تفريغ النظام الدولي الخاص 2 (402)

عدد ساعاته المعتمدة 02

المستوى السابع

الفصل الدراسي الأول

للعام الجامعي 1439 – 1440 هـ

إعداد/ منصـور هـزازي

دكتـور المقرر / أحـمد الـطويـان

القـانـون الـدولـي الـخـاص

القانـون: هـو مجموعة من القواعد القانونية صـــ02ـ

الدولـي: يـنـظـم عـلاقة تجاوزت إطار حـدود الدولة الواحدة لوجود عنصر أجنبي في المحل أو الأشخاص أو العلاقة.

الـخـاص: ينظم العلاقة بين أشخاص القانون الخاص وليس بين أشخاص القانون العام.

القـانـون الـدولـي الـخـاص مهم التعريف هذا

هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تجاوزت حدود الدولة الواحدة بين أشخاص القانون الخاص وتبقي في إطار القانون الخاص.

مـوضـوعـات الـقـانـون الـدولـي الـخـاص

1 ـ حسب النظرية التقليدية (فهي خمس موضوعات): مهم

أ ـ الجنسية.

ب ـ المركز القانوني للأجانب. (ميز ما بين النظريتين)

ج ـ تنازع الاختصاص التشريعي.

هـ ـ تنازع الاختصاص القضائي.

د ـ تنفيذ الأحكام الأجنبية.

2 ـ حسب النظرية الحديثة (فهي ثلاث موضوعات) والتي يتم الدراسة على أساسها: مهم

أ ـ تنازع الاختصاص التشريعي. تسمى بـ (تنازع القوانين).

ب ـ تنازع الاختصاص القضائي.

ج ـ تنفيذ الأحكام الأجنبية.

نظرية تنازع القوانين

س: ما هو المقصود بنظرية تنازع القوانين؟

يعتبر موضوع تنازع القوانين جوهر مادة القانون الدولي الخاص، باعتبار أنه يعالج إشكالية فض الاشتباك الذي ينشأ بين عدة قوانين في علاقة يشوبها عنصر أجنبي.

أسباب تنازع القوانين

يمكن أن نعزو حدوث التنازع بين القوانين إلى سببين رئيسيين: **ص-03-**

أ- سيادة الدولة

مهم

أدى تمسك الدول بتطبيق تشريعاتها الوطنية على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية الخاصة داخل الإقليم وخارجه إلى نشوب التنازع والتضارب بين القوانين وذلك من منطق بسيط هو الحفاظ على سيادة الدولة.

مثال

يطبق القانون السعودي على جميع المواطنين داخل المملكة وخارجها وعلى الأجانب، وبالتالي سينشأ تداخل في القوانين، ويمكن تجنب هذا التنازع بالحد من السيادة المطلقة وقبول تطبيق قوانين أجنبية على علاقات أجنبية داخل أراضيها.

ب- اختلاف التشريعات

مهم

تحتوي التشريعات الوطنية لكل دولة على أحكام مختلفة وفق ما ينسجم مع توجهاتها وديانتها.

مثال **ص-04-**

سن الرشد في الكويت مختلف عنه في لبنان... وبالتالي لو كانت التشريعات موحدة لما حدث التنازع أساسا، ولكن يحصل التنازع نتيجة تبني أحكام موضوعية مختلفة وسعي الأجانب إلى تطبيق قوانينهم الخاصة بهم.

ولكل ما تقدم يطرح التساؤل كيف يمكن الحد من تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص؟

الجواب

- الوسيلة الأنجح لتحقيق ذلك في تكثيف الاتفاقيات الدولية لتنظيم العلاقات الوطنية التي يشوبها العنصر الأجنبي لا سيما بين الدول التي بينها علاقات فاعلة مثل: لبنان وسوريا، دول الخليج ودول آسيا.

- من جهة أخرى يمكن للدول الحد من تنازع القوانين عبر سن قانون خاص لمادة القانون الدولي الخاص يشتمل على قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.

أمثلة على تنازع القوانين

زواج سعودي من هولندية مقيمة في بريطانيا، فما هو القانون الذي سيحكم آثار الزواج سواء النفقة أو الحضانة أو الطلاق؟

اتفاق بين شركة قطرية مع شركة يابانية على انشاء محطة تحلية مياه البحر فنشب نزاع بين الشركتين حول بنود العقد، ما هو القانون الواجب التطبيق؟ وما هي المحكمة المخولة بالنظر بالنزاع؟

فلسطيني توفي في النرويج، ما هو القانون المنطبق لتوزيع التركة؟

مصري اشتري عقارا في مسقط وأبرم عقد البيع في الإمارات، وحدث خلاف حول التنفيذ العيني لعقد البيع، فما هو القانون الواجب السريان؟

شروط قيام تنازع القوانين مهمة جداً صـــ05-

أولا: وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية.

ثانيا: نشأة التنازع بين قوانين دول ذات سيادة.

ثالثا: نشأة التنازع بين قوانين خاصة. (بمعنى ليس هناك طرف عام)

رابعا: وجود اختلاف بين القوانين المتنازعة.

أولا: وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية صـــ05-

س: ينشأ التنازع عادة بين القوانين إذا وجد عنصر أجنبي في العلاقة وذلك بسبب؟

ج/ اختلاف جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال.

وبالتالي تسعى كل دولة إلى سريان قانونها بكل العلاقة الأمر الذي يترتب عنه تزاحم القوانين

مثال: عقد مبرم بين فلسطينيين لكن محل تنفيذه في دبي هنا المكان أجنبي، أو اتفاق بين فلسطيني مع طبيب مصري على إجراء عملية جراحية في مصر، أو عقد بيع بين سوري ولبناني لعقار كائن في السعودية وبالتالي كلما ازداد انفتاح الدولة كلما ازداد وجود العنصر الأجنبي في العلاقات، مثال: دول الخليج والأيدي العاملة فيها.

ثانيا: نشأة التنازع بين دول ذات سيادة

يجب أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة وفق معايير القانون الدولي العام (الشعب - الإقليم - السلطة السياسية)

وبالتالي لا يمكن تصور حدوث تنازع قوانين في إطار القانون الدولي الخاص بين العديد من الدول العربية وإسرائيل لأن هذه الأخيرة غير معترف بها كدولة في إطار القانون الدولي. (المثال غير صحيح إسرائيل مُعترف بها دوليا)

أيضا لا يمكن الاعتراف بالتنازع الذي ينشأ بين قوانين الولايات في الدولة الواحدة (الدولة الاتحادية) (مهم)

مثال: تنازع بين قوانين شيكاغو مع نيويورك، لأنه تنازع بين قوانين داخلية في المقابل يمكن حصول التنازع بين قوانين شيكاغو وقوانين الأردن مثلا لوجود العنصر الأجنبي الدولي في العلاقة ويسري على التنازع (ق د خ)

كذلك لا يعتبر من قبيل التنازع بين القوانين اختلاف التشريعات في البلد الواحد بسبب التنوع الطائفي. (مهم)

مثال: لبنان واختلاف التشريعات في مادة الأحوال الشخصية بالنسبة للشيعة والسنة والدروز والموارنة، فلا يعتبر ذلك من قبيل تنازع قوانين دولي وإنما تنازع داخلي في القوانين.

من جهة أخرى فقد رفضت المحاكم البريطانية الاعتراف بالعادات والتقاليد الشائعة لدى القبائل أو العائلات، واعتبرت أن هذه السلوكيات لا تعدو أن تكون سوى تقاليد لا ترقى إلى قوانين صادرة عن دولة ذات سيادة.

ثالثا: نشأة التنازع بين قوانين خاصة صـــ06-

يقتصر تنازع القوانين فقط وحصراً على فروع القانون الخاص وعددها (14)

مثل: القانون المدني، التجاري، العمل، الأحوال الشخصية، قانون الشركات...إلخ.

وذلك لأن قواعدها مكملة يمكن الاتفاق على مخالفاتها باعتبار أنها تنظم مصالح خاصة ولا تمس سيادة الدولة والنظام العام.

وبالتالي لا يمكن نهائياً حدوث تنازع قوانين بشأن نصوص القانون العام

مثل: القانون الجنائي أو الإداري والمالي التي ترتبط بمبدأ الإقليمية المطلقة لاتصالها بالنظام العام والسيادة.

مثال: لا يمكن لمصري يقيم في الإمارات التمسك بتطبيق قانون الضريبة المصري على تجارته في دبي لماذا؟

الجواب : لأن الضريبة تدخل في القانون العام للدولة ونحن هنا بصدد القانون الخاص

كما لا يمكن لبريطاني موجود في غزة المطالبة بتطبيق القانون الجنائي البريطاني على جريمة ارتكبها على أرض غزة.

رابعا: وجود اختلاف بين محتوى القوانين المتنازعة

إذا كانت قوانين الدولة موحدة ومتشابهة فإن الحكم سيكون موحدا وبالتالي لما نشأت التنازع أساسا، لكن التباين في الحلول بشأن الزواج والعقارات والالتزامات والمسؤولية التقصيرية بين قوانين الدول أفضى إلى وجود اختلافات في الحلول القانونية وبالتالي رغبة وميل كل طرف إلى تطبيق قانونه وبالتالي ينشأ النزاع بين القوانين بسبب ذلك.

مع مراعاة ألا يكون الاختلاف بين القوانين جوهريا، لأنه سيقع استبعاد القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد إذا تبين تنافره كليا مع القانون الوطني والسيادة.

مثال: قانون الجنسية هو الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية في أوروبا

لكن إذا أراد مصري الزواج بثانية أو ثالثة حسب قانونه هل تقبل بذلك المحاكم الأوربية؟

بالطبع سترفضه وتطبق قوانينها الداخلية، كذلك لو أقدم فرنسي يقيم في غزة على الزواج المثلي (الزواج من نفس الجنس) فإن المحاكم في غزة سترفض تطبيق قانون الأحوال الشخصية الفرنسي على الرغم من قاعدة الإسناد تحيل تنظيم الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية لأن العلاقة تتنافى مع النظام العام الفلسطيني.

قاعدة الإسناد وتنازع القوانين

ص-08-

تعتبر قاعدة الإسناد الأداة الأساسية لفض التنازع بين القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، وهي بمثابة أداة التوجيه والإرشاد للقاضي الذي يتعهد بنزاع يشوبه العنصر الأجنبي. مهمة جداً جداً جداً

ولتسليط الضوء على دور وقيمة قاعدة الإسناد يجدر التعرض إلى:

مفهوم قاعدة الإسناد وعناصر قاعدة الإسناد وخصائصها.

قواعد الإسناد كقاعدة لحل التنازع بين قانون أكثر من دولة ووسيلتها.

نتناول تعريف بقواعد الإسناد، كمصطلح قانوني ذو دلالة معينة ومن ثم بيان عناصرها وأركانها وخصائها وبيان وسيلتها المعروفة في حل تنازع القوانين المتصلة بالنزاع والتي تقدم حلولا متعارضة هذه الوسيلة تعرف بالإحالة وتستخدم أداتي التكييف والتفويض.

التعريف بقاعدة الإسناد وخصائصها

لم يتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على تعريف محدد لقواعد الإسناد إلا أنه يمكن من خلال التعاريف المختلفة الوقوف على أهم عناصر قاعدة الإسناد التي يمكن أن يستند إليها التعريف الدقيق لقاعدة الإسناد.

فمثلا تعرف قواعد الإسناد بأنها:

(القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)

وهناك تعريف أكثر وضوحاً لقاعدة الإسناد يراعي مصدرها ووظيفتها، فيعرفها بأنها: (مهم جداً)

(قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين ملائمة ومناسبة لتنظيم تلك العلاقة، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها) ص-09-

تقوم فكرة قواعد الإسناد على عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، للتوفيق بين اعتبارين هما:

الاعتبار الأول:

رغبة الدول في التمسك بسيادتها والرغبة في إظهارها عن طريق إخضاع النزاع ذات العنصر الأجنبي لقضاء الدولة متى ما اتصل بها بوجه من الوجوه.

الاعتبار الثاني:

وهو اعتبار تحقيق العدالة عن طريق اخضاع النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا لأقرب القوانين المتصلة بها أو لأنسبها، كنتيجة وأثر لـ ما استقرت عليه من الاعتراف للأجنبي بالحقوق خارج نطاق دولته التي ينتمي إليها بجنسيتها.

ومن هنا يبدو أن مهمة قواعد الإسناد هي إيجاد حل لمشكلة تنازع القوانين وتزاحمها لأن كلا منها متصل بالنزاع من جهة، إلا أن هذه القواعد في غالب الأحوال هي قواعد قانون داخلي لدولة ما، إلا أنها لم تشرع أصلا إلا لحكم العلاقات الخاصة الداخلية مما يجعل قواعد الإسناد قاصرة عن أداء مهمتها في تحقيق أكبر قدر من العدالة عن طريق إخضاع النزاع لقانون

دولة ما متصل بالنزاع ترى أنه الأنسب لذا اتجه الفقه والقضاء إلى هجرها تدريجيا ومحاولة إيجاد حلول ووسائل أخرى أكثر ملائمة، كإيجاد قواعد موضوعية خاصة بالنزاعات الدولية الخاصة مستجيبة لطبيعتها، بعكس قواعد القانون الداخلي والتي تستجيب عادة لقواعده الآمرة. مواطن أسئلة التواريخ للمعاهدات الدولية

لذا فإن قواعد الإسناد لم تعد هي الوسيلة الوحيدة لحل مشكلة التنازع والتزاحم فقد ظهرت وسيلة أخرى تقوم على وضع قواعد موضوعية تقدم حلولا مباشرة للنزاعات المتضمنة العنصر أجنبي، كما ظهرت بجانبها وسيلة أخرى هي إبرام معاهدة تشتمل على قواعد موضوعية واجبة التطبيق على المراكز القانونية الخاصة المتضمنة لعنصر أجنبي، كالقانون التشيكي للتجارة الدولية 1963 م ، وعقود نقل التكنولوجيا الواردة في القانون التجاري المصري 1999 م ، كالمعاهدات التي تحكم بعض المسائل كالنقل الجوي والبحري والكمبيالات والشيكات والاعتمادات المستندية.

كما أن القضاء اتجه في فرنسا مثلا إلى خلق قواعد وطنية موضوعية خاصة بالنزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي كـ الإقرار بشرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان هذا الشرط إذا ما تضمنه عقد داخلي

الاعتراف كذلك بصحة شروط الحماية النقدية التي تستهدف توقي مخاطر تغير سعر العملة

وكذلك شرط الدفع بالذهب، متى ما أدرجت هذه الشروط في عقد دولي.

أهم خصائص قواعد الاسناد وهي: مهم الخصائص صـــ10ـ

1- أنها قواعد إرشادية وليست قواعد موضوعية:

تقتصر مهمتها على إرشاد القاضي إلى أنسب القوانين المتصلة بالنزاع، واختياره للتطبيق على العلاقة القانونية، فهذه القواعد لا تقدم بذاتها حلا للنزاع بصورة مباشرة، وإنما يقتصر دورها فقط إلى الإشارة إلى القانون المختص الذي يتولى بدوره هذه المهمة، كما يمكن أن تشير إلى أكثر من قانون في الوقت نفسه، كأن تشير إلى اختصاص القانون الوطني والقانون الأجنبي تحاشيا لوجود فراغ قانوني وهو ما يطلق عليه ازدواج قواعد الإسناد.

2- أنها قواعد داخلية (وطنية):

بمعنى أنها تفيض من مصادر وطنية، فالنظام القانوني الوطني في كل دولة يقوم بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ويختار أنسب القوانين المتصلة بها بواسطة وسيلة فنية تسمى بقواعد الإسناد، وما على القاضي إلا الرجوع إلى قانونه الوطني ليدله على القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وظيفة قواعد الإسناد مهم جداً ماهي وظيفة قواعد الاسناد؟

هو المفاضلة بين أكثر من قانون دولة متصلة بالنزاع أو المسألة المطروحة بصورة ما، واختيار الأنسب بينهم للخروج بحل للمشكلة المترتبة على عملية التزاحم هذه.

لا مجال لتطبيقها إلا إذا تعلق النزاع بمسألة من مسائل القانون الخاص والتي لا تتعلق بسيادة الدولة وبصفة خاصة على مسائل الأموال والأحوال الشخصية.

يتطلب أعمال قواعد الإسناد

وجود عنصر أجنبي في النزاع سواء أكان في الأطراف أنفسهم أو في المحل أو في العلاقة.

يعرف الأجنبي في القانون الدولي الخاص بأنه: (مهم تعريف الأجنبي)

كل ما لا ينتمي للدولة بجنسيته أو في محل وجوده أو نشوئه أو جرى العرف على اعتبار موضوعه موضوعا دوليا.

أركان قواعد الإسناد وعناصرها — مهم جداًجداً جداً — صـــ11ـ

يتضح من تحليل قواعد الإسناد أنها تتركب من ثلاثة عناصر تشكل وتكون أركان قاعدة الإسناد وهي:

1- الفكرة المُسندة. 2 - ضابط الإسناد. 3 - القانون المسند إليه.

أولا الفكرة المُسندة

وهي مسألة أو مجموعة من المسائل يخضعها القانون الوطني لقاعدة ما، فالنظام القانوني الوطني هنا يعدد صور أو حالات أو مراكز قانونية تتشابه في أوصافها أو طبيعتها، أو تترابط وتتصل فيما بينها باعتبارها فكرة واحدة من الأنسب أن تخضع لمعيار واحد أو قانون واحد

مثل قيام النظام القانوني السوداني بحصر مسائل الأحوال الشخصية كشروط صحة الزواج والطلاق والتطليق والانفصال والولاية والقوامة والوصاية وحماية المحجور عليه والغائبين، لترابطها أو اتصالها بفكرة واحدة هي الوضع القانوني لشخص بصفته الخاصة وعلاقته بأسرته باعتباره فردا فيها، أو جمعهُ لمسائل المواريث والوصايا باعتبارها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت.

خلاصة القول إن النظام القانوني الوطني يقوم بتصنيف العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبياً إلى فئات مختلفة تسمي كل منها بالفكرة المسندة تضم كل منها مراكز قانونية متقاربة أو مترابطة.

ثانيا ضابط الإسناد

ضابط الإسناد هو المعيار الذي يختاره النظام القانوني الوطني في دولة ما ليكون المرشد المعول عليه في اختيار القانون الأنسب لحكم الفكرة المُسندة، والمعيار المركن إليه في حل مشكلة التزاحم والتنازع بين أكثر من قانون مناسب لحكم الفكرة المسندة، ويستمد عادة من أحد عناصر العلاقة مثل جنسية الشخص أو محل إقامته أو موقع الشيء ومحل وجوده .

وفي غالب الأحوال تتضمن قاعدة الإسناد ضابطا واحداً، إلا أن ذلك لا يمنع من وضع أكثر من ضوابط أخرى على سبيل الاحتياط أو الازدواج حتى يمكن اللجوء إليها إذا لم تتحقق ظروف معينة تمكن الأخذ بالضابط المتقدم وقد يكون الغرض من وضع ضابط احتياطي إتاحة الفرصة أمام الأطراف لاختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحل النزاع. صـــ12ـ

ثالثا القانون المسند إليه

وهو القانون المسند إليه حكم الفكرة المسندة أي القانون الذي يناط به تقديم الحلول الموضوعية للمشكلة أو المركز القانوني فسمي قانونا مسنداً إليه لأن قاعدة الإسناد أسندت إليه وضع حل للمشكلة أو المركز القانوني باعتباره الأصلح والأنسب.

ومتى ما تحدد القانون الأصلح لحل المشكلة القانونية، فإنه يبدو أن مشكلة حل التزاحم بين القوانين المختلفة قد انتهت، إلا أن مشكلة أخرى يمكن أن تثور في الأفق وتطل برأسها وهي :

ما المقصود بقواعد القانون الأجنبي الأنسب؟

هل هي قواعده الموضوعية والإسنادية والتي يمكن أن تسند الحكم إلى قانون أجنبي آخر أو تعيده للقانون نفسه الذي أحيل إليها؟ أم أنه يجب الاكتفاء فقط بالقواعد الموضوعية واستبعاد القواعد الإسنادية، أي تجنب الإحالة إلى قانون آخر حتى لا ندخل في دائرة مفرغة من الإحالات، وهي ما تعرف بالإحالة والتي يتعين مناقشتها.

التكييف وتنازع القوانين

صـــ13-

يحتاج أي تصرف سواء يشوبه العنصر الأجنبي أو لا يشوبه إلى بيان طبيعته ووصفه وتصنيفه ضمن أحد القوالب القانونية المعروفة، ومسألة التكييف لا ينفرد بها القانون الدولي الخاص فقط إنما تحتاجها كل الفروع القانونية.

ولبيان ماهية التكييف في القانون الدولي الخاص وخصوصيته سنتناوله فيما يأتي:

تعريف التكييف

مهم التعريف

هو تحديد طبيعة المسألة (إسباغ الوصف القانوني) التي تتنازعها القوانين لوضعها ضمن أحد الأصناف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة.

وهناك من عرفه بأنه:

تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها الوصف الحقيقي من بين التقسيمات السائدة بين فروع القانون.

أهمية التكييف في إطار القانون الدولي الخاص:

مهم

يكتسب التكييف في مادة القانون الدولي الخاص أهمية خاصة، باعتبار أنه لا يمكن لأدوات الإسناد القيام بدورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي قبل تحديد نوع العلاقة وتصنيفها ضمن الأصناف القانونية، (مسؤولية تقصيرية، عقدية، أحوال شخصية، حق عيني،.....)

وبناء على تحديد طبيعة العلاقة يمكن لقاعدة الإسناد توجيه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.

ولعل أهمية التكييف تبرز في أن بعض الدول تتحد في قواعد الإسناد لكنها تختلف في التكييف

مثال: المسؤولية عن المنتجات يعد تكييفها في ألمانيا مسؤولية تقصيرية لكنها في فرنسا مسؤولية عقدية.

إشكالية تنازع التكييفات:

مهم

صـــ14-

في إطار القانون الدولي الخاص لا تثار إشكالية حول أسلوب التكييف في حد ذاته، وإنما الإشكالية تكمن في (تنازع التكييفات)، أي وقوع القاضي في حيرة بشأن وضع العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ضمن أحد الأصناف القانونية المعروفة.

مثال: إخلال طبيب سعودي بواجبه المهني تجاه مريض بحريني، هل يكيف هذا الإخلال على أنه مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ وهل يقع التكييف بالاستناد إلى قانون القاضي أو قانون الأطراف المتنازعة أم القانون المقارن؟

ونسوق بعض النماذج التي عرفها التطبيق القضائي بشأن تنازع التكييفات:

قضية زواج اليوناني المسيحي الكاثوليكي:

تتلخص في أن يوناني مسيحي ينتمي إلى المذهب الكاثوليكي تزوج من فرنسية أمام دائرة الأحوال المدنية الفرنسية، وقد ثار نزاع حول صحة الزواج، تبين أن القانون اليوناني يعتبر الطقوس الدينية من الشروط الجوهرية لصحة انعقاد الزواج، بينما يعتبرها القانون الفرنسي شرط شكلي لا يؤثر على صحة الزواج.

وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد فإنها تحيل النزاع حول صحة الزواج إلى قانون موطن الزوجين (اليوناني والفرنسي).

- حسب القانون اليوناني يعتبر الزواج باطل لأنه شرط جوهري يتمثل في الطقوس الدينية

- أما حسب القانون الفرنسي فإن الزواج صحيح لأنه يعتبر الطقوس الدينية إجراءات شكلية لا تبطل الزواج

وبالتالي هذا المثال يبين الأثر الهام والخطير للتكييف في تحديد مال العلاقة.

وصيـة الهولندي:

حرر هولندي وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، بينما يشترط القانون الهولندي تحرير الوصية بحجة رسمية، فقام نزاع بشأن صحة الوصية.

فإذا تم التكييف وفقا لقانون القاضي (الفرنسي) تعتبر الوصية صحيحة بشكلها العرفي وإذا تم التكييف وفقا للقانون الهولندي اعتبرت الوصية باطلة لافتقارها إلى الصفة الرسمية إلا أن المحكمة الفرنسية كيفت العلاقة وفقا لقانون القاضي الفرنسي بأنها من الشروط الشكلية. صـــ15-

استـنـتاج:

يتضح من المثالين السابقين أن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يأتي إلا بعد تحديد التكييف القانوني أمام القضاء، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق يختلف تبعا لتكييف النزاع على هذا الوجه أو ذاك.

مظاهر التنازع في التكييفات: صـــ15-

مسألة إثبات نسب الابن غير الشرعي، تذهب بعض الدول إلى تكييفه بأنه (فعل غير مشروع) ويخضع لقانون موقع الفعل غير المشروع، بينما دول أخرى تضعه ضمن (الحقوق العائلية) ويخضع لقانون جنسية الابن غير الشرعي.

دعوى التعويض المتولد عن فسخ الخطوبة يقع تكييفها في بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية وبالتالي تخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار، وأنظمة أخرى تكيفها على أساس الأحوال الشخصية وتخضع لقانون العائلة الجنسية.

وصف المال يختلف من دولة لأخرى، ما يعتبر منقولا في دول أخرى قد يعتبر عقارا في دول أخرى

مثال: أسهم بنك فرنسا يخلع عليها القانون الفرنسي وصف العقار، بينما كل الدول تصف الأسهم بأنها منقولات، كذلك (المباني والأشجار مستحقة الإزالة) إذا بيعت بهذه الصفة فإنها تخضع لأحكام المنقول، بالإضافة لما يتصل بالعقار بالتخصيص مثل الآلات والماشية المخصصة لخدمة العقار.

من الدول من تصنف الحضانة من آثار الزواج، بينما دول أخرى تضعها ضمن آثار الطلاق

ففي الأولى يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج

أما في الثانية يسري عليها قانون الزوج وقت رفع الدعوى.

تعدد الاتجاهات حول تحديد القانون المسؤول عن التكييف صـــ16-

السؤال الذي يطرح في هذا السياق:

ما هو القانون الذي سيستند إليه القاضي للقيام بتكييف العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي ؟

تتعدد الخيارات لدى الفقه المختص في القانون الدولي الخاص على النحو التالي:

1- التكييف استنادا لقانون القاضي: (المدرسة الأولى)

يميل هذا الاتجاه إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي فعليه إتباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكييف السيادة التشريعية.

تبرير هذا الاتجاه:

تطبيق القانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاص لسيادتها التشريعية، أضف لذلك أن التكييف متمم لقواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني وبالتالي من باب أولى أن يقوم القاضي بتكييف النزاع كمرحلة أولية وفق قانونه الوطني استناد لفكرة السيادة التشريعية.

الاستثناءات:

- وصف المال سواء كان عقارا أو منقولا: فإنه يخضع لقانون موقعه.
- وصف الفعل الضار: يخضع للقانون الذي وقع فيه الفعل الضار.
- التكييفات الواردة في معاهدة: يطبقها القاضي كما هي.

لكن يثور التساؤل حول كيفية تكييف مسائل مجهولة في قوانين الدول الأخرى؟

فكيف سيتعامل القاضي مع تكييف مسألة لم ينظمها قانونه؟

مثال: مسألة المهر لشريعة الإسلامية؟

لو ثار النزاع أمام القاضي الفرنسي سيواجه مشكلة تحديد الصنف القانوني هل هو شرط جوهري أم شكلي كي يطبق عليه قاعدة الإسناد الملائمة.

حيث أن القاضي الفرنسي لا يعرف هذه المسألة (المهر) فعليه تقريب المسألة إلى واقعة مشابهة ويقيس عليها من خلال تأويل موسع كي يدخل المهر ضمن قاعدة الإسناد المقاس عليها.

2- التكييف استنادا للقانون المختص بحكم النزاع: (المدرسة الثانية) صـــ17-

إن الفكرة الرئيسية عند هذا الاتجاه أنه يجب إجراء التكييف وفقا للقانون الذي يحكم المسألة المتنازع فيها.

تبنى هذا الرأي الأستاذ الفرنسي "ديسباننيه" الذي نادى إلى إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع حتى لو كان هذا القانون قانونا أجنبيا.

وحجته في ذلك أنه إذا كانت علاقات الأفراد يجب أن تخضع للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد وكان هذا القانون قانونا أجنبيا، فإنه من غير المقبول بعد ذلك أن نسمح للقاضي الوطني بإجراء التكييف وفقا لقانونه، لأن هذا القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يجب أن يحكم النزاع بكامله بما في ذلك عملية التكييف، أي تحديد الأوصاف القانونية للنزاع باعتبارها جزءا لا ينفصل عن مضمون هذا القانون.

مثال: وصية الهولندي يجب أن يتم التكييف وفقا للقانون الهولندي التي حددته قاعدة الإسناد.

ولعل الدافع لطرح هذه النظرية أن العديد من المسائل يتعذر على القاضي الوطني فهمها وبالتالي يجهل تكييفها على غرار المهر الذي يختص به الفقه الإسلامي.

النقد: أهم نقد وجه لها الاستحالة العملية فالتكييف كما هو معروف عملية سابقة على تحديد القانون المختص أي قبل القيام بالتكييف لا يمكن الجزم بأي القانونين سنأخذ.

3 - التكييف استنادا للقانون المقارن: (المدرسة الثالث) صـــ17-

يرى هذا الاتجاه أنه لا ينبغي أن يكون القاضي أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن ليستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصبغة خاصة.

ويرى هذا الاتجاه أساسه في فكرة وهي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة.

ويرى هذا الاتجاه أنه يهدف إلى إزالة مشكلة التنازع في التكييفات وذلك بجعل قضاة مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة.

النقد

من الصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستقي منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف.

نظرية الإحالة وتنازع القوانين

صـــ19ـ

إذا قام القاضي الوطني بتكييف النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي، فإنه سينتقل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بمساعدة قاعدة الإسناد، إلا أن القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد قد يرفض الاختصاص ويحيل النزاع إلى قانون آخر، هذه المشكلة أصطلح على تسميتها (بالإحالة) وتعد من أهم موضوعات النظرية العامة لتنازع القوانين

ماهية الإحالة وإشكالاتها في إطار تنازع القوانين

يمكن تعريف الإحالة على النحو التالي:

"قيام القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد برد ورفض الاختصاص وإحالته لقانون آخر " (هذا التعريف المهم)

وهناك من عرفها بأنها:

"إحالة الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع الذي ينظره القاضي من القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون آخر وذلك عملاً بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"

السبب الرئيس لقيام هذه المشكلة:

هو اختلاف قواعد الإسناد المطبقة في قانون القاضي عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق من حيث مضمونها.

مثال: قاعدة الإسناد قالت بأنه "يسري على الميراث قانون دولة المتوفي".

فإذا كان المتوفي مكسيكي مات في هولندا، فإن القانون المكسيكي هو المختص بتحديد الميراث، وبرجوع القاضي الهولندي إلى أحكام الميراث في القانون المكسيكي وجدها تنص على ما يلي:

" يحكم الميراث المشوب بعلاقة أجنبية قانون مكان الوفاة "

أي أنه أحال النزاع من القانون المكسيكي المحدد بقاعدة الاسناد الى القانون الهولندي

صـــ20ـ

إشكاليات الإحالة في إطار تنازع القوانين:

تتلخص فكرة الإحالة في أن قاعدة الإسناد الوطنية تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي إلا أن القانون المحدد بقاعدة الإسناد - يشترط أن يكون أجنبيا - يرفض الاختصاص ويحيله إلى قانون آخر.

تكمن إشكالية الإحالة في أن القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد شأنه شأن القانون الوطني

يشتمل على نوعين من القواعد القانونية

1 – قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي.

2 – قواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.

فمثلا: إذا عُرض على القضاء المصري نزاع حول الطلاق طرفيه زوجة ألمانية وزوج بلجيكي، فوجد القاضي المصري أن قاعدة الإسناد تنص على التالي: "يسري على الطلاق المشوب بعنصر أجنبي قانون الزوج"

فهل يجب على القضاء المصري تطبيق القواعد الموضوعية للطلاق في القانون البلجيكي مباشرة أم عليه أن يرجع لقواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون؟

والواقع أن إتباع هذا المنهج أو ذاك سيترتب عنه تغيير في الحل النهائي للنزاع، ذلك أن قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي قد تشير إلى تطبيق قانون غير قانونها، كأن تقضي بتطبيق قانون القاضي الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى.

وقد أثار تحديد ما إذا كان القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي أو على العكس من ذلك يقتصر التزامه على تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون خلافا كبيرا في الفقه والقضاء، وقد أطلق على المسألة في فقه القانون الدولي الخاص اسم الإحالة، وذلك باعتبار أن القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد لا يتكفل مباشرة بإعطاء الحل

النهائي للنزاع وإنما يحيل حسم النزاع إلى قانون آخر، وقد بدأ الفقه في الاهتمام بمشكلة الإحالة على أثر قضية شهيرة ثارت أمام القضاء الفرنسي معروفة (بقضية فورجو). صـــ21ـ

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخص مجهول النسب يدعى "فورجو" وُلد في بلغاريا، وبعد فترة انتقل مع أمه إلى فرنسا حيث أقام بها فترة طويلة إلى أن توفي بها وترك وراءه ثروة طائلة منقولة دون أن يكون له زوجة أو أولاد، وحينئذ ثار النزاع بين أقاربه من الحواشي وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول إليه الثروة، وكان محور الخلاف هو تعيين القانون الواجب التطبيق على الميراث.

هل هو القانون البلغاري بوصفه قانون الموطن الأصلي للمتوفي أم القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفى؟

فإذا أخذنا بالقانون البلغاري آلت التركة إلى الحواشي لأنه يسمح لهم بالإرث، أما لو أخذنا بالقانون الفرنسي آلت التركة إلى الدولة الفرنسية بوصفها تركة شاغرة نظرا لأن القانون الفرنسي لا يورث الحواشي.

وبتاريخ 24 مايو 1876 قضت محكمة استئناف بوردو بحق أقارب المتوفى من الحواشي في الإرث بتطبيقها للقانون البلغاري وذلك عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بالمواريث والتي تقرر اختصاص قانون الموطن الأصلي للمتوفي في شأن الميراث.

إلا أن الحكومة الفرنسية طعنت بالنقض في هذا الحكم ولم تؤيد محكمة النقض ما ذهبت إليه محكمة استئناف بوردو، وقضت بأنه كان يتعين على هذه المحكمة أن تطبق قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون البلغاري حيث تشير تلك القاعدة باختصاص قانون الموطن الفعلي، وهو القانون الفرنسي ولما كان القانون الفرنسي لا يورث الحواشي، فقد اعتبرت المحكمة أن الأمر يتعلق بتركة شاغرة لا وارث لها، وقضت بأيلولة ملكية التركة إلى الدولة، بما لها من سيادة على الأموال التي لا مالك أو وراث لها، وذلك بمقتضى حكمها الصادر 24 يونيو 1878.

ويتضح من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض الفرنسية أقرت الأخذ بنظرية الإحالة.

أنـواع الإحـالــة صـــ22ـ

إذا كان النظام القانوني لدولة القاضي المختص بنظر النزاع ذي الطابع الدولي يأخذ بالإحالة، فإن الإحالة التي تقررها هذه القواعد لها نوعين هما: (مهم الاحالات)

أولا: الإحالة من الدرجة الأولى (البسيطة):

نكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى في الحالة التي يؤدي فيها أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير (يتخلى عن اختصاصه) وإحالته أو رده إلى قانون القاضي بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه.

مثال: أن يعرض على القاضي المصري نزاع بين عماني وكويتي يقيمان في القاهرة حول (عقد مقاولة) أبرم في الهند ومقرر تنفيذه في القاهرة، وحيث أن قاعدة الإسناد المصرية تحدد مرجع النظر إلى قانون محل تحرير العقد (القانون الهندي) وبالرجوع إلى أحكام القانون الهندي نجده يحيل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقارات إلى قانون مكان تنفيذها (القانون المصري) أي أعاد النزاع وأحاله إلى قانون القاضي.

ثانيا: الإحالة من الدرجة الثانية (المركبة):

نكون بصدد إحالة من الدرجة الثانية في الحالة التي يؤدي فيها إعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير وإحالته لا إلى قانون القاضي، بل لقانون دولة ثالثة.

مثال: قيام علاقة مديونية بين فلسطيني (دائن) وعراقي (مدين) يقيمان في دبي، ومكان حدوث المديونية غزة، وعرض النزاع على محكمة دبي التي وجهت القاضي إلى قانون المدين (العراقي) وبالرجوع إلى هذه الأخيرة وجدنا أن قاعدة الإسناد المتعلقة بالديون تحيل إلى قانون مكان حدوث المديونية (القانون الفلسطيني).

وقد تتوالى الإحالة من هذا النوع من قانون لأخر حتى ينتهي المطاف بقبول قانون معين للاختصاص.

وأيا كان نوع الإحالة فما هو موقف الفقه منها؟

موقف الفقه والقانون المقارن من الإحالة

أولا: موقف الفقه من الإحالة فريقين مؤيد ومعارض مهم جداً صـــ23ـ

الاتجاه الأول: المؤيدون للأخذ بالإحالة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب على القاضي أن يعتد بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبالتالي لا يجوز له أن يطبق القواعد الموضوعية مباشرة في ذلك القانون.

ويستند أنصار الإحالة إلى العديد من الحجج لتبرير وجهة نظرهم:

1. أن القانون الأجنبي كل واحد لا يتجزأ، بحيث إذا قررت قاعدة الإسناد الوطنية اختصاص قانون محدد فعلى القاضي أن يبدأ بإعمال قواعد الإسناد الموجودة فيه وهي التي تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحويل لهذا القانون وتغيير لطبيعته وعلى إهدار لإرادة (المشرع الأجنبي).

2. تطبيق الإحالة من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام الوطنية في الدول التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونها، إذ أن هذه الدول قد تشترط لتنفيذ الأحكام أن يكون القاضي الأجنبي قد أعمل قاعدة الإسناد التي يقضي بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

الاتجاه الثاني: المعارضون للأخذ بالإحالة صـــ24ـ

لم ترق فكرة الإحالة للكثير من الفقهاء وقالوا بوجوب التطبيق المباشر للقوانين المحددة بقاعدة الإسناد دون الرجوع إلى قواعد الإسناد بها من جديد، واستندوا للعديد من الحجج

1. أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الوطنية وتفريغها من محتواها ومخالفة صريحة لأوامر المشرع الوطني، باعتبار أن المشرع لما وضع قواعد الإسناد إنما قصد من خلالها الوصول لتطبيق القواعد الموضوعية وليست قواعد الإسناد للقانون المحدد.

2. إن الإحالة تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة أو توالي الإحالة إلى ما لا نهاية له وهوما يؤدي إلى القلق وعدم الاطمئنان مقدما على القانون الواجب التطبيق مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وبالتالي أطلق الأستاذ الألماني كاهن ((Kahn)) على الإحالة ((غرفة المرايا)) كما أطلق عليها الأستاذ الإيطالي BUZZATI ((لعبة التنس)).

3. إن تطبيق الإحالة سيترتب عليه تشتت القوانين وتغذية التنازع بينها

مثال: لو أن مصري مقيم في بريطانيا ورفعت ضده قضية أهلية بسبب (السفه) فإن القانون المصري هو المختص لأنه قانون جنسية السفيه، إلا أن القانون المصري يحيل إلى قانون محل الإقامة أي القانون الإنجليزي الذي يرفض فكرة الحجر من أساسها.

4. إن الأخذ بمبدأ الإحالة من شأنه المساس بسيادة الدولة لأن لكل تشريع فلسفة خاصة في وضع قواعد الإسناد، وبالتالي من غير المنطقي أن يطبق القاضي قواعد الإسناد المعتمدة في قانون غير قانونه.

ثانيا: موقف القانون الوضعي المقارن من الإحالة

ترفض معظم قوانين الدول العربية الأخذ بالإحالة فذلك هو موقف كل من مصر والعراق وسوريا والأردن وليبيا

إضافة إلى دول أجنبية مثل: بريطانيا، هولندا، اليونان، البرازيل، الولايات المتحدة الأمريكية...،

أما الدول الغربية فهناك من أخذت بالإحالة مثل فرنسا في قضية (فورجو) وألمانيا وإنجلترا وبلجيكا والنمسا واليابان وبولونيا ويوغوسلافيا

إلا أنه بالإجمال معظم الدول لم تأخذ بالإحالة ولم يشر المنظم السعودي لهذه المسألة.

إثبات القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه

صـ25-

بمجرد أن ينتهي القاضي من تكييف النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي وبعد أن تحدد قاعدة الإسناد القانون المسند إليه، فإذا كان نظامه القانوني يتبنى الإحالة فإنه ينتقل إلى القانون المحال إليه، وإذا كان يرفض الإحالة فعليه تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القانون المسند إليه مباشرة.

فإذا كان القانون المحدد بقاعدة الإسناد هو القانون الوطني فلا تثار أية إشكاليات لأنه قانون القاضي الذي اعتاد عليه، أما إذا حددت قاعدة الإسناد القانون الأجنبي فإن القاضي الوطني سيشرع في مرحلة جديدة تتمثل في الكشف عن مكونات القانون الأجنبي ومحاولة إثبات أحكامه تمهيدا لتطبيقها على الواقعة المشوبة بالعنصر الأجنبي.

إثبات القانون الأجنبي: مهمه جداً جداً

إثبات القانون الأجنبي يتمثل في إقامة الحجة والدليل على صحة مضمون القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد، لأن القاضي سيجد نفسه أمام قانون غريب لم يألف أحكامه وتزداد المشكلة تعقيدا إذا لم يجد نصوص القانون المسند إليه أو وجدها لكن تشكك في مضمونها بأنها خضعت للتعديل أو الإلغاء، كما قد تكون هذه النصوص غامضة تحتاج إلى التفسير، إزاء كل ذلك يثار التساؤل:

من هي الجهة المنوط بها إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، القاضي أم الخصوم؟

وهل يتم التفسير وفقا لقواعد التفسير في القانون الوطني أم حسب أحكام التفسير في القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع؟

تختلف الإجابة عن السؤال لدى الفقه وانقسموا إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد (مجرد واقعة).

تذهب بعض الأنظمة القانونية إلى وصف القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بأنه مجرد واقعة ولا يرقى إلى منزلة القانون الملازم الواجب التطبيق، ويترتب على ذلك بأن القاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون هذا القانون المسند إليه، ويقع على كاهل الخصم الذي تمسك بالقانون الأجنبي البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتقديمه للقاضي،

وقد تبنى هذا الرأي قوانين كل من لبنان وتركيا وبريطانيا والولايات المتحدة...

حيث نصت المادة (134) من قانون أصول المحاكمات اللبناني:
"لا تُطْلب البينة على مضمون القانون اللبناني، لكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون القانون الأجنبي".

وقد اعتنقت هذا التوجه محكمة النقض المصرية والسورية وبالتأكيد على أن :
"التمسك بالقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها".

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الراجح في مصر يرى أنه يجب على القاضي الوطني إثبات مضمون القانون الأجنبي وإقامة الدليل على صحته من تلقاء نفسه لأن قاعدة الإسناد هي التي حددته وأشرنا سلفا إلى إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية وأنها قاعدة قانونية وجوبية، ويضيف الفقه إلى أن مسألة إثبات القانون الأجنبي يجب أن يكون بالاشتراك بين الخصوم والقاضي الأمر الذي سيسرع بالفصل بالدعوى فضلا عن أن هذا الأسلوب من شأنه أن يحول دون تذرع الخصوم بجهل القانون الأجنبي.

سلبيات اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة: مهم جدا متى يعتبر مجرد واقعة متى تكون كقانون ؟ صـ26-

1. منح الصلاحية المطلقة لمحامي الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي لإثباته قد يدفعه ذلك لتحريره وفق مراده وبما يخدم مصالحه.
2. التكاليف الباهظة التي سيتكبدها من يقوم بالإثبات للقانون الأجنبي من نفقات ترجمة والاستعانة بالمختصين وتوكيل محامين أجانب واتصالات وربما السفر...
3. تفريغ قاعدة الإسناد من قيمتها، بحيث الإسناد إلى القانون الأجنبي هو بمثابة توجيه إلزامي من المشرع إلى القاضي لتطبيق قانون معين بشكل مباشر دون التذرع بصعوبة أحكامه.
4. اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يترتب عنه النظر إلى ذلك القانون باستخفاف وبالتالي السعي لتطبيق قانون القاضي.
5. اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يعفي القاضي من رقابة المحكمة العليا لأنها محكمة قانون فقط.

الطائفة الثانية: اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بمنزلة القانون الوطني صـــ27ـ

يترتب على هذا الرأي اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد (سواء تشريع أم عرف محلي أو سابقة قضائية....)

ليس مجرد واقعة بل قانون متكامل يوازي منزلة القانون الوطني من حيث الإلزامية والخصائص وبالتالي فهو واجب التطبيق من القاضي الوطني دون انتظار إثبات مضمونه من أحد الخصوم، ويستمد القانون الأجنبي هذه المكانة باعتبار أن الذي اختار هذا القانون هي قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع كقاعدة قانونية ملزمة

وهذا الرأي هو المعمول به لدى كل الأنظمة القانونية وتدعمه الحجج التالية: مهم جدا النقاط الأربع

1. اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بمنزلة القانون الوطني هو تنفيذ لرغبة المشرع الوطني الذي اختار هذا القانون من خلال قاعدة الإسناد الوطنية.
2. إعادة الاعتبار لقاعدة الإسناد التي وضعها المشرع ضمن سياسة تشريعية تراعي خصوصية كل حالة، الأمر الذي سيحقق الانسجام القانوني.
3. حصر مهمة إثبات القانون الأجنبي في جانب القاضي الوطني سيترتب عنها الحد من تحوير مفاهيم القانون المحدد بما يخدم مصالح الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي وبالتالي تحقيق العدالة المنشودة.
4. وضع القانون الأجنبي المحدد بمنزلة القانون الوطني سيجعل إجراءات إثباته وتطبيقه تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن من اختصاصها الأصيل السهر على حسن تطبيق القوانين. مهم جداً

والجدير ذكره أن الفقه الحديث

يؤكد أن البحث عن القانون الأجنبي التزام على القاضي بمعاونة الخصوم، كما يضيف أنه ليس المطلوب من القاضي الإحاطة الكاملة بمضمون القانون الأجنبي ولكن مطلوب منه التعامل معه كما يتعامل مع العرف

(لأن هذا الأخير غير مكتوب ويتطلب بذل جهد من القاضي)

ولا يبرأ القاضي من التزامه بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا أثبت أنه استحال عليه التوصل لمضمون القانون الأجنبي وذلك من خلال تعليل مستساغ وإلا كان حكمه مُعرضاً للنقض من محكمة النقض.

وبالتالي فإن إلزام القاضي الوطني بإثبات القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد لا يعني بالضرورة عدم تدخل الخصوم، بل أن المسألة تستدعي إسهام الخصوم في تقديم الحجج والوثائق التي تعين القاضي على الكشف عن مضمون القانون الأجنبي وتبقى له سلطة تقييم هذه المستندات.

من واجب القاضي أن يستفيد من الوسائل المتاحة له في التعامل الدولي وبموجب الاتفاقيات الثنائية والجماعية للتعرف على أحكام القانون الأجنبي. مهم جداً

فهناك العديد من الاتفاقيات القضائية المعقودة بين الدول التي نصت على إمكان تبادل المعلومات المتعلقة بالأحكام القانونية النافذة لدى الدول المتعاقدة وتبادل الجرائد الرسمية التي تنشر فيها القوانين وكذلك المجلات التي تنشر فيها الأحكام القضائية.

طبيعة القانون الأجنبي وكيفية تطبيقه: صـــ28ـ

القانون الأجنبي يُطبق بناء على أوامر المشرع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد، فالقانون الأجنبي يفتقر إلى علاقة مباشرة مع القاضي الوطني تسمح لهذا الأخير معرفته والوقوف على معانيه عن كثب.

أما بالنسبة لدور المحكمة العليا لدينا في فلسطين في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره فاعتقد بأنه لا مناط لهذه المحكمة من إعمال رقابتها سواء بسبب مخالفة هذا القانون أم بسبب الخروج على معناه الحقيقي أم بسبب نقص التعليل أو التسبيب وذلك من أجل توفير الاحترام التام لقواعد الإسناد الوطنية الإلزامية، لهذا يجب على القاضي الابتعاد عن إعمال آرائه الشخصية في التفسير وتطبيق القانون الأجنبي بشكل مماثل أو أقرب ما يكون لتطبيقه أمام القضاء في بلاده الأصلية.

طرق إثبات القانون الأجنبي المختص

صـــ29ـ

طالما أننا سلمنا أنه يقع على كاهل القاضي الوطني إثبات مضمون القانون الأجنبي فإنه يجدر التنويه إلى أن عملية البحث عن المضمون يجب ألا توقف النظر بالدعوى وإلا كان القاضي معطلا لسير العدالة، أي أن البحث يجب ألا يؤثر على السير بالدعوى.

تتعدد المصادر التي يمكن للقاضي الاستناد إليها لإثبات القانون الأجنبي: مهم جداً

1. الاستعانة بالمجلات والمؤلفات العلمية المختصة في القانون الدولي الخاص.
2. مقررات المؤتمرات الدولية بشأن القانون الدولي الخاص.
3. الأحكام والسوابق القضائية المنشورة في الدولة ذات العلاقة.
4. تبادل المذكرات التفسيرية للتشريعات.
5. الاستفادة من الحجج والوثائق التي يقدمها الخصوم.
6. الاستعانة بالسفارات والتواصل مع وزارة الخارجية.
7. الاتفاقيات الدولية بين الدول.
8. تبادل الإنابة القضائية من القاضي الوطني لنظيره الأجنبي.

مهم جداً

لكن على الرغم من وجاهة هذه المصادر إلا أنه تعترضها العديد من الصعوبات لعل أبرزها:

1. الترجمة الحرفية للقوانين الأجنبية قد تنحرف عن المراد الحقيقي للمشرع.
2. قد يكون القانون المعين غير مستوف الإجراءات الدستورية (مثلا لم ينشر). (الإجراءات الشكلية)
3. ليس من السهل تحديد حجية التشريع المحدد فقد تكون السوابق القضائية أسبق من العرف أو أحكام العدالة تتقدم على الفقه.

تفسير القانون الأجنبي المختص

التفسير للقانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد يتمثل في إزالة الغموض الذي يعتري النص القانوني الأجنبي وتحديد المقاصد الحقيقية للمشرع باعتبار أن القاضي الوطني لم يستطع استجلاء الأحكام التي تضمنها القانون الأجنبي بشكل واضح، سنتناول أسلوب التفسير للقانون الأجنبي ثم نناقش الرقابة القضائية على التفسير.

أساليب تفسير القانون الأجنبي

صـــ30ـ

تتنوع أساليب التفسير لتوضيح مقاصد المشرع الأجنبي إلا أن الإشكالية التي تطرح في هذا السياق تتمثل في:

ماهية الأساليب التي يمكن أن يتبعها القاضي لاستجلاء حقيقة النصوص القانونية الأجنبية؟

وهل يركن القاضي إلى أساليب التفسير الوطنية؟

أم يعتمد على أساليب التفسير المعتمدة لدى القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد؟

هناك رأيين حول مسألة التفسير المعتمد لبيان مضمون القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد:

1- إتباع نفس أسلوب القاضي الوطني في التفسير:

يتبع القاضي الوطني في تفسير نصوص القانون الأجنبي الغامض ذات الأسلوب الذي يسلكه في تفسير النصوص الوطنية.

وهذا الرأي له أسانيده لعل أبرزها:

أن قاعدة الإسناد منشأها وطني والتكييف مستند إلى قانون القاضي والتطبيق للقانون الأجنبي من واجبات القاضي الوطني وبالتالي فإن التفسير يجب أن يكون وفقا لقانون القاضي، وهذا الأسلوب له إيجابياته من حيث أنه سيجعل النزاع في عهدة القاضي الوطني في مختلف مراحله وبالتالي سيتحقق الانسجام بين كل المراحل

ولكن يعاب على هذا الأسلوب أنه سيسلخ القانون من واقعه ويخضعه لمفاهيم مختلفة

2 - إتباع أساليب التفسير المحددة في القانون الأجنبي المعين:

يتوجب على القاضي أن يلتزم بأساليب التفسير التي حددها القانون المعين بقاعدة الإسناد.
وهذا الرأي له مبرراته باعتبار أن لكل قانون خصوصية من حيث المضمون ومن حيث طرق تفسيره.

وأشار الفقه بأنه على الرغم من التطابق الحرفي للقوانين فإن ذلك لا يعني اتحادها في الدلالة، لأن مقاصد المشرع تتفاوت بحسب خصوصية المكان، وهذا الرأي هو الراجح فقهاً وقضاءً

ص-31-

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أنه تكتنفه صعوبات

مثال: عدم قدرة القاضي على مجاراة ومتابعة كافة الأنظمة القانونية، وتعذر الاطلاع على المذكرات الإيضاحية لتلك القوانين الأجنبية لمعرفة مقاصدها والأهداف التي أرادت تحقيقها.

الرقابة القضائية على تفسير للقانون الأجنبي

لا يمكن للمحكمة العليا لدينا في المملكة العربية السعودية بسط رقابتها على حسن تفسير القانون الأجنبي إلا إذا كان النظام القانوني يعترف بالقانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بصفة (القانون الكامل بمنزلة القانون الوطني)

وبالتالي لا تسري الرقابة القضائية على الأنظمة التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة.

أهداف الرقابة القضائية

تهدف الرقابة القضائية إلى التدقيق والتثبت من حسن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي وعدم انحرافه عن مقاصد المشرع الأجنبي.

أيضا للرقابة دور في وقف العمل بالقانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد إذا ثبت أن أحكامه تتنافى مع دستور بلد القانون الأجنبي.

مجال الرقابة القضائية

يمكن للقاضي الوطني أن يوجه رقابته على القانون المحدد بقاعدة الإسناد من الزاويتين الشكلية والموضوعية.

الرقابة على شكل القانون الأجنبي

ص-32-

من حيث الشكل يتعين على المحكمة العليا التثبت من أن القاضي الوطني قد تعاطى مع قانون أجنبي استوفى كافة الإجراءات الشكلية لسن القانون على غرار القراءات المقررة للقانون والمصادقة والنشر.

والجدير بالذكر أن لكل دولة المسار الخاص بها لسن التشريع ولا يشترط التطابق بين الأنظمة القانونية المختلفة في الإجراءات.

ويشير الفقه إلى أنه من حق القاضي الوطني الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وحتى ولو لم يدفع به الخصوم لأن المسألة تمس النظام العام.

الرقابة على موضوع القانون الأجنبي

يتعين على المحكمة العليا فرض رقابتها والتأكد من أن القاضي الوطني طبق القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بشكل ينسجم مع التدرج التشريعي المعتمد في تلك الدولة.

مثال: إذا حددت قاعدة الإسناد القانون الياباني يجب على القاضي التنبه إلى أن هذا النظام يشمل التشريع والعرف والسوابق وقواعد العدالة في ذلك النظام، وبالتالي يتوجب عليه التثبت من تدرج هذا المصادر من حيث الأولوية في التطبيق.

من جهة أخرى يتعين على المحكمة العليا التأكد من أن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي ينسجم مع الهرم التشريعي، حيث يعتبر تفسيرا منقوصا ويستحق النقض، التفسير الذي يعتمد على اللوائح والأوامر والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية وتجاهل القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية، أو يطبق قانون مخالف للدستور.

موانع تطبيق القانون الأجنبي

صـــ32ـ

بعد انتهاء القاضي الوطني من إثبات وتفسير القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد وتصبح أحكامه جلية واضحة جاهزة للتطبيق مع ذلك فقد يطرأ سبب يحول دون تطبيق القانون الأجنبي على الواقعة.

مثال: أشارت قاعدة الإسناد إلى القانون السويدي في قضية طلاق سويديين كلا طرفيه ذكورا (زواج مثلي) فهل القاضي ملزم بتطبيق القانون السويدي أم الأجنبي؟

لقد أتاح المشرع للقاضي الوطني السلطة التقديرية للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد إذا ثبت أن أحكام هذا القانون تتعارض مع النظام العام لبلد القاضي أو شاب القانون المحدد غش واحتيال.

لذلك سنتناول في هذا المحور الموانع التشريعية لتطبيق القانون الأجنبي وهي تنحصر في مانعين:

- المانع الأول: الدفع بالنظام العام.
- المانع الثاني: الدفع بالغش في القانون الأجنبي.

الدفع بالنظام العام

صـــ34ـ

يعتبر الدفع بالنظام العام من قبل القاضي الوطني بمثابة أسلوب احتجاج يعبر من خلاله عن اعتراضه على تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة الإسناد على النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي بسبب التعارض الجوهري بين القانون الأجنبي المحدد وبين قانون القاضي.

سنتعرض في إطار بحثنا في الدفع بالنظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي إلى الفروع التالية:

- تعريف النظام العام
- خصائص النظام العام
- نطاق النظام العام
- شروط الدفع بالنظام العام
- أخيرا أثار الدفع بالنظام العام.

تعريف النظام العام

يعتبر الوصول لتعريف جامع للنظام العام من أبرز الصعوبات التي واجهت فقهاء القانون، لأن التشريعات خلت من تعريف النظام العام وتركوا الأمر للفقه بحسب المكان والزمان. (لأن النظام العام قانون مرن صعب تعريفه)

إلا أن جل التعريفات تحوم حول فكرة واحدة مفادها :

" أن النظام العام يتمثل في مجموع الاختيارات الأساسية للمشرع الوطني في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تمثل المصلحة العليا للمجتمع".

ويمكن أن نعرف الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بأنه:

"دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"

ولئن كانت كل فروع القانون العام من النظام العام باعتبارها قواعد آمرة تتصل بالمصلحة العليا للمجتمع، إلا أن هذا لا يعني استبعاد فروع القانون الخاص من مظلة النظام العام

مثل: الميراث، تسجيل العقارات، وعقود العمل، التركات المستقبلية، الحضانة، الزواج.

س: هل عرف الأنظمة القضائية المختلفة عرفت معنى النظام العام ام لا ؟
ج : لا لم تعرفه
س : المملكة العربية السعودية هل عرفت النظام العام ام لا؟
ج : نعم عرفته في اللوائح التنفيذية

خصائص النظام العام

يتصف النظام العام بثلاثة خصائص وهي: المرونة + الغموض + التنوع. صـ35

المرونة تعني :

أن النظام العام متغير بحسب الزمان والمكان وبالتالي لا يمكن الحديث عن نظام عام مشترك لكل الدول والمجتمعات، حتى داخل الدولة يختلف النظام العام من منطقة الأخرى.

الغموض يعني :

ضبابية النظام العام وعدم القدرة على تحديد ملامح دقيقة له أو معايير محل إجماع وما يؤكد ذلك اختلاف مفهوم النظام العام من النقيض إلى النقيض في الدول (نموذج: تعدد الزوجات).

التنوع يعني :

أن النظام العام يطال كل فروع القانون، ولئن كانت كل فروع القانون العام من النظام العام، فإن بعض فروع القانون الخاص تتصل بالنظام العام مثل: سن الرشد، تسجيل العقارات، المواريث.

نطاق النظام العام

درج الفقه التقليدي على التفرقة بين (النظام العام الداخلي) و(النظام العام الدولي) ويقيم الفقه هذه التفرقة على اختلاف الوظيفة التي يضطلع بها النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

ففي القانون الداخلي الخاص يتكفل النظام العام بإبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة لذلك يبدو النظام العام في هذا الصدد كسياج حامي للقاعدة القانونية الوطنية.

وفي القانون الدولي الخاص فإن النظام العام مهمته استبعاد القانون الأجنبي بالرغم من أنه القانون الواجب التطبيق على النزاع بمقتضى القانون الوطني لذلك يبدو النظام العام في هذا المجال كرقيب على القاعدة القانونية الأجنبية.

نماذج على النظام العام

تتباين نشأة النظام العام من دولة لأخرى بحسب الديانة والمذهب السياسي والعادات والتقاليد والظروف السائدة في تلك الدولة، ولتسليط الضوء على أبرز ملامح النظام العام لا بد من تناول بعض النماذج: صـ36

- يعتبر إباحة تعدد الزوجات من النظام العام في الدول العربية وأغلب الدول الإسلامية
- إلا أنه في المقابل يعتبر حظر وتجريم تعدد الزوجات من النظام العام في الدول الأوروبية وبعض الدول الإسلامية.
- الطلاق كان يعتبر في فرنسا محرما ومن النظام العام، وإلا أنه منذ ١٨٨٤م، بات الطلاق مباحا.
- في تركيا كان تعتبر قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث من النظام العام ثم ما لبثت أن تبدلت.
- في هولندا يعتبر الزواج المثلي (من نفس الجنس مباحا)، إلا أن تجريمه في الدول الإسلامية من النظام العام.
- في تونس يعتبر التبني (اتّخاذ الشّخص ولد غيره ابناً له) مباحاً إلا أنه في الدول العربية حراما ومن النظام العام.

والخلاصة أن مفهوم النظام العام يتسع ويضيق بحسب توجهات الدولة

- حيث يلاحظ أن الدول التي تعتنق المذهب الاشتراكي يتصاعد بها النظام العام ويكون تدخل الدولة كثيف،
- أما تلك التي تأخذ بالمذهب الرأسمالي يتراجع بها النظام العام لأن تدخل الدولة محدود.

شروط الدفع بالنظام العام

لا يمكن إثارة النظام العام من قبل القاضي الوطني بهدف استبعاد القانون الأجنبي إلا إذا توفر شرطين: صـ37ـ

1- أن يكون القانون المسند إليه قانون أجنبي مهم

على ذلك لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وذلك حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلية، باعتبار أن كافة هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحد.

أما إذا كانت الدولة تتبنى الشكل الاتحادي (مثل الإمارات و USA) فإن تشريعاتها تكون مختلفة، وبالتالي فمن المتصور وجود اختلاف في المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية مما يبرر إعمال النظام العام بمفهومه في القانون الداخلي، ويمكن التمثيل على ذلك بمنع الزواج بسبب اختلاف اللون، فإذا ما تقرر هذا المانع في إحدى الولايات الأمريكية وأراد أمريكي أسود الزواج من بيضاء في ولاية أخرى لا تعتد بهذا المانع فمن الممكن استبعاد قانون الولاية الأولى باعتباره مخالفاً للنظام العام.

2- تعارض ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي

هذا ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي، فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك وإنما يتعين ألا يمس ذلك التطبيق بمقتضيات النظام العام في دولته.

من هي الجهة المخولة بتحديد كون العلاقة القانونية من النظام العام؟

مما لا شك فيه أن المشرع هو الذي يحدد اختياراته الأساسية في شتى المجالات ويسبغ على علاقات محددة صفة الأهمية لأنها تتصل بالمصلحة العليا للمجتمع ولا يسمح للغير بالاتفاق على مخالفتها.

إلا أن تحديد ما هو نظام عام لا يستقيم دائما بسبب الأمور المستجدة وتلك التي يغفل المشرع عن الإحاطة بها،

وبالتالي يميل أغلب الفقه إلى ترك مسألة تقييم العلاقة إذا ما كانت تنضوي تحت النظام العام أم لا إلى قاضي الموضوع

مع إخضاع هذا التقييم إلى رقابة المحكمة العليا (محكمة القانون). صـ38ـ

إلا أن هذا الرأي على الرغم من وجاهته باعتبار أنه يرمي إلى تحصين المجتمع من تسلل أحكام غير منسجمة مع الواقع الاجتماعي للقاضي، إلا أنه يخشى من تصاعد نفوذ القاضي الوطني وإطلاق العنان إلى حد إساءة السلطة التقديرية المسندة إليه وتدخل البعد الشخصي لأن القاضي يميل إلى تطبيق قانونه الوطني.

وبالتالي فإن القاضي الوطني الذي ينظر في نزاع مشوب بالعنصر الأجنبي يتوجب عليه أن يستقرئ الواقع العام لبلده ويراعي المصالح المتماشية مع مجتمعه ويتجرد من تصوراته الشخصية مع التعليل المستساغ للحكم الذي توصل إليه، وكل ذلك يبقى خاضعا لرقابة المحكمة العليا كأي مسألة قانونية، ويجب التنويه إلى أن القاضي الوطني مدعو إلى عدم الغلو في تطبيق النظام العام وأن يضيق من هذه الأخيرة كي يزيد من فرص التعايش بين الأنظمة القانونية.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية شرط مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام عندما أكدت في حكمها الصادر في 19 يناير 1977 م " أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا للمادة 38 من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة"

ويلحق بالنظام العام فكرة (الآداب) :

وهي مجموعة المثل العليا التي توافق عليها المجتمع فيما يتعلق بالأخلاق الحميدة التي تبين الحسن والقبيح.

وتوصف الآداب على غرار النظام العام بالمرونة والتغير بحسب الزمان والمكان، ففي الدول الإسلامية يعتبر باطلا لتعارضه مع الآداب الترخيص لبيوت الدعارة وكذلك الملاهي الليلية ونوادي القمار والعري ...، بينما في الدول الأوروبية قانونيا ويخضع للترخيص.

آثار الدفع بالنظام العام

ما هي النتائج التي ستترتب على دفع القاضي الوطني بالنظام العام؟ صـــ38ـ

إذا كان الاستبعاد للقانون الأجنبي هو الحل فما هو البديل، هل القانون الوطني أم قانون مشابه للقانون المستبعد أم مبادئ القانون الدولي الخاص؟ صـــ39ـ

هناك عدة أثار تترتب على استعمال القاضي للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي التي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية:

1- الأثر السلبي استبعاد القانون الأجنبي: مهم جداً

إن الهدف من فكرة النظام العام هو حماية المبادئ العليا والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الذي يكون من شأن تطبيقه تهديد هذه المبادئ والأسس

ويثور التساؤل عن مدى استبعاد القانون الأجنبي

هل نستبعد القانون الأجنبي برمته أم نقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلا من النظام العام الوطني في هذا القانون؟

انقسم الفقه حول حجم أو مدى الاستبعاد للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام إلى طائفتين:

أ- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي:

ويرى جانب من الفقه أن القاضي يتعين عليه أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع أحكامه طالما تعارضت أحد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني

ويستند هذا الفريق إلى القول بأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فلا يصح للقاضي أن يستبعد قاعدة معينة بحجة التعارض مع النظام العام ويطبق القواعد الأخرى في ذلك القانون، والقول بغير ذلك ينطوي على مساس بوحدة القانون الأجنبي، وقد يقود إلى تشويه ومسخ هذا القانون

فمثلا: إذا كان القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير مسلم، فإنه يجب على القاضي استبعاد هذا القانون في جملته لمخالفته للنظام العام.

ب - الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي :

غالبية الفقه ترى وجوب أن يكون الاستبعاد في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام،

أي أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون استبعادا جزئيا فقط ينصب على القاعدة الأجنبية المخالفة دون باقي القواعد، ذلك أن إعمال الدفع بالنظام العام يهدف إلى تجنب تسلل أفكار مخالفة للمصلحة العليا للمجتمع وإذا كان بالمقدور تجنب هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط كان من غير الضروري استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام. صـــ40ـ

وعلى هذا فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الميراث يساوي بين الابن والبنت المسلمين في الميراث لوجب استبعاد حكم هذا القانون الأجنبي فيما يتعلق بنصيب كل من الابن والبنت فقط مع الإبقاء على سائر أحكام القانون الأجنبي بالنسبة لبقية قواعد الميراث، وهكذا يجب على القاضي أن يتذكر دائما أن الدفع بالنظام العام هو وسيلة استثنائية لمنع تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت له قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم فلا يجب استعماله إلا بقدر وفي حدود ضيقة.

2- الأثر الإيجابي تطبيق قانون القاضي: مهم جداً

إذا استبعد القاضي الجزء المخالف من القانون الأجنبي، فما هو البديل؟ ووفقا لأي قانون يفصل في النزاع؟

هناك ثلاث آراء في هذا الصدد:

أ - البحث عن حل مقبول في نفس القانون الأجنبي المستبعد:

هذا الحل فيه احترام لقاعدة الإسناد الوطنية التي تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي، وبالتالي يفترض بالقاضي البحث في القانون الأجنبي نفسه على قاعدة أخرى لحكم النزاع، خصوصا أن القاضي لا يستبعد القانون الأجنبي برمته فهو يظل واجب التطبيق في أحكامه الأخرى.

وقد أخذت بالفعل بهذا الرأي إحدى المحاكم الألمانية، إذ قضت محكمة الرايخ الألماني في حكم شهير لها بتاريخ 19 ديسمبر 1922، بأن استبعاد إحدى قواعد القانون السويسري الواجب التطبيق والتي تقرر عدم تقادم نوع معين من الديون، لمخالفتها النظام العام الألماني، لا يستتبع إحلال القواعد الألمانية الخاصة بالتقادم محل القاعدة المستبعدة، بل ينبغي البحث في القانون السويسري نفسه عن قاعدة أخرى خاصة بالتقادم، وبالفعل أخذت المحكمة بالقاعدة التي تقرر أطول تقادم في القانون السويسري.

ب- تطبيق قانون القاضي الوطني صـــ41-

عند استبعاد إحدى قواعد القانون الأجنبي المختص نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام يجب على القاضي أن يستمد حله من قانونه الوطني، ويبدو أن الفقه الغالب يميل إلى تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده باعتباره أسلم الحلول، وهذا هو الحل الذي كرسته كثير من النظم القانونية كالنظام القانوني الفرنسي والألماني والنمساوي والنظام القانوني المصري، وقد قضت محكمة دبي الشرعية بتاريخ 7/ 11 / 1992 م، في قضية مواريث بين هندوس يقيمون في دبي بأن قانون الميراث الهندوسي يساوي بين الذكر والأنثى في الميراث بما يخالف الشريعة الإسلامية مما يوجب استبعاده وتطبيق القانون الإماراتي محله.

ج - تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص:

قد يحدث أحيانا أنه لا يمكن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي لعدم وجود أحكام في القانون الأول يمكن تطبيقها على النزاع، في هذه الحالة ذهب القضاء إلى خلق هذه الأحكام مسترشدا في ذلك بمبادئ القانون الطبيعي، وهو الاتجاه الذي تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (36) والذي سنتناوله بالتحليل لاحقا.

الأثر المخفف للنظام العام

يتناول الأثر المخفف للنظام العام حالة نشوء مركز قانوني في الخارج يخالف النظام العام لدولة القاضي، ولكن يراد الاعتراف ببعض آثاره في دولة القاضي.

مثال: أن يثور أمام القاضي الفرنسي نزاع حول نفقة زوجية تطالب بها الزوجة الثانية لزوج مسلم سبق أن تزوجا في قطر مثلا بالطبع يعد إنشاء الزواج الثاني في فرنسا أمرا مخالفا للنظام العام الفرنسي ويستلزم الحكم ببطلانه، ولكن إذا كان هذا الزواج الثاني قد أبرم خارج فرنسا فإن مجرد امتداد آثاره إلى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة، لذلك يقع التخفيف من وطأة النظام العام (يصاب النظام العام بشكل جزئي) صـــ42-

والأمثلة على الأثر المخفف للنظام العام كثيرة، في حالة ما إذا عرض على المحاكم الفلسطينية نزاع حول حضانة ابن ولد من علاقة سفاح (ابن زنا) فلا يمكن للقاضي الفلسطيني الدفع بالنظام العام لأن المكان الذي نشأت به هذه العلاقة يسمح ببنوة أبناء السفاح.

ويفسر الأثر المخفف للنظام العام في هذه الأمثلة بضرورة احترام الحقوق التي تم اكتسابها بطريقة صحيحة في الخارج وفقا لقانون أجنبي، فاحترام هذه الحقوق هو الذي يدفع القضاء الفرنسي إلى الاعتراف في فرنسا بأثار الزواج الثاني الذي نشأ في الخارج وما يترتب على ذلك من تقرير حق الزوجة الثانية في الإرث وحقها في نفقة الزوجية، في حين أن نفس القضاء كان سيقضي ببطلان الزواج الثاني لو نشأ في فرنسا.

ولكن ما هي مبادئ القانون الدولي الخاص ؟ وكيف يمكن الاستدلال عليها؟

مبادئ القانون الدولي الخاص من المفاهيم الغامضة غير محددة التعريف، لكن يمكن القول بأنها:

مجموعة القواعد التي يمكن للقاضي أن يستلهمها من روح التشريع، وهي قابلة للتطور والتغيير.

مثال: عدم التعسف في استعمال الحق، بطلان التصرفات نتيجة الإكراه، تفوق المعاهدات على القانون الداخلي، الأصل براءة الذمة، عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، عدم جواز الالتزامات المؤبدة، ....

الدفع بالغش نحو القانون

يندرج الغش أو الاحتيال نحو القانون في موانع تطبيق القانون التي حددته قاعدة الإسناد إلى جانب الدفع بالنظام العام

تعريف الغش نحو القانون: مهم هذا التعريف صـــ43ـ

تعمد أحد أطراف نزاع أجنبي إلى تطبيق قانون آخر غير الذي حددته قاعدة الإسناد بإتباع وسائل الغش والاحتيال وذلك بهدف التهرب من القانون الذي حددته قاعدة الإسناد (الأصلية)

في حين يذهب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه:

"تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون الدولة الذي حددته قاعدة التنازع لتصبح العلاقة من اختصاص دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة"

نماذج على الغش نحو القانون

1. تنص قاعدة الإسناد على أنه: (يسري على الطلاق قانون الزوج) فلو فرضنا أن ايطالي يعتزم التطليق إلا أن قانونه يمنع الطلاق، وبالتالي سيقوم الزوج الايطالي باكتساب الجنسية الألمانية لإحداث الطلاق، وذلك كالتفاف على قانونه والاستفادة من الجنسية الألمانية التي تبيح الطلاق.

2. (يسري على الوصية قانون مكان تحريرها) مكان تحريرها اليابان الذي يضع شروطا صارمة، وبالتالي يلجأ الموصي إلى تايوان التي تضع شروط يسيرة لتحرير الوصية.

3. (يسري على الميراث قانون الميت) فلو أراد الشخص أن يورث أحفاده بينما قانونه لا يسمح بذلك، فيقوم باكتساب الجنسية الروسية التي تسمح بتوريث الأحفاد للاستفادة من هذه الخاصية.

4. إذا كان قانون مكان الولادة يحظر تسجيل مجهولي النسب (اللقطاء) فتقوم الأم بتغيير محل الولادة في بلير يسمح قانونه بتسجيل المواليد مجهولي النسب. صـــ44ـ

الخلاصة: يتعمد البعض تغيير ضابط الإسناد بشكل عمدي للهروب من القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الأصلية ولتحقيق مصلحة يبتغيها الأجنبي.

موقف الفقه من الدفع بالغش نحو القانون

انقسم الفقه تجاه الدفع بالغش نحو القانون إلى تيارين أحدهما مؤيد والآخر معارض على النحو التالي:

1- الاتجاه المؤيد لفكرة الدفع بالغش نحو القانون:

يرى تيار من الفقهاء أن الغش نحو القانون حالة واقعية ومتكررة وحجتهم في ذلك أن القانون يرفض فكرة (التعسف في استعمال الحق) أو سوء استعمال السلطة وفق مفهوم القانون الإداري، حيث يعتبر هذا التيار أن تغيير ضابط الإسناد ولئن كان مشروعا إلا أنه ينطوي في نفس الوقت على التفاف على قاعدة الإسناد الأصلية وبالتالي تفريغها من مضمونها. الدفع بالغش نحو القانون سيقطع الطريق على فئة الأغنياء الذي باتوا يحترفون التلاعب بقواعد الإسناد لمجرد عدم توافقها مع مصالحهم فيقع اللجوء إلى تبديل الجنسية أو الديانة أو طبيعة المال...

لذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي بضرورة التمسك بالدفع بالغش نحو القانون بشكل جدي لدى القاضي الوطني من كل من له مصلحة.

2- الاتجاه المعارض لفكرة الدفع بالغش نحو القانون

يرى هذا الاتجاه الفقهي أن فكرة الغش نحو القانون هي فكرة وهمية وصورية ولا تستحق التهويل من مخاطرها ويجب الاعتماد على أن الأصل في التصرفات حسن النية، وليس من واجب القاضي تتبع تحرك ضوابط الإسناد وتغييرها فمن حق الشخص مثل تبديل محل الإقامة أو تبديل الجنسية، ناهيك عن أن تبديل المراكز القانونية قد يكون بحسن نية مثال تغير الجنسية بسبب اندماج إقليمين، أو تغير محل الإقامة بسبب إبعاد شخص قسرا، أو إشهار شخص غير مسلم إسلامه بسبب اقتناعه برسالة الإسلام، وبالتالي ليس كل تغيير في ضوابط الإسناد معناه غش واحتيال والأهم من ذلك صعوبة إثبات الغش نحو القانون.

شروط تحقق الغش نحو القانون ثلاث شروط

1- الشرط المادي:

مواطن اسئلة

صـــ45ـ

إجراء تغيير أو تعديل إرادي وحقيقي في قاعدة الإسناد يهدف إلى الالتفاف على قاعدة الإسناد الأصلية التي وضعها القانون
مثال: تغيير الجنسية، وتجدر الإشارة إلى أن التعديل في قاعدة الإسناد المشار إليه يجب أن يكون وفق القانون فإذا قام شخص بتغيير جنسيته بطريق التزوير فلا يقبل الدفع بالغش نحو القانون.

2- أن تكون العلاقة المتأثرة بالغش من القواعد الآمرة:

حصر الفقه نطاق الغش في القواعد القانونية الآمرة لأن القواعد المكملة قابلة للتغيير بسهولة وبالتالي لن يكون مثار جدل أو تنازع لأن الأصل في تغييرها مباح وجائز، أما القواعد القانونية الآمرة تحمل أفكار تتصل بالنظام العام وبالتالي يجب الامتثال لها، وهذا ما يدفع البعض إلى الالتفاف عليها للهروب من نتائجها

مثال: أن يكون أحكام الميراث الفرنسية تتعارض مع مصالح فرنسي فيقوم باكتساب جنسية اسبانية لتحقيق مصالحه.

3- الشرط المعنوي:

يتمثل في توفر سوء النية لدى الشخص للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، وهذه المسألة يجب أن تترك بالمطلق للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لأن العديد من العلاقات قد يكون ظاهرها سوء نية لكنها تتحقق بحسن نية

مثال: الوفاة فجأة في دولة فيتغير ضابط الإسناد، الإبعاد القسري، اكتساب جنسية بحسن النية بالوراثة أو طول الإقامة في دولة، انضمام إقليم لدولة أخرى فتتغير الجنسية.

وبالتالي سوء النية يتطلب تبيت النية لتغيير ضابط الإسناد لتحقيق مآرب خاصة لا تتوفر في القانون الأول، وهذا الأمر كان مثار انتقاد جانب من الفقه الذي وصف الغش نحو القانون بأنه غير مقيد بمعايير كما أنه من المسائل المعنوية التي تعتمد على البواعث الداخلية التي لا يسهل إثباتها على النحو اليقيني. ويمكن للقاضي وفقا للفقه أن يستشف التحايل على القانون وفقا لعدة قرائن

مثال: التزامن بين التغيير الطارئ على ضابط الإسناد، وطلب تطبيق القانون الجديد مثال: أن يكون القانون الذي حددته قاعدة التنازع يفرض ضرائب مرتفعة على المنقول فيعمد إلى تغيير المكان، أو أن يقدم القانون الجديد تسهيلات فيغير الأطراف الإسناد باتجاه هذا القانون، أو الانتباه إلى طبيعة الجنسية التي يسعى الطرف المتحايل إلى التحويل إليها.

آثار تحقق الغش نحو القانون

ماهي الآثار القانونية لتحقق الغش؟ مهمة جداً

بتحقيق الشروط المذكورة يقع إبطال النتيجة التي تحققت بناء على أساليب الغش وإعادة الاعتبار لقاعدة الإسناد الأولى الطبيعية والأصلية التي وضعها المشرع الوطني وبالتالي إلغاء حالتي (الهروب، الالتفاف)، وهذا الرأي هو الراجح لدى الفقه العربي. صـــ46ـ

وبالتالي سيقع رد الاختصاص إلى القانون المتهرب وإعادة الاعتبار له.

على سبيل المثال لن يُعْترف بالجنسية الجديدة في حالة ثبوت الحصول عليها لأغراض الالتفاف على الجنسية الأصلية التي لا تمنح الميراث للصديقة. موطن سؤال

موقف المنظم السعودي من الغش نحو القانون

لم يرد أثر في النظام السعودي على تبني فكرة الدفع بالغش نحو القانون

وبالتالي هل يعتبر اغفال وسكوت المنظم السعودي معارضا للفكرة ؟

نستطيع نرجح بأن المنظم السعودي قد رجح الاتجاه والرأي القائل ان الغش نحو القانون دفعٌ يجوز للقاضي السعودي ان يأخذ به وبذلك يمنع التحايل في تطبيق احكام اجنبية غير واجبة التطبيق

تنازع الاختصاص القضائي في المملكة العربية السعودية

المقصود بالاختصاص القضائي الدولي مهم صـــ47ـ

(بأنه الصلاحية القضائية التي تملكها محاكم دولة ما بالنسبة لمحاكم باقي الدول في تسوية منازعة أو النظر في دعوى موضوعها علاقة ذات بعد دولي)

وتنظم ممارسة هذه الصلاحية عبر قواعد موضوعية تضطلع بتسوية النزاع بشكل مباشر، وتكون هذه القواعد وطنية المصدر وتستند إلى معايير في ضوئها يتحدد مساحة ما تملكه المحاكم الوطنية من صلاحية من الناحية الدولية، والقيود التي تحد من مباشرتها لهذه الصلاحية، كما أن المحاكم الوطنية في سبيل تطبيق هذه القواعد تقوم بإعمال القانون الوطني على الإجراءات القضائية وبموجب هذا الإعمال يستوي أطراف الدعوى أمام المحاكم سواء أكانوا وطنيين أم أجانب أم فقط أجانب، لأن قاضي النزاع سيطبق قانونه الوطني على الإجراءات القضائية بغض النظر عن صفة المتنازعين وطبيعة المنازعة طالما انعقد الاختصاص للمحكمة بموجب المعايير المعتمدة في قانون القاضي، ودون وجود موانع أو قيود تحد من مباشرة الاختصاص علما أن التنازع في إطار الاختصاص القضائي العام المباشر اصطلح عليه البعض بتنازع الاختصاص القضائي وهناك من اصطلح عليه بالصلاحية الدولية للمحاكم الوطنية كما اسماه البعض بالإجراءات المدنية التجارية الدولية.

تمييز الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي: مهم التفريق بينهم

من المنطقي القول إن مسألة الاختصاص القضائي الدولي قد سبقت في ظهورها مسألة الاختصاص التشريعي، باعتبار أن مشكلة تنازع القوانين لا تظهر إلا بعد وصول الفكر القانوني إلى درجة من التطور تسمح بتطبيق قانون أجنبي غير قانون القاضي.

أما مسألة الاختصاص القضائي الدولي فهي تأتي من الناحية العملية كمسألة أولية يجب على القاضي البت فيها بمجرد رفع النزاع إليه. صـــ48ـ

يظهر الاختلاف بين قواعد الاختصاص التشريعي وقواعد الاختصاص القضائي في النواحي التالية.

- عند تحديد الاختصاص القضائي فتغلب الدول اعتبارات السيادة على اعتبارات تحقيق العدالة أو الملائمة بعكس الحال عن تحديد الاختصاص التشريعي وعليه فإن تقرير الاختصاص لمحكمة معينة بنظر منازعة ذات طبيعة دولية لا يتمخض عنه بالضرورة أن تقوم تلك المحكمة بتطبيق قانونها الوطني على النزاع.

- يعتبر الاختصاص القضائي من النظام العام بعكس الاختصاص التشريعي.

يمكن القول: إن مبدأ الفصل بين الاختصاصين يقوم على أساس أن الاعتبارات التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي قد لا تكون بعينها تلك التي تراعى عند وضع الاختصاص التشريعي.

ما العلاقة بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي؟ مهمه

التأثير المتبادل للاختصاصين التشريعي والقضائي :

إذا كان المبدأ العام هو استقلال كلا النوعين من الاختصاص فإن هذا لا يعني القطيعة القانونية بينهما، فقد يؤثر أحدهما في الآخر.

من الثابت أن تنازع الاختصاص التشريعي (تنازع القوانين) سابق على تنازع الاختصاص القضائي (تنازع المحاكم)، ذلك لأن اتصال العلاقة القانونية عن طريق عناصرها بعدد من الدول من وقت نشوئها يطرح تنازع تشريعي ثابت تنبعث فيه الحركة في ظل وجود اختلاف أو منازعة ما بين أطراف العلاقة تطرح على القضاء وفي هذا الوقت سينتقل تنازع الاختصاص التشريعي من حالة السكون إلى حالة الحركة، وفي نفس الوقت يتحرك تنازع الاختصاص القضائي، وعندها يمكن أن يجتمع الاختصاصين لدولة واحدة بفعل التأثير المتبادل للاختصاصيين التشريعي والقضائي

ويمكن أن نجمل الحالات التي يلتقي فيها الاختصاصين الدولة واحدة بما يلي : -

1- إجراء التكييف **مواطن سؤال** **صـ49ـ**

حيث ينعقد الاختصاص القضائي في هذه المسألة لدولة قاضي النزاع، كما ينعقد لها الاختصاص التشريعي لأن القاضي سيطبق قانونه الوطني في التكييف كما لاحظنا في موضوع تنازع القوانين.

2 – تطبيق قواعد الإسناد

فقاضي النزاع في الوقت الذي انعقد له الاختصاص القضائي في التكييف سيكون حتما له الاختصاص في اختيار قاعدة الإسناد الملائمة في ضوء تحديد طبيعة العلاقة عن طريق التكييف، كما ينعقد لدولة القاضي الاختصاص التشريعي، لأنه سيطبق تلك القواعد وهي عبارة عن قواعد وطنية وإرادة ضمن تشريعه الوطني، وإن كانت تقضي بتطبيق قانون أجنبي فالتطبيق لقواعد الإسناد يكون ابتدأ قبل تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه.

3 – مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة قاضي النزاع **موطن سؤال**

يحقق تلاقي الاختصاصين حيث سينعقد الاختصاص القضائي ابتدأ لدولة القاضي في نظر المنازعة ومن ثم إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي، وفحص الأخير، وإحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي لمخالفته للأول تكون عبارة عن عودة الاختصاص التشريعي لقانون القاضي لأن استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا يستتبع الحلول لقانون القاضي.

4 – تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي

حيث سيطبق القاضي صاحب الاختصاص القضائي قانونه الوطني بوصفة صاحب الاختصاص الاحتياطي التشريعي فيجتمع هنا مره أخرى الاختصاصين لدولة واحدة.

5 - دعاوى العقار **موطن سؤال**

حيث تحرص جميع دول العالم على إخضاع العقار لقانون موقعه، وحصر الدعاوى المتعلقة به لمحاكم موقعه، لأنه جزء من الإقليم والأخير أحد أهم أركان الدولة وهذا يعني أن دولة العقار أكثر ملائمة وعدالة بقوانينها للعلاقات المتعلقة به، كما أنها أقدر على تحقيق الأمن والاطمئنان بواسطة محاكمها لتسوية المنازعات المتعلقة به.

6 - الإجراءات المستعجلة والوقتية

حيث ينعقد فيها الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة الكائن فيها موضوع هذه الإجراءات للمحافظة على الحقوق، ودرء المضار ووقاية أصحاب الحقوق من فوات المنافع

ومثال ذلك اختصاص دولة قاضي النزاع العراقي قضائية بنظر دعوى طلاق مواطنة فرنسية متزوجة من مواطن فرنسي فضلا عن اختصاصها التشريعي لأن القاضي العراقي سيطبق القانون العراقي في تقرير نفقة مؤقتاً للزوجة لأنها مسألة إجرائية فنية مستعجلة يتطلب أن ينظر بها القاضي، وفقا للقانون الوطني رعاية لمصلحة المقصود بالحماية ألا وهي الزوجة في هذه الحالة.

الحالات التي يختص فيها القضاء السعودي بنظر المنازعات ذات الأجنبي

س: ما لفرق بين الموطن العام والوطن الخاص ؟

العام هو الموطن المعتاد للشخص

الخاص(المختار) هو مختار من قبل الشخص

حدد المنظم السعودي في قانون المرافعات الشرعية الحالات التي يختص فيها القضاء السعودي بنظر النزاعات المتضمنة لعنصر أجنبي وهي: جميع الحالات مواطن أسئلة ركزووووا عليه **صـــ50ـ**

1. تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على السعودي ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة.

2. تكتفي المحكمة حال قيد الدعوى بتقرير المدعي بأن المدعى عليه سعودي الجنسية.

3. الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار هي: كل دعوى تقام على واضع اليد على عقار ينازعه المدعي في ملكيته، أو في حق متصل به مثل: حق الانتفاع، أو الارتفاق، أو الوقف، أو الرهن، ويشمل ذلك: قسمة العقار أو دعوى الضرر منه.

4. وكذلك تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة.

ويكون تبليغ غير السعودي المتحقق وجوده داخل المملكة وليس له مكان إقامة معروف وفق الفقرة (ط) من المادة السابعة عشرة من هذا النظام.

فإذا صدر أثناء نظر القضية أمر بإبعاد المدعى عليه عن المملكة، فللدائرة تحديد المدة الكافية لإكمال نظر القضية والكتابة بذلك للجهة المختصة.

5. كما تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي ليس له مكان إقامة عام أو مختار في المملكة في الأحوال الآتية: **صـــ51ـ**

أ- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في المملكة أو بالتزام تعد المملكة مكان نشوئه أو تنفيذه.

ب - إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أُشْهِر في المملكة.

ج - إذا كانت الدعوى على أكثر من واحد وكان لأحدهم مكان إقامة في المملكة.

تعد المملكة مكان نشوء الالتزام إذا كان قد أبرم داخلها، سواء أكان هذا الالتزام من طرفين أم أكثر، حقيقيين، أو اعتباريين، أم كان من طرف واحد كالجعالة، وغيرها، وسواء أكان الالتزام بإرادة، كالبيع، أم بدون إرادة، كضمان المتلف.

كما تعد المملكة مكان تنفيذ الالتزام إذا تم الاتفاق في العقد على تنفيذه - كليا أو جزئيا . فيها، ولو كان مكان إنشائه خارج المملكة.

وعلى الدائرة أن تتحقق بالطرق المشروعة من وجود المال في المملكة حسب نوع المال ومستنداته سواء أكانت هذه المستندات مقدمة من المدعي أم من جهة الاختصاص.

6. أيضا تختص محاكم المملكة بنظر الدعوى المقامة على المسلم غير السعودي الذي ليس له مكان إقامة عام أو مختار في المملكة وذلك في الأحوال الآتية:

أ- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج يراد إبرامه في المملكة.

ب - إذا كانت الدعوى بطلب طلاق أو فسخ عقد زواج، وكانت مرفوعة من الزوجة السعودية، أو التي فقد جنسيتها السعودية بسبب الزواج متى كانت أي منهما مقيمة في المملكة، أو كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة غير السعودية المقيمة في المملكة على زوجها الذي كان له مكان إقامة فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل مكان إقامته في الخارج أو كان قد أبعد من أراضي المملكة.

ج - إذا كانت الدعوى بطلب نفقة وكان من طُلبت له النفقة مقيما في المملكة.

د ـ إذا كانت الدعوى في شأن نسب صغير في المملكة، أو كانت متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على النفس أو المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه مكان إقامة في المملكة. صـــ52ـ

هـ ـ إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية الأخرى وكان المدعي سعودياً أو كان غير سعودي مقيم في المملكة، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه مكان إقامة معروف في الخارج.

7. وفيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة، تختص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا قبل المُتداعيان ولايتها ولو لم تكن داخلة في اختصاصها. صـــ52ـ

يشترط لنظر الدعوى الواردة في هذه المادة أن تكون المحكمة مختصة بها نوعا.

8. تختص محاكم المملكة باتخاذ التدابير التحفظية والوقتية التي تنفذ في المملكة ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.

التدابير التحفظية هي الإجراءات التي تتخذ من أجل حماية مال أو حق.

التدابير الوقتية هي الإجراءات التي تتخذها الدائرة للنظر في الحالات المستعجلة بصورة وقتية، حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية.

يكون اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية الواردة في هذه المادة من قبل المحكمة المختصة بنظر الموضوع فيما لو كانت الدعوى الأصلية مقامة في المملكة.

يشترط لاتخاذ التدابير التحفظية والوقتية وجود طلب من المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية أو طلب من أحد طرفي النزاع بعد ثبوت ما يدل على قيام الدعوى الأصلية، وألا تكون الدعوى الأصلية مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

9. كما أن اختصاص محاكم المملكة يستتبع الاختصاص بنظر المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية وكذا نظر كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها.

المسائل الأولية هي الأمور التي يتوقف الفصل في الدعوى على البت فيها .

ـ مثل البت في الاختصاص، والأهلية، والصفة، وحصر الورثة . قبل السير في الدعوى.

تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية

مفهوم الحكم الأجنبي في الفقه القانوني الدولي الخاص

هناك معيارين في الفقه القانوني الدولي لتحديد مفهوم الحكم الأجنبي صـــ53ـ

أولا معيار السيادة

ويأخذ بهذا المعيار الفقه اللاتيني (فرنسا)

تعريف الحكم الأجنبي وفق معيار السيادة: هذا التعريف مهم

كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية بغض النظر عن مكان وجودها.

فمثلا: يعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم القنصلية داخل فرنسا أجنبية متى صدرت باسم سيادة دولة ما، وكذلك لا يعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم في المستعمرات الفرنسية خارج فرنسا أحكاما أجنبية لأنها صادرة باسم السيادة الفرنسية (تبنت مصر هذا الاتجاه). المثال مهم

ثانيا معيار مكان صدور الحكم

التمييز بين المعيارين مهم جداً

ويأخذ بهذا المعيار الفقه الأنجلو كسوني (انجلترا)

تعريف الحكم الأجنبي وفق معيار الحكم:

هو كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج اقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها.

فمثلا: الأحكام الصادرة عن محاكم المستعمرات البريطانية خارج بريطانيا تعتبر أجنبية على الرغم أنها صدرت باسم السيادة البريطانية، والأحكام التي تصدر من المحاكم القنصلية الدول أخرى داخل انجلترا لا تعتبر أحكام أجنبية (أخذت بهذا المعيار الولايات المتحدة)

السؤال: هل تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية، مثل محكمة العدل الدولية بـ لاهاي من الأحكام الأجنبية وفق أحكام القانون الدولي الخاص؟

الجواب: لا تعتبر كذلك وهي تخضع لأحكام القانون الدولي العام وتنظمها اتفاقيات دولية.

القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية

أولا: مسألة الالتزام بتنفيذ الحكم الأجنبي في الفقه الدولي الخاص صـ54

هناك رأيين في الفقه الدولي حول مسألة الالتزام بتنفيذ الحكم الأجنبي.

الرأي الأول: يرى عدم الاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية

على اعتبار أن مسألة الالتزام غير المقيد بتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة ومعاملته بالتالي معاملة الأحكام الوطنية يتنافى بلا شك مع مبدأ سيادة الدولة.

إذ أن الاعتراف غير المشروط بالحكم الأجنبي معناه الخضوع من قبل الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها إلى سيادة الدولة التي صدر عنها الحكم، وهذا يتنافى مع مبدأ السيادة للدولة.

الرأي الثاني: يرى ضرورة الاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية

على اعتبار أن انكار الاعتراف يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية، لأنه يعوق تطور العلاقات التجارية والاقتصادية، وهو يؤدي في النهاية إلى اضطراب المعاملات بين الأفراد.

لذلك كان من الضروري التوفيق بين هذين الرأيين المستند كل منهما إلى اعتبارات سليمة، وظهرت اتجاهات مختلفة حول طريقة تنفيذ الحكم الأجنبي.

ثانيا: الاتجاهات المختلفة في تنفيذ الأحكام الأجنبية صـ54

هناك اتجاهان فقهيان مختلفان في طريقة تنفيذ الأحكام الأجنبية المعترف بها دوليا: مهمه الاتجاهان

الاتجاه الأول: ويمثله الفقه الأنجلو كسوني (انجلترا): (رفع دعوى جديدة)

ويستلزم هذا الاتجاه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق المدني الذي أقره الحكم الأجنبي، على أن يعتبر الحكم الأجنبي دليلا في الدعوى لا يقبل اثبات عكسه.

والهدف من وراء اتباع هذه الطريقة الحفاظ على سيادة الدولة من حيث الناحية الشكلية .

الاتجاه الثاني: ويمثله الفقه اللاتيني (فرنسا): (طريقة الفحص) صـ55

ويقبل هذا الاتجاه بتنفيذ الحكم الأجنبي بشرط أن تقوم المحاكم الوطنية بفحصه أولا ثم إصدار أمرها بتنفيذه إذا تبين لها توافر الشروط التي يتطلبها القانون، وتختلف الدول في طريقة فحص القانون الأجنبي قبل تنفيذه

وهناك ثلاث طرق متبعة بين الدول لطريقة الفحص وهي على النحو الآتي:

أولا : طريقة المراقبة: مهمة جداً جداً جداً جميع الطريق

وفيه يُعطي القاضي الوطني حق مراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لبعض الشروط الأساسية اللازمة لصحته من وجهة النظر الدولية، كأن يكون صادرا عن محكمة مختصة واتبعت في شأنه الإجراءات القضائية الصحيحة.

ثانيا: طريقة المراجعة:

وفيه يُعطي القاضي الوطني إضافة إلى حق المراقبة، حق مراجعة الحكم في تقديره للوقائع وسلامة تطبيقه لقواعد القانون، ويملك القاضي من خلال هذه الطريقة صلاحية تعديل الحكم الأجنبي.

ثالثا: طريقة المراجعة العامة المحدودة:

وفيه يُعطي القاضي حق المراجعة العامة المحدودة الموضوع الحكم بصفة شاملة، إلا أنه لا يملك صلاحية تعديل الحكم الأجنبي، وإنما يكون له صلاحية رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة.

موقف المنظم الوطني السعودي من تنفيذ الأحكام الأجنبية في نظام التنفيذ السعودي الصادر سنة 1433هـ:

ونصت المادة الرابعة عشرة المنهج المتبع لدى المنظم السعودي عند تنفيذ الحكم الأجنبي

"تقدم الأحكام، والأوامر القضائية، وأحكام المحكمين، والمحررات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي؛ إلى قاضي التنفيذ المختص بتنفيذ الأحكام الأجنبية، ليتحقق من استيفاء السند شروط التنفيذ، ويضع عليه خاتم التنفيذ."

بينت المادة الثامنة في فقرتها الثالثة من النظام أعلاه على أنه: صـــ56ـ

"يتم تنفيذ الأحكام والأوامر والمحررات الأجنبية من قاض أو أكثر، بحسب الحاجة. وللمجلس الأعلى للقضاء عند الحاجة. إحداث محاكم متخصصة للتنفيذ ."

نصت المادة الحادية عشرة من النظام أعلاه على أنه: موطن سؤال

"مع التقيد بما تقضي به المعاهدات والاتفاقيات؛ لا يجوز لقاضي التنفيذ تنفيذ الحكم والأمر الأجنبي إلا على أساس المعاملة بالمثل وبعد التحقق مما يأتي:

1- أن محاكم المملكة غير مختصة بالنظر في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في أنظمتها.

2 - أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور، ومثلوا تمثيلا صحيحا، ومكنوا من الدفاع عن أنفسهم .

3 - أن الحكم أو الأمر أصبح نهائيا وفقا لنظام المحكمة التي أصدرته .

4 - أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر صدر في الموضوع نفسه من جهة قضائية مختصة في المملكة.

5- ألا يتضمن الحكم او الامر ما يخالف احكام النظام العام في المملكة

كما حددت اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ الصادر سنة 1433 هـ : موطن سؤال صـــ57ـ

"يجب أن يكون مرافقا للحكم أو الأمر الأجنبي المطلوب تنفيذه ما يأتي:

أ- نسخة رسمية من الحكم أو الأمر الأجنبي، مذيلة بالصيغة التنفيذية، أو مرافقة له.

ب - شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا، حائزاً لقوة الأمر المقضي به، ما لم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته، وأن الحكم صادر من جهة قضائية مختصة بنظر القضية في البلد الأجنبي.

ج - نسخة من مستند تبليغ الحكم، مصدقا عليها بمطابقتها لأصلها، أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعى عليه إعلاناً صحيحا، وذلك في حالة الحكم الغيابي"

كما ذكرت اللائحة أيضا في المادة الحادية عشرة في فقراتها بعض الإيضاحات كالتالي: مواطن أسئلة جميعها

- المادة ١١ / ٢ يشترط لتنفيذ الحكم، أو الأمر الأجنبي، ألا يكون هناك دعوى قائمة في المملكة سابقة على الدعوى التي صدر الحكم، أو الأمر الأجنبي فيها.

- المادة ١١ / ٣ المقصود بالنظام العام هو: أحكام الشريعة الإسلامية.

- المادة ١١ / ٤ الوثائق الصادرة من الجهات الرسمية في البلد الأجنبي، الواردة من خارج المملكة، يلزم تصديقها من وزارتي الخارجية والعدل، وتترجم إلى اللغة العربية من مكتب ترجمة مُعتمد.

- المادة ١١ / ٥ يتحقق قاضي التنفيذ من أن الدولة التي صدر فيها الحكم، أو الأمر الأجنبي تتعامل بالمثل مع المملكة، بإفادة رسمية من وزارة العدل.

- المادة ١١ / ٦ لا يجوز تنفيذ الحكم، أو الأمر الأجنبي في القضايا التي تنفرد بالاختصاص بنظرها نظاما محاكم المملكة، كالدعاوى العينية المتعلقة بعقار داخل المملكة ونحوها." ركزواااا على أي شيء فيه عقار

ونصت المادة الثانية عشرة من النظام ذاته:

"على أن تسري الأحكام السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي."

وجاء في المادة الثالثة عشرة من النظام ذاته ما نصه: موطن سؤال صـــ57ـ

"أن المحررات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي، يجوز الأمر بتنفيذها بالشروط نفسها المقررة في أنظمة هذا البلد لتنفيذ المحررات الموثقة القابلة للتنفيذ الصادرة في المملكة، وعلى أساس المعاملة بالمثل."

كما نصت المادة الرابعة والأربعين من نظام التحكيم السعودي لسنة 1421 هـ على أنه: صـــ58ـ

"تودع هيئة التحكيم أصل الحكم، أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها لدى المحكمة المختصة وذلك خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة الثالثة والأربعين) من هذا النظام، مع ترجمة باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة إذا كان صادرا بلغة أجنبية."

كما نصت المادة الثالثة والخمسين من نظام التحكيم السعودي على أنه:

"تصدر المحكمة المختصة أو من تندبه، أمرا بتنفيذ حكم المحكمين. ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرافقة له الآتي:

1 - أصل الحكم أو صورة مصدقة منه.

2 - صورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم

3 - ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة، إذا كان صادرا بلغة أخرى.

4 - ما يدل على إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة وفقا للمادة الرابعة والأربعين من هذا النظام"

كما نصت المادة الرابعة والخمسين من نظام التحكيم السعودي على أنه:

"لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم. ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب مدعي البطلان ذلك في صحيفة الدعوى، وكان الطلب مبنية على أسباب جدية.

وعلى المحكمة المختصة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب. وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال مائة وثمانين يوما من تاريخ صدور هذا الأمر."

كما نصت المادة الخامسة والخمسين من النظام ذاته: صـــ59ـ

1 - لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا انقضى ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم.

2 - لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا النظام إلا بعد التحقق من الآتي: موطن سؤال

أ - أنه لا يتعارض مع حكم أو قرار صادر من محكمة أو لجنة أو هيئة لها ولاية الفصل في موضوع النزاع في المملكة العربية السعودية.

ب - أنه لا يتضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم فيما يتضمنه من مخالفة، جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي غير المخالف.

ج - أنه قد أبلغ للمحكوم عليه إبلاغا صحيحا.

3 - لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى الجهة المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره."

تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية عند التوقيع على اتفاقية دولية

عرفت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الحكم الأجنبي بقولها: صـــ60-

"يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار- أيا كانت تسميته - يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى إحدى الأطراف المتعاقدة.."

وعلى ذلك يمكن أن نستنتج أن السعودية تنفذ الأحكام الأجنبية بناء على اعتبارين أساسيين:

أولا : أن يوجد اتفاقية موقعة بين المملكة والدولة المصدرة للحكم.

ثانيا: وجود شرط المعاملة بالمثل.

وعليه وقعت المملكة العربية السعودية على عدة اتفاقيات سواء إقليمية أو ثنائية.

ومن أهم هذه الاتفاقيات الإقليمية التي وقعت عليها المملكة العربية السعودية: صـــ61-

1- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 م

موطن سؤال وأكيد

حيث نصت في مادتها (31):

"يكون الحكم الصادر من محاكم أحد الأطراف المتعاقدة والمعترف به من أحد الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الاتفاقية، قابلا للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد الآخر متى كان قابلا للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابعة له المحكمة التي أصدرته، وتخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم وتنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك ..."

نصت المادة الخامسة والعشرين فيما يتعلق بالاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها فيما نصه:

"قوة الأمر المقضي به

أ – يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار

- أيا كانت تسميته - يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة.

ب - مع مراعاة نص المادة 30 من هذه الاتفاقية:

يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الحادة عن محاكم أي طرف متعاقدة آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية، والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، الحائزة لقوة الأمر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب، وكان النظم القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمة أو المحاكم طرف آخر دون غرها بالاختصاص بإصدار الحكم.

ج - لا تسري هذه المادة على:

- الأحكام التي تصدر ضد حكومة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها فقط.

- الأحكام التي يتنافى الاعتراف بها أو تنفيذها مع المعاهدات والاتفاقات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

- الإجراءات الوقتية والتحفظية والأحكام الصادرة في قضايا الإفلاس والضرائب والرسوم."

2 - اتفاقية تنفيذ الأحكام والإنابات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: صـــ62-

جاء في مادتها الأولى (1) ما نصه:

"تنفذ كل من الدول الأعضاء في مجلس التعاون الأحكام الصادرة عن محاكم أي دولة عضو في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية الحائزة لقوة الأمر المقضي به في إقليمها وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.."

3 - اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول جامعة الدول العربية لعام 1902 م: صـــ62-

جاء في المادة الأولى ما نصه:

"كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية " الجزائية" أو متعلق بالأحوال الشخصية صادر من هيئة قضائية في إحدى دول جامعة الدول العربية يكون قابلا للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية."

جاء في المادة الثانية ما نصه:

ب. إذا كان الخصوم لم يعلنوا على الوجه الصحيح. ج. إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية. د. إذا كان قد صدر حكم نهائي بين نفس الخصوم في ذات الموضوع من إحدى محاكم الدولة المطلوب إليها التنفيذ أو أنه توجد لدى هذه المحاكم دعوى قيد النظر بين نفس الخصوم في ذات الموضوع رفعت قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه."

جاء في المادة الثالثة ما نصه: صـــ63-

"مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم محكمين صادر في إحدى دول جامعة الدول العربية إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه ، وإنما لها أن ترفض طلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الأحوال الآتية: أ- إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم. ب. إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين. ج. إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه. د. إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح. ه. إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها. و. إذا كان حكم المحكمين ليس نهائيا في الدولة التي صدر فيها ."

جاء في المادة الرابعة ما نصه:

"لا تسري هذه الاتفاقية بأي وجه من الوجوه على الأحكام التي تصدر ضد حكومة الدولة المطلوب إليها التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها بسبب الوظيفة فقط كما لا تسري على الأحكام التي يتنافى تنفيذها مع المعاهدات والاتفاقات الدولية المعمول بها في البلد المطلوب إليه التنفيذ."

4 – اتفاقية نيويورك للاعتراف بالتحكيم الأجنبي وتنفيذه لسنة 1958 م: موطن سؤال وأكيد

حيث أوضحت الاتفاقية وبشكل صريح في مادتها الأولى بقولها: صـــ64-

"لا يقتصر مصطلح قرارات التحكيم على القرارات التي يصدرها محكمون معينون لكل قضية بل يشمل أيضا القرارات التي تصدرها هيئات تحكيم دائمة تكون الأطراف قد أحالت الأمر إليها ."

جاء في المادة الرابعة ما نصه:

"1 - على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب:

أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

ب - أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

2 - وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة، ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي."

جاء في المادة الخامسة ما نصه: **صـــ65-**

1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ - أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن اعلان صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج - أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أوفي عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د - أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. ها - أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

2- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ أذا تبين لها حالتين :

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد."

تـم ولله الـحـمـد..

تـم الانتهاء مـن التفريغ بـفضـل الله وتوفيقه

ولكم منـي جزيل الشكر والعرفان

أسأل الله العظيم رب العرش الكريم ان يوفقنا وييسر امورنا في رضاه والدرجات العلا بالدنيا والآخرة