثنائية لاسيما الاتفاقية الجزائرية الايطالية⁽¹⁾، والاتفاقية الجزائرية الاسبانية⁽²⁾، فقد حددت هي الأخرى حالات الاختصاص التي تكون فيها محكمة الدولة التي أصدرت الحكم مختصة وهي:

- اختصاص محاكم الدولة موطن المدعى عليه أو إقامته وقت نظر الدعوى في تلك الدولة.
- اختصاص محاكم الدولة مكان ممارسة النشاط التجاري إذا رفعت قضية ضد المدعى عليه تخص هذا النشاط.
- اختصاص محاكم الطرف المتعاقد في حالة قبول المدعى عليه صراحة الخضوع لاختصاصها مادام قانونها يسمح بذلك.
- اختصاص محاكم الدولة في حالة تقديم المدعى عليه دفوعه ولم يتمسك بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.
- اختصاص محاكم الدولة التي تم فيها تنفيذ الالتزام التعاقدى أو سينفذ فيها.
- اختصاص محاكم الدولة التي وقع فيها الفعل المتسبب في الضرر.
- اختصاص محاكم دولة موطن أو إقامة المدين بالنفقة، في مسألة الإرث إذا كان المتوفي عند وفاته سواء من رعاياها أو كان موطنه الأخير عند هذا البلد.
- اختصاص محاكم الدولة التي يوجد فيها الأموال بشأن الحقوق العينية الواردة على الأموال.

أما بالنسبة للاختصاص التشريعي، فإن معظم الاتفاقيات لم تتطرق إلى هذا الشرط، غير أن البعض منها نصت على أنه في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم يمكن رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم الصادر من جهة قضائية طبقت قانونا غير القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد

(1)-مرسوم رئاسي رقم 05-72 مؤرخ في 13 فيفري 2005، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الايطالية، المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري، الموقعة في الجزائر يوم 22 جويلية 2003، ج ر ع 13 لسنة 2005.

(2)-مرسوم رئاسي رقم 06-64 مؤرخ في 11 فيفري 2006، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الإسبانية، المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري، الموقعة في مدريد يوم 24 فيفري 2005، ج ر ع 08 لسنة 2006.

القانون الدولي الخاص للدولة المطلوب منها التنفيذ ما لم يكن هذا الحكم توصل إلى نفس النتيجة عند تطبيق هذه القواعد⁽¹⁾.

أما إذا تعين تطبيق قانون الطرف المتعاقد المطلوب فيه التنفيذ ولم يتم تطبيقه أو إذا كان القانون المطبق يختلف عن هذا القانون، فإن هذا الحكم لا يقبل تنفيذه، وهو ما تضمنته الاتفاقية الجزائرية البولونية⁽²⁾ في المادة 29/ز التي نصت على أنه: "وفي حالة ما إذا تعين تطبيق قوانين الطرف المتعاقد الذي يجب اعتبار أو تنفيذ القرار في إقليمه حسب القوانين الخاصة به فإن القرار لا يعتبر ولا ينفذ إلا:

1- إذا طبقت هذه القوانين فعلا.

2- أو إذا لم تختلف أساسيا القوانين المطبقة الخاصة بالطرف المتعاقد الآخر عن هذه القوانين".

ثانيا: ألا يكون قد سبق وصدّر حكم بشأن نفس النزاع أو وجود دعوى قائمة

نصت على هذا الشرط جل الاتفاقيات، وقد حددت هذه الأخيرة حالات التعارض إلا أن هناك اختلاف فيما بينها فيما يخص هذه الحالات، فهي لم تكن موحدة فيها، فمنها من اكتفت بالتعارض مع حكم وطني فقط، ومنها من أضافت إلى جانب وجود حكم وطني سابق وجود دعوى قائمة، ومنها ما نصت على الحالتين معا.

إن التعارض مع الحكم الصادر من الجهات القضائية الوطنية لا يتحقق إلا إذا كان النزاع الصادر بشأنه الحكم المطلوب تنفيذه محلا لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات النزاع محلا وسببا وحائزا لقوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه

(1)- ما تبنته المادة 16/ي من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية التي نصت على أنه: "في مادة حالة الأشخاص وأهليتهم يمكن رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم أو قرار صادر من جهة قضائية طبقت قانونا مخالفا للقانون الواجب تطبيقه وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص للدولة المطلوب منها، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار قد توصل إلى نفس النتيجة عند تطبيق هذه القواعد".

(2)- مرسوم رئاسي رقم 80-206 مؤرخ في 06 سبتمبر 1980، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية البولونية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني في المجال المدني والتجاري، الموقعة في الجزائر يوم 29 نوفمبر 1976، ج ر ع 37 لسنة 1980.

الاعتراف أو التنفيذ⁽¹⁾. فلا تعارض إذا كان يختلف معه في أحد العناصر، بل وأضافت بعض الاتفاقيات إلى حالة تعارض الحكم المطلوب تنفيذه مع حكم وطني سابق حالة تعارضه مع حكم سابق صادر من طرف متعاقد ثالث ومعترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب منه الاعتراف⁽²⁾.

وللمحكمة أيضا رفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المراد تنفيذه محلا لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم ذلك الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا، وكانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم، بمعنى قبل عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه⁽³⁾.

(1) ما تبنته المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية اليمنية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقع عليها في 31 مارس 1982، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-453 المؤرخ في 23 جويلية 1983، ج ر ع 31 لسنة 1983، المادة 01 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في بوخارست يوم 28 جويلية 1979، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 84-178 المؤرخ في 28 جويلية 1984، ج ر ع 31 لسنة 1984.

(2) وهو ما تبنته المادة 37/هـ من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي التي نصت على أنه: "...ألا يكون الحكم مخالفا لحكم صادر بين نفس الخصوم في ذات الحق محلا وسببا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ببلد الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ". والمادة 30/د من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي التي نصت على أنه: "إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا وحائزا قوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو لدى طرف متعاقد ثالث، ومعترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف".

(3) ما تبنته المادة 30 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة 15 من الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية، المادة 30 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية الموقعة في الجزائر يوم 02 ديسمبر 1972، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 73-57 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، ج ر ع 101 لسنة 1973، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية السورية، المادة 30 من الاتفاقية الجزائرية البلغارية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 77-191 المؤرخ في 24 ديسمبر 1977، ج ر ع 01 لسنة 1977، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في الجزائر يوم =

هناك من الاتفاقيات من اكتفت بوجود حكم وطني حائز لقوة الأمر المقضي به دون أن تشترط عدم وجود دعوى مرفوعة أمام قضاء إحدى الدولتين لتنفيذ الحكم القضائي الصادر عن محاكم الدول الأخرى، مما يعني أنه في حالة ما إذا كانت الدعوى قد رفعت فإن هذا لا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي⁽¹⁾.

مما سبق، يتعين على القاضي الوطني قبل منحه الصيغة التنفيذية التأكد إذا كان الحكم الأجنبي لا يتعارض مع حكم وطني سبق صدوره في الإقليم الوطني حائز لقوة الأمر المقضي به أو كان موضوع هذا الحكم الأجنبي محلا لدعوى مرفوعة سابقا أمام المحاكم الجزائرية، وفي هذه الحالة فإن على القاضي رفض منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم لتعارضه مع الحكم الوطني، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2009، حيث جاء فيه مايلي⁽²⁾: "... فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي المذكور، بالرغم من تناقضه مع الحكم والقرار الجزائريين، يكونون قد خالفوا المادة الأولى الفقرة "د" من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها بالأمر رقم 194/65 المؤرخ في 29 جويلية 1965، وعليه فإن الوجه المثار من قبل الطاعن في هذا الشأن، يعد مؤسسا ويتعين استنادا إليه القضاء بنقض القرار المطعون فيه".

ما تجدر الإشارة إليه في الأخير، أن الدفع بوجود التعارض من النظام العام يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها والتمسك به في أي مرحلة تكون عليها دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي، فهو

=25 جوان 2001، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-139 المؤرخ في 25 مارس 2003، ج ر ع 22 لسنة 2003، المادة 29 من الاتفاقية الجزائرية المجرية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، الموقعة في الجزائر يوم 07 فيفري 1976، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 84-25 المؤرخ في 11 فيفري 1984، ج ر ع 07، لسنة 1984، المادة 16 من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية، المادة 29 من الاتفاقية الجزائرية البولونية، المادة 15 من الاتفاقية الجزائرية الايطالية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الليبية.

(1) - ما تبنته المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 4/19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 4/1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 2/20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية.

(2) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 509000، الصادر في 16 سبتمبر 2009، المجلة القضائية، 2010، ع 01، ص

غير مرتبط بالمدعى عليه، وهذا عكس ما تبنته المادة 605 ق.إ.م.إ والتي جعلت هذا الشرط مرتبطاً بالمصلحة الخاصة للمدعى عليه.

ثالثاً: حيابة الحكم لقوة الشيء المقضي به

إن منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يرمي إلى جعل هذا الأخير قابلاً للتنفيذ في التراب الوطني، وعليه كان يجب أن يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ في الدولة التي صدر فيها، وهذا ما تم تكريسه في جل الاتفاقيات التي نصت على أن يكون الحكم بمقتضى قانون الدولة التي صدر فيها قد حاز قوة الشيء المقضي به وأصبح قابلاً للتنفيذ⁽¹⁾.

يثبت هذا الشرط استنفاد الحكم لكل طرق الطعن بحيث أصبح صالحاً للتنفيذ، وهذا ما أكدت عليه المادة 31 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بنصها على أن: "يكون الحكم الصادر من محاكم أحد الأطراف المتعاقدة والمعترف به من الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية، قابلاً للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد الآخر متى كان قابلاً للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابعة له المحكمة التي أصدرته"، كما أكدت المادة 37/ج من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي على أن: "... أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الأمر المقضي به وأصبح قابلاً للتنفيذ بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه"⁽²⁾.

هناك من الاتفاقيات من أضافت على التأكيد على عدم تنفيذ القرارات القابلة للتنفيذ حسب الاتفاقية حتى تبلغ قوة الأمر المقضي به بعدما نصت عليه كشرط من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية، كالمادة 34 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية التي نصت على أنه: "... تنفذ القرارات القضائية المقيدة في المادة 29 من هذه الاتفاقية إن بلغت قوة الأمر المقضي به وأصبحت نافذة بعد أن تكون هذه الاتفاقية سارية المفعول".

(1) - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 55.

(2) - ما تبنته أيضاً المادة 3/1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية، المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المادة 30 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المادة 28 من الاتفاقية الجزائرية البولونية.

إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه موضوع طعن غير عادي فإنه يرفض منحه الصيغة التنفيذية، وهذا ما أكدت عليه المادة 40 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بنصها على أنه: "... ولا يصدر الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه موضوع طعن غير عادي"، وهو نفس الحكم الوارد في المادة 2/23 من الاتفاقية الجزائرية المغربية⁽¹⁾. والمادة 2/22 من الاتفاقية الجزائرية التونسية⁽²⁾. إلا أن بعض الاتفاقيات أوردت استثناء على هذا الشرط مفاده جواز تنفيذ الحكم المتضمن موضوعه تدابير تحفظية أو وقتية حتى ولو كان قابلا للمعارضة أو الاستئناف بشرط أن يكون قابلا للتنفيذ⁽³⁾.

ما تجدر الإشارة إليه هنا، أن هناك بعض الاتفاقيات من استثنت تنفيذ الأحكام التحفظية أو الوقتية، وهو ما نجده في المادة 38/ج من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بنصها على أنه: "لا تسري القواعد المقررة في هذا الباب على مايلي: الأحكام الوقتية والتحفظية"، والمادة 19/ز من الاتفاقية الجزائرية الأردنية بنصها على أنه: "لا يجوز للسلطة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في أساس الدعوى ولا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية: ...-إذا كان الحكم صادرا في قضايا الإفلاس أو يتضمن إجراء وقتيا أو تحفظيا"، والمادة 2/16-ج من الاتفاقية الجزائرية الإسبانية بنصها على أنه: "لا تسري هذه المادة على الأحكام والقرارات الصادرة في المواد: ...-التدابير التحفظية والمؤقتة باستثناء تلك المتعلقة بالنفقة".

(1)-نصت المادة 2/23 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه: "... ولا يمكن منح أمر التنفيذ المطلوب، إذا كان الحكم موضوع طعن غير عادي".

(2)-نصت المادة 2/22 من الاتفاقية الجزائرية التونسية على أنه: "... ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم أو الأمر قد طعن فيه بإحدى طرق الطعن غير العادية".

(3)-ما تبنته المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الكوبية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الليبية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التركية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في الجزائر يوم 14 ماي 1989، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-370 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000، ج ر ع 69 لسنة 2000.

رابعاً: صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم

نصت على هذا الشرط جل الاتفاقيات، وفي هذه الحالة يكون رفض تنفيذ الحكم الأجنبي نابعا من الإجراءات التي اتبعت في إصداره، ويستهدف هذا الشرط كفالة حقوق الدفاع، ويتعلق الأمر هنا بمراقبة مدى احترام إجراءات التقاضي المتبعة أمام الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم، فيتعين أن يكون المدعى عليه قد تم إعلانه بالدعوى إعلانا صحيحا، وأن يكون كل خصم قد كلف بالحضور في الميعاد القانوني وتم تمكينه من إبداء دفوعه، وأن يكون الخصوم قد مثلوا تمثيلا صحيحا فإذا كان بينهم قاصرا أو عديم الأهلية وجب أن يمثله ممثله القانوني في الدعوى وينوب عنه قانونا⁽¹⁾.

إذا كان ميعاد التكليف بالحضور لم تراخ فيه المواعيد القانونية اللازمة ولم تقم المحكمة بإعطاء المدد المطلوبة للحضور أمامها بعد التبليغ وترتب على ذلك عدم تمكين الخصم من إبداء دفوعه أو كانت إجراءات الخصومة قد اتخذت في مواجهة القاصر نفسه دون ممثله فإن هذا يحول دون منح هذا الحكم الصيغة التنفيذية.

وعليه، يتعين على القاضي قبل منحه الصيغة التنفيذية التأكد من صحة الإجراءات المتبعة لإصدار الحكم من خلال الشهادات التي يتولى طالب التنفيذ تقديمها في الدعوى، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 جوان 2009 حيث جاء فيه مايلي⁽²⁾: "حيث أن قضاة المجلس بإهمالهم التحقيق في هذه الدفوع بمعاينة مدى صحة إجراءات تكليف الطاعن بالحضور بجلسة الدعوى الصادر حولها الأمر الاستعجالي المطالب امهاره بالصيغة التنفيذية وكذا مدى صحة محضر التبليغ المعتمد عليه في إعداد شهادة عدم الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف قد أغفلوا تطبيق الإجراءات المقررة بالمادتين 4 فقرة 1 و 6 فقرة 4 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المصادق عليها بالأمر 194/65 وبذلك أفقدوا قرارهم

(1)- ما تبنته المادة 37/ب من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، المادة 15/ب من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية،

المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التركية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية.

(2)- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 482270، الصادر في 17 جوان 2009، المجلة القضائية، 2010، ع 02، ص 141.

الأساس القانوني، مما يستوجب دون حاجة لمناقشة الوجه الأول نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

في حالة ما إذا كان الحكم غيابيا يجب إعلان المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه، حيث يجب أن يكون الحكم قد صدر بناء على إجراءات ليس فيها انتقاص من حقوق الدفاع، فيتعين أن تكون جميع الطلبات التي صدر فيها الحكم قد أدلى بها في مواجهة المحكوم عليه بها، وأن تكون المحكمة قد مكنت كل خصم من إبداء دفعه ومن الاطلاع على ما يقدمه خصمه الآخر من أوراق ومستندات، وفي حالة مخالفة هذا الإجراء اعتبرته اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة 30/ب حالة من حالات رفض الاعتراف بالحكم، حيث نصت على أنه: "إذا كان غيابيا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه".

بالنسبة للقانون الذي يتعين الرجوع إليه لتقدير صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم المطلوب تنفيذه، فإن أغلب الاتفاقيات أشارت صراحة إلى القانون الواجب الرجوع إليه والذي يكون حسب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم⁽¹⁾.

على الرغم من عدم النص على القانون الواجب الرجوع إليه، إلا أننا نرى ضرورة الرجوع إلى قانون المحكمة التي أصدرت الحكم لا إلى قانون الدولة الذي يراد في ظله تنفيذ الحكم وهذا تماشيا مع نص المادة 21 ق.إ.م.إ. .

ما تجدر الإشارة إليه هنا، أن مراقبة هذا الشرط من طرف القاضي لا يمكنه من الإلمام بكل تفاصيل الحكم الأجنبي، لذا يتعين أن تكون مراقبته عادة بتقديم الوثائق التي تثبت ذلك

(1) ما تبنته المادة 37/ب من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، المادة 15/ب من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، المادة 22/ج من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المادة 30/ج من الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المادة 17/ب من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 30/ج من الاتفاقية الجزائرية البلغارية، المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية اليمنية. وهذا عكس الاتفاقيات الأخرى التي لم تحدد أي قانون يجب الرجوع إليه لمعرفة إن كان هذا الإجراء صدر بصفة قانونية أم لا من بينها، المادة 20/ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 30/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، المادة 17/ب من الاتفاقية الجزائرية السورية، المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 18/ب من الاتفاقية الجزائرية المالية.

بدليل أن تقديم الوثائق في الدعوى شرط يجب إرفاقها مع الطلب وهذا ما تضمنته جل الاتفاقيات⁽¹⁾.

خامسا: ألا يكون الحكم مخالفا للنظام العام في الدولة المطلوب منها التنفيذ

نصت جل الاتفاقيات على رفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ⁽²⁾. غير أنها أضافت حالات أخرى إلى جانب ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نجد أن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي نصت على أن لا يكون الحكم الأجنبي مخالفا للشريعة الإسلامية، وكذلك ألا يكون مخالفا لأحكام الدستور، وقد أخذت هذه الاتفاقية بهذا الشرط كمانع من موانع الاعتراف بالحكم الأجنبي في المادة 30 منها بنصها على أنه: "يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الآتية: ...-إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف".

كما تضمنت الاتفاقية الجزائرية السورية رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم بني على أسباب مخالفة للنظام العام صراحة في المادة 17/ج منها بنصها على أنه: "... لا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية:-إذا كان الحكم أو السبب الذي بني عليه يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ".

وعليه إذا كان الحكم الأجنبي مبني على أسباب مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، فإن هذا الحكم يكون غير قابل للتنفيذ في الجزائر وبالتالي رفض منحه الصيغة التنفيذية، وهذا ما أكدت عليه المادة 19/د من الاتفاقية الجزائرية الأردنية التي نصت على أنه: "لا

(1)- ما تبنته المادة 43 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، المادة 34 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة 06 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 32 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المادة 23 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية.

(2)- ما تبنته المادة 15 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، المادة 30 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المادة 14 من الاتفاقية الجزائرية السورية، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 37 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، المادة 30 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية.

يجوز للسلطة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في أساس الدعوى ولا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية: -... إذا كان الحكم أو السبب الذي بني عليه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة للطرف المطلوب إليه التنفيذ".

إذا كان الحكم المراد تنفيذه مخالفا لمبادئ القانون لتلك الدولة المطلوب فيها التنفيذ فإن هذا الحكم لا يمنح له الصيغة التنفيذية، وهو ما قضت به بعض الاتفاقيات، منها ما نصت عليه المادة 18/د من الاتفاقية الجزائرية النيجيرية بنصها على أنه: "...عدم احتواء الحكم على أي شيء يعتبر مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ ولا لمبادئ القانون المطبق في ذلك البلد..."، وهو نفس المبدأ الوارد في المادة 21/هـ من الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية بنصها على أنه: "... إذا كان الاعتراف أو تنفيذ الحكم غير منفيين للمبادئ الأساسية للقوانين وللنظام العمومي للطرف المتعاقد الذي ينفذ الحكم في إقليمه".

يقدر القاضي المطلوب إليه التنفيذ وجود التعارض بين الحكم المطلوب تنفيذه والمبادئ التي نصت عليها كل اتفاقية من الاتفاقيات المذكورة سابقا، ويجرى هذا التقدير وقت نظر دعوى منح الصيغة التنفيذية.

نشير في الأخير إلى أن بعض الاتفاقيات قد نصت على حالات أخرى لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، وهو ما تضمنته المادة 17/هـ من الاتفاقية الجزائرية السورية بنصها على أنه: "... إذا كان الحكم صادرا على الدولة المطلوب إليها التنفيذ أو كان يتنافى مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في الدولة المطلوب إليها التنفيذ". كما نصت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة 30/هـ على أنه: "... وللجهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقا لنص هذه المادة أن تراعي القواعد القانونية في بلدها".

من خلال ما أورده اتفاقية الرياض للتعاون القضائي تستطيع الدولة المطلوب فيها التنفيذ النفاذ بسهولة من تنفيذ الحكم بعدما كانت تعتبر التنفيذ هو الأصل وأن حالة الرفض هي الاستثناء، لذا كان من الأفضل النص على أنه لا يجوز الرفض إلا وفق قرار مسبب يؤدي تنفيذ ذلك الحكم إلى وقوع أضرار بليغة وشديدة بالمصالح الوطنية أو انتهاك فاضح لكل القيم الإسلامية والدستورية وحقوق الإنسان والتجارة الدولية بمعناها الواسع⁽¹⁾.

(1) -ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، مرجع سابق، ص 338. انظر أيضا: عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة، الجزائر، ع 01، 2018، ص 406.

المبحث الثاني

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية وآثارها في الجزائر

إن تنفيذ الحكم الأجنبي بصفة مباشرة دون قيد ومساواته بالحكم الوطني أمر يتعارض ومبدأ استقلال الدولة وقضائها ومن شأنه الإخلال بنظامها العام وسيادتها فضلا على أن التنفيذ عند الاقتضاء يتطلب تدخل سلطات إدارية وأمنية، ولا يمكن لهذه الجهات أن تستند لأوامر تأتيها من الخارج، كما أن تحقيق المساواة بين المواطنين يقتضي خضوعهم لما تقضي به المحاكم الوطنية دون المحاكم الأجنبية.

على هذا، فإن الجزائر أجازت تنفيذ الأحكام الأجنبية على الإقليم الوطني بعد إجراء رقابة خارجية للتأكد من صحتها دوليا، حيث مكنت المحكوم له بموجب الحكم الأجنبي طلب تنفيذ هذا الأخير عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة الجزائرية المختصة من أجل منحه الصيغة التنفيذية حتى يصبح قابلا للتنفيذ في الجزائر دون الحاجة لرفع دعوى مجددة أمام المحاكم الوطنية لإثبات الحق الذي تم إثباته من قبل الجهات القضائية الأجنبية.

وللمحكوم له لاقتضاء حقه الذي قضي له بموجب الحكم الأجنبي مراعاة مجموعة من الإجراءات حددها القانون لرفع دعوى طلب تنفيذ هذا الحكم الأجنبي (المطلب الأول)، ويتم الفصل في هذه الدعوى بصدور حكم يقضي بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو رفض منحها، هذا الأخير الذي يرتب آثار على الحكم الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

يتوجب لمن صدر الحكم الأجنبي لصالحه ويرغب في تنفيذه على الإقليم الوطني اللجوء إلى القضاء الجزائري، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا، ولقد حدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة للفصل في هذا الطلب (الفرع الأول).

إن توافر الشروط الأساسية في الحكم الأجنبي لا يعفي من اللجوء إلى إجراءات لطلب تنفيذه، من أجل الحصول على حكم يقضي بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ويصبح

بموجبها قابلا للتنفيذ في الإقليم الوطني متى أصبح نهائيا وحائزا لقوة الشيء المقضي به، والوسيلة القانونية التي تؤدي إلى الاعتداد بهذا الحكم هو رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجهة القضائية المختصة بدعوى الأمر بتنفيذ

الأحكام الأجنبية

نصت المادة 607 ق.إ.م.إ على أنه: "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

حدد المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة، صراحة الاختصاص النوعي والمحلي في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات الأجنبية المطلوب تنفيذها داخل الإقليم الوطني.

لذا سنتطرق إلى الاختصاص النوعي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي (أولا)، ثم إلى الاختصاص المحلي فيها (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

بالرجوع إلى نص المادة 607 ق.إ.م.إ المشار إليها أعلاه، فإن الاختصاص النوعي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار الأجنبي المطلوب تنفيذه في الإقليم الوطني ينعقد إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي والتي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه، أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ.

أما بالنسبة للقسم القضائي المختص بنظر طلب التنفيذ داخل هذه المحاكم، فلا يوجد أي نص قانوني يحدده، فذهب البعض إلى أن القسم المدني منها هو الذي يرفع إليه طلب منح الأمر بالتنفيذ بغض النظر عن طبيعة الحكم الأجنبي ما إذا كان مدنيا أو خاصا بالأحوال الشخصية أو

صادرا عن الفرع التجاري⁽¹⁾. في حين يذهب البعض الآخر إلى أن منطوق الأمور يقتضي في هذه الحالة أن يرجع الاختصاص للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي، فإذا لم يتحقق ذلك كان الاختصاص للقسم المدني⁽²⁾.

ينعقد الاختصاص لمحكمة مقر المجلس القضائي بغض النظر عن درجة الهيئة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم موضوع الطلب سواء أكانت محكمة أو مجلسا قضائيا أو أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، ونفس الحكم فيما يخص العقود والسندات الرسمية الأجنبية⁽³⁾.

ثانيا: الاختصاص المحلي في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

طبقا للمادة 607 ق.إ.م.إ فإن الاختصاص المحلي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي يؤول إلى محكمة موطن المنفذ عليه، وما ذلك في الحقيقة سوى تكريس للقاعدة العامة في هذا المجال، فالمنفذ عليه هنا سيكون بدون شك في مركز المدعى عليه، على أن ذات المادة أضافت معيار اختصاص آخر هو موطن محل التنفيذ، وهو ما يتطابق مع مكان تواجد الأموال⁽⁴⁾.

ما تجدر الإشارة إليه هنا، إلى أن المعيارين المقررين هما اختياريان، فلا يعتبر موطن المنفذ عليه موطن بالجزائر، بل كلا المعيارين هما أصليان ولطالب التنفيذ الاختيار بينهما مع مراعاة ما قرره المادة 607 ق.إ.م.إ دائما، التي وضعت أيضا اختصاصا مانعا، إذ أن طلب التنفيذ لا يكون أمام كل محكمة يتحقق فيها المعياران المذكوران أعلاه، وإنما يجب أن يكون ذلك

(1) -رايس محمد، مرجع سابق، ص 45. انظر أيضا: بلمامي عمر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في مواد الأحوال الشخصية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، ع 01، 2011، ص 112. رحاوي آمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 197. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 254. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 74.

(2) -ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 175.

(3) -زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 254. انظر أيضا: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 74.

(4) -ناشف فريد، مرجع سابق، ص 307.

أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ⁽¹⁾.

الفرع الثاني

رفع دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

لكي يكون الحكم الأجنبي قابلاً للتنفيذ في الجزائر لا بد على طالب التنفيذ أن يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ، ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي.

أمام هذا الوضع سنتطرق إلى إجراءات رفع هذه الدعوى (أولاً)، أطرافها (ثانياً)، موضوعها (ثالثاً)، الفصل فيها (رابعاً).

أولاً: إجراءات رفع دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى إجراءات رفع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا على غرار بعض التشريعات العربية التي نصت على ذلك صراحة، حيث نصت المادة 297 من قانون المرافعات المصري على أنه: "يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى"، أما المادة 24 من القانون الدولي الخاص الكويتي فقد نصت على أنه: "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت، وفقاً للشروط وطبقاً للإجراءات المقررة في المادة 276 من قانون المرافعات المدنية والتجارية"، أما المادة 252 من قانون البحرين فقد نصت على أنه: "يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الكبرى وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى بعد أداء الرسوم المقررة".

أما الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر فهي على خلاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت معظمها على أن الإجراءات التي يخضع لها طلب تنفيذ

(1) - بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 18.

الحكم الأجنبي يسري عليها قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة 2/39 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بنصها على أنه: "... تخضع إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ لقانون البلد الذي يطلب فيه"، أما المادة 31/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي فقد نصت على أنه: "تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك"⁽¹⁾. وكذا الاتفاقية المبرمة مع فرنسا في نص المادة 03 منها⁽²⁾.

على هذا الأساس، فعلى طالب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يقوم برفع الدعوى وفقا للإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا يتماشى مع ما قضت به المادة 21 مكرر ق.م.ج منه بأن الإجراءات تخضع لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى، وبما أن دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي تقام أمام المحكمة الجزائرية فإنها تخضع للقواعد العامة السارية المفعول في الجزائر⁽³⁾.

وعليه، فإن دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي يتم رفعها بموجب عريضة تودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، مع دفع الرسوم القضائية المقررة لرفع الدعاوى العادية، ويتم تكليف المدعى عليه بالحضور وتبليغه بنسخة من العريضة مرفوقة بالحكم الأجنبي المراد تنفيذه إذا كان في داخل الدولة أو في الخارج وفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليتسنى له إبداء دفوعه في هذا الشأن⁽⁴⁾.

(1) - ما تبنته المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية الكويتية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الإسبانية.

(2) - ART 03 du convention relative a l'exequatur et l'extradition entre l'Algérie et la France approuvé par l'ordonnance n° 65-194 dispose que : « l'exequatur est accordé à la demande de toute partie intéressée par l'autorité compétente d'après la loi de l'état ou il est requis. La procédure de la demande en exequatur est régie par la loi de l'état dans lequel l'exécution est demandée ».

(3) - عليوة عالية، مرجع سابق، ص 411. انظر أيضا: ريس محمد، مرجع سابق، ص 46.

(4) - نصت المادة 18 وما بعدها ق.إ.م.إ على أنه: "يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات التالي: 1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته، 2- اسم ولقب المدعي وموطنه، 3- اسم ولقب =

ما تجدر الإشارة إليه كذلك، أن إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي لا تتم إلا إذا تم تكوين ملف يحتوي على السندات والوثائق اللازمة الخاصة بطلب الأمر بالتنفيذ، هذه الأخيرة التي لم يقرها المشرع الجزائري بتحديدتها⁽¹⁾. غير أنه وبالرجوع إلى الاتفاقيات التي عقدتها الجزائر مع دول أخرى⁽²⁾، وكذلك بالنظر إلى الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي، فإن أول هذه الوثائق هي تلك التي تهدف إلى إثبات وجود الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، وهو ما يعني وجوب تقديم صورة رسمية للحكم طبق الأصل⁽³⁾. كما يجب أيضا تقديم وثائق يكون الهدف منها التأكد من

=الشخص المكلف بالحضور وموطنه، 4- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، 5- تاريخ أو جلسة وساعة انعقادها". كما نصت المادة 19 من نفس القانون على أنه: "مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية: 1- اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته، 2- اسم ولقب المدعي وموطنه، 3- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له، 4- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورهما، 5- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط، 6- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه، 7- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر، 8- تنبيه المدعي عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر". كما نصت المادة 20 منه على أنه: "يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم".

(1)- نصت المادة 21 من نفس القانون على أنه: "يجب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعما لإدعاءاتهم، بأمانة ضبط الجهة القضائية، بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل، وتبلغ للخصم. غير أنه يجوز للقاضي قبول نسخ عادية منها، عند الاقتضاء. يمكن تبليغ الأوراق أو السندات أو الوثائق لباقي الخصوم في شكل نسخ".

(2)- ما تبنته المادة 43 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي، المادة 34 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 06 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 23 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية، المادة 32 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية.

(3)- وهو ما تبنته المادة 24/أ من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 24/أ من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 06/أ من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 21/أ من الاتفاقية الجزائرية المصرية، أما المادة 15 من الاتفاقية الجزائرية السورية فإنها نصت على أنه: "يقدم طلب التنفيذ إلى الجهة القضائية المختصة وفقا لقانون الدولة المقدم إليها الطلب وعلى طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه الحكم المطلوب تنفيذه معلنا ومصدقا من المرجع القضائي الصادر عنه ومذيلا بشرح من هذا المرجع يفيد أن الحكم أو القرار صالح للتنفيذ"، وعليه كان الأصح بالنسبة لجميع الاتفاقيات اشتراط نسخة تنفيذية للحكم المطلوب تنفيذه، وتقديم النسخة الأصلية في الملف أو صورة رسمية طبق الأصل لا يشكل أي أثر على سير الدعوى، =

توافر شروط التنفيذ، ويترتب على هذا أن طالب التنفيذ ملزم بتقديم نسخة تنفيذية للحكم لإثبات أن هذا الأخير هو قابل للتنفيذ⁽¹⁾. ويلتزم أيضا بإثبات أن الإجراءات كانت سليمة وتم فيها احترام حقوق الدفاع، وهو ما يتم عن طريق تقديم محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه أو أي وثيقة يمكن أن تحل محلها والتي من شأنها أن تثبت أن المحكوم ضده قد تم تبليغه بالحكم، وأن إجراءات التبليغ تم احترامها⁽²⁾. كما أنه يبدو ضروريا تقديم صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور وذلك متى كان الحكم غيابيا⁽³⁾. كما نشير أيضا إلى ضرورة تقديم نسخ مترجمة للوثائق المبينة أعلاه في كل مرة يكون فيها الحكم صادرا عن قضاء دولة الأحكام فيها غير محررة باللغة الرسمية التي تصدر بها الأحكام في الجزائر⁽⁴⁾.

=ولكن تقديم نسخة تنفيذية للحكم يفيد أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه استنفذ كل طرق الطعن وأصبح صالحا للتنفيذ طبقا للدولة التي أصدرته. انظر: حمة مرامية، مرجع سابق، ص 423. رحاوي آمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 200.

(1)- نصت جميع الاتفاقيات على وجوب توفر هذه الوثيقة، وهي تثبت أن المحكوم ضده قد بلغ بالحكم الصادر ضده، وأتيحت له الفرصة للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، كما تثبت هذه الوثيقة أن إجراءات التبليغ احترمت. انظر: ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 188.

(2)- انقسمت الدول في هذا الشأن، ففي حين اشترطت الاتفاقية الجزائرية الموريطانية والجزائرية التونسية عدم وجود لا معارضة ولا استئناف ضد الحكم، أي شهادة عدم وجود معارضة ولا استئناف، وتسلم من المحكمة أو المجلس القضائي، فإن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين والاتفاقية الجزائرية المصرية فقد اشترطت عدم وجود معارضة أو استئناف أو طعن ضد الحكم، وهي شهادة عدم وجود معارضة ولا استئناف التي تسلم من المحكمة والمجلس القضائي، بالإضافة إلى شهادة عدم الطعن التي تسلم من المحكمة العليا أو المجلس الأعلى، أما الاتفاقية الجزائرية السورية فاكثفت بأن يكون الحكم أو القرار صالحا للتنفيذ. انظر: ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 188.

(3)- كان من المفروض أن لا تشترط هذه الوثيقة إلا إذا كان الحكم غيابيا، فإذا كان الحكم حضوريا لا أساس للمطالبة بها، غير أن الاتفاقيات لم تفصح القول، فبعضها اشترطها في حالة صدور حكم غيابي كالاتفاقية الجزائرية التونسية في المادة 24/د، والجزائرية المصرية في المادة 21/د، والجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين في المادة 06/د، والجزائرية الموريطانية في المادة 24/د، وبعضها الآخر اشترطها دون أن يعلقها على حالة صدور حكم غيابي منها الاتفاقية الجزائرية المغربية في المادة 25/د. انظر: ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 188.

(4)- ما أكدت عليه المادة 08 من نفس القانون بنصها على أنه: "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول، يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول". وما أكدت عليه أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 جوان 1992 حيث جاء =

ثانيا: أطراف دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

حتى يكون طلب منح الصيغة التنفيذية مقبولا يلزم أن يكون الخصوم في هذه الدعوى هم نفس الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي، وإذا كان الأصل هو أن المحكوم له بموجب الحكم الأجنبي هو الذي يتقدم عادة بطلب منح الصيغة التنفيذية إلا أنه يمكن للمدعى عليه في الدعوى الأصلية من التقدم بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كانت له مصلحة في ذلك، وفي حالة تعدد المدعى عليهم ترفع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي على جميع الأطراف المدعى عليهم⁽¹⁾.

هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18 فيفري 2003 حيث جاء فيه مايلي⁽²⁾: " حيث يتبين من ملف القضية والمستندات المرفقة له وخاصة حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الصادر بتاريخ 19/07/1999 المطلوب امهاره بالصيغة التنفيذية أن عدد الأطراف المرفوع ضدهم الدعوى من طرف المطعون ضده الحالي يبلغ سبعة عشر شخصا منهم الممثل القانوني لبنك القاهرة بينما الدعوى الحالية أمام مجلس قضاء الجزائر تخص الطاعن وحده فقط وهذا يعد خرقا للأشكال الجوهرية للإجراءات يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه".

هذا، وإذا كان المحكوم له هو المستفيد من الحكم الأجنبي والذي له صفة في رفع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، إلا أنه يمكن أن يحل محله من يخلفه كالموصى له أو الوارث، فإذا توفي أحد الخصوم المدعى أو المدعى عليه فإنه يحل محله ورثته في

=فيه مايلي: "...هذا وأن قرار قضاة المجلس بعدم احترام الطاعنة لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 6 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها بالأمر رقم 194/65 ليوم 29/07/1965 قول في محله ما دامت قد طالبت في دعواها بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قصد تنفيذه ويستدعي ذلك حتما تقديم كل وثائق الدعوى مترجمة إلى اللغة العربية". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، الصادر في 02 جوان 1992، المجلة القضائية، 1993، ع 03، ص 91.

(1)-رايس محمد، مرجع سابق، ص 44. انظر أيضا:

NIBOYET Marie-Laure, GERAUD de Geouffre de la Pradelle, op.cit, p 467.

(2)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 286232، الصادر في 18 فيفري 2003، المجلة القضائية، 2004، ع 02، ص 215.

خصومة تنفيذ الحكم الأجنبي، ويترتب على هذا الحل أن يستكمل المحال له ما بدأه سلفه من إجراءات في رفع الدعوى، كما يلزم إعلان الطرف الآخر بتغيير الصفة في هذه الحالة⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، يجب أن تتوافر في دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي سائر الشروط الأخرى المتطلبية في الدعاوى العادية وفقا للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من مصلحة، حيث تتمثل مصلحة رافع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي في تمكينه من تنفيذ هذا الحكم في الإقليم الوطني، وصفة والتي تثبت لمن صدر الحكم الأجنبي في مواجهتهما أو خلفهما العام، وأهلية حتى تكون الدعوى قابلة للنظر فيها، وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط فإنه يترتب عليه عدم قبول الدعوى⁽²⁾.

أخيرا، توجه عادة دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ضد الطرف الذي خسر دعواه أمام المحكمة الأجنبية وفي حالة عدم وجوده توجه ضد النيابة العامة إما كطرف منظم أو طرف أصلي⁽³⁾.

ثالثا: موضوع دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

إن دعوى الأمر بالتنفيذ تهدف إلى منح القوة التنفيذية للحكم الأجنبي لإمكانية تنفيذه، وبذلك فهي ليست لها علاقة بموضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي، وإنما هي متعلقة بالحكم ذاته الأمر الذي يجعل دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ذات طبيعة خاصة.

لما كانت دعوى الأمر بالتنفيذ دعوى ذات طبيعة خاصة فهي تختلف بذلك عن الدعوى العادية من حيث موضوع كل دعوى، فموضوع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي هو منح الصيغة

(1)-رايس محمد، مرجع سابق، ص 44. انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ص ص 381 و382.

(2)-نصت المادة 1/13 ق.إ.م.إ على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، أما المادة 64 من نفس القانون فقد نصت على أن: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيمايلي: - انعدام الأهلية للخصوم، - انعدام الأهلية أو التفويض للممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

(3)-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 254.

التنفيذية لهذا الأخير لتنفيذه في الجزائر على عكس الدعوى العادية الذي هو الحصول على الحماية القضائية بشأن مركز قانوني متنازع عليه⁽¹⁾.

وعليه، فإن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي دعوى موضوعية ذات طبيعة تنازعية بغض النظر عن القرار المطلوب الأمر بتنفيذه ما إذا كان قضائيا أو ولائيا⁽²⁾.

رابعاً: الفصل في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

إن المجرى الطبيعي لكل خصومة ترفع إلى القضاء تكون بموجب حكم يصدره القاضي الذي تولى النظر فيها، ومضمون هذا الحكم إما أن يصدر في صالح المدعى أو يصدر في غير صالحه مقررًا رفض طلباته في مواجهة خصمه وتمنح الحماية القضائية هنا للمدعى عليه، ولا تخرج دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي عن الأصل العام، فإذا رفعت الدعوى طبقاً للإجراءات العادية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن هذه الدعوى تنتهي بصور حكم يفصل فيها⁽¹⁾، هذا الأخير الذي سوف يقضي إما بقبول منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو برفض منحها و يكون قابلاً للطعن من قبل الطرف المتضرر منه⁽²⁾.

1- صدور الحكم في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

إن موضوع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما سبق ذكره هو منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، فالقاضي لا ينظر دعوى مبتدئة ولا يتناول بالفحص الوقائع التي فصل فيها الحكم الأجنبي ولا مدى إنزال القاضي الأجنبي لحكم القانون على هذه الوقائع إنزالاً صحيحاً، فهو لا يتصدى في هذه الدعوى إلا لمسألة مدى توافر الشروط المطلوبة في تنفيذ الحكم الأجنبي والتي حددتها المادة 605 ق.إ.م.أ أو الواردة في الاتفاقية إذا كان الحكم صادراً عن دولة ترتبط معها الجزائر باتفاقية دولية.

(1)-رايس محمد، مرجع سابق، ص 43. انظر أيضاً:

DUSAN Kitic, op.cit, p 135.

(2)-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 254.

لما كان موضوع دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي هو الحكم الأجنبي ذاته وليس النزاع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي، فإن الفقهاء اختلفوا في مسألة إثبات مدى توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي، حيث يرى البعض ونظرا لكون دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي دعوى ذات طبيعة خاصة، فإن عبء الإثبات ينتقل من على عاتق المدعى إلى عاتق المدعى عليه، حين يدفع بعدم توافر الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم الأجنبي بعضها أو كلها، كما أن الحكم الأجنبي يفترض فيه قرينة الصحة من حيث استيفائه للشروط المتطلبة لتنفيذه، وادعاء المحكوم ضده بعدم توافر هذه الشروط مخالف لهذا المبدأ، الأمر الذي يلزم المحكوم ضده إثبات ما يدعيه⁽¹⁾.

غير أن فقهاء آخرون انتقدوا الرأي السابق، بقولهم أن المحكوم ضده لم يكن في مقدوره إثبات عدم توفر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي رغم توافرها، فإن هذا الحكم سينفذ وهذا ما يتعارض وحكمة التشريع، وبالتالي فإن عبء إثبات توافر الشروط المتطلبة لتنفيذ الحكم الأجنبي يقع على عاتق المدعى، حيث أنه هو وحده صاحب المصلحة في تنفيذ هذا الحكم، وهو أحسن من يساعد القاضي في إثبات الشروط المستلزمة لتنفيذ الحكم الأجنبي.

يرى رأي آخر أن عبء إثبات جانب من شروط تنفيذ الحكم الأجنبي يكون على عاتق القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ، كون أن هذه الشروط تتعلق بالنظام العام، والهدف من وضعها هو المحافظة على سيادة الدولة وتحقيق المصلحة العامة، مما يجعل التمسك بها والتحقق من وجودها من اختصاص المحكمة المطلوب منها التنفيذ وحدها⁽²⁾.

يبدو أن هذا الرأي هو الذي يجب أن يراعيه القاضي الجزائري عند مراقبته الشروط المطلوبة في تنفيذ الحكم الأجنبي، على أن لا يفرض على القاضي التحقق من هذه الشروط وإثباتها بنفسه.

(1) - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 297.

(2) - مرجع نفسه، ص 297.

2- الطعن في الحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

يخضع الحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، والقاضي بالموافقة على منح الصيغة التنفيذية أو رفضها لطرق المراجعة العادية وغير العادية المقررة بالنسبة للأحكام الوطنية، ذلك لأن دعوى طلب الصيغة التنفيذية أصلية ومستقلة، وهو ما تبنته الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى، حيث نصت المادة 3/32 من الاتفاقية الجزائرية المجرية على أنه: "يجوز للمطلوب في التنفيذ في أرض الدولة المقابلة أن يعارض القرار بقوانين الطرف المتعاقد الذي تقوم محكمته بالبت في التنفيذ"، وهو نفس المبدأ الوارد في المادة 3/33 من الاتفاقيتين الجزائرية الألمانية والجزائرية البلغارية.

لذا سنتطرق إلى الطعن في الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ بالمعارضة والاستئناف (أ)، ثم الطعن فيه بالطعن بالنقض (ب).

أ- الطعن بالمعارضة والاستئناف في الحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

إن الحكم الذي يصدر عن القاضي الجزائري بشأن قبول أو رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي هو حكم ابتدائي قابل للطعن، وهذا الأخير يكون وفقا لشروط وإجراءات الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الطعن في الأحكام الابتدائية وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 3/33 من نفس القانون⁽¹⁾.

والحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي قد يكون حكما حضوريا وقد يكون غيابيا، وفي كلتا الحالتين يتم تبليغ الحكم أو القرار المانع أو الرفض للصيغة التنفيذية للمحكوم عليه مرفوقا بالحكم الأجنبي، حتى يتسنى لهذا الأخير الاعتراض عليه احتراماً لحقوق الدفاع بإعطائه فرصة لتقديم دفعه.

(1) نصت المادة 3/33 ق.إ.م.إ على أنه: "ويفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف".

في حالة صدور حكم غيابي في حق المحكوم عليه فإن لهذا الأخير رفع المعارضة في أجل شهر واحد تبدأ من تاريخ تبليغه سواء صدر الحكم عن المحكمة أو عن المجلس القضائي تطبيقاً للمادة 329 ق.إ.م.إ أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم⁽¹⁾.

أما في حالة صدور حكم حضوري فإن من له مصلحة أن يطعن فيه بالاستئناف في أجل شهر واحد أمام المجلس القضائي وتسري المدة المقررة ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ولا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء مهلة المعارضة وهذا ما نصت عليه المادة 336 ق.إ.م.إ⁽²⁾.

بناء على ذلك، قد تنتهي جهة الاستئناف إلى إلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي والقضاء من جديد بمنحه الصيغة التنفيذية، وبالتالي يترتب على هذا القرار إمكان تنفيذ الحكم بعد حيازته لقوة الأمر المقضي به، وقد تنتهي جهة الاستئناف إلى تأييد الحكم المستأنف وبالتالي ترفض منحه الصيغة التنفيذية، وعليه يكون هذا الحكم غير قابل للتنفيذ في الجزائر.

يصدر قرار بتأييد حكم المحكمة التي قضت بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، وبالتالي فإنه تترتب عليه كافة الآثار التي يترتبها هذا الحكم على الحكم الأجنبي، أما إذا قضى المجلس بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، فهذا يعني أن الحكم الأجنبي غير قابل للتنفيذ في الجزائر.

(1)-نصت المادة 329 ق.إ.م.إ على أنه: "لا تقبل المعارضة إلا إذا رفعت في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي".

(2)-نصت المادة 336 من نفس القانون على أنه: "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته. ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

للإشارة هنا أن الطعن بالمعارضة أو الاستئناف في الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يوقف تنفيذ هذا الحكم كما يوقفه عدم انقضاء مهلة الطعن ما لم يكن حكم منح الصيغة التنفيذية قد صدر مشمولاً بالنفاذ المعجل.

ب- الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية

إن القرار الصادر عن المجلس القضائي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي والقاضي بتأييد أو رفض الحكم المستأنف القاضي بمنح الصيغة التنفيذية أو رفض منحها يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض حسب القواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً، ويمدد الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار وهذا طبقاً لنص المادة 355 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.

يتم تبليغ الشخص الذي له موطن في الخارج، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية وهذا تطبيقاً لنص المادة 414 ق.إ.م.إ.⁽²⁾، وفي حالة عدم وجود اتفاقية قضائية يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية وهذا تطبيقاً للمادة 415 من نفس القانون⁽³⁾، ويكون التبليغ صحيحاً إلى الشخص الذي يقيم في الخارج إذا تم في الموطن المختار في الجزائر وهذا طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 406 من نفس القانون⁽⁴⁾.

للإشارة هنا، أن المشرع الجزائري وبموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يقتصر على تعديل الجوانب الشكلية للطعون بل قام بإدخال تعديلات جوهرية على مضمونها، ويتبين ذلك من خلال بيان حالات الطعن وتوسيعها حيث جعل عدد الأوجه التي يمكن أن يبنى عليها الطعن

(1)- نصت المادة 355 ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية، إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة".

(2)- نصت المادة 414 من نفس القانون على أنه: "يتم تبليغ الشخص الذي له موطن في الخارج، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية".

(3)- نصت المادة 415 من نفس القانون على أنه: "في حالة عدم وجود اتفاقية قضائية، يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية".

(4)- نصت الفقرة الأخيرة من المادة 406 من نفس القانون على أنه: "يكون التبليغ الرسمي صحيحاً إلى الشخص الذي يقيم في الخارج إذا تم في الموطن الذي اختاره في الجزائر".

بالنقض ثمانية عشر، وقد أبقى على أوجه الطعن المقررة في ظل القانون السابق بعد تجزئتها وتوضيح بعضها ولقد أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 358 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾، منها مخالفة الاتفاقيات الدولية المستخلص في ظل القانون السابق من سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي بموجب أحكام الدستور وهذا بغرض التشديد والتأكيد على ضرورة الالتزام بتطبيق القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية.

لا يقبل أن يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر منها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12 أبريل 2004 حيث جاء فيه مايلي⁽²⁾: "... لكن حيث أن مثل هذا الخطأ كان من المفروض طلب تصحيحه من نفس المجلس الذي ارتكب مثل هذا الخطأ، ولا يعد هذا الأخير وجها من أوجه الطعن بالنقض لأن أوجه الطعن بالنقض حصرتها المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية، ومثل هذا العيب ليس من اختصاص المحكمة العليا إصلاحه مع الملاحظة أن الفقرة السادسة من المادة 233 قانون الإجراءات المدنية، لا يدخل ضمنها مثل هذا الخطأ السالف الذكر، بل تخص تناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير وجيهة يتعين معه رفضها وتبعا لذلك رفض الطعن".

(1)- نصت المادة 358 ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 1-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، 2-إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، 3-عدم الاختصاص، 4-تجاوز السلطة، 5-مخالفة القانون الداخلي، 6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، 7-مخالفة الاتفاقيات الدولية، 8-انعدام الأساس القانوني، 9-انعدام التسبب، 10-قصور التسبب، 11-تناقض التسبب مع المنطوق، 12-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، 13-تناقض أحكام في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول، 14-تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا، 15-وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار، 16-الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب، 17-السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، 18-إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية".

(2)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355718، الصادر في 12 أبريل 2004، المجلة القضائية، 2006، ع 01، ص

لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه باستثناء الحالات التي وردت على سبيل الحصر في القانون وهي إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص وأهليتهم وبدعوى التزوير تطبيقاً للمادة 361 ق.إ.م.⁽¹⁾. فهل يخضع القرار الصادر في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي لهذه القاعدة؟.

بما أن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي تتميز بطبيعة موضوعها والقرار الصادر فيها لا يخرج عن أحد الأمرين، إما رفض أو قبول منح الصيغة التنفيذية للحكم بعد التحقق من توفر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه، وعلى هذا نرى أن الطعن بالنقض يوقف تنفيذ الحكم الأجنبي على أساس أنه لا يمكن تدارك تنفيذه خاصة في حالة قبول المجلس القضائي منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي والمحكمة العليا قضت بنقض وإبطال هذا القرار، ففي هذه الحالة مثلاً إذا تم تنفيذ الحكم المطعون فيه دون انتظار الفصل في الطعن لا يمكن تدارك آثاره، وعليه ولتفادي هذا الأمر فإنه يكون من الأفضل انتظار الفصل في الطعن بالنقض ويصبح الحكم باتاً وقابلاً للتنفيذ.

المطلب الثاني

آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية

إذا كان الحكم الأجنبي يحضى في بلده بكافة آثاره سواء ما تعلق منها بالقوة التنفيذية أو بقوة القضية المقضية دون حاجة لمراعاة إجراءات محددة بعد صدوره، فإن الأمر يختلف عندما يراد الدفع بآثاره خارج حدود دولته، فإنه في هذه الحالة يعتمد على أحكام القانون الوطني والمعاهدات الدولية النافذة عندها وما تعتمد من أسس أو اعتبارات في التنفيذ، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في هذا المجال، نجد أنهما نصا على ضرورة تقديم طلب أمام السلطات الوطنية إذا ما أريد تنفيذ الحكم الأجنبي، مما يعني أن الأحكام الأجنبية في الجزائر لا تتمتع بأي أثر إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية.

(1)- نصت المادة 361 ق.إ.م. على أنه: "لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير".

لما كانت دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ذات طبيعة خاصة باعتبار موضوعها ينصرف إلى منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي قصد تنفيذه في الجزائر، فإن مضمون الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يمكن أن يخرج عن إحدى هاتين الصورتين، إما الموافقة بمنح الصيغة التنفيذية (الفرع الأول)، أو رفض منحها (الفرع الثاني)، هذا الحكم الذي يترتب آثارا مختلفة والذي من خلاله يحدد كيفية التصرف مع هذا الحكم الأجنبي الذي صدر الحكم الوطني بشأنه.

الفرع الأول

الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية

إن المقصود بمنح الصيغة التنفيذية للإجراء القضائي الذي يخول الأحكام الأجنبية القوة التنفيذية داخل الجزائر عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة جزائرية يقضي بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي وبالتالي تنفيذه كما لو كان حكما جزائريا.

الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يقرر جميع الآثار التي يترتبها هذا الأخير بمقتضى منطوقه وذلك على أساس أن القاضي الذي ينظر دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ليس له أن يعدل في مضمون الحكم الأجنبي على أن الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية لا شأن له بالآثار التي يترتبها القانون الأجنبي اللاحق في الصدور على الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه⁽¹⁾.

يترتب على منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أن يرقى هذا الأخير إلى مصاف الحكم الوطني ويستوي معه، ومن ثم فإن الحكم الأجنبي لن تكون له آثار تفوق تلك التي تكون للأحكام الصادرة عن المحاكم الجزائرية، ومن ناحية أخرى لن يكون للحكم الأجنبي آثار أكثر من تلك التي يترتبها في الدولة التي صدر عن محاكمها.

(1) -عليوة عالية، مرجع سابق، ص 412.

المسألة الأولى التي يثيرها الحكم القاضي بقبول منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي هو أثر هذا الحكم في وصف الحكم الأجنبي أو بعبارة أخرى هل يظل الحكم الأجنبي متصفا بالأجنبية أم أنه سيصبح حكما وطنيا؟

إن الحكم الأجنبي لا يفقد صفته الأجنبية بمنحه الصيغة التنفيذية بل يظل أجنبيا ويرتب آثاره بهذه الصفة، وأن منحه الصيغة التنفيذية يقتصر على إجازة ترتيب هذه الآثار فهو لا يتجنس بالصفة الوطنية ويصبح حكما وطنيا، وعمال الدولة ينفذون الحكم الأجنبي انصياعا لأمر القاضي الوطني الذي ينطق باسم السيادة الوطنية⁽¹⁾.

وعليه، فإن الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يرتب على هذا الأخير آثارا قانونية ومتى أصبح حكم الصيغة التنفيذية نهائيا وحائزا لقوة الشيء المقضي به كانت للحكم الأجنبي أثران، قوة التنفيذ (أولا)، وحجية الشيء المقضي فيه (ثانيا).

أولا: اكتساب الأحكام الأجنبية قوة التنفيذ

إن الأحكام الأجنبية في الجزائر لا تتمتع قبل صدور حكم عن المحاكم الوطنية بمنحها الصيغة التنفيذية بأية قوة تنفيذية وهو ما أشارت إليه كذلك الاتفاقيات الدولية حيث نصت المادة 41 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي على أنه: "لا يمكن أن تنفذ إجباريا الأحكام المشار إليها في المادة 37 ويتخذ في شأنها أي إجراء رسمي ببلد أحد الأطراف المتعاقدة إلا بعد الأمر بتنفيذها"، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 02 من الاتفاقية الجزائرية بنصها على أنه: "إن القرارات المنوه عنها في المادة السابقة لا يسوغ تنفيذها بالقوة الجبرية من قبل سلطات الدولة الأخرى ولا يسوغ لهذه السلطات اتخاذ أي إجراء عمومي لجهتها كالقيد والتسجيل أو التصحيح في السجلات العمومية إلا بعد التصريح بقبوليتها للتنفيذ في بلد الدولة المطلوب منها التنفيذ"، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية النيجيرية على أنه: "إن الأحكام المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تخول الحق لأي تنفيذ جبري تقوم

(1)- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 923.

به سلطات البلد الآخر ولا أن تكون موضوع أي إجراء عمومي تقوم به هذه السلطات كالتقيد أو التسجيل أو التصحيح في الدفاتر العمومية إلا بعد إعلانها نافذة للإجراء⁽¹⁾.

يكتسب الحكم الأجنبي قوة التنفيذ من وقت صدور حكم الصيغة التنفيذية لا من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية وشأن هذه القوة هي ذات القوة التي يتمتع بها أي حكم وطني، وهذا الأمر لم يشر إليه القانون الجزائري عكس بعض التشريعات العربية⁽²⁾، التي ضمنت قوانينها النص صراحة على أن الحكم الأجنبي الصادر بشأنه حكم الصيغة التنفيذية يتمتع بالقوة التنفيذية ذاتها التي للأحكام الوطنية، وهو ما أكدت عليه المادة 2/42 من اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بنصها على أنه: "ويحرز الحكم الذي صدر الأمر بتنفيذه بداية من تاريخ صدور هذا الأمر نفس القوة التنفيذية التي تحرزها الأحكام الصادرة من نفس المحكمة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ"⁽³⁾. وهو ما نصت عليه أيضا المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية السوفياتية على أنه: "تكون للأحكام التي يتقرر تنفيذها من قبل السلطات القضائية للطرف المطلوب إليه التنفيذ نفس القوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة من السلطات القضائية في هذا الطرف"⁽⁴⁾.

(1)- ما تبنته أيضا المادة 18 الاتفاقية الجزائرية اليمنية، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية الليبية، المادة 16 من الاتفاقية الجزائرية المصرية.

(2)- من بين هذه التشريعات ما نص عليه القانون اللبناني في المادة 1020 حيث نصت على أنه: "يتمتع الحكم الأجنبي الحائز على الصيغة التنفيذية بالقوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام اللبنانية ويفيد من طرق تنفيذ هذه الأحكام".

(3)- ما تبنته أيضا المادة 2/24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة 2/22 من الاتفاقية الجزائرية النيجيرية، المادة 23 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 2/22 من لاتفاقية الجزائرية اليمنية، المادة 2/25 من لاتفاقية الجزائرية الليبية، المادة 2/25 من الاتفاقية الجزائرية التركية، المادة 2/22 من الاتفاقية الجزائرية المالية، المادة 2/5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 2/24 من الاتفاقية الجزائرية الكويتية.

(4)- مرسوم رئاسي رقم 83-423 مؤرخ في 09 جويلية 1983، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية السوفياتية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في الجزائر يوم 23 فيفري 1982، ج ر ع 29 لسنة 1983.

بالتالي، فإن القوة التنفيذية ثابتة للحكم الأجنبي بمنحه الصيغة التنفيذية بواسطة حكم جزائري صادر عن محكمة مختصة، ويتحدد ما يجب تنفيذه وفقا لمنطوق الحكم الأجنبي⁽¹⁾.
بناء على ما تقدم، فإن الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في الجزائر لا يمكن أن تكون لها آثار أكثر من تلك المقررة للأحكام الصادرة عن المحاكم الجزائرية، ويصبح الحكم الأجنبي بعد منحه الصيغة التنفيذية قابلا للتنفيذ في الجزائر ولكن دون أن ينقلب إلى حكم وطني لعدم صدوره في الأصل من محكمة وطنية⁽²⁾.

أما بالنسبة لكيفية تنفيذ الحكم الأجنبي وإجراءات تنفيذه وطرقه فإنها تخضع للقانون الوطني بغض النظر عما إذا كان القانون الأجنبي للدولة التي صدر من محاكمها الحكم لا يأخذ بهذه الطرق أو يأخذ ببعضها أو كانت مجهولة من قبل القانون الأجنبي، لأن هذه الطرق تعد جزءا من قواعد التنفيذ التي تتمتع بالصفة الإقليمية⁽³⁾.

بما أن إجراءات وطرق التنفيذ تخضع لقانون القاضي فإن هذا الأخير يتمتع بالحرية فيما يرى اتخاذه من إجراءات، وهو ما أشارت إليه صراحة اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة 2/32 بنصها على أنه: "وتأمر الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم -حال الاقتضاء- عند إصدار أمرها بالتنفيذ باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية نفسها التي تكون لو أنه صدر من الطرف المتعاقد الذي يراد تنفيذه لديه"، وكذلك اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي في المادة 3/40 بنصها على أنه: "وللجهة المختصة إذا قبلت طلب التنفيذ أن تأمر عند الاقتضاء باتخاذ التدابير اللازمة لإشهار الحكم المطلوب تنفيذه كما لو كان صادرا بنفس البلد الذي أمر بتنفيذه بترابه".

(1)- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 152.

(2)- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 349.

(3)- مرجع نفسه، ص 349.

لما كانت الأحكام الفاصلة في الموضوع قد تكون أحكاما مقررة وأحكاما منشئة أو أحكاما ملزمة فهل أن صدور الحكم بمنح الصيغة التنفيذية لها كاف لإحداث آثارها أم تتطلب تذييلها بالصيغة التنفيذية في كل الأحوال؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي بنا التطرق إلى تذييل الحكم القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية(1)، ثم التطرق إلى ضمانات التنفيذ(2).

1- تذييل الحكم القاضي بتنفيذ الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

إن أول إشكال تثيره هذه المسألة هو الوقوع في الخلط بين منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بعد استيفائه للشروط المطلوبة في المادة 605 ق.إ.م.إ، وبين مهره بالصيغة التنفيذية التي تضمنتها المادة 601 من نفس القانون، والتي نصت على أنه: "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - باسم الشعب الجزائري وتنتهي بالصيغة الآتية: أ- في المواد المدنية: وبناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار،...، وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية".

كما أن هناك خطأ في تفسير الصيغة التنفيذية الواردة في المادة 605 ق.إ.م.إ، حيث أن الصيغة التي يمهّر بها الحكم الوطني القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي على أساس أن المادة 605 أعلاه تقضي بذلك، فإذا كان الأمر كذلك لأصبح موضوع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي هو طلب الصيغة التنفيذية مباشرة للحكم الأجنبي وهذا بالرغم من أن هناك فرق بينهما، فمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بواسطة حكم جزائري قصد تنفيذه في الإقليم الوطني هي بمثابة رخصة أو إذن لتنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر، أما الصيغة التنفيذية فهي تلك العبارة التي تتضمن دعوة أو

أمر إلى المحضرين القضائيين بإجراء تنفيذ الحكم وإلى السلطات المختصة من نواب عامين ووكلاء الجمهورية وقادة وضباط القوة العمومية بمد يد المساعدة لتنفيذ ذلك الحكم جبرا، وتكون لاحقة بعد منحه الصيغة التنفيذية وبعد فوات الآجال القانونية للطعن أو استنفادها حتى يمكن تنفيذه جبرا.

فالحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يسبق وضع الصيغة التنفيذية هذا الحكم، فالحكم الوطني القاضي بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يمنح القوة التنفيذية لهذا الأخير وليس الصيغة التنفيذية بمفهوم المادة 601 ق.إ.م.إ.

للإشارة هنا، فإن الحكم الذي يتم تذييله بالصيغة التنفيذية هو الحكم الوطني بعد صيرورته نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به، فدعوى تنفيذ الحكم الأجنبي هي تلك الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني لمنحه الصيغة التنفيذية قصد تنفيذه في الجزائر، الأمر الذي يترتب عليه أن يرقى الحكم الأجنبي إلى مرتبة الحكم الوطني ويرتب آثاره، لكنه لا يكون قابلا للتنفيذ الجبري إلا بعد امهاره بالصيغة التنفيذية⁽¹⁾.

من المتفق عليه فقها وقضاء أن الأحكام التي يجوز تذييلها بالصيغة التنفيذية هي فقط أحكام الإلزام دون الأحكام المقررة أو المنشئة، فليس كل حكم يصدر من المحكمة يقبل التنفيذ الجبري، ولكن فقط الحكم الصادر بالإلزام المدين بأداء معين هو وحده الذي يقبل التنفيذ الجبري فالحكم المقرر أو المنشئ يحقق الهدف منه كما يحقق الحماية القضائية الكاملة بمجرد صدوره دون حاجة إلى أي حماية تكميلية، فبصدور الحكم المقرر نزول حالة الشك حول هذا الحق أو المركز القانوني، وكذلك فبصدور الحكم المنشئ يتحقق التغير المطلوب، وفي الحالتين لا نكون بحاجة إلى التنفيذ الجبري⁽²⁾.

فأحكام الإلزام لا تقتصر على تقرير حق أو مركز قانوني بل يتعدى ذلك إلى إلزام المدعى عليه بأداء معين امتنع عن أدائه اختيارا، والعلة في قصر التنفيذ الجبري على أحكام الإلزام أن

(1) -عليوة عالية، مرجع سابق، ص 412.

(2) -مرجع نفسه، ص 412.

الحكم المقرر أو المنشئ يكفي بذاته لتقرير الحماية ولا يحتاج للتنفيذ الجبري لمطابقة المركز الواقعي على المركز القانوني.

على هذا، فالأحكام الأجنبية المنشئة أو المقررة بعد منحها الصيغة التنفيذية تصبح قابلة للتنفيذ في الجزائر، وبما أن تنفيذها يخضع لنفس الطرق والإجراءات التي تنفذ بها الأحكام الوطنية فإن هذه الأحكام لا تتطلب وضع الصيغة التنفيذية عليها فهي لا تحتاج لمقدمات التنفيذ، كما أن الأحكام التي لا تتضمن إلزاما لا تزيل بالصيغة التنفيذية لانعدام محل التنفيذ. لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري أدرج تنفيذ الأحكام الأجنبية تحت عنوان أحكام التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، مما يعني أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه سواء أكان حكما منشئا أو مقررا أو حكما ملزما فإنه يجب مهره بالصيغة التنفيذية لتنفيذه في الجزائر.

الحكم القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي لا يجوز تذييله بالصيغة التنفيذية إلا إذا كان نهائيا وحائزا لقوة الشيء المقضي به أو إذا كان مشمولاً بالنفذ المعجل، ويصبح الحكم نهائيا ويحوز قوة الشيء المقضي به إذا استنفذ طرق الطعن العادية إما بممارستها أو بفوات أجلها، وبهذا لن يتيسر للمستفيد من الحكم أن يمهر هذا الحكم بالصيغة التنفيذية إلا بعد تأييد الحكم الصادر لصالحه من المحكمة من قبل المجلس القضائي أو لفوات ميعاد الاستئناف دون الطعن فيه، حيث يتقدم لمن له مصلحة في تنفيذ الحكم الأجنبي إلى أمين الضبط لدى المحكمة الصادر عنها الحكم المانع للصيغة التنفيذية الذي يقوم بمهر هذا الحكم بالصيغة التنفيذية بعد أن يستظهر شهادة عدم المعارضة صادرة من المحكمة التي أصدرت الحكم وشهادة عدم الاستئناف صادرة من المجلس إذا كان الحكم غايبيا، أما إذا كان الحكم حضوريا فشهادة عدم الاستئناف تصدر من المحكمة التي أصدرت الحكم وشهادة عدم استئناف أخرى من المجلس القضائي التابعة له المحكمة، وبما أن موضوع دعوى منح الصيغة التنفيذية يتميز عن موضوع الدعوى العادية فإنه لا بد أيضا تقديم شهادة عدم الطعن في الحكم الصادر في الدعوى⁽¹⁾.

(1) -عليوة عالية، مرجع سابق، ص 412.

تسلم النسخة التنفيذية ممهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 ق.إ.م.إ. للمحكوم له من طرف رئيس أمناء الضبط، وبعدها يصبح قابلا للتنفيذ الجبري وفقا للأحكام المقررة في تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية⁽¹⁾.

2-ضمانات التنفيذ

تحرص بعض التشريعات على تقرير تأمين خاص لمن صدر الحكم لصالحه، وذلك مثل التضامن بين المدينين المحكوم عليهم في القانون الانجليزي، أو الرهن القضائي في القانون الفرنسي، والذي يترتب على أموال المدين لصالح الدائن المحكوم له. ويثور التساؤل عما إذا كان هذا التأمين يظل عالقا بالحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ في الجزائر من عدمه؟.

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين فرضين، الأول إذا كان التأمين قد نشأ عن الحكم تلقائيا وبقوة القانون كما هو الشأن بالنسبة لنظام التضامن بين المدينين المحكوم عليهم في النظام الانجليزي أو الرهن القضائي في القانون الفرنسي فلا يجوز التمسك بهذا التأمين في الجزائر لأنه يعتبر في هذه الحالة من ضمانات التنفيذ، وهذه تخضع دائما لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، ف ضمانات التنفيذ تعد من مسائل الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي.

على ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي يرتب للمحكوم له تأمين خاص بمقتضى الحكم الصادر لصالحه فلا يجوز التمسك بهذا التأمين في الجزائر، لأن القضاء الجزائري هو الذي منح للحكم الأجنبي قوته التنفيذية، ومن ثم تخضع ضمانات التنفيذ للقانون الجزائري دون غيره⁽²⁾.

حقا أن الحكم الأجنبي لا يفقد صفته الأجنبية رغم صدور الأمر بتنفيذه في الجزائر، إذ يلاحظ أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الجزائر بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية لا

(1)-عليوة عالية، مرجع سابق، ص 412.

(2)-هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 302 و 303.

يتجرد هو الآخر -ورغم احتفاظه بطبيعته القانونية- من صفته الأجنبية، ومع ذلك فإنه لا يترتب على احتفاظ الحكم الأجنبي بصفته الأجنبية أن تصبح آثار هذا الحكم في الجزائر، - كما ذهب البعض- هي نفس آثاره التي يرتبها له القانون الذي صدر وفقا لأحكامه، لأن هذه الآثار تعد من ضمانات التنفيذ التي تخضع كما رأينا لقانون القاضي الذي أمر بتنفيذ الحكم⁽¹⁾.

فإجراءات التنفيذ الجبري تخضع لمبدأ الإقليمية البحتة، ومن ثم فإن التأمين الذي ينشئه الحكم الأجنبي بمجرد صدوره لا يرتب أي أثر في خارج إقليم الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها، فإذا ما طلب تنفيذ هذا الحكم في الجزائر فإن القانون الجزائري وحده هو الذي يقرر حدود الضمانات التي تكفل هذا التنفيذ.

لهذا نرى أنه يجوز لمن صدر الحكم الأجنبي لصالحه أن يطلب تقرير حق اختصاص على أموال المحكوم عليه الكائنة في الجزائر بعد شمول الحكم للأمر بالتنفيذ، ولو كان قانون الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها لا يجيز تقرير حق الاختصاص⁽²⁾.

أما الفرض الثاني، فإذا كان التأمين قد تقرر بمقتضى القانون الذي يحكم الحق موضوع النزاع بحيث لم يكن للحكم الأجنبي من أثر سوى كشف هذا الحق، فإنه يجوز التمسك في الجزائر بهذا التأمين.

على ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي الذي يحكم الدعوى يأخذ مثلا بفكرة المسؤولية التضامنية عن الفعل الضار، فإنه يجوز للمضروب الذي حصل في الجزائر على أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بالتعويض في هذه الحالة أن يتمسك بالمسؤولية التضامنية للمدينين المحكوم ضدهم، إذ أن التأمين في هذا الفرض هو أثر من آثار القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وليس مجرد ضمان من ضمانات التنفيذ المترتبة على الحكم⁽³⁾.

(1)- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 303.

(2)- مرجع نفسه، ص 303.

(3)- مرجع نفسه، ص 303 و 304.

ثانيا: اكتساب الأحكام الأجنبية حجية الأمر المقضي فيه

تتمتع الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية بحجية الأمر المقضي فيه، ومفاد هذه الحجة أن الأحكام التي تصدر عن القضاء الوطني تعتبر حجة فيما فصلت فيه وقرينة لا تقبل إثبات عكس ذلك، مما يحول دون إثارة النزاع من جديد، مما يفيد أن الحكم قد صدر صحيحا من الناحية الشكلية والموضوعية، ولا يحوز الحكم هذه الحجية إلا إذا كان متحدا في الموضوع والأطراف والسبب (المادة 1/338 ق.م.ج⁽¹⁾).

تثبت الحجية للحكم بمجرد صدوره، فلا يجوز تعديله من القضاة الذين أصدره أو من غيرهم دون الإخلال بحق الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا، ومن ثم لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع، فإذا ما رفع أحد الأطراف مثل هذه الدعوى كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، فهل تثبت الحجية للحكم الصادر عن محكمة أجنبية؟.

لم يتناول القانون الجزائري ولا الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في هذا الشأن لمسألة حجية الأحكام الأجنبية في الجزائر، غير أنه وبالرغم من غياب النص على هذا الأثر إلا أن القضاء الجزائري أقر هذا الأثر، ففي قرار سابق للمحكمة العليا بتاريخ 14 جويلية 2011 جاء فيه مايلي⁽²⁾: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بالنقض يتبين أن قضاة المجلس انتهوا إلى تأييد الحكم المستأنف اعتمادا على أن محكمة لي روان الفرنسية قضت بفك الرابطة الزوجية بموجب الحكم المؤرخ في 28 جويلية 2008 تحت رقم 201 وبأن طلب التطلق أصبح بدون أساس، وبذلك يكون قضاة المجلس قد رتبوا للحكم الأجنبي أثره القانوني بالرغم من عدم إضفاء الصيغة التنفيذية عليه.

(1)- نصت المادة 1/338 ق.م.ج على أنه: "... ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب".

(2)- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 655755، الصادر في 14 جويلية 2011، المجلة القضائية، 2011، ع 02، ص

حيث أن الأصل أن أحكام القضاء حجة في حسم النزاع وعنوانا للحقيقة لا تقبل إثبات العكس وهو الأمر الذي يحول دون إمكان إثارة النزاع مرة أخرى، بيد أنه استثناء من هذا المبدأ أن الأحكام الأجنبية لا تتمتع بهذه الحجية في الجزائر إلا بعد إضفاء الصيغة التنفيذية عليها من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط المقررة قانونا لأن الاعتراف بالحكم الأجنبي مجردا من منحه الصيغة التنفيذية وقبول الدفع به يعد اعترافا بمظهر من مظاهر السلطة الآمرة في دولة أخرى ويشكل ذلك خرقا للسيادة الوطنية مما يجع الوجه سديد⁽¹⁾.

وعليه، فإن حجية الأمر المقضي فيه تثبت للحكم الأجنبي بموجب حكم الصيغة التنفيذية مما يعني أنه في حالة ما إذا أثار الطرف الآخر دعوى جديدة أمام القضاء الجزائري حول نفس الموضوع الذي صدر بشأنه الحكم الأجنبي، فإنه لا يمكن الدفع في مواجهة هذه

(1) - غير أن المحكمة العليا يبدو أنها قد خالفت هذه القاعدة سابقا، حيث أقرت أنه لا يجوز للقضاء الجزائري الحكم بالنفقة مرة ثانية في حالة سبق حكم القضاء الأجنبي بها، فقد نقضت بقرارها المؤرخ في 23 فيفري 2005 قرارا صادرا عن مجلس قضاء وهران في 13 أبريل 2003 الذي قضى بتأييد الأمر المستأنف الذي ألزم المدعى عليه بدفع نفقة شهرية إلى غاية صدور حكم في الموضوع أو أمر مخالف، وكان الطاعن في الطعن بالنقض استند إلى وجهين منها الوجه المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه... بقوله: "... وقد اعتمد المجلس القضائي في ذلك على مزاعم المدعى عليها دون الرد على دافع العارض الذي إن قد قدم نسخة من الأمر الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 2002 عن محكمة ليون الفرنسية والذي ألزم العارض بدفع نفقة... وأن المدعى عليها في الطعن أقامت دعويين الأولى بفرنسا-أين هي متواجدة- لالزام العارض بدفعه لها نفقة بالعملة الصعبة، والثانية بالجزائر تتضمن نفس الموضوع لنيل نفقة أخرى". والمحكمة العليا استندت على الحكم الأجنبي المدفوع به دون حصوله على الصيغة التنفيذية، وجاء في حيثيات القرار مايلي: "حيث بمراجعة أوراق ملف القضية مجددا، لا سيما منها الأمر المستأنف فيه والقرار المطعون فيه، يتبين أن الطاعن أسس استئنافه للأمر الاستعجالي المرمي إليه كون أنه لا يجوز قانونا للمدعى عليها في الطعن أن ترفع الدعوى الرأهنة مادام أنها كانت قد تحصلت في وقت سابق من محكمة ليون الفرنسية على أمر قضائي مؤرخ في 09 ديسمبر 2002 ألزمه بدفع لها نفقة شهرية باعتباره زوجها، حيث أن مجلس قضاء وهران لم يناقش هذا الوضع مثلما طرحه صاحب النقض، بل أكثر من ذلك فإنه حرف مضمونه، إذ اعتبر خطأ أن المستأنف أثار دفعا بعدم الاختصاص المحلي للقضاء الجزائري، حيث أنه كان من الواجب على مجلس قضاء وهران أن يتقيد بمضمون الدفع المثار أمامه وأن يناقشه كما ورد في عريضة الاستئناف وأن لا يحرف محتواه وقصد صاحبه، ومن ثم يتضح أن الوسيطتين المتمسك بهما سيدتين فعلا، مما يعرض القرار المتظلم منه إلى النقض". انظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 331696، الصادر في 23 فيفري 2005، المجلة القضائية، 2005، ع 01، ص 03.

الدعوى بحجية الشيء المقضي فيه مادام أن هذا الحكم الأجنبي لم يمنح الصيغة التنفيذية، أما بعد منحها فيصبح ذلك الدفع ممكنا حيث يحق للطرف الآخر أن يدفعها بسبق الفصل فيها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28 مارس 2001، حيث جاء فيه مايلي⁽¹⁾: "إن الحكم الأجنبي الذي منح له الصيغة التنفيذية يتمتع بحجية الأمر المقضي به، حيث قضت أن القرار المطعون فيه مؤسس تأسيسا سليما وكان مصيبا لما قضى برفض دعوى الطاعن لسبق الفصل فيها"، كما جاء فيه: "وحيث أن حكم الطلاق -محل الخلاف- قد أعطيت له الصيغة التنفيذية وذلك بعد الاطلاع عليه من القاضي المختص ولاحظ عدم مساسه بالأداب العامة وبالسيادة الوطنية وبالتالي فقد جاء القرار -المطعون ضده معللا تعليلا كافيا وسليما- مما يجعل الوجهين المثارين غير مؤسسين مما يتوجب ردهما ونتيجة لذلك رفض الطعن".

تكون للحكم الأجنبي هذه الحجية من تاريخ صدور الحكم بمنح الصيغة التنفيذية وليس من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية، وبما أن الحجية التي يقرها للحكم قانون الدولة التي أصدرته محاكمها تقف عند حدود إقليم هذه الدولة فإن الحجية التي يتمتع بها الحكم في التراب الوطني بعد صدور حكم الصيغة التنفيذية هي الحجية المقررة في القانون الوطني.

بالرجوع إلى المادة 2/338 ق.م.ج⁽²⁾، اعتبر المشرع الجزائري الدفع بحجية الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تقررت لصالح الخصوم ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وإعمال أثرها وهو عدم قبول الدعوى⁽³⁾.

(1)-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، الصادر في 28 مارس 2001، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 312.

(2)-نصت المادة 2/338 ق.م.ج على أنه: "ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا".

(3)-كان على المشرع الجزائري جعل أحكام الحجية من النظام العام حيث يكون للخصوم أو القضاء التمسك بها على حد سواء، فبعدم تعلقها بالنظام العام يعني أن للمحكوم له رفع دعوى جديدة أمام القضاء الجزائري يطالب فيها المحكوم عليه بذات الطلبات التي حكم له بها بموجب الحكم الأجنبي ولم يدفع المحكوم عليه بحجية الحكم المعني-بعد منحه الصيغة التنفيذية- يعني أن القضاء الجزائري سوف يفصل من جديد في الدعوى، وقد ينجم عنه تناقض في الأحكام وعلى هذا من الأحسن جعلها من النظام العام وبالتالي يعمل القاضي بقواعدها حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم، أو حتى إذا ما اتفقا الخصوم على التنازل عنها وعدم=

ففي حالة ما إذا تم رفع دعوى بين نفس الخصوم وبذات الحق الذي فصل فيه الحكم الأجنبي وهذا الحكم صدر فيه حكم وطني يقضي بالموافقة بمنح الصيغة التنفيذية له، وبالتالي اكتسب حجية الأمر المقضي فيه بعد صيرورته نهائياً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به، فإن الدفع بهذا الحكم في الدعوى القائمة أمام المحاكم مرتبط بالمدعى عليه، أي أن الدفع بهذا الحكم هو حق للمدعى عليه ولا يجوز للمحكمة أن تثيره تلقائياً.

أما في القانون المقارن فقد تباينت وجهات نظر التشريعات حول هذه المسألة، ففي فرنسا ذهب القضاء أمام عدم معالجة التشريع لهذا الأثر إلى التفرقة بين الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية⁽¹⁾، وغيرها من الأحكام حيث تتمتع الأولى بحجية الأمر المقضي به قبل منحها الصيغة التنفيذية ما لم تتطلب إجراء عمل تنفيذي، ويقوم هذا الاستثناء على أساس أن الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية تتضمن إنشاء حالة واقعية لا سبيل إلى إغفالها، فلا يعقل الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي الصادر بالتطبيق مثلاً على شرط صدور حكم الصيغة التنفيذية، فمثل هذا الحكم يتعلق بحالة الأشخاص ومن ثم يجب الاعتراف بحجيته طالما توافرت فيه الشروط اللازمة لصحته، بينما الأحكام الأخرى لا تتمتع بهذا الأثر إلا بعد شمولها بالصيغة التنفيذية، على أنه رغم استقرار هذا الاستثناء نجد مشروع قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي الذي وضعته لجنة تقيح القانون المدني لا يقيم هذه التفرقة بين الأحكام الأجنبية إذ تقضي المادة 102 من

=التمسك بها الأمر الذي يترتب عليه استقرار الحماية القضائية التي يمنحها القضاء، وهذا على عكس القانون المصري الذي جعل تعلق الحجية بالنظام العام في المادة 101 إثبات 1968 حيث نصت على أنه: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية...وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

(1)-إن القضاء الفرنسي وإن أقر لأحكام الحالة والأهلية حجية الأمر المقضي فيه قبل الحصول على الأمر بالتنفيذ إلا أنه أوجب مراقبتها دون مراجعتها بمعنى أنه يتعين أن يتحقق القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ من أن الحكم الأجنبي يستوفي الشروط الواجبة وتتم هذه المراقبة بإحدى الطريقتين إما أن يقدم الحكم كسند في دعوى مرفوعة لدى القاضي الفرنسي كتنفيذ حكم أجنبي بالتطبيق دليلاً في الدعوى المرفوعة لديه ببطلان الزواج للتعدد، على سبق صدور الحكم بالتطبيق، فيتعين على القاضي في هذه الحالة مراقبة الحكم، وإما أن ترفع لدى القاضي دعوى يكون موضوعها الأصلي صحة الحكم الأجنبي أو عدم صحته ومتى تحقق القاضي من توافر الشروط المطلوبة لمنح الأمر بالتنفيذ صارت للحكم حجية الأمر المقضي به، على أن هذه الحجية تثبت للحكم ليس فقط من تاريخ حصول المراقبة وإنما من اليوم الذي رتب فيه الحكم آثاره وفقاً للقانون الأجنبي. انظر: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 851.

المشروع بالألا يكون للحكم الأجنبي في كل المواد حجبة الأمر المقضي إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ.

تبنت هذا الحل محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 12 جانفي 1956، حيث جاء فيه مايلي⁽¹⁾: "متى كان الحكم الأجنبي صادرا بشأن حالة الأشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية بإصداره بحسب قانونها وبحسب اختصاص القانون الدولي الخاص، وليس فيه ما يخالف النظام العام في مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر، مادام أنه لم يصدر حكم عن المحاكم المصرية واجب التنفيذ في نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم، ومتى كان الحكم المطعون فيه انتهى إلى الأخذ بحجية أحكام صادرة عن محاكم لبنان ما قضت به في نفي بنوة شخص لأخر لبناني فقد أثبت استكمال الأحكام للشرائط المتقدمة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ القانون".

كذلك أخذ بهذا الحل القانون اللبناني في المادة 1020 الفقرة الأولى من أصول المحاكمات المدنية والتي نصت على أنه: "تنتج الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأهلية وبالأحوال الشخصية والقرارات الأجنبية الصادرة عن القضاء الرجائي مفاعيلها حكما في لبنان دون اقترانها بالصيغة التنفيذية شرط ألا يكون موضوع نزاع".

أما في الجزائر، فإن التشريع الجزائري لم يستثن هذا النوع من الأحكام فالمادة 605 ق.إ.م.إ، وردت بصفة عامة تشمل جميع الأحكام الأجنبية التي توجب شمولها على الصيغة التنفيذية حتى تصبح قابلة للتنفيذ، كما أن الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري أكد في المادة 108 منه على أن مثل هذه الأحكام لا تنفذ تلقائيا في الجزائر إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من قبل محكمة مدينة الجزائر، حيث نصت على أنه: "لا يمكن تصحيح أي عقد للحالة المدنية مقيد في مركز دبلوماسي أو قنصلي بسبب أغلاط أو اغفالات إلا بموجب حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر، وإذا صحح عقد مسجل في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم قضائي أجنبي فإن هذا الحكم يخضع لحكم بالتنفيذ من قبل محكمة مدينة الجزائر".

(1) -عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 323.

بالرجوع إلى الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في هذا الشأن، نجد أنها لم تستثن هي الأخرى هذه الأحكام من تمتعها بالحجية قبل حصولها على الصيغة التنفيذية، حين نصت معظم الاتفاقيات على أن هذا الأثر يترتب عليها بعد صدور حكم من إحدى الجهات القضائية الجزائرية المختصة بمنحها الصيغة التنفيذية منها ما نصت عليه المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية بنصها: "إن الأحكام المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تخول الحق لأي تنفيذ جبري تقوم به سلطات البلد الآخر، ولا أن تكون موضوع أي إجراء عمومي تقوم به هذه السلطات كالنقيد، والتسجيل أو التصحيح في الدفاتر العمومية، إلا بعد إعلانها نافذة للإجراء في تراب الدولة التي يطلب فيها التنفيذ"⁽¹⁾.

إلا أن بعض الاتفاقيات أوردت استثناء على المبدأ المذكور، حيث تعترف بالأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية فيما بين مواطني أحد الأطراف المتعاقدة دون أي إجراء مما يعني أن هذه الأحكام تتمتع بحجية الأمر المقضي دون حاجة لاستصدار حكم الصيغة التنفيذية وهذا ربما لحماية رعاياها ويمكن اعتبار هذا امتياز لمواطنيها، وهذا ما أوردته الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية في المادة 24 حيث نصت على أنه: "يعترف بالأحكام القضائية النهائية الصادرة من الهيئات القضائية لأحد الطرفين المتعاقدين في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تهم مواطنيها فيما بينهم ويكون لها آثارها في إقليم الطرف المتعاقد الآخر دون أي إجراء". وكذلك الاتفاقية الجزائرية الرومانية في المادة 25 حيث نصت على أنه: "يعترف بالأحكام القضائية النهائية الصادرة من الهيئات القضائية لأحد الطرفين المتعاقدين في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تهم مواطنيها فيما بينهم ويكون لها آثارها في إقليم الطرف الآخر المتعاقد بدون أي إجراء لإقرارها".

(1) - ما تبنته المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، المادة 02 الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المادة 02 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية المالية، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية التركية، المادة 16 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية النيجيرية، المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية اليمنية.

وعليه، فالمشرع الجزائري لم يحذو حذو هذه التشريعات ونعتقد أنه حسنا فعل لأن تمتع هذه الأحكام بالحجية يعني أنه يمكن التمسك بها لدى الموثق أو على العموم لدى أية جهة إدارية والتحقق من توافر الشروط المطلوبة فيها قانونا ليس ميسورا وحل اطمئنان، كما أنه إذا تم الاحتجاج بهذا الحكم أمام إحدى الجهات الإدارية لإجراء تصرف معين أمامها من صاحب المصلحة فإن هذه الجهة تكون بهذا تتلقى أوامر من القضاء الأجنبي، وعلى هذا فإنه من الضروري أن تخضع كل الأحكام الأجنبية دون استثناء لمراقبة القضاء الجزائري وصدور حكم وطني يقضي بمنحها الصيغة التنفيذية، وبهذا فإن الجهات تتلقى الأوامر من القضاء الوطني.

الفرع الثاني

الحكم برفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية

إذا لم تتوفر في الحكم الأجنبي الشروط التي فرضها القانون حتى يكون قابلا للتنفيذ في الجزائر، فإنه يتعين على القاضي رفض منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، وبالتالي يكون لهذا الأخير حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للأطراف وهو وما يمنع رفع دعوى تنفيذ من جديد، غير أن ذلك لا يمنع من إعادة رفع دعوى جديدة أمام القضاء الجزائري بخصوص نفس الموضوع الذي فصل فيه القضاء الأجنبي (أولا).

كما أن رفض تنفيذ الحكم الأجنبي لا يعني تجريد هذا الأخير من كل حجية في الإثبات، إذ تذهب غالبية الفقه إلى الاعتراف بقوة هذا الحكم الأجنبي كدليل إثبات واعتباره محررا رسميا ودليلا على ما ورد فيه من وسائل الإثبات كالإقرار والبيينة والمعينة وأداء الخبرة وإن كان للقاضي الوطني هنا حرية تقدير تلك الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي (ثانيا).

أولا: رفع دعوى جديدة في الموضوع

إذا رفض القاضي منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي فإن هذا لا يحول دون إقامة دعوى جديدة في الموضوع، ذلك أنه بإمكان صاحب المصلحة أن يرفع دعوى جديدة أمام القضاء الجزائري بخصوص نفس الموضوع الذي فصل فيه القضاء الأجنبي، ويمكن لهذا الأخير الاستناد

إلى نفس الأسباب التي اعتمدها الحكم الأجنبي في صدوره، كما يجوز له تقديم طلبات لم يتقدم بها أمام القضاء الأجنبي دون اعتبارها طلبات جديدة⁽¹⁾.

قرار الرفض لا أثر له على الدعوى الجديدة المرفوعة، لأن رفض منح الصيغة التنفيذية يكون سببه راجعا لعدم توافر شروط منحها دون التطرق للحق المذكور في الحكم الأجنبي باستثناء الحالة التي تكون الصيغة التنفيذية قد رفضت لأن الدعوى المقترنة بالحكم الأجنبي مخالفة للنظام العام، ففي هذه الحالة لا يمكن للمحكوم له الاستناد إلى نفس الأسباب التي اعتمدها الحكم الأجنبي في صدوره أما الحالات الأخرى فيجوز للمعني ذلك.

وعليه، فإن للمحكوم له الذي رفض طلبه بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي سلوك طريق آخر لقضاء حقه المحكوم له بموجب الحكم الأجنبي المرفوض تنفيذه برفع دعوى موضوعية، ولا يكون للطرف الآخر أن يدفع فيها بسبق الفصل فيها على أساس اختلاف الدعويين حيث أن سبب الدعوى الجديدة هو المطالبة بالحق أو المركز القانوني الذي قضى به الحكم الأجنبي أما سبب دعوى طلب تنفيذ الحكم الأجنبي هو الحكم الأجنبي المراد تنفيذه دون التطرق لموضوعه مجدداً، ويكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حكماً وطنياً كسائر الأحكام الوطنية التي تصدر عن القضاء الوطني⁽²⁾. ويثور التساؤل هنا هل يمكن للمحكوم له رفع دعوى مباشرة أمام المحاكم الوطنية رغم توافر الحكم الأجنبي على الشروط المطلوبة فيه قانوناً لتنفيذه، وهل يمكن له الاستناد عليه في الدعوى؟.

أجاز القضاء الفرنسي للمحكوم له بجانب دعوى الأمر بالتنفيذ، أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الفرنسية بما قضى فيه هذا الحكم الذي يمكنه أن يقدمه سنداً في هذه الدعوى على أنه ليست له قوة مطلقة في الإثبات إذ أنه يمكن إثبات عكسه⁽³⁾.

(1) - بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 153. انظر أيضاً: عليوة عالية، مرجع سابق، ص 412.

PIERRE Mayer, 5^{ème} ed, op.cit, p 283. AUDIT Bernard, 5^{ème} éd, op.cit, p 395.

(2) - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 255.

(3) - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 940.

أما في الجزائر وبما أنه لا يوجد ما يمنع ذلك قانوناً، وأن الحكم الأجنبي ليس له القوة التنفيذية ولا يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية، فإنه يجوز للمحكوم له أن يرفع دعوى في الموضوع الذي شمله الحكم الأجنبي واستصدار حكم وطني مباشرة.

ثانياً: إمكانية الاستناد على الأحكام الأجنبية في الدعوى

يتمتع الحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه في بلده الأصلي، وذلك قبل حصوله على الأمر بالتنفيذ، وقد حاول الفقه تأسيس هذه الحجية التي تتمتع بها الأحكام الأجنبية جميعاً.

فإذا كان الحكم الأجنبي ليس له أي أثر في الجزائر قبل حصوله على الأمر بالتنفيذ، فلا يمكن من جهة أخرى تجاهل هذا الحكم أو إنكار وجوده.

وعليه، أسس الفقه في الأول هذا الأثر على أن الحكم الأجنبي واقعة(1)، ثم نادى اتجاه آخر باعتبار الحكم الأجنبي سندا(2).

1- اعتبار الأحكام الأجنبية كواقعة في الدعوى

يمكن معاملة الحكم الأجنبي قبل شموله بالأمر بالتنفيذ كواقعة، وتترتب عليه آثار بهذا الوصف، ذلك أن الحكم الأجنبي يوجد وضعياً لا يمكن تجاهلها من طرف المحاكم الوطنية أو عدم أخذها بعين الاعتبار، فبذلك فإن الحكم الأجنبي يصلح لأن يكون " سبباً صحيحاً " لاتفاقات ومراكز جديدة لاحقة عليه، فمثلاً الحكم بدين يمكن أن يكون سبباً لاتفاق لاحق على كيفية تنفيذه، كالاتفاق على تقسيطه على آجال محددة، فهذا الاتفاق مبني على الحكم الأجنبي بوصفه واقعة، ويعتبر اتفاقاً صحيحاً لا يمكن لأحد أطرافه الاحتجاج ببطلانه على أساس أن الحكم الأجنبي المبني عليه الاتفاق لم يكن مشمولاً بالأمر بالتنفيذ(1).

نشير هنا إلى أن "بارتن BARTIN" يعتبر أول من نادى بترتيب آثار على الحكم الأجنبي بوصفه واقعة، وقد استوحى ذلك من أحكام القضاء، ومن أهمها الحكم الصادر في 08 جوان

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 72.

1921 وتتلخص وقائعه في أن عاملا أجنبيا يشتغل في شركة أجنبية في فرنسا أصيب بحادث عمل يخضع للقانون الفرنسي، فرجع أمام المحكمة الفرنسية دعوى تعويض ضد الشركة، فاتضح أثناء نظر هذه الدعوى أن هذا العامل سبق أن رفع دعوى تعويض ضد الشركة عن نفس الحادث أمام محكمة أجنبية وتحصل على مبلغ تعويض، وبالرغم من عدم طلب تنفيذ هذا الحكم في فرنسا فإن محكمة نانسي خصمت من التعويض المستحق للعامل طبقا للقانون الفرنسي مبلغ التعويض الذي قبضه طبقا للحكم الأجنبي.

فرأى "بارتن BARTIN" في هذا الحكم أن محكمة نانسي قد وضعت الحكم موضع اعتبار، ورتبت عنه بعض الآثار لا بوصفه حكما ولكن بوصفه واقعة، في حين رأى جانب من الفقه أن اعتبار الحكم الأجنبي واقعة قانونية يعتد بها القاضي الوطني إذا كان قد تم تنفيذه فعلا في الخارج ذلك لأن الحكم الأجنبي الذي لم يتم تنفيذه قد يحال المستفيد منه إلى تنفيذه بدلا من رفع دعوى جديدة أو قد يسقط مع مرور المدة⁽¹⁾.

مهما كان الموقف الفقهي فإن القضاء الفرنسي أصدر عدة أحكام وقرارات كرست مسألة اعتبار الحكم الأجنبي كواقعة⁽²⁾.

2- اعتبار الأحكام الأجنبية كسند في الدعوى

يمكن النظر إلى الحكم الأجنبي، لا على أنه حكم، وإنما على أنه وثيقة محررة من طرف سلطة عامة أجنبية، وهو بهذا الوصف يكون له أمام القاضي الوطني قوة الإثبات التي تكون لكل محرر حرر في الخارج، ويشترط لقبول هذا الأثر المتمثل في قوة الإثبات للحكم الأجنبي، ألا يؤدي إلى منح الحكم الأجنبي الذي لم يشمل بالأمر بالتنفيذ حجية الأمر المقضي به⁽³⁾.

(1)- ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 195.

(2)- Cour de Cassation, Civ, 22 janvier 2009, R.C.D.I.P, n° 03, 2009, p p 535.

(3)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 73.

يراد بقوة الإثبات التي يتمتع بها الحكم الأجنبي في هذه الحالة، هو أن الحكم يشكل دليلاً على ما يحتويه وعلى جميع الإجراءات التي تناولها، فالتحقيق الذي يجريه القاضي خلال الدعوى ويذكر في الحكم يعتبر حجية بالنسبة للتصريحات المدونة فيه، غير أن القاضي الوطني غير ملزم بالنتيجة التي توصل إليها القاضي الأجنبي، بناءً على التحقيق الذي تلقاه، ذلك أنه يمكن للحكم الأجنبي تزويد القاضي الوطني بمعلومات تفيده في القضية المطروحة أمامه، وهكذا يشكل الحكم الأجنبي قبل تنفيذه سنداً للإثبات.

هكذا، إذا تضمن الحكم الأجنبي إقراراً أو يمينا أو شهادة اعتبر دليلاً على ما جاء به، على أن يتحقق القاضي الوطني من سلامة الحكم الأجنبي باعتباره صادراً من سلطة عامة أجنبية مختصة⁽¹⁾.

(1) - ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 196.

يعتبر التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وخاصة مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي من أهم مسائل القانون الدولي الخاص، وهذا نظرا لما تثيره من إشكالات تستدعي تدخل القاضي الجزائري للفصل فيها، غير أنه وفي إطار دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى أن الحلول الوضعية التي نص عليها المشرع الجزائري للفصل في هذه الإشكالات، تعتبر حلول تقليدية وغير كافية، فعلى الرغم من التعديلات التي أحدثها المشرع في هذا الموضوع، إلا أنها حلول عجزت عن ملاحقة التطورات الحاصلة على الصعيدين الوطني والدولي، وخاصة في ظل التطور السريع لوسائل تكنولوجيا الاتصال وأثر ذلك على توسيع نطاق العلاقات الخاصة الدولية، وهو ما يؤكد عجز وقصور المنظومة التشريعية الجزائرية عن إيجاد الحلول الحاسمة للوضعيات المطروحة وعلاج المشاكل المختلفة وهذا ما سنبينه من خلال تطرقنا لأهم النتائج التي تم استخلاصها في هذا الشأن:

– اعتمد المشرع الجزائري فيما يتعلق بمسألة التكييف كمرحلة أولية يعتمد عليها القاضي للبحث عن القانون الواجب التطبيق بما وصل إليه التطور الفقهي والتشريعي من خضوع التكييف لقانون القاضي وهذا تطبيقا لنظرية الفقيه الفرنسي "بارتن BARTIN"، هذه الأخيرة التي نالت شهرة في الأوساط الفقهية، غير أنه وفي نظرنا الآن تكاد هذه النظرية قديمة جدا ويطويها النسيان.

– لم ينص المشرع الجزائري على قواعد إسناد خاصة ببعض المسائل كالخطبة، الشروط الشكلية للزواج، الآثار المترتبة على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، فكرة المسائل الأولية، وغيرها من المسائل التي لها علاقة بهذا الموضوع على غرار العديد من التشريعات.

– وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالشروط الموضوعية للزواج وهي خضوعها لقانون جنسية الزوجين كأصل عام، إلا أنه لم يحدد صراحة الوقت الذي يعتد فيه بهذا القانون. كذلك لم يشر للمقصود به وهذا بالرغم من أهميته.

– إن الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري والذي يقضي بسريان القانون الجزائري في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من القانون المدني الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج، يعتبر استثناء قليل الفعالية وصعب التطبيق في أغلب الحالات.

– أضاف المشرع الجزائري بموجب تعديلاته الأخيرة مواضيع جديدة كالانفصال الجسماني، والآثار المالية للزوجين والسائدة في الأنظمة الغربية، وهذا بالرغم من أنها نظما مجهولة في المجتمع الجزائري وتثير من المشاكل والصعوبات ما لم تثره مواضيع أخرى.

– صعوبة تطبيق فكرة إسناد انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فخضوعها لهذا القانون يمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، ذلك أن اختيار المشرع الجزائري لهذا القانون يعتبر اختيار تعسفي مادام القانون الوطني للزوج ليس محايدا وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين فمن الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر، فاختيار القانون الوطني يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الزوجين.

– قبول المشرع الجزائري صراحة لنوع واحد من الإحالة وهي الإحالة من الدرجة الأولى. غير أنه ما يعاب عليه قبوله هذا النوع من الإحالة دون قيد أو شرط، كما أنه بدا واضحا أن المشرع لم يترك للقاضي السلطة التقديرية لمراقبة ما إذا كان هذا القبول يؤدي فعلا إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع من عدمه، وأن القانون الأجنبي المحال على القاضي الوطني لا يتعارض مع أهداف وغاية ووظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، وهي وضع الحلول التي تتلاءم مع ظروف الحياة الدولية الخاصة.

– اعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة قانونا، حيث يخضع القاضي الوطني في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا، وما دون هذه المسائل تعتبر واقعة لا تخضع للطعن بالنقض وبالتالي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

- لم ينص المشرع الجزائري على موقفه من عدة مسائل تتعلق بتطبيق القانون الأجنبي منها مسألة عبء إثبات القانون الأجنبي، تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه وهذا بالرغم من أهميتها.

- لم يعرف المشرع الجزائري كل من النظام العام والغش نحو القانون باعتبارهما موانع تؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي، وترك مهمة تعريفهما للقاضي المرفوع أمامه النزاع.

- لم يخصص المشرع الجزائري للاختصاص القضائي الدولي سوى مادتين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بني على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الوطنين سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه، كما حصر نطاق تطبيقهما في الالتزامات التعاقدية فقط، وهو الأمر الذي يعطل الفائدة المرجوة من هذه المواد، فإن هي وجدت أساسا من أجل حماية المواطن فلا شك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصر على الالتزامات التعاقدية دون المسائل الأخرى، كما وأن الاختصاص المقرر في هذه المواد مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع، فقصره بالتالي على الالتزامات التعاقدية دون غيرها ليس له ما يبرره. كما أنه لم يتطرق للقيود الواردة على حرية الدولة في تحديد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي كالحصانة القضائية، والإحالة القضائية وهذا بالرغم من أهميتهما.

- وجود تناقض بين نص المادتين 45 و 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ لا يعقل أن يمنع المشرع شرط الخضوع الاختياري في نص المادة 45 ثم يجيزه مباشرة في المادة 46 منه، خاصة وأن الفرض أن هذه النصوص تتعلق بالاختصاص الداخلي لا الدولي، ثم كيف لا يكون هناك تناقض والمشرع الجزائري في المادة 45 يخص التجار فقط، وهو بالتالي نص خاص، ثم يأتي بصياغة عامة في المادة 46، وكان الأصل أن يورد النص العام ثم يخصصه لا أن يأتي بالعكس.

- خطى المشرع الجزائري خطوات جديدة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا أنها تبقى خطوات قاصرة وناقصة، إذ لم يتطرق إلى تنظيم كافة النقاط القانونية المتعلقة بها، كعدم تعريفه للحكم القضائي الأجنبي القابل للتنفيذ، وكذا إجراءات رفع دعوى الأمر بتنفيذه، وغيرها من المسائل الأخرى.

لما كانت الحلول التي وضعها المشرع الجزائري للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الأشخاص والأموال وبالخصوص مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي تقليدية وغير كافية على نحو ما سبق الإشارة إليه، نرى أننا في حاجة ماسة إلى إدخال تحديثات وتعديلات جذرية عليها بما يستجيب للتغيرات الحاصلة وبما يتناسب والتطورات التي تعرفها العلاقات الخاصة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وهذا حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن وليس أمام اجتهاد قضائي مضطرب وغير منسجم، ولهذا السبب ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات تتمثل فيما يلي:

- ضرورة الخروج من النظريات التقليدية في معالجة مسائل القانون الدولي الخاص خاصة ما تعلق بموضوع النزاع، ذلك أننا نشهد الآن أن العالم يتكثف في نشاطات عديدة عن طريق إبرام المعاهدات المختلفة التي من شأنها المساهمة في توحيد الكثير من القواعد القانونية الدولية الخاصة، وخير دليل على ذلك ما وصل إليه الاتحاد الأوروبي الذي وحد منظومته التشريعية في ميادين مختلفة، وما حققته المنظمة العالمية للتجارة في إرساء أسس ومعايير دولية موحدة، وكذا التحكيم التجاري الدولي، الذي أضحى نموذج عالمي يلجأ إليه في حل المنازعات ذات الطابع التجاري الدولي.

- ضرورة تحديد قاعدة إسناد خاصة بالخطبة من حيث شروطها وآثارها من عدول وتعويض كما هو الحال بالنسبة للزواج.

- تعديل المادة 11 من القانون المدني الجزائري وإعادة ضبط صياغتها بما يجلي الغموض المثار حول المقصود بقانون جنسية الزوجين والوقت الذي يعتد به صراحة والنص على وقت

الزواج نفسه، حتى لو تغيرت جنسية أحد طرفي العلاقة الزوجية أو كلاهما فإن القانون المذكور يبقى معمولاً به ولا يتغير.

– إحداهن قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج تجلي الغموض والجدل الفقهي المثار حول هذه المسألة بما يضمن إيجاد حلول ملائمة للمشكلات الناجمة عن تنازع القوانين في مسألة إبرام الزواج المختلط.

– تلافى الحلول الموضحة في المادة 2/12 و13 من القانون المدني الجزائري، التي تؤدي إلى صعوبات في تطبيقها لأنها مبنية على الذاتية واللامساواة بين الزوج والزوجة والجزائري والأجنبي لا سيما أن القضاء الأجنبي سيجد فيها ما يتناقض مع نظامه العام.

– وضع قاعدة إسناد خاصة بآثار انحلال الزواج والانفصال الجسماني وخاصة موضوع حضانة الأطفال المولودين نتاج الزواج المختلط التي تعتبر إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية والعملية.

– ضرورة وضع شروط لقبول الإحالة من الدرجة الأولى، فقبول هذه الأخيرة في القانون الجزائري على نحو ما سبق ذكره تعبر عن موقفه إزاء الاتجاه الفقهي الراض للإحالة بغض النظر عن نيته أو النتائج التي يمكن أن تترتب عن تطبيق القانون الجزائري. ويمكن أيضاً أن يؤسس رفض المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الثانية على رغبته في تفادي الآثار السلبية التي يمكن أن تنتج عنها لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع والدوران في حلقة مفرغة.

– إضافة نص قانوني في القانون الجزائري يشير إلى فكرة المسائل الأولية وإعمالها في النظام القانوني الجزائري، وخاصة ما يؤكد هذا الأمر هو اعتماد القانون المدني صراحة للإحالة. غير أنه يجب إعمال فكرة المسائل الأولية في حدود معينة وفي ظروف كل قضية، فمن الأسلم عدم وضع قاعدة عامة تطبق في كل الأحوال، إنما ما تستدعيه اعتبارات العدالة وحماية توقعات الأشخاص

والتبصر بمصالحهم من ناحية، ومن ناحية ثانية مراعاة الروابط والصلات الموضوعية بين المسألة الأولية المعروضة وقواعد الإسناد الوطنية أو بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، وبناء على ذلك قد يطبق القاضي قواعد الإسناد الوطنية أو يطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي يحكم المسألة الأصلية.

- ضرورة إلغاء التمييز الذي وضعه المشرع الجزائري في تطبيق القانون الأجنبي بين مسائل قانون الأسرة وغيرها من المسائل، حيث يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة، وحتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية.

- إضافة نص قانوني يحدد موقف المشرع الجزائري من مسألة عبء إثبات القانون الأجنبي صراحة وهذا لتلافي الآراء المختلفة في هذا الشأن. وهذا من خلال النص على منح الحق للقاضي في إثباته، على أن يكون التزاما ببذل عناية، وله أن يستعين بالخصوم في هذا الإثبات. ولذا ليل الصعوبات أمام القضاة في إثبات مضامين القوانين الأجنبية المختصة، نرى:

• ضرورة إنشاء مركز علمي، تحت إشراف وزارة العدل، غايته تسهيل مهمة القضاة في مجال تطبيق القوانين الأجنبية، خاصة شائعة التطبيق في القضاء، بتقديم المساعدة اللازمة والمعلومات الرسمية عن هذه القوانين، كما تكون لهذه المراكز اتصالات دورية ومستمرة بمراكز مماثلة في دول أخرى، كما يتولى الإشراف على تريبص القضاة وتحسين مستواهم وتخصصهم في النزاعات ذات الطابع الدولي الخاص.

• تخصيص أقسام في المحاكم للنظر في النزاعات الخاصة الدولية في المحاكم التي كثيرا ما تعرض عليها المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مما يكسب الأقسام خبرة واسعة مع مرور الوقت كلما تكرر النزاع بنفس الشكل.

• الاهتمام بدراسة القانون المقارن، وضرورة التركيز على دراسة القانون المقارن في الجامعات، ومن ثمة توفير المعلومات حول أهم القوانين الأجنبية المتوقع البحث عن مضمونها من القضاة، وتدعيم المؤلفات الفقهية كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي.

- إضافة نص قانوني يحدد موقف المشرع الجزائري من مسألة تفسير القانون الأجنبي صراحة، ويكون ذلك بتبني ما استقر عليه الفقه الجزائري من وجوب تفسير القانون الأجنبي حسب المبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني، وكما استقر عليه الاجتهاد القضائي هناك، لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه تشويه ذلك القانون والبعد عن الروح التي استهدفها المشرع الأجنبي، كما أن هذا الرأي ينسجم مع احتفاظ القانون الأجنبي واستقلاله عن قانون القاضي ولو أن تطبيقه حصل في غير بلده.

- ضرورة إضافة نصوص قانونية توضح صراحة أموراً تتعلق بتطبيق القانون الأجنبي من خلال مثلا تبيان موقف المشرع الجزائري من رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي، وكذا التطرق بالتعريف لكل من النظام العام والغش نحو القانون باعتبارهما موانع لتطبيق القانون الأجنبي.

- ضرورة إضافة نصوص قانونية فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي وخصوصاً أن مادتين فقط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعتبران في نظرنا غير كافية لمواجهة النزاعات الخاصة الدولية مقارنة بقواعد تنازع القوانين التي كان لها الحظ الأوفر. وعدم حصر نطاق تطبيقها في الالتزامات التعاقدية، صف إلى ذلك ضرورة التطرق إلى ما يسمى بالحصانة والإحالة القضائية باعتبارهما قيوداً على وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي مثلما فعل مع الإحالة القانونية بنص صريح.

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لإزالة اللبس والغموض الذي اكتنف نص المادتين 45 و 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا بإحداث تسبيق وتأخير بين المادتين، بحيث تصبح المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي القاعدة العامة، والمادة 45 من نفس القانون هي الاستثناء، أو القيام بإلغاء المادة 45 ليصبح بذلك مبدأ الخضوع الاختياري جائزاً في كل الأحوال بغض النظر عن صفة المتعامل سواء أكان تاجراً أو غير تاجر.

– إضافة نصوص قانونية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال النص على المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ في الجزائر وكذا معالجة كل الإشكالات التي تطرحها هذه المسألة.

– أخيراً، ومادامت العلاقات ذات العنصر الأجنبي عندنا في تطور مستمر بسبب تنامي العلاقات بين المواطنين وغيرهم أو علاقاتهم في الخارج، والتي من شأنها أن تسبب نزاعات يتوالى عرضها ويزداد أمام القضاء، نرى بأن يخصص تقنياً تحت تسمية "القانون الدولي الخاص" ينظم مثل هذه العلاقات مثلما هو كائن في بعض الدول.

تم بعون الله

أولاً: باللغة العربية

1. الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
2. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية، طبعة 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.
3. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
5. أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
6. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
7. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
8. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
9. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، طبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.

10. **بلمامي عمر**، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكيف، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
11. **بوشير محند أمقران**، النظام القضائي الجزائري، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
12. **جمال محمود الكردي**، تنازع القوانين، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2005.
13. **حسام الدين فتحي ناصف**، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
14. _____، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.
15. **حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، طبعة 2، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
16. **حفيظة السيد الحداد**، محل التكيف في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية وانتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998.
17. _____، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
18. _____، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
19. **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

20. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، جزء1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
21. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، جزء1، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2000.
22. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
23. _____، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
24. زياد خليف الغنزي، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
25. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، طبعة1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.
26. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، جزء2، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، طبعة1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.
27. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نسا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
28. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، طبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

29. _____، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
30. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، 2002.
31. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2012.
32. صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص المعاصر، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
33. صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دراسة في أحكام الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2004.
34. _____، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
35. _____، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
36. _____، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
37. _____، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
38. _____، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

39. _____ ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، دون دار النشر، دون بلد النشر، 2009.
40. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
41. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
42. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
43. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، طبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
44. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهضبة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
45. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
46. _____ ، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
47. _____ ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
48. _____ ، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الجنسية اللبنانية والإجراءات المدنية والتجارية الدولية، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

49. **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
50. **عليوش قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
51. **غالب علي الداودي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
52. **غالب علي الداودي**، **حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، جزء 1، الجنسية، المواطن، مركز الأجنب وأحكامه في القانون العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2017.
53. **فضيل العيش**، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
54. **فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
55. **مجد الدين خربوط**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، سوريا، 2009.
56. **محمد سعادي**، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
57. **محمد كمال فهمي**، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجنب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

58. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، القاهرة، مصر، 1994.
59. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
60. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، جزء1، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، طبعة1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
61. _____، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، طبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
62. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، جزء1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
63. _____، القانون الدولي الخاص، جزء2، القواعد المادية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989.
64. نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
65. _____، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، طبعة4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
66. نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية، طبعة1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
67. نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حقوق الملكية الصناعية، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

68. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
69. _____، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
70. _____، القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.
71. _____، الإحالة، دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
72. _____، مجلد2، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
73. هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000.
74. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
75. _____، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
76. _____، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
77. _____، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

78. هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
79. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، جزء 1، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
80. _____، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
81. وسام توفيق عبد الله الكتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
82. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية

1. بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الدولي الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1993.
2. بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بفايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2014/2013.
3. بن زيان أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، القسم الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، 2015/2014.

4. قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة مقدمة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، 2010/2011.
5. مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011/2012.
6. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
7. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1986.

III. المقالات

1. إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضارة، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 210-231.
2. أعراب بلقاسم، أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 02، 2004، ص ص 22-33.
3. _____، دراسة لبعض الصعوبات التطبيقية لقواعد الإسناد الخاصة بالزواج، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 01، 2007، ص ص 06-16.

4. آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد 02، 2010، ص 144-158.
5. _____، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 07-19.
6. _____، الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2017، ص ص 11-23.
7. بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، عدد 01، 2015، ص ص 177-208.
8. بعلوج أسماء، إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين الأحوال الشخصية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، عدد 02، 2014، ص ص 261-288.
9. بلعور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 04، 2009، ص ص 101-165.
10. بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة1، الجزائر، عدد 02، 1994، ص ص 51-66.

11. _____ ، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 04، 2007، ص ص 145-165.
12. _____ ، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 02، 2008، ص ص 339-358.
13. _____ ، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في مواد الأحوال الشخصية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، عدد 01، 2011، ص ص 103-117.
14. **بن ساعد الهام**، تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا وحالة استبعاد التطبيق، تحليل وفق القانون الجزائري بعد التعديل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، عدد 03، 2009، ص ص 400-409.
15. _____ ، تفسير القاضي الجزائري للقانون الأجنبي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 21، 2011، ص ص 279-292.
16. **بن عصمان جمال**، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، عدد 16، 2013، ص ص 01-24.
17. **بوسهوه نور الدين**، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعيد دحلب، البليدة، عدد 01، 2011، ص ص 118-127.

18. _____، مسائل الأحوال الشخصية وعلاقتها بالنظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 318-332.
19. بومروا سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 106-121.
20. تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 174-182.
21. جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص، تأصيل وتجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، عدد 11، 2015، ص ص 230-251.
22. حسين نورة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 34-63.
23. حليتييم سراح، منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني، مجلة الفقه والقانون، المغرب، عدد 33، 2015، ص ص 92-101.
24. حمادي عبد الفتاح، آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، التبني والانفصال الجسماني نموذجا، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، عدد 03، 2017، ص ص 65-82.

25. حمة مرامية، الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مباح، ورقلة يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 419-429.
26. حواسي يامنة، انعقاد الزواج المختلط وآثاره، دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، عدد 04، 2016، ص ص 398-414.
27. الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مشكلة أم حل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، عدد 04، 2015، ص ص 148-156.
28. دربال عبد الرزاق، ضابط الاختصاص القضائي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 19-32.
29. _____، شرط الاختصاص القضائي الدولي لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، عدد 07، 2013، ص ص 11-22.
30. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، عدد 04، 2011، ص ص 236-254.
31. دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 01، 2015، ص ص 74-87.

32. ريس محمد، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2011، ص ص 10-50.
33. رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، قسنطينة، عدد 05، 2016، ص ص 108-122.
34. _____، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة ابن باديس، مستغانم، عدد 01، 2017، ص ص 195-219.
35. _____، اختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية في مسائل الزواج المختلط، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد 11، 2017، ص ص 755-765.
36. زازة لخضر، قراءة في تعديل بعض نصوص القانون الدولي الخاص من منظور دولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، عدد 07، 2013، ص ص 120-144.
37. زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 01، 1997، ص ص 64-107.
38. زلاسي بشري، قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، عدد 01، 2011، ص ص 172-185.
39. _____، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 141 و 142.

40. _____ ، النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيبي علي، البليلة2، عدد 10، 2017، ص ص 33-13.
41. **سعداوي محمد الصغير**، مدى كفاءة المشرع الجزائري للحق في التقاضي أمام قضاؤه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 17، 2017، ص ص 43-48.
42. **شبور نورية**، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 02، 2018، ص ص 51-67.
43. **عبد الغني سليم**، تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، أشغال ندوة دولية بتاريخ 09 و 10 أفريل 2010، ص ص 321-349.
44. **عبد اللاوي سامية**، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، عدد 02، 2014، ص ص 186-200.
45. **عثماني بلال**، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 183-193.
46. **عسالي عبد الكريم**، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 357-368.

47. **عكروم عادل**، الحماية الجزائرية لأصول الملكية الصناعية في الجزائر، جريمة التقليد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد 05، 2015، ص ص 279-298.
48. **علال قاشي**، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 108-131.
49. **عليوة عالية**، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بنعامة، عدد 01، 2018، ص ص 398-414.
50. **عليوش قريوع كمال**، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 183-193.
51. **عمارة بلغيث**، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، عدد 01، 2007، ص ص 280-292.
52. _____، الاختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، عدد 01، 2016، ص ص 67-86.
53. **عمارة عمارة**، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 132-143.

54. **عمارة مسعودة**، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 408-394.
55. **عنان جمال الدين**، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، عدد 29، 2014، ص ص 135-115.
56. **عيشوبة فاطمة**، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 02، 2015، ص ص 445-423.
57. **غالي كحلة**، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، عدد 09، 2017، ص ص 146-175.
58. **فتيحة يوسف عماري**، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 02، 1999، ص ص 124-97.
59. **قتال حمزة**، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مجلة المعارف، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، عدد 11، 2011، ص ص 68-51.
60. _____، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 01، 2015، ص ص 82-54.
61. _____، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، حوليات جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، عدد 02، 2015، ص ص 283-265.

62. القروي بشير سرحان، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، عدد 03، 2016، ص ص 80-95.
63. قريشي رزيقة، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، عدد 17، 2018، ص ص 736-749.
64. كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 69-86.
65. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي(القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 307-317.
66. كيجل كمال، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، عدد 05، 2009، ص ص 461-473.
67. _____، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، عدد 08، 2009، ص ص 358-376.
68. _____، مفهوم النظام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 42، 2017، ص ص 25-41.
69. لحميم زوليخة، إثبات القانون الأجنبي ووسائل الاتصال الحديثة، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أبريل 2010، ص ص 89-99.

70. محمد الصالح روان، تنفيذ السندات التنفيذية الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، ملقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 371-385.
71. محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المواد 10-11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 06، 2010، ص ص 67-88.
72. مخباط عائشة، نظرية الإحالة في تنازع القوانين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، الجزائر، عدد 04، 2014، ص ص 505-547.
73. مدوري زايد، تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 122-137.
74. مسعودي يوسف، حماية حق المؤلف في ظل التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، عدد 02، 2008، ص ص 195-208.
75. _____، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد 01، 2011، ص ص 54-69.
76. _____، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 22، 2012، ص ص 96-128.
77. _____، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 87-105.
78. مقدس أمينة، استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء المادة 24 من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، عدد 01، 2019، ص ص 1580-1601.

79. مهداوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، عدد 02، 2014، ص ص 49-66.
80. موسى محمد، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس، المدية، عدد 01، 2009، ص ص 83-125.
81. موكه عبد الكريم، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد 02، 2016، ص ص 160-173.
82. ميكالي الهواري، تغير ضوابط الإسناد من خلال آلية التكيف في مسائل الزواج والطلاق، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، تلمسان، عدد 01، 2007، ص ص 29-37.
83. ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 333-348.
84. ناشف فريد، تذييل الحكم الأجنبي أو امهاره بالصيغة التنفيذية، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، أشغال ندوة دولية بتاريخ 09 و 10 أبريل 2010، ص ص 303-320.
85. نور الدين زرقون، تأثير المادة 23 مكرر من القانون المدني على دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص ص 46-72.

86. هاشمي حسن، الحقوق الذهنية والقانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص ص 155-164.
87. يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية، الحضانة نموذجاً، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة، الجزائر، عدد 02، 2016، ص ص 381-405.

IV. المحاضرات الجامعية

1. بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2014/2013.
2. بلعبور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2011/2010.
3. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جزء 2، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دون دار النشر، دون بلد النشر، 1996/1995.

V. النصوص القانونية

1. الدستور

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 صادرة في 07 مارس 2016.

2. الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعية الموقعة في 02 مارس 1883 المعدلة في 28 سبتمبر 1979، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 75-02 المؤرخ في 09 جانفي 1975، جريدة رسمية عدد 10 صادرة في 04 فيفري 1975.

- الاتفاقية الخاصة بالوضع القانوني للاجئين، الموقعة في جنيف يوم 28 جويلية 1951، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 63-274 المؤرخ في 25 جويلية 1963، جريدة رسمية عدد 52 صادرة في 30 جويلية 1963.
- الاتفاقية الخاصة بالقانون الأساسي لعديمي الجنسية، الموقعة في نيويورك يوم 28 سبتمبر 1954، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 64-173 المؤرخ في 08 جوان 1964، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 17 جويلية 1964.
- الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، الموقعة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي الموقع عليها في 28 أوت 1962، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29 جويلية 1965، جريدة رسمية عدد 68 لسنة 1965.
- الاتفاقية الجزائرية المغربية، المتعلقة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي، الموقع عليها في 15 مارس 1963، المصادق عليها بموجب الأمر رقم 69-68 المؤرخ 02 سبتمبر 1969، جريدة رسمية عدد 77 لسنة 1969.
- الاتفاقية الجزائرية التونسية، المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي، الموقع عليها في 26 جويلية 1963، مصادق عليها بموجب المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963، جريدة رسمية عدد 01 لسنة 1963.
- الاتفاقية الجزائرية المصرية، المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي، الموقعة في الجزائر يوم 29 فيفري 1964، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 65-195 المؤرخ في 29 جويلية 1965، جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1963.
- اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الموقعة في ستوكهولم يوم 14 جويلية 1967، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 75-02 مكرر المؤرخ في 09 جانفي 1975، جريدة رسمية عدد 13 صادرة في 14 فيفري 1975.

- الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في نواكشوط يوم 03 ديسمبر 1969، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 70-04 المؤرخ في 15 جانفي 1970، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 1970.
- معاهدة التعاون بشأن البراءات، الموقعة في واشنطن يوم 19 جوان 1970 المعدلة في 28 سبتمبر 1979 و 03 فيفري 1984، مصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-92 المؤرخ في 15 أفريل 1999، جريدة رسمية عدد 28 صادرة في 19 أفريل 1999.
- الاتفاقية الجزائرية الألمانية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، الموقعة في الجزائر يوم 02 ديسمبر 1972، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 73-57 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، جريدة رسمية عدد 101 لسنة 1973.
- اتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية، الموقعة في باريس يوم 24 ماي 1974، مصادق عليها بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 جويلية 1974، جريدة رسمية عدد 62 صادرة في 02 أوت 1974.
- الاتفاقية الجزائرية المجرية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، الموقعة في الجزائر يوم 07 فيفري 1976، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 84-25 المؤرخ في 11 فيفري 1984، جريدة رسمية عدد 07 لسنة 1984.
- الاتفاقية الجزائرية البولونية، المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري، الموقعة في الجزائر يوم 29 نوفمبر 1976، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 80-206 المؤرخ في 06 سبتمبر 1980، جريدة رسمية عدد 37 لسنة 1980.

- الاتفاقية الجزائرية البلغارية، المتعلقة بالتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 77-191 المؤرخ في 24 ديسمبر 1977، جريدة رسمية عدد 01 لسنة 1977.
- الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في بوخارست يوم 28 جوان 1979، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 84-178 المؤرخ في 28 جويلية 1984، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 1984.
- اتفاقية سيداو للقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، مصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، جريدة رسمية عدد 06 صادرة في 24 جانفي 1996.
- الاتفاقية الجزائرية السورية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في دمشق يوم 27 أفريل 1981، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-130 مؤرخ في 19 فيفري 1983، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 1983.
- الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقع عليها في 31 مارس 1982، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-453 المؤرخ في 23 جويلية 1983، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 1983.
- الاتفاقية الجزائرية السوفياتية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في الجزائر يوم 23 فيفري 1982، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-423 المؤرخ في 09 جويلية 1983، جريدة رسمية عدد 29 لسنة 1983.
- الاتفاقية الجزائرية المالية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في بماكو يوم 28 جانفي 1983، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-399 المؤرخ في 18 فيفري 1983، جريدة رسمية عدد 26 لسنة 1983.

- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض يوم 06 أبريل 1983، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فيفري 2001، جريدة رسمية عدد 11 لسنة 2001.
- الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع، الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-241 المؤرخ في 20 جويلية 1991، جريدة رسمية عدد 36 صادرة في 31 جوان 1991.
- الاتفاقية الجزائرية النيجرية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في نيامي يوم 12 أبريل 1984، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 85-77 مؤرخ في 23 أبريل 1985، جريدة رسمية عدد 18 لسنة 1985.
- اتفاق النقل الجوي بين الجزائر ومملكة هولندا، الموقع عليه يوم 22 مارس 1987، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-329 المؤرخ في 29 أوت 1992، جريدة رسمية عدد 65 لسنة 1992.
- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في الجزائر يوم 25 جويلية 1988، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، جريدة رسمية عدد 30 صادرة في 27 جويلية 1988.
- الاتفاقية الجزائرية التركية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في الجزائر يوم 14 ماي 1989، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-370 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000، جريدة رسمية عدد 69 لسنة 2000.
- الاتفاقية الجزائرية المغربية، قصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الدخل والثروة الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990، مصادق عليها بموجب

- المرسوم الرئاسي رقم 90-299 المؤرخ في 13 أكتوبر 1990، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 1990.
- اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة في ليبيا يوم 09 و 10 مارس 1991، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-181 المؤرخ في 27 جوان 1994، جريدة رسمية عدد 43 لسنة 1994.
- الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير والتطبيق بين الأطراف المتعاقدة، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-245 المؤرخ في 13 أكتوبر 1991، جريدة رسمية عدد 46 صادرة في 16 أكتوبر 1991.
- الاتفاقية الجزائرية الليبية، المتعلقة بالتعاون القضائي، الموقعة في بنغازي يوم 08 جويلية 1994، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-367 المؤرخ في 12 نوفمبر 1995، جريدة رسمية عدد 69 لسنة 1995.
- معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بشأن حق المؤلف، الموقعة في جنيف يوم 20 ديسمبر 1996، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-123 المؤرخ في 03 أفريل 2013، جريدة رسمية عدد 27 صادرة في 22 ماي 2013.
- الاتفاقية الجزائرية الأردنية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في الجزائر يوم 25 جوان 2001، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-139 المؤرخ في 25 مارس 2003، جريدة رسمية عدد 22 لسنة 2003.
- الاتفاقية الجزائرية الكويتية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في 30 أوت 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-102 المؤرخ في 06 مارس 2002، جريدة رسمية عدد 18 لسنة 2002.

- الاتفاقية الجزائرية اليمنية، المتعلقة بالتعاون القضائي والقانوني، الموقعة في الجزائر يوم 03 فيفري 2002، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-141 المؤرخ في 17 مارس 2003، جريدة رسمية عدد 19 لسنة 2003.
- الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري، الموقعة في الجزائر يوم 22 جويلية 2003، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-72 مؤرخ في 13 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 2005.
- الاتفاقية الجزائرية الإسبانية، المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري، الموقعة في مدريد يوم 24 فيفري 2005، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-64 المؤرخ في 11 فيفري 2006، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2006.

3-النصوص التشريعية

- أمر رقم 66-86 مؤرخ في 28 أبريل 1966، يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعيين، جريدة رسمية عدد 35 صادرة في 03 ماي 1966.
- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 فيفري 2016، جريدة رسمية عدد 37 صادرة في 22 جوان 2016.
- قانون رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21 صادرة في 27 فيفري 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 09 أوت 2014.
- قانون رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ع 105 صادرة في 18 ديسمبر 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 27 فيفري 2005.

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78 صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، جريدة رسمية عدد 44 صادرة في 26 جوان 2005.
- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، جريدة رسمية عدد 101 صادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، جريدة رسمية عدد 71 صادرة في 30 ديسمبر 2015.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 24 صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 27 فيفري 2005، والموافق عليه بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، جريدة رسمية عدد 43 صادرة في 22 جوان 2005.
- قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989، يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، وتنظيمها وسيورها، جريدة رسمية عدد 53 لسنة 1989، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-25 مؤرخ في 12 أوت 1996، جريدة رسمية عدد 48 صادرة في 14 أوت 1996.
- أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جريدة رسمية عدد 44 صادرة في 23 جويلية 2003.
- أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، جريدة رسمية عدد 44 صادرة في 23 جويلية 2003 .
- أمر 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، جريدة رسمية عدد 27 صادرة في 23 جويلية 2003.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 صادرة في 23 أفريل 2008.

– قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 جوان 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36 لسنة 2008.

4-النصوص التنظيمية

– مرسوم رقم 64-259 مؤرخ في 27 أوت 1964، يتضمن أحكام خاصة تتعلق بالموظفين الدبلوماسيين والقنصليين المعتمدين لدى الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وكذا أعضاء مكتب المساعدة التقنية للأمم المتحدة والخبراء.

VI. الاجتهادات القضائية

1. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 58890، الصادر في 09 ماي 1990، المجلة القضائية، 1992، عدد 02، ص 20.
2. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، الصادر في 02 جانفي 1992، المجلة القضائية، 1993، عدد 03، ص 91.
3. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، الصادر في 02 جوان 1992، المجلة القضائية، 1993، عدد 03، ص 91.
4. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 107604، الصادر في 27 أفريل 1994، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 33.
5. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 12986، الصادر في 10 جانفي 1996، المجلة القضائية، 1998، عدد 01، ص 89.
6. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1700082، الصادر في 17 فيفري 1998، المجلة القضائية، عدد 01، ص ص 167-170.
7. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، الصادر في 28 مارس 2001، المجلة القضائية، 2001، عدد 01، ص 312.

8. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، الصادر في 28 مارس 2001، المجلة القضائية، 2002، عدد 01، ص 314.
9. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 286232، الصادر في 18 فيفري 2003، المجلة القضائية، 2004، عدد 02، ص 215.
10. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355718، الصادر في 12 أبريل 2004، المجلة القضائية، 2006، عدد 01، ص 477.
11. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 331696، الصادر في 23 فيفري 2005، المجلة القضائية، 2005، عدد 01، ص 03.
12. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355718، الصادر في 12 أبريل 2006، المجلة القضائية، 2006، عدد 01، ص 479.
13. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 4023333، الصادر في 12 مارس 2008، المجلة القضائية، 2008، عدد 01، ص ص 258 و 259.
14. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 482270، الصادر في 17 جوان 2009، المجلة القضائية، 2010، عدد 02، ص 141.
15. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 509000، الصادر في 16 سبتمبر 2009، المجلة القضائية، 2010، عدد 01، ص 223.
16. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 655755، الصادر في 14 جويلية 2011، المجلة القضائية، 2011، عدد 02، ص 298.
17. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 697414، الصادر في 15 ديسمبر 2011، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 144.

VII. وثائق أخرى

1. الاتفاق المبرم بين فرنسا وسويسرا في 15 جويلية 1869 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام.
2. الاتفاق الخاص باتحاد الملكية الصناعية المؤرخ في 02 مارس 1883 والمعدل باتفاق واشنطن المؤرخ في 02 جويلية 1911.
3. اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886.
4. معاهدة لاهاي الموقعة سنة 1902 من طرف بعض الدول الأوروبية، والخاصة بتسوية تنازع القوانين المتعلقة بمسائل الزواج.
5. اتفاقيات لوزان والخاصة بالإقامة والتي عقدت بين تركيا والحلفاء في 24 جويلية 1923.
6. اتحاد بروكسل البحري سنة 1924.
7. المعاهدة الفرنسية الإيطالية المنعقدة سنة 1930 والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.
8. معاهدة مونترو المؤرخة في 08 ماي 1937 والتي ألغت الامتيازات الأجنبية في مصر.
9. اتفاقية فيينا المنعقدة في 24 أبريل 1948.
10. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.
11. اتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1955 المتعلقة بالتنازع بين قانون الجنسية وقانون الموطن.
12. اتفاقية لاهاي الموقعة في 24 أكتوبر 1956 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة اتجاه الطفل.
13. معاهدة لاهاي الموقعة في 15 أبريل 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام المتعلقة بالالتزام بالنفقة اتجاه الطفل.
14. اتفاقية لاهاي بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1961.

15. معاهدة "لاهاي" المؤرخة في 05 أكتوبر 1961 الخاصة بتنازع القوانين فيما يتعلق بشكل الوصية.
16. معاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04 فيفري 1969.
17. الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966.
18. الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في 27 سبتمبر 1968 والمتصلة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية.
19. اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته.
20. اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1978.
21. اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980.
22. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981.
23. اتفاقية تريبس TRIPS الموقعة في مراكش سنة 1994 في إطار منظمة التجارة العالمية O.M.C.
24. اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال.
25. اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام المحكمين.
26. الاتفاقية الأوروبية بين دول السوق الأوروبية المشتركة والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية.

I. OUVRAGES

1. **ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves**, Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998.
2. _____, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.
3. **ARMINJON**, Précis de droit international privé, Tome II, 3^{ème} édition, Librairie Dalloz, Paris, 1947.
4. **AUDIT Bernard**, droit international privé, 3^{ème} édition, Economica, Paris, 2000.
5. _____, droit international privé, 4^{ème} édition, Economica, Paris, 2006.
6. _____, droit international privé, 5^{ème} éditions, Economica, Paris, 2008.
7. **BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul**, droit international privé, 4^{ème} édition, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1967.
8. _____, droit international privé, Tome I, 6^{ème} édition Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1974.
9. _____, droit international privé, Tome II, 7^{ème} édition, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1983.
10. _____, Traité de droit international privé, Tome I, 8^{ème} édition, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1993.
11. **BATIFFOL Henri**, Aspects philosophique du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002.
12. **BERNARD Schnapper**, Voies nouvelles en histoire du droit (la justice, la famille, la répression pénale), presses universitaire de France, Paris, 1991.
13. **BISCHOFF Jean-Marc**, Répertoire de droit international, Mariage, Tome II, Dalloz, Paris, 1999.

14. **CHAVANNE Albert, BURST Jean–Jacques**, droit de la propriété industrielle, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 1998.
15. **COURBE Patrick**, droit international privé, Dalloz, Paris, 2000.
16. **COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline**, droit de la famille, 6^{ème} édition, Dalloz Sirey, Paris, 2013.
17. **DANIEL Gutmann**, droit international privé, 2^{ème} édition, Dalloz Sirey, Paris, 2000.
18. _____, droit international privé, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2002.
19. **DASTE Adeline**, divorce, séparation de corps et de fait, 22^{ème} édition, Delmas, Paris, 2013.
20. **DERUUPPE Jean, LABORDE Jean–Pierre**, droit international privé, 13^{ème} édition, Dalloz, paris, 1999.
21. _____, droit international privé, 14^{ème} édition, Dalloz, paris, 2001.
22. _____, droit international privé, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2008.
23. _____, droit international privé, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2011.
24. _____, droit international privé, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2014.
25. **DJILALI Tchouar**, Réflexions sur les questions épineuses du code Algérien de la famille, Office Universitaires Des Publications, Alger, 2004.
26. **DUSAN Kitik**, droit international privé, Ellipses, Paris, 2003.
27. **FRANCOIS Mélin**, Droit international privé, conflits de juridictions, conflits de lois, Casbah édition, Alger, 2004.

28. **FRANCOIS Terre, DOMINIQUE Fenouillet**, Droit civil, les personnes, la famille, l'incapacité, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999.
29. **FRONCOISE Monéger**, droit international privé, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Litec, Paris, 2001.
30. _____, droit international privé, 3^{ème} édition, Lexis Nexis Litec, Paris, 2005.
31. **GEORGES Ripert**, la règle morale dans les obligations civiles, 3^{ème} édition, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1935.
32. **GRAULICH Paul**, principes de droit international privé, conflit de loi, conflit de juridictions, Librairie Dalloz, Paris, 1961.
33. **HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, GERAUD de Geouffre de la pradelle**, droit international privé, Masson, Paris, 1987.
34. **HUET André**, les conflits de la loi en matière de preuve, Librairie Dalloz, Paris, 1965.
35. **JAULT-SESKE Fabienne, COURBE Patrick**, droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2012.
36. **KESSMAT El Gueddawy**, Relations entre système confessionnel et laïc en droit international privé, Bibliothèque de droit international privé, Paris, 1997.
37. **LAGARDE Paul**, ordre public, Encyclopédie Dalloz, droit international privé, Dalloz, 2005.
38. **LEREBOURS Pigeonnière Paul, LOUSSOUARN Yvon**, droit international privé, 8^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 1970.
39. **LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre**, droit international privé, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 1980.

40. _____, droit international privé, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1988.
41. _____, droit international privé, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.
42. _____, droit international privé, 9^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2007.
43. _____, droit international privé, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013.
44. **MARIE–Christine, MEZEAUD Graud**, droit international privé, édition Bréal, France, 2002.
45. **MEZGHANI Ali**, droit international privé, Etats nouveau et relation privé internationales, Système de droit applicable et droit judiciaire international, Cérés productions, Tunis, 1991.
46. _____, commentaire du code de droit international privé, centre de publication universitaire, Tunis, 1999.
47. **MOTULSKY Henri**, les actes de juridiction Gracieuse en Droit internationale privé, travaux du comité français de droit international privé 1948/1952, Dalloz, Paris, 1953.
48. _____, Ecrits, Etudes et notes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978.
49. **MURAT Pierre**, droit international privé, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.
50. **NIBOYET Jean–Paul**, Traité de droit international privé français, conflit des lois d'autorité et de juridiction, Tome III, Librairie du Recueils Sirey, Paris, 1944.
51. _____, cours de droit international privé français, 2^{ème} édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1949.

52. **NIBOYET Marie–Laure, GERAUD de Geouffre de la Pradelle**, droit international privé, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 2007.
53. **NOUHAD Rizkallah**, droit international privé, M.A.J.D, Entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L), 1^{ème} édition, Beyrouthe, Liban, 1985.
54. **PAULINE Dijon, EMILIE Villela**, le cas pratique en droit international privé, contrats internationaux, Ellipses, Paris, 2006.
55. **PIERRE Mayer**, droit international privé, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1983.
56. _____, droit international privé, 5^{ème} édition, Delta, Beyrouthe, Liban, 1994.
57. **PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé**, droit international privé, 8^{ème} édition, Delta, Beyrouth, Liban, 2005.
58. **PIERRE Spiteri**, l'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965.
59. **RICARDE Michel**, la nouvelle procédure civil, édition du Moniteur, Paris, 1982.
60. **VIGNAL Thierry**, droit international privé, 03^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2014.
61. **WERY Patrick**, droit des obligations, Théorie générale du contrat, Larcier, Belgique, 2010.
62. **ZAHY Amar**, L'état et L'arbitrage, Office Universitaires des Publications, Alger, 1980.

II. THESES ET MEMOIRES

1. **ANCEL Bertrand**, Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux, Thèse pour le Doctorat, Librairie Dalloz, Paris, 1977.
2. **AUDIT Bernard**, la fraude à la loi, Thèse pour le Doctorat en droit, paris, 1976.

3. **ISSAD MOHAND**, Le jugement étranger devant le juge de l'exéquatur de la révision au contrôle, Thèse pour le Doctorat, Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1970.
4. **LAGARDE Paul**, recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse pour le Doctorat, université de paris, faculté de droit, 1957.
5. **RIAD Fouad Abdelmounaim**, La valeur internationale du jugement étranger en droit comparé, Thèse pour le Doctorat, Paris, 1955.
6. **EZZINE INNES**, L'exequatur des décisions étrangères en droit international privé, étude du régime de droit commun, mémoire de Master, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2003/2004.
7. **ADDASSI Raouadha**, l'exéquatur des jugements étranger en droit Tunisien, Mémoire D.E.A, en sciences juridiques fondamentales, Tunis II, 1994/1999.
8. **AKEUBANG Yeffou**, le traitement de la loi étrangère en matière de statut personnel, Mémoire présenté et soutenu publiquement en vue de l'obtention du diplôme d'étude approfondies- D.E.A -en droit privé, option droit privé fondamental, université de yaounde II SOA, faculté des sciences juridiques et politique, 2005/2006.
9. **ELODIE (C)**, la mutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé, mémoire de D.E.A, université de Bourgogne, DIJON, 1995/1996.

III. ARTICLES

1. **BARTIN**, Doctrine des qualifications et des rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois, recueil des cours, Paris, n° 31, 1930, p 592 et suite.
2. **BENABENT Alain**, Jugement Encyclopédie procédure civil, 1979, paragraphe 1, p 48 et suite.

3. **BENZAIM Meriem**, la garde de l'enfant en cas de divorce issu d'un mariage mixte, Revue de droits et sciences politiques, université Abbes Laghror, KHenchela, n ° 01, 2014, p p 181-186 .
4. **BESSAI M'hamed Toufik**, La loi applicable au contrat international a propos de la forme de l'article 18 du code civil, Revue algérienne des sciences, Ben Aknoun, Alger 2, 2008, p 06 et suite.
5. **DANIEL Alexandre**, conflits de lois, la loi étrangère devant, les tribunaux français, Etablissement du contenu de la loi étrangère, jurisclesseur, Paris, 1997, Fascicule 593-20, Article 3, Fascicule 62, p 6 et suite.
6. **FAUVARQUE-COSSON Benedicite**, Conflits de loi, le juge français et le droit étranger, Recueil de Dalloz, n° 8, 24 février 2000, p 129 et suite.
7. **Francescakis Phocion**, Qualification, Répertoire de droit international, Dalloz, Paris, n° 60, 1969, p 707 et suite.
8. **HELENE Péroz**, loi applicable au divorce d'un couple domicilié dans des états différents et de nationalité différente, l'essentiel droit de la famille et des personnes, Lexis Nexis Litec, Paris, n° 01, 15 janvier 2012, p 07 et suite.
9. **HOLLEAUX Dominique**, effets en France des décisions étrangère, Juris-classeur de Droit international privé, 1976, Fascicule 584 A, paragraphe.
10. **LEHMAN(R)**, Les qualifications, Juris-classeur de Droit international privé, Paris, 1989, Fascicule 531, p 707 et suite.
11. **MESTER (J)**, Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel revue critique de droit international privé, Paris, n° 3, juillet-septembre, 1977, p 660 et suite.
12. **MESTER(J)**, droit international privé français, Mariage, condition de forme, Juris-Classeur, Paris, 1993, Fascicule 546-20, p 12 et suite.

13. **PEYRARD(G)**, la solution des conflits de lois en Algérie, revue critique de droit international privé, Paris, 1977, p 396 et suite.
14. **QUADRI Rolando**, de la preuve de la loi étrangère, Revue égyptienne de droit international, société égyptienne de droit international, I.M.P, volume 1, 1953, p 05 et suite.
15. **RENE Savatier**, cours de droit international privé, paris, n°324, 1947.
16. **SABINE Robert**, l'ordre public français en matière international, faculté de droit virtuelle et plateforme pédagogique, faculté de droit de Lyon, 2007, p 14 et suite.
17. **WILHEM Wengler**, réflexion sur la technique des qualifications en droit international privé, Revue Critique de Droit International Privé, Paris, n ° 43, 1954, p 17 et suite.

IV. JURISPRUDENCE

1. Cour de cassation, civ, 18 mars 1878, S.78.1.193, note Labbé.
2. Civ, 24 juin 1878, D.P 79, 1.429, Req, 22 Janvier 1882, D.P82, 1.301, S.82, 1.393, note Labbé.
3. Cour de Cassation, Civ, 21 janvier 1897, Dalloz 305, 1, 1897, note Valéry.
4. Cour de cassation, Req, 05 mars 1928, Clunet 1928, 674, D, 1928, 1, 81, note Savatier, R.C.D.I.P, 1929, 288, note Niboyet.
5. Cour de Cassation, Civ, 14 juin 1931, S 125.1.1931, Bouttuh 26 juin 1937, S 29 juin 1937, note Savatier.
6. Cour de cassation, ch civ, sect civ, 25 mai 1948, D, 1948, 337, note P.L.P, sirey, 1948, I, 21, note, Niboyet, J.C.P, 1948, II, 454 note Vasseur, R.C.D.I.P, 1949, 89, note Batiffol, com, 13 novembre 1968, R.C.D.I.P, 1969, note c, David.
7. Cour de cassation, ch, civ 1^{ère}, 28 janvier 1958, R.C.D.I.P, 1958, 110, note A.

Ponsard.

8. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 17 juin 1958, R.C.D.I.P, 1958, P, 704, note Francescakis.
9. Cour de cassation, 04 novembre 1958, R.C.D.I.P, 1959, 303, note Francescakis, clunet 1959, note Ponsard.
10. Cour de cassation, ch civ, 1^{ère} sect, 02 mars 1960, R.C.D.I.P, 1960, 97, Note Batiffol, Clunet, 1961, 408, note Goldman, J.P.C, 1960, II, 11734, note Motulsky.
11. Cour de cassation, 1^{ère} ch, cv, 13 mars 1960, D, 1960, 597, note Malaurie.
12. Cour de cassation, 07 mars 1961, Bull, civ, 1961, III, 112.
13. Cour de cassation, 1^{ère} ch, cv, 21 novembre 1961, Monterfiore, R.C.D.I.P, 1962, 329, note P. Lagarde, J.D.I, 1962, 686, note Goldman, J.C.P, 1962, II, 12521, note Louise-Lucas, D, 1963, note Ph.F.
14. Cour de Cassation, civ, 19 décembre 1961, J.C.P, 12389, 11, 1962, note, J. A.
15. Cour de Cassation, Civ, 05 mai 1962, D 1962, 718, note Holleaux, Clunet 1962, 1024, obs, Sialelli, rév, crit, 1963, 99, note Battiful .
16. Cour de cassation, ch civ, 15 mai 1963, R.C.D.I.P, 1964, 532, note Lagarde, J.D.I. 1963.1016, note Malaurie, J.C.P 1963, II, 13365, note Motulsky, Ga n° 38.
17. Cour de Cassation, civ, 1^{ère}, 07 janvier 1964, Munzer, R.C.D.I.P, 1964, p 344, note Batiffol, J.D.I.P, 1964, p 302, note Goldman, J.C.P, 1964, II, 13590, note Ancel.
18. Cour de Paris, 27 juin 1964, R.C.D.I.P, 1965, p 366.
19. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 11 novembre 1964, J.C.P, 1965, II, 13978, conl, Lindon.
20. Cour de Cassation, civ, 09 décembre 1964, rév, crit, 1966, p 72, note Weser.
21. Cour de Paris, 03 juin 1966, rév, crit, 1967, p 734, note Lagarde.

22. Cour de Cassation, civ, 1^{ère}, 04 octobre 1967, Bachir, R.C.D.I.P, 1968, p98, note P.E Mezger, J.C.P, 1968, II, 15634, note J.S, Sialelli.
23. Cour de Cassation, Civ 25 février 1969, Rev,97, 1970, note, Bourel.
24. Cour de Cassation, civ, 01 décembre 1969, Clunet 1970, p 707, R.C.D.I.P, 1972, p 84, note Louis-Lucas.
25. Cour de cassation, Civ, 27 mai 1971, Weiss, R.C.D.I.P, 1971, 113, note, Batiffol.
26. Cour de Paris. 18 octobre 1972, Clunet 1973, p 382, note Deby-Gérard.
27. Cour de Cassation, civ, 25 juin 1974, Clunet 1975, p 102, note Huet.
28. Cour de Cassation, Civ, 26 novembre 1974, R.C.D.I.P, 1975, p 491 note Holleaux.
29. Cour de Cassation, 1, 26 novembre 1974, Clunet 1975, 108 note Ponsard, R.C.D.I.P, 1975, 491 note D, Holleaux.
30. Cour de Cassation, 19 mai 1976, Clunet 1976, 687, note Kahn, Rev, 359, 1977, note Battifol.
31. Cour de Paris, 07 juillet 1976, R.C.D.I.P, 1977, p 725, note Fadlalla.
32. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 10 octobre 1978, R.C.D.I.P, 1979, P, 775, note Courbe.
33. Cour de Paris, 12 février 1980, Clunet 1980, p 653, note Huet.
34. Cour de Cassation, Civ, 17 juillet 1980, R.C.D.I.P, 1981, p 75 note Simon-Depitre.
35. Cour de cassation, ch, civ 1, du 17 décembre 1985, 84-16. 338, publié au bulletin.
36. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 22 avril 1986, D, 1986, I.R, 270, Note Audit, R.C.D.I.P, 1988, 302, note Bischoff, J.P.C, 1987, II, 20878, note Agostini.

37. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 21 juin 1988, R.C.D.I.P, 1989, 55 note, Bull, civ, I, N° 199.
38. Cour de Cassation, 1^{ère} civ, 06 décembre 1988, D. 1989, somm. 257, obs. B. Audit, J.C.P, II, 21270, obs, L. Cadiet.
39. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 04 décembre 1990, R.C.D.I.P, 1991, note M, L Niboyet –Hoegy, Clunet, 1991, 371, note D bureau.
40. Cour de cassation, ch, com, 16 novembre 1993.
41. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 01 juillet 1997, Bull. civ, I, N° 222, D, 1999, 275, note, Massip, R.C.D.I.P, 199, 60, note Meyer, J.D.I, 1998, 98, note, Barrière –Brousse.
42. Cour de Cassation, civ, 05 juin 2001, bulletin civil, 2001.
43. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 13 novembre 2003, note Bertrand Ancel, R.C.D.I.P, N° 1, D, Paris, janvier, mars 2004, p p 95–96.
44. Cour de Cassation, civ, 16 décembre 2003, bulletin civil, 2003–1, n° 258, p 206.
45. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, **28 juin 2005**, Bull. civ, 2005, I, N° 289 , R.C.D.I.P, 2005, 646 note B. Ancel, H, Muir, Watt, p 240.
46. Cour de cassation, 1^{ère} ch, cv, 14 février 2006, Brianti, R.C.D.I.P, 2006, 833, note Sylvain Bollée, Bull. civ, 2006, I, N° 67.
47. Cour de Cassation, civ, 23 mai 2006, J.D.I, 2006, p 1377, note Chalas.
48. Cour de Cassation, civ, 22 janvier 2009, R.C.D.I.P, n° 03, 2009, p p 535.
49. Cour de cassation, 1^{ère} ch, civ, 11 février 2009, Bull. civ, 2009, n° 02, p 23.

01مقدمة
الباب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة	
بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي	
الفصل الأول: الآليات القانونية لتعيين القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بمسائل	
14الزواج وانحلاله والمال المعنوي
المبحث الأول: التكييف كمرحلة أولية لتعيين القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة	
15بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي
15المطلب الأول: مفهوم التكييف
16الفرع الأول: نشأة التكييف
19الفرع الثاني: أهمية التكييف
22الفرع الثالث: موضوع التكييف
28المطلب الثاني: المرجع في التكييف هو قانون القاضي الجزائري
29الفرع الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة
34الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على خضوع التكييف لقانون القاضي
المبحث الثاني: الإسناد القانوني للمنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال	
58المعنوي
58المطلب الأول: خضوع الزواج وانحلاله إلى قانون الجنسية
59الفرع الأول: الخطبة كمقدمة من مقدمات الزواج
63الفرع الثاني: انعقاد الزواج
85الفرع الثالث: انحلال الزواج والانفصال الجسماني
97المطلب الثاني: خضوع المال المعنوي لقانون الموقع
98الفرع الأول: الحقوق الذهنية

121	الفرع الثاني: الحقوق الشخصية(الديون).....
	الفصل الثاني: تطبيق القانون الأجنبي المختص بالمنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله
124	والمال المعنوي.....
125	المبحث الأول: إشكالات تطبيق القانون الأجنبي.....
125	المطلب الأول: إشكالات تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد الأجنبية.....
126	الفرع الأول: الإحالة.....
142	الفرع الثاني: المسائل الأولية.....
	المطلب الثاني: إشكالات تطبيق القاضي الوطني لقواعد القانون الأجنبي
166	الموضوعية.....
166	الفرع الأول: وضعية القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع.....
189	الفرع الثاني: وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا.....
209	المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون الأجنبي.....
209	المطلب الأول: النظام العام.....
210	الفرع الأول: مفهوم النظام العام
217	الفرع الثاني: طبيعة الدفع بالنظام العام.....
221	الفرع الثالث: شروط الدفع بالنظام العام.....
224	الفرع الرابع: آثار الدفع بالنظام العام.....
231	المطلب الثاني: الغش نحو القانون.....
232	الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون.....
238	الفرع الثاني: الأساس القانوني للغش نحو القانون.....
250	الفرع الثالث: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....
257	الفرع الرابع: آثار الدفع بالغش نحو القانون.....

الباب الثاني: المحكمة المختصة للنظر في المنازعات

المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي

- الفصل الأول: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 265
- المبحث الأول: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 266
- المطلب الأول: الضوابط العادية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 267
- الفرع الأول: ضابط موطن المدعى عليه..... 268
- الفرع الثاني: ضابط الخضوع الاختياري..... 278
- الفرع الثالث: ضابط حسن أداء العدالة..... 292
- المطلب الثاني: الضوابط غير العادية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 299
- الفرع الأول: حالات اللجوء إلى الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ..... 300
- الفرع الثاني: نطاق تطبيق الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ..... 301
- الفرع الثالث: شروط تطبيق الامتياز المقرر بموجب المادتين 41 و 42 ق.إ.م.إ..... 305
- المبحث الثاني: القيود الواردة على حرية الدولة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 309
- المطلب الأول: الحصانة القضائية..... 310

- 310 الفرع الأول: أساس الحصانة القضائية.
- 317 الفرع الثاني: طبيعة الدفع بالحصانة القضائية.
- 319 الفرع الثالث: نطاق الدفع بالحصانة القضائية.
- 332 الفرع الرابع: التنازل عن الحصانة القضائية.
- المطلب الثاني: الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية(الإحالة القضائية)..... 343
- الفرع الأول: موقف الفقه من الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية..... 343
- الفرع الثاني: شروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية..... 356
- الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي..... 366
- المبحث الأول: مفهوم الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في الجزائر..... 368
- المطلب الأول: تعريف الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ..... 368
- الفرع الأول: المقصود بالأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ..... 369
- الفرع الثاني: مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية..... 374
- الفرع الثالث: تمييز الأحكام الأجنبية عن الأحكام المشابهة لها..... 376
- المطلب الثاني: سلطات القاضي في تنفيذ الأحكام الأجنبية..... 380
- الفرع الأول: نظام الدعوى الجديدة..... 381
- الفرع الثاني: نظام الأمر بالتنفيذ..... 383
- المطلب الثالث: الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ..... 391
- الفرع الأول: الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم دول لا ترتبط معها الجزائر باتفاقية دولية..... 391

الفرع الثاني: الشروط المطلوبة في الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم دول ترتبط معها الجزائر	
باتفاقية دولية.....	407
المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية وآثارها في الجزائر.....	426
المطلب الأول: إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية.....	426
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بدعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية.....	427
الفرع الثاني: رفع دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية.....	429
المطلب الثاني: آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية.....	444
الفرع الأول: الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية.....	441
الفرع الثاني: الحكم برفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية.....	442
خاتمة.....	462
قائمة المراجع.....	470
فهرس	514

ملخص

تعتبر المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وخاصة مسائل الزواج وانحلاله والمال المعنوي من أكثر المسائل إثارة للتنازع، الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى فرض نوعين من القواعد القانونية للتعامل معها وحل مشاكلها، الأولى تسمى قواعد تنازع القوانين وتكون مهمتها اختيار القانون الذي يسري على موضوع العلاقة القانونية ليحكمها، سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وذلك بالرجوع إلى تقنية قواعد الإسناد التي لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل يقتصر دورها على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق الذي تقع عليه مهمة إعطاء الحل. والثانية قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتكون مهمتها البحث عن المحكمة المختصة للنظر في المنازعات التي تثيرها هذه المسائل، وتختلف هذه الأخيرة عن قواعد تنازع القوانين كونها لا تحدد القانون الذي تقع على عاتقه مسألة تعيين المحكمة المختصة، وإنما تقوم هذه القواعد بتحديد الاختصاص القضائي الدولي مباشرة.

Résumé

Les questions relatives aux personnes et aux finances, notamment au mariage et sa dissolution et à l'argent immatériel, sont les plus susceptibles de conflits, ce qui a amené le législateur algérien à imposer deux types de règles juridiques pour les résoudre. La première dénommée règles de conflits de lois, dont la mission est de choisir la loi qui applicable à l'objet de la relation juridique, qu'elle soit nationale ou étrangère, et ce en se référant à la technique des règles de d'attribution qui ne donnent pas une solution directe au conflit mais démontre la loi applicable pour en statuer. La deuxième concerne les règles de la compétence juridique internationale dont la mission est de chercher le Tribunal compétent pour statuer dans des litiges engendrés par ces questions. Celle-ci diffère des règles de conflits de lois puisqu'elle ne démontre pas la loi désignant le Tribunal compétent, mais fixe la compétence juridique internationale directement.